

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Hermann Vosz, Berlin.

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

Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63 673.

Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217.

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 21 Pf., für den Stellenmarkt 15 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 300.—, $\frac{1}{2}$ Seite M. 155.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 80.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsschritt zu Trennungsschritt gerechnet. Bei Zifferanzeigen kommen noch 60 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63 673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Berlin W 62, Maaßenstr. 5, Zahlungen auf Postfachkonto Berlin 55 445 zu richten.

Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 5 erbeten.

Rechtsfragen zum 1. Mai.

Von Landgerichtsdirektor Dr. Schwent, Görlitz.

Durch das Gesetz v. 10. April 1933 (RGBl. I, 191) ist der 1. Mai zum Feiertag der nationalen Arbeit erhoben; auf ihn finden die für den Neujahrstag geltenden gesetzlichen Bestimmungen Anwendung (§ 2). Er ist somit „gesetzlicher Feiertag“. Für ihn gilt das Verbot der Sonntagsarbeit, Beschäftigung von Arbeitnehmern ist also an diesem Tage nur in den gesetzlich zugelassenen Ausnahmefällen statthaft (§§ 105 a—105 i GewO.; WD. v. 5. Febr. 1919 [RGBl. 176]; § 8 Abs. 2 ArbZGD.).

Fällt der 1. Mai — wie dieses Jahr — auf einen Wochentag, so erhebt sich die Frage nach der Bezahlung der ausfallenden Arbeitszeit. Diese Frage ist nicht neu; sie hat schon früher wegen der anderen, in die Woche fallenden Festtage (Himmelfahrt, 2. Oster- und Pfingsttag u. a.) zur Erörterung gestanden, wenn es an einer klaren, vertraglichen Regelung (durch Tarif, Arbeitsordnung oder Einzelarbeitsvertrag) fehlte. Dabei waren (und sind) dort zwei Unterfälle zu unterscheiden:

1. Der Arbeitnehmer erhält Pauschalvergütung für gewisse längere Zeitabschnitte (Jahres-, Monatsgehalt, Wochenlohn);

2. er steht in Tage- oder Stundenlohn.

Im ersten Falle handelt es sich darum, ob der Arbeitgeber für den Wochenfeiertag von der Pauschalvergütung einen Abzug machen darf; diese Frage wird bei Jahres- und Monatsgehalt verneint, bei Wochenlohn wohl überwiegend bejaht (so RArbG. 358/29 v. 1. Febr. 1930: BenschSamml. 8, 187; RArbG. Görlitz, 6 S Arb 82/29 v. 17. Okt. 1929; ArbMspr. 30, 19; verneinend RArbG. Berlin, 105 S 1439/30 v. 18. Juli 1930: ArbMspr. 327). Bei Tage- und Stundenlöhnen handelt es sich nicht um einen Abzug vom vereinbarten Lohn, sondern um eine besondere Entschädigung für den Arbeitsausfall; sie steht dem Arbeitnehmer nicht zu (RArbG. 496/30 v. 6. Mai 1931: BenschSamml. 12, 70).

So die Rechtslage im allgemeinen. Für den 1. Mai nun trifft die WD. v. 20. April 1933 (RGBl. I, 212), deren Rechtsgültigkeit nach § 2 S. 2 Ges. v. 10. April 1933 außer Frage steht, eine Sonderregelung. Ihr Kernpunkt ist, daß der Ausfall von Arbeitszeit infolge des Nationalfeiertages dem Arbeitnehmer keinen Nachteil bringen soll, wobei aller-

dings gegenteilige tarifliche Bestimmungen in gewissem Ausmaße aufrechterhalten werden.

Die WD. beschränkt sich auf die Fälle, in denen „infolge des Feiertags“ Arbeitszeit ausfällt. Sie kommt also nicht zur Anwendung, wenn:

1. am 1. Mai (zulässiger- oder unzulässigerweise) gearbeitet wird

oder

2. die Arbeit zwar ausfällt, der Ausfall seinen Grund aber nicht in dem Feiertage hat.

Zu 1: Wird am 1. Mai gearbeitet, so erhält der Tage- und Stundenlöhner den ihm vertraglich für Festtagsarbeit zustehenden Lohn. Bei Pauschalvergütung für längere Zeiträume (Wochen und mehr) findet eine besondere Abgeltung des Nationalfeiertages nur insoweit statt, wie dies vertraglich (durch Tarif, Arbeitsordnung oder Einzelvertrag) für Wochenfeiertage vorgeesehen ist. Ein Wochenlöhner z. B., der — selbst ohne Verpflichtung — am 1. Mai arbeitet, erhält seinen üblichen Wochenlohn, gegebenenfalls mit dem vertraglichen Festtagszuschlag, nicht aber etwa noch ferner $\frac{1}{6}$ des Wochenlohns; eine Doppelbezahlung des 1. Mai findet also nicht statt (RArbG. 496/30 v. 6. Mai 1931: BenschSamml. 12, 70); dies selbst dann nicht, wenn der einschlägige Tarif-Vertr. vorsieht, daß dem Wochenlöhner Wochenfeiertage mit Arbeitsausfall nicht abgezogen werden dürfen (RArbG. a. a. D.).

Zu 2: Eine Zahlungspflicht für den 1. Mai besteht gegenüber dem Arbeitnehmer dann nicht, wenn er ohnehin an diesem Tage nicht gearbeitet hätte, also z. B. bei Arbeitsurlaub, bei nicht zu bezahlender Krankheitszeit, ferner bei Kurzarbeit, wenn der 1. Mai auf einen Tag fällt, an dem der Arbeiter nach dem regelmäßigen Verlauf ohnehin hätte aussetzen müssen.

Wo danach die Anwendung der WD. überhaupt in Betracht kommt, hängt die Höhe der Ausfallsbezahlung davon ab, ob ein einschlägiger Tarif-Vertr. die Bezahlung ausfallender Arbeitszeiten an Wochenfeiertagen „vorsieht“ oder nicht. Nur im ersten Falle gilt die tarifliche Regelung. Das besagt:

1. Nur eine tarifvertragliche Regelung der Bezahlung der Wochenfeiertage geht der in der WD. getroffenen vor, nicht also eine solche durch Arbeitsordnung oder Einzel-

arbeitsvertrag. Dabei muß es sich um einen TarVertr. handeln, der kraft Organisationszugehörigkeit, Berufung auf den TarVertr. oder Allgemeinverbindlichkeit auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist.

2. Es genügt nicht, daß der TarVertr. die Bezahlung der Wochenfeiertage irgendwie regelt, vielmehr muß er positiv eine Bezahlung ausfallender Arbeitszeiten anordnen („vorsehen“). Eine Tarifklausel: „Arbeitsausfall an Wochenfeiertagen wird nicht bezahlt“ schlägt also ebensowenig durch wie die häufiger in Tarifen enthaltene Formel: „Bezahlung nur wirklich geleistete Arbeit“ (eine Klausel, die übrigens regelmäßig nicht einmal den Ausfall an sonstigen Wochenfeiertagen trifft; NArbG.: ArbRspr. 30, 355). In beiden Fällen ist nach der WD. für den 1. Mai der volle Ausfall zu bezahlen. Anders, wenn der TarVertr. Abgeltung der Wochenfeiertage irgendwie, und sei es auch nur in geringerer Höhe oder unter Gegenpflichten des Arbeitnehmers vorsieht; so würde eine Tarifvorschrift wirksam sein, die dem Arbeitnehmer für den Wochenfeiertag nur den halben Lohn zuspricht oder die den Lohnanspruch von Nachleistung der ausgefallenen Arbeitszeit abhängig macht.

