

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. 72666 / 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 gespaltene Millimeterhöhe 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 325.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 170.—, $\frac{1}{8}$ Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsschritt zu Trennungsschritt 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, Mühlplatz 3, Zahlungen auf Postfachkonto Leipzig 10102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Anwalt und Gewerbe.

Von Justizrat Dr. Siehr, Königsberg.

Das Wesen der deutschen Rechtsanwaltschaft zu erhalten, den Rechtssuchenden ihren kräftigsten Schutz zu bewahren, ist ein Gebot der Stunde. Wertvollstes deutsches Kulturgut ist in tödlicher Gefahr. Das ganze Volk geht es an. Es geht um sein Recht.

Ich stimme völlig der Auffassung des Kollegen Dr. Hinz zu¹⁾, daß es in diesem Zeitpunkte der ersten Vorbereitung der großen Justizreform das Wichtigste ist, zunächst sich mit den Organen der Rechtspflege zu beschäftigen, mit welchem sich die Justizreform zuerst in dem Gerichtsverfassungsgesetz, der Rechtsanwaltsordnung und der Reichsnotariatsordnung beschäftigen muß, bevor man auf solchem Fundamente weiter arbeiten kann. Der Ausschuß des deutschen Richterbundes und des deutschen Anwaltvereins ist auch der Ansicht, daß man nicht mit den Verfahrensvorschriften beginnen muß, sondern mit dem Aufbau der Organisation der Rechtspflege und dem Inhalte der Aufgaben (AnwBl. 1931, 15). Es wäre zu wünschen, daß das Reichsjustizministerium und die Prozeßlehrer dieser Meinung beipflichten.

Vom künftigen Richter ist bei zahlreichen justizpolitischen Erörterungen schon viel die Rede gewesen, bei der Besprechung der Gedanken von Adickes und Schiffer und bei der Behandlung der Juristenzubildungsfrage — der auch die JW. mit Recht ernste Beachtung schenkt und der sie das vorige Heft gewidmet hat —, des Problems „Einzelrichter und Kollegium“ und der Stellung der Rechtspfleger in der künftigen Gerichtsverfassung. Auch für den künftigen Notar ist im Vorstande des Notarvereins, vor allem durch den verstorbenen Oberneck und durch Pleugels das Nötige erörtert. Aber mit der wissenschaftlichen Bearbeitung des Stoffs „Anwalt und Gewerbe“ sind wir noch nicht weit gekommen. Das liegt daran, daß dieser Stoff fast immer nur unter uns Anwälten und im steuerrechtlichen Kampfe erörtert worden ist, nicht der Außenwelt gegenüber; und daran, daß man sich nicht von selbst für diese vermeintlich nur die Anwaltschaft angehenden, vermeintlich nur interessepolitischen Fragen nicht interessiert hat und fast nur das eine davon weiß, daß die Wirtschaft den Anwalt steuerlich als Gewerbe zu belasten für gut befunden hat. Man hat ihn flügellos gemacht zum eigenen Schade-

den der Wirtschaft. Teueres und schlechtes Recht, der Sieg der Adikia, wäre die sichere Folge davon, wenn dieser Weg weiter beschritten und nicht schleunigst der Rückweg angetreten würde, spätestens bei der großen Justizreform; wenn möglich, aber sofort, bevor großer Schaden entsteht. Die Rechtsanwälte würden finanziell auf die Füße fallen, wir würden vielleicht sogar reich werden, wenn man die Rechtsanwaltschaft dazu zwingen wollte, den Berufsstand in einen Gewerbebestand umzuwandeln. Fern liegt es ihr, die Anschauungen des Gewerbes und der Kaufmannschaft gering zu schätzen und sich zu überheben. Mit den ehrenwerten Vertretern von Handel und Gewerbe arbeiten wir ja in bestem Einvernehmen und gegenseitiger Hochschätzung tagtäglich vortrefflich zusammen. Nur unsere Aufgabe fordert von uns gesteigerte Pflichten. Ost ein Handeln gegen eigenes Interesse, oft Abstandnehmen von Maßnahmen, die der Gewerbetreibende nur klug heißen würde, weil sie ein gutes Geschäft bedeuten, Gewinn bringen.

Auf die grundlegende Entsch. des RZS. 6. Sen. vom 27. Aug. 1930, VI A 264/29 (RZS. 27, 184; AnwBl. 1931, 28 ff.) und auf ihre Unterlagen nehme ich Bezug. Die Ehrengerichtbarkeit der Rechtsanwaltschaft ist nichts weniger als ein Ehrenkodex überheblicher Menschen. Des Anwalts Ehrenrecht besteht nicht im Interesse der Anwaltschaft, sondern zum Heile des Rechts.

Ein kluger Richter hat geäußert, es gebe nichts Gefährlicheres als — einen hungrigen Anwaltstand. Wie wertvoll ein hochstehender Anwaltstand dagegen ist, das ist in Justiz, Verwaltung und Wirtschaft unstrittig und nur durch den auf der ganzen Welt fast einzig dastehenden beleidigenden und der Adikia dienenden § 11 ArbGG nicht beachtet worden.

Auf dem Hamburger Anwaltstage verlangte die deutsche Anwaltschaft geschlossen: Dem deutschen Volke den besten Richter, aber auch den besten Anwalt! Vernichtet man die deutsche Rechtsanwaltschaft, ersetzt man sie durch ein Gewerbe, so wird man sich ewig nach ihr zurücksehnen, ohne sie jemals wieder zum Leben erwecken zu können. Ein einfacher Mann schloß in diesen Tagen seine Beschwärde über einen Rechtsanwalt mit dem Gedanken: „Wenn man sich auf einen Rechtsanwalt nicht verlassen kann, dann hört bald die ganze Weltgeschichte auf.“ Eines von vielen Zeugnissen des wundervollen Grades von Vertrauen, das der deutsche Rechtsanwaltstand mit Recht

¹⁾ Anwalt und Gewerbe, Vortrag in der Juristischen Gesellschaft Königsberg.

im Volke genießt und das uns kein Reid und kein Haß rauben kann, solange wir primär dem Rechte dienen, nicht dem Mammon, Gewinnst nicht unser Zweck und Ziel ist, Gebührenbezug, wie das Beamtengehalt, nur ein Mittel ist, das die Kanzlei erhalten soll für Recht, Volk und Staat.

Ich klage an wegen begangener Fehler der Gesetzgebung und der Verwaltung, und ich warne vor jeder fiskalistischen und bürokratisch-engherzigen Bekämpfung der Gebiete des Rechts. Nicht Zweiteilung der Anwaltschaft! Sondern klare Scheidung der Rechtsanwälte von denen, die ein Gewerbe treiben wollen! Ob das Examierte oder Ungeprüfte sind, keinesfalls dürfen, niemals können sie Rechtsanwälte deutscher Art sein. Wer werben, auf Gewerbe, auf „Kundenfang“ auf Gewinnst ausgehen, die Interessen der Rechtstuchenden zu seinem gewerblichen Zwecke auszunutzen, ausbeuten will, das Recht als Mittel benutzt, um einer primären Absicht willen, die darauf ge-

richtet ist, zu verdienen, ist Geschäftsagent; deutscher Rechtsanwalt ist er nimmermehr. Dieser dient dem Rechte, wie der Beamte es tut, Ziel ist ihm nur das Recht. Daß sekundär der Beamte, um seinen Aufgaben dienen, um leben zu können, Gehalt, der Anwalt Gebühren bezieht, beide, ohne zu werben, macht beide nicht zu Gliedern der gewerblichen Wirtschaft. Sie nützen ihr viel, sie sind aber nicht ein Teil von ihr, dürfen es nie werden, müssen unbedingt frei bleiben und von Gewinnzielen frei. Manche ausländische Beispiele, auf die beim Plädieren für Zweiteilung Bezug genommen worden ist, passen für uns nicht, sind zum Teile sehr wenig verlockend, betreffen zum Teile ganz anders gelagerte Verhältnisse und sind für die deutsche Rechtspflege durchaus nicht vorbildlich.

Nun vorwärts trotz aller Verworrenheit und Not der Zeit zu ruhig besonnener Arbeit auf eine gute große Justizreform hin!

Armenrechtsbewilligung für die Vergangenheit.

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Schmidt, Köln-Braunsfeld.

Lange Zeit war man einhellig der Ansicht, daß man dem Armenrechtsbeschluß keine Rückwirkung beilegen könne. Eine Reihe von Entsch. hat aber bereits diesen Standpunkt verlassen und das Armenrecht (ArmR.) auch für die Vergangenheit gewährt. Zusammenstellung der neueren Rspr. bei Friedlaender: JW. 1930, 2026. Als weitere Entsch.: für eine Rückbeziehung: JW. 1924, 1630; 1925, 2340, 2341; 1928, 2797; 1930, 178, 731;

gegen die Rückbeziehung: JW. 1927, 2155; HöchstR. Rspr. 1930 Nr. 61; DRZ. Rspr. 1929 Nr. 751; 1930 Nr. 333.

Man wird die neuere Ansicht als zutreffend ansehen müssen. Allerdings läßt sich dieser Standpunkt nicht mit Billigkeitserwägungen begründen, wie es in manchen Entsch. geschieht. Denn solche Betrachtungen dürfen bei der Anwendung von zwingenden verfahrensrechtlichen Vorschriften der ZPO. keine Rolle spielen. Auch die Erwägung der Entscheidung in JW. 1924, 1623 ist nicht haltbar. Danach soll sich daraus, daß das ArmR. für die Instanz bewilligt werde, als Wille des Gesetzes ergeben, daß es nur einheitlich für die Zeit von Beginn bis zur Beendigung des Rechtszugs gegeben werden könne. Es wird dabei übersehen, daß § 114 ZPO. nur ein ArmR. für die Zukunft kennt, auch wenn es im Laufe des Rechtsstreits bewilligt wird. Wohl aber ergibt sich eine Rückbeziehung des ArmR. aus folgenden Erwägungen:

§ 114 ZPO. erkennt der armen Partei einen Anspruch auf Bewilligung des ArmR. dann zu, wenn die „beabsichtigte“ Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig oder ausichtslos erscheint. Wie der Ausdruck „beabsichtigt“ deutlich zeigt, kann das ArmR. nur für die Zukunft bewilligt werden. Für die Frage, von wann an es in Kraft tritt, kommen trotzdem noch drei Zeitpunkte in Betracht: die Zeit des Antrags, die Zeit des Beschlusses und die Zeit der Verkündung oder Zustellung des Beschlusses. Die Wahl des einen oder anderen Tages kann von großer Bedeutung werden; auf den ArmR-Antrag ist etwa verfehentlich nicht entschieden worden oder zwischen dem ArmR-Antrag und der Zustellung des ArmR-Beschl. hat der Anwalt bereits eine gebührenpflichtige Tätigkeit entfaltet.

Man könnte sich für die Ansicht, daß die Zustellung oder die Verkündung maßgebend sei, auf § 329 ZPO. berufen, wonach Beschlüsse entweder verkündet oder zugestellt werden müssen. Hieraus hat man den Grundsatz hergeleitet, daß Beschlüsse erst mit Zustellung oder Verkündung wirksam werden (RG. 96, 251; Baumbach, ZPO. § 329 Anm. 2). Dasselbe könnte für den ArmR-Beschl. gelten. Die Bestimmung des § 329 bezieht sich aber nur auf die formelle Wirksamkeit der Beschlüsse, nicht auf deren Inhalt. Sie besagt lediglich, daß von dem genannten Zeitpunkt ab die Beschlüsse nicht mehr frei geändert werden können oder eine wirksame Rücknahme des zugrunde liegenden Antrags durch die Partei

nicht mehr möglich ist. Ob der Beschluß sich nach seinem Inhalt auch Wirkung für die Vergangenheit beilegt und eine Regelung auch für diese Zeit treffen darf, das bestimmt sich nach den für den Beschluß maßgebenden sachlichen Rechtsätzen, wie noch näher dargelegt wird.

Man hat weiter, um das Verbot der Rückbeziehung zu rechtfertigen, den Grundsatz aufgestellt, daß gerichtliche Entsch., von Ausnahmefällen abgesehen, keine rückwirkende Kraft hätten und daß die Gerichte mangels einer dahingehenden gesetzlichen Anordnung auch nicht befugt seien, ihren Entsch. von sich aus rückwirkende Kraft beizulegen (z. B. DRZ. Rspr. 1930 Nr. 333). Zum Beweis für die Richtigkeit dieses Satzes wird lediglich gesagt, dort, wo das Gesetz eine rückwirkende Kraft gerichtlicher Akte anerkenne, sei dies ausdrücklich gesagt, z. B. in §§ 496 Abs. 3, 693 Abs. 3 ZPO. In diesen Bestimmungen wird für die Wahrung einer Frist oder die Unterbrechung der Verjährung angeordnet, daß die Wirkung einer Zustellung unter gewissen Voraussetzungen schon als früher erfolgt angesehen werde. Es ist schon nicht ganz unbedenklich, den rein tatsächlichen Vorgang der Zustellung mit der sachlichen Wirkung einer Entsch. zu vergleichen. Wie wenig beweiskräftig aber diese Gesetzesstellen auch sonst sind, zeigt sich darin, daß die Entsch. in JW. 1925, 2340 sich für ihre entgegengesetzte Ansicht auf dieselben Vorschriften beruft, da der Gesetzgeber darin eine unbeschränkte Rückwirkung gerichtlicher Akte anerkenne.

Als man den Satz von der Unzulässigkeit der Rückwirkung gerichtlicher Akte aufstellte, hat man sich augenscheinlich bewußt oder unbewußt von einer anderen allgemein anerkannten Lehre beeinflussen lassen, der Lehre, daß Gesetze im allgemeinen keine rückwirkende Kraft innewohnt (vgl. Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 32; Staudinger, GGWB. vor Art. 153 Anm. II). Zwischen dem Gebiet der Gesetze und dem Gebiet der gerichtlichen Entsch., wozu die ArmR-Bewilligung gehört, bestehen aber so tiefgreifende Unterschiede, daß nicht einmal von einer entsprechenden Anwendung dieser Lehre hier gesprochen werden kann. Das Gesetz soll u. a. regelmäßig nur zukünftige Tatbestände ergreifen und ihnen ihre rechtliche Ausprägung geben, es sei denn, daß es nach seinem ausdrücklichen Auspruch auch für die Vergangenheit gelten will. Die gerichtliche Entsch. dagegen wendet einen Rechtsatz an auf bereits abgeschlossene oder in der Entwicklung begriffene Tatbestände. Der Gedanke für das Verbot der Rückwirkung von Gesetzen ferner ist der, daß es sich nicht mit unserer Rechtsanschauung verträgt, wenn die vom früheren Recht geschaffenen Verhältnisse durch das neue Gesetz ohne weiteres hinfällig werden; das neue Recht darf daher grundsätzlich nicht die Tatsachen ergreifen, die ihm vorhergegangen sind. Die gerichtliche Entsch. dagegen hat gerade den Zweck, lediglich vergangene Tat-

bestände zu regeln. Diese Unterschiede bedingen auch verschiedene Grundfälle in der Handhabung. In der Tat legen sich gerichtliche Entsch. vielfach für eine frühere Zeit als die ihres Erlasses Wirksamkeit bei. Man denke etwa an den Unterhaltsbeitrag für die Ehefrau, der durch Urteil oder Beschluß im Verfahren der Einstw.Vers. dem Ehemann für die Vergangenheit auferlegt wird, ferner an die Ehenichtigkeit- oder Eheanfechtungsurteile, an die Anfechtung der Entmündigung nach §§ 664, 684 ZPO., an die Urteile, die im Wiederaufnahmeverfahren eine frühere Entsch. aufheben, an die Bestimmung des Leistungsinhalts durch Urteil nach §§ 315, 319, 343, 655, 660, 2048, 2156, 2192 BGB., an die Feststellung der Erbunmündigkeit, der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen und an ähnliche Gestaltungs-urteile (vgl. Stein-Jonas, ZPO. vor § 253 Anm. 3b), an das Urteil auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 771 ZPO.; der Berichtigungsbeschluß nach § 319 ZPO. wirkt auf die Zeit der Verkündung des Urteils zurück. Die Beispiele zeigen klar, worauf es ankommt, nämlich auf den sachlichen Inhalt der das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsätze. Lassen diese Rechtsätze eine Rückbeziehung zu, so darf die gerichtliche Entsch. sie aussprechen, anderenfalls nicht. Dies gilt allgemein sowohl für Urteile wie für Beschlüsse. Die Ansicht, daß letztere überhaupt keine rückwirkende Kraft hätten (vgl. Baumbach, ZPO. § 115 Anm. 1), ist demnach nicht zutreffend.

Es fragt sich deshalb, welcher Zeitpunkt nach § 114 ZPO., der die sachlichen Voraussetzungen für die Bewilligung des ArmR. festlegt, als maßgebend anzusehen ist. Ausdrücklich bestimmt diese Vorschrift nichts. Die Worte „Bewilligung des Armenrechts“ könnte man dahin auslegen, daß der armen Partei das ArmR. verliehen würde, daß sie also durch einen konstitutiven Akt erst das ArmR. erwerbe. Dann könnte es vielleicht zweifelhaft sein, ob nicht doch der Tag des Beschlusses oder der Verkündung oder der Zustellung maßgebend für die Wirksamkeit sein müßte. Aber selbst wenn man einen konstitutiven Akt annimmt, muß eine Auslegung des Gesetzes dazu führen, den Tag des Antrags als maßgebend zu erachten. Die arme Partei will, wenn sie das ArmR. beantragt, die sämtlichen Vorteile, die das Gesetz an die Bewilligung des ArmR. gemäß § 115 ZPO. knüpft, also auch die Beordnung eines Anwalts, soweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, und zwar will sie vom Tag des Antrags ab keine Kosten mehr aufwenden. Das Gesetz will ebenfalls die Freistellung von den Kosten nicht von der mehr oder minder schnellen Erledigung des Gesuchs abhängig machen, sondern die arme Partei sofort in den Genuß der Vorteile des ArmR. setzen, sobald die Voraussetzungen für die Bewilligung gegeben sind. Deshalb gibt es ihr mit der Bewilligung die einstweilige Befreiung von der Berichtigung sogar der noch rückständigen Gerichtskosten und gerichtlichen Auslagen (§ 115 Ziff. 1 ZPO.). Eine ähnliche Bestimmung für die außergerichtlichen Kosten verbot sich, weil damit das Gesetz in bereits entstandene Forderungsrechte des Anwalts eingegriffen hätte. Diese Regelung zeigt aber, daß das Gesetz der armen Partei möglichst umfassend die Vorteile des ArmR. zukommen lassen wollte. Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet, liegt es im Sinne des Gesetzes, daß der armen Partei mindestens von Stellung des Antrags an keine Kosten mehr erwachsen sollen. Dieser Wille ist auch im Gesetz zum Ausdruck gekommen. Denn die Frage, was sich als „beabsichtigte“ Prozeßführung darstellt, ist nach den bisherigen Ausführungen vom Standpunkt der armen Partei zu beurteilen. Für sie ist aber der Rechtsstreit mit Stellung des ordnungsmäßigen Antrags „beabsichtigt“. Das Gericht, das bei Bewilligung des ArmR. dem Antrag stattgibt, kann dies nur in vollem Umfang tun, also mit dem Tag des Antrags als Tag der Wirksamkeit der Bewilligung. Es kann nicht abweichend von dem Antrag einen späteren Tag festsetzen. Denn sonst würde die arme Partei u. U. Kosten tragen müssen, die sie nach dem Gesetz nicht mehr tragen soll und nicht mehr zu tragen braucht.

Die Notwendigkeit einer Rückbeziehung der ArmR.-Bewilligung auf den Tag des Antrags zeigt sich vor allem

auch für das Beschwerdeverfahren. Es kann vorkommen, daß, wenn nach Ablehnung auf Beschwerde das ArmR. gewährt wird, inzwischen Gebühren des Anwalts entstanden sind. Die arme Partei hat etwa, um eine Frist zu wahren oder die Verjährung zu unterbrechen, trotz des abweisenden Bescheids die Klage erhoben, oder das erste Gericht hat bei der mündlichen Verhandlung das ArmR. abgelehnt, der Anwalt der armen Partei hat, um kein Versäumnisurteil ergehen zu lassen, mündlich verhandelt. Auf Beschwerde wird das ArmR. nachträglich bewilligt. Soll die arme Partei das ArmR. dann nur für die Zeit nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung haben, und soll sie die vorher entstandenen Kosten selbst tragen, obwohl ihr vom Beschwerdegericht bestätigt wird, daß der ablehnende Beschluß unrichtig war? Folgerichtig müßte die hier bekämpfte Ansicht zu diesem Ergebnis kommen. Dies kann aber unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen. Muß aber der Beschwerberichter befugt sein, die Wirkung des ArmR. zurückzubeziehen, so bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken, dem ersten Richter daselbe Recht zuzugestehen.

Das Bedenken (Söchst-RRspr. 1930 Nr. 61), es lasse sich nicht mit genügender Sicherheit der Zeitpunkt feststellen, bis zu dem die Rückbeziehung reiche, ist leicht zu zerstreuen. Die arme Partei hat einen Anspruch auf Bewilligung des ArmR. nur, wenn ihr Gesuch begründet ist. Sind also Ergänzungen zur Schlüssigkeit des Vorbringens notwendig oder wird das vorschrittmäßige Armutszeugnis erst später beigebracht, so ist erst von Beseitigung dieser Mängel an das ArmRGesuch gerechtfertigt, und erst von da an steht ihr das ArmR. zu. Wird der Gegner gehört oder werden vor der Entscheidung Zeugen vernommen, und wird dann das ArmR. bewilligt, so zeigt gerade das Ergebnis dieser Maßnahmen, daß auch noch bestehende Bedenken die Schlüssigkeit des Vorbringens nicht haben erschüttern können; das ArmRGesuch war also von Anfang an begründet.

Die Ausführungen zeigen demnach, daß der armen Partei die Vorteile der ArmR.-Bewilligung von dem Tag eines ordnungsmäßig gestellten Antrags an zukommen müssen. Auch RG.: JW. 1930, 1488 geht von der rechtlichen Möglichkeit einer Rückbeziehung aus. In der Mehrzahl der Fälle wird ein besonderer Ausspruch hierüber in dem ArmR.-Beschl. überflüssig sein, aber in Zweifelsfällen, wenn etwa der Antrag versehentlich nicht beschrieben worden ist und inzwischen der armen Partei Kosten erwachsen sind, ist eine Festsetzung des Zeitpunkts im Beschluß erforderlich. Eine Erläuterung des Beschlusses, daß er sich auf die Zeit des ordnungsmäßig gestellten Antrags zurückbeziehe, ist natürlich auch noch später nach Erlaß des ArmR.-Beschl. möglich, wenn sich etwa Zweifel bei der Kostenfestsetzung ergeben. Auch nach Erlaß des Urteils oder nach Abschluß eines Vergleichs ist hiernach noch eine Bewilligung des ArmR. für der Vergangenheit zulässig, falls ein ordnungsmäßiger Antrag schon vorher gestellt war. Das Urteil schließt zwar den Rechtsstreit sachlich für den Rechtszug ab, aber wenn ein nicht beschiedener, ordnungsmäßiger früherer Antrag noch vorliegt, kann insoweit das Verfahren noch nicht als erledigt gelten. Denn die Befreiung von den Kosten auf Grund einer ArmR.-Bewilligung hat mit der sachlichen Entscheidung des Rechtsstreits nichts zu tun. Für die Kosten hat der Antrag also noch Bedeutung. Hier muß man jedoch eine Einschränkung machen. Die bisherigen Ergebnisse der Verhandlung im Rechtsstreit können nicht ohne Einfluß sein, da es nicht nur auf die Armut, sondern auch auf die Aussichten des Rechtsstreits bei der Entscheidung ankommt. Zeigen jene, daß der Rechtsstreit für die Partei aussichtslos ist, so muß das Gericht diese bessere Erkenntnis bei der Beurteilung der Aussichten berücksichtigen. Denn der ArmR.-Antrag war von Anfang an unbegründet, wie sich nunmehr herausgestellt hat. Dies steht nicht in Widerspruch mit der hier vertretenen Ansicht der Rückbeziehung. Denn die Prüfung der Aussichten hat nichts zu schaffen mit der Frage, was als „beabsichtigte“ Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung anzusehen ist und ob eine Rückbeziehung stattfinden muß, falls der ArmR.-Antrag gerechtfertigt ist.

Die Zukunft der Rechtsanwaltschaft in Deutschland¹⁾.

Das Schicksal der deutschen Anwaltschaft, wie sie heute steht, steht und fällt mit dem Schicksal des im Augenblick aufs schärfste bedrohten Staatsgefüges. Auch in seinem Rahmen bestehen lebhafteste Widerstände gegen die Notwendigkeit eines als Organ der Rechtspflege tätigen Anwaltsstandes. Er hat viele Feinde und Widersacher, die die Befonderheit seiner Tätigkeit und seines Aufgabengebietes nicht erkennen. Aber der Anwaltsstand ist für die Aufrechterhaltung der Rechtspflege dringend notwendig und ein unentbehrliches Organ der deutschen Rechtsordnung. Seine Mitglieder dürfen nicht Verdienstfucher sein, wie es der Gewerbetreibende in erster Linie sein muß. Sie müssen Angehörige eines durch eine individuelle Berufsethik zusammengeschlossenen Standes sein. Ihre Zusammengehörigkeit ist bislang verbürgt gewesen durch die Wirksamkeit des Deutschen Anwaltvereins und durch das Bestehen einer höchsten Disziplinargerichtsbarkeit in dem GGf. in Leipzig. Die in Aussicht genommene Schaffung einer Reichsanwaltskammer ist dazu angetan, dieses Gefühl der Gemeinsamkeit zu stärken und zu unterstreichen, mag auch der Kompromißcharakter des vorliegenden Gesetzesentwurfs nicht alle berechtigten Wünsche erfüllen. Als Grundsatz für die anwaltliche Standespolitik im allgemeinen muß aufgestellt werden: es gilt, die Synthese zwischen dem ideellen Postulat des freien akademischen Berufs und den materiellen und finanziellen Lebensnotwendigkeiten seiner Berufsgenossen zu schaffen. Gelingt dieser Ausgleich nicht, so ergeben sich unvermeidliche Störungen, die u. U. sehr unerfreuliche Konsequenzen haben müssen. Im Augenblick ist dieses innere Gleichgewicht aufs Äußerste bedroht. Dafür ist nicht allein die angebliche Überfüllung des Anwaltsstandes ausschlaggebend. Von Bedeutung ist einmal die Art der Verteilung der Anwaltschaft über das Reich und die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Struktur der einzelnen Tätigkeitsbezirke. Zwar ist die Einführung der Freizügigkeit der Anwaltschaft im ganzen Reich durch eine Änderung der Gesetzgebung wohl nur noch eine Frage der Zeit; ob damit aber ausschlaggebend etwas zu ändern sein wird, steht noch dahin. Viele setzen sich für den numerus clausus ein. Dagegen bestehen die größten Bedenken, und seine Einführung ist grundsätzlich abzulehnen. Es ist bisher nicht gelungen und auch nicht einzusehen, auf welchem Wege dies möglich sein soll, einen geeigneten Modus für die Auswahl derer zu finden, die in die Anwaltschaft aufgenommen werden sollen. Noch schlimmer aber ist, daß durch die Beschränkung der Zahl der Zulassungen die Grundlagen für die Bildung einer „nobilisierten Winkeladvokatur“ geschaffen würden. Es ist ganz selbstverständlich, daß alle diejenigen, denen es nicht gelingt, in die Anwaltschaft aufgenommen zu werden, sich dann als Rechtsberater in irgendeiner Weise niederlassen. Sie sind weder in finanzieller noch in sonstiger Beziehung an die strengen gesetzlichen Vorschriften gebunden oder gar einer Disziplinargerichtsbarkeit unterworfen, wie dies für den Anwalt der Fall ist. Sie werden also in der Lage sein, unter besonders günstigen Bedingungen Konkurrenz zu machen und der Anwaltschaft außerordentlich zu schaden. Abgeändert werden müssen dagegen die Voraussetzungen für den Eintritt in den Anwaltsstand. Die Tatsache allein, daß einer das Kassenforexamen bestanden hat, kann unter den heutigen Verhältnissen nicht mehr genügen, ihn zur Zulassung zur Anwaltschaft zu qualifizieren. Das muß ein so mehr betont werden, als auf solche Weise viele von denjenigen, die ihrer schlechten Penur im Examen halber in den Staatsdienst nicht aufgenommen werden, sich der Anwaltschaft zuwenden. Gefordert werden muß zunächst einmal eine gewisse Beschränkung der Zulassung zum Vorbereitungsdiensst schon nach den Referendarexamen. Für den künftigen Anwalt aber muß eine längere Vorbereitungszeit nach bestandnem zweiten Examen eingeschoben werden. Während dieser Zeit soll der angehende Anwalt ausgedehnte Kenntnisse zur Erweiterung seiner sozialen und wirtschaftlichen Kenntnisse haben und auf diesen Gebieten alle die Dinge kennen lernen, die er während der Vorbereitungszeit nicht in sich aufnehmen konnte. Denn es ist nicht zu verkennen, daß die Umgestaltung des derzeitigen Vorbereitungsdiensstes in erster Linie die Ausbildung des künftigen Richters und Staatsanwalts im Auge hat. Dabei ist insbes. noch darauf zu achten, daß auch innerhalb der Tätigkeit des Anwaltsstandes selbst sich bedeutende Umschichtungen geltend gemacht haben. Die reine Prozeßanwaltschaft tritt allmählich in weitem Umfang immer mehr in den Hintergrund. Die beratende Tätigkeit des Anwalts bildet sich immer mehr heraus, der der Prophylaxe sorgfamer Vertragsfestlegung dient und auf diese Weise den späteren Streit im Keim zu ersticken oder gar nicht zur Entstehung kommen zu lassen sucht. Damit ist keineswegs gesagt, daß für die deutschen Verhältnisse eine Scheidung innerhalb der Anwaltschaft nach englischem oder französischem Muster notwendig sei. Dies entspricht

weder der Tradition noch der inneren Struktur der deutschen Anwaltschaft. Auch besondere Bestrebungen verschiedener Art sind dabei noch hervorzuheben.

Der notwendigen Sanierung der Verhältnisse des Anwaltsstandes dienen weiterhin alle die Bestrebungen, die dem Anwalt verlorenes Gebiet zurückzugewinnen oder sein Tätigkeitsgebiet zu erweitern suchen. Nach der letzteren Richtung darf besonders auf die Möglichkeit hingewiesen werden, Spezialkenntnisse als Fachanwalt zu verwerten und sich als solcher zu bezeichnen. Nach der ersteren Richtung sind Bestrebungen orientiert, wie der Vorschlag, Anwaltszweigschaften zu gründen, die die einfachen Beiratsangelegenheiten übernehmen und auf solche Weise die vielen kleinen Mandate zurückzugewinnen sollen, die im Laufe der Zeit zum Rechtskonsulenten abgewandert sind oder von der Partei gar nicht erst aus der Hand gegeben wurden.

Überhaupt ist schärfster Kampf gegen das Rechtskonsulententum jeder Art zu führen. Die Umgestaltung der RW hat insbesondere durch die Zuständigkeitsverhöhung der AG. der Anwaltschaft einen erheblichen Schaden zugefügt. Auch dagegen müssen die entsprechenden Maßnahmen ergriffen werden. Zum mindesten muß Einführung des Anwaltszwanges von einer gewissen Streitwerthöhe ab verlangt werden. Der völlige Ausschluß der Anwaltschaft von gewissen Verfahren muß auf das strikteste bekämpft werden. Dahin gehört der Ausschluß der Anwälte vor den ArbG., oder ihre Nichtzulassung bei Differenzen der Reichsbahn und deren Beamten, wie dies in der Reichsbahngesetzgebung vorgesehen ist. In gleicher Weise muß gegen Vorschriften Front gemacht werden, wie sie etwa die Abänderung der RWGd. enthalten, die den Kostenerstattungsanspruch des Steuerpflichtigen gegenüber dem Staat für seine Vertretungskosten streicht, selbst wenn diese Vertretungskosten notwendig gewesen sein sollten.

Die unerträgliche Bindung der Beteiligten, die sich aus der Überhandnahme der Verbandschiedsgerichte ergibt, muß in gleicher Weise bekämpft werden. Durch Kräftigung der Standesarbeit im Wege der Verbesserung der Vor- und Fortbildung, durch festen Zusammenschluß, entschlossenes Auftreten und energisches Eintreten für die Ziele des ganzen Standes muß die unentbehrliche deutsche Anwaltschaft wieder einer gesünderen Zukunft zugeführt werden.

Anwaltszwang vor den Verwaltungsgerichten?

I.

Ernst Jsay: JW. 1930, 2031 hat die Einführung des Anwaltszwanges vor den Verwaltungsgerichten befürwortet. Es sei mir als fast zehnjährigem Mitglied eines mittleren Verwaltungsgerichts (Bezirksausschuß) gestattet, eine von Jsay abweichende Ansicht vorzutragen. Jsay führt zur Begründung des Anwaltszwanges die Gewähr für eine richtigere materielle und formelle Prozeßführung an. Ich glaube, daß diese Erwartung enttäuscht würde. Denn wenn der Anwaltschaft das öffentliche Recht auch nicht gerade — um einen Ausdruck von Jsay — zu gebrauchen, ein Buch mit sieben Siegeln ist, so sind ihre Kenntnisse im öffentlichen Recht doch nicht im entferntesten so wie im privaten Recht. Wie man es auch nicht anders verlangen kann, vermögen die RL. dem erfahrenen Verwaltungsrichter fast nie einen neuen Gesichtspunkt zu bringen, oder auch nur einen Streit in die richtigen Wege zu lenken. Sie operieren z. B. mit der Beweislast, die im öffentlichen Recht nur ganz selten eine Rolle spielt, beantragen einseitige Verfügungen, die es im öffentlichen Recht nicht gibt usw. Abgesehen von einzelnen Materien, wie vielleicht dem allgemeinen Polizeirecht oder der Wertzuwachssteuer, reichen die Kenntnisse unserer Anwaltschaft nicht aus und können naturgemäß nicht ausreichen, um den Verwaltungsprozeß merklich zu befruchten; z. B. im Kommunalabgabenrecht, Baurecht, Schulrecht, Wasserrecht, Recht der Staatsaufsicht oder in der Zulässigkeit der Rechtsmittel und der Handhabung des auch von Jsay erwähnten Enumerationsprinzips. Gerade letzteres verlangt einen guten Überblick über das öffentliche Recht und Kenntnisse, deren Größe und Schwierigkeit für Zivilrechtler mit Jsay doch zu unterschätzen scheint. An eine irgendwie wesentliche Verhinderung von unflätigen und aussichtslosen Klagen sowie unzulässiger Rechtsmitteln durch die Rechtsanwälte, die Jsay vom Anwaltszwang erhofft, vermag ich daher nicht zu glauben.

Das alles gilt natürlich nicht für die RL., die Spezialisten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts geworden sind, wie es deren in Berlin gibt (in Wdn hat der Bezirksausschuß bisher keine solchen beobachtet); es gilt auch nicht für die Verwaltungsrechtärzte, zum mindesten nicht soweit sie die Regierungsassessorprüfung bestanden haben.

Daß die bevorstehende Reform des Universitätsstudiums und die Vereinheitlichung der Vorbereitung für die Gerichts- und Verwaltungslaufbahn etwas daran ändern wird, halte ich für ausgeschlossen; denn die vorgezeichnete, in die gerichtliche Vorbereitungszeit einbezogene halbjährige Überweisung der Gerichtsreferendare

¹⁾ Aus einem Vortrag von M. Dr. Drucker, Leipzig, in der Darmstädter Juristischen Gesellschaft. Berichtet von M. Dr. Neuschäffer, Darmstadt.

an ein Landratsamt oder eine Regierung kann unmöglich als ausreichend angesehen werden, um wirklich in den Geist und den Inhalt des praktischen öffentlichen Rechts einzubringen. Daß die Beschäftigung der Studenten der Rechtswissenschaft mit dem öffentlichen Recht auf der Universität jedenfalls zur Zeit ebenso unzureichend ist, darüber glaube ich ein gewisses Urteil zu haben, da ich seit der stärkeren Betonung des öffentlichen Rechts in der ersten juristischen Prüfung, d. h. seit über vier Jahren dem Prüfungsamt für die erste juristische Prüfung angehöre und weiß, daß — wohl wieder mit einigen Ausnahmen wie etwa dem allgemeinen Polizeirecht — nur wenige in der Praxis wichtige Fragen von den Kandidaten beantwortet werden können.

Wenn Fay annimmt, der Glaube, die Verwaltungsrichter selbst seien dem Anwaltszwang vor den Verwaltungsgerichten abhold, sei irrig, so muß ich aus meiner Erfahrung dieser Annahme widersprechen; wenigstens was die unteren und mittleren Verwaltungsgerichte angeht. Hier glaubt wohl die überwiegende Mehrzahl der Verwaltungsrichter, daß das Hinzutreten eines Anwalts sowohl in der schriftlichen Vorbereitung (durch längere Schriftsätze) wie in der mündlichen Verhandlung (durch längeren Vortrag) im wesentlichen einen Aufenthalt bedeutet und der Partei Kosten macht, die angesichts der im Verwaltungskreiverfahren geltenden Untersuchungsmaxime gespart werden können. Vor dem OVG. und dem künftigen Reichsverwaltungsgericht mag die Sache sehr wohl anders liegen. Am Sitze dieser obersten Gerichte werden sich immer Anwaltspezialisten für das öffentliche Recht herausbilden und gute Verwaltungsrechtswissenschaftler vorhanden sein, so daß hier der Anwaltszwang wirklich zur Vermeidung unnützer Belastung und zur einheitlichen Ausbildung und Fortbildung des Verwaltungsrechts erwünscht ist.

RegR. Dr. Scheerbarth, Köln.

II.

Die Kenntnisse des Anwalts im öffentlichen Recht seien nicht im entferntesten so wie im privaten Recht. Stark übertriebene Behauptung. Was würde Scheerbarth sagen, wollte man umkehren: die Kenntnisse des Verwaltungsrichters im Zivilrecht, Handelsrecht, Strafrecht sind nicht im entferntesten so wie im öffentlichen Recht? Aus dieser ebenso abwegigen Behauptung müßte die völlige Ungeeignetheit des Verwaltungsjuristen zum Verwaltungsrichter folgen, weil das Zivilrecht weitbin das öffentliche Recht fundiert. Wie das preuß. Oberverwaltungsgericht die Rechtsprechung mancher Kreisämter beurteilt, ist ZW. 1929, 3037 nachzulesen.

„Die RA. vermögen fast nie, dem erfahrenen Verwaltungsrichter einen neuen Gesichtspunkt zu bringen.“ Gibt es denn nur unerfahrene RA. und nur erfahrene Verwaltungsrichter, nicht auch umgekehrt erfahrene RA. und unerfahrene Verwaltungsrichter? — Nötig hier ein Exkurs über das Verhältnis von Anwalt zum Richter: Nicht ohne Interesse ist festzustellen, wie sich die höchsten deutschen Gerichtshöfe zu dem Sage: Mark gleich Mark, der sich als eine Anwendung des strictum jus darstellt, verhalten haben. Es muß anerkannt werden, daß das zivilrechtliche RG. an der Spitze derjenigen Gerichtshöfe marschiert, die zuerst den die Geister der herrschenden ungeheuren Aberglauben der Gleichung Mark gleich Mark über Bord geworfen haben. Schon in der Entsch. v. 15. Okt. 1918 (ZW. 1919, 44) hat das RG. die erste Breche in diese Mauer geschossen dadurch, daß es eine Kaufklage auf Lieferung von 10 000 kg Kupferdraht aus dem Kaufvertrage v. 13. Febr. 1914 abwies. Der 3. ZivSen. hat am 21. Sept. 1920 (RG. 100, 130 = ZW. 1920, 961) ausgesprochen, die grundstürzende Veränderung der Verhältnisse rechtfertige nicht nur ein Abgehen des aus einem langfristigen Vertrage Verpflichteten von diesem Vertrage durch Verweigerung der Lieferung, sondern auch einen Anspruch auf Erhöhung der Gegenleistung in Geld (Aufwertung). Dagegen hat das RWiG., das vermöge der Absicht seiner Gründer und seiner besonders gearteten Zusammensetzung zur besonderen Pflege wirtschaftlicher Gesichtspunkte bestimmt war, noch mehrere Jahre gebraucht, bis es die Okkupationsleistungen aus dem Gesetz v. 2. März 1919 und 27. März 1920 durch einen Spruch des Großen Senats v. 12. Mai 1923 (RWiG. II, 36) aufwertete. Auch das PrDVG. hat noch i. J. 1923 die Wertzuwachssteuer bemessen nach dem Unterschiede zwischen Erwerbspreis zu Friedenszeiten und Inflationsveräußerungspreis und hat bei Vorliegen eines unbeschreiblich hohen „Gewinns“ des Verkäufers die hieraus zu berechnende Wertzuwachssteuer noch bejaht, bis endlich die Gesetzgebung den Wertzuwachs anderweit berechnete (vgl. Ur. des 7. Sen. v. 12. Juni 1923, VII C 199/22; 78/23). Hier heißt es: „Der Bezirksauschuß meint, die Mark sei i. S. des WZwStG. kein Geld mehr. Dem kann nicht beigetreten werden.“ (am 12. Juni 1923 war die Goldmark gleich 21 000 Papiermark). „Ein besonderes Geld i. S. des WZwStG. gibt es nicht.“ Man könnte hierzu bemerken, das RG. sei infolge von § 242 BGB. schneller zur Lösung der Frage gelangt. Das wäre aber unrichtig. Das RG. hat alle möglichen Konstruktoren angewendet (clausula rebus sic stantibus, Fortfall der

Geschäftsgrundlage usw.). Auf den § 242 ist es wohl erst im Jahre 1923 gekommen (Ur. v. 6. Jan. 1923, zit. in Michaelis, Aufwertungsrecht S. 13). Wie manchmal hat sich das Herz des Parteivertreters gekrampft, wenn er erleben mußte, daß die armen, vom Feinde in den besetzten Gebieten Geschädigten oder die durch die Taten der Roten Armee um ihr Hab' und Gut gebrachten Personen mehrere Jahre nach Eintritt des Schadens zufolge der Gleichung Mark gleich Mark vom RWiG. mit ein paar Hellern abgefunden wurden, die den ganzen Prozeß als eine Rechtsstragödie erscheinen ließen. Ich erblicke in diesem früheren Aufstehen des RG. eine Wirkung des Anwaltszwanges. Vor dem RWiG. und dem PrDVG. werden höchstens 1% aller Beteiligten von Anwälten vertreten, während vor den Zivilgerichten, vom OVG. aufwärts, der Anwaltszwang herrscht. Dieses fortgesetzte Eintreten der Anwälte für eine vernunftmäßigere Rpr. unter dem Ausgebote von juristischem Scharfsinn bei Begründung der Ansprüche mußte mit der Zeit die Zivilgerichte mürbe machen und dem Recht zum Siege verhelfen. Dieses Recht, mit uns geboren, liegt gar nicht verankert in dem § 242, sondern entspringt dem großen sittlichen Grundsatz, der für alle Zeiten, alle Länder und alle Völker ewig derselbe ist und bleibt, daß die Leistung der Gegenleistung gleichwertig sei. Diesen großen Grundsatz hat die deutsche Anwaltschaft infolge der unmittelbaren Berührung mit der Klientel und des eigenen Einblicks in die Abgründe der Wirtschaft so viel eher bei den Zivilgerichten durchdrücken können, als bei den Verwaltungsgerichten; weil sie nach Gesetz das Ohr des Zivilrichters hat, das des Verwaltungsrichters aber nicht (vgl. meinen Aufsatz in der Festschrift für Heilberg: Der Verwaltungsrichter, seine Wage und sein Schwert S. 93).

Wäre Fays Wunsch nach Anwaltszwang bei den höchsten Gerichtshöfen schon vor und während der Inflation Gesetz gewesen, so hätten die deutschen RA. wohl auch den Verwaltungsrichtern etwas geben können.

Bekanntlich hat Struß schon 1918 gefordert, daß die Beratung und Vertretung der Steuerpflichtigen mehr als bisher in die Hände der Rechtsanwälte gelange (ZW. 1918, 207). Struß war damals länger als ein Jahrzehnt Senatspräsident beim PrDVG.

Die schwere Anklage Scheerbarths, gerichtet auf Nichtkönnen, wirkt deshalb peinlich, weil Gesetzgebung und Verwaltung Preußens es von jeher darauf angelegt haben, den RA. vom Verwaltungsprozeß fernzuhalten. Es war dies „Tendenz“, von der man bei der preuß. Verwaltungsreform 1914 mit Befriedigung feststellte, daß „sie sich bewährt habe“. 1926 schuf der preuß. Landtag das Gesetz über die Vertretung vor den Verwaltungsgerichten, was Ostreich auf dem Hamburger Anwaltstage 1929 einen Dolchstoß in den Rücken der Anwaltschaft nannte. Ein Versuch des Berliner Anwaltvereins, den PrZmMin. zur Einbringung einer Gesetzesvorlage zu bewegen des Inhalts, daß die Kosten des im Verwaltungsprozesse Obliegenden für erstattungsfähig erklärt würden, fand die kalte Schulter. — Der Begründer des modernen deutschen Verwaltungsrechts, Otto Mayer, war 17 Jahre lang Rechtsanwalt. Landrat Dr. Cöster sagt in seiner Schrift „Rechtskraft der Staatsakte“ S. 9:

„Die Theorie des Verwaltungsrechts wird meist von Männern entwickelt, die nicht auf die Staatskunst, sondern auf das Recht eingestellt sind. Ziviljuristen finden, trotz häufig fehlender Verwaltungspraxis, noch immer leichter den Weg zur Verwaltungsrechtstheorie, als der eigentliche Verwaltungsbeamte, dessen Gedanken den Gestaltungszielen nachjagen. Dem Verwaltungsbeamten fehlt daher die entsprechende Einstellung zum Recht, wie der Richter sie hat, und dies hindert ihn, Rechtsfachmann zu werden.“

In meiner langjährigen Praxis habe ich durch das Auftreten vor mehr als einem Duzend höchster Reichs- und Landesgerichtshöfe die Beobachtung gemacht, daß gerade die geistig höchststehenden Richter den Anwaltsausführungen am gespanntesten folgen. Höchst belehrend und zutreffend, was Magnus in seinem Vortrage „Notlage der Anwaltschaft“ S. 16 ausführt. Das muß man lesen.

Wenn schon die RA. dem erfahrenen Verwaltungsrichter nichts geben, was sollen ihm dann wohl die Laien geben? Sind sie erfahrener im Schulrecht, Kirchenrecht, Wasserrecht, Auenrecht, in der Zulässigkeit der Rechtsmittel, im Enumerationsprinzip? — Im Berliner Bezirksauschuß sind sie meist Vertreter des Galtnritgewerbes. Wenn also auch sie dem Richter nichts nützen, wozu sie beibehalten? Die Parteien selbst, soweit nicht Behörden, verstehen nichts vom Verwaltungsrecht, ihre Anhorung erübrigt sich, wozu noch mündliche Verhandlung, die ein „M o n o l o g des G e r i c h t s“ wäre?

Am besten ist dann wohl geheimer Inquisitionsprozeß mit Offizialmagazine? — Ich denke, dialektische Kontroverse ist das Kennzeichen der Willensbildung im heutigen Staats- und Prozeßrecht, nicht aber geheime Fehme!

Der große, nicht hoch genug zu schätzende Vorteil der Anwaltsvertretung besteht darin: Der Verwaltungsrichter soll darüber wachen,

ob die Verwaltung den Staatsbürger im subjektiv öffentlichen Recht verletzt hat. Dieser Richter aber ist Kollege des Verwaltungsbeamten, ja selbst Verwaltungsbeamter. Beide sehen den Rechtsstreit an mit den Augen des Staates, der Obrigkeit. Der *RA.* steht dem Staatsbürger näher, er fühlt mit ihm das Eckige, das Kantige der Gesetze, ihre praktische Wirkung, wie sie die Wirtschaft treffen und unter Umständen schädigen. Die Partei selbst fühlt, wie sie getroffen ist, hat aber oft nicht das Augenmaß, den Abstand von den Dingen, starke Unlustgefühle schwingen mit, sie vergreift sich im Ausdruck, wird ausfällig — der *RA.* kennt die Bedürfnisse des Publikums, des Untertanen, er bringt sie dem Gericht nahe. Starker Irrtum zu glauben, der Obrigkeitsstaat sei überwunden. Politisch ist das Volk der Herrscher — verwaltungsmäßig ist es der Beherrschte. Ihm fehlt im Prozeßkampfe die Kenntnis des Gesetzes, des Schrifttums und der *Rspr.* Der *RA.* wird sich darin einarbeiten, so gut wie er sich im Steuerrecht und anderen Zweigen eingearbeitet hat. Höchst zutreffend die Bemerkungen *Sachs* über die Prozeßprophylaxe des Rechtsanwalts!

Irrtümlich ist die Behauptung, es gebe im öffentlichen Recht keine einstweiligen Verfügungen (vgl. dagegen meinen Aufsatz in *JW.* 1929, 3360 über „Einstweilige Verfügungen im öffentlichen Recht“, wo für unbedingt notwendige Erweiterung des Anwendungsgebietes eingetreten wird. Vgl. auch *Friedrichs*, Verwaltungsrechtspflege II, 1079).

Auch die Annahme ist irrig, im Verwaltungsstreitverfahren gelte die Untersuchungsmaxime. Theoretisch, ja, in der Praxis erhebt der Verwaltungsrichter die angebotenen Beweise, sonst keine, höchstens beschließt er Augensehen oder Gutachten. Im Gegenteil wendet der Zivilrichter mehr die Untersuchungsmaxime an, als jener: die Verletzung der richterlichen Fragepflicht bildet einen Revisionsgrund. Nicht so im Verwaltungsstreitverfahren: seit etwa 25 Jahren kämpfe ich mit dem *DVG.* für Anerkennung dieser Verletzung als Revisionsgrund — vergeblich! Der Tatsachenrichter des Verwaltungsstreitverfahrens braucht keine Besorgnis zu hegen, daß sein Urteil vom Revisionsrichter wegen Verletzung der Fragepflicht aufgehoben wird.

Wenn der Kölner Bezirksausschuß bisher noch keinen Spezialisten des öffentlichen Rechts beobachtet hat, so liegt das nicht daran, daß es dort keine Kenner des öffentlichen Rechts gibt, sondern daran, daß die fraglichen Anwälte sich nicht als Spezialisten bezeichnen. Eine bedeutende Körperschaft des öffentlichen Rechts läßt ihre Sachen seit 35 Jahren durch eine Kölner Anwaltsfirma vertreten.

Weit unterschätzt ist die Arbeit der Anwälte im Steuerrecht, wo sie wissenschaftlich mit führend sind — im Disziplinarrecht —, wo kein Verwaltungsrechttrat die gleiche strafprozessuale Schulung aufweist.

Die bevorstehende Reform des Universitätsstudiums und die Vereinheitlichung der Vorbereitung für die Gerichts- und Verwaltungslaufbahn beurteile ich günstiger als *Scheerbarth*. Aus den Gesetzen des Zivilrechts kommend, habe ich als badischer Rechtspraktikant beim *Gr.* Bezirksamt Freiburg selbst erlebt, wie das öffentliche Recht packt und begeistert (vgl. mein „Öffentliches Recht voraus“ S. 37). Das wirklich Wertvolle in der Referendar liegt bei halbjährlicher Beschäftigung in dem Einblick in die Welt des Staates, in der Wahrung des Interesses, schließlich darin, daß er sich unter Anwendung der geeigneten literarischen Hilfsmittel zurechtfinden lernt und nicht mehr mutlos und verlaßen einer fremden Welt gegenübersteht.

Scheerbarth sieht im jetzt geltenden preuß. Verwaltungsstreitverfahren wohl die beste aller Welten. Er glaubt nicht an Fortschritte der deutschen Anwälte, nicht an den Nutzen der Koedukation der Juristen und Verwaltungsmänner. Der deutsche Anwalt glaubt an beides. Wird das *RVwG.* Wirklichkeit, so kommt die von der deutschen Anwaltschaft stets geforderte Generalklausel, d. h. jeder durch ein behördliches Verbot in seinen Rechten Verletzte erhält verwaltungsgerichtlichen Schutz. Dann will die deutsche Anwaltschaft auch das Ohr des Verwaltungsrichters haben. Sie hält sich des für würdig.

RA. Dr. Görres, Berlin.

Zur Frage der Erstattung der Kosten der Rechtskonsulenten.

Zwischen Rechtskonsulenten und ihren Klienten wird in sehr vielen Fällen, besonders in Beitreibungssachen, ein Vertrag dahin abgeschlossen, daß die Partei lediglich eine an sich geringe Verwaltungsgebühr zu zahlen hat, während der Rechtskonsulent seinen Verdienst daraus zieht, daß er im Falle des Obiegens seine Gebühren von der Gegenpartei beiträgt.

Es fragt sich, ob diese Handhabung nach den Kostengesetzen der *RPD.* möglich ist.

Die Kostenersatzpflicht der unterliegenden Partei beruht auf § 91 *RPD.* Hiernach hat die unterliegende Partei die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Die obliegende Partei hat demgemäß den Nachweis zu führen, welche Kosten ihr erwachsen waren. Nur die tatsächlich ihr entstandenen Kosten sind von der unterliegenden Partei zu ersetzen.

Wenn nun die obliegende Partei, wie es bei den obengeschilberten Verträgen üblich ist, von sich aus nur verpflichtet ist, einen geringen Verwaltungsbetrag zu zahlen, so kann sie auch nicht mehr von der unterliegenden Partei erstattet verlangen, denn höhere Kosten sind ihr durch die Führung des Rechtsstreites nicht erwachsen.

Auch der Rechtskonsulent als solcher kann weitere Ansprüche an die unterliegende Partei nicht stellen, denn seine Forderung an die unterliegende Partei beruht lediglich auf Ansprüchen, die ihm von der obliegenden Partei abgetreten sein können. Die obliegende Partei kann aber nicht mehr an Ansprüchen abtreten, als sie selber hat. Hat also die obliegende Partei nur einen Anspruch auf Erstattung der von ihr gezahlten Verwaltungsgebühr, so kann der Rechtskonsulent auch im Falle des Obiegens nicht mehr als diese Verwaltungsgebühr von der unterliegenden Partei verlangen.

Auch eine weitere Abrede zwischen Rechtskonsulenten und seiner Partei, daß für den Fall des Obiegens und der Beitreibbarkeit der Forderung höhere Gebühren fällig werden sollen, ist nicht geeignet, den Anspruch des Rechtskonsulenten bzw. der obliegenden Partei auf Erstattung höherer Gebühren herbeizuführen. Denn erstattungsfähig sind lediglich die Kosten, die der obliegenden Partei erwachsen sind, um eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung herbeizuführen, nicht aber die Kosten, die der Partei noch erwachsen können, falls die Rechtsverfolgung Erfolg gehabt hat.

Eine Erstattungsfähigkeit von Erfolgshonoraren kennt § 91 *RPD.* nicht. Es ist also nicht möglich, daß die unterliegende Partei verpflichtet werden kann, ein Erfolgshonorar des Rechtsbeistandes der Gegenpartei zu erstatten.

Bei der Frage der Erstattung der Gebühren von Rechtsbeiständen wird also in jedem Falle von der obliegenden Partei der Nachweis zu verlangen sein, welche Kosten und Beträge sie für die Durchführung des Prozesses an den Rechtsbeistand gezahlt hat bzw. welche Beträge sie für die Durchführung des Rechtsstreites umbedingt, d. h. ohne Rücksicht auf den Erfolg des Rechtsstreites dem Rechtsbeistand versprochen hat. Dieser Nachweis ist bei der Vertretung durch einen Rechtsbeistand zu verlangen, nicht aber bei einer Vertretung durch Anwälte, da nach § 91 Abs. 2 *RPD.* die Gebühren und Auslagen des *RA.* der obliegenden Partei zu erstatten sind. Hier kommt es also nicht darauf an, ob diese Kosten der Partei bereits erwachsen sind, sondern das Gesetz geht stillschweigend von der Voraussetzung aus, daß der Anwalt nicht unter den vorgeschriebenen Gebühren arbeitet. Da diese Voraussetzung mangels einer *GebD.* für Rechtsbeistände nicht gegeben ist, ist also in jedem Falle der Vertretung durch Rechtsbeistände oder Rechtskonsulenten der Nachweis, welche Summen für die Vertretung bezahlt sind, zu erfordern. Nur diese Summen sind erstattungsfähig, dagegen ist der unterliegende Teil nicht verpflichtet, darüber hinausgehende Beträge, die nach dem Vertrage der Rechtsbeistand von seiner Partei nicht verlangen kann, zu erstatten.

RA. Dr. Max Proskauer, Berlin.

Darf der protokollierende Richter stenographieren?

A.

Der § 163 a *RPD.* gestattet die Verwendung einer gebräuchlichen Kurzschrift beim Protokollieren. Der ebenfalls durch die gleiche Novelle eingefügte § 163 Abs. 3 *RPD.* bestimmt, daß von der Bezugnahme eines Protokollführers nach Bestimmung des Vorsitzenden abgesehen werden kann. In diesem Falle muß also der Richter (Einzelrichter, Vorsitzender oder Beisitzer nach Bestimmung des Vorsitzenden § 69 *GWG.*) die Protokollführung übernehmen. Darf nun der protokollierende Richter sich beim Niederschreiben des Protokolls, insoweit die Voraussetzungen des § 163 a vorliegen, einer gebräuchlichen Kurzschrift bedienen?

Im Schrifttum wird die Frage durchweg verneint (vgl. *F. Goldschmidt*, Die neue *RPD.* zu § 163 a B; § 163 a C. 2 der *Ann.*; *Stein-Jonas* zu § 163 II; zu § 163 a I; *Baumbach*, 5. Aufl., § 163 a *Ann.* 3; *Schadow-Busch* zu § 163 a). Als Begründung dient der Hinweis auf § 163 a C. 2, wonach die Anlage, die das Stenogramm enthält, allein von dem Urkundsbeamten zu unterzeichnen ist. Diese Begründung mit dem bloßen Wortlaut des Gesetzes vermag um so weniger zu überzeugen, als gerade die Novelle

durch die Einfügung des Abs. 3 des § 163 ZPO. eine Verschiebung hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Urkundspersonen, die beim Protokollieren in der Regel beteiligt sind, gebracht hat. Vor der Novelle war der Urkundsbeamte schlechthin unentbehrlich. Ein Eintritt von Hinderungsgründen in seiner Person vor Schluß der Verhandlung zwang zu einer Wiederholung der bisherigen Verhandlung unter Hinzuziehung eines anderen Urkundsbeamten. Die Unterschrift des Urkundsbeamten konnte nicht durch die Unterschrift des amtierenden Richters ersetzt werden, während umgekehrt die Unterschrift des Richters durch die Unterschrift des Urkundsbeamten ersetzbar war. Anders nunmehr nach der Novelle. Eine Kombination von Abs. 3 des § 163 mit Abs. 2 S. 2 führt unter Anwendung der Denkfigur „in maiore inest minus“ zu der Folgerung, daß im Falle der Verhinderung des Protokollführers dessen Unterschrift durch die des Vorsitzenden ersetzbar ist (so Goldschmidt a. a. O. § 163 Anm. 2; a. M. Stein-Jonas § 163 II a. E. ohne Begründung). Mit Recht bemerkt Baumbach zu § 163 Bem. 2, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes im Abs. 3 des § 163 ZPO. falsch ist. Es wird nicht von der Zuziehung eines Protokollführers abgesehen, sondern die Funktionen des Protokollführers, die dieser sonst beim Protokollieren ausübte, gehen auf den Richter über. Der Richter vereinigt nunmehr die Funktionen des Richters und die Funktionen des Protokollführers in einer Person. Ist das aber der Fall, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Richter in seiner Funktion als Protokollführer sich nicht derselben technischen Hilfe sollte bedienen können, die bislang dem Urkundsbeamten zu Gebote standen. Daß bei dieser Betrachtungsweise der Wortlaut des Gesetzes im § 163 a S. 2 nicht entscheidend ins Gewicht fallen kann, leuchtet ohne weiteres ein. Das Gesetz geht seiner Struktur nach von dem Regelfall aus, daß zwei Urkundspersonen beim Aufnehmen des Protokolls tätig sind und umschreibt die Funktionen einer jeden von ihnen. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß für den Fall, daß die Funktionen der einen Urkundsperson auf die andere übergehen, diese andere Urkundsperson, der Richter, zu einem Urkundsbeamten minderen Rechts würde.

Auch Satz 3 des § 163 a ZPO. steht nicht im Wege: nach der Beendigung des Termins ist unzerzähllich eine Übertragung der Anlage des Protokolls in die gewöhnliche Schrift anzufertigen und von dem Urkundsbeamten zu beglaubigen. Die Anfertigung der Übertragung bietet bei Diktat in die Schreibmaschine keinerlei Schwierigkeiten. Das Gesetz schreibt nicht vor, daß die Übertragung eigenhändig durch die Urkundsperson zu erfolgen habe. Das Gesetz verlangt nur die Beglaubigung durch den Urkundsbeamten. Unter „dem Urkundsbeamten“ wird man mit Rücksicht auf die Protokollierung beteiligten Urkundsbeamten, nicht wie Baumbach will, jeden beliebigen Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu verstehen haben. Der Hinweis Baumbachs, daß nur eine gebräuchliche Kurzschrift deshalb zugelassen wurde, um auch die Beglaubigung durch andere Urkundsbeamte technisch zu ermöglichen, geht m. E. fehl. Die Herstellung der Beglaubigung ist Teil des Protokollendienstes, also eine Funktion der an der Beurkundung beteiligten Urkundsperson. Die beglaubigte Übertragung soll nach Möglichkeit einen vollwertigen Ersatz der Herstellung des Protokolls in der gewöhnlichen Schrift gewährleisten, die ursprünglich allein im Gesetz vorgesehen war, wenn sie es auch in den Augen des Gesetzgebers nicht ist (arg. § 163 a II ZPO.). Sie muß deshalb schon technisch von dem im Protokollendienst beteiligten Urkundsbeamten vorgenommen werden. Wenn die Urkundsbeamten auch nicht wie Parlamentsstenographen im 300–400-Silbentempo in der Minute über die Protokollanlage huschen, so wird doch die Schrift um so individueller, je höher die entwickelte Geschwindigkeit ist. Um so größer ist die Schwierigkeit des Entzifferns, um so stärker muß die Garantie für die Richtigkeit der Übertragung sein. Nach dem Gesetz ist die Aufnahme des Protokolls auch erst mit der Übertragung des Stenogramms in die gewöhnliche Schrift beendet (§ 163 a S. 4 ZPO.). Damit erst hat der im § 159 Ziff. 2 ZPO. erwähnte Urkundsbeamte sich seiner Urkundsfunktion entledigt. Vom Standpunkt Baumbachs müßte auch der die Übertragung bewirkende Urkundsbeamte im Kopf des Protokolls erscheinen (§ 159 Ziff. 2 ZPO.). Der Grund für die Zulassung nur einer gebräuchlichen Kurzschrift wird darin zu suchen sein, den Urkundsbeamten auch hinsichtlich der Aufnahme des Stenogramms und hinsichtlich der Übertragung unter weitgehende Kontrolle der Prozeßbeteiligten zu stellen (vgl. auch § 185 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 ZPO.).

Wird nach der hier vertretenen Ansicht nicht von der Zuziehung eines Protokollführers abgesehen, sondern gehen die Funktionen des Protokollführers auf den Richter über, so ist dem Richter durch die Bestimmung des § 163 a S. 4 ZPO. die Befugnis zur Beglaubigung gegeben. Über die Form der Beglaubigung ist ebenso wenig wie im § 170 ZPO. eine Bestimmung getroffen. Hier ist die Beglaubigung sachlich etwas anderes als im § 170 ZPO. Sie stellt nur die inhaltliche Übereinstimmung zwischen Protokollanlage und Übertragung fest, nicht die körperliche und inhaltliche Übereinstimmung, weil eine körperliche Übereinstimmung nicht vorhanden ist. Es genügt die Erklärung des Urkundsbeamten, daß die Stenogrammübertragung mit dem Stenogramm übereinstimmt. Anders als bei

den übrigen Anlagen des § 160 Abs. 3 muß hier das Stenogramm selbst unterschrieben werden (§ 163 a S. 2 ZPO.).

Praktisch ist der vertretene Standpunkt nicht bedeutungslos. Das Bedürfnis des Richters, von der Beherrschung einer gebräuchlichen Kurzschrift Nutzen zu ziehen, tritt häufiger ein, namentlich bei Augenscheinseinnahmen und Zeugenvernehmungen außerhalb des Gerichtsgebäudes. Es genügt hier unter Bezugnahme auf den Aufsatze des H. Schmidt, Dresden: JW. 1930, 1469 darauf hinzuweisen, daß die in der Justiz tätigen Schreibkräfte zum überwiegenden Teil keine erstklassigen Schreibkräfte sind, weder im Maschinenschreiben (Zehnfinger-Blindschreibsystem) noch in der Stenographie. Daß unter solchen Umständen die StG., die bei Drösterterminen um die Stellung eines Urkundsbeamten ersucht werden, nicht ihre besten Schreibkräfte abgeben, sondern häufig solche, die nicht oder nur mangelhaft stenographieren können, erscheint verständlich. Das bedeutet aber eine nicht erträgliche Belastung der an der Beweisaufnahme Beteiligten: der Anwälte, der Parteien, der Zeugen und des Richters. Soll der Richter im Interesse sämtlicher Beteiligten unter solchen Umständen von der Beherrschung der Kurzschrift keinen Gebrauch machen können?

Verf. Friedrich Müller, Stettin.

B.

Anzuerkennen ist, daß es der Beschleunigung der Verhandlung dienen kann, wenn auch der nach § 163 Abs. 3 ZPO. protokollierende Richter sich der Kurzschrift bedienen darf. Richtig ist auch, daß gegen die Kombination der §§ 163 Abs. 3 und 163 a aus dem bloßen Wortlaut des § 163 a Satz 2 nichts Überzeugendes hergeleitet werden kann. Die Unterzeichnung des Stenogramms durch den Urkundsbeamten hat ihren Grund wohl einfach darin, daß die älteren Richter die Kurzschrift meist nicht lesen können, und daß auch ein der Kurzschrift kundiger längst nicht ohne weiteres ein fremdes Stenogramm entziffern und die Verantwortung für seinen Inhalt durch Unterschrift übernehmen kann. Nicht aber konnte es der Zweck des § 163 a Satz 2 sein, dem gelegentlich protokollierenden Richter die Kurzschrift zu untersagen. Es ist auch richtig, daß im Falle des § 163 Abs. 3 der Richter an die Stelle des Protokollführers tritt, und zwar, wenn der § 163 Abs. 3 überhaupt auf den § 163 a übergreift, auch an die Stelle des Protokollführers nach § 163 a.

Aber eine Kombination des § 163 Abs. 3 mit dem § 163 a ist aus einem anderen Grunde unmöglich: sie läßt sich nicht vereinigen mit der richtig verstandenen Aufgabe des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Diese Aufgabe ist zwar durch die Mechanisierung des Geschäftsbetriebs immer mehr verblasst. Aber ein rein technischer Gehilfe ist der protokollierende Urkundsbeamte immer noch nicht, wenn er auch heute oft dem technischen Personal entnommen ist. Eine Gerichtsperson, die der Ausschließung und Ablehnung unterliegt wie ein Richter (§ 49 ZPO.), hat höhere als technische Aufgaben, sie ist mitverantwortlich dafür, daß die Vorgänge, die sich vor Gericht abspielen, richtig beobachtet und urkundlich niedergelegt werden. Zwei Personen sehen und hören mehr als eine, vier mehr als drei. Wie wichtig es übrigens sein kann, den Urkundsbeamten über das zu hören, was sich in der mündlichen Verhandlung ereignet hat, weiß jeder, der Aufsichtsbeschwerden bearbeitet. Der § 163 Abs. 3 ZPO. kann sich also nur auf die Fälle beziehen, wo das Gericht nicht viele Wahrnehmungen zu machen hat, so auf lange rechtliche Auseinandersetzungen, über die nicht viel zu Protokoll zu nehmen ist. Bei wichtigen Vorgängen, die zu protokollieren sind, so namentlich bei Zeugenvernehmungen, ist stets ein Protokollführer zuzuziehen. Das gilt erst recht, wenn sie außerhalb des Gerichtsgebäudes vorgenommen werden. Hierbei muß das Gericht mehr als zwei Augen und Ohren haben. Daher die ausdrückliche Vorschrift des § 165 ZPO.! Daß diese durch den § 163 Abs. 3 abgeändert worden sei, wie von einigen gelehrt wird (z. B. Stein-Jonas § 165 Anm.), kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil der § 163 Abs. 3 nur für Protokolle von einer Geringsfügigkeit gedacht sein kann, wie sie in den Fällen des § 165 fast nie vorkommen kann. Dagegen ist der § 163 a nach seinen Eingangsworten gerade geschaffen für „Niederschriften größeren Umfangs, insbes. über die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen und über das Ergebnis eines Augenscheins“, also für solche Fälle, in denen die Zuziehung einer zweiten Gerichtsperson besonders wichtig ist.

Es handelt sich um eine Wahl zwischen Schnelligkeit und Sicherheit, eine Frage des Modernisierungstempos.

LGPräs. Dr. Ernst, Allenstein (Ostpr.)

Alle klagabweisenden Urteile über vermögensrechtliche Ansprüche sind ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 709 Ziff. 4 ZPO.).

Die seit jeher herrschende Meinung hat den § 709 Ziff. 4 ZPO. nur auf verurteilende Entsch. für anwendbar erklärt. Das Un-

befriedigende dieses Ergebnisses hat die Praxis vielfach bewogen, anders zu entscheiden. Dem tragen die neuesten Komm. von Stein-Jonas und Baumbach Rechnung, indem sie entweder für „Verurteilung“: „Urteil“ lesen wollen (Baumbach) oder für eine klagabweisende Entsch. den § 709 Ziff. 4 ZPO. entsprechend angewendet wissen wollen (Stein-Jonas). Diese letzte Ansicht ist schon früher von Hoche und nach ihm von Weinmann in seinem bekannten Buch „Gutachten und Urteilsentwurf“ vertreten worden.

Ich meine, daß weder für die gewaltsame Bedeutungsveränderung des Wortes „Verurteilung“, noch für eine entsprechende Anwendung des § 709 Ziff. 4 ZPO. auf klagabweisende Urteile i. S. von Hoche, Weinmann, Stein-Jonas eine Notwendigkeit vorliegt.

§ 709 Ziff. 4 ZPO. lautet:

Urteile sind ferner ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn sie betreffen:

1.—3/.

4. Andere vermögensrechtliche Ansprüche, sofern der Gegenstand der Verurteilung an Geld oder Geldeswert die Summe von 500 RM nicht übersteigt; in betreff des Wertes des Gegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung.

Die unter 4 genannten Ansprüche sind zunächst auf den Kreis der vermögensrechtlichen Ansprüche beschränkt. Eine weitere Beschränkung ist in dem Oberatz der Ziff. 4 nicht ausgesprochen, dagegen liegt eine weitere Beschränkung in dem durch die beschränkenden Partikel „sofern“ eingeleiteten Satz. Die Bestimmung gilt danach für vermögensrechtliche Ansprüche nur, wenn der Gegenstand der Verurteilung an Geld oder Geldeswert die Summe von 500 RM nicht übersteigt. Das heißt bei grammatikalischer Auslegung, daß der Gegenstand 500 RM nicht übersteigen darf, daß aber diese weitere Einschränkung für Urteile über vermögensrechtliche Ansprüche nicht schlechthin, sondern nur für die Verurteilung gilt. Die Einschränkung in bezug auf den Gegenstand gilt also nicht für klagabweisende Urteile.

Es ist bei unbefangener Auslegung sprachlich unmöglich, den Begriff „Verurteilung“ in den Hauptsatz hineinzukonjizieren. „Verurteilung“ ist sprachlich das Attribut zu Gegenstand und schränkt daher nur dieses Wort ein, eine Beziehung zum Hauptsatz besteht nicht. Würde der Begriff „der Verurteilung“ in dem mit „sofern“ eingeleiteten Satz den von der herrschenden Meinung behaupteten Sinn haben sollen, so hätte es heißen müssen, „sofern eine Verurteilung erfolgt, es sei denn, daß der Gegenstand der Verurteilung usw.“. Es gibt auch noch andere einfache Möglichkeiten, diesen Gedanken auszudrücken. Das Gesetz gebraucht aber einen anderen Ausdruck, der nach sprachlicher Auslegung, wie dargetan, diesen Sinn nicht haben kann.

Ist es denn aber aus sonstigen Gründen notwendig, die bisher vertretene Auffassung gewaltsam in den Text hineinzulesen? Warum sollten nicht klagabweisende Urteile ohne Rücksicht auf den Streitwert für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können? Sie bewirken keine materiellrechtlichen Veränderungen, prozessrechtlich ist es aber erwünscht, nach einer vorläufigen Entsch. auch die Verwirklichung der darin ausgesprochenen prozessrechtlichen Lage zu fördern. Stehen diese Urteile nicht auch den reinen Kostenentscheidungen darin gleich? Für diese ist durch §§ 794 Ziff. 3, 99 Abs. 3 ZPO. die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auch ohne Antrag ausdrücklich bestimmt.

Für die hier vertretene Ansicht spricht auch, daß sonst gemäß § 710 ZPO. auf Antrag die klagabweisenden Urteile gegen Sicherheitsleistung in Höhe der Kosten, die jeweils zu errechnen sind, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden müssen, ein unpraktisches, gezwungenes Ergebnis. Freilich bleibt dieses Ergebnis für die nichtvermögensrechtlichen Ansprüche, soweit nicht die Sonderbestimmungen eintreten, bestehen. Aber hier dürfte eine entsprechende Anwendung des § 709 Ziff. 4 ZPO. insoweit am Platze sein, daß auf Antrag klagabweisende Urteile ohne Sicherheit für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, wenn man nicht der Auffassung beitreten will, daß die Sicherheit nur nach dem materiellen Streitobjekt ohne Rücksicht auf die Kosten zu bestimmen ist.

UGR. Dr. Thomssen, Oldenburg.

Prozessgebührensatzung bei Berufungserweiterung.

Tatbestand: Der Bekl. ist in erster Instanz zur Zahlung von 100 000 RM verurteilt worden. Er legt Berufung wegen eines Teilbetrages von 1000 RM, unter Vorbehalt der Erweiterung ein und zahlt die entsprechend dem Teilbetrag erforderliche Prozessgebühr. Im ersten Verhandlungstermin verliert er den Antrag, die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Der Kl. vertritt den Standpunkt, der über 1000 RM hinausgehende Antrag dürfe vom Gericht nicht als

gestellt betrachtet werden, da der Nachweis der Zahlung der hierfür fälligen Prozessgebühr nicht erbracht worden sei; das Urteil sei deshalb nur in Höhe von 1000 RM als angefochten anzusehen; der Kl. beantragt demgemäß, das Urteil nach § 534 ZPO. für vollstreckbar zu erklären.

Einem solchen Antrag darf nicht stattgegeben werden. Das BG. darf die Entgegennahme des die Berufung erweiternden Antrages des Bekl. und Berufungsskl. nicht ablehnen und darf auch seine sonstige Tätigkeit bezüglich dieses Antrages nicht von der vorherigen Zahlung weiterer Prozessgebühr abhängig machen.

§ 3 ORO. enthält die Regel, daß das Gericht seine Tätigkeit nur in dem vom ORO. und den Prozeßgesetzen gestatteten Umfang von Zahlung der Gebühr abhängig machen darf.

Für den hier erörterten Fall besteht eine solche gesetzliche Ermächtigung nicht.

Es erscheint zweckmäßig, diesen Fall mit zwei anderen Fällen zu vergleichen, in welchen ebenfalls in der Verzinst. nach Zahlung der ursprünglich erforderlichen Prozessgebühr eine Nachforderung in Frage kommt.

Erster Fall: Berufung ist in vollem Umfang eingelegt. Prozessgebühr wird erfordert und gezahlt. Hinterher stellt sich heraus, daß die Prozessgebühr in zu geringer Höhe erfordert ist, sei es, weil bei der Berechnung ein Versehen vorgekommen ist, sei es, weil nachträglich der Streitwert für die Verzinst. höher festgesetzt wird.

Selbstverständlich kann die Differenz zwischen der richtig zu berechnenden und der ursprünglich erforderlichen Prozessgebühr nachgefordert und beigetrieben werden; der nach richtiger Berechnung zu zahlende Betrag ist ja mit Einlegung der Berufung nach § 74 Abs. 1 ORO. fällig geworden. Aber es kann wegen dieses Betrages nicht eine abermalige Fristsetzung mit den Folgen des § 519 Abs. 6 ZPO. stattfinden. Das RG. hat in dem Beschl. v. 7. Jan. 1925 (JW. 1925, 767¹⁸) und in dem Beschl. v. 25. März 1925 (Warn. 1925 Nr. 143) zutreffend darauf hingewiesen, daß der Nachweis der Zahlung der erforderlichen Prozessgebühr in § 519 Abs. 6 den Erfordernissen der Zulässigkeit der Berufung, insbes. dem Erfordernis der Begründung gleichgestellt ist; wenn dem Erfordernis des Zahlungsnachweises einmal Genüge geschehen ist, dann ist die Berufung, soweit ihre Zulässigkeit von diesem Nachweis abhängt, zulässig geworden; diese einmal rechtlich begründete Zulässigkeit kann nicht dadurch beseitigt werden, daß wegen anderweitiger Festsetzung des Streitwertes oder wegen versichtlich unrichtiger Berechnung der Prozessgebühr der dem Erfordernis gemäß gezahlte Betrag zur Deckung der gesetzlich begründeten Prozessgebühr nicht ausreicht (vgl. Stein-Jonas zu § 519 ZPO., V 2d und Rittmann-Wenz, Anm. 16 zu § 74 ORO.).

Ebenso wenig wie das BG. in diesem Falle Frist nach § 519 setzen darf, kann es seine weitere Tätigkeit davon abhängig machen, daß der Berufungsskl. zuvor die Differenz zahlt. § 74 ORO. gibt für diesen Fall keine Bestimmung. Abs. 2 Satz 1 bezieht sich ausschließlich auf die durch Klagehebung fällig werdende Prozessgebühr, gilt also nicht für die Verzinst. (vgl. Friedlaender, Bem. 39 zu § 74 ORO.). Abs. 2 Satz 3 bezieht sich ausschließlich auf den Fall der Erweiterung des Klageantrages, der hier auch nicht vorliegt; denn der Klageantrag ist ja unverändert geblieben.

Zweiter Fall: Berufung ist in vollem Umfang von dem in erster Instanz abgewiesenen Kl. eingelegt worden. Die demgemäß erforderliche Prozessgebühr wird vom Kl. gezahlt. Hinterher erweitert er die Klage. Die dadurch begründete weitere Prozessgebühr kann nicht mit erneuter Fristsetzung nach § 519 ZPO. erfordert werden (vgl. RG. 109, 349; Friedlaender, Bem. 60 zu § 74 ORO.; Rittmann-Wenz, Bem. 9 zu § 74 ORO.; Stein-Jonas, Bem. V 2d zu § 519 ZPO.).

Dagegen soll, worauf auch das RG. in dem soeben zit. Beschl. hinweist, das BG. gem. § 74 Abs. 2 Satz 3 in diesem Fall vor Zahlung des Differenzbetrages die Vornahme gerichtlicher Handlungen bezüglich des erweiterten Antrages ablehnen; zu diesen Handlungen des Gerichts gehört auch das Geschehenlassen von Vorkäufen, insbes. des Verhandels des Kl. über die Klagerweiterung. Die Ablehnung hat zur Folge, daß Versuche des Kl. über den erweiterten Antrag zu verhandeln, nicht zu berücksichtigen sind (vgl. Friedlaender, Bem. 58 zu § 74 ORO.).

Anders liegt dieser Fall, wenn der mit einer Widerklage abgewiesene Bekl. Berufung einlegt und nach Zahlung der erforderlichen Prozessgebühr den Antrag der Widerklage erweitert. Die ursprüngliche Fassung des § 74 Abs. 2 Satz 3 ORO. stellte der Erweiterung des Klageantrages die Erhebung einer Widerklage gleich. In der neuen Fassung sind jedoch die Worte: „sowie der Erhebung der Widerklage“ gestrichen. Gibt aber die Erhebung der Widerklage dem Gericht kein Recht, seine Handlungen von Zahlung der Prozessgebühr abhängig zu machen, so gilt das um so mehr von der Erweiterung einer bereits erhobenen Widerklage (vgl. RG. 109, 349).

Von den beiden vorstehend erörterten Fällen unterscheidet sich der hier vorliegende; von Fall 1 insofern, als dort die Prozessgebühr mit Rücksicht auf das volle Klageobjekt — wenn auch unrichtig be-

rechnet — erfordert und gezahlt wurde, hier dagegen nur von einem Teil des Klageobjekts, nämlich demjenigen, auf den sich die Berufung zunächst beschränkt; von Fall 2 unterscheidet sich der vorliegende insofern, als dort Berufung wegen des ganzen Klageantrages eingelegt und dann der Klageantrag erweitert wurde, während hier die ursprünglich auf einen Teil des Klageantrages beschränkte Berufung auf den ganzen Klageantrag, aber nicht darüber hinaus, ausgedehnt wurde.

Aus der Besonderheit des Falles ergibt sich folgendes:

a) Die Differenz-Prozessgebühr für die Berufungserweiterung kann nicht gem. § 519 ZPO. unter erneuter Fristsetzung erfordert werden. Erweiterung der Berufung ist nicht Einlegung einer weiteren Berufung; eine Partei kann gegen ein und dasselbe Urteil nur einmal Berufung einlegen; wollte man anderer Auffassung sein, so würde mit Ablauf der Berufungsfrist die Erweiterung der Berufung nicht mehr möglich sein. Vom RG. und der im Schrifttum herrschenden Meinung wird aber mit Recht die Auffassung vertreten, daß durch Berufung wegen eines Teiles die Berufungsfrist bezüglich des ganzen Urteils gewahrt wird, daß daher auch die Erweiterung der Berufung nicht an Einzahlung der Berufungsfrist oder der Berufungsbegründungsfrist gebunden ist (vgl. zuletzt RG. v. 28. Juni 1929: JW. 1930, 144²¹ und die dort angegebenen weiteren Nachweise). Ist die Berufung aber einmal durch Anfechtung wegen eines Teils und durch Zahlung der hier erforderlichen Prozessgebühr zulässig geworden, so erstreckt sich diese Zulässigkeit auch auf die Erweiterung der Berufung, die nur eine quantitative Weiterentwicklung des einmal eingeleiteten Berufungsverfahrens, aber nicht die Begründung eines neuen Berufungsverfahrens darstellt (vgl. Stein-Jonas a. a. O.).

b) Das BG. kann bezüglich des die Erweiterung der Berufung enthaltenden Antrages seine Tätigkeit nicht von vorheriger Einzahlung der Prozessgebühr abhängig machen.

§ 74 GRG. sieht eine solche Möglichkeit ausschließlich für den Fall der Erweiterung des Klageantrages vor. Das GRG. bringt weder in § 74 noch sonstwie zum Ausdruck, daß das, was für den Fall der Erweiterung des Klageantrages bestimmt ist, auch für den Fall der Erweiterung der Berufung gilt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieses Resultat den Zweck des § 519 ZPO. und des § 74 GRG., die Staatskasse wegen der entstehenden Gebührenforderung im voraus zu sichern, teilweise vereitelt. Dieses Bedenken allein ist, wie das RG. in dem bei Fall 1 zit. Beschl. v. 25. März 1925 ausführt, gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes nicht durchgreifend. Es kommt, wie das RG. in dem ebenfalls den § 74 GRG. betr. Beschl. v. 12. Juli 1930 (JW. 1930, 3341²⁶) ausführt, auch sonst vor, daß ein Gesetz gewissen Schleichwegen Raum läßt; es kann aber nicht Sache der Gerichte sein, das Wesen solcher Wege durch Maßnahmen zu verhindern, die durch die Fassung des Gesetzes nicht gebietet sind. Zwar sind bei der Auslegung die gesetzlichen Grundgedanken zu beachten, im vorliegenden Fall also der Gedanke, daß derjenige, der die Tätigkeit der staatlichen Gerichte in Anspruch nimmt, die Staatskasse wegen der entstehenden Gebührenforderung im voraus sichern soll; aber die Verwirklichung dieses Gedankens ist nur innerhalb des im Gesetz selbst angegebenen Gebietes möglich und nur soweit zulässig, als der Gedanke im Gesetz in einer Form in die Erscheinung tritt, die noch irgendwie als Ausdruck dafür angesehen werden kann. Das hat bez. der Anwendung des § 74 Abs. 2 Satz 3 das RG.: JW. 1930, 2070²³ und JW. 1930, 3341 mit wünschenswerter Klarheit zum Ausdruck gebracht.

Das vorstehende Ergebnis trifft sowohl den eingangs dargestellten Fall, daß der Bekl. nach teilweiser Anfechtung des ihn verurteilenden Erkenntnisses Berufung eingelegt, als auch denjenigen, daß der völlig abgewiesene Kl. zunächst wegen eines Teilbetrages Berufung einlegt und dieselbe sodann auf das ganze Klageobjekt erweitert. Der zur Erörterung stehende Fall ist insofern von besonderer Bedeutung, als der Bekl. und Berufungskl., wenn er in erster Instanz zur Zahlung von 100 000 RM verurteilt war, der Vollstreckbarkeitserklärung nach § 534 ZPO. dadurch entgegen kann, daß er das Urteil zunächst in Höhe von 1000 RM ansieht und die danach berechnete Prozessgebühr zahlt, sodann aber in der ersten mündlichen Verhandlung die Berufung auf das volle Objekt erweitert, ohne die dafür in Frage kommende Prozessgebühr gezahlt zu haben. Jedoch über diese Möglichkeit sich zu beschweren, ist letzten Endes nicht Sache des Kl.; denn gerade bei der hier vertretenen Auffassung wird jede Verzögerung des Prozesses vermieden; benachteiligt wird nur der Fiskus; die Vorschriften über Vorauszahlung von Gerichtskosten sind nicht im Interesse der Gegenpartei, sondern einzig im Interesse der Staatskasse getroffen.

RM. Dr. Frieße, Königsberg i. Pr.

Die Kündigungseinspruchsklage vom Standpunkt des Rechtsanwalts gesehen.

Wenn einem Arbeitnehmer gekündigt wird, so kann er bekanntlich hiergegen beim Arbeiter- bzw. Angestelltenrat Einspruch einlegen

aus einem der in § 84 BetrVG. angegebenen Gründe. Das Einspruchsverfahren und die nachfolgende Klage beim ArbG. sind der Mitwirkung eines Kl. durch den § 11 ArbGG. entzogen; deshalb bekommt der Kl. die Sache erst zu sehen, wenn Berufung eingelegt werden soll oder worden ist, und in diesem Zeitpunkt ist oft manches Besehen schon vorgekommen, sei es, daß der Arbeiterrat oder der Arbeitnehmer selbst schlecht beraten war, sei es, daß der Arbeitgeber gewisse Dinge nicht gewußt hat, die man eigentlich nach und nach als allgemein bekannt voraussetzen sollte.

In den folgenden Zeilen sollen diese Gesichtspunkte einmal im Zusammenhang vom Standpunkt des Anwalts aus erörtert werden.

I. Wenn der Anwalt den unterlegenen Arbeitgeber vertreten soll, so wird er zunächst auf folgenden achten müssen: Wer hat geklagt? Ist es der Arbeiterrat gewesen, der die Klage in erster Instanz erhoben hatte, so ist auch die Berufung gegen ihn zu richten, andernfalls gegen den Arbeitnehmer selbst. Die Zustellung an den Arbeiterrat kann wirksam nicht an den Postier des Werkes geschehen, wie dies häufig vorkommt. Weiter muß der Anwalt nachprüfen, ob die Formalien des Vorverfahrens in Ordnung sind. Häufig übersieht dies die erste Instanz im Drange der Geschäfte! Es heißt also, genau nachprüfen, wann die Kündigung zugegangen (nicht datiert) ist, denn von diesem Zeitpunkt an läuft die Frist des § 84 Abs. 1 BetrVG. Die Frist endet mit der Einlegung des Einspruchs, und hierbei ist zu beachten, daß jeder formlose Einspruch wirksam ist, denn häufig wird, um dem Einwand der Fristversäumung zu begegnen, eingewendet, daß zwar am ersten Tage der Frist mündlich Einspruch eingelegt worden sei, „offiziell“ aber erst am letzten; so etwas gibt es natürlich nicht.

Am Tage nach dem Einspruch beginnt der Lauf der Wochenfrist (§ 86 BetrVG.), und zwar läuft nach herrschender Ansicht diese Frist immer voll aus, ehe sich die letzte Frist von 5 Tagen für die Klagerhebung anschließt.

Sind die Fristen in Ordnung, so ist weiter zu prüfen, womit der Einspruch seinerzeit begründet worden ist. Nur diese Gründe stehen zur Debatte; einem Nachgeschriebenen anderer Gründe (z. B. dem Wechsel von § 84 Ziff. 4 nach Ziff. 1) in der Berzinst. muß der Anwalt des Gegners nachdrücklich entgegentreten. Auch darauf ist zu achten, ob denn überhaupt ein Gruppenrat im Amte sich befindet. Man erlebt da die merkwürdigsten Dinge; ein Arbeiterrat, der vielleicht vor drei Jahren gewählt worden ist, antizipiert ruhig weiter u. dgl. m. Das Amt endet selbstverständlich mit Ablauf der Amtsperiode, unbefehdet der Vorschrift des § 43 BetrVG. Wo kein Gruppenrat, da keine Kündigungseinspruchsklage; dies gilt jetzt unbestritten, seitdem die Neufassung des § 23 BetrVG. der Gefahr der passiven Resistenz des Arbeitgebers ein Ende gemacht hat.

II. Vertritt der Anwalt den beklagten Arbeitgeber als Berufungsbekl., dann ist folgendes zu beachten: Die Vertretung des Gruppenrates als Gegner durch einen Gewerkschaftssekretär wird der Anwalt kaum noch mit Erfolg bekämpfen können, seitdem die Mehrzahl der ArbG. die Zulässigkeit dieser Vertretung nach dem Sinn, wenn auch streng genommen gegen den Wortlaut des § 11 ArbGG., bejaht hat.

Zu beachten ist, daß der Gruppenrat häufig versehentlich oder absichtlich Zeugen benennt, die selbst Mitglieder des Gruppenrates sind; selbstverständlich ist dies unzulässig, der Anwalt des Arbeitgebers übersieht aber leicht, danach zu fragen.

Schwierigkeiten macht auch der unglücklich gefaßte Abs. 2 des § 84 BetrVG. Er schafft keinen fünften Einspruchsgrund, wie wohl jetzt die allgemeine Meinung ist. Meint der Arbeitnehmer nur, er sei zu Unrecht fristlos entlassen worden, so mag er den Lohn für die Kündigungsfrist einklagen, nicht aber die Einspruchsklage erheben. Gegen ein Nebeneinander beider Klagen wird der Anwalt sich sträuben müssen mit dem Hinweis, daß ja beide Klagen ganz anders auslaufen könnten, nebenbei die Lohnklage drei Instanzen erleben kann, die Einspruchsklage nur zwei.

III. Trägt der unterlegene Gruppenrat dem Anwalt das Mandat an, so rückt die Kostenfrage in den Vordergrund. Das Armenrecht kann dem Gruppenrat nicht bewilligt werden, wie das ArbG. im Gegensatz zu verschiedenen ArbG., man kann wohl sagen abschließend, entschieden hat. Für die Kosten des Anwalts haftet der Arbeitgeber zwar nach § 36 BetrVG., sofern sie notwendig sind, aber Vorsicht ist geboten. Man wird es dem Arbeitgeber nicht verargen können, wenn er sich weigert, auch noch die Anwaltskosten zu tragen für ein Verfahren, was er von vornherein für aussichtslos hielt, insbes. wenn zwei Instanzen diese seine Ansicht bestätigt haben! Wo die Grenze zwischen notwendig und nicht notwendig ist, ist schließlich immer zweifelhaft.

Vielleicht empfiehlt es sich überhaupt, dem Arbeiterrat nahelegen, daß er den Arbeitnehmer allein weiterfichten läßt. Er wird meist mühelos das Armutzeugnis beschaffen können, gegen die Übernahme der Parteirole in zweiter Instanz bestehen auch keine Bedenken mehr, nachdem der anfängliche Streit der Ansichten zur Auslegung des § 86 BetrVG. in diesem Sinne entschieden worden ist.

IV. Vorsicht ist auch geboten, wenn der Arbeitnehmer

selbst zum Anwalt kommt, obwohl in erster Instanz nicht er, sondern der Gruppenrat geklagt hatte. Mir ist der Fall vorgekommen, daß das Anwaltsbüro formularmäßig die Berufung als vom Gruppenrat eingelegt aufgenommen hatte, der Anwalt hatte sie unterzeichnet, und als ihm nun bedeutet wurde, daß nicht der Arbeiter im Armenrecht als Partei auftreten könne, wandte sich der Anwalt an den Gruppenrat wegen Erteilung einer Vollmacht, und mußte es erleben, daß der politisch extrem anders eingestellte Gruppenrat ihm die Vollmacht nicht erteilte, und daß gegen den Gruppenrat Versäumnisurteil erging. Dem Arbeiter war die Berufung, die er selbst einlegen wollte und konnte, durch ein glattes Versehen unmöglich gemacht worden!

V. Häufig fragen die Parteien den Anwalt, wie es denn während des Schwerezustandes mit der Weiterbeschäftigung sei. Man wird es begreifen, daß der in erster Instanz unterlegene Arbeitgeber nicht gern die Gefahr auf sich nimmt, dem feienden Arbeiter, wenn letzterer dann doch schließlich obliegt, für Monate Arbeitslohn nachzahlen ohne Gegenleistung. Ich möchte den Ausweg empfehlen, daß der Arbeitgeber auf das erste Urteil hin dem Arbeiter schreibt, er wolle sich dem Urteil zwar nicht beugen, er werde Berufung einlegen, biete aber dem Arbeiter an, für die Dauer des Rechtsstreits weiterzuarbeiten. Wenn mit der nötigen Klarheit dabei zum Ausdruck gebracht wird, daß es sich nur um ein befristetes Vertragsverhältnis bis zum Urteil zweiter Instanz handeln solle, begibt sich der Arbeitgeber seiner Rechte aus einem Obliegen in zweiter Instanz keineswegs, und hat den Vorteil, beim nochmaligen Unterliegen wenigstens den Lohn nicht umsonst gezahlt zu haben.

LDDir. Grünzer, Kleinw.

Entgegnung.

Zeugenvernehmung mit Übergabe eines Schriftstückes im Zivilprozeß.

(Siehe JW. 1930, 110.)

Raß: ArchZivPr. 13 (n. F.), 37 ff. kommt zu dem Ergebnis, daß das in JW. 1930, 110 bekämpfte Verfahren zulässig sei. Die Ausführungen des Verf. veranlassen folgende Bemerkungen:

Raß: S. 43 macht dem RG. 16, 116 den Vorwurf, es übersehe, „daß eine „mündliche Aussage“ vom Gesetz nicht verlangt werde. Er ist also der Ansicht, daß die schriftliche Aussage vom Gesetz in § 396 ZPO. (der gemeint ist) zugelassen ist, und führt dazu (S. 39) aus, das Wort „angeben“ bedeute nicht ohne weiteres so viel wie „mündlich aussagen“. Letzteres ist zweifellos richtig, wenn man das Wort nur für sich, losgerissen aus dem Zusammenhange, betrachtet und definiert. Allein der Verf. gerät bei seiner Argumentation in Widerspruch mit einem der Kardinalgrundsätze der ZPO., der Mündlichkeit des Verfahrens, die systemgemäß auch die mündliche Vernehmung des Zeugen erfordert. Dieser Grundsatz hat zwar durch die Nov. von 1924 für bestimmte Ausnahmefälle eine Durchbrechung erfahren (s. § 377 Abs. 3 und 4). An seiner Regel aber ist für die Zeugenvernehmung nichts geändert und es gilt daher nach wie vor das, was die Begründung zu § 348 ZPO. (= § 396 des Gesetzes) auf S. 256 sagt:

„Der Natur des mündlichen Verfahrens entsprechend hat der Zeuge ohne Benutzung eines schriftlichen Entwurfs mündlich auszusagen“, ein Gebot, das erst recht Raß greift, wenn die mündliche Vernehmung des Zeugen durch seine schriftliche Erklärung ersetzt werden soll.

Raß bemerkt ja auch in der Einleitung (S. 37), es „bürgere sich eine andere Methode, die schriftliche Äußerung des Zeugen als besten „Ausgabe“ zum Akte zu bringen, mehr und mehr ein“. Er spricht also nur von einem Brauch und redet einem solchen das Wort, übersieht aber dabei, daß ein Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Prozeßrechtes sich nicht bilden kann. Sein Hauptargument jedoch für das von ihm verteidigte Verfahren scheint dessen von ihm behauptete, angebliche Zweckmäßigkeit und die durch sie erzielte „fühlbare Erleichterung“ des Geschäftsbetriebs zu sein (S. 45). Doch bedarf es keiner Ausführung, daß solche Erwägungen in einem Rechtsstaate niemals zu einer Nichtachtung oder Umgehung des Gesetzes durch den Richter führen dürfen, ganz abgesehen davon, daß, wie die Praxis lehrt, solche schriftliche Aussagen mit ihren oft neben der Sache liegenden Ausführungen und Weitschweifigkeiten dem Richter häufig viel Zeit kosten und das Gegenteil einer Erleichterung für ihn bilden.

Der Verf. hilft sich allerdings damit, daß er in gewissen Fällen die Verlesung des von dem Zeugen übergebenen Schriftstückes nicht für erforderlich hält (S. 42 mit Anm. 8, wo als Beispiel angeführt ist, daß das Schriftstück sehr umfangreich und der Zeuge nach Anschauung des Richters zweifellos befähigt ist, eine genügende Erklärung ohne richterliche Hilfe abzugeben). Raß kommt also zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß der Richter unter Umständen in dem Vernehmungstermin von der Bekundung des Zeugen überhaupt nichts erfährt und nichts zu erfahren braucht (!).

Unbedenklich ist dem Verf. zuzugeben, daß viele Zeugen nicht imstande sind, ihr Wissen „im Zusammenhange“ anzugeben (S. 38). Unklar ist dagegen, inwiefern diese Tatsache für die Statthaftigkeit einer schriftlichen Aussage zu verwenden sein soll. Denn die Vorschrift bedeutet nicht, daß der Zeuge nun wie ein Verfallungsredner einen förmlichen Vortrag halten soll, sondern sie will nur verhüten, daß der Zeuge von Anfang an mit Fragen und Vorhalten überhäuft wird (vgl. v. Wilimowski-Lewy, Anm. 1 zu § 361 a. F.), die oft in ihrer Suggestivwirkung die Ermittlung des Sachverhaltes erschweren, den Zeugen aus dem Konzept bringen, ihn verwirren und unsicher machen. Der Sinn der Vorschrift ist nur der, daß der Richter den Zeugen veranlassen soll, sich über den Gegenstand der Vernehmung in frei erzählender Form zu äußern. Erst wenn und insoweit der Zeuge hierzu außerstande ist, sind nötigenfalls . . . weitere Fragen zu stellen (§ 396 Abs. 2). Wenn Raß seine Gesetzesauslegung als die richtige bezeichnet (S. 45 unter Ziff. II), so ist dem entgegenzuhalten, daß, wenn das Gesetz, wie hier, seinen Willen einseitig und klar zum Ausdruck bringt, für eine Auslegung kein Raum ist. Es handelt sich ja in der Tat auch nicht um eine solche, sondern, wie schon erwähnt, um die „Einbürgerung einer neuen Methode“, die eben für geeignet gehalten wird, das Gesetz zu ersetzen. Dazu darf sich aber der Richter, wenn nicht etwa (im Zivilprozeß) die Parteien mit der schriftlichen Erklärung des Zeugen einverstanden sind, nicht hergeben. Der Rechtspflege kann nur dann gebietet sein, wenn der vernehmende Richter von sich aus und selbständig die Feststellung des Sachverhaltes vornimmt. Er darf sich nicht den durch das Gesetz ihm übertragenen staatshoheitlichen Akt aus der Hand nehmen lassen und zur Degradation seines Amtes mitwirken, die die Folge der seine Ausschaltung bedeutenden Beobachtung des von Raß empfohlenen Verfahrens sein würde. Der Richter muß die Gewißheit haben, daß das, was der Zeuge bekundet, dessen eigenes Wissen ist und nicht auf den Mitteilungen anderer beruht, und die Gefahr, daß der im Ausdruck nicht bewanderte oder schreibungswandte Zeuge sich helfen läßt und daß nicht seine eigenen Wahrnehmungen zu Papier gebracht sind, ist dann besonders groß, wenn, wie dies vorkommen soll, der Zeuge in der Ladung aufgefordert wird, seine Aussage schriftlich niederzulegen und zum Termin mitzubringen. Die erwähnte Gewißheit kann der Richter — wenn man von der stets bestehenden Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnis absieht — nur dann erlangen, wenn er den Zeugen in freier Sprache sein Wissen erzählen läßt, nicht aber aus einer schriftlichen Erklärung, deren Zustandekommen er nicht nachprüfen kann. Es mag dem Verf. zugegeben werden, daß die Niederschriften gewissenhafter, gewandter und intelligenter Zeugen häufig inhaltlich genügen und einwandfrei sind. Aber das Gesetz gilt nicht nur für solche hochwertige Personen, sondern gleichmäßig für alle Zeugen und gestattet keine besondere Behandlung der ersteren oder eine Ausnahme zu ihren Gunsten. Wenn also der Richter eine schriftliche Erklärung des Zeugen entgegennehmen will, so kann er sie nur zur Vereinfachung der Protokollierung, nicht aber an Stelle der mündlichen Vernehmung, und nur auf dem in JW. 1930, 110 angegebenen Wege verwenden. Raß fragt (S. 44) bei Besprechung des in JW. 1928, 1857 (= Recht 1928 Nr. 2166) abgedruckten RGUr.: Wo schreibt das Gesetz „vorher“, „mündliche“, „Ausgabe“, wo Verlesung des Schriftstückes und Genehmigung vor? Hierzu ist zu bemerken, daß das Gesetz freilich dies alles nicht vorschreibt, aber aus dem einfachen Grunde, weil es (von § 377 Abs. 3 und 4 abgesehen) die Vernehmung des Zeugen in Form der Entgegennahme seiner schriftlichen Aussage nicht kennt.

Erwähnt soll noch folgender Stempelabdruck werden, der bei einem großen Gerichte verwendet wird:

Ich lege mein Wissen zur Sache im Zusammenhange dar und übergebe als Bestandteil des Vernehmungsprotokolls eine von mir verfaßte schriftliche Beantwortung usw.

Man glaubt also schon dadurch dem Gesetze zu genügen, daß dessen Worte dem Zeugen in den Mund gelegt werden und ihn so die Einhaltung einer Vorschrift bestätigen läßt, deren Beobachtung Pflicht des Richters ist.

DR. Silber Schmidt, Nürnberg.

Schrifttum.

Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz nebst Anhang, enthaltend Entlastungsgesetze und die Notverordnung vom 1. Dez. 1930. Handkommentar unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen oberster Gerichte. Von Dr. **N. Sydow.** Fortgeführt von Dr. **L. Busch,** Reichsgerichtsrat i. R., demnächst mit Dr. **W. Krauß,** Landgerichtsdirektor. Neubearbeitete 20. Auflage. Zweiter Band: Zivilprozessordnung §§ 704—1048, Einführungsgesetz und Gerichtsverfassungsgesetz, Anhang, Sachregister (S. 873—1540). Berlin 1930. Walter de Gruyter & Co. Preis 15 *M.*

Der vorliegende zweite Band der 20. Aufl. enthält neben den Erläuterungen zum 8. bis 10. Buche der ZPO. einen wertvollen Komm. zu dem leider im Schrifttum immer noch ziemlich stiefmütterlich behandelten GVG. nebst EinfG. in dem beträchtlichen Umfange von fast 160 Seiten. Dabei ist besonders hervorzuheben die neue Übersicht der sehr großen Rspr. zu den Fragen der Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 13 GVG.). Die letzten Neuerungen der ZB., die, man kann sagen, zur Überraschung der deutschen Juristen durch die NotVd. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517) eingeführt wurden, sind im Anhang abgedruckt, haben aber noch nicht erläutert werden können. Im Anhang ist ferner die EntVd. vom 9. Sept. 1915 (RGBl. 562) eingehend erläutert. Endlich ist der wesentliche Inhalt des REntVg. v. 11. März 1921 (RGBl. 229) und der Wortlaut der preuß. allg. EntVg. v. 1. März 1928 (MBl. 140) mitgeteilt, die für die meisten deutschen Länder als Vorbild gedient hat. Die Notwendigkeit, gewisse Zweifelsfragen auch dieser Bestimmungen zu klären, wird gegeben sein, wenn die Bestrebungen, das Rechtspflegewesen zu vereinheitlichen, von Erfolg gekrönt sein werden.

Die Neubearbeitung des Werkes ist überall mit der bekannten, rühmlichen Sorgfalt und Gründlichkeit durchgeführt. Einen besonderen Vorzug bilden die umfassenden Übersichten, die größeren Abschnitten vorangestellt sind. Die praktische Brauchbarkeit eines Handkommentars wird durch solche, die Zusammenhänge kennzeichnenden Darlegungen wesentlich gefördert. Der eigenliche „systematische Kommentar“, wie ihn Baumbach für das privatrechtliche Schiedsverfahren (Liebmann 1931) mit beachtlichem Erfolge erstrebt hat, wird naturgemäß immer auf einzelne Teile des Gesetzes beschränkt bleiben müssen. Während die früheren Auflagen in der Beurteilung der mitgeteilten Rechtsansprüche eine große Zurückhaltung übten und eigene abweichende Ansichten nur selten vertreten wurden, findet sich jetzt die eigene Stellungnahme häufiger. Bekräftigte Meinungen sind als solche gekennzeichnet. Mag der Hauptwert des Erläuterungswerkes auch nach wie vor in der gewissenhaften, unbedingt zuverlässigen Mitteilung des Standes der Rspr. liegen, so sei es doch gestattet, dem Wunsche Ausdruck zu geben, daß die Herausgeber dazu übergehen möchten, gelegentlich bestimmte Ratschläge zu erteilen. Dazu sind sie gerade als ausgezeichnete Kenner der Rspr. besonders berufen. Die ZPO. ist eine Ordnung zweckmäßigen Verfahrens. Aus dem Streite der Behauptungen sind häufig Folgerungen zu ziehen, wie man es nicht machen soll. Hierfür einige Beispiele. Nach der Entsch. des RG. v. 12. Juni 1928 (RG. 121, 279) ist es zulässig, daß ein Schiedsgericht einen durch Eid bedingten Schiedsspruch erläßt; auch Jonas hat sich jetzt in der 14. Aufl. des Steinischen Erläuterungsbuchs (im Gegenfatz zur 12. u. 13. Aufl.) dieser zutreffenden Ansicht angeschlossen. Da die Schiedsrichter für das Verfahren, das sie beobachten wollen, freigestellt sind, ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb es ihnen verboten sein sollte, ihr Verfahren den §§ 460 ff. ZPO. anzupassen, und sich für ihre Entsch. an eine von ihnen erlassene bedingte Vorentscheidung zu binden (RG. a. a. D. S. 282). Aber es ist in jedem Falle ein überflüssiges, verzögerliches Verfahren. Niederkulgen wäre nur der Läuterungsschiedsspruch. Was Baumbach a. a. D. S. 118 gegen den bedingten Schiedsspruch einwendet, ist wohl begründet. In unserem Kommentar wird Anm. 2 zu § 1035 (S. 1268 oben) unter Hinweis auf Anm. 3 zu § 1034 (Zulässigkeit des bedingten Schiedsspruchs) richtig gesagt: Das Schiedsgericht kann aber auch den Parteieid durch Beschluß anordnen; ich würde hinzufügen, „und wird dies zweckmäßig immer tun“. (Die Abnahme des Eides erfolgt in jedem Falle durch das Staatsgericht § 1036 Abs. 1 ZPO.) — Anm. 1 a. E. zu § 1034 beschränken sich die Herausgeber darauf, den Inhalt der Entsch. ZB. 1906, 574⁶⁰ richtig dahin wiederzugeben, daß die Zulassung von Anwälten nur „geboten“ ist, wenn ohne sie der Vortrag des Sach- und Streitstandes nicht

erfolgen kann. Richtiger wäre, zu sagen, daß die Zurückweisung nach der Ansicht des RG. unzulässig ist, wenn der Partei die Fähigkeit zu sachgemäßem Vortrag fehlt, und daher hinzuzufügen, daß von ihr in jedem Falle abzuraten ist, da in der Zurückweisung möglicherweise eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs gefunden werden kann (so zutreffend Baumbach a. a. D. S. 105). Leider ist auch bei dem Ges. v. 25. Juli 1930 (RGBl. I, 361), wie bei anderen Gelegenheiten jeder Versuch unterlassen, der Anwaltschaft zu gewähren, was sie nach ihrer gerichtsverfassungsmäßigen Stellung beanspruchen kann, nämlich die Beseitigung aller Hindernisse, die ihr Tätigkeitsfeld einschränken. Die Eingabe, die von der Vereinigung der Anwaltskammervorstände dem RM. schon i. J. 1923 unterbreitet worden ist, hat keine Beachtung gefunden. Ich darf im übrigen auf die Ausführungen S. 70 ff. meiner Schrift „Schutz der freien Anwaltschaft“ verweisen. Ich halte es für unerlässlich, dem § 1034 einen Zusatz zu geben, in dem ausgeprochen ist, daß die bei einem deutschen Gerichte zugelassenen RA. als Bevollmächtigte oder Beistände von der Wahrnehmung der Rechte der Parteien von den Schiedsgerichten nicht ausgeschlossen werden dürfen. Entsprechend wäre der § 1041 Ziff. 4 ZPO. dahin zu ergänzen, daß die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden kann, wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt (oder) der von ihr als Bevollmächtigter oder Beistand zugezogene RA. zurückgewiesen war. — Die — nicht immer klaren — wichtigen Änderungen des schiedsgerichtlichen Verfahrens durch das Ges. v. 25. Juli 1930 sind von den Herausgebern in vorzüglicher Weise erläutert worden. Bemerkt sei folgendes: Das Gesetz setzt den Begriff des schiedsrichterlichen Vergleichs in § 794 Ziff. 4 a voraus, indem es neben den für vollstreckbar erklärten Schiedssprüchen — anscheinend — jeden schiedsrichterlichen Vergleich als Vollstreckungstitel anerkennt, sofern die Entsch. über die Vollstreckbarkeit rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Tatsächlich ergibt sich aus § 1044 a, daß als schiedsrichterlicher Vergleich i. S. des Gesetzes nur eine Vergleichsurkunde zu gelten hat, die von den Parteien und den Schiedsrichtern unterzeichnet ist und in der sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Der Ausdruck „sofortige Zwangsvollstreckung“ hat zu Zweifeln Anlaß gegeben. Jonas (Anm. 3 zu § 1044 a) und Busch-Krauß meinen, der Ausdruck bedeute, daß der Schuldner die Vergleichsurkunde wie ein auf Grund des Vergleichs ergangenes Urteil gegen sich gelten lassen wolle, ein Urteil also nicht erst wie bei anderen außergerichtlichen Vergleichen erwirkt zu werden brauche. Baumbach (a. a. D. S. 151) hält das Wort „sofortig“ für einen unnützen und darum schädlichen Zusatz: bei vollstreckbaren Urkunden habe der Ausdruck einen guten Sinn, dagegen bedürfe es bei Schiedsvergleichen stets der Vollstreckbarerklärung durch das Gericht, so daß man die Zwangsvollstreckung niemals eine „sofortige“ nennen könne. Auch nach meiner Ansicht handelt es sich um ein Formerfordernis, das dem Zweck dient, den Parteien die Tragweite ihrer Erklärung zum Bewußtsein zu bringen (Jonas, Anm. 3 zu § 1004). In aber deshalb die Vollstreckbarerklärung unmöglich, wenn das Wort fehlt, wie Busch-Krauß meinen? Man muß berücksichtigen, daß, wie im Falle des § 794 Ziff. 5 die Unterwerfung auch wegen bedingter und betagter Ansprüche zulässig ist, und schon deshalb ist, was übrigens Jonas, Bem. VII 3 zu § 794 besonders hervorhebt, der ausdrückliche Gebrauch der Gesetzesworte nicht gerade erforderlich, wenn natürlich auch ratsam.

Auf eine kleine Unstimmigkeit sei hingewiesen: In den Vorbemerkungen 2 zum achten Buche ist gesagt, daß bei Zwangsvollstreckungen in Forderungen und andere Vermögensrechte die zu vorige Anhörung des Schuldners verboten ist. Das ist nicht ganz genau. Das Verbot bezieht sich, wie die Herausgeber in der Anm. 1 zu § 834 selbst richtig hervorheben, nur auf die Pfändung, nicht auf die etwa gesonderte Überweisung (§ 835 ZPO.).

DROßf. i. R. Dr. Levin, Berlin.

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, der Entlastungsverordnung, dem Lohnbeschlagnahmegegesetz und der Lohnpfändungsverordnung. Textausgabe mit kurzen Verweisungen und mit Sachregister, herausgegeben von Dr. **Erich Volkmar,** Geh. Regierungsrat, Ministerialrat im Reichsjustizministerium. 3. durchgesehene Auflage. Mannheim 1931. Verlag J. Bensheimer. VIII und 473 Seiten kl. 8°. Preis in Leinen 3,50 *M.*

Die neue Auflage der bekannten Textausgabe entspricht dem Stand der Gesetzgebung v. 1. Okt. 1930. Die zuverlässige Volk-

marische Ausgabe zeichnet sich vor ähnlichen durch ein außerordentlich eingehendes Sachregister von nahezu 100 Seiten Umfang aus, das dem Anfänger wie dem Praktiker die Benutzung des Buches sehr erleichtern wird. Hinweise auf abändernde und ergänzende Gesetze zeugen ferner von der peinlichen Sorgfalt des Herausgebers.

D. S.

Armenanwaltskosten. Rechtsprechung, Schrifttum und Verwaltungsbestimmungen. Im amtlichen Auftrage und unter Benutzung amtlichen Materials herausgegeben von Staatsfinanzrat **Gelinsky** und Amtsrat **Meher**, bei der preussischen Oberrechnungskammer Potsdam, 1931. Selbstverlag des Amtsrats Paul Meher in Potsdam, Oberrechnungskammer. 189 Seiten. Preis 6 M.

Das Buch will, wie seinem Vorwort zu entnehmen ist, in erster Linie die Kenntnis der Rspr. der oberlandesgerichtlichen „Kostensenate“ auf dem Gebiet der Armenanwaltskosten zu allgemeinerer Kenntnis bringen, als das bisher der Fall war. Es bietet aber weit mehr, als sein Titel und diese Zweckbestimmung versprechen. Denn nicht nur die Rspr. der Kostensenate, die seit einigen Jahren an den preuß. OLG. bestehen, findet sich wiedergegeben, sondern fast alle einschlägigen wesentlichen Entsch. des RG., der deutschen OLG. überhaupt, auch einzelner OLG., des ArbG. und einiger UrabG. Nicht weniger als rund 1200 Entsch. werden zitiert, vielfach mit den wesentlichen Gründen, ein reiches, zum Teil bisher nicht abgedrucktes Material! Bearbeitung gefunden haben nicht nur die Gesetze über Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen und deren Übergangsvorschriften, sondern auch die Grundsätze der RPD. über Armenrechtsbewilligung und -entziehung (rückwirkende Bedeutung u. a.), Streitwert der Arreste und einstw. Verfügungssachen, der RWD., §§ 34, 36, 18 Abs. 6 (Stichworte: „Auswärtige Anwälte“, „Beweisstermine“, „Simultananwält“), die Fragen der Ausgleichung von Vorschüssen und Sonderhonorare in Armensachen, Erstattung der Umsatzsteuer und von Gewerbesteuerzuschlägen durch den Fiskus, vor allem auch zahlreiche anwaltsgebührenrechtliche Vorschriften. Entscheidend für den mit sicherem Blick für die Praxis gewählten Umfang des Gebrachten war der Wunsch, tunlichst alle bei der Erstattung von Armenanwaltsgebühren häufiger wiederkehrende Rechtsfragen zu erörtern. Das Kernstück des Werks bildet ein alphabetisch geordnetes Stichwortverzeichnis (150 Seiten), in welchem auch das wesentliche Schrifttum vielfach zitiert ist; unter „Beordnung“ Ziff. 11, 12 wäre die inhaltliche Anführung von RG. 115, 60, aber auch 94, 342 u. 95, 338 u. a. m. wohl nützlich gewesen; als Anhang dienen neben einem Verzeichnis der angeführten Entsch. der Text der Gesetze über Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen sowie der RABGD., auch die einschlägigen preuß. Verwaltungsvorschriften; eine übersichtliche Tabelle über die seit 1. Jan. 1924 geltenden und wechselnden Gebührensätze in Armensachen mit Angabe der Geltungsbauer sowie eine solche über die Umsatzsteuer aus den Gebühren ist beigelegt. Die Best. der WD. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517) sind bereits mit angeführt und materiell verwertet. Das neuartige Buch, welches kein Komm. ist und sein will, bringt unter leicht zu findenden Stichworten eine derartige Fülle von übersichtlich geordnetem Material, daß ich es allen Gerichten und Anwälten empfehlen möchte, auch den nicht preuß., da neben dem Schrifttum ja auch die Rspr. der außerpreuß. OLG. und einzelner solcher OLG. verwertet ist. Es wird der Praxis vorzügliche Dienste leisten.

Dr. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

Dr. Wagenführ, Regierungsrat, und Esch, Steuerpraktikant. Das Steuerrecht der freien Berufe. Aus der Praxis für die Praxis. Köln 1931. Verlag Dr. Otto Schmidt. 246 Seiten. Preis 7 M.

Die Verf. haben sich zum Ziel gesetzt, das geltende Steuerrecht der freien Berufe in der Gestaltung darzustellen, die es durch die Reichssteuergesetze, durch die Rspr. des RFG. und durch die Steuerpraxis der Steuerstellen gewonnen hat. Der besondere Wert des Buches ist darin begründet, daß die Verf. darin die praktischen Erfahrungen, die sie bei zahlreichen Prüfungen der steuerlichen Verhältnisse von Angehörigen der freien Berufe gesammelt haben, in weitem Maße verarbeiten konnten. Das Buch, das dem neuesten Stand der Gesetzgebung Rechnung trägt, behandelt vor allem die einschlägigen Bestimmungen der Reichssteuergesetze (Einkommensteuer nebst Zuschlägen, Umsatzsteuer, Einheitsbewertung, Vermögenssteuer). Es gibt ferner noch eine kürzere Übersicht über die sonstigen Reichssteuern, wie Erbschaftsteuer, Grunderwerbsteuer, Wechselsteuer, Kraftfahrzeugsteuer, Bürgersteuer. Daneben ist noch behandelt die für die freien Berufe nun geltende preuß. Gewerbesteuer. Gewürdigt ist auch schon die nach der RotWD. v. 1. Dez. 1930 ab 1. April 1932 geltende reichsrechtliche Re-

gelung der Gewerbesteuer. Die für die Praxis besonders wichtigen Rechte und Pflichten der Pflichtigen und des FinVl. (Buchführung, Steueraufsicht, Nachschau) sind in besonderen Abschnitten behandelt. Berücksichtigt sind nicht nur die Rechte und Pflichten in eigenen Steuerfällen, sondern auch — wichtig für den Anwalt! — die in fremden Sachen. Außer den für alle freien Berufe zutreffenden Bestimmungen sind jeweils hervorgehoben die Sonderbestimmungen für die verschiedenen hierher gehörigen Berufsgattungen, wobei vor allem bedacht sind Anwälte, Ärzte, Architekten und Notare, daneben aber auch Ingenieure, Wirtschaftsberater, Künstler, Schriftsteller usw.

Eine ausführliche Literaturübersicht, die vor allem die Rspr. des RFG. zur Einkommensteuer, Umsatzsteuer, Einheitsbewertung, Vermögenssteuer erschöpfend zitiert, erhöht den Wert des Buches; zu wünschen wäre nur gewesen, daß das besonders für Rechtsanwälte bestimmte Buch bei Zitierung der zahlreichen einschlägigen Entscheidungen, die auch in der JW. abgedruckt sind, je auch auf die dortige Fundstelle verwiesen hätte; dies ist aber in keinem Fall geschehen.

Die Erfahrung lehrt, daß die Kenntnis des sie selbst betreffenden Steuerrechts bei den Angehörigen der freien Berufe — auch bei Anwälten — durchaus nicht allgemein verbreitet ist. Die Bücher und Aufzeichnungen entsprechen häufig nicht den Anforderungen. Es schließen sich hieran Schätzungen, Steuernachforderungen und leider bisweilen auch strafrechtliche Weiterungen. Nach einem zuverlässigen Ratgeber, der die einschlägigen Bestimmungen übersichtlich zusammenfaßt, besteht daher zweifellos ein Bedürfnis. Dieses praktische Bedürfnis zu befriedigen, ist das vorliegende Buch trefflich geeignet. Ein anderes Ziel haben sich die Verf. nicht gesetzt. Nicht also kam es den Verf. darauf an, grundlegende Untersuchungen über die Steuerpflicht der freien Berufe anzustellen. Sie mußten es sich daher versagen, auf die bekannten einschlägigen rechtspolitischen und wissenschaftlichen Streitfragen einzugehen. Was diese Fragen anlangt, so ist das Buch geeignet, schmerzliche Gefühle zu erwecken. Die vorliegende Zusammenfassung, ein dem jetzigen Rechtszustand entsprechender Querschnitt durch einen noch nicht abgeschlossenen Entwicklungsgang, zeigt, wie herrlich weit es die freien Berufe in Deutschland gebracht haben — als Opfer steuerlicher Ribellierungssucht, kulturpolitischer Mißachtung der freiberuflichen Eigenart. Noch ist es möglich, ein Sonderhandbuch des Steuerrechts der freien Berufe zu schreiben. Aber die Besonderheiten haben schon fast aufgehört, gerade die Wesensunterschiede der freien Berufe gegenüber den Gewerben zu betreffen. Es hat den Anschein, daß die Organe der Gesetzgebung, Verwaltung und Rspr. den Glauben an die Berechtigung des freiberuflichen Sonderdaseins verloren haben. Sie arbeiten seit mehr als 10 Jahren Hand in Hand an dessen Abbau. Etappen der Entwicklung: Unsere Arbeit und deren Entgelt werden als „Umsatz“ behandelt; dann unsere Kanzleien, Instrumentarien usw. als „Betriebsvermögen“; schließlich unsere Tätigkeit als „Gewerbe“. Da stehen wir heute. Wo der Gesetzgeber Lücken läßt, werden diese von der Verwaltung und der Rspr. ausgefüllt — vielleicht nicht bewußt, aber der Wirkung nach — gemäß dem Grundsatz: in dubio contra artes liberales. So hat die preuß. Verwaltungspraxis mit Billigung des OVG. praktisch die in der GewerbesteuerWD. 1923 § 3 Ziff. 2 aufgeführten Beispiele der gewerbesteuerfreien wissenschaftlichen und amtlichen Berufe gehandhabt, als habe der Gesetzgeber damit einen numerus clausus von freien Berufen verfügt (vgl. dazu JW. 1928, 937, 2768; 1929, 542 f.). So erklären die Finanzbehörden mit Zustimmung des RFG. (RFG. 22, 105 = JW. 1928, 1003; ferner RFG.: JW. 1928, 3275 und 1929, 157) ausstehende Anwaltsgebühren, ja sogar nicht fällige in noch laufenden Sachen als anwaltsliches „Betriebsvermögen“ — entgegen der Standesauffassung, aber auch entgegen der herrschenden Gesetzesauslegung, wonach Entgelte in schwebenden Geschäften selbst nach kaufmännischen Grundsätzen nicht zu aktivieren sind, und ohne Rücksicht auf die technischen Schwierigkeiten der Feststellung. RFG. läßt für nicht fällige Gebühren wenigstens den Weg der Schätzung zu, „um den Steuerpflichtigen umfangreiche Arbeiten zu ersparen (vgl. RFG.: JW. 1928, 3275 f.), anscheinend aber nicht, obwohl auch hier Schwierigkeiten bestehen für fällige Gebühren (vgl. hierzu meine Anm. zur RFG. Entsch.: JW. 1929, 157 ff.). Dr. Wagenführ und Esch äußern sich, soviel ich sehe, nicht zu dieser praktisch sehr wichtigen Frage (vgl. auch Marcuse: AnwBl. 1928, 1396 und Wunschmann: JW. 1929, 821).

Ein trübes Bild! Solchen ungünstigen Entscheidungen stehen nur wenige gegenüber, die Verständnis zeigen für die Bedürfnisse der freien Berufe. Erfreulicherweise ist der RFG. (vgl. JW. 1929, 525 = RFG. 24, 314 und Ur. v. 11. Dez. 1929, VI A 1784/29) den Bestrebungen der Finanzbehörden, das Privileg der Werbungskostenpauschalisierung einzuschränken in den Fällen, in denen die wirklichen Ausgaben hinter dem Pauschale zurückbleiben, entgegengetreten. Die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet ist sicher noch nicht abgeschlossen (vgl. hierzu Wagenführ und Esch S. 43 ff.).

Zimmerlin also ist der Ausblick nicht ganz trostlos. Wir haben viel verloren. Aber nur wer sich selbst verloren gibt, ist wirklich verloren. RA. Dr. Sigbert Feuchtwanger, München.

Rechtssprechung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

I. Anwaltschaft und Notariat.

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

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

1. §§ 823 Abs. 2, 826 BGB.; § 5 Ziff. 6 RAO.; § 286 ZPO.

1. Der Vorsitzende des Vorstandes einer Anwaltskammer bzw. eines Ehrengerichts handelt nicht schuldhaft, wenn er auf Grund des Gutachtens eines Kreisarztes, daß eine offenbar schon lange bestehende, eingewurzelte und erhebliche Neurasthenie bei dem seine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft Begehrenden vorliege, in Verbindung mit noch anderen Umständen, den Fall des § 5 Ziff. 6 RAO. für gegeben erachtet.

2. Das Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer gemäß dieser Bestimmung dient lediglich der Vorbereitung der Entscheidung der Landesjustizverwaltung. Für die Verfassung der Zulassung ist diese verantwortlich. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Vorsitzenden des Vorstandes kann deshalb aus dem Gutachten nicht hergeleitet werden.

3. Im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder des Ehrengerichts ist jede Befragung und jede Zeugnispflicht der Mitglieder über das Zustandekommen der Entscheidung, aber die Beratung und Abstimmung grundsätzlich ausgeschlossen; entsprechend auch eine Eideszuschreibung. Wenn etwa eine Ausnahme von diesem Grundsatz zuzulassen sein sollte in Fällen höheren Interesses der Rechtsverfolgung oder der Rechtsverteidigung, so ist doch ein solcher Fall nicht anzunehmen, wo es sich lediglich um eine Schadensersatzforderung wegen Verzögerung der Zulassung (unter den besonderen Umständen dieses Einzelfalles) handelt. †

Der Kl. war Amtsgerichtsrat in H. Zum 1. Aug. 1925 wurde er nach G. versetzt, trat aber den Dienst dort nicht

Zu 1. Der Prozeß, der durch das obige Urteil sein Ende gefunden hat, enthält eine Fülle von interessanten Einzelheiten und Einzelfragen, obwohl das Ergebnis — Abweisung der Klage in allen Instanzen — von vornherein kaum zweifelhaft sein konnte.

1. Der Schadensersatzanspruch des Kl. ist zunächst auf die Behauptung gestützt, daß der Bekl. als Vorsitzender des Kammervorstandes für dessen Gutachten verantwortlich oder mitverantwortlich sei, und daß er fahrlässig das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Nr. 6 RAO. auf Grund der Akten bejaht habe, ohne weitere Erhebungen zu pflegen.

Das RG. billigt die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB. Es hält also den § 4 Abs. 3 RAO. für ein „Schutzgesetz“. Dem wird man beipflichten können, obwohl sich schon hier mit Rücksicht auf § 839 BGB. und die Behördenqualität des AnwKb. Zweifel erheben.

Das RG. lehnt dann eine Schadensersatzpflicht wegen des Vorstandsgutachtens ab, weil keine Fahrlässigkeit vorliege, weil nicht feststehe, daß die Abstimmung des Beklagten im Kammervorstande für die verzögerte Zulassung kausal war, und endlich, weil das Gutachten nur zur Vorbereitung der Entschließung der Landesjustizverwaltung diene und diese allein für die Ver-

an, sondern beantragte am 25. Juli 1925, ihn mit Rücksicht auf seinen andauernd zerrütteten Gesundheitszustand in den Ruhestand zu versetzen. Seinem Antrage wurde durch Bescheid des preuß. Justizministers v. 26. Sept. 1925 entsprochen, nachdem der Kreisarzt bescheinigt hatte, daß der Kl. an offenbar schon lange bestehender eingewurzelter und erheblicher Neurasthenie leide und wegen Krankheit als dauernd unfähig zur Erfüllung seiner Amtspflichten zu erachten sei, und der VGHPräs. in G. sich auf Grund des Aktenmaterials dahin geäußert hatte, daß er ihn mit Rücksicht auf die danach festgestellte Schwächung seiner geistigen und körperlichen Kräfte nach pflichtmäßigem Ermessen für dauernd unfähig halte, seine Amtspflichten ferner zu erfüllen. Am 1. Jan. 1926 beantragte der Kl. seine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei dem AG. in H. Der Vorstand der Anwaltskammer in B., dessen Vorsitzender der Bekl. ist, äußerte sich hierzu gemäß § 3 Abs. 2 RAO. gutachtlich dahin, daß der Kl. infolge der Schwäche seiner körperlichen oder seiner geistigen Kräfte oder beider zur Erfüllung der Pflichten eines Rechtsanwalts dauernd unfähig sei. Daraufhin versagte die Landesjustizverwaltung dem Kl. am 13. Febr. 1926 gemäß § 5 Ziff. 6 RAO. die Zulassung. Der Kl. verlangte gemäß § 16 RAO. Entscheidung im ehrengerichtlichen Verfahren. Das Ehrengericht der Anwaltskammer in B. entschied am 24. April 1926 unter dem Vorsitz des Bekl. dahin, daß der im Bescheid der Landesjustizverwaltung angegebene Grund für die Verfassung der Zulassung des Kl. zur Rechtsanwaltschaft gerechtfertigt sei. Der VGH. in L. hob dieses Ur. auf die Berufung des Kl. am 12. März 1927 auf und verwies die Sache zur Entscheidung an die Vorinstanz zurück, weil sich das Ur. des Ehrengerichts in wesentlichen Punkten auf Beweismittel gestützt habe, die nicht Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen seien. Der Kl. nahm darauf am 29. März 1927 den Antrag auf Zulassung bei dem AG. in H. zurück und beantragte am 8. April 1927 bei dem Präsidenten des RG. seine Zulassung als RA. in S. Auf Grund des Gutachtens des Vorstandes der Anwaltskammer in B. v. 26. Juni 1927, daß der Kl. infolge eingetretener Schwäche seiner körperlichen und geistigen Kräfte zur Erfüllung der Pflichten eines RA. dauernd unfähig sei, versagte der Justizminister am 25. Aug. 1927 auch diese Zulassung. Das Ehrengericht der Anwaltskammer in B. erklärte jedoch den Verfassungsgrund in der Entsch. v. 28. April 1928 für nicht gerechtfertigt. Der Kl. wurde daraufhin am 30. Juni 1928 in die Liste der Rechtsanwälte beim AG. in S. und auf erneuten Antrag am 11. Sept. 1928 als RA. beim AG. in H. eingetragen.

Der Kl. nahm den Bekl. auf Grund der §§ 823, 826 BGB. auf Ersatz des Schadens in Anspruch, den er dadurch erlitten habe, daß durch die gutachtliche Äußerung des Vor-

satzung verantwortlich war. Der letztere Gesichtspunkt ist nur formalrechtlich zutreffend, materiell aber unbeachtlich: der Zulassungsbescheid wird zwar nach außen hin durch die ZV. erlassen; im Falle des § 5 Nr. 6 RAO. ist aber die ZV. an das Gutachten des AnwKb. gebunden, und sie hat nur wiederzugeben, was dieser beschlossen hat. Man wird daher wohl nicht bestreiten können, daß die Beschlüsse des Vorstandes zunächst einmal kausal sind für den Schaden, der durch die Verfassung der Zulassung entsteht.