Der Berechnung des nach der WD. zu bezahlenden Ausfalls ist der regelmäßige Arbeitsverdienst für die aus-

fallende Arbeitszeit zugrunde zu legen (WD. v. 20. April 1933 [S. 2]). Es ist also von derjenigen Arbeitszeit auszugehen, die in dem betr. Betriebe am 1. Mai von dem einzelnen Arbeitnehmer geleistet worden wäre, wenn die Arbeit nicht wegen des Feiertags ausgefallen wäre. Danach ist bei Kurzarbeit die verkürzte, bei betriebsüblicher Mehrarbeit die vermehrte Arbeitszeit maßgebend. Feiertagszuschlag kommt nicht in Frage. Bei Stücklohn ist nach dem Durchschnittsverdienst des einzelnen Arbeiters, bei Gruppenakkord nach dem der Gruppe zu zahlen. — Bei Pauschalvergütung für längere Zeitspannen (Jahre, Monate, Wochen) ist die Abgeltung schon in dem Pauschale enthalten, von dem ja ein Abzug für den 1. Mai nicht zulässig ist; eine besondere Abgeltung des 1. Mai erfolgt daneben nicht.

Die Bezahlung des Arbeitsausfalls v. 1. Mai verpflichtet den Arbeitnehmer nicht zur Nachleistung der entfallenen Arbeitszeit. Gleicht er nachträglich die Ausfallszeit durch Mehrarbeit an anderen Tagen aus, so kann er Bezahlung dieser Mehrarbeit verlangen, je nach der Sachlage auch mit dem Zuschlage nach § 6a ArbZWD. — Ein solcher Ausgleich fällt nicht unter § 1 S. 3 ArbZWD. (dort: Ausfall an Werktagen), ist also öffentlich-rechtlich nur im Rahmen sonstiger Arbeitszeitbestimmungen (z. B. §§ 3, 5 ArbZWD.) statthaft.

Das Mietkündigungsrecht der durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personen¹⁾.

Von Rechtsanwalt Dr. Erwin Spiro, Berlin.

Ein neues außerordentliches Kündigungsrecht des Mieters gewährt das „Gesetz über das Kündigungsrecht der durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personen“ v. 7. April 1933 (RGBl. I, 187), in Kraft gemäß Art. 3 des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933 (RGBl. I, 141) seit dem 11. April 1933. Der Geltungsbereich dieses Gesetzes wird durch § 6 des Gesetzes über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft v. 7. April 1933 (RGBl. I, 188), ebenfalls in Kraft seit dem 11. April 1933, erweitert²⁾.

Das neue außerordentliche Kündigungsrecht stellt wie das nach der 4. NotWD. die gesetzliche Anerkennung des Befehls der veränderten Umstände in einem Sonderfall und in gesetzlich bestimmten Grenzen dar (vgl. RG. v. 23. Mai 1932, VIII 108/32; JW. 1932, 2394 = GW. 1932, 387), unterscheidet sich aber im übrigen von ihm grundlegend. Einmal ist der Kreis der betroffenen Personen und Verträge unvergleichlich enger. Während die 4. NotWD. sämtliche Berufsgruppen und neben den Mietverträgen auch Pachtverträge über gewerbliche Räume erfaßte, werden jetzt nur Mietverträge gewisser Beamten und Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsangestellten betroffen. Sodann ist das Kündigungsrecht nicht mehr wie in der 4. NotWD. absolut ausgestaltet, vielmehr dem Vermieter die Möglichkeit eines Widerspruchs gegeben. Man hat damit wohl eine Härte vermeiden wollen, die der Regelung in der 4. NotWD. zum besonderen Vorwurf gemacht wurde (vgl. Spiro, Vermieterschutz bei außerordentlicher Mietkündigung nach der 4. NotWD. S. 6).

Im einzelnen gilt folgendes:

¹⁾ Der Aufsatz wurde am 19. April 1933 abgeschlossen, so daß die späteren Ausführungen von Günther: GrundG. 1933, 417 ff. nicht berücksichtigt sind.

²⁾ Und jetzt auch durch § 6 des seit dem 25. April 1933 in Kraft befindlichen Gesetzes über die Zulassung zur Patentanwaltschaft und zur Rechtsanwaltschaft v. 22. April 1933 (RGBl. I, 217). Was im Text von Rechtsanwälten und ihren Angestellten gesagt ist, gilt entsprechend von Patentanwälten und ihren Angestellten. An die Stelle der Rücknahme der Zulassung tritt hier die Löschung in der Liste; der Patentanwaltsangestellte hat das Kündigungsrecht nur, wenn

1. Kündigungsberechtigter.

Zur Kündigung berechtigt ist derjenige Mieter, der nach den Vorschriften des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175) seine Bezüge ganz oder teilweise verliert³⁾. Bei einer lediglichen Teileinbuße ist die Höhe des Teiles für das Mietkündigungsrecht belanglos; indessen kann es darauf beim Widerspruch des Vermieters (vgl. unten 5) ankommen. Fernere Kündigungsberechtigte sind Rechtsanwälte, deren Zulassung nach dem Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zurückgenommen ist, sowie Rechtsanwaltsangestellte, die infolge einer Zulassungsrücknahme oder eines Vertretungsverbotes nach diesem Gesetz stellungslos geworden sind. Während also beim Rechtsanwaltsangestellten schon der Erlaß eines Vertretungsverbotes (sofern er insolgedessen stellungslos wird) genügt, hat der Rechtsanwalt selbst das Kündigungsrecht nur, wenn seine Zulassung zurückgenommen ist. Der Erlaß eines Vertretungsverbotes führt ja alsdann auch nur beim Angestellten zu einem endgültigen Zustand. Kommt ein Rechtsanwalt der Rücknahme der Zulassung durch einen Lösungsantrag zuvor, so greift das gesetzliche Kündigungsrecht nicht Platz. Hier ist die freie Entschließung des Rechtsanwalts auslösendes Moment, während das Gesetz gegen solche Umstände schützt, die außerhalb des Machtbereiches des Berechtigten liegen. Wenn der Anwalt in einem solchen Fall auch nur den Verhältnissen Rechnung trägt, so hat er hier doch immer noch einen Einfluß auf die Abwicklung der laufenden Verträge, kann Angestellte in der Regel nicht fristlos entlassen.

Wenn der Kündigungsberechtigte nicht Alleinmieter ist, so wird man nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung annehmen müssen, daß das Kündigungsrecht überhaupt nicht besteht. Das RG. vertritt die Ansicht (RG. 97, 81), daß nur die Mieterchaft im ganzen kündigen könne und § 425 BGB. insoweit nicht gelte und hat sie auch für das außerordentliche Kündigungsrecht nach der 4. NotWD. im Gegensatz zu meinen

er dadurch stellungslos geworden ist, daß der Patentanwalt in der Liste gelöscht worden ist.

³⁾ Vgl. hierzu nähere Einzelheiten bei Günther a. a. D.

Streitfragen a. a. D. S. 43 aufrecht erhalten (vgl. RG. vom 28. Nov. 1932, VIII 371/32; OLG. 1932, 366). Das Gesetz über das Kündigungsrecht der Hinterbliebenen von Kriegsteilnehmern v. 7. Okt. 1915 (RGBl. 642) hatte dies erkannt und eine ausführliche Sonderbestimmung für den Fall getroffen, daß Eheleute gemeinschaftlich gemietet hatten (vgl. § 2 des Gesetzes). Eine derartige Regelung fehlt im jetzigen Gesetz. Wenn hier auch solche Mietverträge erfasst werden sollen, die der Kündigungsberechtigte für seine Familie geschlossen hatte, so ist damit etwas anderes gewollt (vgl. unten 2)⁴).

2. Kündigungsgegenstand.

Die zu 1 bezeichneten Personen können Mietverhältnisse über Räume, die sie für sich oder ihre Familie gemietet haben, kündigen.

Das Gesetz unterscheidet nicht, ob es sich um Wohn- oder gewerbliche Räume handelt. Man hat wohl an gewerbliche Räume weniger gedacht, weil die Mehrzahl der Beamten es nur mit Wohnräumen zu tun hat. Durch die Erstreckung des Gesetzes auf die Rechtsanwälte wird aber die Kündigung gewerblicher Räume bedeutsamer. Nach dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes erscheint es nicht zweifelhaft, daß das Kündigungsrecht des Mieters auch gewerbliche Räume umfaßt. Wie die Gewährung des Rechtes, Dienstverträge aufzuheben, ergibt, soll ja dem Rechtsanwalt gerade die Möglichkeit gegeben werden, sich von den in der Ausübung seines Berufes betreffenden Verträgen zu befreien.

Der kündbare Mietvertrag muß Räume betreffen, die der Mieter für sich oder seine Familie gemietet hat. Der Begriff der „Familie“ taucht in vielen Gesetzen auf (vgl. z. B. § 811 Nr. 2 und § 3 ZPO. und § 58 Nr. 3 RD.) und ist umstritten. Man rechnet im allgemeinen dahin die in der Hausgemeinschaft stehenden Angehörigen (einschließlich der Pflegekinder) des Betroffenen, ohne Rücksicht darauf, ob sie unterhaltsberechtigten sind (vgl. Stein-Jonas, Komm. z. ZPO., 14. Aufl., Anm. IV 2 zu § 811 ZPO.). In dem Tatbestandsmerkmal, daß ein Mietvertrag für die Familie abgeschlossen ist, hat der Begriff „Familie“ aber m. E. noch eine weitergehende Bedeutung. Es kann hier auf das Zusammenleben der Angehörigen nicht ankommen. Wenn z. B. der Kündigungsberechtigte für seine Eltern, die sich nicht selbst ernähren können, einerseits und für seine Frau und seine Kinder andererseits je eine gesonderte Wohnung gemietet hatte, so sind m. E. beide Verträge kündbar; dem Kündigungsberechtigten kann daran sehr gelegen sein, weil er etwa jetzt nur noch zwei kleinere Wohnungen oder überhaupt nur eine einzige Wohnung zu zahlen in der Lage ist. Gemäß den Ausführungen zu 1 muß aber die Kündigungsberechtigte Person immer alleiniger Mieter sein.

Bereits zu einem späteren Termin vertragsgemäß gekündigte Mietverträge können noch nach dem Kündigungsgesetz gekündigt werden (vgl. OLG. I Berlin v. 20. Febr. 1932, 244 O 32/32; DMK. 1932, 1309).

3. Kündigungserklärung.

a) Form: Im Gegensatz zur außerordentlichen Kündigung nach der 4. NotVD., welche der einfachen Schriftform bedurfte, ist hier irgendeine Form für die Kündigungserklärung nicht vorgesehen. Nach dem BGB. ist die Kündigung gleichfalls formlos gültig. Eine etwa im Mietvertrag vereinbarte Form für Kündigungen gilt hier nicht (ebenso bezüglich der entsprechenden Frage nach dem Fortbestehen einer gegenüber der 4. NotVD. strengere Formen anordnenden Vertragsklausel Brandis: JW. 1932, 21; Krieg: MietG. 1932, 41 und Spiro, Streitfragen a. a. D. S. 45; a. A. Waffermann-Erlanger, Die Kriegsgesetze, 3. Aufl., S. 384). Zu diesem Ergebnis nötigt m. E. die zwingende Natur der gesetzlichen Regelung (vgl. unten 4). Die außerordentliche Kündigung kann also auch stillschweigend erfolgen. Indessen ist — schon des Beweises wegen — dringend anzuraten, die — übliche — Form des eingeschriebenen Briefes zu wählen.

⁴) Wegen der Vertragsmitunterzeichnung durch die Ehefrau vgl. noch Günther a. a. D.

b) Inhalt: Die Kündigungserklärung muß mindestens erkennen lassen, zu wann gekündigt wird. Nicht erforderlich, aber doch empfehlenswert ist die Bezugnahme auf das Kündigungsgesetz und die Mitteilung der Gründe (vgl. Waffermann-Erlanger a. a. D. und Spiro, Streitfragen a. a. D.).

c) Fristen: Die außerordentliche Kündigung steht unter einer doppelten Befristung. Sie muß 1. unter Einhaltung der gesetzlichen Frist und 2. zum ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist. Diese Terminologien sind aus dem BGB. bekannt (vgl. z. B. §§ 569, 570). Die in Betracht kommenden Fristen ergeben sich aus § 565 BGB. Sie sind zwar verschieden, je nach welchen Zeitabschnitten der Mietzins bemessen ist. Nach § 565 Abs. 4 BGB. ist indessen bei Grundstücken in Fällen, „in denen das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann“, die Kündigung nur für den Schluß des Kalendervierteljahres zulässig; sie hat spätestens am dritten Werktag des Vierteljahres zu erfolgen. Diese Vorschrift bezieht sich zweifellos nur auf im BGB. selbst vorgesehene außerordentliche Kündigungen. Man muß sie aber hier m. E. analog anwenden. Nach der den §§ 569 und 570 BGB. entsprechenden Fassung des Kündigungsgesetzes sind ersichtlich die gleichen Rechtsfolgen gewollt, die diese Vorschriften zeitigen. Ebenso verlangt das dem § 565 Abs. 4 BGB. zugrunde liegende Prinzip (ausgleichender Schutz für den Vermieter) die analoge Heranziehung. § 565 Abs. 4 BGB. hat, was nicht immer genügend betont wird, in dem Sinn subsidiäre Bedeutung, daß kürzere vertragliche Kündigungsbefugnisse unberührt bleiben. Läuft der Vertrag schon vor dem Schluß des betreffenden Vierteljahres ab, so ist § 565 Abs. 4 BGB. selbstverständlich insoweit unanwendbar, als nicht zum Schluß des Vierteljahres gekündigt werden kann (sonst wäre ja der Vertrag verlängert!); aber auch in diesem Fall sind die kürzeren Kündigungsfristen des Abs. 1 ausgeschaltet (man mag das den negativen Inhalt der Vorschrift nennen).