Ganz abgesehen von der Frage, welchen Einfluß die Abstimmung des Bekl. auf das Zustandekommen des Vorstandsgutachtens hatte oder haben konnte, ist noch die Gestaltung des Zulassungsverfahrens im Gesetz zu beachten. Der Kammervorstand kann in aller Regel sein Gutachten nur auf Grund der ihm vorliegenden Akten abgeben; andere Mittel zur Wahrheitsforschung stehen ihm in diesem Stadium regelmäßig gar nicht zur Verfügung. Das Gutachten soll nach der Absicht des Gesetzgebers nur ein vorläufiger Befehl sein, dem auch nur eine provisorische Prüfung zugrunde liegt; es ist kein Urteil, es schafft keine Rechtskraft (so wenig wie der auf Grund des Gutachtens ergehende Bescheid der ZV.: GG. 17, 32; 22, 25). Erst in dem nachfolgenden

standes der Anwaltskammer in B. v. 23. Jan. 1926 und das Ur. des Ehrengerichts v. 24. April 1926 seine Zulassung als R. bei dem O. in S. um mehr als zwei Jahre verzögert worden sei, in allen drei Instanzen ohne Erfolg.

Das O. geht bei seiner Entscheidung davon aus, daß der Klageanspruch seine gesetzliche Grundlage in den §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. finde. Die Anwendung des ersteren hält es für gerechtfertigt, weil die Bestimmung des § 4 Abs. 3 R. W. D., wonach der Antrag eines nach den gesetzlichen Vorschriften berechtigten Antragstellers auf Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nur aus den in diesem Gesetz bezeichneten Gründen abgelehnt werden kann, ein Schutzgesetz i. S. dieser Bestimmung sei. Die Passivlegitimation des Bekl. werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß es sich um Kollegialentscheidungen handle. Werde dem einzelnen Mitglied bei seiner Tätigkeit eine unerlaubte Handlung nachgewiesen, so könne es auch dafür in Anspruch genommen werden. Das O. steht aber auf dem Standpunkt, daß sowohl der Vorstand der Anwaltskammer als auch das Ehrengericht zur Zeit des Erlasses ihrer Entscheidungen aus dem Gesuche des Kl. um Befreiung in den Ruhestand, dem amtlichen Zeugnis des Kreisarztes und den bei den Personalakten befindlichen privatärztlichen Zeugnissen über den Gesundheitszustand des Kl. den Standpunkt hätten vertreten können, daß der Kl. damals wegen eingetretener Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung der Pflichten eines R. dauernd unfähig gewesen sei. Das Ehrengericht habe dabei auch nicht verkannt, daß die Feststellung der dauernden Arbeitsunfähigkeit für den Richter keineswegs ohne weiteres eine solche Feststellung auch für den Anwaltsberuf rechtfertige. Es habe dazu vielmehr in den Urteilsgründen in sehr eingehender und sorgfältig begründeter Weise Stellung genommen und dabei den zur Entscheidung stehenden Fall des Kl. näher erörtert.

Danach sei die beantragte Stellungnahme des Bekl., wenn er sowohl bei Erstattung des Gutachtens als auch im Ehrengerichtsverfahren gegen die Zulassung des Kl. gestimmt habe, weder als fahrlässig zu bezeichnen noch folge daraus das Bestreben, statt einer sachlichen Entscheidung des vorliegenden Falles dem Kl. auf alle Fälle durch seine Nichtzulassung als R. lediglich aus dem Grunde Schaden zuzufügen, weil er pensionierter Richter sei.

Das O. ist weiter der Ansicht, daß aus dem Vorbringen des Kl. auch keine besonderen Umstände zu entnehmen seien, aus denen sich die von ihm bemängelte Einstellung des Bekl. zu seiner Zulassung als R. ergebe.

Auf der Vertreterversammlung des Deutschen Anwaltsvereins in Hannover sei der Bekl. dem allgemeinen Ausschluß pensionierter Richter von der Anwaltschaft ausdrücklich entgegengetreten.

Als Vorsitzender des Vorstandes der Anwaltskammer habe er keinen Anlaß gehabt, vor Erstattung des Gutachtens für die Landesjustizverwaltung mit dem Kl. persönlich Fühlung zu nehmen oder seine erneute ärztliche Untersuchung herbeizuführen. Denn dem Kl. habe gegen die Verjagung der Zulassung durch die Landesjustizverwaltung die Anrufung des Ehrengerichts zugestanden. Der Vorstand der Anwaltskammer habe sich daher, ohne seine Pflicht zu verletzen, zunächst mit dem vorliegenden, aus den Personalakten hervorgehenden Material begnügen und abwarten dürfen, ob daraufhin das Ehrengericht angerufen und eine weitere Beweis-

aufnahme beschlossen werden würde. In gleicher Weise sei auch der Vorstand der Anwaltskammer in B. zur Erstattung seines Gutachtens später vorgegangen.

Auch das Ehrengericht habe auf Grund des Zeugnisses des Kreisarztes und der sonstigen ärztlichen Zeugnisse in Verbindung mit den Angaben des Kl. in seinem Pensionierungsgesuch entscheiden dürfen. Der Umstand, daß der O. zu einer anderen Ansicht gelangt sei und die erneute Untersuchung des Kl. empfohlen habe, ändere daran nichts. Das Ehrengericht habe nach § 85 R. W. D. den Umfang der Beweisaufnahme frei bestimmen können, ohne hierbei durch irgendwelche Anträge gebunden zu sein, und diese Bestimmung habe es in pflichtgemäßer Weise getroffen.

Dazu habe es auch eine persönliche Vorladung des Kl. nicht anzuordnen brauchen.

In seiner Eigenschaft als Verhandlungsleiter seien zwar dem Bekl. nach dem Ur. des O. Versehen unterlaufen, die insbes. darin lägen, daß die den Feststellungen des Ur. zugrunde liegenden Beweismittel nicht in die Verhandlungsniederschrift aufgenommen worden seien. Die auf die tatsächliche Sachlage abgestellte Entsch. des Ehrengerichts wäre auch dann nicht anders ausgefallen, wenn die Verfahrensmängel nicht eingetreten wären. Sie seien daher für einen etwaigen Schaden des Kl. zum mindesten nicht kausal.

Im übrigen würde der O. auch ohne das Vorliegen der Verfahrensmängel nicht sofort zugunsten des Kl. erkannt haben. Er würde vielmehr eine neue Untersuchung des Kl. angeordnet haben, die ebenfalls erhebliche Zeit gedauert haben würde.

Der Bekl. habe die Kenntnis des Inhalts der Personalakten bei dem Kl. voraussetzen dürfen. Die Privatlageakten J. gegen den Kl. seien für die Entsch. des Ehrengerichts nicht bestimmend gewesen.

Das O. hält schließlich die Behauptung des Kl. für unrichtig, daß der Bekl. den übrigen Mitgliedern des Anwaltskammervorstandes und des Ehrengerichts den Inhalt erheblicher Teile der Beilagen verschwiegen habe. Es vermisse jeden Anhalt dafür, daß der Bekl. die Voraussetzungen des § 5 Ziff. 6 R. W. D. aus Voreingenommenheit und unlauterer Absicht nicht pflichtgemäß und sorgfältig geprüft habe, zumal auch seine gerichtsbekannte einwandfreie Persönlichkeit durchaus dagegen spreche. Es komme daher auf die Eideszuschreibung des Kl. nicht mehr an. Die von dem Bekl. zu seinem Schutze herangezogene Vorschrift des § 839 BGB. lehnt das O. als nicht anwendbar ab, weil „den einzelnen Mitgliedern des Anwaltskammervorstandes und des Ehrengerichts kein öffentlicher Beamtencharakter zukomme“. Auf den dem Bekl. darüber zugehobenen Eid, daß er gegen die Zulassung des Kl. als Anwalt gestimmt habe, komme es nicht an. Auch wenn unterstellt werde, daß der Bekl. in beiden Kollegien gegen die Zulassung des Kl. gestimmt habe, sei damit noch nicht bewiesen, daß er hierbei schuldhaft gehandelt habe.

Die Rev. rügt Verletzung der §§ 286, 139 ZPO., §§ 823, 826 BGB. Sie macht geltend, daß es zur Feststellung der Schadenersatzpflicht des Bekl. notwendig und zulässig sei, über alle Vorgänge bei den Entsch. des Vorstandes der Anwaltskammer und des Ehrengerichts Beweise zu erheben. Auch Eide könnten darüber zugeschoben werden. Die

ehrengerichtlichen Verfahren gibt das Gesetz dem Antragsteller die Sicherung des modernen Strafprozesses und dem Gericht die Machtmittel zur gründlichen Erforschung der Wahrheit (vgl. hierzu Friedlaender, R. W. D., § 3 Anm. 12; AnwVerNachr. 4, 48 u. 38). Wenn daher im vorliegenden Falle der Kammervorstand sein Gutachten auf den Inhalt der Akten gestützt und wenn er von den vorliegenden ärztlichen Zeugnissen dasjenige seiner vorläufigen Entsch. zugrunde gelegt hat, das den Anlaß zu der kurz vorher von dem Antragsteller angestrebten Pensionierung gegeben hatte, so hat er ohne jeden Zweifel im Rahmen seiner Befugnisse und seiner Pflichten gehandelt. Von einer Pflichtverletzung, einem Verschulden könnte auch dann keine Rede sein, wenn der Vorstand damals mit Rücksicht auf die Äußerungen anderer Ärzte oder sonstiger Personen Zweifel an dem Vorhandensein der Voraussetzungen des § 5 Nr. 6 R. W. D. gehegt hätte. Zur Beseitigung solcher Zweifel ist das ehrengerichtliche Verfahren da. Der Vorstand hätte eine schwere Verantwortung auf sich geladen, wenn er in einem Falle, wie dem vorliegenden, trotz des ihn unter-

breiteten, aus der jüngsten Vergangenheit stammenden Materials die Zulassung begutachtet und damit obligatorisch gemacht hätte. Denn erwies sich die Feststellung des Kreisarztes, die der Pensionierung zugrunde lag, als richtig, so war nach geltendem Rechte eine Zurücknahme der Zulassung — wenn nicht die Voraussetzungen des § 22 R. W. D. eintreten — unmöglich (vgl. Friedlaender, R. W. D., § 21 Anm. 7). Den Schaden trüge die Allgemeinheit. Auch jener andere Kammervorstand, dessen Ehrengericht später den Verjagungsgrund für ungerechtfertigt erklärte, hat zunächst sein Gutachten gegen die Zulassung abgegeben, obwohl inzwischen 1½ Jahre vergangen waren. Beide Vorstände haben offensichtlich durchaus pflichtgemäß und streng im Geiste des geltenden Gesetzes gehandelt.

2. Die dauernde Unfähigkeit i. S. des § 5 Nr. 6 R. W. D. lag nach der zutreffenden Auslegung des R. G. schon dann vor, „wenn der krankhafte körperliche oder geistige Zustand nach menschlicher Berechnung nicht lediglich vorübergehender Natur war“ (so auch Friedlaender, R. W. D., § 5 Anm. 52). Hochgradige

Schweigepflicht der Mitglieder des Ehrengerichts stehe dem nicht entgegen. Wenn sie auch zum Schutze der Richter diene, so habe derjenige, der sich einer Handlung i. S. der §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. schuldig gemacht habe, keinen Anspruch auf diesen Schutz. Der Kl. habe die Fahrlässigkeit oder den Vorfall des Bekl. darin gesehen, daß das Ehrengericht oder seine Mehrheit, in allen Fällen aber der Bekl. als Urheber aller Rechtswidrigkeiten den Kl. dauernd für unfähig erklärt habe, die Pflichten eines Kl. zu erfüllen, obwohl er ihn nie gesehen und gehört habe, obwohl in den ärztlichen Gutachten von der Unheilbarkeit der festgestellten Nervenschwäche usw. nichts stehe und die rechtswidrig zugezogenen Personal- und Privatlageakten nichts darüber enthielten, dem Bekl. als alten erfahrenen, gerade mit solchen prozessualen Fragen als Spezialist bekannten Schriftsteller, Ehrengerichtsvorsitzenden und Parteivertreter die Unzulässigkeit seiner Erkenntnisquellen genau bekannt gewesen, und sie von ihm sicher schon tausende Male als prozesswidrig gerügt worden seien, und der Kl. behauptet hätte, sein Gesundheitszustand habe sich seit seiner Veretzung in den Ruhestand wesentlich gebessert.

Diese „dauernde Unfähigkeit“ werde mit ausdrücklichem Bezug auf die Äußerung des VGPräs. begründet, der den Kl. zur Ausübung seiner Amtspflichten als Richter für dauernd unfähig gehalten habe. Dabei werde nicht in Betracht gezogen, daß der Kl. über seine Veretzung in den Ruhestand beantragt hätte, daß er dieses Gesuch mit den schädlichen Folgen der besonderen Dienstverhältnisse für seine Gesundheit begründet habe, daß auf Grund des Gutachtens des Kreisarztes nur die Eintwirkung seiner richterlichen Dienstobliegenheiten und des Verhältnisses zu seinen Vorgesetzten seine gesundheitlichen Schädigungen, die er in der Vergangenheit erlitten habe, als gesundheitsschädigend für die Zukunft angeführt seien, daß er aber nicht im allgemeinen unfähig zur Erfüllung seiner Amtspflichten sei. Nirgends werde in der Begründung der Pensionierung von etwaigen Vergehen oder geistigen Defekten gesprochen. Es sei deshalb nicht zu verstehen, daß man die Personalakten beigezogen und benutzt habe, ohne festzustellen, daß der Kl. sie gekannt habe, ja daß man Privatlageakten beigezogen und benutzt habe, ohne dem Kl. die Möglichkeit zu geben, sich gegen daraus entnommene ungünstige Schlüsse zu wehren oder Aufklärung zu geben. Das Ur. des OGH. sage darüber: „Ein weit erheblicherer Prozeßverstoß findet sich aber in dem Ur. des Ehrengerichts selbst. Es sind dort tatsächliche Feststellungen zum Nachteil des Antragstellers unter Benutzung zahlreicher anderer Urkunden getroffen, die nicht Gegenstand der Hauptverhandlung waren. Dabei wurde, wie es scheint, der gesamte Inhalt des vorliegenden 2. Bandes der Akten über die Dienstverhältnisse des Antragstellers verwertet, jedenfalls zieht der Vorderrichter

die darin befindlichen ärztlichen Zeugnisse aus früherer Zeit, ferner die Vorgänge bezüglich der amtlichen Laufbahn des Antragstellers, seiner Befragungen im Dienstverfahren und seiner Konflikte mit Behörden und Privatpersonen zur Begründung der Entsch. heran. Damit hat das Ehrengericht den § 261 StPD. (i. Verb. m. § 66 RAd.) verletzt (vgl. Löwen-Rosenberg a. a. O. S. 598, Anm. 1a zu § 261). Das durchaus unzulässige Verfahren muß hier um so mehr Bedenken erwecken, weil die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Antragstellers vor sich ging und weil keineswegs feststeht, daß ihm der Inhalt jenes Dienstaktenbandes bekannt wäre, aus Bl. 39 das vielmehr hervorgeht, daß einmal ein von ihm gestellter Antrag auf Gestattung der Einsicht seiner Personalakten abgelehnt wurde. Auf welchen Unterlagen die weiteren Feststellungen des Ehrengerichts über das Privatklageverfahren *S.* wider *T.* beruhen, geht aus dem Ur. nicht deutlich hervor; unzweifelhaft bieten aber die in der Hauptverhandlung verlesenen Urkunden auch hierfür keine Grundlage.“ Dieses Verfahren sei nur zu verstehen, wenn man annehme, der Bekl. habe einer starken Voreingenommenheit gegen den Kl. den pflichtmäßigen Widerstand nicht geleistet. In diesem Sinne sei es auch zu verstehen, wenn der Kl. darauf hingewiesen habe, daß der Bekl. in einer Rede auf einer Anwaltsversammlung ausdrücklich den Fall des „Ver Amtsgeschichtsrats“ erwähnt und gesagt habe: „Jemand, der nicht mehr AGN. sein kann, weil seine Geisteskräfte nicht mehr ausreichen, ist vollends nicht geeignet, Kl. zu werden.“ Um die Geisteskräfte des Kl. zu verneinen, habe der Bekl. unbekannte und unbekannte Personalakten und Privatlageakten beigezogen und verwertet, ohne den dadurch schwer belasteten Kl. auch nur zu seiner Verteidigung aufzurufen. Der Beweis durch Zeugen und Eideszuschreibung, wie er dazu gekommen sei, wie er sie zur Kenntnis des Ehrengerichts gebracht habe, habe bei dieser Sachlage nicht durch den Hinweis des Bekl. auf die allgemein anerkannte Lauterkeit des Bekl. abgelehnt werden dürfen.

Der Bekl. müsse beweisen, daß die anderen Mitglieder des Ehrengerichts seinem Ur. zugestimmt hätten, wenn er ihnen ohne die Personalakten und die Privatlageakten lediglich das ärztliche Zeugnis des Kreisarztes und die Äußerung des VGPräs. vorgelegt hätte. Der OGH. habe die gegenteilige Ansicht mit starken Ausdrücken zu erkennen gegeben. Auch das Ur. des Ehrengerichts in *B.* stehe auf einem ganz anderen Standpunkt. Wenn es sich aber um ein solch schuldhaft falsches Ur. handle, so sei es gleichgültig, ob die anderen Richter die gleiche Schuld treffe. Der Bekl. werde nie bestreiten, daß er an allen rechtswidrigen Ursachen des Ur. den hervorragendsten Anteil gehabt habe, er werde sich nicht darauf berufen, daß er in irgendeinem Punkte seine selbstverständlichen Be-

Neurasthenie fällt unter den Begriff der geistigen (oder körperlichen) Schwäche (Friedländer, § 5 Anm. 49).

3. „Seinen Anspruch gegen den Bekl. könnte der Kl. deshalb nur auf die Entsch. des Ehrengerichts stützen, das er gegen den Bescheid des JustMin. angerufen hat.“

Bei der Erörterung der Frage, ob der Bekl. für diese Entsch. verantwortlich sei, geht nun das RG. wiederum zunächst davon aus, daß die §§ 823, 826 die Grundlage der Rechtsfindung bilden. Da er auch unter dieser Voraussetzung zur Verneinung der Haftung gelangt, so bleibt die logisch primär zu lösende Frage, ob § 839 BGB. auf die Ehrengerichter Anwendung finde, dahingestellt; sie wird nicht beantwortet.

Zutreffend nimmt das RG. an, daß auch im ehrengerichtlichen Zulassungsverfahren nur mit einer Zweidrittelmehrheit die Befassung für begründet erklärt werden könne (vgl. Friedländer, RAd.³ § 93 Anm. 26). Zutreffend geht ferner das RG. davon aus, daß bei einer kollegialgerichtlichen Entsch. der einzelne Richter (hier der Vorsitzende) nur dann für ihren Inhalt verantwortlich gemacht werden kann, wenn feststeht, daß entweder die pflichtwidrig abgegebene Stimme des Richters den Ausschlag gegen die Zulassung gegeben oder daß er die übrigen Richter zur Abgabe ihrer Stimmen gegen den Antragsteller mit dem Erfolge der Erreichung der Zweidrittelmehrheit bestimmt habe. Eine solche Feststellung könne aber im Falle der Bestreitung nicht getroffen werden; eine Beweishebung durch Zeugenvernehmung oder Eideszuschreibung sei mit Rücksicht auf die Verschwiegenheitspflicht nicht zulässig. Dem ist beizupflichten (vgl. hierzu Friedländer, RAd.³ § 66 Anm. 19), und ich möchte glauben, daß man diesen Grundsatz trotz RG. 89, 16 ausnahmslos gelten lassen sollte. Gerade der vorl. Fall zeigt, auf wie schwankendem Boden sich die Rpr. be-

wegt, wenn man auf diesem Gebiet eine Interessenabwägung zuläßt. Sie ist hier gegen den Kl. ausgefallen. Wer jeder Leser der entscheidenden Sätze der Urteilsgründe wird die Empfindung haben: nicht das Maß und die Art der gefährdeten Interessen (Schadensansprüche) gab in Wirklichkeit den Ausschlag, sondern der Umstand, daß der Antragsteller späterhin zur Durchsetzung seines Rechts auf Zulassung — also zur Wahrung eines ganz anderen Interesses — nicht den geraden Weg ging, sondern scheinbar die Zulassung in einem fremden Kammerbezirk anstrebte, um sofort nach ihrer Bewilligung an den ursprünglich gewählten Ort „überzufiedeln“. Die — offenbar berechtigte — Antipathie gegen dieses Verhalten bildet den wirklichen Grund für die dem Kl. ungünstige Interessenabwägung; folgerichtig hätte das RG. lediglich fragen dürfen, ob der Schadensersatzanspruch des Kl. — für den Fall seiner Erweisbarkeit — so belangreich war, ein so großes und schützenswertes Interesse darstellte, daß ihm die Schweigepflicht der Ehrengerichter weichen mußte. Bejaht man bei Rückgriffsansprüchen gegen Richter diese Frage, so konnte ihre Beantwortung auch im vorl. Falle durchaus zweifelhaft sein. Man sieht, wie gefährlich schmal auf diesem Gebiet die Grenze zwischen „Interessenabwägung“ nach freiem Ermessen und reiner Gefühlsjurisprudenz ist (vgl. hierzu Braun: *JW.* 1917, 132; v. Liszt: *JW.* 1917, 166¹⁵; andererseits Mannheim: *JW.* 1929, 1062⁴ [mit weiteren Nachweisungen]).

4. Wie schon oben erwähnt wurde, ist die interessanteste und eigentlich grundlegende Frage des Falles nicht entschieden worden: wie steht es mit der Anwendung des § 839 BGB. bei Entsch. des Ehrengerichts? Damit hängt die entsprechende Frage zusammen, ob § 839 Abs. 1 und 3 auf Beschlüsse und Maßnahmen des Kammervorstands anwendbar sei. Ist der Gehalte erträglich, daß die Mitglieder einer Behörde, die wie das Ehrengericht rein richter-

denken geltend gemacht habe, sondern zugeben, daß er der geistige Leiter i. S. seiner Rede auf dem Anwaltsstage gewesen sei. Unverständlich sei es, daß das OVG. eine Entschuldigung darin finde, daß das Ehrengerichtsurteil im Einklang mit den ärztlichen Gutachten stehe, deren Benutzung der OGH. für rechtswidrig erklärt habe, und „daß das Ehrengericht, daher nach der Lebenserfahrung ohne Fahrlässigkeit den Standpunkt habe vertreten können, daß dieses lange Jahre hindurch bestehende Leiden in absehbarer Zeit nicht behoben wurde, es auch nicht wesentlich sei, ob das Leiden des Kl. . . demnächst zur Heilung gelangt sei“. Unverständlich sei es auch, daß das OVG. festgestellt habe, der OGH. würde unter allen Umständen die Vernehmung eines Sachverständigen angeordnet haben und dadurch würde die gleiche Verzögerung herbeigeführt worden sein. Was ohne die vorgekommenen Rechtswidrigkeiten geschehen wäre, könne nicht festgestellt werden. Zugunsten des Bekl. sei anzunehmen, daß er sich den Ausführungen des Kl. gegen die Benutzung der Privatlageakten und der dem Kl. unbekanntem Personalakten nicht verschlossen habe. Jedenfalls sei anzunehmen, daß das Ehrengericht B. zu demselben Schlusse gekommen sein würde wie das Ehrengericht P.

Der Rev. des Kl. muß der Erfolg versagt bleiben. Das OVG. erkennt an, daß sein Schadensersatzanspruch die rechtliche Grundlage in den Bestimmungen der §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. finden würde, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften gegeben wären. Es verneint aber ihre Anwendbarkeit, weil der Bekl. ohne Fahrlässigkeit habe annehmen können, daß der Kl. i. S. des § 5 Ziff. 6 RAO. wegen eingetretener Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung der Pflichten eines RA. dauernd unfähig sei. Dazu legt das OVG. an Hand des Gesuchs des Kl. um Verletzung in den Ruhestand v. 25. Juli 1925, des amtsärztlichen Zeugnisses des Kreisarztes Dr. W. und der übrigen bei den vorliegenden Personalakten befindlichen ärztlichen Zeugnisse über die neurasthenische Erkrankung des Kl. aus der fraglichen Zeit dar, daß sowohl der Vorstand der Anwaltskammer als auch das Ehrengericht zur Zeit des Erlasses der Entsch. ohne Pflichtverletzung die Stellungnahme hätten vertreten können, daß der Kl. an einer schweren bereits lange bestehenden und erheblichen Neurasthenie leide. Gerade der letzte beamtete Gutachter, Dr. W., habe ja ausweislich seines Zeugnisses den ganzen Krankheitsverlauf berücksichtigt und sei zu dem Schlusse gekommen, daß es sich um eine „offenbar schon lange bestehende, eingewurzelte und erhebliche Neurasthenie“ handle. Wenn auch die übrigen ärztlichen Zeugnisse eine Wiederherstellung des Kl. in verhältnismäßig kurzer Zeit für möglich erachtet und zu diesem Zwecke einen kürzeren oder längeren Urlaub für ausreichend angesehen hätten, so habe doch der für die Entsch. über das Pensionsierungsgesuch maßgebliche Gutachter Dr. W. eine alte und dauernde Krankheit angenommen. Es habe deshalb nach der Lebenserfahrung ohne Fahrlässigkeit der Standpunkt vertreten werden dürfen, daß dieses lange Jahre hindurch bestehende Leiden in absehbarer Zukunft nicht behoben werden würde. Aus dem Zusammenhalt dieser Darlegungen ergibt sich die Feststellung des OVG., der Bekl. habe annehmen können, daß der Kl. an einer schweren, bereits lange bestehenden und erheblichen Neurasthenie leide und dieses Leiden in absehbarer Zeit nicht behoben werden würde. Diese Feststellung ist tatsächlicher Art. Das RevG. kann sie auf ihre Richtigkeit nicht nachprüfen. Ist sie aber richtig, so konnte das OVG. ohne Rechtsverstoß der Ansicht sein, daß eine

Fahrlässigkeit des Bekl. i. S. des § 823 Abs. 2 nicht gegeben sei, wenn er angenommen habe, daß der Kl. infolge der Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte oder beider zur Erfüllung der Pflichten eines RA. dauernd unfähig sei. Denn eine dauernde war die Unfähigkeit vom Rechtsstandpunkte schon dann, wenn der krankhafte körperliche oder geistige Zustand des Kl. nach menschlicher Berechnung nicht lediglich vorübergehender Natur war. Daraus folgt aber, daß ein schuldhafter Verstoß des Bekl. gegen die §§ 4, 5 Nr. 6 RAO. nicht darin liegen würde, wenn er auf Grund der letzteren Bestimmung gegen die Zulassung des Kl. zur Rechtsanwaltschaft gestimmt hätte. Die Anwendung des § 826 BGB. kam dann überhaupt nicht in Frage.

Im übrigen würde es dem Kl. noch nicht zu einem Obliegen im Prozeß verhelfen, wenn festgestellt werden könnte, der Bekl. habe dadurch, daß er gegen die Zulassung des Kl. zur Rechtsanwaltschaft gestimmt habe, schuldhaft gegen die §§ 4, 5 Ziff. 6 RAO. verstoßen. Dazu wäre weiter erforderlich, daß auf die Abstimmung des Bekl. im Vorstände der Anwaltskammer bei Abgabe des Gutachtens und im Ehrengericht die Nichtzulassung des Kl. als RA. in G. und damit die verspätete Zulassung auf dem Umwege über S. zurückzuführen sei. Das Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer diene lediglich der Vorbereitung der Entsch. der Landesjustizverwaltung. Für die Verfassung der Zulassung war diese verantwortlich. Seinen Anspruch gegen den Bekl. könnte der Kl. deshalb nur auf die Entsch. des Ehrengerichts stützen, das er gegen den Bescheid des Justizministers angerufen hat. Es müßte deshalb weiter festgestellt werden, daß der Bekl. für die Entsch. des Ehrengerichts, die zugunsten des Kl. mit Zweidrittelmehrheit zu treffen war, verantwortlich ist. Wie das OVG. aber nach Lage der Sache eine solche Feststellung hätte treffen sollen, ist nicht ersichtlich. Dazu müßte der Kl. entweder behaupten und beim Bestreiten des Bekl. beweisen, daß die pflichtwidrig abgegebene Stimme des Bekl. den Ausschlag gegen die Zulassung des Kl. zur Rechtsanwaltschaft gegeben oder doch der Bekl. die anderen Mitglieder des Ehrengerichts zur Abgabe ihrer Stimmen gegen den Kl. in einem Maße und mit dem Erfolge bestimmt habe, daß die Zweidrittelmehrheit für die Verfassung der Zulassung des Kl. erreicht worden ist. Das verkennt auch der Kl. nicht. Er betont, Voraussetzung für die Entsch. über die Pflichtwidrigkeit des Bekl. sei, daß über alle Vorgänge bei der Entsch. Beweise erhoben und Eide zugehoben werden könnten. Wenn sich die von der Rev. erhobene Rüge der Verletzung der §§ 286, 139 ZPO. in dieser Richtung bewegt, so muß sie verfallen, weil die Verschwiegenheitspflicht, wie sie der in § 66 RAO. für anwendbar erklärte § 198 BGB. den Schöffen und Geschworenen auferlegt, nicht minder für die Mitglieder des Ehrengerichts gilt. Danach ist aber jede Befragung und jede Zeugnispflicht der Mitglieder über das Zustandekommen der Entsch., über die Beratung und Abstimmung grundsätzlich ausgeschlossen. Das gilt auch für den Bekl. als Partei, und es ist nicht angängig, ihn durch Eideszuschreibung zu veranlassen, die Pflicht zur Geheimhaltung der Vorgänge aus der Beratung zu verletzen. Ob es nach dem Vorgange der Entsch. RG. 89, 16¹⁾ Fälle geben kann, in denen der obige Grundsatz Ausnahmen erleidet, und ob er namentlich bei etwaigen Untersuchungen wegen Rechtsbeugung, bei Rückgriffsprozessen gegen Richter und in ähnlichen Fällen höheren Interessen der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung weichen muß, ist nicht zu entscheiden, weil hier ein derartiger Fall nicht in Frage kommt. Der Kl. hatte

liche Funktionen auszuüben hat, wegen ihrer Urteile zur Rechenschaft gezogen werden können, weil sie nach Ansicht der später entscheidenden Zivilgerichte in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung Fehler begangen haben? Liegt hierin nicht eine Hemmung der Rechtspflege, gegen die sich der Rechtsstaat verwahren muß? Führt dieser Grundsatz nicht zu einer dauernden Verschlebung der Kompetenzen und Instanzen (Zivilgericht über Ehrengericht und OGH. usw.)? Muß die Geltung des § 839 BGB. nicht wenigstens auf alle Mitglieder von Behörden ausgedehnt werden, die in dieser Eigenschaft gehandelt haben, auch wenn sie nicht „Beamte“ sind? (vgl. Friedlaender, RAO.³ § 42 Anm. 8, 21). Welche Folgen ergeben sich aus der ablehnenden Ansicht, wenn z. B. ein Gericht teils aus Beamten, teils aus Nichtbeamten besteht, wie der OGH.? Wie steht es andererseits bei Anwendung des § 839 mit den gesetzlichen Bestimmungen, welche die Haftung des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften für die Schädigung Dritter durch Amtshandlungen anordnen? Man

sieht schon aus diesen Beispielen: es ist eine Fülle von schwierigen zivil- und staatsrechtlichen Problemen, die sich hier ergeben. Wenn auch viele derselben praktisch weniger bedeutungsvoll sind, solange die Verschwiegenheitspflicht eine prozessuale Hemmung für die Geltendmachung der Ansprüche aus fehlerhaften Maßnahmen kollegialer Behörden bildet, so zeigt doch gerade der vorl. Fall, wie groß die Gefahr ist, daß diese Hindernisse in concreto durchbrochen werden. Auch sind z. B. für den Kammervorstand die entsprechenden Garantien nach geltendem Recht nur in weit unvollkommenerem Maße gegeben (vgl. Friedlaender, RAO.³ § 42 Anm. 22).

Eine Lösung der hier aufgeworfenen Fragen soll an dieser Stelle nicht versucht werden. Ihre Erörterung mag von kundigerer Seite erfolgen.

RA. Dr. Friedlaender, München.

1) ZB. 1917, 166.

bei dem OGH. die Aufhebung des ehrengerichtlichen Ur. erreicht. Er hat daraufhin seinen Antrag auf Zulassung als RA. in G. zurückgenommen und dadurch selbst eine nochmalige Entsch. des Ehrengerichts über seine Zulassung verhindert. Wenn er dann den Vorsitzenden des Ehrengerichts auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, weil dieser für das seine Zulassung zunächst verweigerte Ur. des Ehrengerichts verantwortlich sei, so könnte ihm auf keinen Fall zugebilligt werden, daß auf seiner Seite höhere Interessen der Rechtsverfolgung vorliegen, die es notwendig machen könnten, von der Schweigepflicht der Mitglieder des Ehrengerichts abzugehen. Danach ist die Rev. zurückzuweisen, ohne daß es eines Eingehens auf ihre weiteren Ausführungen bedarf. Sie bringen auch im wesentlichen nur Angriffe gegen tatsächliche Erwägungen des BG., die der Rev. verschlossen sind.

Soweit der Bevl. nach Maßgabe seiner Ausführungen in der Revisionsbeantwortung die Abweisung der Klage auf Grund des § 839 BGB. verlangt hat, hat der Senat keinen Anlaß gefunden, zu diesem Verlangen Stellung zu nehmen. Nachdem oben festgestellt ist, daß das BG. mit Recht die Anwendbarkeit der §§ 823, 826 BGB. verneint hat, ist auch der Nachweis bzw. die Nachweisbarkeit einer Pflichtverletzung des Bevl. überhaupt verneint und damit auch einer Klage aus § 839 BGB. der Boden entzogen, ohne daß gepriüft zu werden braucht, ob der Bevl. als Vorsitzender des Ehrengerichts Beamter ist oder nicht.

(U. v. 14. Jan. 1931; 283/30 IX. — Breslau.) [G.]

****2.** § 232 Abs. 2 ZPO. Fehlerhaft ist es, wenn ein Anwalt den Bürobetrieb so handhabt, daß die zugestellten beglaubigten Abschriften von Urteilen zunächst mit der Urschrift in die Unterschriftenmappe gelegt, darauf nach Unterzeichnung der Empfangsbescheinigung auf der Urschrift in einen für Posteingänge allgemein bestimmten Kasten gehen und dann erst bei der Entleerung dieses Kastens zu der betreffenden Akte gebracht und mit dieser dem Anwalt wieder vorgelegt werden. f)

Das BG. nimmt an, daß die Versäumung der Berufungsfrist nicht auf einem unabwendbaren Zufall, sondern auf einem den beiden Prozeßbevollmächtigten des Bevl. zur Last fallenden fahrlässigen Verschulden beruhe, das der Bevl. nach § 232 Abs. 2 ZPO. wie sein eigenes Verschulden zu vertreten habe, und hat daher den Antrag des Bevl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zurückgewiesen. Nach den Erklärungen des RA. B. und seiner Büroangestellten wurde bei der Entgegennahme und Behandlung von Zustellungen der fraglichen Art im Büro der Anwälte folgendermaßen verfahren:

Die Urschrift des zur Zustellung kommenden Schriftstücks (z. B. die Urteilsausfertigung) und die zwecks Zustellung zu übergebende beglaubigte Abschrift wurden dem Anwalt gleichzeitig in der Unterschriftenmappe (ohne die betreffenden Akten) vorgelegt. Der Anwalt bescheinigte die Zustellung auf der Urschrift und auf der Abschrift. Die Büroangestellte, welche die unterschriebenen Schriftstücke zu expedieren hatte, brachte darauf die Urschrift (Urteilsausfertigung) an den für die zum Gericht und zu den einzelnen Anwälten abzutragenden Sachen bestimmten Aufbewahrungsort, während sie die beglaubigte Abschrift in den für Posteingänge allgemein

bestimmten Kasten zu legen hatte. Aus diesem Kasten entnahm dann die hierfür bestimmte Büroangestellte (in der hier in Betracht kommenden Zeit der vertretungsweise damit betraute Büroangestellte L.) die zurückbehaltene beglaubigte Abschrift und legte sie mit den betreffenden Akten vor. Bei dieser (zweiten) Vorlegung des zugestellten Schriftstücks wurde in den nunmehr mitvorgelegten Akten die Zustellung (gegebenenfalls des Urteils) in dem — von dem Anwalt zu zeichnenden — Verfügungsentwurf vermerkt; die Verfügung enthielt ferner (sofern nicht, wie im vorliegenden Falle, schon die vom Gericht übersandte Urteilsausfertigung an den auswärtigen Verkehrsanwalt weitergeleitet war) die entsprechende Verfügung der Angabe an den Verkehrsanwalt mit der Mitteilung des Zeitpunktes, an dem die Berufungsfrist ablaufe, und eine Fristverfügung.

Im vorliegenden Streitfalle ist nun, nachdem der RA. B. in der Unterschriftenmappe auf der an den gegnerischen Anwalt zurückgehenden Ausfertigung des landgerichtlichen Urteils v. 29. Jan. 1929 und auf der in seinem Büro bleibenden beglaubigten Abschrift die Zustellung bescheinigt hatte, die zufolge allgemeiner Anordnung vorgesehene — wiederholte — Vorlegung der beglaubigten Urteilsabschrift mit den Akten in Folge eines unaufgeklärten Büroversehens unterblieben; die zugestellte Urteilsabschrift ist erst geraume Zeit nach dem Ablaufe der Berufungsfrist, Ende März 1929, in einem anderen Aktenstück, in das sie versehentlich geraten war, vorgefunden worden. So ist es gekommen, daß die am 1. Febr. 1929 bewirkte Zustellung des Urteils durch den Gegner in den Handakten nicht vermerkt, demzufolge auch eine Überwachung der Berufungsfrist nicht erfolgt ist.

Nach Ansicht des BG. trug dieses Verfahren die Gefahr in sich, daß die zugestellten Schriftstücke nicht zu den dazugehörigen Akten gelangten und in diesen daher ein Zustellungs- und Fristvermerk unterblieb. Die Anordnung der Anwälte sei nicht derart gewesen, daß die Partei, soweit dies in menschlichen Kräften stehe, vor der Gefahr einer Fristversäumung geschützt worden sei. Wie das BG. meint, wäre diese Gefahr leicht zu vermeiden gewesen, wenn die Anwälte die auch in anderen Anwaltsbüros bestehende Einrichtung getroffen hätten, daß ihnen zugleich mit dem von ihnen zu erteilenden Empfangsbekanntnis der Zustellung die betreffende Handakte mit dem die Fristverfügung enthaltenden Verfügungsentwurf vorzulegen sei.

Die praktische Durchführbarkeit dieser Art des Geschäftsbetriebs wird von dem Bevl. mit dem Hinweis bekämpft, daß zur Vermeidung einer Vermengung der zu unterzeichnenden Schriftstücke mit den oft losen Blättern einer zugleich vorgelegten Handakte alles, was zur Unterschrift fertiggestellt sei, in eine Sammelvorrichtung (Unterschriftenkasten oder Unterschriftenmappe) gebracht und in dieser vorgelegt werden müsse. Das von den Anwälten des Bevl. befolgte Verfahren sichere den zuverlässigen Verlauf des Unterzeichnungsbetriebes, ohne die Sicherheit der Vorlage zwecks Bearbeitung der erfolgten Zustellungen zu gefährden. Es beruhe demnach auf einem unabwendbaren Zufall, daß die Berufung nicht rechtzeitig eingelegt worden sei.

Dieser Auffassung des Bevl. ist nicht beizutreten. Es ist zweifellos bedenklich, wenn die zugestellte beglaubigte Abschrift des Urteils zunächst mit der Urschrift in die Unterschriftenmappe gelegt, darauf nach Unterzeichnung der Empfangsbescheinigung auf der Urschrift in einen für Posteingänge allgemein bestimmten Kasten getan und dann erst bei

forderlich ist. Ist aber das Verfahren hinsichtlich Fristfragen unzweckmäßig, so mußten durch besondere Behandlung dieser Sachen die Gefahren für solche vermindert werden, weil andernfalls nicht die äußerste, den Umständen angemessene, vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt zur Abwehr oder Vermeidung der Fristversäumnis angewendet wurde, welche regelmäßig RG. [Verz. u. Sen.] 48, 411 sowie die gesamte Rpr. u. Rechtslehre; vgl. meine Zusammenstellung NZ. 1929, 3325; Friedrichs: ZB. 1930, 104; neuerdings noch RG.: ZB. 1930, 545; RFG.: AnwBl. 1930, 158; LG. Hamburg: ZB. 1930, 1115) verlangt wird, um einen unabwendbaren Zufall als möglich erscheinen zu lassen. Die Entsch. lehrt, daß den RA. die Prüfung der Art der Behandlung von Fristfragen neben der gelegentlichen Kontrolle des Personals und der Fristenwahrung im Einzelfalle angelegen sein muß.

ZR. Dr. Geierhöfer, Nürnberg.

Zu 2. Das RG. hat mehrfach ausgesprochen, daß die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Anwalts, insbes. bei Überwachung des Personals, nicht überspannt werden dürfen (vgl. RG.: ZB. 1926, 2431 u. dort zit.). Darüber, wie weit im einzelnen Fall die Sorgfaltspflicht zu bemessen sei, entscheidet in Zweifelsfällen letzten Endes häufig das Gefühl. Der Tatbestand vorliegender Entsch. scheint mir zwar einen solchen Zweifelsfall darzustellen; doch bin auch ich der Auffassung, daß das von RA. B. angeordnete oder doch geübte Verfahren unzweckmäßig ist, weil es die Fristfragen zufolge der nicht sofortigen Behandlung durch die zeitliche Verschiebung derselben einer vermeidbaren Fehlerquelle aussetzt, die bei sofortiger Einlegung in den Handakt und dadurch veranlaßte Fristvermerkungen oder Fristkontrollen vermieden würde; Fristfragen bedürfen eben wegen ihrer Bedeutung besonderer Beachtung; Stein-Jonas, ZPO., § 233 Fußn. 27 verweist auf OLG. München: OLG. 37, 115, wonach auch bei starker Belastung des Anwalts Sichtung der Fristfragen er-

der Entleerung dieses Kastens zu der betreffenden Akte gebracht und mit dieser dem Anwalt wieder vorgelegt wurde. Denn dadurch, daß die Urkunde auf diese Weise zweimal wieder aus der Hand gelegt wurde — in die Unterschriftenmappe und in den Sammelkasten —, bevor sie ihren gehörigen Platz in der Handakte erreichte, wurde ersichtlich die Gefahr ihrer Verlegung außerordentlich vergrößert. Dies hätten die Anwälte des Besl., als sie jene Anordnung trafen, sich sagen müssen. Meinten sie, aus den von ihnen hervorgehobenen technischen Gründen sich dem nach der Feststellung des BG. in anderen Anwaltsbüros geübten Verfahren, die Urkunde nicht erst in die Unterschriftenmappe, sondern sofort zur Handakte zu bringen und mit dieser vorzulegen, nicht anschließen zu können, so hätten sie zum mindesten anordnen müssen, daß die Urkunde bei Leerung der Unterschriftenmappe nicht erst in den Sammelkasten, sondern sogleich zur Handakte gebracht und mit dieser wieder vorgelegt wurde. Es ist kein Grund ersichtlich, aus welchem es erforderlich erschiene, die Urkunde vorerst noch in den Sammelkasten zu bringen und dadurch die Gefahr ihrer Verlegung zu vergrößern. Daß irgendeine sonstige Maßnahme getroffen gewesen wäre, dieser Gefahr vorzubeugen, erhellt nicht.

Da mithin das von den Anwälten des Besl. geübte Verfahren nicht den Anforderungen genügte, die wegen des bedeutsamen Fristenlaufs an die Behandlung einer eingegangenen Berufungsschrift zu stellen sind, so hat das BG. mit Recht angenommen, daß die Veräumung der Berufungsfrist nicht auf einem unabwendbaren Zufall beruhte. Ohne daß es daher noch eines Eingehens auf die Frage bedarf, ob den Kl. B. auch insofern der Vorwurf mangelnder Vorsorge trifft, als er nach Kenntnis der Zustellung sich auch persönlich um die Fristeinhaltung hätte bemühen müssen, war die Rev. zurückzuweisen.

(U. v. 24. Nov. 1930; 119/30 VI. — Stettin.) [S.]

(= RG. 130, 148.)

3. § 233 ZPO. Der Irrtum des Kl. (eines Rechtsanwaltes), daß der bei seinen Handakten befindliche, sich auf die Gerichtskosteneinzahlung erster Instanz beziehende Lastschriftzettel sich auf die Gerichtskosten zweiter Instanz bezöge, ist kein unabwendbarer Zufall, namentlich dann nicht, wenn er die Kontrolle, ob der Nachweis über die Gebühreneinzahlung erfolgt sei, auf den vorletzten Tag der Frist aufschob und dann in einem mit dem Büro des Berufungsanwalts geführten Telefongespräch es an der erforderlichen Klarstellung fehlen ließ. †)

Dem Kl. — einem Rechtsanwalt — wurde vom BG. gemäß § 519 Abs. 6 ZPO. eine Frist bis zum 27. Juni 1930

Zu 3. Ein besonderer Fall, bei welchem ein Versehen des Kl. mit einem weiteren eigenen Mißverständnis und einem Versehen des Personals seines Prozeßbevollmächtigten zusammen wirkte! Kl. war ein RA., der schon beim Gericht 1. Inst. durch andere Anwälte als Prozeßbevollmächtigte vertreten gewesen zu sein scheint; für ihn haben oberlandesgerichtliche Anwälte sodann Berufung eingelegt. Bei Einzahlung der gerichtlichen Prozeßgebühr 2. Inst. handelte Kl. also lediglich als Partei, nicht als Prozeßbevollmächtigter einer solchen, auch nicht als Anwalt, der sich (§ 78 Abs. 3 ZPO.) selbst vertrat. Die heute einmütige Meinung versteht unter unabwendbarem Zufall des § 233 ZPO. ein Ereignis, das unter den gegebenen nach der Besonderheit des Falls zu berücksichtigenden Umständen auch durch äußerste diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist (so RG. (Verz. u. Sen.) 48, 411; ebenso die frühere und spätere Rspr. u. Rechtsl.). Demgemäß begründet Verschulden der Partei selbst niemals die Wiedereinsetzung i. d. v. St., ebensowenig das Verschulden ihres Vertreters (Anwalts), während Verschulden des nicht in Vertreterstellung befindlichen Angestellten einer Partei oder ihres Vertreters dann Wiedereinsetzung rechtfertigen, wenn der Partei oder dem Vertreter (Anwalt) bei Unterweisung und Beaufsichtigung solcher Angestellten nicht eigenes Verschulden zur Last fällt, wobei der Partei oder dem Vertreter nur solche Maßnahmen zugunsten sind, die vernünftigerweise verlangt werden können; das gilt besonders bei Fristen und Führung des Fristenkalenders (vgl. aus der zahlreichen Rspr. die Zusammenstellung von Geislerhöfer: JW. 1929, 3325; ferner Friedrichs: JW. 1930, 104; neuerdings noch RG.: JW. 1930, 545; RZS.: AnwW. 1930, 158; LG. Hamburg: JW. 1930, 1115; u. a.). Demgemäß kann das erste Versehen des Kl. selbst und sein weiteres

gesetzt zur Erbringung eines Nachweises, daß er die für die Verz. geforderte Prozeßgebühr von 111,15 RM eingezahlt habe. Als er am 26. Juni 1930, am Tage vor dem Fristablaufe, seine Handakten nachprüfte, fand er einen Lastschriftzettel der Post, der sich auf die Einzahlung von 82,55 RM Gerichtskosten 1. Instanz bezog. In der irrtümlichen Annahme, daß es sich hierbei um die Einzahlung der Berufungsprozeßgebühr handle, schickte er den Lastschriftzettel an seine Prozeßbevollmächtigte 2. Instanz mit dem Auftrage, ihn umgehend beim BG. einzureichen. Der Vertreterin der Prozeßabteilung der Kieler Anwälte, einer Frau G., die am Vormittage des 27. Juni 1930 schon festgestellt hatte, daß der Nachweis nach § 519 Abs. 6 ZPO. noch nicht erbracht sei und deshalb beim Kl. telephonisch erinnert hatte, fiel beim Eingang des Lastschriftzettels auf, daß die vermerkte Summe mit der angeforderten Gebühr nicht übereinstimmte; sie rief daher nochmals den Kl. durch den Fernsprecher an. Dieser stellte nun sofort aus seinen Handakten fest, daß sich der Lastschriftzettel auf Kosten der 1. Instanz bezog, und bat deshalb Frau G., umgehend die Prozeßgebühr an das BG. einzuzahlen, was Frau G. auch zusagte. Hierbei lief aber ein Mißverständnis bei dem Telefongespräch unter: Frau G. war der Ansicht, der Lastschriftzettel bezöge sich an sich auf die Prozeßgebühr des BG., nur die Summe sei falsch berechnet worden, und sie solle nunmehr den Unterschied zwischen der Berufungsprozeßgebühr und der Summe auf dem Lastschriftzettel bei Gericht einzahlen, während dem Kl. diese Auffassung der Frau G. während des Telefongesprächs nicht zum Bewußtsein kam. Frau G. sandte noch am 27. Juni 1930 den Lastschriftzettel und den Unterschiedsbetrag von 28,60 RM dem BG. ein und merkte erst am anderen Tage, als der Kl. mit Brief v. 27. Juni 1930 nochmals den Irrtum richtigstellte und um Einzahlung der vollen 111,15 RM bat, das Mißverständnis.

Den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand lehnte das BG. ab und verwarf die Berufung als unzulässig.

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Das BG. hat ausgeführt, die Ursache davon, daß der erforderliche Nachweis über die Einzahlung der Gebühr nicht innerhalb der gesetzten Frist geführt worden sei, liege in dem Irrtum des Kl., der ihn am 26. Juni 1930 unterlaufen sei. Dem muß beigetreten werden. Hätte er bei der Prüfung seiner Handakten die erforderliche Sorgfalt und Aufmerksamkeit angewandt, so hätte er ohne weiteres erkennen müssen, daß sich der Lastschriftzettel auf die Kosten der 1. Instanz bezog und sich gar nicht auf die Berufungskostengebühr beziehen konnte, weil das Datum des Poststempelamts über die Umschreibung früher lag als die Aufforderung des BG. zur Einzahlung und diese letztere eine ganz andere Summe enthielt als der Last-

Mißverständnis am Telefon im vorl. Fall keinesfalls zur Gewährung der Wiedereinsetzung führen (wenn es kausal für die Fristversäumnis war); daß dabei dem Kl. als einem Anwalt besondere Sorgfaltspflicht zugemutet wird, deckt sich mit den Grundsätzen der Rspr. des RG., wonach das Sorgfaltsmaß sich nach dem einzelnen Fall richtet und insbes. die persönlichen Verhältnisse der säumigen Partei zu beachten sind (subjektive Theorie! Vgl. Stein-Jonas, ZPO., § 233 II 1, Fußn. 5, 6; RG.: JW. 1928, 1855; 1930, 139¹⁵, 140¹⁶; JW. 1930, 1400). Daneben lief das Versehen der Angestellten der Kieler Anwälte; sie trifft gleichfalls ein Verschulden, da sie bei Einlauf des doch wohl mit Datum versehenen Lastschriftzettels, zumal dessen Betrag (was von ihr ja bemerkt wurde) nicht mit demjenigen der Berufungsprozeßgebühr übereinstimmte, aus dem Datum den Sachverhalt hätte ersehen müssen; dieses Versehen konnte zur Wiedereinsetzung ausreichen unter zwei Voraussetzungen: daß die Kieler Anwälte ihrer Sorgfaltspflicht der Unterweisung wie Kontrolle der Angestellten, die überdies diesen als zuverlässig bekannt sein mußte, genügten und daß dieses Versehen für die Fristversäumnis ursächlich gewesen ist. Ohne dieses Versehen der Angestellten wäre sicher die Frist nicht versäumt, der ganze Gebührenbetrag bezahlt, das Versehen des Kl. in seiner Wirkung beseitigt worden. Trotzdem halte ich die Entsch. des RG. für richtig. Denn mit Rücksicht auf das Mißverständnis des Kl. wirkte nun sein eigenes früheres Versehen weiter, behielt seine Kausalität, wurde nicht beseitigt, bewirkte daher die Fristversäumnis, blieb also ursächlich für letztere. In diesem Sinne mag der Teil der Begründung des Beschl. zutreffend sein, wonach „Kl. das Mißverständnis zu vertreten“ hat. In Hinblick auf die subjektive Theorie des Begriffs „unabwendbarer Zufall“ und der Umstellung auf den Einzelfall und die persönlichen Verhältnisse der Partei (vgl. oben) muß auch dem

schriftzettel. Durch die Übersendung des Lastschriftzettels nach dem Anwaltsbüro in A. wurde hier der Irrtum erweckt, es handele sich wohl um eine Einzahlung an das BG., nur sei irrtümlich ein zu geringer Betrag abgesandt worden. Damit ist der Kausalzusammenhang zwischen der Fristverjähmung und dem nicht entschuldbaren Irrtum des Kl. gegeben. Daß dieser Irrtum in der Person der Frau G. nicht voll ausgedrückt wurde, beruht wiederum auf einem Irrtum des Kl., der vermeidbar gewesen wäre. Hierauf bezieht sich offenbar die Bemerkung im angefochtenen Beschlusse „der Kl. mußte gleichzeitig bemerken, daß der Irrtum in A. noch nicht aufgeklärt war“. Nach der eidesstattlichen Versicherung der Frau G. kann kein Zweifel sein, daß diese von einem Differenzbetrage gesprochen hat, eben weil sie von einem Irrtum lediglich über den Betrag ausging. Daß der Kl. das mißverstanden hat, muß von ihm ebenfalls vertreten werden. Bei der allseitig bekannten Möglichkeit, daß im Fernsprechverkehr Mißverständnisse und Hörfehler leicht vorkommen, namentlich wenn es sich um Ziffern handelt, mußte sich der Kl. mindestens am Schlusse des Ferngesprächs von der Frau G. nochmals wiederholen lassen, was sie tun sollte, und sich Sicherheit verschaffen, daß alles in Ordnung gehe. Hätte er sich Auftrag und Ziffern von Frau G. nochmals sagen lassen, so wäre allerdings der Irrtum im A.er Anwaltsbüro beseitigt und die Fristverjähmung vermieden worden. Letzten Endes liegt ein prozessuales Verschulden auch darin, daß der Kl., namentlich bei der Verschiedenheit seines Wohnortes vom Gerichtssitze, die Kontrolle, ob der Nachweis über die Gebühreneinzahlung erfolgt sei, bis auf den vorletzten Tag der Frist aufschob. Schon Ende Mai hatte er die Zahlungsaufforderung erhalten. Er hatte also vier Wochen Zeit, den Betrag einzuzahlen und Beleg darüber dem Gericht zu übersenden. Wenn er alles das hinauszögerte bis zum Tage vor dem Ablaufe der Frist, so liegt hierin schon ein Mangel an Sorgsamkeit und Voraussicht, der ihm als einem über den Geschäftsbetrieb unterrichteten Anwalt als Fahrlässigkeit angerechnet werden muß. Gerade der Gang der Ereignisse beweist, daß, wenn sein Brief, der seinen Irrtum aufklärte, einen Tag eher im A.er Anwaltsbüro eingetroffen wäre, die Verjähmung nicht eingetreten wäre.

(Beschl. v. 7. Nov. 1930; III B 10/30. — Kiel.) [Sch.]

4. § 547 Ziff. 2 ZPO.; § 71 BGB. Wenn der beklagte Rechtsanwalt und Notar nur aus Dienst- oder Werkvertrag verurteilt ist, kann bei fehlender Revisionssumme die Zulässigkeit der Revision nicht damit begründet werden, daß der Berufungsrichter den § 839 BGB. durch Nichtanwendung verletzt habe. An der durch § 547 Ziff. 2 ZPO. für bestimmte Ansprüche gegebenen Vergünstigung nehmen andere mit diesen verbundene Ansprüche nicht teil. †)

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat der beklagte Nf. und Notar für den Kl. die Darlehenssumme von der Bank

Beschl. insoweit beigetreten werden, als er die Kontrolle der Frist auf einen so späten Zeitpunkt nicht als dem äußersten Maß von Sorgfalt entsprechend ansieht; man darf die Forderung aufstellen, daß die zur Fristenkontrolle verpflichtete Persönlichkeit — insbesondere vor allem als Parteibetreiber — für gewisse Zeitabschnitte während des Laufs der Frist, etwa zwei- oder dreimal, Kalendervormerkung betätigt oder veranlaßt. Dem entspricht in Anwaltskanzleien m. W. auch die Praxis.

FR. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

Zu 4. In letzter Zeit mehrten sich die Entsch. des RG. zu der Frage der Zulässigkeit von Rev. nach § 547 Nr. 2 ZPO. Der 3. Senat hat in Übereinstimmung mit dem 7. ZivSen.: RG. 101, 353 seine frühere, noch in RG. 95, 216 = JW. 1920, 378 vertretene Rechtsauffassung, daß das RevG. sämtliche Rechtsgründe selbstständig zu prüfen habe, im Ur. v. 15. Okt. 1929 (RG. 126, 29 = JW. 1930, 1925) dahin eingeschränkt, daß das RevG. diesen Rechtsatz nur dann befolgen dürfe, wenn es zulässigerweise mit der Sache befaßt sei. In obigem Ur. geht das RG. noch einen Schritt weiter. Es stellt den Satz auf, daß der erwähnte Rechtsatz hinter dem Gesichtspunkt zurücktreten müsse, daß § 547 Nr. 2 ZPO. ein Privilegium darstellt und daß das RevG. sich stets ausschließlich mit dem Anspruch zu befassen hat, für den nach dieser Bestimmung seine Zuständigkeit gegeben ist, daß es aber die anderen damit verbundenen rechtlichen Gesichtspunkte außer acht zu lassen

in Empfang genommen, verrechnet und den Rest an Kl. abgeführt. Bei der Verrechnung soll der Bekl., nach der Klagebehauptung, die verkehrserforderliche Sorgfalt außer acht gelassen und insolge dessen etwa 6300 RM zu wenig an den Kl. abgeführt haben; davon fordert Kl. mit der Klage einen Teilbetrag von 3000 RM. Der VerN. hat der Klage entsprochen. Für die hiergegen eingelegte Rev. des Bekl. ist mithin die Revisionssumme nicht erreicht. Die Rev. wäre demgemäß nur zulässig, soweit es sich um einen Anspruch handelte, für den das BG. ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig war (§ 547 Nr. 2 ZPO.). Der Beklagte beruft sich auf diese Vorschrift, insofern er bei der Ordnung der Angelegenheit als Notar tätig gewesen sein will.

Der VerN. glaubt nicht entscheiden zu müssen, ob der Bekl. in amtlicher Eigenschaft als Notar oder als Dienstverpflichteter i. S. des § 675 BGB. tätig geworden ist. Denn, so erwägt der VerN., die Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. spiele hier keine Rolle, weil Kl. bei A. keinen Ersatz finden könne. „Im übrigen“ nimmt der VerN. an, daß die Tätigkeit des Bekl. nicht mehr der Notarhaftung unterfalle; der Bekl. habe selbst zugegeben, daß seine Notartätigkeit in dem Augenblick beendet gewesen sei, als er die reinen Hypothekangelegenheiten erledigt hatte. — Ob eine Geschäftsbesorgung vorliege, bedürfe gleichfalls keiner ausdrücklichen Entscheidung; auch als (einfacher) Dienstverpflichteter hafte der Bekl. nur für Verschulden. — In dem Hauptstreitpunkt, nämlich ob die Bankprovision von 5½% der Darlehenssumme im inneren Verhältnis zwischen dem Kl. und A. von letzterem zu tragen war, tritt der VerN. dem Kl. bei. Demgemäß stellt er fest, daß der Bekl., indem er dieser Abrede nicht Rechnung trug, einen die Klagesumme übersteigenden Betrag an A. zu viel und folgerweise an Kl. zu wenig bezahlt habe. Weiter nimmt der VerN. auch an, daß dem Bekl. hierbei ein Verschulden zur Last falle. Endlich verneint der VerN., daß bei der Entstehung des Schadens ein eigenes Verschulden des Kl. mitgewirkt habe.

Wie diese Ausführungen des VerN. unzweideutig ergeben, hat er die Verurteilung des Bekl. nicht auf § 839 BGB., sondern lediglich auf die §§ 611 ff. und allenfalls § 675 verbunden mit § 276 BGB. gegründet. Es ist ohne Belang, daß sich der VerN. einer ausdrücklichen Entscheidung der Frage enthoben glaubt und daß er für die Ablehnung der Amtshaftung (§ 839 BGB.) keine nähere Begründung gibt. Fest steht jedenfalls, daß er eine Amtshaftung des Beklagten nicht angenommen hat, sondern die Verurteilung ausschließlich auf den Gesichtspunkt einer schuldhaften Verletzung privatrechtlicher Dienstvertragspflichten stützt. Daraus folgt die Unzulässigkeit der Rev. Denn daß der VerN. Amtshaftung verneint hat — gleichviel ob mit zulänglicher Begründung oder nicht —, beschwert den Kl. nicht; soweit aber der Bekl. verurteilt und damit beschwert ist, gebietet es an der Revisionssumme (vgl. Ur. v. 19. März 1929, III 279/28; Recht 1929 Nr. 1101).

Die Rev. rügt, daß der VerN. den § 839 BGB. durch

habe, falls die Revisionssumme nicht gegeben sei. Dieser rechtlichen Entwicklung ist nicht beizustimmen. Mag § 547 Nr. 2 ZPO. eine besondere rechtliche Vergünstigung gewähren, so folgt doch hieraus keineswegs, daß für derartige Rechtsstreitigkeiten der die ZPO. beherrschende und nach §§ 559, 563 auch für das RevGer. geltende Fundamentalsatz, daß der Richter den ihm unterbreiteten Tatbestand nach allen Gesichtspunkten zu prüfen habe, außer Kraft gesetzt werde, oder, wie das RG. sagt, zurückzutreten habe. Angenommen, das BG. habe einen Bekl. nach § 839 BGB. zu einer nicht revidiblen Summe verurteilt. Der Rechtsstreit wird nach § 547 Nr. 2 ZPO. zulässigerweise an das RevG. gebracht. Dieses gelangt zu der Ansicht, daß § 839 BGB. nicht zutrifft, daß aber der Bekl. auf Grund des festgestellten Tatbestandes aus anderen, bereits in der Klage geltend gemachten Rechtsgründen zu verurteilen sei. Nach dem im obigen Ur. entwickelten Grundsatz müßte das RevG., da es diese weiteren Gesichtspunkte mangels der Revisionssumme außer acht zu lassen hat, das Ur. aufheben und die nach seiner rechtlichen Ansicht durchaus begründete Klage abweisen. Daß dies nicht dem Geist der Prozeßordnung entspricht, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Obiges Ur. weist aber auch auf einen zu Zeit weit verbreiteten Krebschaden unserer Prozeßtaktik hin. Der Bekl. hatte dem Kl. nach dessen Ausführungen in der Klage einen Schaden von 6300 RM zugefügt. Kl. stellte aber die Klage nur auf einen Teilbetrag von 3000 RM. Das Motiv derartiger Teilklagen ist in den weitaus meisten Fällen der Versuch Kosten zu sparen. Es wurde schon

Nichtanwendung verlegt habe. Sie wendet sich gegen die oben wiedergegebene Erwägung, mit der der VerR. das mitwirkende eigene Verschulden des Kl. verneint hat. Sie weist, an sich richtig, darauf hin, daß Kl. gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. auch hätte darlegen müssen, daß er nicht eine früher gegebene Möglichkeit, sich bei R. zu erholen, versäumt habe. Unterstellt man zugunsten der Rev., daß diese Rüge begründet wäre, so ließe sich allerdings nicht in Zweifel ziehen, daß der Besl. durch die Nichtanwendung des § 839 BGB. beschwert wäre. Aber auch das kann nicht genügen, die Rev. zulässig zu machen. Denn mit der Rüge der Nichtanwendung des § 839 BGB. verfolgt Besl. selbstverständlich nicht das Ziel, nunmehr seine Verurteilung aus § 839 BGB. zu erreichen; er will vielmehr nur auf diesem Wege die Ausschließung des Dienstvertragsgegenseitigen Punktes erreichen. Die Rüge bringt also nur ein Element zur Bekämpfung des Vertragsgegenseitigen Punktes, der der Nachprüfung entzogen ist.

Auch der Hinweis auf RG. 95, 216¹⁾; 126, 29²⁾ vermag der Rev. nicht zum Erfolg zu verhelfen. Das Urteil RG. 126, 29 schlägt überhaupt nicht ein. Dieses Urteil verlangt ausdrücklich, daß das RevG. zulässigerweise mit der Rev. befaßt ist. Nach dem bisher Angeführten ist das nicht der Fall, da hinsichtlich des einen Klagegrundes keine Beschwerde des Besl., hinsichtlich des anderen die Revisionssumme nicht vorliegt. Zudem hat der Senat die in jenen Urteilen niedergelegte Rechtsauffassung inzwischen in den Ur. v. 9. Dez. 1930, III 332/29 und 429/29 (zum Abdruck in der amtl. Sammlung bestimmt) ausdrücklich aufgegeben. Nach wiederholter Prüfung der Rechtsfrage ist der Senat zu der Auffassung gekommen, daß die Vorschrift des § 547 Nr. 2 ZPO. für diejenigen Ansprüche, für die die LG. ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig sind, eine besondere Rechtsvergünstigung, ein Privilegium schafft, woran Ansprüche anderer Art auch nicht auf dem Umwege einer Verkopplung mit Ansprüchen der in § 547 Nr. 2 ZPO. bezeichneten Art teilnehmen sollen. Der aus §§ 559, 563 ZPO. abzuleitende Gesichtspunkt, daß der Richter, auch der Revisionsrichter, wenn einmal zulässigerweise mit einer Sache befaßt, diese nach allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen hat, muß hinter jenen Gesichtspunkt zurücktreten. In Fällen der hier in Rede stehenden Art hat sich das RevG. stets ausschließlich mit demjenigen Anspruch zu befassen, für den nach § 547 Nr. 2 ZPO. die Rev. gegeben ist; die anderen verbundenen rechtlichen Gesichtspunkte, die für sich allein nur bedingt revisionsfähig sind, hat es außer acht zu lassen.

(U. v. 23. Dez. 1930; 416/29 III. — Breslau.) [Sch.]

****5.** §§ 554 Abs. 3, 6, 560 ZPO. Ein Urteil des OLG., das nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist, kann vom RevG. erst dann für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, wenn in der Verhandlung vor dem RevG. keine das Urteil anfechtenden Anträge gestellt werden; dies ist auch nach Ablauf der Begründungsfrist und in der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. möglich.

Durch das Ur. des OLG. sind die Besl. zur Zahlung bestimmter Beträge verurteilt, weitergehende Klageansprüche sind abgewiesen worden.

Insofern hat der Kl. Rev. eingelegt. Die Besl. haben keine Rev. eingelegt, haben sich auch bisher der Rev. des Kl.

¹⁾ ZM. 1920, 378. ²⁾ ZM. 1930, 1925.

häufig mit Recht darauf hingewiesen, daß hierdurch in einer formell allerdings zulässigen Weise die Organe der Rechtspflege, in erster Linie auch der Justiziskus, um recht erhebliche Beträge an Kosten gebracht werden. Die Streitwertteilung kann aber auch für die Prozeßparteien sehr erhebliche materielle Nachteile haben. Abgesehen davon, daß der Besl., wenn er rechtskräftig zu dem eingeklagten Teil des Anspruchs verurteilt ist, zur Zahlung des nicht eingeklagten Betrags nicht gezwungen werden, sondern einen späteren Rechtsstreit mit der Folge der Prozeßverteuerung herbeiführen kann, ferner von der Möglichkeit, daß nicht eingeklagte Teilbeträge inzwischen verjährt sein können, zeigt obiges Ur., daß dem in der VerJust. Verurteilten die Möglichkeit der Rev. abgeschnitten und er somit um eine Instanz gebracht wurde, ein Mangel, den der Besl. trotz der erhobenen Teilklage durch Erhebung einer Inzident-Feststellungswiderklage nach § 280 ZPO. hätte abwenden können.

Geh. ZM. Dr. E. Dispeker, München.

nicht angeschlossen. Mindestens gegenüber einigen von ihnen ist die Revisionsbegründungsfrist, innerhalb deren sie sich hätten der Rev. anschließen können, schon abgelaufen. Andere Besl. sind in Konkurs verfallen. Wann das geschehen ist, steht noch nicht fest.

Bei dieser Sachlage hat der Kl. unter Berufung auf § 560 ZPO. den Antrag gestellt, das BU., soweit die Besl. verurteilt sind, nunmehr für unbedingt vorläufig vollstreckbar zu erklären. Der § 560 ZPO. trifft auf den vorliegenden Fall indessen nicht zu.

Wenn die Besl. gegen ihre Verurteilung unbeschränkt Rev. oder Anschlußrevision eingelegt hätten und wenn die von ihnen in der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. gestellten Anträge nicht die ganze Verurteilung anfechten würden, dann wäre der Kl. nach § 560 ZPO. in der Lage, in der mündlichen Verhandlung zu beantragen, daß das Urteil, soweit es seitens der Besl. unangefochten geblieben ist, unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärt werde. Der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ist noch nicht herangekommen. Der Kl. meint, daß die Fassung des § 560 ZPO. veraltet sei, und er findet den maßgebenden Zeitpunkt jetzt in dem Ablauf der Revisionsbegründungsfrist. Das ist nicht richtig. Nach § 554 Abs. 3 ZPO. muß die schriftliche RevBegr. zwar die Revisionsanträge und die Revisionsgründe enthalten, aber nach Abs. 6 das. ist nach dem Ablauf der Revisionsbegründungsfrist nur die Geltendmachung neuer Revisionsgründe nicht mehr zulässig. Neue und erweiterte Revisionsanträge können also auch noch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Deshalb wird das BU. des OLG., soweit es bei unbeschränkt eingelegter Rev. durch die Revisionsanträge zunächst unangefochten geblieben ist, auch nicht rechtskräftig, und deshalb wird dem RevBesl. die Möglichkeit gegeben, in der mündlichen Verhandlung einen Antrag nach § 560 ZPO. zu stellen. Der Antrag des Kl. ist also mindestens verfrüht, er ist aber auch sachlich unbegründet, denn die Besl., gegen welche das Verfahren noch läuft, haben ihre Verurteilung weder ganz noch teilweise angefochten. In einem solchen Fall wird mit dem Ablauf der Revisionsbegründungsfrist das Urteil, soweit es eine Verurteilung ausspricht, rechtskräftig. Ein rechtskräftiges Urteil kann nicht mehr für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. (Wechl. v. 11. Nov. 1930; 393/30 VII. — Stettin.) [Ku.]

(= RG. 130, 229.)

6. Der Notar hat die Amtspflicht, auf einer Urkunde, in der er eine Unterschriftsbeglaubigung nicht vornimmt, bei der Kostenberechnung seinen Namen und Stempel nicht so anzubringen, daß sie den Eindruck einer Unterschriftsbeglaubigung erwirkt. Der, dem eine solche Urkunde vorgelegt wird, hat eigene Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Prüfung, ob sie eine Beglaubigung enthält.

Auf Veranlassung des Kaufmanns H. entwarf der Besl. in seiner Eigenschaft als Notar am 17. Dez. 1928 eine privatschriftliche Urkunde, in der sich die Mutter des H. für einen Warenkredit ihres Sohnes bei dem Kl. bis zur Höhe von 5000 RM selbstschuldnerisch verbürgen und dem Kl. die Eintragung einer Sicherungshypothek in dieser Höhe auf ihrem Grundbesitz bewilligen sollte. Die von der Mutter zu vollziehende Unterschrift sollte der Besl. am selben Tage beglaubigen. H. versprach, zu diesem Zweck das Erscheinen seiner Mutter zu veranlassen. Er erschien am Abend nochmals, gab an, er habe seine Mutter noch nicht erreichen können, müsse aber noch in der Nacht nach H. fahren, um die Urkunde dort vorzulegen. Darauf erklärte sich der Besl., der für den Abend zu einer Gesellschaft geladen war, bereit, H. mit seiner Mutter später in der Wohnung des Gastgebers zu empfangen und dort die Beglaubigung vorzunehmen. Er datierte die Urkunde auf den 17. Dez. 1928, ließ den Raum für die Unterschrift der Witwe H. frei und setzte den Beglaubigungsvermerk mit dem gleichen Datum darunter, ohne ihn zu unterschreiben. Unter das Datum des Beglaubigungsvermerks setzte er in der Mitte den Abdruck seines Dienststempels. Rechts davon blieb Raum für seine Unterschrift; unter diesem Raum war seine Eigenschaft als Notar bereits vermerkt. Links neben der unteren Hälfte des Stempelabdrucks war die

„Kostenrechnung“ aufgestellt; sie gab den Wert 5000 *R.M.* an und lautete im übrigen:

„Gebühr §§ 32, 33 <i>PrO.</i> , § 5 <i>PrNotGebD.</i>	<i>R.M.</i> 22,—
Stempel Tarif 14 und 15	„ 13.50
	<i>R.M.</i> 35,50

Dr. R., Notar.“

Diese Kostenrechnung war vom Bekl. selbst so unterschrieben worden, daß der Namenszug gerade die beiden letzten Zahlenreihen mit der *R.M.*-Angabe bedeckte. Die Zahl 22 reichte in den oben erwähnten Stempelabdruck hinein, so daß auch die Unterschrift unter dem Stempelabdruck stand. Der Entwurf wurde auch oben mit der Nr. 131 des *NotReg.* 1928 und mit drei Stempelmarken versehen, die unter Verwendung des Notariatsstempels und eigenhändiger Eintragung des Namens des Bekl. vorschriftsgemäß entwertet wurden. Die soweit hergestellte Urkunde händigte der Bekl. dem *H.* aus, damit dessen Mutter sie in ihrer Wohnung unterschreibe, ihre Unterschrift a. a. D. vor ihm anerkenne und er dann die Beglaubigung darauf vollziehe. *H.* fälschte auf dem Schriftstück die Unterschrift seiner Mutter und übergab es dem *Kl.* Dieser lieferte ihm darauf Ware, da er die auf der Urkunde befindliche Unterschrift der Mutter als echt und von dem Bekl. beglaubigt ansah. Die vom *Kl.* gegen den Bekl. erhobene Schadenersatzklage ist vom *BerR.* für begründet erklärt. Auf die *Rev.* des Bekl. wurde wegen mitwirkenden Verschuldens des *Kl.* das *VU.* aufgehoben.

Das *VG.* nimmt in Übereinstimmung mit dem ersten Richter an, daß die von dem Bekl. hergestellte, dem *H.* ausgehändigte Urkunde bei einem Laien, ohne daß diesem der Vorwurf der Unaufmerksamkeit gemacht werden könne, den Eindruck habe erwecken können, daß sich auf ihr eine ordnungsmäßige notarielle Unterschriftsbeglaubigung befinde. Die Urkunde habe infolge der auf ihr befindlichen, durch Unterschrift (eigenhändige Namens eingetragen) und Stempel entwerteten Kostenmarken, des Vermerks der Nummer des Notariatsregisters, des Stempelabdrucks unter dem Beglaubigungsvermerk und der darunter, auf der Mitte des Schriftstücks befindlichen großzügigen Unterschrift des Notars, also dem Gesamteindruck nach, diesen Irrtum ermöglicht. Daß die an auffälliger Stelle, auf der Mitte der Urkunde befindliche Unterschrift nur die Kostenrechnung und nicht den Beglaubigungsvermerk habe decken sollen, sei für einen Laien, auch wenn es sich um einen *H.*er Großkaufmann handelte, nicht erkennbar gewesen. Die Notwendigkeit der selbständigen Unterschrift unter der Kostenrechnung des Notars sei Laien regelmäßig unbekannt. Ein Laie werde daher auf den Gedanken, daß die Unterschrift des Notars nicht den ganzen Inhalt der Urkunde, sondern nur die Kostenrechnung decken solle, nur dann kommen können, wenn die Stellung der Unterschrift dies ohne weiteres eindeutig ergebe. Im vorliegenden Falle aber weise die äußerliche Stellung der Unterschrift gerade auf das Gegenteil hin. Daraus, daß sich neben der Unterschrift nochmals die Bezeichnung „Notar“ befinde und die Unterschrift unter und nicht neben dem Stempel stehe, brauche ein Nichtjurist keine weitgehenden Folgerungen zu ziehen. Soweit dem *Kl.* solche Einzelheiten überhaupt aufgefallen seien, was regelmäßig nicht zu erwarten gewesen sei, hätten sie als materiell unerhebliche Nachlässigkeiten in der äußeren Form angesehen werden können. Der Bekl. habe seine Amtspflicht dadurch verletzt, daß er diese Urkunde in dieser Form ausgehändigte und damit ihre mißbräuchliche Benutzung ermöglicht habe. Ein Mitverschulden sei dem *Kl.* nicht zur Last zu legen. Die *Rev.* greift die Würdigung an, die der *BerR.* der Urkunde hat zuteil werden lassen. Sie führt aus, bei genügender Aufmerksamkeit habe dem *Kl.* die Unvollständigkeit der Urkunde, also das Fehlen der Unterschrift des Notars unter dem Beglaubigungsvermerk selbst nicht entgehen können. Mit einer ungenügenden Prüfung der Urkunde in dieser Richtung habe der beklagte Notar nicht zu rechnen brauchen, insoweit dessen entfallen sein Verschulden. Dem kann nicht beigeprägt werden. Wenn der *BerR.* an der Hand der von ihm besonders hervorgehobenen Merkmale zu der Überzeugung gelangt ist, daß die fragliche Urkunde auf den Laien wegen ihrer besonderen Beschaffenheit den Eindruck einer notariell beglaubigten Urkunde habe machen können und auf den *Kl.* gemacht habe, so beruht das auf einer

tatrichterlichen Würdigung, die einen Rechtsverstoß nicht erkennen läßt. Zwar ist es richtig, daß der Notar nur die Kostenrechnung unterschrieben hat. Er hatte nach §§ 32, 33 *PrO.* für den von ihm gefertigten Entwurf der einseitigen Verpflichtungserklärungen der Mutter des *H.* die berechnete Gebühr auch dann zu fordern, wenn die Beglaubigung der Unterschrift unterblieb, und konnte nach § 9 *PrNotGebD.* eine weitere Gebühr auch dann nicht fordern, wenn die Mutter des *H.* vor ihm die Urkunde unterschrieb oder ihre etwa vorher darunter gesetzte Unterschrift anerkannte und er die Beglaubigung vollzog. Es war also nichts dagegen einzuwenden, wenn er die Kostenrechnung bereits auf der Urkunde gemäß § 24 *PrNotGebD.* entwarf und sie unterschrieb. Aber er mußte dabei vermeiden, daß seine Unterschrift bei unbefangener Betrachtung als Unterzeichnung des Beglaubigungsvermerks aufgefaßt werden konnte. Das hat er nach der nicht zu beanstandenden Feststellung des *BerR.* nicht getan und den Eindruck der Vollziehung des Beglaubigungsvermerks noch dadurch verstärkt, daß er den Abdruck seines Dienststempels unmittelbar unter den Beglaubigungsvermerk zwischen diesen und seiner Unterschrift setzte. Daß damit der Eindruck der Vollziehung des Beglaubigungsvermerks erweckt werden konnte, hätte er sich nach der einwandfreien Feststellung des *VG.* bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt sagen müssen, desgleichen, daß die Möglichkeit des Mißbrauchs der Urkunde unter diesen Umständen nicht von der Hand zu weisen war. Wenn der *BerR.* angenommen hat, daß der Bekl. durch diese Art der Herstellung der Urkunde und ihre Ausgehändigung gegenüber dem *Kl.* seine Amtspflicht verletzt habe, so ist das nicht zu beanstanden (vgl. 78, 245f.); auch 81, 131²⁾). Der *Kl.*, für den durch die Urkunde Rechte begründet werden sollten, durfte sich auf die Zuverlässigkeit des Bekl. bei der Vornahme seiner Amtshandlungen verlassen. Ihm gegenüber war der Bekl. verpflichtet, die so beschaffene unvollständige Urkunde nicht aus der Hand zu geben und zu verhindern, daß sie durch die unbefugte Einfügung des Namens der Frau *H.* gefälscht und dann dem *Kl.* vorgelegt wurde. Diese Pflicht lag ihm vermöge seines Amtes um deswillen ob, weil er der Urkunde eine solche Form gegeben hatte, die bei Einfügung des Namens der Frau *H.* ohne weiteres den Anschein erweckte, als sei deren Unterschrift von ihm beglaubigt worden. Daß dieser Eindruck beim *Kl.* durch die Vorlegung des Schriftstücks erweckt worden ist, er mit Rücksicht darauf dessen Inhalt für echt und für beglaubigt angesehen und sich zur Geldhergabe veranlaßt gesehen hat, hat der *BerR.* einwandfrei festgestellt. Der Bekl. hätte diese Möglichkeit in Betracht ziehen und danach handeln müssen. Er hat durch die Herausgabe des Urkundenentwurfs seine Amtspflicht verletzt und den Schaden verursacht. Dafür muß er aufkommen.

Ein beachtliches Mitverschulden des *Kl.* hat der *BerR.* verneint. Das wird mit Recht von der *Rev.* beanstandet. Der *Kl.* war ein *H.*er Großkaufmann. Daß nun beabsichtigt gewesen war, eine zweite Unterschrift des Notars auf die Urkunde zu setzen, diese aber unterblieben ist, darauf weist der zweite neben der Kostenrechnung befindliche, aber von ihr durch einen Zwischenraum getrennte Vermerk „Notar“ sowie der über diesem Vermerk neben dem Amtsstempel freigelassene Raum ohne weiteres hin. Einem sorgfältigen Kaufmann hätte bei Anwendung der von ihm zu fordernden Sorgfalt (§ 347 *HGB.*) dies nicht entgehen können. Dann aber hätte er immerhin Zweifel daran hegen müssen, ob die Unterschrift des Bekl. sich nicht doch nur auf die Kostenrechnung und nicht auf den Beglaubigungsvermerk bezog. Stellte er diese Zweifel zurück, hielt er die Auslassungen, wie der *BerR.* als möglich unterstellt, für materiell unerhebliche Nachlässigkeiten in der äußeren Form, so handelte er fahrlässig. Er hätte mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Unvollständigkeit der Urkunde dieserhalb nötigenfalls telefonisch bei dem Notar anfragen müssen, ehe er auf Grund der Urkunde dem *H.* Kredit einräumte. Hiernach ist die gänzliche Freistellung des *Kl.* von einem ursächlichen Mitverschulden für den ihm entstandenen Schaden nicht zu billigen, wenngleich wegen der außerordentlich gefährvollen Gestaltung des Schriftstücks durch den Bekl. dessen Verschulden

¹⁾ *ZW.* 1912, 349. ²⁾ *ZW.* 1913, 329.

als überwiegend anzusehen ist. Wie das Mitverschulden des Kl. gegen das des Bekl. des näheren gemäß § 254 BGB. abzuwägen ist, muß tatrichterlicher Würdigung überlassen bleiben.

(U. v. 21. Nov. 1930; 47/30 III. — Celle.) [Sch.]

7. § 839 BGB.; §§ 15, 18 GBD. Notars-haftung.

1. Wenn der Notar von der ihm durch § 15 GBD. gegebenen Antragsbefugnis — eine Verpflichtung liegt nicht vor — Gebrauch macht, nimmt er eine Amtshandlung vor.

2. Bei ungewissem Erfolg des Vorgehens des Geschädigten gegen den eigentlichen Schuldner, genügt der Geschädigte seiner Pflicht, den Schaden abzuwenden, wenn er seinen Ersatzanspruch dem Beamten zur eigenen Einziehung anbietet. Die seit der Klagerhebung gegen den Beamten eingetretene Besserung in den Vermögensverhältnissen des Schuldners ist für die Pflicht der Schadensabwendung unbeachtlich.

3. Sorgfaltspflicht des Notars bei der rechtzeitigen Beschaffung der Grunderwerbsteuerbescheinigung. Handelt es sich bei dem Erwerber des Grundstücks um die zur Ausstellung der Bescheinigung selbst zuständige Gemeinde, so darf der Notar sich darauf verlassen, daß diese ohne weitere Erinnerung seinerseits mit möglichster Beschleunigung für die Beschaffung der Bescheinigung Sorge trägt. †)

Der Klageanspruch setzt nach § 839 BGB. voraus, daß der Bekl., dem Vorsatz unstreitig nicht zur Last fällt, eine ihm der Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht fahrlässig verletzt hat, daß der Kl. dadurch ein Schaden entstanden ist und daß sie nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Gleichwohl würde die Ersatzpflicht nicht eintreten, wenn die Kl. schuldhaft unterlassen haben sollte, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Mit Recht geht das BG. davon aus, daß der beklagte Notar nach § 15 GBD. zwar nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt war, die Auflassungsurkunde zwecks Eintragung beim Gericht einzureichen und daß er, wenn er von seiner gesetzlichen Antragsbefugnis Gebrauch macht, eine Amtshandlung vornimmt und demzufolge auch die Amtspflicht zu sorgfältiger, namentlich auch rechtzeitiger Vornahme der Amtshandlung hat.

Die Entstehung des Schadens ist nicht streitig.

Die Ausführungen des BG., mit denen es die Möglichkeit anderweiter Schadensersatzverlangung verneint, beruhen im wesentlichen auf tatsächlichen Erwägungen und sind rechtlich nicht zu beanstanden. Das BG. stellt fest, daß M. zur Zeit der Entstehung des Schadens vermögenslos war.

Zu 7. Die Entsch., daß dem bekl. Notar kein Versehen trifft und deshalb die Klage abzuweisen war, ist zutreffend. Dagegen kann der Begründung nicht in allen Punkten zugestimmt werden. Mit Recht geht sowohl das OLG. wie das RG. davon aus, daß der bekl. Notar nach § 15 GBD. nicht verpflichtet war, die Auflassungsurkunde zwecks Eintragung beim Gericht einzureichen.

Bezüglich der Grunderwerbsteuerbescheinigung ist der Notar nur verpflichtet, die Beteiligten darüber zu belehren, daß die Eintragung im Grundbuche erst nach Beibringung der Bescheinigung gem. § 24 GrEwStG. bewirkt wird, und hat die fernere Verpflichtung, die Veräußerungsanzeige binnen 14 Tagen bei der zuständigen Finanzbehörde zu machen (vgl. Oberneck, Notariatsrecht, 8.—10. Aufl., S. 73).

Die Festsetzung der Höhe der Grunderwerbsteuer, die Beibringung derselben und die Ausstellung der für das GBA. nötigen Bescheinigung ist lediglich Sache der Finanzbehörde. Der Notar hat hierauf gar keinen Einfluß.

Es kann ihm deshalb auch nicht die Verpflichtung auferlegt werden, die Beschaffung der Bescheinigung zu übernehmen.

Hätte aber der Notar weder die Verpflichtung, die Grunderwerbsteuerbescheinigung zu beschaffen noch die Verpflichtung, die Urkunden beim Gericht einzureichen, dann konnte er auch, wie Weißler und Oberneck im obigen Notariatsrecht S. 145 bemerken, in bezug darauf keine Fahrlässigkeit begehen.

Dem Notar hätte auch dann kein Versehen getroffen, wenn

Die Behauptung, er habe später, seitdem er eine Pachtung in B. angetreten habe, über Mittel verfügt, die Kl. habe es aber schuldhaft veräußert, die sich daraus ergebende Befriedigungsmöglichkeit zu verwirklichen, erachtet das BG. für nicht schlüssig. Es führt hierzu aus, die Kl. habe, wenn und soweit sie vom Bekl. Schadensersatz zu fordern habe, den Anspruch auf alsbaldige Erstattung und brauche sich nicht auf eine Möglichkeit des Ersatzes verweisen zu lassen, die an sich unsicher sei und erst in der Zukunft zu ihrer Befriedigung führen solle. Daß die Kl. in der Zeit vom Pachtbeginn bis zur Geltendmachung ihres Anspruchs, also bis zu der Ende Januar 1928 erfolgten Klagerhebung, Befriedigung von M. nicht habe erlangen können, ergebe sich ohne weiteres aus der damals erst kurz laufenden und erfahrungsgemäß mit hohen Ausgaben verbundenen, also wenig oder gar nicht einträglichen Anfangszeit der Pachtung, die bestenfalls eine der Kl. nicht zumutbare umständliche Abtragung der Schuld in unregelmäßigen und verhältnismäßig sehr kleinen Raten ermöglicht haben würde. Die seit Klagerhebung in den Vermögensverhältnissen des M. vielleicht eingetretene Besserung sei aber rechtlich unbeachtlich. Diesen Ausführungen des BG. ist beizutreten. Wenn der Geschädigte sich einem Schuldner gegenüber sieht, der nach völligem wirtschaftlichen Zusammenbruch durch eine Pachtung mit ungleichmäßigen und unsicheren Erträgen wirtschaftlich sich wieder zu erholen beginnt, kann ihm nicht zugemutet werden, mit Zwangsmaßnahmen vorzugehen, deren ungewisser Erfolg bestenfalls nur in unregelmäßigen und verhältnismäßig sehr kleinen Raten bestehen würde. Ihrer Pflicht, den Schaden nach Möglichkeit abzuwenden oder zu mindern (§ 254 BGB.), genügt die Kl. unter diesen Umständen, wenn sie dem Bekl. gegen Erstattung ihres Schadens die Abtretung ihres Ersatzanspruches gegen M. zur eigenen Einziehung anbietet. Ebenso ist dem BG. in seiner weiteren Erwägung beizutreten, daß die seit Klagerhebung in den Verhältnissen des M. vielleicht eingetretene Besserung rechtlich unbeachtlich ist (RG. 100, 29). Auch insoweit trifft der Gesichtspunkt zu, daß die Kl. ihrer Verpflichtung, den Schaden nach Möglichkeit abzuwenden oder zu mindern, durch das Angebot der Abtretung ihrer eigenen Forderung gegen M. hinreichend genügt hat.

Was das Verschulden des Bekl. angeht, so erwägt das BG. zunächst, daß dem Bekl. daraus, daß er den Eintragungsantrag nicht alsbald, noch vor Eingang der Grunderwerbsteuerbescheinigung beim Grundbuchamt eingereicht habe, ein Vorwurf nicht zu machen sei. Dieser Erwägung ist beizutreten. Allerdings kann das Grundbuchamt nach § 18 GBD., wenn der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, dem Antragsteller, anstatt seinen Antrag sogleich zurückzuweisen, eine angemessene Frist zur Behebung des Hindernisses setzen, und der Antragsteller erlangt in solchem Falle den Vorteil, daß er den in der Zwischenzeit eingehenden Eintragungsanträgen von dritter Seite vorgeht. Zu der Zeit, als der Bekl. tätig wurde, stand die Rspr. aber auf dem

der Vertreter der Kl. nicht der in Grundstücksgeschäften bewanderte Stadtamtmann Blanch gewesen wäre.

Dieser Fall zeigt, daß die Bestimmung, wonach die Eintragung im Grundbuche erst nach Beibringung der Bescheinigung gem. § 24 GrEwStG. bewirkt werden darf, für den Verkehr äußerst nachteilig ist, zumal zur Bezahlung der Grunderwerbsteuer ein ganzes Jahr Frist gewährt werden kann. Es bleibt dann die Berichtigung des Grundbuchs so lange in der Schwebe, und es können Zwangseintragungen und Zwangsversteigerungen gegen den bisherigen Eigentümer vorgenommen werden.

Den in der Entsch. aufgestellten Grundsätzen, daß:

1. der Notar, wenn er von der ihm durch § 15 GBD. gegebenen Antragsbefugnis Gebrauch macht, eine Amtshandlung vornimmt, und
2. daß bei ungewissem Erfolg des Vorgehens des Geschädigten gegen den eigentlichen Schuldner der Geschädigte seiner Pflicht genügt, den Schaden abzuwenden, wenn er seinen Ersatzanspruch dem Beamten zur eigenen Einziehung anbietet;
3. daß die seit der Klagerhebung gegen den Beamten eingetretene Besserung in den Vermögensverhältnissen des Schuldners für die Pflicht der Schadensabwendung unbeachtlich ist, kann nur zugestimmt werden.

Begrüßt muß es werden, daß das RG. die Rspr. des OLG. bezüglich der Zwischenverfügung gem. § 18 GBD. nicht billigt.

Geh. RR. Dr. Eize, Halle a. d. S.

— erst in RG. 126, 107¹⁾ aufgegebenen — Standpunkte, daß in allen Fällen, die zum Erlaß einer solchen Zwischenverfügung als geeignet befunden werden sollen, der Mangel des Antrags auf Rechtsunkenntnis oder auf abweichender Rechtsauffassung oder auf Nachlässigkeit und dergleichen beruhen müsse und daß der Fall der Zwischenverfügung dann nicht gegeben sei, wenn der Antragsteller in Kenntnis des Mangels den Antrag zu dem Zwecke stelle, um sich einen besseren Rang zu sichern (Gütke-Triebel, GBD., 5. Aufl., Anm. 20 zu § 18 S. 369). Aus diesem Grunde wurde zu der hier in Betracht kommenden Zeit, in der Stellung eines Eintragungsantrages vor Beschaffung der Grunderwerbsteuerbescheinigung die bewusste Anbringung eines mangelhaften Antrages erblickt, der Erlaß einer Zwischenverfügung also verjagt (vgl. auch Gütke-Triebel a. a. O.; RG. vom 7. Juni 1923, 1 X 188; DVGMrpr. 43, 178 Anm. 1).

Es kommt also darauf an, ob der Bekl. den Antrag auf Eintragung nach Eingang der Grunderwerbsteuerbescheinigung schuldhaft zu lange hat liegen lassen oder ob ihn ein Amtsverschulden an der verspäteten Beschaffung der Bescheinigung trifft. Das BG. hat eine Feststellung dahin, daß die Grunderwerbsteuerbescheinigung rechtzeitig beim Bekl. eingegangen sei, nicht getroffen, mißt ihm aber ein Verschulden an der verspäteten Beschaffung der Bescheinigung bei. In dieser Hinsicht führt es folgendes aus. Wie die Notariatshandakten des Bekl. zeigten, habe der Bekl. nach der Auflassung die Vorgänge erst wieder am 15. Dez. 1926 aus Anlaß der Unterzeichnung des Eintragungsantrages zu Gesicht bekommen. Eine solche Amtsführung in dieser ihm als wichtig und besonders eilbedürftig bekannten Sache habe den für die Wahrnehmung fremder Interessen gebotenen Sorgfaltpflichten in keiner Weise entsprochen, zumal der Bekl. nicht einmal zu behaupten vermöge, sein Büropersonal habe die selbständige weitere Bearbeitung der Sache unter Verstoß gegen ein ausdrückliches allgemeines Verbot besorgt und ihn die Bearbeitung eigenmächtig aus der Hand genommen. Aber den beschleunigten Fortgang der Sache zu machen, sei seine Amtspflicht gewesen. Die Maßnahmen seiner Gehilfen könnten ihn von seiner Amtshaftung jedenfalls dann nicht befreien, wenn er bei pflichtgemäß persönlich ausgeführter Überwachungstätigkeit wirkungsvollere und den schnellen Erfolg verbürgende Maßnahmen getroffen haben würde, oder doch hätte treffen müssen. So liege der Fall aber hier. Denn bei persönlicher Bearbeitung der Angelegenheit hätte er sich nicht damit begnügen dürfen, erst am 2. Dez. 1926 etwas wegen des Einganges der Bescheinigung zu veranlassen und einer fernmündlichen Rückfrage beim Magistrat altermäßig und noch dazu ohne Kenntlichmachung der Dringlichkeit zu verfügen. So sei es durch die unzureichenden Maßnahmen des Bekl. erst am 6. Dez. 1926 zu einem einschlägigen sachlichen Ferngespräch gekommen. Dagegen würde der Bekl. bei persönlicher Überwachungstätigkeit sich habe sagen müssen und auch gesagt haben, daß zur Beschaffung und Weibringung der von der klagenden Gemeinde selbst anzustellenden Bescheinigung über die Grunderwerbsteuer acht Tage völlig ausreichen, er würde mithin am 13. Nov. 1926 die entsprechende Frist verjagt und am 22. Nov. 1926, als er aus dem Nichteingange der Bescheinigung auf eine Säumnis der Kl. oder auf eine Stockung ihres Geschäftsganges schließen mußte, ebenso pflichtgemäß die sofortige schriftliche Erinnerung der Kl. unter gleichzeitiger kurzfristiger Kontrollverfügung veranlaßt haben. Überhaupt sei es erfahrungsgemäß von ganz anderer Wirkung, wenn der Notar selbst, möglichst beim Magistratsbezernenten, die Beschleunigung der Sache betreibe, als wenn von Büro zu Büro verhandelt werde. Bei so gehandhabter Amtsführung hätte der Bekl. noch im November 1926 die Grunderwerbsteuerbescheinigung überreicht erhalten müssen, mithin den Eintragungsantrag rechtzeitig stellen und den Schaden vermeiden können und müssen. Daß er die in Rede stehende Amtspflicht gegenüber einem rechtskundig beratenen großstädtischen Gemeinwesen zu betätigen hatte, vermöge seine oben umschriebene Sorgfaltpflicht in Art und Ausmaß in keiner Weise einzuschränken.

In diesen Ausführungen des BG. liegt eine Über-

spannung an, die von dem beklagten Notar zu stellenden Sorgfaltsanforderungen. Das BG. berücksichtigt nicht hinreichend, daß der Stadtamtman B., der die notarielle Auflassungserklärung entgegengenommen hatte, ein erfahrener Beamter war, der ständig in derartigen Grundstücksangelegenheiten für die klagende Stadtgemeinde tätig war und daher über die Bedeutung der Beschaffung einer Grunderwerbsteuerbescheinigung durchaus Bescheid wußte, und daß für die Ausstellung der Bescheinigung die klagende Stadtgemeinde selbst, wenn auch in einer anderen Abteilung, zuständig war. Wenn der beklagte Notar sich unter diesen Umständen darauf verließ, daß der Vertreter der Stadt ohne weitere Erinnerung mit jeder gebotenen und möglichen Beschleunigung für die Beschaffung der Bescheinigung Sorge tragen werde, so ist hierin ein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht zu erblicken. Es entfällt daher die Klagevoraussetzung einer den Bekl. treffenden Fahrlässigkeit, und die Klage unterliegt der Abweisung, ohne daß es noch darauf ankommt, ob die Kl. nicht in erster Linie auf die Ersatzansprüche gegen ihre schuldigen Beamten zu verweisen ist, bevor sie sich an den nur subsidiär haftenden beklagten Notar halten kann.

(U. v. 7. Okt. 1930; 22/30 III. — Königsberg.) [Sch.]

II. Materielles Recht.

8. § 839 BGB. Rechtsirriges Verhalten der Grundbuchbeamten ist keine Fahrlässigkeit, wenn der Irrtum durch ungewöhnliche rechtliche Schwierigkeiten herbeigeführt ist.†)

Für die Kl. stand zur Sicherung aller ihrer Forderungen aus Kreditgewährung an die Firma R. & B. in S. eine Gesamthypothek zum Höchstbetrage von 15 000 RM auf den Grundstücken S. Nr. 120 und Nr. 543 eingetragen. Jenes stand im Eigentum der Luise B., die Prokuristin der Firma war, dieses im Eigentum des Inhabers der Firma, Albert R. Die Kl. hatte gegen die Firma außerdem noch ungesicherte Forderungen, erwirkte wegen eines Teilbetrages derselben ein Versäumnisurteil und ließ bei ihr ein Quantum Wein im Schätzungswerte von 1200 RM pfänden, gewährte aber mehrmals Ausstand. Luise B. machte der Kl. den Vorschlag, die gepfändeten Sachen freizugeben und durch Umwandlung der bestehenden Hypothek eine andere Sicherheit zu nehmen. Die Kl. ging darauf ein, und am 6. April 1926 wurde nach Rücksprache mit dem Grundbuchführer, der gleichzeitig Vorstandsmitglied der Kl. war, folgende Urkunde dem Grundbuchamt überreicht, die von Luise B. und namens der Kl. von deren Vorstandsmitgliedern R. und L. unterzeichnet war:

„Im Grundbuch von S. Nr. 120 ist in Abteilung III Nr. 6 eine Sicherungshypothek von 15 000 RM für die Vereinsbank zu S. eingetragen. Diese Hypothek wird in Höhe von 7500 RM mit gleichem Rang in eine mit 5% jährlich verzinsliche Darlehnshypothek für dieselbe Gläubigerin für ein in gleicher Höhe gegebenes Darlehn umgewandelt. Die Erteilung eines Hypothekenbriefes soll ausgeschlossen sein. Ich, die eingetragene Eigentümerin, bewillige und beantrage gleichzeitig die Löschung der restlichen 7500 RM Sicherungshypothek. Die Vertreter der Gläubigerin bewilligen vorstehende Umschreibung und Löschung der restlichen 7500 RM.“

Die Absicht der Beteiligten war hierbei, die 15 000 RM Höchstbetragshypothek auf Nr. 543 stehen zu lassen und getrennt davon die Eintragung auf Nr. 120 zur Sicherung der bisher teils ungesicherten, teils nur durch das Pfändungspfandrecht gesicherten Forderung, die auf 7500 RM angenommen wurde, zu verwenden. L. äußerte zunächst wegen der Zulässigkeit dieses Verfahrens Bedenken und wandte sich

Zu 8. Der etwas verwickelte Tatbestand ist in dem Urteil genau angegeben. Die zu entscheidende Frage, ob dem Grundbuchbeamten die Verletzung seiner Amtspflichten vorzuerwerfen sei, bezieht sich darauf, daß er entsprechend dem Antrag der Eigentümerin und des Gläubigers die Gesamthypothek auf dem zweiten der belasteten Grundstücke bestehen ließ und auf dem ersten Grundstück die zum halben Forderungsbetrage gelöschte Gesamthypothek in eine Darlehenshypothek umgewandelt und eingetragen hatte.

Die Zweifel erstrecken sich zuerst darauf, ob es zulässig war, den Teil der Gesamtbefastung, der auf dem ersten Grundstück stehen bleiben sollte, in eine Einzelhypothek umzuwandeln. Nach § 1132 darf der Gläubiger den Forderungsbetrag und damit die bisherige Gesamtbefastung auf die mitverhafteten Grundstücke nach Belieben

1) ZB. 1930, 267.

an den Rechtspfleger S., der die Eintragung zu bearbeiten hatte. Da dieser seine Bedenken nicht teilte, wurde die Urkunde aufgesetzt. S. erledigte den Antrag später in der Weise, daß er auf Nr. 120 den Betrag von 7500 RM löschte, bei dem Restbetrage von 7500 RM die Umwandlung in eine Darlehenshypothek und auf beiden Grundbuchblättern das Erlöschen der Mithaft eintrug. Die Eintragungen geschahen sämtlich am 30. Mai 1926 unter Gegenzeichnung des L. Schon am 25. April 1926 hatte R. namens der Kl. die Pfandstücke freigegeben, nachdem ihm L. gesagt hatte, die Eintragung sei wegen Arbeitsüberhäufung noch nicht erfolgt, werde aber erfolgen, weil sie verfügt worden sei. Tatsächlich wurde sie erst am 15. Mai 1926 verfügt.

Durch diese Eintragungen fühlte sich der nachfolgende Hypothekengläubiger Dr. Sch. beschwert, der auf beiden Grundstücken eine Gesamthypothek von 5000 RM hinter derjenigen der Kl. stehen hatte. Er betrieb die Löschung der für die Kl. auf Bl. 543 stehengebliebenen Hypothek von 15 000 RM mit der Begründung, daß sie durch die Veränderungen auf Bl. 120 erloschen sei. Das O.G., V.G. und R.G. lehnten diese Auffassung ab. Das R.G. (Beschl. v. 10. Febr. 1927: ZfG. 4, 412) sprach sich über die Rechtslage dahin aus, daß die Löschung der 7500 RM zulässig, die Umwandlung der übrigen 7500 RM wegen Einheitlichkeit der Gesamthypothek inhaltlich unzulässig und nach § 54 G.B.O. zu behandeln, die Höchsthypothek auf Bl. 543 aber durch alles das nicht erloschen sei. Das Grundbuchamt löschte darauf am 28. April 1927 auf Bl. 120 die noch übrigen 7500 RM von Amts wegen wegen unzulässiger Eintragung. Inzwischen hatte die Firma R. & B. den freigegebenen Wein veräußert. Ihr Inhaber hat den Offenbarungseid geleistet.

Auf Grund dieses Sachverhalts verlangt die Kl. vom Bekl. Schadenersatz, weil sie durch fahrlässig unrichtige Auskunft des Grundbuchamts zur Freigabe des Weines veranlaßt worden sei.

Alle Instanzen haben die Klage abgewiesen.

Während das O.G. die Klage wegen eigenen Verschuldens

verteilen, so daß jedes einzelne Grundstück nur noch für den ihm zugeteilten Betrag haftet. Durch solche Teilung wird die einheitliche Forderung in selbständige Teilforderungen zerlegt, deren jede nur durch eine selbständige Einzelhypothek gesichert ist (so R.G. 113, 233 = ZfB. 1926, 2429 und RZG. 51, 288). Das vorliegende Urteil zeigt, daß die Entsch. hierüber keineswegs so einfach war. Es mußte erst klar herausgestellt werden, daß Verteilen i. S. des § 1132 II die Spaltung in Einzelforderungen und damit die Bildung von selbständigen Einzelhypotheken bedeutet. Der Antrag auf Löschung der Belastung auf dem ersten Grundstück enthielt einen Verzicht i. S. des § 1175 I 2; er durfte auch auf einen Teilbetrag beschränkt werden. Auch hierin liegt ein Verteilen.

Von dieser Grundauffassung aus, wonach das Hauptziel auf die Schaffung der Darlehenshypothek gerichtet war, ist zu prüfen, ob die ursprüngliche Belastung von 15 000 RM auf dem zweiten Grundstück noch als Gesamthypothek bestehen bleiben durfte, nachdem die Gesamthypothek auf dem ersten Grundstück in eine Einzelbelastung von 7500 RM umgewandelt worden war. Das R.G. hat sich in dem vorausgegangenen Beschwerdeverfahren für den rechtlichen Fortbestand mit eindrucksvoller Begründung ausgesprochen (ZfG. 4, 412). Das R.G. hat in dem vorliegenden Urteil dagegen keinen Widerspruch erklärt. Und doch dürfte wohl die Meinung berechtigt sein, daß die „Verteilung“ auch diese Gesamthypothek ergreifen mußte mit dem Ergebnisse: auf jedem der beiden Grundstücke lasten nunmehr Einzelhypotheken von je 7500 RM. Trifft das zu, dann besteht kein Bedenken, daß die Teilbelastung, die auf dem ersten Grundstück bestehen bleiben sollte, in eine selbständige Darlehenshypothek umgewandelt werden durfte. Dem steht die allseitig anerkannte Lehre, wonach die einzelnen Glieder einer Gesamthypothek im Rechtsbau nicht verschiedenartig gestaltet werden dürfen, nicht entgegen; denn nach der Verteilung bestand keine Gesamthypothek mehr. Jede Einzelhypothek konnte nunmehr ihren eigenen Weg gehen. Daß dieses Ergebnis, wie das R.G. scharf hervorhebt, anders ausfallen könnte oder mußte, weil hinter der ersten noch eine zweite Gesamthypothek eingetragen war, leuchtet ohne weiteres nicht ein; auch dieser nachgetragene ist dem freien Gestaltungsrechte des Vordermannes nach § 1132 preisgegeben.

Die Gerichte treten an die Rechtslage aber von dem entgegengesetzten Standpunkte heran. Nach dem R.G. bezweckte der Antrag der Eigentümerin primär und in der Hauptsache: die Gesamtbelastung mit 15 000 RM sollte auf dem zweiten Grundstück stehen bleiben, und daneben sollte in zweiter Linie eine Einzelbelastung von 7500 RM als Darlehenshypothek geschaffen werden. Eine derartige Umgestaltung der Hypotheken würde in der Tat eine inhaltlich unzulässige Verwiel-

der Kl. abgewiesen hat, da sie es verabsäumt habe, den Rat eines Juristen einzuholen, nimmt das O.G. einen entschuldbaren Rechtsirrtum des Rechtspflegers und des anscheinend von ihm um Rat befragten Grundbuchrichters an und verneint deshalb das Vorliegen einer Fahrlässigkeit. Ob überhaupt eine amtliche Rechtsauskunft erteilt und ob sie für den Schaden der Kl. ursächlich gewesen ist, läßt das O.G. dahingestellt. Es meint jedoch, daß die verfrühte Auskunft des L., die Eintragung sei schon verfügt, zwar fahrlässig gewesen sei, aber den Schaden nicht verursacht habe, da die Eintragung tatsächlich verfügt worden sei und die Kl. die Pfandstücke auch bei richtiger Auskunft freigegeben hätte, wenn auch später.

Die Rev. erachtet es für gerechtfertigt, daß das O.G. für das Maß der erforderlichen Sorgfalt keinen Unterschied zwischen Rechtspflegern und Richtern mache, beanstandet aber, daß das O.G. eine Verletzung der Sorgfaltspflicht nur annehmen wolle, wenn die Beamten „zu ihrer Ansicht durch eine offenbar unrichtige Gesetzesauslegung gekommen wären und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der ihnen zur Verfügung stehenden Komm. die Unrichtigkeit ihrer Ansicht hätten erkennen müssen.“ Die Rev. hält diese Anforderung für zu gering, die Rechtslage sei leicht zu klären gewesen.

Der Rev. ist zuzugeben, daß der beanstandete Satz nicht glücklich gefaßt ist. Das Ergebnis beruht aber auf einer Würdigung der Zweifel, die in der Rechtsfrage lagen. Die Frage war in Wirklichkeit nicht ganz so einfach, wie die Rev. annimmt. In der Rechtsprechung über die Unzulässigkeit verschiedenartiger Gestaltung der einzelnen Glieder einer Gesamthypothek (vgl. bes. R.G. 63, 75; 70, 245¹); 77, 175²); 98, 106) hat, soweit ersichtlich, der Fall noch nicht vorgelegen, daß zugleich mit der Veränderung — die hier überdies mit einer Beschränkung des einen Haftungsbetrages verbunden war — die Mithaft gelöscht wurde. Die darin steckenden Zweifel werden von der Rev. nicht gewürdigt. Sie bedürfen auch für den vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Das andere in der Sache liegende Bedenken, daß nämlich hinter der Gesamthypothek auf denselben Grundstücken die Gesamt-

¹) ZfB. 1909, 164. ²) ZfB. 1912, 38.

fältigung oder Erhöhung der Belastung verursachen, die der Gläubiger der nachfolgenden Gesamthypothek nicht zu dulden braucht. Wie der Konflikt zu lösen sei, war streitig. Der nachstehende Gläubiger verlangte die volle Löschung der ihm vorangehenden sog. Gesamthypothek auf dem zweiten Grundstück. Das ging zu weit und wurde vom R.G. mit gutem Grunde abgelehnt. Dafür beschritt das R.G. den umgekehrten Weg und entschied, daß die erstrebte Erhöhung der Belastung ausgeschaltet werden müsse, indem die auf dem ersten Grundstück bereits eingetragene Darlehenshypothek als „inhaltlich unzulässig“ gelöscht würde. So geschah es. Das Ergebnis ist, daß die Belastung mit 15 000 RM nur noch auf dem zweiten Grundstück fortbesteht. Wie sie dabei noch die Natur einer „Gesamthypothek“ behalten haben soll, ist schwer zu erklären.

Der Gläubiger hatte im Vertrauen auf den Erwerb der vom Grundbuchbeamten als zulässig entgegengenommenen und dann eingetragenen Darlehenshypothek andere Sicherheiten aufgegeben; mit der Löschung der Hypothek trat für ihn ein erheblicher Vermögensschaden ein. Auf seinen Ersatz ist die vorliegende Klage gerichtet. Sie ist vom R.G. abgewiesen worden, weil dem Grundbuchbeamten eine fahrlässige Verletzung seiner Amtspflichten und insbes. seiner Aufklärungspflicht nicht vorzuwerfen sei. Dem ist zuzustimmen. Der von der Eigentümerin gestellte Antrag zielte auf die Herstellung einer durchaus ungenügenden und verwickelten Rechtsänderung. Die von dem R.G. und O.G. dafür getroffene Ordnung stellt das erste Grundstück völlig frei von der Haftung für die bisherige Gesamthypothek. Das entspricht schwerlich dem Willen der Beteiligten, der gerade auf den Fortbestand dieser Belastung, nenngleich nur zur Hälfte des Forderungsbetrages gerichtet war und von dem Fortbestehen der Belastung als einer Gesamthypothek auf dem zweiten Grundstück überhaupt nicht sprach. Da die Kombination beider Belastungen inhaltlich unzulässig war, hätte der Grundbuchbeamte behrend darauf einwirken können, daß zur Schaffung der in erster Linie erstrebten Einzelhypothek eine Verteilung hätte stattfinden müssen, die auch die Gesamthypothek ergreifen mußte. Dann wäre alles in Ordnung gewesen. Wenn die Beteiligten darauf nicht eingegangen wären, so hätte der ganze Eintragungsantrag abgewiesen werden müssen. Da über alles dies, wie gezeigt wurde, Zweifel bestehen und die Gerichte anders verfahren sind, darf dem Grundbuchbeamten kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er den allein „richtigen“ Ausweg nicht gefunden habe. Strengere Anforderungen stellt R.G. 129, 24 an den mit der Durchführung einer Zwangsversteigerung betrauten Notar.

hypothet eines anderen Gläubigers stand, ist in den Komm. kaum behandelt worden (vgl. Neumann, 6. Aufl., § 1132 Anm. A IV; Staudinger, 9. Aufl., § 1132 Anm. I, 2k). Der ungewöhnliche Antrag stellte daher das Grundbuchamt vor ungewöhnliche rechtliche Schwierigkeiten. Es ist darum nicht zu beanstanden, daß das BG. eine Fahrlässigkeit der Grundbuchbeamten nicht für dargelegt erachtet hat.

Auch darin hat das BG. rechtlich nicht geirrt, daß es der verkrühten Mitteilung des L., die Eintragung sei bereits verfügt, ursächliche Bedeutung für den Schaden der Kl. abgesprochen hat. Denn nach der tatsächlichen Feststellung des BG. hätte eine richtige Auskunft über den Stand der Sache die Freigabe zwar um einige Wochen hinausgeschoben, an dem Schaden aber nichts geändert.

(U. v. 9. Okt. 1930; 813/29 II. — Berlin. [Ru.]

III. Verfahren.

****9.** § 551 Nr. 1 ZPO.; §§ 62, 117 OBG. Der Senat des BG. ist ordnungsmäßig besetzt, auch wenn der Präsident, der ihm in übrigen regelmäßig vorsieht, gewisse Sachen auf Terminstage anberaumt, für die er sich schon vor Beginn des Geschäftsjahres behindert erklärt hat.†)

Die Rev. erhebt die Rüge, der Senat des BG. sei nicht gesetzmäßig besetzt gewesen. Vorsitzender des erf. 6. ZivSen. sei seit etwa drei Jahren der DVGPräf. Er habe aber noch niemals vorgesehnen, sondern werde ständig durch den dienstältesten DVGR. vertreten. Es liege somit dauernde Verhinderung und dauernde Vertretung des Vorsitzenden vor. Danach seien §§ 62, 117 OBG., § 551 Ziff. 1 ZPO. verletzt.

Die Rüge ist nicht begründet. Nach der amtlichen Auskunft des DVGPräf. in B. v. 11. Okt. 1930 gehören nach der Geschäftsverteilung für das Geschäftsjahr 1930 zur Zuständigkeit des 6. ZivSen. des OBG. neben der Beaufsichtigung der Stiftungen, der Entscheidung über die Aufhebung gesetzwidriger Beschlüsse über Wahlen der Anwaltskammer oder ihres Vorstandes, den Disziplinarsachen gegen mittlere, Kanzlei- und Unterbeamte, der Entscheidung über die Ablehnung von Richtern der Land- und Amtsgerichte in den Zivilsachen des ganzen Bezirks, den Rechtshilfesachen mit Ausnahme derer in Strafsachen und den Bescheiden gemäß § 181 OBG., soweit sie nicht einem Strafsenat zugeteilt sind, nur die Streitigkeiten aus dem Wechsel- und Scheckrecht aus dem ganzen DVGBezirk. Der DVGPräf., der auch den Vorsitz im 3. StrSen. führt, ist nach dem Geschäftsverteilungsplan Vorsitzender des 6. ZivSen. Er hat sich aber vor Beginn des Geschäftsjahres 1930 durch seine sonstige Tätigkeit an der Führung des Vorsitzes im 6. ZivSen. an jedem 2. und 4. Sonnabend im Monat für behindert erklärt. Er hat ferner im Laufe des Geschäftsjahres für die Streitigkeiten aus dem Wechsel- und Scheckrecht die Termine immer selbst angesetzt, aber jeweils auf den zweiten und vierten Sonnabend im Monat, so daß tatsächlich in diesen Sachen in der Spruchsitzung nicht er, sondern der DVGR. N. den Vorsitz geführt hat. Aber auch in diesen Sachen hat der DVGPräf. die Verteilung der einzelnen Sachen auf die Mitglieder des Senats selbst vorgenommen. In allen anderen Sachen hat er den Vorsitz ohne Einschränkung geführt. Diese Sachen sind niemals auf die obengenannten Tage gesetzt worden.

Diese Art der Geschäftsbehandlung verstößt nicht gegen die Vorschrift der §§ 62, 117 OBG., nach der der Vorsitz in einem Senat durch den DVGPräf. oder einen SenPräf. und nur bei vorübergehender Verhinderung desselben durch den dem Senat angehörenden dienstältesten DVGR. zu führen

ist. Zunächst ist es in der Rechtsprechung des RG. auch bisher schon für zulässig gehalten worden, daß ein Präsident in mehreren Senaten den Vorsitz führt (vgl. JW. 1895, 517²; 1915, 96¹³; RGSt. 55, 201/202 und 236; 56, 157). Es ist auch anerkannt, daß es heute infolge der Zunahme der Geschäfte, der durch die Besetzung der Senate und Kammern mit einer über die gesetzliche Mindestzahl hinausgehenden Zahl von Mitgliedern Rechnung getragen wird, den ordentlichen Vorsitzenden gemeinhin nicht mehr möglich ist, alle ihnen anfallenden Dienstgeschäfte selbst zu erledigen (RG. 115, 157 [162]¹); 119, 280 [283]²). Es ist auch zugelassen, daß der Vorsitzende sich schon vor Beginn des Geschäftsjahres für gewisse Sitzungstage im voraus für behindert erklärt und an diesen Tagen den Vorsitz seinem Stellvertreter überläßt (RG. 115, 157 [159/60]; RGSt. 25, 389; 54, 298; 55, 201 [204] und 236/238). Unbestritten ist auch, daß es allein in pflichtgemäßem Ermessen des Vorsitzenden steht, auf welche Termine er die einzelnen Sachen ansetzen will (RG. 115, 157 [161]; RG.: JW. 1930, 63¹³ [Urt. v. 19. Sept. 1929, VI 720/28]). Es ist auch nicht zu beanstanden, daß der Präsident dem Senat zufallende Sachen bestimmter Art (z. B. Ehesachen) stets so ansetzt, daß sie an gewissen Tagen, an denen er verhindert ist, von seinem Stellvertreter erledigt werden (vgl. RG. 115, 157), wo es mit Recht für unzulässig erklärt ist, in solche Ermessens- und Zweckmäßigkeitsfragen im Wege der Rev. einzudringen. Hieran muß festgehalten werden, wenn nicht die Sicherheit der Urteilstätigkeit mithin ins Wanken geraten soll. Dies gilt um so mehr, als es bei der heutigen Lage Deutschlands tatsächlich unmöglich ist, die Besetzung der Gerichte auf einen Stand zu bringen, die solche inneren Behelfsmaßnahmen zur Bewältigung der Geschäfte entbehrlich macht.

Betrachtet man nach diesen Grundsätzen das Verfahren des 6. ZivSen. des BG., so gibt es zu Bedenken keinen Anlaß. Insbes. stand nichts entgegen, daß der DVGPräf. sich schon vor Beginn des Geschäftsjahres für bestimmte Tage im voraus für behindert erklärte, und daß er dann im Laufe des Geschäftsjahres im Wege des inneren Dienstes die Wechsel- und Schecksachen auf die Tage ansetzte, an denen er jeweils verhindert war. Letztere Maßnahme war um so weniger bedenklich, als der DVGPräf. auch in diesen Sachen die Termine selbst ansetzte und die Sachen unter die Mitglieder des Senats verteilte. Er hatte damit stets die erforderliche Übersicht über den gesamten Geschäftsstand und war in der Lage, auch in diesen Sachen den Vorsitz selbst zu übernehmen, sobald nach seinem pflichtgemäßen Ermessen dies wegen Nachlassens seiner anderen Geschäfte möglich war.

Es verstieß auch nicht gegen das Gesetz, daß durch die geübte Geschäftsbehandlung die eigentlichen Prozessesachen — in der mündlichen Verhandlung — von dem Stellvertreter geleitet wurden. Diese genießen nach dem Gesetz keinen Vorzug vor anderen Sachen, die den DVG. durch das Gesetz zur Bearbeitung übertragen sind. Tatsächlich hat der DVGPräf. sich in großem Umfang ständig als Vorsitzender des Senats betätigt. Denn nach seiner Erklärung hat er an allen Sitzungen, mit Ausnahme von zweien im Monat, teilgenommen, und auf die letzteren sind außer Wechsel- und Schecksachen keine anderen Sachen angesetzt worden. Daß es sich in den Sachen, in denen der Präsident tatsächlich regelmäßig den Vorsitz führte, um einen großen Teil der Geschäfte des Senats handelt, ergibt sich schon daraus, daß der Senat über die gesetzliche Mindestzahl hinaus — mit vier Beisitzern — besetzt ist. Diese Besetzung wäre aber durch die Zuteilung der Wechsel- und Schecksachen zu dem Senat nicht gerechtfertigt. Der Fall unterscheidet sich also von denen, in denen eine vorschriftswidrige Besetzung angenommen worden ist, dadurch, daß in jenen Fällen der Präsident in einem der Senate, deren Vor-

Zu 9—11. Die Entsch. 9, 10, 11 betreffen wieder die leidige Frage der mangelhaften Besetzung der DVGSenate (vgl. neben der Aufzählung, die das RG. selbst vornimmt: JW. 1930, 2784, 2793, 3640). Wenn, wie das RG. in dem Urteil 9 meint, es bei der heutigen Lage Deutschlands tatsächlich unmöglich ist, die Besetzung der Gerichte auf einen Stand zu bringen, der „solche innere Behelfsmaßnahmen zur Bewältigung der Geschäfte entbehrlich macht“, so bleibt zu erwägen, ob nicht eine vorübergehende grundsätzliche Regelung durch ein Übergangsgesetz besser ist, als der jetzige Zustand. Bei der jetzigen Sachlage ist es mehr oder weniger Zufall,

¹) JW. 1927, 840.

²) JW. 1928, 658).

hängt es mehr oder weniger von den der Partei unbekanntem „inneren Behelfsmaßnahmen“ ab, ob ein Urteil aufgehoben wird oder nicht. Rechtssicherheit und Vertrauen zur Rechtspflege werden dadurch nicht gestärkt.

Unbedenklich ist der Fall 10. Hier lag in der Tat eine vorübergehende Behinderung des Vorsitzenden durch seine Tätigkeit als RAbg. vor. Das Urteil 9, welches eine Zusammenstellung der bisherigen Rpr. gibt, mag auch erträglich sein; denn nach der

figender er nach der Geschäftsverteilung war, längere Zeit entweder den Vorsitz gar nicht oder in einem im Verhältnis zur Gesamtbelastung des Senats unbedeutenden Maße geführt hat. Hier aber hat der DVGPräs. in einem erheblichen Umfang und in regelmäßigen Sitzungen den Vorsitz geführt. Hiernach kann nicht angenommen werden, daß der Senat nicht vorschriftsmäßig besetzt war. RG. 119, 280 (281)^{*)} steht dieser Annahme nicht entgegen. Dort ist weder festgestellt, daß der ordentl. Vorsitzende regelmäßig an bestimmten Sitzungen teilgenommen hat, noch daß die von ihm ausgeübte Tätigkeit einen nennenswerten Teil der Senatsgeschäfte ausmachte.

(U. v. 29. Okt. 1930; 350/30 II. — Breslau.) [Ku.]
(= RG. 130, 154.)

****10.** § 551 Nr. 1 ZPO.; § 115 GVG. Ein Senat eines OLG. wird nicht dadurch unvorschriftsmäßig besetzt, daß sein Senatspräsident in den Reichstag eintritt und infolgedessen längere Zeit den Vorsitz nicht führt. †)

Die Rev. bemängelt die Besetzung des BG. Der ordentliche Vorsitzende, SenPräs. Dr. S., sei durch seine Tätigkeit als Reichstagsabgeordneter so in Anspruch genommen, daß er seit über einem halben Jahre die Tätigkeit als Vorsitzender im 10. ZivSen. nicht mehr ausgeübt habe und voraussichtlich auch in der nächsten Zeit nicht ausüben könne. An seiner Stelle habe der DVGN. B. als Vertreter den Vorsitz geführt. Die darin liegende Rüge der Verletzung des § 551 Nr. 1 ZPO. ist unbegründet. Sie würde zu einer Aufhebung des Urteils wegen unvorschriftsmäßiger Besetzung des Gerichts nur dann führen können, wenn der ordentliche Vorsitzende des erf. Sen. zur Zeit der mündlichen Verhandlung am 14. März 1930 als dauernd an der Führung des Vorsitzes verhindert hätte angesehen werden müssen. Nach der amtlichen Auskunft des DVGPräs. in D. v. 16. Okt. 1930 hat der SenPräs. Dr. S. die Geschäfte des Vorsitzenden des 10. ZivSen. am 1. Juli 1928 übernommen. Am 16. April 1929 ist er infolge der Mandatsniederlegung eines Abgeordneten in den Reichstag eingetreten. An seiner Stelle hat seitdem das jeweils älteste Mitglied des Senats die Geschäfte des Vorsitzenden geführt. Als Mitglied des Reichstags bedurfte der SenPräs. Dr. S. zur Ausübung seines Mandats keines Urlaubs. Er war aber jederzeit in der Lage, seine Tätigkeit als Vorsitzender des Senats auszuüben, wenn und soweit ihm seine Tätigkeit als Abgeordneter Zeit dazu ließ, und bei längeren Vertagungen des Reichstages, für den Fall seiner Schließung oder Auflösung konnte und mußte vom Standpunkte der Geschäftsverteilung aus mit der Führung des Vorsitzes durch den SenPräs. Dr. S. gerechnet werden. Danach mußte ihm der Vorsitz in einem Senat trotz seines Abgeordnetenmandats übertragen werden und die Führung des Vorsitzes an seiner Stelle durch den dienstältesten DVGN. konnte nur als eine vorübergehende und aushilfsweise, jedenfalls nicht für unabsehbare Zeit geltende und deshalb dauernde angesehen werden. Daran ändert der Umstand nichts, daß zur Zeit des Urteils in dem vorliegenden Rechtsstreit der SenPräs. Dr. S. infolge seiner Abgeordneten-tätigkeit längere Zeit den Vorsitz nicht geführt hatte.

(U. v. 10. Dez. 1930; IX 279/30. — Düsseldorf.) [S.]
(= RG. 131, 31.)

11. §§ 62, 66, 115, 117 GVG. Ein OLG-Senat ist nicht vorschriftsmäßig besetzt, wenn die Stellvertretung des SenPräs. zu einer dauernden Einrichtung für die völlig unbestimmte Zeit seiner Überlastung geworden ist, wenn überhaupt nicht absehbar ist, ob die Verhinderung wegfallen wird, und wenn sie wegfallen wird, wann. Es muß mindestens ein Anhaltspunkt dafür ge-

geben sein, daß die Stellvertretung nur vorübergehend sein werde. †)

Die Rev. rügt in erster Reihe Verletzung des § 551 Nr. 1 ZPO. Diese Rüge ist begründet. Der 11. ZivSen. des OLG. ist nach Auskünften des Präsidenten dieses Gerichts, die er in anderen beim RG. anhängigen Sachen (vgl. S. w. S., IV 92/30 und S. w. S., IX 205/30) erteilt hat, durch Präsidialbeschluß v. 19. Sept. 1929 als „Hilfssenat“ zunächst für den Rest des Jahres 1929 „unter den Vorsitz des DVGN. E.“ gebildet worden. Da er als vorübergehende Einrichtung zur Verrichtung der aufgetretenen Geschäftsstöckungen gedacht gewesen sei, sei davon abgesehen worden, für die „voraussichtlich kurze Zeit“ den Vorsitz des „Hilfssenats“ einem SenPräs. zu übertragen. Für das neue Geschäftsjahr 1930 ist durch Beschluß des Präsidiums v. 19. Dez. 1929 SenPräs. D., der Vorsitzende des 6. ZivSen., gleichzeitig zum Vorsitzenden des 11. ZivSen. bestimmt worden. Den Vorsitz im 11. Sen. hat aber bis zur Erteilung der ersten der vorerwähnten Auskünfte — 16. Mai 1930 — ausschließlich DVGN. E. geführt. Daß SenPräs. D. sich bis dahin an den Geschäften des Senates nicht beteiligt hat, war nach der erwähnten Auskunft darauf zurückzuführen, daß der Hilfs-senat zunächst nur bis zum 28. Febr. 1930 vorgeesehen war, weil die Weiterbewilligung von Hilfsrichtern nicht voraus-zusehen gewesen sei, ferner darauf, daß man von vornherein mit der Annahme eines dem Reichstag zugeleiteten Gesch-entwurfes über die veränderte Zuständigkeit der Gerichte und mit deren Auswirkung auf die Geschäftslast des OLG. ge-rechnet habe. Der DVGPräs. berichtet weiter unterm 24. Juni 1930 in der oben erwähnten Sache S. w. S., es sei für den Fall der Annahme dieses Gesetzes „in der erwarteten kurzen Zeit“ nicht vorgeesehen gewesen, daß der SenPräs. den Vor-sitz im 11. ZivSen. bis zu dessen Aufhebung tatsächlich aus-üben werde.

In der nun dem RevG. vorliegenden Sache ist das ange-sprochene Urteil auf die mündliche Verhandlung v. 25. März 1930 hin am 6. Mai 1930 verkündet worden. Maßgebend für die Beurteilung der Rüge aus § 551 Nr. 1 ZPO. ist der Tag der letzten mündlichen Verhandlung, also der 25. März 1930.

Nach § 115 GVG. sind die OLG. mit einem Präs. und der erforderlichen Zahl von SenPräs. und Räten zu be-setzen. Nach §§ 62 Abs. 1, 117 ebenda führt den Vorsitz im Senate der SenPräs., nach §§ 117, 66 führt im Falle der Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden den Vorsitz im Senate das dienstälteste Mitglied des Senats. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes sollen den Vorsitz in den Senaten Präs. oder SenPräs. führen, weil vorausgesetzt wird, daß sie, als besonders hierzu befähigte Richter aus-gewählt und gehoben, die Güte und Einheitlichkeit der Rechts-pflege durch den Senat, dem sie vorsitzen, in besonderem Maße gewährleisten. Aus dieser Absicht des Gesetzgebers er-gibt sich, daß der Vorsitz nicht dauernd und auch nicht für schlechthin unbestimmte Zeit von einem DVGN. ausgeübt wer-den darf, sondern immer nur vorübergehend und aushilfs-weise (vgl. RG. 126, 245 [246]¹⁾). Die Stellvertretung darf nicht zu einer dauernden Einrichtung für die völlig un-be-stimmte Zeit der Überlastung des Vorsitzenden durch andere Dienstgeschäfte werden. Es muß mindestens ein Anhaltspunkt dafür gegeben sein, daß die Behinderung des Vor-sitzenden und damit seine Stellvertretung durch das älteste Senatsmitglied nur vorübergehend sein werde (RG. 119, 280 [282]²⁾ und 284 [286]). Das RG. hat allerdings eine Ver-letzung des Gesetzes verneint (RG. 126, 97 [98/99]³⁾) in einem Falle, in dem der Wegfall der Verhinderung feststand und nur dem genauen Zeitpunkt nach ungewiß war. Am 25. März 1930 war aber, wie sich aus den Auskünften des DVGPräs. ergibt, überhaupt nicht absehbar, ob die Ver-

^{*)} SZB. 1928, 658.

tatsächlichen Lage des Falles war der Präsident immerhin der regelmäßige Vorsitzende des Senats. Wenn er freilich, von vorn-herin und für das ganze Jahr sich für zwei Sitzungstage jedes Monats für behindert erklären muß, bleibt der Zweifel, ob nicht von vornherein die Besetzung des Gerichts eine unzulängliche ist. Ganz sicher aber lag ein arger Verstoß gegen das klare Gesetz im Falle 11 vor. Der Senat mag dort als „Hilfs-senat“ bezeichnet wor-

¹⁾ SZB. 1930, 550. ²⁾ SZB. 1928, 658. ³⁾ SZB. 1930, 63.

den sein, aber Name ist Schall und Rauch; in Wahrheit handelte es sich um eine dauernde Abteilung des Gerichts. Leider liegen die Dinge anscheinend bei anderen Gerichten nicht anders.