Als erster zulässiger Termin, zu dem gekündigt werden kann, kommt nur ein solcher in Betracht, zu dem die Kündigung ohne Verschulden des Berechtigten wirksam erfolgen kann (RG. 103, 274 = JW. 1922, 580). Auszugehen ist von dem Augenblick, in dem der Beamte⁵) eine zum völligen oder teilweisen Verlust der Bezüge führende Verfügung (§ 7 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933 [RGBl. I, 176]), der Rechtsanwalt den Zulassungsrücknahmebescheid erhält und der Rechtsanwaltsangestellte infolge einer Zulassungsrücknahme oder des Erlasses eines Vertretungsverbotes stellunglos geworden ist. Unerheblich ist, ob der Beamte noch auf drei Monate die bisherigen Einnahmen hat (z. B. nach § 2 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums); denn im ganzen betrachtet, erleidet er schon jetzt an seinen Bezügen Einbuße, muß sich auch von diesem Augenblick ab wirtschaftlich umstellen. Entsprechend ist der Rechtsanwaltsangestellte dann stellunglos geworden, wenn ihm wegen der Zulassungsrücknahme oder des Erlasses eines Vertretungsverbotes gekündigt ist⁶), ohne daß er eine neue Stelle im Anschluß an den Ablauf des Dienstvertrages erlangt hat. Seine für die Zukunft vorgesehenen Kalkulationen werden bereits in diesem Augenblick erschüttert. Es ist also die Lage eingetreten, die ihm erleichtert werden soll. Er darf daher sein Ausscheiden aus der alten Stelle nicht erst abwarten, wenn er von dem gesetzlichen Kündigungsrecht Gebrauch machen will. Erhält der Angestellte nachher eine neue Stelle, so bleibt eine bereits vorher erklärte zulässige Kündigung fortbestehen. Etwaige sich hieraus ergebende Unebenheiten sind im Widerspruchsverfahren auszugleichen. Der Vermieter wird ja in der Regel Widerspruch erheben, wenn ihm die Kündigung nicht gelegen kommt. Andererseits kann der Mieter die Kündigung widerrufen, wenn der Vermieter damit einverstanden ist (vgl. Spiro, Streitfragen a. a. D. S. 45).

⁵) Oder Angestellte oder Arbeiter des Reichs, der Länder und gewisser Körperschaften und Verbände (vgl. Anm. 3).

⁶) Ordentlich oder außerordentlich; das Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft selbst kennt nur eine außerordentliche Kündigung wegen Rücknahme der Zulassung.

Eine zu einem anderen Termin als zum ersten zulässigen ausgesprochene Kündigung hat keine Wirkung, kann aber unter Umständen als eine solche zum nächsten nach dem Vertrag oder dem BGB. zulässigen Termin aufrechterhalten werden. Denn im Gegensatz zur Regelung nach der 4. NotW.D. bestehen keine besonderen Vorschriften über die Folgen der außerordentlichen Kündigung.

4. Zwingende Natur des Kündigungsrechts.

Während die §§ 569, 570 BGB. nachgiebigen Rechtes sind, haben der neuen Regelung entgegenstehende Vereinbarungen keine Gültigkeit. Indessen kann m. E. nach dem Eintritt der das Kündigungsrecht auslösenden Tatsachen oder nach Ausübung des Kündigungsrechts auf dieses wirksam (durch Vertrag) verzichtet werden.

5. Widerspruch gegen die Kündigung.

Dem Vermieter steht das Recht zum Widerspruch gegen die Kündigung zu. Der Widerspruch greift durch, wenn dem Mieter unter Berücksichtigung der Verhältnisse beider Teile die Fortsetzung des Mietverhältnisses zugemutet werden kann (nach dem Gesetz über das Kündigungsrecht der Hinterbliebenen von Kriegsteilnehmern v. 7. Okt. 1915 [RGBl. 642], wenn nicht die Fortsetzung des Mietverhältnisses zu einem unverhältnismäßigen Nachteil für den Erben oder die Ehefrau führen würde [vgl. Spiro, Vermieterschutz a. a. D. S. 6]). Das ist z. B. u. U. der Fall, wenn der Mieter trotz seiner beruflichen Veränderung in guten Vermögensverhältnissen verbleibt oder anderweitig ein gleiches Einkommen wie bisher hat oder nur eine geringfügige Einbuße an seinen Bezügen erleidet, der Vermieter sich aber in einer besonders ungünstigen finanziellen Lage befindet. Wie Mittelstein: GruchBeitr. 60, 68 mit Recht annimmt, darf der Kündigungsberechtigte regelmäßig nicht auf die Möglichkeit einer Untervermietung verwiesen werden; das Untervermieten ist, zumal in der heutigen Zeit, nur eine unsichere Einnahmequelle, und die Haftung des Kündigungsberechtigten bleibt ja auch alsdann fortbestehen. Der Vermieter kann mit dem Einwand, sich einen neuen Mieter suchen zu müssen, allein nicht gehört werden (vgl. Wassermann-Erlanger a. a. D. S. 388).

6. Widerspruchsverfahren.

Es entspricht — abgesehen von der Frist, innerhalb welcher der Widerspruch zu erheben ist — dem im Gesetz v. 7. Okt. 1915 vorgesehenen (vgl. § 3 a. a. D.).

a) Allgemeines. Es handelt sich um ein Beschlußverfahren mit fakultativer mündlicher Verhandlung; die §§ 330 ff. ZPO. sind unanwendbar (vgl. Wassermann-Erlanger a. a. D. S. 387).

b) Verfahren bis zur Entscheidung. Der Widerspruch muß binnen zwei Wochen erhoben werden. Er ist unter Glaubhaftmachung der tatsächlichen Behauptungen bei dem Amtsgericht anzubringen, in dessen Bezirk die Miet-

räume liegen. Das Gericht übersendet dem Gegner eine Abschrift zur Erklärung unter Glaubhaftmachung seiner tatsächlichen Behauptungen. Eine mündliche Verhandlung ist nicht erforderlich. Das Gericht hat weder Pflicht noch Recht, von Amts wegen Ermittlungen anzustellen (vgl. Wassermann-Erlanger a. a. D. S. 388). Jede Partei muß daher selbst alles vortragen und glaubhaft machen, was ihr Begehren unterstützt. Die Glaubhaftmachung ist in § 294 ZPO. geregelt.

Besondere Formen sind für den Widerspruch nicht vorgesehen. Es bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, welche Bedeutung einem vor einem unzuständigen Gericht erhobenen Widerspruch zukommt und ob eine etwa erhobene Klage als Widerspruch aufrechterhalten werden kann. Jedenfalls darf im Falle einer Klageerhebung ein Urteilsverfahren nicht stattfinden; § 274 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. gilt hier m. E. mindestens entsprechend (vgl. auch unten e).

c) Gegenstand und Form der Entscheidung. Das Gericht hat zunächst zu untersuchen, ob der Widerspruch binnen zwei Wochen bei dem zuständigen Amtsgericht wirksam angebracht ist, sodann, ob die materiellen Voraussetzungen des Kündigungsgesetzes (vgl. oben zu 1—4) gegeben sind. In letzterer Hinsicht muß auch auf die allgemeinen rechtlichen Verhältnisse (z. B. die Gültigkeit und Dauer des Mietvertrages, einen etwaigen Widerruf der Kündigung mit Zustimmung des Vermieters usw.) zurückgegriffen werden; denn eine Aussetzung des Beschlußverfahrens zwecks Prüfung von Rechtsfragen im ordentlichen Verfahren ist nicht vorgesehen, würde auch der vom Gesetzgeber gewollten Verfahrensbeschleunigung entgegenstehen (ebenso die herrschende Meinung zum Kündigungsrecht der Hinterbliebenen von Kriegsteilnehmern [vgl. Wassermann-Erlanger a. a. D. S. 387]). Schließlich und vor allem hat das Gericht zu entscheiden, ob dem Mieter unter Berücksichtigung der Verhältnisse beider Teile die Fortsetzung des Mietverhältnisses zugemutet werden kann (vgl. oben zu 5).