Daß aber nichts getan wird, um die dauernde Belastung des RG. mit derartigen Prozessen zu verhindern, ist eine schlechte Er-sparnis!

Geh. R. Dr. Heilberg, Breslau.

hinderung wegfallen würde oder, wenn sie wegfallen würde, wann. Ob der Gesetzeswurf, von dem der OVGPräs. nach seiner Auskunft durch Zeitungsnachrichten Kenntnis erhalten hatte, vom Reichstag angenommen werden würde, mit wann und in welchem Umfange die durch dieses erwarteten Änderungen und wann, war völlig unabschbar. Auch Gesetz sich ergebenden Wirkungen in der Geschäftslast des OVG. sich fühlbar machen würden, war ganz und gar ungewiß. Wie die Besetzung des Gerichts für den Fall geregelt werden sollte, daß das Gesetz nicht zustande kommen würde, darüber war nichts vorgeesehen. Zwar war ein ordnungsmäßiger Vorsitzender in der Person des Präs. des 6. ZivSen. bestellt, aber er trat als solcher auf unabschbare Zeit nicht in Wirksamkeit, und es war auch gar nicht vorgeesehen, daß er dies tun sollte. Offenbar erfolgten gewisse Änderungen in der Besetzung des 11. Sen. erst auf die Anfragen hin, die auf Grund von Revisionsrügen vom RG. an den OVGPräs. gerichtet wurden. Ob die laut der Auskunft des OVGPräs. v. 16. Mai 1930 nach dieser Zeit getroffene Regelung, wonach der SenPräs. alle sechs Wochen den Vorsitz in einer Sitzung des 11. ZivSen. übernehmen sollte, den Anforderungen genügt, die an den Begriff des Vorsitzes nach §§ 62 Abs. 1, 117 OVG. zu stellen sind, kann hier dahingestellt bleiben, denn jedenfalls war der 11. ZivSen. am 25. März 1930 i. S. dieser Gesetzesbestimmungen nicht vorschriftsmäßig besetzt.

Da sonach die prozessuale Rüge durchgriff, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache gemäß § 565 Abs. 1 ZPO. an das OVG. zurückzuverweisen, ohne daß in eine Prüfung der sachlichen Rügen einzutreten war.

(U. v. 17. Okt. 1930; 351/30.)

[5.]

12. §§ 86, 232 Abs. 2, 233, 519b, 567 Abs. 3 ZPO.

1. Über die Frage der Gültigkeit eines Verzichts auf das Rechtsmittel der Berufung ist nicht im Beschluß- und Beschwerdeverfahren, sondern im Erkenntnisverfahren zu entscheiden.

2. Ist die Prozeßvollmacht gültig erteilt, so kann bei eingetretener Veränderung der Prozeßfähigkeit der Partei der Ablauf der Berufungsfrist nur durch Antrag auf Aussetzung des Verfahrens verhindert werden. Unterläßt der Anwalt trotz Kenntnis der Veränderung einen solchen Antrag, so liegt darin ein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausschließendes Verschulden.

3. An die Glaubhaftmachung des Wiedereinsetzungsgrundes sind strenge Anforderungen zu stellen, wenn Umstände geradezu gegen sein Vorliegen sprechen. †)

Durch Urteil des OVG. v. 6. März 1930 war die Ehe der Parteien auf Klage und Widerklage aus beiderseitigem Verschulden geschieden worden.

In einem Schriftsatz v. 27. Febr. 1930, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem OVG. gewesen ist, hatte

Zu 12. 1. Der für die Praxis wichtigste Passus in obiger Entsch. ist der folgende: „Die Gültigkeit des etwa hierin zu findenden Verzichts auf das Rechtsmittel der Berufung ist im gegenwärtigen Beschluß- und Beschwerdeverfahren nicht zu erörtern. Über sie wäre gegebenenfalls im Erkenntnisverfahren zu entscheiden.“ Das kann doch nur bedeuten: wenn das RG. der sofortigen Beschwerde stattgeben würde („im gegebenen Falle“), so könnte der Berufungsbeklagte im „Erkenntnisverfahren“ geltend machen, daß der Berufungskläger auf das Rechtsmittel der Berufung verzichtet habe. Im Beschluß- und Beschwerdeverfahren wird er damit nicht gehört.

Zu welcher Rechtsauffassung will sich das RG. hiermit bekennen? Es liegt nahe, hierauf zu antworten: „Im Beschlußverfahren wird über die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Berufung entschieden. Wenn das RG. hier nun ausführt, daß über die Verzichtfrage im Beschlußverfahren nicht entschieden werden dürfe, geht es offenbar davon aus, daß im Falle eines (rechtmäßigen) Verzichts die Berufung nicht als unzulässig verworfen, sondern als unbegründet zurückgewiesen werden müsse.“ Wäre diese Interpretation des Beschlusses richtig, so würde sich die Entsch. mit der ständigen Jurisprudenz des höchsten Gerichtshofes in Widerspruch setzen (vgl. z. B. RG. 110, 230 = JW. 1925, 2132). Auch würde diese Meinung — wie hier im einzelnen nicht näher auseinanderzusetzen werden kann — zu höchst bedenklichen praktischen Ergebnissen führen. Ich halte denn auch diese Interpretation für falsch.

RA. B., der landgerichtliche Prozeßbevollmächtigte der Bekl., angezeigt, diese sei in Geisteskrankheit verfallen, sie halte sich seit dem 24. Jan. 1930 in der Irrenabteilung des Städt. Krankenhauses in E. auf. Nach einem gerichtsseitigem Vermerk auf diesem Schriftsatz hatte der genannte Anwalt indessen auf Befragen erklärt, Geschäftsunfähigkeit der Bekl. wolle er nicht behaupten. Ein Antrag auf Aussetzung des Verfahrens wegen Verlust der Prozeßfähigkeit der Bekl. war nicht gestellt worden.

Das Urteil wurde den Prozeßbevollmächtigten der Parteien je am 13. März 1930 von Amts wegen zugestellt. Auch während des Laufes der Berufungsfrist wurde ein Aussetzungsantrag von RA. B. nicht gestellt. Dagegen befinden sich bei den Prozeßakten zwei Schreiben des genannten Anwalts v. 21. und 24. März 1930. Das erste Schreiben ist an den landgerichtlichen Prozeßbevollmächtigten des Kl. gerichtet. In ihm ist gesagt, die Bekl. habe ihrem Anwalt anheimgestellt, gegen das Urteil Berufung einzulegen, die nicht als ausichtslos angesehen werden könne. Gleichzeitig enthält das Schreiben die Anfrage des Anwalts, ob der Kl. bereit sei, die bisherigen Kosten zu übernehmen; bejahendenfalls könnte er, der Anwalt, der Bekl. dazu raten, Berufung nicht einzulegen. Das zweite Schreiben v. 24. März 1930 ist an den Kl. persönlich gerichtet. In ihm wird eine Absprache von Sonnabends mittag bestätigt und dem Kl. mitgeteilt, daß von der Einlegung der Berufung gegen das Scheidungsurteil abgesehen werde, nachdem der Kl. die Kosten übernommen habe.

Am 20. Mai 1930 ging bei dem OVG. eine von RA. R. unterzeichnete Berufungsschrift gegen das nach seiner Angabe am 22. April 1930 zugestellte Urteil ein. Das OVG. verwarf durch den den Prozeßbevollmächtigten der Parteien am 3. Juni 1930 zugestellten Beschluß v. 28. Mai 1930 die Berufung wegen verspäteter Einlegung als unzulässig.

Für die Bekl. meldete sich nunmehr ein anderer Prozeßbevollmächtigter, RA. L. Dieser legte am 31. Mai 1930 namens der Bekl. von neuem Berufung ein und beantragte gleichzeitig die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Veräumung der Berufungsfrist. Ferner legte er am 17. Juni 1930 gegen den am 3. Juni 1930 zugestellten, die erste Berufung als unzulässig verworfenden Beschluß des OVG. v. 28. Mai 1930 das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde ein. Als Grund für die Wiedereinsetzung ist angeführt: Die Bekl. sei infolge ihres Gesundheitszustandes nicht in der Lage gewesen, für die Einlegung der Berufung zu sorgen; sie sei nämlich infolge Nervenkrankheit und eines Nervenzusammenbruches vom 23. Jan. bis 25. März im Krankenhaus gewesen. Am 25. März sei sie vorläufig entlassen und habe sich in ärztlicher Behandlung bei Dr. B. befunden; während dieser Zeit sei sie aber dauernd bettlägerig und infolge ihrer beeinträchtigten Nerven sowie ihres Geisteszustandes nicht in der Lage gewesen, für ihre sachgemäße Vertretung zu sorgen, oder zweckentsprechende Entschlüsse zu fassen; erst gegen den 20. Mai, also 1–2 Tage vor Einlegung der Berufung, habe sie so viel Entschlußkraft aufgebracht, um sich sammeln zu können und einen Anwalt mit der Einlegung der Berufung zu beauftragen. Zur Glaubhaft-

Die Ansicht, daß im Beschlußverfahren über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entschieden werden könne, ist zwar weit verbreitet, aber trotzdem unrichtig. Im Beschlußverfahren kann nur über das Vorliegen der in § 519b Abs. 1 ZPO. aufgestellten „Erfordernisse“ entschieden werden. Fehlt eines dieser Erfordernisse, so ist die Berufung unzulässig. Sind die sämtlichen Erfordernisse vorhanden, so ist damit aber noch keineswegs gesagt, daß die Berufung zulässig ist. Ist die Berufung „an sich statthaft“, so wird hieran nichts geändert, wenn der Beschwerdeführer (rechtmäßig) auf die Berufung verzichtet. Die Berufung wird hierdurch unzulässig, aber nicht unstatthaft (vgl. RG. a. a. O. und RG. 45, 330). Hieraus folgt: Die Berufung kann im Beschlußverfahren nicht als unzulässig verworfen werden, weil der Berufungskläger auf die Berufung verzichtet habe. Andererseits kann die Berufung niemals im Beschlußverfahren für zulässig erklärt werden.

In der Literatur besteht über diese Frage große Unklarheit. Lehrt doch sogar Stein: Entscheidet das Gericht gemäß § 554a Abs. 2 ZPO. im Beschlußverfahren darüber, ob die Erfordernisse des § 554a Abs. 1 ZPO. vorliegen und gelangt es zur Verneinung dieser Frage, so muß es die Rev. durch Beschluß für zulässig erklären (vgl. Komm. [10] § 554a Bem. III, 2 und 3). Auch Jonas ist — wenn ich ihn recht verstehe — der Ansicht, daß im entsprechenden Falle, die Berufung durch Beschluß für zulässig erklärt werden muß, mindestens hält er das für zweckmäßig (vgl. Stein-

machung sind vorgelegt worden eine eidesstattliche Versicherung der Befl. selbst v. 30. Mai 1930 und je eine eidesstattliche Versicherung der Mutter der Befl. sowie eines Fräuleins B.

Nachdem der Kl. dem Wiedereinsetzungsantrage widersprochen und seinerseits dazu übergegangen war, die Prozeßfähigkeit der Befl. glaubhaft zu machen, legte diese als weitere Mittel zur Glaubhaftmachung des Wiedereinsetzungsgrundes am 17. Juli 1930 vor: eine ärztliche Bescheinigung einer städtischen Krankenanstalt v. 10. Juli 1930, eine ärztliche Bescheinigung des Spezialarztes für innere und Nervenkrankheiten Dr. B. v. 16. Juli 1930 sowie einen Brief ihres landgerichtlichen Prozeßbevollmächtigten Kl. B. v. 10. Juli 1930. In der Bescheinigung der Krankenanstalt war gesagt, die Befl. habe vom Jan. bis 23. März 1930 in dortiger Behandlung gestanden und sei am letztgenannten Tage gebessert in weitere ärztliche Behandlung entlassen. In der Bescheinigung des Dr. B. ist gesagt, die Befl. sei von ihm am 19. und 22. März sowie am 6. Juni und 14. Juli ambulant wegen nervöser Beschwerden behandelt worden. In dem Brief vom 10. Juli 1930 schreibt Kl. B. an die Befl.: diese habe sich zur Zeit der Zustellung des Urteils in der Abteilung für Geisteskrankte Haus 10 des Städt. Krankenhauses aufgehalten; aus diesem Grunde und weil der Befl. ärztlicherseits jede Beschäftigung mit dem Prozeß verboten gewesen sei, habe er sie von der Zustellung nicht benachrichtigt; er habe auch angenommen, die Befl. würde eine etwaige Benachrichtigung doch nicht verstehen, da ihr, soviel ihm bekannt gewesen sei, das klare Bewußtsein gefehlt habe; bei ihrem ersten Besuch in seinem Büro sei die Befl. noch derart zerfahren und anfällig gewesen, daß das Büropersonal einen Unfall befürchtet und gewünscht habe, die Befl. möge schleunigst abgefertigt werden; bei dieser Gelegenheit habe er zu der Befl. auch von dem Urteil gesprochen, aber nur in schonender Form; es wäre auch damals gänzlich unmöglich gewesen, konkrete rechtlich erhebliche Handlungen mit der Befl. vorzunehmen; die Einlegung der Berufung habe deshalb gar nicht erwogen werden können.

Das OVG. wies durch Beschl. v. 25. Sept. 1930 den Antrag der Befl. auf Wiedereinsetzung i. d. vor. Stand zurück. Der Be-

Jonas, Komm. [14] § 519 b Bem. III B 1 b). Aber wie dem auch sei, jedenfalls gehen beide Schriftsteller davon aus, daß in dem Beschlußverfahren die Zulässigkeit der Berufung bzw. der Rev. bejaht werden kann. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß Jonas weiter ausführt,

- a) der Beschluß, der die Berufung für zulässig erklärt, spreche nur aus, jetzt sei die Berufung zulässig, und
- b) das Gericht sei an diesem Beschluß nicht gebunden, könne also z. B. „im Erkenntnisverfahren“ die Berufung auch auf Grund solcher Tatsachen als unzulässig verwerfen, die zeitlich vor dem Erlaß des Beschlusses liegen (vgl. Stein-Jonas § 519 b Bem. III D 2).

Ich habe in meiner Schrift „Die Berufung im neuen Zivilprozeßrecht“ (2) S. 45 Note 3 selbst im Anschluß an Stein die hier abgelehnte Ansicht vertreten, die ich hiermit aufgebe. Dagegen stimme ich mit Stein nach wie vor darin überein, daß das Beschlußverfahren auch dann nicht wie das Hornberger Schießen ausgehen darf, wenn das Vorliegen aller in § 519 b ZPO. aufgestellten Erfordernisse bejaht wird. Als die letzte von Stein selbst herausgegebene Auflage seines Komm. erschienen ist, gab es für die Berufung noch keine dem § 554 a ZPO. entsprechende Vorschrift. Zu § 554 a schrieb Stein (a. a. O.) damals: „Dagegen muß das RevG. seine Beratung in jedem Falle zu einem formellen Abschluß bringen, sei es i. S. der Verwerfung, sei es i. S. der Zulassung des Rechtsmittels, namentlich im Falle eines Gesuchs auf Wiedereinsetzung . . . Ein Auseinandergehen der Mitglieder unter Abbruch der Beratung ohne jede Beschlußfassung erscheint weder mit einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange noch mit der Würde des höchsten Gerichtes vereinbar und würde den Vorstehenden, der nach § 555 den Termin anberaumen soll, über die Sachlage im unklaren lassen.“

Aus den gleichen Gründen bin ich auch heute noch der Auffassung, daß das gemäß § 519 b Abs. 2 ZPO. eingeleitete Beschlußverfahren nicht „ohne jede Beschlußfassung“ endigen darf. Bejaht das Gericht das Vorliegen der in § 519 b Abs. 1 aufgeführten Erfordernisse, so ist das in dem Beschluß festzustellen. Das entspricht (wie ich annehmen möchte) auch der Auffassung des RG. Sicher ist, daß der höchste Gerichtshof die Fällung eines solchen Beschlusses für zulässig hält. Führt er doch noch in einem Beschluß aus neuerer Zeit (14. Jan. 1925) aus: „Der § 554 a ZPO. bestimmt im Abs. 1 Satz 1, daß das RevG. die Zulässigkeit der Rev. von

schluß wurde Kl. L. am 9. Okt. zugestellt, der gegen ihn durch eine an das OVG. gerichtete Eingabe, die am 13. Okt. dort einging, das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde erhoben hat. Zur Begründung der Beschwerde nahm Kl. L. auf den Akteninhalt Bezug, aus dem sich ergebe, daß die Befl. seinerzeit nicht prozeßfähig gewesen sei. Er legte noch eine weitere eidesstattliche Versicherung des Fräuleins B. vor und behauptete, Kl. B. sei bei Anknüpfung der Vergleichsverhandlungen eigenmächtig ohne Befragung der Befl. vorgegangen. Beide Beschwerden wurden zurückgewiesen.

Zur Entscheidung des Senats stehen a) die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des OVG. v. 28. Mai 1930, durch welchen die am 20. Mai 1930 eingelegte Ber. der Befl. als unzulässig verworfen ist; b) die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des OVG. v. 25. Sept. 1930, durch welchen der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen ist. Beide Beschwerden sind sachlich nicht begründet.

Was zunächst die Beschwerde gegen den Beschluß v. 28. Mai 1930 anbetrifft, so folgt dies zwar nicht schon daraus, daß Kl. B. dem Kl. im Schreiben v. 24. März 1930 mitgeteilt hat, er sehe von einer Berufung gegen das Scheidungsurteil ab. Die Gültigkeit eines etwa hierin zu findenden Verzichtes auf das Rechtsmittel der Berufung ist im gegenwärtigen Beschluß- und Beschwerdeverfahren nach §§ 519 b, 567 Abs. 3 ZPO. nicht zu erörtern. Über sie wäre gegebenenfalls im Erkenntnisverfahren zu entscheiden. Dagegen trifft es zu, daß die am 20. Mai 1930 eingegangene Berufung verspätet war. Die Befl. behauptet selbst nicht, daß sie zur Zeit der Erteilung der Prozeßvollmacht an Kl. B. sowie während der ganzen Zeit des Prozesses prozeßfähig gewesen sei, d. h. sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden, seiner Natur nach nicht vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden habe. Ihre Behauptung geht dahin, daß sie nach Erteilung der Prozeßvollmacht in Geisteskrankheit verfallen sei und dadurch bis zur Einlegung der Berufung die Prozeßfähigkeit verloren habe. Da indessen die Befl. im Prozeß durch Kl. B. ordnungsmäßig vertreten war, dessen Prozeßvollmacht nach § 86 ZPO. durch eine etwaige Veränderung der Prozeßfähigkeit der Befl. nicht be-

trübt wegen zu prüfen habe, schreibt im Abs. 1 Satz 2 vor, daß bei dem Mangel eines der im Satz 1 aufgestellten Erfordernisse die Rev. als unzulässig zu verwerfen sei, und spricht im Abs. 2 aus, daß die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung durch Beschluß erfolgen könne. Aus dieser Fassung des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, daß die Vorschrift des Abs. 2 nur für den Fall des zweiten Satzes des Abs. 1 hat gegeben werden sollen. Vielmehr kann unter der „Entscheidung“ im Abs. 2 nur der Ausspruch über das Ergebnis der im Abs. 1 Satz 1 dem Gericht zur Prüfung gemachten Prüfung verstanden werden, für den bei Verneinung eines der aufgestellten Erfordernisse im Abs. 1 Satz 2 eine bestimmte Fassung zwecks endgültiger Erledigung der Sache vorgeschrieben worden ist. Hiernach muß es nach § 554 a ZPO. als zulässig angesehen werden, daß das RevG. im Beschlußverfahren die Erfüllung der in § 554 a Abs. 1 Satz 1 aufgestellten Erfordernisse für die Zulässigkeit der Rev. feststellt . . .“ (ZB. 1925, 1371).

Jonas zitiert diesen Beschluß zur Stütze seiner Ansicht, daß auch die Zulässigkeit der Berufung durch Beschluß bejaht werden könne (a. a. O. § 519 Note 6). Er übersieht hierbei aber, daß das RG. sich sehr vorfichtig ausdrückt und nur sagt, daß „die Erfüllung der in § 554 a Abs. 1 Satz 1 aufgestellten Erfordernisse für die Zulässigkeit der Rev.“ (also nicht: die Zulässigkeit der Rev. selbst) im Beschlußverfahren festgestellt werden könnten.

Diese Fassung dürfte übrigens ein weiteres Argument für die Richtigkeit der hier verteidigten Auslegung des obigen Beschlusses sein.

2. Was die zweite Frage betrifft (vgl. Überschrift Z. 2), so ist auch hier dem Beschluß beizustimmen. Höchstens könnte man sagen, das Verschulden des Anwalts sei darin zu finden, daß er nicht entweder Aussetzung des Verfahrens beantragt oder (vorsorglich) Berufung eingelegt habe. Das will das RG. aber wohl auch sagen.

3. Die Glaubhaftmachung bezweckt, dem Richter den Glauben an die Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Behauptung zu verschaffen. Ist es unwahrscheinlich, daß die Behauptung der Wahrheit entspricht, so müssen die Mittel, die zur Glaubhaftmachung dienen sollen, natürlich größeren Beweiswert haben, wenn das Ziel erreicht werden soll. Das und nur das meint offenbar das RG., wenn es sagt, daß an die Glaubhaftmachung „strenge Anforderungen“ zu stellen seien.

rührt wurde, so hätte, nachdem die Zustellung des Urteils an N. B. am 13. März 1930 ordnungsmäßig erfolgt war, der Ablauf der Berufungsfrist nur dadurch verhindert werden können, daß N. B. die Aussetzung des Verfahrens erwirkte. Dies ist nicht geschehen. Der Beschluß v. 28. Mai 1930 ist danach zu Recht ergangen. Er würde allerdings selbst bei eingetretener Rechtskraft gegenstandslos werden, falls die zweite zur Entscheidung stehende Beschwerde gegen den Beschluß v. 25. Sept. 1930 sich als begründet erweisen sollte. Dieses ist aber nicht der Fall. Sollte der Zustand der Bekl. während des Laufs der Rechtsmittelfrist ein solcher gewesen sein, wie ihn N. B. in seinem Schreiben v. 10. Juli schildert, so hätte ein Antrag auf Aussetzung des Verfahrens Erfolg gehabt. Darin, daß N. B. die Stellung eines Aussetzungsantrages trotz Kenntnis des Geisteszustandes der Bekl. unterließ, würde ein die Wiedereinsetzung ausschließendes Verschulden zu finden sein, daß sich die Bekl. nach § 232 Abs. 2 ZPO. anrechnen lassen müßte. So liegt die Sache aber offenbar nicht. Die Verhandlungen, die ausweislich des Schreibens v. 21. und 24. März von N. B. mit dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. und dem Kl. selbst gepflogen worden sind, und in denen N. B. sich darauf bezieht, die Bekl. habe ihm die Einlegung der Berufung anheimgestellt, und schließlich dem Kl. geschrieben hat, er sehe von der Einwilligung der Berufung ab, sprechen gegen die nachträgliche Darstellung des N. B. im Schreiben v. 10. Juli 1930. Wie schon das OVG. ausführte, kann es nicht als glaubhaft erscheinen, daß N. B. sich auf so weitgehende Erklärungen, wie sie in den beiden Schreiben v. 21. und 24. März 1930 enthalten sind, eingelassen haben sollte, in einer Angelegenheit, die für die Bekl. von allergrößter Wichtigkeit war, falls er tatsächlich Zweifel an ihrem Geisteszustand gehegt haben und der Meinung gewesen sein sollte, eine Besprechung der zu ergreifenden Maßnahmen mit ihr sei wegen ihres Geisteszustandes aussichtslos und zwecklos. Bei dieser für die Geschäftsfähigkeit der Bekl. sprechenden Sachlage mußten an die Glaubhaftmachung des Wiedereinsetzungsgrundes strenge Anforderungen gestellt werden. Ihnen ist keineswegs genügt. Aus der Mitteilung der Städt. Krankenanstalt v. 10. Juli ergibt sich lediglich, daß die Bekl. am 23. März 1930 aus der dortigen Behandlung gebessert in weitere ärztliche Behandlung entlassen worden ist, und in der Bescheinigung des Spezialarztes für innere und Nervenerkrankheiten, Dr. B., v. 16. Juli 1930 ist nur gesagt, daß die Bekl. am 19. und 22. März sowie am 6. Juni und 14. Juli 1930 von ihm ambulant wegen nervöser Beschwerden behandelt worden sei. Weder durch die eine noch durch die andere Bescheinigung wird das glaubhaft gemacht, worauf es hier allein ankommt, nämlich, daß die Bekl. durch ihre Krankheit während der Zeit vom 13. März bis 13. April 1930 an der Wahrung ihrer Rechte verhindert gewesen sei, ohne für diesen Fall Vorsorge treffen zu können. Diese fehlende Glaubhaftmachung wird auch nicht ersetzt durch die in der Vorinstanz beigebrachten eidesstattlichen Versicherungen der Bekl. selbst, ihrer Mutter und des Fräulein B., denn diese eidesstattlichen Versicherungen sind teils nur allgemein gehalten, und soweit sie auf eine Beschreibung des Zustandes der Bekl. eingehen, lassen sie keinen Schluß zu, daß die Bekl. während des Laufs der Berufungsfrist außerstande gewesen sei, für die Einlegung der Berufung zu sorgen. Auch die erst in der Beschwerdefrist eingereichte weitere eidesstattliche Versicherung des Fräulein B., selbst wenn deren Berücksichtigung noch zulässig wäre, ändert hieran nichts.

(Beschl. v. 1. Nov. 1930; IX B 6/30. — Düsseldorf.) [H.]

13. §§ 170, 317 Abs. 4, 516, 519b ZPO. Die Unterschrift des ein Urteil von Anwalt zu Anwalt zustellenden Rechtsanwalts unter der Bescheinigung über die erfolgende Zustellung bedingt nicht auch den auf einer vorhergehenden Seite zur Ausfüllung durch Unterschrift vorbereiteten, aber nicht durch Unterschrift ausgefüllten Beglaubigungsvermerk, wenn nicht ein dahingehender Wille ersichtlich gemacht ist. Die Zustellung ist infolge Fehlens der Unterschrift unter dem Beglaubigungsvermerk unwirksam.

Unter der zugestellten Urteilsabschrift befanden sich zwei Vermerke, auf der Vorderseite: Beglaubigt ... Rechtsanwalt;

und auf der Rückseite: Umstehendes Urteil stelle ich hiermit Herrn Rechtsanwalt G. von Anwalt zu Anwalt zu. Essen, den 9. Okt. 1929. gez. D., Rechtsanwalt. Nur der zweite Vermerk war also durch Einfügung der Unterschrift an der dafür vorgesehenen Stelle ausgefüllt.

Das OVG. ist der Ansicht, daß diese Unterschrift auch auf den ersten Vermerk bezogen werden müsse. Dem kann indes nicht beigezogen werden. Gewiß hätte der N. mit einem Namenszug beide Vermerke unterzeichnen können. Dann hätte er diese Absicht aber irgendwie ersichtlich machen müssen, sei es auch nur dadurch, daß er das vorgeschriebene Wort „Rechtsanwalt“ unter dem ersten Vermerk ausgestrichen hätte. Indem er aber das für die Einfügung zweier Unterschriften vorgerichtete Schriftstück unverändert und die für die eine Unterschrift vorgesehene Stelle unausgefüllt gelassen hat, hat er es, wenn er gleichwohl den Willen zur Beglaubigung der Urteilsabschrift gehabt haben sollte, doch an zweifelsfreier Erkennbarmachung dieses Willens fehlen lassen. Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, der Sinn und Zweck der Übergabe der Urteilsabschrift habe ergeben, daß die Abschrift beglaubigt sein sollen. Denn dieser Sinn und Zweck schlossen doch nicht aus, daß die Beglaubigung aus Versehen unterblieben war. Die Berufungsfrist konnte aber nur durch die Zustellung einer wirklich beglaubigten Abschrift in Lauf gebracht werden, nicht durch die Zustellung einer solchen, die hatte beglaubigt werden sollen, es aber tatsächlich nicht war. Zudem würde die Beglaubigung eine vorherige Durchsicht der ersten Seite des Schriftstücks auf ihre Übereinstimmung mit der Urschrift vorausgesetzt haben; daß der N. dabei die Lücke nicht bemerkt oder sie absichtlich unausgefüllt gelassen hätte, ist nicht anzunehmen. Ebenso wenig läßt sich aus der Vorbehaltlosigkeit des Empfangsbekanntnisses des Gegenanwalts ein Einwand herleiten, weil die Vorchrift der Beglaubigung der ausgehändigten Abschrift zwingenden Rechtes ist, aber auch nicht feststeht, daß der Gegenanwalt damals schon den Mangel bemerkt gehabt hätte.

Das Ur. muß daher wegen Verletzung der §§ 170, 317 Abs. 4, 516, 519b ZPO. aufgehoben werden.

(U. v. 31. Jan. 1931; 340/30 IX. — Hamm.) [H.]

14. §§ 230 ff. ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unerklärlichem Verlust des anzusehenden Urteils. †)

Das OVG. hält eine Wiedereinsetzung schon deshalb nicht für zulässig, weil der Beschwerf. behauptet, das am 19. April 1930 zugestellte Urteil sei auf eine absolut unerklärliche Weise nicht zu den Akten gekommen; wenn der Beschwerf. nicht einmal die Ursache der Fristversäumung aufklären könne, so könne auch nicht nachgeprüft werden, ob die Fristversäumung auf einem unabwendbaren Zufall beruhe. Damit werden zu große Anforderungen an die tatsächliche Begründung des unabwendbaren Zufalls gestellt. Dieser wird gerade sehr häufig darin bestehen, daß ein Schriftstück verlorengegangen ist. Die Art des Abhandenkommens wird aber nur in den seltensten Fällen festgestellt werden können. Es muß daher in der Regel genügen, daß ein Schriftstück, dessen Zustellung eine Frist in Lauf setzt, dem Kl., ohne daß ein Verschulden seinerseits vorliegt, zu spät vorgelegt worden ist, und daß dies mit großer Wahrscheinlichkeit auf einem Abhandenkommens des Schriftstücks beruht (so auch RZP. 1922, 740¹³ und Friedrichs: ZB. 1930, 107). Auch ein eigenes Verschulden des klägerischen Kl. kann man nicht darin finden, daß er bei Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses das zugestellte Schriftstück nicht genauer angesehen und sich dessen Wichtigkeit ein-

Zu 14. Die Entsch. ist zu begrüßen. Sie tritt einer für Partei und Anwalt schwer erträglichen Anglichkeit bei Anwendung der Wiedereinsetzungsvorschriften entgegen. Ist glaubhaft gemacht, daß ein Schriftstück abhanden kam und voraussichtlich aus diesem Grunde die Wahrung einer Notfrist unterblieb, so muß dies in der Tat zur Wiedereinsetzung genügen. Man kann der Partei nicht zumuten, die Ursache der Fristversäumung in weiterem Umfang aufzuklären; man würde ihr damit die meist unmögliche Klarstellung der Art und Weise, wie die Urkunde verlorenging, zu Unrecht aufbürden. — Nicht minder verdient es volle Billigung, wenn das OVG. auspricht: man könne einem Anwalt nicht anfinnen, daß er alle durch seine Hand gehenden wichtigen Urkunden im Gedächtnis behalte und das hiernach Erforderliche anordne, und er sei ebenso-

geprägt hat, so daß er es aus dem Gedächtnis verlor oder daß er es trotz dieser Aufmerksamkeit bei der Zustellung später aus dem Gedächtnis verloren hat. Bei starkem Geschäftsbetrieb kann es einem *RA.*, wie auch einem Beamten, nach der Erfahrung des Lebens, doch geschehen, daß er auch den Eingang eines wichtigen Schriftstücks bald wieder aus dem Gedächtnis verliert. Zur Verhütung der damit verbundenen Schädigungen dient gerade die Geschäftsordnung, die in der Regel die rechtzeitige Wiedervorlage des Schriftstücks gewährleistet. Man kann auch nicht verlangen, daß jeder *RA.* persönlich einen Fristenkalendarer führt, in dem er in einer Fristsache das zugestellte Schriftstück und die Frist vermerkt, was natürlich geschehen müßte, ehe er das Schriftstück an das Büro zur weiteren Bearbeitung weitergibt. Es muß vielmehr genügen und genügt, auch nach den Anschauungen der sorgfältigen Anwälte, daß der Anwalt die nötigen Anordnungen getroffen hat, die bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang die Notierung der Frist und die rechtzeitige Vorlage an den die Sache bearbeitenden *RA.* sicherstellen (vgl. Bemerkungen von Geiershöfer: *JW.* 1929, 3325¹³ zu *JW.* 1929, 2770²⁰ und Anm. von Scanzoni dazu). Fraglich könnte dagegen sein, ob nicht durch die Anordnung, daß das nach Zustellung des Urteils vom Bürovorsteher entworfene Benachrichtigungsschreiben mit den Akten an die Kanzlei zur Ausfertigung ging und erst das ausgefertigte Schreiben mit den Akten dem *RA.* zur Unterschrift vorgelegt werden sollte, die Verfümmung der Frist erleichtert wurde. Es bestand dann doch die Gefahr, daß das zugestellte Schriftstück nebst der Zustellungsurkunde auf dem mehrfachen Wege vom Bürovorstand zur Kanzlei und dem Anwalt und umgekehrt verloren ging. Eine Kontrolle aus den Akten war nicht möglich, wenn diese mit in die Kanzlei gingen, auch wenn in den Akten die Frist notiert war. So wurde nach der Erklärung der klägerischen Vertreter bei diesen verfahren. Es wurde aber nach der gleichen Erklärung auch ein Fristenkalendarer geführt. Wenn, was anzunehmen ist, nach Anordnung der *RA.* in der Regel der Eintrag in den Fristenkalendarer erfolgte, bevor die Akten in die Kanzlei gegeben wurden, so konnte nach diesem die Einhaltung der Frist kontrolliert werden. Die klägerischen Prozeßbevollmächtigten haben also alles getan, was erforderlich war, um bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang die Einhaltung der Berufungsfrist zu gewährleisten. Daraus ergibt sich der Schluß, daß es auf einem unabwendbaren Zufall beruht, wenn das zugestellte Urteil nicht zu den Akten gekommen und mit diesem dem bearbeitenden *RA.* innerhalb der Berufungsfrist vorgelegt worden ist.

Hiernach war dem *RA.* die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen.

(Beschl. v. 4. Nov. 1930; B 23/30 II. — Breslau.) [Ru.]

15. §§ 232 Abs. 2, 233, 238 Abs. 2 Satz 1, 519 b Abs. 2 ZPO.

1. Gegen den die Wiedereinsetzung gegen die Verfümmung der Berufungsfrist ablehnenden Beschluß ist die sofortige Beschwerde gegeben.

wenig verpflichtet, persönlich einen Fristenkalendarer zu führen; nur müsse er die nötigen Bestimmungen treffen, damit ein solcher Kalendarer von einem zuverlässigen Angestellten geführt werde. — Bedenken hat das *RG.* dagegen, daß nach der Übung eines Anwaltsbüros ein zugestelltes Urteil zunächst mit dem für die Partei bestimmten Benachrichtigungsschreiben des Bürovorstehers und mit den Akten an die Kanzlei geht und dann erst mit der Ausfertigung des vom Anwalt zu unterzeichnenden Schreibens und den Akten dem Anwalt zur Unterschrift vorgelegt wird. Die Bedenken hält es freilich für nicht durchschlagend, sofern alsbald nach Eintreffen des Urteils ein Eintrag im Fristenkalendarer gemacht wird; dem ist gewiß beizutreten. Man darf sogar weitergehen. Gewiß ist es aller Regel nach geboten, daß ein Kalendereintrag gefertigt wird, sobald eine fristeröffnende Zustellung an den Anwalt gemacht wird. Anordnungen, die dies sicherstellen, sind nötig; ihre Unterlassung ist schuldhaft. Aber nicht beanstanden darf man es, wenn die Akten in der oben geschilderten Weise hin- und herwandern. Zwar kann dabei natürlich ein Schriftstück in Verlust geraten. Aber diese Gefahr ist in einem Büro, in dem nicht etwa nachlässige Angestellte tätig sind, nicht hoch anzuschlagen. Sie ist so gering, daß man ihretwegen ein sonst als zweckmäßig erprobtes Hin- und Herwandern der Akten nicht unterlassen braucht.

SenPräs. Dr. Levis, Karlsruhe.

2. Nicht ein unabwendbarer Zufall, sondern Verschulden des Vertreters liegt vor, wenn die Verspätung der Einlegung der Berufung darauf zurückzuführen ist, daß der Prozeßbevollmächtigte bei der Notierung des Zustellungstags den amtlichen Zustellungsvermerk auf dem Briefumschlag unbeachtet gelassen hat.

3. Die arme Partei, die ungeachtet ihrer Armut einen Anwalt mit der Einlegung der Berufung beauftragt hatte, kann sich zur Begründung eines Wiedereinsetzungsantrages nicht auf die späte Bewilligung des Armenrechts berufen, wenn nicht ihre Mittellosigkeit, sondern ein Versehen des Anwalts bei der Berechnung der Berufungsfrist die Verspätung der Einlegung verursacht hat.†)

Durch Urteil des *VG.* war die Ehe des Beschwerd. aus seinem alleinigen Verschulden geschieden worden. Das Urteil war von Amts wegen zugestellt worden. Ausweislich der Zustellungsurkunde hatte der Postbote beurkundet, daß er den — die Urteilsausfertigung enthaltenden — Brief dem Empfänger *RA. B.*, dem damaligen Prozeßbevollmächtigten des Beschwerd., selbst am 17. Mai 1930 im Geschäftsbüro übergeben habe.

Am 6./7. Juni 1930 ließ der Beschwerd. durch den von ihm nuncmehr bevollmächtigten *RA. D.* um die Bewilligung des Armenrechts für die Berufung nachsuchen. Dem Gesuche wurde stattgegeben und der das Armenrecht bewilligende Beschluß des *VG.* v. 23. Juni 1930 dem *RA. D.* am 28. Juni 1930 zugestellt.

Schon vorher hatte der Beschwerd. durch seinen letztgenannten Prozeßbevollmächtigten mit Berufungsschrift vom 19. Juni 1930, eingegangen beim *VG.* am selben Tage, Berufung gegen das landgerichtliche Urteil einlegen lassen. Mit Schreiben v. 31. Okt. 1930 wies das Gericht den Prozeßbevollmächtigten des Beschwerd. darauf hin, daß das Urteil am 17. Mai 1930 zugestellt, dagegen die Berufungsschrift erst am 19. Juni 1930 eingegangen sei; zugleich wurde ihm anheingegen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen, sofern die Voraussetzungen dafür vorlägen. Der Prozeßbevollmächtigte antwortete am 5. Nov. 1930, die Berufung sei rechtzeitig eingelegt; die Zustellung sei am 19. Mai 1930 erfolgt, wie *RA. B.* bezeugen könne; eine etwa davon abweichende Beurkundung sei unrichtig, da die zugestellte Urteilsausfertigung erst am 17. Mai 1930 vollzogen sei.

Am 10. Nov. 1930 stand Verhandlungstermin vor dem *VG.* an. Dabei wurde der Prozeßbevollmächtigte des Beschwerd. nochmals auf die Verfümmung der Berufungsfrist hingewiesen.

Am 18. Nov. 1930 beantragte der Beschwerd., ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Verfümmung der Berufungsfrist zu gewähren.

Mit Beschl. v. 15. Dez. 1930, zugestellt am 24. Dez. 1930, verwarf das *VG.* die Berufung des Beschwerd. unter gleichzeitiger Ablehnung des Wiedereinsetzungsgesuchs als un-

Zu 15. Der Entsch. ist beizupflichten. Neue Rechtsfälle stellt sie übrigens nirgends auf. 1. Wird die Wiedereinsetzung gegenüber der Verfümmung der Berufungsfrist verweigert, dann ist der Beschluß nach §§ 238 Abs. 2, 519 b Abs. 2 ZPO. mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar (so auch außer *RG.* 108, 347 u. 384; *BayAbfz.* 1925, 132; *SchöftRspr.* 1928 Nr. 1359; *Recht* 1930 Nr. 1774; *Scholz*; *JW.* 1930, 3313 unter 1 A.). 2. Wird durch eine Zustellung von Amts wegen eine Frist in Lauf gesetzt, dann kommt dem Vermerk auf dem Briefumschlag, wodurch der Zustellungstag festgestellt wird (§ 212 Abs. 1 ZPO.), besondere Bedeutung zu. Der hier angegebene Tag ist vom Anwalte bei der Fristüberwachung zugrunde zu legen. Geht der Anwalt oder auf seine Nachricht hin die Partei von einem andern Tage aus und wird infolgedessen die Frist nicht gewahrt, dann ist dieser — schuldhaft — Fristverfümmung gegenüber eine Wiedereinsetzung ausgeschlossen (so auch *Recht* 1930 Nr. 2058). 3. Ist auf ein rechtzeitig eingereichtes Gesuch hin das Armenrecht erst nach Fristablauf bewilligt und deshalb die Frist von der Partei nicht gewahrt worden, dann liegt in der verspäteten Armenrechtsentsch. ein Wiedereinsetzungsgrund. Dies trifft aber nicht zu, wenn sich die Partei schon vor Fristablauf anwaltschaftlichen Schutz zu verschaffen mußte und trotzdem — infolge eines Versehens der Partei oder ihres Vertreters — die Fristwahrung unterblieb (so auch *Recht* 1930 Nr. 1772).

SenPräs. Dr. Levis, Karlsruhe.

zulässig. Dagegen richtete sich die sofortige Beschwerde des Kl. v. 7. Jan. 1931, eingegangen beim BG. am gleichen Tage, womit erstrebt wurde, daß unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gewährt werde.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und form- und fristgemäß eingelegt (§§ 567 Abs. 3, 519 b Abs. 2, 547 Ziff. 1, 577, 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO.). Dies gilt insbes. auch insoweit, als die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist abgelehnt worden ist (RG. 108, 347¹).

Das BG. hat zunächst geprüft, ob das landgerichtliche Urteil am 17. oder, wie der Beschwerf. angibt, erst am 19. Mai 1930 zugestellt worden ist. Es hat das erste angenommen und die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung und ihrer Beurkundung festgestellt. Dies ist tatsächlich wie rechtlich nicht zu beanstanden. (Das wird nun näher ausgeführt.)

Das Gesuch um Wiedereinsetzung i. d. v. St. hat das BG. mit der Erwägung abfällig beschieden, daß der Umschlag des dem Kl. B. übergebenen Briefs, worin sich die Urteilsausfertigung befand, nicht den 19., sondern den 17. Mai 1930 als Vermerk des Zustellungstages aufgewiesen habe; Kl. B. hätte deshalb auch diesen Tag und nicht den 19. Mai 1930 als Zustellungsvermerk auf die Urteilsausfertigung setzen und in seine Handakten eintragen müssen. Es läßt sich nicht beanstanden, wenn das BG. in diesem Verfahren des Kl. B. ein Versehen erblickt hat, das der Beschwerf. nach § 232 Abs. 2 ZPO. gegen sich gelten lassen müsse. In der Tat stellt es ein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten dar, wenn er den amtlichen Zustellungsvermerk auf dem Briefumschlage, der bei der Zustellung von Amts wegen die sonst vorge schriebene Übergabe der Abschrift der Zustellungsurkunde (§§ 190 Abs. 3, 195 Abs. 2 ZPO.) zu ersetzen bestimmt ist, demnach den Zustellungsempfänger auf die für das weitere Verfahren maßgebende Zustellungszeit hinzuweisen und ihm den Nachweis der Zustellung zu sichern bezweckt, wenn er den einzigen amtlichen Zustellungsnaehweis, der sich in seinem Besitze befinden konnte, bei der von ihm vorgenommenen Vormerkung unbeachtet ließ, abgesehen davon, daß ihm die Zeit der Zustellung, da er den Brief selbst in Empfang genommen hatte, auch selbst bekannt sein mußte. Die Annahme des BG., daß jener Nachweis auch tatsächlich vorhanden war, hat der Beschwerf. auch in diesem Zusammenhange unwiderprochen gelassen, somit als richtig bestätigt. Er hat auch nichts dafür beigebracht, daß und insoweit diese von seinem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz zu vertretende Unterlassung aus besonderen Gründen als unabwendbarer Zufall i. S. § 233 ZPO. anerkannt werden könnte. Er führt in der Beschwerde zu deren Begründung vielmehr nur an, daß das von ihm nachgesuchte Armenrecht erst nach Ablauf der Berufungsfrist bewilligt worden und daß er durch die unverschuldete Annahme rechtzeitiger Berufungseinlegung daran gehindert worden sei, die Berufung nachzuholen. Zwar ist im Falle des Unvermögens der Partei grundsätzlich davon auszugehen, daß, solange ihr nicht ein Armenanwalt beigeordnet ist, ein „unabwendbarer Zufall“ sie hindert, die dem Anwaltszwange unterliegende fristwahrende Prozeßhandlung vorzunehmen (Stein-Jonas § 233 Anm. II 1 Abs. 3). Im vorliegenden Falle lag in dessen Grund der Fristversäumung nicht in dem Unvermögen des Beschwerf. zur Aufbringung der Kosten behufs Bestellung eines Anwalts, sondern in der von seinem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz zu vertretenden falschen Berechnung des Fristenlaufs. Tatsächlich hat er die erforderlichen Mittel aufgebracht und durch einen beim BG. zugelassenen Anwalt Berufung einlegen lassen, wenn auch verspätet. Daß diese Verspätung auf seine Mittellosigkeit zurückzuführen gewesen wäre, hat er selbst nicht geltend gemacht. Übrigens wäre ein solches Hindernis der rechtzeitigen Berufungseinlegung schon mit der Zustellung des Beschlusses über die Armenrechtsbewilligung am 28. Juni 1930 behoben gewesen, während die Wiedereinsetzung i. d. v. St. erst am 18. Nov. 1930, also nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist (§ 234 ZPO.) beantragt worden ist. Daß der Prozeßbevollmächtigte des Beschwerf. in zweiter Instanz ohne Verschulden annahm, die Berufung sei rechtzeitig eingelegt, hätte nur dann bei der Wiedereinsetzung berücksichtigt

werden können (vgl. Beschl. des RG. v. 19. Jan. 1926, IV B 2/28; RGWarn. 1928 Nr. 51), wenn nicht die Verschämung des Prozeßbevollmächtigten des Beschwerf. erster Instanz unmittelbar zurückzuführen wäre (§ 232 Abs. 2 ZPO.). Da sonach die Verschämung der Berufungsfrist als eine unverschuldete nicht angesehen werden kann, so ist die Beschwerde auf Kosten des Beschwerf. (§ 97 Abs. 1 ZPO.) als unbegründet zurückzuweisen.

(Beschl. v. 22. Jan. 1931; VIII B 4/31. — Berlin.) [H.]

16. § 233 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn die Fristversäumung auf das vereinzelte Versehen eines zuverlässigen Angestellten bei genügender organisatorischer Einrichtung zurückzuführen ist.

Aus den von der Befl. beigebrachten Versicherungen, die allerdings in wichtigen Stücken erst durch Beilagen zur Beschwerdebefrist ergänzt worden sind, ergibt sich folgender glaubhaft gemachter Sachverhalt:

Die Befl. beschäftigt ungefähr 40 kaufmännische und ebensoviel technische Angestellte. Der tägliche Briefeingang beträgt im Durchschnitt mehrere hundert Stück. Die Kasse wird durch die Hauptbuchhaltung kontrolliert. Außerdem finden in regelmäßigen Abständen Kassenrevisionen durch eine Treuhandgesellschaft statt. Auch macht der Geschäftsführer dann und wann Stichproben. — Es handelt sich demnach um einen verhältnismäßig großen Geschäftsbetrieb.

Die Kassenführung war der Sekretärin Frau R. unterstellt. Ihr mußten alle eingehenden Rechnungen vorgelegt werden; sie hatte sie zu buchen und zu begleichen. Seit drei Jahren schon übte sie diese Tätigkeit bei der Befl. aus, ohne daß Unregelmäßigkeiten vorgekommen waren; es wird ihr sorgfältige, gewissenhafte Erfüllung der ihr zugeteilten Pflichten bescheinigt.

Am 27. Aug. 1930 hatte Frau R. in einer anderen Streitfache der Parteien eine Kostenrechnung über 138,48 *R.M.* bezahlt. Als nach einer Reihe von Wochen der Geschäftsführer Kaufmann T. sie mit Bezug auf die gegenwärtige Sache fragte, ob die Kostenrechnung schon bezahlt sei, antwortete sie: ja, das sei längst geschehen. Die gleiche Auskunft gab sie auf wiederholte Erkundigungen einem Angestellten der Rechtsabteilung des Geschäfts. Sie befand sich bei diesen Bescheiden im Irrtum, weil sie davon ausging, es handle sich unter den Parteien nur um einen einzigen Rechtsstreit (jenem mit der Rechnung über 138,48 *R.M.*), während tatsächlich deren zwei schwebten. Die Rechnung über die 195,46 *R.M.* des vorliegenden Prozesses war nämlich, während Frau R. krank oder beurlaubt war, von der sie vertretenden Kontoristin Else W. in das darüber zu führende Kontrollblatt eingetragen worden. Dabei hatte Else W. jedoch versehentlich unterlassen, den Tag, bis zu dem die Rechnung bezahlt werden mußte, in den dafür bestimmten Termin- und Fristenkalendar zu vermerken. — Auch die Kontoristin W. war bei der Befl. schon seit mehreren Jahren angestellt; der vorige Geschäftsführer hatte sie dem jetzt im Betrieb allein tätigen als erprobt und zuverlässig empfohlen.

Danach ist es auf das vereinzelte Versehen der sonst zuverlässigen Kontoristin W. zurückzuführen, daß die Frist für den Nachweis der Prozeßgebührzahlung veräußt wurde. Die Einrichtungen für Buchführung, Kassengeschäfte, Arbeitsabteilung und Aufsicht waren nach den — allerdings erst im Beschwerdeverfahren ergänzten — Bescheinigungen so getroffen, daß sie billigen Anforderungen an Betriebe dieses Umfangs genügen. Daß eine für Ordnung und Beaufsichtigung des Unternehmens verantwortliche Person, namentlich der Geschäftsführer, die Sorgfaltspflicht verletzt habe, erhellt nicht. Nach den glaubhaft gemachten Umständen ist die Fristversäumung auf unabwendbaren Zufall zurückzuführen (RG. 120, 187, 248; 126, 230).

(Beschl. v. 24. Jan. 1931; 1/31 IB. — Berlin.) [Ra.]

17. § 232 Abs. 2 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Unabwendbares Ereignis liegt vor, wenn bei ordnungsmäßigem Bürobetrieb ein nach Dienstschluß eingegangener, dem abwesenden Bürovorsteher von dem am

nächsten Tage (Sonntag) verreisenden Rechtsanwalt auf seinen Arbeitsplatz gelegter Auftrag zur Berufungseinlegung bei Aufnahme des Dienstbetriebes am nächsten Bürotage versäumt ist und dadurch die Berufungsfrist versäumt wird. †)

Nach der glaubhaften Darstellung des Prozeßbevollmächtigten ist die Versäumung der Berfrist dadurch verursacht worden, daß dieser den Auftrag seiner Partei zur Einlegung des Rechtsmittels, den er am 12. Juli, einem Sonnabend, nach Schluß der Bürostunden durch die Post erhalten hatte, seinem Bürovorsteher auf den Schreibtisch legte, der Brief aber von dort am Montag Morgen, als der Bürovorsteher seinen Dienst aufnahm, verschwunden war und erst am Dienstag, nach Ablauf der Frist, wieder zum Vorschein kam. Der Rechtsanwalt hatte danach die zur Einleitung der sachgemäßen Bearbeitung geeigneten Maßnahmen ergriffen, und es muß einem unabwendbaren Zufall, wie er im Bürobetrieb auch bei sorgfältiger Einrichtung und Überwachung vorkommen kann, zugeschrieben werden, daß die Maßnahme nicht zum Erfolge führte. Wenn das RG. meint, der Rechtsanwalt habe, zumal da er am Tage nach Eingang des Auftrags verreiste, durch besondere Maßnahme für die rechtzeitige Erledigung des Auftrags sorgen müssen, so überspannt es die an die berufliche Sorgfalt zu stellenden Anforderungen. Der Rechtsanwalt durfte sich auf sein zuverlässiges Personal und den von ihm für die Dauer seiner Abwesenheit bestellten Vertreter verlassen.

(Beschl. v. 23. Jan. 1931; VII B 7/31. — Berlin.)

18. §§ 223, 234 ZPO. Die Wiedereinsetzungsfrist von zwei Wochen wird in Nichtferiensachen durch die Gerichtsferien gehemmt. †)

Dem Besl. lief gegen das am 13. Mai 1930 zugestellte landgerichtliche Urteil eine Berufungsfrist bis 13. Juni. Er hat in einem am 6. Juni beim RG. eingereichten näher begründeten Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die Berzinst. gebeten. Durch Beschl. v. 2. Juli, zugestellt dem Prozeßbevollmächtigten des Besl. am 11. Juli 1930, hat der 18. ZivSen. des RG. das Armenrecht wegen Ausichtslosigkeit der weiteren Rechtsverteidigung verweigert. Auf eine sofort am 11. Juli eingereichte Vorstellung des Besl. hat der 4. ZivSen., der das Gesuch nach einem bei den Akten befindlichen Vermerk anscheinend als Feriensache betrachtete, weil Berufung noch nicht eingelegt war, mit Beschl. vom 23. Juli 1930 „unter Abänderung des Beschl. v. 2.“ das Armenrecht für den Besl. bewilligt. Dieser Beschluß ist dem Prozeßbevollmächtigten des Besl. am 25. Juli zugestellt worden. Dem folgte die Einlegung der Berufung mit Wiedereinsetzungsantrag mittels des v. 25. Juli datierten, am 26. bei Gericht eingereichten Schriftsatzes II 152. Der 18. ZivSen. des RG. hat durch den rechtzeitig mit der sofortigen Beschwerde angefochtenen Beschl. v. 24. Sept. 1930, zugestellt am 8. Okt., die Berufung als unzulässig verworfen, weil nach der Zustellung des ersten, das Armenrecht verweigernden Bescheids am 11. Juli Berufung mit Wiedereinsetzungsantrag bis spätestens 25. Juli hätte eingereicht werden müssen.

Dem kann nicht beigegeben werden. Das RG. irrt, wenn es annimmt, daß die Frist für den Wiedereinsetzungsantrag am 25. Juli abgelaufen sei. Die Sache selbst, Klage aus einem durch Abtretung erlangten Gesellschaftsausgliederungsanspruch, war keine Feriensache; sie ist es nicht dadurch ge-

worden, daß nach längst erfolgtem Ablauf der Notfrist für die Einlegung der Berufung der ZivSen. eine Entsch. über die Vorstellung gegen die Verweigerung des Armenrechts getroffen hat. Die Wiedereinsetzungsfrist von zwei Wochen nach § 234 ZPO. ist aber auch keine Notfrist. Ihr Lauf wird durch die Gerichtsferien gehemmt (§ 223 Abs. 1 Satz 1 vgl. mit Abs. 2 ZPO. s. die Entsch. bei Stein-Jonas § 234 Note 2). Berechnet v. 11. Juli 1930 als dem Tag der Bekanntmachung der Armenrechtsverweigerung wäre sie erst mit dem 26. Sept. 1930 abgelaufen. Der Wiedereinsetzungsantrag v. 26. Juli war daher keinesfalls verspätet, da ein früherer Beginn des Laufes dieser Frist — die die Beschwerde nach Aufhebung des Beschl. v. 2. Juli durch den Beschl. v. 23. erst mit dessen Zustellung beginnen lassen will, wobei gleichfalls die Einwirkung der Ferien übersehen wird — nicht in Betracht kommt. Ob man nun das Hindernis der unverschuldeten Anwaltlosigkeit, das die Versäumung der Notfrist für die Einlegung der Berufung herbeigeführt hat, am 11. oder am 25. Juli für gehoben erachtet, in keinem Falle ist der Wiedereinsetzungsantrag verspätet. Da der Vorberrichter in seinem Beschluß anerkennt, daß das erste Armenrechtsgesuch so rechtzeitig angebracht worden sei, daß bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang auf Bescheidung innerhalb der Rechtsmittelfrist gerechnet werden konnte und das Nichteintreten dieser rechtzeitigen Bescheidung ein unabwendbarer Zufall für den Besl. ist — dem auch bei einer Ablehnung vor Ablauf der Rechtsmittelfrist noch eine angemessene Frist für die Rechtsmittelinlegung hätte zugebilligt werden müssen (RGUrt. v. 1. Dez. 1919, VI 353/19; 10. Juni 1929, VIII 191/29; Beschl. v. 3. Juli 1930, VIII 341/30¹); 14. Okt. 1929, VIII 344/29; JW. 1930, 147²⁶) —, so ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründet. Danach ist das eingelegte Rechtsmittel als zulässig zu erklären. Damit erübrigt sich eine Erörterung der Frage, ob nicht in einem Fall, wie dem vom Vorberrichter zugrunde gelegten, daß auf sofortige Vorstellung das zunächst einmal allerdings endgültig (§ 567 Abs. 3 ZPO.) verweigerte Armenrecht noch innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist bewilligt, aber so spät bekannt gemacht wird, daß eine Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags und der Rechtsmittelfrist bis zum Ablauf der Frist nicht mehr erfolgen kann, dem Rechtsmittelf. noch eine kurz bemessene Frist zur Ausnutzung der Bewilligung zugestanden werden muß. Obgleich es gegen den Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist keine Wiedereinsetzung gibt, würde der Fall der sofortigen begründeten Vorstellung, ähnlich wie der Fall der zulässigen und begründeten Beschwerde gegen die Armenrechtsverweigerung schon nach der bisherigen Rspr. zu einer Hinausschiebung des Fristbeginns führt, dazu nötigen, Mittel und Wege zu suchen, wie der Bewilligung doch zur erstrebten Wirkung verholfen werden kann, um erachtet des Festhaltens an RG. 117, 304, Beschl. v. 3. Juli 1930, VIII 341/30²), die unbegründeten und verspäteten Erneuerungen des Armenrechtsgesuchs die Beachtung versagen.

(Beschl. v. 24. Okt. 1930; B 22/30 II. — Berlin.) [Ru.]

19. §§ 233, 234 ZPO.

1. Das Unvermögen einer Partei, die Kosten des Rechtsstreits ohne Beeinträchtigung des für sie notwendigen Unterhalts zu bestreiten, ist in der Regel jedenfalls so lange als unabwendbarer Zufall anzusehen, als ihr die Entschei-

1) JW. 1930, 3311.

2) JW. 1930, 3311.

Zu 17. Die Entsch. liegt durchaus in der jetzt vom RG. und den Instanzgerichten folgerichtig vertretenen Linie. Danach ist bei normaler Leitung eines zuverlässigen Büros und sachgemäßer Bewirtschaftung die gehörige Sorgfalt gewahrt und unvorhergesehene Zwischenfälle, besonders solche, die nicht aufzuklären sind, stehen der Wiedereinsetzung nicht entgegen.

Geh. RA. Dr. Heilberg, Breslau

Zu 18. Der durch den Beschluß zum Ausdruck gebrachten Ansicht und Begründung ist im vollen Umfang beizupflichten. RG. bestätigt die gleichmäßig von ihm festgehaltene Meinung, daß die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung (§ 234 ZPO.), abgesehen von den Fällen des § 223 Abs. 2 a. a. O., keine Notfrist ist (JW. 1891, 198⁴; 1899, 336⁶). Auch der Satz, daß es gegen Versäumung der Frist auf Wiedereinsetzung keine Wiedereinsetzung gebe, entspricht der bisherigen Rspr. des RG.: JW. 1893, 382⁵. Zu be-

grüßen ist, daß RG., wenn es auch im Beschlusse das grundsätzliche Festhalten an seiner in RG. 117, 304 bekanntgewordenen Ansicht auspricht, dennoch die nach anfänglicher Verlegung des Armenrechts alsbald, wenn auch verspätet, erfolgte erfolgreiche Erneuerung des Armenrechtsgesuches als Wiedereinsetzungsgrund erachtet. Die später als unrichtig erkannte anfängliche Ablehnung des Armenrechts, infolge deren die Berufungsfrist veräußert wurde, ist mit Recht als unabwendbarer Zufall angesehen worden. Denn bei richtiger Beurteilung des unverändert gebliebenen Sachverhalts hätte schon auf das erste Gesuch das Armenrecht gewährt und rechtzeitig ein Pflichtanwalt zur Einlegung des Rechtsmittels bestellt werden können. Hierin liegt auch der Unterschied von dem RG. 117, 304 erwähnten Sachverhalt.

RA. Prof. Dr. Heinr. Frankenburg, München.

dung über ihr Armenrechtsgeſuch nicht bekanntgegeben worden iſt.

2. Daß die arme Partei in der Lage geweſen wäre, ſich aus eigenen Mitteln die Vertretung durch einen bei dem — im behandelten Falle auswärtigen — BG. zugelassenen Anwalt zu beſchaffen, iſt nicht ſchon daraus zu entnehmen, daß ſie ſpäter einen ſolchen Anwalt gefunden hat, der bereit war, unter gleichzeitiger Stellung von Armenrechts- und Wiedereinſetzungsanträgen die Berufung einzulegen.

3. Eingehen des Armenrechts fünf Tage vor Ablauf der Berufungsfrist für rechtzeitig erachtet.)

Der Scheidungsklage der Kl. hatte das LG. II Berlin gegen den nicht vertretenen geweſenen Beſkl. durch Urteil v. 21. Juni 1930 ſtatgegeben, daß beiden Parteien am 19. Juli 1930 von Amts wegen zuſteht worden iſt. Unter dem 15. Aug. 1930 ging von dem Büro des Kl. Dr. S. in Frankfurt am Main ein für ihn von dem dortigen Kl. Dr. S. unterſchriebener Schriftſatz v. 14. Aug. 1930 beim RG. in Berlin ein, in welchem u. a. namens des Beſkl. Berufung eingelegt und um Bewilligung des Armenrechts nachgeſucht wurde. Ein am 19. Aug. 1930 eingegangener, von Kl. Dr. S. ſelbſt unterſchriebener Schriftſatz v. 18. Aug. 1930 enthält eine ſachliche Vertretung des vorigen. Am 9. Sept. 1930 legte dann der beim RG. zugelassene Anwalt Dr. He. Berufung ein mit dem gleichzeitigen Antrage auf Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die Verſäumung der Be-

Zu 19. I. Die Entſch. beruht im weſentlichen auf den in der Praxis feſtſtehenden Regeln über die Behandlung der Verſäumung von Rechtsmittelfriſten wegen verſpäteter Erlangung der Entſch. über das Armenrecht. Nach dieſen gilt die Partei, die nicht in der Lage iſt, die Koſten des Rechtsstreites ohne Beeinträchtigung des für ſie notwendigen Unterhalts zu beſtreiten, zunächſt als durch einen unabwendbaren Zufall i. S. des § 233 ZPO. verhindert, die notwendigen proſeſſualen Schritte zu tun. Es kann ihr zunächſt nicht zugemutet werden, die erforderlichen Mittel unter Gefährdung des notwendigen Unterhalts aufzutreiben. Auch der urſächliche Zuſammenhang zwiſchen dem Fehlen dieſer Mittel und der Friſteinhaltung beſteht, da regelmäßig davon auszugehen iſt, daß die arme Partei, wenn ſie die hierzu erforderlichen Mittel zur Verfügung gehabt hätte, auch einen zur Einlegung des Rechtsmittels befugten Kl. gefunden hätte (RG.: JW. 1926, 1560; RG. 117, 305; RG.: JW. 1929, 3152⁶).

Dieſes Unvermögen kann aber nicht auf unabſehbare Zeit als unabwendbarer Zufall gelten, etwa bis es der armen Partei gelingt, die zur Weiterführung des Rechtsstreites erforderlichen Mittel aufzubringen. Sie iſt vielmehr verpflichtet, rechtzeitig für Befeitigung des Hinderniſſes der Armut Sorge zu tragen, indem ſie von dem geſchlich zur Verfügung ſtehenden Mittel, dem Geſuch um Bewilligung des Armenrechts, Gebrauch macht. Rechtzeitig iſt die Einreichung dann, wenn ſie ſo frühzeitig vor Ablauf der Rechtsmittelfriſt erfolgt, daß bei Bewilligung der beſtellte Armenanwalt noch rechtzeitig das Rechtsmittel einlegen kann, und bei Verſagung der Partei noch die Möglichkeit bleibt, ſelbſt durch Aufſtellung eines Prozeßbevollmächtigten für die Rechtsmittelinlegung zu ſorgen. Wegen Bemessung dieſer Friſt ſind verſchiedene Meinungen vertreten worden. Eine überſicht früherer Entſch. gibt Stein-Jonas § 233 II Riff. 3 in Fußnote 28. Das RG. hat neuerdings (JW. 1929, 1679²⁴) die Aufwendung der gebotenen Sorgfalt verneint, wenn 26 Tage ungenützt geblieben ſind. Hier hat das RG. Einreichung 5 Tage vor Friſt Ablauf für rechtzeitig erachtet. Eine beſtimmte Zahl von Tagen wird ein für allemal nicht angegeben werden können. Vielmehr muß auf die Verhältnisse des gegebenen Falles, insbeſ. auch in perſönlicher Hinſicht, abgeſtellt werden (vgl. auch Striemer: JW. 1929, 1679 Anm. zu Nr. 24).

Iſt das Armenrechtsgeſuch rechtzeitig geſtellt, ſo kann die Partei zunächſt abwarten, bis ihr die Entſch. über dasſelbe bekanntgegeben wird. Sie iſt nicht verpflichtet, vorher zur Wahrung der Friſt ſelbſtändig das Rechtsmittel einlegen zu laſſen; auch dann nicht, wenn ihr ſchließlich das Armenrecht verſagt wird. Erfolgt die Bekanntgabe erſt nach Ablauf der Rechtsmittelfriſt, ſo ergibt ſich aus der verſpäteten Zuſtellung, nicht aus der Fortdauer der Armut, ein Wiedereinſetzungsgrund für die arme Partei. Dieſes neue Hindernis gilt dem Kl. (RG. 117, 306) mit Bekanntgabe der ergangenen Entſch. als behoben. Die zweiwöchige Friſt des § 234 ZPO. laufe deshalb von dieſem Zeitpunkt ab und die Partei habe während derſelben Gelegenheit, die gebotenen Schritte zur Rechtsmittelinlegung vorzunehmen. In

zufungsfrist, der damit begründet war, daß Kl. Dr. S. Ende Aug. inſolge Krankheit und Todes ſeines Vaters von Frankfurt abſeind geweſen ſei und deshalb die Angelegenheit nur von ſeinem Vertreter mit Hilfe des Bürovorſtehers habe bearbeiten laſſen können. — Gegen den die Berufung des Beſkl. als unzuläſſig verwerfenden und das Armenrecht verſagenden Beſchluß des RG. v. 20. Sept. 1930 — dem Beſkl. am 16. Okt. 1930 zuſteht — hat der Beſkl. am 30. Okt. 1930 ſofortige Beſchwerde eingelegt mit der Begründung, es müſſe auch beachtet werden, daß vor Ablauf der Berufungsfrist eine Entſcheidung über das Armenrechtsgeſuch noch nicht eingegangen geweſen ſei und daß deshalb der Beſkl. damals noch nicht habe Stellung dazu nehmen können, ob er einen Berliner Kl. mit der Einlegung der Berufung beauftragen ſolle.

Dem Rechtsmittel war der Erfolg nicht zu verſagen.

Ob den Erwägungen des angefochtenen Beſchlusses, die den in ihm behandelten Wiedereinſetzungsgrund verneinen, beizutreten iſt, kann auf ſich beruhen bleiben. Denn die Wiedereinſetzung erſcheint aus einem anderen Grunde, wie er ſchon aus den im Wiedereinſetzungsantrage v. 9. Sept. 1930 angezogenen Prozeßvorgängen zu entnehmen iſt, gerechtfertigt.

Nach ſtändiger Rſpr. des RG. wird das Unvermögen einer Partei, die Koſten des Rechtsstreites ohne Beeinträchtigung des für ſie notwendigen Unterhalts zu beſtreiten, in der Regel jedenfalls ſo lange als ein unabwendbarer Zufall angeſehen, als ihr die Entſcheidung über ihr Armenrechtsgeſuch nicht bekanntgegeben worden iſt (RG. 117, 306).

Daß der hier im erſten Rechtszuge nach Verſagung des Armenrechts unvertreten gebliebene Beſkl. in der Lage geweſen

der neuen Entſch. des 8. Zivilſen. v. 19. Juni 1929 (Sächſiſche Rſpr. 1929 Nr. 2036) dagegen wird der neuen Partei nach Kenntnis von der abſehenden Entſch. eine „angemeſſene“ Friſt zugetan, die ſie zur Beſchaffung von Bargeld, Aufſuchen eines Anwalts, Rückſprache mit ihm u. ſ. w. benötigt, und mit deren Ablauf erſt von derhebung des Hinderniſſes geſprochen werden kann.

Die Fortdauer der Armut nach Ablehnung des Armenrechtsgeſuches kann als Wiedereinſetzungsgrund nicht mehr in Frage kommen; auch dann nicht, wenn wiederholte Armenrechtsgeſuche geſtellt werden. Es handelt ſich um den gleichen Gedanken, der durch Einreichung eines Armenrechtsgeſuches auch nur eine einmalige Hemmung der Friſt des § 519 Abf. 6 ZPO. für den Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr zuläſſt (RG.: JW. 1929, 3152⁶).

II. In der biſherigen Rſpr. des RG. — auch in der zit. Entſch. RG. 117, 306 und JW. 1929, 3152 — wurde in der Fortdauer der Armut nur die Rechtfertigung dafür geſehen, daß die Berufung nicht vor Erledigung des Armenrechtsgeſuches eingelegt wurde. Den Grund für die Wiedereinſetzung gegen die Verſäumung der Friſt bildete dagegen die Verſpätung der Bekanntgabe der Entſch. über das Geſuch. Die gegenwärtige Entſch. ſcheint dieſe Unterſcheidung zu verwiſchen, wenn ſie von dem Grundſatz ausgeht, daß Unvermögen der Partei ſei jedenfalls ſo lange als unabwendbarer Zufall anzusehen, als ihr die Entſch. über ihr Armenrechtsgeſuch nicht bekanntgegeben ſei. Tatſächlich ſtellt ſie aber in der Folge doch auch auf die grundlegende Frage ab, ob das Armenrechtsgeſuch rechtzeitig vor Ablauf der Berufungsfrist geſtellt wurde. Nach deren Bejahung kam es dann allerdings nach der biſherigen Konſtruktion nicht mehr darauf an, ob das auf dem Unvermögen beruhende Hindernis auch nach Friſt Ablauf noch fortbeſtand.

Durfte die Partei nach rechtzeitiger Einreichung ihres Geſuches die Bekanntgabe des Erfolges abwarten, ſo konnte es ihr für die Frage der Wiedereinſetzung auch nicht von Schaden ſein, wenn ſie ſelbſt vor dieſem Zeitpunkt durch einen Prozeßbevollmächtigten das Rechtsmittel nachholen ließ. Das RG. hat auch m. R. angenommen, daß aus der Tatſache allein, daß die Partei nachträglich einen beim BG. zugelassenen Anwalt zu ihrer Vertretung bereit fand, noch nicht entnommen werden kann, daß ein Unvermögen zur Koſtenbeſtreitung nicht gegeben war.

III. Hervorhebung verdient noch der Umſtand, daß das RG. die Wiedereinſetzung aus einem Grunde gewährt hat, der erſt in der Beſchlußfriſt geltend gemacht wurde. Dem aus § 236 Abf. 1 Nr. 1 ZPO. ſich ergebenden Erfordernis der „Angabe der die Wiedereinſetzung begründenden Tatſachen“ erachtet das RG. dadurch Genüge getan, daß der durchſchlagende, urſprünglich nicht geltend gemachte Grund ſchon „aus den im Wiedereinſetzungsantrage angezogenen Prozeßvorgängen zu entnehmen“ war. Ob die im Antrage ausdrücklich als Wiedereinſetzungsgrund geltend gemachten Tatſachen die Wiedereinſetzung gerechtfertigt hätten, muß zweifelhaft erſcheinen.

Kl. Dr. Krakenberger, Nürnberg.

wäre, sich aus eigenen Mitteln die Vertretung durch einen beim O.G. (R.G.) zugelassenen Anwalt zu beschaffen, wenngleich er in Frankfurt am Main einen Anwalt beauftragt hatte, der im Hinblick auf § 78 I ZPO. lediglich das Armenrechtsgesuch eingzureichen befugt war, ist auch daraus nicht zu entnehmen, daß er nachträglich einen beim O.G. zugelassenen Anwalt gefunden hat, der bereit war, unter gleichzeitiger Stellung der Armenrechts- und Wiedereinsetzungsanträge die Berufung einzulegen.

Demnach wäre, da das Armenrechtsgesuch des Frankfurter Anwalts v. 14. Aug. 1930 — nach Ansicht des erst. Sen. rechtzeitig vor Ablauf der Berufungsfrist — beim O.G. eingegangen war, das auf dem Unvermögen des Bekl. zur Kostentragung beruhende Hindernis zum mindesten nicht gehoben gewesen, ehe die Berufung tatsächlich eingelegt worden war (9. Sept. 1930). Hatte der Bekl. gleichzeitig mit der Berufung den Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt, so fällt dessen Eingang zusammen mit dem Zeitpunkt der Behebung des Hindernisses. Der Antrag ist also als rechtzeitig und ordnungsgemäß gestellt und wegen Vorliegens eines für den Bekl. unabwendbaren Zufalls auch als begründet anzusehen.

(Beschl. v. 10. Nov. 1930; VIII B 41/30. — Berlin.) [S.]

****20.** §§ 246, 248, 249 ZPO. Ein nach Einlegung der Berufung zugestellter Aussetzungsbefehl des Prozeßgerichtes erster Instanz ist unwirksam. Ein Rechtsirrtum der Partei oder ihres Anwaltes gewährt, auch wenn er sich auf beachtliche Gründe stützt, nicht schon deshalb allein einen Wiedereinsetzungsgrund. †)

Durch Urte. des O.G. II Berlin v. 17. April 1930, das den beiden Bekl. am 12. Mai 1930 zugestellt worden ist, sind diese zur Zahlung von 525 RM verurteilt worden. Am 7. Juni 1930, eingegangen bei dem O.G. am 10. Juni 1930, hat der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. in erster Instanz angezeigt, daß der Bekl. zu 2, Paul B., am 23. Mai 1930 verstorben sei, und hat die Aussetzung des Verfahrens gegen diesen Bekl. beantragt. Das O.G. hat durch Beschl. v. 10. Juni 1930, zugestellt den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Parteien am 17. Juni 1930, das Verfahren in Ansehung der Bekl. zu 2 ausgesetzt. Schon vorher, nämlich am 12. Juni 1930, dem letzten Tage der Berufungsfrist, hat der zweitinstanzliche Bevollmächtigte der Bekl. für beide Berufung eingelegt und der Vorsitzende des 7. ZivSen. des R.G. hat am 21. Juni 1930, zugestellt den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten beider Bekl. am 26. Juni 1930, Frist zum Nachweis der Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr bis zum 14. Juli 1930 gesetzt. Die Prozeßgebühr ist innerhalb dieser Frist nicht bezahlt worden. Am 12. Juli 1930 ging beim O.G. ein Schriftsatz des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des verstorbenen Bekl. B. ein, in welchem der Anwalt erklärt, daß er das ausgesetzte Verfahren namens der Witwe und Alleinerbin des Bekl. B. wieder aufnehme. Das gleiche hat auch der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Bekl. in einem am 17. Juli 1930 beim R.G. eingegangenen Schriftsatz erklärt, in dem er gleichzeitig ge-

Zu 20. Die Entsch. ist an sich folgerichtig, aber im Ergebnis unerwünscht. Die Anwälte beider Instanzen haben augenscheinlich im Einvernehmen miteinander mit aller Sorgfalt zu handeln sich bemüht, sind aber nach der Meinung des R.G. auf halbem Wege stehen geblieben.

Die Meinung, daß in der Zeit zwischen der Zustellung des Urte. und dem Ablauf der Rechtsmittelfrist für den Aussetzungsbefehl die untere Instanz zuständig sei und daß der Aussetzungsbefehl, wenn er nicht verkündet wird, erst mit der Zustellung wirksam wird, kann als feststehend gelten. Im vorl. Falle hat der Anwalt, gerade weil am Tage des Ablaufes der Berufungsfrist ein Aussetzungsbefehl noch nicht ergangen war, am letzten Tage der Frist Berufung eingelegt.

Die Frage, ob der vor dem Beginn der Verzinst. erlassene, aber erst nachher zugestellte Aussetzungsbefehl für die zweite Instanz unwirksam war, bejaht das R.G. entgegen der Annahme von Stein-Jonas und Baumbach.

Das war nicht vorzuzusehen, und daß der Anwalt den nach Einlegung der Berufung zugestellten Aussetzungsbefehl des O.G. für wirksam hielt, solange er nicht durch Beschwerde aufgehoben war, wird man sicher nicht als Verschulden ansehen können. Die von der Ansicht des R.G. abweichende Meinung des Anwaltes bezeichnet das

beten hat, der Witwe und Alleinerbin des Bekl. B. das Armenrecht zu bewilligen. Außerdem hat er in einem beim R.G. am 22. Juli 1930 eingegangenen Schriftsatz für den Fall, daß die Nachweisfrist veräußt sein sollte, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

Das R.G. hat durch Beschl. v. 22. Sept. 1930 unter Zurückweisung des Antrages der Bekl. zu 2 auf Bewilligung des Armenrechts und auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Veräußung der Nachweisfrist die Berufung beider Bekl. gegen das landgerichtliche Urte. auf ihre Kosten als unzulässig verworfen, weil die Aussetzung des Verfahrens durch das O.G. für die Verzinst. nicht wirksam geworden, die Nachweisfrist daher veräußt sei, auch ein Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht vorliege. Die sofortige Beschwerde ist nicht begründet.

Der Erfolg der Beschwerde hängt davon ab, ob der nach Einlegung der Berufung zugestellte Aussetzungsbefehl des O.G. die Aussetzung des Verfahrens vor dem O.G. bewirkte und infolgedessen die während dieser Aussetzung erfolgte Setzung der Nachweisfrist unwirksam war, verneinendenfalls, ob der Wiedereinsetzungsantrag begründet ist.

Da eine Aussetzung des Verfahrens erst mit der Zustellung (oder Verkündung) des Aussetzungsbefchlusses beginnt, so konnte der Beschl. des O.G., da er am 17. Juni 1930 zugestellt ist, vorher eine Wirkung überhaupt nicht äußern. Am 12. Juni aber war bereits Berufung eingelegt und damit das O.G. für einen Aussetzungsantrag zuständig geworden. Es ist zwar seit der Entsch. der Verzinsten des R.G. (R.G. 68, 247) anerkannter Art. des R.G., daß, ehe ein Rechtsmittel eingelegt wird, nicht, wie das R.G. früher annahm, das höhere Gericht, sondern das Gericht der unteren Instanz zuständig ist, die in § 246 ZPO. geregelte Aussetzung des Verfahrens zu beschließen. Auch entspricht es der ständigen Artpr. des R.G., daß die Aussetzung ohne Wirkung ist, wenn der Beschluß, der diese anordnet, erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt ist. Denn dann stünde der Wirksamkeit der Aussetzung die Rechtskraft des Urte. entgegen. Wäre also der Aussetzungsbefchl. des O.G. hier vor der Rechtsmittelinlegung nicht nur erlassen, sondern auch zugestellt worden, so würde der Beschluß für die zweite Instanz Wirksamkeit erlangt haben und es würden nicht nur alle Fristen zu laufen aufgehört haben (§ 249 Abs. 1 ZPO.), sondern es würden auch alle von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen, sowie alle Handlungen des Gerichts wirkungslos gewesen sein (§ 249 Abs. 2, 3 ZPO.). Hier war aber das O.G. im Zeitpunkte der Zustellung, auf den es allein ankommt, nicht mehr zuständig, die Aussetzung zu beschließen, da mittlerweile das OLG. Prozeßgericht geworden war. Es fragt sich daher, ob die von dem O.G. als einem unzuständigen Gericht beschlossene Aussetzung wirksam für das zuständige Gericht, das Rechtsmittelgericht, war, solange der Aussetzungsbefchl. nicht auf Beschwerde aufgehoben wurde, eine Ansicht, die im Schrifttum (vgl. Stein-Jonas § 248 Anm. 1; Baumbach

R.G. als Rechtsirrtum; diese Bezeichnung geht vielleicht etwas weit; die Meinung des Anwaltes weicht von der des R.G. ab.

Aber gleichviel. Das R.G. hielt nun den von ihm angenommenen Irrtum des Anwaltes nicht für kausal für die Veräußung der Frist zur Zahlung der Gerichtskosten, weil nicht behauptet sei, daß auf Grund dieser als Rechtsirrtum angesehenen Meinung des Anwaltes die Zahlung unterblieben sei. Diese Ursächlichkeit hätte immerhin nach Lage der Sache das R.G. ohne weiteres annehmen können.

Aber der zweite Grund für die Veräußung der Wiedereinsetzung scheint zutreffend. Der Anwalt hatte augenscheinlich in voller Wahrung aller Vorsicht die Berufung am letzten Tage der Frist eingelegt, weil eben ein Aussetzungsbefchl. noch nicht eingegangen war. Nun wurde am 17. Juni der Aussetzungsbefchl. des O.G., am 26. Juni der Fristsetzungsbefchl. des Vorsitzenden des O.G. aus § 519 Abs. 6 ZPO. zugestellt. Jetzt wäre es allerdings ein Erfordernis der Vorsicht gewesen, entweder beim O.G. einen neuen Aussetzungsantrag zu stellen oder unter Hinweis auf die nach der Meinung des Anwaltes wirksame Aussetzung geltend zu machen, daß die Fristsetzung unwirksam sei, weil sie während der Aussetzung des Verfahrens erfolgt ist. Dies ist leider unterblieben; in der Zeit zwischen dem 26. Juni und 12. Juli 1930 scheint nichts geschehen zu sein, und danach ist die Annahme des R.G., daß nicht alles geschehen ist, was bei zünftiger Sorgfalt geschehen konnte, nicht unzutreffend.

Geh. M. Dr. Heilberg, Breslau.

§ 248 Ann. 3) vertreten wird, oder ob sie von vornherein für das Rechtsmittelgericht unwirksam war.

Die Frage ist in letzterem Sinne zu beantworten. Die Wirkung der Aussetzung des Verfahrens hat nur ein Beschluß, der in dem für sein Entstehen maßgebenden Zeitpunkt der Zustellung oder Verkündung von dem Prozeßgericht ausgeht (§§ 248, 249 ZPO.). Aussetzungsbefehle wirken daher im allgemeinen nur für die Instanz, in der sie erlassen sind. Daß der Aussetzungsbefehl eines LG. für die Berufungsinstanz wirkt, ist als Ausnahme von der Regel nur der Fall, wenn die Aussetzung zwischen den Instanzen notwendig wird, wo es streng genommen an einem Prozeßgericht fehlt. Die erste Instanz ist nach aller Regel nicht mehr Prozeßgericht, die zweite noch nicht. Diese Lücke hat die RPr. ausgefüllt, indem sie das LG. als das bisherige Prozeßgericht für zuständig erachtet bis zur Einlegung der Berufung. Wird ein solcher landgerichtlicher Beschluß erst nach Einlegung der Berufung zugestellt, so ist er ein Eingriff in die Zuständigkeit des Prozeßgerichts. Einen solchen Eingriff will auch die Gegenmeinung nicht dulden. Sie meint nur, der Beschluß sei so lange wirksam, bis er auf Beschwerde des Gegners wegen der Unzuständigkeit des Gerichts aufgehoben werde. Allein der von einem unzuständigen Gericht ausgehende Beschluß wirkt so wenig, wie andere Aussetzungsbefehle, die die erste Instanz erlassen hat, für die zweite. Denkt man sich den Fall, daß während des Berufungsverfahrens ein Aussetzungsantrag beim LG. angebracht und von ihm das Verfahren ausgesetzt würde, so würde das niemand als bindend für das BG. ansehen, auch wenn keine Beschwerde eingelegt würde. Es liegt hier nicht anders. Denn darauf, ob das LG., als der Antrag gestellt wurde, noch zuständig war, kommt es nicht an. Prozeßual erheblich ist nur, ob es zuständig war, als sein Beschluß zugestellt wurde. Der Beschluß des LG. hatte daher für die zweite Instanz keine Wirkung. Es mußte vielmehr dort, wenn eine Aussetzung erreicht werden wollte, diese erneut betrieben werden. Das ist nicht geschehen. Die Frage, ob die ZPO. eine absolute Nichtigkeit von gerichtlichen Entscheidungen kennt, bleibt hiervon unberührt, denn der Beschluß hat nach dem Gesetz nicht die Wirkung einer Aussetzung des zweitinstanzlichen Verfahrens. Er wirkt also nicht über die erste Instanz hinaus. Daß er für diese keine Bedeutung haben kann, ist nicht erheblich (so auch RG.: SeuffArch. 45 Nr. 276; RG. 60, 126 Ann.; Dresden: SächsAnw. 18, 279). Hiernach ist die Nachweisfrist veräußert, da der am 17. Juli 1930 eingegangene Antrag auf Bewilligung des Armenrechts zu spät kam.

Es kommt daher noch auf den Wiedereinsetzungsantrag der Bekl. zu 2 an.

Ein Rechtsirrtum der Partei — aber auch des Anwalts —, der sich, wie hier, auf eine beachtliche Gegenmeinung im Schrifttum stützen kann, ist geeignet, namentlich dann, wenn eine höchstgerichtliche RPr. nicht vorliegt, als unabwendbarer Zufall für die Partei betrachtet zu werden (vgl. JW. 1926, 810⁷). Dort lag allerdings, anders als hier, eine höchstgerichtliche RPr. nicht vor.

Zu verlangen ist indes die Glaubhaftmachung, daß ein solcher Rechtsirrtum seinerzeit vorlag und kausal wurde für die Veräußerung der Nachweisfrist. Insofern fehlt es nicht nur an einer Glaubhaftmachung, sondern auch an allen notwendigen Angaben.

Von seiten des Anwalts der Bekl. ist zur Begründung der Wiedereinsetzung und der Beschwerde nichts weiter vorgebracht, als die Rechtsmeinung, daß der landgerichtliche Beschluß die Aussetzung des Verfahrens bewirkt habe. Daß der Anwalt seiner Partei mitgeteilt habe, die Aussetzung des Verfahrens befreie sie zunächst von der Pflicht, den Vorschuß zu bezahlen, und daß aus diesem Grunde die Zahlung der Gebühr unterblieben sei, ist nicht einmal behauptet worden. Schon dies genügt, um die Anwendung des § 233 ZPO. zu verneinen. Hinzu kommt, daß der Anwalt jedenfalls Zweifel haben mußte, ob die Aussetzung wirksam sei, da er die Fristsetzungsverfügung als in Kenntnis des bei den Akten befindlichen Aussetzungsbefehls des LG. erlassen betrachten mußte. Er hätte daher vorsorglich den Antrag auf Aussetzung erneut stellen sollen, ebenso wie er ja auch vorsorglich die Aufnahme des Verfahrens erneut betrieb, das er schon als aufgenommen betrachtete. Denn dem An-

walt wird die Fristsetzungsverfügung zugestellt, sie kann nur an ihn wirksam erfolgen, und er ist verpflichtet, sie zu überwachen, und wenn ihn darin ein Verschulden trifft, so ist die Wiedereinsetzung ausgeschlossen (RG. 120, 189¹). Auch eine Vorstellung bei Gericht gegen die Setzung der Nachweisfrist, zu der Zeit genügend vorhanden war, hätte den Erfolg gehabt, ihn aufzuklären, daß das Gericht auf dem Standpunkt stand, das Verfahren sei nicht ausgesetzt. Alsdann aber hätte er auf einer gegenteiligen Meinung nicht bestehen, sondern nur der Partei raten können, den Vorschuß zu bezahlen oder rechtzeitig das Armenrecht zu beantragen. Es ist daher auch nicht glaubhaft gemacht, daß von seiten des Prozeßbevollmächtigten alles geschehen ist, was bei der ihm zumutbaren Sorgfalt geschehen konnte, um die rechtzeitige Zahlung der Prozeßgebühr zu ermöglichen.

(Beschl. v. 13. Nov. 1930; IV B 25/30. — Berlin.) [Ka.]

****21.** § 519 Abs. 6 ZPO. setzt eine an sich statthafte Beschwerde voraus. Der gegenteilige Standpunkt wird aufgegeben.†)

Gegen das klageabweisende Ur. des LG. hat der Kl. Berufung eingelegt und das Rechtsmittel auch rechtzeitig begründet. Ihm ist durch Verfügung des Senatsvorsitzenden v. 13. März 1929 eine Frist zum Nachweis der Einzahlung der Prozeßgebühr bis 18. April 1929 gesetzt worden. An diesem Tage wurde von seinem Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts eingereicht. Durch Beschl. v. 30. Mai 1929, zugestellt dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. am 10. Juni 1929, wurde das Armenrecht verweigert. Hiergegen legte der Kl. persönlich am 11. Juni 1929 mit einem v. 9. Juni 1929 datierten Schriftstück Beschwerde ein. Am 24. Juni 1929 ging eine vom 22. Juni 1929 datierte Eingabe des Kl. ein, in der es heißt:

„Bei meiner Einreichung v. 9. d. M. war ich als Laie nicht recht im Bilde, was ich tun müsse. Um keinen Formfehler zu begehen, kleidete ich meine Einreichung in Beschwerdeform. Wie ich sehe, war dieses falsch und gab es gegen den Beschluß keine Beschwerde.“

Mein Vertreter, Herr R. A. B., teilte mir dieses jetzt mit. Nach seinen Mitteilungen ist der Senat wohl auf Grund OLG. 33, 83, 37 und 154 in der Lage, auf Vorstelligwerden der Partei eine Abänderung des Beschlusses vorzunehmen.

Indem ich nochmals ergebnis bitte, beiliegendes Gesuch erneut zu prüfen.“

Mit Verfügung v. 1. Juli 1929, abgeandt an den Prozeßbevollmächtigten des Kl. am 5. Juli 1929, erwiderte der Senat, daß auch die nochmalige Prüfung keinen Anlaß gegeben habe, von dem Beschl. v. 30. Mai 1929 abzugehen. Am 8. Juli 1929 erfolgte dann die Einzahlung der erforderlichen Prozeßgebühr in Höhe von 87,60 R.M.

RG. u. BG. haben die Ver. als unzulässig verworfen.

Nach § 519 Abs. 6 ZPO. wird der Lauf der Nachweisfrist, sofern der Verkl. vor ihrem Ablauf die Bewilligung des Armenrechts beantragt, bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des auf dieses Gesuch ergehenden Beschlusses und, wenn vor Ablauf der Frist gegen den

¹) JW. 1928, 1297.

Lu 21. Das Urteil ist zunächst insofern interessant, als es Zeugnis ablegt gegen den unbedingten Präjudizienkult. Entgegen der Entsch. des RG. (4. ZivSen.): JW. 1926, 578, die der Beschwerde gegen den das Armenrecht verweigenden Beschluß des OLG. fristhemmende Wirkung beilegte und auch den guten Glauben der armen Partei an die Zulässigkeit der Beschwerde mit in Betracht zog, verlagte das RG. mit selbständiger Begründung der Beschwerde die fristhemmende Wirkung. Der Erfolg war, daß das RG. (4. ZivSen.) unter Aufgabe seines früheren Standpunkts dem RG. beigetreten ist. Dieses neuere Urteil verdient Billigung, namentlich auch insofern, als es den guten Glauben des Beschw. für unerheblich erklärt. In dieser Beziehung ließen die früheren Entsch., auch die jetzt vom RG. mit herangezogenen, noch manche Unklarheit bestehen. Es wurde auf die Ernstlichkeit eines Armenrechtsgesuchs (RG. 112, 107 und JW. 1930, 1061) oder der Beschwerde (RG. 126, 354) Gewicht gelegt, also auf subjektive Momente. Das erscheint aber schon aus praktischen Gründen bedenklich. Wie soll die Nichternstlichkeit festgestellt werden? Bei einem Kl. wurde sie ohne weiteres an-

Beschluß Beschwerde eingelegt wird, bis zur Zustellung des auf die Beschwerde ergehenden Beschlusses gehemmt.

Wird das Armenrecht bewilligt, so ist die Frist gegenstandslos. Wird es ver sagt, und zwar vom O.G. als VerJust., so ist gegen diesen Beschluß die Beschwerde statthaft, und es tritt alsdann, wenn die Beschwerde eingelegt und beschieden wird, eine weitere Hemmung der Frist ein. Die hier zu entscheidende Frage ist, ob dies auch dann der Fall ist, wenn das Armenrecht von einem O.G. als VerJust. ver sagt wird, gegen dessen Beschlüsse eine Beschwerde nicht statthaft ist (§ 567 Abs. 3 ZPO.), ob also die Vorschrift des § 519 Abs. 6 ZPO. eine an sich statthafte Beschwerde voraussetzt oder ob die weitere Hemmung auch durch eine unstatthafte Beschwerde herbeigeführt werden kann, was von dem R.G. verneint wird.

Der erf. Sen. hat in IV B 55/25 v. 22. Okt. 1925: ZW. 1926, 578² den Standpunkt eingenommen, daß nach dem Gesetzeswortlaut die Frist auch durch Einlegung einer unstatthafte Beschwerde gehemmt werde, und daß zwingende Gründe eine Einschränkung der Vorschrift nicht notwendig machten. Allerdings habe es der Berufungskläger in der Hand, durch Einlegung einer unstatthafte Beschwerde die ihm gesetzte Zahlungsfrist zu verlängern, aber das treffe auch schon für die Einreichung des Armenrechtsgesuchs selbst zu, das lediglich zu dem Zwecke gestellt werden könne, zunächst einmal den Fristablauf zu verzögern. Der dadurch geschaffenen und ausgenutzten Möglichkeit, sich weitere Zahlungsfrist zu verschaffen, seien im Gesetz durch die Begrenzung der Hemmungswirkung ausreichende Grenzen gezogen. Der bloßen Möglichkeit, daß die Frist für Zwecke ausgenutzt werden könne, denen zu dienen sie nicht bestimmt sei, könne keine ausschlaggebende Bedeutung beigelegt werden. Es sei auch zu berücksichtigen, daß die Partei selbst das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts und die Beschwerde gegen seine Ver sagung anbringen könne. Eine Einengung würde einer Partei, die im Glauben an die Zulässigkeit der Beschwerde und ihre hemmende Wirkung nicht gezahlt habe, die Berufung entziehen. Ihr könnte in diesem Falle vielleicht durch die Wiedereinsetzung geholfen werden, dadurch würde aber die Zahlung der Prozeßgebühr noch viel später zugelassen werden.

Der Senat kann nach nochmaliger Prüfung an diesem Standpunkt nicht festhalten.

Die damals vertretene Auffassung, daß auch das Armenrechtsgesuch selbst lediglich zu dem Zweck gestellt werden könne, um zunächst einmal den Fristablauf zu verzögern, ist durch die spätere Rechtsentwicklung überholt worden. Denn dem Armenrechtsgesuch wird in der neueren Rpr. des R.G. die fristhemmende Wirkung dann ver sagt, wenn es nicht ernstlich gemeint ist (R.G. 112, 107 = ZW. 1926, 1607). Dieser Auffassung tritt der erf. Sen. bei. Dementprechend ist in R.G. 126, 354¹, VB 28/27 v. 22. Okt. 1927 = ZW. 1928, 909⁷, vgl. auch I B 6/30 = ZW. 1930, 1061⁵ der Standpunkt vertreten worden, daß auch einer nicht ernstlich gemeinten Beschwerde gegen einen das Armenrecht ver sagenden Beschluß keine fristhemmende Wirkung beizulegen sei und daß die Nichternstlichkeit dann anzunehmen sei, wenn

¹) ZW. 1930, 542.

genommen. Ist es aber ganz undenkbar, daß auch einem N. die Bestimmung des § 567 Abs. 3 ZPO. unbekannt oder daß sie ihm, wie Striemer in der Anmerkung zu ZW. 1926, 578 als möglich unterstellt, „nicht gegenwärtig“ ist? Dann müßte ja die Beschwerde für fristhemmend erklärt werden, und die ignorantia juris wäre nicht schädlich, sondern förderlich. In der obigen Entsch. lehnt das R.G. jede Rücksichtnahme auf den guten Glauben der Partei an die Statthafte der Beschwerde schlechthin ab. Mit Recht, denn wo ein Rechtsmittel überhaupt nicht gegeben ist, kann es auch keine Wirkung ausüben. Freilich wäre — de lege ferenda — sehr zu wünschen, daß gegen die Ver sagung des Armenrechts durch das O.G. die Beschwerde zugelassen würde, da bei dem gegenwärtigen Rechtszustand die arme Partei in ihrer Rechtsstellung häufig arg benachteiligt ist. Jedem Praktiker werden Fälle bekannt sein, in denen die angeblich „ausichtslose“ Berufung doch Erfolg gehabt hat. Aber die Lösung lautet heute nun einmal: Entlastung und Sparbarkeit! Und so hat die RotW. v. 1. Dez. 1930 auch noch der Armenrechtsverweigerung der O.G. in der VerJust. die gleiche Unanfechtbarkeit beigelegt wie den Beschlüssen der O.G.

J.R. Smoschewer, Berlin.

der die Beschwerde einlegende Anwalt sich ihrer Unstatthafte bewusst gewesen sei und sie nur eingelegt habe, um Frist zu gewinnen. Dagegen ist in beiden Entsch. die Frage offengelassen, ob eine unstatthafte Beschwerde die Frist des § 519 Abs. 6 überhaupt weiter hemmen könne, und es ist insoweit in beiden Entsch. erwogen worden, daß eine Abweichung von der — früheren — Meinung des 4. ZivSen., der die Nichternstlichkeit der Beschwerde nicht festgestellt habe, nicht vorliege und sich deshalb eine Anrufung der VerZivSen. erübrige.

Der erf. Sen. ist nunmehr in Übereinstimmung mit der im Schrifttum von Stein-Jonas und Baumbach zu § 519 Abs. 6 und von Reinberger: JurAbsh. 1926 I, 248 vertretenen Meinung der Auffassung, daß durch eine unstatthafte Beschwerde eine weitere Fristhemmung überhaupt nicht herbeigeführt wird und daß daher nicht unterschieden werden kann, ob die Beschwerde von der Partei im Glauben an ihre Statthafte oder von einem Anwalt im Bewußtsein ihrer Unstatthafte eingelegt wird.

Der Wortlaut des Gesetzes entscheidet diese Frage nicht. Denn die Beschwerde gegen einen das Armenrecht ver sagenden Beschl. eines O.G. ist, wie das R.G. mit Recht annimmt, ein prozessual nicht gegebener Rechtsbehelf, und ob das Gesetz mit einem solchen Rechtsbehelf für denjenigen, der ihn ergreift, die gleichen prozessualen Vorteile verbindet, die demjenigen gewährt werden, der sich der Beschwerde als eines prozessual zulässigen Rechtsbehelfs bedient, läßt sich aus dem Gesetzeswortlaut allein nicht ermitteln. Geht man auf den Zweck dieser Vorschrift ein, so kann er nur darin gefunden werden, daß der armen Partei, um ihr materielles Recht vor den Folgen ihres Unvermögens nach Möglichkeit zu schützen, das Recht gegeben werden soll — mit dem Erfolg der Hemmung der Frist —, den gesetzlich gegebenen Instanzenzug zwecks Erlangung des Armenrechts zu erschöpfen. Dagegen soll sie nicht instand gesetzt werden, darüber hinaus den Instanzenzug der Gerichte auch da für sich auszunützen, wo das Gesetz selbst ihn zur Erlangung des Armenrechts gar nicht eröffnet, wo also, wie im Falle des § 567 Abs. 3 ZPO., die Möglichkeit einer Nachprüfung des Beschlusses nicht besteht. Im Interesse der armen Partei ist daher nicht schon die Zustellung des Beschlusses über die Ver sagung des Armenrechts, sondern erst der Zeitpunkt, in dem er unanfechtbar wird, der Ausgangspunkt für die weitere Fristenhemmung. Ist aber eine Beschwerde nicht gegeben, so tritt die formelle Rechtskraft anders als bei statthafte Rechtsmitteln nicht mit Zustellung der Entsch. über die gleichwohl eingelegte Beschwerde, sondern ihrer ungeachtet mit der Zustellung des das Armenrecht ver sagenden Beschlusses ein. Vergegenwärtigt man sich, daß im Falle einer zulässigen Beschwerde (O.G. als VerJust.) der Berufungskläger dem das Armenrecht ver sagenden Beschluß gegenüber die in § 519 Abs. 6 gesetzte Frist zur Einlegung der Beschwerde ver säumt, so würde ihm nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Einlegung der verspäteten Beschwerde zu einer weiteren Hemmung der Frist nicht verhelfen können. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der Erfolg, der der statthafte, aber nicht rechtzeitig eingelegte Beschwerde ver sagt bleibt, einer zwar rechtzeitig eingelegten, aber von vornherein gar nicht statthafte Beschwerde von dem Gesetzgeber hätte zugestanden werden sollen.

Dabei kann es auf den guten Glauben einer Partei an die Statthafte der Beschwerde so wenig wie sonst im Prozeßrecht ankommen. Es braucht daher nicht weiter erörtert zu werden, welche unerwünschte Folgen es im Rechtsleben haben müßte, wenn wohl der gute Glaube der Partei an die Statthafte der Prozeßhandlung geschützt würde, dagegen der von einem Anwalt eingelegte Beschwerde, dem, wie das R.G. mit Recht annimmt, dieser Glaube nicht zur Seite stehen würde, der Erfolg ver sagt bleiben müßte.

Es erhebt sich aber gegen die frühere Auffassung des Senats auch noch folgendes Bedenken. Nach § 133 Ziff. 2 O.G. ist das R.G. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entsch. der O.G. im Falle des § 519 Abs. 2 ZPO.

Seine Zuständigkeit zur Verhandlung und Entscheidung über eine Beschwerde wird also in Übereinstimmung mit

§ 567 Abs. 3 ZPO. verneint, wenn es sich um einen Beschl. eines OLG. handelt, der nicht die Unzulässigkeit der Berufung betrifft. Daraus wird in der Rechtslehre (vgl. Stein-Jonas, 14. Aufl., § 571 Anm. 7) mit Recht gefolgert, daß da, wo eine Beschwerde gesetzlich überhaupt nicht gegeben ist, auch die in § 571 ZPO. angeordnete Verpflichtung des Gerichts die Beschwerde an das Beschwerdegericht weiterzugeben, nicht begründet ist. Das schließt nicht aus, daß da, wo das RG. unmittelbar angegangen wird und der Beschwerf. sich nicht mit einer Mitteilung des Senatsvorsitzenden, daß die Beschwerde unstatthaft sei, begnügt, die Beschwerde als unzulässig verworfen wird, weil damit nur ausgesprochen wird, daß nach dem Gesetz die erlassene Entsch. mittels einer Beschwerde nicht angefochten werden könne. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt in § 519 Abs. 6 auch für eine unstatthafte Beschwerde den Instanzenzug insoweit offenzuhalten und von ihrer Bescheidung die weitere Fristenhemmung abhängig zu machen, so hätte er nicht davon absehen können, in § 133 GWG. zum Ausdruck zu bringen, daß das RG. zuständig sei nicht nur über die Verhandlung und Entscheidung über eine Beschwerde im Falle des § 519b ZPO., sondern auch für die Entsch. über ihre Zulässigkeit im Falle des § 519 Abs. 6 ZPO. Wäre dies geschehen, so würden auch die OLG. insoweit unstatthafte Beschwerden dem RG. vorzulegen haben.

Diese Auffassung wird auch durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt.

Durch die Nov. v. 5. Juni 1905 wurde die Beschwerde nur gegen Prozeßkostenentscheidungen der OLG. ausgeschlossen. Dem § 574 ZPO. wurde damals als Abs. 2 hinzugefügt: „Ist gegen die Entsch. eines OLG. Beschwerde eingelegt, so scheidet die Prüfung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde dem OLG. zu. Wird die Beschwerde von dem OLG. als unzulässig verworfen, so kann der Beschwerf. binnen einer Woche auf die Entsch. des Beschwerdegerichts antragen; die Frist ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Beschlusses. In diesem Falle sind die Akten dem Beschwerdegericht zu übersenden.“

Durch die zum Zwecke der Entlastung des RG. ergangene Nov. v. 22. Mai 1910 ist der Abs. 2 wieder gestrichen worden, weil nach § 567 Abs. 2 i. d. Fass. dieser Nov. eine Beschwerde gegen Entsch. der OLG. überhaupt nicht mehr zugelassen wurde. Dementsprechend wurde gleichzeitig in § 135 GWG. die Nr. 2 gestrichen, nach der das RG. zuständig war zur Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entsch. der OLG.,

Ist daher die Beschwerde nicht statthaft, so ist die Frist nur bis zum Ablauf von zwei Wochen seit Zustellung des das Armenrecht versagenden Beschlusses gehemmt und gegen den Ablauf der Nachweisfrist kann der Berufungskläger alsdann nur durch die hier nicht in Frage stehende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, falls ihre Voraussetzungen vorliegen, geschützt werden. Der Berufungskläger hat aber hier nach der einwandfreien Feststellung des BG. die Nachweisfrist bei Berücksichtigung der hiernach eingetretenen Hemmung veräußert, da der das Armenrecht versagende Beschl. am 10. Juni 1929 zugestellt, die Bezahlung der Prozeßgebühr aber erst am 8. Juli 1929 erfolgt ist.

Läßt man die Beschwerde oder das Schreiben des Kl. v. 24. Juni 1929, durch das er nach Auffassung des VerR. seine Beschwerde zurückgenommen und erneut um Bewilligung des Armenrechts gebeten hat, als zweites Armenrechtsgesuch gelten, so hatte es als solches keine fristhemmende Wirkung, auch wenn es mit neuer sachlicher Begründung gestellt sein sollte. Eine Ausnahme hat das RG. ständig nur für den Fall gemacht, daß das frühere Armenrechtsgesuch nur in Ermangelung des Nachweises des Zahlungsunvermögens abgelehnt war und nun ein neues Gesuch mit neuen Nachweisen über die Armut gestellt wurde (IV B 64/28 v. 22. Nov. 1928, VI B 2/29 v. 11. Febr. 1929 = JW. 1929, 3158¹⁰).

Es bedarf hiernach keiner Auseinandersetzung mit der keineswegs bedenkenfreien Auffassung des RG., daß der Beschwerde die hemmende Wirkung auch um deswillen zu versagen sei, weil dem Beschwerf. angesichts der — von dem RG. erörterten — sachlichen Ausichtslosigkeit seiner Rechtsverfolgung der gute Glaube gefehlt habe, daß ihm von dem RG. das Armenrecht bewilligt werden würde.

(U. v. 17. Nov. 1930; 47/30 IV. — Berlin.) [Ra.]

**22. § 547 Nr. 2 ZPO. Eine Ausdehnung der Ausnahmenvorschriften über ihr Anwendungsgebiet ist nicht statthaft. Der für die Revisionszulässigkeit privilegierte Klagegrund muß in die RevInst. gediehen sein. Das ist er nicht, wenn das BU. nicht auf ihm beruht, der Befl. ihn ablehnt, der Kl. den ursprünglich auch zur Klagebegründung geltend gemachten Gesichtspunkt in der RevInst. ausdrücklich fallen läßt.)

Der § 546 ZPO. stellt als Regel auf, daß in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche die Zulässigkeit der Rev. durch einen Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt ist, der zur Zeit den Betrag von 6000 RM übersteigen muß. Von dieser Regel des Erfordernisses einer Beschwerdesumme werden in § 547 ZPO. zwei Ausnahmen gemacht. Die Rev. soll ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig sein, einmal insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt (§ 547 Nr. 1), und zum anderen in den Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die LG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind (§ 547 Nr. 2 ZPO., § 71 Abs. 2 und 3 GWG.). Die Rev. ist daher nur insoweit zulässig, als es sich um einen der in Nr. 1 und 2 aufgeführten bevorzugten Revisionsgründe handelt, eine Ausdehnung der Ausnahmenvorschriften über ihr Anwendungsgebiet hinaus ist nicht statthaft. Das ist in Nr. 1 durch den Gebrauch des Wortes „insoweit“ außer Zweifel gestellt, aber auch der Sinn der Ausnahmebestimmung in Nr. 2 ist kein anderer, und es muß, damit die Rev. trotz Nichtvorliegens der Revisionssumme zulässig sein soll, ein Anspruch in dem Rechtsstreit geltend gemacht worden sein, für den die LG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind (RG. 3, 423; 6, 336; 96, 74¹); 101, 352; RG.: JW. 1899, 39³⁰; 1900, 494⁴; 1904, 40⁸; 1909, 61³⁴; RGWarn. 1910 Nr. 91; 1914 Nr. 120, 131).

Bei Anwendung dieser Rechtsgrundsätze kann die Rev. nicht für zulässig erachtet werden. Die den vorliegenden Rechtsstreit einleitende Klageschrift enthält nichts von einer Amtspflichtverletzung des verklagten Notars nach § 839 BGB. Im Berufungsverfahren hat der Kl. zwar auch diesen rechtlichen Gesichtspunkt geltend gemacht, der Befl. hat jedoch, wie die Rev. anerkennt, seine Haftung als Notar ausdrücklich abgelehnt, und hat darüber hinaus das Bestehen irgendwelcher Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Kl. in Abrede gestellt. Die angefochtene Entsch. beruht darauf, daß der Befl. schuldhaft das Eigentum eines anderen widerrechtlich verletzt habe, und daher gemäß § 823 BGB. verpflichtet sei, den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Von einer Haftung des Befl. als Notar ist in dem BU. keine Rede, der § 839 BGB. ist darin überhaupt nicht erwähnt. Damit

¹) JW. 1919, 729.

Zu 22. Es ist zweifellos richtig, daß die Rev., falls der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht die in § 546 ZPO. bestimmte Summe (zur Zeit 6000 RM) übersteigt, nur dann zulässig ist, wenn eine der beiden in § 547 aufgestellten Ausnahmen vorliegt. Dies ist der Fall bei Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die LG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind. Die Schwierigkeit der Entsch., ob ein solcher Fall vorliegt, besteht häufig darin, daß das Gericht den ihm unterbreiteten Sachverhalt nach allen sich darbietenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen hat. Es braucht daher in der Klage nicht auf § 839 BGB. Bezug genommen sein, wenn nur der vom Kl. vorgebrachte Sachverhalt die zur Annahme einer Amtspflichtverletzung erforderlichen tatsächlichen Gesichtspunkte enthält. Das ist im vorl. Falle geschehen; denn das RG. stellt fest, daß im Berufungsverfahren der Kl. „auch diesen rechtlichen Gesichtspunkt“ geltend gemacht hat. Nicht entscheidend ist es, daß der Befl. seine Haftung als Notar abgelehnt und das Bestehen irgendwelcher rechtlicher Beziehungen zu dem Kl. in Abrede gestellt hat; denn trotz dieses Bestreitens hätte das BU. die Haftung des Befl. auf Amtspflichtverletzung stützen können, in welchem Falle die Rev. nach § 547 Ziff. 2 ZPO. zweifellos zulässig gewesen wäre. Wie ist es nun aber, wenn der VerR. diesen Klagegrund ausschaltet und die Klage aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, wie hier wegen Verstoßes gegen § 823 BGB., für begründet erachtet? Das RG. meint, dann sei ein Anspruch aus § 839 BGB. nicht in den Rechtszug der Rev. erwachsen. Dem kann nicht beigegeben werden. An-

übereinstimmend hat der Kl. im Rechtszug der Rev. auch seinerseits geltend gemacht, tatsächlich liege keine Amtstätigkeit des Bevl. vor, und daher sei seine Verurteilung auch nicht unter diesem Gesichtspunkt erfolgt. Damit läßt der Kl. diesen von ihm in dem vorerwähnten Rechtszuge vertretenen Klagegrund ausdrücklich fallen.

Der Fall liegt hiernach rechtlich ebenso wie RG. 101, 350. Ein Anspruch aus § 839 BGB., der einzige bevorrechtigte Klagegrund, der vorliegend gem. § 547 Nr. 2 ZPO. in Frage kommen könnte, ist nicht in dem Rechtszug der Rev. erwachsen, da sich mit ihm bereits das BU. in keiner Weise beschäftigt hat und beide Parteien die Heranziehung dieses rechtlichen Gesichtspunktes zur Begründung einer Haftung des Notars ablehnen. Das RevG. ist daher mit einem Anspruch i. S. des § 547 Nr. 2 ZPO., der die Rev. ohne das Vorhandensein der Revisionssumme zulässig erscheinen lassen könnte, nicht befaßt. § 547 Nr. 1 ZPO. kommt nicht in Betracht.

Insofern sich die Rev. zur Begründung der Zulässigkeit des Rechtsmittels auf die in RG. 95, 217²⁾ und 126, 29³⁾ abgedruckten Senatsentscheidungen beruft, übersieht sie, daß, wie schon in RG. 101, 353 ausgeführt, einer der in jenen Fällen erhobenen Ansprüche i. S. des § 547 Nr. 2 ZPO. privilegiert war, so daß die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht zu beanstanden war, während es im vorliegenden Falle — und darin besteht der Unterschied — zu einer Befassung des RevG. mit einem bevorrechtigten Anspruch nicht gekommen ist. Übrigens ist die in den vorerwähnten Entsch. vertretene Rechtsmeinung, auf die sich die Rev. stützt, von dem Senat aufgegeben (RG. Ur. v. 9. Dez. 1930, III 382/29). (U. v. 9. Dez. 1930; 429/29 III. — Berlin.) [Sch.]

23. § 554 ZPO. Bei uneingeschränkter Revisionsseinlegung keine Teilrechtskraft, weil der Revisionsantrag beschränkt ist.†)

Durch das BU. ist die Berufung der Bevl. zurückgewiesen worden und auf die Berufung der Kl. jene verurteilt worden, an die Kl. außer den durch Urteil des BG. I in Berlin v. 20. April 1928 zugesprochenen 30 000 RM nebst Zinsen weitere 16 370 RM nebst Zinsen zu zahlen. Beide Parteien haben hiergegen unbeschränkt Rev. eingelegt. In der RevBegr. der Bevl. hat letztere beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben, insofern sie zur Zahlung von mehr als 16 000 RM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Die Kl. hat daraufhin beantragt, das Urteil insofern, als die Anträge in der RevBegr. beschränkt sind, mit dem Rechtskraftzeugnis zu versehen. Die Geschäftsstelle hat den Antrag abgelehnt mit der Begründung, daß durch die unbeschränkte Revisionsseinlegung der Bevl. die Rechtskraft des Urteils in vollem Umfange gehemmt sei und daß die RevKl. den in der Begründung gestellten beschränkten Antrag in der mündlichen Verhandlung wieder erweitern könne. Diefen Ausführungen wird beigetreten. Nach § 554 Abs. 3 ZPO. muß die schriftliche RevBegr. zwar die Revisionsanträge und die Revisionsgründe enthalten, aber nach Abs. 6 das ist nach dem Ablauf der Revisionsbegründungsfrist nur die

Geltendmachung neuer Revisionsgründe nicht mehr zulässig. Neue und erweiterte Revisionsanträge können auch noch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Ein teilweiser Verzicht der Bevl. auf das Rechtsmittel der Rev. kann in der bloßen Beschränkung ihres Revisionsantrags nicht gefunden werden, da darin ein Verzichtswille nicht genügend zum Ausdruck kommt. Deshalb wird das BU., soweit es bei unbeschränkter eingelegter Rev. durch die Revisionsanträge zunächst unangefochten geblieben ist, auch nicht rechtskräftig (vgl. RG. 66, 205; Ur. v. 14. Sept. 1926, II 450/25).

(Beschl. v. 18. Nov. 1930; 491/30 VII. — Berlin.) [Ru.]

IV. Kosten.

24. § 18 GRG. Ist das Verfahren in der Rev.-Inst. beendet, so können nach diesem Zeitpunkte Wertfestsetzungen der Vorinstanzen vom RevG. nicht mehr nach § 18 GRG. abgeändert werden (vgl. Beschl. des 2. ZivSen. v. 2. Febr. 1926, II 56/25; Der Rechtspfleger 1926, 445; ferner — für den Fall der Aufhebung des BU. und Zurückverweisung — Beschl. des 5. ZivSen. v. 18. Febr. 1928, V 297/26).

25. §§ 71 ff. GRG. Für die Übersendung des Notfristzeugnisses darf kein Porto erhoben werden. Nur in den Fällen der §§ 71—73 GRG. werden Auslagen erhoben, andere sind durch die Gerichtsgebühren abgegolten; sind danach Porto nicht zu erheben, so ist auch die unfreie Zusendung unstatthaft, die Partei kann gegen ihre Belastung mit Porto Erinnerung erheben, mag dies auf dem einen oder anderen der beiden möglichen Wege angefocht sein. Unter die Ausnahme des § 72 Nr. 1 GRG. fällt das Notfristzeugnis nicht, seine Erteilung ist eine gerichtliche Handlung, nicht die Erteilung einer Ausfertigung, sie gehört auch zum Prozeßverfahren. (Beschl. v. 15. Jan. 1931; IV Tgb 14/31.)

b) Strafsachen.

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

I. Materielles Recht.

26. § 193 StGB.; § 338 Nr. 1 StPO. Die Rüge angeblicher Mißstände durch Besprechung in der Presse kann in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgen. Schlafen eines Schöffen während der Verhandlung als Revisionsgrund. Entkräftung des Revisionsvorbringens durch die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden.†)

Die Rev. trägt in erster Linie vor, die beiden Schöffen hätten in der Berufungsverhandlung während längerer Zeit geschlafen. Hierüber sind Erhebungen gepflogen worden. Die

eine solche nicht nach Abs. 6 innerhalb der Begründungsfrist nachgebracht wird. Ist die Revision unbeschränkt eingelegt und entsprechend begründet, so können die Revisionsanträge bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in der Revisionsinstanz erweitert werden. Die ursprünglich in Abs. 6 der Nov. v. 5. Juni 1905 mitaufgeführten Revisionsanträge wurden gestrichen. Daß auch Teile des Urteils, auf die sich die Anträge der Revisionsbegründung nicht beziehen, vor Schluß der mündlichen Verhandlung nicht rechtskräftig werden, ergibt sich auch aus der Vorschrift des § 560 ZPO., wonach ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil vom RevG., insofern es durch die Revisionsanträge nicht angefochten wird, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann. Wenn auch diese Bestimmung auf Grund der jetzt gültigen Fassung des § 708 Nr. 7 ZPO. wenig praktische Bedeutung hat, ist sie mit Recht aus den angegebenen Gründen nicht gestrichen worden (vgl. auch RG. 65, 285 = JW. 1907, 263).

Geh. RA. Dr. Dispeker, München.

Zu 26. A. 1. Die Rev. hatte gerügt, daß die Schöffen während eines längeren Zeitraums in der Hauptverhandlung geschlafen hätten. Das BG. weist die Rüge zurück und verwertet bei seiner Feststellung, daß die Revisionsbehauptung unzutreffend sei, eine dienstliche Äußerung des Vorsitzenden der Strk., es sei ihm „bei der Beratung nicht aufgefallen, daß einer der Schöffen über die Vorgänge der

²⁾ JW. 1920, 378.

³⁾ JW. 1930, 1925.

genommen, das RevG. hätte die Klage nach § 823 BGB. abgewiesen, die Haftung nach § 839 aber im Ur. nicht geprüft, so würde doch zweifellos, wenn das BG. zu der Ansicht gelangt, daß der nachgewiesene Sachverhalt die Voraussetzungen der Amtspflichtverletzung erfüllt, es berechtigt sein, in Anwendung des § 547 Abs. 2 ZPO. zu entscheiden oder die Sache an das BG. zurückzuverweisen. Dies auch dann, wenn der RevKl. selbst sich nicht auf § 839 ZPO. stützt hat; denn auch das RevG. hat den ihm unterbreiteten Sachverhalt nach allen sich darbietenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Wenn freilich — und hierauf dürfte das obige Ur. letzten Endes beruhen und insofern auch unanfechtbar sein — „beide Parteien“ die Heranziehung des rechtlichen Gesichtspunktes, der allein die Zulässigkeit der Rev. ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes begründen würde, ausdrücklich ablehnen, dann allerdings dürfte das RevG. sich mit diesem nicht geltend gemachten Anspruch nicht befassen und die Rev. nicht zulässig sein.

Geh. RA. Dr. Dispeker, München.

Zu 23. Nach § 554 Abs. 3 ZPO. muß die Revisionsbegründung die Revisionsanträge, d. h. die Erklärung enthalten, inwiefern das Urteil angefochten und seine Aufhebung beantragt wird. Beschränkt sich der Antrag ausdrücklich auf einen Teil des Urteils, so ist die Revision im übrigen mangels Begründung unzulässig, falls

darüber vernommenen unbeteiligten Zeugen haben allerdings den Eindruck gehabt, als ob wenigstens der Schöffe, der links vom Vorsitzenden seinen Platz hatte — das wäre nach den Angaben der Sitzungsniederschrift über die Befragung des Gerichts der Landwirt P. gewesen —, während eines längeren Zeitraums nicht nur mit dem Schlaf gekämpft, sondern schon wirklich geschlafen hätte. Von den Gerichtspersonen selbst hat niemand eine solche Wahrnehmung gemacht. Die beiden Schöffen aber haben sich dahin geäußert, sie hätten nicht geschlafen. Das stellt nicht nur der andere Schöffe mit Entschiedenheit in Abrede, sondern auch der Schöffe P. hat angegeben, es habe ihn zwar, schon bald nach Beginn der Sitzung, ein Unwohlsein ergriffen, wohl infolge einer Überhitzung des Sitzungssaals, nach wenigen Minuten habe er sich aber wieder wohl gefühlt; er bestreite, daß er für wesentliche Teile der Hauptverhandlung gehindert gewesen wäre, ihnen zu folgen. Aus der dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden ist noch von Belang die Feststellung, es sei ihm bei der Beratung nicht aufgefallen, daß einer der Schöffen über die Vorgänge der Verhandlung oder einen Teil davon nicht unterrichtet gewesen wäre. Hiernach muß angenommen werden, daß der Eindruck, den der Vorgang bei den vernommenen Zeugen hervorgerufen hat, nicht der Wirklichkeit entspricht. Hiernach kann die erste Revisionsrüge nicht als begründet angesehen werden.

Die Ausführungen des angefochtenen Urteils rechtfertigen die Beurteilung des Angekl. G. Das SchöffG. hatte geglaubt, von einer Wahrnehmung berechtigter Interessen könne bei G. deshalb keine Rede sein, weil er sich nicht darauf berufe. Das war rechtsirrig. Die Strk. hat sodann die Frage geprüft, sie aber nicht richtig beurteilt. Ihr Urteil führt aus, G. sei zwar wie jeder andere Ortsbürger berechtigt, vermeintliche Mißstände beim Wohnungsamt in geeigneter Form, insbes. durch Anzeige bei der vorgesetzten Behörde zur Sprache zu bringen. Die Mitteilung an den Schriftleiter einer Zeitschrift könne dagegen nicht als ein in diesem Sinne geeignetes Mittel anerkannt werden, und wer diesen Weg wähle, müsse in vollem Umfang die Gefahr tragen, die sich aus dem Scheitern des Wahrheitsbeweises ergebe. Mit dieser Ausführung gerät die Strk. in Widerspruch mit der vorher hinsichtlich des Angekl. R. gemachten Ausführung, er werde, berechtigt gegen wirkliche oder vermeintliche Mißstände in der Gemeinde aufzutreten, sich hierzu grundsätzlich auch der Veröffentlichung von Aufsätzen in seiner kritischen Wochenschrift bedienen dürfen. Wenn nämlich für den Angekl. R. das Recht anzunehmen wäre, seine Rüge von Mißständen in seiner Zeitschrift vorzutragen, so müßte dieses Recht auch für jeden anderen gelten, dem an sich ein Recht der Rüge zuzugestehen ist, sei es, daß dieser selbst einen Aufsatz für die Zeitung schreibt, sei es, daß er dem Schriftleiter den Stoff für einen von diesem abzufassenden Aufsatz liefert. Dabei käme aber gegenüber beiden Angekl. auch in Betracht, ob gerade der gewählte Weg der Rüge von Mißständen der richtige war, und ob nicht ein anderer Weg besser und sicherer

Verhandlung oder einen Teil davon nicht unterrichtet gewesen wäre". Es entsteht die Frage, ob diese Äußerung des Vorsitzenden nicht bereits eine Verletzung des Beratungsgeheimnisses darstellte. Bezieht das Beratungsgeheimnis sich nur auf den sachlichen Inhalt der Beratungen, d. h. darauf, welche Äußerungen hierbei gefallen oder nicht gefallen sind, oder auch darauf, welche Schlüsse sich aus dem gesamten Verhalten der Schöffen bei der Beratung ziehen lassen? Man braucht nur daran zu denken, daß ein Angekl. etwa die Rev. darauf stützt, ein Richter sei geisteskrank gewesen, und sich zum Beweise dafür auf das Verhalten dieses Richters bei der Beratung beruft. Es bedarf weiter der Untersuchung, welche Rechte und Pflichten für den Vorsitzenden daraus erwachsen, wenn er bei der Beratung Wahrnehmungen macht, die darauf deuten, daß ein Richter den Vorgängen in der Hauptverhandlung nicht gefolgt ist.

2. Die Frage, wann man sich zur Wahrnehmung berechtigter Interessen der Presse bedienen darf, ist insbes. in dem interessanten R. Ur. v. 26. Jan. 1928, 2 D 866/27: DRZ. Rfpr. 1928 Sp. 143 Nr. 289 erörtert worden. Dort hat das RG. unter Hinweis auf R. St. 15, 19 ausgeführt, daß § 193 dann anwendbar sein könne, „wenn die Umstände eines besonderen Falles so liegen sollten, daß die Anrufung der zuständigen Behörde nutzlos erscheint oder in gutem Glauben für nutzlos, die öffentliche Besprechung als der einzige geeignete Weg erachtet wird, Übelstände zur allgemeinen Kenntnis zu bringen und dadurch ihre Abhilfe herbeizuführen". Die obige

zu dem angestrebten Ziele führen und dabei für die betroffenen Beamten schonender sein konnte. Indessen war dabei nicht entscheidend, ob der gewählte Weg einer Rüge in der Zeitschrift zur Herbeiführung des Erfolges tatsächlich geboten war, sondern ob die beiden Angekl. dies annahmen und deshalb so handelten; etwa weil sie glaubten, daß eine bei der vorgesetzten Stelle zu erhebende Beschwerde keinen Erfolg haben würde. Wenn in den beiden von der Strk. angezogenen Entsch. des RG. v. 19. Dez. 1909 (Recht 1910 Nr. 448) und v. 18. Jan. 1918 (LJ. 1918, 775) ausgeführt ist, daß vermeintliche Mißstände durch eine Anzeige bei der vorgesetzten Behörde zur Sprache gebracht werden dürften, so ist damit nicht, wie die Strk. anzunehmen scheint, gesagt worden, ein anderer Weg, etwa eine Besprechung in der Presse, könne nicht unter den § 193 StGB. fallen.

Bei der Würdigung des Falles nach diesen Grundsätzen könnte die Annahme der Strk. richtig sein, daß R., wenn er handelte, um berechnigte Interessen wahrzunehmen, straflos wäre, und daselbe könnte hinsichtlich G. der Fall sein. Gegenüber jener Möglichkeit hat aber die Strk. in der Richtung gegen R. angenommen, dieser habe überhaupt nicht zu jenem Zweck gehandelt, sondern nur, um der Aufregungs- und Klatschsucht gewisser Leserkreise zu dienen. Dieser Gesichtspunkt konnte möglicherweise ebenso gegen G. zutreffen. Auch er könnte gehandelt haben, um der Klatschsucht von Lesern des Vaterlands zu dienen, oder auch nur, indem er sich, vielleicht weil er R. und dessen „Vaterland" kannte, dessen bewußt war, R. würde den ihm mitgeteilten Stoff in aufbauender, anzüglicher, entstellender Form verwerten. Umstände solcher Art, so daß hiernach auch bei G. die Anwendung des § 193 StGB. ausgeschlossen wäre, hat indessen die Strk. bisher nicht dargelegt. Insofern bedarf die Sache einer weiteren Prüfung.

(1. Sen. v. 12. Nov. 1929; 1 D 752/29.)

[M.]

II. Verfahren.

** 27. §§ 23, 24, 338 Ziff. 2, 3 StPO.; §§ 192, 193 StGB.

1. Mitwirkung eines Richters an einer Entscheidung ist nur dann gegeben, wenn er sich an der Entscheidung durch Teilnahme an der Abstimmung beteiligt hat, liegt also bei einem Ergänzungsrichter grundsätzlich nicht vor, solange er nicht für einen verhinderten Richter eingetreten ist.

2. Auch von dem für die Beurteilung eines Ablehnungsgrundes maßgebenden Standpunkt eines verständigenden Angekl. vermag die bloße dienstliche Beteiligung eines Richters an Prozeßvorgängen derselben oder einer früheren Instanz, die der entscheidenden Hauptverhandlung vorausgegangen sind, auch soweit sie mit der Entscheidung engere Berührung haben, die

Entsch. verlangt in ganz ähnlicher Weise eine Prüfung, ob nicht ein anderer Weg besser und sicherer zum Ziele geführt hätte und dabei für die betroffenen Beamten schonender gewesen wäre. Dem ist angesichts der Leichtfertigkeit, mit der die Presse mitunter vom Publikum angerufen wird, beizupflichten.

OGN. Prof. Dr. Mannheim, Berlm.

B. Im vorliegenden Fall hat das RG. selbst Ermittlungen angestellt, ob die Schöffen oder einer von ihnen geschlafen habe, und ist zu einem verneinenden Ergebnis gelangt. Damit ist für den vorliegenden Fall die Frage aus tatsächlichen Gründen erledigt. Ob die Abwägung der Aussagen der „unbeteiligten Zeugen", die allerdings nur einen Eindruck bekunden, und der Mitglieder des Gerichts selbst tatsächlich ein richtiges Ergebnis gehabt hat, kann nicht nachgeprüft werden. In der Sache selbst ist ja der ZW. 1925, 1007 beurteilte Standpunkt erfreulicherweise verlassen worden (ZW. 1926, 709; vgl. auch ZW. 1928, 821).

Vielleicht geben aber auch Fälle wie der vorliegende Anlaß, schon bei der Auswahl der Schöffen und Geschworenen wie überhaupt der Laienrichter an die geistige und körperliche Leistungsfähigkeit dieser Personen zu denken. Die wochenlang währenden Niesenprozesse der neueren Zeit stellen an die Leistungsfähigkeit der Gerichtspersonen starke Anforderungen.

Geh. RA. Dr. Heiberg, Breslau.

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nicht zu rechtfertigen.