Die Entscheidung ergeht in Form eines Beschlusses (vgl. § 329 ZPO.).

d) Rechtsmittel. Gegen den Beschluß des Amtsgerichts findet lediglich sofortige Beschwerde statt (vgl. § 577 ZPO.). Es gilt § 569 ZPO. (vgl. auch Wassermann-Erlanger a. a. D. S. 388). Eine weitere Beschwerde ist nicht gegeben.

e) über die Rechtskraft der Beschlüsse vgl. Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., S. 484, 491; vgl. auch Mittelstein: GruchBeitr. 60, 69 Anm. 25 (dagegen wieder Wassermann-Erlanger a. a. D. S. 388).

f) Gebühren. Die Gerichts- und Anwaltsgebühren betragen $\frac{2}{10}$ der Sätze des § 8 GRG. und des § 9 RWObD. Der Wert des Streitgegenstandes ist nie höher als der Betrag des einjährigen Zinses, u. U. noch geringer (vgl. § 8 ZPO. und § 10 GRG.).

Bedeutung des Zeitpunktes der Hypothekeneintragung für die landwirtschaftliche Zinsenkung.

Von Ministerialrat Harmening, Berlin.

Die NotW.D. über die Zinsersleichterung für den landwirtschaftlichen Realcredit v. 27. Sept. 1932 senkt die Zinsen aller durch eine Hypothek an einem landwirtschaftlichen (forstwirtschaftlichen, gärtnerischen) Grundstück gesicherten Forderungen für die Dauer von zwei Jahren um 2%. Voraussetzung für die Zins Kürzung wäre danach, daß z. B. des Inkrafttretens der NotW.D. (29. Sept. 1932) die Forderung bereits bestand und durch Hypothek an einem landwirtschaftlichen usw. Grundstück gesichert war. Später entstandene oder später gesicherte Forderungen würden von der Zinsenkung ausgeschlossen sein. Diese Rechtsfolge konnte unbedenklich in Kauf genommen werden, wenn die Verhandlungen, die zur Begründung der Forderung führten, erst nach Inkrafttreten der NotW.D. zum Abschluß gekommen waren, da dann die Parteien die Möglichkeit hatten, die neue Zinsregelung beim

Vertragschluß zu berücksichtigen und ihr Rechnung zu tragen. Waren dagegen die Verhandlungen schon vorher zum Abschluß gelangt, so konnte die Neuregelung nicht mehr berücksichtigt werden, und es würde nicht vom Willen der Parteien, sondern vom Zufall abhängen, ob die Zinsenkung eintritt oder nicht; maßgebend würde nämlich sein, ob die Verpflichtung zur Begründung der Forderung vor Inkrafttreten der NotW.D. erfüllt war oder erst später. Um die hierin liegenden Unbilligkeiten auszuschließen, bestimmt § 5 NotW.D., daß nicht der Zeitpunkt der Begründung der Forderung maßgebend sein soll, sondern der Zeitpunkt, in dem der Gläubiger sich zur Begründung der hypothekarisch gesicherten Forderung verpflichtet hat. Der Zeitpunkt der Erfüllung dieser Verpflichtung soll dagegen ohne Einfluß sein, so daß auch jetzt noch Forderungen entstehen können, die der Zinsenkung nach der NotW.D. un-

terliegen, wenn nur der Gläubiger sich vor Inkrafttreten der NotW.D. zur Begründung der Forderung verpflichtet hatte. § 5 NotW.D. behandelt seinem Wortlaut nach den Fall, daß weder die Forderung noch die hypothekarische Sicherung beim Inkrafttreten der NotW.D. vorhanden war, sondern nur die Verpflichtung des Gläubigers gegen hypothekarische Sicherung eine Forderung zu begründen. Als bald nach Erlaß der NotW.D. entstanden Zweifel, ob § 5 auch den Fall treffe, daß bei Inkrafttreten der NotW.D. eine vorher eingegangene Verpflichtung zur Begründung einer hypothekarisch gesicherten Forderung zwar bereits insofern erfüllt war, daß die Forderung entstanden, nicht aber auch schon die Hypothek eingetragen war. Obgleich nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift kein Zweifel daran sein konnte, daß § 5 auch auf solchen Tatbestand Anwendung finden mußte, stellte Art. 6 DurchfW.D. v. 24. Nov. 1932 dies noch ausdrücklich fest. Aber auch diese neue Vorschrift gab als bald zu Zweifeln Anlaß. Es wurde die Meinung vertreten, daß die Hypothek, wenn sie beim Inkrafttreten der NotW.D. v. 27. Sept. 1932 noch nicht bestand, wenigstens bei Verkündung der DurchfW.D. v. 24. Nov. 1932 entstanden sein müsse. Diese Meinung stützt sich darauf, daß Art. 6 von einer Forderung spricht, die nach dem 28. Sept. 1932 gesichert „ist“, also das nunmehrige Vorhandensein der Sicherung voraussetzt. Dabei wird aber übersehen, daß das Inkrafttreten der DurchfW.D. gem. Art. 20 auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der NotW.D. zurückbezogen ist, daß also die Vorschriften der DurchfW.D. so zu lesen sind, als wenn sie in der NotW.D. selbst enthalten wären. Weiter wird übersehen, daß Art. 6 DurchfW.D. nur eine Ergänzung und Klarstellung des § 5 NotW.D. ist. Wenn § 5 es unerheblich sein läßt, wann in Zukunft die Forderung und die Hypothek zur Entstehung gelangen, so ist eine solche zeitliche Begrenzung auch aus Art. 6 DurchfW.D. nicht herauszulesen, der nur etwas nach § 5 NotW.D. schon selbstverständlich ausdrücklich sagt und den § 5 höchstens erweitern, aber nicht einschränken

solte. Es kann daher kein Zweifel sein, daß im Falle des Art. 6 die Hypothek zur Zeit des Erlasses der DurchfW.D. noch nicht vorhanden zu sein brauchte; es genügt vielmehr, daß die Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek vor dem 29. Sept. 1932 bestand.