3. Wird die Rev. auf die zu Unrecht erfolgte Zurückweisung eines Ablehnungsgesuches gestützt, so unterliegt dieses der Prüfung des RevG. auch in tatsächlicher Beziehung. f)

Der LR. Dr. S., der in der Hauptverhandlung vor dem BG. Mitglieds des erkennenden Gerichts gewesen ist, hatte an der Hauptverhandlung vor dem SchöffG. v. 11. bis 23. Juli 1927 als Ergänzungsrichter teilgenommen. Mit Rücksicht hierauf, sowie auf Grund der Behauptung, daß LR. Dr. S. zum Teil an den Beratungen des SchöffG. teilgenommen habe, hat ihn der Verteidiger des Beschw. in der Hauptverhandlung vor dem BG. vor Beginn der Berichterstattung wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Der abgelehnte Richter hat sich dienstlich dahin geäußert, er fühle sich nicht befangen; zwar habe er während der Verhandlung vor dem SchöffG. öfter an den Zwischenberatungen teilgenommen, dagegen nicht an der Urteilsberatung.

Die Strk. hat daraufhin den Ablehnungsantrag zurückgewiesen, da die zur Begründung des Ablehnungsgesuches angeführten Gründe nicht geeignet seien, ein Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des LR. Dr. S. zu rechtfertigen, zumal dieser erklärt habe, sich selbst nicht für befangen zu halten.

Die Rev. hat auf Grund dieses Sachverhalts in erster Linie die Rüge erhoben, daß bei dem Urteil des BG. ein Richter mitgewirkt habe, welcher von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen gewesen sei (§ 338).

Nach § 23 StPD. ist ein Richter, welcher bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, von der Mitwirkung bei der Entscheidung in höherer Instanz kraft Gesetzes ausgeschlossen. Erforderlich ist also, daß eine Mitwirkung bei der Entscheidung als Richter stattgefunden hat. Diese Voraussetzung liegt bei einem — nach § 192 GWG. nur der Verhandlung beiwohnenden — Ergänzungsrichter grundsätzlich nicht vor, solange er nicht

Zu 27. 1. Die Entsch. des RG. ist, soweit es sich um die Auslegung des § 23 StPD. und der §§ 192, 193 GWG. handelt, völlig überzeugend. Der nach § 192 Abs. 2 a. a. D. bei Verhandlungen von längerer Dauer zugezogene Ergänzungsrichter hat der Verhandlung in ihrem vollen Umfange als Richter beizuwohnen mit allen Rechten und Pflichten eines solchen; er kann sich insbes. an der Beweisaufnahme beteiligen und das Fragerecht ausüben. Zu einer Entscheidung ist er erst berufen, wenn der Verhinderungsfall tatsächlich eingetreten ist, der Ergänzungsrichter also tatsächlich die Aufgaben des verhinderten Richters übernehmen hat. Vorher darf er weder an einer Beratung noch an einer Abstimmung teilnehmen (§ 193 GWG.). Hiergegen ist im vorl. Falle insofern verstoßen worden, als der Landrichter S. mehrfach an den „Zwischenberatungen“ teilgenommen hat, dagegen nicht bei der Urteilsberatung. Eine Teilnahme an der Abstimmung bei jenen Zwischenberatungen war nicht behauptet und nicht zu unterstellen. Die Mitzählung der Stimme des Ergänzungsrichters bei vollbesetzten Gerichten wäre so sinnlos, daß sie praktisch kaum vorkommen wird. Demnach hat der Ergänzungsrichter im ersten Rechtszuge weder an den dem Urteil vorangegangenen Entscheidungen, noch an der Urteilsfällung selbst mitgewirkt, und nur eine solche Mitwirkung kann Ausschließungsgrund i. S. des § 23 Abs. 1 StPD. oder Revisionsgrund i. S. des § 338 Ziff. 2 StPD. sein. Das RG. läßt es dahingestellt sein, ob eine Mitwirkung nur bei der dem Urteil vorangegangenen Entsch. überhaupt einen Ausschließungsgrund i. S. des § 23 Abs. 1 a. a. D. bilden würde. Zu einer näheren Erörterung dieser Frage bietet der Fall keinen Anlaß. Nur eins mag hervorgehoben werden: Wenn das Gericht während der Hauptverhandlung eine selbständig mit der Beschwerde ansehbare Entsch. erlassen, z. B. eine Beschlagnahme oder Verhaftung angeordnet hat, so ist der Richter, der nur bei diesem Beschlusse mitgewirkt hat, selbstverständlich von der Mitwirkung bei der Entsch. des BeschwGer. auf die hiergegen eingelegte Beschwerde ausgeschlossen, aber von einer Ausschließung im Berufungsrechtszuge gegen das in anderer Befassung ergangene erstinstanzliche Ur. kann nicht wohl die Rede sein.

2. Die StPD. regelt in § 24 Abs. 1 und 2 die Ablehnung eines Richters in derselben Weise wie § 42 Abs. 1 und 2 ZPD., und man ist für beide Verfahren darüber einig, daß eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nur stattfindet, wenn vom Standpunkte des Ablehnenden aus genügende vernünftige Gründe vorliegen, die geeignet sind, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu erregen. Hierfür bestimmte Richtlinien aufzustellen, ist schwer und nicht immer unbedenklich. Die Schwierigkeit der Entsch. liegt darin, daß nur der Standpunkt des verständigen Angekl. anerkannt wird und anerkannt werden kann, da die Berücksichti-

für einen verhinderten Richter eingetreten ist und als solcher an der Entscheidung selbst teilgenommen hat. Eine „Mitwirkung“ wird im vorliegenden Falle auch nicht dadurch begründet, daß LR. Dr. S. nach seiner dienstlichen Äußerung, obwohl er, wie bereits hervorgehoben, nur dazu berufen war, der Verhandlung beizuwohnen, auch — entgegen der Vorschrift des § 193 GWG. — an den Beratungen über die dem Urteil vorangegangenen Entscheidungen teilgenommen hat. Eine Mitwirkung des Dr. S. als Richter i. S. des § 23 StPD. würde nur dann gegeben sein, wenn er sich an den Entscheidungen durch Teilnahme an der Abstimmung beteiligt hätte, d. h., wenn er seine Stimme abgegeben hätte und diese auch bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses mitgezählt werden sollte und mitgezählt worden ist. Eine „Mitwirkung“ des LR. Dr. S. in diesem Sinne wird aber von der Rev. nicht behauptet, und zwar weder für die Urteilsberatung noch für eine der vorangegangenen Entscheidungen. Eine solche „Mitwirkung“ hat auch nach der dienstlichen Äußerung des LR. Dr. S. nicht stattgefunden.

Die auf § 338 Ziff. 2 StPD. gestützte Revisionsbeschwerde kann deshalb schon aus diesem Grunde keinen Erfolg haben, ohne daß geprüft zu werden brauchte, ob die „Mitwirkung“ eines Richters nicht bei dem angefochtenen Urteile selbst, sondern nur bei den dem angefochtenen Urteil vorangegangenen Entscheidungen überhaupt einen gesetzlichen Ausschließungsgrund i. S. des § 23 Abs. 1 StPD. bilden würde.

In zweiter Linie hat die Rev. gerügt, daß das den LR. Dr. S. betreffende Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden sei (§ 338 Ziff. 3 StPD.).

In dieser Hinsicht ist der Rev. zuzugeben, daß der die Ablehnung zurückweisende Beschluß der Strk. nicht erkennen läßt, daß geprüft worden wäre, ob vom Standpunkt des Angekl. aus die Teilnahme des LR. Dr. S. an den Beratungen über die dem Urteil vorangegangenen Entscheidungen einen vernünftigen Grund zu der ernstlichen Be-

gung der Gründe, die lediglich im Glauben des Ablehnenden wurzeln, ins Uferlose führen würde. Es besteht aber auch die Gefahr eines zu strengen Standpunktes, der jenseitigen Erfahrungen nicht gerecht wird, und von solcher Überspannung hat sich die Rspr. nicht immer freigehalten. Der Laie sieht die Dinge häufig doch anders an, als der Jurist, der den Maßstab des verständigen, vernünftigen Menschen zu formen hat. Wie es der 1. StrSen. einmal ausgedrückt hat (Urt. v. 10. Nov. 1925: RGSt. 59, 411), der Nichtjurist urteilt nach den äußeren Vorgängen (und kann, wie man hinzufügen muß, deren Tragweite nicht immer übersehen). Das zu beachten, ist von großer rechtspolitischer Bedeutung. Das RG. meint in der oben mitgeteilten Entsch., die Rspr. des höchsten Gerichtshofs habe sich für diejenigen Fälle, in denen ein gesetzlicher Ausschließungsgrund nicht vorliegt, dahin geklärt: Auch vom Standpunkte eines verständigen Angekl. vermag die bloße dienstliche Beteiligung eines Richters an Prozeßvorgängen desselben oder eines früheren Rechtszuges die der entscheidenden Hauptverhandlung vorausgegangen sind, selbst wenn sie mit der Entsch. engere Berührung haben, die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nicht zu rechtfertigen. Schon früher, in der Entsch. v. 15. Okt. 1928 (RGSt. 62, 299), hat der 2. StrSen. in bemerkenswerter Weise bei der Auslegung des § 24 an den Inhalt des § 23 StPD. angeknüpft. Nach § 23 Abs. 3 a. F. durften an dem Hauptverfahren vor der Strk. mehr als zwei von denjenigen Richtern, die bei der Entsch. über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt haben, und namentlich der Richter, der Bericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft erstattet hat, nicht teilnehmen. Dieser Absatz ist durch § 21 Abs. 1 W. v. 4. Jan. 1924 (RGBl. I, 18) beseitigt worden. Das RG. führt aus: Damit habe der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er jene frühere Bestätigung des Richters nicht mehr als unvereinbar mit der Teilnahme an der Hauptverhandlung und nicht mehr schon um ihrer selbst willen als geeignet ansehe, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Diese nunmehr vom Gesetz selbst vertretene Auffassung habe auch der Angekl. regelmäßig gelten zu lassen, und eine begründete Besorgnis der Befangenheit könne bei ihm auch gegenüber einem solchen Richter nur anerkannt werden, wenn besondere Gründe dazukämen, die sein Mißtrauen gegen den Richter rechtfertigten. Löwe-Rosenberg (17. Aufl., Anm. 17 zu § 24) gehen in der Würdigung des § 23 noch weiter und stellen den allgemeinen Grundsatz auf: Zudem die StPD. in § 23 die Unvereinbarkeit gewisser richterlicher Funktionen ausspreche, erkläre sie zugleich, daß im übrigen die verschiedenen Funktionen des strafgerichtlichen Amtes miteinander vereinbar seien; somit könne, außer in den Fällen des § 23, ein Ablehnungsgesuch nicht lediglich damit begründet werden, daß der Richter vermöge seiner vorausgegangenen richterlichen Tätig-

sergebnis abgeben konnte, daß der Richter pflichtwidrig vorgegangen an die Prüfung der Sache herantreten werde (vgl. JW. 1912, 953; GoldbArch. 65, 552; RGSt. 55, 57; 61, 69). Die Strk. hätte aber auch bei solcher Prüfung zur Zurückweisung des Ablehnungsgefuches kommen müssen. Das RevG., dem insoweit die Prüfung auch in tatsächlicher Beziehung zusteht (RGSt. 55, 56), vermag nicht anzuerkennen, daß der Angekl. aus den Tatsachen, die er zur Rechtfertigung des Ablehnungsgefuches vorgebracht hat, von seinem Standpunkte aus eine begründete Besorgnis der Befangenheit des LR. Dr. S. herleiten könnte.

Die Rspr. des RG. hat sich für diejenigen Fälle, in denen ein gesetzlicher Ausschließungsgrund nicht vorliegt, dahin geklärt: die bloße dienstliche Beteiligung eines Richters an Prozeßvorgängen derselben oder einer früheren Instanz, die der entscheidenden Hauptverhandlung vorausgegangen sind, vermag, auch soweit sie mit der Entscheidung engere Berührung haben, die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit i. S. des § 24 StPD. nicht zu rechtfertigen. Dies hat auch vom Standpunkte eines verständigen Angekl. zu gelten, der davon ausgehen kann und muß, daß ein Richter sich von Befangenheit frei hält und sich durch jene dienstlichen Ergebnisse in seiner Entscheidung nicht beeinflussen läßt (RGSt. 58, 286, 287; 59, 409; 60, 43, 47; 61, 67, 68; 62, 299; v. 22. Juni 1927, II 289/27; v. 9. März 1928, I 69/28).

Aus § 23 StPD. ergibt sich, daß das Gesetz frühere richterliche Betätigungen, die mindestens ebenso bedeutsam sind, wie die hier beanstandete des LR. Dr. S., nicht als unvereinbar mit der Ausübung des Richteramtes ansieht, z. B. gerade die Mitwirkung eines Ergänzungsrichters in der Hauptverhandlung, der nicht nur den ganzen Prozeßstoff in sich aufnimmt, sondern ihn auch pflichtgemäß nach Schuld und Nichtschuld abwägend fortlaufend innerlich verarbeitet; ebenso die Mitwirkung eines Richters, der in der Vorinstanz als beauftragter oder ersuchter Richter Zeugen oder Beschuldigte vernommen hat, oder der bei der Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt hat. Auch folgt aus § 354 StPD., daß der Gesetzgeber denjenigen Richter, der bei einem von dem RevG. aufgehobenen Urteil mitgewirkt hat, zur Mitwirkung in der erneuten Hauptverhandlung grund-

keit befangen erscheine. Diese umfassenden Richtlinien hat sich jetzt auch der 2. StrSen. zu eigen gemacht, indem er behauptet, aus § 23 StPD. ergebe sich, daß das Gesetz frühere richterliche Betätigungen, die mindestens ebenso bedeutsam seien, wie die im gegebenen Falle beanstandete des Landrichters Dr. S. nicht als unvereinbar mit der Ausübung des Richteramtes ansieht, z. B. gerade die Mitwirkung eines Ergänzungsrichters in der Hauptverhandlung, ebenso die Mitwirkung eines Richters, der in der Vorinstanz als beauftragter oder ersuchter Richter Zeugen oder Beschuldigte vernommen habe oder der bei der Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt habe. Diese Verknüpfung des § 24 mit § 23 muß stutzig machen; denn sie entspricht nicht den Denkgesetzen. An und für sich können aus jener Regelung der Ausschließungsgründe keine schlüssigen Folgerungen für oder gegen die Annahme einer Besorgnis der Befangenheit hergeleitet werden. Die Unvereinbarkeit der richterlichen Tätigkeiten in den Fällen des § 23 Abs. 1 und 2 ist aus öffentlichen Gründen ausgesprochen und hat mit der persönlichen Einstellung der Beteiligten gar nichts zu tun. Es ist richtig, daß regelmäßig, d. h. abgesehen von dem Vorliegen besonderer Umstände, die vorangegangene Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters keinen vernünftigen Grund zur Ablehnung darstellen kann. Dasselbe wird von der Teilnahme an der Entsch. über die Eröffnung des Hauptverfahrens gelten. Denn ein verständiger Angekl. kann und muß damit rechnen, daß der Richter die selbstverständliche Pflicht hat, sich gewissenhaft in dem neuen Verfahren sein Urte. auf Grund des gesamten Verhandlungsstoffes zu bilden. Erfolgt die Zurückverweisung in die Vorinstanz gemäß § 354 StPD., so besteht für den Angekl. die wichtige Bürgschaft, daß die früheren Richter in der erneuten Hauptverhandlung die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Urte. zugrunde gelegt ist, auch ihrer Entsch. zugrunde zu legen haben. Alles dies hat aber mit dem Umfang der Ausschließung auf Grund des § 23 StPD. nichts zu tun. Man kann und muß unabhängig davon die Erfahrungstatsache verwerten, daß sich ein gewissenhafter Richter regelmäßig durch frühere dienstliche Ergebnisse in seiner Entsch. nicht beeinflussen lassen wird, und das hat ein „verständiger“ Angekl. gegen sich gelten zu lassen. Das Bedenkliche des Zeitlages zu 2 liegt nur in der Gefahr einer schematischen Verallgemeinerung und die Anwendung gerade auf besondere Fälle, wie ein solcher m. E. hier gegeben ist. Die Hauptverhandlung vor dem SchöffG., an welcher der abgelehnte Ergänzungsrichter teilgenommen, hatte fast 14 Tage gedauert, und der Richter halte in gesetzwidriger Weise an Zwischen-

sächlich nicht für unfähig oder ungeeignet erachtet (vgl. auch RGSt. 31, 225).

Bei einer solchen Beurteilung kann aber die — wenn auch nach § 193 WGG. ungesetzliche — rein dienstliche Teilnahme des LR. Dr. S. an den Beratungen über die dem Urteil vorangegangenen Entsch. des SchöffG. für sich allein — ohne das Hinzukommen besonderer Umstände, die weder von der Rev. geltend gemacht noch angeführt der dienstlichen Äußerung des abgelehnten Richters ersichtlich sind — auch vom vernünftigen Standpunkte eines Angekl. aus nicht für geeignet erachtet werden, die Besorgnis der Befangenheit des LR. Dr. S. zu rechtfertigen. Es ist dabei vor allem auch zu berücksichtigen, daß dasjenige, was Dr. S. durch eine solche Teilnahme an den Beratungen erfahren haben kann, naturgemäß an Bedeutung gegenüber dem Einblick, den er durch seine gesetzmäßige Anwesenheit in der Hauptverhandlung erhalten hat, sehr erheblich zurücktritt.

(2. Sen. v. 8. Dez. 1930; 2 D 827/30.) [M.]

28. §§ 141, 304, 337, 338 Nr. 8 StPD. Der vor der Verhandlung gestellte Antrag des Angekl., ihm einen Verteidiger beizugeben, muß auch in Fällen, in denen die Verteidigung keine notwendige ist, alsbald beschieden werden. Auf der unterbliebenen Bescheidung des Antrags beruht das Urteil nicht, wenn der Angekl. den Antrag in der Hauptverhandlung nicht erneuert hat. Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPD. setzt einen Beschluß des erkennenden Gerichts voraus. †)

Der Angekl. hatte in seiner Berufungsrechtfertigung um Beordnung eines Anwalts für das Berufungsverfahren gebeten und diesen Antrag, als er unbeschieden blieb, wiederholt, nachdem ihm die Ladung zum Hauptverhandlungstermin zugegangen war. Auch nunmehr erhielt er keinen Bescheid. Die Hauptverhandlung erfolgte ohne Zuziehung eines Verteidigers.

Die hieraus von dem Angekl. hergeleitete Verfahrensfrage einer unzulässigen Beschränkung der Verteidigung vermag nicht durchzugreifen.

Da den Gegenstand der Untersuchung Verbrechen des

beratungen teilgenommen. Das sollte, meine ich, genügen, um auch bei objektiver Würdigung die Besorgnis des Angekl., dieser Richter werde der Berufsungsverhandlung nicht mehr unbefangenen gegenüberstehen, gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Es übersteigt nach meiner Überzeugung auch die Kraft eines Zealrichters, die Bindungen zu überwinden, die sich daraus ergeben, daß er während einer Hauptverhandlung von 13 Tagen, „nicht nur den ganzen Prozeßstoff in sich aufgenommen, sondern pflichtgemäß nach Schuld und Nichtschuld abwägend fortlaufend innerlich verarbeitet hat“.

3. Wenn die Rev. auf die zu Unrecht erfolgte Zurückweisung eines Ablehnungsgefuches gestützt war, so kann das RevGer. seine Aufgabe überhaupt nicht erfüllen, wenn ihm nicht auch die Nachprüfung in tatsächlicher Beziehung zusteht. Das ist vom RG. schon früh ausgesprochen (vgl. RGSt. 7, 340 und 22, 135 zu § 376 Ziff. 3 StPD. ä. F., jetzt § 338 Ziff. 3 a. a. D.).

DWPräf. i. R. Dr. Levin, Berlin.

Zu 28. Die Entsch. mag rein formal nicht zu beanstanden sein; sachlich ist sie unbefriedigend.

1. § 140 IV Satz 2 StPD. läßt in der BerInst. im Stiche. Die dort vorgesehene Frist ist verstrichen. Trotzdem besteht unzweifelhaft in schwereren Fällen ein Bedürfnis dafür, dem Angekl. auch noch in der BerInst. das Recht zu geben, durch seinen Antrag die Bestellung eines Verteidigers zu erzwingen. Daher sind wiederholt Versuche gemacht worden, diese Fristbestimmung, die — aus dem früheren Verfahren übernommen — seit der Leg. Emminger nicht mehr paßt, für die neu eingeführte BerInst. tauglich zu machen. So hat das DW. Breslau (SchöffRspr. 2, 11) die Ansicht vertreten, in der BerInst. bestעה, wenn nur der Angekl. in der 1. Inst. den Antrag rechtzeitig gestellt oder wenn er damals bereits einen Verteidiger gehabt habe, überhaupt keine zeitliche Beschränkung. Von a. s. wiederum hat in JW. 1925, 927 u. 1544 vorgeschlagen, die dreitägige Frist von der Zustellung des Urteils 1. Inst. oder — bei Freispruch in 1. Inst. — von der Ladung zur Hauptverhandlung 2. Inst. zu berechnen. Es ist zuzugeben, daß dieser an sich brauchbare Vorschlag keine Stütze im Gesetz findet. Um so notwendiger wäre es, daß der Gesetzgeber sich der Frage annimmt. Der letzte Entwurf hat es leider verjäumt (Art. 70 Ziff. 83 WGG.).

2. Der Senat beruft sich zur Begründung seiner Ansicht, nach der feststehenden Rspr. des RG. komme § 338 Nr. 8 nicht in Frage, wenn es an einem Beschluß des erk. Gerichts fehle, abgesehen von neueren ungedruckten nur auf einige ältere Entsch. Er hätte sich

vollendeten und versuchten schweren Diebstahls im Rückfalle bildeten (§§ 242, 243 Ziff. 2, 244, 43 StGB.), und der Antrag des Angekl. erst in der Ber. Inst. gestellt worden war, lag der Fall einer notwendigen Verteidigung weder nach § 140 Abs. 1 StPD. noch nach Abs. 3 und 4 daf. vor. Es handelte sich deshalb um einen Antrag auf Bestellung eines Verteidigers auf Grund des § 141 StPD., über den das BG. nach freiem Ermessen zu entscheiden hatte. Eine Entscheidung auf diesen Antrag ist überhaupt nicht erlassen worden. Es hätte aber auf den Antrag alsbald, und zwar vor der Hauptverhandlung, entschieden werden müssen, da der Verteidiger für diese bestellt werden sollte, und da auch die Entscheidung dem Angekl. nach vorher bekanntgemacht werden mußte, um ihn in die Lage zu setzen, entweder selbst einen Verteidiger für die Hauptverhandlung zu wählen und rechtzeitig zu unterrichten oder gegen eine ablehnende Entscheidung das ihm nach § 304 StPD. zustehende Rechtsmittel der Beschwerde noch vor der Hauptverhandlung zu erheben. Das Gericht hat deshalb durch die Unterlassung einer Entscheidung über den Antrag gegen § 141 StPD. verstoßen und in das dem Angekl. nach § 137 StPD. zustehende Recht eingegriffen, sich in jeder Lage des Verfahrens, also auch noch vor der Hauptverhandlung, des Beistandes eines Verteidigers zu bedienen (vgl. dazu RGSt. 48, 386, 387/388).

Der Angekl. hat sich nun aber, obwohl in der Hauptverhandlung ein Verteidiger nicht erschienen war und er einen Bescheid auf seinen Antrag nicht erhalten hatte, widerspruchslos auf die Hauptverhandlung eingelassen, ohne auf seinen Antrag irgendwie zurückzukommen; er hat auch nicht Aussetzung der Verhandlung zum Zwecke der Bestellung eines Wahlverteidigers beantragt.

Das hat zur Folge, daß das angefochtene Urteil nicht auf der unterlassenen Bescheidung des vor der Hauptverhandlung gestellten Antrages beruhen kann (§ 337 StPD.); der absolute Revisionsgrund des § 338 Ziff. 8 StPD. steht hier, da nicht eine Beschränkung der Verteidigung durch einen Beschluß des — erkennenden — Gerichts behauptet wird, nicht in Frage. Der Angekl. hatte die Möglichkeit, seinen bisher unbeschiedenen gebliebenen Antrag, nachdem ein Verteidiger für ihn in der Hauptverhandlung nicht erschienen war, in der Hauptverhandlung zu wiederholen und nunmehr eine Entscheidung über den Antrag zu verlangen, sowie gegebenenfalls — bei Ablehnung des Antrages — die Aussetzung der Verhandlung zu beantragen, um einen Wahlverteidiger zu bestellen und ihn zu unterrichten. Unterließ es der Angekl., seinen vor der Hauptverhandlung gestellten und unbeschiedenen gebliebenen Antrag dem erkennenden Gerichte zur Kenntnis zu bringen, und setzt er damit das erkennende Gericht, bei dem der Antrag bisher nicht angebracht war, nicht in die Lage, seinerzeit über den Antrag zu entscheiden, so ist es auf dieses Verhalten des Angekl. in der Hauptverhandlung, nicht aber auf die unterlassene Bescheidung des vor der Hauptverhandlung gestellten Antrages zurückzuführen, daß dem Angekl. in

der Hauptverhandlung ein Verteidiger nicht zur Seite stand und er so möglicherweise in seiner Verteidigung beschränkt wurde.

Dieser Standpunkt entspricht der feststehenden Rspr. des RG. (RG. 1, 301, 302; LZ. 10, 1550), sowie die Urteile des 3. StrSen. 3 D 350/24 und 3 D 101/25.

(2. Sen. v. 26. Mai 1930; 2 D 1199/29.)

[A.]

29. §§ 145, 238 StPD.

1. Zurückweisung einer Frage als ungeeignet. Der Vorsitzende ist verpflichtet, darauf hinzuwirken, daß zu unbestimmt gefaßte Fragen in bessere Form gebracht werden.

2. Die Anordnung der vorzeitigen Entlassung eines Zeugen durch den Vorsitzenden gehört in den Rahmen der Prozeßleitung, nicht der Sachleitung, sie kann also von den Prozeßbeteiligten nicht beanstandet werden.

3. Ein Recht, den bestellten Verteidiger abzulehnen, steht dem Angekl. nicht zu. Die Weigerung des Verteidigers, einen von ihm nicht für sachdienlich gehaltenen Antrag zu stellen, ist nicht gleichbedeutend mit der Weigerung, die Verteidigung zu führen, und macht daher die Bestellung eines anderen Verteidigers nicht erforderlich. †)

1. Der Angekl. erblickt in der Nichtzulassung einer Frage an die Zeugin M. eine unzulässige Beschränkung seiner Verteidigung. Gemäß § 240 Abs. 2 StPD. darf eine Frage des Angekl. an erschienene Zeugen nur dann zurückgewiesen werden, wenn sie nicht zur Sache gehört oder ungeeignet ist. Hier ist die Zurückweisung unter dem zweiten Gesichtspunkt geschehen. Für die Regelfälle könnte zwar die Zurückweisung einer Frage des Angekl. an einen erschienenen Zeugen mit der Begründung, daß die in ihr verwendeten Begriffe zu unbestimmt seien, nicht gebilligt werden. Es wäre vielmehr regelmäßig Sache des Vorsitzenden, auf eine bestimmtere Fassung der Frage hinzuwirken, oder, wenn der Angekl. hierzu nicht zu bewegen wäre, seinerseits die Unbestimmtheit durch ergänzende Fragen zu beseitigen. Hier handelt es sich aber um einen ganz besonders gelagerten Fall. (Es wird dargelegt, daß in der Frage des Angekl. die Herbeiführung einer wiederholten Vernehmung der Zeugin über einen schon erledigten Punkt erblickt werden konnte.) Dazu kommt aber noch, daß das Gericht auf Grund des Eindrucks, den es von dem Angekl. im Laufe der Verhandlung gewonnen hatte, zu der Überzeugung gekommen war, daß der Angekl. durch unbestimmt gehaltene Fragen unbestimmte Antworten der Zeugen erzielen wollte, um dann hierauf Einwendungen zu stützen und den Zeugen einen Strich zu drehen. Bei solcher Sachlage durfte das Gericht die Frage als ungeeignet ablehnen. Keinesfalls aber könnte unter den angegebenen Umständen angenom-

aber wohl auch mit RGSt. 57, 261 ff. (263) auseinandersehen müssen (vgl. Kohlrusch, Anm. 9a zu § 338). Hier erklärt der 1. Senat, das Erfordernis eines förmlichen Gerichtsbeschlusses dürfe nicht „überhaupt“ werden. Allerdings lag damals wenigstens ein Antrag (auf Beerdigung eines Zeugen) in der Hauptverhandlung vor, über den das Gericht stillschweigend hinweggegangen war. Aber auch die grundlegende Entsch. RGSt. 61, 376 wäre heranzuziehen; sie behandelt den Fall, daß der Vorsitzende vor der Hauptverhandlung einen Beweisantrag unzulässigerweise dahin bescheidet, über ihn werde in der Hauptverhandlung entschieden werden; in der Hauptverhandlung wird der Antrag nicht wiederholt, die Beschlußfassung unterbleibt (vgl. Kohlrusch, Anm. 1 zu § 219). Es ist richtig, daß der obige Fall wiederum insofern anders liegt, als der Antrag auf Bestellung eines Verteidigers vor der Hauptverhandlung überhaupt nicht beschieden worden war; nicht dagegen war der Angekl. auf die Hauptverhandlung vertröstet worden. Er hatte also in dem obigen Falle mehr als dort Anlaß, den Antrag in der Hauptverhandlung zu wiederholen. Es ist auch sicherlich richtig, daß das erk. Gericht nach Möglichkeit davor geschützt werden muß, Dinge, die vor der Hauptverhandlung liegen, von Amts wegen beachten zu müssen. Das kann aber immer nur soweit gelten, als nicht berechnete Interessen des unverteidigten Angekl. darunter zu leiden haben. Sonst muß eben verlangt werden, daß der Vorsitzende auf derartige unerledigte Anträge von sich aus zurückgreift. Auch hier würde sich eine gesetzliche Regelung durch Erweiterung des § 338 Nr. 8 empfehlen.

RGSt. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 29. 1. Der Begriff der „Ungeeignetheit“ einer Frage hat weder im Gesetz § 241 Abs. 2 StPD., noch, soweit ich sehe, in der Literatur und in der Rspr. eine befriedigende Erläuterung erfahren. Weder Loewe zu § 241 Abs. 2 Nr. 5, noch Lisberg, Beweisanzug im Strafprozeß S. 152 ff. haben den Begriff zu umgrenzen versucht. Vielmehr haben Loewe ebenso wie das RG. die Ungeeignetheit einer Frage an Hand von Beispielen bzw. nach der Lage des Einzelfalles entschieden. Ich glaube jedoch, daß sich der Begriff aus dem Gesetz selbst umgrenzen läßt, nachdem nicht zur Sache gehörige und unerhebliche Fragen bzw. Beweisanzüge eine besondere gesetzliche Regelung erfahren haben. Es folgt hieraus zunächst, daß die Ungeeignetheit mit der Unerheblichkeit und Nichtzugehörigkeit zur Sache nicht identisch ist; und weiter, daß auch erhebliche und zur Sache gehörige Fragen wegen Ungeeignetheit zurückgewiesen werden können. Daraus ergibt sich weiter, daß eine sachlich nicht zu beanstandende Frage insbes. dann ungeeignet ist, wenn die Form, in der sie gestellt wird oder der mit ihr erstrebte Zweck der Bedeutung des Strafprozesses widersprechen. Wird insbes. eine Frage in eine unpassende, der Würde des Gerichts nicht angemessene oder unnötig verletzende Form gekleidet, so ist sie als ungeeignet zurückzuweisen, wobei aber, wenn sie erheblich und zur Sache gehörig ist, das Gericht vermöge seiner Pflicht zur Wahrheitsermittlung auf eine geeignete Fassung der Frage hinzuwirken oder die Frage selbst in würdiger Weise zu stellen hat. Ungeeignet ist aber ferner eine Frage, wenn sie überhaupt nicht zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhalts,

men werden, daß die Entscheidung durch die Nichtzulassung der Frage zuungunsten des Angekl. beeinflusst worden wäre.

2. Die vom Angekl. gerügte, vom Vorsitzenden nach Anhörung des Angekl. und gegen dessen Widerspruch verfügte vorzeitige Entlassung der Zeugin M. vermag die Rev. nicht zu begründen. Verfügungen solcher Art gehören zur Prozeßleitung, nicht zur Sachleitung. Der Vorsitzende hat es daher mit Recht abgelehnt, einen Beschluß des Gerichts gemäß dem § 238 Abs. 2 StPD. herbeizuführen. Der Angekl. ist hierdurch auch in keiner Weise in seiner Verteidigung unzulässig beschränkt worden; denn wenn im Laufe der weiteren Verhandlung ein Bedürfnis auf nochmalige Vernehmung der Zeugin hervorgetreten wäre, so wäre es dem Angekl. und seinem Verteidiger freigestanden, die nochmalige Ladung und Vernehmung zu beantragen. Ein solcher Antrag hätte dann durch einen vom RevGer. nachprüfbaren Gerichtsbeschluß beschieden werden müssen.

3. Im Laufe der Hauptverhandlung erklärte der Angekl., daß er den ihm von Amts wegen bestellten Verteidiger, RA. J. L., ablehne, da dieser seine Rechte nicht genügend wahre, sich insbes. weigert habe, einen vom Angekl. schriftlich abgefaßten Antrag zu verlesen und außerdem in einem Schreiben an ihn sich nicht einer der üblichen Höflichkeitsformen bedient habe. Nach Verlesung des vom Angekl. zuletzt erwähnten Schreibens beschloß das Gericht, das Ablehnungsgesuch zurückzuweisen mit der Begründung, dem Angekl. stehe kein Recht zu, den ihm bestellten Verteidiger abzulehnen; auch für das Gericht bestehe keine Veranlassung, die Bestellung L. zu widerrufen; der vorgetragene Brief zeige, daß er die ihm als Verteidiger obliegenden Pflichten erfülle; daraus, daß er in diesem Brief nicht die Höflichkeitsformel „Hochachtungsvoll“ gebraucht habe, folge nicht — gerade im Hinblick auf die Persönlichkeit des J. L. —, daß er seine Aufgabe als Verteidiger nicht erfüllen werde; das Ersuchen des Angekl., dessen bereits schriftlich abgefaßten Antrag zu verlesen, habe der Verteidiger ablehnen dürfen.

Der Angekl. erblickt hierin eine Verletzung des § 145 Abs. 1 StPD., jedoch mit Unrecht. Ein Ablehnungsrecht steht dem Angekl., wie im Gerichtsbeschluß mit Recht erhoben ist, in bezug auf den bestellten Verteidiger nicht zu. Von den im § 145 Abs. 1 StPD. erwähnten Fällen, welche die Bestellung eines anderen Verteidigers notwendig machen, kann der Angekl. nur den Fall der Verweigerung der Führung der Verteidigung im Auge haben. Von einer solchen kann aber nach den Ausführungen im Gerichtsbeschluß keine Rede sein. In der Ablehnung der Verlesung eines Antrags, den der Verteidiger nicht für zweckdienlich hält, kann eine Verweigerung der Führung der Verteidigung nicht gefunden wer-

den; der Verteidiger ist zu einer solchen Ablehnung berechtigt und kann die Stellung des Antrags dem Angekl. überlassen. (1. Sen. v. 18. Nov. 1930; 1 D 1037/30.) [A.]

sondern aus anderen Beweggründen, insbes. zwecks Herabwürdigung des Befragten oder dritter Personen, oder, wie dies besonders häufig der Fall ist, gestellt wird, um aus der Antwort Unterlagen für die Führung anderer Prozesse, insbes. eines Schadenersatzprozesses oder zur Erstattung einer Meinungsanzeige gegen den Zeugen zu gewinnen. Darüber, ob lediglich ein solcher neben der Sache liegender Zweck mit der an sich zur Sache gehörigen Frage verfolgt wird, wird im Einzelfalle das Gericht nach pflichtmäßigem Ermessen unter Angabe der für seine Stellungnahme maßgebenden Gründe zu entscheiden haben. Den letzteren Fall scheint das Instanzgericht als vorliegend erachtet zu haben, als es die gestellte Frage mit der Begründung ablehnte, daß sie bezwecke, „dem Zeugen einen Strick zu drehen“. Insofern ist daher auch die Begründung der Ablehnung nicht zu beanstanden. Wenn aber die gestellte Frage, wie geschehen, auch um deswillen abgelehnt wurde, weil mit ihr bezweckt wurde, aus der Antwort weitere (sachliche) Einwendungen zu erheben, so kann dies Ziel der Fragestellung nicht als außerhalb des Prozeßrahmens liegend bezeichnet werden, und die Zurückweisung einer Frage aus diesem Grunde erscheint mir mit dem Begriff der Ungeeignetheit unvereinbar (vgl. auch Löwenstein: Anm. zu JW. 1923, 236⁴; 1930, 1988¹⁶).

2. Die Entlassung eines Zeugen nach erfolgter Vernehmung wird mit Recht als eine die Prozeß- und nicht die Sachleitung betreffende Anordnung des Vorsitzenden bezeichnet. Über sie war allerdings gem. § 248 StPD. Staatsanwalt und Verteidiger zu hören, was auch geschehen ist. Der bloße Widerspruch gab aber zur Herbeiführung eines Gerichtsbeschlusses um so weniger Anlaß, als die Anordnung nicht als unzulässig, d. h. dem Gesetze widersprechend beanstandet wurde (vgl. RVSt. 44, 65). Von der gesetzlichen Unzulässigkeit solcher Anordnung kann aber mit Rücksicht auf § 248

den; der Verteidiger ist zu einer solchen Ablehnung berechtigt und kann die Stellung des Antrags dem Angekl. überlassen. (1. Sen. v. 18. Nov. 1930; 1 D 1037/30.) [A.]

30. § 371 Abs. 4 StPD. Die öffentliche Bekanntmachung bietet Ersatz für die fehlende Hauptverhandlung und erfolgt deshalb nicht, wenn, wie im Regelfall, eine solche stattgefunden hat.

Die Rev. der Staatsanwaltschaft mußte Erfolg haben. § 371 Abs. 4 StPD. bietet Ersatz für die nach Abs. 1 und 2 fehlende Hauptverhandlung, gilt also nicht, wenn eine solche — wie im vorliegenden Falle — stattgefunden hat. § 373 StPD. und RVSt. 42, 115, 116. Der erf. Sen. findet keinen Anlaß, in der hier in Betracht kommenden Rechtsfrage von der bisherigen Rpr. des RG. abzugehen. Da das frühere Urteil keine Veröffentlichung verfügt hatte, kann die öffentliche Bekanntmachung auch nicht, wie in RVSt. 15, 188, 189, unter dem Gesichtspunkte der Befestigung der aus dem früheren Urteil für die Zukunft sich ergebenden Straffolgen angeordnet werden.

(3. Sen. v. 18. Dez. 1930; 3 D 831/30.) [A.]

31. §§ 467, 473 StPD. Will der Angeklagte mit der Berufung lediglich eine erhebliche Ermäßigung der in erster Instanz erkannten Strafe erreichen, und gelingt ihm das auch, so hat seine Berufung vollen Erfolg gehabt und die Kosten sind dementsprechend der Staatskasse aufzuerlegen.

Verfehlt ist die Kostenentscheidung. Aus der Berufungsbegründung ergibt sich, daß der Angeklagte mit der Berufung lediglich eine Ermäßigung der vom SchöffG. ausgesprochenen Gefängnisstrafe von 1 Jahr 6 Monaten erreichen wollte. Übereinstimmend damit hat der Verteidiger in der Hauptverhandlung eine erhebliche Herabsetzung der Strafe, volle Anrechnung der Unterbringungshaft und Aufhebung des Haftbefehls beantragt, wobei sich der Angekl. seinen Ausführungen angeschlossen. All das hat der Angekl. erreicht. In der Ermäßigung der Gefängnisstrafe um ein Drittel ist auch eine erhebliche Herabsetzung der Strafe zu sehen. Die Berufung hatte also nicht teilweisen, sondern vollen Erfolg; die Kosten der Berufung hätten somit der Staatskasse auferlegt werden müssen (vgl. § 473 Abs. 1 Satz 3 i. Verb. m. § 467 StPD.). Der Fehler konnte von hier aus berichtigt werden.

(2. Sen. v. 3. Nov. 1930; 2 D 579/30.) [A.]

StPD. auch im Falle des Widerspruchs eines Prozeßbeteiligten nicht die Rede sein, und der gerügte Prozeßverstoß würde daher, weil das Urteil auf ihm nicht beruhen kann, auch dann nicht durchgreifen, wenn man die Anordnung der Entlassung des Zeugen als eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung erachten würde.

3. Von besonderem Interesse ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Angekl. ein Recht zusteht, an Stelle eines ihm von Amts wegen beigeordneten Verteidigers die Bestellung eines anderen Verteidigers vom Gericht zu verlangen. Aus dem Umstand allein, daß dem Angekl. ein Ablehnungsrecht in bezug auf den bestellten Verteidiger nicht zusteht, wird man zur Verneinung der Frage nicht gelangen können. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Notwendigkeit der Verteidigung in bestimmten Fällen sind nicht reine Formvorschriften. Schon aus § 144 StPD., wonach die Führung der Verteidigung nur in die Hand einer juristisch vorgebildeten Person gelegt werden darf, ergibt sich, daß der Gesetzgeber die notwendige Verteidigung nur einer für dieses Amt geeigneten Persönlichkeit übertragen wollte. Wenn sich daher, sei es auf Grund persönlicher durch den Angekl. nicht verschuldeter Differenzen mit dem Verteidiger, sei es im Hinblick auf dessen Unfähigkeit (Alter, Krankheit u. dgl.), oder endlich, weil der Verteidiger seine Verteidigerpflichten vernachlässigt, dessen Ungeeignetheit zu dem verantwortungsvollen Amt ergibt, dann würde allerdings in der Ablehnung eines so begründeten Antrages auf Bestellung eines anderen Verteidigers eine unzulässige, die Revision begründende Beschränkung der Verteidigung gem. § 338 Nr. 8 StPD. zu erblicken sein. Ich stimme aber mit den Vorinstanzen darin überein, daß im vorliegenden Falle ein berechtigter Ablehnungsgrund nicht gegeben war.

J. Dr. Siegf. Löwenstein, Berlin.

Beschwerdeentscheidungen gegen Entscheidungen der Aufwertungsstellen.

Berichtet von den Mitgliedern des Aufwertungsrates des RG.

1. § 19 RW. findet auf das Aufwertungsverfahren keine Anwendung.

Die Antragsteller werden in dem vorliegenden Verfahren durch den RA. J. K. A. in A. vertreten. J. K. A., der beim LG. L. zugelassen ist, hat gem. § 19 RW. den Rentner R. in B. zu seinem ständigen Zustellungsbevollmächtigten bestellt. Der angefochtene Beschluß des LG. ist dem Rentner R. am 21. Okt. 1930 zugestellt worden. Die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller ist am 5. Nov. 1930 bei Gericht eingegangen; sie ist also verspätet, falls die Zustellung an den Rentner R. rechtswirksam war. Letzteres ist jedoch zu verneinen.

Das Gesetz läßt von dem Grundsatz, daß der RA. an dem Orte des Gerichts, bei dem er zugelassen ist, seinen Wohnsitz nehmen muß, Ausnahmen zu (§ 18 RW.). In einem solchen Ausnahmefall muß der RA. bei dem Gericht, bei dem er zugelassen ist, einen an dem Orte deselben wohnhaften ständigen Zustellungsbevollmächtigten bestellen (§ 19 RW.). Die Bedeutung des § 19 RW. liegt hierin, daß einen RA., der ausnahmsweise nicht an dem Orte des Gerichts, bei dem er zugelassen ist, seinen Wohnsitz zu nehmen braucht, Zustellungen genau so leicht erreichen sollen, wie jeden anderen zugelassenen Anwalt.

Ob der gem. § 19 RW. bestellte Zustellungsbevollmächtigte der Vertreter des betreffenden Anwalts für die Entgegennahme von allen Zustellungen ist, ist aus dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht zu entnehmen. Nach dem Sinn und Zweck des § 19 RW. muß diese Frage jedoch dahin beantwortet werden, daß der Zustellungsbevollmächtigte nur der Vertreter für die Entgegennahme von Zustellungen in denjenigen Verfahren ist, in denen der RA. die Partei in seiner Eigenschaft als bei dem betr. Gericht zugelassener Anwalt vertritt. Denn es ist nicht ersichtlich, warum das Gesetz verlangen sollte, daß der RA. auch in denjenigen Fällen Zustellungen außerhalb seines Wohnsitzes entgegennimmt, in welchen für eine derartige Anordnung kein Anlaß besteht. Ein solcher Anlaß besteht aber nur in den Verfahren vor dem Gericht, bei dem der betr. Anwalt zugelassen ist, und auch dann nur in den Verfahren, in denen der Anwalt die Partei in seiner Eigenschaft als bei dem Gericht zugelassener Anwalt vertritt. Der § 19 RW. berührt hiernach zunächst alle diejenigen Zustellungen nicht, die in einem Verfahren erfolgen, das vor einem anderen Gerichte schwebt als demjenigen, bei dem der Anwalt zugelassen ist (vgl. Friedlaender, Komm. z. RW., 3. Aufl., § 19 Anm. 6). Des weiteren kann dann aber § 19 RW. überhaupt nicht auf diejenigen Verfahren Anwendung finden, in welchen die Vertretung durch einen Anwalt unabhängig davon ist, bei welchem Gericht der Anwalt zugelassen ist; insbes. also weder auf das Strafverfahren noch das Aufwertungsverfahren (ebenso für den Strafprozeß DVG. Karlsruhe: VbRpr. 1905, 170; ferner Friedlaender a. a. O. Anm. 1). Denn wenn sich eine Partei in einem solchen Verfahren durch einen bei dem betr. Gericht nicht zugelassenen und in dessen Bezirk nicht wohnhaften Anwalt vertreten läßt, so müssen die Zustellungen an den Anwalt an dessen Wohnsitz, also außerhalb des Bezirks des Gerichts erfolgen. Es ist dann aber kein Grund ersichtlich, warum in einem solchen Verfahren der außerhalb des Ortsgerichts wohnhafte Anwalt, der an diesem Gericht zufällig zugelassen ist, Zustellungen außerhalb seines Wohnsitzes entgegennehmen sollte.

Hiernach ist im vorliegenden Falle eine rechtswirksame Zustellung des angefochtenen Beschlusses an die Antragsteller nicht erfolgt. Die sofortige weitere Beschwerde ist demgemäß rechtzeitig.

(RG., 9. ZivSen., Beschl. v. 26. Febr. 1931, AW III 1416/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Stephan, Berlin.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

1. § 178 BGB. Das Erscheinen des Angeklagten in langer Hose und weißem Sportshemd ohne Rock ist eine Ungebühr. †)

(BayObLG., StrSen., Beschl. v. 25. Juni 1930, BeschwReg. I Nr. 172/30.)

Abgebr. JW. 1930, 3431¹⁸

Zu 1. Der Beschw., als Zeuge vor Gericht geladen, ist an einem schwülen Sommertage in langer Hose und weißem Sportshemd im Kraftwagen nach dem Gerichtsort gefahren und in diesem Anzuge vor Gericht aufgetreten. Das BayObLG. sieht darin eine Ungebühr. Ich meine, man kann nicht soweit gehen. Sicher hätte der Zeuge in seinem Kraftwagen Platz gehabt, um einen bürgerlichen Anzug mitzunehmen, aber um diesen anzulegen, hätte er wohl auch das Hemd wechseln müssen, jedenfalls gibt es Sport- oder Reiseanzüge, die nicht ohne unschickliche Entblößung in bürgerliche Kleidung umgewandelt werden können. Dem Zeugen könnte nun nicht zugemutet werden, ein Gasthofszimmer zum Umkleiden zu mieten; jedenfalls

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Berlin.

1. § 18 BGB. findet auf einen mit einer Einschränkung, insbesondere mit einer Bedingung versehenen Antrag keine Anwendung. Ein solcher Antrag unterliegt der Zurückweisung.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 11. Dez. 1930, 1 X 781/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. v. Rozhaki, Schneidemühl.

*

Raumburg.

2. Art. 49, 51 PrFGG. Vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden. Rechtsbehelf, wenn der Notar die Erteilung verweigert.

Der Antragsteller — der Fiskus — hat einem Landwirt ein zinsfreies Darlehen zum Bau von Arbeiterwohnungen gegeben. Dieser hat in notarieller Urkunde die Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe des Darlehnsbetrages auf seinem Grundstück zugunsten des Antragstellers bewilligt und sich gleichzeitig verpflichtet, das Darlehen durch jährliche, jeweils am 15. Nov. fällige Raten von bestimmter Höhe zu tilgen. Die Hypothek sollte für den Antragsteller unkündbar, dieser jedoch befugt sein, unter gewissen Voraussetzungen sofortige Rückzahlung zu verlangen, u. a. auch dann, wenn der Schuldner mit der Zahlung einer Tilgungsrate ganz oder teilweise in Verzug geraten sollte. Der Schuldner hat sich für den Fall des Eintritts der sich hieraus ergebenden Zahlungsverpflichtungen zur Sicherung aller Ansprüche des Antragstellers der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde unterworfen.

Der Antragsteller hat, um die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben zu können, die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung dieser Urkunde beantragt. Der Notar hat die Erteilung unter Hinweis auf Art. 49 PrFGG. mit der Begründung abgelehnt, daß der Antragsteller mangels einer nach Art. 49 Abs. 1 PrFGG. vorgesehenen abweichenden Bestimmung in der Urkunde oder in einer besonderen Erklärung eine vollstreckbare Ausfertigung nicht fordern könne.

Der Antragsteller hat daraufhin gem. Art. 51 PrFGG. bei dem zuständigen LG. auf Entsch. angetragen — ohne Erfolg —.

Die Frage, ob Art. 49 PrFGG. lediglich die Voraussetzungen für die Erteilung von einfachen oder auch von vollstreckbaren Ausfertigungen notarieller Urkunden regelt, oder welche gesetzlichen Bestimmungen sonst etwa für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigungen anzuwenden sind, hat in Schriftum und Mpr. eine ganz verschiedene Beantwortung erfahren. Es sei hierzu der Kürze halber nur besonders auf Sternberg, Die notarielle Urkunde, in der Festschr. des NotB. für Oberndorf, § 5, auf das dort angeführte Schrifttum und auf die dort erwähnten Entsch. verwiesen.

Die erste zu beantwortende Frage ist die, durch welche Vorschriften die Erteilung der Vollstreckungsklausel — der vollstreckbaren Ausfertigung — geregelt ist. Zweifellos ist die hier in Betracht kommende Urkunde eine solche, aus der nach § 794 Ziff. 5 ZPO. die Zwangsvollstreckung stattfindet. Nach § 795 ZPO. finden auf die Zwangsvollstreckung aus den Schuldtiteln des § 794 ZPO. die Bestimmungen der §§ 724—793 ZPO. entsprechende Anwendung, soweit nicht in den §§ 795a—800 ZPO. abweichende Vorschriften enthalten sind. Für die vollstreckbaren notariellen Urkunden finden sich solche besonderen Vorschriften nur in § 797 ZPO., der jedoch nur anordnet, daß die vollstreckbare Ausfertigung von dem Notar zu erteilen ist, wenn er wie hier die Urkunde verwahrt. Es haben somit auch für die vollstreckbaren notariellen Urkunden nach der ausdrücklichen Vorschrift der ZPO. ihre für die Zwangsvollstreckung aus Urteilen bestehenden Vorschriften ausschließlich Anwendung zu finden. Daraus folgt aber, daß dem Gläubiger aus einer notariellen vollstreckbaren Urkunde i. S. von § 794 Ziff. 5 ZPO. die gleichen Rechte zustehen müssen, wie er sie aus einem vollstreckbaren Urteile haben würde, und zwar ohne daß es einer dahingehenden Ermächtigung oder Bewilligung des Schuldners bedarf. Vgl. dazu die zum gleichen Schlusse gelangende Entsch. des RG. v. 30. Mai 1930 (JW. 1930, 2783/84).

Die zweite Frage ist, welche Möglichkeit der Gläubiger hat, in den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung zu gelangen, wenn der Notar ihre Erteilung verweigert. Diese Frage, die in Lehre und Mpr. sehr umstritten ist, hat das RG. in der eben erwähnten Entsch. unentschieden gelassen, weil es in seinem Falle nicht darauf ankam. Die Frage ist in der ZPO. nicht geregelt worden, und war

würden ihm die Kosten nicht erstattet werden; wenn er den Antrag stellte, würde ihm erklärt werden, daß der Aufwand durchaus nötig sei. In den Gerichtsgebäuden gibt es keine Umkleieräume. Daher ist es unbillig, von dem Zeugen eine andere Kleidung zu verlangen als die, mit welcher er sich, ohne Aufsehen zu erregen, auf der Straße zeigen kann. Viel bedenkllicher wäre ein ausgesprochener Abendanzug, wenn er nicht gerade Berufskleidung (eines Kellners oder Lohnbieners) ist. An einem Arbeitsanzug wird, soviel ich weiß, kein Anstoß genommen.

RA. Karl Friedrichs, Ilmenau.

dort nicht zu regeln, weil sie eine Frage des Notariatsrechts ist, das von den Landesgesetzgebungen geordnet ist. Ein Weg, wie er für den gewöhnlichen Fall der Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle in § 576 ZPO. vorgesehen ist, wenn die Erteilung abgelehnt wird, fehlt also. Es bleibt deshalb nur übrig, einen entsprechenden Weg in der Landesgesetzgebung zu suchen, also im PrZGG. Dort findet er sich in der Vorschrift des Art. 51 Abs. 2. Nachdem das LG. den Antrag des Gläubigers abgelehnt hat, war die Beschw. dagegen nach Art. 6 b. Ges. gegeben. Hat der Gläubiger, wie oben ausgeführt, einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, auch ohne daß eine Ermächtigung des Schuldners vorliegt, so muß ihm auf diesem Wege die Erteilung ermöglicht werden.

Anderenfalls wäre der Gläubiger zu einer Klage auf Erteilung der Klausel gezwungen und käme dann kaum schneller zum Ziele als durch Erhebung der materiellen Klage. Das ihm gegebene Recht auf Erteilung der Klausel wäre praktisch wertlos. Das aber kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Aber auch dann, wenn man allein den Art. 49 PrZGG. für die Erteilung auch einer vollstreckbaren Ausfertigung als maßgebend ansehen will, wie es bisher die als die herrschende zu bezeichnende Rspr. der OLG. in Preußen getan hat, muß man dem Antragsteller, jedenfalls im vorliegenden Falle, einen Anspruch auf eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zugestehen trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Ermächtigung. Denn die Unterwerfungsklausel war ein wesentlicher Teil des ganzen Vertrages. Der Fiskus hätte das Darlehen sicherlich nicht gegeben, wenn der Schuldner ihn nicht in die Lage gesetzt hätte, notfalls gegen ihn zu vollstrecken, ohne erst klagen zu müssen. Dessen war sich der Schuldner bewußt. Unter diesen Umständen hat die Unterwerfungsklausel ohne weiteres die Bedeutung einer Ermächtigung zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung.

(OLG. Naumburg a. S., 1. ZivSen., Beschl. v. 12. Febr. 1931, 1 W 52/31.)

Mitgeteilt von OBR. Licht, Naumburg.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

I. Materielles Recht.

1. Zur rechtlichen Stellung des Armenanwalts. Gebühren- und Honorarvereinbarungen. Dauer der gesetzlichen Stundung. Wirkungen einer Hingabe an Zahlungs Statt. Rechtspolitische Erwägungen. f)

Unstreitig hat der Kl. den Bekl. in der ausgesprochenen Absicht aufgesucht, ihn sich als Armenanwalt beordnen zu lassen. Der Bekl. hat sich dazu von allem Anfang an bereit gefunden, und er hat den fraglichen Prozeß von allem Anfang an für den Kl. im Armenrecht geführt und durchgeführt. War dem aber so, so konnte der Bekl. sich rechtswirksam vom Kl. eine Vergütung für diese Tätigkeit gemäß den Bestimmungen der Vereinbarung v. 11. Febr. 1929 nicht ausbedingen. Nach diesen Bestimmungen sollte der Kl. nämlich zunächst verpflichtet werden, eine Vergütung ohne jede Vorauszahlung ihrer Fälligkeit zu leisten, insofern dort bestimmt ist, der Bekl. habe an Stelle der gesetzlichen Gebühren eine Porträtplakette im angenommenen Werte von 4000 RM zu erhalten, indem — anders vermag der Senat die vom Bekl. selbst formulierte Abrede zwanglos nicht zu verstehen —,

Zu 1. Der von der Partei — einem Künstler — zum Armenanwalt erkorene Bekl. hatte sich als Honorar für seine Tätigkeit eine Plakette im Wert von 4000 RM anfertigen, ferner 20% der etwa erstrittenen und eingehenden Klagesumme versprechen lassen. Diese Summe betrug 3960,70 RM. Der Bekl. behielt hiervon 20% = 792,15 RM, ließ sich aus der Staatskasse 183,71 RM vergüten und zog vom Gegner weitere 179,41 RM als ersattungsfähige Kosten ein. Er behielt ferner die Plakette. Der Künstler verklagte ihn auf Zahlung der 792,15 und der 179,41 RM. Er drang in beiden Instanzen mit seiner Klage durch.

Der Wortlaut der Honorarvereinbarung ist leider nicht bekannt. Ansehend lautete der maßgebende Satz dahin, daß der Bekl. „an Stelle der gesetzlichen Gebühren“ eine Porträtplakette im Werte von 4000 RM erhalten solle. Dies legt das RG. dahin aus, daß, soweit die gesetzlichen Gebühren des Armenrechtsprozesses den Betrag von 4000 RM nicht erreichten (und dies war bei weitem nicht der Fall), „der Wert der Plakette“ zur Abgeltung anderweiter Bemühungen des Bekl. verwendet werden sollte. So gelangt das Gericht schließlich dazu, dem Bekl. auch eine zur Aufrechnung verwendete Gebührenforderung aus anderen Angelegenheiten in Höhe von 1300 RM abzuspreden. Die Auslegung des RG. erscheint mir — soweit der wiedergegebene Tatbestand eine Beurteilung zuläßt — etwas gewagt. Eine Plakette „im Wert von 4000 M“ war für den Anwalt nicht gleichbedeutend mit einer Zahlung dieses Betrages, und die Einsetzung des Wertanschlages in die Honorarvereinbarung läßt keineswegs den Schluß als berechtigt erscheinen, daß außer den gesetzlichen Gebühren der Armensache noch weitere Leistungen durch die Plakette abgegolten werden sollten. Es ist viel wahrscheinlicher, daß die Plakette als

soweit die gesetzlichen Gebühren diesen Betrag nicht erreichen, was bei weitem nicht der Fall ist, der Wert dieser Plakette zur Abgeltung anderweiter Bemühungen des Bekl. verwendet werden sollte. Ferner aber sollte der Bekl. über den Betrag der so abgegoltenen gesetzlichen Gebühren hinaus noch als weitere Vergütung für die Führung des Prozesses gegen H. als Armenanwalt des Kl. 20% der zu erstreitenden Urteilssumme erhalten, also sobald diese Summe eingezogen wäre. Eine Vereinbarung dieses Inhalts ist, ohne daß es irgendwelcher Würdigung derselben unter dem Gesichtswinkel des § 138 BGB. bedarf, unbedenklich als nichtig zu erklären auf Grund des § 134 BGB. Denn die soeben im Kern wiedergegebenen Vereinbarungen verstoßen dagegen, daß, wie es die zwingende gesetzliche Vorschrift des § 115 ZPO. als ein unveräußerliches Recht der armen Partei feststellt, diese auf die Leistung der Dienste des ihr beigeordneten Armenanwalts vorläufig unentgeltlich Anspruch haben soll, auch gerade dem Anwalt selbst gegenüber bis zum Zeitpunkt etwaiger durch Gerichtsbeschuß erfolgter Anordnung ihrer Nachzahlungsspflicht (§ 125 ZPO.).

Dieses Recht wird der Partei — das ist hier dem Kl. — verkömmt, wenn sie an eine mit dem Anwalt, sei es vor, sei es nach seiner Beordnung zum Armenanwalt, getroffenen Vereinbarung, nach der sie ihm vor dem bezeichneten Zeitpunkte zur Zahlung irgendwelcher Vergütung — nur gar, wie hier, eine fast das Dreifache des Wertes der gesetzlichen Gebühren ausmachenden Vergütung — verpflichtet sein soll, festgehalten werden könnte. Daß eine solche Vereinbarung von dem Anwalte vor seiner Beordnung getroffen wird, mindert in keiner Weise die Tatsache ihres Widerstehens gegen die Gesetzesvorschrift des § 115 ZPO. Nicht der Zeitpunkt des Zustandekommens der Vereinbarung ist das Entscheidende, sondern die von vorn herein erfolgende Abstellung ihrer Wirkung auf die Zeit nach der Beordnung, nach deren Vornahme durch das Gericht es eben ausgeschlossen sein soll, daß die arme Partei dem Anwalt für seine Anwaltsdienste irgendwelche Vergütung soll zahlen müssen, ehe nicht ihre Nachzahlungsspflicht gerichtszeitig angeordnet ist. Wie schon der 19. Sen. des RG.: JW. 1929, 135⁸⁶ ausgesprochen hat, und zwar auch gerade in Ansehung von vor der Beordnung zum Armenanwalt getroffenen Vereinbarungen, die ihrem Inhalte nach gegen die §§ 115 Abs. 1 Nr. 3, 125 ZPO. verstoßen, besteht über deren Nichtigkeit in der Rspr. und Rechtslehre Einigkeit. Den dort vom RG. angeführten Zeugnissen hierfür (vgl. ferner Friedlaender: JW. 1930, 1093⁸¹ Fußnote) stehen irgendwelche beachtlichen Gegenmeinungen nicht entgegen. Es ist auch nicht zu ersehen, wie eine abweichende Ansicht gegenüber der nach den bestehenden Gesetzesvorschriften ganz eindeutigen Rechtslage sollte begründet werden können.

Insbef. ist der armen Partei eine Berufung auf die Nichtigkeit solcher Vereinbarungen auch nicht durch den Gegeneinwand der Arglist zu verschränken. Auch das entspricht der allgemeinen Meinung.

Wenn endlich der Bekl. darzulegen sucht, daß rechtspolitische Rücksichten es erforderten, die Gültigkeit derartiger Honorarvereinbarungen des Anwalts mit dem Mandanten, für den er den Prozeß im Armenrecht zu führen aussersehen sei, anzuerkennen, so würde das Bestehen solcher rechtspolitischen Bedürfnisse den erkennenden Richter nicht berechtigen, dem geltenden Gesetzesrechte die Anerkennung zu versagen. Aber der Senat will auch nicht unwidersprochen lassen, daß die ihm vom Bekl. zur Berücksichtigung vorgebrachten angeblichen rechtspolitischen Erfordernisse in Wahrheit sich erheben.

realisierbarer Vermögenswert für den Bekl. keinesfalls mehr als die gesetzlichen Gebühren des Armenprozesses (zirka 450 RM) bedeutete und daß sie nur für diese an Zahlungs Statt angenommen wurde.

Alein hier handelt es sich im wesentlichen um eine Tat- und Auslegungfrage, deren Lösung nur von kasuistischem Interesse ist. Die eigentlichen Rechtsfragen, die dem Urteil zugrunde liegen, sind — jedenfalls im Ergebnis — zutreffend entschieden.

1. Der Anwalt konnte sich — vor und nach seiner Beordnung — die Gebühren nicht ohne Rücksicht auf die gesetzliche Stundung rechtswirksam versprechen lassen. Vgl. hierzu Friedlaender, RWD.³ § 34 Anm. 11 ff. und JW. 1930, 1093⁸¹. Auch bezüglich des Unterschieds zwischen dem vom Staat zu erstattenden und den vollen Gebühren gilt nichts anderes. Wer nur teilweise Armenanwalt sein will, beantrage das Quotenarmenrecht; wer es gar nicht sein will, beschränke den Antrag auf die Gerichtskosten.

2. Die gesetzliche Stundung dauert bis zur Erlassung eines Beschlusses nach § 126 ZPO. Hinsichtlich der Einzelheiten verweise ich auf Friedlaender, RWD.³ § 34 Anm. 10 ff. Die früher von uns vertretene gegenteilige Meinung ist an dieser Stelle mit eingehender Begründung aufgegeben worden. Der OGH. hat allerdings noch am 9. Okt. 1929 diese jetzt von uns ausgegebene Ansicht, daß der Nachzahlungsbeschuß keine Voraussetzung für die Einforderung nach § 125 ZPO. bilde, vertreten (OGH. 23, 123); er dürfte aber mit dieser Meinung heute ziemlich vereinzelt bestehen.

Für den obigen Fall spielt die Frage keine Rolle: denn sowohl die gesetzlichen Gebühren als das Erfolgshonorar sollten vereinbarungsgemäß unabhängig auch von dem Vorliegen der

Man erweise, so führte der Bekl. aus, den armen Parteien einen schlechten und von ihnen selbst nicht begehrten Dienst, wenn man die Gültigkeit solcher Honorarvereinbarungen in Abrede stelle. In einer großen Zahl von Fällen wendeten sich die Rechtsuchenden an den Anwalt ihres Vertrauens, um ihre Prozesse, zwar unter möglicher Ausnutzung der durch die Gewährung des Armenrechts erreichbaren, auf Kosten der Allgemeinheit gehende Erleichterungen, insbes. auch der Beibringung des Anwalts unter Gewährung eines Teils der gesetzlichen Gebühren aus der Staatskasse, zu führen, indem sie aber bereit seien, den Anwalt bis zu der vollen Höhe der gesetzlichen Gebühren oder in den vielen Fällen, in denen sie trotz ihrer angebl. und förmlich dargelegten Bedürftigkeit dazu sehr wohl imstande seien, sogar darüber hinaus, für seine Mühewaltung zu entschädigen. Allen diesen würde, wenn man den entsprechenden Honorarvereinbarungen die Wirksamkeit versagen wolle, der Zutritt zu dem Anwalt ihres Vertrauens als Armenanwalt sehr erschwert, vielfach unmöglich gemacht werden, weil die betreffenden Anwälte es dann ablehnen würden, sich zur Führung der Prozesse als Armenanwälte bereit zu erklären, demzufolge regelmäßig auch als solche nicht berufen werden würden, so daß die Partei auf die Vertretung durch einen von ihr nicht gewünschten Anwalt angewiesen sein würde.

Dem ist entgegenzuhalten: Soweit nach der eigenen Kenntnis des Anwalts Parteien derart ihn angehen, obwohl sie seiner Meinung nach in Wahrheit zahlungsfähig sind, besteht natürlich nicht der mindeste Anlaß, es ihnen zu erleichtern, die ihnen überhaupt nicht zukommende, auf Kosten der Allgemeinheit gehende anwaltliche Vertretung zu erlangen. Wenn der Bekl. hier der Berücksichtigung einer „Interessengemeinschaft“, der um ihre Dienste als Armenanwalt angegangenen Anwälte und der sie darum angehenden Parteien das Wort redet, die darauf abzielen, solchen Parteien gegen nur teilweise Aufbringung der Anwaltsgebühren die Vertretung durch den Anwalt ihrer Wahl im übrigen auf Kosten der Allgemeinheit zu verschaffen, dem Anwalt unter ungerechtfertigter Belastung der Staatskasse aber ein Prozeßmandat, das die vollen oder gar erhöhte Gebühren abwirft, so wird das als ein berechtigtes Interesse weder der Parteien noch der Anwälte anerkannt werden können.

Wenn ferner der Bekl. darauf hinweist, daß in anderen auch zahlreichen Fällen in Wahrheit arme Parteien noch bereit seien, über ihre Kräfte hinaus sich zur eigenen Bezahlung eines Anwaltes, dem sie ihr Vertrauen schenken, zu verpflichten, weil sie es als drückend empfänden, ihn für sie in vielleicht besonders arbeitsreichen Prozessen tätig werden zu sehen, ohne ihn entsprechend entlohnt zu wissen, oder weil sie anders den Anwalt nicht zur Vertretung bereit fänden, so kann es weder zu dem einen noch zu dem anderen kommen, wenn die Anwaltschaft es sich einmal durch die von strengster Gewissenhaftigkeit geleitete Führung der Armenmandate angelegen sein läßt, die Meinung, als sei vom beigeordneten Armenanwalt nicht die volle Hingabe an die Vertretung der Parteiinteressen zu erwarten, wo diese Meinung bestehen möchte, zu bekämpfen und zu vernichten, und wenn ferner die Anwaltschaft in behufter Einfügung in die Notgemeinschaft des Volkes sich auch in ihren hervorragenden und entsprechend wenig auf die Vertretung von armen Parteien angewiesenen Mitgliedern, der Annehmung um Führung von Armenfachen gegenüber nicht zu schwierig verhält. Das ist nach Kenntnis des Senats aber auch nicht der Fall, so daß auch insoweit die angebl. rechtspolitischen Gründe für die Ermöglichung bindender Vereinbarungen alsbald fälliger Vergütungen des Armenanwalts nicht bestehen. Die Möglichkeit, den armen Parteien die Beurlaubung der Anspruchsnahme ihrerseits unbezahlter Anwaltsdiensttätigkeit zu nehmen, besteht doch ganz gewiß in anderer Weise als so, daß man die Möglichkeit schafft, daß die arme Partei sich dem Anwalt, den

sie in ihrer Rechtsbedrängnis aufsucht, über ihre wahren Kräfte hinaus zur Vergütung seiner Dienste verpflichten kann. Parteien, die diese Beurlaubung empfinden, werden auch ohne eine derartige Bindung zahlen, was sie zu zahlen vermögen. Im übrigen mag der Anwalt mit ihnen, was durchaus zulässig wäre, vereinbaren, daß sie ihn nach Maßgabe der GebD. dann entschädigen sollen, wenn sie dazu — insbes. nach Gewinnung des Rechtsstreits — gemäß richterlicher Prüfung für fähig befunden werden. Durch eine derartige Vereinbarung und eine vom richtigen sozialen Empfinden getragene Darlegung dessen, daß der Anwalt in der Vertretung der von ihm als schutzbedürftig erkannten Parteirechte armer Parteien einen besonders bedeutsamen und befriedigenden Teil seiner Berufspflichten sehe, dürfte den Belangen der armen Partei weit eher und weit mehr gebiert werden können, als dadurch, daß sie in die Möglichkeit — und dann aber auch häufig in die Notwendigkeit — versetzt werden, dem außersehenen Armenanwalt bindend die Vergütung seiner ihm als Armenanwalt zu leistenden Dienste unabhängig vom Eintritt der Voraussetzung des § 125 ZPO. zuzufügen.

War so die Vereinbarung v. 11. Febr. 1929 nicht geeignet, einen Gebührenanspruch des Bekl. nach Maßgabe der darin getroffenen Bestimmungen zur Entstehung zu bringen, so kann auch davon nicht die Rede sein, daß diese von Anfang an nichtige Vereinbarung durch Bestätigung des Kl. wirksam geworden sein könnte (§ 141 BGB.). So hat der Bekl. es gewürdigt wissen wollen, daß der Kl., was er nicht bestreitet, nach der Erlangung des Urteils, ehe der Bekl. mit ihm abrechnete, selbst es zur Sprache gebracht habe, daß der Bekl. von der Urteilsurkunde einen Abzug für sich hätte machen sollen. Einmal ist auch noch in dem Zeitpunkt, in dem diese Erklärung des Kl. abgegeben worden ist, es nicht möglich gewesen, daß er dem ihm als Armenanwalt beigeordneten Bekl. wirksam eine Vergütung für seine Anwaltsdienste zusagte. Im übrigen aber fehlt es an der Möglichkeit, festzustellen, daß der Kl. sich bei Abgabe dieser Erklärung der vorliegenden Richtigkeit der Honorarabrede, an die er sich etwa durch jene Äußerung als gebunden erklärt hat, bewußt gewesen wäre, und daß er in diesem Bewußtsein die Abrede hätte bestätigten wollen.

Begründet ist auch der weitere Anspruch des Kl. auf Erstattung des Betrages von 179,41 RM, den der Bekl. von dem Prozeßgegner des Kl. im Wege der Kostenerstattung beigetragen hat, als den Unterschiedsbetrag zwischen den gesetzlichen Gebühren und der dem Bekl. aus der Staatskasse gezahlten Entschädigung für die Führung des Rechtsstreits. Der Bekl. hat den vollen Betrag der gesetzlichen Gebühren für die Führung des Prozesses gegen den Direktor H. vom Kl. gewährt erhalten durch die nach Maßgabe der Honorarabrede vom Kl. bewirkte Herstellung und Übergabe der Porträtplakette an den Bekl. Daß der Bekl. nach den vorstehenden Ausführungen hierauf ein Recht, der Kl. dazu eine Verpflichtung nicht gehabt hat, ändert nichts daran, daß der Kl., wie er ja auch mit voller Wirkung einer Tilgung jedes Gebührenanspruches des Bekl. den Betrag der gesetzlichen Gebühren an ihn hat hätte zahlen können, so diesen Erfolg erreichte durch eine einverständlich vorgenommene Hingabe der Plakette an Zahlungs Statt. Hier nach entfiel jedes Recht des Bekl., vom Prozeßgegner des Kl. in eigenem Namen Kosten der Vertretung des Kl. durch ihn einzuziehen und zu behalten. Vielmehr standen die zu erstattenden Kosten ausschließlich dem Kläger zu, der sie ja zur Befriedigung des Bekl. aufgewandt hatte; was der Bekl. an solchen Kosten vom Kl. einzog, hatte er dem Kl. gem. §§ 675, 677 BGB. zu erstatten.

(RG., 21. ZivSen., Ur. v. 13. Febr. 1931, U 13786/30.)

Mitgeteilt von *RA. Rudolf Wehr*, Berlin.

materiellen Voraussetzungen des § 125 ZPO. fällig sein. Der Bekl. deckte dementsprechend sein Sonderhonorar aus der vereinnahmten Summe zu 3960,70 RM, ohne auch nur die Frage zu prüfen, ob sich die Verhältnisse i. S. des § 125 ZPO. geändert hatten.

3. In demjenigen Teile des Urteils, in dem nach den rechtlichen auch die rechtspolitischen Ermägungen des Bekl. zurückgewiesen wurden, wird ausdrücklich darauf hingewiesen: der Anwalt dürfe mit der armen Partei für den Fall des § 126 ZPO. vereinbaren, daß sie ihn „nach Maßgabe der Gebührenordnung entschädigen“ solle. Damit kann nur gemeint sein, es könne für diesen Fall ein Extrahonorar in den Grenzen des § 93 RAGebD. vereinbart werden; denn bezüglich der gesetzlichen Gebühren wäre eine solche Vereinbarung inhaltslos; sie werden ohnehin in dem bezeichneten Zeitpunkte fällig. Hinsichtlich des Extrahonorars aber ist der Ausspruch des RG. zutreffend und wichtig. Vgl. Friedlaender, *RA.* 3 § 34 Anm. 14; *Erkurs* vor § 30 Anm. 63.

4. Das für den Fall der §§ 125, 126 ZPO. versprochene Extrahonorar kann auch ein Erfolgshonorar sein. Gerade in Armenfachen liegen häufig die Voraussetzungen der Zulässigkeit der quota litis vor: die Partei ist nur bei erfolgreicher Durchführung des Rechtsstreits in der Lage, eine angemessene Vergütung zu bezahlen (Friedlaender: *ZB.* 1927, 497 u. *RA.* 3, *Erk.* II zu § 28 Anm. 6). Aber die in Form des Erfolgshonorars zugesagte Vergütung muß angemessen sein; sie darf unter Berücksichtigung aller Umstände das zulässige Maß nicht übersteigen (*OG.* 24, 168, 187).

5. Daß der Bekl., wenn seine gesetzlichen Gebühren durch Hingabe an Zahlungs Statt beglichen waren — insoweit wollte nach den Feststellungen des Urteils keine der Parteien an dem vollzogenen Abkommen rütteln —, nicht mehr in eigenem Namen diese Gebühren vom Gegner einziehen und behalten durfte, ist selbstverständlich.

6. Das Gericht hat sich auch mit den rechtspolitischen Ermägungen des Bekl. — obwohl sie für die Entsch. nicht maßgebend sein könnten — eingehend auseinandergesetzt. Auch hier stehe ich in allen wesentlichen Punkten auf dem Standpunkt des RG. Ist die Partei in Wahrheit zahlungsfähig, also überhaupt nicht arm im Sinne des Gesetzes, so kann man wohl an der Richtigkeit dieses Standpunktes nicht zweifeln. In den anderen Fällen aber möchte ich, um nichts von dem oben Gesagten wiederholen zu müssen, nur noch darauf hinweisen, daß es mir mit der Stellung des *RA.* nicht vereinbar erscheint, sich vom Staat ohne Einschränkung als Armenanwalt beordnen und honorieren zu lassen, mit der Partei aber zu vereinbaren, daß sie ihm gegenüber die Vorteile des Armenrechts nicht genießt. Darin liegt ein Mangel an Offenheit. Quotenarmenrecht und Vergütung auf Beordnung sind die Rechtsbehelfe, die das geltende Gesetz für solche Fälle den Parteien und den Anwälten an die Hand gibt. Reichen diese Mittel in einzelnen, besonders gelagerten Fällen nicht aus, so gibt es — wie auch das RG. andeutet — andere Wege, um den Interessen beider Teile gerecht zu werden, ohne daß der soziale Gedanke des Gesetzes beeinträchtigt und das Gesetz selbst umgangen wird.

RA. Dr. Friedlaender, München

Königsberg.**2. §§ 611 ff. BGB.; § 212 ZPO. Zur Anwaltschaft.**

Das OLG. geht davon aus, daß der Vertrag der Parteien ein Anwaltsdienstvertrag nach den §§ 621 ff. BGB. ist; die kurze Verjährungsfrist des § 638 BGB., die der Bekl. einwendet, gilt nur für Werkverträge und kommt hier nicht in Betracht. Zu den Vertragspflichten des Bekl. gehörte auch die sorgfältige Wahrung der Rechtsmittelfrist. Sie ist hier durch Verschulden des Bekl. und seines Bürovorstehers verfallen worden. Als der Bekl. mit den Eingängen den Aufwertungsbeschuß des AG. vorgelegt erhielt, war es wegen der Notfrist, die seit der Zustellung lief, seine Pflicht, genau den Zustellungstag festzustellen. Da hier weder auf dem Umschlag noch auf dem Beschuß selbst sich ein Zustellungsvermerk befand, fehlten irgendwelche sicheren Anhaltspunkte für den Zeitpunkt der Zustellung. Wenn bei dieser Sachlage der Bekl. ohne weitere Prüfung den Tag der Vorlage als Tag der Zustellung auf den Beschuß setzte, so war dieses Verhalten schuldhaft. Er hätte in seinem Büro, notfalls sogar beim Gericht, sich nach der Zustellungszeit erkundigen müssen. Ohne irgendwelche Nachforschung durfte er nicht selbständig auf eine durch nichts begründete Vermutung hin den Vorlagetag als Zustellungstag annehmen, am wenigsten in einer Fristfrage von solcher Bedeutung. Selbst eine frühere Erklärung des Kl., er werde sich gegen den AG-Beschluß nicht beschweren, würde den Bekl. nicht von seiner Pflicht befreien, den Zustellungstag sicher zu ermitteln, denn der Kl. konnte von solcher völlig unverbindlichen Erklärung jederzeit wieder abgehen.

Neben diesem eigenen Verschulden des Bekl. läuft das seines Bürovorstehers. Zwar hat der Zustellungsbeamte bei der Zustellung nach § 212 ZPO. auf dem Umschlag den Zustellungstag anzugeben, doch wird die Wirksamkeit der Zustellung durch ein Unterlassen dieses Vermerks nicht berührt (ZB. 1908, 277²⁰). Zweifelhaft mag sein, ob der Bürovorsteher vom Zustellungsbeamten die Herstellung dieses Vermerks verlangen mußte, jedenfalls war er beim Fehlen des Vermerks verpflichtet, die Zustellung aktenkundig zu machen, sei es durch einen Vermerk auf dem Umschlag oder durch eine Notiz in den Akten. Wenn er auch dieses nicht tat, dann mußte er wenigstens mündlich dem Bekl. den Zeitpunkt der Zustellung mitteilen. Da er nichts hiervon getan hat, hat er schuldhaft seine Pflicht verletzt, ein Verhalten, für das der Bekl. nach § 278 BGB. einzustehen hat, der sich, soweit es sich um die büromäßige Bearbeitung der Sache handelte — und dazu gehört auch die Feststellung des Zeitpunkts der Zustellung —, des Bürovorstehers zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Pflichten bedient.

Die schuldhafteste Veräumnis der Beschwerdefrist hat den Kl. geschädigt, weil er wegen der Rechtskraft des Aufwertungsbeschlusses keine Möglichkeit mehr hat, die Herabsetzung der Aufwertung zu erreichen, eine Möglichkeit, über die der Senat nach freiem Ermessen zu entscheiden hat (RG.: ZB. 1918, 131). Er ist der Ansicht, daß das OLG. den Aufwertungsbeitrag zu hoch angesetzt hat. (Wird ausgeführt.)

(OLG. Königsberg, 4. Zivilsen., Urf. v. 4. Dez. 1930, 5 U 136/30.)

Mitgeteilt von OLG. Ermel, Königsberg i. P.

*

3. Art. 131 RVerf.; § 1 PrGef. v. 1. Aug. 1909; § 839 BGB. Der Beamte hat die Amtspflicht, Zrläufer unverzüglich an die zuständige Stelle weiterzuleiten. †)

Ein Gläubiger hatte beim AG. einen Zahlungsbefehl gegen seinen Schuldner beantragt und seinem Gesuch den Entw. eines Zahlungsbefehls beigelegt. Durch Versehen eines nicht ermittelten Beamten des AG. wurden Antrag und Entw. einem Justizobersekretär unerledigt ausgehändigt, der damals als Gerichtsvollzieher kraft Auftrags einen Gerichtsvollzieher vertrat. Dieser ließ die Schrift-

stücke etwa zehn Tage bei sich liegen und sandte sie dann dem Gläubiger mit dem Ersuchen zurück, die Urschrift zu übersenden und die Vollstreckungsklausel nachzuholen. Der Gläubiger wiederholte seinen Antrag beim AG., daßselbe Versehen des Gerichts und namentlich des richtigen Gerichtsvollziehers wiederholte sich, und als auf Beschwerde des Gläubigers dann der Zahlungsbefehl erging und beim Schuldner gepfändet wurde, wurde die Pfändung wirkungslos, weil kurz darauf das Geschäftsaufsichtsverfahren über den Schuldner eröffnet wurde. Der Gläubiger hat wegen seines Ausfalls beim Zwangsvergleich den preuß. Justizfiskus haftbar gemacht. Der Fiskus hat den Schadensanspruch anerkannt und vom Justizobersekretär Ersatz beansprucht mit der Behauptung, der Bekl. habe als unmittelbarer Staatsbeamter seine Amtspflichten dadurch schuldhaft verletzt, daß er das unerledigte Zahlungsbefehlsgesuch an den Gläubiger und nicht ans AG. zurückgesandt habe, daß er die Bearbeitung des Antrags unzulässig verzögert und durch alles dieses den Schaden des Gläubigers verursacht habe. Der Bekl. bestreitet Amtspflichtverletzung, Verschulden und ursächlichen Zusammenhang zwischen seiner Handlungsweise und dem Schaden; er sei als Gerichtsvollzieher überlastet gewesen, es habe in keinem Falle rechtzeitig gepfändet werden können, die Beamten des AG. hätten den Schaden verursacht. Das OLG. Königsberg hat der Klage im Berufungsverfahren stattgegeben. Es schickt voraus, daß der Bekl. zunächst ordnungswidrig den Antrag des Gläubigers nicht mit dem Eingangsvermerksdatum versehen hat und sich damit eines Beweismittels für die rechtzeitige Erledigung der Angelegenheit beraubt hat, so daß er die Annahme gegen sich gelten lassen muß, daß er den Antrag zu einem dem gewöhnlichen Geschäftsverkehr entsprechenden Zeitpunkt erhalten hat. Nun konnte der Bekl. auch bei nur oberflächlicher Durchsicht der Schriftstücke ohne weiteres feststellen, daß es sich hier um einen Zrläufer handelte, den das AG. ihm versehentlich übermittelt hatte. Er war daher verpflichtet, die Papiere schleunigst dem AG. zugehen zu lassen. Jeder Beamte hat die Pflicht, Gesuche und Anträge, die ihm in amtlicher Eigenschaft zugehen, aber offensichtlich für eine andere Behörde oder Dienststelle bestimmt sind, auf schnellstem Wege der zuständigen Stelle zuzuleiten. Diese Pflicht folgt ohne weiteres — auch ohne förmliche Regelung — aus der Stellung des Beamten und seiner Aufgabe, die ihn zum Dienste an der Allgemeinheit verpflichtet. Und zwar handelt es sich hier um eine Pflicht, die dem Beamten jedem gegenüber obliegt, von dem er in amtlicher Eigenschaft angegangen wird oder dessen Antrag durch Versehen eines anderen Beamten irrtümlich in seine Hand gelangt. Spricht eine Dienstamtsweisung, wie die AllgVg. des preuß. JustMin. v. 4. Febr. 1926, diese Pflicht auch noch ausdrücklich aus, so stellt sie nicht nur eine Ordnungsvorschrift im Interesse des inneren Dienstes dar, sondern bildet den Niederschlag einer Anschauung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Durch das längere Liegenlassen des Zrläufers und seine Rückgabe an den Gläubiger verstieß der Bekl. nicht nur gegen eine Ordnungsvorschrift, sondern verletzte auch seine Amtspflicht gegenüber dem Gläubiger. Der Bekl. hat auch schuldhaft gehandelt. Seine allgemein gehaltene Behauptung der Überlastung genügt ohne nähere Angabe nicht, um ihn von der Verantwortung für ordnungsmäßige Erledigung seiner Dienstgeschäfte zu befreien. Die falsche Behandlung der Angelegenheit hat durch Verschulden des Bekl. sie um fast drei Wochen verzögert und die verspätete Pfändung verursacht. Das erneute Versehen von Gericht und Gerichtsvollzieher hat diesen ursächlichen Zusammenhang nicht unterbrochen, denn auch bei ordnungsmäßiger Bearbeitung der Sache das zweite Mal wäre die Pfändung des Schuldners wirksam nicht mehr durchführbar gewesen. Daß auch andere Beamte, insbes. der Beamte des AG., der den Antrag ans AG. versehentlich dem Bekl. übersandte und nicht ermittelt wurde, den Schaden des Gläubigers mit verursacht haben, kann der Bekl. zu seiner Entlastung nicht geltend machen, selbst wenn das Verschulden der anderen größer ist; § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. steht ihm nicht zur Seite. Bei rechtzeitiger Pfändung wäre der Gläubiger in voller Höhe befriedigt worden, jetzt muß er sich mit seiner Zwangs-

Zu 3. Der sehr bedeutungsvollen Entsch. ist beizutreten.

Der preuß. JustMin. hat durch AllgVg. v. 4. Febr. 1926 (ZMBl. S. 55) bestimmt, daß Gesuche von Parteien und sonstigen Privatpersonen in Angelegenheiten der Rechtspflege, für die nicht die angegangene Dienststelle, sondern eine andere Dienststelle der preuß. Justizverwaltung zuständig ist, nicht an den Einsender zurückzusenden, sondern unmittelbar an die zuständige Dienststelle weiterzuleiten sind; dabei ist vorausgesetzt, daß die zuständige Dienststelle ohne besondere Schwierigkeit zuverlässig festzustellen ist und nicht gefehlende Bestimmungen der Abgabe entgegenstehen.

Gegen diese die Verkehrsinteressen nahrende Vfg. des JustMin. hat der Beamte in vorliegenden Falle schuldhaft verstoßen. Als geschulter Justizobersekretär, der mit dem Mahnverfahren vertraut sein mußte, hätte er auch bei nur geringer Aufmerksamkeit erkennen müssen, daß es sich um einen Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls und nicht um einen Vollstreckungsauftrag handelte. Er hätte deshalb die Eingabe an die Mahnabteilung als die zuständige Stelle leiten müssen und nicht an den Gläubiger zurücksenden dürfen. Hierzu hätte um so mehr Veranlassung bestanden, als alle Mahnsachen be-

sonders eilbedürftig sind und umgehend erledigt zu werden pflegen. Übrigens hätte er auch dann so verfahren müssen, wenn die AllgVg. des JustMin. nicht ergangen wäre. Denn es ist selbstverständliche Pflicht aller Beamten, alles zu tun, um die Beteiligten vor Schaden zu bewahren und irrtümliche Weiterleitungen anderer Beamten so schnell wie möglich wieder gutzumachen und an die richtige Stelle zu dirigieren.

Mit Überlastung kann sich der Beamte nicht entschuldigen, da er schon bei schlichter Einsichtnahme in die übersandten Papiere die einfache Sachlage und den richtigen Weg zur Abwendung des Schadens hätte erkennen müssen. Zudem vermag, wie das AG. wiederholt entschieden hat, der Beamte sich mit dienstlicher Überlastung nur dann zu entschuldigen, wenn er durch rechtzeitige Anzeige bei seinem Vorgesetzten Entlastung angestrebt hat, ihm aber eine solche nicht gewährt worden ist.

Die Entsch. ist für die Justizbeamtschaft so bedeutungsvoll, daß es sich empfehlen möchte, sie durch Veröffentlichung im ZMBl. zur allgemeinen Kenntnis der Justizbeamten zu bringen.

OLGPräs. Dr. Brand, Duisburg.

vergleichsquote begnügen: sein Schaden in der Höhe, wie ihn der Kl. anerkannt hat, ist durch Verletzung der Amtspflicht des Bekl. entstanden.

OLG. Königsberg, 4. ZivSen., Ur. v. 16. Juni 1930, 5 U 139/30.)
Mitgeteilt von OLG. Ermel, Königsberg.

*

Nürnberg.

4. § 419 BGB. Der Gutsübernehmer haftet auch für die Aufwertungschuld seines Rechtsvorgängers. Die Haftung umfaßt auch die Prozeßkosten des Vorprozesses.

Es kommt nicht darauf an, daß die Kostenentscheidung im Vorprozeß erst nach der Übergabe erfolgt ist, denn der Kostenanspruch muß als ein durch die Abwicklung des Prozeßrechtsverhältnisses bedingter, mit dem Prozeßrechtsverhältnis und seiner Grundlage entstandener angesehen werden. Die Vollstreckungskosten können dagegen nicht begehrt werden, da sie erst mit der Erteilung des Zwangsvollstreckungsauftrages durch den Gläubiger zur Entstehung gelangten und diese erst nach der Gutsübergabe erfolgte.

(OLG. Nürnberg, 2. ZivSen., Ur. v. 29. Dez. 1930, L 391 u. 396/30.)
Mitgeteilt von RA. Dr. Max Herzstein, Fürth.

Berlin.

II. Verfahren.

5. §§ 42, 136, 139 ZPO. Die Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit kann begründet sein, wenn der Richter der anderen Partei die Anregung gibt, Anschlußberufung einzulegen.

Die Kl. hat den VDir. wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt mit der Begründung, daß er als Vorsitzender einer Berufungskammer befangen sei, gegen das bisher nur von der Kl. angefochtene Urteil Anschlußberufung einzulegen, obwohl der Bekl. selbst eine Anschlußberufung gar nicht in Erwägung gezogen habe. Durch die Einlegung der Anschlußberufung habe sich die Prozeßlage der Kl. verschlechtert.

Die Ablehnung ist begründet.

Wie die dienstliche Äußerung des abgelehnten Richters ergibt, hat er nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme mit der Möglichkeit gerechnet, daß das Gericht nicht nur zur Zurückweisung der Berufung der Kl. kommen würde, sondern daß die Klage auch ohne den Eid des Bekl. abzuweisen wäre. Das letztere wäre nur möglich gewesen, wenn der Bekl. sich der Berufung angeschlossen hätte. Eine erschöpfende Erörterung der Sache zu ermöglichen, habe er es für seine Pflicht gehalten, dem Bekl. die Anregung zur Anschlußberufung zu geben.

Hierauf regte der Vorsitzende die Anschlußberufung des Bekl. nur zu dem Zwecke an, die Klage auch ohne Eidesleistung des Bekl. zur Abweisung bringen zu können.

Der Senat ist der Ansicht, daß der Vorsitzende zu dieser Maßnahme keine Befugnis hatte, und zwar weder aus § 136 noch aus § 139 ZPO, zumal es sich um einen Anwaltsprozeß handelte und der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. selbst wissen mußte, wie er die Rechte seines Mandanten am besten wahrzunehmen habe. Hierzu kommt noch, daß dem Termin schon eine längere Beweisaufnahme vorausgegangen war und daß die Parteien genügend Zeit hatten, unter Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme die ihnen als sachdienlich erscheinenden Anträge zu stellen. Mit einer erschöpfenden Erörterung der Sache, auf die der Vorsitzende allerdings nach § 136 Abs. 3 ZPO. hinzuwirken hatte, hat die Anregung zur Einlegung der von dem Bekl. bisher auch nicht einmal angedeuteten Anschlußberufung nichts zu tun.

Diese Anregung konnte in der Kl. die Vorstellung erwecken, der Vorsitzende der Kammer stehe ihr nicht mit der genügenden Sachlichkeit gegenüber, sondern nehme einseitig Stellung für den Bekl. Dieses genügt aber bereits zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit.

Verfehlt ist die Annahme des OLG., daß die Anregung des Vorsitzenden, Anschlußberufung einzulegen, auch um deswillen sachdienlich gewesen sei, weil der für den Bekl. normierte Eid unerheblich sei, da er sich auf bereits bewiesene Tatsachen beziehe. Das OLG. überieht hierbei, daß es in diesem Fall der Einlegung der Anschlußberufung durch den Bekl. zur Beseitigung des Eides nicht bedurfte, sondern daß gerade die Kl. mit ihrer Berufung das Ziel der unbedingten Verurteilung des Bekl. ohne Eid verfolgte.

Erwähnt sei noch, daß die Kammer, wenn sie den für den Bekl. normierten Eid für wenig glücklich gefaßt oder unklar hielt, es in der Hand hatte, diesen Eid auch ohne besondere Anträge der Parteien von Amts wegen anders zu fassen, wenn der Bekl. hierdurch nicht beschwert wurde.

(RG., 26. ZivSen., Beschl. v. 5. März 1931, 26 W 38/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Ernst Schmöller, Berlin.

*

6. §§ 42, 43 ZPO. Eine Partei, welche vor einem zunächst erfolglos abgelehnten Richter weiter verhandelt, begibt sich hierdurch nicht des Beschwerdebereiches gegen den die Ablehnung abweisenden Beschluß. Starke persönliche

Spannung zwischen Richter und dem die Partei vertretenden Anwalt können die Ablehnung des Richters durch die Partei rechtfertigen. f)

Es fragt sich, ob die Beschwerde etwa deswegen unbegründet ist, weil der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. sich nach Verkündung des die Ablehnung für unbegründet erklärenden Beschlusses in eine Verhandlung vor dem abgelehnten Richter eingelassen hat (§ 43 ZPO.). Das ist zu verneinen. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen das Gericht, ohne die Rechtskraft des die Ablehnung zurückweisenden Beschlusses abzuwarten, sofort in die Verhandlung der Sache eintritt, ist die Partei in einer Zwangslage. Sie muß sich, wenn sie den auf die Säumnis gestellten nachteiligen Folgen entgehen will, auf die Verhandlung einlassen. Mag sie auch guttun, in einem solchen Falle zu erklären, daß sie sich durch die Einlassung ihres Beschwerdebereiches nicht begeben wolle, so ist doch, wenn sie es unterläßt, ohne Zutritt anderer Umstände in der bloßen Einlassung noch nicht der Wille ausgedrückt zu finden, nun doch von dem abgelehnten Richter Recht zu nehmen. Solche anderen Umstände liegen hier nicht vor. Es läßt sich daher nicht sagen, daß der Bekl. sein Ablehnungsrecht verwirkt hat.

Als Ablehnungsgründe sind folg. Tatsachen glaubhaft gemacht:

1. Der abgelehnte Richter hat als Einzelrichter den vom Kl. benannten Zeugen H. vernommen. Dieser hatte zwei dem Kl. gehörende Bilder auf unrechtmäßige Weise an sich gebracht, es schwebte gegen ihn deswegen ein Strafverfahren, der Hauptverhandlungstermin stand in etwa zwei Wochen bevor. Der Zeuge bestätigte die Behauptungen des Kl. insofern, als er aus sagte, der Kunsthändler W. habe auf das Angebot dieser Bilder gesagt, er habe einen Kunsthändler an der Hand, der die Bilder „sofort gegen bar“ abnehme, die Sache „verschwiegen behandeln“ und dafür sorgen würde, daß die Bilder „sofort durch Flugzeug nach Holland geschafft“ würden. Der Bekl. bestritt die Richtigkeit dieser Aussage. Er wurde durch den Referendar H. vertreten, der kurze Zeit nach Beginn der Vernehmung in Unterwaltmacht des RA. Dr. P. erschienen war. Nach mehrstündiger Vernehmung des Zeugen, während deren wegen dessen Erschöpfung auch eine kurze Pause notwendig gewesen war, handelte es sich um seine Vereidigung. Referendar H. widersprach ihr unter Berufung auf die §§ 393 Ziff. 3 u. 4, 384 Ziff. 1 ZPO., indem er darauf hinwies, daß am 18. Juni im Strafverfahren Hauptverhandlungstermin anstehe, und die Vereidigung wenigstens bis dahin ausgesetzt werden müsse. Auch der Bekl. persönlich widersprach der Vereidigung, mit der Begründung, daß der Zeuge durch häufige Morphiumbehandlung in seiner allgemeinen Vernehmungsfähigkeit beeinträchtigt sei. Der Zeuge selbst erklärte, er habe sich nach Kräften bemüht, die Wahrheit zu sagen, er habe sich auch bis jetzt vernehmungsfähig gefühlt, könne aber nicht sagen, ob er in einem neuen Termine dies noch sein werde, da er ein chronisches Leiden habe. Darauf beschloß der Richter, den Zeugen zu beidigen, da „aus dessen Aussage selbst nicht zu entnehmen“ sei, „was die Ablehnung der Vereidigung wegen Bedenken i. S. der §§ 393 Ziff. 4 oder 384 Ziff. 1 rechtfertigen würde“. Der ebenfalls erschienene Zeuge W. wurde dann auf beiderseitigen Antrag der Anwälte an jenem Tage nicht mehr vernommen, sondern erst in einem neuen Termine, den ein anderer Richter wahrnahm. Dieser hat dessen Vereidigung dem Prozeßgericht vorbehalten.

2. Nach dem Termin hat der abgelehnte Richter eine Dienstaufsichtsbeschwerde gegen den Referendar H. eingereicht, in der es u. a. heißt: „Da ich gerade in der Aufnahme der Angaben dieses Zeugen, welcher ganz offensichtlich mit ausgeprägtem Verantwortungsgefühl seine Aussage abgab, ...“

3. In der gleichen Beschwerde hat der Richter darauf hingewiesen, daß der Referendar H. nicht Stationsreferendar des den Bekl. vertretenden RA. Dr. P. sei, daher dessen Auftreten in dem Beweisstermin den vom RGPräs. erlassenen Bestimmungen über die Wahrnehmung von Terminen durch Referendare widerspreche. RA. Dr. P. hat in diesem Hinweis den leichtfertig gemachten Vorwurf eines „schweren Verstoßes gegen die Standespflichten“ erblickt. Der Richter hätte leicht erkennen können, daß er mit Dr. D., dem

Zu 6. Das Schwergewicht der Entsch. liegt auf dem Gebiete tatsächlicher Würdigung. In rechtsgrundsätzlicher Hinsicht wären allenfalls zwei Punkte hervorzuheben. 1. Einmal der Satz, daß eine Partei, welche vor einem zunächst erfolglos abgelehnten Richter weiter verhandelt, sich dadurch ihres Beschwerdebereiches gegen den die Ablehnung abweisenden Beschluß nicht begibt, auch dann nicht, wenn sie sich bei der Weiterverhandlung die Beschwerde nicht ausdrücklich vorbehält. In der Tat wird sie vielfach zur Vereidigung prozessualer Nachteile nicht anders können, als zunächst vor dem angebotlich befangenen Richter weiter zu verhandeln; dadurch kann ihr die Beschwerde nicht abgeschnitten sein. — 2. Wenn zwischen einem Einzelrichter und einem Rechtsanwalt Differenzen entstanden sind, welche auch bei einem unbefangenen Beurteiler den Eindruck erwecken können, der Richter sei gegen den Anwalt voreingenommen, so kann dies schon zur Begründung der Ablehnung ausreichen, auch wenn tatsächlich der Richter nicht befangen sein sollte, und auch sogar dann, wenn er sich bei diesen Differenzen sachlich nicht im Unrecht befindet. Denn das Institut der Ablehnung des Richters wegen Befangenheit

der Referendar zur Beschäftigung überwiesen war, assoziiert, das Auftreten des Referendars daher gerechtfertigt gewesen sei. Das Verhalten des Richters beweise eine feindselige Einstellung gegen ihn als Prozeßbevollmächtigten, die die Ablehnung begründe (analog OLG. Augsburg: JW. 1923, 839).

In seiner dienstlichen Äußerung hat der abgelehnte Richter erklärt, er fühle sich nicht befangen, es bestehe bei ihm nicht die geringste Feindseligkeit gegen den R. Dr. P., er glaube bei seiner Kennzeichnung des Eindrucks, den er von der Glaubwürdigkeit des Zeugen H. erhalten habe, nicht über die richterliche Stellungnahme hinausgegangen zu sein, die ihm als Berichterstatter oder Einzelrichter zustehe. Die Beeidigung des Zeugen sei erfolgt, weil dieser ein schwerkranker Mann, und der Verlust dieses Beweismittels zu befürchten gewesen sei.

Die dargestellten Umstände rechtfertigen in ihrer Gesamtheit vom Standpunkt der Partei aus die Beforgnis, daß der abgelehnte Richter der Sache nicht mit der notwendigen Unbefangenheit gegenüberstehe. Der Richter ist befugt, seine Ansicht über die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu äußern, er braucht die Parteien nicht bis zum Urteil vollkommen in unklaren darüber zu lassen, zu welcher Auffassung er hinneige. Die Äußerung darf aber nicht so gehalten sein, daß sie bei einer Partei den begründeten Eindruck erweckt, daß der Richter sich auch durch weiteres Vorbringen von seiner Ansicht nicht abbringen lassen werde. Wie sich hier der Richter über die Aussage des Zeugen H. ausgelassen hat, war danach angetan, den Gedanken von Voreingenommenheit des Richters bei dem Bekl. aufkommen zu lassen. Dies gilt besonders dann, wenn man die Beeidigung des Zeugen und die dazu abgegebene, im Protokoll enthaltene, offenbar unrichtige Begründung hinzunimmt, welche das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 393 Ziff. 3, 384 Ziff. 1 ZPO. leugnete. Der Zeuge war, wenn wie üblich verfahren wurde, unbeeidigt zu vernehmen, da er sich durch seine Aussage einer in Kürze zur Aburteilung anstehenden strafbaren Handlung bezichtigte. Dazu kam das Interesse, daß der Zeuge offensichtlich an einer Abwälzung der vermögensrechtlichen Folgen seiner strafbaren Handlungsweise auf den kapitalkräftigeren Bekl. hatte. Die Befürchtung, daß das Beweismittel verlorengehen würde, ist ausweislich des Protokolls als Begründung der Beeidigung nicht angegeben, hätte aber jedenfalls kaum ausgereicht, denn die Beeidigung war ja nicht notwendig, sondern nur möglich (§ 393 Abs. 2). Beachtlich war ferner auch der Hinweis des Bekl. persönlich auf die Morphiumsucht des Zeugen. Außerdem wurde der Zeuge beeidigt, ohne daß dem Gegenzeugen B. Gelegenheit gegeben wurde, unter Gegenüberstellung mit ihm seine Aussage zu machen, trotzdem der Gegenzeuge im Termin erschienen war.

Hierzu kommt die objektiv unrichtige Stellungnahme des Richters zu dem Auftreten des Referendars H. für den R. Dr. P. und die sich daran anknüpfenden gegenseitigen Vorwürfe zwischen dem Richter und dem Rechtsanwält. Sie rechtfertigen bei der Partei den Schluß, daß jetzt eine so starke Spannung zwischen beiden besteht, daß sie nicht ohne jede Rückwirkung auf die Bildung der richterlichen Überzeugung sein könne. Alle diese Umstände zusammen können, auch bei unbefangener Beurteilung, in der Partei sehr wohl den Eindruck erwecken, daß der Richter nach diesen Vorkommnissen der Sache nicht mehr mit der erforderlichen Unparteilichkeit gegenübersteht. Das reicht aber zur Ablehnung wegen Beforgnis der Befangenheit gem. § 42 ZPO. aus.

(RG., 26. RivSen., Beschl. v. 7. Nov. 1930, 26 W 178/30.)

Mitgeteilt von R. Dr. Plaj, Berlin.

*

7. § 42 ZPO. Gründe für Ablehnung eines Richters. 1) †)

Das OLG. hält die Ablehnung des OGD. A. für unbegründet, da zum Teil die Tatsachen, worauf sie gestützt ist, nicht glaubhaft gemacht seien (feindselige Einstellung des „Grünen Vereins“ gegen

will nicht bloß eine wirklich parteiliche Rechtspflege verhindern, sondern auch schon den nach Lage der Umstände naheliegenden oder doch möglichen Eindruck einer solchen vermeiden. So klar an sich das Prinzip, so schwierig kann im Einzelfall die Anwendung sein. Jedenfalls muß der Verdacht der möglichen Parteilichkeit objektiv gerechtfertigt sein; bloß subjektive Verdächtigung genügt als solche nicht. Auch darf das Prinzip natürlich nicht von einer Partei dazu mißbraucht werden, um Konflikte mit einem Richter grundlos zu provozieren, und dann den so entstandenen Konflikt zum Anlaß einer Ablehnung wegen Befangenheit zu nehmen.

Gef. J. R. Prof. Dr. W. Risch, München.

Zu 7. Es handelte sich um einen Prozeß zweier Patentanwälte, die Mitglied des sog. „Grünen Vereins“ (Deutscher Verein für den Schutz des gewerblichen Eigentums) sind, gegen zwei Patentingenieure und den Verband beratender Patentingenieure. Das OLG. legt mit vollem Recht auch hier auf den subjektiven Eindruck Gewicht, den die Bekl. „auch bei verständiger Würdigung“ haben kann. Man

den Stand der Patentingenieure, Ablehnung der Aufnahme von Patentingenieure in diesen Verein), zum Teil die Behauptungen nicht geeignet seien, die Ablehnung zu begründen (Veröffentlichung des Artikels von M. im Organ des „Grünen Vereins“, da den Mitgliedern des Vereins ein Einfluß auf Form und Inhalt der Artikel dieser Zeitschrift nicht gegeben sei).

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Bekl. ist begründet. Das OLG. hat nicht genügend den subjektiven Eindruck berücksichtigt, den die Bekl. nach der vorl. Sachlage auch bei verständiger Würdigung haben können. Unstreitig besteht ein überaus heftiger Kampf zwischen den beiden Berufsständen der Patentanwälte und der Patentingenieure, von denen sich die letzteren in dem bekl. Verband beratender Patentingenieure zusammengeschlossen haben. Die vorliegende Klage ist ein Hauptangriffsmittel der Patentanwälte in diesem Kampf, und die Entsch. über sie hat für die Patentingenieure die Bedeutung einer Existenzfrage; ergeht sie zu ihren Ungunsten, so ist der ganze Zweck des Verbandes vereitelt, und auch die beiden anderen Bekl. haben die schwersten wirtschaftlichen Nachteile zu befürchten.

Der „Grüne Verein“, dem der abgelehnte Richter angehört, verfolgt zwar seinen Satzungen nach keine Kampfwerte, sondern befaßt sich mit wissenschaftlichen Dingen ohne persönliche Interessenvertretung irgendwelcher Gruppen seiner Mitglieder, er ist kein „Verein der Patentanwälte“. Von dem Vorstande ist aber i. J. 1925 auf eine Anfrage wegen Neugestaltung des PatAnwG. und Neuregelung der Vertretung vor dem RPatV. eine gutachtliche Äußerung erfolgt, die sich vollkommen auf den in obigem Kampf von den Patentanwälten vertretenen Standpunkt gestellt hat. Insbes. sind darin die Patentanwälte als die allein wirklich geeigneten Persönlichkeiten zur Vertretung der Erfinder im gewerblichen Rechtsschutz bezeichnet, und Konzessionen nur zugunsten der Leiter von Patentabteilungen der großen industriellen Betriebe gemacht und damit zugleich ausgesprochen worden, daß die im freien Berufe tätigen Ingenieure, die sich mit Patentsachen befassen, zur Vertretung nicht geeignet und auszuschließen seien. — Ferner ist in der vom „Grünen Verein“ herausgegebenen Zeitschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“, von der die Bekl. also annehmen können, daß ihre Leitung im engsten Zusammenarbeiten mit dem Verein vorgeht, im November 1928 ein Artikel des R. Dr. A. zu 1 erschienen, in welchem die Patentingenieure als Winkelkonsulenten und jedenfalls als ungeeignet zur Vertretung der Erfinderinteressen vor dem RPatV. bezeichnet werden (ob der Artikel beleidigend und das Bremer Privatklageurteil zutreffend ist oder nicht, ist hier ohne Belang). Dem daraufhin von dem bekl. Verband gestellten Verlangen nach Veröffentlichung einer Erklärung, daß der Verein mit dem Aufsatze nichts zu tun habe, hat der Vorstand des „Grünen Vereins“ nicht entsprochen. Und der Herausgeber der Zeitschrift hat eine Anfrage, ob dem Verbands die Zeitschrift zur Veröffentlichung einer Gegenerklärung zur Verfügung gestellt werde, unbeantwortet gelassen.

Aus diesen Umständen konnten die Bekl., auch bei unbefangener Würdigung, sehr wohl den Schluß ziehen, daß in der Leitung des „Grünen Vereins“ die Patentanwälte eine führende Stellung einnehmen oder — wenigstens in der Streitfrage — maßgebenden Einfluß besitzen und sie konnten dadurch zu der Befürchtung kommen, daß die dem „Grünen Verein“ angehörenden Patentanwälte jetzt, wo sich durch die neu erhobene Klage der Streit in einer solchen Weise zugespitzt hat, versuchen würden, auch die übrigen Mitglieder des Vereins auf ihre Seite zu ziehen. Daß das schon geschehen ist, ist zwar im einzelnen nicht glaubhaft gemacht, es ist aber auch durch die dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter nicht widerlegt. Diese sagen nur, daß die hier vorliegenden Streitfragen in den Sitzungen, denen sie beigewohnt haben, niemals erörtert worden seien, geben aber keine Auskunft über den Inhalt etwa gepflogener Privatgespräche. Vom Standpunkt der Bekl. aus läßt sich verstehen, wenn sie die Beforgnis hegen, daß ein an maßgebender Stelle stehender

kann und muß sogar noch weiter gehen als die Gründe des OLG. Mögen auch die Streitfragen weder in den Sitzungen noch in Privatgesprächen, auf die das OLG. hinweist, behandelt sein, mag auch der Richter nicht gerade zu den R. Dr. oder überhaupt zu den Patentanwälten in nähere persönliche Beziehung gekommen sein — entscheidend ist die Tatsache, daß es sich um einen heftigen Kampf zweier Gruppen um Lebensinteressen handelt. Wer einer der beiden Gruppen auch nur angehört, kann, wenn er als Richter auftreten soll, von der anderen Gruppe mit gutem Recht als befangen angesehen werden.

Man sollte in dieser Richtung den Umfang des Ablehnungsrechtes auch in der Praxis nach Möglichkeit erweitern, ohne jede Ungleichzeitigkeit und auch die abgelehnten Richter sollten in dieser Richtung nicht nur an ihre ihnen anerzogene Unparteilichkeit, sondern auch an den Eindruck und die Einstellung der anderen Partei denken.

Wenn wird unsere Gesetzgebung aus diesen mit Recht bei der Ablehnungsfrage vertretenen Grundsätzen einmal wieder zu dem Nachdenken kommen, ob es richtig ist, Angehörige bestimmter Interessentengruppen als Laienrichter zu bestellen, weil sie „sachverständig“ seien? (Vgl. auch OLG. Dresden unten S. 1136.)

Gef. J. R. Dr. Heilberg, Breslau.

1) Vgl. Ann. zu OLG. Dresden v. 8. Okt. 1930, 1 Ost 209/30 u. v. 15. Okt. 1930, 1 Ost 145/30 unten S. 1138.

Richter, wie der Vorsitzende einer Kammer des OLG., wenn er dem „Grünen Verein“ angehört, auch in nähere persönliche Beziehungen zu den im Vorstände maßgebenden Kreisen, also hier zu den Patentanwälten, gekommen ist, selbst wenn er sie von seiner Seite aus nicht gesucht hat. Der weitere Schluß liegt dann nahe, daß von Seiten dieser Kreise — vielleicht beiden Teilen unbewußt — eine gewisse Beeinflussung des Richters in einem ihnen günstigen Sinne stattgefunden hat. Gerade wo der Kampf hier von beiden Seiten so heftig geführt wird, und wo so lebenswichtige Interessen auf dem Spiele stehen, kann aber einer Partei nicht zugemutet werden, die Entscheidung von einem Richter zu nehmen, von dem sie nicht ohne Grund meint, daß er im Privatverkehr den Einwirkungen durch die Gegenseite ausgesetzt gewesen ist. Diese Meinung muß in den Bekl. noch dadurch verstärkt werden, daß die vorliegende Klage vor das Berliner Gericht gezogen ist, indem ohne ersichtlichen sonstigen Grund ein Patentingenieur mitverklagt ist, der nicht einmal zum Vorstand des bekl. Verbandes gehört und gegen den sich von den fünf Klageanträgen nur ein einziger richtet. Die Klage wäre sonst vor das OLG. A. oder D. gekommen. Für die Bekl. von ihrem Standpunkt aus erklärt es ihre Befürchtung, daß es geschehen sei, weil der Kl. infolge ihrer im „Grünen Verein“ angeknüpften Beziehungen zu den zur Entsch. berufenen Richtern ein ihnen günstiges Urteil erwarten.

(RG., 26. ZivSen., Beschl. v. 29. Sept. 1930, 26 W 141/30.)

Mitgeteilt von OGD. Daffis, Berlin.

*

8. §§ 280 ff. ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Fristverjäumnis infolge Verschuldens der Hausangestellten?)

M. N. N. hatte auf dem gleichen Hausflur links seine Wohnung, rechts seine Büroräume. Nach Schluß der Bürogeschäftsstunden stellte der Zustellungsbeamte, da das Büro geschlossen war, eine Urkunde von besonderer Wichtigkeit in der Wohnung an den Anwalt zu, und zwar zu Händen der Köchin. Der Anwalt erfuhr von der Zustellung nichts: Die Urkunde wurde ihm rein zufällig nach Ablauf der Besuchsfrist zugänglich gemacht. Die Wiedereinsetzung wurde abgelehnt (RG. 12 W 8242/30).

Mit Recht sagen Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., zu § 181 Ann. II: „Hat der Adressat neben der Wohnung an demselben Ort ein Geschäftslokal, so ist außer ihm (hier nicht vorliegenden) Falle des § 184 Abs. 2 die Ersatzzustellung in der Wohnung nicht durch einen vorgängigen Versuch der Zustellung im Geschäftslokal (§ 183) bedingt.“

Hiernach ist die Zustellung gem. § 3 ZivVerfG., § 181 ZPO. ordnungsmäßig erfolgt. Die weitere sofortige Beschwerde ist jedoch erst am 4. Aug. 1930 eingegangen, mithin nach Ablauf der zweiwöchigen Notfrist (§ 96 ZivVerfG., §§ 577, 793 ZPO.). Die Wiedereinsetzung ist unbegründet. Denn der Beschw. hat nicht glaubhaft gemacht, daß er durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, die Notfrist einzuhalten (§§ 233, 236 Abs. 1 ZPO.).

(RG., 7. FerZivSen., Beschl. v. 29. Aug. 1930, 12 W 8242/30.)

Mitgeteilt von M. H. Brugsch, Berlin.

*

Zu 8. Die Gründe des RG. gehen an den entscheidenden Punkten vorbei. Selbstverständlich kann die Zustellung an den M. nicht nur in seinem Geschäftslokal, sondern auch in der Wohnung erfolgen. Wenn der Anwalt Geschäftslokal und Wohnung „zusammen“, also wie im vorliegenden Fall nebeneinander auf demselben Treppensflur hat, ist die Zustellung in der Wohnung mindestens dann nicht unbillig und nicht unzweckmäßig, wenn der zustellende Postbote oder Beamte in derjenigen Zeit erscheint, in welcher das Geschäftslokal geschlossen ist. Im Gegenteil: Es würde unter Umständen eine durchaus unerwünschte oder unzulässige Verzögerung der Zustellung bedeuten, wenn der zustellende Beamte, der das Geschäftslokal etwa in der Mittagsstunde oder vor Beginn oder nach Schluß der Bürostunden geschlossen findet, die Zustellung hinausschieben oder etwa gem. § 182 ZPO. verfahren sollte.

Aber darauf kommt es gar nicht an. Entscheidend ist nur die Frage, ob nicht nach den Grundsätzen, die RG. 96, 324, ZW. 1927, 2625 und 1929, 1865 erfreulicherweise ausgesprochen und seitdem dauernd festgehalten hat, ein unabwendbarer Zufall vorlag. Wenn schon das Verschulden eines gehörig ausgewählten und beobachteten sorgfältigen Büroangestellten einen unabwendbaren Zufall darstellt oder darstellen kann, so muß und kann dies erst recht gelten, wenn eine Hausangestellte, die den Geschäftsgang nicht kennt und nicht kennen kann, in Rede ist. In dieser Richtung wird man nur verlangen können, daß der Anwalt auch seine Hausangestellte auf die Pflicht hinweist, ihm etwa eingehende Sendungen alsbald vorzulegen, und daß er die Erfüllung dieser Pflicht auch einigermaßen beaufsichtigt.

Geh. R. Dr. Heilberg, Breslau.

9. §§ 499 f., 567 ZPO. Güteverfahren. Beschwerde gegen den Beschluß, durch den der Güteantrag für zurückgenommen erklärt wird.

In dem Termin zur Güteverhandlung vor dem OLG. war nur der Antragsteller erschienen. Er hat beantragt, neuen Termin nur auf seinen Antrag zu bestimmen, da die Antragsgegner abzahnten; hilfsweise hat er beantragt, das Verfahren ruhen zu lassen, bis er einen Termin beantragen werde. Das OLG. hat den Antrag, das Verfahren ruhen zu lassen, abgelehnt und den Güteantrag für zurückgenommen erklärt. Die gegen die Rücknahmeerklärung gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat das OLG. zurückgewiesen (zutreffender: als unzulässig verworfen), weil gem. § 567 Abs. 1 ZPO. eine Beschwerde gegen den Beschluß, durch den der Güteantrag für zurückgenommen erklärt wird, nicht statfinde.

Die weitere Beschwerde des Antragstellers ist nach § 568 ZPO. zulässig. Sie ist auch begründet und führt zur Aufhebung der Vorentsch.

Die Ansicht des OLG., daß in einem Falle, wie dem vorliegenden, gegen den die Rücknahme des Güteantrages aussprechenden Beschluß die Beschwerde nicht gegeben sei, wird von dem OLG. Dresden: ZW. 1925, 819 geteilt. Das OLG. Dresden begründet seine Entsch. damit, daß durch den Beschluß des OLG. kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden sei, weil der Beschluß nach § 499 f. ZPO. keine Zurückweisung, sondern nur die Feststellung enthalte, daß der Güteantrag zurückgenommen sei, das Güteverfahren also durch Parteidisposition beendet sei. Der beschließende Senat vermag dem nicht beizutreten. § 499 f. Abs. 1 ZPO. bestimmt, daß, wenn im Termin zur Güteverhandlung beide Parteien ausbleiben, das Gericht durch Beschluß den Güteantrag für zurückgenommen erklärt. Der dort vorgegebene Beschluß setzt also voraus, daß beide Parteien im Termin ausbleiben. Ob in einem solchen Falle unterstellt werden darf, das Güteverfahren sei durch Parteidisposition beendet, und sich die Betrachtung rechtfertigen läßt, der Rücknahmebeschluß enthalte keine Zurückweisung eines Antrages, sondern nur die Feststellung des zurückgenommenen Antrages, braucht hier nicht entschieden zu werden; denn der Streitfall liegt insofern anders, als nur eine Partei im Termin ausgeblieben ist und die erschienene Partei überdies zum Ausdruck gebracht hat, den Güteantrag aufrechterhalten zu wollen. Es geht auch nicht an, in Anwendung des § 333 ZPO. die erschienene Partei um deswegen als nicht erschienen anzusehen, weil sie einen Antrag, in das Streitverfahren einzutreten, nicht gestellt hat. § 333 ZPO. ist eine für das Streitverfahren gegebene Sondervorschrift; das Güteverfahren geht aber dem Streitverfahren voran und ist anders gearartet als das letztere. Namentlich findet im Güteverfahren eine mündliche Verhandlung i. S. des § 567 nicht statt (Stein-Jonas, § 499 e Fußnote 2); das Güteverfahren verlangt nicht einmal notwendig eine mündliche Aussprache (Stein-Jonas, § 499 c Bem. I u. II). Da hiernach die Entsch. des OLG. in einem eine mündliche Verhandlung nicht erfordernden Verfahren ergangen ist und der Rücknahmebeschluß vorliegendenfalls sachlich die Ablehnung des Güteantrages ist, so ist nach § 567 ZPO. auch die Beschwerde zulässig.

Das Gesetz bestimmt nun in § 499 f. ZPO. nur, wie zu verfahren ist, wenn entweder beide Parteien ausbleiben (Abs. 1) oder nur eine Partei ausbleibt und die erschienene Partei beantragt, in das Streitverfahren einzutreten. Der Fall, daß nur eine Partei erscheint, aber den Antrag auf Eintritt in das Streitverfahren nicht stellt, ist nicht geregelt. Das Verfahren kommt dann tatsächlich zum Stillstand und erst wieder in Gang, wenn eine Partei einen Antrag auf Bestimmung eines neuen Gütetermins stellt (wie hier Stein-Jonas, § 499 f, II 3; Baumbach, § 499 f Ann. 5).

(RG., 9. ZivSen., Beschl. v. 5. März 1931, 9 W 876/31.)

Mitgeteilt von OGR. Perwo, Berlin.

*

10. § 200 ZGB. Ob ein Rechtsstreit ohne weiteres Feriensache ist, richtet sich nach dem Anspruch der Klage, nicht der Widerklage.

Der Klageanspruch geht auf Zahlung einer Geldsumme und fällt als solcher nicht unter § 200 Ziff. 4 ZGB. Der Anspruch der Widerklage ist hingegen eine Streitigkeit zwischen Vermieter und Mieter wegen Benutzung der Mietsache und als solcher unter die genannte Bestimmung einzureihen. Die Teilung eines einheitlichen Rechtsstreits in Ansprüche, die Feriensachen sind und solche, die es nicht sind, ist mit RG. 118, 28¹) abzulehnen. Maßgebend bei der einheitlichen Entsch. kann aber nur die Natur des mit der Klage erfolgten Anspruchs sein. Denn da mit RG. 118, 34 anzunehmen ist, daß einer Klage, die nach ihrem Inhalt Feriensache ist, diese Eigenschaft nicht dadurch genommen werden kann, daß der Bekl. eine Widerklage erhebt, die keine Feriensache ist, so ist auch weiterhin anzunehmen, daß der Kl. nicht durch die gegen seinen Willen erfolgte Erhebung der Widerklage gezwungen werden kann, den Klageanspruch in den Gerichtsferien zu verfolgen, zumal da es ja dem Bekl. unbenommen

war, den Anspruch der Widerklage in einem besonderen Rechtsstreit geltend zu machen.

(RG., 3. FerSen., Beschl. v. 3. Aug. 1930, 17 W 8377/30.)

Mitgeteilt von RGR. Dahmann, Berlin.

*

Breslau.

II. §§ 519 Abs. 6, 233 ff. ZPO. Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Nachweisfrist, wenn der Prozeßbevollmächtigte sich auf die hemmende Wirkung des ohne Begründung und ohne Armutszeugnis gestellten Armenrechtsantrages verläßt? +)

Nach § 233 ZPO. ist einer Partei, die durch unabwendbaren Zufall verhindert worden ist, die Frist des § 519 Abs. 6 ZPO. einzuhalten, auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen. Der Berufungszkl. sieht den unabwendbaren Zufall darin, daß sein Prozeßbevollmächtigter damit rechnen konnte, das Gericht werde im Einklange mit der Rspr. des RG. auch ein ohne Befügung eines Armutszeugnisses gestelltes Armenrechtsgefuch für geeignet erachten, gem. § 519 Abs. 6 ZPO. die Hemmung der Frist herbeiführen.

Der Senat konnte sich dieser Auffassung nicht anschließen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Frist des § 519 Abs. 6 ZPO. unter allen Umständen nur durch ein Armenrechtsgefuch gehemmt wird, dem ein behördliches Armutszeugnis beigelegt ist. Wenn dem Antragsteller bereits in erster Instanz das Armenrecht bewilligt war und unter Bezugnahme hierauf die Bewilligung für die Berufungsinstanz nachgefucht wird, so muß die Hemmung ebensogut als eingetreten angesehen werden, wie wenn etwa auf ein bei anderen Akten befindliches Armutszeugnis Bezug genommen oder die Armut in irgendeiner Weise näher begründet und die Beibringung des Zeugnisses für die Zukunft in Aussicht gestellt wird. Es kann dem Berufungszkl. auch zugestanden werden, daß die hemmende Wirkung des Gefuches unter Umständen dann eintreten kann, wenn aus dem Inhalte der Akten und dem festgestellten oder unstreitigen Sachverhalte ohne weiteres ersichtlich ist, daß die Voraussetzungen des § 114 ZPO. in der Person des Gefuchstellers gegeben sind. Wenn dagegen, ohne daß irgendeiner dieser Fälle vorlag, am letzten Tage der zum Nachweis der Einzahlung der Prozeßgebühr gesetzten Frist nur folgender Antrag einging: „In pp. beantragen wir, dem Antragsteller das Armenrecht zu bewilligen. Zur Übernahme sind wir bereit. Die Rechtsanwälte usw.“, so konnte hierin ein ernstlich gemeintes und den Vorschriften des Gesetzes entsprechendes Armenrechtsgefuch überhaupt nicht erblickt werden. Der Senat konnte im Einklange mit dem Standpunkte des 5. ZivSen. (ZB. 1925, 2343), des OLG. Hamburg: HansG. 1925, B 200, des OLG. Jena: JurWdsch. Rpr. 1926, 682 und des RG.: ZB. 1926, 404 in einem solchen Antrage nur einen ohne jede Begründung vorgenommenen und als solcher

Zu 11. Der Entsch. ist im Ergebnis beizutreten.

1. Die Wiedereinsetzung erfordert nach § 233 ZPO. einen unabwendbaren Zufall. Solcher liegt nur dann vor, wenn nach Lage des Falles äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht imstande gewesen wäre, die Frist zu wahren (so bes. RG. [VerZivSen.] 48, 411, ihr folgend die Rpr. u. Rechtslehre). Nach § 232 Abs. 2 ist eine auf Verschulden eines Vertreters zurückzuführende Versäumung unbeachtlich. Im gegebenen Fall ist dem Tatbestand nicht zu entnehmen, ob den Vertreter ein Verschulden trifft, ob und inwieweit er etwa zur Zeugnisbeibringung oder mindestens von Ersatz für solche die Partei rechtzeitig aufmerksam machte und aufmerksam zu machen nach Sachlage Anlaß hatte, ob er nicht vielleicht sich der möglichen Bedenken, welche der Art und Formulierung des Armenrechtsgefuches entgegenstehen konnten, bewußt war und trotzdem im Interesse der Partei und der Beschleunigung der Antrag in Hinblick auf die Stellungnahme des RG. einreichte. Doch kann das dahingestellt bleiben; denn keinesfalls ist von der Partei oder dem für sie handelnden Anwalt das äußerste vernünftigerweise zu erwartende Maß an Sorgfalt erfüllt, wenn dem Armenrechtsantrag jeder Beleg oder Hinweis zur Darlegung der Wirtschaftslage der Partei fehlt. Sich auf eine — gemeint ist wohl RG. 110, 180 und RG.: JurWdsch. 1926 Nr. 2076 — reichsgerichtliche Entsch. unbedeutend zu verlassen, ist bei der gegebenen Materie nicht ausreichend; denn dieser Entsch. kann nicht nur der Wortlaut des § 118 Abs. 1 („ist beizufügen“; Mustervorschrift!) entgegengehalten werden, sondern ihr stehen auch andere Auffassungen gegenüber: RG. V v. 14. April 1894: SeuffArch. 49, 465 und V v. 6. Nov. 1897: ZB. 1897, 627 versagen das Armenrecht bei Nichtvorliegen des obrigkeitlichen Armutszeugnisses unbedeutend, weil dieses Zeugnis die einzige gesetzliche Unterlage für die Darlegung der Armut des Antragstellers sei; auch OLG. Karlsruhe: ZB. 54, 85 steht grundsätzlich auf diesem Standpunkt (es machte im betr. Fall nur deshalb eine Ausnahme, weil die einzige zur Zeugnisausstellung zuständige Stelle gleichzeitig die Gegenpartei des Antragstellers im fraglichen Prozeß war), ebenso OLG. Breslau: ZB. 1925, 2343; SteinJonas zu § 118 I. Eine ständige Praxis des RG. wird zwar der Anwalt oder die Partei seiner Auffassung zugrunde legen dürfen; Vorsicht bleibt aber im einzelnen Fall immer geboten (z. B.

unbeachtlichen Versuch sehen, eine Verlängerung der Frist herbeizuführen. Der Senat mußte auch, da ein solches Gefuch, selbst wenn es förmlich gestellt worden wäre, nicht geeignet ist, die Frist des § 519 Abs. 6 ZPO. zu hemmen, die Folgerung aus dem Ablaufe der Frist ziehen. Mit diesem Laufe der Dinge hätte der Prozeßbevollmächtigte des Berufungszkl. bei sorgfältiger Vertretung der Interessen seiner Partei rechnen müssen. Er mußte für den von ihm voraussehbaren Fall, daß das eingereichte Gefuch zur Hemmung der Frist nicht geeignet sein werde, vorsorglich den Antrag auf Verlängerung der Frist mit dem Gefuche verbinden. Er hätte auch vor Ablauf der Frist den Standpunkt des Senates durch Nachfrage erfahren und nötigenfalls das Armenrechtsgefuch durch die Darlegung der Armut oder durch Bezugnahme auf ein bei anderen Akten befindliches Zeugnis ergänzen können. Wenn er hierzu wegen der Kürze der Zeit vom Eingange des Gefuches an bis zum Ablaufe der Nachweisfrist nicht imstande war, so trifft ihn oder seine Partei auch hieran ein Verschulden, weil er das Gefuch am letzten Tage der Frist eingereicht hat oder der Auftrag zur Stellung des Antrages erst in den letzten Tagen erteilt worden ist. Keinesfalls durfte der Prozeßbevollmächtigte des Berufungszkl. sich auf eine Entsch. des RG. allein verlassen, der sich eine ganze Reihe von OLG. in veröffentlichten Entsch. nicht angeschlossen hatte und die auch deswegen für den vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar erschien, weil dem Gefuche v. 7. Okt. 1930 nicht nur das Armutszeugnis fehlte, sondern dieses Gefuch seinem Inhalte nach überhaupt nicht als ernstlich gemeint angesehen werden konnte. Da hiernach der Berufungszkl. nicht durch einen unabwendbaren Zufall an der Innehaltung der Frist des § 519 Abs. 6 ZPO. verhindert worden ist, so war das Wiedereinsetzungsgefuch zurückzuweisen, ohne daß auf die Frage einzugehen war, ob der Antrag die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung enthält (§ 236 Abs. 3).

(OLG. Breslau, 11. ZivSen., Beschl. v. 8. Dez. 1930, 17 U 3030/30.)

Mitgeteilt von OLG. Warshawer, Breslau.

III. Gerichtskosten und Streitwert.

Bamberg.

12. §§ 50, 91, 99, 264, 268, 269, 301, 335, 766 ZPO.; §§ 15, 17, 22, 25 GVB.; Art. 9 GVBGB.; § 15a GewD. Ohne zwingenden Grund keine Befastung des Kl. mit Kosten, wenn die Ehefrau des unter seiner Firma verklagten Kaufmannes dessen Geschäft samt Firma während des ruhenden Rechtsstreits übernimmt, den Kl. ungenügend verständig und nach Neuaufladung unter Anschrift der Firma sich am Rechtsstreit beteiligt.