Richtig ist aber, daß Art. 6 DurchfW.D. davon ausgeht, daß die Hypothek irgendwann einmal eingetragen wird. Wie soll sich nun das Gericht verhalten, wenn es vor Eintragung der Hypothek darüber zu entscheiden hat, ob die Zinsen nach Art. 6 herabgesetzt sind oder nicht? Man denke an den Fall, daß vor dem 29. Sept. 1932 ein Grundstück verkauft und im Kaufvertrage vereinbart ist, daß ein Teil des Kaufpreises gestundet und hypothekarisch gesichert werden soll. Die Kaufpreisforderung ist dann vor dem 29. Sept. 1932 entstanden. Ist die Hypothek wenigstens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eingetragen, so ist Art. 6 zweifellos anwendbar. Wie aber, wenn auch dann die Hypothek noch nicht eingetragen ist, weil das Grundstück zwar bereits übergeben, aber weder die Auflassung noch die Eintragung des Eigentumswechsels erfolgt sind? Auch in diesem Fall muß man annehmen, daß die Voraussetzungen des Art. 6 gegeben sind. Eine weder in Art. 6 DurchfW.D. noch in § 5 NotW.D. enthaltene Befristung für die Hypothekeneintragung kann nicht lediglich deshalb angenommen werden, weil eine gerichtliche Entscheidung über die Zinsherabsetzung erfolgen muß. Außerdem besteht in dem obengenannten Fall, wirtschaftlich gesehen, kein Unterschied, ob die Hypothek eingetragen ist oder nicht. Denn da das Eigentum an dem Grundstück noch nicht auf den Erwerber übergegangen ist, ist die Kaufpreisforderung des Veräußerers in noch größerem Maße durch das Grundstück gesichert, als wenn in Verbindung mit der Eintragung des Eigentumswechsels die Kaufgeldhypothek eingetragen wäre. Ein Anlaß, in einem solchen Falle die Zinssenkung und damit auch das Moratorium zu versagen, liegt daher nicht vor.

Verlangt der Liquidationsvergleich die Zusicherung der Mindestquote von 30% gemäß § 6 VerglW.?

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

I. Für den Liquidationsvergleich hat die Mindestquote zweierlei Bedeutung:

a) Der Schuldner kann sich zur Zahlung der Mindestquote verpflichten. Wird sie bei der Liquidation nicht erzielt, so hat der Schuldner die Differenz sofort oder innerhalb bestimmter Fristen nachzuzahlen. Für den Fall der Nichterfüllung droht unter Umständen das Wiederaufleben der Forderung in vollem Umfange nach der kassatorischen Klausel des § 7 VerglW.

b) Die Zulassung des Vergleiches kann auch ohne persönliche Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung der Mindestquote sachlich von ihr abhängig gemacht werden, der Vergleich nur genehmigt, wenn die Liquidationsmasse die Erreichung von 30% unter normalen Voraussetzungen gewährleistet.

Die beiden Punkte können miteinander verknüpft werden, der Liquidationsvergleich also nur dann zugelassen, wenn nicht nur die Liquidationsmasse die Erreichung der 30% in Aussicht stellt, sondern auch der Schuldner sie zusätzlich garantiert, d. h. in dieser Höhe persönlich verpflichtet bleibt.

Hält man die Erreichung der Mindestquote für den Liquidationsvergleich für unerheblich, so kann er ohne Zusatzverpflichtung des Schuldners genehmigt werden, auch wenn die Masse nur eine Quote von 10 oder 15% enthält. Der Vergleich hat dann zweifellos etwas konkursähnliches. Rechnet man die Mindestquote zum notwendigen Inhalt auch des Liquidationsvergleiches, so wird dadurch die Vergleichsnatur im Sinne der Vergleiche der VerglW. verstärkt, das Wesen des Vorgangs vom Konkursvergleich entfernt und der Reihe der normalen Vergleiche der VerglW. eingegliedert. Neuere Bedenken gegen den Vergleichscharakter des einfachen Liquidationsvergleiches finden sich z. B. bei Schneider: Konk-

trW. 1930, 175; Paulsen: Ztschr. f. TrhWesen 1931, 133; Cahn: JW. 1932, 151. Die Praxis hat den einfachen Liquidationsvergleich jedoch insofern durchweg als zulässig angesehen, s. dazu z. B. Riesow vor § 5 Nr. 17; Emmerich, Sanierung S. 134 Nr. 1 u. 2; Jaeger: DZ. 1927, 1317 und Lehrb. des KonkN. S. 218 Nr. 11; LG. Berlin: KonktrW. 1930, 119.

II. Nach Erlaß der VerglW. wurde es im allgemeinen als zweifelsfrei angesehen, daß die Bestimmung über die Mindestquote nicht für den Liquidationsvergleich gelte. Die Kommentare vertreten übereinstimmend diesen Standpunkt (so Riesow, Maher, Cahn, Wendig, Wilmerböcker-Selo, Lukas, Salomon, Manasse-Weinberg und Eisold zu § 6 VerglW.; Emmerich S. 137). Die Unabhängigkeit des Liquidationsvergleiches von der Mindestquote erschien auch nach der Rechtsentwicklung zweifelsfrei. Das Gesetz hat offenbar bewußt von der Vorschrift der Mindestquote für den Liquidationsvergleich abgesehen und dies durch die Formulierung deutlich zum Ausdruck bringen wollen.

In der GeschäftsaufsichtW.D. war in § 35 bestimmt: „Der Vergleich kann auf Erlaß oder Stundung oder beides gerichtet sein. Im übrigen darf er nur Bestimmungen enthalten, die der Sicherung seiner Durchführung dienen.“ Dies wurde im allgemeinen dahin aufgefaßt, daß als Erlaß nur ein ziffernmäßig bestimmter Erlaß anzusehen sei, neben dem reinen Stundungsvergleich also nur ein Quotenvergleich zulässig. Der Liquidationsvergleich wurde danach nur als Anney zum Quotenvergleich zugelassen, z. B. bei einem Vergleich auf 20% dahin, daß zusätzlich das Vermögen des Schuldners als Liquidationsmasse behandelt und sein Erlös über die 20% hinaus an die Gläubiger verteilt werde. Dies wurde nach § 35 Satz 2 GeschAufsW.D. als Bestimmung, die der

Sicherung der Vergleichsdurchführung dient, für zulässig gehalten.

Schon während der Geltung der GeschAuffW. wurden auch Gegenmeinungen geäußert (so insbes. RG.: ZZP. 52, 228 mit Anm. von Emmerich; f. a. RG.: ZW. 1917, 164 mit Anm. von Jaeger). Die Praxis sah jedoch damals in weitem Umfange den reinen Liquidationsvergleich als unzulässig an.