In der Klage ist als verklagte Partei nur die „Firma Franz S.“ bezeichnet und Beurteilung „der Beklagten“ zur Zahlung

hins. Widerspruchsrecht des Sicherungseigentümers nach § 771 ZPO. gegenüber Steuerforderungen einerseits RF. 19, 126, andererseits RG.: ZB. 1929, 1878), da die reichsgerichtliche Rpr. wechselt und die Gerichte allgemein nicht bindet (z. B. RG. 115, 60, wo die auf reichsgerichtliche Rpr. sich stützende Auffassung des Anwalts als entschuldbar bezeichnet ist und gleichzeitig das RG. sich im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsmeinung stellt; der Fall betrifft Handel des Armenanwalts in dringlichen Fällen vor Zustimmung der Partei zur Bestellung des Anwalts).

2. Die Frage, ob ohne Armutszeugnis eingereichte Armenrechtsanträge gemäß § 519 Abs. 6 Fristhemmend wirken, verneinen die im Beschl. zit. Entsch. (die Zitierung von RG.: BusschZ. 1926, 404 ist aber irrig; gemeint ist wohl die Entsch. RG.: ZB. 1926, 847), denen noch OLG. Nürnberg: ZB. 1923, 857 anzureihen wäre. Soweit sich deren Begründung lediglich auf den Mangel des Zeugnisses stützt, verweise ich auf meine Ausf. oben 1. Die Entsch. begründen aber ihre Stellung auch damit, daß solche Anträge nicht ernstgemeint seien und lediglich eine auf andere Weise nicht zu erreichende Fristhemmung bezwecken. Damit folgen sie dem auch vom RG. vertretenen Rechtsgedanken (RG.: ZB. 1928, 909; 1930, 542: „Bewußt unzulässige Beschwerden gegen Armenrechtsverfügung hemmen die Vorfrist des § 519 nicht“; RG. 112, 107: „Bewußt unzulässiges Armenrechtsgefuch — für AktG. — hemmt nicht“; a. A. RG.: ZB. 1926, 578). Der Ausdruck „nicht ernstlich gemeint“, scheint mir freilich schief, wie schon Sonnen: ZB. 1930, 542; 1925, 1357; Heilberg: ZB. 1926, 847 überzeugend dargetan haben; denn ernstgemeint im Sinne der Fristhemmung sind solche Anträge. Immerhin trete ich dem Rechtsgedanken bei, daß lediglich in Fristverzögerungsabsicht gestellte Armenrechtsanträge als dem wirklichen Sinne des § 519 Abs. 6 widersprechend und schon der beliebigen Wiederholungsmöglichkeit wegen mit diesem unverträglich der Zurückweisung unterliegen müssen. Doch wird man eine sehr genaue Prüfung des Gerichts, unter Umständen Rückfragen an Antragsteller, fordern müssen, um Fehlscheidungen zu vermeiden. Für die Pflicht des Anwalts zur Prüfung ihm angebotener Anträge solcher Art genügt Verweisung auf Heilberg a. a. D.

ZR. Dr. Giershöfer, Nürnberg.

von 1927 *RM* aus einer in ihrem Geschäftsbetrieb entstandenen Warenschuld beantragt. Diese Klage wurde unter der gleichen Anschrift dem Kaufmann Franz S. in H. als dem damaligen Alleinhaber genannter Firma zugestellt.

Dieser beteiligte sich nicht am Rechtsstreit, sondern stellte außergerichtliche Erledigung in Aussicht, weshalb der Kl. nach mehrmaligen Vertagungen seit 1. Mai 1929 das Verfahren ruhen ließ.

Am 1. Juli 1930 übernahm Martha S. von ihrem Ehemann Franz S. das Geschäft samt Firma unter Ausschluß der im Geschäftsbetrieb begründeten Verbindlichkeiten und Forderungen des früheren Inhabers. Diesem wurde gleichzeitig Prokura erteilt.

Im Handelsregister wurde dies alles am 21. Juli 1930 eingetragen.

Am 22. Juli 1930 schrieb der Bücherrevisor und Steuerfachmann K. dem Kl., er sehe in der Moratoriumsfrage Franz S. infolge der katastrophalen Geschäftslage und der Maßnahmen des Hauswirts keine Möglichkeit mehr, das Moratorium durchzuführen. Er habe aus diesem Grunde sein Mandat niedergelegt.

In einer Nachschrift hieß es: „Das Geschäft des Herrn Franz S. ist ohne Aktiven und ohne Passiven von der Ehefrau desselben, Frau Martha S., übernommen worden.“

Diese Mitteilung war unvollständig und irreführend. Zum mindesten kann dem Kl. kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn sein Anwalt B. daraufhin den Ladungsschriftsatz v. 28. (eingereicht 29.) Juli 1930 mit Terminbestimmung auf 6. Aug. 1930, in der gleichzeitig wegen des Verhaltens des Schuldners wie schon bei der Klage die Ladungsfrist auf drei Tage abgekürzt war, unter gleicher Bezeichnung der beklagten Partei wie in der Klage und mit dem gleichen, nur wegen einer Teilzahlung auf 1252 *RM* ermäßigten Antrag zur Zustellung gab. Denn er konnte annehmen, daß, wenn Martha S. auch die Firma mitübernommen hätte, dies ausdrücklich mitgeteilt worden wäre, und daß, da dies nicht geschehen war, unter dem Namen „Franz S.“ lediglich dieser nach wie vor im Handel seine Geschäfte betriebe (§ 17 *HGB.*).

Martha S. hat auch nicht gleich am Tage der Zustellung, sondern erst am nächsten Tage und nicht, wie der bevorstehende Sonntag gebot, mittels Eilbriefs, sondern nur mittels gewöhnlichen Briefs dem Kl. und Kl. B. geschrieben und an Eides Statt versichert, sie habe die Firma ohne Aktiven und Passiven übernommen, die Firma hafte daher für Schulden aus der Zeit vor dem 1. Juli 1930 nicht, die Klagezustellung sei daher zu Unrecht an die Firma erfolgt und sie ersuche, ihr bis Montag, 4. Aug. 1930, mittags 12 Uhr, evtl. telegraphisch Mitteilung zu machen, daß die Klage gegen die Firma zurückgezogen sei, widrigenfalls sie durch einen dortigen Anwalt kostenpflichtige Abweisung der Klage beantragen lassen und für die Kosten alsdann auf alle Fälle den Kl. haftbar machen werde; eine längere Frist könne sie nicht zugestehen, da der Anwalt des Kl. selbst die Ladungsfrist abzukürzen beantragt habe.

Diesem Brief erhielt Kl. B. ausweislich des Einlaufstempels — offenbar wegen des vorhergegangenen Sonntags — und ebenso der Kl. erst am Montag, 4. Aug. 1930.

Hätte Frau S. gleich am 1. oder wenigstens mittels Eilbriefs am 2. geschrieben, so hätten der Kl. und sein Anwalt den Brief schon am 2. oder 3. Aug. erhalten.

Wenn Kl. B., nachdem Frau S. es ihrerseits nicht sonderlich eilig gehabt hatte, auch seinerseits kein Telegramm für veranlaßt hielt, sondern ihr nur mit Brief v. 4. Aug. 1930 antwortete, daß ihr ja eine Ladung gar nicht zugestellt worden sei, er werde in diesem Prozeß nur gegen ihren Ehemann Franz S. vorgehen, so kann auch dies dem Kl. nicht zum Nachteil gereichen. Sachlich war die schriftliche Antwort und der Standpunkt des Kl. B. richtig. Das Ausbleiben eines Telegramms konnte Frau S., wenn sie nicht ohnehin vorzog noch den Eingang eines Briefes abzuwarten, nur dahin deuten, daß Kl. B. es ablehne, die Klage gegen die Firma zurückzuziehen und den Klageantrag so wiederholen werde, wie er im Ladungsschriftsatz angekündigt war. Hierdurch und ein diesem Antrag entsprechendes Verfallurteil wurde die Ehefrau nicht berührt. Denn die beklagte Partei war nach wie vor nur ihr Ehemann, der zur Zeit der Begründung der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma war (Staub, 12. Aufl., § 17 Anm. 32a).

Die Vollstreckung eines derartigen Verfallurteils durch den Gerichtsvollzieher in ihr Vermögen hatte Frau S. nicht zu befürchten. (Wird ausgeführt.)

Wenn Frau S. ein übriges tun wollte, so konnte sie ohne nennenswerte Kosten unter Hinweis auf die Abkürzung der Ladungsfrist — die aber nicht der Kl., sondern ihr Ehemann wie schon bei der Klage verschuldet hatte — beim Gericht zur Aufklärung, ob der Kl. auch gegen sie vorgehe, eine kurze Vertagung des Termins in der Richtung gegen sie erbitten oder zu ihrer völligen Sicherung dem Gericht beglaubigten Auszug aus dem Handelsregister vorlegen. Wenn sie einen Anwalt bestellte, so tat sie es auf ihre Gefahr.

Im Termin v. 6. Aug. hat Kl. B. den Klageantrag sofort durch die Erklärung berichtigt, daß die Klage nicht — mehr! — gegen die Firma Franz S. in H., sondern gegen deren bisherigen Inhaber, den Kaufmann Franz S., gerichtet sei.

Dies war nur die Aufdeckung der hinter der Firma stehenden Person und daher zulässig (Stein-Jonas § 268 V 1 § 50 Nr. 49).

Demgegenüber war der vom Vertreter der Martha S. gemäß Schriftsatz v. 5. Aug. 1930 wiederholte Antrag: „Die Klage abzuweisen“ unrichtig. Die für diesen Antrag von ihm angeführte Entsch. des OLG. Hamburg: Soergel Rpr. 1926, 309 zu § 265 *RPD.*: „bei Übernahme einer beklagten Firma durch einen Dritten im Laufe des Rechtsstreits kann ohne Zustimmung des Dritten das Passivverbrum nicht auf ihn umgestellt werden“ ist richtig, paßt aber nicht auf unseren Fall, denn der Kl. hatte es ja nicht auf Martha, sondern auf Franz S. umgestellt.

Auch die Form, in der der Vertreter der Ehefrau dann in der neuen Verhandlung v. 20. Aug. 1930 seinen Antrag aufrechterhielt: „Die Klage wird, soweit sie gegen die Firma Franz S., Inhaberin Martha S., gerichtet ist, kostenfällig abgewiesen“ stimmt insofern nicht, als eine Klage mit dieser Richtung nie erhoben worden war.

Es war dies lediglich ein Irrtum der Ehefrau S., den sie selbst verschuldet hatte. Der klagende Gläubiger, der auf Zahlungsvorsprechungen des Schuldners hin den Prozeß nicht weiter betreibt, muß nach Möglichkeit vor Kosten geschützt werden, die dadurch entstehen, daß dann auf einmal im Lauf des Prozesses die Ehefrau die Firma übernimmt und der Gläubiger nicht alsbald und deutlich über die Verhältnisse aufklärt. Beteiligt sie sich dann trotzdem am Rechtsstreit gegen ihren Ehemann, so muß sie die Kosten selbst tragen. Es wäre unbillig, den Kl. damit zu belasten. Der Kl. ist insofern nicht unterliegender Teil. Auch eine teilweise Klagezurücknahme liegt nicht vor (vgl. noch RG.: *BZ.* 1914, 1234; *OLG.* 23, 145 [München]).

(*OLG.* Bamberg, 2. ZivSen., Beschl. v. 11. Okt. 1930, BeschwReg. 478/30.)

Mitgeteilt von *OLG.* Günzler, Bamberg.

*

Berlin.

13. § 90 *ORG.* Wer Gebührenfreiheit genießt, braucht auch an den obsiegenden Gegner keine Gerichtsgebühren zu erstatten.

Nach §§ 8, 115 *PrORG.* i. Verb. m. § 90 Abs. 2 *ORG.* ist das beklagte Land Preußen von der Zahlung von Gebühren frei. § 90 Abs. 4 *ORG.* besagt nun für diesen Fall, daß, soweit demjenigen, dem Gebührenfreiheit zufließt, Kosten des Verfahrens auferlegt oder von ihm übernommen sind, Gebühren nicht zu erheben, erhöhte zurückzuzahlen sind. Das bedeutet, daß die gebührenfreie Partei auch als unterliegende Partei Gerichtskosten niemals, selbst trotz § 79 *ORG.*, nicht zu zahlen hat (*RG.* 20 Wa 33/28 v. 12. April 1928; *ZW.* 1928, 1946⁹ und 20 W 6421/28 v. 12. Juli 1928). Dieses Ergebnis würde aber vereitelt werden, wenn im Wege der Kostenerstattung die gebührenfreie Partei an den obsiegenden Prozeßgegner die von diesem verauslagten Gerichtskosten erstatten müßte. Folglich ist, da Gebühren in solchem Falle überhaupt nicht zu erheben sind, die obsiegende Partei auch trotz der sonst aus § 77 *ORG.* herzuleitenden Haftung endgültig von der Verpflichtung zur Zahlung dieser Gebühren befreit (Friedlaender, Anm. 10 zu § 90 *ORG.*; *RG.* 20 W 6421/28, wie oben). Daraus ergibt sich, daß der Kl. wegen des Anspruches auf Erstattung der von ihm erforderlichen und gezahlten 40 *RM* Gerichtskosten nicht die Kostensetzgebung gegen das beklagte Land betreiben darf, sondern die Erstattung von der Gerichtskasse unmittelbar verlangen muß. Das Gericht hat in solchen Fällen von Amts wegen die Rückzahlung anzuordnen (*RG.* 20 W 6421/28 v. 12. Juli 1928), andernfalls die erstattungsberechtigten Partei die Erinnerung gem. § 4 *ORG.* beschreiten muß (Friedlaender a. a. O.). Für die Frage der Kostenausgleichung hat das *RG.* in der schon erwähnten Entsch. (6421/28) bereits grundsätzlich ausgesprochen, daß in solchem Falle die Kostenerstattungsansprüche des Obsiegenden von der Gerichtskasse durch Zahlung zu erledigen sind. So hätte auch im vorliegenden Falle Verfahren werden müssen.

(*RG.*, 20. ZivSen., Beschl. v. 8. Dez. 1930, 20 W 12083/30.)

Mitgeteilt von *LR.* Gaedeke, Berlin.

*

14. § 109 *RPD.* ist sinngemäß auch auf die Sicherheitsleistung durch Bürgen anwendbar (Stein-Jonas § 109 Anm. II, 2; Waumbach § 109 Anm. I, II.)

(*RG.*, 29. ZivSen., Entsch. v. 11. Febr. 1931, 29 U 8951/30.)

*

15. § 110 *RPD.* Sofern Streit über die Vorkaufspflicht besteht, muß durch Urteil entschieden werden (*RG.* 104, 190). Der Kläger ist an einen fälschlicherweise

Zu 14. Die Frage ist in der Praxis streitig (vgl. *ZW.* 1928, 1526 u. 2735; 1926, 2559).

Das *RG.* hat sich im Anschluß an die zit. Komm. auf einen den Bedürfnissen der Praxis entsprechenden Standpunkt gestellt.

RM. Dr. H. F. Abraham, Berlin.

ergangenen Beschluß nicht gebunden, kann aber einen solchen Beschluß nicht mit der Beschwerde angreifen (OLG. 31, 31). †)

(RG., 33. Zivilsen., Beschl. v. 29. Nov. 1930, 33 W 11711/30.)

*

Breslau.

16. Angemessene Vergütung für Dolmetscher für Übersetzung von Auslandsersuchen. Die Erhebung einer Verwaltungsgebühr für die Prüfung eines Auslandsersuchens steht nicht im Widerspruch zu § 1 GRG. †)

Der Beschwerf. hat den Kostenantrag des Gerichts in zwei Punkten bemängelt: Er beanstandet zunächst die von dem Dolmetscher für die Übersetzung des Auslandsersuchens verlangte und ihm zugebilligte Gebühr von 16 RM für eine dreieinhalbstündige Tätigkeit als unangemessen hoch.

Weiterhin sei die Erhebung einer Verwaltungsgebühr für das

Zu 15. Durch ein Berliner OLG. war vor kurzem einem ausländischen Kl., der die Verpflichtung zu der vom deutschen Bekl. auf Grund des § 274 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO. mittels einschender Einrede geforderten Sicherheitsleistung wegen der Prozesskosten nach Erfordernis und Höhe bestritten hat, durch Beschluß die Leistung einer entsprechenden Sicherheit, gemäß § 110 ZPO., aufgelegt worden.

Auf die hiergegen von dem Kl. in Unkenntnis des Bekl. eingeleitete Beschwerde hat der 33. Zivilsen. des RG. durch Beschluß v. 29. Nov. 1930 (33 W 11711/30) entschieden, daß die vom OLG. für die Anordnung der Sicherheitsleistung gewählte Beschlußform unstatthaft war und daß statt dessen das OLG. ein mit Gründen versehenes Zwischenurteil hätte erlassen müssen.

Bei dieser Entscheidung ist das RG. der herrschenden Ansicht (vgl. Sybow-Busch, 20. Aufl. 1930, Num. 1 zu § 112; RG. 104, 190 und JW. 1926, 373; Kann, Komm. 1913 Anm. 1 zu § 112; Sellner, Komm. 1928, Anm. 1 zu § 112; Baumbach, Komm. 1930 Anm. 1 zu § 112; Skonieczki-Gelpcke 1913, Anm. 1 zu § 113) gefolgt, daß bei einem Streit über die Pflicht zur Sicherheitsleistung und über deren Höhe, die Sicherheitsleistung nur durch ein Zwischenurteil angeordnet werden kann, daß ein Kl. an einen fälschlicherweise ergangenen Beschluß nicht gebunden sei, und daß somit für ihn, falls er daraufhin die Sicherheit nicht, oder nicht fristgemäß, leistet, die in § 113 ZPO. vorgesehenen Rechtsfolgen (Rücknahmeerklärung der Klage oder Verwerfung des Rechtsmittels) niemals eintreten könnten.

Diese als herrschend anzusehende Ansicht ist aber keineswegs unbestritten. Denn im Gegensatz hierzu vertritt Stein-Jonas in der neuesten (14.) Aufl. des Komm. Anm. 1 zu § 112 — im Gegensatz zu der 12. Aufl. vom Jahre 1926, Anm. 1 zu § 112, wo für diesen Fall nur ein Gerichtsbeschluß für zulässig erachtet wurde — jetzt den Standpunkt, daß bei Bestehen eines Streites über die Pflicht zur Sicherheitsleistung und deren Höhe das Gericht hierüber entweder durch Zwischenurteil oder durch Beschluß entscheiden könne und erachtet lediglich die Beschlußform nur für den Fall als zulässig, daß über die Pflicht zur Sicherheitsleistung kein Streit besteht, wohl aber über deren Höhe.

Zunächst will es scheinen, als ob dieser Formfrage eine besondere Bedeutung um deswillen nicht zukommt, weil weder das die Sicherheitsleistung anordnende Zwischenurteil, noch ein entsprechender Beschluß einer selbständigen Anfechtung unterliegt, vielmehr beide in gleicher Weise nur zusammen mit dem Endurteil anfechtbar sind, was übrigens im Falle der obigen Beschwerde auch seitens des RG. zur Verwerfung der Beschwerde als unzulässig, trotz des anerkannten Formfehlers, geführt hat.

Trotzdem ergibt sich für den obigen Fall, daß die Frage insofern keineswegs bedeutungslos ist, als, zufolge des erwähnten RG-Beschlusses, das OLG., an das die Sache alsdann zurückgelangte, gehalten wurde, seinen, ohne nähere Begründung erlassenen Beschluß in ein mit Gründen versehenes Zwischenurteil abzuändern. Hierdurch ging kostbare Zeit verloren, und zwar lediglich aus formalen Gründen.

Es dürfte sich deshalb empfehlen, künftig bei jedem Streit über das Bestehen der Pflicht zur Sicherheitsleistung, oder auch nur über deren Höhe, oder über beides, die gerichtliche Entscheidung — in Übereinstimmung mit der zur Zeit als herrschend anzusehenden Meinung — stets nur in Form des Zwischenurteils und nicht in Beschlußform zu erlassen und die Beschlußform (entsprechend der allgemeinen bisserigen Auffassung; vgl. die angeführten RG-Entsch. und Sybow-Busch zu § 113 Anm. 2) lediglich auf den Fall zu beschränken, daß über die Pflicht zur Sicherheitsleistung und über deren Höhe kein Streit besteht, und nur die Frist zu bestimmen ist, binnen der die Sicherheitsleistung zu erfolgen hat.

RM. Dr. August-Erich Wiener, Berlin.

Zu 16. 1. Zu dem ersten Punkte nur folgende verfahrensrechtliche Bemerkung: Bei der Erstattung von Zeugen- und Sachverständigengebühren sind das Verhältnis des Zeugen bzw. Sachverständigen zur Staatskasse und dasjenige der Staatskasse zum

Auslandsersuchen um Zeugenvernehmung ungeschieden. Gemäß § 1 GRG. dürften nur die Gebühren und Auslagen erhoben werden, die in diesem Gesetz festgelegt sind. Eine abweichende preussische Regelung könne gegenüber dieser reichsgesetzlichen Regelung nicht den Vorrang haben.

Die Beschwerde ist nur insoweit zulässig und begründet, als sie sich gegen die Höhe der Sachverständigengebühr für das Auslandsersuchen richtet. (Wird ausgeführt.)

Insofern der Beschwerf. weiter die Absetzung der Verwaltungsgebühr von 10 RM für das Auslandsersuchen verlangt, ist die Beschwerde unzulässig. Die Annahme des Beschwerf., daß die Erhebung einer Gebühr für Auslandsersuchen ungeschieden ist, ist unzutreffend. Nach § 1 VerwGEBD. v. 30. Dez. 1926 (GS. 327) werden für einzelne Amtshandlungen, die auf Veranlassung der Beteiligten von staatlichen Organen vorgenommen werden, Verwaltungsgebühren nach Maßgabe dieser VO. und des anliegenden Tarifs erhoben. Das Auslandsersuchen ist auf Veranlassung eines der Beteiligten, nämlich des Kl., vorgenommen worden, da dieser den im Ausland (Tschschostowakei) wohnenden B. als Zeugen benannt hat. Der der VerwGEBD. anliegende Gebührentarif bestimmt nun unter der laufenden Nr. 48 zu 1), daß für die Prüfung von Ersuchen nach dem Ausland bei Beweisbeschläffen eine Verwaltungsgebühr erhoben wird, die in erster

Kostenschuldner scharf zu scheiden. Dort gesetzlicher Rechtsbehelf die Beschwerde nach § 17 Abs. 2 ZeugGEBD., hier die Erinnerung und Beschwerde nach § 4 GRG. Dem Kostenschuldner stehen nur die Befehle des § 4 GRG. zu, nicht auch die Beschwerde nach § 17 Abs. 2 ZeugGEBD. (RG. 55, 312). Mit den ersteren, als den einzigen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln muß der Kostenschuldner auch in der Lage sein, die Angemessenheit des dem Zeugen oder Sachverständigen zugewiesenen Betrages zu beanstanden. Das steht außer Streit; ebenso, daß eine im Verhältnis zwischen dem Zeugen oder Sachverständigen und der Staatskasse nach § 17 Abs. 2 ZeugGEBD. ergangene Entsch. das Gericht für die Entsch. nach § 4 GRG. nicht bindet. Wird, wie im vorliegenden Falle, der Ersatzanspruch der Staatskasse hinsichtlich der aufgewendeten Zeugen- oder Sachverständigengebühren durch eine Entsch. nach § 4 GRG. herabgemindert, so ergibt sich daraus in aller Regel der Anlaß, nach § 17 Abs. 1 Satz 2 ZeugGEBD. im Verhältnis der Staatskasse zu dem Zeugen oder Sachverständigen den Anlaß von Amts wegen entsprechend zu verringern.

2. Die PrVerwGEBD. (PrGS. 1926, 327) sieht für die Prüfung der nach dem Auslande gehenden Rechtshilfeersuchen eine Verwaltungsgebühr von 5 bzw. 10 RM vor. Daß diese Gebühr mit dem Reichsrecht vereinbar ist, daß ihr insbes. der § 1 GRG. nicht entgegensteht, ist in der Entsch. zutreffend dargelegt. Soweit ich sehe, hat die in Rede stehende Verwaltungsgebühr auch sonst weder im Schrifttum noch in der Rspr. Beanstandung gefunden. Nach § 363 ZPO. erfolgt eine im Auslande vorzunehmende Beweisaufnahme durch Ersuchen der zuständigen ausländischen Behörde bzw. des deutschen Reichskonjuls. Die Erledigung des Ersuchens, einsch. der Übermittlung des Ersuchungsschreibens an die für die Erledigung zuständige Stelle, ist nicht Teil des gerichtlichen Verfahrens. Soweit dabei Stellen der Justizverwaltung und des auswärtigen Dienstes tätig werden, handelt es sich um reine Verwaltungstätigkeit, nicht um eine gerichtliche Funktion. Die praktische Bedeutung dieses — in der Praxis von jeher unbestrittenen — Satzes liegt vor allem darin, daß die Erledigung bzw. Weitergabe des Ersuchens dem freien pflichtmäßigen — nicht ausschließlich unter rechtlichen, sondern auch unter politischen Zweckmäßigkeitsabwägungen stehenden — Ermessen der beteiligten Verwaltungen unterliegt. Inwiefern eine Verwaltungsbehörde für die ihr obliegenden Funktionen Gebühren erheben kann, bestimmt sich nach den für die betr. Verwaltung maßgebenden Vorschriften, bei Landesbehörden also nach Landesrecht. Der Umstand, daß der gebührenpflichtige Akt durch ein dem GRG. unterstehendes gerichtliches Verfahren veranlaßt ist, steht der Gebühr nicht entgegen, denn der Bereich des GRG. beschränkt sich nach § 1 daselbst eben auf das gerichtliche Verfahren selbst.

Insofern scheint mir allerdings die Entsch. formell nicht einwandfrei, als sie trotz des sachlichen Eingehens auf die Beschwerde zu deren Verwerfung als unzulässig gelangt. Für das, was einer als Antragsteller oder als Beurteilten nach §§ 77, 79 GRG. zahlungspflichtigen Partei in Rechnung gestellt werden kann, sind allein die Vorschriften des GRG. maßgebend. Die Inrechnungstellung der durch die Übermittlung des Rechtshilfeersuchens erwachsenen preuß. Verwaltungsgebühr wird durch § 72 Nr. 6 GRG. gedeckt, wonach als Auslagen u. a. die „an andere Behörden zu zahlenden Beträge“ erhoben werden. „Zu zahlen“ i. S. dieser Vorschrift sind nur solche Beträge, deren Erhebung auf Grund einer gültigen Rechtsnorm erfolgt. Vorliegend hatte die Beschwerde die Gültigkeit der Rechtsnorm unter dem Gesichtspunkte der Unvereinbarkeit mit dem Reichsrecht beanstandet und aus diesem Grunde die Absetzung des Betrages begehrt. Erachtet das BeschwerdeO. — zutreffenderweise — diese Auffassung für irrig, so hätte es die Beschwerde m. E. als unbegründet zurückweisen müssen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

In Instanz 5 RM, in zweiter Instanz 10 RM beträgt. Nach § 4 Abs. 1 UV. v. 16. Juni 1910 (ZMBl. 189) liegt nun die Prüfung der Erfindungsschriften, wenn diese von dem Vorsitzenden einer Kammer des LG. ausgehen, dem VPräs. ob, der auch die Erhebung der Gebühr zu veranlassen hat. Wenn auch die UV. v. 3. Febr. 1925 (ZMBl. 52) in § 2 bestimmt, daß diese Gebühren zur Staatskasse fließen, nach den für Gerichtsgebühren geltenden Vorschriften einzugehen und auch sonst als Gerichtsgebühren behandelt werden, so wird durch diese Verwaltungsbestimmung jedoch das Wesen der Verwaltungsgebühr nicht berührt; sie wird hierdurch nicht etwa zu einer Gerichtsgebühr i. S. der §§ 1, 2 UV. Das deutsche UV. regelt aber unmittelbar nur die Erhebung von Gebühren und Auslagen der Gerichte, nicht auch anderer Behörden, wie sich aus folgendem ergibt: Der § 1 UV. bestimmt, daß in den vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtsachen, auf welche die ZPD. Anwendung findet, Gebühren und Auslagen nur nach Maßgabe dieses Gesetzes erhoben werden. Wenn nun § 2 UV. die Erhebung von Stempeln und anderen Abgaben „neben den Gebühren“ ausschließt, so können unter diesen „Gebühren“ nur die Gebühren der Gerichte verstanden werden. Die Prüfung der Auslandsersuchen wird aber nicht durch die Gerichte, sondern durch andere Behörden bewirkt, denn eine besondere Prüfung dieser Ersuchen durch die Dienstaufsichtsbehörde ist in der ZPD. nicht vorgesehen. Vorgeschrieben ist dagegen eine solche Prüfung im Verwaltungswege. Daraus folgt aber, daß es sich hierbei gar nicht um eine gerichtliche Tätigkeit, sondern um eine Verwaltungshandlung, also um ein besonderes behördliches Verfahren handelt, das nicht mehr einen Bestandteil des Prozesses bildet und auch nicht selbst die Erfordernisse des § 1 UV. erfüllt. Die landesrechtliche Erhebung einer Verwaltungsgebühr für Amtshandlungen staatlicher Organe muß daher auch, da sie nicht gegen die Bestimmungen der §§ 1, 2 UV. verstößt, für gesetzlich zulässig erachtet werden.

Die Beschwerde muß aber als unzulässig verworfen werden, weil gegen den Anlaß einer Verwaltungsgebühr die Erinnerung aus § 4 UV. nicht zulässig ist. Gegen die Erhebung einer Verwaltungsgebühr findet nämlich nach § 11 VerwGebD. v. 30. Dez. 1926 allein die Beschwerde im Aufsichtswege statt.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 16. Okt. 1930, 17 W 2626/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

*

17. Die Sätze der GebD. für beratende Volkswirte sind nicht als übliche Gebühr i. S. § 4 ZeugGebD. anzusehen. †)

Dem Beschw. ist vom LG. gemäß § 3 ZeugGebD. nur ein Stundenlohn von 6 RM zugebilligt worden, während er auf Grund der GebD. für beratende Volkswirte für den Arbeitstag von acht Stunden einen Satz von 90 RM und hierzu noch für schriftliche Bearbeitung 20%, für Beratung oder Vertretung außerhalb des Büros 30% und für Schreibkosten, Postis usw. 10%, also insgesamt 144 RM für den Arbeitstag verlangt.

Der von dem Sachverständigen eingelegte Beschwerde war der Erfolg zu verlagern. Die in der genannten GebD. angegebenen Sätze können nicht als üblicher Preis i. S. von § 4 ZeugGebD. angesehen werden, ganz ebenso wie dies der Senat schon mehrfach bezüglich der Anwendung der GebD. für Architekten und Ingenieure ausgesprochen hat (vgl. Beschl. v. 3. Okt. 1929; ZM. 1930, 195; v. 10. März 1930, 17 W 771/30, v. 7. April 1930, 17 W 1188/30 und v. 2. Okt. 1930, 17 W 1978/30). Wenn es auch in der Einleitung der GebD. für beratende Volkswirte heißt, daß die nachstehenden Grundsätze für die Mitglieder des Reichsverbandes Dtsch. Volkswirte den Maßstab dafür geben, wie je nach Gegenstand und Mühewaltung die Gebühren der beratenden Volkswirte zu bemessen sind, so handelt es sich doch um einseitig von dem Verbands aufgestellte und vielleicht von seinen Mitgliedern angestrebte Sätze; es fehlt aber jeder Nachweis dafür, daß diese Gebührensätze in der Mehrzahl der Fälle von den beratenden Volkswirten mit ihren Auftraggebern auch tatsächlich vereinbart und von letzteren gezahlt werden. Der Hinweis

Zu 17. Die Entsch. ist zutreffend. Nach § 4 ZeugGebD. ist dem Sachverständigen auf Verlangen für die aufgetragene Leistung der übliche Preis zu vergüten, falls ein solcher dafür besteht. Unter üblichem Preis ist ein solcher zu verstehen, der im freien Verkehr für Leistungen der betreffenden Art und Bedeutung gewöhnlich bezahlt wird. Ob er besteht, darüber entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen (Baumbach, RKostG. [3] Anm. 1 zu § 4 ZeugGebD.). Einseitige von privaten Verbänden festgesetzte GebD. können zwar einen Anhalt für die Festsetzung eines angemessenen Preises geben, sie sind aber auf die Bedeutung und das Aussehen der sie aufstellenden Vereine hin zu prüfen. Mit Recht vermisst das OLG. Breslau den Nachweis, daß diese Gebührensätze in der Mehrzahl der Fälle auch vereinbart und gezahlt sind. Denn nur dann kann von einer üblichkeit gesprochen werden (vgl. auch ZM. 1930, 195 mit Anm. des Verf.; 1930, 1515¹⁴ [OLG. Breslau]; 1930, 2075³⁰ [OLG. Hamm]).

RA. Dr. Alfred Carlebach, Berlin.

des Beschw. darauf, daß bei der Dsthilfe auf Vertrag angestellte jüngere Diplomlandwirte neben erheblichen Entschädigungen für Reisen und Autohaltung monatlich 1800 RM und bei der preuß. Zentralgenossenschaftskasse bis zu 3000 RM monatlich erhalten sollen, beweist, selbst wenn diese Angaben zutreffend sein sollten, nichts dafür, daß die Sätze der GebD. als allgemein üblich anzuprechen sind.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 10. Nov. 1930, 17 W 4089/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

*

Darmstadt.

18. Wenn das Urteil die Kosten mehreren Streitgenossen nicht als Gesamtschuldner aufgelegt, der Kostenfestsetzungsbeschl. aber die gesamtschuldnerische Haftung ausspricht, so erreicht dieser Ausspruch trotz Ablaufs der Beschwerdefrist nicht eine materielle Rechtskraft. †)

Der Kostenfestsetzungsbeschl. v. 6. April 1929 ist allerdings rechtskräftig geworden; er enthält auch die Erklärung, daß die Kl. die fraglichen Kosten „als Gesamtschuldner“ zu erstatten haben. Trotzdem können sich die Kl. zum Nachweis dafür, daß sie die streitigen Kosten nicht nach Kopfteilen, sondern in Wirklichkeit als Gesamtschuldner zu tragen haben, auf die Rechtskraft des Kostenfestsetzungsbeschlusses allein nicht berufen. Denn der Kostenfestsetzungsbeschl. steht nicht für sich allein; er ergeht vielmehr lediglich auf Grund eines Urteils, in dem nach § 308 ZPD. von dem Gericht über die Verteilung der Prozesskosten unter die Parteien dem Grundsatz nach zu entscheiden ist und bildet lediglich eine Ergänzung dieses Urteils, in dem er die Höhe der von den Parteien zu tragenden Kosten ziffernmäßig festsetzt. Nur in dieser Hinsicht kann der Kostenfestsetzungsbeschl. wenn er formell rechtskräftig wird, auch materielle Rechtskraft erlangen (vgl. ZM. 1886, 3143; Stein-Jonas, ZPD. Bem. III zu § 104; OLG. 19, 81). In dem Kostenfestsetzungsbeschl. kann allerdings auch aufgenommen werden, ob bei einer Mehrheit von zur Kostentragung verurteilten Personen die Streitgenossen samtschuldnerisch oder nach einem anderen Maßstab haften; dies kann jedoch nur geschehen, wenn das Urteil, auf Grund dessen der Kostenfestsetzungsbeschl. ergeht, hierüber, sei es im entscheidenden Teil, sei es wenigstens in den Gründen, entsprechend entschieden hat. Hierbei ist der Urkundsbeamte, der auf Grund eines Urteils einen Kostenfestsetzungsbeschl. erläßt, an sich auch zur Auslegung eines sich nicht mit voller Klarheit über die Frage, ob Streitgenossen nach Kopfteilen oder unter Samthast haften, aussprechenden Urteils befugt.

In vorliegenden Falle hat der Urkundsbeamte jedoch das den

Zu 18. Ein interessanter und nicht alltäglicher Fall! Die beiden klagenden Firmen haben einen gemeinsam geführten Vorprozess beim RG. verloren. Sie sind als Kl. zur Tragung „der Kosten des Rechtsstreits“ verurteilt worden. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle setzte die Kosten gegen die Kl. als „Gesamtschuldner“ fest; der Anwalt und Zessionar des Bekl. betrieb demgemäß die Zwangsvollstreckung. Die eine Kl. hatte nun (vor der Zession an den Kl.) der anderen eine Gegenforderung, die ihr gegen den Bekl. des Vorprozesses zustand, abgetreten und diese rechnete gegenüber der ganzen Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschlusse auf. Beide Kl. des Vorprozesses erhoben gegen den Anwalt und Zessionar Vollstreckungsgegenklage. Der Klage derjenigen Firma, an welche die Gegenforderung zebiert worden war, ist stattgegeben worden, und zwar bezüglich der halben Kosten, auf deren Einziehung von jeder der Kl. der Anwalt späterhin seinen Vollstreckungsanspruch eingeschränkt hatte; dagegen wurde die Klage der anderen Firma, bei der es sich gleichfalls nur noch um die halben Kosten handelte, abgewiesen. Das Gericht hat angenommen, daß trotz der Rechtskraft des Kostenfestsetzungsbeschlusses die Kl. nur nach Kopfteilen für die Kosten hafteten. Diejenige von ihnen, die ihre Gegenforderung an die andere zebiert hatte, konnte mit dieser Forderung nicht mehr aufrechnen (auch eine Rückzession hätte wegen der Abtretung des Kostenanspruchs an den Kl. nicht mehr zum Ziele führen können; § 406 BGB.).

Die Entsch. ist zutreffend. Der Kostenfestsetzungsbeschl. ist in weitem Umfange abhängig von der Kostenentscheidung, auf der er beruht und die dem Grunde nach Recht schafft, während er sich nur mit der Höhe der zu erstattenden Kosten zu befassen hat. Wird das Urteil aufgehoben, so verliert auch der Kostenfestsetzungsbeschl. trotz Ablaufs der Beschwerdefrist seine Kraft. Wird es im Kostenpunkt geändert, so wirkt auch diese Änderung auf den Festsetzungsbeschl. zurück. Die Änderung kann auch darin bestehen, daß mehreren Streitgenossen, die von der Vorinstanz ausdrücklich samtschuldnerisch zur Kostentragung verurteilt worden waren, die Kosten nur nach Kopfteilen aufgelegt werden. Dann erleidet auch der Festsetzungsbeschl., soweit er samtschuldnerische Haftung voraussetzte oder aussprach, eine entsprechende Modifikation.

Diese Feststellungen führen uns nun zur Betrachtung der Frage, welche Bedeutung einem Ausspruch über die Kostenhaftung im Festsetzungsbeschl. überhaupt zukommt. Gerade beim Vorliegen einer Streitgenossenschaft auf Seiten der kostenpflichtigen Prozesspartei ist

Kostenfestsetzungsbeschluss v. 6. April 1929 zugrunde liegende Urteil des RG. v. 24. Okt. 1928, das im entscheidenden Teil nur „den Kl.“ einen Teil der Prozesskosten auferlegt, ohne sich darüber auszusprechen, ob sie nach Kopfsteilen oder samtschuldnerisch die ihnen auferlegten Kosten zu tragen haben, nicht richtig ausgelegt. Die Kl. haften für die ihnen im Urteil des RG. v. 24. Okt. 1928 gemeinschaftlich auferlegten Kosten tatsächlich, wie es auch in dem angefochtenen Urteil mit Recht angenommen worden ist, nur nach Kopfsteilen. (Wird ausgeführt.)

(OLG. Darmstadt, Urf. v. 23. Okt. 1930, 2 U 175/30.)

Mitgeteilt von M. Dr. Otto Lichten, Mainz.

Düsseldorf.

19. § 91 ZPO. Die Anwendungen für eine Bankbürgschaft, von deren Weibringung die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils abhängig gemacht ist, gehören nicht zu den unmittelbaren Vollstreckungskosten, weil die Bankbürgschaft die Vollstreckung erst ermöglichen soll. Solche Kosten können daher nur aus dem Gesichtspunkt des Verzuges oder des Schadensersatzes, nötigenfalls in einem besonderen Verfahren, erstattet verlangt werden. †)

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 29. Aug. 1930, 4 W 120/30.)

Frankfurt a. M.

20. § 29 GKG. Die Ermäßigung der Gebühr betrifft nicht die Mahngebühr. †)

Im Unterschied von § 37 Abs. 3 GKG. Alt. Fass. und von § 38 RWGebD. behandelt der jetzt (seit der Nov. v. 21. Dez. 1922) geltende § 31 GKG. das Mahnverf. gebührenrechtlich als ein von dem nachfolgenden Prozessverf. vollständig getrenntes Verf. Die nach § 31 Abs. 1 GKG. für das Mahnverf. zu erhebende Gebühr (1/2 der Gebühr des § 8) wird bei dem Übergange zum Prozessverf. weder auf die Gebühren für dieses Verf. angerechnet noch sonst durch die Schicksale dieses Verfahrens, insbes. durch eine Zurücknahme der Klage, irgendwie beeinflusst. Sie bleibt vielmehr auch bei Zurücknahme der Klage in voller Höhe bestehen, und die einzige Besonderheit, die sich daran knüpft, daß dem Prozessverf. ein Mahnverf. vorausgegangen ist, bildet für die Gerichtskosten die in § 31 Abs. 2 GKG. bestimmte Ermäßigung der nach § 20 Nr. 1 GKG. zu erhebenden Prozessgebühr, die in solchem Falle nur zur Hälfte erhoben wird und bei Erledigung des Prozessverf. unter den in § 31 Abs. 2 Satz 3 erwähnten Voraussetzungen überhaupt nicht zur Erhebung gelangt.

es gewiß wünschenswert, daß die Geschäftsstelle im Festsetzungsbeschlusse klarstellt, ob die Streitgenossen samtverbindlich oder nach Kopfsteilen haften; denn der Beschluss ist als solcher formell ein Vollstreckungsmittel und der Gerichtsvollzieher erhält regelmäßig bei seinem Vollzug gar keine Kenntnis von der zugrunde liegenden Kostenentscheidung des Urteils (vgl. Baumbach, ZPO. § 104 Anm. 2 C; ebenso die Praxis. Anders noch Falkmann, Zwangsvollstreckung², 70). Wenn dieses Urf. keinen klaren Ausdruck über die Art der Kostenhaftung enthält, so kann der Urkundsbeamte in die Lage kommen, das Urf. gemäß § 100 ZPO. auszuliegen. Aber auch dann trifft er insoweit nicht etwa eine — sei es mit dem Urf. übereinstimmende, sei es objektiv von ihm abweichende — Entscheidung, die einer besonderen materiellen Rechtskraft fähig wäre. Sein Ausdruck über die Verteilung der Haftung (samtverbindlich oder nach Kopfsteilen) ist vielmehr nur eine Feststellung des Urteilsinhalts, die der Erleichterung des Vollzuges dient, aber für die Parteien materiell unverbindlich ist. Die zur Kostenfestsetzung berufenen Stellen haben weder das Recht noch die Macht, die Kostenentscheidung des Urteils materiell zu ändern.

M. Dr. Friedlaender, München.

Zu 19. Die Entsch. entspricht der ständigen Rspr. des über Kosten beschwerden entscheidenden Senats des OLG. Sie steht in Übereinstimmung mit OLG. Stuttgart: JW. 1930, 576. D. S.

Zu 20. Die erste Frage, ob bei Klagerücknahme nach vorausgegangenem Mahnverf. die Ermäßigung der Gebühr gemäß § 29 Abs. 2 GKG. die Mahngebühr mitumfaßt, wird entgegen den beiden Entsch. Stettin: JW. 1927, 1330; RG.: JW. 1929, 1519 von der neueren Praxis, soweit ich sehe, einhellig, und zwar mit Recht, in verneinendem Sinne beantwortet. Das OLG. Frankfurt folgt dieser Ansicht; die Bedeutung der Entsch. liegt insoweit lediglich in der nochmaligen erschöpfenden und überzeugenden Darlegung der für diese Ansicht sprechenden Gründe. Hoffentlich wird damit die Streitfrage als erledigt angesehen werden können.

In der zweiten Frage, ob sich nach vorausgegangenem Mahnverf. im Falle des § 29 Abs. 2 GKG. die Prozessgebühr auf 1/4 oder 1/8 der vollen Gebühr ermäßigt, sind die Meinungen nach wie vor geteilt. Das OLG. Frankfurt stellt sich in

Richtig ist, daß in zwei OLG. Entsch. (OLG. Stettin, 2. Ziv. Sen.: JW. 1927, 1330²⁵; RG., 20. Ziv. Sen.: JW. 1928, 1519¹²) der Standpunkt vertreten wurde, daß die für das Mahnverf. zu erhebende Gebühr keine selbständige Gebühr sei, sondern zusammen mit der nach § 31 Abs. 2 GKG. nur zur Hälfte zu erhebenden Prozessgebühr die gewöhnliche Prozessgebühr i. S. des § 20 Nr. 1 GKG. darstelle und als solche auch von der Vorschr. des § 29 Abs. 2 GKG. mitbetroffen werde, wonach die Prozessgebühr sich auf 1/4 ermäßigt, wenn die Klage nach der Bestimmung des Termins zur mündl. Verh., jedoch vor Stellung eines Sachantrags in der mündl. Verh. zurückgenommen wird. Diese Ansicht steht aber nicht nur im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes, das in § 31 die Gebühr für das Mahnverf. und die Prozessgebühr ausdrücklich voneinander unterscheidet, sondern sie würde auch zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß die Gebühr für das Mahnverfahren gem. § 29 Abs. 1 GKG. zurückgezahlt werden müßte, wenn die Klage vor der Bestimmung des Verhandlungstermins zurückgenommen wird, während doch § 31 Abs. 1 Satz 2 GKG. positiv vorschreibt, daß diese Gebühr nur dann nicht erhoben werden soll, wenn der Antrag auf Erlaß des Zahlungsbefehls vor dessen Erlaß zurückgenommen wird, für alle anderen Fälle also ihren Fortfall ausschließt. Die genannten Entsch. lassen sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, daß der Kl., welcher von der Einrichtung des Mahnverf. Gebrauch macht, nicht schlechter gestellt werden dürfe als der Kl., welcher sofort die Klage erhoben habe. Der Erlaß des Zahlungsbefehls enthält eine mit sachlicher Prüfung verbundene Entsch. des Gerichts, die nach der im § 31 Abs. 1 GKG. zum Ausdruck gekommenen Absicht des Gesetzes in keinem Falle unentgeltlich stattfinden soll, und die, wenn sie einmal stattgefunden hat, auch nicht um deswillen geringer vergütet werden soll, weil in dem sich etwa anschließenden Prozessverf. die eine oder andere Partei von der Durchführung des letzteren Abstand nimmt. Der Fall, daß die Klage erst nach der Erwirkung eines Zahlungsbefehls zurückgenommen wird, ist daher vom Standpunkt der Gebührentchnik nicht auf dieselbe Stufe zu stellen mit dem Falle der Zurücknahme einer auf gewöhnlichem Wege, ohne vorausgegangenem Mahnverf., erhobenen Klage, welche allenfalls zu einer Terminbestimmung, aber noch nicht zu einer Verhandlung über einen Sachantrag, geschweige denn zu einer Entsch. hierüber geführt hat. Gewiß zielt auch das GKG. darauf ab, das Mahnverf. zu erleichtern und das etwa nachfolgende Prozessverf. tunlichst nicht durch das Mahnverf. zu verteuern. Zur Erreichung dieses Zweckes ist als Gebühr für das Mahnverf. eine nur halb so hohe Gebühr bestimmt wie für das Prozessverf. im allgemeinen und für den nachfolgenden Prozess außerdem angeordnet, da die Prozessgebühr nur zur Hälfte, unter Umständen (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 3 GKG.) überhaupt nicht zu erheben ist. Darüber hinaus hat das Gesetz aber mit Grund von

Übereinstimmung mit der Mehrzahl der Komm. und der veröffentl. Entsch. auf den Standpunkt der ersteren Auffassung, während namentlich Friedlaender (bes. Komm. z. GKG., § 31 Anm. 15) mit Nachdruck die gegenteilige Ansicht vertritt. Ich halte die erstere für die zutreffende. Wenn Friedlaender a. a. O. argumentiert, der Ausdruck Ermäßigung der Prozessgebühr „auf ein Viertel der Gebühr“ müsse als Ermäßigung auf ein Viertel des anderenfalls zur Erhebung gelangenden Gebührenbetrages verstanden werden, weil der Gesetzgeber, wenn er etwas anderes gemeint hätte, ebenso wie im § 30 den Ausdruck „ein Viertel der im § 8 bestimmten Gebühr“ gewählt hätte, so ist dem entgegenzuhalten: einmal, daß der Ausdruck „Viertel der Gebühr“ im GKG. die technische Bezeichnung für „Viertelgebühr“, d. h. für den vierten Teil der vollen Gebühr ist, und ferner daß, wenn in dem in der Nov. von 1922 eingefügten, die Rechtsmittelinstanzen betreffenden § 30 ausnahmsweise der Ausdruck „Hälfte der im § 8 bestimmten Gebühr“ gebraucht ist, dies zu dem besonderen Zwecke geschehen ist, um klarzustellen, daß die Hälfte von dem Normaltag des § 8, nicht von den erhöhten Rechtsmittelfügen (§ 28) genommen werden soll. Wenn das Gesetz im § 31 Abs. 2 und im § 29 Abs. 2 zwei Tatbestände vorsieht, in denen eine Ermäßigung der vollen Gebühr eintreten soll, in dem einen Falle auf die Hälfte, im anderen auf 1/4, so ist der Schluß, daß bei Aufeinanderfolge beider Tatbestände in derselben Sache eine Kumulation der Ermäßigungen, also insgesamt auf 1/8 einzutreten habe, von logischem Standpunkte aus keineswegs zwingend und um deswillen besonders bedenklich, weil man auf diese Weise zu einer Bruchteilgebühr kommt, die das Gesetz nirgends vorgeesehen hat. Im Wege rein grammatikalisch-logischer Wortauslegung läßt sich die Frage m. E. überhaupt nicht, jedenfalls nicht im Sinne der gegenteiligen Auffassung beantworten. Entscheidend scheint mir folgende Zweckbetrachtung: Für die Weibehaltung der vollen Gebühr bei Klagerücknahme nach Eintritt in die Sachverhandlung war die Erwägung maßgebend, daß hier der ganze Apparat der Verhandlung nun einmal in Bewegung gesetzt ist, und umgekehrt für die Freistellung des Kl. von jeder Gebühr bei Rücknahme vor Terminbestimmung die ebenso auf der Hand liegende Erwägung, daß in diesem Falle eine irgend nennenswerte gerichtliche Tätigkeit noch nicht entfaltet ist. Wenn nun das Gesetz für den Fall der Klagerücknahme in dem Zwischenstadium zwischen Terminbestimmung und Beginn der Sachverhandlung eine Viertelgebühr vorsieht, so ist ohne weiteres klar, daß sie der Entgelt für die in dieses Spa-

weiteren Erleichterungen abgesehen, insbes. die Gebühr für das Mahnverf. so geregelt, daß sie mit dem Erlaß des Zahlungsbefehls endgültig in ihrer vollen Höhe bewirkt ist, weil die mit diesem Erlaß verbundene gerichtliche Tätigkeit abgeschlossen vorliegt und durch eine nachträgliche Zurücknahme der Klage nur noch die weiteren Gerichtshandlungen eine Verminderung erfahren können. Gerade aus der Zurücknahme der Klage nach Erlaß des Zahlungsbefehls muß auch gefolgert werden, daß erst auf dessen Erlaß hin der Schuldner den Gläubiger befriedigt hat, so daß auch aus diesem Grunde keine Veranlassung besteht, an der Gebühr für das vermutlich nicht einmal ohne Erfolg gebliebene Mahnverf. nachträglich noch Änderungen im Sinne einer Ermäßigung derselben eintreten zu lassen. Im Gegensatz zu den beiden oben angeführten Gerichtsentsch. wird daher auch im Schrifttum und in der ganzen übrigen Rspr. allgemein und mit Recht angenommen, daß die Zurücknahme der Klage nach vorangegangenen Mahnverf. keine Ermäßigung der Gebühr für das Mahnverf., sondern höchstens eine Herabminderung der Prozeßgebühr bewirkt (vgl. Rittmann-Wenz, *GRG.*, 13. Aufl., Anm. 4 zu § 31; Baumbach, *Die Reichskostengesetze*, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 31; Jonas, *GRG.*, 2. Aufl., Anm. 4a zu § 31; Friedlaender, *GRG.*, Anm. 15 zu § 31; Sydow-Busch und Krieg, *GRG.*, 11. Aufl., Anm. 1 u. 6 zu § 31; A. Friedlaender: *ZB.* 1926, 2475, Anm. zu Nr. 5; Kraemer: *ZB.* 1928, 1879, Anm. zu Nr. 23; M. Friedlaender: *ZB.* 1928, 2800, Anm. zu Nr. 28; 1929, 881, Anm. zu Nr. 35; Weiershöfer: *ZB.* 1930, 570, Anm. zu Nr. 23; *RG.*, 14. ZivSen.: *ZB.* 1926, 2475 5; *OLG.* Karlsruhe: *BabRspr.* 1926, 125, 141; *OLG.* Hamm: *Bürobl.* 1928, 254; *OLG.* München: *ZB.* 1928, 1879 23; *OLG.* Stettin, 4. ZivSen.: *ZB.* 1928, 2800 29; *OLG.* Celle: *ZB.* 1929, 146 60; *OLG.* Hamm: *ZB.* 1929, 881 35; *W.* Berlin I: *ZB.* 1929, 1896 2; *OLG.* Breslau: *ZB.* 1930, 570 23). Wenn, wie im vorliegenden Falle, die Zurücknahme erst nach der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung, aber vor der Stellung eines Sachantrags in der mündl. Verh. erfolgt, so fragt es sich nur noch, ob § 29 Abs. 2 *GRG.* in der Weise anzuwenden ist, daß die Ermäßigung der Prozeßgebühr auf $\frac{1}{4}$ der ganzen Prozeßgebühr geschieht, oder ob die nach § 31 Abs. 2 Satz 1 *GRG.* zu erhebende Hälfte der Prozeßgebühr auf $\frac{1}{4}$ zu ermäßigen ist. Diese Frage ist ebenfalls streitig. M. Friedlaender, der selbst früher (vgl. *ZB.* 1923, 659) der ersteren Ansicht war, vertritt jetzt (vgl. *ZB.* 1928, 2800, Anm. zu Nr. 28; 1929, 881, Anm. zu Nr. 35; ebenso A. und M. Friedlaender, *GRG.*, Anm. 15 zu § 31) die entgegengesetzte Meinung. Auch Weiershöfer (*ZB.* 1930, 570, Anm. zu Nr. 23) ist ihm hierin beigetreten. Im Ergebnis läuft die Streitfrage darauf hinaus, ob in solchem Falle einschließlich der Gebühr für das Mahnverf. $\frac{6}{8}$ oder bloß $\frac{5}{8}$ der vollen Gebühr des § 8 *GRG.* zu entrichten sind. In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (vgl. namentlich Rittmann-Wenz a. a. D.; Baumbach a. a. D.; Jonas a. a. D.; Sydow-Busch u. Krieg a. a. D.; *RG.*, 14. ZivSen.: *ZB.* 1926, 2475 5; *OLG.* Hamm: *ZB.* 1929, 881 35; *OLG.* Breslau: *ZB.* 1930, 570 23) ist, weil im Rahmen des § 31 *GRG.* eine dem § 29 Abs. 2 *GRG.* entsprechende Bestimmung nicht getroffen ist und so nur eine direkte Anwendung des § 29 Abs. 2 *GRG.* möglich, übrigens im Hinblick auf § 696 Abs. 3, § 700 Satz 1 *ZPO.* auch durchaus gerechtfertigt ist, der von Friedlaender vertretene Standpunkt abzulehnen und sonach gem. § 29 Abs. 2 *GRG.* die Prozeßgebühr auf $\frac{1}{4}$ ihres ganzen Betrages, nicht auf $\frac{1}{4}$ ihres halben Betrages zu ermäßigen. Dieser Ansicht ist auch der 1. ZivSen. des *OLG.* Frankfurt a. M. (vgl. Beschl. v. 25. Sept. 1930, 1 W 314/30).

(*OLG.* Frankfurt a. M., 2. ZivSen., Beschl. v. 4. Nov. 1930, 2a W 157/30.)

Mitgeteilt von H. Ernst Haas, Frankfurt a. M.

*

Hamburg.

21. § 91 *ZPO.* In Beschlüssen, durch die einstweilige Verfügungen erlassen werden, ist nicht über die Kosten zu entscheiden.

Die Argumente, die für die eine und die andere Auffassung sprechen, sind in der Rspr. und der Wissenschaft häufig erörtert, u. a. eingehend in der *RG-Entsch.*: *ZB.* 1930, 3338 Anm.

Für das erkennende Gericht ausschlaggebend sind grundsätzliche und praktische Erwägungen.

tium fallende gerichtliche Tätigkeit sein soll. Es ist dies die Terminbestimmung nebst Terminbekanntgabe, die im amtsgerichtlichen Verfahren allein an Portoauslagen regelmäßig 1,30 *RM* erfordert. Als Pauschale für diese Funktionen sieht das Gesetz die niedrigste Bruchteilgebühr, d. i. $\frac{1}{4}$ -Gebühr, vor. Diese Funktionen sind nun aber — das ist in diesem Zusammenhange das Wesentliche — vom Gericht nach vorausgegangenem Mahnverf. in genau der gleichen Weise zu erledigen, wie im Falle der Prozesseinleitung durch gewöhnliche Klage. Es scheint mir in der Tat kein Grund ersichtlich, weshalb das Gericht in dem einen der beiden gleichliegenden Fälle um die Hälfte billiger arbeiten sollte!

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Es besteht ein Rechtsschutzinteresse daran, daß der Rechtsfriede durch beschleunigtes Eingreifen der Gerichte gesichert werde in Fällen, wie sie §§ 935, 940 *ZPO.* vorieht. Es handelt sich dabei um außerordentliche Maßnahmen, bei denen die Sicherungen, die das Gesetz allgemein für die Richtigkeit der Entsch. geschaffen hat, dem Bedürfnisse nach einer schleunigen Entsch. weichen müssen.

Ein Rechtsschutzinteresse an einer beschleunigten Entsch. über die Kosten eines solchen außerordentlichen Verfahrens besteht nicht. Eine Entsch. über die Kosten erscheint danach keinesfalls aus den Gesichtspunkten geboten, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, den beschleunigten Rechtsbehelf in der Sache einzuführen.

Es kann nicht anerkannt werden, daß überwiegende praktische dafür sprechende Gründe vorliegen, in jedem Falle dem Antragsgegner die Kosten der durch Beschluß erlassenen einstweiligen Verfügung aufzuerlegen.

In den Fällen, in denen der Antragsgegner Widerspruch erhebt, wird in einem Verfahren, daß immerhin größere Rechtsgarantien bietet als das Beschlußverfahren, nach der Gerichtspraxis über die Kosten nach verfahrensrechtlichen Grundfragen entschieden.

Legt der Antragsgegner keinen Widerspruch ein, so geschieht es entweder, weil er die Berechtigung der Maßnahme anerkennen muß, oder weil die einstweilige Verfügung seine Interessensphäre so wenig berührt, daß er keinen Grund sieht, sich gegen sie zu wehren, oder weil er die Unterwerfung unter die Verfügung einem Rechtsstreite mit seinen Kosten und Risiken vorzieht.

Unterstellt man, daß regelmäßig der Antragsteller nicht durch die Unterwerfung des Gegners unter die einstweilige Verfügung zufriedengestellt sein wird, wenn ihm als Antragsteller die Kosten zur Last bleiben, so erscheint sein Interesse an einer endgültigen Kostenregelung ausreichend gewahrt durch die ordentlichen Rechtsbehelfe.

In den Fällen, in denen der Antragsgegner die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung anerkennt, wird dieser die Kosten auf eine Rechnung hin zahlen oder anerkennen. In den anderen dreht sich, sobald feststeht, daß der Antragsgegner keinen Widerspruch einlegt, der Streit materiell nur noch um die Kosten.

Hat sich das Rechtsschutzinteresse auf die Regelung der Kostenlast beschränkt, so erscheint es zweckmäßig, den Streit tatsächlich hierüber endgültig im ordentlichen Verfahren austragen zu lassen.

Es kann ein Bedürfnis nicht anerkannt werden, daß für solche Fälle der Beschluß über die einstweilige Verfügung mit einer Kostenentscheidung versehen werde; damit würde allerdings die Möglichkeit eines Widerspruchsverfahrens allein im Hinblick auf die Kosten gegeben. Die Entsch. in solchem Verfahren würde die endgültige Austragung im ordentlichen Verfahren nicht ausschließen. Es würde sich somit eine unerwünschte Häufung von Rechtsbehelfen ergeben. Es besteht ferner die Gefahr, daß in solchen Fällen, obwohl sich der Streit praktisch nur noch um die Kosten dreht, der Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung selbst gerichtet und damit der Streitwert unnötig erhöht werde.

Im vorliegenden Falle wird durch die einstweilige Verfügung einer Auskunft unter sagt, eine für den Ruf der Antragsteller nachteilige Auskunft weiter zu verbreiten. Die Antragsträger haben bereits vor Erlaß der Verfügung erklärt, Auskünfte über die Antragsteller nicht weiter erteilen zu wollen. Sie haben Widerspruch nicht eingelegt, entweder weil der Inhalt der einstweiligen Verfügung für sie, so wesentlich er für die Antragsträger gewesen sein mag, belanglos ist, oder weil sie das Recht der Antragsteller auf Schutz durch einstweilige Verfügung anerkennen müssen.

Ob die Antragsteller aus §§ 823 Abs. 2, 826 *BGB.* einen Anspruch auf Erstattung der Kosten haben, wird bei solcher Sachlage nur im ordentlichen Verfahren auszutragen sein.

Es mag sein, daß, wenn die einstweilige Verfügung die Antragsgegner mit den Kosten belasten würde, diese sie *taedio litis* oder in Anerkennung einer Verpflichtung ohne weiteres zahlen würden. In einem solchen Falle muß aber angenommen werden, daß sie auch auf eine Kostenrechnung zahlen oder anerkennen würden.

(*HansOLG.* Hamburg, 5. ZivSen., Beschl. v. 29. Dez. 1930, Bf Z V 358/30.)

Mitgeteilt von H. Dr. M. Sorowik, Hamburg.

*

Hamm.

22. § 91 *ZPO.* Die Kosten für den Antrag auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls können auch bei rechtzeitig erhobenem Widerspruch erstattungsfähig sein.

Der Zahlungsbefehl ist dem Bekl. am 31. Okt. 1930 zugestellt worden; er hat am 1. Nov. 1930, und zwar innerhalb der gesetzten Frist, Widerspruch erhoben. Am 5. Nov. 1930 hat das *AG.* sich durch Beschluß, in dem die Erklärung enthalten ist, daß der Schuldner rechtzeitig Widerspruch erhoben habe, für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das zuständige *AG.* verwiesen. Dieser Beschluß ist dem Kl. zu Händen seines Prozeßbevollmächtigten am 7. Nov. 1930 zugestellt worden; eine andere (frühere) Benachrichtigung des *AG.*, daß Widerspruch erhoben sei, ist dem Kl. nicht erteilt worden. Am 4. Nov. 1930 hat H. Dr. J. Erlaß

des Vollstreckungsbefehls und Festsetzung der Kosten gegen den Verkl., darunter einer Gebühr für Erwirkung des Vollstreckungsbefehls (einschl. Umsatzsteuer und Porto) beantragt. Der Antrag ist gerechtfertigt. Die Frage, ob und inwieweit die Kosten der Erwirkung des Vollstreckungsbefehls bei rechtzeitig erhobenem Widerspruch des Schuldners gem. § 91 ZPO. erstattungsfähig sind, ist sehr umstritten (vgl. einerseits für die Bejahung die wohl herrschende Meinung, Walter-Joachim-Friedlaender, Komm. zur RWGebD., Ann. 27 zu § 38; ZW. 1925, 808 u. 813 [hier die ältere Judikatur]; 1926, 878; 1928, 1874 u. 2161; 1929, 1896; andererseits für die Verneinung: ZW. 1925, 2367; 1926, 2587; Baumach, Die ReichskostenG., Ann. 3 zu § 38 RWGebD.). Eine abschließende Stellungnahme zu der Streitfrage erübrigt sich; nach Meinung des entscheidenden Senats ist die Entsch. auf den einzelnen Fall abzustellen. Zu berücksichtigen ist einmal, daß nach § 694 Abs. 1 ZPO. der Schuldner Widerspruch erheben kann, so lange der Vollstreckungsbefehl nicht verfügt ist, so daß nach Abs. 2 a. a. O. das UG. den Gläubiger von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruch in Kenntnis zu setzen hat. Zieht man ferner in Betracht, daß nach Meinung des Gesetzgebers das Mahnverfahren dazu da ist, dem Gläubiger bei unstreitigen Ansprüchen ein Mittel an die Hand zu geben, um vereinfachten, besonders beschleunigten Rechtsgänge sich einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen, so muß bei der angegebenen Regelung der Gläubiger nach Ablauf der im Zahlungsbefehl gesetzten Widerspruchsfrist für befugt erachtet werden, das Verfahren zu betreiben, und zwar zum mindesten dann, wenn ihm eine Benachrichtigung des UG., daß Widerspruch erhoben sei, nicht zugegangen ist. Die Betreibung des Verfahrens geschieht durch die Erwirkung des Vollstreckungsbefehls. Der Antrag auf Erlass des Vollstreckungsbefehls muß daher für zulässig und geboten erachtet werden, sofern die Widerspruchsfrist abgelaufen und dem Gläubiger die in § 694 Abs. 2 vorgesehene Benachrichtigung binnen angemessener Frist nicht zugegangen ist. Insbes. kann dem Gläubiger eine Erkundigungspflicht nicht auferlegt werden; eine solche Erkundigungspflicht ist im Gesetze nicht vorgesehen, sie ergibt sich auch nicht aus den Umständen, da die Erkundigung in einer Vielheit von Fällen nicht tunlich und im übrigen zwecklos ist, z. B. wenn unmittelbar nach erteilter Auskunft der Widerspruch des Schuldners eingeht. Ist aber der Antrag zulässig und geboten, so sind die Kosten des Antrages so die Kosten des Kl. als des Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers, als zu zweckentsprechender Rechtsverfolgung notwendige i. S. des § 91 ZPO. anzuerkennen; sie sind von dem unterliegenden Schuldner zu erstatten und sind in Ablehnung der Ansicht Baumachs a. a. O. im Kostenfestsetzungsverfahren festzusetzen. Im vorliegenden Falle hat der Kl. nach Ablauf der Widerspruchsfrist und nach Ablauf einer weiteren Frist von drei Tagen, innerhalb deren ihm die Benachrichtigung nach § 694 Abs. 2 längst hätte zugegangen sein können, den Antrag auf Erlass des Vollstreckungsbefehls gestellt. Nach dem Gesagten ist daher die Gebühr für Erwirkung des Vollstreckungsbefehls (§ 38 Ziff. 3 RWGebD.) verfallen und erstattungsfähig.

(OLG. Hamm, Beschl. v. 2. Febr. 1931, 10 W 11/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Jaraczewer, Dortmund.

*

Jena.

23. § 77 GRG. Die Gerichtskasse kann nicht vom obliegenden Kl. die Gerichtskosten verlangen, die den unterliegenden im Armenrecht streitenden Verklagten durch Urteil auferlegt worden sind. †)

Nach § 77 GRG. ist allerdings in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Schuldner der Gebühren und Auslagen derjenige, der das Verfahren des Rechtsganges beantragt hat. Es ist also zunächst der Kl. für die gerichtlichen Kosten des Verfahrens haftbar geworden. Nachdem jedoch die Verkl. rechtskräftig verurteilt sind, sind auch sie Kostenschuldner nach § 79 GRG. geworden. Kl. und Verkl. haften als Gesamtschuldner (§ 82 Abs. 1 GRG.), die Haftung des Kl. soll aber nach § 82 Abs. 2 GRG. nur geltend gemacht werden, wenn eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen der Verkl. erfolglos geblieben ist oder aussichtslos erscheint. Diese Voraussetzung für die Heranziehung des Kl. ist hier nicht erfüllt. Die Bestimmung ist eng auszulegen. Sie spricht von einer tatsächlichen Unmöglichkeit der Zwangsbeitreibung bei den Verurteilten oder der Aussichtslosigkeit einer solchen. Eine Zwangsvollstreckung hat nicht stattgefunden. Ihre Aussichtslosigkeit kann auch nicht ohne weiteres bei einer

Zu 23. Der Entsch. ist im Ergebnis beizutreten, nur bin ich der Meinung, daß das OLG. im Anschluß an RG. 23, 352 und ZW. 1921, 763¹⁸ in Anwendung der §§ 120, 123 ZPO. einfacher zum Ziele kommen konnte. Die beiden Vorentsche. sind zwar unter Geltung anderer Fassungen des GRG. ergangen; an dem Rechtsgrundsatz, daß die Vorschriften der ZPO. über das Armenrecht den Bestimmungen des GRG. über die Kostenhaftung vorgehen, ist seit her nichts geändert worden.

RA. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig.

armen Partei als vorliegend angenommen werden, da Unpändbarkeit nicht Voraussetzung für Bewilligung des Armenrechts ist. Vielmehr bestimmt sich diese Voraussetzung nach § 114 ZPO.: wer außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch. Damit ist noch nicht gesagt, daß eine Zwangsvollstreckung keinen Erfolg haben werde. § 82 GRG. mit der Bestimmung über die Heranziehung des Kl. hat weiterhin offenbar nur Fälle im Auge, in denen eine an sich zulässige Zwangsvollstreckung keinen Erfolg gehabt hat oder aussichtslos erscheint. Auch daran fehlt es hier. Die Zwangsvollstreckung gegen die Verkl. ist hier rechtlich unzulässig, da der Partei durch das Armenrecht die Kosten nach §§ 115, 125 ZPO. gestundet sind. Die rechtliche Unmöglichkeit der Zwangsvollstreckung darf der tatsächlichen nicht gleichgesetzt werden. Hätte § 82 Abs. 2 GRG. auch die Fälle der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung mit umfassen wollen, so wäre das sicherlich darin zum Ausdruck gekommen.

Aber auch die Bestimmungen der ZPO. stehen der Heranziehung des Kl. zur Übernahme der Kosten entgegen.

Ist einer Partei das Armenrecht bewilligt worden, ist sie nach § 115 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. vom Zahlen der rückständigen und zukünftigen Gerichtskosten einstweilen befreit. Sie ist erst dann zum Nachzahlen verpflichtet, wenn sich ihre Vermögenslage derart verbessert hat, daß sie es tun kann, ohne den für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalt zu beeinträchtigen (§ 125 ZPO.). Die Verpflichtung zum Nachzahlen wird durch besonderen Gerichtsbeschluss angeordnet (§ 126 ZPO.). Die Bewilligung des Armenrechts hat allerdings auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß (§ 117 ZPO.). Er kann seine Kosten durch Kostentsetzungsbeschluss festsetzen lassen und von der armen Partei beziehen. Werden nun die Kosten, von deren Zahlung die arme Partei auf Grund des ihr erteilten Armenrechts befreit ist, nach §§ 77, 82 Abs. 2 GRG. vom Kl. beigezogen, so wird er versuchen, sie seinerseits wieder von den Verkl. im Kostenfestsetzungsverfahren erstattet zu erlangen. Zahlen die Verkl. nicht, wird der Kl. bei ihnen zwangsvollstrecken und sie gegebenenfalls zum Offenbarungseid treiben. Das, was die Staatskasse nicht konnte, wird auf Umwegen durch den Kl. gemacht. Das kann aber nicht die Absicht des Gesetzes sein. Der armen Partei sind die Gerichtskosten so lange gestundet, wie ihre Vermögenslage schlecht ist. Sie soll nicht in Anspruch genommen werden können. Tatsächlich würde sie es aber durch den Kl. Das Armenrecht wäre für sie im wesentlichen inhalts- und zwecklos gewesen.

Das Ergebnis ist abzulehnen. Deshalb wird man unter den Kosten, die der siegreiche Kl. nach § 117 ZPO. auch vom armen Verklagten erstattet verlangen kann, nur die Vorschüsse und Auslagen zu verstehen haben, die dem Kl. während des Prozesses erwachsen sind, nicht aber die Gerichtskosten, die dem Kl. nach § 77 GRG. auferlegt sind. Sonst wäre der Verkl. des Armenrechts schuldig beraubt. Ist das aber so, dann ist es unbillig, Kosten des Rechtsstreits (Beweisgebühr, Urteilsgebühr) vom Kl. beizuziehen, der sie zunächst wenigstens nicht vom Verkl. erstattet verlangen kann.

(OLG. Jena, 2. ZivSen., Beschl. v. 28. Okt. 1930, 2 W 1474/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Rittweger, Jena.

*

24. § 4 ZeugGebD. Die im Beschluß vom 11. Mai 1929 (vgl. die Zusammenstellung in ZW. 1929, 2929) vertretene Ansicht, daß die Sätze der GebD. des Bundes Deutscher Buchsachverständiger im Bezirk des OLG. Jena als „üblicher Preis“ i. S. des § 4 ZeugGebD. anzusehen sind, wird nicht aufrechterhalten. Die Vergütung für Buchsachverständige ist nach den allgemeinen Bestimmungen der ZeugGebD. zu bemessen.

Die vom Senat angestellten Erörterungen haben ergeben, daß die in der GebD. des Bundes Deutscher Buchsachverständiger vom 1. Jan. 1929 niedergelegten Sätze im Bezirk des Verbandes der Mitteldeutschen Industrie- und Handelskammer nicht als maßgebend anerkannt werden, daß bei Erteilung eines Auftrags an einen Buchsachverständigen häufig Sätze vereinbart werden, die sich unter den in der genannten GebD. vorgeschriebenen halten und daß die Sachverständigen auch sonst nicht selten mit ihren Vergütungsansprüchen unter die Sätze der GebD. heruntergehen.

(OLG. Jena, 1. ZivSen., Beschl. v. 2. April 1930, 1 U 272/29.)

Mitgeteilt von OGD. Dr. WachteI, Göttingen.

*

Königsberg.

25. § 101 ZPO.; Art. 50 § 1 ZÜG. Übersetzungskosten, die der streitverkündeten, aber nicht beigetretenen ausländischen Bahnverwaltung entstehen, sind nicht erstattungsfähig.

In einem Prozeß, der die Rückerstattung von für den Transport auf der Eisenbahn im Auslande zuviel gezahlten Fracht betraf, ist der ausländischen Bahnverwaltung von der beklagten Deutschen Reichsbahn der Streit verkündet. Die ausländische Bahnverwaltung ist nicht der Verkl. beigetreten. Durch den angef. Beschluß sind auf

Antrag der Bekl. die Auslagen zur Erstattung festgesetzt, die der ausländischen Bahn durch die Übersetzung der ihr aus Anlaß der Streitverkündung durch den deutschen Konsul zugestellten Schriftstücke und der ihr zur Erklärung zugesandten Schriftsätze des Kl. entstanden sind. Auf die Beschwerde des Kl. sind diese Kosten abgesetzt. Ihre Erstattung kann aus dem Gesichtspunkt des § 101 ZPO nicht verlangt werden, da die Grundfälle über die durch die Nebenintervention verursachten Kosten nur im Falle des Beitritts des Streitverkündeten Anwendung finden. Dagegen ist es richtig, daß die durch die Streitverkündung verursachten Kosten zu den Prozeßkosten gehören und deshalb von dem Gegner zu erstatten sind. Die Streitverkündung findet aber mit ihrer Zustellung ihren Abschluß und scheiden deshalb alle die Kosten aus, die dem Streitverkündeten nach diesem Zeitpunkt infolge der Streitverkündung entstanden sind. Um solche persönliche Auslagen des Streitverkündeten handelt es sich hier bei den Kosten der Übersetzung der in deutscher Sprache zugestellten Schriftstücke. Die Befügung von Übersetzungen ist für die Zustellungen im Ausland nach den Bestimmungen der ZPO, die für die gehörige Form, wie sie Art. 50 § 1 ZUG. vorschreibt, maßgebend sind, nicht vorgesehen, und es ist deshalb Sache des Streitverkündeten, sich die Schriftstücke auf seine Kosten übersetzen zu lassen. Daß die Streitverkündung des Art. 50 ZUG. eine völlig andere als die des § 68 ZPO ist, kann der Bekl. nicht zugegeben werden; es mag sein, daß die Streitverkündung nach Art. 50 vor der Beweisaufnahme in erster Instanz erfolgt sein muß; die Folgen des Ausbleibens der Intervention sind jedenfalls dort ebenso geregelt wie im § 68 ZPO, und damit entfällt auch der Anspruch auf Erstattung der Übersetzungskosten der der ausländischen Bahn zur Erklärung zugesandten Schriftsätze des Kl. Es kann dem BG. nicht darin beigeprägt werden, daß es für die Bekl. zur Wahrung ihrer eigenen Rechte erforderlich war, eine Entsch. der ausländischen Bahn über die Tarife ihrer Bahn herbeizuführen. Die ausländische Bahn dürfte nach Art. 50 § 1 ZUG. die Rechtmäßigkeit der durch die Bekl. im Falle ihres Unterliegens in dem Rechtsstreit geleisteten Zahlungen nicht mehr bestritten. Die Bekl. konnte deshalb, ohne eine Beeinträchtigung ihres Rückgriffsrechts befürchten zu müssen, im Prozeß sich so verteidigen, wie sie es für angebracht hielt und brauchte die Stellungnahme der ausländischen Bahn nicht einzuholen. Sollte vertragsmäßig die Einholung der Stellungnahme an die Stelle des Beitritts der ausländischen Bahn treten, so würde es sich nur um eine interne Regelung handeln.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 17. Nov. 1930, 7 W 1096/30.)

Mitgeteilt von OLG. Siefoff, Königsberg.

26. §§ 900, 807 ZPO. Maßgebend für die Streitwertfestsetzung in Offenbarungsseidverfahren ist die volle Summe des noch bestehenden Vollstreckungsanspruchs. †)

Ob im Verfahren betr. Leistung des Offenbarungsseids für den Streitwert stets der volle Betrag der Forderung maßgebend ist,

Zu 26. Der Beschluß ist bedauerlich. Soweit sich feststellen ließ, ist bis zur obigen Entscheidung in der Frage des Streitwerts im Offenbarungsseidverfahren nur die Meinung eines OLG. bekannt geworden: RG. (11. ZivSen.): JW. 1930, 194 = OLG. Nr. 15, 20 hat dabei in Übereinstimmung mit der überwiegenden Praxis der OLG. den gegenteiligen Standpunkt eingenommen. Es befindet sich dabei in Übereinstimmung mit der überwiegenden Zahl der OLG. (LG. Köln: ZJP. 31, 529; LG. München II: JW. 1928, 925; LG. Elberfeld: Recht 1900, 466; LG. Leipzig: JW. 1920, 723; LG. Nürnberg: ZJP. 55, 384; LG. Altona: Mitt. f. OLG. 1931, 14) und der Kommentatoren (Merzbacher-Praxenberger, RAGebD. 5 zu § 32 Anm. 2; Willenbücher, Anm. zu § 32 S. 300; Friedlaender, OAG. zu § 33 Anm. 32 Fußn. 39; Friedlaender-Walter-Joachim, RAGebD. 8 zu § 31 Anm. 4; Friedlaender: ZJP. 55, 384; Stein-Jonas, ZPO. 12 zu § 900 Fußn. 20 u. 72). Der Königsberger Beschluß kann sich dagegen auf LG. Kaiserslautern: JDZustAnm. 1925, 211; LG. Berlin II: JW. 1929, 888; ferner auf Hollender: DJZ. 1912, 159; Bunge: ZJP. 55, 369; Rittmann-Wenz, 12 zu § 33 Anm. 26; Baumbach, ZPO. 5 zu § 900; Baumbach, RAGebD. zu § 32 RAGebD. Anm. 3; Kann, ZPO. 3 zu § 900 Anm. 3, S. 842) berufen. Heilberg: JW. 1930, 194, Skopnik: JW. 1929, 2679 und Held: JW. 1928, 925 haben die Unhaltbarkeit dieser Rpr. dargetan. Es genügt, um Wiederholungen zu vermeiden, auf diese Kritiken, vor allem aber auch auf die unwiderlegbaren Rechtsausführungen in RG.: JW. 1930, 194 und bei Friedlaender, RAGebD. § 31 Anm. 4 zu verweisen. Aber selbst wenn die Rechtslage nicht nur bestritten, sondern wirklich zweifelhaft wäre, müßten die Gerichte endlich den auch vom OLG. Königsberg eingenommenen Standpunkt aufgeben. Sind zwei Wege möglich, so muß die Rpr. den gehen, der einzig und allein praktisch und für das Rechts- und Wirtschaftsleben erträglich ist. Nicht so sehr unser Zwangsvollstreckungsrecht, als unsere Zwangsvollstreckungspraxis, und hier wiederum vor allem das Offenbarungsseidverfahren ist amerkantermaßen vollkommen unzuläng-

wegen deren fruchtlos gepfändet ist, und deshalb die Beschränkung des Antrages auf einen Teilbetrag dieser Forderung insoweit wirkungslos ist, ist in Schrifttum und Rechtsprechung lebhaft bestritten (vgl. die Nachweisungen bei Stein-Jonas: 14. Aufl. zu § 900 III Note 20 und IV Note 72 ZPO., sowie Baumbach: RAGebD. 3. Aufl. zu § 33 OAG. Num. 6). Der Senat schließt sich der Auffassung an, daß, auch wenn der Gläubiger erklärt hat, das Verfahren werde nur wegen eines bestimmten Teilbetrages der Forderung betrieben, mindestens die volle Summe des noch bestehenden Vollstreckungsanspruchs maßgebend ist, weil nach § 807 ZPO. eine Beschränkung der Eidesleistung und damit der Eideswirkung auf einen entsprechenden Teil des Vermögens des Schuldners ausgeschlossen und infolgedessen auch eine Beschränkung des Antrags auf einen Teil der Forderung begrifflich unmöglich ist.

(OLG. Königsberg, 5. ZivSen., Beschl. v. 17. April 1930, 7 W 418/30.)

Mitgeteilt vom Reichsverband der deutschen landwirtschaftl. Genossenschaften — Raiffeisen, Berlin.

27. § 81 Abs. 2 OAG.; § 125 ZPO. Bei Abänderung des Nachzahlungsbeschlusses werden die inzwischen bezahlten Kosten nicht zurückgezahlt. †)

Der Kl., dem das Armenrecht bewilligt war, ist von dem BG. für verpflichtet erklärt, die von ihm nach dem gerichtlichen Vergleich geschuldeten gerichtlichen Kosten nachzuzahlen und hat den ganzen Betrag auch bezahlt, bevor ihm der auf seine Beschwerde ergangene Beschluß des OLG., das seine Nachzahlungspflicht auf ein Drittel des Kostenbetrages einschränkte, zugestellt war. Durch den angefochtenen Beschluß ist sein Verlangen, die Rückzahlung des von ihm zuviel bezahlten Betrages anzuordnen, zurückgewiesen. Seine Beschwerde konnte auch keinen Erfolg haben. Dem Kl. ist allerdings zuzugeben, daß die Ablehnung der Rückzahlung nicht auf § 81 II OAG. und § 17 Ziff. 4 Kassend. gestützt werden kann. Denn § 81 betrifft nur den Fall, daß durch eine gerichtliche Entsch. die bestehende Verpflichtung zur Bezahlung von Gebühren und Auslagen aufgehoben oder abgemindert wird. An dieser Voraussetzung fehlt es hier. Der Kl. ist nach wie vor Schuldner der von ihm bezahlten Gerichtskosten geblieben; von ihrer Berichtigung war er infolge der Bewilligung des Armenrechts bis zum Erlass eines Beschlusses zwar einstweilen befreit; an seiner Zahlungsverpflichtung änderte aber nichts der Umstand, daß das OLG. ihn nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen vorläufig nur zur Zahlung eines Drittels für instande erklärte. Der Kostenanspruch, nämlich die Verpflichtung des Kl., im Falle der Besserung seiner Lage auch die letzten zwei Drittel nachzuzahlen, ist infolge des Beschlusses des OLG. noch nicht endgültig in Wegfall gekommen.

Der vorliegende Fall ist vielmehr ebenso zu beurteilen, als ob der Kl., bevor er Nachricht von der nachgekauften Stundung der Kosten erhält, diese bezahlt. In beiden Fällen ist unter entsprechender

lich, und nicht so sehr der Prozeß, als die Durchführung des Urteils ist die Gefahr des Gläubigers. Ihn beim letzten Versuch, zu seinem Guthaben zu kommen, beim Offenbarungsseid, noch mit unnötig und unverhältnismäßig hohen Kosten zu belasten, ist wirtschaftswidrig. Der Gläubiger vollstreckt wegen 50 000 RM ergebnislos; er hört danach, daß der Schuldner einen Außenstand von 200 RM hat; nur um den Drittschuldner zu erfahren, beantragt er den Offenbarungsseid; das OLG. Königsberg ließe ihn dafür 240 RM Gerichtskosten bezahlen! Das Interesse des Gläubigers, das nach § 3 ZPO. in Betracht kommt, ist aber doch sicher nur 200 RM! Wenn der Gläubiger gleichzeitig aus Urteil und Kostenfestsetzungsbeschluß vergeblich vollstreckt hat und nur auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses den Offenbarungsseid beantragt, soll dann als Streitwert Urteil + Kostensumme dem Offenbarungsseidverfahren zugrunde gelegt werden? Und wenn er nicht gleichzeitig, sondern nacheinander aus den mehreren Titeln vollstreckt? Und wenn der Gläubiger nur wegen eines Teilbetrags vergeblich vollstreckt hat, dann aber erfährt, daß der Schuldner erhebliches Vermögen hat und nun zum Offenbarungsseid wegen des Teilbetrags laden läßt: sein praktisches Interesse ist dann zweifellos höher als der Teilbetrag, wegen dessen er vollstreckt, der Streitwert aber nur der Teilbetrag! Sicher ist „eine Beschränkung der Eidesleistung und der Eideswirkung auf einen entsprechenden Teil des Vermögens des Schuldners ausgeschlossen“; aus dieser unangreifbaren Feststellung müßte dann der vorstehende Beschluß doch die Schlussfolgerung ziehen, daß jedes Offenbarungsseidverfahren als Streitwert den Wert des Vermögens des Schuldners hat; nicht aber die, daß eine Beschränkung des Antrags auf einen Teil der Forderung begrifflich unmöglich sei! — Die Rpr. könnte viel und sollte mehr zur Befehung der Gläubigermot tun. Wirtschaft, judices! Recht und Wirtschaft!

RA. Robert Held, Starnberg.

Zu 27. Die Entsch. scheint mir nicht zutreffend. Sie geht offenbar von der Auffassung aus, daß die durch die Armenrechtsbewilligung gestundete Kostenschuld zunächst durch den landgerichtl.

Anwendung des Grundsatzes des § 81 II die Rückzahlung abzulehnen, da die Gerichtskasse nur den von der zahlungspflichtigen Partei geschuldeten Betrag erhalten hat.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 19. Jan. 1931, 7 W 33/30.)

Mitgeteilt von OLG. Sieloff, Königsberg.

*

Marienwerder.

28. §§ 3, 4, 6 ZPO. Der Wert des Streitgegenstandes in Arrestsachen ist nach § 3 ZPO. festzusetzen. Das Kostenaufschlagquantum muß als Nebenforderung gemäß § 4 ZPO., der auch bei Arrestsachen gilt (Stein-Jonas, § 4 Anm. III Abs. 2), außer Betracht bleiben.†)

(OLG. Marienwerder, Ur. v. 28. Nov. 1930, II W 630/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Liptau, Elbing.

*

Stettin.

29. §§ 3, 4 ZeugGebD. Der über ein ihn selbst betreffendes Ablehnungsgesuch gehörte Sachverständige kann hierfür nicht Gebühren nach der ZeugGebD. beanspruchen.

(OLG. Stettin, 5. ZivSen., Beschl. v. 6. Nov. 1930, 5 W 48/30.)

Mitgeteilt von OLG. Fischer, Stettin.

*

Stuttgart.

30. § 91 ZPO.; § 12 UmjStG. Die Gebühr des Rechtsagenten ist nicht nach einer Quote der RA-Gebühr, sondern nach Maßgabe der Mühewaltung zu bestimmen. Seine Umsatzsteuer ist nicht erstattungsfähig, da er sie nicht auf den Auftraggeber abwälzen darf (Baumbach, Dem. 2 vor § 76 RA-GebD.).

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 26. Febr. 1931, W 124.)

*

Nachzahlungsbeschl. fällig geworden sei und daß die Aufhebung des Nachzahlungsbeschl. in der BeschwInst. eine erneute Stundung bedeute, die im vorl. Falle durch die inzwischen erfolgte Zahlung gegenstandslos geworden sei. Nur vom Standpunkte dieser Ansicht ist die am Schluß der Entsch. gezogene Parallele mit dem Fall der Zahlung vor Stundungsbewilligung zu verstehen. Die Entsch. übersieht dabei aber, daß die Aufhebung des Nachzahlungsbeschl. nicht eine ex nunc wirkende Anordnung in entgegengesetztem Sinne, sondern die Beilegung des angefochtenen Beschl. ex tunc ist. Nach Erlaß des oberlandesgerichtl. Beschl. ist die Rechtslage rückwirkend die gleiche, wie wenn der Nachzahlungsbeschl. überhaupt nicht ergangen, die Stundung der Kostenschuld also gar nicht unterbrochen worden wäre. Ist trotz Bewilligung des Armenrechts von der Partei — etwa infolge eines Versehens — die Kostenschuld beigetrieben oder zur Abwendung der Vollstreckung gezahlt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Kostenschuldner im Wege der Erinnerung nach § 4 OStG. die Rückzahlung verlangen kann. Für den vorl. Fall, wo auf Grund des hernach aufgehobenen Nachzahlungsbeschl. die Kostenschuld bereits beigetrieben oder zur Abwendung der Vollstreckung gezahlt war, ergibt sich die Lösung m. E. einwandfrei aus § 717 Abs. 2 ZPO. Danach hat im Falle der Aufhebung oder Abänderung eines vorl. vollstr. Urteils der Gläubiger dem Schuldner den durch die Vollstreckung bzw. Zahlung entstandenen Schaden zu ersetzen, also jedenfalls das Geleistete zu erstatten. Man sieht, soweit ich sehe, jetzt wohl ziemlich einhellig auf dem Standpunkte, daß der Haftungssatz des § 717 Abs. 2 in allen Fällen der Vollstreckung vor Eintritt der formellen Rechtskraft Platz greift; denn ein Unterschied zwischen der vorl. Vollstreckbarkeit nach §§ 708 ff. und der vor Eintritt der Rechtskraft kraft Gesetzes bestehenden (vorläufigen) Vollstreckbarkeit bei Entsch. nach § 794 Nr. 2, 3 ist ausschließlich ein gesetzestechnischer, kein grundsätzlicher. Es kann m. E. kein Zweifel darüber bestehen, daß, wenn z. B. ein Kostenfestsetzungsbeschl. in der BeschwInst. aufgehoben wird, derjenige, der ihn vollstreckt hat, dem Gegner nach § 717 Abs. 2 ersatzpflichtig ist. Die Einziehung der Kostenschuld nach Erlaß des Nachzahlungsbeschl. ist sachlich dessen Vollstreckung, und das, was auf Grund der Kostenanforderung geleistet ist, ist eben zur Abwendung der Vollstreckung geleistet. Wird der Nachzahlungsbeschl. hernach vom BeschwG. aufgehoben, so ist damit der Fall des § 717 Abs. 2 gegeben, d. h. die Staatskasse ist zur Erstattung des Empfangenen verpflichtet. Dabei ist zu beachten, daß die Haftung aus § 717 Abs. 2 nicht durch die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung eingeschränkt ist: die Staatskasse kann also nicht einwenden, daß es sich vorl. nicht um die Zahlung einer Nichtschuld, sondern nur um Zahlung vor Fälligkeit handele und demgemäß der Kondiktionsanspruch nach § 813 Abs. 2 BGB. entfalle.

Für eine auch nur entspr. Anwendung der Sondervorschrift des § 81 Abs. 2 OStG. erscheint kein Raum. Der § 81 besagt, daß die nach § 79 in einer gerichtlichen Entsch. ausgesprochene Kostenpflicht mit Aufhebung der Entsch. fortfällt, daß jedoch im Falle bereits er-

31. § 91 ZPO.; § 38 RA-GebD. Hat ein am Sitz der Klägerin wohnender Anwalt den Zahlungsbefehl beantragt und ist dann durch unbegründeten Widerspruch ein Anwaltswechsel notwendig geworden, sind die Mehrkosten nicht erstattungsfähig.

Nach der ständigen Mspr. des OLG. Stuttgart ist dem Kl. in landgerichtlichen Streitfachen für die Regel zuzumuten, daß er schon für das Mahnverfahren einen bei dem betr. OLG. zugelassenen RA. zuzieht; sonst ist dem Gegner gegenüber kein i. S. des § 97 Abs. 2 ZPO. notwendiger Wechsel in der Person des RA. anzunehmen (vgl. Würt. Ztschr. SprBeil. 1926, 28; OLG. Stuttgart, W 464/25; W 93, 339, 430/26; W 75, 110, 195/28; W 525/30 u. a.). Ausreichende besondere Umstände, welche eine Abweichung im gegenwärtigen Falle rechtfertigen würden, sind nicht dargetan. Einer solchen besonderen Umstand bildet insbes. nicht, daß die Kl. nicht mit einem Widerspruch gerechnet haben will. Die Kl. als kaufmännische Firma hätte den Zahlungsbefehl selbst beantragen oder hiermit einen beim OLG. R. zugelassenen Anwalt beauftragen können. Die Mahngebühr für den von der Kl. beauftragten Ulmer Anwalt ist daher nicht erstattungsfähig.

(OLG. Stuttgart, Beschl. v. 22. Dez. 1930, W 829/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Nathan, Ulm a. d. D.

*

32. § 568 Abs. 3 ZPO. Die Festsetzung des Streitwerts ist eine die Prozeßkosten betreffende Entsch. und unterliegt nicht der weiteren Beschwerde.

(OLG. Stuttgart, 3. ZivSen., Beschl. v. 24. Sept. 1930, W 629/30.)

Berlin.

IV. Rechtsanwaltsgebühren.

33. § 17 RA-GebD.; NotZD. v. 1. Dez. 1930. Übergangsrecht bezüglich Erhöhung der Verhandlungsgebühr, deren Voraussetzung erst nach dem 2. Dez. 1930 eintrat.†)

Es trifft allerdings zu, daß die weitere Verhandlungsgebühr des § 17 RA-GebD. eine unselbständige Gebühr und dem Geſe-

folgter Zahlung ausnahmsweise* die an sich gegebene Rückzahlungs-pflicht der Staatskasse nicht eintreten soll, „wenn der Kostenansatz bestehen bleibt“, d. h. — worüber nach dem Sinn und Zweck der nicht ganz einwandfrei gefaßten Vorschrift keine Meinungsverschiedenheit besteht — wenn wegen derselben Gebühren- und Auslagenposten nunmehr die Gegenpartei kostenpflichtig ist: es soll, wenn die eine Partei gezahlt hat, im Interesse des Fiskus wie auch zur Vereinfachung des Geschäftsganges keine Rückzahlung und Reuanforderung vom Gegner stattfinden, der Ausgleich soll vielmehr zwischen den Parteien unmittelbar im Wege der Kostenersatzung erfolgen. Die Rückzahlungspflicht der Staatskasse soll also dann — und zwar nur dann — entfallen, wenn die Partei, die gezahlt hat, wegen eben dieser Gebühren- und Auslagenposten einen Erstattungsanspruch an den Gegner hat. In allen sonstigen Fällen, insbes. auch bei der Kostenanforderung vor Fälligkeit, bewendet es bei der allgemeinen Regel, daß das zu Unrecht Erforderte von der Staatskasse zurückzuerstatten ist, und dabei kann es keinen Unterschied ausmachen, ob die Fälligkeit von vornherein unzutreffenderweise angenommen war oder nachträglich infolge Aufhebung des Nachzahlungsbeschl. rückwirkend als nicht eingetreten anzusehen ist.

Sinsichtlich der Anwaltsgebühren kann die in der Entsch. behandelte Frage nur im Verhältnis der armen Partei zum eigenen Anwalt auftauchen, da der Erstattungsanspruch des Gegners durch die Bewilligung des Armenrechts überhaupt nicht berührt wird. Beim Anwalt liegt die Sache insofern anders bei der Gerichtskasse, als der Anwalt nach Erlaß des Nachzahlungsbeschl. zunächst seine Gebührenforderung einklagen muß. Wird der Nachzahlungsbeschl. während des Prozesses aufgehoben, so wird damit die Klage unbegründet, und dem Anwalt bleibt nur, unter Verwahrung gegen die Kostenlast die Hauptsache für erledigt erklären zu lassen. Wird der Nachzahlungsbeschl. nach Beendigung des Rechtsstreits aufgehoben, so muß der Gegner dies mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen. Ist auf Grund des Urteils bereits geleistet, so ist auch für die Vollstreckungsgegenklage kein Raum mehr. Die Frage, ob dann noch ein Rückzahlungsanspruch besteht, bestimmt sich ausschließlich nach materielrechtlichen Grundsätzen, und zwar nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung: aus § 813 Abs. 2 BGB. ergibt sich ohne weiteres die Verneinung. Das Ergebnis ist also bei den Gerichtskosten und dem Anspruch des Anwalts verschieden; der Grund ist der, daß zwar im zweiten, nicht aber im ersten Falle die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung Platz greifen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Zu 28. Die Entsch. entspricht der ständigen Mspr. des Senats (vgl. aber RG.: ZB. 1928, 2732; 1929, 121 und 1695; 1930, 644. D. S.)

Zu 33. Der Kostenrat des RG. gelangt hier bezüglich der Schlußverhandlungsgebühr im Übergangsrechte der NotZD. zu dem-

nach bereits mit der ersten Verhandlung als entstanden zu betrachten ist. Demgemäß hat der Senat auch für das Übergangsrecht vom 30. Juni bis 1. Juli 1928 entschieden, daß bei Verhandlung und Beweisaufnahme vor dem 1. Juli 1928, weiterer Verhandlung nach dem 30. Juni und vor dem 21. Juli 1928 die Verhandlungs- und die weitere Verhandlungsgebühr nach den höheren Sätzen zu erstatten war (vgl. 20 W 8359/28 v. 20. Sept. 1928: *JW.* 1928, 2790^o). In welcher Höhe jedoch die weitere Verhandlungsgebühr nach dem Inkrafttreten der *NotW.* v. 1. Dez. 1930 entfällt, bestimmt sich allein nach den dort aufgestellten Sätzen. Das ergibt sich aus dem Zwecke dieser *W.*, die aus der *Not* heraus entstanden ist und, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, sofort wirksame Maßnahmen in die Wege leiten sollte. Die hier verordnete Beschränkung ergreift daher diejenige Erhöhung der Verhandlungsgebühr, deren Voraussetzung erst nach dem 2. Dez. 1930 eintrat, auch wenn die Gebühr selbst schon vor deren Inkrafttreten der *NotW.* zur Entstehung gelangt war.

(*RG.*, 20. *ZivSen.*, Beschl. v. 26. Jan. 1931, 20 Wa 9/31.)

Mitgeteilt von *W.* Wolff Salomon, Berlin.

*

34. § 13 *Ziff.* 3 *RAGebD.* Vergleichsgebühr in Ehe-sachen. †)

Der erk. Sen. hat allerdings in dem Beschl. 20 W 11249/30 ausgesprochen, daß die Entsch. der Vergleichsgebühr gem. § 13 *Ziff.* 3 *RAGebD.* in Ehesachen nicht grundsätzlich ausgeschlossen sei. In der prozessualen Verknüpfung der Rücknahme von Klage und Widerklage mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Ehe sei das Zustandekommen eines Vergleichs i. S. des § 13 *Ziff.* 3 *RAGebD.* zu erblicken. Im vorl. Fall haben jedoch die Parteien gerade umgekehrt durch Rücknahme der Berufung und Anschlußberufung die Trennung der Ehe erreichen wollen. Soweit diesem Vorgehen eine Vereinbarung der Parteien zugrunde liegt, ist ein solches Übereinkommen nach feststehender höchstrichtl. *Rspr.* wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig und kann daher auch in seinen prozessualen Auswirkungen nicht als wirksamer Vergleich i. S. des § 13 *Ziff.* 3 *RAGebD.* angesehen werden.

(*RG.*, 20. *ZivSen.*, Beschl. v. 16. Febr. 1931, 20 Wa 46/31.)

Mitgeteilt von *W.* Rudolf Abraham, Berlin.

*

35. § 23 *Ziff.* 5 *RAGebD.* Der Senat nimmt in ständiger Rechtspredung gemäß den §§ 29 *Abf.* 1 u. 2 *Ziff.* 6, 16 *RAGebD.* an, daß die Gebühr des § 23 *Ziff.* 5 dem An-

selben Ergebnis wie der Unterfertigte in seinem Aufsatz *JW.* 1930, 3825 (unter 5). Die Abweichung von den Grundsätzen, die das *RG.* in *JW.* 1928, 2790^o hinsichtlich der Übergangszeit vom 1. bis 20. Juli 1928 vertrat und die ich dort ablehnend besprochen habe, ist allerdings nicht zu verkennen. Sie kann um so weniger mit den Zwecken der *NotW.* begründet werden, als diese positive Übergangsvorschriften enthält und durch sie für den hier interessierenden Fall das „natürliche Übergangsrecht“ ausdrücklich in Kraft setzte, während für die Zeit nach dem 1. Juli 1928 ebenfalls das natürliche Übergangsrecht — mangels einer positiven Übergangsvorschrift — angewandt werden mußte.

W. Dr. Friedlaender, München.

Zu 34. So begrüßenswert der Eingang der Entsch. ist, in welchem das *RG.* die Geltung des Schlagwortes ablehnt, wonach in Ehesachen ein Vergleich und eine Vergleichsgebühr des *RA.* unmöglich sein soll (vgl. *DSB.* *Kostoch.* *JW.* 1930, 3000⁸⁸ und meine Anm. hierzu sowie *JW.* 1930, 2994²³), so enttäuschend sind die weiteren Ausführungen. Die Erklärung, jeder Vergleich sei unethisch und daher rechtsunwirksam, der nicht die Aufrechterhaltung der Ehe bezwecke, ist durchaus abwegig. Einen derartigen Satz hat das *RG.* auch in seinen weitgehendsten Entsch. nicht aufgestellt. Da die Ehescheidung nicht verboten, sondern eine gesetzlich erlaubte und anerkannte Maßnahme ist, so kann auch nicht ein Vorgehen, das auf die Ehescheidung abzielt, allein dieses Zweckes halber unerlaubt sein oder den guten Sitten zuwiderlaufen und deshalb als rechtungswirksam betrachtet werden. Auch das *RG.* hat stets betont, daß aus dem Inhalte des betreffenden mit der Ehescheidung zusammenhängenden Vertrage der Verstoß gegen die guten Sitten sich ergeben müsse. Unerlaubt ist demgemäß ein Abkommen, das eine Ehescheidung ermöglichen soll, ohne daß ein Scheidungsgrund vorliegt; ferner eine Vereinbarung, durch welche die vom Gesetze im Interesse der Eheverteidigung gegebenen prozessualen Vorschriften umgangen werden sollen; weitergehend sind Verträge für sittenwidrig und deshalb rechtsunwirksam erklärt worden, durch welche die Ehescheidung in unzulässiger Weise erleichtert werden sollte. Aber in der reichen *Rajustik* der oberstrichtl. *Rspr.* findet sich der vom *RG.* behauptete Satz nicht (vgl. für das Gegenteil z. B. die im *RAKomm.* bei § 138 Anm. 1 B zu c eingangs aufgeführten Entsch.). Das *RG.* hätte also zur Beurteilung der Frage, ob die Vereinbarung zulässig oder

walt zu $\frac{1}{20}$ zusteht, der einseitig betreffs der Prozeß- und Sachleitung verhandelt hat, ohne die Gebühr des § 13 *Ziff.* 2 a. a. D. verdient zu haben. Hieran wird festgehalten, zumal für die abweichende Auffassung, soweit ersichtlich, eine stichhaltige Begründung nicht angeführt worden ist.

(*RG.*, Beschl. v. 9. März 1931, 20 W 2169/31.)

Mitgeteilt von *W.* Friß Rarger, Berlin.

*

36. § 23 *Ziff.* 6 *RAGebD.* Anspruch des Anwalts auf die Gebühr, wenn er als Partei (Antragsgegner) zum Armenrechtsgesuch Stellung genommen hat.

Der Antragsgegner zu 1 begehrt als *W.* aus eigenem Rechte Ergänzung des angefochtenen Beschlusses, durch welchen das Armenrechtsgesuch des Antragstellers abgelehnt worden ist, hinsichtlich der Kostenentscheidung. Seine Beschwerde ist begründet. Für das Armenrechtsverfahren sind im *DSB.* zwar keine Gebühren vorgesehen, jedoch werden dem *W.* gem. § 23 *Ziff.* 6 *RAGebD.* Gebühren für seine Tätigkeit im Armenrechtsverfahren gewährt. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, daß diese nur dem ein Armenrechtsgesuch stellenden *W.* zustehen sollten. Der Antragsgegner zu 1 ist durch die Aufforderung des Gerichts in die Lage versetzt worden, sich zu dem Armenrechtsgesuch zu äußern, er würde also beim Fehlen einer Kostenentscheidung keine Möglichkeit haben, ohne Anstrengung eines neuen Verfahrens außergerichtliche Kosten erstattet zu erhalten. Die Vermeidung von Prozessen liegt jedoch im Interesse der Rechtspflege; eine Anwendung des § 91 *RPD.* auch im Armenrechtsverfahren erscheint daher zweckentsprechend, wie im Anschluß an *RG.*: *JurRdsch.* 1926 Nr. 2071, festzustellen ist.

(*RG.*, 11. *ZivSen.*, Beschl. v. 3. Febr. 1931, 11 W 381/31.)

Mitgeteilt von *W.* v. Bonin, Potsdam.

*

37. § 51 *RAGebD.* Jeder von mehreren durch denselben Anwalt vertretenen Streitgenossen kann grundsätzlich die vollen dem Anwalt gezahlten Gebühren von der Gegenpartei erstattet verlangen. Für die volle Erstattungspflicht nur Zug um Zug gegen Abtretung eines etwa gegen die Mitsreitgenossen bestehenden Ausgleichsanspruchs fehlt jede gesetzliche Grundlage. †)

Das *RG.* hat die Klage gegen die *Bekl.* zu 1 abgewiesen, die hierdurch entstandenen Kosten sind der *W.* auferlegt worden. Mit der *Bekl.* zu 2 hat die *W.* sich in der *VerZust.* verglichen. Die insoweit entstandenen Kosten sind geteilt worden. Daraufhin hat die *Bekl.* zu 1

nichtig war, auf ihren Inhalt eingehen müssen. Dies um so mehr, als eine gerichtl. Entsch. vorlag und die Vereinbarung gerade dahin ging, sie in Rechtskraft erwachsen zu lassen. Denn wie man nicht verpflichtet ist, gegen ein hinsichtlich der Schuldsfrage ungünstiges Scheidungsurteil ein Rechtsmittel einzulegen, so kann man auch den Verzicht hierauf vereinbaren. Sind z. B. beide Teile überzeugt, daß die Ehe unerträglich tief zerrüttet ist, daß diese Zerrüttung auf Verschulden beruht, und ist nur Streit darüber, ob das Verschulden des einen oder anderen Teils von der Gegenseite ertragen werden müßte (z. B. *RG.* 130, 178), so ist nicht abzusehen, warum es unethisch sein sollte, wenn beide Teile ihren einseitigen Standpunkt aufgeben und der vom Gerichte ausgesprochenen Würdigung beitreten, also beiderseitiges Verschulden anerkennen. Eine dahingehende Vereinbarung widerspricht keinem Sittenangebot und ist deshalb nicht nichtig. Nur dann, wenn das erste Urteil ersichtlich wäre oder aber wenn bei der Vereinbarung selbst der eine oder andere Teil sich als Gegenleistung für seine Zustimmung Vorteile hätte versprochen, also seine Zustimmung hätte abkaufen lassen, könnte von einer Nichtigkeit der Vereinbarung die Rede sein. Aber, um ganz klar zu sein, nicht jede Bestimmung, welche über die eigentliche Scheidungsfrage hinausgeht, ist derart, daß ihre Aufnahme in die über die Scheidung getroffene Vereinbarung unerlaubt oder sittenwidrig wäre, auch nicht jede Bestimmung vermögensrechtlicher Inhalts; dies trifft vielmehr nur zu, wenn ersichtlich solche Abmachungen in unzulässiger Weise bestimmend für den Entschluß hinsichtlich der Stellung zur Scheidung selbst waren. Für die Gebühren des *W.* hätte aber weiter noch in Betracht zu kommen, ob er das Vorliegen etwaiger Nichtigkeit des Vergleichs kannte oder kennen mußte. Wirke er guten Glaubens zu einem Vergleich mit, für welchen aus Umständen, die dem *W.* verheimlicht wurden und unbekannt waren, Nichtigkeit angenommen wird, so kann hierdurch seine Vergütung nicht beeinflusst werden. Er kann nur dann keine Gebühren beanspruchen, wenn gegen seine eigene Tätigkeit nach vorstehenden Grundsätzen ein Einwand der Unzulässigkeit geltend gemacht werden könnte.

W. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Zu 37. Der sorgfältig und überzeugend begründeten Entsch. ist durchaus beizutreten. Sie teilt vollkommen den Standpunkt, den ich bei *Walter-Joachim-Friedlaender*, *RAGebD.* § 3

die durch die gemeinschaftliche Vertretung beider Bekl. durch N. M. entstandenen Kosten, die ausweislich der vorgelegten Quittungen an N. M. gezahlt sind, gegen die Kl. festsetzen lassen. Die Kl. ist nun der Ansicht, daß, da N. M. nur einmal Gebühren zu beanspruchen habe, die obliegende Bekl. zu 1 auch nur die auf sie entfallende Hälfte der Rechtsanwaltsgebühren erstattet verlangen könne. Das ist aber irrig. Nach § 51 RVGebD. stehen bei der Vertretung mehrerer Streitgenossen dem Anwalt die Gebühren nur einmal zu, doch haftet nach § 3 a. a. D. jeder der Auftraggeber dem Anwalt für denjenigen Betrag an Gebühren und Auslagen, welcher bei absonderlicher Ausführung seines Auftrages erwachsen sein würde. Die Mitvertretung der anderen Auftraggeber kann dem N. M. gegenüber nicht geltend gemacht werden. Dieser kann sich vielmehr nach seinem Belieben an jeden der Streitgenossen halten (§ 421 BGB.). Sie haften ihm als Gesamtschuldner. Bis zur Höhe des Betrages, für den sie alle gemeinschaftlich haften, bei gleicher Beteiligung wie hier bis zur vollen Höhe der entstandenen Gebühren, wendet mithin der einzelne Streitgenosse, wenn er an den Anwalt zahlt, die ihm notwendigerweise erwachsenen Gebühren auf. Sie stellen also in voller Höhe Kosten dar, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Schon daraus ergibt sich, daß er sie auch in voller Höhe ohne jede Einschränkung vom Gegner erstattet verlangen kann.

Richtig ist nun, daß unter den Streitgenossen unter Umständen ein Ausgleich stattzufinden hat, indem nämlich der zahlende, ganz oder zum Teil von dem anderen Streitgenossen, Ersatz verlangen kann, je nach dem Rechtsverhältnis, auf dem ihre gemeinschaftliche Beteiligung beruht. Das LG. meint nun, gestützt auf OLG. Frankfurt a. M.: JW. 1924, 988, daß die Billigkeit verlange, daß solche Ausgleichsanprüche im Kostenersatzverfahren nicht unberücksichtigt bleiben und daß deshalb erforderlich sei, die volle Kostenersatzung von der Abtretung des dem Kostenersatzberechtigten zutretenden Ausgleichsanspruchs abhängig zu machen. Damit verstößt aber das LG. gegen die Hauptgrundsätze eines jeden Kostenfestsetzungsverfahrens. Denn erstens darf dieses Verfahren nicht zu einer Abänderung der Kostenentscheidung des Urteils führen, sodann aber darf das Kostenfestsetzungsverfahren, das ja dem Urkundsbeamten und nicht dem Gericht obliegt, sich nur innerhalb des Rahmens halten, zu prüfen, welche Kosten als erstattungsfähig anzusehen und nach der getroffenen Kostenentscheidung zu erstatten sind. Daraus allein ergibt sich schon die Unmöglichkeit, eine Zug-um-Zug-Leistung in das Erstattungsverfahren einzuführen, ohne daß der zugrunde liegende Titel eine derartige Verpflichtung ausspricht. Mit Recht sagt Walter-Joachim-Friedlaender, RVGebD. Anm. 9 d zu § 3, daß dann in unzulässiger Weise an der Kostenentscheidung des Urteils gerüttelt werde.

Das LG. verkennt aber weiter, daß eine Unbilligkeit zur Voraussetzung hätte, daß der Kl. hier ein Anspruch versagt würde, der ihr an sich zusteht, mit anderen Worten, daß sie nur wegen der besonderen Gestaltung des Kostenfestsetzungsverfahrens mehr zu zahlen habe als der ihr auferlegten Verpflichtung entspricht. Dabon kann aber keine Rede sein. Weshalb soll die Position der Kl., die nur einen Bekl. verklagt und dann unterliegt, eine andere sein als die, daß sie mehrere Bekl. verklagt und gegen einen von ihnen unterliegt, die aber alle durch denselben Anwalt vertreten werden. Im einen wie im anderen Falle sind nämlich die der Gegenseite entstehenden Rechtsanwaltsgebühren gleich groß. Die Kl., die dem einen der mehreren Streitgenossen die ganzen Anwaltsgebühren erstattet, steht also genau so da wie in jedem anderen Falle völligen Unterliegens gegen eine Partei. Es ist also nicht so, daß die Bekl. zu 1 sich hier auf Kosten der Kl. bereichern würde, vielmehr umgekehrt so, daß für einen Anspruch der Kl. auf Abtretung der im Innenverhältnis etwa

bestehenden Ausgleichsforderung des obliegenden Streitgenossen gegen die unterliegenden Streitgenossen es an jeglicher Rechtsgrundlage fehlt. Ein solcher Anspruch besteht weder gebühren- noch materiell-rechtlich. Ganz mit Recht sagt daher Friedlaender in der Anm. zu der JW. 1924, 988 abgedr. Entsch. des OLG. Frankfurt a. M., daß das OLG. auf diesem Wege der Kl. einen solchen Anspruch erst „verschaffe“.

Auch weitere Erwägungen zeigen die Unhaltbarkeit dieser Ansicht: Eine derartige Einschränkung der Erstattungsspflicht der unterliegenden Partei hat zur Voraussetzung, daß ein Ausgleichsanspruch gegen die Streitgenossen überhaupt besteht. Der Urkundsbeamte müßte also von sich aus prüfen, einmal ob ein rechtliches Verhältnis zwischen den Streitgenossen besteht, nach welchem ein Ausgleich stattfindet, sodann nach welchem Maßstabe das zu geschehen hat, andernfalls müßte er dahin entscheiden, daß die gesetzliche Ausgleichspflicht nach § 426 BGB. einzutreten habe. Es liegt auf der Hand, daß es sich hierbei um Rechtsfragen handelt, zu deren Prüfung der Urkundsbeamte weder in der Lage ist noch im Rahmen seiner Kostenfestsetzung befugt sein kann. Es braucht nur nebenbei auf die Konsequenzen hingewiesen zu werden, die sich ergeben würden, wenn die angeblich ausgleichsberechtigte Partei einen derartigen Anspruch leugnet und sich deshalb weigert, die Abtretung zu erklären. Soll dann der Erstattungsspflichtige erst in einem besonderen Prozesse die Vorfrage klären, von der seine in dem bisherigen Schuldtitel doch uneingeschränkt ausgesprochene Kostenersatzpflicht nun abhängig sein soll?

Es könnte sich danach nur noch fragen, ob nicht etwa Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch des obliegenden Streitgenossen im vollen Umfange außer der Glaubhaftmachung der Zahlung auch der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der übrigen Streitgenossen, also der Ausichtslosigkeit gegen diese ist, so daß also, so lange noch ein solcher Anspruch besteht und zu verwirklichen möglich ist, der Obliegende nur den auf ihn entfallenden Anteil verlangen kann (so RG. 31, 417). Diese Ansicht scheidet aber daran, nicht nur daß auch hier wieder die Entscheidung über eine etwaige Ausgleichsverpflichtung in die Hand des Urkundsbeamten gelegt wäre, sondern auch daran, daß die Zahlung der vollen Gebühren die Zahlung der für den einzelnen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten bedeutet, und daß dieser Gesichtspunkt, der allein im Kostenersatzverfahren entscheidend ist, den vollen Kostenersatzanspruch des einen Streitgenossen rechtfertigt. So hat auch das RG. bereits mehrfach (RGBl. 1891, 22; JW. 1922, 499) die Kosten eines Streitgenossen in voller Höhe für erstattungsfähig erklärt, ebenso auch Walter-Joachim-Friedlaender, Anm. 25 zu § 3 RVGebD., der mit Recht betont, daß das Bestehen des Ausgleichsanspruchs eines Streitgenossen gegen die anderen für die erstattungspflichtige Gegenpartei keinen Vorteil bedeute, daß es ihn nichts angehe, wenn etwa einzelne der Streitgenossen für ihre Anwaltsvertretung nichts zu zahlen hätten.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 8. Dez. 1930, 20 W 11947/30.)

Mitgeteilt von OSt. Dr. Gaebke, Berlin.

*

38. Dem Anwalt steht auch nach § 89 RVGebD. keine Vergleichsgebühr zu, wenn ein Zwischenvergleich im Prozeß nur zur Vorbereitung eines später nicht zustande gekommenen endgültigen Vergleichs geschlossen wird.†)

Die Parteien sind Miterben. Kl. klagt auf Einwilligung in die Auszahlung einzelner Nachlasswerte an sie und auf Feststellung, daß ihr auf Grund eines Testaments des Erblassers ein Vorausvermächtnis zusteht. Im Prozeß ist ein Abkommen geschlossen worden, wonach einem Treuhänder die zum Nachlaß gehörigen Wertpapiere, die hinterlegt waren, ausgehändigt werden sollten, um zu-

Zu 38. Der Entsch. muß beigetreten werden, denn:

1. Ein Vergleich liegt überhaupt nicht vor, auch nicht ein sog. Zwischenvergleich. Denn auch der Zwischenvergleich muß den materiellen Vergleichsbegriff erfüllen, also gem. § 779 BGB. den Streit oder die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis im Weg gegenseitigen Nachgebens beseitigen. Daß diese Rechtsvoraussetzungen hier fehlen, ist sicher. Denn die Abrede, welche als Zwischenvergleich in Betracht käme, hat nur die Sicherung und Verwertung des Streitgegenstands zum Gegenstand; ob und wann über letzteren ein Vergleich i. S. des § 779 geschlossen würde, steht völlig dahin.

2. Der Inhalt der Abrede entspricht aber auch nicht den gebührentrechtlichen sonstigen Voraussetzungen der Vergleichsgebühr: denn nach § 13 Ziff. 3 RVGebD. muß der Vergleich zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossen sein; auch bei der Annahme (so RG. [25. ZivSen.]: JW. 1926, 1611), daß es genügt, wenn der Vergleichszweck auf Beendigung des Rechtsstreits gerichtet ist, kann gegebenenfalls nicht zugegeben werden, daß dieser Zweck bereits in der Abrede vorlag, die äußerstenfalls der Vorbereitung oder Erleichterung der Streitbeendigung zu dienen bestimmt war. Auch ein Teilvergleich (solchen erkennt u. a. RG. [20. ZivSen.]: JW. 1928, 1946 als Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 an) liegt aus den angegebenen Gründen hier nicht vor, weder materiellrechtlich (§ 779 BGB.) noch gebührentrechtlich (§ 13 Ziff. 3 RVGebD.). Nach OLG. München: BayZ. 1925, 362 gibt es rechtlich überhaupt keinen Teil-

Anm. 28 ausführlich dargelegt habe (die Fußn. 9 daselbst ergibt den Stand der verschiedenen Meinungen), und dem sich unterdessen Baumach, NKostW. 3 § 3 Anm. 4b, Carlebach, RVGebD. § 3 Anm. 4, Merzbacher-Prakenberger, RVGebD. 5 § 3 Anm. 4 angeschlossen haben. Ebenso auch RG.: JW. 1928, 27891, während OLG. Breslau: JW. 1928, 115314, OLG. Jena ebenda 115722 und OLG. Königsberg ebenda 115825 verlangen, daß der Streitgenosse, der die gesamten Kosten des gemeinsamen Anwalts gezahlt hat, von den anderen mithaftenden Streitgenossen keinen Ersatz verlangen kann. Sybow-Wüsch-Rieg, RVGebD. 19 § 3 Anm. 4 läßt nur Erstattung des auf den obliegenden Streitgenossen entfallenden Kopfteils der Anwaltskosten zu.

Die G. R. des LG. München I bekommt in dem Beschl. vom 31. Dez. 1929, VI A 1046/27 die in der obigen Entsch. vertretene Ansicht, „weil sie die Billigkeit in einer so zweifelhaften Streitfrage unberücksichtigt läßt“ und meint, der Obliegende werde nicht geschädigt, wenn er nur einen Teil der Kosten vom Gegner und den anderen Teil von dem Streitgenossen ersetzt bekomme. Der erste Einwand ist nicht recht verständlich, unbillig ist es vielmehr, den Obliegenden auf den Ersatzanspruch gegen einen anderen zu verweisen, wenn man selbst die Auslagen des Gegners zu erstatten verpflichtet ist. Damit erledigt sich auch der zweite Einwand, zumal es doch nicht gleichgültig ist, ob man wegen des Ersatzes nur eine Person oder sondernso viele angehen muß.

OGM. Dr. A. Friedlaender, Limburg (Lahn).

nächst die Aufwertung zu betreiben und somit die Höhe des Nachlasses zum Zweck eines späteren Vergleichs festzustellen. Das RG. lehnt die Vergleichsgebühr und auch eine auf § 89 RWGebD. gestützte entsprechende Gebühr ab. Eine Vergleichsgebühr entsteht nur, wenn das getroffene Abkommen geeignet und nach dem Willen der Parteien bestimmt ist, die auch nur teilweise Beilegung des Rechtsstreits zu bewirken (RG. v. 24. April 1930, 20 Wa 85/30). Ob dieser Zweck erreicht wird, ist gleichgültig. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen nicht gegeben. Auch § 89 RWGebD. findet keine Anwendung, denn es ist anzunehmen, daß die RWGebD. die Mitwirkung des Anwalts bei einer gütlichen Einigung im streitigen Verfahren, § 13, 3 a. a. D., hat erschöpfend regeln wollen.

(RG., Entsch. v. 20. Dez. 1930, 20 W 10568/30.)

Mitgeteilt von H. Ernst Ludwig Wolff, Berlin.

*

39. § 18 Abs. 6 RWG.; § 91 ZPO. Reisekosten einschl. Tage- und Abwesenheitsgeld des Simultananwalts für Reisen zum Prozeßgericht sind auch im Fall der Wahrnehmung von Beweissterminen am Sitz des Simultananwalts durch letzteren nicht erstattungsfähig, auch nicht bis zu dem Betrag, der für Reisekosten eines am Prozeßgerichtssitz domizilierenden Prozeßbevollmächtigten zum Beweisstermin sich errechnen würde. f)

Die gem. §§ 104, 577 ZPO. in zulässiger Weise erhobene sofortige Beschwerde ist sachlich nicht begründet.

Die Prozeßbevollmächtigten der Kl. sind zugleich beim LG. Guben und UG. Forst zugelassen. Sie haben für die Kl. mehrere Beweisstermine in Forst wahrgenommen. Nachdem durch Urteil des LG. Guben v. 22. Jan. 1930 die Kosten des Rechtsstreits unter den Parteien verteilt worden waren, haben die Prozeßbevollmächtigten der Kl. die Kostenausgleichung beantragt und dabei zunächst Reisekosten, Tage- und Abwesenheitsgelder für die Fahrten nach Guben anteilig in Ansatz gebracht, und zwar neben den ihnen als Prozeß-

vergleich, welcher Ansicht Walter-Joachim-Friedlaender (8), § 13 Fußn. 68a, zutreffend entgegentritt.

3. Mit obigem Beschl. bin ich der Meinung (a. A. Krämer: ZW. 1928, 1946), daß entspr. Anwendung des § 13 Ziff. 3 gem. § 89 RWGebD. abzulehnen sei, weil die Materie in § 13 Ziff. 3 erschöpfend geregelt wurde; die fragliche Tätigkeit kann nicht auf diesem Umweg als dem Vergleich gleichgestellt bewertet werden; bei anderer Auffassung hätte die scharfe Formulierung der Voraussetzungen der Vergleichsgebühr keine Bedeutung mehr. Die strittige Tätigkeit fällt entweder unter die Prozeßgebühr und wäre dann nicht besonders zu honorieren oder — das möchte ich annehmen — unter Landesgebührenrecht, gerade weil sie nicht den Prozeßstoff selbst erzeugt, also nicht unter den Geschäftsbetrieb i. S. des § 13 Ziff. 1 RWGebD. fällt; dem würde nicht im Wege stehen, daß die Abrede etwa im äußersten Rahmen des Prozesses getroffen wurde, worüber dem Tatbestand obiger Entsch. näheres mit Sicherheit (es heißt: „Im Prozeß“ ist ein Abkommen geschlossen worden) nicht zu entnehmen ist.

H. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

Zu 39. I. Die obige Entsch. veranlaßt, die darin behandelte Frage nochmals durchzudenken, da das RG., und zwar in seinem 20. Sen. (Kostenrat), entsprechend seiner ständigen Rspr. unter allen Umständen die Erstattung von Reisekosten der Simultananwälte für Reisen zu Prozeßgerichtsterminen am LG. ablehnt, insbes. auch dann, wenn der Simultananwalt an seinem Wohnsitz amtsgerichtliche Beweisstermine der beim übergeordneten LG. anhängigen Streitsache wahrnahm. Ich hatte mich in meiner Anm. ZW. 1930, 2310 unter II 1 der gegenteiligen vornehmlich von Friedlaender, RWG. § 18 Anm. 34 vertretenen Meinung angeschlossen, vermag aber bei nochmaliger Prüfung diese Meinung nicht aufrechtzuerhalten. Der vom RG. widersprochenen Rechtsauffassung huldigt außer den im Beschl. zit. Entsch. neuerdings auch noch DVG. Karlsruhe: ZW. 1930, 198. Die für die Erstattungsfähigkeit der Reisekosten im vorliegenden Fall eintretenden Schriftsteller und Entsch. fügen sich für ihre Ansicht vor allem darauf, daß § 18 Abs. 6 (früher Abs. 5) mit dem Ausdruck „Mehrkosten“ die gesamten Prozeßkosten des Anwalts im Auge habe und deshalb die Gegenüberstellung einerseits der Gesamtkosten der wohnhaften Anwalt an Stelle des Simultananwalts Prozeßbevollmächtigter gewesen wäre, andererseits derjenigen Gesamtkosten, welche bei Bevollmächtigung eines auswärtigen Anwalts erwachsen; so neben Friedlaender zuletzt auch Carlebach: ZW. 1930, 198. Demgemäß handle es sich bei der gesetzlichen Regelung keineswegs um fiktive Reisekosten, welche stets unzulässig seien, sondern die sog. fingierten Reisekosten hätten nur einen Rechnungsfaktor zur Feststellung der erstattungsfähigen Anwaltskosten zu bilden. In der Tat handelt es sich bei dieser Auslegung keineswegs um sog. fiktive Reisekosten, denn es wird ja nicht Erstattung derjenigen Reisekosten verlangt, welche bei Wahrnehmung des Beweisstermins unterblieben

bevollmächtigter im übrigen zustehenden Gebühren. Der Urkundsbeamte hat durch Beschl. v. 17. Juni 1930 die Reisekosten usw. abgelehnt, da sie nach § 18 RWGebD. nicht erstattungsfähig seien.

Hiergegen hat die Kl. Erinnerung eingelegt und beantragt, an Reisekosten und Spezen zweimal 23,60 RM = 47,20 RM zu berücksichtigen, in welcher Höhe für einen Prozeßbevollmächtigten aus Guben Reisekosten zu den beiden Beweissterminen in Forst entstanden wären. Diese Kosten seien im vorliegenden Falle als fingierte Reisekosten erstattungsfähig.

Das LG. hat durch den jetzt angefochtenen Beschluß die Erinnerung zurückgewiesen, indem es bei seiner bisherigen Rspr., nur tatsächlich entstandene Reisekosten zu erstatten, verharret hat.

Das RG. muß dieser Ansicht beitreten. Es hält an seinem bisher vertretenen Standpunkt, daß nichtentstandene Auslagen nicht, auch nicht als fingierte Kosten, in Ansatz gebracht und vom Gegner erstattet verlangt werden können, fest. Es vermag sich der teilweise vertretenen Auffassung (so insbes. Friedlaender, Komm. z. RWGebD. zu § 18 Anm. 35 und die dortigen Zitate; ferner neuerdings DVG. Karlsruhe: ZW. 1929, 3186; DVG. Dresden: ZW. 1930, 2308; DVG. Breslau: ZW. 1930, 2073²⁶) nicht anzuschließen, auch nicht unter dem Gesichtspunkt (Geiershöfer: ZW. 1930, 2310 Anm. und Friedlaender, Anm. 35 Abs. 3 zu § 18), daß es sich angeblich gar nicht um fiktive Reisekosten handelt, sondern daß mit Rücksicht auf die Relativität des Begriffes „Mehrkosten“ in § 18 Abs. 6 RWG. ein Rechnungsverfahren zur Feststellung der Mehrkostenhöhe vorzunehmen sei, bei welchem die sog. fingierten Reisekosten nur einen Rechnungsfaktor bilden. Es handelt sich in jedem Falle um nichterstattungsfähige Mehrkosten, auch dann, wenn der Posten „Reisekosten“ nicht für sich allein, sondern nur in dem oben erwähnten Zusammenhang als Rechnungsfaktor zur Feststellung dafür eingesetzt wird, ob im Endergebnis gegenüber einem anderen Prozeßbevollmächtigten, der am Sitz der Prozeßgerichte wohnt, mehr Kosten entstanden sind. Denn es läßt sich die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß mit einem fingierten Posten gerechnet werden muß, also mit einem Posten, der für sich allein betrachtet, auch wenn

sind und nicht in Frage kamen, sondern der wirklich für Reisen zu landgerichtlichen Prozeßterminen der gleichen Sache angelegten und daher möglicherweise der Partei erwachsenen Reisekosten ihres Simultananwalts. Insofern also wird die hier besproch. Entsch. des RG. in ihren Gründen zu verdeutlichen und zu ergänzen sein. Dagegen kann die Relativität des Begriffes Mehrkosten nicht in der oben dargestellten Weise der Gegenüberstellung der Gesamtkosten eines am LG. domizilierenden und eines am Amtsgerichtssitz wohnhaften Anwalts verstanden werden; die Relativität an sich ist unbestreitbar, hat aber andere nachstehend dargestellte Bedeutung.

II. Die gegenwärtig behandelte Frage muß auseinandergehalten werden von derjenigen der Erstattung der Reisekosten des Simultananwalts im gleichen Falle, soweit es sich um Erstattung der Armenanwaltsreisekosten des Simultananwalts gegenüber dem Fiskus handelt. Zwar berühren sich die für die Entsch. letzterer Frage maßgebenden Gesichtspunkte mit denjenigen, welche für die hier zur Prüfung stehende Frage der Erstattung seitens der Gegenpartei, also abgesehen vom Armenrecht, maßgebend sind; doch führen andere Gründe schon zur Verneinung der Erstattung seitens des Fiskus (näheres hierzu s. Geiershöfer: ZW. 1930, 2310 II 2 u. dort Zitierte).

III. Die Erstattung der Reisekosten des Simultananwalts für Reisen zum LG. im Fall der Wahrnehmung von Beweissterminen seitens desselben an seinem Domizil (UG.) durch Gegenpartei ist gleichfalls mit ob. Beschl. abzulehnen; die wesentl. Gründe sind:

1. Daß § 18 Abs. 6 RWG. neben § 91 ZPO., den sie ergänzt, an sich einschlägt, ist nicht zu bezweifeln; § 18 Abs. 6 hat für das Verfahren vor Kollegialgerichten, und zwar rein zivilprozeßuale Bedeutung (so bes. Friedlaender, RWG. § 18 Anm. 32). Entgegen der oben I wiedergegebenen Auffassung des Begriffes der „Mehrkosten“ in § 18 Abs. 6 kann nicht zugegeben werden, daß etwa Wortlaut und geschichtliche Entwicklung seine Auffassung stützen. Der § 18 handelt von der Residenzpflicht des Anwalts, der regelmäßig am Sitz des Gerichts, bei dem er zugelassen ist, seinen Wohnsitz nehmen muß; § 18 spricht dann von den Ausnahmen, insbes. für den Simultanzulassungsfall; Abs. 6 hat (neben den anderen in Abs. 3 und 5 vorgelegenen Ausnahmefällen, die als weniger praktisch hier außer Betracht bleiben können) vor allem den Simultananwalt im Auge. Zwar zeigt das Wort „Mehrkosten“ gewiß eine Relativität an; jedoch braucht das durchaus nicht das Verhältnis der Gesamtkosten des Simultananwalts zu den Gesamtkosten, welche im Fall der Parteivertretung durch einen am Prozeßgerichtssitz wohnhaften Anwalt entstanden wären, zu bedeuten. Vielmehr lag dem Gesetz im wesentlichen daran, diejenigen Mehrkosten von der Erstattung auszuschalten, welche durch Reisen des prozeßbevollmächtigten Simultananwalts zum Prozeßgericht entstehen und welche natürlich ein Mehr an Kosten infolgedessen bedeuten, als der am Prozeßgerichtssitz domizilierende Prozeßbevollmächtigte keine Reisekosten in Anspruch nehmen kann. Diese Reisekosten zum Prozeßgericht sollten also unter allen Umständen nach dem Zweck der Bestimmung in Abs. 6 der Erstattung seitens der Gegenpartei entzogen werden; die Gegenpartei

es sich nicht um die Frage der Mehrkostenerstattung des § 18 Abs. 6 R.W. handelt, niemals erstattungsfähig sein könnte. Das aber muß stets Voraussetzung für die Berechnungsgrundlage der Mehrkosten sein. Außerdem hätte die Berechnung, wie sie die vorgenannten Entsch. anstreben, immer noch zur Voraussetzung, daß im Einzelfalle auch die Reisekosten des am Sitz des Prozeßgerichts wohnhaften Prozeßbevollmächtigten erstattungsfähig gewesen wären.

Ganz abgesehen davon aber ist der von der Beschwerde vertretene Standpunkt, die Partei würde anderenfalls einen ungerechtfertigten Vorteil haben, ebenso verkehrt wie die Erwägung, daß die O.G. Anwälte dann schlechter gestellt wären, da die simultanen zugelassenen Anwälte dann billiger arbeiten könnten. Dadurch ist weder die Partei, die den Simultananwalt zum Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, noch der Simultananwalt irgendwie beschwert. Entstehen tatsächlich weniger Kosten, so sind eben nur diese geringeren Kosten zu erstatten.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 2. März 1931, 20 W 757/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Sawliškij, Forst (Lausitz).

*

Breslau.

40. Teil 9 § 7 RotW.D. des RPräs. v. 1. Dez. 1930. Übergangsrecht.

§ 7 des 9. Teiles der W.D. des RPräs. v. 1. Dez. 1930 erklärt die Vorschriften des Art. 5 Abs. 2—3 des Ges. über die Gerichtskosten und Gebühren der R.A. v. 28. Jan. 1927 (RGBl. 53) für den Erstattungsanspruch des R.A. gegen die Staatskasse für ent-

solte solche Reisekosten unbedingt nicht erstatten; sie sollte keine Mehrkosten durch diese Reisen zum Prozeßgericht aufwenden brauchen.

2. Diese meine Auffassung wird auch durch der Wortlaut des Abs. 6 gestützt; dort ist von den Mehrkosten, welche bei der Vertretung einer Partei vor einem Kollegialgericht entstehen, die Rede; die Mehrkosten der Vertretung vor dem Kollegialgericht sind also dort angeführt; zu der Vertretung vor dem Kollegialgericht gehört aber nicht die Vertretung in einem auswärtigen Beweisstermin; man wird annehmen müssen, daß die R.W. v. 1. Juli 1878 in § 18 Abs. 6 den damals bereits vorliegenden § 78 Z.P.D. vom 30. Jan. 1877 im Auge hatte, woselbst ebenfalls die Vertretung vor den Kollegialgerichten (Anwaltszwang), und zwar mit dem gleichen Wortlaut „vor“ behandelt ist; demgemäß sind in § 18 Abs. 6 R.W.D. im wesentlichen nur die Reisen zum Prozeßgerichtstermin oder zur Akteneinsicht bei diesem Gericht, auch zur Beweisaufnahme vor demselben, gemeint, nicht aber die Kosten des auswärtigen Beweisstermins; daran hat Abs. 6 sicherlich nicht gedacht.

3. Es wäre auch ein eigenartiger widerspruchsvoller Rechtszustand, wenn die Partei des Simultananwalts zwar im Falle einer Beweisaufnahme am auswärtigen O.G. seines Wohnsitzes Kosten von Reisen zum Prozeßgericht erstattet erhielte, im anderen Fall aber nicht, obwohl es sich doch immer um ganz die gleichen Reisen handelt. Das Gesetz kann einen solchen Rechtszustand kaum gewollt haben.

4. Wenn man sich der von Feuchtwanger (AnwBl. 1929, 177) und Lind a. a. O. S. 159 vertretenen rechtlichen Fiktion des Wohnsitzes des simultanen Amtsgerichtsanwalts am Sitz des O.G. anschließt, kommt man logisch zu einer Verneinung der Erstattung der Reisekosten an die Partei des Simultananwalts in dem besprochenen Fall.

5. Häufig und regelmäßig liegt ein Verzicht des Simultananwalts auf die Reisekosten gegenüber seiner Partei vor. Wenn dies aber der Fall ist, so kann nicht wohl eine Erstattung dieser gar nicht geschuldeten Kosten in Frage kommen, weil eben nur wirklich entstehende Kosten der Erstattungsfähigkeit unterstellt sind.

6. O.G. Jena: ZW. 1925, 2369 weist mit Recht darauf hin, daß im gegebenen Fall für die Erstattungsfähigkeit Voraussetzung ist, daß der beim Kollegialgericht zugelassene R.A. zum Beweisstermin gefahren wäre. Es müßte also festgestellt sein, daß — falls die Partei des Simultananwalts nicht durch diesen, sondern einen am Prozeßgerichtssitz domizilierenden Anwalt als Prozeßbevollmächtigten vertreten gewesen wäre — dieser letztere Anwalt den Beweisstermin am auswärtigen Gericht, dem Wohnsitz des Simultananwalts, für die gleiche Partei wahrgenommen haben würde; es müßte also die Partei diesen Anwalt zur Wahrnehmung beauftragt und dieser den Termin wahrgenommen haben. All das müßte festgestellt werden, was angesichts der Fiktion der Vertretung durch diesen Anwalt praktisch kaum möglich sein wird. Ferner: Da es zweifellos unter den gedachten Fällen der Vertretung der Partei durch einen Nichtsimultananwalt auch solche Fälle geben würde, in welchen der Anwalt vom O.G. nicht an das O.G. zum Beweisstermin gereist wäre, so wäre die Erstattungsfähigkeit der Reisekosten des Simultananwalts für Reisen zum O.G. eine verschiedene, je nachdem man annehmen würde, ob der am O.G. Sitz domizilierende Anwalt zum amtsgerichtlichen Beweisstermin gereist wäre oder nicht. Demgemäß würden ganz die gleichen Reisen

sprechend anwendbar. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften führt dazu, daß dem R.A. eine Gebühr nach dem Inkrafttreten der W.D. v. 1. Dez. 1930 unberücksichtigt zu erstatten ist, wenn die Erfahrpflicht der Staatskasse bereits vor dem Inkrafttreten der W.D. nach dem ArmAnwG v. 20. Dez. 1928 entfallen war. Mit der herrschenden Meinung (vgl. Schow-Busch-Krieg, Komm. z. ArmAnwG. Anm. 3b zu § 1; RG. 111, 34) ist davon auszugehen, daß eine Erfahrpflicht der Staatskasse nur für solche Handlungen des Armenanwalts gilt, die er während der Zeit seiner Einordnung des Armenanwalts vorgenommen hat. Der Armenanwalt ist in dem Verhältnis zur Staatskasse so zu behandeln, als ob seine Tätigkeit in dem Verfahren erst mit seiner Einordnung begonnen hätte. Die Armenrechtsbewilligung und Einordnung haben keine rückwirkende Kraft. Hiernach entstand eine Erfahrpflicht der Staatskasse erst mit der Armenrechtsbewilligung und Einordnung des R.A. Dr. M. durch den Beschluß v. 8. Dez. 1930, ohne daß es darauf ankommt, daß R.A. Dr. M. als Wahlanwalt die Prozeßgebühr bereits mit der Berufungseinlegung am 20. Sept. 1930 verdient hatte.

(O.G. Breslau, 11. ZivSen., Beschl. v. 26. Jan. 1931, 17 U 3030/30.)

Mitgeteilt von O.G.R. Warfchau, Breslau.

*

41. § 13 Ziff. 4 RAGebD. Beweisgebühr bei Verwendung von Akten, die im Wege der Prozeßleitung herangezogen worden sind. f)

Die Einforderung der Vormundschaftsakten erfolgte zwar nur zur Information des Gerichtes und im Wege der Prozeßleitung. Das Ur. des 5. ZivSen. v. 5. Nov. 1930 ergibt aber, daß die Akten in der mündlichen Verhandlung verwendet wurden und daß eine für

je nachdem der Partei des Simultananwalts erstattet oder nicht. Solch widerspruchsvolles Ergebnis kann das Gesetz nicht gewollt haben. Gerade dieser Grund scheint mir von besonderer Bedeutung.

7. Es wäre aber eine weitere Voraussetzung, daß die Reisekosten des Beweisstermin am auswärtigen O.G. wahrnehmen den Gedanken am Sitz des Prozeßgerichts domizilierenden Anwalts nicht nur wirklich erwachsen, sondern auch erstattungsfähig wären; eine Frage, welche nicht allgemein bejaht wird, da vielfach die Erstattung davon abhängig gemacht wird, ob nach Meinung des leitenden Gerichts die Reise wirklich notwendig i. S. des § 91 Z.P.D. war; ich persönlich lege diesem Grunde eine rechtliche Bedeutung nicht bei (anders bei besproch. Beschl. des RG.), da nach der herrschenden, freilich nicht von allen Gerichten unbedingt anerkannten, auf RG. (BerZivSen.) 51, 11 zurückgehenden Auffassung regelmäßig die Reisekosten des Prozeßbevollmächtigten der siegreichen Partei zum auswärtigen Beweisstermin zu erstatten sind (vgl. Stein-Jonas, § 91 IX 3 Fußn. 149). Die Höhe solcher zu erstattenden Reisekosten kann aber strittig werden, weil die Meinungen darüber auseinandergehen, ob die höheren Reisekosten oder die geringeren Kosten der Vertretung durch einen am auswärtigen Beweisgericht sesshaften Anwalt zu erstatten sind.

8. Wenn die vom RG. abgelehnte Meinung zu ihrer Begründung anführt, daß die Gegenpartei einen ungerechtfertigten Vorteil bei Nichterstattung der Reisekosten habe, so scheidet dieser Grund an der Erwägung, daß die Partei des Simultananwalts doch nur auf Erstattung ihrer selbst erwachsenen Kosten Anspruch besitzen kann, während sie eben für die Beweissterminswahrnehmung Kosten nicht aufzuwenden hatte, so daß diese Kosten auch nicht unter dem Titel von Reisekosten zum O.G. von der Partei berechnet werden können (vgl. hierzu auch oben 5).

IV. Der vom RG. und mir vertretenen Ansicht ist auch O.G. Kassel v. 11. Juni 1929: WZBl. 1930, 8 (im Auszug bei Selinskij-Meier, Armenanwaltskosten S. 87 wiedergegeben).

R. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

Zu 41. Der Entsch. ist schlechthin beizutreten. Sie deckt sich mit der wohl herrschenden Auffassung, daß die Beiziehung von in der Verhandlung verwendeten Akten ein Beweisaufnahmeverfahren darstellt und stets die Beweisgebühr begründet, gleichgültig, ob die Beiziehung im Wege der Prozeßleitung und nur zur „Information des Gerichtes“ — ihr dient doch auch die Aktenbeiziehung, welche unbestritten zwecks Beweiserhebung erfolgt — geschah. Einem besonderen Beschlußes zwecks Herbeischaffung von Akten bedarf es nicht, vielmehr kommt es nur darauf an, ob mittels der Akten erkennbar nach dem Willen des Gerichts irgend etwas bewiesen werden soll, was nach seiner Meinung des Beweises bedarf (Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebD. [8] § 13 Anm. 75 u. dort zit.; Carlebach, RAGebD. § 13 IV b 1; ähnl. Baumbach, RAGebD., zu RAGebD. § 13 Anm. 6 B; ebenso RG. 20: ZW. 1929, 130; O.G. Bamberg: ZW. 1929, 3175; ähnl. auch O.G. Celle: ZW. 1929, 3177); eine völlig fehlgehende entgegengesetzte Auffassung des O.G. Breslau 4: ZW. 1930, 572 ist dortselbst von Sonnen mit zutreffender Begründung bekämpft.

R. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

die Urteilsfindung wesentliche streitige Parteibeauptung durch den Inhalt der Akten widerlegt worden ist.

Es handelt sich um die klagebegründende Behauptung, eine Hypothek sei nicht valuiert worden. Die Zeugin Emilie H. hat diese Behauptung bestätigt. Ihrer Aussage ist aber kein Glauben geschenkt worden, weil sie in einem wesentlichen Umstande, wie der Inhalt der vorgelegten Vormundschaftsakten ergab, offensichtlich die Unwahrheit gesagt hat. Sind aber hiernach diese Akten in einer Art verwendet worden, daß sie bei der Würdigung der Beweisaufnahme und der darauf gegründeten Urteilsfindung eine erhebliche, ja ausschlaggebende Rolle gespielt haben, so ist ihre Vorlegung in der mündlichen Verhandlung ein Akt der Beweisaufnahme, auch wenn ein förmlicher Beweisbeschluss nicht ergangen war und ihre Heranziehung im Wege der Prozeßfleitung erfolgt ist.

(OLG. Breslau, 11. ZivSen., Beschl. v. 18. Dez. 1930, 3 U 1773/30.)

Mitgeteilt von OLG. Warschauer, Breslau.

*

42. § 17 RAGebD. Berechnung der weiteren Verhandlungsgebühr.

Es ist zwar zutreffend, daß die weitere Verhandlungsgebühr keine selbständige neue Gebühr ist, sondern einen bloßen Zuschlag zu der Verhandlungsgebühr darstellt. Mit dieser Feststellung ist aber noch nicht entschieden, nach welchen gebührenrechtlichen Bestimmungen dieser Zuschlag zu berechnen ist, und insbes. ist damit im Gegensatz zu der Auffassung der RG. (ZB. 1929, 1681²⁰) noch nicht bewiesen, daß wegen des einheitlichen Charakters der Verhandlungs- und weiteren Verhandlungsgebühr die letztere nach denselben Sätzen wie die Verhandlungsgebühr zu berechnen ist. Die weitere Verhandlungsgebühr wird gem. § 17 RAGebD. verdient durch die Vertretung der Partei in der weiteren mündlichen Verhandlung. Erst diese Tätigkeit bringt die weitere Verhandlungsgebühr zum Entstehen. Gilt in diesem Zeitpunkt ein von der bisherigen Gebühr verschiedener Gebührensatz, so kann auch nur dieser zur Anwendung kommen, da unter der Herrschaft der bisher geltenden Gebühren die weitere Verhandlungsgebühr noch nicht entstanden war. Da im vorliegenden Fall die weitere mündliche Verhandlung am 12. Dez. 1930, also nach dem Inkrafttreten der NotVd. des RPräs. v. 1. Dez. 1930, stattgefunden hat, kann die weitere Verhandlungsgebühr auch nur nach den Sätzen dieser NotVd. berechnet werden.

(OLG. Breslau, 11. ZivSen., Beschl. v. 2. März 1931, 17 W 605/31.)

Mitgeteilt von OLG. Warschauer, Breslau.

*

43. § 27 Abs. 2 RAGebD.; § 538 Ziff. 3 ZPO. Zurückweisung an das Gericht der unteren Instanz i. S. § 27 Abs. 2 RAGebD. liegt auch vor, wenn in der Berufungsinstanz das Grundurteil bestätigt wird.

Nach § 27 RAGebD. wird im Falle der Zurückweisung einer Sache an das Gericht unterer Instanz das weitere Verfahren vor diesem Gerichte für die Gebühren der Rechtsanwälte, mit Ausnahme der Prozeßgebühr, als neue Instanz behandelt. Die Frage, ob diese Bestimmung auch im Falle des § 538 Ziff. 3 ZPO. anzuwenden ist, wenn in der Berufungsinstanz das Grundurteil bestätigt und die Sache, ohne förmliche Zurückweisung, zur Verhandlung über den Betrag des Anspruchs an das erstinstanzliche Gericht zurückgelangt, wird überwiegend bejaht (vgl. die bei Sydow-Busch, RAGebD., Anm. 2 zu § 27 angeführten Entsch.). Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb das weitere Verfahren in der unteren Instanz nur dann die erneute Gebühr zur Entstehung bringen soll, wenn die Sache infolge Aufhebung des Urteils der unteren Instanz an diese zurückgelangt (so OLG. Braunschweig v. 19. Jan. 1917: OLGRRpr. 35, 221). Weder der Wortlaut noch der Sinn des Gesetzes rechtfertigt diese Beschränkung. Im § 27 a. a. D. ist der § 538 ZPO. ausdrücklich genannt, dessen Ziff. 3 zweifellos auch und gerade den Fall behandelt, daß bereits in erster Instanz der Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Berufung dagegen zurückgewiesen worden ist. Der Sinn des § 27 a. a. D. ist aber offenbar der, daß die erneute und erhöhte Arbeit, die dem Rechtsanwalt in der ersten Instanz durch die Verhandlung über den Betrag des Anspruchs erwächst, ihre Vergütung finden soll. Dieser Gesichtspunkt trifft in gleicher Weise zu, wenn die Sache nach Aufhebung oder nach Befristung des ersten Urteils in die untere Instanz zurückgelangt.

Wenn darauf hingewiesen wird, daß die Anwendung des § 27 a. a. D. dann ausgeschlossen sei, wenn etwa die Berufung gegen das Grundurteil zurückgenommen werde und nunmehr die Sache zur Verhandlung über den Betrag in die erste Instanz zurückgelange oder wenn in erster Instanz im Anschlusse an das Grundurteil über den Betrag weiter verhandelt werde (§ 304 Abs. 2 ZPO.) und daß in diesen Fällen die Berufung auf die erhöhte Arbeit des Rechtsanwalts nicht zur Bewilligung der neuen Gebühr führen könne, so braucht darüber, wie in diesen Fällen zu verfahren ist, an sich hier nicht entschieden zu werden. Es sei nur hervorgehoben, daß der zweite Fall die Entstehung einer neuen Gebühr auch sachlich nicht rechtfertigt, weil auch äußerlich eine ununterbrochene, fortgesetzte und in gewissem Sinne einheitliche Verhandlung des ganzen Prozeßstoffes stattfindet und den

Rechtsanwälten die Mühe erspart bleibt, sich in einen seit langer Zeit, oft seit Monaten oder seit Jahren, ihnen nicht mehr gegenwärtigen Prozeßstoff von neuem einzuarbeiten. Ob aber im Falle der Zurücknahme der Berufung gegen das Grundurteil der § 27 a. a. D. Anwendung findet, kann sehr zweifelhaft sein. Eine Erörterung hierüber ist durchaus möglich. Wenn die Anwendbarkeit des § 27 a. a. D. für diesen Fall verneint wird, so läßt sich das damit begründen, daß einmal der klare Wortlaut des Gesetzes entgegensteht, das immerhin von einer Zurückverweisung, also von einem gerichtlichen Ausspruche in der Berufungsinstanz spricht. Es kann aber auch angenommen werden, daß die Zurücknahme der Berufung entsprechend der für die Klageerücknahme geltenden Vorschrift des § 271 Abs. 3 ZPO., dem der § 515 ZPO. nachgebildet ist, zur Folge hat, daß das Rechtsmittel als nicht eingelegt gilt und deshalb auch begrifflich von einer Zurückverweisung i. S. des § 27 a. a. D. nicht die Rede sein kann.

(OLG. Breslau, 11. ZivSen., Beschl. v. 1. Dez. 1930, 17 W 4453/30.)

Mitgeteilt von OLG. Warschauer, Breslau.

*

44. § 44 RAGebD. Der Generalbevollmächtigte kann, auch wenn er Anwalt ist, für die Informationserteilung keine Verkehrsgebühr von dem unterlegenen Gegner verlangen.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 22. Sept. 1930, 17 W 3391/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

*

45. § 85 RAGebD. Die Instanz ist bei Urteilen über den Grund des Klagenanspruchs im Falle einer dem Kl. günstigen Entscheidung noch nicht als beendet anzusehen, insoweit die Fälligkeit der Armenanwaltsgebühren in Frage steht.

Ausschlaggebend für die Entsch. über den Anspruch auf Erstattung der Gebühren des BeschwFz. aus der Staatskasse ist die Frage, ob das angefochtene Grundurteil als Beendigung der Instanz i. S. von § 85 RAGebD. i. Verb. m. § 1 Abs. 4 ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928 (RGBl. I, 411) anzusehen ist.

Das Urteil, das über den Grund gem. § 302 ZPO. vorab entscheidet, gilt zwar hinsichtlich der Aufhebung als ein Endurteil, aber es bleibt ein Zwischenurteil. Wird ein Grundurteil wie hier angefochten, so ist der regelmäßige Verlauf der Sache der, daß die erste Instanz nach der Entsch. der Berufungsinstanz wieder mit der Verhandlung der Sache zur Entsch. über die Höhe der Klageforderung betraut wird. Die erste Instanz ist daher mit dem Erlaß eines Grundurteils nicht beendet. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch der Umstand, daß auf Antrag trotz Erlaß des Zwischenurteils und Einlegung der Berufung gleichzeitig auch in erster Instanz weiter über die Höhe des Anspruchs verhandelt werden kann.

Erst wenn endgültig feststeht, daß die erste Instanz mit der Sache nicht mehr befaßt werden wird, insbes. wenn das BG. die Klage abweist oder ein Vergleich geschlossen wird, gilt die erste Instanz als beendet.

Der vom BeschwFz. angezogenen Entsch. des 7. ZivSen. des OLG. Breslau v. 12. April 1927 (ZB. 1927, 1655⁴) kann nicht beigegeben werden, vielmehr ist in Übereinstimmung mit der Entsch. des 11. ZivSen. v. 28. April 1930 (17 W 1382/30) die Instanz mit dem Erlaß des Grundurteils noch nicht als beendet anzusehen.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 17. Nov. 1930, 4 W 9334/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

*

Dresden.

46. Neben den durch die Beauftragung eines beim Prozeßgericht zugelassenen RA. entstandenen Kosten sind die Gebühren eines Berliner RA. für den Antrag auf Erlass einer EinstwVerf. und für seine Vertretungstätigkeit nur bei verwickelter Lage des Rechtsstreits erstattungsfähig.)

Die Sach- und Rechtslage war nicht so schwierig, als daß eine Großfirma von der Art der Kl. nicht unmittelbar einen beim Prozeßgericht zugelassenen RA. mit ihrer Vertretung hätte beauftragen und ihn unterrichten können. Zweifellos bildet es für sie eine Zweckmäßigkeit und Erleichterung, wenn sie alle Rechtsstreitigkeiten einem

Zu 46. Ich halte den Beschl. für verfehlt. Er steht im Widerspruch mit anderen Entsch. (vgl. z. B. OLG. Düsseldorf: ZB. 1930, 3347²⁰; OLG. Rostock: OLGRRpr. 21, 71). Es heißt doch der Partei Prophetengabe beilegen, wenn man von ihr verlangt, daß sie voraussetzt, ob die K. f. H. ohne Anordnung mündlicher Verhandlung einen Antrag auf Erlass einer EinstwVerf. durch Beschluß stattdessen wird oder nicht. Ganz übersehen wird dabei, daß der Partei, die sich zwecks Erwirkung einer EinstwVerf. an ihren Vertrauensanwalt wendet und von ihm dann vielleicht den Rat erhält, sich mit einem beim Prozeßgericht zugelassenen Anwalt in Verbindung zu setzen, dadurch bereits Kosten entstehen. Im Erfolg kommt die Ansicht des OLG. darauf hinaus, die Bestimmungen der Prozeßordnung, durch die der Antrag auf Erlass einer EinstwVerf. vom Anwaltszwang befreit ist (§§ 936, 920, 78 Abs. 2 ZPO.), beiseite zu schieben. Dem Anwalt,

Berliner Kl. unterbreitet und sich seiner Durchführung bedient. Dies darf jedoch zu einer Mehrbelastung des Gegners nicht führen; in diesem Sinne ist dieses Verfahren nicht zweckentsprechend. Die Kl. konnte auch — anders in dem vom Senate entschiedenen Falle 4 Crag 60/30 — hier nicht damit rechnen, daß die R. f. D. sich ohne Anordnung mündlicher Verhandlung dem Antrage durch Beschluß fügen werde und daß, wenn doch dieser Beschluß erging, der Antragsgegner ihn widerspruchlos hinnehmen werde. Sie mußte vielmehr beide Möglichkeiten von vornherein in Betracht ziehen und deshalb sich sofort an einen Kl., der bei der R. f. D. in Bittau zugelassen ist, zu ihrer Vertretung wenden.

Gebühren für den Berliner Kl. der Antragstellerin.

(OLG. Dresden, 4. ZivSen., Beschl. v. 2. Jan. 1931.)

*

Hamburg.

47. Die Herbeiziehung von Beifakten berechtigt nicht zum Ansat der Beweisgebühr, wenn sie nur deshalb erfolgt, weil ein Teil des Rechtsstreits in ihnen behandelt ist.†)

Der Ansat der Beweisgebühr und der Gebühr für die weitere Verhandlung ist unberechtigt, da ein Beweisaufnahmeverfahren nicht stattgefunden hat. Zwar nimmt der Tatbestand des UrUrt. auf die Akten Z III 709/26 Bezug. Er ergibt aber nicht, daß diese Akten zum Zwecke der Beweiserhebung über streitige Parteibehauptungen herangezogen worden seien. Auch dem sonstigen Inhalt der Prozeßakten ist dies nicht zu entnehmen. Die Heranziehung der Akten erklärt sich vielmehr dadurch, daß der vorl. Rechtsstreit z. T. in jenen Akten mitbehandelt worden ist, aus der dort erhobenen Widerklage durch Abtrennung des diese betreffenden Verfahrens hervorgegangen ist. Da der gesamte Inhalt der Akten Z III 709/26 den Parteien bekannt und zwischen ihnen unstreitig war, so konnte ihre Benutzung nur den Zweck einer Entlastung der Prozeßakten, nicht jedoch den der Erhebung eines Urkundenbeweises über streitige Behauptungen haben.

(OLG. Hamburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 2. Jan. 1931, Bs Z VII 455/30.)

Mitgeteilt von Kl. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig.

*

der im Auftrage der Partei den Antrag auf Erlaß einer EinstwVerf. eingebracht hat, kann der Gebührenanspruch nicht verjagt werden. Die Partei aber wird in späteren Fällen Bedenken tragen, einen nicht beim Prozeßgericht zugelassenen Anwalt mit der Erwirkung einer EinstwVerf. zu betrauen.

Kl. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig.

Zu 47. Hier liegt wirklich einmal ein Ausnahmefall vor, in dem zu Recht die für die Heranziehung von Beifakten angelegte Beweisgebühr abgelehnt worden ist. Wenn lediglich durch die prozessuale Behandlung des Rechtsstreits durch das Gericht ein weiteres Aktenstück entstanden ist, in das aus dem ursprünglichen Aktenstück Prozeßstoff übergegangen ist, so handelt es sich bei dem zweiten Aktenstück in der Tat nicht um ein solches, das zum Zwecke der Beweiserhebung über streitige Parteibehauptungen herangezogen werden muß, vielmehr beruhte die Trennung der an sich zusammengehörigen Akten nur auf der Teilung des Prozeßstoffes in zwei verschiedene Aktenstücke. Die Beweisgebühr ist hier also ebenförmig begründet, als sie dadurch begründet werden kann, daß das Gericht Feststellungen aus den ihm vorl. Akten des Rechtsstreits trifft.

Zu begrüßen ist die Entsch. insofern, als das Gericht grundsätzlich die Berechtigung der Beweisgebühr anerkennt, wenn aus den herangezogenen Akten streitige Parteibehauptungen klargestellt werden sollen. Ich habe mich wiederholt gegen den Versuch gewendet, durch die Beschlußfassung, Akten zwecks Information heranzuziehen, die Beweisgebühr abzuschneiden. Dabei handelt es sich für mich nicht so sehr um die Frage, dem Anwalt eine Beweisgebühr zu sichern, als um die Reinhaltung der Prozeßgrundsätze. Solange unsere ZPD. von dem Grundsatz des Parteibetriebes beherrscht ist, hat das Gericht keine inquisitorischen Befugnisse. Seine Aufgabe besteht darin, die über streitige Parteibehauptungen von den Parteien angebrachten Beweise zu erheben oder die Parteien zum Beweisangriff für ihre Behauptungen zu veranlassen. Durch die Aufnahme des § 272 b ZPD. ist daran grundsätzlich nichts geändert worden, vielmehr zeigt gerade die Tatsache, daß der Gesetzgeber diese Vorschrift für erforderlich gehalten hat, das grundsätzliche Fortgelten des Parteibetriebes. Hält man es für angängig, daß das Gericht „zur Information“ Urkundenbeweismittel heranzieht, so ist nicht abzusehen, warum beim Urkundenbeweis haltgemacht werden soll. Das Gericht könnte dann vielmehr auch Zeugen zwecks Information vernehmen, auf die die Partei sich nicht berufen hat. Damit würde der Prozeß vollkommen zum Inquisitionsprozeß werden. Auch die eifrigsten Vorkämpfer für die Stärkung der richterlichen Befugnisse im Prozeß werden diese Folgerung nicht ziehen wollen, und darum muß dem Verwischen der Begriffe entgegengetreten werden.

Kl. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig.

Hamn.

48. §§ 13, 16 RAGebD.; § 271 ZPD. Nimmt der Prozeßbevollmächtigte im ersten Termin vor dem Berufungsgericht die Klage mit Zustimmung des Gegners zurück, ohne daß weiter verhandelt wird, dann kann er nicht eine Verhandlungsgebühr beanspruchen.†)

Nachdem in dem Ehescheidungsprozeß der Parteien die Ehe auf die Klage hin geschieden worden war, hat der Beschw. in dem einzigen vor dem BG. anstehenden Verhandlungstermin namens seiner Partei die Klage mit Zustimmung des Gegners zurückgenommen, ohne daß weiter verhandelt worden ist. Die nach §§ 13, 16 RAGebD. geforderte Verhandlungsgebühr ist dem Beschw., der sich auf den Wortlaut des § 271 Abs. 2 ZPD. beruft, mit Recht nicht zugewilligt worden (ebenso Friedlaender, RAGebD., 8. Aufl. 1927, § 13 Anm. 35; Baumbach, Reichskostengesetz, 2. Aufl. 1927, § 13 Anm. 4). Die Klagerücknahme sollte eine Verhandlung vermeiden, und es kam deshalb nicht in Frage, daß auch nur eine Partei einen Sachantrag stellte (§ 137 Abs. 1 ZPD.). Nach § 271 Abs. 2 ZPD. konnte die Klage vor dem Verhandlungstermin durch Zustimmung eines Schriftsatzes zurückgenommen werden; sie konnte auch „bei“ der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Der letztere Fall kommt hier in Frage. Wenn das Gesetz sagen würde: „in“ der mündlichen Verhandlung, so wäre die Annahme berechtigt, daß eine mündliche Verhandlung erforderlich sei, in welcher die Klagerücknahme zu erklären wäre. Wenn das Gesetz aber sagt: „bei“ der mündlichen Verhandlung, so bedeutet das lediglich, daß das Gericht nach Aufruf der Sache zur Entgegennahme der mündlichen Verhandlung bereit ist und daß es die Klagerücknahme entgegennimmt, ohne daß sonst Anträge gestellt werden. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Fall der Klagerücknahme durch Zustimmung eines Schriftsatzes kostenrechtlich anders zu behandeln wäre als der Fall, daß die Klagerücknahme bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird. Der Umstand, daß ohne Vorlesung von Sachanträgen eine Verhandlung bei Stellung eines Vertagungsantrages vorliegt und hierfür nach §§ 25 Ziff. 5, 16 RAGebD. eine $\frac{3}{20}$ Verhandlungsgebühr entsteht, kann nicht dazu führen, den vorliegenden Fall anders zu entscheiden (Friedlaender a. a. O. Anm. 36).

(OLG. Hamm, 10. ZivSen., Beschl. v. 11. Dez. 1930, 10 W 340/30.)

Mitgeteilt von OBR. Mildner, Hamm i. W.

*

Jena.

49. §§ 9, 133 RAGebD.; § 91 Abs. 2 ZPD. Zwei Vergleichsgebühren.

Es handelt sich um einen Wechselprozeß. Die Einlassungsfrist war auf 24 Stunden abgekürzt. Die Verkl. versuchte eine gütliche Einigung vor dem Verhandlungstermin auf telephonischem Wege direkt mit der Kl. herbeizuführen. Die Kl. wandte sich an ihre ständigen Rechtsvertreter an ihrem Wohnort, die bereits einen Wechselzahlungsbefehl beantragt hatten und ließ sich beraten. Diese legten auch die Vergleichsbedingungen fest und vermittelten den Abschluß des Vergleichs. Darauf wurde die gerichtliche Protokollierung vorgenommen.

Daraus rechtfertigt sich aber der Anspruch der Kl. auf Erstattung der bei ihren Anwälten erwachsenen Vergleichsgebühr. Denn wandten sich die Verkl. mit ihren Vergleichsvorschlägen direkt an die Kl., dann nötigten sie sie bei der Eilbedürftigkeit der Angelegenheit und der Höhe des Objekts, sich an ihre ständigen Anwälte zu wenden und mit ihnen die Vorschläge zu beraten. Ein Wechsel in der Person der Anwälte war insofern nötig (§ 91 Abs. 2 Satz 2 ZPD.), denn mit den Hauptanwältinnen konnte sie die Vorschläge — bei der weiten Entfernung und der damit zusammenhängenden schwierigen Verständigung — auch fernmündlich nicht sachgemäß erörtern. Deshalb fordert die Kl. mit Recht zwei Vergleichsgebühren.

(OLG. Jena v. 25. Juni 1930, 1 W 900/30.)

Mitgeteilt von Justizinspektor Luz, Weimar.

*

Zu 48. Voraussetzung für die Entstehung der Verhandlungsgebühr ist, daß im Termin „mündlich verhandelt“ wird. Die Begriffsbestimmung dieses Verhandlung ist nicht etwa den §§ 137, 138 ZPD. zu entnehmen, d. h. nicht im Sinne einer Darlegung der widerstreitenden Parteiinteressen zu verstehen. Vielmehr gilt für das Gebührenrecht als Verhandlung nur das äußere Merkmal der Antragstellung. Die Erklärung, daß eine Klage zurückgenommen werde, erfüllt dieses Begriffserfordernis nicht. Denn sie macht eine Verhandlung zur Hauptsache überflüssig, sie will ihr vorbeugen, sie höchstens in eingeschränktem Rahmen (über die Kosten) zulassen. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn, wie hier, zur Klagerücknahme die Einwilligung der Gegenpartei erforderlich ist und im gleichen Termine erklärt wird. Die Unterscheidung, ob die Prozeßordnung in § 271 „bei“ oder „in“ der mündlichen Verhandlung sagt, erscheint mir unerheblich. Auch wenn sie die Klagerücknahme „in“ der Verhandlung zuließe, würde das nur bedeuten: in einem

Riel.

50. § 38 Ziff. 3 RAGebD.; § 91 ZPO. Unter Erwirkung des Vollstreckungsbefehls ist dessen Beantragung zu verstehen. Die Gebühr für den nach Widerspruchserhebung bei Gericht eingelaufenen Antrag auf Vollstreckungsbefehl ist im Regelfall nur erstattungsfähig, wenn der Anwalt sich vor Antragsreife bei Gericht nach einem Widerspruch erkundigte und verneinende Auskunft erhielt. †)

Nach § 38 Abs. 1 Ziff. 3 RAGebD. erhält der RA. im Mahnverfahren fünf Zehntel der vollen Gebühr für die Erwirkung des Vollstreckungsbefehls. Diese Gebühr ist mit der durch die Stellung des Antrages entwickelten Tätigkeit des Anwalts verdient. Es kommt hierfür trotz des Wortes „Erwirken“ nicht darauf an, ob der Erlaß des beantragten Vollstreckungsbefehls noch zulässig war oder wegen inzwischen erhobenen Widerspruchs ausgeschlossen ist (vgl. Baumbach, RKostG., 3. Aufl. 1929, RAGebD., § 38 Anm. 4 S. 219; Beschl. des RG. v. 24. April 1928: ZW. 1928, 2161²¹; Beschl. des OLG. Kiel v. 10. Sept. 1928, 2 W 306/28; ZurRdsch. 1929 Nr. 553).

Es fragt sich aber, ob diese Gebühr, wenn der Antrag auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls erst nach Einlegung des Widerspruchs gestellt worden ist, zu den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten gehört und deshalb erstattungsfähig ist.

Nach § 699 Abs. 1 ZPO. ist der Zahlungsbefehl nach Ablauf der Widerspruchsfrist auf Antrag des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn der Schuldner nicht vorher Widerspruch erhoben hat. Stellt der Gläubiger den Antrag, nachdem der Schuldner Widerspruch erhoben hat, ist er unzulässig. Die Gefahr für eine derartige unzulässige Maßnahme trifft aber grundsätzlich die Partei, die sie veranlaßt hat. Nur unter besonderen Umständen sind im Einzelfall, wie der Senat auch bereits in seinen Beschl. v. 10. Sept. 1928, 2 W 306/28 (ZurRdsch. 1929 Nr. 553) und v. 3. Mai 1930, 2a W 66/30 entschieden hat, die hierdurch entstehenden Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig. Solche besonderen Umstände liegen hier aber nicht vor. Der Anwalt der Kl. hat am Tage nach dem Ablauf der Widerspruchsfrist den Antrag auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls gestellt, ohne sich vorher Kenntnis zu verschaffen, ob der Bekl. Widerspruch eingelegt hatte. Dies muß von ihm verlangt werden. Er wohnt am Sitz des OLG. und konnte sich mündlich oder fernmündlich erkundigen, ob Widerspruch eingelegt war. Der Urkundsbeamte wäre sofort in der Lage gewesen, ihm die nötige Auskunft zu erteilen. Die Befragung der Kl., die Geschäftsstelle des OLG. habe es wiederholt abgelehnt, mündliche oder fernmündliche Anfragen, ob Widerspruch eingelegt sei, zu beantworten, ist nicht richtig. Nach der dienstlichen Auskunft des zuständigen Beamten wird eine fernmündliche Anfrage, ob Widerspruch eingelegt worden ist, sofort auf Grund des Mahnregisters und der vorliegenden Eingänge erteilt. Auch wenn voraussichtlich nicht mit einem Widerspruch zu rechnen ist, muß von dem Anwalt verlangt werden, daß er sich, bevor er den Vollstreckungsbefehl beantragt, erkundigt, ob Widerspruch eingelegt worden ist. Hätte er sich erkundigt, wäre der Antrag auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls vermieden worden. Die dadurch ent-

zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine, im Gegensatz zur Rücknahme auf schriftlichem Wege (vgl. RG.: ZW. 1886, 118²³ und 1893, 470²⁵). Die Entsch. ist daher zu billigen.

RA. Foerder, Breslau.

Zu 50. Der Beschluß stellt zwei Auslegungsgrundsätze auf:

1. Unter Erwirkung des Vollstreckungsbefehls ist dessen Beantragung zu verstehen. Damit schließt sich das OLG. Kiel der meistaus überwiegenden und h. M. an; so außer dem im Beschluß zit. Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebD. (8) § 38 Anm. 13 u. die dort Fußn. 5 angeführte Rpr. u. Rechtslehre; ferner Geiershöfer: ZW. 1925, 813, 1549; 1926, 878, 2587; 1930, 2076; OLG. Breslau: ZW. 1925, 813; LG. I Berlin: ZW. 1925, 1423; LG. III Berlin: ZW. 1926, 878; LG. Heidelberg: ZW. 1927, 536; LG. I Berlin: ZW. 1929, 1896; RG. 20: ZW. 1930, 2070; OLG. Dresden: ZW. 1930, 2074; OLG. Stuttgart: ZW. 1930, 2076. Die Vertreter der wenig verbreiteten Gegenmeinung, wonach es für die Entstehung der Gebühr auf die Erlasung des Vollstreckungsbefehls ankäme, sind bei Walter-Joachim-Friedlaender a. a. D. angeführt, dazu treten noch OLG. Dresden FerzibSen. A: ZW. 1925, 2367; RG. 4: ZW. 1926, 2587. Dem Beschluß ist beizutreten, weil die Anwaltsgebühr stets die Tätigkeit des Anwalts vergütet, nicht deren Erfolg; Näheres s. an oben zit. Stellen.

2. Die durch die Einreichung verdiente Gebühr ist nur erstattungsfähig, wenn der Anwalt sich zuvor erkundigte, ob Widerspruch erhoben ist und das Gericht die Frage verneinte. Mit dieser Auffassung folgt der Beschluß zwar seiner schon früher (OLG. Kiel: ZDJustAmtm. 1927, 227) vertretenen Meinung, sie steht aber im Gegensatz zu der herrschenden und m. E. zutreffenden Ansicht, daß dem Anwalt eine Erkundigungspflicht nicht obliegt. Denn: Die Erkundigung würde keine Garantie dafür schaffen, daß bei Einlauf des Antrags nicht doch inzwischen nach Anfrage noch Widerspruch erhoben wurde, der ja (§ 694 Abs. 1 ZPO.) auch noch nach Ablauf der Widerspruchsfrist bis zum Zeitpunkt der

ständenen Kosten waren demnach nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig (vgl. Beschl. des OLG. Kiel v. 3. Mai 1930, 2a W 66/30 und v. 16. Juni 1926, 3a W 86/26; ZDJustAmtm. 1927, 227). Der vom RG. in seinem Beschl. v. 24. April 1928 (ZW. 1928, 2161²¹) vertretenen Ansicht, der Antrag sei in jedem Fall zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig, damit das Verfahren nach Ablauf der Widerspruchsfrist sofort festgesetzt werden könne, kann nicht beigetreten werden. Dadurch, daß der Anwalt sich, bevor er nach Ablauf der Widerspruchsfrist den Antrag stellt, auf der Geschäftsstelle erkundigt, ob Widerspruch eingelegt worden ist, wird das Verfahren nicht verzögert. Diese Maßnahme kann ihm deshalb zugemutet werden, ohne daß dadurch die Interessen seiner Partei beeinträchtigt werden.

Die Beschwerde war demnach zurückzuweisen.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 24. Okt. 1930, 2a W 154/30.)

Mitgeteilt von RA. Franz Krahe, Altona.

*

51. § 89 RAGebD. Beim Termin zur persönlichen Abhörung einer Partei im Eheprozeß ist die Zuziehung des Beistandes eines Dritten nach § 90 ZPO. zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der anzuhörenden Partei nur unter ganz besonderen Umständen notwendig.

Im dem auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft gerichteten Rechtsstreit hat auf Beschluß des OLG. vor dem OLG. in D. die persönliche Vernehmung der Bekl. über die Lage stattgefunden. Zu dem Termin ist die Bekl. im Beistand des RA. Dr. K. in D. erschienen, der außerdem den Verkehr zwischen der Bekl. und deren Prozeßbevollmächtigten führte. Letztere haben Gebührenerstattung für Dr. K. nach §§ 13 I, 44, 45 und nach §§ 13 IV, 45, hilfsweise nach § 89 RAGebD. unter analoger Anwendung von §§ 13 I, IV, 45 a. a. D. verlangt. In der gegen die Ablehnung des OLG. eingelegten Beschwerde macht die Bekl. nur noch geltend, daß für die Terminswahrnehmung eine $\frac{10}{10}$ Gebühr nach § 89 a. a. D. zu liquidieren und auch erstattungsfähig sei; es müsse dem RA. Dr. K. irgendeine Gebühr zufließen, und diese sei entsprechend der Prozeßgebühr nach § 89 a. a. D. auf $\frac{10}{10}$ zu bestimmen, da die Bekl. nach § 90 ZPO. berechtigt gewesen sei, sich des Beistandes des Dr. K. in dem zu ihrer Vernehmung bestimmten Termine zu bedienen.

Die Beschwerde übersieht, daß es für die Frage der Erstattungsfähigkeit nicht nur darauf ankommt, ob dem RA. im Verhältnis zu der von ihm vertretenen Partei eine Gebühr erwachsen ist, sondern außerdem auch darauf, ob die Vertretung durch den RA. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Verteidigung notwendig gewesen ist. Daß dem RA. Dr. K. im Verhältnis zur Bekl. ein Gebührenanspruch nach § 44 RAGebD. (Verkehrsgebühr) entstanden ist, ist nicht zweifelhaft, da er den entsprechenden Auftrag von seiner Partei erhalten hat. Ob ihm daneben noch seiner Partei gegenüber, etwa auf Grund des § 89 a. a. D. eine weitere Gebühr für das Auftreten im Termin zuzubilligen ist, kann unerörtert bleiben, da die Erstattungsfähigkeit einer hierfür etwa erwachsenen besonderen Gebühr

Verfügung des Vollstreckungsbefehls erhoben werden kann. Die Erkundigung würde wohl an einem ganz kleinen, wenig beschäftigten OLG. seitens eines an dessen Sitz domicilierenden Anwalts leichter möglich sein; daß aber der Anwalt von auswärts oder gar bei großer OLG., an denen täglich Hunderte von Vollstreckungsbefehlen verfügt werden, vor Beantragung anfragt, würde zu einer erheblichen Belastung der Gerichte wie der Anwälte führen und bei schriftlicher Nachfrage Verzögerungen mit sich bringen; daß aber grundsätzlich zweierlei Recht — je nachdem ein Anwalt am kleinen OLG. oder ein auswärtiger Anwalt oder stark beschäftigtes OLG. in Frage stehen — gelten sollte, wird man bestimmt verneinen müssen. Für die Erstattungsfähigkeit kommt es darauf an, ob im Zeitpunkt der Antragstellung einer verständigen Durchsetzung der Gläubigerrechte gebient wurde (OLG. Dresden: ZW. 1930, 2074). Das aber ist auch ohne Anfrage nach dem Widerspruch zu bejahen. Übrigens: Wenn man schon fernmündliche Erlebigung will, läge es nicht näher, zu verlangen, daß das Gericht dem Anwalt fernmündliche Anzeige von Widerspruchserhebung mache, als daß man ohne gesetzliche Grundlage dem Anwalt die Anfrage auferlegt? Die von mir vertretene herrschende Meinung samt Rpr. u. Lit. findet sich bei Walter-Joachim-Friedlaender (8) § 38 Anm. 27 und Fußn. 14, auch Nachtrag S. 620; ferner Geiershöfer: ZW. 1925, 813, 1549; 1926, 878; 1928, 1874; Merzbacher-Kraakenberger, RAGebD. § 38 Anm. 5; Carlebach, RAGebD. § 38 Anm. 4; Baumbach, RKostG. (3), zu RAGebD. § 38 Anm. 6 (der aber — ohne Rechtsgrundlage; Näheres RG.: ZW. 1928, 2161 — Geltendmachung in besonderem Prozeß verlangt); OLG. Düsseldorf: ZW. 1928, 1874; RG. 20: ZW. 1928, 2161 mit zust. Anm. Carlebach: ZW. 1928, 2789; LG. I Berlin: ZW. 1929, 1896; OLG. Breslau mit Anm. Fürst: ZW. 1930, 169; OLG. Dresden: ZW. 1930, 2074. Der Ansicht des OLG. Kiel begegnet man heute selten; vgl. deren Vertreter bei Walter-Joachim-Friedlaender a. a. D. Fußn. 14, Nachtrag S. 620).

RA. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

zu verneinen ist. Die Bekl. durfte den RA. Dr. K. auf Grund des § 90 ZPO. als Beistand zum Termin zuziehen. Dafür schuldete sie ihm eine entsprechende Gebühr, sofern diese nicht schon durch andere dem RA. Dr. K. anfallende Gebühren mit abgegolten wird. Wie diese Gebühr zu berechnen wäre, kann dahingestellt bleiben. Denn die Frage der Erstattungsfähigkeit dieser weiteren Gebühr ist zu verneinen. Der Zweck der persönlichen Vernehmung in Ursachen ist der, durch unmittelbare Anhörung der Parteien den Sachverhalt zu klären. Wenn bei dieser unmittelbaren Aussprache zwischen dem Richter und der Partei, deren Zweck die Wahrheitsforschung unabhängig vom Parteinteresse ist, der Beistand eines Dritten zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der anzuhörenden Partei notwendig sein sollte, müßten schon ganz besondere Umstände vorhanden sein.

(OLG. Kiel, 2. Zivilsen., Beschl. v. 20. Dez. 1930, 2a W 205/30.)

Königsberg.

52. GewStG. v. 17. April 1930. Die Abwälzung der Gewerbesteuer der Rechtsanwälte ist unzulässig.

Bei Erörterung der Frage, ob die unterliegende Partei zur Erstattung der Gewerbesteuer als notwendige Kosten des Rechtsstreits gehalten ist, kann dem Umstande, daß zahlreiche Anwaltsvereine Preußens durch förmliche Beschlüsse ihren Mitgliedern die Standespflicht auferlegt haben, zur Abwälzung der Gewerbesteuer prozentuale Zuschläge zu den Kostenrechnungen zu erheben, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Wenn die Auftraggeber der RA. sich in Reversen zur Zahlung der Zuschläge verpflichten, so ist das eine interne Angelegenheit, die nur das Verhältnis zwischen RA. und Mandanten berührt. Als unter den obwaltenden Umständen notwendig gewordene Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung können sie nicht angesehen werden. Durch einseitige Beschlüsse von Ständevertretungen kann der Begriff der notwendigen Kosten nicht verändert werden. Beim Vergleich mit der Erstattungsfähigkeit der Umsatzsteuer ergibt sich eine wesentliche Unterschiedlichkeit für die Beurteilung. Denn während § 11 UmStG. die gesonderte Inrechnungstellung der Umsatzsteuer dann gestattet, wenn als Entgelt für eine Leistung gesetzlich bemessene Gebühren angelegt werden, und die Abwälzung der Umsatzsteuer auf den Leistungsempfänger bei dem Anwaltsstande ohne weiteres gegeben ist, so fehlt es bezüglich der den Anwälten durch das preuß. Gef. v. 17. April 1930 auferlegten Gewerbesteuer an einer entsprechenden Bestimmung. Gerade das Schweigen des Gesetzes zu diesem Punkte deutet darauf hin, daß eine von der Umsatzsteuer abweichende Behandlung gewollt war, und kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber stillschweigend eine derartige hohe Mehrbelastung den Rechtsuchenden im Ergebnis aufzubürden beabsichtigte. Wie das RG. in seinem Beschl. v. 16. Nov. 1930, 20 W 7679/30, ausführt, ist es auch bei den parlamentarischen Verhandlungen zum Ausdruck gekommen, daß eine Belastung der bisher von dieser Steuer verschonten freien Berufe herbeigeführt werden sollte und daß eine Abwälzung der Steuer nicht gewollt war; dabei soll auch zur Sprache gekommen sein, daß die Anwaltschaft eine Entlastung im Wege privater Zuschlagsvereinbarungen zu den festen Gebührensätzen vornehmen könne. Derartige Zuschlagsvereinbarungen können aber nicht auf das Verhältnis zur Gegenpartei Einfluß üben. Wenn das LG. Essen in seiner gegen- teiligen Entsch. (VerlAnwZ. 1930, 219f.) auf die §§ 93, 94 RA-GebD. Bezug nimmt, so ist die Verweisung nicht überzeugend, da die in der GebD. bestimmten Gebührensätze von derartigen Vereinbarungen an sich ganz unberührt bleiben. Der Mandant hat nur ein gewisses, nicht unerhebliches Mehr seinem RA. zu zahlen gegenüber dem nach der GebD. von ihm zu entrichtenden. Es findet deshalb § 94 Anwendung, nach dem solche Mehrstipulationen für das Verhältnis zu der erstattungspflichtigen Gegenpartei nicht in Betracht kommen.

Fehl geht auch die Erwägung des LG. Essen, wenn die Erhebung eines Zuschlags zur Standespflicht erklärt sei, so müsse jede Partei, die die Vertretung eines Anwalts bedarf, diesen Gewerbesteuerzuschlag zahlen, da sie sonst keinen Anwalt finden würde und auf dem Ausweg des § 33 RA-G. angewiesen sei; also handele es sich um notwendige Kosten.

Durch eine solche Argumentation kann die entwickelte Rechtslage nicht beeinflusst werden; es wird vielmehr Sache der RA. sein, der abweichenden Ansicht der Gerichte Rechnung zu tragen.

Auch die erhebliche Schwierigkeit, den an Gewerbesteuer umzuliegenden Betrag für die einzelne Rechtsache zu ermitteln, spricht gegen die Erstattungsmöglichkeit dieser Steuer. Schon daraus, daß nach Art. I Nr. 2 des Gef. v. 17. April 1930 und § 16 GewStG. v. 15. März 1927 die Veranlagung des Steuergrundbetrages nach dem Ertrage erfolgt, den das Unternehmen in dem dem Rechnungsjahre vorausgegangenen Kalenderjahre erzielt hat, und dazu noch die gemeindlichen Zuschläge treten, ergibt sich, wie schwierig im Gegensatz zur Umsatzsteuer, bei der die jeweilige einzelne Rechtsache zugrunde gelegt wird, bei der Gewerbesteuer die Einzelermittlung wäre. Beschlüsse einzelner Anwaltsvereine dahin, daß einfach einheitliche Zuschläge auf das einzelne Geschäft gelegt werden

sollen, müssen angesichts der vorgeschriebenen Staffelung nach dem Gewerbeertrage als in hohem Maße willkürlich und unbillig erscheinen.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 1. Dez. 1930, 7 W 1131/30.)

Mitgeteilt von ODR. Steloff, Königsberg.

53. § 7 RA-GebD.; § 788 I ZPO. Unzulässig ist die Beitreibung der Zwangsvollstreckungskosten aus dem Urteil zugleich mit den nach § 7 RA-GebD. festgesetzten Kosten eines früheren gesetzlichen Vertreters. †)

Der Beschw. hat in seiner Eigenschaft als Pfleger der Kinder des Schuldners gegen diesen ein obliegendes Urteil erstritten, und nachdem die Pflugschaft beendet war, einen Kostenfestsetzungsbeschl. erwirkt, nach dem an ihn als Pfleger die ihm als RA. entstandenen Kosten von dem Schuldner zu erstatten sind. Darauf hat der Beschw. den Antrag gestellt, den Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides wegen der festgesetzten Kosten und der ihm bei früheren Versuchen die Beitreibung des Hauptanspruchs erwachsenen Kosten vorzuladen. Durch den angeführten Beschl. ist auf den Widerspruch des Schuldners dieser Antrag, soweit er wegen anderer als der festgesetzten Kosten gestellt ist, für unbegründet erklärt. Die weitere Beschwerde hat keinen Erfolg gehabt. Auszugehen ist allerdings davon, daß § 788 Abs. 1 ZPO. auch auf das Offenbarungseidverfahren Anwendung zu finden hat.

Diese Bestimmung schließt, wenn nach ihr auch die Kosten der Zwangsvollstreckung zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben sind, nicht aus, daß sich die Beitreibung auch ohne besondere Festsetzung auf die Kosten früherer fruchtloser Zwangsvollstreckung, mögen diese auch von einem anderen Vollstreckungsorgan vorgenommen sein, erstreckt. Die Zulässigkeit der nachträglichen Geltendmachung von Kosten der Vollstreckung hängt aber immer davon ab, daß sie bei Beitreibung des zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruchs entstanden sind. Dabei kann es zweifelhaft sein, ob aus einem Kostenfestsetzungsbeschl. deshalb, weil er das Urteil ergänzt, auch die Zwangsvollstreckung wegen Kosten früherer Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vorgenommen werden darf, zumal wenn die Hauptforderung bezahlt und das Urteil ausgehändigt ist. (Stein-Jonas, II Abs. 2 zu § 788 ZPO.) Hierauf kommt es aber nicht an, da der Kostenfestsetzungsbeschl. hier zugunsten einer anderen Person als der zur Geltendmachung des Klageanspruchs berechtigten erlassen ist, und der Beschw. nicht namens seiner früheren Pflugebefohlenen, sondern aus eigenem Recht die Zwangsvollstreckung betreibt. Denn die Grundlage seines Anspruchs bildet § 7 RA-GebD., nach dem ein RA. bei dem Betrieb eigener Angelegenheiten, zu denen auch die einer Partei, deren gesetzlicher Vertreter er ist, gehören, von dem zur Erstattung der Kosten des Verfahrens verurteilten Gegner Gebühren und Auslagen bis zu dem Betrage fordern darf, in welchem er Gebühren und Auslagen eines bevollmächtigten RA. erstattet verlangen kann. Indem das Gesetz trotz Fehlens eines Anwaltsvertrages den Ansat. von Gebühren erlaubt, ergänzt es die ZPO. und gewährt dem RA. noch weitergehende Rechte als die, die dem

Zu 53. Die Entsch., der ich in allen Punkten beitrete, berührt eine Reihe von Fragen, insbes. spricht sie aus:

1. daß die Kosten früherer Vollstreckung nach § 788 Abs. 1 ZPO. auch mit dem Offenbarungseidverfahren eingezogen werden können. Mit Recht, denn letzteres Verfahren ist ein Zwangsvollstreckungsverfahren, dient der Zwangsvollstreckung, ist auch im 8. Buch der ZPO. unter dem Titel Zwangsvollstreckung in §§ 807, 899 ff. geregelt;

2. daß die Vollstreckung für Kosten früherer Vollstreckungsversuche hinsichtlich der Hauptsache nicht zugleich mit einem (sie nicht enthaltenden) Prozeßkostenfestsetzungsbeschl. möglich ist. Die Auffassung trifft zu, da in § 788 Abs. 1 mit den Worten: „zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch“ nur der Anspruch gemeint sein kann, auf dessen zwangsweise Geltendmachung die früheren Vollstreckungskosten erwachsen; im vorliegenden Fall kommt noch dazu, daß Hauptachsegläubiger (Pflinglinge) und Gläubiger des Anspruchs aus dem Kostenfestsetzungsbeschl. (der Pfleger, ein RA.) verschiedene Rechtspersönlichkeiten sind;

3. daß § 7 RA-GebD. nicht nur anwendbar ist auf den Anwalt, der eigene Angelegenheiten im strengen Sinn betreibt, sondern auch auf den Anwalt als Pfleger. Dies deckt sich mit der allgemeinen Auffassung, wonach § 7 auch für den Anwalt als Pfleger, Konkursverwalter (OLG. Celle: ZW. 1928, 2162; OLG. Hamm: ZW. 1928, 74; u. a.), Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter, Nachlassverwalter oder in ähnlichen Stellungen Platz greift (vgl. Walter-Joachim-Friedländer, RA-GebD. [8], § 7 Anm. 3; Baumbach, RKostG. [2] zu § 7 RA-GebD. Anm. 2; Willenbücher, Kost-Zeitschr. [10] zu § 7 RA-GebD.; Carlebach, RA-GebD., § 7; und andere).

DR. Dr. Weiershöfer, Nürnberg.

Armenanwalt nach § 124 ZPO. zusehen. Dem Anw., der gleichzeitig der gesetzliche Vertreter der Partei ist, wird das Recht eingeräumt, ohne Rücksicht darauf, ob er von der Partei Ersatz verlangen kann oder nicht, die Festsetzung seiner Gebühren kraft eigenen Rechts gegen den verurteilten Gegner zu betreiben (Friedlaender, Anm. 7 a. E. zu § 7 RVGebD.). Dieser einmal erlangte Anspruch geht auch nicht dadurch verloren, daß die Vertretungsbefugnis des Anw. aufhört, so daß er auch zu dem Antrage auf nachträgliche Festsetzung seiner Gebühren aus dem Prozeß- und Vollstreckungsverfahren berechtigt bleibt. Hiernach hat der für den Beschw. erlassene Kostenfestsetzungsbeschluß eine derart selbständige Bedeutung, daß der in der Ladung zum Offenbarungsbeide geltend gemachte Kostenersatzanspruch als der zur Zwangsvollstreckung stehende Anspruch i. S. des § 788 ZPO. anzusehen ist und deshalb zugleich mit ihm nur bei Beitreibung dieses Anspruchs dem Beschw. erwachsenen Gebühren zu berücksichtigen sind. Auszuscheiden haben deshalb die Gebühren für die Vollstreckungsaufträge auf Grund des Urteils, und dies um so mehr, als der Beschw. nach Wegfall seiner Vertretungsbefugnis zur Beitreibung des Urteilsanspruchs gar nicht mehr befugt ist.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 10. Nov. 1930, 7 W 1049/30.)

Mitgeteilt von OLG. Sieloff, Königsberg.

*

Naumburg.

54. § 27 RVGebD. findet keine Anwendung, wenn nach einem der Klage stattgebenden Grundurteil die Berufung zurückgewiesen und in dem nunmehr fortgesetzten Verfahren erster Instanz über die Höhe Beweis erhoben wird. f)

Folgt man dem Wortlaut des § 27 RVGebD., so gilt zwar in jedem Falle der Zurückverweisung einer Sache an das Gericht unterer Instanz gemäß § 538 ZPO., also auch im vorliegenden Rechtsstreit, daß weitere Verfahren vor diesem Gerichte für die Rechtsanwaltsgebühren, mit Ausnahme der Prozeßgebühren als neue Instanz.

Ob § 27 im vorliegenden Falle entsprechend dem Wortlaut Anwendung oder aber entgegen dem Wortlaut keine Anwendung findet, ist freilich bestritten (bejahend: Walter-Joachim-Friedlaender, 8. Aufl., Anm. 4 zu § 27; Merzbacher, 5. Aufl., Anm. 1 zu § 27; Willenbücher, 9. Aufl., Anm. 1 zu § 27; Baumbach, 3. Aufl., Anm. 1 zu § 27; ferner RG.: OLG. Nr. 31, 233; OLG. Frankfurt: JW. 1926, 1475 u. f. m.; verneinend: Schow-Wusch-Krieg, 13. Aufl., Anm. 2 zu § 27; Baumbach, 1. Aufl., Anm. 1 zu § 27; ferner OLG. Braunschweig: OLG. Nr. 35, 222).

Nach Auffassung des Senats betrifft § 27 den hier vorliegenden Fall nicht.

Auszugehen ist von dem im Kostenrecht maßgebenden Gesichtspunkt, daß in einer und derselben Instanz jede Gebühr grundsätzlich nur einmal zur Entstehung gelangt. Daraus folgt, daß § 27 als Ausnahmevorschrift anzusehen ist; diese Auffassung wird dadurch be-

Zu 54. Die in diesem Beschluß vertretene Ansicht muß auf das schärfste bekämpft werden. Der Beschluß setzt sich in schroffem Gegensatz mit der in Schrifttum und Praxis vertretene Meinung (vgl. außer den in dem Beschluß zitierten Quellen OLG. Posen: OLG. Nr. 35, 221; OLG. Naumburg: Sörgels Nr. 1915, 796; OLG. Dresden daselbst 1914, 870; OLG. Kassel: JW. 1928, 1525; OLG. Hamm: JW. 1922, 1409; ferner JW. 1925, 1430 und den Aufsatz von Friedlaender: JW. 1926, 519).

Das OLG. verkennet nicht, daß seine Ansicht in dem Wortlaute des § 27 Abs. 1 keine Stütze findet. Es spricht sogar mit Recht aus, daß aus dem Wortlaute klar hervorgeht, daß bei jedem Fall der Zurückverweisung das weitere Verfahren gebührenrechtlich als neue Instanz zu gelten hat. Das OLG. verweist lediglich darauf, daß die Fassung des § 27 Abs. 1 RVGebD. gegenüber dem Willen des Gesetzgebers zu weit sei. Damit verstößt aber das OLG. gegen den überall anerkannten Grundsatz, daß nicht das maßgebend ist, was der Gesetzgeber eventuell gewollt hat, sondern das, was er tatsächlich im Gesetzestexte niedergelegt hat. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß der Wille des Gesetzgebers dahin geht, das weitere Verfahren nur bei Aufhebung des erstinstanzlichen Urts. als neue Instanz zu behandeln. Das geht einmal aus der Entstehungsgeschichte des § 27 Abs. 1, aber auch aus der Gegenüberstellung des alten und des neuen Rechtszustandes hervor.

Vor der Novelle 1909 bestand der § 27 RVGebD. aus drei Absätzen, von denen nur die beiden ersten dem Abs. 1 Satz 3 und dem Abs. 2 des jetzigen § 27 entsprachen, der Abs. 3 des § 27 Afass. behandelte das Veräumnisurteil gegen den Schwurpflichtigen, der im Termin zur Eidesleistung nicht erscheint. Der § 27 RVGebD. Afass. war im Zusammenhange mit dem § 26 RVGebD. Afass. zu lesen. Dort war bestimmt, daß hinsichtlich des Umfangs der Instanz die §§ 30, 31 OLG. maßgebend seien. Der § 31 OLG. Afass. war gleichlautend mit dem heutigen § 27 Abs. 2 OLG.

Der Rechtszustand vor der Novelle war also einfach der, daß niemals eine weitere Gebühr in Frage kam, da die weitere Ver-

stärkt, daß gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 27 OLG. die Zurückverweisung keinesfalls eine Vermehrung der Gerichtsgebühren zur Folge hat, ferner dadurch, daß bis zur Novelle v. 1. Juni 1909 für die Rechtsanwaltsgebühren genau das gleiche galt.

Ist hiernach § 27 RVGebD. von vornherein eng auszulegen, so ergibt sich weiter — wie auch aus den in OLG. Nr. 35, 222 angeführten Bemerkungen über die Entstehungsgeschichte der bezeichneten Novelle deutlich zu entnehmen ist —, daß der § 27 in seinem jetzigen Wortlaut gegenüber dem, was der Gesetzgeber durch seine Änderung sachlich erreichen wollte, zu weit gefaßt ist.

Danach wollte der Gesetzgeber im Bereich des § 538 ZPO. für die Anw. nur in den Fällen eine gebührenrechtliche Vergünstigung schaffen, in denen durch das erste Urts. die untere Instanz beendet wird, in denen also z. B. die Schadensersatzklage abgewiesen wird, weil sie schon dem Grund nach ungerechtfertigt erscheint, in denen dann aber auf die Berufung der unterlegenen Partei das Gericht höherer Ordnung in Abänderung des angefochtenen Urts. den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, und die Sache zur Verhandlung über die Höhe des Anspruchs an die untere Instanz zurückverweist.

In solchen Fällen kann auch mit innerer Berechtigung das anschließende Verfahren über die Höhe wie eine neue Instanz behandelt werden; beruht doch dieses Verfahren auf dem erst im zweiten Rechtszug ergangenen Urts.; und wird es doch erst durch die darin angeordnete Zurückverweisung möglich!

Anders ist es in den Fällen, in denen das erste Gericht den Klageanspruch durch Zwischenurteil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Durch ein derartiges Urts. wird die Instanz nicht beendet; und zwar auch dann nicht, wenn es mit der Berufung angegriffen wird. Denn ungeachtet der Verhandlung über die Berufung vor dem Gericht höherer Ordnung ist es möglich, daß das Verfahren über die Höhe in der unteren Instanz fortgesetzt wird. Wird in solchem Fall das angefochtene Urts. in der Berufung bestätigt, und die Sache zurückverwiesen, nachdem das Gericht des ersten Rechtszugs z. B. bereits über die Höhe erschöpfenden Beweis erhoben hat, so ist eine zweite Beweisgebühr gemäß § 27 zweifellos nicht entstanden. Wollte man das nämlich doch annehmen, so würde das unmögliche Ergebnis sein, daß es vom Ausgang des zweiten Rechtszuges abhängt, ob die Beweisgebühr gemäß § 27 verdient ist; den in dem Fall, daß das OLG. das Zwischenurteil abändert und die Klage abweist, ist für die Anwendung des § 27 auf das ohne Rücksicht auf die Berufung gegen das Zwischenurteil im ersten Rechtszug weiter fortgeführte Verfahren sicher kein Raum. —

Läßt sich also zwar im Fall der Zurückverweisung nach Abänderung des angefochtenen, auf Klageabweisung lautenden Urts. die prozeßrechtliche Bedeutung des zweiten Rechtszugs als Grund dafür anführen, daß das weitere Verfahren vor dem Gericht erster Instanz als neuer Rechtszug gilt, so mangelt es in dem soeben erörterten, auch hier vorliegenden Fall an einem derartigen Grund. Denn solchenfalls ist das in der Berufung ergangene Urts. ohne jede Bedeutung

handlung vor dem unteren Gericht mit der vorherigen eine Instanz bildete.

Diesen Zustand änderte die Novelle von 1909. Im § 26 RVGebD. wird verwiesen auf den § 27 Abs. 1 OLG., nicht auch auf den Abs. 2 dieser Vorschrift. Vielmehr bestimmt die Novelle im § 27 RVGebD. Afass. anstatt der Bezugnahme auf den § 27 Abs. 2 OLG., daß für die Gebühren des Anwalts die weitere Verhandlung — abgesehen von der Prozeßgebühr — als neue Instanz zu gelten habe. Es werden sogar ausdrücklich die §§ 538, 539, 565 ZPO., genau wie in der alten Vorschrift im § 31 OLG. aufgezählt. Man sollte also doch wohl meinen, daß diese Abänderung des alten Rechtszustandes nichts anderes bedeutet, als daß in jedem Falle der Zurückverweisung die weitere Verhandlung vor dem unteren Gerichte gebührenrechtlich als neue Instanz zu gelten habe. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber aus der Ausnahmevorschrift des § 27 Abs. 1 RVGebD. noch eine weitere Ausnahme machen wollte: Nämlich keine neue Instanz bei Bestätigung des ersten Urteils. Aus der einschränkungslosen Abänderung des alten Rechtszustandes ist nur zu folgern, daß in jedem Falle der Zurückverweisung die weitere Verhandlung als neue Instanz anzusehen ist.

Aus der Begründung der Novelle ist ein abweichender Wille des Gesetzgebers nicht zu entnehmen. Im Mittelpunkt stand der Wille, dem Anwalt für eine umfangreichere Tätigkeit eine gebührenrechtliche Vergünstigung zu verschaffen. Der Fall, von dem in der Begründung die Rede ist, daß bei Aufhebung des Urts. diese umfangreichere Tätigkeit eintrete, ist nur als ein Beispiel anzusehen, keineswegs aber als Interpretation für das Anwendungsgebiet des Gesetzes. Im übrigen entsteht die umfangreichere Tätigkeit aber im vorliegenden Falle gerade dann, und nur dann, wenn das erstinstanzliche Urts. bestätigt wird. Die Tätigkeit des Anwaltes hat genau den gleichen Umfang, wie wenn das erste Urts. aufgehoben wird. Es besteht kein Grund, hierfür die erhöhte Gebühr zu versagen.

Es ist der Begründung auch nicht zu entnehmen, daß die gebührenrechtliche Vergünstigung nur dann für den Anwalt in Frage

für das (nachfolgende oder gleichzeitige) Verfahren über die Höhe im ersten Rechtszug.

Das Maß der Arbeit der Anwälte braucht, wie keiner Darlegung bedarf, in einem Fall, in dem über den Grund vorab entschieden und dann — sei es nach, sei es ohne Berufung gegen das Zwischenurteil — über die Höhe entschieden wird, nicht größer zu sein, als wenn nur Endurteil ergelgt. Aus der mehr oder weniger großen Mühewaltung der Anwälte ist also nichts Ausschlaggebendes für die Auslegung des § 27 zu entnehmen.

Auch vom Standpunkt des rechtsuchenden Publikums aus betrachtet, würde es unbillig erscheinen, wenn die Anwaltskosten des ersten Rechtszuges nur deshalb wüchsen, weil gegen das Zwischenurteil erfolglos ein Rechtsmittel eingelegt worden ist, ohne daß im übrigen das Rechtsmittel irgendwelche Bedeutung für das weitere Verfahren hätte.

Schließlich ist noch zu erwägen, daß es ja völlig im freien, insbes. dem Einfluß der Parteien entzogenen Ermessen des Gerichts steht, ob es überhaupt über den Grund vorab entscheiden will. Es würde deshalb ein vom Standpunkt nicht nur der Parteien und ihrer Anwälte, sondern auch des Gerichts ein innerlich schwerlich zu rechtfertigendes, ja befremdendes Ergebnis sein, wollte man die Entscheidung der — zudem meist nicht unerheblichen — Gebührenforderung nach § 27 von der mehr oder weniger großen Entschlußfreudigkeit des Gerichts abhängig sein lassen.

(OLG. Raumburg, 2. Zivilsen., Beschl. v. 24. Juni 1930, 2 W 81/30.)

Berlin.

V. Armenrecht¹⁾

§ 5. § 1 Abs. 4 ArmAnwG.; § 85 RAGebD. Erledigung des Auftrags des Armenanwalts durch Tod des Auftraggebers. †)

Mit Recht erblickt der Erinnerungsführer im Tode des Bekl. eine „Erledigung des Auftrags“ i. S. d. entsprechend heranzuziehenden § 85 RAGebD.

Nach § 122 ZPD. erlischt das Armenrecht mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist, und zwar „von selbst, aber nur für

kommen soll, wenn durch das erste Ur. die Instanz beendet war. Hiervon ist in der Begründung keine Rede. Die Zitierung des § 538 im § 27 RAGebD. ergibt auch das Gegenteil. § 538 Ziff. 3 hat nach seinem Wortlaute zwei Fälle im Auge: Der VerR. befaßt in Übereinstimmung oder im Gegensatz mit dem Vorderrichter den Grund des Anspruchs. Der erste Fall von diesen beiden ist aber gerade der, der hier vorliegt.

Die weitere Begründung des Beschlusses ist ebenfalls nicht stichhaltig. Hat nach einer Vorabentscheidung über den Grund eine Fortsetzung des Verfahrens über die Höhe stattgefunden, und ist erschöpfender Beweis erhoben worden, so entsteht nach Zurückverweisung die Beweisgebühr des § 27 allerdings nicht. Aber nur deshalb nicht, weil dann eben ein neuer Beweis nach der Zurückverweisung nicht erhoben ist. Wird nach Zurückverweisung Beweis erhoben, so entsteht die Gebühr. Das Entstehen der Beweisgebühr ist also nicht von dem Ausgange des zweiten Rechtszuges, sondern davon abhängig, ob nach der Zurückverweisung im Rahmen der weiteren Verhandlung neuer Beweis erhoben wurde oder nicht.

Es ist auch durchaus nicht befremdlich, daß die mehr oder minder große Entschlußfreudigkeit des Gerichtes die Kostenfrage beeinflusst. Die Entschlußfreudigkeit des Gerichtes hat immer Einfluß auf die Kosten des Rechtsstreites: Das schon bei der Frage, ob Beweis erhoben werden soll oder nicht. Im übrigen kommt man, wenn man mit der vom OLG. vertretenen Ansicht gehen will, zu dem Ergebnis, daß den Parteien, wenn das erste Ur. aufgehoben wird, das Gericht also eine unrichtige Entsch. gefällt hatte, mehr Kosten entstehen, als in dem Fall, in dem das untere Gericht richtig entschieden hat. Das ist erst recht ein nicht zu billigendes Ergebnis und zeigt, daß nur zwei Lösungen der Gebührenfrage bei weiterer Verhandlung nach Zurückverweisung möglich sind: nämlich entweder niemals neue Instanz wie früher, oder, wie heute, in jedem Fall neue Instanz.

RA. Dieze, Raumburg a. d. S.

Ru 55. Mit dem Tode der armen Partei erlischt das Armenrecht; dies bestimmt ausdrücklich der § 122 ZPD. Mit dem Erlöschen des Armenrechts hört auch die Beordnung des Armenanwalts auf, sein „Pflichtauftrag“ ist beendet (Friedlaender, RA²⁾, Exkurs zu § 39 Anm. 9). Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß der Erstattungsanspruch gegen den Staat fällig geworden ist.

Die interessante Frage, ob die Gebühren dem Staat gegenüber ganz neu zu berechnen sind, wenn zwecks Fortführung des Prozesses durch die Erben diesen derselbe Anwalt im Armenrecht beigeordnet wird, sei hier nur angedeutet. Ihre Beantwortung erscheint in Konsequenz der oben angeführten Gedankengänge einfach. Aber sie ist es nicht, wenn man sich die Erwägungen vor Augen hält, auf die ich bei Walter-Joachim-Friedlaender³⁾ § 25 Anm. 8, 9

die Zukunft. Die Erben bedürfen einer neuen Bewilligung... Auf die Vollmacht des Armenanwalts findet § 86 (ZPD.) Anwendung; aber die aus § 115 (ZPD.) folgende Pflicht des Anwalts erlischt“. So zutreffend Stein-Jonas, ZPD., 14. Aufl., Anm. zu § 122 mit Fußn. 3.

Jenes Pflichterlöschen macht es unbedenklich, anzunehmen, daß damit auch wenigstens gebührenrechtlich der Auftrag des Armenanwalts als erlobigt zu betrachten ist.

Hinzu kommt noch, daß nach Lage der Sache eine Fortführung des Prozesses durch die Parteien als ausgeschlossen erachtet werden muß (vgl. Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebD., 8. Aufl., Anh. II z. 1. Abschn. Anm. 18 S. 113 u. Anm. 20 S. 114).

(RG., Beschl. v. 1. Dez. 1930, 20 Wa 265/30.)

Mitgeteilt von H. Willy Reinberger, Berlin.

*

56. § 5 ArmAnwG. Durch die Anordnung des Übergangs des Anspruchs des Anwalts gegen seinen Auftraggeber auf die Staatskasse sind die Parteien nicht gehindert, sich im Verhältnis zueinander über die außergerichtlichen Kosten abweichend von der gerichtlichen Entscheidung zu einigen.

Durch den Übergang des Anspruchs des Anwalts gegen seinen Auftraggeber auf die Staatskasse gem. § 5 ArmAnwG. werden die Armenanwaltskosten nicht zu Gerichtskosten, sie bleiben vielmehr außergerichtliche Kosten (vgl. 20 W 2422/29, 20 W 548/30, auch OLG. Celle: Recht 1930, 1908 = ZW. 1930, 3345, zustimmend auch Carlsbach in Anm. dazu).

Nun bestimmt zwar § 5 Satz 2 ArmAnwG., daß auf die Geltendmachung des auf die Staatskasse übergegangenen Anspruchs die Vorschriften über die Erhebung von Gerichtskosten entsprechende Anwendung finden. Aber eben nur entsprechende Anwendung, woraus ein weiteres Anzeichen dafür zu entnehmen ist, daß die Armenanwaltskosten eben nicht Gerichtskosten, sondern außergerichtliche Kosten sind. Die Bestimmung des § 5 Satz 2 ArmAnwG. betrifft indessen nur die Zulässigkeit und Art der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs, läßt aber seine Voraussetzungen unberührt. Dazu aber gehört, daß hinsichtlich des in der Person des Armenanwalts entstandenen, und mit diesem Umfang und Inhalt auf die Staatskasse übergegangenen Anspruchs eine Erstattungspflicht des Gegners besteht, wenn die Armenanwaltskosten von ihm — wie Gerichtskosten — eingezogen werden sollen. Die rechtliche Grundlage der Erstattungspflicht bilde die Kostenentscheidung in erster Instanz. Sie aber ist, soweit erstattungsfähige und -pflichtige außergerichtliche Kosten in Betracht kommen — anders als in Anlehnung der Zahlungspflicht für gerichtliche Kosten (§ 81 GKG.) —, durch den Vergleich beseitigt worden, in dem die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben worden sind, mit der Folge, daß jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten im Verhältnis zueinander selbst trägt.

Besteht hiernach hinsichtlich der Armenanwaltskosten eine Erstattungspflicht des Gegners nicht mehr, so fehlt es an der Voraussetzung für deren Einforderung vom Gegner überhaupt, so daß für eine Erhebung nach Art von Gerichtskosten kein Raum ist (vgl. auch 20 W 548/30).

Hier kann nicht eingewendet werden: Mit der Erstattung an den Armenanwalt gehe der Anspruch auf die Staatskasse über (§ 5 Satz 1 ArmAnwG.). Damit verliere die Partei die Verfügungsbefugnis über den Anspruch; ein später geschlossener Vergleich sei deshalb ohne Rechtswirkung gegenüber der Staatskasse. Dem kann indessen nicht gefolgt werden. Voraussetzung des Übergangs auf die Staatskasse ist die Erstattungspflicht des Gegners. Ist sie nicht gegeben oder fällt sie später fort, so fehlt es an dieser Voraussetzung. Im letzteren Falle wird allerdings der gesetzlich vorgeschriebene Übergang auf die Staatskasse (§ 5 ArmAnwG.) nicht rückgängig gemacht. Wohl aber entfällt nachträglich die Voraussetzung für die „Geltendmachung des Anspruchs“ (§ 5 Satz 2 ArmAnwG.), so daß seine Einziehung nach Maßgabe der Erhebung von Gerichtskosten nicht in Frage kommt. Es kann nicht angenommen werden, daß durch die Anordnung des Übergangs auf die Staatskasse die Parteien gehindert sein sollten, sich im Ver-

hingewiesen habe. Der gleiche Fall kann eintreten, wenn der Partei das Armenrecht entzogen und später wieder unter Beordnung desselben Anwalts bewilligt wurde. Ist nach den Umständen anzunehmen, daß der frühere Parteiauftrag (der ja trotz Entziehung oder Erlöschens des Armenrechts fort dauern kann) auf Grund der neuen Beordnung fortgeführt werden soll und kann dies dem Armenanwalt billigerweise zugemutet werden, so nimmt auch die gebührenrechtliche „Instanz“ ihren Fortgang. Wenn aber z. B. ein anderer Armenanwalt und wegen Ablebens desselben nach einem Jahre wieder der erste beigeordnet wurde, so ist anzunehmen, daß bei diesem die Gebühren ganz von neuem erwachsen und auch vom Staat neu zu erstatten sind. Einzelheiten können hier nicht erörtert werden. Es verlohnt sich aber, diesen noch kaum behandelten Fragen nachzugehen.

RA. Dr. Friedlaender, München.

1) ZW. 1930, 2076 ff., 3366 ff., 3492.

hältnis zueinander über die außergerichtlichen Kosten abweichend von der gerichtlichen Entsch. zu einigen. Ob etwas anderes dann zu gelten hätte, wenn die Parteien solche Einigung in der Absicht getroffen haben, den Übergang des Erstattungsanspruchs auf die Staatskasse wirkungslos zu machen, kann hier unerörtert bleiben, weil Anhaltspunkte für solche Annahme nicht ersichtlich sind. Zugleich wird durch diese Erwägungen die Anwendbarkeit des § 81 RWG., der hinsichtlich gerichtlicher Kosten das Erlöschen einer durch gerichtliche Entsch. begründeten Kostspflicht von der Änderung dieser Entsch. im Rechtsmittelverfahren abhängig macht (vgl. 20 W 15017/27 v. 31. Jan. 1928), auch auf dem Umwege über die entsprechende Anwendbarkeit und § 5 Abs. 2 ArmAnwG. verneint, da der Erstattungsanspruch ja gerade nicht „geltend gemacht“ werden kann. Dasselbe gilt auch von der Anwendbarkeit des § 123 Abs. 1 ZPO. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Anderenfalls könnte sich die Staatskasse zunächst an den erstattungspflichtigen Gegner halten, und dieser wäre auf einen Erstattungsanspruch gegen die arme Partei beschränkt, der in den meisten Fällen eben wegen der Armut nicht zu verwirklichen wäre. Das kann der Sinn des Gesetzes nicht sein. Solches Ergebnis würde auch dem Grundsatz widersprechen, daß die Bewilligung des Armenrechts nicht dazu führen darf, die obliegende Partei schlechter zu stellen, als wenn sich die arme Partei eines Wahlanwalts bedient hätte.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 12. Jan. 1931, 20 W 12903/30.)

*

57. Einstweilige Verfügungen in Ehesachen. Berechnung der vom Staat zu erstattenden Armenrechtsgebühren. Auslegung des § 7 Abs. 3 Satz 2 RotWD. des RPPräf. v. 1. Dez. 1930 (9. Abschnitt. †)

Es handelt sich um ein Verfahren wegen EinstwVerf. in Ehesachen. Das erhellt schon aus folgendem:

Bereits im Gesuch um die EinstwVerf. ist zu Beginn ausdrücklich auf die gleichzeitig eingereichte Ehescheidungsklage Bezug genommen. Die beantragten Maßnahmen sind — teils ausdrücklich, teils dem unverkennbaren Sinne nach — für die Dauer des Scheidungsprozesses begehrt worden. Demgemäß hat das Prozeßgericht unter ausdrücklichem Hinweis auf § 627 ZPO. am 2. Okt. 1930 beschlossen. Das Urf. v. 23. Okt. 1930 erhält den Beschluß zum Teil aufrecht, ohne erkennen zu lassen, daß es sich nicht um eine EinstwVerf. in Ehesachen handele. Das zweitinstanzliche Parteivorbringen enthält nichts, was die rechtliche Natur des Verfahrens änderte. Liegt aber ein Verfahren wegen EinstwVerf. in Ehesachen vor, dann hat der Urkundsbeamte die Gebühren des Erinnerungsführers richtig berechnet. Denn § 7 Abs. 3 Satz 2 der RotWD. des Reichspräsidenten v. 1. Dez. 1930 (RWBl. I, 517 ff.) sagt, daß in Verfahren der erwähnten Art sich „der Höchstbetrag einer Gebühr“ auf 25 RM beläuft. Ein Höchstbetrag kann aber unter keinen Umständen noch erhöht werden, auch nicht nach § 52 RWGebD. (vgl. auch Wenz, „Der deutsche Rechtspfleger“ 1931 S. 14).

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 12. März 1931, 20 Wa 73/31.)

*

Zu 57. Die Entsch. befaßt sich zunächst mit dem Begriff der „EinstwVerf. in Ehesachen“ i. S. des § 7 Abs. 3 Satz 2 der RotWD. v. 1. Dez. 1930 (9. Abschnitt). Dieser Begriff, der in der ZPO. nicht vorkommt, wird dahin zu bestimmen sein, daß er alle EinstwVerf. umfaßt, „die bei dem Gericht des Eheprozesses, sei es gemäß § 627 ZPO., sei es sonst anhängig sind und auf den Eheprozeß als Hauptfache Bezug haben“ (Friedlaender: ZW. 1930, 3825). Das RG. gibt zwar keine ausdrückliche Begriffsbestimmung der EinstwVerf. in Ehesachen; seine Ansicht scheint sich aber mit der vorstehend erwähnten zu decken.

Im übrigen gibt der Kostenrat des RG. der Vorschrift des § 7 Abs. 3 Satz 2 eine Auslegung, die nicht gebilligt werden kann. Der Unterfertigte hat die gleiche Ansicht in ZW. 1930, 3825 vertreten, vermag sie aber nicht aufrechtzuerhalten. Die Vorschrift war im Entw. der Justiznovelle nicht enthalten; sie erschien zum ersten Male in der RotWD., so daß auch eine Begründung nicht bekanntgeworden ist. Der Wortlaut scheint dafür zu sprechen, daß die Bestimmung sich nicht, wie der ihr vorausgehende Satz, auf die Grundlage der Gebührenberechnung, also auf die Sätze des § 9 GebD., sondern wirklich auf die einzelnen, daraus berechneten Gebühren bezieht, so daß keine Gebühr (mag sie $\frac{10}{10}$ oder $\frac{13}{10}$ betragen) für die Haftung des Staates höher sein kann als 25 RM. Allein der Wortlaut der Vorschrift zwingt nicht zu diesem Schlusse; das Wort „Gebühr“ kann auch „volle Gebühr i. S. des § 9 GebD.“ bedeuten, und der Zusammenhang mit dem vorausgehenden Satz läßt bei näherer Betrachtung erkennen, daß diese „volle Gebühr“ und nur sie gemeint ist. Die Formulierung mußte bei den EinstwVerf. anders erfolgen als bei den Ehesachen, weil dort auch geringere Streitwerte in Frage kommen konnten, die eine volle Gebühr von weniger als 25 RM. ergaben. In diesen Fällen soll nicht, wie in den Ehesachen, die volle Gebühr 25 RM., sondern weniger betragen. Beträgt aber die volle Gebühr (vermindert um den 10%igen Abschlag des § 7

58. §§ 114 ff. ZPO. Staatenlosen steht kein Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts zu. Ehemaligen Deutschen, die staatenlos geworden sind, ist das Armenrecht zu bewilligen.

In dem von dem gleichen Standpunkt ausgehenden Beschl. v. 27. Juni 1929, VII A 453/29: DRZ. 1929, Beil., Nr. 963; Wam. 1929 Nr. 168 S. 310, hat jedoch das RG. die Frage offengelassen, ob nicht ehemalige Deutsche, die staatenlos geworden sind, u. U. zum Armenrecht zuzulassen seien. Diese Frage ist nach der Auffassung des Beschl. u. z. zwecks Vermeidung unbilliger, dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechender Härten in einem Falle, wie dem vorliegenden, zu bejahen, in dem die früher reichsdeutsche Kl. durch ihre Verheiratung Österreicherin geworden ist und sodann auch die österreichische Staatsangehörigkeit verloren hat, weil ihr Ehemann staatenlos geworden ist.

(RG., 28. ZivSen., Beschl. v. 7. Okt. 1930, 28 W 7346/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Curt Rosenberg, Berlin.

*

59. §§ 114 ff. ZPO. Versagung des Armenrechts bei Bereitwilligkeit des Gegners, die Prozeßkosten gegen Eintragung einer Vormerkung vorzulegen.

Der Antragsgegner zu 2 hat sich in seinem Schriftsatz vom 2. Mai 1930 erboten, dem Antragsteller die Kosten für den Prozeß unter der Bedingung vorzulegen, daß dieser auf dem Grundstücke eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek für die vorzulegenden Prozeßkosten mit dem Range hinter der Belastung von 12000 RM eintragen lasse. Die von dem Antragsteller erklärte Ablehnung dieses Angebots ist nicht gerechtfertigt. Er muß sein in dem Grundstück steckendes Vermögen zur vorstufweisen Zahlung der Kosten des anzustreitenden Rechtsstreits in Anspruch nehmen, wenn er hierzu ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts in stande ist, und wenn die Realisierung des Vermögensstücks ohne unverhältnismäßige Kosten möglich ist. Diese Möglichkeit ist durch das Angebot des Antragsgegners zu 2 ohne Beeinträchtigung der Unterhaltspflichten des Antragstellers gegeben. Die Verpflichtung, eine Sicherungshypothek eintragen zu lassen, besteht für den Antragsteller auch nur im Falle einer rechtskräftigen Abweisung der von ihm beabsichtigten Klage, da es sich zunächst um die Eintragung einer Vormerkung handelt.

(RG., 11. ZivSen., Beschl. v. 28. Okt. 1930, 11 W 7341/30.)

Mitgeteilt von RA. v. Bonin, Potsdam.

*

60. §§ 114 ff. ZPO. Die arme Partei hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Beiordnung eines bestimmten Anwalts, sofern nicht ganz besondere Gründe vorliegen. †) Die Auswahl des Anwalts erfolgt nach dem richterlichen, in der Beschwerdeinstanz nachprüfbareren Ermessen des Vorsitzenden. Der Vorsitzende ist bei seiner Wahl pflichtgemäß gebunden, alle in Frage kommenden Umstände, insbes. auch die Interessen der armen Partei, abzuwägen. Auch die Bitte der Partei, ihr den von ihr

Abs. 2) mehr als 25 RM., so ist sie auf diesen Betrag zu reduzieren. Bei der durch solche Gedankengänge gebotenen Neuformulierung hat man offenbar übersehen, die ausführlichere und korrektere Fassung des vorausgehenden Satzes zum Muster zu nehmen und hat statt der umständlicheren Ausdrucksweise „Höchstbetrag einer vollen Gebühr (§ 9 RWGebD.)“ die kürzere „Höchstbetrag einer Gebühr“ gewählt. Daß nichts anderes gemeint war, ergibt sich aus dem unverkennbaren Zweck der Bestimmung: es sollte verhindert werden, daß der Staat für EinstwVerf. in Ehesachen höhere Gebühren zu zahlen hätte, als in den Ehesachen selbst. Daher sollte die feste Gebühr des § 7 Abs. 1 Satz 1 bei den EinstwVerf. als Höchstbetrag gelten. Dieser Zweck wird erreicht, wenn die Sätze des § 9 den Betrag von 25 RM. nicht übersteigen dürfen; in zweiter Instanz gilt in Ehesachen der feste Satz von 32,50 RM. ($25 \text{ RM.} + \frac{3}{10}$), bei EinstwVerf. also der gleiche Betrag als Höchstbetrag.

Die sich hieraus ergebende Regelung ist übrigens nicht in allen Fällen für die Anwaltschaft günstiger als die nach der Meinung des RG. bestehende: wenn z. B. der Streitwert der EinstwVerf. über 2000 RM. beträgt, so hat der Staat für eine nicht streitige Verhandlung $\frac{6}{10}$ von 25 RM., d. i. 12,50 RM. zu vergüten. Nach der Ansicht des RG. hätte er $\frac{6}{10}$ aus 54 RM. (60 — 10%), also 27 RM., gemindert auf 25 RM., zu erstatten (vgl. Friedlaender: ZW. 1930, 3825).

Die hier wiedergegebene Meinung wird auch vertreten von RA. Kaufmann (Wesfeld) im RheinWestfAnwBl. 1931, 16 und von Jacobi-Lauterbach, RWGebErstattung in Armesachen (Ende 1930) 3 Tab. III.

RA. Dr. Friedlaender, München.

Zu 60. Es wird darauf hingewiesen, daß das Problem der Verteilung der Armesachen inzwischen durch den Vorstand des

erbetenen Anwalt beizuordnen, muß er berücksichtigen. Dabei kann und darf er jedoch davon ausgehen, daß — wie auch der 23. ZivSen. in seiner von der Kl. zitierten Entsch. v. 30. Jan. 1930: ZW. 1930, 658 zutreffend erörtert hat — die arme Partei keinen Anspruch darauf hat, daß ihr unbedingt gerade der von ihr selbst ausgewählte Anwalt beigeordnet wird.

Nur die besonderen Umstände des Einzelfalles können der armen Partei einen Anspruch darauf geben, daß gerade der von ihr gewünschte und bezeichnete Anwalt ihr vom Vorsitzenden beigeordnet wird. Der 23. ZivSen. hat in dem ihm vorliegenden Falle das Vorhandensein solcher den Anspruch begründende Umstände angenommen.

Der erk. Sen. hält sie im vorliegenden Falle nicht für gegeben. Daß ihr der Anwalt von zwei Bekannten empfohlen wurde, rechtfertigt noch nicht die Behauptung der Kl., daß sie von ihm eine vertrauenswürdigere Bearbeitung ihrer Angelegenheit erwarten könne, als von dem ihr vom Vorsitzenden beigeordneten Anwalt. Auch der Umstand, daß sie sich bereits an den ihr empfohlenen Anwalt gewandt, ihn in ihr Vertrauen gezogen und durch diese Erörterung Vertrauen zu ihm gewonnen hat, kann noch nicht ausschlaggebend sein. Es ist in keiner Weise ersichtlich, weshalb sie nicht auch zu dem vom Vorsitzenden ausgewählten Anwalt in demselben Maße sollte Vertrauen gewinnen können, wie zu dem ihr von Bekannten empfohlenen, ihr bisher ebenfalls ganz unbekanntem Anwalt. Jedenfalls hat die Kl. in dieser Hinsicht nichts vorgebracht. Läge der Fall etwa so, daß der von der Kl. gewünschte Anwalt sie bereits in der vorliegenden Eheangelegenheit oder etwa in anderen Rechtsangelegenheiten früher beraten oder vertreten hätte, so würde sie sich mit Zug darauf berufen können, daß dieser Anwalt ihres Vertrauens auch in dieser Sache der ihr beizuordnende Vertreter sei. Abzulehnen ist dagegen die Meinung der Kl., man könne ihr, nachdem sie den ihr empfohlenen Anwalt einmal ins Vertrauen gezogen habe, nicht mehr zumuten, ihre Angaben auch noch dem vom Vorsitzenden ausgewählten zweiten Anwalt zu machen. Dabei ist zu erwägen, daß es sich um einen — wie die Klageschrift ergibt — verhältnismäßig einfach gelagerten Scheidungsprozeß handelt, und daß die Klage auch nicht einmal Dinge enthält, die die Kl. hindern könnten, aus Gründen des natürlichen Schamgefühls über sie zu einem andern Anwalt, als dem Kl. Dr. A. zu sprechen.

War aus diesen Erwägungen heraus der Vorsitzende der Kammer nicht verpflichtet, gerade den von der Kl. bezeichneten Anwalt ihr beizuordnen, und vermag die Kl. andererseits keine besonderen Gründe dafür geltend zu machen, daß gerade der beigeordnete Anwalt ihr nicht hätte beigeordnet werden dürfen, so muß es bei der Verfügung des Vorsitzenden der Kammer verbleiben, auch wenn an sich — wenigstens vom Standpunkte der Kl. aus — keine Gründe gegeben wären, von der Beordnung des von der Kl. erbetenen Anwalts Abstand zu nehmen. Das ergibt schon die einfache Erwägung, daß die Kl. nicht verlangen kann, daß die Staatskasse von zwei verschiedenen Anwälten für ihre Vertretung in Anspruch genommen werden kann, was der Fall sein würde, wenn der Beschwerte stattgegeben werden würde.

Abzulehnen ist ein Eingehen auf die Erörterungen der Beschwertschrift, ob nicht aus dem besonderen Interesse des von der Kl. ausgewählten Anwalts oder aus einem Allgemeininteresse der Anwaltschaft heraus der Kl. Dr. A. hätte beigeordnet werden sollen, oder ob nicht etwa gerade die Interessen der Anwaltschaft als solcher dieser Beordnung entgegenstanden. Diese Erwägungen würden auf einem Gebiete liegen, das die Interessen der Kl. nicht berührt und durch das sie als die arme Partei, der ein Anwalt beizuordnen ist, nicht berührt wird. Insbesondere kam es daher hier auf die Frage nicht an, ob der Vorsitzende bei der Auswahl des Armenanwalts die Inter-

esse abschließend behandelt ist und in Richtlinien Ausdruck gefunden hat (AnwBl. 1930, 365 ff., 368). Sinn und Zweck der Richtlinien ist, die Interessen der Anwaltschaft und des rechtsuchenden Publikums, soweit sie sich widersprechen, ausgleichend zu berücksichtigen. Die bisherige Rspr., sowie auch die überwiegende Praxis der Gerichte läßt erkennen, daß die Anschauungen der Gerichte mit der Standesauffassung der Anwaltschaft übereinstimmen. Das OVG. Braunschweig (ZW. 1930, 659) erkennt das Interesse des Anwaltsstandes an einer gleichmäßigen Verteilung an. Das RG. (23. ZivSen.): ZW. 1930, 685 hält eine Abweichung vom Turnus für angebracht, wenn im Einzelfall ein Vertrauensverhältnis der Partei mit einem bestimmten Anwalt bereits vorliegt und alsdann das Interesse des Publikums an der Bestellung dieses Anwalts überwiegt. Die gleiche grundsätzliche Auffassung enthält auch die vorliegende Entsch. (RG. [33. ZivSen.]), gelangt aber trotzdem zu einem entgegengegesetzten Ergebnis. Der Unterschied ergibt sich aus der auf dem Gebiete der Kasuistik liegenden Frage, unter welchen Umständen ein Vertrauensverhältnis anzunehmen ist. Auffallend ist hierbei, daß trotz der verschiedenen Ergebnisse die tatbestandlichen Merkmale in den beiden genannten Entsch. fast völlig übereinstimmen. Der Begriff des Vertrauensverhältnisses ist kein rechtlicher, sondern aus den Lebensverhältnissen unter Berücksichtigung der Lebenserfahrung abzuleiten. Die Lebenserfahrung zeigt jedoch, daß mit dem Begriff des Vertrauensverhältnisses Mißbrauch getrieben werden kann und getrieben wird, daß man insbes. von einem Vertrauensverhältnis nicht

sprechen der Anwaltschaft dadurch berücksichtigen muß, daß die Verteilung der Armensachen gleichmäßig, d. h. nach einer bestimmten Reihenfolge geschieht, weil die Übernahme eines Teiles der entfallenden Anwaltsgebühren auf die Staatskasse zugunsten der Gesamtheit der Anwaltschaft erfolge (vgl. hierzu OVG. Braunschweig: ZW. 1930, 659 nebst Anm.).

(RG., 33. ZivSen., Beschl. v. 11. Okt. 1930, 33 W 9889/30.)

Mitgeteilt von OGR. W. Steinberg, Berlin.

*

Braunschweig.

61. Art. I § 1 Abs. 3 ArmAnwG. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der durch Wahrnehmung auswärtiger Termine entstandenen Kosten.

Der Urkundsbeamte und das OVG. hatten die liquidierten Reisekosten abgelehnt, da die Reisen bei der Einfachheit der Beweisfragen nicht erforderlich gewesen seien. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Vorschr. in Art. I § 1 Abs. 3 b. Ges. v. 20. Dez. 1928, wonach Reisekosten dem Armenanwalt nicht vergütet werden, wenn die betreffende Reise nicht „erforderlich“ war, unterscheidet sich zwar von der Vorschr. des § 91 ZPO., wonach die zu erstattenden Reisekosten „notwendig“ gewesen sein müssen, insofern, als hier die Erstattungspflicht der Staatskasse, dort die Erstattungspflicht des Prozeßgegners in Frage steht. Daß nach § 91 ZPO. die Kosten anwaltschaftlicher Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine in der Regel als notwendig von der Gegenpartei zu ersetzen sind, entspricht der herrschenden Meinung (RG. 51, 11 VerZivSen.; Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebD., § 78 VI 2; Baumbach, RKostG., § 78 Anm.; Friedlaender: ZW. 1927, 2642). Aus den in RG. 51, 11 entwickelten Grundsätzen wird aber auch von der Wissenschaft überwiegend und ebenso von der Rspr. teilweise i. S. des Ges. v. 20. Dez. 1928 die Wahrnehmung von Beweisterminen durch den Armenanwalt regelmäßig für erforderlich erklärt (Walter-Joachim-Friedlaender⁸ S. 110; Baumbach S. 186; Willenbücher, KostenV. S. 182; OVG. Stettin: ZPO. 54, 69; RG.: ZW. 1928, 1520). Im wesentlichen auf demselben Standpunkt hat sich das OVG. Braunschweig gestellt, indem es nur ausnahmsweise die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins durch den Armenanwalt für nicht erforderlich hält (ZW. 1925, 1418). Daran war festzuhalten. Berücksichtigt man, daß es sich hier um einen Ehescheidungsprozeß handelt, daß es bei diesem auf genaue Klärung von Einzelheiten ankam und überdies bei dem Beweistermine in D. die wiederholte Vernehmung offenbar einer wichtigen Zeugin in Frage stand, die bei ihrer ersten Vernehmung offenbar zurückgehalten hatte, so daß energischer Vorhalt geboten war, so ist dem Beschw. darin beizutreten, daß die Wahrnehmung dieser Termine für ihn als Armenanwalt geboten war.

(OVG. Braunschweig, Beschl. v. 3. Jan. 1931, 2 W 2/31.)

Mitgeteilt von Kl. Mäbge, Braunschweig.

*

Breslau.

62. § 36 RAGebD.; §§ 114ff. ZPO. Berücksichtigung des Anwalts, der in der Sache bereits für die Partei tätig war, bei der Zuordnung als Armenanwalt auch außerhalb des Turnus.

Nach § 36 RAW. ist gegen die Verfügung des Vorsitzenden, durch welche der zum Armenrecht zugelassenen Partei ein RA. beigeordnet wird, Beschwerde nach Maßgabe der ZPO. zulässig. Die Beschwerde kann sich auch gegen die Person des zugeordneten RA. richten und sich insbes. darauf stützen, daß die Zuordnung eines anderen RA. zweckdienlicher wäre. Im vorliegenden Falle war

sprechen kann, wenn es sich nur um ein Scheinvertrauen handelt. Die Entzauberung des Vertrauensbegriffes und die Aufdeckung der wahren Umstände, die zur Beauftragung eines Anwalts führen, haben wir Feuchtwanger zu verdanken (Die freien Berufe S. 321 ff.); gerade dieser Abschnitt ist einer der besten des ganzen Werkes und verdient allgemeine Beachtung. Zum Begriff des Vertrauensverhältnisses genügt es nicht, daß Freunde und Nachbarn einen bestimmten Anwalt empfehlen und diesem ein Scheidungsfall vorgetragen wird. Gerade solche Vorgänge sind hoch die Erklärung für einen auffallend hohen Anfall von Armensachen bei einzelnen Anwälten, ein Vorgang, der übrigens nicht nur in Berlin, sondern in gewissen Grenzen sicher auch anderweit beobachtet wird. Im Sinne der Richtlinien handelt es sich hier auch gar nicht um den Fall eines bestehenden Vertrauensverhältnisses, sondern um den Fall der freien Anwaltswahl. Wenn auch die freie Anwaltswahl als ein Interesse des rechtsuchenden Publikums berücksichtigt wird, so muß es gegenüber dem Anwaltsinteresse zurücktreten, falls damit eine ungebührliche Bevorzugung eines einzelnen Anwalts verbunden wäre; das Publikum wird bei verständiger Würdigung der Verhältnisse anerkennen müssen, daß es — insbes. in großstädtischen Verhältnissen — nicht etwa nur einen Anwalt gibt, der zur Übernahme des Auftrages geeignet ist. Aus den genannten Gründen erblicke ich in der vorliegenden Entsch. einen Fortschritt, der im Interesse des Anwaltsstandes zu begrüßen ist.

RA. Paul Jessen, Kiel.

N. L., als er am 10. Juli 1930 für den Bekl. F. die Bewilligung des Armenrechts nachsuchte, bereits für diesen im Prozeß tätig geworden. Er hatte den Bekl. von Anfang an vertreten, hatte für ihn streitig verhandelt, und es war auch bereits Beweisbeschlüß ergangen. Wenn es auch im allgemeinen zweckmäßig ist, bei der Zuordnung von Anwälten in Armenfällen eine bestimmte Reihenfolge innezuhalten, so darf dies doch nicht dazu führen, der Staatskasse oder den Parteien vermeidbare Kosten zu bereiten. Es erschien daher angezeigt, dem Bekl. den N. beizugeben, welcher ihn bereits bisher im Prozeß vertreten hatte, auch wenn dieser Anwalt bereits schon mehr Armenfällen erhalten hatte als andere Anwälte. Durch einen Wechsel in der Person des Anwalts würden in vorliegender Sache erhebliche Mehrkosten entstehen, welche im Falle ihres Unterliegens die gegnerische Partei zu erstatten haben würde.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 9. Okt. 1930, 17 W 3044/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

63. §§ 114 ff. ZPO. Keine Erstattung fingierter Reisekosten bei Bestellung eines auswärtigen Rechtsanwalts zum Armenanwalt.

N. U. in L., der auch beim LG. in B. zugelassen ist, war von diesem unter Verzicht auf Reisekosten zum Armenanwalt bestellt worden. Im Laufe des Rechtsstreits fand in L. ein Termin statt, welchen N. U. wahrnahm. Die Erstattung der Reisekosten, welche bei Wahrnehmung des Termins durch einen N. aus B. entstanden wäre, ist ihm verweigert worden. Seine Beschwerde hiergegen wurde zurückgewiesen.

Auf Grund des Gesetzes v. 20. Dez. 1928 können nur Kosten für Reisen erstattet werden, die tatsächlich gemacht worden sind, nicht aber auch Kosten für Reisen, die erforderlich gewesen wären, wenn ein am Orte des Prozeßgerichts wohnender N. zum Armenanwalt bestellt worden wäre. Es kann hier nicht, wie dies im Kostenfestsetzungsverfahren gemäß § 103 ZPO. der Fall ist, an Stelle von abgesetzten Kosten, welche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht für erforderlich erachtet werden, die Erstattung anderer Kosten zugewilligt werden, die zu diesem Zweck erforderlich gewesen wären, wenn jene Kosten nicht aufgewandt worden wären.

Wird ein auswärtiger N. auf seinen Antrag unter Verzicht auf Reisekosten zum Armenanwalt bestellt, so kann er nicht den Anspruch erheben, ebenso behandelt zu werden wie ein am Orte des Prozeßgerichts ansässiger N., und er kann nicht schlechthin die Erstattung derjenigen Kosten aus der Staatskasse verlangen, welche durch Zuziehung eines ortsansässigen N. entstanden wären. Ein Ausgleich zwischen den Reisekosten für die Wahrnehmung eines Termins in B. mit den Reisekosten, die bei Bestellung eines N. für Wahrnehmung eines im Laufe des Prozesses in L. stattfindenden Termins entstehen, kann nicht erfolgen. Hierin liegt auch keine besondere Unbilligkeit, denn auf Erstattung von Reisekosten für Wahrnehmung von Terminen in B. hatte der Beschw. verzichtet. Durch Wahrnehmung des Termins in L. sind ihm Reisekosten nicht entstanden, und er hat dadurch, daß der Termin in L., nicht in B. stattfand, sogar den Vorteil gehabt, sich den Aufwand an Zeit und Kosten für eine Reise nach B. zu sparen.

In gleichem Sinne haben auch die OLG. Stuttgart v. 10. März 1930 (ZW. 1930, 2078) und Celle v. 1. März 1926 (ZW. 1926, 1611) entschieden.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 22. Dez. 1930, 17 U 4746/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

64. § 1 ArmAnwG.; § 85 RAGebD. Der Anspruch auf die Armenanwaltsgebühr wird noch nicht mit Erlaß eines Grundurteils fällig.

Die erste Instanz ist nicht als beendet anzusehen, denn es besteht noch die Möglichkeit, daß die erste Instanz wieder mit der Sache befaßt wird, wenn nämlich die zweite Instanz eine Entsch. fällt, die eine weitere Verhandlung über die Höhe des Anspruchs erforderlich macht. Erst wenn in der zweiten Instanz die Lage abgeklärt hat oder ein Vergleich geschlossen wird und dadurch sich eine Fortsetzung des Verfahrens über die Höhe des Anspruchs erübrigte, wäre die erste Instanz beendet. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch, daß trotz der Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Grundurteil gleichzeitig in der ersten Instanz über die Höhe des Anspruchs weiterverhandelt werden kann. Ob aber die Verhandlung über die Höhe sofort oder erst nach der Entsch. der zweiten Instanz erfolgt, kann keinen Unterschied in der Beurteilung der Instanzbeendigung rechtfertigen.

Der vom Beschw. angezogenen Entsch. des 7. ZivSen. des OLG. Breslau v. 12. April 1927 (ZW. 1927, 1655) kann deshalb nicht beigetreten werden; denn die Eröffnung einer besonderen Instanz hinsichtlich eines Zwischenurteils hindert nicht das Fortbestehen des ersten Rechtszuges (vgl. die Entsch. des 11. ZivSen. des OLG. Breslau v. 28. April 1930, 17 W 1382/30).

(OLG. Breslau, Beschl. v. 17. Nov. 1930, 4 W 3938/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

Hamburg.

65. § 5 der Notverordnung gilt auch für den Fall, daß beim Landgericht das Armenrecht für eine Nichtigkeitsklage beantragt wird, für die das Landgericht gemäß § 584 ZPO. als Berufungsgericht zuständig ist. †)

Der Antragsteller will gegen das Ur. des LG. die Nichtigkeitsklage erheben. Da jedoch das BG. die Berufung aus sachlichen Gründen zurückgewiesen hat, so ist gemäß § 584 ZPO. „das BG.“ für die Nichtigkeitsklage zuständig. Da aber nach § 5 NotV. gegen Beschlüsse „des BG.“, durch die das Armenrecht verweigert wird, eine Beschwerde nicht stattfindet, so ist die Beschwerde unzulässig.

(OLG. Hamburg, 2. ZivSen., Beschl. v. 30. Dez. 1930, BsZII 306/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Prochowick, Hamburg.

Hamm.

66. § 1 ArmAnwG.; § 13 Ziff. 3 RAGebD.; Teil 9 § 7 NotV. v. 1. Dez. 1930. Vergleichsgebühr. Übergangsrecht nach der NotV. v. 1. Dez. 1930.

Nachdem längere Zeit Vergleichsverhandlungen geschwebt hatten, ist der Rechtsstreit durch einen vor dem Einzelrichter am 4. Dez. 1930 abgeschlossenen Vergleich erledigt worden, bei dem N. U. Dr. P., der dem N. beigeordnete Armenanwalt, mitgewirkt hat. Diefem ist die volle Vergleichsgebühr zugewilligt worden, während das Rechnungsamt nur eine $\frac{9}{10}$ -Gebühr nach der NotV. v. 1. Dez. 1930 Teil 9 § 7 (RWB. I, 604) für zuständig hält. Diese Bestimmung ist am 3. Dez. 1930 in Kraft getreten. Die Erinnerung der Staatskasse ist begründet.

Es ist nicht streitig, daß eine Vergleichsgebühr nicht verdient ist, wenn Vergleichsverhandlungen schweben und diese zu keinem Vergleichsabschlusse führen, mögen die Verhandlungen noch so lange gedauert haben. Andererseits ist die Gebühr verdient, wenn ohne vorherige Verhandlung der Vergleich in einem Termin geschlossen wird. Alles dies folgt daraus, daß das Gesetz die Gebühr lediglich für den abgeschlossenen Vergleich (§ 13 Ziff. 3 RAGebD.) gewährt. Es ist deshalb auch nur die Gebühr zuständig, die an dem Tage des Vergleichsabschlusses gesetzlich gilt. Ordnet das Gesetz eine Gebührenänderung an, dann bleiben die unter Umständen langen, dem Vergleichsabschlusse vorausgegangenen Vergleichsverhandlungen unberücksichtigt, weil sie keine selbständige Bedeutung haben, sondern nur im Hinblick auf einen abgeschlossenen Vergleich zu berücksichtigen sind. Die Übergangsvorschrift des § 7 Abs. 4 der NotV. kommt nicht in Frage, weil infolge der Unselbständigkeit der Vorverhandlungen noch

Zu 65. Im Wiederaufnahmeverfahren sind die Rechtsmittelgerichte als erstinstanzliche Gerichte zur Entsch. über die Klage zuständig. Es soll verhindert werden, daß die untere Instanz über ein Urteil zu befinden hat, das von einer höheren Instanz erlassen ist. Die Entsch. der Rechtsmittelgerichte im Wiederaufnahmeverfahren sind zwar erstinstanzliche Entsch., sie werden aber hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit den sonstigen Entsch. dieser Instanz gleichgestellt (§ 591 ZPO.). Hat mithin das LG. als BG. entschieden, und wird es im Wiederaufnahmeverfahren mit der Nichtigkeitsklage angerufen, so gilt seine Entsch. in diesem Verfahren als BU., so daß ein Rechtsmittel nicht gegeben ist. Auch die Entsch. des LG. über das Armenrecht der Nichtigkeitsklage ist eine Entsch. des LG. als BerInst. Verweigert es durch Beschluß das Armenrecht, so ist § 5 NotV. hierauf anzuwenden. Es wäre zweckmäßiger gewesen, wenn die obige Entsch. sich nicht allein auf den Wortlaut des § 5 NotV. gestützt und aus ihm allein die Entsch. entnommen hätte. Es wäre zweckmäßig gewesen, auch die gesetzgeberischen Gründe zu erörtern, die zum Erlaß der Vorschrift geführt haben. Es ergab sich in der Praxis die eigenartige Rechtslage, daß die Urteile des LG. in der BerInst. zwar unanfechtbar, seine Beschlüsse über Verfassung des Armenrechts aber anfechtbar und vom OLG. sachlich nachprüfbar waren, so daß häufig der Fall eintrat, daß das OLG. bei andersartiger Beurteilung der Rechtslage das Armenrecht bewilligte und das LG. nachher bei seiner unanfechtbaren Entsch. entgegen dem Rechtsstandpunkt des OLG. entschied. Der Gesetzgeber hat nun diese Anomalie beseitigen wollen, indem er mit Recht davon ausging, daß die Durchführung des Beschwerdeverfahrens häufig einen Leerlauf bedeutete. Es bestanden zwei Möglichkeiten, hier Abhilfe zu schaffen, entweder die Beschwerde für unzulässig zu erklären oder aber das LG. an die Rechtsauffassung des OLG. für gebunden zu erklären. Letzteres würde bedeutet haben, daß im Armenrechtsverfahren gegenüber den andern Prozessen eine höhere Instanz geschaffen wurde. Diese Möglichkeit scheidet also aus. Deshalb hat man den anderen Weg gewählt und die Beschwerde in den Fällen, wo das LG. als BerInst. das Armenrecht abgelehnt hat, ausgeschlossen. Die Gleichheit der Sachlage im Wiederaufnahmeverfahren rechtfertigt auch die Anwendung des § 5 NotV.: auch hier würde es die Einführung einer weiteren Instanz für das Armenrechtsverfahren bedeuten, wenn die Beschwerde zugelassen würde.

N. U. Dr. Hoquette, Königsberg i. Pr.

keine Vergleichsgebühr erwachsen ist. Hiernach waren im vorliegenden Falle nur $\frac{9}{10}$ der Vergleichsgebühr zuständig (vgl. auch Friedländer, *RVG* Bd., 8. Aufl. 1927, Anhang zum I. Abschnitt der *RVG* Bd. Anm. 69 S. 100).

Der Urkundsbeamte hat sich auf den Beschluß des Sen. 10 W 237/28 berufen. In dem damals entschiedenen Falle handelte es sich darum, ob dem Armenanwalt die in der Zeit v. 1. bis 20. Juli 1928 geltende höhere Vergleichsgebühr zuständig. Die Partei führte die Vergleichsverhandlungen allein und ließ sich bis Ende Juni 1928 von ihrem Anwalt beraten. Nach dem 20. Juli 1928 schloß die Partei, ohne ihren Anwalt wieder in Anspruch genommen zu haben, einen außergerichtlichen Vergleich. Der Sen. sprach dem Armenanwalt eine Vergleichsgebühr, die nach dem vor dem 1. Juli 1928 geltenden Gebührensätze berechnet war, zu, weil die Vergleichsgebühr keine Aktgebühr, sondern — mit Rücksicht auf etwaige vorausgegangene Vergleichsverhandlungen — eine der Prozeßgebühr ähnliche Gebühr sei und der Armenanwalt nur bis Ende Juni 1928 bei den Vergleichsverhandlungen mitgewirkt habe. Das Ergebnis, zu dem der Sen. damals kam, ist nach den oben entwickelten Grundsätzen richtig. Dem Armenanwalt stand die Vergleichsgebühr nach dem Satze, der nach dem 20. Juli 1928 galt, zu. Dieser stimmte mit dem vor dem 1. Juli 1928 geltenden Satze überein. Soweit die in dem Beschl. 10 W 237/28 gegebene Begründung mit den obigen Ausführungen nicht übereinstimmt, wird die frühere Begründung von dem Sen. nicht mehr aufrechterhalten.

(*OVG*. Hamm, Beschl. v. 26. Febr. 1931, 10 W 50/31.)

Mitgeteilt von *OVG*. Milbner, Hamm i. W.

*

67. Der nach § 668 *RPD.* — ohne Armenrechtsbewilligung — beigeordnete *RA.* erhält keine Vergütung aus der Staatskasse. †)

Der Beschw. war dem *RA.* durch Beschluß des *OG.* zwecks Erhebung der Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß als Vertreter beigeordnet. Das Armenrechtsgesuch des *RA.* hatten das *OG.* und das erkennende Gericht wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung abgelehnt. Der Beschw. hat nach Ablehnung des Armenrechtsgesuches in erster Instanz die Anfechtungsklage erhoben, die das *OG.* rechtskräftig abgewiesen hat. Nunmehr beantragte der Beschw., ihm seine Gebühren aus der Staatskasse zu ersetzen. Gegen die Ablehnung richtet sich die Beschwerde.

Die Entsch. des *OVG.* Karlsruhe (*ZW.* 1930, 3356), auf die sich der Beschw. zur Begründung seines angeblichen Anspruchs gegen die Staatskasse stützt, geht davon aus, daß durch den Erlaß des *ArmAnwG.* v. 6. Febr. 1923 der Gebanke Wirklichkeit geworden sei, daß eine unentgeltliche Tätigkeit des *RA.* nicht mehr stattzufinden habe. Werde nun einer Partei, die zur Zahlung von Kosten nicht imstande sei, gemäß § 668 *RPD.* ein Anwalt beigeordnet, die Bewilligung des Armenrechts aber verweigert, so werde der Anwalt tatsächlich doch zu einer unentgeltlichen Tätigkeit gezwungen, denn die aus dem § 668 *RPD.* sich der Partei gegenüber nach der ratio legis ergebende Fürsorgepflicht verbiete es dem Anwalt, etwa nach Ablehnung des Armenrechts die Vertretung niederzulegen. Eine vergütungslose Tätigkeit des Anwalts nach § 668 *RPD.* falle aber, seitdem durch das *Ges.* v. 6. Febr. 1923 die Bezahlung des Armenanwalts aus der Staatskasse eingeführt sei, aus dem Rahmen. Hier bestehe eine Lücke im Gesetz, deren Ausfüllung die Gerichte vornehmen könnten. Die Entsch. vertritt die Auffassung, daß die ratio legis, der Staat könne eine unentgeltliche Tätigkeit der *RA.* nicht mehr verlangen, auch auf § 668 *RPD.* zuträfe. Sie kommt zu dem Ergebnis, der Anwalt könne Erstattung seiner Gebühren aus der Staatskasse auch bei Verweigerung des Armenrechts beanspruchen, wenn er nach § 668 *RPD.* beigeordnet ist.

Dieser Auffassung kann der erk. Sen. nicht beipflichten. Die Bestimmung des § 668 *RPD.* hat unzweifelhaft den Zweck, einer wegen Geisteskrankheit entmündigten Person die Beschaffung eines Anwalts und damit die Durchführung der Anfechtungsklage zu ermöglichen ohne Rücksicht auf die etwaigen Aussichten der Rechtsverfolgung. Stein-Jonas (14. Aufl., Anm. 12 zu § 668 *RPD.*) will nun dem Anwalt das Recht zusprechen, nach Ablehnung des Armenrechtsgesuches die Vertretung der zahlungsunfähigen Partei

niederzulegen. Dieser Meinung gegenüber ließe sich anführen, daß damit auf dem Umweg über das Armenrechtsgesuch doch wieder die Prüfung der Aussichten der Rechtsverfolgung in das Verfahren eingeführt würde, während § 668 *RPD.* jeder Person ohne Rücksicht auf Zahlungsfähigkeit und ohne Rücksicht auf deren Aussichten die Durchführung der Anfechtungsklage ermöglichen will. Ferner wäre einzuwenden, der Zweck der Bestimmung könne nicht der sein, einer Person einen Anwalt lediglich zur Abfassung eines Armenrechtsgesuches zu beschaffen; denn hierzu brauche (wie die angeführte Entsch. zutreffend ausführt) niemand einen *RA.*

Allerdings ergäbe sich aus diesen Gesichtspunkten die Folgerung, daß der Anwalt, wenn er nach § 668 *RPD.* beigeordnet ist, im Falle der Verweigerung des Armenrechts für eine zahlungsunfähige Partei unentgeltlich tätig sein muß. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Folgerung mit dem Grundgedanken des *Ges.* v. 6. Febr. 1923 nicht im Einklang steht, aber es gibt keine gesetzliche Handhabe, dieser Folgerung aus dem Wege zu gehen.

Aus der klaren und unzweideutigen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Armenrechts ergibt sich, daß die Grundlage des Anspruchs des Armenanwalts auf Erstattung seiner Gebühren aus der Staatskasse nur die Bewilligung des Armenrechts sein kann (vgl. § 1 des *Ges.* v. 6. März 1923), die Beordnung nach § 668 *RPD.* genügt also nicht. Der Zweck dieser letzteren Bestimmung ist nach wie vor ausschließlich die Beschaffung einer Anwaltsvertretung für eine entmündigte Person. Hiermit erschöpft sich aber auch die ratio legis, sie kann keinesfalls darin gefunden werden, dem beigeordneten Anwalt außerdem noch einen Anspruch gegen die Staatskasse zu gewähren, ohne daß das Armenrecht bewilligt ist. In der Gesetzgebung findet sich nirgendwo eine Grundlage für die Auffassung, daß Rechtsanwaltsgebühren auch dann Erstattungsfähig sein können, wenn das Armenrecht nicht bewilligt ist. Es ist unmöglich, sich über jene positive Gesetzesbestimmungen hinwegzusetzen und die Staatskasse mit Kosten zu belasten, die im Gesetz nicht vorgesehen sind. Der Senat hat in seiner Rechtsprechung stets daran festgehalten, daß der Beschluß über die Bewilligung des Armenrechts — auch dem Umfange nach — die unverrückbaren Grundlagen für den Erstattungsanspruch bildet. Hiermit stände die Bewilligung der Ansicht des Beschw. in einem nicht zu rechtfertigenden Widerspruch.

Friedländer ist in seinen Bemerkungen zu der angeführten Entsch. (*ZW.* 1930, 3356) der Ansicht, die sich aus der geschilderten Situation ergebenden Schwierigkeiten könnten dadurch beseitigt werden, daß die Gerichte bei der Prüfung der Armenrechtsgesuche für die Anfechtungsklage gegen Entmündigungsbeschlüsse sich mit dem Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Partei begnügten, ohne in eine Untersuchung der Aussichten der Rechtsverfolgung einzutreten, da ja auch nach § 668 *RPD.* ein Anwalt lediglich auf Antrag der Partei beigeordnet werden müsse, ohne Rücksicht darauf, ob das Verfahren dem Gericht aussichtsreich erscheine oder nicht.

Ob dieser Weg gangbar ist, kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben. Das Armenrecht ist tatsächlich wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung in zwei Instanzen nicht bewilligt worden. Daher scheidet die Frage, von welchen Voraussetzungen die Bewilligung des Armenrechts bei Entmündigungsanfechtungsklage abhängig zu machen ist, hier aus der Erörterung aus.

(*OVG.* Hamm, Beschl. v. 19. Jan. 1931, 10 W 15/31.)

Mitgeteilt von *RA.* Osthaug, Hagen i. W.

*

Jena.

68. § 1 *ArmAnwG.*; §§ 34, 36 *RAO.* Die arme Partei hat kein allgemeines Recht darauf, in einem auswärtigen Beweisverfahren durch einen *RA.* vertreten zu sein. †)

RG.: *ZW.* 1928, 1520¹⁷ vertritt den Standpunkt, die arme Partei habe das Recht, bei allen auswärtigen Terminen durch einen Rechtsanwalt vertreten zu sein. Deshalb sei ihr auch in jedem Falle für die Beweisaufnahme vor einem eruchten *OG.* ein dort zugelassener Rechtsanwalt beizuzuordnen, dessen Auswahl Sache des eruchten Richters sei.

Der Senat ist anderer Ansicht. Er billigt ein solches Recht der Partei nicht allgemein zu, sondern ist der Meinung, daß in jedem einzelnen Falle geprüft werden muß, ob es notwendig ist, daß die

Zu 68. Die Entsch. löst eine Reihe nicht einfacher Fragen aus, mit welchen die Praxis ständig befaßt ist, ohne daß bisher einheitliche klare Stellungnahme erzielt wurde; der Raum zwingt zur Beschränkung der Besprechung auf die wesentlichsten der Rechtsfragen in gedrängter Kürze.

1. Die Plenarentscheidung des *RG.* 51, 11 (21. Juni 1902) stellt den Satz auf, daß jede Partei das Recht hat, in einem auswärtigen Beweisaufnahmetermin durch einen Rechtsanwalt sich vertreten zu lassen; sie erging, lange vor Schaffung der Honorierung des Armenanwalts, lediglich im Zusammenhang mit der Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten des dem auswärtigen Beweistermin wahrnehmenden Anwalts durch die Gegenpartei; Näheres hierzu und zur Pflicht der Wahrnehmung von auswärtigen Beweisterminen durch den Prozeßbevoll-

Zu 67. Die Entsch. des *OVG.* Hamm befaßt sich mit derselben Frage, die das *OVG.* Karlsruhe am 25. Juni 1930 entschieden hatte (*ZW.* 1930, 3356⁵⁸). Sie gelangt — ebenso wie der Berichterstatter a. a. O. — de lege lata nicht zu den Ergebnissen des Karlsruher Beschlusses. Zu der Frage, wie geholfen werden soll, nimmt das *OVG.* Hamm keine positive Stellung, ebensowenig zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Pflichtanwalt im Falle des § 668 *RPD.* seine Tätigkeit von der Vorzuschußzahlung abhängig machen darf. Zu beiden Fragen habe ich mich in *ZW.* 1930, 3356 eingehend geäußert. Eine oberstrichterliche Entsch. hierüber, insbes. über die Frage der Armenrechtsbewilligung trotz Aussichtslosigkeit der Anfechtungsklage, wäre dringend erwünscht. Eventuell müßte in letzterer Hinsicht der Gesetzgeber eingreifen.

RA. Dr. Friedländer, München.

arme Partei in einem auswärtigen Beweisverfahren durch einen Rechtsanwalt vertreten ist. Diese Prüfung ist Sache des Prozeßgerichts, nicht des ersuchten Richters. Denn nur das Prozeßgericht kennt die für die Entscheidung dieser Frage maßgebenden Einzelheiten.

Hier hat das AG. Leipzig einen Rechtsanwalt als Armenanwalt für die dortige Beweisaufnahme beigeordnet. Trotzdem sind die dadurch entstandenen Kosten aus der Staatskasse zu erstatten.

mächtigten siehe zuletzt Geiershöfer: *ZW.* 1929, 1686 Anm. zu 40 Ziff. 1, 2 mit *Nspr.* und *Lit.*; *ZW.* 1930, 196; dort auch *OLG.* Dresden v. 25. Juni 1929; *RG.*: *ZW.* 1930, 193, 194; neuerdings die inhaltlich abzulehnende *Entsch.* *OLG.* Hamm: *ZW.* 1930, 3868.

2. Wenn man dem AG. 51, 11 und seiner beachtlichen Begründung folgt, wird man dem zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Armenanwalt für Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine Reisekostenentschädigung aus der Staatskasse nach § 1 ArmAnwG. zubilligen müssen; besonders dann, wenn man — im Gegensatz zu der überwiegend und auch von mir vertretenen Meinung — dem Prozeßbevollmächtigten eine Pflicht zur Wahrnehmung auch auswärtiger Beweistermine auferlegt. Da der Prozeßbevollmächtigte vom Fiskus ohnedies die Beweisgebühr (nach den ermäßigten Sätzen des ArmAnwG.) erhält, kommen für solche Reisen nur die wirklichen Reisekosten und Tagegelde, mindestens aber die — nach Maßgabe der Gesetzgebung über die Vergütung in Armenachen, also gering, bemessenen — Kosten eines am Sitz des Beweistermins wohnhaften Substituten in Frage (Näheres: Geiershöfer: *ZW.* 1929, 1686³ Anm.). Im Regelfall wird aber dem prozeßbevollmächtigten Armenanwalt, sei es wegen dieser unzureichenden Vergütung seiner Reise, sei es wegen der zu großen Belastung mit der Reise, sei es aus beiden Gründen, die Wahrnehmung auswärtigen Beweistermins unmöglich sein. Für Fälle solcher Art gewinnt die in obigem Beschluß behandelte Frage Bedeutung.