Die VerglW. hat mit dieser Rechtsentwicklung bewußt gebrochen. Der Wortlaut der GeschAuffW., daß der Vergleich nur auf Erlaß oder Stundung oder beides gerichtet sein und im übrigen nur Durchführungsbestimmungen enthalten dürfe, wurde aufgegeben. Der Wortlaut der Begründung (abgedr. z. B. bei Lucas zu § 6 VerglW.) ist eindeutig:

„Das Erfordernis einer bestimmten Mindestquote kann natürlich nur für einen Erlaßvergleich aufgestellt werden ...“ wenn der Schuldner einen bestimmten Erlaß verlangt. Für ... Vergleiche sind ebensowenig Schranken gezogen wie für einen Liquidationsvergleichsvorschlag.“

Mit dem Wegfall einer Beschränkung der zulässigen Vergleichsformen war jeder sachlich mögliche Inhalt des Vergleiches auch für rechtlich zulässig erklärt. An die Stelle der früheren Begrenzung des Vergleichsinhalts auf bestimmte Formen trat eine neue Beschränkung, die Anordnung der Mindestquote von 30% für Quotenvergleiche. Hätte diese Anordnung für Vergleiche aller Art getroffen werden sollen, so hätte sie etwa wie folgt lauten müssen: „Der Vergleich muß den Gläubigern mindestens 30% ihrer Forderung gewähren.“ Die Bestimmung hätte für alle Vergleiche gepaßt, die Erlaßvergleiche, die reinen Stundungsvergleiche wie die Liquidationsvergleiche. Das Gesetz hat jedoch diesen Wortlaut nicht gewählt. Es fügt vielmehr dem Satz: „Der Vergleich muß den Gläubigern mindestens 30% ihrer Forderungen gewähren“, den Halbsatz ein: „wenn er auf einen ziffernmäßig bestimmten teilweisen Erlaß der Forderungen lautet“. Damit beschränkt das Gesetz die Vorschrift der Mindestquote auf Vergleiche bestimmten Inhalts, solche, die einen ziffernmäßig bestimmten teilweisen Erlaß der Forderungen enthalten. Für die Liquidationsvergleiche war mit diesem Wortlaut die Notwendigkeit der Mindestquote verneint, da nach der historischen Entwicklung das Gesetz im Bewußtsein der Möglichkeit von Liquidationsvergleichen erlassen worden ist. Das Gesetz geht davon aus, daß auch Vergleiche, die nicht „auf einen ziffernmäßig bestimmten teilweisen Erlaß der Forderungen lauten“, zulässig sind, eben die Liquidationsvergleiche. Trotzdem beschränkt es die Vorschrift der Mindestquote auf die anderen Vergleiche, die auf einen ziffernmäßig bestimmten teilweisen Erlaß der Forderungen lauten. Bei völliger Ablehnung der Liquidationsvergleiche hätte der eingeschobene Halbsatz des § 6 VerglW. bestimmen müssen: „Der Vergleich kann nur auf Stundung oder auf einen ziffernmäßig bestimmten teilweisen Erlaß der Forderungen lauten.“ Damit wäre die von der herrschenden Meinung angenommene Regelung der GeschAuffW. aufrechterhalten und klargestellt worden. Bei allgemeiner Vorschrift der Mindestquote hätte das Gesetz wie erwähnt anordnen müssen: „Der Vergleich muß den Gläubigern mindestens 30% ihrer Forderungen gewähren.“ Auch damit wäre es vollständig und klar gewesen. Statt dessen wurde der Wortlaut der VerglW. in § 6 wie folgt gewählt:

„Der Vergleich muß, wenn er auf einen ziffernmäßig bestimmten teilweisen Erlaß der Forderungen lautet, den Gläubigern mindestens 30 vom Hundert ihrer Forderungen gewähren.“

Nach diesem Wortlaut braucht der Vergleich nicht „auf einen ziffernmäßig bestimmten teilweisen Erlaß der Forderungen“ zu lauten. Auch sonst ist abweichend von der GeschAuffW. keinerlei Beschränkung des Vergleichsinhalts vorgeschrieben, jede mit dem Vergleichscharakter der Abmachung vereinbare Regelung also als Vergleichsinhalt zulässig. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt danach in Verbindung mit der Vorgeschichte, daß der reine Liquidationsvergleich ohne Gewährleistung einer Mindestquote als Vergleichsinhalt zugelassen wird.

Diese Auffassung, nach dem Wortlaut und der historischen Entwicklung klar und von sämtlichen Kommentaren vertreten, ist doch in der Rechtsprechung z. T. abgelehnt wor-

den. In der unten S. 1152 abgedruckten Entscheidung des LG. Würzburg wird ausgeführt, auch für einen Liquidationsvergleich sei die Gewährleistung der Mindestquote geboten. Die Überschrift der Entscheidung lautet zwar: „Ein entlastender Liquidationsvergleich ist nur unter besonderen Umständen zuzulassen, wenn weniger als 30% in der Masse liegen.“ Der Inhalt der Entscheidung geht jedoch dahin, daß der Gesetzgeber in § 6 VerglW. nur den speziellen Fall des ziffernmäßigen Erlasses behandle, damit aber keinesfalls die Forderung der Mindestquote für andere Fälle ausgeschlossen habe; hierfür soll jeder innere Grund gefehlt haben; der reine Liquidationsvergleich soll der Umgehung des § 6 VerglW. Tür und Tor öffnen. Danach nimmt das Gericht die Unzulässigkeit des reinen Liquidationsvergleiches an, wenn es auch weiterhin seine Ausführungen etwas beschränkt. Auch sonst haben eine Reihe von LG. den Liquidationsvergleich nur mit der Zusicherung der Mindestquote von 30% zugelassen. In der Entscheidung des LG. Würzburg ist die Praxis des KonfGer. in Nürnberg erwähnt, ebenso wie die der LG. Essen und Elberfeld. Den gleichen Standpunkt nimmt das LG. Frankfurt a. M. in grundsätzlicher Entscheidung ein. In einer Reihe wichtiger Bezirke hat sich daher die Praxis, daß Liquidationsvergleiche nur mit einer Mindestquote von 30% zuzulassen seien, entgegen dem Wortlaut des Gesetzes durchgesetzt. Die Klärung der Praxis kann, da die Entscheidungen der LG. hier letztinstanzliche sind, nur in diesen kleineren Bezirken stattfinden. Eine einheitliche Praxis erscheint jedoch bei der außerordentlichen Wichtigkeit der Frage für viele Sanierungen notwendig.

Der Unterzeichnete hat sich an eine Reihe von Vergleichsgerichten in größeren Städten des Reiches gewandt, um sich über die dort herrschende Praxis zu unterrichten. Überwiegend wird der Liquidationsvergleich ohne Mindestquote zugelassen. Insbes. ist dies nach den Mitteilungen der LG. Hamburg, Bremen, Stuttgart, Mannheim, Königsberg und Berlin-Charlottenburg der Fall. Die Entscheidungen der Vergleichsgerichte sind dabei in Königsberg und Berlin-Charlottenburg durch grundsätzliche Entscheidungen der zuständigen LG. bestätigt. Der gleiche Standpunkt wird auch, trotzdem das Gegenteil in der unten S. 1152 abgedruckten Entscheidung des LG. Würzburg vermerkt ist, nach der Auskunft des Vergleichsgerichts Nürnberg dort vertreten.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertreten die Vergleichsgerichte München und Breslau, die die Innehaltung der Mindestquote auch für den Liquidationsvergleich verlangen, ohne daß dort landgerichtliche Entscheidungen vorliegen, während solche Entscheidungen für Würzburg, Essen, Elberfeld und Frankfurt a. M. ergangen sind. Von einer Reihe weiterer befragter Gerichte konnte der Unterzeichnete einen Bescheid nicht erhalten.

In der unten abgedruckten Entscheidung ist die Frage der Mindestquote nicht isoliert behandelt, wie dies überhaupt vielfach in den Erörterungen wegen der Mindestquote der Fall ist. Es werden vielmehr regelmäßig auch die Bestimmungen der §§ 22 Nr. 4, 5; 23 Nr. 1 und 68 Abs. 2 Nr. 2 VerglW. mit in die Diskussion gezogen. Alle diese Bestimmungen sollen Vergleiche verhindern, die nach der gegebenen Sachlage den Interessen der Wirtschaft nicht entsprechen, selbst wenn die Gläubiger aus irgendwelchen Gründen zustimmen. Hier soll eine von den Gläubigern unbeeinflusste Entscheidung des Gerichts im Interesse der Solidität der Wirtschaft stattfinden.