3. Besteht überhaupt die rechtliche Möglichkeit zur Beordnung eines Armenanwalts lediglich für ein auswärtiges Beweisverfahren? Die Frage ist grundsätzlich (§ 34 RAO.) zu bejahen; gedacht hat wohl ursprünglich § 34 lediglich an den Fall, daß für das amtsgerichtliche Verfahren das Armenrecht, ohne Armenanwalt (§ 116 ZPO. gilt erst seit 1898), bewilligt war; der Wortlaut geht aber weiter, deckt also die Bejahung der Frage. *Nspr.* und Rechtslehre gehen auch von der Bejahung aus, wenn sie prüfen, wer zur Armenanwaltsbestellung berufen ist, wenigstens finde ich nirgends andere Auffassung (*RG.*: *ZW.* 1913, 214; 1930, 64 sehen die Möglichkeit stillschweigend voraus; im übrigen *OLG.* Dresden: *ZW.* 1929, 1683; ebenso *RG.* 8 und 19: *ZW.* 1930, 179; *RG.* 20: *ZW.* 1928, 1520; *Drumborn*: *ZW.* 1929, 3140; *Friedlaender*: *RAO.* (3) § 34 Anm. 5, ferner *ZW.* 1930, 64, 179 und andere).

4. Muß das Gericht allgemein der Partei auf Antrag einen Armenanwalt bestellen? Für die Bejahung zitiert obigen Beschluß das *RG.* 20: *ZW.* 1928, 1520; letztere *Entsch.* stützt sich in ganz kurzer Begründung auf § 357 ZPO. — die Anführung des § 576 ist offenbar auf ein Schreib- oder Druckversehen zurückzuführen —, sowie *RG.* 51, 11, daß ich oben unter 1 erwähnte. Die Begründung reicht aber nicht aus. Denn das in § 357 ZPO. statuierte Recht auf Beivohnung der Beweisaufnahme ist nur der Partei eingeräumt; daß sie sich durch einen Anwalt vertreten lassen kann (aber mangels Anwaltszwangs auch durch einen Nichtanwalt), ergibt sich aus anderen Vorschriften und ist ganz unzweifelhaft. *AG.* 51, 11 aber handelt nur von dem Recht auf Erstattung der für den Armenanwalt erwachsenen Kosten durch Gegenpartei (§ 91 ZPO.). Keinesfalls findet sich ein Rechtsanspruch einer Partei auf Zuteilung eines Armenanwalts irgendwo im Gesetze, auch nicht in § 34 RAO., der nur eine „Kann“-vorschrift darstellt. Das Gericht entscheidet also nach freiem Ermessen über die Beordnung; für dieses Ermessen mag das Gericht prüfen — wie *OLG.* Jena oben meint —, ob die Beordnung im Einzelfall nötig erscheint; dabei bleibt zu beachten, daß § 34 nur an eine ausnahmsweise Beordnung gedacht haben kann. Demgemäß erfolgte die Anwendung des § 34 nur in seltenen Fällen, solange eine Vergütung für die Armenanwaltschaft nicht bestand. Das ArmAnwG. aber hat die Voraussetzungen der Pflichtanwaltsbestellung unberührt gelassen, an § 34 RAO. also nichts geändert.

5. Die Beordnung aus § 34 RAO. kann nur durch das Prozeßgericht erfolgen, nach § 36 RAO. durch dessen Vorsitzenden; § 34 gibt nur und ausdrücklich dem Prozeßgericht das Beordnungsrecht (ebenso § 33 RAO. hinsichtlich Notanwalt, § 118, 119 hinsichtlich Armenrechtsbewilligung). Der ersuchte Richter kann also nicht beordnen, wie die besprochene *Entsch.* zutreffend annimmt (so besonders *Friedlaender*: *RAO.* (3) zu § 34 Anm. 5; *RG.* 19: *ZW.* 1930, 179; dafür, daß der ersuchte Richter beigeordnen habe: *RG.* 8: *ZW.* 1930, 179; *LG.* Potsdam: *ZW.* 1930, 737; *OLG.* Nürnberg I v. 30. Juli 1930 *Beschw.* 699/30 und bei *Friedlaender*: *RAO.* § 34 Fußn. 7 *Zit.*). Die Meinung, daß das Prozeßgericht nur die Beordnung allgemein ohne Bestellung des Anwalts,

Das Gesuch um Beordnung eines RA. ist erst fünf Tage vor dem Beweisaufnahmetermin beim AG. Leipzig eingegangen. Diese Zeit war zu kurz; das AG. konnte das Gesuch nicht mehr dem Senate zu rechtzeitiger Beschlussfassung vorlegen. Wenn der Senat aber über das Gesuch entschieden hätte, so hätte auch er einen RA. beigeordnet. Denn das war in diesem Falle notwendig zur zweckentsprechenden Wahrnehmung der Rechte des Verklagten. Es handelte

der ersuchte Richter aber den bei seinem Gericht zugelassenen Anwalt auf Grund der prozeßgerichtlichen Beordnung zu bestimmen habe (so *RG.*: *ZW.* 1928, 1520; *OLG.* Stuttgart: *WürttZR.* 1912, 315; *RG.* 8: *ZW.* 1930, 179) scheidet daran, daß nur ein beim Prozeßgericht zugelassener Anwalt (§ 36 RAO.) beigeordnet werden kann; das Prozeßgericht kann das ersuchte Gericht nicht um eine Rechtsbehandlung ersuchen, die ihm selbst vorzunehmen versagt ist (so besonders *RG.*: *ZW.* 1913, 214 und die bei *Friedlaender* a. a. O. zu § 34 Fußn. 6 Angeführten).

6. Nur ein beim Prozeßgericht zugelassener RA. kann beigeordnet werden (so § 36 RAO. deutlich und ausdrücklich, ebenso *Geiershöfer*: *ZW.* 1930, 209 eingehend, mit Fundstellen pro und contra, ferner *Friedlaender*: *RAO.* zu § 36 Anm. 7; *ZW.* 1930, 179, 64; *LG.* I Berlin: *ZW.* 1930, 209; *LG.* II Berlin: *ZW.* 1930, 1112); insbes. kann kein Gericht einen bei ihm nicht zugelassenen RA. etwa mit seiner Zustimmung beordnen; mangelnder Raum nötigt auch hier, lediglich auf *ZW.* 1930, 209 verweisen zu dürfen, wo die Gründe von mir dargelegt sind.

Wie *Friedlaender*, *RAO.* § 34 Anm. 5 zutreffend erklärt, ist praktisch damit, daß ein und nur ein beim Prozeßgericht zugelassener RA. für den auswärtigen Beweistermin bestellt wird, im Regelfall (Ausnahme: amtsgerichtswahlige Simultanzulassung) nicht gebietet; das aber liegt am Gesetz, nicht an der Auslegung. Die Formulierung des Gesetzes und die Tatsache, daß es bisher ungeändert bestehen blieb, beweist zugleich, daß die RAO. mit § 34 wohl nur seltene Ausnahmen im Auge hatte und bis vor kurzem ein Bedürfnis nach Änderung nicht bestand. Letzteres mag sich heute geändert haben.

7. Verfehlt erachte ich die Zubilligung der Kostenersatzung aus der Staatskasse durch den besprochenen Beschluß. Das führt zur Frage: Wirkt eine nicht vom Prozeßgericht erfolgte Beordnung als Pflichtanwaltsbestellung und begründet sie Anspruch auf Kostenersatz aus der Staatskasse?

a) Im vorl. Fall hat das AG. Leipzig „einen RA.“ für die Beweisaufnahme vor diesem Gericht beigeordnet. Ohne Zweifel handelt es sich um einen gar nicht beim AG. Leipzig zugelassenen zwar in Leipzig domizilierenden, aber beim AG. Leipzig zugelassenen Anwalt; denn höchst selten wird die Zulassung bei einem AG., an dessen Sitz sich auch ein AG. befindet, beantragt, weil dafür (§ 79 ZPO.) für RA. kein Bedürfnis besteht. Das AG. hat also offenbar den Anwalt nicht aus der Zahl der bei ihm zugelassenen RA. ausgewählt, wie § 36 RAO. allgemein hinsichtlich Auswahl des Anwalts — also in den Fällen §§ 33, 34 RAO., §§ 115 ff. ZPO. — vorschreibt.

b) Für *OLG.* Jena waren ersichtlich Billigkeitsgründe bei Belastung der Staatskasse mit den Anwaltskosten maßgebend, die im gegebenen Fall verständlich sind, aber doch die fehlende Rechtsgrundlage nicht zu ersetzen vermögen; denn:

c) Die nicht vom Prozeßgericht erfolgte Beordnung erzeugt nicht die Stellung eines Pflichtanwalts; denn §§ 34, 33, 36 RAO. sind öffentlichen, also zwingenden Rechts, die Fassung der §§ 34, 33, 36 ist so eindeutig, daß kein Zweifel bestehen kann, daß sie die Beordnung durch eine andere Stelle nicht kennt; § 36 stimmt durchaus mit dem Grundsatz der Lokalisation der Rechtsanwaltschaft überein; auch die in § 144 StPO. mit § 39 RAO. vorgesehene Auswahl ist auf diesem Prinzip aufgebaut (welches nur in genau umschriebenen ausdrücklich hervorgehobenen Fällen verfallen wird, wobei auch nur in der Nähe des Gerichts seßhafte Anwälte in Frage kommen); die Bestellung zum Pflichtanwalt oder Pflichtverteidiger stellt sich als die einzige materielle Ausnahme von der sonst vollen Unabhängigkeit des RA. vom Gericht dar, sie ist mit schwerwiegenden Eingriffen in die freie Berufsausübung des Anwalts verbunden (Vertretungsvorwahr, darauf basierende Haftung, Honorarschranken, u. a.); Ausnahmevorschriften müssen aber eher einschränkend als ausdehnend ausgelegt werden; daß heute eine Honorierung der Armenanwälte besteht, kann zur Interpretation der längst vor solcher Honorierung geschaffenen RAO. nicht dienen; diese Honorierung hat ja an den Voraussetzungen der Armenanwaltsbestellung nichts geändert, sie vielmehr bestehen lassen. *Friedlaender*, *RAO.* (3) § 36 Anm. 7 bezeichnet derartige gesetzwidrige Verfügungen für wirkungslos, weil dem Gericht die Macht — nicht nur die Zuständigkeit (Fälle letzter Art: Einzelrichter statt Kollegium erteilt Armenrecht; Kollegium statt Vorsitzender wählt nach § 36 aus) — zur Begründung einer Pflichtanwaltschaft fehlt. Die *Nspr.* und Literatur findet sich zusammengestellt bei *Geiershöfer*: *ZW.* 1930, 209 Anm. Ziff. 1; neuerdings noch a. A.

sich um die Vernehmung eines für den Ausgang des Rechtsstreits sehr wichtigen Zeugen.

(OLG. Jena, 1. ZivSen., Beschl. v. 3. Jan. 1931, 1 U 97/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Lorenz, Jena

69. §§ 114 ff. ZPO.; §§ 34, 36 RAO. Das Prozeßgericht kann nicht einen bei einem ersuchten Gericht zugelassenen Rechtsanwalt als Armenanwalt beordnen. †)

Der Antrag der Verkl., ihr zur Wahrnehmung ihrer Rechte in dem Beweisnahmetermin vor dem AG. in S. einen dort wohnenden RA. beizunordnen, findet im Gesetz keine Stütze. Nach § 34 RAO. kann zwar einer Partei, der das Armenrecht bewilligt ist, auch insoweit, als eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, also auch für die Beweisaufnahme durch ersuchten Richter, vor dem ProzGer. ein RA. beigeordnet werden. Die Beordnung des S. er RA. J. scheitert aber an der Vorschrift des § 36 RAO. Nach § 36 erfolgt die Auswahl eines beizunordnenden RA. durch den Vorsitz der Richter aus der Zahl der bei diesem zugelassenen RA. Der Zusammenhang dieser Vorschrift mit den §§ 33 und 34 ergibt, daß unter dem Vorsitz der Richter nur der Vorsitz der ProzGer. gemeint ist (ebenso Friedlaender, RAO. § 34 A. 5). Deshalb kann der beim ProzGer. nicht zugelassene S. er RA. J. durch den Vorsitz des Senats nicht beigeordnet werden. Ebenjowenig kann die Auswahl durch den ersuchten Richter erfolgen, da der ersuchte Richter nicht ProzGer. ist. Der Ansicht des RG. (ZB. 1928, 1520¹⁷), daß zwar die Beordnung dem ProzGer. zusteht, die Auswahl aber dem ersuchten Richter zu überlassen ist, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Das AG. S. kann auch nicht um die Auswahl des RA. ersucht werden, da der Vorsitz der ersuchten Richter zur Vornahme dieser Handlung selbst nicht befugt ist.

Es muß deshalb dem zum Armenanwalt bestellten Prozeßbevollmächtigten überlassen bleiben, für die Vertretung seiner Partei bei der Beweisaufnahme Sorge zu tragen, sei es, daß er den Termin selbst wahrnimmt, sei es, daß er einen RA. mit der Wahrnehmung beauftragt. Die ihm dadurch entstehenden Auslagen sind ihm unter der Voraussetzung aus der Staatskasse zu erstatten, daß

als hier: OLG. III Berlin; ZB. 1930, 1527 unter Bezugnahme auf Sybow-Krieg, RAGebD. (13) S. 307.

d) Die wirkungslose Verfügung kann Vergütung aus der Staatskasse nicht zur Folge haben. Das ArmAnwG. schuf ja keine neuen Bewilligungsmöglichkeiten, die Voraussetzungen für Pflichtanwaltsbestellung blieben unberührt (OLG. Heilbronn; ZB. 1928, 762); es wollte durch die Vergütung nur ein Korrelativ zu der unbedingten Bindung des Anwalts an den Gerichtsbefehl schaffen; wo eine solche Bindung nicht besteht, bedarf es auch keines Ausgleichs (so OLG. Hanau; ZB. 1929, 1700). Nur das war der Ausgangspunkt und Gedankengang des ArmAnwG., nur das ergibt seine Entwicklung; nur damit hatte die Anwaltschaft ihre Forderung auf Honorierung der Pflichtanwaltschaft begründet, da deren Lasten ohne Entgelt weiter zu tragen nicht möglich war (vgl. Literatur und Rpr. bei Geiershöfer; ZB. 1930, 209 Anm. Biff. 2; neuerdings noch a. A. OLG. III Berlin 1930, 1527 in Ablehnung an Sybow-Busch, RAGebD. (13) S. 307).

e) Eine weitere Schwierigkeit: Welcher Staatsfiskus hätte bei Verschiedenheit der Staaten des ProzGer. und des Beweisgerichts die Kosten zu ersetzen? Vermag der Richter eines Staats durch seinen Staatsakt einen anderen Staat zu verpflichten?

8. Über den Versuch, durch Bestellung eines am auswärtigen Beweisnahmegericht befindlichen Anwalts als Vertreter des Prozeßbevollmächtigten seitens des letzteren eine vom Fiskus zu honorierende Vertretung der armen Partei zu schaffen, s. OLG. Rostock und Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebD. S. 618 oben zu Anm. 3; OLG. Hamm; ZB. 1929, 1686⁴ mit Anm. Geiershöfer.

RA. Dr. Eiershöfer, Nürnberg.

Zu 69. Im Gegensatz zu der Entsch. des RG. (ZB. 1928, 1520¹⁷) läßt der Beschl. die Beordnung eines Anwalts im Armenrecht für die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins nicht zu. Die Begründung ist nicht überzeugend, praktisch ist die Entsch. kaum durchführbar. Es ist nicht zu bezweifeln, daß die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins durch einen RA. im Armenrecht geboten sein kann, namentlich wenn es sich um wichtige Zeugenvernehmungen handelt. Auch das OLG. Jena verkennt nicht, daß in solchen Fällen die arme Partei einen Anspruch auf Vertretung in dem Termin hat. Es lehnt aber die Beordnung eines Terminsvertreters deswegen ab, weil nach § 36 RAO. die Auswahl des beizunordnenden RA. durch den Vorsitzenden des Gerichts aus der Zahl der bei diesem zugelassenen RA. zu erfolgen hat, weil mit dem Gericht das ProzGer. gemeint ist und weil der Vorsitzende des ProzGer. keinen bei einem auswärtigen Gericht zugelassenen RA. auswählen kann. Hieraus folgert es, daß die Beordnung eines auswärtigen Anwalts weder durch den Vorsitzenden des ProzGer.

die Wahrnehmung durch einen RA. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

(OLG. Jena, 2. ZivSen., Beschl. v. 30. Jan. 1931, 2 U 1204/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Rittweger, Jena.

Kassel.

70. Die Aussetzung der Beschlusfassung über ein Armenrechtsgesuch ist unzulässig.

Die Anordnung der Aussetzung beruht auf entsprechender Anwendung des § 148 ZPO. Eine analoge Anwendung dieses Rechtsatzes ist aber im Armenrechtsverfahren ausgeschlossen.

1. Bedenken gegen die Rechtsmeinung des OLG. lassen sich zunächst daraus herleiten, daß der Titel „Armenrecht“ der ZPO. keine Bestimmung über eine Aussetzung des Verfahrens enthält, während für andere Fälle, z. B. im § 65 und in den §§ 953, 969 ZPO. eine Aussetzung ausdrücklich vorgesehen ist. Die Bestimmung des § 148 ZPO. ist Bestandteil des Titels, der die mündliche Verhandlung über einen Rechtsstreit regelt. Aus dem Zusammenhalt dieser gesetzlichen Bestimmungen könnte geschlossen werden, daß eine Aussetzung der Verhandlung oder des Verfahrens nur in den Fällen zulässig ist, in denen sie durch die ZPO. oder andere Gesetze ausdrücklich gestattet ist. Eine entsprechende Anwendung dieser Rechtsätze wäre demnach ausgeschlossen. Damit müßte auch eine Anwendung des § 148 ZPO. für das Armenrechtsverfahren ausscheiden, weil § 148 einen bereits anhängigen Rechtsstreit voraussetzt. Hinzu kommt noch das weitere Bedenken, daß eine Aussetzung nach § 148 ZPO. nur auf Grund mündlicher Verhandlung erfolgen darf, im Armenrechtsverfahren eine mündliche Verhandlung aber nicht erforderlich, wenn auch zulässig, ist.

Ob alle diese Erwägungen für sich allein zwingend dazu führen würden, die Zulässigkeit der Aussetzung der Beschlusfassung im Armenrechtsverfahren zu verneinen, mag aber dahingestellt bleiben; denn die Unzulässigkeit einer solchen Maßnahme folgt jedenfalls aus anderen, namentlich zu erörternden Gründen.

2. Wie das OLG. Kiel in einem Beschl. v. 21. April 1928 (HöchstRpr. 1928 Nr. 1646) zutreffend betont hat, könnte eine vor Klageaufstellung beschlossene Aussetzung die Rechte der armen Partei nicht nur verfahrensrechtlich, sondern auch sachlich-rechtlich

noch durch den ersuchten Richter möglich wäre. Diese Auffassung ist aber nicht gerechtfertigt. Es mag sein, daß der Gesetzgeber in § 36 RAO. nur an den Regelfall gedacht hat, nämlich die Auswahl des Prozeßbevollmächtigten durch den Vorsitzenden des ProzGer. Diese Bestimmung bedeutet aber ihrem Wortlaut und ihrem Sinn nach keine Einschränkung des Armenrechts. Sie will vielmehr nur die Frage regeln, wer den Armenanwalt zu bestimmen hat und wer auszuwählen ist. Sie betrifft aber überhaupt nicht die Frage, ob und in welchen besonderen Fällen die arme Partei Anspruch auf Beordnung eines RA. hat. Sie besagt insbes. nicht, daß die arme Partei keinen Anspruch auf Vertretung in dem auswärtigen Beweistermin habe. Wenn das OLG. es dem Armenanwalt überlassen will, den Termin selbst wahrzunehmen, so mag dies bei nahegelegenen AG. möglich sein, wenn auch hier die Reisekosten meist weit höher werden, als die geringfügige Gebühr, die von der Staatskasse im Armenrecht erstattet wird (z. B. 25 RM in Chesachen). Wenn es sich aber um eine Beweisaufnahme bei einem entfernt gelegenen AG. handelt, so kommt die Wahrnehmung dieses Beweistermins im Armenrecht kaum in Frage, abgesehen davon, daß die Erstattung größerer Beträge aus der Staatskasse für Reisekosten (etwa von Insterburg nach Karlsruhe!) wohl auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen dürfte. Ebenjowenig kann man die Frage von der Entfernung des AG. abhängig machen. Entweder ist die Beordnung des auswärtigen Anwalts zulässig oder nicht. Wenn das OLG. Insterburg die Beordnung eines Anwalts in Karlsruhe beschließen kann, so kann es auch die Beordnung eines Anwalts für Gumbinnen beschließen. Noch unmöglicher ist die Beauftragung eines auswärtigen Anwalts durch den Armenanwalt mit der zweifelhaften Aussicht auf nachherige Erstattung der hierfür vorausgelegten Kosten. Da der auswärtige Anwalt nicht im Armenrecht beigeordnet ist, könnte er Vorschuß und sofortige Gebührensatzung verlangen. Die Partei selbst ist arm, also müßte der Armenanwalt die Gebühren für den Unterbevollmächtigten vorauslagern! Dabei übersieht die Entsch., daß der auswärtige Anwalt in diesem Fall die volle Gebühr — nicht nur die beschränkte Gebühr des Armenanwalts — verlangen könnte. Man stelle sich die Ergebnisse bei großen Objekten vor! Bei einem Millionenobjekt würde es sich um zirka 3000 RM handeln! Die Vorauszahlung durch den Armenanwalt ist hier ebenso ausgeschlossen wie die nachherige Erstattung aus der Staatskasse.

Das RG. findet dagegen die einzig mögliche Lösung, daß die Beordnung des Terminsvertreters von dem Vorsitzenden des ProzGer. beschloffen und die Auswahl des RA. dem ersuchten Richter überlassen wird. Hiermit stimmt im wesentlichen die im HRRBl. 1931, 84/93 veröffentlichte Entsch. des 1. ZivSen. des OLG. Jena überein. Es ist zu hoffen, daß die Praxis sich dieser Rpr. anschließen wird.

RA. Dr. Leon Rothkugel, Berlin.

schwer beeinträchtigen und oft sogar vernichten. Denn es würde ihr die Möglichkeit vorenthalten, ihren Anspruch rechtshängig zu machen. An die Rechtshängigkeit aber knüpft das bürgerliche Recht wichtige Wirkungen zugunsten der klagenden Partei. Das OLG Kiel verweist auf die Unterbrechung der Verjährung und der Erhebung sowie auf die Steigerung der Haftung des Gegners (§§ 292, 318 Abs. 4, 989, 2023 BGB.), ferner auf die gem. § 291 BGB. eintretende Pflicht des Gegners zur Verzinsung eines Geldanspruches. In Erweiterung dieser Beispiele mag noch darauf hingewiesen werden, daß bestimmte Ansprüche, wenn sie nicht durch Vertrag anerkannt sind, erst von der Rechtshängigkeit ab abtretbar und vererblich werden (§§ 847, 1300 BGB.) und daß bei Aufwertungsansprüchen der Anspruchsberechtigte unter Umständen Gefahr läuft, seinen Anspruch zu verwirken, sofern er ihn nicht rechtzeitig einklagt.

Während also eine Aussetzung der Verhandlung nach § 148 ZPO. nur die Erfüllung des Klageanspruches hinauschiebt, werden der armen Partei durch eine Aussetzung der Beschlußfassung im Armenrechtsverfahren die Rechtsvorteile der Rechtshängigkeit vorenthalten. Dies erscheint unzulässig.

3. Das Armenrechtsverfahren ist ferner seinem Wesen nach ein nur vorbereitendes und auf schnelle Entsch. gerichtetes Verfahren. Auch diese allgemeine Erwägung läßt eine Aussetzung der Beschlußfassung in diesem Verfahren als seinem Wesen widersprechend nicht statthaft erscheinen.

4. Endlich muß nach § 114 ZPO. der armen Partei, die keine mutwillige Klage beabsichtigt, das Armenrecht gewährt werden, wenn und sobald die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht aussichtslos erscheint. Die Prüfung des Gerichts, das über das Armenrechtsgesuch zu entscheiden hat, hat sich also darauf und nur darauf zu erstrecken, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht aussichtslos ist, nicht aber auch darauf, ob der Anspruch der armen Partei unbegründet ist. Setzt das Gericht die Beschlußfassung über das Armenrechtsgesuch bis zur Entsch. eines anderen Rechtsstreites aus, so überschreitet es den durch § 114 ZPO. gezogenen Rahmen: Es prüft nicht nur, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung z. B. aussichtslos erscheint, sondern es will darüber hinaus ermitteln, ob eine z. B. nicht aussichtslose Rechtsverfolgung einen Anspruch verwirklichen soll, der sich möglicherweise später als unbegründet erweist. Daß das OLG. sich von solchen rechtsräumlichen Erwägungen hat leiten lassen, zeigt namentlich der Satz der Gründe des angefochtenen Beschlusses, daß das Ergebnis einer etwa künftig noch erforderlich werdenden Beweisaufnahme in der Sache des Antragstellers gegen R. abgemagt werden solle.

(OLG. Rassel, 1. ZivSen., Beschl. v. 5. Febr. 1931, I W 8/31.)
Mitgeteilt von OGR. Dr. R. Neukirch, Rassel.

*

Kiel.

71. §§ 1, 4 ArmAnwG. Die unzulässige Beordnung eines Armenanwalts mit rückwirkender Kraft durch wirksamen Beschluß ist im Erstattungsverfahren nicht nachzuprüfen.

Der Beschluß des OLG., durch den der Beschw. dem Bekl. mit rückwirkender Kraft als Armenanwalt beigeordnet ist, ist ordnungsmäßig zustande gekommen. Der Senat steht zwar in ständiger Absprache auf dem Standpunkt, daß der Armenrechtsbeschluß nur für die Zukunft wirkt, und daß ihm keine rückwirkende Kraft beigelegt werden kann. Keinesfalls kann man aber annehmen, daß die Beordnung mit rückwirkender Kraft durch das OLG. nichtig ist. Selbst wenn es sich um einen inhaltlich unzulässigen Beschluß handeln sollte, so wäre dieser doch nicht deshalb nichtig oder unwirksam (Beschl. des OLG. v. 9. Dez. 1929: JW. 1930, 1488). Liegt aber ein wirksamer Beschluß vor, so hat der Staat dem Armenanwalt die Kosten zu erstatten, ohne daß die Frage, ob die Beordnung mit rückwirkender Kraft hätte erfolgen sollen oder dürfen, nochmals im Erstattungsverfahren zu prüfen ist.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 31. Jan. 1931, 2a W 5/31.)
Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

*

72. § 1 ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928. Der Armenanwalt kann aus der Staatskasse keine Erstattung der Vollmachtbeglaubigungskosten zur Ausführung eines Vergleichs beanspruchen.

Die Tätigkeit des Armenanwalts erstreckt sich nur auf die Anwaltsgeschäfte. Er kann daher von der Staatskasse nur Gebühren und Auslagen erstattet verlangen, die für die von ihm vorgenommenen Anwaltsgeschäfte entstanden sind. Die Ausführung eines von den Parteien geschlossenen Vergleichs, zu der die Beglaubigung einer Vollmacht erforderlich war, liegt außerhalb des Rahmens der Anwaltsgeschäfte und gehört demnach nicht zur Armenanwaltschaft. Der Armenanwalt kann daher die für die Beglaubigung der Vollmacht entstandenen Kosten nicht von der Staatskasse erstattet verlangen.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 3. Okt. 1930, 2a W 160/30.)
Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

*

73. § 13 Ziff. 3 RAGebD.; § 1 ArmAnwG. Ist der Rechtsanwalt in zwei unter denselben Parteien anhängigen Prozessen mit verschiedenem Streitgegenstand zum Armenanwalt bestellt, und werden beide durch einen einheitlichen Vergleich unter seiner Mitwirkung erledigt, so steht ihm in jeder Sache die Vergleichsgebühr zu.

Nach § 13 Ziff. 3 RAGebD. steht dem RA. für die Mitwirkung bei einem zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleich die Vergleichsgebühr zu. Jeder der beiden Prozesse ist hier unter Mitwirkung des zum Armenanwalt bestellten RA. verglichen worden. Allerdings ist der Vergleich nur in dem einen Protokoll aufgenommen worden. Das berührt jedoch den Kern der Sache nicht und ändert nichts an der Tatsache, daß der Anwalt daran mitgewirkt hat, daß jeder der beiden Prozesse durch einen Vergleich beigelegt wurde. Daher muß ihm nach dem Wortlaut wie vor allem nach dem Sinn des Gesetzes in jeder Sache die Vergleichsgebühr zustehen.

Der insbes. vom OLG. (JW. 1929, 129²⁰) vertretenen Auffassung, daß in einem solchen Fall dem Anwalt nur einmal die Vergleichsgebühr, nach der Summe der beiden Streitwerte berechnet,

Zu 73. Das Problem, das die obige Entsch. berührt, ist kein Sonderproblem des ArmAnwG. Es betrifft vielmehr ganz allgemein die immer wieder auftauchende Frage, wie die Vergleichsgebühr zu berechnen sei, wenn ein Vergleich nicht nur den Prozeß, in dem er formell geschlossen wird, und den in diesem geltend gemachten Anspruch, sondern noch einen weiteren, sei es gar nicht, sei es in einem anderen Verfahren anhängigen Anspruch erledigt.

1. Der RA. erhält nach § 13 Nr. 3 RAGebD. die Vergleichsgebühr für die Mitwirkung bei einem zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleich. Dieser Rechtsstreit braucht noch nicht anhängig zu sein; es genügt, daß Auftrag zur Anhängigmachung erteilt war. Ist dies nicht der Fall, so kommen die landesrechtlichen Vorschriften zur Anwendung, die aber zum Teil wieder auf die RAGebD. verweisen (vgl. für Preußen: Art. 14 Pr. OLGebD. und RG.: JW. 1928, 2781¹; in Bayern gibt es eine besondere landesrechtliche Vergleichsgebühr: ^{10/10} nach Art. 11 BayRpfl. O.).

Die Beilegung eines Rechtsstreits kann auch durch einen Vergleich erfolgen, der gar nicht in diesem Rechtsstreit geschlossen wird, sondern entweder formell in einem anderen Rechtsstreit oder außergerichtlich, also überhaupt nicht in einem Prozesse. Die Vergleichsgebühr des § 13 Nr. 3 RAGebD., für die es seit der Nov. v. 1. Juni 1909 grundsätzlich eine Unterscheidung von gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen nicht gibt, wird also erhoben wegen ihrer Beziehung zu einem bestimmten (anhängigen oder anhängig zu machenden) Rechtsstreit, wegen der Mitwirkung zur Beilegung dieses Rechtsstreits, während es mit Rücksicht auf die Gleichstellung des gerichtlichen mit dem außergerichtlichen Vergleich belanglos ist, in welchem „Verfahren“ formell der Abschluß des Vergleiches erfolgt. Der Rechtsstreit, auf den sich der Vergleich bezieht, dessen Beilegung er bezweckt, ist daher auch bestimmend für die Höhe der Vergleichsgebühr: der Streitwert richtet sich nach dem Wert des Anspruchs, der den Gegenstand des beigelegten Rechtsstreits bildet, das Stadium, in dem sich der beigelegte Rechtsstreit befindet (Berufungsinstanz, erster Rechtszug usw.) ist bestimmend für die Art der Berechnung der Vergleichsgebühr. Wird also z. B. beim OLG. ein oberlandesgerichtlicher Prozeß mit verglichen, so ist die hierfür entstehende Vergleichsgebühr ebenso nach § 52 RAGebD. zu berechnen, wie wenn der Vergleich außergerichtlich geschlossen wurde; das Ergebnis, das hier selbstverständlich erscheint, kann dort kein anderes sein (vgl. M. Friedländer: JW. 1929, 1692⁵⁰). Das Umgekehrte gilt, wenn beim OLG. eine in erster Instanz anhängige Sache mit verglichen wird, hinsichtlich der auf diese Sache bezüglichen Vergleichsgebühr: sie ist als erstinstanzliche Gebühr zu berechnen.

2. Es liegt nahe, aus den vorstehend skizzierten Gedankengängen zu folgern, daß bei einem Vergleich, durch den mehrere in verschiedenen Prozessen anhängige Prozesse beigelegt werden, die Vergleichsgebühren völlig getrennt voneinander zu berechnen seien, und zwar nicht nur mit der oben angedeuteten Unterscheidung der Prozeßstadien, in denen sich die verschiedenen Rechtsstreitigkeiten befinden, sondern auch ohne jede Zusammenziehung der Streitwerte und ohne Berücksichtigung des in § 14 Abs. 2 OLG. ausgebrückten Rechtsgedankens. Wenn also 10 000 RM beim OLG. eingeklagt und weitere 5000 RM beim OLG. anhängig sind, so erhält der Anwalt nach dieser Ansicht für den beim OLG. abgeschlossenen Vergleich über die ganzen 15 000 RM: a) die erstinstanzliche Vergleichsgebühr aus 10 000 RM, = 205 RM, b) die zweitinstanzliche Vergleichsgebühr aus 5000 RM = 188,50 RM, und eine Reduktion dieser beiden Beträge findet in keiner Weise statt. Dasselbe gilt auch dann, wenn zwei Gesamtschuldner A und B in verschiedenen Prozessen je auf 10 000 RM verklagt waren: in einem dieser (sagen wir: erstinstanzlichen) Prozesse werden beide Sachen verglichen; dann wäre die Vergleichsgebühr zu 205 RM zweimal voll anzusetzen.

Dies ist die Meinung, der die obige Entsch. folgt; sie wurde, soviel ich sehe, bisher nur von Geiershöfer: JW. 1929, 1681³⁰ vertreten. Ich halte sie nicht für zutreffend.

Wenn in einem einheitlichen Vergleich die Erledigung mehrerer

zustehen, vermag der Senat nicht beizutreten. Sie findet im Gesetz keine Stütze und führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, daß nach ihr der Anwalt im Ergebnis mit der einen Vergleichsgebühr ganz ausfällt. Zudem kann der Streitwert eines Prozesses auch begrifflich nicht höher sein als der Betrag, um den in dem Prozesse gestritten wird. Wenn die Parteien sich in einem Prozeß über Beträge vergleichen, die Gegenstand eines anderen Rechtsstreits sind, so erhöht sich dadurch der Streitwert des Prozesses, in dem der Vergleich zum Abschluß kommt, noch nicht. Wenn im § 36 GKG. im gewissen Sinne eine Zusammenrechnung stattfindet, so geschieht das, um die Gerichtsgebühren bei einem Vergleich möglichst niedrig zu gestalten und so auf diese Weise den Abschluß von Vergleichen zu begünstigen. Diesem Zweck des Gesetzes würde es aber gerade widersprechen, wenn man die Anwaltsgebühren für den Fall, daß mehrere Prozesse einheitlich verglichen werden, beschränken wollte. Dadurch würde der Abschluß von Vergleichen nur erschwert, was dem Sinn des Gesetzes zuwiderläuft.

(OLG. Kiel, FerSen., Beschl. v. 30. Juli 1930, 2a E L 24/30.)
Mitgeteilt von W.R. Schumacher, Altona.

*
74. § 668 ZPO.; Gef. v. 20. Dez. 1928. Der N., der gemäß § 668 ZPO. einem armen Entmündigten, dem das Armenrecht verweigert ist, als Vertreter beigeordnet ist, kann keine Entschädigung aus der Staatskasse beanfordern.

Das Gef. v. 20. Dez. 1928 bestimmt, ebenso wie das Gef. vom 6. März 1923, nur, daß im Falle der Bewilligung des Armenrechts dem für die arme Partei bestellten N. die Gebühren und Auslagen — in gewissem Umfange — aus der Staatskasse zu ersetzen sind. Hier hat keine Armenrechtsbewilligung stattgefunden, der N. Dr. M. ist dem N. vielmehr lediglich auf Grund des § 668 ZPO. beigeordnet worden. Die Voraussetzungen des Gef. v. 20. Dez. 1928 für die Erstattung der Gebühren aus der Staatskasse sind deshalb nicht gegeben. § 668 ZPO. hat nicht, wie die Verordnung nach § 115 Nr. 3 ZPO., die Bewilligung des Armenrechts zur Voraussetzung, vielmehr ist die Verordnung nach § 668 ZPO. völlig unabhängig davon, ob der Entmündigte, der die Ent-

Angelegenheiten zusammengefaßt wird, so bringen damit die Parteien wie das Gericht ihren übereinstimmenden Willen dahin zum Ausdruck, daß die verschiedenen Sachen für den Vergleichsabschluß als verbundene Angelegenheiten behandelt werden sollen, soweit dies kostenrechtlich möglich ist (vgl. RG.: JW. 1929, 129²⁰). Wenn von einer Gesamtforderung zu 15 000 RM nur 10 000 RM eingeklagt werden, der Vergleich aber über die ganzen 15 000 RM geschlossen wird, so bezweifelt niemand, daß nur eine Vergleichsgebühr aus dem „Vergleichsgegenstand“ zu 15 000 RM zu berechnen ist oder daß — z. B. bei Sonderberechnung infolge teilweiser Armenbarkeit der Gesamtd. — jedenfalls keine höhere Gesamtgebühr angelegt werden darf, als wenn von vornherein 15 000 RM eingeklagt worden wären (analog § 14 Abs. 2 GKG.; so auch für diese Fälle Geiershöfer: JW. 1928, 2781; anscheinend auch JW. 1929, 1681³⁰). Warum dies aber anders sein soll, wenn auch über den Mehrbetrag ein Prozeß anhängig ist, vermag ich nicht einzusehen. Es kann nicht anders sein; denn auch wenn ein außergerichtlicher Vergleich über die ganze Forderung abgeschlossen wird, kann keine andere Berechnung eintreten, mögen nun die einzelnen Teile der Forderung in getrennten Prozessen oder in einem Rechtsstreit oder noch gar nicht anhängig sein (ebenso Baumbach, RKostG., § 1 RKostG. Anm. 4 B; Walter-Joachim-Friedlaender³, § 1 Anm. 69). Wieder gibt der Grundsatz der gleichen Behandlung des gerichtlichen mit dem außergerichtlichen Vergleich die Richtschnur für die zutreffende Lösung.

Würde auch bei einer förmlichen Verbindung der Prozesse keine Zusammenrechnung der Streitwerte stattfinden (wie z. B. bei Geltendmachung des gleichen Anspruchs gegen mehrere Gesamtschuldner [vgl. Walter-Joachim-Friedlaender³, § 10 Anm. 55 ff.]), so ist der Wert des Vergleichsgegenstandes ebenfalls nicht durch Zusammenrechnung, sondern entsprechend wie in diesen Fällen, also nach dem einfachen Betrage des Anspruchs, festzustellen. Man denke auch hier, um sich die Richtigkeit des Ergebnisses klarzumachen, an den außergerichtlichen Vergleich, und zwar etwa an den Fall, daß zwei in verschiedenen Städten wohnenden Gesamtschuldner durch getrennte Mahnbriefe die Klage wegen 1000 RM angedroht, dann aber durch einen außergerichtlichen Vergleich die ganze Sache beigelegt wurde. Hier entsteht nur eine Vergleichsgebühr aus 1000 RM, mag der Auftrag auf Erhebung einer oder zweier Klagen gerichtet gewesen sein. Sind mehrere Klagen wirklich erhoben worden, so gilt dasselbe. Denn immer sind die Sachen durch einen Vergleich erledigt und für seine Zwecke durch den Willen der Beteiligten miteinander verbunden.

3. Bezieht sich der gerichtliche Vergleich auf Ansprüche, die bei Gerichten verschiedener Ordnung oder teils gar nicht, teils bei Gerichten höherer Ordnung (Berufungs- oder Revisionsinstanz) anhängig sind, so muß nach den verschiedenen Streitwerten getrennte Berechnung stattfinden; die Summe der Vergleichsgebühren ist aber unter Anwendung des Rechtsgebührens des § 14 Abs. 2 GKG. auf den Betrag einer Gebühr aus den zusammengerechneten Streitwerten nach

mündigung anfechten will, arm oder nicht arm ist. Auch dem nicht armen Entmündigten ist auf seinen Antrag ein N. beigeordnet. Die Verordnung nach § 668 unterscheidet sich von der nach § 115 ferner dadurch, daß sie ohne Prüfung, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung mutwillig oder ausichtslos ist, geschehen muß. Die Verordnung nach § 668 ist daher an keine der beiden Voraussetzungen, die § 114 für die Verordnung nach § 115 Nr. 3 aufstellt, gebunden, sie geschieht lediglich zum Zwecke des Schutzes des Entmündigten, ohne jede Prüfung der Voraussetzungen, die in § 114 genannt sind.

Es ist deshalb auch nicht angängig, den § 668 gegenüber § 114 als das besondere Gesetz (lex specialis) zu bezeichnen (Friedlaender, JW. 1930, 3356 Anm. 58). Die Verordnung eines Anwalts nach § 668 ist Sache nur des Vorsitzenden des Prozeßgerichts, die Bewilligung des Armenrechts nach § 114 ZPO. ist Sache des Prozeßgerichts. Die Prüfung des Vorsitzenden beschränkt sich auf formelle Voraussetzungen. Die Bewilligung des Armenrechts durch das Gericht erfordert eine sachliche Prüfung in den gesetzlich bestimmten Beziehungen. Es kann deshalb auch nicht mit Friedlaender a. a. O. gesagt werden, daß das Gesetz, weil es dem Entmündigten den Nachweis der einen Voraussetzung des § 114, daß die Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder nicht ausichtslos sei, erlasse, deshalb auch von dem Nachweis der anderen Voraussetzung, der Armut, Abstand nehme. Die Bestimmungen der §§ 114 und 668 gehen vielmehr von ganz verschiedenen Gesichtspunkten und Zwecken aus. Der Fall des § 668 liegt dagegen ähnlich dem Falle des § 115³ ZPO. i. Verb. m. § 36 ZPO. Bewilligt das Prozeßgericht das Armenrecht, so hat nämlich der Vorsitzende den Armenanwalt nunmehr auszuwählen und beigeordnen, und zwar ohne jede weitere Sachprüfung (§ 115³ ZPO.; § 36 ZPO.).

Trotz der Verordnung durch den Vorsitzenden nach § 668 muß deshalb das Gericht, wenn der Entmündigte ein Armenrechtsgesuch stellt, wie in jedem anderen Fall eines solchen die sämtlichen Voraussetzungen des § 114 ZPO. prüfen und das Armenrecht, ungeachtet der Verordnung nach § 668, ablehnen, wenn es die Voraussetzungen des § 114, die der Vorsitzende gar nicht zu prüfen hatte, verneint.

den höheren Sägen der Berufungs- oder Revisionsinstanz zu reduzieren (Walter-Joachim-Friedlaender³, § 1 Anm. 69; M. Friedlaender: JW. 1929, 1692⁵⁶). Auch dies ergibt sich wieder aus der Heranziehung des außergerichtlichen Vergleichs: wenn ein solcher sich auf einen in erster Instanz schwebenden Anspruch oder Teilanspruch zu 1000 RM und auf einen in der Berufungsinstanz schwebenden Anspruch oder Teilanspruch zu 800 RM bezieht, so kann — die Richtigkeit der zu 2 gegebenen Ausführungen vorausgesetzt — nicht anders gerechnet werden als so: $\frac{10}{10}$ Gebühr aus 1000 RM = 45 RM, $\frac{13}{10}$ Gebühr aus 800 RM = 48,10 RM. Die Summe von 93,10 RM ist aber auf $\frac{13}{10}$ aus 1800 RM = 89,70 RM zu reduzieren. Warum etwas anderes gelten sollte, wenn der Vergleich, statt außergerichtlich, in einem der Prozesse abgeschlossen wird, ist nicht einzusehen. Der Gesichtspunkt der Verbindung (des Landgerichtlichen mit dem oberlandesgerichtlichen Vergleich in diesem Verfahren oder in jenem) muß hier hinter den Grundsatz der Gleichstellung des gerichtlichen mit dem außergerichtlichen Vergleich zurücktreten, weil er mit ihm nicht vereinbar und in dem hier behandelten Zusammenhang rein äußerlicher und zufälliger Natur ist.

4. Einen Ausnahmefall von dem Grundsatz der Zusammenrechnung der Streitwerte bildet der Vergleich, der einen Hauptprozeß und zugleich eine Sache wegen Arrests oder EinstwBerf. erledigt. Hier sind nach der positiven Vorschrift des § 28 RKostG. die Vergleichsgebühren einerseits aus der Hauptsache, andererseits aus dem Arrestprozeß völlig unabhängig voneinander zu berechnen. Eine Zusammenrechnung der Streitwerte oder eine Reduktion nach § 14 Abs. 2 GKG. findet nicht statt. Das ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes, wonach selbst die förmliche Verbindung der Prozesse diese gebührenrechtlich als „besondere Rechtsstreite“ fortbestehen läßt (und zwar ohne jede Einschränkung); aber auch aus dem Zweck des Gesetzes. Dieses wollte die besondere Honorierung des Arrestprozesses mit Rücksicht auf dessen Schwierigkeit und die Anforderungen, die er an die Mühewaltung des Anwalts stellt, durchführen; diese Honorierung sollte unabhängig von der des Hauptprozesses und neben derselben erfolgen, auch bei enger Verbindung mit ihm. Wenn nun die allgemeinen Grundsätze über die Streitwertberechnung bei verbundenen Sachen auch hier Anwendung finden würden, so würde regelmäßig für den Arrest überhaupt kein besonderer Streitwert neben dem des Hauptprozesses anzusetzen sein, weil die Ansprüche identisch sind (s. oben zu 2 letzter Abs.). Die Tätigkeit im Verfahren wegen Arrests und EinstwBerf. bliebe also neben der Tätigkeit im Hauptprozeß tatsächlich ohne Entgelt, weil der Streitwert nur einmal zum Ansatz käme. Der Zweck des Gesetzes wäre in diesen Fällen und immer in den Fällen des einheitlichen Vergleichs über Hauptsache und Arrest vereitelt. Ebenso wie hier (in neuerer Zeit) z. B.: OLG. Celle: JW. 1928, 1522²³; 1930, 3346³³ mit Anm. Krakenberger; Carlebach: BuchsZ. 55, 356 (gegen OLG. München daselbst). M. N.: JW. 1929, 129²⁰, 1681³⁰; Reinberger: JurWbch. 1930, 100.

N. Dr. Friedlaender, München.

Der Umstand, daß, wie vorliegend, auf Grund der Bestimmung des § 668 Fälle eintreten, in denen ein Anwalt einen armen Entmündigten ohne Vergütung vertreten muß, kann nicht dazu führen, eine „gesetzliche Lücke“ in der vom OLG. Karlsruhe: JW. 1930, 3356 vorgenommenen Art und Weise auszufüllen. Auch der von Friedlaender a. a. O. verfolgte Weg ist nicht gangbar, weil dessen Voraussetzungen fehlen. Dem RA. Dr. M. können deshalb die beanspruchten Gebühren nicht zugewilligt werden.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 10. Jan. 1931, 2a W 220/30.)
Mitgeteilt von OMR. Schumacher, Altona.

Röln.

75. §§ 114, 119 ZPO. Das für die Berufung bewilligte Armenrecht erstreckt sich auch auf die Bekämpfung der Anschließung des Gegners. *)

Es ist zwar anerkannt spr., daß die Armenrechtsbewilligung sich nicht ohne weiteres auf jede Klagerweiterung, Widerklage und Anschlußberufung erstreckt. Sie beruht auf dem Grundgedanken, daß die Bewilligung ihrem Sinn und Inhalt nach nur diejenigen Ansprüche umfassen kann, die vor der Beschlußfassung der Vorprüfung des Gerichts gemäß § 114 ZPO. unterlegen haben. Hier- von ausgehend muß eine Ausnahme für den Fall anerkannt werden, wenn dem Berufungskläger das Armenrecht bewilligt ist, und der Gegner sich nunmehr der Berufung anschließt. In diesem Falle muß sich das dem Berufungskläger für die Instanz bewilligte Armenrecht seinem Sinn und Inhalt nach auch von vornherein auf die Bekämpfung der Anschlußberufung erstrecken. Da der Berufungskläger insoweit Berufungsbeklagter ist, kommt eine Vorprüfung hinsichtlich der Aussichten seiner Rechtsverteidigung nach § 119 Abs. 2 Satz 2 überhaupt nicht mehr in Frage, seine Bedürftigkeit hat aber bereits der Prüfung unterlegen. Wollte man für die Anschließung gleichwohl einen erneuten Armenrechtsbeschuß erfordern, so würde das nicht nur eine sinnlose und unnötige Belastung des Gerichts bedeuten, sondern man würde auch den Bedürfnissen des Berufungsklägers nicht gerecht werden, der dann entgegen dem Sinn und Zweck des ihm gewährten Armenrechts nicht gegen Kosten geschützt wäre, die infolge der Streitverteilerhöhung bei Einreichung der Berufungsanschlußschrift bei Gericht (§ 522 a ZPO.) entstehen, und die er nur durch vorherige Bezichtigleistung auf den ihm bereits im ersten Rechtszuge zuerkannten Teilanspruch vermeiden könnte. Einer besonderen Armenrechtsbewilligung für die Anschlußberufung bedurfte es daher für den Berufungskläger nicht.

(OLG. Köln, 7. ZivSen., Beschl. v. 24. Okt. 1930, 7 W 292/30.)

München.

76. § 91 ZPO. ist im Armenrechtsbewilligungsverfahren nicht anwendbar. Es ist nicht zulässig, der armen Partei nach Ablehnung des Armenrechtsgesuches die dem Gegner im Armenrechtsbewilligungsverfahren entstandenen Kosten aufzuerlegen.

(OLG. München, Beschl. v. 6. Nov. 1930, BeschwReg. II 1482/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Julius Siegel, München.

Nürnberg.

77. §§ 114 ff. ZPO. Das ursprünglich für den Ehe-scheidungsstreit bewilligte Armenrecht gilt ohne weiteres für die im gleichen Verfahren geltend gemachte Anfechtungsklage.

Entscheidend ist, daß mit der Erhebung der Scheidungsklage sämtliche den Streitparteien zustehenden Scheidungs- und Anfechtungsrechte rechtsabhängig geworden sind (vgl. hierzu RG. 104, 157). Der Streitgegenstand betrifft das gesamte eheliche Verhältnis. Über alle vorgebrachten Tatsachen, soweit sie wesentlich sind, ist gleichzeitig und einheitlich zu entscheiden. Es handelt sich bei Verbindung von primärer Anfechtungsklage und nur mehr eventuell geltend gemachter Ehescheidungsklage (§ 615 ZPO.) nicht, wie im gewöhnlichen Verfahren, um eine Zusammenfassung mehrerer selbständiger Ansprüche in der Klage i. S. des § 260 ZPO., sondern um verschiedene gegen den Bestand der Ehe gerichtete Angriffsmittel, welche bei Vermeidung des Verlustes in demselben Verfahren geltend gemacht werden müssen (§ 616 ZPO.). Eine Zusammenrechnung dieser Ansprüche i. S. des § 9 ORG. mit § 5 ZPO. findet nicht statt, da trotz der Verbindung nur eine Ehesache gemäß § 11 ORG. den Wert des Streitgegenstandes bestimmt.

(OLG. Nürnberg, 1. ZivSen., Beschl. v. 17. Jan. 1931, RR 24/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Liebstaedter, Nürnberg.

Oldenburg.

78. Art. I und II ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928; Art. 153 RVerf. Armenanwaltsgebühren; Einfluß einer nach Entscheidung des Anspruchs eintretenden Gesetzesänderung. Verfassungsmäßig zulässige Enteignung. *)

Der RA. hatte durch seine Tätigkeit als Armenanwalt unter dem ArmAnwG. v. 14. Juli 1925 eine Gebühr von 35 RM verdient, die sich infolge des Aufhebens jenes Gesetzes und des damit erfolgten Wiederinkrafttretens des ArmAnwG. vom 6. Febr. 1923 (i. d. Fass. des Ges. v. 18. Aug. 1923 und der WO. v. 13. Dez. 1923) auf 75 RM erhöhte. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle billigte aber im Hinblick auf die Vorschriften des im Laufe des Rechtsstreits erlassenen ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928 nur 60 RM zu. Auf Erinnerung des Anwalts setzte das OLG. den Betrag von 15 RM hinzu. Dieser Beschluß wurde auf Beschwerde der Staatskasse vom OLG. aufgehoben.

Das Rechtsmittel ist sachlich begründet.

Aus der Fassung des Art. II des Ges. v. 20. Dez. 1928, sowohl aus der Bestimmung des Abs. 2 über die Anwendbarkeit der neuen Vorschriften auf die anhängigen Sachen als auch aus der Weglassung des in dem früheren Ges. v. 14. Juli 1928 enthaltenen Vorbehalts zugunsten der bereits vorher entstandenen Erstattungsansprüche, ist mit hinreichender Deutlichkeit zu ersehen, daß die neuen Vorschriften sich auf die früher erwachsenen Gebühren erstrecken sollen, einerlei, ob diese höher oder niedriger als die neuen Sätze waren.

Weiter bleibt zu prüfen, ob die Regelung, die nach der hier vertretenen Ansicht im Gesetze getroffen ist, vor dem Art. 153 RVerf. bestehen kann, was das OLG. verneint.

Ein Widerspruch mit der RVerf. liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn das Wort „Eigentum“ in Art. 153 im juristisch technischen Sinne zu verstehen ist, denn zweifellos handelt es sich hier nicht um solches, sondern um ein Forderungsrecht. Wenn man das aber mit Giese, Anm. II 1 zu § 153 RVerf., zu verneinen und das Wort in dem Sinne zu nehmen hat, daß es alle privaten Vermögensrechte umfaßt, so hat das Gesetz v. 20. Dez. 1928 eine rechtswirksame Enteignung ausgesprochen.

Daß eine Enteignung, und zwar auch ohne Entschädigung, durch einfaches (nicht verfassungsänderndes) Gesetz verordnet werden kann, ergibt der klare Wortlaut des Art. 153 Abs. 2 Satz 2. Nach Abs. 2 Satz 1 daselbst ist jedoch Voraussetzung für eine durch einfaches Reichsgesetz auszusprechende Enteignung, daß sie zum Wohl der Allgemeinheit vorgenommen wird. Darin ist nach herrschender Meinung nicht nur die negative Forderung zu befinden, daß Enteignungen zugunsten einzelner Personen oder Personengruppen verboten sind, sondern der Satz stellt eine positive Norm auf. Und zwar enthält die Vorschrift unmittelbar geltendes Recht, dessen Anwendung der Nachprüfung seitens der Gerichte unterliegt, nicht etwa nur eine Anweisung an den Gesetzgeber, über deren Befolgung allein dessen pflichtmäßiges Ermessen entscheidet.

Bei der hier in Betracht kommenden Gesetzesvorschrift handelt es sich um eine Enteignung zugunsten des Fiskus. Da das Vermögen des Staates die Zweckbestimmung hat, dem Nutzen der Staatsangehörigen zu dienen, und daselbe der Hauptsache nach durch die von ihnen aufzubringenden Abgaben gespeist wird, somit die Staatsangehörigen im allgemeinen ein Interesse an einer günstigen finanziellen Lage des Staates haben, so könnte man denken, daß eine zugunsten des Fiskus (des Reichs wie auch der Länder) erfolgende Enteignung allemal i. S. der RVerf. als zum Wohl der Allgemeinheit vorgenommen anzusehen sei.

Diese Auslegung ist indessen nicht die herrschende; nach herrschender und vom OLG. geteilter Meinung wird ein außerhalb der fiskalischen Sphäre liegender gemeiner Nutzen erfordert.

Eine in diesem Sinne dem Wohl der Allgemeinheit dienende Einrichtung ist zweifellos das durch die Idee des Rechtsstaats geforderte Rechtsinstitut des Armenrechts (trotz des so häufig damit getriebenen Mißbrauchs). Geht man aber hiervon aus, so muß man sagen, daß die vom Gesetzgeber auf diesem Gebiete getroffenen

Zu 78. Mit Recht bestreitet OLG., zum Begriffe des Wohles der Allgemeinheit genüge Enteignung zugunsten des Fiskus. Es war nötig, diese Ansicht zurückzuweisen, da neuestens Glunz-Ler, Rechtschöpfung und Rechtsgestaltung (3. Aufl., München 1930, S. 67), für die von ihm sog. pragmatische Jurisprudenz das Interesse der Staatsräson als bestimmend erklärt. Damit wäre allerdings die grundsätzliche Abweisung aller Klagen gegen den Fiskus zum Postulat erhoben.

Zum übrigen Inhalt der Entsch.: Gewiß dient das Armenrecht der Idee des Rechtsstaats. Sie dient aber auch der Erhaltung eines gefunden Anwaltstandes. Der RA. ist der geborene Hüter der Idee des Rechtsstaates (R.-u. Pr.-VerwBl. 1930, 776), heute ist der Anwaltstand schmer bedroht, die Gesetze, die ihn unabsichtlich oder bewußt (ArbGG.) schädigen, sind also dem Wohle der Allgemeinheit abträglich und fallen nicht unter Art. 153 Abs. 2 Satz 1 RVerf.

RA. Dr. Görres, Berlin.

Zu 75. Die Entsch. ist so selbstverständlich, daß nur bedauerlich ist, daß sie ergehen mußte. Es ist erlaunlich, mit welchen Fragen unsere höheren Gerichte sich befassen müssen, und wie viele kostbare Arbeitskraft hierauf verwendet werden muß.

D. S.

Maßnahmen in ihrer Gesamtheit an jenem Charakter der Einwirkung teilnehmen, ohne daß von jeder einzelnen Gesetzesvorschrift ihre Notwendigkeit oder Nützlichkeit zu dem besagten Zwecke nachweisbar zu sein braucht.

Deshalb darf die Rechtsgültigkeit der in dem Gesetze vom 20. Dez. 1928 getroffenen Regelung nicht auf Grund des Art. 153 Abs. 1 in Zweifel gezogen werden.

(OLG. Oldenburg, Beschl. v. 22. Sept. 1930, W 111/30.)

Mitgeteilt von OLG. Hoher, Oldenburg.

*

Stettin.

79. § 76 RAGebD.; § 1 ArmAnwG.; Schreibgebühren des Armenanwalts.

Der Erinnerungsführer hat als Armenanwalt die Erstattung von Schreibgebühren aus der Staatskasse erstattet verlangt. Es handelt sich dabei um Abschriften, die er seiner Partei auf ausdrückliches Verlangen erteilt habe, und zwar von drei von ihm gefertigten Schriftsätzen, zwei Beweisprotokollen und einem gemäß Beweisbeschluß erstatteten schriftlichen Gutachten. Der Urkundsbeamte hat diesen Betrag abgesetzt. Die dagegen erhobene Erinnerung konnte keinen Erfolg haben.

Der Erinnerungsführer meint zwar unter Berufung auf den in JW. 1930, 568¹⁴ abgedruckten Beschl. des OLG. Düsseldorf gemäß § 76 Abs. 2 Ziff. 1 RAGebD. die Schreibgebühren deshalb beanspruchen zu können, weil die Abschriften auf besonderes Verlangen der Partei gefertigt seien und es ausgeschlossen gewesen sei, ihr brieflich von dem Inhalt der Schriftstücke Kenntnis zu geben. Damit wird jedoch die Bedeutung des § 76 Abs. 2 Ziff. 1 verkannt. Im Gegensatz zu jener Auffassung kommt es vielmehr — abgesehen von dem besonderen Verlangen — darauf an, ob zur ordnungsmäßigen Erledigung des Auftrags des Anwalts, insbes. zur Erlangung einer zweckdienlichen Information, nicht schon ohnehin erforderlich ist, die Abschriften zu erteilen. Nur wenn dies nicht der Fall ist, ist der Anspruch auf Schreibgebühren begründet (vgl. Willenbücher, § 76 Anm. 3 zu Nr. 1; Carlebach, § 76 Anm. 3a; Baumbach, § 76 Anm. 3). Dies besagt im Gegensatz zur Anmerkung zu dem genannten Beschlusse auch der Komm. von Friedlaender zu § 76 Anm. 6 mit der Bemerkung, der Auftraggeber müsse nicht schon ohnehin einen Anspruch auf die Erteilung von Abschriften haben.

Von welchen Schriftstücken nun der Anwalt der Partei pflichtmäßig Abschriften zu erteilen hat, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab. Friedlaender, § 76 Abs. 8, nimmt für den Regelfall an, daß der Rechtsanwalt von seinen eigenen Schriftsätzen seinem Auftraggeber keine Abschriften zu erteilen brauche und daß die Überlegung von Schriftsätzen des Gegners und von Gutachten und Beweisprotokollen an seinen Auftraggeber gegen Rückgabe genüge. Das kann aber, wie Baumbach a. a. O. und ähnlich Willenbücher a. a. O. sowie S. 123 mit Recht annehmen, nicht allgemein gelten. In nicht ganz einfach liegenden Sachen wird vielmehr die Partei, namentlich wenn ihr der mündliche Verkehr mit ihrem Anwalt erschwert ist, das gesamte Material einschließlich der eigenen Schriftsätze des Anwalts zusammenhaben müssen, um ihn ausreichend informieren zu können. In solchen Fällen sind die Abschriften gebührenfrei zu erteilen.

So aber lag die Sache hier nicht nur bezüglich der Beweisverhandlungen, sondern auch hinsichtlich der eigenen und fremden Schriftsätze, von denen der Erinnerungsführer Abschriften erteilt hat. Denn der von ihm vertretene Bekl. wohnte weit von Stettin entfernt, und die Erinnerung selbst besagt, es sei bei der unklaren Rechtslage ausgeschlossen gewesen, der Partei brieflich von dem Inhalt der Schriftstücke Kenntnis zu geben; es sei deshalb unbedingt erforderlich gewesen, ihr von den Schriftsätzen usw. zur weiteren Informationserteilung Abschriften zu geben; die Überlegung der Urschriften sei nach der Sachlage nicht möglich gewesen.

Danach war die Erteilung der Abschriften hier durch die Gebühren aus § 13 RAGebD., § 1 des Ges. v. 20. Dez. 1928 abgegolten.

(OLG. Stettin, 5. ZivSen., Beschl. v. 15. Jan. 1931, 1 U 368/28, V 22/30.)

Mitgeteilt von OLG. Fischer, Stettin

*

Stuttgart.

80. § 115 Abs. 2 ZPO.; Art. I § 1 ArmAnwG. Berechnung der Gebühr bei Bruchteilskarmentrecht.

Wird der armen Partei gemäß § 115 Abs. 2 ZPO. nach ihrer Vermögenslage zugemutet, die Prozesskosten zu einem Bruchteil zu tragen, so wird ebenso wie wenn das Armenrecht auf einen Bruchteil des Streitwerts wegen Ausichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung beschränkt ist, die Anwaltsgebühr bei einem 400 RM übersteigenden Streitwert nicht aus § 9 RAGebD. angesetzt, sondern nur aus dem Sondertarif des § 1 ArmAnwG.; d. h. es wird der Bruchteil von der dort für den ganzen Streitwert bestimmten Gebühr genommen (in Übereinstimmung mit den OLV. Frankfurt und

Stettin: JW. 1929, 3183 und 1930, 3359, entgegen der zu beiden Entsch. ausgesprochenen Ansicht von Friedlaender, auch unter Ablehnung der Berechnungsweise von Jonas, GRW. 1927, 340 und RG.: JW. 1929, 134).

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 14. Nov. 1930, W 435/30.)

Berlin.

b) Strafsachen.

81. §§ 62, 63 StPO. Verteidigung von Zeugen nach ZPO. statt StPO. ist kein Revisionsgrund.

Wie das RevG. unter Billigung der RGEntsch.: JW. 1930, 152³³ annimmt, kann nach Lage der Sache nicht bezweifelt werden, daß die Zeugen bei ihrer Vernehmung der Meinung waren, ihre Aussage stehe unter dem Eidzwange, und auch die Strk. die Aussage der Zeugen als eine eidliche angesehen und gewürdigt hat. Die Sachlage war also im Ergebnis keine andere, als wenn die Zeugen dem Gesetz gemäß richtig vereidigt worden wären.

(RG., 2. StrSen., Ur. v. 3. Dez. 1930, 2 S 572/30.)

Mitgeteilt von RM. Körner, Berlin.

*

82. §§ 302 Satz 1, 297 StPO. Unselbständigkeit des vom Verteidiger eingelegten Rechtsmittels. Unwiderruflichkeit der Zurücknahme und des Verzichts.)

Nachdem der Angekl. die von ihm selbst am 15. Okt. gegen das Ur. v. 13. Okt. eingelegte Rev. am 17. Okt. dem BG. gegenüber zurückgenommen und damit auf das Rechtsmittel verzichtet hatte, war für die vom Verteidiger des Angekl. am 20. Okt. 1930 eingelegte Rev. kein Raum mehr. Für jeden Angekl. gibt es nur eine Rev., die entweder er selbst oder sein Verteidiger für ihn gem. § 297 StPO. einlegen kann. Der Verzicht auf Einlegung oder die Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels sind unwiderruflich und haben deshalb die Rechtskraft des Urteils unmittelbar zur Folge (vgl. RGSt. 24, 143 und RG.: GoldArch. 74, 283).

(RG., 2. StrSen., Beschl. v. 30. Dez. 1930, 2 S 676/30.)

Mitgeteilt von RM. Körner, Berlin.

*

83. §§ 60 Abs. 2 Satz 3, 61 Abs. 2, 64, 66 GRG. Gebührenberechnung bei einem sog. Vergleich.

Gegen das die beiden Angekl. freisprechende Ur. des SchöffG. haben der Nebenkl. und die StA. Berufung eingelegt. In der Hauptverhandlung vor der Strk. haben der Nebenkl. und die Angekl. eine in die Sitzungsniederschrift aufgenommene, als „Vergleich“ bez. Vereinbarung getroffen, worauf der Nebenkl. und die StA. die Berufung zurückgenommen haben. Hiernach ist die Gebühr für die Zurücknahme der Berufung zu erheben; sie beträgt, da zwei Angekl. beteiligt waren, 30 RM (§§ 60 Abs. 2 Satz 3, 64, 66 GRG.). Zu Unrecht ist in der berichtigten Kostenrechnung v. 5. Aug. 1930 statt dessen eine Gebühr von 60 RM gem. §§ 61 Abs. 2, 66 GRG. in Rechnung gestellt worden. Der Kostensatz geht ebenso wie der angef. Beschluß von der irrigen Annahme aus, daß sich das Verfahren durch einen Vergleich erledigt habe und die Einstellung des Verfahrens hätte ausgesprochen werden müssen. Das auf öffentliche Klage eingeleitete Verfahren kann gar nicht durch einen Vergleich abgeschlossen werden (vgl. §§ 156, 260 StPO.). Die im vorl. Falle getroffene Vereinbarung bildete ledig-

zu 82. Es ist anerkanntem Rechts, daß die Zurücknahme eines gem. § 302 StPO. eingelegten Rechtsmittels unwiderruflich ist (vgl. RGSt. 39, 394; 40, 135; 57, 83; Loewe-Rosenberg zu § 302 Note 5; Feisenberger das. Note 2).

Rechtswirksam aber erfolgt die Zurücknahme des Rechtsmittels durch formlose Erklärung des Berechtigten gegenüber demjenigen Gericht, bei dem das Rechtsmittel einzulegen war, oder demjenigen, das die Entsch. über das Rechtsmittel zu treffen hat. Auch trifft es zu, daß jedem Revisionsberechtigten das Rechtsmittel nur einmal zusteht. Die Befugnis des Verteidigers zur Einlegung von Rechtsmitteln ist keine selbständige, sondern aus dem Rechte des Angekl. hergeleitete, was sich schon daraus ergibt, daß der Verteidiger gegen den ausdrücklichen Willen des Beschuldigten Rechtsmittel nicht einlegen kann (§ 297 StPO.). Deshalb ist dem Urteil darin zuzustimmen, daß ein Verzicht auf das Rechtsmittel oder die Zurücknahme desselben, sei es durch den Angekl. oder durch einen seiner Verteidiger die Wirkung hat, daß das Rechtsmittel dem Angekl. unwiderruflich verlorengegangen ist, ohne daß es darauf ankommt, ob der Angekl. oder einer der Mitverteidiger von der Zurücknahme des Rechtsmittels durch einen anderen Berechtigten Kenntnis erlangt hat. Die Zurücknahme des Rechtsmittels durch den Verteidiger kann allerdings rechtswirksam nur mit ausdrücklicher Ermächtigung des Angekl. erfolgen, die aber bereits bei Einlegung desselben wirksam erteilt werden kann (RGSt. 24, 142).

RM. Dr. Siegf. Löwenstein, Berlin.

lich die Grundlage und Voraussetzung für die Zurücknahme der Berufung, die nach dem Beginne der Hauptverhandlung auch nur mit Zustimmung des Gegners erfolgen kann (§ 303 StPD). Ein Einstellungsbeschluß konnte überhaupt nicht ergehen, da durch die Zurücknahme der Berufung das auf Freisprechung lautende Urte. des SchöffG. rechtskräftig wurde. Hiernach sind die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 61, 66 DRG. nicht gegeben. (RG., 2. StrSen., Beschl. v. 22. Nov. 1930, 2 W 688/30.)

Mitgeteilt von RWR. Körner, Berlin.

*

Dresden.

84. § 150 StPD. Umfang des Erstattungsanspruchs des bestellten Verteidigers.†)

In der Rpr. und im Schrifttum herrscht darüber Streit, ob die Festsetzung der Beträge, die dem bestellten Verteidiger nach § 150 StPD. für seine Tätigkeit aus der Staatskasse zu bezahlen sind, im Justizverwaltungswege zu erfolgen hat, oder ob der Verteidiger darüber eine gerichtliche Entsch. herbeiführen kann (vgl. Löwe-Rosenberg, StPD., 18. Aufl., Anm. 4 zu § 150 und die dort angeführte Literatur und Rpr.). Auf ersterem Standpunkt steht die Geschäftsordnung für die sächs. Justizbehörden im § 675, die preuß. Verwaltungspraxis und das RG. Die andere Meinung wird in der Rpr. vertreten vom BayObLG., vom OLG. Frankfurt, vom 1. StrSen. des OLG. Dresden (SachsArch. 1928, 301) und neuerdings vom RG. (JWB. 1930, 3425). Sie überwiegt jetzt im Schrifttum. Der Senat schließt sich der letzteren Ansicht an, die eine entsprechende Anwendung des § 4 GRG. auf die Festsetzung der Gebühren des bestellten Verteidigers für geboten hält, und sich hierauf überzeugend auf § 72 Abs. 1 Ziff. 6 GRG. und die Entstehungsgeschichte des § 150 StPD. beruft. Es genügt hierzu auf die ausführlichen Darlegungen des BayObLG. 15, 168 und die Ausführungen im Komm. von Walter-Joachim-Friedlaender zur RAGebD., 8. Aufl., Anm. 20 der Vorbem. z. 4. Abschn. zu verweisen.

Die Beschwerde ist auch begründet. Der Senat vermag sich der Auffassung der StrK. nicht anzuschließen, daß dem Beschw. zu-

Zu 84. Das OLG. erörtert zunächst die formale Frage, auf welchem Wege die Festsetzung der Beträge, die dem bestellten Verteidiger nach § 150 StPD. aus der Staatskasse zu bezahlen sind, zu erfolgen hat. Es schließt sich der von Friedlaender freudig begrüßten Entsch. des RG.: JWB. 1930, 3425⁴¹ an. Dem ist lediglich beizutreten.

In der Sache kommt das BeschwG. aus den Einzelfall betreffenden Erwägungen dazu, dem Verteidiger das von ihm beanpruchte Übernachtungsgeld für die dem Termin zur Hauptverhandlung vorangehende Nacht zuzubilligen. Es hält die Weigerung des Verteidigers, in der Nacht vor der voraussehbar langen Hauptverhandlung bereits um 6,45 Uhr abzureisen, für begründet. Ausgewichen ist das OLG. der Entsch. ob der Standpunkt des Verteidigers nicht ohne weiteres auf Grund der Ziff. 10 der Ausführungsbestimmungen zur ReisekostenD. (vgl. Friedlaender, 8. Aufl., S. 477) berechtigt war. Das OLG. hat in der angeführten Entsch. die Anwendbarkeit der Ziff. 10 auf den gegebenen Fall mit folgenden Ausführungen abgelehnt:

„In Ziff. 10 der Ausführungsbestimmungen ist vorgeschrieben, daß Dienstreisen in den Monaten April bis September von 6 Uhr morgens und in den Monaten Oktober bis März von 7 Uhr morgens an angetreten werden müssen, wenn die Dauer der Dienstreife dadurch beeinflusst werden kann, oder wenn nicht besondere Umstände einen späteren Antritt der Reise rechtfertigen. Diese Vorschrift besagt also, daß zu bestimmten Jahreszeiten eine Dienstreife von einem bestimmten Zeitpunkt an angetreten werden muß und schließt damit — von besonderen Umständen, die im Einzelfall gegeben sein können, abgesehen —, Einwendungen gegen den Zeitpunkt des Antritts der Dienstreife, die sich auf den Gesichtspunkt der Zumutbarkeit gründen, zwingend aus. Darin erschöpft sich aber auch Sinn und Zweck dieser Bestimmung, der darauf abzielt, die Dauer der Dienstreisen möglichst einzuschränken und dadurch Ersparnisse zu erzielen. Keinesfalls ist aus ihr zu entnehmen, daß ein Beamter oder RA. schon um deswillen seine Dienstreife am Vorabend eines dienstlichen Termins antreten dürfe und Anspruch auf die Erstattung der ihm dadurch erwachsenen Mehrkosten habe, weil er andernfalls die vorgesehene Diensthunde nur unter Benutzung eines Frühzuges hätte einhalten können, der schon vor dem in der angezogenen Bestimmung angegebenen Zeitpunkt am Ausgangsort der Reise abfuhr. Vielmehr läßt sie in einem solchen Falle dem RA. oder Beamten lediglich das Recht offen, die Erstattungsfähigkeit der ihm durch die Übernachtung erwachsenen Mehrkosten damit zu begründen, ein vor 6 bzw. 7 Uhr liegender Antritt der Dienstreife hätte ihm nicht zugemutet werden können, d. h. also, er kann insoweit den Gesichtspunkt der Zumutbarkeit vorschützen, was ihm, wie oben ausgeführt, im Regelfalle der Ziff. 10 der einschlägigen Ausführungsbestimmungen verwehrt ist.“

Ich möchte meinen, daß diese Auffassung verfehlt ist. Sie kommt darauf hinaus, daß die Ausführungsbestimmungen einseitig

zumuten war, den am 1. Hauptverhandlungstag früh 6,45 Uhr von L. abfahrenden Zug zur Reise nach C. zu benutzen, da dieser fahrplanmäßig um 8,39 Uhr in C. ankommt und die Verhandlung 9,15 Uhr begann. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß man mit einer pünktlichen Ankunft dieses Zuges nicht immer rechnen kann. Schon deshalb gebot die Vorsicht dem Beschw., eher von L. wegzufahren, um auf jeden Fall pünktlich zum Beginn der Hauptverhandlung zur Stelle zu sein. Wesentlicher ist, daß es im wohlverstandenen und schutzwürdigen Interesse des Angekl. liegt, wenn der ihm vom Gericht bestellte Verteidiger, der Wohnung und Kanzlei in einem vom Gerichtszitz und vom Wohnort des Angekl. entfernten Ort hat und sich deshalb schriftlich mit dem Angekl. verständigen muß, nicht erst unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung mit dem Angekl. zusammentrifft, sondern so zeitig, daß er vorher mit ihm nochmals ausführlich Rücksprache nehmen kann. Vor allem aber erscheint der Einwand des Beschw. begründet, daß man ihm trotz seiner Gesundheit und Jugend nicht zumuten konnte, in der Nacht vor der anstrengenden, von 9,15 Uhr bis 20,40 Uhr (Bl. 62 b. A.) dauernden Hauptverhandlung auf einen Teil seiner Nachtruhe zu verzichten, um den Frühzug von L. nach C. benutzen zu können.

Nach alledem erscheint dem Senat auch bei Berücksichtigung der ungünstigen Wirtschaftslage des Staates der Anspruch des Beschw. auf das Übernachtungsgeld (9 RM) für die Übernachtung v. 8. zum 9. Okt. 1930 in C. und ebenso der Anspruch auf ein halbes Tagesgeld (6 RM) und ein halbes Abwesenheitsgeld (5 RM) nach § 78 RAGebD. gerechtfertigt (vgl. Rittmann-Wenz, RAGebD., 1927, Anm. 1 zu § 81; Sydow-Busch-Krieg, RAGebD., 1929, Anm. 10 zu § 78; Baumbach, RAGebD., 1929, Anm. 2 zu § 78). (OLG. Dresden, 2. StrSen., Beschl. v. 27. Jan. 1931, 2 Ost Reg 34/31.)

*

85. § 244 StPD. Ein im Ausland befindlicher Zeuge ist unerreichbar, wenn sein Erscheinen vor dem inländischen Gericht unumgänglich, mit diesem aber nicht zu rechnen ist.†)

Die Unerreichbarkeit des Zeugen ist von der Kammer daraus hergeleitet worden, daß dessen Vernehmung nur bei Gegenüberstellung

die Interessen der Staatskasse zu wahren bestimmt sind, während mit mindestens demselben Rechte der Standpunkt vertreten werden kann, daß die Vorschrift auch als Schutzvorschrift für die Beamten gilt, denen nicht angenommen werden soll, im Interesse der Staatskasse ihre Nachtruhe vor einem bestimmten Zeitpunkt aufzugeben.

In der Frage der Umsatzsteuerpflicht der Reisekosten schließt sich das Gericht der von mir in Willenbüchers Kostenfestsetzungsverfahren, 10. Aufl., S. 95 vertretenen verneinenden Ansicht an. Die gegenteilige Auffassung vertreten jetzt Walter-Joachim-Friedlaender, 8. Aufl., S. 492 Ziff. 6.

RA. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig

Zu 85. In den Gründen, die die Ablehnung von Beweis anträgen rechtfertigen, zählen u. a. die Ungeeignetheit und die Unerreichbarkeit des Beweismittels (Löwe-Rosenberg § 244, 10).

Wenn das BG. der beantragten Vernehmung des polnischen Kriminalbeamten nur im Falle der Vernehmung vor dem Prozeßgericht unter Gegenüberstellung des Angekl. den Beweiswert zuerkannte, so konnte es zutreffend die Vernehmung im Ausland für ungeeignet halten.

Hierdurch rechtfertigt sich indes nicht ohne weiteres die Ablehnung des Vernehmungsantrages, vielmehr mußte das BG., wenn es den Antrag, wie hier geschehen, nicht schon im Sinne einer Erweiterung auf die Vernehmung vor dem Prozeßgericht erledigen wollte, den Antragsteller behufs dieser Erweiterung des Antrages unterstützen (Möberg, „Der Beweisanspruch“ S. 154 und 293/94). Dieser erweiterte Verweisungsantrag hätte nun dadurch erledigt werden können, daß die ausländische Behörde um Vernehmung des Zeugen ersucht und der in Haft befindliche Angekl. dieser Behörde zur Gegenüberstellung mit dem Zeugen, evtl. im Beisein des beauftragten Richters, zugeführt worden wäre, oder daß der polnische Beamte vor das deutsche Gericht geladen und hier vernommen worden wäre. Beide Wege erklärt die Entscheidung für undurchführbar, das angebotene Beweismittel daher für unerreichbar: den ersten wegen der erhöhten Fluchtgefahr im Ausland, den zweiten wegen vermutlichen Nichterscheinens des Zeugen.

Ich halte beide Begründungen nicht für stichhaltig. Zunächst darf wohl angenommen werden, daß die zuständige polnische Behörde dem Ersuchen des Dresdener Gerichts um Vernehmung des Kriminalbeamten in Polen unter Gegenüberstellung des Angekl. entsprechen haben würde, wie wohl auch im umgekehrten Falle das deutsche Gericht das entsprechende Ersuchen eines polnischen Gerichts erledigt haben würde. Nach der Bekanntmachung über den deutsch-polnischen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen v. 2. Jan. 1926 (RGBl. 1926, II 89) besteht zwischen der deutschen und polnischen Regierung Einverständnis darüber, daß bis zum Abschluß des in Aussicht gestellten Auslieferungsvertrages der Rechtshilfeverkehr in Strafsachen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit in der Weise stattfindet, daß auf Er-

mit dem Angekl. C. zu einem Ergebnisse von Beweiswert führen kann, daß aber eine Vorführung des C. zur Konfrontierung auf polnischem Gebiete wegen Fluchtgefahr ohne weiteres ausgeschlossen und daß mit einem Erscheinen des im Reichsauslande aufhältlichen polnischen Beamten vor dem Dresdner Gerichte unter den obwaltenden Verhältnissen auf absehbare Zeit nicht zu rechnen sei. Die Ablehnung wegen Unerreichbarkeit des Zeugen muß in diesem Falle als begründet gelten. Um so mehr vermöchte allein eine Vernehmung desselben vor dem erkennenden Gerichte selbst als Beweis-erhebung von Wert in Frage zu kommen, als im vorliegenden Falle das Gericht ohne die persönlichen Eindrücke sowohl vom Angekl. wie vom Zeugen während der Gegenüberstellung die betreffende Erhebung für eine mangelhafte erachten müßte (vgl. DRZ. 1927, 247).

(OLG. Dresden, Ur. v. 25. Nov. 1930, 2 Ost 336/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

86. § 24 Abs. 2 StPB. Richteräußerung, aus der zu schließen ist, daß sich die Richter in gemeinsamer Beratung bereits ein Urteil über die Beweisergebnisse der zukünftigen Hauptverhandlung gebildet haben.¹⁾ †)

Nachdem das Urteil des OLG. auf die Rev. des Angekl. aufgehoben und die Sache an das OLG. zurückverwiesen worden war, hat der Vorsitzende der Strk. folgenden Beschluß zu den Akten gebracht: „Die Kammer steht auf dem Standpunkt, daß weder Unterschlagung noch Kreditbetrug, sondern Sachbetrug vorliegt, indem der Angekl. im Einverständnis mit S. — so wie er es zusammen mit diesem schon einmal gemacht hat — darauf ausgegangen ist, die Felle in seinen Besitz zu bekommen, um sie dann in seinem Nutzen zu verwenden, ohne, wie von Anfang an beabsichtigt, C. zu bezahlen. Unter diesen Umständen kann alles das, was bei der letzten Verhandlung in das Wissen C.s gestellt worden ist, wiederum als wahr unterstellt werden.“

Es kommt darauf an, daß S. zur Verhandlung auf jeden Fall herkommt; ich bitte, wieder einen dementsprechenden Zusatz in seine Ladung aufzunehmen.

Alle weiteren Zeugen über das Schicksal der von C.* erlangten Felle sind dann überflüssig.

Sollte unter diesem Gesichtspunkte ohne C. nicht zu einer abschließenden Erledigung der Berufung zu gelangen sein, so müßte dann dessen Vernehmung im Ausland erfolgen.“

Ferner ist folgender Beschluß ergangen:

„Mit Akten an die StA. mit dem Ersuchen, den Aufenthalt S.s, ohne den nicht verhandelt werden kann, zu ermitteln und eine Polizeiauskunft über den Deumund S.s herbeizuziehen. Es fällt auf, daß S., ein ehemaliger hiesiger angesehener Rührschneidemeister, jetzt immer seinen Wohnort wechselt, sobald ein Termin in Sachen G. ansteht.“

Auf Grund dieser Beschlüsse hat der Angekl. „die Richter der

suchen um Zustellung von Schriftstücken, um Vornahme von Untersuchungsmaßnahmen usw. der unmittelbare Geschäftsverkehr zwischen den Gerichtsbehörden der beiden Staaten zugelassen ist. Auch abgesehen von dem Bestehen eines solchen Rechtshilfeabkommens dürfte angenommen werden, daß die hier fragliche Rechtshilfe geleistet würde, da wohl kein Staat sie verweigern wird (s. Mettgenberg, Die Rechtsverträge des Deutschen Reichs, Heft 4, S. 4). Das RevG. scheint diese Voraussetzung nicht zu bestreiten, denn es begründet die Unerreichbarkeit des Beweismittels lediglich mit der Fluchtgefahr im Falle der Vorführung des Angekl. im Ausland. Dieser Begründung kann nicht beigetreten werden, sieht doch das allerdings hier nicht in Betracht kommende Deutsche AuslieferungsgG. v. 23. Dez. 1929 in § 41 Abs. 3 Ziff. 4 vor, daß in Deutschland verhaftete Personen auf Ersuchen ausländischer Behörden diesen zugeführt werden, damit sie als Zeugen vernommen oder anderen Personen gegenübergestellt werden. Hält hiernach der Gesetzgeber die Vorführung einer inhaftierten Person im Ausland ganz allgemein für unbedenklich, so ist nicht einzusehen, weshalb dieselbe Maßnahme im vorliegenden Falle „ohne weiteres ausgeschlossen sein soll“.

Ebenso wenig dürfte die Annahme begründet sein, daß mit dem Erscheinen des ausländischen Zeugen vor dem Dresdner Gerichte in absehbarer Zeit nicht zu rechnen sei. Zwar sieht das Abkommen keine Ladungen mit der Wirkung, daß sich die polnische Behörde die deutsche Vorladung zu eigen machen und Zwangsmittel zu ihrer Befolgung anwenden würde, sondern lediglich die Zustellung solcher Ladungen vor, die dem Geladenen das Erscheinen freistellt (s. hierzu Mettgenberg, Deutsches AuslieferungsgG. [1930], S. 410). Gleichwohl wird regelmäßig mit der Befolgung einer so zugestellten Ladung gerechnet werden dürfen. Mit Recht hat der 2. Senat des RG. in seiner Entsch. v. 22. März 1928: JW. 1928, 2251⁶⁰ ausgesprochen, daß das Erscheinen eines ausländischen Zeugen nur beim Vorliegen bestimmter und überzeugender Anhaltspunkte verneint werden dürfe. Dem tritt Metzberg bei, der im übrigen an dieser

Strk.“ wegen Beforgnis der Befangenheit abgelehnt, denn aus ihnen ergebe sich, daß eine Beratung der Kammer stattgefunden habe, auf Grund derer die Kammer zu der Ansicht, daß Sachbetrug vorliege, gekommen sei. Die Beforgnis der Befangenheit werde noch durch den zweiten Beschluß verstärkt, da nicht der mindeste Anhalt dafür vorliege, daß der vor Jahren erfolgte Wegzug S.s von D. nach R. und der später erfolgte Wegzug S.s von R. mit dem gegenwärtigen Strafverfahren in irgendeinem Zusammenhang stehe.

In der Hauptverhandlung hat der Verteidigung das Ablehnungsgesuch aufrechterhalten.

Bei der Entsch. über das Ablehnungsgesuch hatte das OLG. von dem Sachverhalt auszugehen, wie er im Zeitpunkt der Entsch. — unter Berücksichtigung der veranlaßten Feststellungen, vor allem der dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter — sich darstellte. Auf dieser Grundlage war vom OLG. zu prüfen, ob der Angekl. bei verständiger Würdigung der Sachlage einen Grund für die Befürchtung, die Richter würden in ihrem Urteile nicht unbefangen sein, hatte (vgl. RGSt. 60, 44; 59, 409; 61, 67). Würde die Ablehnung nur darauf gestützt worden sein, daß die Richter bloße Erwägungen über die rechtliche Seite des Straffalles angestellt hätten, so würde hieraus allein bei verständiger Würdigung der Sachlage die Beforgnis der Befangenheit allerdings nicht hergeleitet werden können. Der beantragte Beschluß konnte aber nach seiner bestimmten, unbedingten Fassung zum mindesten von dem Angekl. dahin aufgefaßt werden, daß die Richter in gemeinsamer Beratung sich auch ein Urteil über die Würdigung der tatsächlichen Beweisergebnisse der zukünftigen Hauptverhandlung gebildet hatten und daß sie auf Grund der Akten über die Frage der Schuld oder Nichtschuld des Angekl., über welche erst auf Grund der Hauptverhandlung zu entscheiden ist, bereits zu einem Ergebnisse im Sinne der Befragung der Schuld gelangt waren, insbes. auch, daß die Richter über die Bewertung der Zeugenaussage S.s sich bereits schlüssig geworden waren, insofern als auch S.s Verhalten in abfälliger Weise kritisiert und er als „mit dem Angekl. zusammenarbeitend“ hingestellt wird. Eine derartige in den Akten vor der Verhandlung niedergelegte Stellungnahme des erkennenden Gerichts ist nicht nur durchaus ungewöhnlich, sondern den Grundprinzipien der §§ 261, 264 StPB. zuwiderlaufend. Unter diesen Umständen war die Annahme des Angekl., die Richter würden voreingenommen ihre endgültige Entsch. über den Straffall treffen, nicht fernliegend.

Wenn auch das Gericht darüber, ob das Ablehnungsgesuch begründet war, nach freiem Ermessen zu entscheiden hatte, so war die Frage doch nicht allein danach zu beurteilen, ob das Gericht auf Grund der von ihm getroffenen Feststellungen die Ablehnung für unbegründet hielt. Bei der Entsch. kam es vielmehr auch weiter darauf an, ob der Angekl. von seinem Standpunkt aus lediglich auf Grund der dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter, so wie sie vorlagen und ihm als einzige Unterlage der Zurückweisung seines Ablehnungsgesuchs bekanntgegeben waren, seine Befürchtung verständigerweise als grundlos anerkennen mußte. Zum

Stelle die Frage der Nachprüfbarkeit der hier behandelten Punkte durch das RevG. erörtert.

Auch ich möchte dem Standpunkt dieser Entscheidung im Gegensatz zu dem von dem OLG. Dresden und dem in der DRZ. 1927, 247 vertretenen den Vorzug geben, da letzterer eine Unterbindung des staatlichen Rechtshilfeverkehrs zur Folge haben könnte, was nicht nur im Interesse des Angekl., sondern auch im Interesse der Verbrechensbekämpfung tunlichst vermieden werden sollte. Voraussetzung ist allerdings, daß der Beweisanspruch ernstlich gemeint und nicht zum Zwecke der Verschleppung gestellt wird, wie dies gerade beim Hineinziehen ausländischer Zeugen häufig geschieht und nach den nicht veröffentlichten Urteilsgründen wohl auch im vorl. Falle bezweckt war. Dann aber sollte auch der Beweisanspruch aus diesem Grunde und nicht mit der vielleicht einfacheren Begründung der Unerreichbarkeit des Beweismittels abgelehnt werden.

RA. Theodor Klefisch, Köln.

Zu 86. Die Entscheidung ist durchaus zu billigen. Das Urteil steht zunächst auf dem in der Hpr. stets anerkannten Standpunkt, daß eine Ablehnung nicht nur dann begründet ist, wenn der abgelehnte Richter wirklich befangen ist, sondern auch schon dann, wenn die Partei bei verständiger Würdigung den Richter für befangen halten kann. Der Angekl. konnte aber mit vollem Recht und gerade bei verständiger Würdigung zu keiner anderen Annahme gelangen als zu derjenigen, daß die Tatsachenwürdigung, welche in dem ersten Beschluß des Vorsitzenden als Standpunkt der Kammer bezeichnet war, nun wirklich nicht bloß die persönliche Auffassung des Vorsitzenden, sondern die der Kammer war. Das Gegenteil ist nicht festgestellt und würde, wenn es festgestellt wäre, zu dem recht unerwünschten Ergebnis geführt haben, daß der Beschluß des Vorsitzenden in tatsächlicher Beziehung unrichtig gewesen wäre. So wie er vorlag, konnte und mußte er als Ergebnis einer Beratung der Kammer erscheinen.

Gef. FR. Dr. Heilberg, Breslau.

¹⁾ Vgl. RG., Beschl. v. 29. Sept. 1930 oben S. 1105 Nr. 7.

mindesten hierfür konnten die vom Gericht getroffenen Feststellungen nicht genügen. Erst wenn das über das Ablehnungsgesuch erkennende Gericht festgestellt hätte, daß der Beschluß entgegen seinem klaren Wortlaut nicht auf einer Meinungsäußerung der drei Richter der Kammer beruhe, sondern vielmehr eine Meinungsäußerung des Vorsitzenden allein war, die unzutreffend von diesem als Standpunkt der Kammer hingestellt worden war, und erst wenn diese Sachlage dem Angekl. durch die Begründung des Zurückweisungsbeschlusses bekanntgemacht worden wäre, hätte der Angekl. verständigerweise sich damit abfinden müssen.

(OLG. Dresden, Urf. v. 8. Okt. 1930, 1 Ost 209/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

87. §§ 24, 28, 86, 338 Ziff. 3 StPD. Der Rat des Kammervorsitzenden, der Angekl. möge seine Berufung zurückziehen, rechtfertigt die Besorgnis der Befangenheit nicht. Dasselbe gilt von einer privaten Besichtigung des Tatortes durch den Vorsitzenden. 1) f)

Aus der Tatsache allein, daß der Kammervorsitzende bei Gelegenheit einer von ihm vorgenommenen Besichtigung des Tatortes dem Angekl. den Rat gegeben hat, seine Berufung zurückzuziehen, konnte die Besorgnis, der Richter werde den Straffall nicht unvoreingenommen entscheiden, verständigerweise nicht hergeleitet werden, besonders da der genannte Richter ihm ausdrücklich anheimgegeben hatte, zunächst mit seinem Verteidiger Rücksprache zu nehmen (vgl. RGSt. 60, 43). Das gegen den Vorsitzenden gerichtete Ablehnungsgesuch ist daher mit Recht als unbegründet verworfen worden.

Die Rev. behauptet ferner einen Verstoß gegen § 86 StPD. insofern, als der Vorsitzende gemeinsam mit den Sachverständigen eine richterliche Augenscheineinnahme vorgenommen hätte, ohne daß ein Protokoll darüber aufgenommen worden wäre und ohne daß die Parteien verständigt worden seien. Dieser Angriff, der sich übrigens bei der behaupteten Sachlage nicht auf § 86, sondern vielmehr auf die §§ 225, 224 StPD. stützen würde, geht fehl. Denn nach der Äußerung des Vorsitzenden hat er, nachdem ein Antrag des Angekl. auf Augenscheineinnahme abgelehnt worden war, allein und privatim den Tatort besichtigt und ist dabei zufällig mit zwei der zur Hauptverhandlung geladenen drei Sachverständigen zusammengetroffen. Es handelte sich also nicht um einen richterlichen Augenschein i. S. von § 225 i. Verb. m. § 224 StPD., sondern um eine private Information des Richters, die er sich ohne Beobachtung der in § 224 StPD. vorgeschriebenen Formlichkeiten verschaffen konnte. Ein solcher privater Augenschein ist an sich zulässig. Auf die Tatsache, daß ein privater Augenschein von einem Mitglied des erkennenden Gerichts vor der Hauptverhandlung eingenommen worden ist, kann die Rev. nur dann gestützt werden, wenn das Urteil auf dem privaten Augenschein beruht, wenn also der betreffende Richter sein bei der Einnahme des Augenscheins gewonnenes privates Wissen bei der Urteilsfindung in unzulässiger Weise verwertet hat (vgl. Löwe-Rosenberg, StPD., 18. Aufl., § 225 Anm. 5).

(OLG. Dresden, Urf. v. 15. Okt. 1930, 1 Ost 145/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

88. § 245 Abs. 2 StPD. Eine in diesem Rahmen ergehende Ablehnung von Beweisanzträgen wird gegebenenfalls damit hinreichend begründet, daß die Beweis-erhebung „nicht erforderlich sei“. 1)

Anlangend die Rüge, mit der die dem Ablehnungsbeschlusse zuteil gewordene Begründung, daß die beantragten Beweis-

Zu 87. Bei der Entsch. desselben OLG. v. 15. Okt. 1930 liegt die Sache wohl anders. Der bloße Hinweis des Richters darauf, daß das Rechtsmittel wohl kaum Erfolg haben werde, ein Hinweis, der im Zivilprozeß im Laufe von Vergleichsverhandlungen nicht selten ist, kann nicht füglich den Verdacht der Partei begründen. Der Richter kann, gerade auch im Interesse der Parteien, recht wohl seine Ansicht zur Sache äußern (vgl. RG. oben S. 1105).

Gch. FR. Dr. Heiberger, Breslau.

1) Vgl. RG., Beschl. v. 29. Sept. 1930 oben S. 1105.

Zu 88. Dem Urteil kann nicht beigepflichtet werden. Dadurch, daß § 245 Abs. 2 StPD. in den dort bezeichneten Ausnahmefällen den Umfang der Beweisaufnahme in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt hat, wird lediglich § 245 Satz 1, wonach die Beweisaufnahme auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen, sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken ist, eingeschränkt, dagegen an den Vorschriften der §§ 244 Abs. 2, 34 StPD., wonach es eines Gerichtsbeschlusses bedarf, wenn ein Beweisanztrag abgelehnt wird und diese Ablehnung mit Gründen versehen werden muß, nichts geändert. Die Begründung des Ablehnungsbeschlusses muß daher auch im Falle des § 245 Abs. 2 den Vorschriften der §§ 244 Abs. 2, 34 StPD. entsprechen. Das wird auch offenbar vom Vorderrichter nicht verkannt. Dann aber kann die hier erfolgte Begründung der Ablehnung als

erhebungen „nicht erforderlich“ seien, als unzulänglich bemängelt wird, so kann allerdings eine Begründung von dieser Fassung in anderen Fällen als zu allgemein erscheinen. Von jeher hat die Rspr. zur Begründung ablehnender Bescheide auf Beweisanzträge geordert, daß aus ihr — auch bei Ablehnungen in Fällen des § 245 Abs. 2 StPD. — soviel zum mindesten ersichtlich sein muß, ob der Sachverhalt, der in dem Beweisanztrage behauptet wird, durch das Gericht nach der tatsächlichen oder rechtlichen Seite hin einer Betrachtung unterzogen worden ist. Diesem Erfordernisse entspricht die Begründung, „weil die Beweis-erhebung nicht erforderlich sei“, an und für sich nicht. Indessen kann im Einzelfalle durch die klare Beziehung zum Inhalte des Beweisanztrages außer jeden Zweifel gestellt sein, ob das Gericht die geforderten Erhebungen wegen ihrer Untauglichkeit für die Schaffung einer ausreichenden Beweisgrundlage oder aus rechtlichen Gründen ablehne. Im gegenwärtigen Falle war für den Antragsteller ohne weiteres ersichtlich, daß richterlicherseits Zeugen, die über ihr Nichtwissen gehört werden oder nur die Unglaubwürdigkeit eines von mehreren Belastungszeugen bestätigen sollten, nicht als zur Herstellung jener Grundlage geeignet und deswegen nicht als erforderlich angesehen wurden. Er war sonach zur Genüge unterrichtet, nach welcher Seite hin das Gericht sein Beweisangebot für nicht beachtenswert ansah, und war in den Stand gesetzt, gegebenenfalls auf anderweite Entlastungsmöglichkeiten hinzuweisen sowie entsprechende Anträge zu stellen. Unter diesen Umständen aber muß die beanstandete Begründung als eine ausreichende gelten.

(OLG. Dresden, Urf. v. 23. Sept. 1930, 2 Ost 192/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

89. §§ 223, 233, 245, 325 StPD. Die Verlesung von Protokollen über die Aussagen kommissarisch vernommener Zeugen in Abwesenheit des vom Erscheinen entbundenen Angeklagten ist zulässig. 1)

Die von der Rev. bemängelte Verlesung der Protokolle über die Aussagen der im ersten Rechtszug kommissarisch gem. § 223 Abs. 2 StPD. vernommenen Zeugen war nach §§ 325, 245 Abs. 1 StPD. zulässig, nachdem in der Berufungsverhandlung durch verkündeten Gerichtsbeschlusse festgestellt worden war, daß der Grund

ausreichend unter keinen Umständen erachtet werden; denn sie ist in Wahrheit überhaupt keine Begründung im Sinne des Gesetzes. Die Tatsache der Ablehnung für sich allein ergibt ja bereits, daß die Erhebung des Beweises für nicht erforderlich vom Gericht erachtet wurde und die Begründung, die das Gesetz verlangt, soll ja eben dem Antragsteller klarmachen, weshalb das Gericht den Beweis nicht für erforderlich erachtet hatte. Im vorliegenden Falle verwehrt das Gericht die Möglichkeit des Erkennens seiner Gründe mit der Verpflichtung, die Gründe bekanntzugeben. Die Feststellung, daß der Antragsteller die Gründe der Ablehnung erkannt hat, kann, da es sich bei der Ablehnung eines Beweisanztrages nicht um einen absoluten Revisionsgrund handelt, den Schluß rechtfertigen, daß das Urteil auf dem geklärten Prozeßverstoß nicht beruhe, niemals aber vermag die Kenntnis von den Gründen des Gerichts beim Antragsteller die zwingend vorgeschriebene Begründung zu ersetzen. Es kann deshalb auch dahingestellt bleiben, ob wirklich, wie das RG. meint, für den Antragsteller ersichtlich war, daß die beantragte Beweisaufnahme zur Herstellung der damit bezweckten Beweisgrundlage als nicht geeignet und deshalb als nicht erforderlich angesehen wurde. Die Tatsache, daß in ständ. Rspr. vom RG. vollständige und spezielle Angabe der Ablehnungsgründe und insbes. die Angabe darüber gefordert wird, ob die Ablehnung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unterblieben ist, bleibt bestehen, und deshalb dürfte, ebenso wenig in irgendeinem anderen, so auch im vorliegenden Falle die beanstandete Begründung als ausreichend bezeichnet werden (vgl. hierzu die zahlreichen in Löwe-Rosenberg zu § 244 Note 11 zit. Entsch. und Alsb. Berg, Beweisanztrag S. 295 ff.).

FR. Dr. Siegfried Löwenstein, Berlin.

Zu 89. Das Urteil ist richtig. Die Begründung deckt sich mit der RGSt. 19, 249, nicht S. 449. Der Fall wäre anders zu beurteilen, wenn die Verlesung der Zeugenaussage nicht auf Grund von § 223 StPD., der die Zulässigkeit der Verlesung von der Zustimmung der Prozeßbeteiligten nicht abhängig macht, sondern auf Grund von § 325 StPD. erfolgt wäre, der die Zustimmung des Angekl. zur Verlesung von Zeugenaussagen erster Instanz fordert, wenn die wiederholte Vorladung des Zeugen erfolgt, oder vom Angekl. rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt worden ist. In solchem Falle hätte das Gericht trotz Befreiung des Angekl. vom Erscheinen in der Hauptverhandlung dessen Zustimmung zur Verlesung von Zeugenaussagen erster Instanz einholen müssen. Im vorliegenden Falle dagegen bedurfte es der Zustimmung nicht, und die Bekanntgabe des Beschlusses an den abwesenden Angekl. erübrigte sich aus den im Urteil zutreffend ausgeführten Gründen.

FR. Dr. Siegfried Löwenstein, Berlin.

für die kommissarische Vernehmung dieser Zeugen unverändert fortbestand, und die Verlesung angeordnet worden war. Dieser Beschluß bedurfte keiner Bekanntschaft an den abwesenden Angekl., da dieser auf seinen Antrag gem. § 233 StPD. vom Erscheinen in der Hauptverhandlung befreit worden war. Denn dieses Verfahren hat eben den Zweck, eine Verhandlung ohne den Angekl. zu ermöglichen, und es wäre undurchführbar, wenn die in der Hauptverhandlung gefassten Beschlüsse vor ihrer Ausföhrung dem Angekl. bekannt gegeben werden müßten. Denn dann müßte stets eine Vertagung der Hauptverhandlung eintreten. Legt der Angekl. Wert darauf, auf die in der Hauptverhandlung gefassten Beschlüsse einzuwirken und die Möglichkeit zu haben, nach erfolgter Beschlußfassung andere Anträge zu seiner Verteidigung zu stellen, so muß er sich durch einen Verteidiger in der Hauptverhandlung vertreten lassen (§ 234 StPD.; vgl. RSt. 19, 249).

(OLG. Dresden, Ur. v. 14. Okt. 1930, 2 Ost 217/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

90. Mit der Abgabe einer Rechtsmittelschrift in der Wohnung des Kammervorsitzenden ist die Rechtsmittelfrist nicht gewahrt.

Das Rechtsmittel ist verspätet. Die Beschwerdeschrift hätte bis zum 6. Okt. bei dem OLG. eingegangen, d. h. in die Hände eines zur Empfangnahme befähigten Beamten gelangt sein müssen. Nach dem Eingangsvermerk des zuständigen Urkundsbeamten ist sie bei diesem aber erst am 7. Okt. eingegangen. Nach dem handschriftlichen Vermerk des Vorsitzenden ist ihm der die sofortige Beschwerde enthaltene Schriftsatz zwar am 6. Okt. noch abends 7 Uhr von einer Büroangestellten des Verteidigers in seiner Wohnung übergeben worden; die Annahme ist allerdings nur vorbehältlich ihrer rechtlichen Wirksamkeit erfolgt. Damit ist aber die in § 311 Abs. 2 Satz 1 StPD. bestimmte Frist nicht gewahrt worden, weil nach den §§ 333, 334, 338 Abs. 1 GefD. f. d. sächs. Justizbehörden außer dem Vorstand der Behörde nur die Beamten der Eingangsstelle und der zuständige Urkundsbeamte zur amtlichen Empfangnahme eingehender Schriftstücke in Vertretung des Gerichts berufen sind.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 3. Nov. 1930, 1 OstReg 419/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Jena.

91. § 78 OVG. Ist innerhalb des Schwurgerichtsbezirks eine abgezwigte Strafkammer gebildet, so hat die Strafkammer am Sitz des Landgerichts auch über solche Wiederaufnahmeanträge zu entscheiden, die Straftaten aus dem Bezirk der abgezwigten Strafkammer betreffen.

Im Landgerichtsbezirk M. ist eine abgezwigte StrK. beim OLG. S. für den Bezirk des gemeinschaftlichen SchöffG. S. gebildet. Das SchwG. tritt für den ganzen Landgerichtsbezirk in M. zusammen. Es hatte eine Tat, die im Bezirk der StrK. S. begangen war, rechtskräftig abgeurteilt. Die abgezwigte StrK. in S. streitet mit der StrK. in M. darüber, welche über den Wiederaufnahmeantrag zu entscheiden hat. Es besteht also Streit über die Zuständigkeit. Dabei handelt es sich um verschiedene Gerichte i. S. des § 14 StPD. Denn eine für den Bezirk eines OLG. nach § 78 OVG. gebildete StrK. ist bezüglich der örtlichen Zuständigkeit als ein besonderes Gericht, nicht nur als eine Abteilung eines OLG. anzusehen. Sie steht einem OLG. gleich, dessen Bezirk mit dem eines anderen OLG. zu einem Schwurgerichtsbezirk zusammengelagt ist. Die Entscheidungen außerhalb der Tagung des SchwG. trifft die StrK., an deren Sitz die Sitzungen des SchwG. abgehalten werden. Deshalb hat die StrK. in M. über das Wiederaufnahmeverfahren zu entscheiden.

(OLG. Jena, 1. StrSen., Beschl. v. 3. Dez. 1930, 4 W 199/30.)

Mitgeteilt von Generalstaatsanwalt Dr. Wurmstich, Jena.

Obergericht der Freien Stadt Danzig.

Strafsachen.

1. § 310 StPD. Wegen Entscheidungen über Freigabe einer Sicherheit ist weitere Beschwerde nicht zulässig.

Der angefochtene Beschluß hatte entgegen der vom OLG. J. getroffenen Entsch. die vom Angekl. zur Verschönung mit der Untersuchungshaft geleistete Sicherheit für frei erklärt. Wegen dieses Beschlusses hat die StA. weitere Beschwerde eingelegt. Die weitere Beschwerde erschien jedoch als unzulässig. § 310 StPD. bestimmt, daß Beschlüsse des OLG. in der BeschwJust., „insofern sie Verhaftungen betreffen“, durch weitere Beschwerde angefochten werden können, daß aber im übrigen eine weitere Anfechtung der in der BeschwJust. ergangenen Entsch. nicht stattfindet. Die Auslegung der Worte „insofern sie Verhaftungen betreffen“ ist streitig. Eine weitere Auslegung, die auch Beschwerden über den Verfall einer Sicherheit

mit umfaßt, weil die Vorschriften über Sicherheitsleistung in dem Abschnitt „Verhaftung und vorläufige Festnahme“ (§§ 112 ff. StPD.) behandelt werden, wurde in den früheren Auflagen des Komm. von Löwe, StPD., ferner bei Feisenberger, StPD. § 310 Anm. 1 und vom OLG. Celle (JStW. 43, 501) für angebracht gehalten. Dagegen hat sich der Komm. von Löwe, StPD., in der 18. Aufl. § 310 Anm. 4 für eine engere Auslegung des § 310 in dem Sinne entschieden, daß nur die Entsch., die wirklich Verhaftungen, also die Freiheitsentziehung betreffen, der weiteren Beschwerde unterliegen, und diesen Standpunkt vertritt auch das OLG. Königsberg in dem Beschl. v. 17. Okt. 1927 (JW. 1927, 3064¹²). Der Senat hat sich der letzteren Ansicht angeschlossen. Wie das OLG. Königsberg zutreffend ausführt, war für die Zulassung der weiteren Beschwerde offenbar die Erwägung maßgebend, daß Beschlüsse, durch die Verhaftungen angeordnet werden, von ganz besonderer Tragweite sind, da sie in die persönliche Freiheit eingreifen und deshalb der Nachprüfung durch eine weitere höhere Instanz nicht entzogen sein sollen, wie das sonst ganz allgemein durch § 310 Abs. 2 StPD. bestimmt ist. Es erscheint deshalb angebracht, die Zulassung der weiteren Beschwerde auf Beschlüsse zu beschränken, die entweder unmittelbar die Freiheit oder Unfreiheit des Angekl. betreffen oder wenigstens in dieser Richtung Einfluß ausüben können. Auf diesen letzteren Gesichtspunkt weist auch der Einsender der obengenannten Entsch. des OLG. Celle (JStW. 43, 501) hin. Im vorliegenden Falle, wo es sich lediglich darum dreht, ob eine geleistete Sicherheit verfallen ist oder freigegeben werden soll, ist nicht ersichtlich, daß die Entsch. in der Richtung auf die Freiheit oder Unfreiheit des Angekl. einen Einfluß ausüben könnte. Die Erwägung, daß es sich bei den Sicherheitsleistungen mitunter um sehr erhebliche Vermögenswerte handeln kann, ist nicht geeignet, zu einer abweichenden Beurteilung zu führen, weil dieser Gesichtspunkt auch sonst bei zahlreichen Beschwerden in der StPD. zutreffen würde und trotzdem die einschränkende Vorschrift des § 310 Abs. 2 StPD. vom Gesetzgeber für zweckmäßig gehalten worden ist.

(ObG. Danzig, StrSen., Beschl. v. 21. Okt. 1930, 2 Ws 36/30.)

Mitgeteilt von ObGerK. Methner, Danzig.

Landgerichte.

Zivilsachen.

Aurich.

I. Verfahren.

1. § 577 Abs. 3 ZPO. Ein nicht verkündeter Beschluß wird für den erkennenden Richter schon dann unabänderlich, wenn er auch nur einer Partei zugestellt ist. †)

Die Gläubigerin hatte der Schuldnerin und einer Drittschuldnerin eine Pfändungsbenachrichtigung gem. § 845 ZPO. zustellen lassen. Auf Erinnerung seitens der Schuldnerin erklärte das OLG. diese Pfändungsbenachrichtigung durch Beschluß für unzulässig. Dieser — nicht verkündete — Beschluß wurde nur der Schuldnerin zuge-

Zu 1. Die Entsch. ist zutreffend.

1. Die Ansicht, daß die Pfändungsbenachrichtigung nach § 845 ZPO., obwohl keine Parteiverhandlung, der Sache nach Zwangsvollstreckungsakt ist und demgemäß der Erinnerung nach § 766 unterliegt, hat sich in der neueren Praxis erfreulicherweise allgemein durchgesetzt (vgl. Stein¹⁴, § 766 R. 23a). Die Zulassung des Rechtsbehelfs entspricht einem bringenden praktischen Bedürfnis, denn anderenfalls müßten die prozessualen Einwendungen gegen die Verpfändung in dem Prozeß über die gepfändete Forderung, also praktisch auf dem Rücken des sich ohnehin nicht in beneidenswerter Lage befindlichen Drittschuldners ausgetragen werden.

2. Wenn § 329 ZPO. bestimmt, daß nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergehende Beschlüsse „den Parteien zuzustellen“ sind, so ist damit nicht ausgesprochen, daß sie, um wirksam zu werden, stets der Zustellung an beide Parteien bedürften und demnach bei Zustellung zu verschiedenen Zeitpunkten erst mit der letzten Zustellung prozessual existent würden. Der § 329 stellt nur das Erfordernis der Zustellung von Amts wegen auf. Die Frage, mit welcher Zustellung eine nicht verkündete Entsch. existent wird, ist nicht aus § 329, sondern aus den für die betr. Entsch. geltenden Bestimmungen zu beurteilen. RG. 123, 333 = JW. 1929, 1660 hat sich bei der Entsch. ohne mündl. Verh. nach § 7 EntfW. (Zustellung der Urteilsformel als Ersatz für die Verkündung) auf den Standpunkt gestellt, daß das Urteil erst dann als existent geworden anzusehen ist, wenn die Zustellung an beide Parteien bewirkt ist — m. E. durchaus zutreffend, denn die Zustellung an die eine Partei kann der anderen gegenüber nicht als Ersatz für die (beiden Parteien gegenüber wirkende) Verkündung gelten, und ein teilweises, einseitiges Existenzwerden der Entsch. ist etwas Logisch Unmögliches.

Bei den nach § 329 zuzustellenden Beschlüssen liegen die Dinge aber wesentlich anders. Bei einer ganzen Reihe von Beschlüssen ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz, daß sie nur der einen Partei

stellt. Vor der Zustellung an die Gläubigerin äußerte das Gericht seine Ansicht, hob den Beschluß auf und wies die Erinnerung zurück. Auf die sofortige Beschwerde der Schuldnerin wurde dieser zweite Beschluß von der Beschw. aufgehoben und der Erinnerung stattgegeben. Aus § 329 Abt. III ZPO., wonach ein nicht verkündeter Beschluß den Parteien zugestellt werden muß, folgt nicht, daß ein Beschluß erst durch Zustellung an beide Parteien wirksam wird. Bereits mit der Zustellung an auch nur eine Partei wird der Beschluß nach außen hin wirksam und damit für den Richter gemäß § 577 Abt. III unabänderlich.

(LG. Aurich, Beschl. v. 6. Okt. 1930, T 337/30.)

Mitgeteilt von R. E. Schröder, Wilhelmshaven.

*

Detmold.

2. Ordnungsmäßige Besetzung der Richterbank.

Nach § 59 Abs. 2 GG. können die Direktoren und Mitgl. des LG. gleichzeitig NR. im Bezirk des LG. sein. Nach § 14 Abs. 2 UGGW. i. d. Fass. des Gef. v. 15. Nov. 1925 (RG. 29, 206) können die Mitgl. des LG. neben ihrer Hauptbeschäftigung am LG. mit der vorübergehenden Vertretung eines NR. beauftragt werden. Die als MietSchöff. bezeichnete Abteilung des LG., mit deren Leitung ein Mitgl. des LG. betraut ist, ist keine dauernde Einrichtung, sondern nur für die Zeit geschaffen, während der die Wohnungsmangelgesetzgebung besteht, also nur eine vorübergehende.

Nach § 22 Abs. 2 GG. kann umgekehrt ein NR. zugleich Mitgl. oder Direktor bei dem übergeordneten LG. sein.

Wenn also z. B. die zur ordnungsmäßigen Bildung der Kammern erforderlichen Mitgl. nicht voll beschäftigt sind, sollen einem oder mehreren dieser Richter einzelne amtsrichterl. Geschäfte oder einem NR., namentlich am Orte, aber auch sonst im Bezirke des LG., gleichzeitig Geschäfte eines NR. übertragen werden können (Schow-Burich, Anm. 3 zu § 59 GG.).

Daß eine ausdrückliche Ernennung des in dieser Weise mit der Wahrnehmung amtsrichterl. Geschäfte beauftragten LG. zum NR. erforderlich sei, läßt sich aus dem Gesetz nicht ohne weiteres entnehmen. Im übrigen ist im vorl. Fall die Übertragung der amtsrichterl. Geschäfte auf den LG. R. seinerzeit durch das LGPräf. erfolgt. In dieser Übertragung amtsrichterl. Geschäfte auf den LG. R. durch die oberste Landesbehörde liegt aber zugleich seine Bestellung zum Mitgl. des LG., also zum „Amtsrichter“, soweit ihm jedenfalls die amtsrichterl. Geschäfte übertragen sind.

(LG. Detmold, 3. R., Ur. v. 20. Okt. 1930, S 172/30.)

Mitgeteilt von R. Blanke, Detmold.

*

zuzustellen sind (vgl. die Zusammenstellung bei Stein¹⁴, § 329 III, 1); daß in diesen Fällen die Entsch. eben mit dieser einen Zustellung existent wird, liegt auf der Hand. Bei den in der Zwangsvollstreckung auf Erinnerung oder Beschwerde des Vollstreckungsschuldners ergehenden Beschlüssen ist die Antwort auf die Frage aus §§ 775 Nr. 1, 776 zu entnehmen. Danach ist eine Vollstreckungsmaßnahme aufzuheben u. a., wenn der Vollstreckungsschuldner die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entsch. vorlegt, durch die die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist (wobei die Fassung „Unzulässigerklärung“ oder „Aufhebung“ der Maßnahme keinen Unterschied bedeutet). Der Vollstreckungsschuldner weiß sich also jedem, bes. dem Gerichtsvollzieher und ebenso dem Drittschuldner gegenüber durch die Beschlussausfertigung als der nunmehr wieder allein Verfügungsberechtigte aus. Ist er durch die Zustellung von Amts wegen nach § 170 ZPO. in den Besitz der ihn Dritten gegenüber legitimierenden Ausfertigung gelangt, so hat der Beschluß damit seine prozessuale Wirksamkeit erlangt. Die Zustellungen an den Vollstreckungsgläubiger und Drittschuldner haben daneben nur Benachrichtigungsfunktionen. Die Frage wird im täglichen Leben besonders im Verhältnis zum Drittschuldner praktisch. Wenn es auch zweckmäßig und allgemein üblich ist, die Aufhebungsbeschlüsse auch dem Drittschuldner von Amts wegen zuzustellen, so ist dies doch weder notwendig noch vielfach möglich, weil dem Gericht die erforderlichen Unterlagen dazu fehlen. Man denke an Vorkündigungen und namentlich auch an Zwangsverwaltungsbeschlüsse, die großstädtische Miethäuser betreffen, wo die Mieter-Drittschuldner vielfach nach Dugenden zählen und dem über die Erinnerung und Beschwerde befindenden Gericht unter Umständen gar nicht genau bekannt sind. Der einzelne Drittschuldner kann sich dem Vollstreckungsschuldner, der ihm den die Zwangsvollstreckung aufhebenden oder für unzulässig erklärenden Beschluß in Ausfertigung vorlegt, nach der in § 775 getroffenen Regelung nicht darauf berufen, daß ihm oder dem Vollstreckungsgläubiger der Beschluß nicht zugestellt sei. Die allein wesentliche Zustellung ist diejenige an den Vollstreckungsschuldner, und daraus folgt ohne weiteres, daß, wenn sie bewirkt ist, damit der Beschluß existent geworden ist. Daraus ergibt sich als weitere Folge, daß nach diesem Zeitpunkte für eine Abänderung der Entsch. durch das untere Gericht gem. § 577 Abs. 3 kein Raum mehr ist.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Hamburg.

3. Der Gläubiger kann den Antrag auf Übereignung gemäß § 825 ZPO. stellen, auch wenn er das Pfandstück dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung verkauft und geliefert hatte.

... Das Pfandstück war dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt auf Ratenzahlung verkauft und geliefert worden. Der Eigentumsvorbehalt steht nach h. M. der Pfändung nicht entgegen. Der Gläubiger verzichtet bereits mit der Erteilung des Pfändungsauftrages auf sein Eigentum, in dem er damit die Sache nicht mehr als seine eigene, sondern als eine des Schuldners behandelt, und zwar ist dieser Verzicht als unter dem aufschiebenden Bedingung der Ablieferung des Versteigerungserlöses an den Gläubiger abgegeben anzusehen (vgl. DLG. 26, 394; Eholb: ZB. 1930, 2084). Läßt man aber die Pfändung eigener Sachen zu, muß auch § 825 ZPO. anwendbar sein. Denn, will man in dem Pfändungsauftrag noch keinen Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt erblicken, so liegt ein solcher jedenfalls in dem Antrage des Gläubigers, ihm das Pfandstück nach § 825 ZPO. zu Eigentum zu übertragen. Deutlicher kann ein Eigentumsverzicht nicht ausgesprochen werden. Damit erledigt sich der Einwand, daß, da eine Übereignung einer dem Gläubiger bereits gehörenden Sache begrifflich unmöglich sei, § 825 nicht anwendbar sei. Das AbzG. v. 16. Mai 1894 steht nicht entgegen. Die Zwangsvollstreckung in die verkaufte Sache beim Abzahlungsgefäß ist insbes. keine Rücknahme der Sache im Sinne von § 5 mit der Wirkung des Rücktritts. Dagegen spricht schon der Wortlaut des § 5, wonach nur die Rücknahme auf Grund des vorbehaltenen Eigentums die Wirkung eines Rücktritts hat, während bei der zwangsweisen Fortnahme durch die Pfändung usw. der Gläubiger, wie oben dargelegt, die Sache wie eine Sache des Schuldners behandelt und auf sein Eigentum daran verzichtet (vgl. Eholb a. a. O.; LG. Düsseldorf: ZB. 1929, 3193). Allerdings hält LG. Berlin I (RGBl. 26, 38) die Anwendung von § 825 solchenfalls nicht für zulässig, ohne diese Ansicht aber näher zu begründen. Kuhl, „Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgefäß“, 1930, S. 164, scheint die Anwendung für zulässig zu halten. Es sind Bedenken gegen die Anwendung von § 825 nicht ersichtlich. Die Übereignung an den Gläubiger liegt bei Gegenständen, die erfahrungsgemäß in der Versteigerung keinen über den Taxwert hinausgehenden Erlös bringen, auch im Interesse des Schuldners, der die Versteigerungskosten spart. Bei richtiger Ansetzung des Taxwertes durch den Gerichtsvollzieher besteht auch nicht die Gefahr, daß der Gläubiger durch eine Anordnung nach § 825 ZPO. auf Kosten des Schuldners ungerechtfertigte Vorteile erlangt. (LG. Hamburg, 9. R., Beschl. v. 20. Okt. 1930, Z Bs IX 1428/30, Z Bs IX 1587/30.)

Mitgeteilt von Richter Dr. Thomsen, Hamburg.

*

Münster.

4. § 771 ZPO. Die Sicherungsübereignung des gesamten Warenlagers an ein Gläubigerbeiratsmitglied zur Sicherstellung aller Gläubiger gibt dem Treuhänder kein Interventionsrecht gegenüber einem pfändenden Gläubiger. †

(LG. Münster, 1. R., Ur. v. 20. Mai 1930, 1 S 205/30.)

Abgedr. ZB. 1930, 3363^a.

*

Zu 4. A. Anm. Jessen, ebenda.

B. 1. Die Frage, ob dem Treuhänder das Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO. zusteht, ist gegenwärtig zu einer der wichtigsten Fragen des Vollstreckungsrechtes geworden (vgl. zu dieser Frage noch Emmerich, Sanierung, S. 161; Hein, Grundriß des Treuhänderrechts, S. 187 ff und insbes. Friedmann, Gutachten zum 30. Juristentag, S. 962, 1086). Immer wieder versuchen einzelne Gläubiger in das dem Treuhänder übereignete Treugut zu pfänden. Sie versuchen hierdurch eine volle Befriedigung ihres Guthabens herbeizuführen, das auf Grund des angestrebten Vergleichs auf eine bestimmte Quote herabgemindert werden soll.

Im vorliegenden Fall handelt es sich nun nicht um einen Liquidationsvergleich (vgl. Merkel: ZB. 1930, 1342). Vielmehr sind hier in Durchführung eines bestätigten Vergleichs die Aktiven des Schuldners einem Treuhänder übereignet worden (über die hierbei auftretenden Fragen vgl. Merkel: ZB. 1930, 1430).

In beiden Fällen ist es aber von größter Bedeutung, ob ein außenstehender Gläubiger sich dadurch geforderte Befriedigung suchen darf, daß er ins Treugut pfändet.

2. In dieser Frage ist noch immer keine Klärung erzielt worden. Dies rührt davon her, daß eine gesetzliche Regelung der Frage fehlt, daß die maßgebenden Begriffe noch unstritten sind und daß im Einzelfall vielfach die Entsch. deduktiv gefällt wird.

Ob eine gesetzliche Regelung des Treuhänderwesens notwendig ist, braucht hier nicht untersucht zu werden (vgl. hierzu das Gutachten Friedmanns). Auch braucht nicht näher dargelegt zu werden, daß die deduktive Methode für die Rechtsfindung grund-

sächlich abgelehnt werden muß. Die Aufgabe des Rechts besteht darin, eine Regelung zu finden, die den widerstreitenden Interessen aller Beteiligten Rechnung trägt. Diese Regelung ergibt sich aber nur dann, wenn man sachlich und ohne vorgefaßten Zweck die einschlägigen Rechtsfragen prüft.

3. Zu einem klar durchdachten System der Treuhand ist man deshalb noch nicht gekommen, weil man bei Abfassung des BGB. die verschiedenen Formen treuhänderischer Tätigkeit noch nicht zusammenschaut und auf ihre gemeinschaftlichen Merkmale untersucht hat. Man hat größeres Gewicht auf die verschiedenen Erscheinungsformen der Treuhand gelegt, als auf die Erkenntnis der Funktion der treuhänderischen Tätigkeit. So kam es, daß das wahre Wesen der Treuhand durch ihre verschiedenen Einzelformen mehr verhüllt als herausgearbeitet wurde. Man kann von einer familienrechtlichen Treuhand (Verwaltungsrecht des Gatten, des Vaters, des Vormunds) von einer erbrechtlichen (Nachlassverwaltung, Testamentvollstreckung) von einer Liquidationstreuhand (des Konkursverwalters, des Liquidationstreuhanders, des Liquidators eines Unternehmens) und endlich von einer organschaftlichen Treuhand sprechen (Stiftungsverwaltung, Verwaltung von Unternehmen und sonstigen Zweckvermögen).

Friedmann hat von Quaistreuhand (§. 827 ff.), implizierter Treuhand (§. 845 ff.) und offener Treuhand (§. 906 ff.) gesprochen. Diese Unterscheidung ist deshalb wertvoll, weil sie die verschiedenen Möglichkeiten der Treuhand klar erkennen läßt. Will man dagegen zu der Funktion, den Rechten und Pflichten der Treuhand vordringen, so muß man den gemeinschaftlichen Rechtsgehalt aller Treuhandformen suchen.

4. Dieser Rechtsgehalt besteht in der Ausübung einer Vermögensverwaltung in fremdem Interesse zu treuen Händen. Der Treuhänder ist nicht Eigentümer. Er übt nur einen bestimmten Rechtskreis des Eigentümers an seiner Stelle aus. Man spricht von einer doppelten Rechtszuständigkeit, von einer Abhaltung einzelner Rechte aus dem Eigentum. Der erste Begriff erklärt aber den Tatbestand nicht vollkommen, der zweite Begriff ist nur ein Bild, aber keine Erklärung. Dagegen ergibt sich eine sachgemäße Erklärung und eine richtige Einordnung des Treuhandbegriffs ins Rechtssystem auf Grund folgender Erwägungen:

Das Eigentum verleiht ein Nutzungs-, ein Verwaltungs- und ein Verfügungs- oder Verwertungsrecht (vgl. auch Merkel: *JW.* 1930, 2431). Der Eigentümer kann diese Rechte ganz oder teilweise übertragen, und zwar mit dinglicher Wirkung. Die Vollübertragung des dinglichen Nutzungsrechtes heißt Nießbrauch. Die Bestellung einer Dienstbarkeit kann als Einräumung eines dinglichen Teilnutzungsrechtes aufgefaßt werden. Das Pfandrecht (an beweglichen und unbeweglichen Sachen) stellt die Einräumung eines Verwertungsrechtes dar, welches unter bestimmten Voraussetzungen verwirklicht werden darf. Endlich ist auch die Übertragung des Verwaltungsverrechtes denkbar. Eine solche vollzieht sich durch den Treuhandvertrag.

Die Übertragung von Rechten stellt eine Einschränkung des Rechtskreises des Eigentümers dar. Sie kann sowohl freiwillig (durch Vertrag) wie zwangsweise erfolgen. Die zwangsweise Einräumung eines Verwertungsrechtes erfolgt durch Pfändung, durch Erwirkung einer Zwangshypothek. Die Aufstellung des Konkursverwalters oder Zwangsverwalters ist die zwangsweise Begründung eines dinglichen Verwaltungsverrechtes. Die Auflegung einer Dienstbarkeit im Enteignungsweg hat die zwangsweise Übertragung eines dinglichen Nutzungsrechtes an den Enteignungsberechtigten zur Folge.

Daß die Verwalter von Zweckvermögen in Wahrheit Treuhänder sind, wird meist deshalb verkannt, weil die Zweckvermögen vielfach als juristische Personen konstruiert sind und diese Konstruktion den wahren Sachverhalt mehr verschleiert als verdeutlicht hat.

Daß dem Testamentvollstrecker ein dingliches Verwaltungsverrecht zusteht, ist anerkannt (Ripp, *Erbrecht*, 1928, 395). Das gleiche gilt für den Konkursverwalter. Denn durch die Konkursöffnung verliert der Gemeinschuldner sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Diese Rechte werden in Zukunft durch den Konkursverwalter ausgeübt. Der Inhalt dieser Rechte hat sich nicht geändert, sie haben also ihren dinglichen Charakter behalten.

5. Die Treuhandverwaltung hat ihre Grundlage entweder im Gesetz (Verwaltungsrecht des Chemanns usw.), in behördlicher Anordnung (Zwangsverwaltung usw.), in einem Vertrag (Liquidationstreuhand) oder in einem organschaftlichen Beststellungsakt (organschaftliche Treuhand).

Daß ein dingliches Verwaltungsverrecht in unserer Rechtsordnung schon lange besteht und auch durch Vertrag begründet werden kann, ist bisher hauptsächlich infolge des Dogmas vom begrenzten Kreis der dinglichen Rechte verhüllt worden. In Wahrheit ist aber dieser Verstoß durch die Rechtsentwicklung schon längst überwunden worden. Die Väter des BGB. gingen von römisch-rechtlichen Erwägungen aus und erkannten daher die Fülle und die Ent-

wicklungsfähigkeit der deutsch-rechtlichen Rechtsbegriffe nicht an (Mot. III S. 3). Die Entwicklung der deutschen Rechtsgedanken hat sich aber als mächtiger erwiesen als die Anschauungen der Verf. des BGB. Alle deutsch-rechtliche Rechtsformen sind wieder erstanden als dingliche Erwerbsrechte, dingliche Heimfallsrechte (Staudinger-Röber, *Einl. z. Sachenrecht* III, 3), in der Sicherungsübereignung hat sich ein besitzloses Pfandrecht durchgesetzt, im Treuhänder ist der altrechtliche Salmann wieder zu erkennen. Wenn aber der alte Verstoß vom begrenzten Kreis der dinglichen Rechte gesprengt ist, so steht der Anerkennung eines dinglichen Verwaltungsverrechtes nichts im Wege (Nord, *Das Recht des Treuhänders*, S. 31, 39; Merkel: *JW.* 1930, 1342).

6. Die Tatsache, daß ein dingliches Verwaltungsverrecht in Mitte liegt, ist ferner durch die Rechtsform des fiduziarischen Rechtsgeschäftes verschleiert worden. Dessen Wesen besteht darin, daß die Vertragsparteien eine weitergehende Rechtsgealtung wählen, als angesichts des Zweckes des Rechtsgeschäftes an sich notwendig wäre (vgl. Staudinger-Riezier, *Einl. vor § 104 VI, 4*; Enneccerus § 139 II). Das fiduziarische Rechtsgeschäft hat sich hauptsächlich bei der Sicherungsübereignung und beim Treuhandvertrag entwickelt. Die Parteien wählten eine weitergehende, von der bestehenden Rechtsordnung gebilligte Rechtsgealtung (die Übereignung), weil die von ihnen beabsichtigte weniger weitgehende Rechtsgealtung (Bestellung eines besitzlosen Pfandrechts, Übertragung einer Treuhandverwaltung) von der Rechtsordnung nicht anerkannt war.

Die fiduziarische Einkleidung stellt sich also nur als Form des Rechtsgeschäftes dar. Sein Inhalt ist in einen Fall Bestellung eines besitzlosen Pfandrechts, in andern Fall Übertragung eines dinglichen Verwaltungsverrechtes. Dies ist der Grund, warum die Npr. dem Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers ein Absonderungsrecht, dem Treugeber im Konkurs des Treuhänders ein Aussonderungsrecht zugebilligt hat.

7. Aus diesen Erwägungen ergibt sich ohne weiteres, die Lösung der eingangs gestellten Frage:

a) Entweder legt man das Hauptgewicht auf die Form des Rechtsgeschäftes. Dann hat der Treuhänder nach außen Voll-eigentum erlangt. Dann müssen ihm aber auch alle Rechte des Eigentümers, insbes. das Recht zu Erhebung der Widerspruchsklage zustehen, wenn ins Treugut gepfändet wird (Pick: *Konk.-TrW.* 1927, 50; Merkel: *JW.* 1930, 1343; *OLG. Nürnberg: BahNpfl.* 1929, 294).

b) Oder man blickt auf das Wesen, den Inhalt des Rechtsgeschäftes: Dann liegt ein dingliches Verwaltungsverrecht in Mitte. Nun verleiht jedes dingliche Recht (der Nießbrauch als Nutzungsrecht, das Pfandrecht als Verwertungsrecht) die Befugnis, Pfändungszugriffen zu widersprechen (Stein-Jonas, § 771 II 1a). Dann muß aber auch das gleiche Recht dem Inhaber des dinglichen Verwaltungsverrechtes, dem Treuhänder zugebilligt werden.

c) Nach Form und Inhalt des Rechtsgeschäftes steht dem Treuhänder das Widerspruchsrecht zu, um so mehr dann, wenn die Form (die dingliche Übereignung) den Inhalt (das Verwaltungsverrecht) verstärkt.

8. Man hat das Gefühl gehabt, daß durch den Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäftes der volle Rechtsgehalt des Treuhandvertrags nicht erschöpft sei. Man hat deshalb die Formel aufgestellt, das „wirtschaftliche Eigentum“ sei trotz der Übereignung beim Treugeber verblieben. Der Treuhänder habe nur „formelles Eigentum“ erlangt (Stein-Jonas, § 771 II 1a). Diese Formel ist auch von der obigen Entsch. übernommen worden. Feßen: *JW.* 1930, 3363 weist mit Recht darauf hin, daß durch diese wenig juristischen Begriffe nur Verwirrung angerichtet worden ist. Das heutige Recht kennt nur ein Eigentum, das Volleigentum nach § 903 (Staudinger-Röber, § 929 VIII 1; Staudinger-Riezier, *Vorbem. vor § 164, 5c*; *RGRKomm.* § 930 Anm. 6).

Der *RZS.* (RZS. 18, 90; 19, 26) hat zwar versucht, das Treuhandverhältnis durch diese Begriffe zu erklären: Der Treuhänder trete nach außen hin als Eigentümer auf, während er im Innenverhältnis zum Treugeber so angesehen werde, wie wenn dieser der bürgerlich-rechtliche Eigentümer wäre. Der Treugeber habe „die wirtschaftliche Verfügungsmacht“, er sei das, was man im Steuerrecht den wirtschaftlichen Eigentümer nennt (RZS. 18, 91).

Es mag angängig sein, wenn die von wirtschaftlichen Gesichtspunkten getragene Npr. des *RZS.* diese Begriffe zur Erklärung des Treuhandverhältnisses herangezogen hat. Für eine juristische Betrachtungsweise ist dies aber abzulehnen.

9. Vielfach sucht der pfändende Gläubiger auf folgende Weise Befriedigung aus dem Treugut: Er pfändet die Rechte des Schuldners aus dem Treuhandvertrag, insbes. den Anspruch auf Rückgewähr des Treuguts nach Auflösung des Vertrages. Auf Grund dieser Pfändung kündigt der Gläubiger den Vertrag und vollstreckt ins Treugut (vgl. Sörgel, § 419 Anm. 2 a. E.; Brändl: *JW.* 1930, 151 f. Abj. II d).

Auch hier ist die Widerspruchsklage des Treuhänders begründet. An sich ist die Pfändung des — durch die Kündigung bedingten — Anspruchs des Schuldners auf Herausgabe des Treu-

Stuttgart.

5. Der Gläubiger kann im Offenbarungseidsverfahren einen beschränkten Antrag stellen, auch wenn er vorher wegen des ganzen Betrags seiner Forderung Zwangsvollstreckung versucht hat.†)

Das Offenbarungseidsverfahren hat bis zu einem gewissen Grade selbständige Bedeutung, so daß der Streinwert des ursprünglichen Vollstreckungsauftrags nicht ohne weiteres für das Offenbarungseidsverfahren maßgebend ist (Jonas § 900 R. 20 und 72). Dem Gläubiger kann nicht verwehrt werden, zur Kostenersparnis seinen Antrag für den Offenbarungseid zu beschränken. Zwar erreicht er mit diesem Antrag im Falle der Eidesleistung die Offenbarung des ganzen Vermögens des Schuldners; allein er nimmt andererseits die Gefahr auf sich, daß der Schuldner den geringen Betrag bezahlt und dadurch die Fortsetzung des Offenbarungseidsverfahrens hinfällig macht. Der Gläubiger hat auch ein berechtigtes Interesse an der Beschränkung des Antrags aus dem Grunde, weil erfahrungsgemäß kleinere Beträge von den Schuldnern meist bezahlt werden, um die Eidesleistung zu vermeiden.

(RG. Stuttgart, Beschl. v. 20. Jan. 1931, T 31/31.)

Mitgeteilt von OGD. Dr. Weigelin, Stuttgart.

*

Wiesbaden.

6. § 91 ZPO. Die Kosten eines Laienvertreters (Geschäftsführers eines Mieterchutzvereins) sind nicht erstattungsfähig, wenn genügend Rechtsanwälte am Ort vorhanden sind.

Als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendige Kosten sind nur die durch die Tätigkeit eines RA., nicht auch eines Laienvertreters entstandenen Kosten anzusehen, sofern eine genügende Anzahl von RA. zur Verfügung steht. Diesen muß grundsätzlich allein die Prozeßvertretung vorbehalten bleiben; denn nur

guts zulässig. Die Pfändung des Hauptanspruchs ergreift auch das Nebenrecht, die Kündigungsbefugnis (Stein-Jonas, §§ 857 I 1, 829 IV 3).

Die Kündigungsbefugnis kann aber nur in dem Umfang ausgeübt werden, als sie dem Treugeber zusteht (Stein-Jonas, § 829 IV 3). Der Gläubiger kündigt den Treuhandvertrag, geht also davon aus, daß dieser Vertrag jederzeit kündbar sei. Dies ist aber nicht der Fall. Der Treuhandvertrag ist auf Liquidation, auf Vermögensverteilung gerichtet. Dieser Zweck würde erschüttert werden, wenn dem Treugeber ein jederzeitiges Kündigungsrecht zustünde. Dieses Recht besteht nur dann, wenn der Vertragszweck aus irgendwelchen Gründen vereitelt oder unmöglich gemacht würde, mag nun der Grund hierfür in der Person des Treuhänders oder in sonstigen Ereignissen zu suchen sein. Der Treugeber hat also nur ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (vgl. Friedmann S. 1023).

§ 627 BGB., wonach bei besonderen Vertrauensverhältnissen eine Kündigung jederzeit zulässig ist, ist nicht anwendbar. Es ist anerkannt, daß § 627 durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann (RG. 69, 365). Ein solcher Ausschluß kann auch stillschweigend erfolgen (RG. 105, 416 = JW. 1924, 43; 110, 123), sich insbes. auch aus dem Wesen des Vertrags ergeben. Aus dem Wesen des Treuhandvertrags ergibt sich, daß eine Kündigung nur dann zulässig sein soll, wenn der Vertragszweck gefährdet wird. Damit ist aber eine jederzeitige Kündigung unvereinbar. Deshalb kann der Gläubiger auf Grund seiner Pfändung den Treuhandvertrag nur aus wichtigem Grund kündigen, also nur dann, wenn sich — etwa angesichts des unzuverlässigen Verhaltens des Treuhänders — ergibt, daß der Vertragszweck nicht erreicht werden kann (vgl. Grünschild, Die Treuhänderschaft zum Zweck der Gläubigerbefriedigung, S. 42).

10. Anders liegt der Sachverhalt dann, wenn der Gläubiger damit rechnen kann, daß der Treuhandvertrag für nichtig erklärt wird. Dann kann er ins Treugut vollstrecken, gleichgültig, ob er vorher den bedingten Anspruch des Schuldners auf Rückgewähr des Treugutes gepfändet hat oder nicht. Der Erfolg der Vollstreckung ist allerdings auch im Falle seines Obfiegens ein zweifelhafter. Wird nämlich über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so erweist sich die Pfändung als anfechtbar. Denn sie ist nach Zahlungseinstellung, nach Übertragung des Vermögens auf den Treuhänder erfolgt.

11. Die Auswüchse des Treuhandvertrages werden nicht dadurch ausgerottet, daß man jedem Treuhänder das Recht zur Erhebung der Widerspruchsklage versagt. Vielmehr ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob ein verwerflicher Treuhandvertrag in Mitte liegt. Ein Rechtsmißbrauch, eine mißbräuchliche Verwendung des Treuhandbegriffes ist insbes. dann anzunehmen, wenn der Schuldner erst dann zum „Treuhand“ eilt, wenn keine hinreichende Masse mehr zur Verfügung steht und wenn der Treuhänder das Arrangement übernimmt, obwohl er weiß oder annehmen muß, daß der Vergleichsvorschlag nicht erfüllt werden kann. In solchen

Fällen sind nach ihrer Vorbildung für die Rechtsvertretung geeignet und der dazu vom Gesetzgeber bestimmte Berufsstand. Es hieße das Betätigungsfeld des Rechtsanwalts noch weiter, als es ohnehin durch den Gesetzgeber längst erst wieder durch die Heraussetzung der Zuständigkeitsgrenze des AG. auf 800 RM. geschehen ist, einschränken, wenn man die Erstattungsfähigkeit der Kosten von Rechtsvertretern, die nicht Anwälte sind, bejahen würde. Das erscheint nicht erwünscht. Der Vorberrichter stützt seine Entsch. auch zu Unrecht darauf, daß nach § 12 MietSchG. Vertreter von Mietervereinigungen bei Gericht zugelassen sind, daß also bei ihnen der Richter von seiner Zurückweisungsbefugnis nach § 157 ZPO. keinen Gebrauch machen kann. Diese Tatsache begründet im vorliegenden Falle eine Zulassung, die nur unter besonderen Umständen stattfinden kann, und eine Erstattungsfähigkeit der Vertreterkosten nicht. Wenn die Bekl. zu 1 den Geschäftsführer M. des Reichsbunds Deutscher Mieter, Ortsgruppe W., mit ihrer Vertretung beauftragte, so muß sie die Folge der Richterstattungsfähigkeit der durch seine Tätigkeit entstandenen Kosten in Kauf nehmen, da ihr eine genügende Anzahl von RA. zur Verfügung stand, soweit die durch deren Tätigkeit entstandenen Kosten allein als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig anzusehen ist.

(RG. Wiesbaden, 4. ZR., Beschl. v. 10. März 1931, 5 T B 688/30.)
Mitgeteilt von RA. Dr. Dittmar, Wiesbaden.

Dortmund.**II. Gebühren und Kosten.**

7. § 91 ZPO. Umfang des Gebührenerstattungsanspruchs bei Anwaltswechsel.†)

Es ist einer Partei an und für sich unbenommen, sich den RA. auszusuchen, durch den sie ihre Prozesse führen will; insbes. ist sie nicht gehindert, mit der Erwirkung eines Zahlungsbefehls, einen an ihrem Wohnsitz wohnhaften RA. zu beauftragen. Ob dessen Kosten

Fällen macht man meist die Beobachtung, daß dem Treuhänder zwar das Geschäft übereignet wird, der Schuldner aber als „Geschäftsführer“ aufgestellt bleibt, während der Treuhänder es an der hinreichenden Überwachung des Schuldners fehlen läßt. So schwindet die Masse von Tag zu Tag auf Kosten der Gläubiger. Der Treuhänder begnügt sich damit, formularmäßige Briefe an die Gläubiger hinauszuschicken und nach Monaten endlich die Mitteilung zu machen, er habe seine Stellung als Treuhänder niedergelegt, weil eine Masse nicht mehr vorhanden sei. Oft bemitt er auch noch sein Honorar nach der Höhe der Passiven anstatt, wie es bei Vermögensverwaltungen üblich ist, nach der Höhe der Aktiven u. dgl. m.

In diesem Fall wird man viel mehr erreichen, wenn sich die Gläubiger zusammenschließen und vom Treuhänder in seiner Eigenschaft als Privatperson Ersatz des Schadens verlangen, der ihnen durch seine Pflichtvergessenheit erwachsen ist. Liegt ein verwerflicher Treuhandvertrag in Mitte, so ergibt sich die Haftung des Treuhänders aus § 826 BGB. Daneben kann aber die Klage auch noch auf Verletzung des Vertrags zugunsten Dritter gestützt werden. Endlich wird man auch § 82 RD., § 44 BergO. heranziehen können. Der Treuhänder hat sich die Stellung eines Liquidators angeeignet. Er ist deshalb allen Beteiligten ebenso verantwortlich wie die unter Aufsicht des Gerichts stehenden Liquidationstreuhänder (Konkursverwalter und Vergleichsperson). Werden verwerfliche Treuhandverträge für nichtig erklärt, und wird ferner die persönliche Schadensersatzpflicht des Treuhänders in den Fällen bejaht, in welchen durch sein Verhalten den Gläubigern Schaden erwachsen ist, so werden hierdurch die eingerissenen Mißbräuche weit rascher beseitigt als dadurch, daß dem Treuhänder das Recht zur Erhebung der Widerspruchsklage versagt wird.

RA. Dr. Merkel II, Augsburg.

Zu 5. Die Entscheidung ist nicht nur auf den richtigen rechtlichen Gesichtspunkt, sondern auch auf durchaus zutreffende und wichtige wirtschaftliche und praktische Momente gestützt. Dies ist besonders begriffenswert. Im übrigen wird auf die Anmerkung zu DVG. Königberg verwiesen.

RA. R. Held, Starnberg a. S.

Zu 7. Die Entsch. behandelt mehrere in der Praxis häufig vorkommende Zweifelsfragen:

1. Die Frage, ob die Partei in einem auswärtigen AG-Prozeß berechtigt ist, einen an ihrem Wohnsitz wohnhaften Anwalt mit der Erwirkung eines Zahlungsbefehls zu beauftragen und ob im Falle der Fortführung des Prozesses durch einen auswärtigen Anwalt die Gebühren beider Anwälte voll erstattungsfähig sind, ist noch immer in der Praxis streitig (vgl. die eingehenden Nachweise bei Walter-Joachim-Friedlaender (8), Fußnote 13 zu § 38 RWGerO.). Das AG. Dortmund vertritt einen Kompromißstandpunkt, der auch vom RG. (JW. 1925, 808¹²) geteilt wird, der Antragsteller könne sich nur dann eines an seinem Wohnort ansässigen Anwalts bedienen, wenn er mit der Erhebung eines Widerspruches nicht zu rech-

ihr erstattet werden, richtet sich danach, ob in der Person des *KL.* ein Wechsel eintreten muß, wenn es im Anschluß an das Mahnverfahren zum gerichtlichen Verfahren kommt. Grundsätzlich sollen nur die Kosten eines *KL.* erstattungsfähig sein. Ein Wechsel in der Person des Anwalts muß dann eintreten, wenn der erste Anwalt gehindert ist, den Rechtsstreit weiterzuführen und seine Partei vor Gericht zu vertreten. Es kann eine Partei nicht willkürlich bei der Bestellung eines Anwalts davon ausgehen, daß sie sich durch jeden Anwalt, auch einen solchen, der nicht am Orte des Gerichts wohnt, vertreten lassen könne, sondern sie muß von vornherein selbst dafür Sorge tragen, daß ein Wechsel in der Person des Anwalts nicht notwendig wird. Bei dem Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls bei einem auswärtigen Gericht wird sonach der Antragsteller sich nur dann eines an seinem Wohnorte wohnhaften *KL.* bedienen können, wenn er mit der Erhebung eines Widerspruchs nicht zu rechnen braucht, oder wenn ein solcher Widerspruch von vornherein als unbegründet angesehen werden muß und nur dazu dienen soll, das Verfahren zu verschleppen. Es kann einem Antragsteller nicht zugemutet werden, in einem solchen Falle auch die Interessen seines nicht zahlenden und das Verfahren böswillig verzögernden Gegners zu berücksichtigen. In diesen Fällen kann der Antragsteller einen *KL.* an seinem Wohnorte mit der Erwirkung des Zahlungsbefehls beauftragen und auch dessen Gebühren vom Gegner erstattet verlangen. Wenn es in solchen Fällen zu einem Anwaltswechsel kommt, so ist dies allein die Schuld des Antraggegners, der dann auch die hierdurch hervorgerufenen Mehrkosten zu tragen hat. Ein solcher Fall liegt hier vor. Wie sich aus dem Verlaufe des Prozesses ergibt, waren die *Bekl.* die Klagesumme der *KL.* schuldig. Ihr Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl hat lediglich den Zweck gehabt, die Sache zu verzögern und den Erlaß eines vollstreckbaren Titels hinauszuschieben. Daß ein Wechsel des Anwalts notwendig wurde, konnte die *KL.* unter diesen Umständen nicht voraussehen. Sie kann daher die durch den Wechsel entstandenen Mehrkosten ersetzt verlangen.

Die *KL.* hat eine Gebühr gem. § 23 Ziff. 5 *RVG* in Ansatz gebracht. Diese Gebühr erhält der *KL.*, wenn seine Tätigkeit die Prozeß- oder Sachleitung betrifft einschließlich der Bestimmung oder Änderung von Terminen und Fristen. Die *KL.* hält diesen Ansatz für gerechtfertigt, weil im Termin am 6. Okt. 1930 die Sache auf den 9. Okt. 1930 vertagt ist. Bei dieser Vertagung hat der Vertreter der *KL.* nicht mitgewirkt. Die *KL.* ist in diesem Termin nicht vertreten gewesen. Infolgedessen kann diese Gebühr nicht gefordert werden, ohne daß es einer Erörterung der Frage bedarf, ob die Gebühr des § 23 Ziff. 5 *RVG* in den Fällen gefordert werden kann, in denen im Einverständnis der Parteien vertagt wird, oder ob diese Gebühr nur zur Hebung gelangt, wenn über die Vertagung streitig verhandelt wird. Als Gebühr aus § 23 Ziff. 5 *RVG* ist der geforderte Betrag von 3,75 *RM* sonach mit Recht abgesetzt.

Gleichwohl war der sofortigen Beschwerde in vollem Umfange stattzugeben. Nach § 698 *ZPO* sind die Kosten des Mahnverfahrens

nen braucht, oder wenn ein solcher Widerspruch von vornherein als unbegründet angesehen werden muß und nur dazu dienen soll, das Verfahren zu verschleppen. Mir erscheint diese Einschränkung gezwungen. Soll ein Gläubiger vor der gerichtlichen Geltendmachung einer Forderung noch Erhebungen darüber anstellen, ob sein Schuldner aus bösem Willen, aus Illiquiditäts- oder aus Rechtsgründen nicht zahlt? Oder soll er vor Einreichung des Zahlungsbefehlsantrages bei dem Gegner anfragen, ob er Widerspruch einlegen wird? Das *OG.* Dortmund sagt, wenn sich aus dem Verlauf des Prozesses ergibt, daß der *Bekl.* die Klagesumme schuldig war, braucht der *KL.* nicht mit der Erhebung des Widerspruchs und der Notwendigkeit eines Anwaltswechsels zu rechnen. Auch dies scheint mir kein maßgebender Gesichtspunkt zu sein. Ergibt sich nämlich das Gegenteil, daß der *Bekl.* den Betrag nicht schuldig ist, dann kommt eine Kostenerstattung durch ihn gar nicht in Frage. Überhaupt ist grundsätzlich die nachträgliche Prognose auf Grund des Prozeßverlaufs für die Frage der Erstattungsfähigkeit von Anwaltsgebühren abzulehnen. Die Partei muß vor Beginn des Rechtsstreits ihre Entschlüsse fassen, und wenn ihr das Gesetz gestattet, einen Zahlungsbefehl durch ihren Vertrauensanwalt zu erwirken, so ist sie auch berechtigt, die Erstattung der Gebühren dieses Anwalts zu verlangen, gleichgültig, ob der Schuldner Widerspruch erhebt oder nicht (*Walter-Joachim-Friedlaender*, Anm. 26; *Carlebach*, Anm. 4 zu § 38 *RVG*; *Stein-Jonas* VII, 5 zu § 91 *ZPO*).

2. Daß die Vergütungsgebühr gem. § 23 Ziff. 5 *RVG* D. nur demjenigen Anwalt zusteht, der bei der Vertagung mitgewirkt hat, d. h. im Termin aufgetreten ist, erscheint mir zutreffend (anscheinend a. M. *Walter-Joachim-Friedlaender*, Anm. 32 zu § 23 *ZPO* 27). Im übrigen möchte ich eine Vergütungsgebühr im Güteverfahren grundsätzlich ablehnen, da es dort auch keine Verhandlungsgebühr gibt.

3. Ebenso richtig ist die Zubilligung von je einer vollen Gebühr aus § 38a Abs. 1 *RVG* für den Prozeßbevollmächtigten und Unterbevollmächtigten im Güteverfahren (ebenso *Walter-Joachim-Friedlaender*, Anm. 12 zu § 38a; *OG.* Schweidnitz: *JW.* 1925, 2386¹³).

KL. Dr. Alfred Carlebach, Berlin.

im Falle der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs als ein Teil der Kosten des entstehenden Rechtsstreits anzusehen. Kostenrechtlich ist die Sache daher so zu behandeln, als ob kein Mahnverfahren geschwebt hätte, sondern die *KL.* sofort das Güteverfahren beantragt hätte. In diesem Falle wären folgende Gebühren fällig geworden. Die Anwälte der *KL.* in *E.* hätten gem. § 38a *RVG* eine Gebühr für das Güteverfahren zu fordern gehabt. Die gleiche Gebühr stand in diesem Falle den Unterbevollmächtigten in *D.* zu, da auch diese im Güteverfahren tätig geworden sind. Außerdem kam für die Prozeßbevollmächtigten in *D.* die Vergleichsgebühr zur Hebung. Die Kostenrechnung der *KL.* ist insofern unrichtig, als mit ihr 1/2 Prozeßgebühr für die Unterbevollmächtigten in *D.* verlangt wird. Prozeßgebühren als solche kommen im Güteverfahren nicht in Frage. § 38a *RVG* regelt die Gebührenfrage im Güteverfahren anders als im Streitverfahren. Es gibt weder Prozeß- noch Verhandlungsgebühren, sondern lediglich eine Gebühr für das Güteverfahren. Wenn später im § 38a Abs. 2 *RVG* für den Fall des Abschlusses eines Vergleichs für den *KL.* die Vergleichsgebühr festgesetzt ist, so hat dieses mit der grundsätzlichen anderweitigen Regelung im Güteverfahren nichts zu tun. Sie wird davon nicht betroffen. Aus dieser grundsätzlich anderen Regelung der Gebühren im Güteverfahren ergibt sich, daß andere Bestimmungen der *RVG* nicht ohne weiteres auf die Gebührensatzung im Güteverfahren angewandt werden können, insbes. ist dies bezüglich des § 43 *RVG* der Fall. Wenn hier dem unterbevollmächtigten *KL.* neben der Verhandlungsgebühr 1/2 Prozeßgebühr zugesprochen wird, so kann diese Bestimmung auf das Güteverfahren schon deshalb keine Anwendung finden, weil eine Verhandlungsgebühr in diesem Verfahren niemals fällig wird. Hieran ändert auch nichts die Bestimmung, daß diese halbe Prozeßgebühr auch dann fällig wird, wenn der Auftrag vor der mündlichen Verhandlung erledigt wird. Eine mündliche Verhandlung i. S. des § 43 *RVG*, mit der eine streitige Verhandlung gemeint ist, findet im Güteverfahren niemals statt. Es muß daher ohne Berücksichtigung des § 43 *RVG* die Gebühr lediglich dem § 38a *RVG* entnommen werden. Hiernach haben sowohl die Hauptprozeßbevollmächtigten als auch die Unterbevollmächtigten der *KL.* Anspruch auf eine Gebühr für das Güteverfahren in voller Höhe. An Stelle der beiden Gebühren von 12,50 *RM* und 3,75 *RM* hätte daher die *KL.* eine solche von 25 *RM* liquidieren können. Hieraus ergibt sich, daß zumindest die von der *KL.* in Ansatz gebrachten Gebühren ihrer Höhe nach berechtigt sind. Aus diesem Grunde hätten sie festgesetzt werden müssen. Der sofortigen Beschwerde mußte daher unter Aufhebung des entgegenstehenden angefochtenen Beschlusses stattgegeben werden.

(*OG.* Dortmund, 9. *ZR.*, Beschl. v. 6. Jan. 1931, XI T 970/30.)

Mitgeteilt von *OG.* Dr. Gerson, Dortmund.

Essen.

8. § 271 *ZPO* ist rechtsähnlich im Güteverfahren anwendbar. Bei Rücknahme des Güteantrags sind die Kosten des Verfahrens dem Antragsteller durch Beschluß aufzuerlegen.

(*OG.* Essen, 7. *ZR.*, Beschl. v. 30. Okt. 1930, 7 T 1545/30.)

Mitgeteilt von *KL.* Leopold, Bottrop i. W.

Fürth.

9. § 91 *ZPO*; § 94 *RVG*. Vereinarbarte Reisekosten eines Anwalts sind nicht erstattungsfähig, soweit sie die gesetzlichen Kosten übersteigen.

Gemäß § 94 *RVG* kann die obliegende Partei vom dem unterlegenen Gegner nur die gesetzlichen Gebühren des Prozeßbevollmächtigten ersetzt verlangen, da für das Verhältnis des Auftraggebers oder *KL.* zu dem erstattungspflichtigen Gegner die vertragmäßige Fortsetzung der Vergütung (§ 93) ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Der § 94 *RVG* stellt eine Schutzvorschrift für die unterlegene Partei dar, die nicht von dem Belieben des obliegenden Gegners abhängig sein soll, sondern gegen die Folgen der vertragmäßigen Fortsetzung höherer Gebühren, als sie im Gesetz bestimmt sind, gesichert werden soll.

Der erstattungspflichtige Gegner haftet daher nur bis zur Höhe der gesetzlichen Gebühren.

Die Prozeßbevollmächtigten der *KL.* weisen auf *JW.* 1930, 3343²⁹ hin und machen sich den Gedanken einer höheren Entschädigung eines viel beschäftigten Anwalts durch den Erstattungspflichtigen zu eigen.

Diesen Standpunkt lehnt das Gericht ab. Das Gesetz kennt keine unterschiedlichen Entschädigungssätze für einen stark beschäftigten Anwalt und einen anderen und schützt den Erstattungspflichtigen vor einer zwischen dem Gegner und seinem Anwalt vereinbarten höheren Entschädigung als den gesetzlichen Gebühren § 94 *RVG*.

(*OG.* Fürth, Beschl. v. 30. Jan. 1931, A 372/29.)

Mitgeteilt von *KL.* Dr. Schopflocher, Fürth i. B.

Hannover.

10. § 91 ZPO. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten eines von einer Partei hinzugezogenen Patentanwalts.

Die Reisekosten des Inhabers der Kl. nach H. zum Verhandlungstermin sind mit Recht getrichen worden, weil es der Anwesenheit des Firmeninhabers neben dem Prozeßbevollmächtigten und dem über alle Fragen unterrichteten Patentanwalt nicht bedurfte. Dagegen müssen die Kosten des Patentanwalts H. zugebilligt werden.

Allerdings kann der Meinung der Bekl., daß die Kl. eines Patentanwalts überhaupt nicht bedurfte, nicht beigetreten werden. Es handelte sich um eine keineswegs einfache Sache, die ohne technische Beratung von einem Kl. kaum bearbeitet werden konnte. Insbes. war es zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich, daß der Patentanwalt den Verhandlungstermin mit wahrnahm. Die Tätigkeit des Patentanwalts muß also derjenigen des Prozeßbevollmächtigten gleichwertig angesehen werden, so daß die im Kostenfestsetzungsbeschlusse anerkannte Prozeßgebühr und Verhandlungsgebühr bestehen bleiben müssen. Es lag auch nur im Interesse der Sache, daß die Kl. mit der Bearbeitung nicht einen Patentanwalt in H., sondern den ständig für sie tätigen Berliner Patentanwalt beauftragte, der auf Grund seiner genauen Kenntnis ihre Rechte besser wahrnehmen konnte, als ein Patentanwalt, der sich erst für die Zwecke der Prozeßführung in die Sache hineinarbeiten mußte. Nicht anerkannt werden können dagegen die zugebilligten 300 RM Versäumnisgelber für 2, richtiger 1½ Tage. Der Patentanwalt erhielt für die Wahrnehmung des Termins außer seinen baren Auslagen eine Verhandlungsgebühr von 145 RM. Wollte er daneben für Zeitversäumnis noch eine Entschädigung haben, so stand es ihm allerdings frei, seine Reise nach H. von einer entsprechenden Zusicherung der Kl. abhängig zu machen. Von der Bekl. erstattet verlangen kann die Kl. aber solche Kosten ebensowenig, wie ein Sonderhonorar erstattungspflichtig ist, welches sich Kl. für die Wahrnehmung auswärtiger Termine von ihrer Partei unter besonderen Umständen als Entschädigung für Zeitverlust versprechen lassen. Als Kosten für Unterhalt und Übernachtung des Patentanwalts in H. können nur 30 RM als angemessen anerkannt werden.

(LG. Hannover, 1. KfS., Beschl. v. 12. Dez. 1930, 4 IO 687/29.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Günther Beste, Hannover.

*

Schneidemühl.

11. § 91 ZPO. Beauftragt eine Partei einen nicht beim auswärtigen Prozeßgericht zugelassenen RA. mit der Erwirkung eines Zahlungsbefehls und bestellt dann nach Widerspruchserhebung einen zugelassenen RA., dann sind die Kosten beider Anwälte erstattungsfähig. †)

Der Ansicht des OLG., daß ein Wechsel in der Person des RA. im vorliegenden Falle nicht als erforderlich i. S. des § 91 ZPO. anzusehen sei, weil der Kl. mit der Einlegung des Widerspruchs habe rechnen und er darum den Zahlungsbefehl gleich durch einen am Orte des Prozeßgerichts zugelassenen Anwalt hätte erwirken müssen, kann nicht beigetreten werden. Der Kl. war vielmehr in der Wahl seines Prozeßbevollmächtigten im Mahnverfahren zunächst völlig unbeschränkt. Er brauchte keineswegs mit der Einlegung des Widerspruchs zu rechnen. Die Frage der Notwendigkeit des Anwaltswechsels konnte sich also erst nach der Bestellung des ersten Anwalts entscheiden, bei der Bestellung selbst brauchte er sie nicht zu berücksichtigen. Wenn er durch die Einlegung des Widerspruchs gezwungen wird, sich einen zweiten Anwalt zu nehmen, so ist dieser Wechsel in der Person des RA. für erforderlich zu halten, so daß die Kosten in der vom Kl. angegebenen Höhe für beide Anwälte von dem kostenpflichtigen Bekl. zu erstatten sind (vgl. Sydow-Busch, Anm. 9 zu § 91 ZPO.; ferner JW. 1925, 808, 2308; 1928, 418; 1921, 1253; Friedlaender zu §§ 42, 43 RAGebD. Anm. 24; zu § 38 a. a. D. Anm. 26). Eine Anrechnung der Gebühr für Erwirkung des Zahlungsbefehls auf die für RA. R. in Sch. eintretende Prozeßgebühr i. S. des § 38 ZRAGebD. konnte ebenfalls nicht in Frage kommen, da es nach der RAGebD. keine Anrechnung auf Gebühren eines anderen RA. gibt (RG. zu JW. 1926, 2588; Friedlaender a. a. D. zu § 32 Anm. 23, zu § 38 a. Anm. 15 Fußnote 10).

(LG. Schneidemühl, 4. Kf., Beschl. v. 23. Dez. 1930, 3 T 1019/30.)

Mitgeteilt von OMR. Rahnitz, Schneidemühl.

Zu 11. Der Entsch. ist in allen Punkten beizutreten. Es ist daran festzuhalten, daß der Antragsteller im Mahnverfahren in der Wahl des Anwalts völlig unbeschränkt ist. Er braucht keine Erwägungen anzustellen, ob im Falle eines Widerspruchs ein Anwaltswechsel notwendig wird, da er mit einem unbegründeten Widerspruch überhaupt nicht rechnen muß. Die Notwendigkeit des Anwaltswechsels ist erst nach der Bestellung des ersten Anwalts zu prüfen. Die Partei darf in der Wahl ihres Prozeßbevollmächtigten, dessen Kosten nach § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO. stets zu erstatten sind, nicht durch die Rücksicht auf einen möglichen späteren Anwaltswechsel

Altona.

III. Armenrecht.

12. § 668 ZPO. Der nach § 668 ZPO. einem mittellosen Entmündigten, dem wegen Ausichtslosigkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung das Armenrecht versagt ist, beigeordnete Rechtsanwalt kann nach Analogie des Armenanwalts Bezahlung aus der Staatskasse beanspruchen.

Der Erstattungsantrag ist, sofern man OLG. Karlsruhe: JW. 1930, 3356 ff. folgt, begründet. Diese Folge aber erscheint, obwohl das vom OLG. gewonnene Ergebnis der Billigkeit entspricht und daher de lege ferenda begrüßenswert ist, de lege lata bedenklich. Nach den zur Zeit bestehenden Vorschriften kann eine Erstattung von Gebühren und Auslagen an den Anwalt einer Partei im Zivilprozeß aus der Staatskasse nur erfolgen, wenn der Partei das Armenrecht bewilligt ist. Dies gilt auch für den Fall des § 668 ZPO., wo die Beordnung des RA. für die Partei ohne Prüfung der Aussichten des Prozeßes vorzunehmen ist. Eine Erstattungsmöglichkeit auf einer anderen Grundlage als derjenigen der Armenrechtsbewilligung ist im Gesetz nicht aufgeführt. Ob bei der Prüfung von Armenrechtsgelegenheiten der hier fraglichen Art, wie Friedlaender in der Anm. zu der zit. Entsch. des OLG. meint, die Prüfung der Aussichten der Rechtsverfolgung auszufallen ist, kann hier, nachdem das Armenrecht abgelehnt ist, dahingestellt bleiben, erscheint übrigens im Hinblick auf den Wortlaut des § 114 ZPO., der keine Sonderbestimmung für Entmündigte vorsieht, unstatthaft.

Mithin ist für die begehrte Erstattung kein Raum. Die Folge ist also, daß der Staat eine vergütungslose Tätigkeit von Anwälten in Fällen der hier fraglichen Art beansprucht. Nach dem früheren Rechtszustand, wo die Anwälte arme Parteien ohne Entgelt zu vertreten hatten und diese Tätigkeit als nobilis officium ausübten, war dies nichts Besonderes. Daß dieser Rechtszustand vom Staate, als er mit Gesetz v. 6. März 1923 die Bezahlung des Armenanwalts aus der Staatskasse einführte, völlig aufgegeben werden sollte, läßt sich nicht erweisen. Es ist möglich, daß der Gesetzgeber an solche Fälle, wie deren einer hier vorliegt, nicht gedacht hat, es ist aber auch möglich, daß er den bisherigen Rechtszustand nur insoweit ändern wollte, als es expressis verbis geschehen ist. Daß von dem Gesetzgeber ein unentgeltliches Arbeiten für den Staat seitens der Anwaltschaft nicht grundsätzlich abgewiesen wird, erhellt aus dem Umstande, daß er die Armenrechtsgebühren niedriger bemißt als andere, die Anwälte also unzureichend entlohnt, was gleichbedeutend ist mit einer partiellen Unentgeltlichkeit der Anwaltschaft. Die Kammer vermag daher im Gegensatz zum OLG. Karlsruhe nicht aus der ratio legis zu folgern, daß eine Kostenerstattung Platz zu greifen hat. Desgleichen vermag sie nicht anzuerkennen, daß eine „Gesetzliche Klasse“, die von der Rspr. auszufüllen ist. Wohl aber liegt eine gewisse Härte vor, indem das Gesetz den außerordentlich weitgehenden Rechtsschutz, den es den Entmündigten zuteil werden läßt, bei mittellosen Entmündigten insofern geringer bemißt als bei zahlungsfähigen, als nämlich der Anwalt des mittellosen nach verbittlicher Anbringung des Armenrechtsgelegenheits seine Tätigkeit einstellen kann, während der Anwalt des zahlungsfähigen den Prozeß führen muß. Das zu ändern, ist aber nur der Gesetzgeber selbst, nicht das Gericht in der Lage. Übrigens ist eine ungleiche Stellungnahme des Gesetzgebers gegenüber einer mittellosen und gegenüber einer zahlungsfähigen Prozeßpartei keine Besonderheit des in Frage stehenden Falles. Hat doch auch die arme Partei im Gegensatz zur zahlungsfähigen Partei keinen Anspruch auf Beordnung eines ihr genehmen RA., sondern muß sich zufrieden geben mit demjenigen Anwalt, der ihr gerichtszugewiesen wird.

(LG. Altona, 4. Kf., Beschl. v. 29. Nov. 1930, 4 R 367/30.)

Mitgeteilt von OMR. Schumacher, Altona.

*

Berlin.

13. § 1 ArmAnwG. Nach der räumigen Rspr. der Beschwerdekammer (vgl. JW. 1930, 3259^o und 3366^{1a}) steht dem RA. nach dem ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928 im Gegensatz zu dem ArmAnwG. v. 6. Febr. 1923 ein Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer gegen die Staatskasse nicht zu. †)

Während nämlich nach § 1 b. Ges. v. 6. Febr. 1923 der RA. „die Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RAGebD. und der sie ergänzenden Vorschriften von der Staatskasse ersetzt“ verlangen konnte, sind in § 1 b. Ges. v. 20. Dez. 1928 die Worte „und der sie ergänzenden Vorschriften“ in Fortfall gekommen. Hiemit ist

beschränkt werden (Walter-Joachim-Friedlaender, Anmerkung 24 zu §§ 42, 43 RAGebD. sowie meine Anm. zu LG. Dortmund oben S. 1142).

RA. Dr. Alfred Carlebach, Berlin.

Zu 13. Die 27. ZB. des OLG. I Berlin, bei der alle Kostenbeschwerden dieses Gerichts konzentriert sind, hält an seiner Meinung fest, daß seit Geltung des Ges. v. 20. Dez. 1928 der Staat dem ArmAnw. die Umsatzsteuer nicht zu erstatten habe. Soviel ich weiß, steht das OLG. I Berlin mit dieser Ansicht vollkommen isoliert

der Erstattungsanspruch gegen die Staatskasse wegen der Umsatzsteuer beseitigt; denn dieser Anspruch fand seine gesetzliche Grundlage nur darin, daß zu den „ergänzenden Vorschriften“ auch die Bestimmungen des UmStG. zu rechnen waren, während unter „Auslagen nach Maßgabe der RVGebD.“ nur die in den §§ 76 bis 83 RVGebD. im einzelnen aufgeführten Auslagen verstanden werden können. Bei der Anwendung eines jeden Gesetzes, und so auch des ArmAnwGebG., kommt es in erster Linie auf die Erklärung des Gesetzgebers an, die aus dem Wortlaut ersichtlich ist. Die Fortlassung der Worte „und der sie ergänzenden Vorschriften“ muß als Änderung des früheren Gesetzes dahin gedeutet werden, daß eine Anwendung des UmStG. in Armenanwaltsgebührensachen nicht mehr zulässig ist. Es besteht jetzt derselbe Rechtszustand wie unter der Herrschaft des Ges. v. 18. Dez. 1919, so daß der ArmAnw. nur Gebühren und Auslagen erstattet verlangen kann. Die Umsatzsteuer gehört nicht zu den Gebühren und kann auch nicht zu den Auslagen gerechnet werden; denn hierunter können nur Unkosten verstanden werden, die bei Ausübung der Berufstätigkeit des Anwalts entstehen, nicht aber Steuerzuschüsse. Die Erstattungspflicht der Staatskasse beruht (entgegen der Ausnahme von Marcuse: JW. 1930, 3259^o) nicht auf dem UmStG., sondern dem ArmAnwG. Daher kann der Erstattungsanspruch nicht auf § 11 UmStG. gestützt werden; im übrigen folgt aus § 11 UmStG. nur das Recht des Anwalts, dem Leistungsberechtigten die Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen; Leistungsberechtigter ist aber die arme Partei als Auftraggeberin, nicht die Staatskasse. Nach alledem vermag die Beschwerf. auch trotz der Ausführungen des RG.: VerAnwBl. 1930, 272, des OLG. Hamburg: JW. 1930, 3871²⁰, des OLG. Jena: JW. 1930, 3871²² und Friedlaender: JW. 1929, 83, Ziff. I Abs. 2; 1930, 2028 Ziff. III Abs. 3; 1930, 3568³ nicht von ihrem Standpunkt abzugehen.

(OG. I Berlin, 27. Jk., Beschl. v. 19. Jan. 1931, 29 T 386/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Karl Deutschmann, Berlin.

Charlottenburg.

Amtsgerichte.

I. §§ 114 ff. ZPO. Wird erst in der mündlichen Verhandlung unter Überreichung eines Schriftsatzes der Antrag auf Armenrechtsbewilligung gestellt, dann zur Sache verhandelt und erst hiernach das Armenrecht bewilligt,

da. Auch das RG. hat sie verworfen (vgl. JW. 1931, 324²), und so ergibt sich die seltsame Folge, daß für Tausende von Berliner Anwälten in einer wichtigen Frage anderes Recht gilt, je nachdem das LG. I als Beschwerdeinstanz (also unanfechtbar) oder als erste Instanz entscheidet.

Daß die neue Praxis des LG. I unhaltbar ist, wurde oft genug dargetan. Die betreffenden Entsch. und Äußerungen sind in dem obigen Beschlusse selbst angeführt.

Das Ges. v. 20. Dez. 1928 hat die Worte „und der sie ergänzenden Vorschriften“ nicht fortgelassen, um an dem Umfang der staatlichen Erstattungspflicht etwas zu ändern, sondern nur weil diese Worte überflüssig erschienen. Dieses Gesetz wollte die Lage der Anwaltschaft bessern, nicht verschlechtern, und keine Andeutung spricht dafür, daß der Fortlassung der erwähnten Worte eine andere als redaktionelle Bedeutung zukommen sollte. Auch als jene Worte bei Schaffung des Ges. v. 6. Febr. 1923 in dieses aufgenommen wurden (das bekanntlich der Initiative des RA. seine Entstehung verdankte und gegen den Einspruch des Reichsrats Annahme fand), dachte niemand an eine Erweiterung des Begriffs der „Auslagen“ (oder Gebühren und Auslagen) „nach Maßgabe der RVGebD.“; man dachte vielmehr an die verschiedenen Novellen zur RVGebD., deren Erwähnung die parlamentarischen Verfasser des Entwurfs aus übergroßer Gewissenhaftigkeit für zweckmäßig hielten, obwohl an ihrer Anwendbarkeit auch bis dahin niemand gezweifelt hatte (sowenig wie an der Erstattungsfähigkeit der Umsatzsteuer, die alsbald nach Inkrafttreten des Ges. v. 18. Dez. 1919 einmütig von allen Gerichten, auch vom RG. (RG. 101, 212; 103, 346), bejaht wurde; ebenso entschied die Praxis hinsichtlich der Umsatzsteuer des bestellten Vertretigers, obwohl auch ihm nach § 150 StPO. nur die „Gebühren nach Maßgabe der Gebührenordnung“ zu erstatten sind (RJR.: W-Nachr. 7, 158; BayObV.: BayZ. 1921, 130 u. a.).

Mit den Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RVGebD. soll und sollte nichts anderes bezeichnet werden als die gesetzlich bemessene Vergütung. Daß diese nicht gerade formell in der RVGebD. für Rechtsanwälte geregelt sein muß, unterliegt keinem Zweifel. Jonas hat kürzlich in anderem Zusammenhange darauf hingewiesen, daß auch landesrechtlich geregelte Gebühren unter § 1 b. Ges. v. 20. Dez. 1928 fallen können (JW. 1930, 3353⁶¹ B zu 3); bei Anwendung des Gesetzes auf die freien Gerichtsbarkeit, das Aufwertungsverfahren usw. muß dies sogar immer der Fall sein. Sehr zutreffend ist auch die Entsch. herangezogen worden; niemand wird ernstlich behaupten wollen, daß der wichtige, täg-

lich hat die Armenrechtsbewilligung keine rückwirkende Kraft.

Ein Antrag der Bekl. auf Bewilligung des Armenrechts und Beordnung eines Rechtsanwalts lag vor der mündlichen Verhandlung v. 5. Juni 1930 nicht vor. Ein solcher Antrag ist vielmehr von dem Prozeßbevollmächtigten der Bekl. unter Überreichung eines ausführlichen Schriftsatzes, der die Einwendungen der Bekl. gegen den Klageanspruch enthielt, und gleichzeitiger Beibringung eines Armutszugnisses erst in der mündlichen Verhandlung v. 5. Juni 1930 gestellt worden.

Es entsprach nicht der Absicht des Gerichts, den RA. L. unter Bewilligung des Armenrechts den Bekl. schon vor der Verlesung der Anträge und der Streitverhandlung beizubringen, da das Gericht vor der mündlichen Verhandlung die Einwendungen der Bekl., wie sie in dem im Termin überreichten Schriftsatz ihres Prozeßbevollmächtigten niedergelegt sind, nicht kannte und deshalb vor der mündlichen Verhandlung zu einer Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts und die Beordnung eines Rechtsanwalts gegeben seien, nicht in der Lage waren.

Das Gericht hat daher erst auf Grund der Prüfung der von den Bekl. in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten und in dem überreichten Schriftsatz niedergelegten Einwendungen der Bekl. nach Schluß der mündlichen Verhandlung den Bekl. das Armenrecht bewilligt und ihnen den RA. L. als Armenanwalt beigeordnet. Nach der Bewilligung des Armenrechts und der Beordnung des Anwalts durch den im Termin am 5. Juni 1930 verkündeten Beschluß ist nicht mehr verhandelt worden.

(OG. Charlottenburg, Beschl. v. 13. Sept. 1930, 7 C 759/30.)

Mitgeteilt von RA. S. C. Ladewig, Berlin.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

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

I. § 69 ArbGG.; § 6a ArbZPO.

1. Der Umfang der Streitwertfestsetzungsbefugnis des Landesarbeitsgerichts wird in § 69 Abs. 2 ArbGG. so un-

lich zur Anwendung kommende § 8 dieser VO. (Vergütung der „schriftlichen Verhandlung“) für den Erstattungsanspruch der Armenanwälte nicht gelte, weil er keinen Bestandteil der RVGebD. bilde, sondern einer sie ergänzenden Vorschrift angehöre. Die reine Wortinterpretation führt also ersichtlich zu unpraktischen und teilweise ungereimten Ergebnissen, die sicherlich auch vom LG. Berlin I nicht gutgeheißen werden können.

Dazu kommt nun weiter folgendes: die obige Entsch. sagt selbst, die Umsatzsteuer gehöre weder zu den Gebühren noch zu den Auslagen des RA. Das ist begrifflich richtig. Aber wie kommt es dann, daß dasselbe Gericht davon ausgeht, die Umsatzsteuer sei unter der Geltung des Ges. v. 6. Febr. 1923 erstattungsfähig gewesen, weil nach diesem Gesetz die Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RVGebD. und der sie ergänzenden Vorschriften zu ersetzen waren? Auch dann mußte doch bei strenger Wortauslegung feststehen, daß es anwaltschaftliche Gebühren oder Auslagen seien, bevor nach der Rechtsquelle gefragt wurde, in der sie geregelt waren! Auch das UmStG. konnte ja aus der Steuerzuschuld keine „Gebühr“ (Vergütung für anwaltschaftliche Tätigkeit) und keine „Auslage“ (Aufwendung für den Klienten anlässlich der Geschäftsbeforgung) machen. Das Gericht ist also in seinen Ausführungen nicht folgerichtig; es müßte konsequenterweise auch für die frühere Zeit die Erstattungspflicht hinsichtlich der Umsatzsteuer verneinen: ein neuer Beweis dafür, daß die Hinzufügung wie die Fortlassung der Worte „und der sie ergänzenden Vorschriften“ für unsere Frage (wie überhaupt) bedeutungslos waren.

In Wirklichkeit ergibt sich die Erstattungspflicht des Staates klar aus dem UmStG. Wie Popitz, der Verf. und beste Kenner des Gesetzes, bezeugt (vgl. Komm. z. UmStG., § 11 Anm. VI 1 d, a), sollte die Steuer bei „gesetzlich bemessenen Gebühren“ auf den Zahlungspflichtigen, auch wenn dieser nicht der „Leistungsberechtigte“ war, offen abgewälzt werden. Damit charakterisiert sich die Umsatzsteuer als eine Art Gebührensuschlag, der das Schicksal der „Gebühren und Auslagen“ teilt. Deshalb muß der Staat für diejenigen Gebühren und Auslagen, die er nach dem ArmAnwG. schuldet, auch diesen „Zuschlag“ vergüten. Aus demselben Gedankengang heraus ist die Erstattungspflicht des Prozeßgegners hinsichtlich der Umsatzsteuer von der gesamten Praxis seit einem Jahrzehnt einhellig bejaht worden. Vgl. etwa die Zitate bei Walter-Joachim-Friedlaender³, Anhang zum 5. Abschn. Fußnote 17 und in früheren Auflagen.

RA. Dr. Friedlaender, München.

zweideutig umgrenzt, daß eine irrige Auffassung von seiner Tragweite ausgeschlossen erscheint. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, daß nach Verkündung des Arbeitsgerichtsurteils eine Veränderung des Streitwertes eingetreten sei, ist in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbar.

2. Der Schlichter ist nicht dazu berufen, über die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung von Mehrarbeitsstunden, also über das Bestehen von Ansprüchen zu entscheiden. Für die Frage, ob ein Mehrarbeitszuschlag auf den Normalarbeitsverdienst oder nur auf die Garantiesumme aufzuschlagen ist, ist der Rechtsweg zulässig. *)

Daß ArbG. hat den Streitwert auf 500 RM, das NArbG. hat ihn unter Verweisung auf § 69 Abs. 2 ArbGG. auf 10 000 RM mit der Begründung festgesetzt, daß mindestens diese Summe dem Interesse der Kl. an der verlangten Feststellung, die für eine große Anzahl von Kellnern und Gastwirten von erheblicher Bedeutung sei, entspreche. Da § 69 Abs. 2 a. a. D. den Umfang der Festsetzungsbefugnis des BG. unzweideutig umgrenzt und bei dessen klarem Wortlaut eine irrige Auffassung von seiner Tragweite ausgeschlossen, jedenfalls nicht zu unterstellen ist, muß aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf die genannte Bestimmung geschlossen werden, das NArbG. habe angenommen, daß nach der Verkündung des arbeitsgerichtlichen Urts. in bezug auf das streitige Rechtsverhältnis eine Veränderung eingetreten sei, die eine Erhöhung des Streitwertes erfordere. Ob diese Annahme zutrifft, entzieht sich der Nachprüfung des NArbG. Die Rev. ist daher für zulässig zu erachten. Zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs hängt die Entsch. von den beiden Fragen ab: 1. ob es sich um eine Rechtsstreitigkeit aus einem TarVertr. oder über das Bestehen eines TarVertr. oder aber um das Verlangen der Festsetzung eines Tarifpunktes und damit um Schaffung einer Tarifvereinbarung handelt; 2. ob die in § 6a ArbZ-NotG. geordnete Zuständigkeit des Schlichters der Anrufung der Gerichte entgegensteht.

Zu 1. Die Parteien sind darüber einig, daß ein TarVertr. zustande gekommen ist, sie waren nach den Feststellungen des BG. im Zeitpunkt des Abschlusses, am 24. Okt. 1927, klar darüber, daß in der Frage, ob der Mehrarbeitszuschlag von dem Betrag der Garantiesumme als wirklichem Verdienst zu berechnen und also zu zahlen sei oder ob der Zuschlag nur auf die Garantiesumme für den Fall aufgeschlagen werde, daß der Garantiefall eintrete, keine Einigung erzielt sei, weder durch freie Abrede, noch durch die Annahme des Schiedspruchs v. 19. Okt. 1927. Wenn die Parteien dennoch abgeschlossen, so wollten sie den TarVertr. ohne Einigung über diesen Punkt gelten lassen, was nach bürgerlichem Recht für Verträge (§§ 154 ff.) und nicht minder für Tarifvereinbarungen unbedenklich ist. Die danach gebotene Ausfüllung der Lücke ist ohne weiteres möglich, da dieser einzige unregelmäßige Streitpunkt ein rein rechtlicher ist, der gemäß § 6a ArbZ-NotG. entschieden werden muß. Daß die Tarifparteien sich über diesen Rechtspunkt auch hätten einigen können, steht dem nicht entgegen, daß die richterliche Lösung des Zweifels nicht Schaffung einer neuen Vereinbarung, sondern Auslegung der alten ist.

Zu 2. Es ist abzulehnen, daß die in § 6a Abs. 3 ArbZ-NotG. geordnete Zuständigkeit des Schlichters, über Form, Höhe und Art der Berechnung des Zuschlags zu befinden, auch Streitigkeiten der hier in Frage stehenden Art umfaßt. Das NArbG. hat in NArbG. 1, 333 und i. S. Anders v. Richter 98/28 schon dahin Stellung ge-

Zu 1. 1. Es ist zu begrüßen, daß das NArbG. die durch das ArbG. erfolgte Streitwertfestsetzung nicht nachprüft. Denn die neuartige Regelung der Streitwertfestsetzung und der Rechtsmittelzulassung in den §§ 61 Abs. 2, 69 Abs. 2, 64 Abs. 1, 72 Abs. 1 ArbGG. verfolgt den Zweck, den Parteien schon bei der Verkündung des Urts. sofort völlige Klarheit über seine Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel zu geben. Wenn nun das RevG. doch wieder in die Nachprüfung der Streitwertfestsetzung eintreten wollte, so wäre der Zweck der Regelung völlig vereitelt. Die Bedenken, welche gegen die endgültige Festsetzung des Streitwertes und gegen die Zulassung der Rechtsmittel durch die Untergerichte im ArbGG. zunächst aus grundsätzlichen Erwägungen zu erheben waren, sind durch die Praxis völlig beboben worden. Es besteht Übereinstimmung dahin, daß diese Regelung sich ausgezeichnet bewährt hat. Nur sollte gelegentlich einer Abänderung des ArbGG. die endgültige Wirkung der Streitwertfestsetzung auf die Zulässigkeit der Rechtsmittel beschränkt und eine Abänderung der Streitwertfestsetzung zum Zwecke der Kostenfestsetzung ermöglicht werden.

2. Die Anwendung des ArbZ-NotG. auf die Bedienungsgelbempfänger im Gastwirtsgerwerb bietet die größten Schwierigkeiten, wenn nicht durch die Tarifparteien oder im ordentlichen Schlichtungsverfahren oder durch den Schlichter (gemäß § 6a) eine klare Regelung getroffen wird. Die Anrufung des ArbG. im vorl. Falle war, wie das NArbG. zutreffend auspricht, wohl zulässig. Aber sie war unzweckmäßig. Der Schlichter hätte, wenn er angerufen worden wäre, den Parteien gemäß § 6a ArbZ-NotG. eine zweckmäßige Regelung geben können.

AGDir. Dr. Kallée, Stuttgart.

nommen, daß der Schlichter nicht berufen ist, über das Bestehen von Ansprüchen Entscheidung zu treffen. Der ursprüngliche Entwurf des Änderungsgesetzes von 1927 (Mat. zur ArbZ-NotG. S. 1 Akte Nr. 3245) sah die Zuständigkeit des Schlichters zur Entscheidung auch „über die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung“ neben der über Höhe und Berechnung vor. Diese Fassung ist im 9. Ausschuss nach dem Bericht Nr. 3338 (Mat. S. 69) durch die jetzt geltende Fassung ersetzt worden, ohne daß der Grund dafür angegeben wurde. Es ist indes festzuhalten, daß die Befugnis des Schlichters sich nach diesem Gang der Gesetzesentstehung nicht mehr auf die Frage der Verpflichtung selbst, den Grund des Anspruchs, erstrecken sollte. Die hier zu treffende Entsch. geht nicht die Frage an, ob ein auf die Garantiesumme zu rechnender Zuschlag bar oder in anderer Weise zu gewähren ist, sondern es handelt sich darum, ob auf den Normalarbeitsverdienst der Kellner, der Umsatzprozente, überhaupt ein Mehrarbeitszuschlag aufzuschlagen oder ob nur die Garantiesumme als solche zuschlagsfähig sei. Diese Prüfung betrifft weder die Form noch die Art der Berechnung, sicherlich nicht die Höhe, sondern den Grund (die Voraussetzung) des Anspruchs, dessen Prüfung dem Richter zusteht. Der Rechtsweg ist deshalb auch für den vorl. Streit der Verbände als gegeben anzusehen.

Auch im übrigen ist die Entsch. des VerN. im Ergebnis zutreffend. Wenn die Rev. geltend macht, daß die Annahme des Schlichtungspruchs v. 19. Okt. 1927 den Anspruch ausschließe, so greift sie unzulässig die tatsächliche Feststellung des VerN. an, daß der Schiedspruch sich über diesen Punkt nicht verhält.

Zur Sache selbst ist die Entsch. nur dadurch verbunkelt worden, daß die Kl., statt die Durchschnittsberechnung des Zuschlags von den Umsatzprozenten zugrunde zu legen, sich mit dem Zuschlag zum Mindestbetrag begnügen. An dem Rechtscharakter des Anspruchs, der sich auf die Berechnung des Mehrarbeitszuschlags von dem (zur Auszahlung kommenden) Normallohn richtet, wird dadurch nichts geändert. Daß nach dem Wortlaut und dem Zweck des § 6a der Zuschlag von der normalen Arbeitsvergütung versagt und auf die regelmäßig gar nicht in Erscheinung tretende Garantiesumme als solche beschränkt werden könnte, ist abzulehnen. Das Gegenteil ergibt sich unmittelbar und unzweideutig aus der Eigenschaft des Anspruchs auf die Umsatzprozente als Lohn und der Bestimmung des § 6a ArbZ-NotG. (NArbG., Urts. v. 1. Dez. 1928, RAG 159/28. — Leipzig.)

*

2. §§ 58, 61 ArbGG. Ein Urteil des NArbG., das auf einen zugesprochenen Eid erkennt, und für den Fall der Eidesleistung die Klage abweist, für den Fall der Nichtleistung aber den Klageanspruch dem Grunde nach feststellt, kann nicht mit der Revision angefochten werden. *)

Nach § 61 Abs. 5 ArbGG. kann ein Zwischenurteil, das über den Grund des Anspruchs vorab entscheidet, nicht für sich mit einem Rechtsmittel angefochten werden. Schon NArbG.: JW. 1929, 2545 hat ausgesprochen, daß diese Vorschrift auch auf ein Urts. anzuwenden ist, das wie das jetzt vorl. die Entsch. über den Grund des Anspruchs von der Leistung oder Nichtleistung eines Eides abhängig macht. In dem dort entschiedenen Fall handelte es sich allerdings um einen richterlichen Eid, während im gegenwärtigen der Eid zugesprochen und angenommen war. Aber das kann keinen Unterschied machen. § 61 Abs. 5 ArbGG. verbietet schlechthin die selbständige Anfechtung von Zwischenurteilen über den Grund des Anspruchs. Auch Urts., die wie das jetzt angefochtene über den Grund des Anspruchs

Zu 2. Zwischenurteile (ZU.) sind nicht selbständig angreifbar. Unbedingte Urts. über den Grund sind keine definitiven Urts., also ZU., daher nicht selbständig angreifbar, da die Ausnahme des § 304 ZPO. nach § 61 Abs. 5 ArbGG. für diese ZU. nicht gilt. Ist aber die Entsch. über den Grund von der Leistung oder Weigerung eines Eides abhängig, so ist das Urts. zweizügig und entscheidet für den einen Fall in der Sache definitiv (nämlich auf Abweisung der Klage), für den anderen Fall dagegen nur über den Grund des Urts. (nämlich, daß die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt sei). Im Fall der ersten Alternative ist das bedingte Urts. — abgesehen von der Eidesbedingung — insoweit genau so definitiv wie ein sonstiges definitives Urts., und nur im Fall der zweiten Alternative wird in der Sache nach noch nicht definitiv erkannt, nur insoweit ist also das Urts. ein bedingtes ZU., wenn es der § 61 ArbGG. bezeichnet. Daher taucht die Frage auf, ob solch bedingtes Urts. im ganzen nach dem einen oder dem anderen Alternativfall zu behandeln ist. Das NArbG. meint, das Urts. sei als ZU. zu betrachten. Aber die Berufung des NArbG. auf AG.: JW. 1929, 2545 f. ist nicht überzeugend, selbst wenn das AG. bedingte Urts., die für die eine Alternative in der Sache erkannt haben, für die andere nicht, nur als ZU. betrachtet haben sollte. Denn dabei hat das AG. niemals an die Grundurteile mit denken können, da für diese die Frage, ob sie hinsichtlich der Rechtsmittel End- oder ZU. seien, wegen § 304 ZPO. nicht aufstehen konnte. Ein solches Eidesurteil über den Grund ist ja nach der ZPO., soweit es die Klage abweist, an sich, und soweit es die Klage nach dem Grunde für gerechtfertigt erklärt, nach § 304 hinsichtlich der Rechtsmittel ein Endurteil. Jedoch das AG. hat sogar ein Eides-

nur im Fall der Eidesverweigerung vorab entscheiden, für den anderen Fall aber über den Anspruch endgültig erkennen wollen, sind, wie im Beschluß v. 5. Jan. 1929 unter Bezugnahme auf die ständige Rspr. des RG. ausgeführt ist, Zwischenurteile. § 61 Abs. 5 ArbGG. mag nicht an Zwischenurteile gedacht haben die wie das jetzt angefochtene unter Verletzung des § 58 Abs. 3 ArbGG. auf einen zurückgeschobenen Eid erkannt haben; auf alle Fälle muß das Gesetz aber mit Zwischenurteilen gerechnet haben, die einer Nachprüfung im Rechtsmittelweg nicht standhalten, es hat aber zum Zweck der Beschleunigung des Verfahrens diese Nachprüfung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben und will bewußt auch ein unrichtiges Zwischenurteil vorläufig bestehen lassen. Ob den Grund der Unrichtigkeit

urteil, das in seiner einen Alternative die Klage abwies, und in seiner anderen ein weiteres Beweisverfahren in Aussicht stellte, bloß wegen des abweisenden Teils des Urts. in einer Plenarentscheidung als Endurteil angesehen (RG. 7, 421f.).

Aber selbst wenn das bedingte Urts. über den Grund bloß deshalb, weil es in seiner einen Alternative nicht definitiv entscheidet, ein ZU., und deshalb ein „ZU. über den Grund“ wäre, so ist doch die Beweisführung ZB. 1929, 2545 rein formal, daß es als „ZU. über den Grund nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar“ sei. Bei dieser Begründung allein würden die Augen gegenüber einer anderen Rechtsregel geschlossen, die mit § 61 Abs. 5 ArbGG. in Konflikt gerät. Denn der nicht minder klare Wortlaut des Gesetzes, nämlich § 58 Abs. 3 ArbGG. i. Verb. n. § 475 ZPO. ergibt, daß richterliche Eide durch Urts. auferlegt werden sollen. Natürlich deshalb, damit das Urts., das einen richterlichen Eid auferlegt, durch Rechtsmittel angefochten werden kann, bevor der Eid geleistet wird. Man kann den Gedanken des Gesetzes geradezu so ausdrücken: Die Entsch., in der der Richter einer Partei einen Eid auferlegt, soll selbständig durch Rechtsmittel angreifbar sein.

Auch wenn man nun annimmt, daß das Urts. über den Grund des Anspruchs an sich ein ZU. ist, so wäre es doch willkürlich, nur den § 61 Abs. 5 ArbGG. ins Auge zu fassen und den Gedanken des § 58 Abs. 3 und § 475 ZPO. einfach zu ignorieren. Das hat auch das NArbG. nicht getan, da es ausführt: Wenn man seiner Ansicht folgte, daß das bedingte Grundurteil nicht selbständig anfechtbar sei, dann „wäre es möglich, daß ein Eid geleistet würde, der sich hinterher als überflüssig herausstellt. Aber das habe das ArbGG. hinsichtlich der Parteieide im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens im § 58 Abs. 3 bewußt in Kauf genommen, indem es die Auferlegung dieser Eide durch Beweisbeschluß angeordnet habe“. Aber diese Begründung greift m. E. fehl. Die Auferlegung und Leistung des zu- oder zurückgeschobenen Eides konnten die Parteien vermeiden, wenn sie den Eid nicht für erheblich hielten, wenn sie insbes. meinten, daß ihre Behauptungen anderweit hinreichend bewiesen wären. Dagegen haben sie auf den richterlichen Eid keinen Einfluß. Wenn es der Partei nicht paßt, daß der Gegner schwört, so kann sie die Zuschreibung des Eides unterlassen, dagegen kann sie Auferlegung des Eides an den Gegner durch richterlichen Eid nicht vermeiden. Wenn ferner der Eid, von dessen Leistung das Grundurteil abhängt, im Grundurteil unanfechtbar festgelegt und ausgesprochen ist, so kann der Fall für den Gegner des Schwörenden wesentlich schlechter liegen als beim zugeschobenen Eide. Wenn allerdings das höhere Gericht das Eidesurteil nur deshalb für verfehlt hält, weil der Eid eine unerhebliche Behauptung betraf, dann ist der richterliche Eid ebenso wie der zugeschobene in der Tat bloß „überflüssig“ gewesen. Inwieweit müßte man sich also auch mit einer unangreifbaren Entsch., die den richterlichen Eid auferlegt, genau so abfinden wie mit dem durch unangreifbare Entsch. auferlegten und geleisteten zugeschobenen Eid. Über sonst klaffen die Folgen bei beiden Eiden auseinander. Ist der zugeschobene Eid unter Verletzung der Regeln der Beweislast auferlegt, so hat der höhere Richter ihn zu ignorieren, der Eid schadet also nicht. Der richterliche Eid aber ist ohne Rücksicht auf die Beweislast aufzuerlegen. Er kann, geleistet, nicht wegen Verkennung der Beweislast außer acht gelassen werden und kann der nicht beweispflichtigen Partei schaden. Allerdings wird der richterliche Eid nur der Partei auferlegt, von der der Richter die Überzeugung hat, daß, wenn sie schwört, die Wahrheit ihrer Aussage erwiesen sei. Aber wenn die Behauptung in der niederen Instanz schon beschworen ist, so wird es doch dem höheren Richter sehr schwer werden, den geleisteten Eid zu ignorieren oder gar dem Gegner dessen, der geschworen hat, den Eid anzuvertrauen. Das ist beim zugeschobenen Eid sehr viel einfacher, weil hier nicht die Überzeugung des Gerichts, sondern feste Regeln über die Beweislast und die Zuschreibung und Rückschiebung des Eides in Betracht kommen. Vor allem aber: Ist der Eid zulässigerweise durch Beschluß normiert, so behält er seine Wirkung auch für das Berufungsverfahren (Stl. 55, 244; Baumhach, ZPO., A. 1 zu § 461). Es handelt sich also beim richterlichen Eid um sehr viel wichtigere Dinge als bloß darum, daß einmal ein überflüssiger Eid geschworen wird.

Wenn ein Urts. über den Grund des Anspruchs von einem richterlichen Eide abhängig ist, dann wird also über den An-

spruch sachlichen Rechts oder von Verfahrensvorschriften bildet, kann von diesem Gesichtspunkt aus nicht von Bedeutung sein. Auf diese Weise ist es allerdings möglich, daß ein Eid geleistet wird, der sich hinterher als überflüssig herausstellt. Aber solche Möglichkeit hat das ArbGG. bewußt schon damit in Kauf genommen, daß es in § 58 Abs. 3 bestimmt hat, daß die Leistung zurückgeschobener oder zurückgeschobener Eide durch Beweisbeschluß anzuordnen ist. Denn da ein Beweisbeschluß nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden kann und in aller Regel sofort ausgeführt wird, kann es geschehen, daß bei einer Nachprüfung des dann ergangenen Urts. die beschworene Behauptung als unerheblich und somit der geleistete Eid als überflüssig befunden wird. Gleichfalls

spruch definitiv entschieden, soweit in einem Bedingungsfall die Klage abgewiesen wird. Das Urts. ist also insofern kein ZU. Für den Fall der entgegengesetzten Bedingung wird zwar vorab durch ZU. entschieden, aber doch in einer Weise, für die das Gesetz sonst aus sachlichen guten Gründen es für erforderlich hält, daß die Entsch. in der Sache erst erfolgt, nachdem eine Nachprüfung über die Erheblichkeit des Eides ermöglicht worden ist. Diese zwei Grundsätze, die auch aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes hervorgehen, müssen m. E. schwerer wiegen als der Grundsatz, daß (im allgemeinen) ein ZU. über den Grund nicht anfechtbar ist. Die Regel, daß der richterliche Eid nur durch ein vor der Eidleistung angreifbares Urts. auferlegt werden kann, geht der Bestimmung, daß Urts. über den Grund nicht selbständig anfechtbar sind, vor. Die letzte Bestimmung will nicht sagen: Nie soll, auch wenn es sonst aus besonderen Gründen nötig und zweckmäßig ist, ein Urts., über den Grund angefochten werden. Denn es fehlt jeder Grund, warum denn die Erwägungen, die das Gesetz sonst veranlaßt haben, eine Überprüfung durch den höheren Richter alsbald zuzulassen, nicht mehr zutreffen, wenn das Urts. ein Grundurteil ist. Sondern § 61 Abs. 5 ArbGG. will nur sagen: Wenn das Urts. über den Grund ergeht, so soll dies allein kein Anlaß sein, gegen dies Urts. selbständig ein Rechtsmittel einzulegen. § 61 Abs. 5 ArbGG. hat seinem Zwecke nach die sonstigen Gründe, aus denen ZU. selbständig angreifbar sein können, nicht prüfen, sondern hat nur den § 304 Abs. 2 ZPO. beseitigen wollen. Dazu kommt noch, daß der eine Teil des zweizügigen Urts. eine definitive Entsch. bringt. Für den Fall des richterlichen Eides ist also m. E. gegen das bedingte Urts. ein Rechtsmittel zulässig. Die Entsch. des NArbG.: ZB. 1929, 2545 ist also verfehlt.

Andererseits, wenn das Urts. einen zugeschobenen oder zurückgeschobenen Parteieid betrifft. Daß solch Urts. je ergehen würde, daran hat natürlich das ArbGG. nie gedacht, da es solch Urts. verbietet. In diesem Falle taucht zunächst die Frage auf, ob schon nach allgemeinen Regeln ein Rechtsmittel gegen das Urts., das an Stelle des richtigen unangreifbaren Beweisbeschlusses ergangen ist, zulässig sein kann, so daß § 61 Abs. 5 ArbGG. nicht mehr in Betracht zu kommen brauchte. Nach der sog. objektiven Theorie wäre hier ein Rechtsmittel nicht zulässig, weil ein Beschluß hätte ergehen müssen, nach der subjektiven Theorie würden die Parteien dagegen das Urts. als solches gelten lassen können, so daß dann § 61 Abs. 5 ArbGG. in Betracht käme. Ich nehme mit Rosenbergs (Verh., 2. Aufl., S. 442) und Goldschmidt (1929, 159) u. a. an, daß das Rechtsmittel „sowohl zulässig ist, wenn es der erkennbar gewollten Entscheidungsart, als auch wenn es der Entscheidungsart entspricht, die nach dem Inhalt der Entsch. geboten gewesen wäre (Meißbegünstigung)“ (Goldschmidt a. a. D.). Es kommt also für unseren Fall in der Tat darauf an, ob § 61 Abs. 5 bei Urts., die einen zugeschobenen Eid auferlegen, anwendbar ist. Oben ist ausgeführt worden: Der Umstand allein, daß das Urts. ein Grundurteil ist, rechtfertigt ein selbständiges Rechtsmittel nicht. Es fragt sich, ob die Tatsache, daß es ein Urts. über einen zugeschobenen Eid ist, ein Grund für Zulassung selbständiger Rechtsmittel ist. Dies ist aber nicht der Fall. Denn die Entsch., durch die der Eid auferlegt wird, soll ja, wie sich aus § 58 Abs. 3 ArbGG. ergibt, nicht angreifbar sein. Nun bleibt ja noch übrig, daß das bedingte ZU., das die Klage bedingt abweist, ein Definitivum schafft. Aber wenn hiergegen ein Rechtsmittel nicht zulässig ist, so ist doch die Prozeßlage für den Kl. nicht wesentlich schlimmer, als wie es sich das Gesetz bei richtiger Behandlung der Sache durch das Gericht vorgestellt hat: Bei richtiger Behandlung wäre der durch Beschluß auferlegte Parteieid abgenommen und dann, wahrscheinlich, genau so wie es das Endurteil bestimmt, erkannt worden. Höchstens insofern wäre der Kl. benachteiligt, als das erkennende Gericht, daß das Urts. erlassen hat, an dieses gebunden wäre. Das hätte aber derart geringe praktische Bedeutung, daß dieser Gedanke hinter die Vorschrift des § 61 Abs. 5 ArbGG. zurücktreten muß. Am besten wäre es aber, wenn die mit dem Urts. unzufriedene Partei das Urts. wie einen Beweisbeschluß behandelte, was sie ja nach der Meißbegünstigungstheorie tun kann. Dann könnte sie auch nach Rechtskraft des ZU. neue Gesichtspunkte vorbringen, die das Gericht zu berücksichtigen hätte. Die Einlegung des Rechtsmittels gegen das ZU. wäre höchstens deshalb zu empfehlen, weil die Gerichtspraxis unsicher ist, ob, wenn ein Urts. statt eines Beschlusses ergangen, dann ein Rechtsmittel nötig ist oder nicht.

Ich komme zum Ergebnis: 1. Ist ein Urts. über den Grund

ohne Verfahrensverstoß ist diese Möglichkeit in einem Fall gegeben, wie er dem Beschluß v. 5. Jan. 1929 zugrunde lag. Ist aber einmal der das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten beherrschende Grundsatz, daß die Leistung überflüssiger Parteieide nach Möglichkeit verhindert werden soll, für das Verfahren vor den Arbeitsgerichtsbehörden im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung in dieser Weise durchbrochen, so kann eine Ausnahme von der Vorschrift des § 61 Abs. 5 ArbGG. für den vorl. Fall nicht damit begründet werden, daß die Erheblichkeit des auferlegten Eides vor der Ableitung müßte nachgeprüft werden können. Danach war wie gesehen zu erkennen. (ArbGG., Ur. v. 22. Okt. 1930, RAG 80/30. — Berlin.) [B.]

Darmstadt. Landesarbeitsgerichte.

1. § 77 GRG.; § 63 Abs. 2 ArbGG. Für die Kosten, die einer Betriebsvertretung als Berufungsbeklagte auf Berufung gegen ein Urteil auferlegt werden, das im zweiten Rechtszug auf Kündigungseinspruchsklage erging, haftet die Partei, welche Berufung eingelegt hat, nicht nach § 77 GRG. Nach §§ 63 Abs. 2, 64 Abs. 3 ArbGG. haben diese Kosten außer Ansatz zu bleiben. f)

Da eine der in § 12 ArbGG. vorgesehenen Ausnahmen nicht vorliegt, gelten auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Vorschriften des GRG., nach dessen § 77 derjenige die Gebühren und Auslagen schuldet, der das Verfahren der Instanz beantragt hat. Demnach hat für die Gerichtskosten der VerZnst. der Verkl. aufzukommen. Seine Haftung steht an erster Stelle. Das vorübergehende Zurücktreten seiner Haftung nach §§ 82 Abs. 2, 79 GRG. kommt hier nicht in Frage, weil eine Gegenpartei, der Kosten durch gerichtliche Entsch. auferlegt werden könnten, nicht vorhanden ist. Es steht jedoch in Frage, ob § 77 GRG. bei Einspruchsklagen des Gruppentates überhaupt angewandt werden kann.

In arbeitsgerichtlichen Verfahren werden Kostenvorschüsse nicht erhoben; Gebühren und Auslagen werden erst fällig, wenn das Verfahren des Rechtszuges beendet oder sein Ruhen angeordnet ist (§ 12 ArbGG.). Erst in diesem Zeitpunkt ist also zu prüfen, ob, in welcher Höhe und von welchem Streitteil Kosten anzufordern sind. Nun bleiben nach §§ 63 Abs. 2, 64 Abs. 3 ArbGG. die Kosten

ergangen, das vom richterlichen Eid abhängig ist, so ist dagegen ein Rechtsmittel zulässig, sogar nötig. 2. Hängt das Ur. verfehlterweise von einem zugehobenen oder zurückgehobenen Eid ab, so ist dagegen ein Rechtsmittel weder zulässig noch nötig. 3. Bei der Reform der ZPO. ist es dringendes Bedürfnis, die Frage eindeutig zu regeln, ob und welche Rechtsmittel zu ergreifen sind, wenn eine unzulässige Entsch. ergangen ist. Sonst werden die Parteien zur Einlegung aller möglichen Rechtsmittel gezwungen, haben selbst Kosten und Mühen und machen dem Staat Kosten und Mühen.

Prof. Ernst Jacobi, Münster i. W.

Zu 1. Der Entsch. ist sowohl im Ergebnis wie in der Begründung beizutreten.

Wenn nach § 63 Abs. 2 ArbGG. (der nach § 64 Abs. 2 das. auch für die VerZnst. gilt) im Kündigungseinspruchsverfahren bei Abweisung der Betriebsvertretung die Kosten „außer Ansatz“ zu bleiben haben, so kann das bezüglich der gerichtlichen Kosten in der Tat nicht anders als dahin verstanden werden, daß Gebühren und Auslagen überhaupt nicht erhoben werden — weder von der unterlegenen Betriebsvertretung noch von dem Gegner. Soweit also der Gegner nach den allgemeinen Vorschriften des GRG. (vgl. § 12 Abs. 6 ArbGG.) haften würde, fällt hier ausnahmsweise auch diese Haftung fort. Das ist der Fall, wenn der in erster Instanz unterlegene Arbeitgeber vor dem BG. obsiegt. In diesem Falle ergeht in Abänderung des erstinstanzlichen Ur. die Kostenentscheidung dahin, daß die Kosten des gesamten Verfahrens außer Ansatz bleiben. Der Arbeitgeber haftet also weder nach § 77 GRG. für die Kosten der VerZnst. noch nach § 79 daselbst für die ihm seinerzeit auferlegten erstinstanzlichen Kosten; hatte er die letzteren schon gezahlt, so sind sie ihm, da ja der Kostenanspruch selbst nachträglich fortfällt, nach § 81 Abs. 2 daselbst zurückzuerstatten. Die Entsch. hebt zutreffend hervor, daß der dargelegte Grundsatz auch dann zu gelten hat, wenn der Arbeitgeber in der VerZnst. nur teilweise obsiegt, wenn also — z. B. bei Ob Sieg des Arbeitgebers zur Hälfte — die Kostenentscheidung des BU. dahin lautet, daß in Abänderung des erstinstanzlichen Ur. die Kosten des (gesamten) Verfahrens dem Arbeitgeber zur Hälfte auferlegt werden und zur anderen Hälfte außer Ansatz bleiben. In diesem Falle vermindern sich die den Arbeitgeber nach § 79 GRG. treffenden Kosten der ersten Instanz auf die Hälfte und von den Kosten der VerZnst. fällt ihm nach §§ 77, 79 daselbst ebenfalls nur die Hälfte zur Last.

Wenn umgekehrt die Betriebsvertretung in erster Instanz unterlegen war und vor dem BG. obsiegt, so treffen nunmehr den Arbeitgeber die Kosten der beiden Instanzen, da ja die die Kosten erster Instanz außer Ansatz lassende Vorentsch. aufgehoben ist.

Wird endlich die Berufung verworfen oder zurückgewiesen, so

überhaupt außer Ansatz, wenn die Einspruchsklage der Betriebsvertretung abgewiesen wird, einerlei, ob dies im ersten oder zweiten Rechtszuge geschieht. Es fehlt hier an einer Person oder Personeneinheit, die eine Zahlungspflicht übernehmen und erfüllen könnte. Aber das Gesetz spricht nicht etwa deren persönliche Befreiung von der Kostenlast aus, sondern es sieht von einem Ansatz überhaupt ab, es bestimmt, daß der Staat in dem Falle auf Berechnung und Anforderung seiner Gebühren und Auslagen Verzicht leistet.

An erster Stelle aber steht die Frage, ob und wie weit Kosten überhaupt zu heben sind. Erst danach ist zu prüfen, wer dem Staate als Kostenschuldner verhaftet ist. Wenn im Falle des § 63 Abs. 2 ArbGG. Gerichtskosten nicht anzusetzen sind, so kommt die Frage, wer sie schuldet, nicht mehr in Betracht. In diesem Sonderfall kann daher die Vorschrift des § 77 GRG. nicht herangezogen werden. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Klage der Betriebsvertretung in vollem Umfange oder, wie hier, nur zum Teil abgewiesen worden ist.

Nur dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Der obsiegende Verkl., der nach §§ 77, 82 GRG. Gerichtskosten aufwenden muß, hat sonst wenigstens die rechtliche Möglichkeit, ihre Erstattung (§§ 91 ff. ZPO.) von dem unterlegenen Gegner zu verlangen. Ist aber die Betriebsvertretung unterlegen, so ist dieser Weg rechtlich und tatsächlich vergeschlossen. Danach erscheint es unbillig, den Verkl., dessen Abwehr gegen den ersten Urteilspruch rechtskräftig als begründet anerkannt wurde, die Kostenlast ganz oder doch insoweit aufzubürden, als die Klage abgewiesen ist.

(ArbGG. Darmstadt, Beschl. v. 27. Nov. 1929, LAS 127/29.)

Mitgeteilt von Rechnungsbirektor Jung, Darmstadt.

Leipzig.

2. Nebenintervention des beratenden Anwalts im Verfahren vor dem ArbG. Unzulässigkeit der Nebenintervention wegen beabsichtigter Umgehung des § 11 ArbGG. kann nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden. f)

Die Bestimmungen über Streitverkündung und Nebenintervention gehören zu den Vorschriften der ZPO., über deren Anwendbarkeit für das arbeitsgerichtliche Verfahren im ArbGG. „nichts

betrifft die Kostenentscheidung des BG. nur die Kosten der VerZnst. War die Berufung von der Betriebsvertretung eingelegt, so werden die Kosten, für die sie nach §§ 77, 79 GRG. allein haften würde, in entsprechender Anwendung des § 63 Abs. 2 ArbGG. außer Ansatz zu lassen sein.

Für die außergerichtlichen Kosten befragt der § 63 Abs. 2 ArbGG. — trotz des der Terminologie des staatlichen Gebührenwesens entnommenen, insoweit nicht ganz glücklichen Ausdrucks „Außer-Ansatz-Lassen“ —, daß der obsiegende Arbeitgeber in Abweichung von dem Grundsatz des § 91 ZPO. keinen Erstattungsanspruch gegen die Betriebsvertretung hat. Darüber besteht wohl keine Meinungsverschiedenheit. Wegen der sich hier bei teilweisem Ob-siegen und Unterliegen ergebenden Ausgleichsrechnung darf ich meine Anmerkung zu ArbGG. Berlin: ArbMpr. 1930, 168, verweisen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Zu 2. Versuche, die Vorschrift über den Ausschluß der RA. von dem Verfahren vor den ArbG. unter Zuhilfenahme der Streitverkündung und Nebenintervention zu umgehen, sind wiederholt gemacht worden, bisher, soweit bekannt, ohne Erfolg. Die Praxis ist ihnen teils mit der Begründung entgegengetreten, daß § 11 ArbGG. jede Unterstützung der Partei durch einen RA., mithin auch diejenige in der Form einer Nebenintervention ausschließt (so ArbG. München: ArbG. 1930, 98), teils mit der Erwägung, daß die Nebenintervention des die Partei bei der Prozeßführung beratenden RA. als nicht ernstlich gemeint oder als in fraudem legis anzusehen sei. Die vorliegende Entsch. lehnt die erstere Auffassung zutreffend ab. Der zweiten setzt sie die Betrachtung entgegen, daß man mangels bestimmter konkreter Anhaltspunkte weder auf ein in fraudem legis Handeln noch auf eine mangelnde Ernstlichkeit der Nebenintervention schließen könne — wobei sich ohne weiteres die Frage aufdrängt, ob solche Anhaltspunkte, wie sie das ArbG. Leipzig anscheinend verlangt, überhaupt je erkennbar sein werden. Die außerordentlich weittragende Bedeutung der Entsch. liegt auf der Hand: wenn sie Schule machen sollte, wäre damit in den § 11 ArbGG. eine Bresche gelegt, die einem Niederreißen der Mauer praktisch ziemlich gleich käme. Eine besonders sorgfältige rechtliche Nachprüfung scheint daher geboten. Dabei muß, was keines besonderen Hinweises bedarf, die rechtspolitische Frage des § 11 ArbGG. selbstverständlich völlig aufscheiben.

Der § 11 ArbGG. schließt den RA. vom ArbG. als Prozeßbevollmächtigten und Beistand aus. Daß er als Partei, auch als Partei kraft Amtes (Konkursverwalter usw.) in Person handeln kann, steht außer Streit. Für eine erweiternde Auslegung des § 11 ArbGG. dahin, daß der RA. generell auch als Nebenintervent aus geschlossen wäre, bieten Entstehungsgeschichte und Zweck der Vor-

anderes bestimmt ist" (vgl. Baumbach-Königsberger, Anm. H zu § 10 ArbGG.).

Auch im Arbeitsgerichtsprozesse steht daher den Parteien das Recht zu, bis zur rechtskräftigen Entsch. des Rechtsstreits einem Dritten gerichtlich den Streit zu verkünden, wenn sie für den Fall des ungünstigen Ausgangs einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den Dritten erheben zu können glauben.

Der N. oder wer sonst sich vertraglich gegen Entgelt zur Ratserteilung verpflichtet, haftet dem Auftraggeber auf Grund Dienst- oder Werkvertrags für sorgfältige und ordentliche Beratung. Ertteilung unrichtigen Rats kann also einen Anspruch auf Schadloshaltung i. S. des § 72 ZPO. erzeugen. Das gilt auch für das Verhältnis der beklagten Firma zu dem N. Dr. G. Dieser hat deshalb ein rechtliches Interesse daran, daß die Bekl. in dem Rechtsstreite mit dem Kl. obliegt. Die Streitverkündung enthält die Androhung des Rückgriffs (vgl. Baumbach, Anm. 2 A zu § 66 ZPO.).

Nach §§ 66 ff., 74 ZPO. hat N. Dr. G. sonach das Recht, sich als „Dritter“ an dem Rechtsstreite zu beteiligen und der Bekl. als Nebenintervenienten beizutreten.

Auch das ArbG. will das an sich gelten lassen. Seiner Ansicht, daß aus dem Sinne und dem Zweck des § 11 ArbGG. sich ergebe, daß die Nebenintervention des beschwerdeführenden N. unzulässig sei, ist aber nicht beizutreten. Mit Recht betont die Beschwerde, daß § 11 ArbGG. N. und Personen, die das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, nur „als Prozeßbevollmächtigte oder Beistände“ ausschließt. Der Beschw., durch die Streitverkündung mit Rückgriff bedroht, nimmt aber, auch wenn er der von ihm beratenen Bekl., zum Zwecke ihrer Unterstützung „beitritt“, eigene Interessen wahr. Richtig ist es allerdings, wenn das ArbG. ausführt, daß sich die mündliche Verhandlung nicht so gestalten läßt, daß die Erklärungen des dem Rechtsstreite beigetretenen N. nur für ihn

schriftl. keinerlei Anhalt. Der Nebenintervenient unterstützt zwar die Hauptpartei, aber weder als ihr Vertreter noch als ihr Beistand, sondern als Nebenpartei kraft eigener Rechtsstellung. Daß z. B. in einem vor dem ArbG. zum Austrag kommenden Unfallprozeß eines Kraftwagenbesizers mit seinem Chauffeur der Besitzer eines an dem Unfall beteiligten anderen Wagens, als Nebenintervenient deshalb ausgeschlossen sein sollte, weil er zufällig N. ist, wird niemand ernstlich behaupten wollen.

Vorliegend steht allein der Fall zur Erörterung, daß der die Partei bei der Prozeßführung beratende N. ihr wegen der ihm u. U. aus dieser Tätigkeit erwachsenden Regreßhaftung als Nebenintervenient beitritt. Wenn, wie in dem vorliegenden insoweit typischen Falle, der konsultierte N. der Partei zur Führung des Prozesses rät und ihr den Gewinn als sicher in Aussicht stellt, so bringt er damit zum Ausdruck: „Ich beurteile die Rechtssache soufno, du kannst damit rechnen, daß das zur Entsch. des Falles berufene Gericht sich damit auf denselben Standpunkt stellen wird.“ Der der beratenen Partei möglicherweise erwachsende Schaden sind die ihr im Falle des Unterliegens zur Last fallenden Kosten; ein weiterer Schaden kommt bei der Prozeßberatung, um die es sich vorliegend allein handelt, nicht in Frage. Der Anwalt haftet der Partei aus dem Mandatsverhältnis für diesen Schaden, wenn er bei der Beurteilung des Falles schuldhafterweise rechtliche oder tatsächliche Gesichtspunkte übersehen hat, die den „Normaljuristen“ veranlaßt hätten, den Fall anders zu beurteilen oder wenigstens den Erfolg als nicht so sicher in Aussicht zu stellen.

Kann nun der beratende N. lediglich im Hinblick auf diese ihn u. U. treffende Haftung wegen der Prozeßkosten der Partei als Nebenintervenient beitreten? Soweit ich sehe, ist die Frage — abgesehen von den sich an den § 11 ArbGG. knüpfenden Fällen — bisher weder im Schrifttum noch in veröffentlichten Entsch. behandelt worden. M. E. bestehen erhebliche Bedenken, in derartigen Fällen den N. als Nebenintervenienten zuzulassen.

Die Nebenintervention setzt nach § 66 ZPO. voraus, daß der Beitretende ein rechtliches Interesse am Obstand der Partei hat. Das ist der Fall, wenn, je nachdem das Gericht aus dem ihm unterbreiteten Tatbestande diese oder jene Rechtsfolge zieht oder diese oder jene Feststellung trifft, die Rechtslage des Dritten dadurch günstig oder ungünstig beeinflusst wird. Für die Frage der Haftung des N., für die Frage, ob er den Rat, so wie er ihn erteilt hat, hätte erteilen dürfen, ist es nun schlechterdings gleichgültig, wie das mit der Sache befaßte Gericht den Fall tatsächlich entschieden hat. Im Regreßprozeß ist allein entscheidend, zu welchem Ergebnis der N. bei sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung des Falles kommen durfte, d. h. ob mit dem von ihm in Aussicht gestellten Ergebnis der „Normaljurist“ rechnen konnte. Für die Frage, ob jemand mit diesem oder jenem Ereignis hat rechnen dürfen, ist aber ohne jeden Belang, wie die Dinge hernach tatsächlich gelaufen sind. Ob die zwischen der beratenen Partei und ihrem Gegner ergangene Entsch. als „richtig“ i. S. des § 68 ZPO. anzusehen ist oder nicht, interessiert nicht, denn nicht darauf kommt es für den Regreßprozeß an, was Rechtens ist — oder genauer gesagt kraft der Vorschrift des § 68 ZPO. als Rechtens gilt —, sondern einzig und allein darauf, wie der N. den Fall vor der Entsch.

und seine Interessen allein verwertbar sind, daß vielmehr die Partei, der er beigetreten ist, die ihr günstigen Erklärungen, die sie mit anhört, sich zu eigen machen kann. Richtig ist es auch, wenn das ArbG. München (K 566/29, 22. Nov. 1929, vgl. „ArbG.“ 1930, Spalte 97) bemerkt, daß die Unterstützung durch den Nebenintervenienten meist tatsächlich auf eine „Verbeistandung“ der Hauptpartei hinauslaufen werde. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß die Zulassung der Nebenintervention des beratenden Anwalts, dem durch Streitverkündung Schadensersatzansprüche angebrocht werden, dem Grundgedanken des § 11 ArbGG. widerspreche, der eine Unterstützung der Parteien durch N. nicht wolle. Denn es ist nicht richtig, daß den Parteien des Arbeitsgerichtsprozesses jede „Unterstützung“ durch N. verwehrt sein soll. Nur „als Prozeßbevollmächtigte und Beistände“ sollen sie nicht auftreten. Sonst können sich die Parteien für ihren Streit auch bei N., wie bei allen sonstigen Rechtsberatern, Rat einholen. Es ist ihnen nicht verwehrt, sich die Schriftsätze von N. anfertigen zu lassen und sie dann selbst zu unterschreiben und einzureichen. Das geschieht auch überaus oft. Es kommt vor, daß sogar Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften in schwierigen Rechtsfragen sich in solcher Weise unterstützen lassen.

Dazu kommt, daß der N. als Nebenintervenient auch prozeßual eine wesentlich andere Stellung einnimmt als die eines Prozeßbevollmächtigten (vgl. § 67 ZPO.). Überdies ist die Interventionswirkung von erheblicher Bedeutung. Nach § 68 ZPO. wird der Nebenintervenient im Verhältnis zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei. Das ist eine im Verhältnis von Hauptpartei und Streitgehilfen sogar auf die Urteilsgründe erstreckte, also erweiterte Rechtskraftwirkung (vgl. Baumbach, ZPO., § 68 Anm. 1, RG. 55, 239). Aus der Nebenintervention ergeben sich also Folgen, die die persönliche Vermögenslage des Nebenintervenienten

begutachtend beurteilen durfte. Man denke etwa an Fälle, deren Entsch. von der Stellungnahme zu einer der nicht ganz seltenen Fragen abhängt, bei denen die Instanzgerichte sich immer wieder dagegen sperren, der höchstgerichtlichen Rpr. zu folgen, z. B. zur Frage der Zulässigkeit gewisser Formen des sog. 1500-M-Vertrages oder der Zulässigkeit der Feststellungsklage anlässlich der Mietaufhebungsklage bei Werkwohnungen u. ä. Für die Frage, ob der N. in Fällen dieser Art die Partei ohne weiteres auf der Grundlage der reichsarbeitsgerichtlichen Rpr. beraten durfte oder auf die bestehenden Zweifel hinweisen mußte, ist es in der Tat völlig unerheblich, ob das in concreto mit der Sache befaßte Gericht pro oder contra N. entschieden hat. Die Beurteilung, die das Gericht dem Fall hat angeheben lassen, berührt also die Rechtslage des N. nicht.

Die einzige Verbindung, die zwischen dem Prozeß und der Rechtsbeziehung des N. zu seinem Mandanten besteht, ist die, daß, wenn der Mandant obliegt, ihm keine Kosten erwachsen, für die er den N. haftbar machen könnte, also ein Schadensfall nicht eintritt. Unter diesem Gesichtspunkte ist aber das Unterliegen der Partei, genauer das mit dem Unterliegen verbundene Kostenurteil, lediglich tatsächliches Ereignis. Zweifellos hat der N. ein Interesse daran, daß kein Ereignis eintritt, das für die Partei mit einer Aufwendung verbunden ist, für die er unter dem Gesichtspunkte unrichtiger Raterteilung haftbar gemacht werden könnte. Dieses Interesse ist aber kein anderes als z. B. das der UnfallVersGes. daran, daß der Versicherte keinen Unfall erleidet. Dieses Interesse, das sich lediglich auf den Eintritt oder Nichteintritt eines tatsächlichen Ereignisses bezieht, ist ein rein wirtschaftliches, es wird auch nicht dadurch zu einem rechtlichen, daß im konkreten Falle das Ereignis — vorliegend die Beurteilung der Partei in die Prozeßkosten — eine gerichtliche Entsch. ist, und ebensowenig dadurch, daß die fragliche Kostenentscheidung in einem Prozeß ergeht, in dem es sich im wesentlichen um die rechtliche Beurteilung desselben Tatbestandes handelt, um in dem zu gewärtigenden Regreßprozeß. Nicht der Obstieg der Partei, sondern lediglich die Verhinderung einer zu ihren Ungunsten ergangenen Kostenentscheidung als schadenverursachenden Ereignisses ist das, woran der Anwalt vorliegend interessiert ist. Ein solches wirtschaftliches Interesse kann nicht genügen, um die Nebenintervention zu eröffnen.

Dieser Satz muß übrigens für jeden Fall der Haftung für die Prozeßkosten eines anderen gelten: der Umstand, daß jemand einem anderen gegenüber die Finanzierung eines Prozesses i. S. einer Haftung für die ihm zur Last fallenden Prozeßkosten übernimmt, begründet für ihn nicht die Befugnis, sich nach § 66 ZPO. nunmehr als Nebenintervenienten zur Abwendung einer der Partei ungünstigen Kostenentscheidung an dem Prozeß aktiv zu beteiligen. Im Verhältnis zu ihm ist das im Prozeß ergehende Urteil keine Entsch., durch die seine materielle Rechtslage günstig oder ungünstig beeinflusst wird, sondern lediglich der Eintritt oder Nichteintritt des seine Haftung begründenden Ereignisses, versicherungstechnisch gesprochen, des Versicherungsfalles. Vom gegenteiligen Standpunkt wäre z. B. ein Verband, der seinen Mitgliedern für ihre Prozesse unentgeltlichen Rechtsschutz in der Form der Bestellung eines N. auf eigene Kosten gewährt, in der Lage, in allen diesen Prozessen als

in sehr erheblichem Maße unmittelbar betreffen können. Die Einrede schlechter Prozeßführung steht ihm nur in beschränktem Umfange zu (§ 68 ZPO. zweiter Satz).

Freilich darf die Möglichkeit der Nebenintervention nicht dazu mißbraucht werden, um den Ausschluß der *KL*. und geschäftsmäßigen Parteivertreter im § 11 ArbGG. zu umgehen und die damit verfolgte Absicht des Gesetzgebers zu vereiteln. Die bloße Tatsache, daß, wenn *KL*. als Nebenintervenienten einer oder vielleicht auch beiden Parteien beitreten, die ihnen dann mögliche „Unterstützung“ ihrer Partei im Ergebnis dieselbe Wirkung wie Prozeßbevollmächtigung oder Beistandschaft hat, kann allein für sich nicht genügen, um die Unzulässigkeit der Nebenintervention abzuleiten. Denn der Gesetzgeber, der doch den 3. Titel des 2. Abschnitts des 1. Buches der ZPO. kannte, hat sich eben nicht entschlossen, die Unterstützung der Arbeitsgerichtsprozessparteien durch *KL*. als Nebenintervenienten zu verbieten. Was für Rechtsanwälte gilt, gilt auch für die nach § 11 ArbGG. zur Prozeßbevollmächtigung und Beistandschaft zugelassenen Mitglieder und Angestellten wirtschaftlicher Vereinigungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern oder Verbänden solcher Vereinigungen, wenn diese — was nicht selten vorkommt — einem Nichtmitglied Rechtsrat erteilt haben. Auch diese würden nach § 11 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. ausgeschlossen sein, aber wenn ihnen Schadenersatzansprüche angedroht werden, in derselben Lage seien, wie die Beschw. in der vorliegenden Sache.

Daß der Beschw. in arglistiger Weise lediglich auf Umgehung des § 11 ArbGG. ausginge, kann nicht festgestellt werden. Aus der Tatsache, daß die von der Bekl. unterschriebenen Schriftsätze, insbes. auch der Streitverkündungsschriftsatz Bl. 14 d. A., in der Schreibstube des beschwerdeführenden *KL*. hergestellt sind, kann das noch nicht gefolgert werden. Denn im ArbGG. ist nicht verboten, daß sich die Parteien ihre Schriftsätze durch *KL*. machen lassen. Dazu kommt, daß es für einen *KL*. ein überaus schwerer Vorwurf standeswidrigen Verhaltens bedeuten würde, der zu disziplinarischer Ahndung durch die Ständesorganisation Anlaß geben müßte, wenn ihm nachgewiesen werden könnte, daß er auf Umgehung des Gesetzes (Handeln in fraudem legis) ausging.

(ArbGG. Leipzig, Beschl. v. 18. Sept. 1930, BC 20/30 Nr. 1.)

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Bericht von Reichsfinanzrat Dr. Voethke, Reichsfinanzrat Artt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

1. §§ 11, 16 EinkStG. Zustiezen von wiederkehrenden Bezügen und von Prozeßzinsen bei verzögerter Auszahlung des verurteilten Schuldners. Prozeßkosten und Vorschüsse.

Der Pflichtige hatte wiederkehrende Bezüge von seinem Bruder zu fordern. Im Juli 1926 wurde der Bruder zur Zahlung von über 6000 *RM* für die Zeit vom 1. Jan. 1923 bis 31. Dez. 1925 nebst 3% Prozeßzinsen verurteilt, zahlte aber 1926 nur 4000 *RM*, den Rest später. Für 1926 gab der Pflichtige 1000 *RM* Einkommen an, daß den Überchuß der Zahlung von 4000 *RM* über die Prozeß-

Nebenintervenient mitzuwirken und auf sie sachlichen Einfluß zu nehmen — ein m. E. praktisch ganz unannehmbares Ergebnis.

Ob die Nebenintervention durch eine Streitverkündung veranlaßt war oder nicht, ist für die Frage ihrer Zulässigkeit ohne Belang. Vom Standpunkt der vorstehenden Darlegungen waren übrigens vorliegend die Voraussetzungen einer wirksamen Streitverkündung ebenso wenig gegeben wie die der Nebenintervention; denn ob dem Mandanten ein Regressanspruch gegen den *KL*. zusteht, hängt, wie dargelegt, nicht davon ab, ob das zwischen ihm und dem Prozeßgegner streitige Rechtsverhältnis in diesem oder jenem Sinne entschieden wird. Wenn das *RG*. verschiedentlich (bes. *RG*. 102, 276) als Angabe des Interventionsinteresses (§ 70 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.) die Verweisung auf eine an den Nebenintervenienten ergangene Streitverkündung als ausreichend bezeichnet hat, so beschränkt sich dieser Satz selbstverständlich nur auf die Frage, ob bei der Beitritts-erklärung dem Formalerfordernis des § 70 Abs. 1 Nr. 2 genügt ist. Ob die Nebenintervention zulässig ist, bestimmt sich allein nach dem vorhandenen oder nicht vorhandenen rechtlichen Interesse i. S. des § 66 ZPO.: wo es nicht vorhanden ist, wird es auch durch eine Streitverkündung — die ja einer selbständigen Prüfung in dem Prozeß, in dem sie erfolgt, überhaupt nicht unterzogen werden kann (vgl. Stein¹⁴, § 72 V) — nicht geschaffen. Wird der auf Grund einer Streitverkündung beigetretene Nebenintervenient nach § 71 ZPO. zurückgewiesen, so ist damit klargestellt, daß auch der Streitverkündung keinerlei Wirkung zukommt (vgl. Stein¹⁴, § 74 R. 9).

Im Gegensatz zu dem *ArbGG*. Leipzig komme ich nach alledem

unkosten darstellte. Das *FinA*. zog die ganzen 4000 *RM* zur Steuer heran. Das *FinGer*. verböhrte; es rechnete den 1926 noch nicht gezahlten Rest 2000 *RM* sowie die Prozeßzinsen für 1926 hinzu, und zwar mit der Begründung, es handle sich um „wiederkehrende Bezüge“, die nach § 11 bereits 1926 fällig und auch beitreibar gewesen seien.

1. Handelt es sich hiernach vorliegendenfalls um wiederkehrende Bezüge nach § 40, so gilt für die Frage, in welchem Abschnitte sie zur Steuer heranzuziehen sind, § 11 Abs. 1, d. h. maßgebend ist der Zeitpunkt, in welchem sie „zugelassen“ oder „fällig“ geworden sind. Nach der *MSpr.* des Senats kommt es in erster Linie auf das tatsächliche Zustiezen an. Die Fälligkeit, die im wirtschaftlichen, nicht im bürgerlich-rechtlichen Sinne auszulegen ist (*RS*. 24, 272), steht dem Zustiezen nur dann gleich, wenn mit dem alsbaldigen Eingang gerechnet werden kann, das Gut also alsbald wirklich zur Verfügung steht (*StW*. 1930 Nr. 344; Becker: *StW*. 1926, 1047 ff.). Das ist der Fall, wenn die fälligen Gelder usw. beim zahlungsfähigen und zahlungswilligen Schuldner bereitliegen und der Gläubiger lediglich irgendwie die alsbaldige Einziehung verzögert oder die Gelder abgefordert, aber noch nicht eingetroffen sind. Sobald aber der Gläubiger mit einem alsbaldigen glatten Eingang nicht rechnen kann, wäre es mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht vereinbar, der Gläubiger wider seinen Willen mit einer Steuer zu belasten, ohne daß ihm das Gut, aus dem er einen Teil als Steuer abführen soll, zur Verfügung steht.

2. Der Beschw. beanstandet weiter die Nichtabsetzung von 315 *RM* Prozeßkostenvorschuß. Es kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob Prozeßkosten hier zu den Werbungskosten zu rechnen wären. Es handelt sich nicht um eine ihn endgültig belastende Ausgabe, sondern nur um einen Vorschuß, von dem nach kurzer Zeit, ebenfalls noch im Steuerabschnitte, feststand, daß er ihn zurückerstattet verlangen konnte. Es geht nicht an, die Vorschüsse zwar als Ausgaben abzusetzen, die Rückerstattung aber nicht als Einnahme zu behandeln. Wollte man daher dem Begehren auf Absetzung der 315 *RM* stattgeben, so wären andererseits die ihm 1926 erstatteten 1612 *RM* als Einnahme zu behandeln, während deren Vorauszahlung früheren Jahren zur Last hätte fallen müssen. Eine solche im Ergebnis für ihn ungünstige Behandlung der Vorschüsse und Erstattungen wollte der Beschw. keineswegs.

(*RS*., Urt. v. 15. Mai 1930, VI A 981/29.)

2. §§ 7 Abs. 2 Nr. 1, 11 Abs. 1, 24, 12 Abs. 1 Satz 3, 35 EinkStG.; § 46 Abs. 2—4 DurchfVest. z. UmfStG. Bayerischer Notar. *St*- oder *Soll*einnahmen zu versteuern. Abzugsfähigkeit der Beiträge zur „Notariatskasse“.

Streitig ist, ob der beschw. Ehemann als bay. Notar die *St*einnahmen versteuern darf. Er verlangt es für 1926. Die Behörden verweigern es unter Hinweis darauf, daß er landesrechtlich zur *Soll*buchführung verpflichtet sei. Die Versteuerung der *Soll*einnahmen entspreche auch dem § 12 EinkStG., ein Bestandsvergleich nach § 12 Abs. 1 Satz 3 könne nicht in Frage kommen, weil Forderungen nicht in den Bestandsvergleich gehörten.

Die *RV*eschw. ist begründet.

Nicht zweifelhaft kann sein, daß auch der bay. Notar, trotzdem er beamtet ist, in seinen Gebühren Einkünfte aus freiem Beruf (§ 35 EinkStG.) bezieht, mithin hinsichtlich der Berechnung des Einkommens daraus unter § 7 Abs. 1, § 12 EinkStG. fällt (vgl. hierzu die Entsch. des Sen. VI A 1694/30 S. v. 5. Nov. 1930, betr. den beamteten preuß.-rhein. Notar).

dazu, vorliegend die Zulässigkeit der Nebenintervention zu verneinen. Die Frage, ob die Streitverkündung und der Beitritt unter dem Gesichtspunkt mangelnder Ernstlichkeit oder eines in-fraudem-legis-Handelns zu beanstanden waren, scheidet vom Standpunkt dieser Auffassung aus. Bei der weitgehenden grundsätzlichen Bedeutung der Frage möchte ich aber nicht verschweigen, daß mir auch in diesem Punkte die Ausführungen des *ArbGG*. Leipzig bedenklich erscheinen. Man vergegenwärtige sich den Fall: ein Geschäftsmann führt vor dem *ArbGG*. einen Prozeß um ein ziemlich geringfügiges Objekt, bei dem die Kosten, die er beim Verlust riskiert, einen ganz unbedeutenden Betrag ausmachen; noch ehe der Prozeß entschieden ist, droht er dem beratenden *KL*. im Wege der Streitverkündung an, ihn im Falle des Unterliegens wegen eben dieser Prozeßkosten in Anspruch zu nehmen, und erhebt damit gegen ihn inzidenter bedingt den Vorwurf der Fahrlässigkeit. Die einzige Antwort, die ein *KL*. darauf geben kann, scheint mir offengestanden die sofortige Kündigung des Mandats! Wenn vorliegend der *KL*. nicht nur hiervon absieht, sondern bei der Streitverkündung sogar insofern aktiv mitwirkt, als er dem Mandanten die Streitverkündungsschrift fertigt, so läßt sich dies m. E. eben nicht anders deuten als dahin, daß er von der Nichternstlichkeit des Vorgehens seines Mandanten überzeugt ist. Damit wäre aber für das Gericht ohne weiteres die Schlußfolgerung gegeben, daß hier die Nebenintervention nicht der Abwehr künftiger Regressansprüche, sondern eben einem anderen Zwecke dienen sollte!

Mind. Dr. Jonas, Berlin.

Was die materielle Streitfrage anlangt, so hat der Senat in dem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmten Ur. VI A 863/28 v. 17. Dez. 1930 dargelegt, daß unter den Einnahmen und Ausgaben i. S. des § 12 Abs. 1 Satz 3 grundsätzlich nur die tatsächlichen (Zit-) Einnahmen und Ausgaben zu verstehen sind. Die Forderungen und Schulden gehören ohne Rücksicht auf ihre Fälligkeit in den bei Satz 3 wegfallenden Bestandsvergleich. Das entspricht sowohl den Grundsätzen der allgemeinen Auslegung des § 12 EinkStG. (vgl. Becker, Dem. 13 und 14 zu § 12; ferner Entsch. des RFG. 20, 244) als auch dem Zwecke möglicher Vereinfachung, den § 12 Abs. 1 Satz 3 besonders verfolgt (vgl. Wangerow: DStBl. 1930, insbes. Sp. 616 ff.). Es sollte zudem die rechtliche Zulässigkeit der Besteuerung gerade nur der Einnahmen und -ausgaben bei RM. und ähnlichen Berufen durch § 11 Abs. 2 EinkStG. besonders betont werden (vgl. dazu die Begr. z. Gesetzentw. S. 44; auch Becker, Dem. 12 zu § 12). § 11 Abs. 1, 4 EinkStG. kommt demgegenüber nicht zu Raum. Es ist deshalb nicht zu bezweifeln, daß ein Notar, dessen Tätigkeit, wie hier, nicht über den Rahmen des § 12 Abs. 1 Satz 3 hinausgeht, nicht gezwungen werden kann, seine laufenden Forderungen und Schulden zu Beginn und am Ende des Steuerabschnitts bei der Gewinnermittlung zu berücksichtigen. Eine andere Frage ist, ob er sie berücksichtigen darf. Sie ist zu bejahen (vgl. das schon erwähnte Ur. VI A 863/28; ferner StW. 1928 Nr. 233); die Frage ist aber hier ohne entscheidende Bedeutung. Die rechtlichen Ausführungen der Vorbehörde zu § 12 EinkStG. sind jedenfalls rechtmäßig. Daraus, daß der Beschw. wegen der landesrechtlichen Notariatsabgaben verpflichtet ist, die anfallenden Gebühren usw. sofort zu vermerken und diese Abgaben regelmäßig nach dem Gebührenfoll berechnet werden, kann noch nicht geschlossen werden, daß der Beschw. einen gleichgerichteten Willen hinsichtlich der Einkommensbesteuerung haben müsse. Das kann um so weniger gelten, als nach den landesrechtlichen Bestimmungen offenbar das Soll bis zum Nachweis der Uneinbringlichkeit im einzelnen Falle maßgebend bleibt, während nicht zu bezweifeln ist, daß selbst bei Anwendung des § 11 Abs. 1 EinkStG. schon die Unsicherheit des Einganges einer fälligen Forderung gestattet, sie nicht mehr als Einnahme des Jahres der Fälligkeit zu betrachten. Wollte man also selbst § 12 Abs. 1 Satz 3 aus § 11 Abs. 1, 4 heraus ergänzen, so bliebe auch dann noch dem Beschw. die Befugnis, nach Reichsrecht die zweifelhaften Forderungen unberücksichtigt zu lassen, während er sie nach den landesrechtlichen Anordnungen noch mitberücksichtigen muß. Es können schon aus diesem Grunde die landesrechtlichen Anordnungen nicht etwa als bindende Willensäußerung über die Art der Einkommensberechnung gelten.

Man kann im vorliegenden Falle auch nicht einwenden, der Beschw. habe durch Duldung der Besteuerung nach Solleinnahmen i. Z. 1925 hinreichend seinen Willen bekundet, auch die fälligen Forderungen und Schulden auszuweisen; daran sei er auch für die Folge gebunden. Der Senat hat in der Entsch. VI A 863/28 betont, daß der Steuerpfl. in seinem Verhalten nicht willkürlich wechseln darf. Von einer Willkür des Pflichtigen kann aber hier nach der Aktenlage nicht gesprochen werden, da er sich offenbar erst zu einer Zeit, als die Veranlagung für 1925 nicht mehr anfechtbar war, über die praktischen Auswirkungen der Besteuerung des Solls nach Landesrecht ein klares Bild gemacht hat.

Die Vorents. ist deshalb aufzuheben und die nicht spruchreife Sache an die Vorbehörde zurückzuverweisen, die unter Beachtung des Vorstehenden in erneute Prüfung der Einkommensberechnung einzutreten haben wird. Es sei bemerkt, daß bei zulässigem Übergang von der Soll- zur Fixsteuerung und umgekehrt zur Vermehrung doppelter Berücksichtigung oder völliger Nichtberücksichtigung von Einnahmen und Ausgaben ähnliche Grundsätze zu gelten haben, wie sie z. B. das Umsatzsteuerrecht bei Übergang von der Zit- zur Sollbesteuerung in § 46 Abs. 2-4 DurchfBest. z. UmsStG. vorsteht. Es zeigt sich hierbei, daß auch außerhalb des § 13 EinkStG. (Bilanzidentität) die einzelnen Steuerabschnitte nicht völlig selbständig und starr in sich abgeschlossen sind, daß es vielmehr gerade bei der Frage, ob etwas vereinnahmt oder verausgabt ist, auf die tatsächliche Behandlung des Vorgangs in früheren Steuerabschnitten ankommen kann (vgl. auch Becker: StW. 1926, Sp. 1059 ff. und Dem. 10 zu § 11 EinkStG.).

Zm übrigen werden nunmehr auch die Ausgaben dem Wechsel der Besteuerungsart entsprechend grundsätzlich nur mit ihrem tatsächlichen Betrage zu berücksichtigen sein.

Die Vorbehörde wird ferner noch Gelegenheit zu nehmen haben, den Ausgabeposten „Beiträge zur Notariatskasse“ daraufhin zu prüfen, ob er in vollem Umfang abzugsfähig ist. Der Senat hat bereits für die bay. Ärzte im Ur. VI A 1397/30 v. 28. Aug. 1930 ausgesprochen, daß Beiträge, die die spätere Versorgung des Pflichtigen und seiner Familie betr., auch wenn sie auf gesetzlichem Zwange beruhen, keine beruflichen Werbungskosten bilden. Gleiches hat auch bei Notaren für die Beiträge zur Notariatskasse zu gelten, soweit sie nach näherer landesrechtlicher Anordnung dazu bestimmt sind, die der Versorgung der Notare und ihrer Angehörigen dienenden Pensionsvereine zu speisen.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 17. Dez. 1930, VI A 1616/29.)

3. Zu § 3 Nr. 5 UmsStG. 4)

Die seit dem 1. Jan. 1925 in Geltung befindliche Befreiungsvorschrift¹⁾ hat zwar ihren Entstehungsgrund in der damaligen wirtschaftlichen Notlage der in ihr genannten Kreise. Der Gedanke der Steuerbefreiung aus diesem Grunde persönlicher Art hat jedoch in der Befreiungsvorschrift unvollkommenen Ausdruck gefunden; denn das Gesetz macht die Anwendung der Befreiungsvorschrift von einem Umstand abhängig, der mit der Frage der persönlichen Leistungsfähigkeit nicht immer zu tun hat, indem es seine Anwendung darauf abstellt, daß die betreffende Person keinen „steuerpflichtigen Umsatz“ von mehr als 6000 RM gehabt hat. Die Befreiungsvorschrift findet daher keine Anwendung auf einen Künstler, dessen Einnahmen aus seiner künstlerischen Tätigkeit auf einer einzigen Einkommensquelle — und ebenso wenig auf einen RM., dessen einzige Einnahmen aus Praxis und schriftstellerischer Betätigung — 6000 RM auch nur um ein Geringes übersteigen, während andererseits z. B. ein Kapitalist oder ein hochbezahlter industrieller Angestellter, die neben ihrem Kapitaleinkommen oder Gehalt (die der Umsatzsteuer nicht unterliegen, also keinen steuerpflichtigen Umsatz darstellen) bis 6000 RM Einnahmen aus Schriftstellerei usw. haben, hiernit steuerfrei bleiben. Somit kann die Anwendung der Befreiungsvorschrift, so wie sie Gesetz geworden ist, nicht auf die Frage der persönlichen Leistungsfähigkeit, sondern nur auf die Höhe des steuerpflichtigen Umsatzes abgestellt werden. Das führt im Streitfall dazu, die Befreiungsvorschrift auf den Beschw. für anwendbar zu erklären.

Die Anwaltsgemeinschaft, die nicht lediglich eine innere Bürogemeinschaft ist, sondern nach außen erkennbar als Anwalts-gemeinschaft auftritt, gilt im Erwerbsteuerrecht als besonderes Steuersubjekt, wie jede im Erwerbsteuern auftretende Personenvereinigung. Daß es sich im Streitfall um eine solche als Anwalts-gemeinschaft auftretende Gemeinschaft handelt, wird dadurch bestätigt, daß diese Anwalts-gemeinschaft als solche mit den Einnahmen der gemeinsamen Anwaltspraxis zur Umsatzsteuer herangezogen worden ist. Es geht daher nicht an, den Umsatz dieser Anwalts-gemeinschaft — als eines anderen Steuersubjekts — dem Beschw. anteilsmäßig zuzurechnen. Die Unstimmigkeit, die darin liegt, daß hiernach der Anwalt mit Einzelpraxis bei Anwendung des § 3 Nr. 5 UmsStG. anders behandelt wird als der in einer Anwalts-gemeinschaft arbeitende Berufsgenosse, ergibt sich aus dem

Zu 3. Der Tatbestand, der sich nicht ganz deutlich aus dem Urteil ergibt, ist folgender: Die A. und B. betreiben den Anwaltsberuf gemeinschaftlich; der Sozjus A. ist außerdem als juristischer Schriftsteller tätig.

Beide Tätigkeiten sind beruflich und daher steuerpflichtig; die schriftstellerische Tätigkeit ist nach § 3 Ziff. 5 steuerfrei, wenn die steuerpflichtigen Umsätze 6000 RM (seit dem Gef. v. 15. April 1930: RM. I, 137, 18 000 RM.) nicht übersteigen. Wäre A. Einzelanwalt, so würden die Entgelte aus schriftstellerischer Tätigkeit, auch wenn sie 6000 RM (18 000 RM.) übersteigen, zu versteuern sein, denn als Gesamtentgelte aus beruflicher Tätigkeit liegen über der Freigrenze. Bei der Sozietät aber liegt die Sache anders: Steuerpflichtig mit den Entgelten aus der Anwaltspraxis ist „die Sozietät A., B.“ A. selbst hat nur steuerpflichtige Entgelte aus schriftstellerischer Tätigkeit und bleibt steuerfrei, da diese 6000 RM (18 000 RM.) nicht übersteigen. Ein nicht voll befriedigendes Ergebnis, für welches der RFG. die Fassung der Befreiungsbestimmung verantwortlich macht.

Bei der preuß. Gewerbesteuer ist die Sache ähnlich. Hier liegen zwei getrennte Betriebe vor, von denen ein jeder für sich steuerpflichtig ist. A. ist mit seiner schriftstellerischen Tätigkeit steuerfrei, da auch hier eine Freigrenze von 6000 RM besteht. Würden die Entgelte der Sozietät 25 000 RM., die Entgelte A. als Schriftsteller 10 000 RM. betragen, so wäre hiernach zu rechnen:

1. Sozietät A B:	Gesamtertrag	25 000 RM	
	Freigrenze (zweifelhaft)	12 000 "	
	steuerpflichtig	13 000 RM	
	Steuergrundbetrag	219,50	
	bei 500% Zuschlag		1 097,50 RM
2. Schriftstellerei A:	Gesamtertrag	10 000 RM	
	frei	6 000 "	
	steuerpflichtig	4 000 RM	
	Steuergrundbetrag	39,50	
	bei 500% Zuschlag		1 97,50 "
			1 295,00 RM

Sierbei ist angenommen, daß entsprechend der im Anwaltsblatt 1931 S. 88 abgedr. Entsch. des Gewerbesteuer-Berufungsausschusses Berlin die Freigrenze 6000 RM für jeden Sozjus beträgt. RM. Dr. Paul Marcuse, Berlin.

1) Mit Wirkung ab 1. April 1930 ist die Freigrenze auf 18 000 RM erhöht.

Weisen der Umsatzsteuer, mit dem subjektive Steuerbefreiungen kaum verträglich sind (vgl. auch Koch: DStZ. 1928, 196 ff.).

(RFG., Ur. v. 13. Febr. 1931 u. 9. März 1931, AZ V A 1133/30 S.)
Mitgeteilt von H. Alfred Karger, Berlin.

Reichsversicherungsamt.

Bericht von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor
Kerling, 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. (GVM.), abgedruckt.]

1. § 78 Abs. 1 RKnappfchG. Eine Unterbrechung der
sechsmonatigen Frist, die vielleicht nicht anzurechnen wäre
(E. 3500 NachrRVerf. 1929, IV, 320, GVM. 25, 244 Nr. 103²),
kommt dann nicht in Frage, wenn eine Krankheitszeit am
Ende der sechsmonatigen Frist liegt, so daß die Arbeit
überhaupt nicht wieder aufgenommen wird. †)

(RVerfA., 2. RevSen. [KnappfchSen.], Ur. v. 4. Dez. 1930, IIIa
Kn 620/30².) [R.]

*

1) JW. 1930, 1626³².

Zu 1. Die Pensionsversicherung der Arbeiter in knappschaftlich
versicherten Betrieben (§§ 28 ff. RKnappfchG. i. b. Fass. vom
1. Juli 1926, RGM. I, 369, äußert sich wie die Invaliden- und
Angestelltenversicherung zunächst „auf Seiten des Versicherten in der
bloßen Aussicht auf Erlangung der Rente bei Eintritt des Versiche-
rungsfalles, auf Seiten des Versicherungsträgers in der Möglichkeit
einer Belastung“. Mitglieder der Pensionskassen, die, ohne berufs-
unfähig zu sein, aus der Versicherung ausscheiden, sind berechtigt,
sich weiter zu versichern oder sich das Recht auf die bis zum Tage
des Ausscheidens erworbenen Ansprüche aus der Pensionsversicherung
durch Zahlung einer Anerkennungsgeldgebühr zu erhalten (§§ 77, 76
a. a. D.), andernfalls erlöschen die Ansprüche. InvVerfG., Ang-
VerfG. und RKnappfchG. kennen ein Wiederaufleben erloschener
Anwartschaften unter sehr verschiedenen Bedingungen. Während die
Invalidenversicherung dafür mindestens 200 Beitragswochen (§ 1283
RWD.), die Angestelltenversicherung 24 oder 48 Beitragsmonate (§ 55
Abs. 2 AngVerfG.) voraussetzt, bestimmt § 78 Abs. 1 RKnappfchG.:
„Wird ein früheres Mitglied der Pensionskassen der Reichsknapp-
schaft oder eines früheren deutschen Knappschaftsvereins wieder ver-
sicherungspflichtig in einem knappschaftlich versicherten Betrieb, so
leben seine früheren Ansprüche einschließlich der für die Zeit vom
1. Januar 1924 erworbenen Ansprüche aus der Pensionsversicherung
nach sechsmonatiger Mitgliedschaft wieder auf.“ Die Frage, ob diese
kurze Frist Unterbrechungen verträglich ist, ist naturgemäß bei den erheb-
lichen Rechten, die die Pensionsversicherung ihren Mitgliedern ge-
währt, von großer wirtschaftlicher Tragweite. Eine richtig verstandene
soziale Rechtspredung, die dem wirtschaftlich Schwachen das gewährt,
was das Gesetz zu seinem Schutze verordnet, aber auch die Belange
des Versicherungsträgers berücksichtigt, der große Mittel gewissen-
haft zum Schutze der Allgemeinheit zu verwalten hat, wird Unter-
schiede machen müssen. Vorübergehende, kurze Unterbrechungen in-
folge Krankheit, Urlaub oder anderer besonderer Umstände hindern
m. E. die „Mitgliedschaft“ bei der knappschaftlichen Pensionsver-
sicherung und den Weiterlauf der Frist nicht. Das RVerfA. hat das in
der Entsch. v. 2. Mai 1929 (JW. 1930, 1626³² = NachrRVerf.
1929 IV, 320) dahingestellt sein lassen, obwohl bei einer Erkrankung
des Versicherten unter Fortdauer des Dienstverhältnisses die Mit-
gliedschaft weiter besteht und nur die Verpflichtung zur Zahlung der
Beiträge bei Weiterbezug von Lohn oder Gehalt fortfällt (§ 106
RKnappfchG.). Rechtsgrundfähig ist nämlich schon in der RevEntsch.
v. 8. Juni 1928 (NachrRVerf. 1928, IV, 343) ausgesprochen, daß
nach § 78 Abs. 1 a. a. D. für das Wiederaufleben früherer Rechte eine
ununterbrochene sechsmonatige Pensionskassenmitgliedschaft auf
Grund versicherungspflichtiger Beschäftigung erforderlich ist. In dem
damals entschiedenen Falle war der M. vom 1. Jan. 1882 bis Ende
Juli 1904 Pensionskassenmitglied gewesen und hatte nach seinem
Ausscheiden aus der Pensionskasse Anerkennungsgeldgebühren nicht ge-
zahlt. Vom 24. bis 27. Sept. 1926 und vom 16. Dez. 1926 bis
8. Juni 1927 arbeitete er als Halbenarbeiter in einem knappschaft-
lich versicherten Betriebe. Sein am 12. Juni 1927 gestellter Antrag
auf Gewährung der Invalidenpension wurde vom RVerfA. in Über-
einstimmung mit der Knappschaft, entgegen dem Antrag des RVerfA.,
abgelehnt, da keine der angeführten Mitgliedschaften die Dauer
von sechs Monaten erreichte und nicht einmal ihre Zusammenrechnung
sechs Monate ergeben würde. Zutreffend hebt das RVerfA. bei dieser
Sachlage hervor: „Eine Zusammenrechnung der verschiedenen, durch

2. § 1802 RWD. Das Vorhandensein von Mutwillen
i. S. dieser Vorschrift ist beim Mangel anderer dieser
Vermutung unterstehender Tatsachen nicht schon dann
gegeben, wenn im oder im Anschluß an das Urteil des
Knappschafts-Oberberufungsamts im Wege der Rechts-
belehrung gesagt ist, daß gegen dieses Urteil die Revision
nach den gesetzlichen Vorschriften ausgeschlossen sei.

(RVerfA., 2. RevSen. [KnappfchSen.], Ur. v. 18. Dez. 1930,
IIIa Kn 1014/30².) [R.]

Reichsversorgungsgesetz.

Bericht von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

*** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichs-
versorgungsgesetzes abgedruckt.]

1. Auf die Rechtskraft eines unter der Herrschaft
des RVerfjG. ergangenen, Versorgung ablehnenden
Bescheides nach dem MannVerfG. kann sich der Fiskus
nicht berufen, wenn der Beschädigte unter den Personen-
kreis des § 96 RVerfjG. fällt.

(RVerfjG., Ur. v. 14. Mai 1930, PS Nr. 261/29, 12.)

Berichtigung.

JW. 1931, 963 ist der zweite Absatz der Anmerkung zu 7
durch nachstehenden Zusatz zu ergänzen: „Endlich wäre zu unter-
suchen, ob nicht die einzelnen Güter, um die erforderliche Anzahl von
Marken zu bekommen, mehr Getränke bestellt haben, als sie ohne
die Gewinnaussicht bestellt haben würden; in diesem Fall könnte ihr
Einsatz in dem Kaufpreis für die mehrbestellten Waren gefunden
werden können.“

einen Zeitraum von fast zwei (richtig drei) Monaten getrennter Mit-
gliedszeiten im übrigen auch nicht zulässig. Die sechsmonatige
Frist des § 78 Abs. 1 ist ebenso wie die gleiche Frist des § 48 Abs. 1
RKnappfchG. a. F. und wie die einjährigen Fristen der entsprechen-
den früheren Vorschriften (§ 172 e Abs. 3 AngVerfG. i. b. Fass. vom
19. Juni 1906 und § 34 PrKnappfchG.) als eine Art Bewährungs-
frist für den Nachweis der Fähigkeit zu dauernder
Verrichtung knappschaftlich versicherungspflichtiger
Arbeit gedacht. — Die dem Zwecke der Vorschrift entsprechend kann
nur eine „ununterbrochene sechsmonatige Mitgliedschaft auf Grund
versicherungspflichtiger Beschäftigung als geeignet angesehen werden,
die erloschene früheren Anwartschaften zum Wiederaufleben zu
bringen.“ Dementsprechend hat das RVerfA. in der oben erwähnten
RevEntsch. v. 2. Mai 1929 angenommen, daß eine ununterbrochene
Krankheitszeit von 7 Wochen auf die sechsmonatige Mitgliedschaft
nicht angerechnet werden kann, obwohl das Arbeitsverhältnis während
der Erkrankung nicht aufgelöst worden war — auch in diesem Falle
gewiß mit Recht —, weil mit der RevEntsch. v. 8. Juni 1928 nach
der Entstehungsgeschichte grundsätzlich davon auszugehen sei, daß nur
eine mit tatsächlicher Arbeit verbundene Mitgliedschaft zum Wiederauf-
leben erloschener Anwartschaften genüge, da erst nach längerer
tatsächlicher Arbeit angenommen werden könne, daß der wieder in
die Pensionskasse Eintretende auch wirklich die Absicht — und, wie
man hinzufügen muß, auch die Fähigkeit — habe, Vergarbeiter zu
bleiben. In dem Falle handelte es sich um einen 60 Jahre alten
Arbeiter, der von 1886 bis 1915 versichert gewesen war, am 11. Juni
1927 die Tätigkeit in einem knappschaftlich versicherten Betriebe er-
neut aufnahm, aber vom 25. Nov. 1927 bis 15. Jan. 1928 krank
feiern mußte, vom 16. Jan. bis 28. Febr. 1928 in demselben Ar-
beitsverhältnisse wieder tätig war und am 1. März 1928, seitdem
unstreitig berufsunfähig, endgültig abkehrte. Zweifelhafter lag der
Fall der oben mitgeteilten Entsch. v. 4. Dez. 1930. Hier erhoben
Witwe und Kinder eines bergmännischen Arbeiters Pensionsansprüche,
dessen Anwartschaft und Pensionskassenmitgliedschaft am 12. Mai 1922
erloschen waren, der am 2. April 1928 die bergmännische Tätigkeit
wieder aufnahm, sie bis zum 26. Sept. 1928 verrichtete und dann
erkrankte, ohne wieder gesund zu werden. Der Beginn der Krank-
heit stellte also gleichzeitig die Beendigung der weniger als 6 Monate
dauernden knappschaftlich versicherungspflichtigen Arbeit dar. Das
RVerfA. verneinte das Vorliegen der Bedingung des § 78 Abs. 1,
weil der Versicherte schon vor Ablauf der sechsmonatigen Mit-
gliedschaft so krank und berufsunfähig geworden war, daß er seine
knappschaftlich versicherungspflichtige Arbeit für immer aufgeben
musste. Obwohl nur sechs Tage an der sechsmonatigen Frist fehlten,
wird man der Entsch. des RVerfA. beitreten müssen, da von einer
kurzen, anrechnungsfähigen Unterbrechung der Tätigkeit nicht wohl
die Rede sein kann, wenn der Versicherte vor Ablauf der Frist end-
gültig berufsunfähig wird. DStPräs. i. R. Dr. Levin, Berlin.

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