Man muß sich aber vor einer Verquickung dieser Bestimmungen mit der Mindestquote sehr hüten. Diese Vorschriften dienen nicht der Rechtfertigung der Mindestquote auch für den Liquidationsvergleich, sondern lassen d. E. gerade den umgekehrten Schluß zu. Sie sehen vor, daß die Eröffnung des Verfahrens unter gewissen Voraussetzungen abgelehnt werden kann (bei Unredlichkeit oder Leichtsinne, böswilliger Verschleppung oder unzureichendem Vergleichsvorschlag oder allzu geringfügiger Masse, sowie allgemein nach freiem Ermessen des Gerichts dann, wenn bei einer Quote unter 50% die amtliche Berufsvertretung das Angebot als unzureichend bezeichnet), daß weiter der Vergleich verworfen werden kann, wenn er dem gemeinsamen Interesse der beteiligten Gläubiger widerspricht. Hier finden sich so außer-

ordentlich weitgehende, in das Ermessen des Vergleichsgerichts gestellte Befugnisse, daß es in fast jedem Fall Vergleiche unter 50% von vornherein ablehnen oder auch nach Durchführung des Verfahrens zum Scheitern bringen kann, wenn es dies für sachgemäß hält. Da die Vorschrift der Mindestquote trotzdem, und zwar als formelle Sondervorschrift vom Gesetz vorgesehen ist, kann sie nicht in diesen materiellen Schutzbestimmungen enthalten sein oder aus ihnen abgeleitet werden. Sie bleibt eine Sonderregelung in bestimmtem gesetzlichem Rahmen. Sie bleibt deshalb auf die Quotenvergleiche beschränkt. Aus den §§ 22, 23, 68 BerglD. kann also eine formelle Beschränkung des Vergleichsvorschlages und die Geltung der Mindestquote weder überhaupt noch besonders für die Liquidationsvergleiche hergeleitet werden.

III. Die weitere Begründung der gegenteiligen Annahme stützt sich auch auf Erwägungen allgemeinerer, insbes. volkswirtschaftlicher Art. Die Hauptgründe sind folgende:

1. Die Mindestquote sei mit Rücksicht auf die Gesamtwirtschaft aufgestellt. Werde nicht einmal die Zahlung von 30% versprochen, so sei die Aufrechterhaltung der Kreditz nicht gerechtfertigt.

Hier handelt es sich um einen Grund de lege ferenda, nicht de lege lata. Die Vertreter dieser Ansicht unterstellen ihre Meinung über das, was gesetzgeberisch richtig sei, als Inhalt des geltenden Gesetzes. Die Auffassungen über die Notwendigkeit der Mindestquote sind jedoch umstritten und schwankend. Der beste Beleg dafür ist der Unterschied der BerglD. und der GeschlufflD. hinsichtlich der Anordnung der Mindestquote. Die BerglD. hat den Grundsatz der Mindestquote zwar im allgemeinen gebilligt, aber auf ein gewisses Gebiet beschränkt. Aus der allgemeinen Billigung der Mindestquote kann nicht ihre Geltung über die ausdrücklich festgesetzten Grenzen hinaus hergeleitet werden. Diese Bemerkungen versagen also für die Auslegung des Gesetzes.

Die Zusatzbemerkung, das Vergleichsverfahren sei „ein Dispens von dem früher allein möglichen und auch jetzt noch die normale Abwicklung darstellenden Konkursverfahren“, ist ebenfalls nicht zutreffend. Das Vergleichsverfahren ist dem Schuldner nicht als „Dispens“ gewährt. Es bildet vielmehr eine neben dem Konkursverfahren stehende ordnungsmäßige und gleichberechtigte Form der Sanierung (s. z. B. Gej. v. 25. März 1930 über die Pflicht zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens: RGBl. 1930, 93; für den außergerichtlichen Vergleich neuerdings StilleNotWd.: RGBl. 1930, 317 § 9; f. ferner Emmerich, Sanierung S. 5 ff., 44 ff.; Reimer: ZZB. 1932, 126; Mayer, Wortwort zu §§ 5—7; Jaeger, Lehrb. S. 218 Nr. 11, 236; Menzel, Nachtr. z. § 48). Der Gesetzgeber hat hier nicht eine ausnahmsweise Begünstigung geschaffen. Er läßt vielmehr für den Fall der Erkrankung von Unternehmungen verschiedene Arten der Sanierung zu, die Sanierung durch Zwangsvergleich im Konkursverfahren oder gerichtlichen Vergleichsverfahren wie durch freien Vergleich im außergerichtlichen Vergleichsverfahren. — Es ist weiter unrichtig, daß das Konkursverfahren die „normale Abwicklung“ darstelle. Der Zahl der Fälle nach tritt das Vergleichsverfahren mehr und mehr in den Vordergrund. Nach der Statistik belaufen sich die Zahlen für die Vergleichsverfahren und Konkursverfahren, die in dem Kalenderjahr eröffnet worden sind, wie folgt:

Jahr	Vergleichsverfahren	Konkursverfahren
1929	5001	10001
1930	7178	11506
1931	8499	13587

(s. Jaeger, Lehrb. S. 19).

Im wirtschaftlichen Erfolg für die Gläubiger ist sogar den Vergleichsverfahren die größere Bedeutung zuzusprechen. Die Durchschnittsquote für Konkursverfahren liegt in den letzten Jahren um 10% herum, die Durchschnittsquote der Vergleichsverfahren muß jedoch, schon mit Rücksicht darauf, daß bei allen Erlaßvergleichen die 30%ige Mindestquote notwendig ist, mit wesentlich über 30% angenommen werden. Die Bevorzugung des Vergleichsverfahrens

in der neueren Rechtsentwicklung ist also keine „anormale“ Sondermaßnahme, keine ausnahmsweise Begünstigung für den Schuldner, sondern ein im wohlverwogenen Interesse der Wirtschaft, der Gläubiger wie der Schuldner, geregeltes Verfahren zur Abwicklung von Zusammenbrüchen.

2. Weiter wird ausgeführt: § 6 BerglD. „behandle nur den speziellen Fall des ziffernmäßigen Erlasses, schließe also die Forderung der Mindestquote, die eine grundsätzliche sei, für andere Fälle nicht aus“.

Diese Begründung ist eine reine petitio principii. Auch der, der die Zweckmäßigkeit der allgemeinen Anordnung der Mindestquote bejaht, kann doch ihre Geltung nicht ohne gesetzliche Grundlage aus allgemeinen Erwägungen folgern. Zu welcher Zahl soll die grundsätzliche Forderung der Mindestquote führen, zu 30, 40 oder 60%? Hier bliebe nur Willkür möglich. Es ist ja auch früher unter der Geltung der GeschlufflD. niemals jemand auf den Gedanken gekommen, es könne eine Mindestquote ohne gesetzliche Grundlage als Voraussetzung des Verfahrens aufgestellt werden.

Mit der Bemerkung, „die Forderung der Mindestquote sei eine grundsätzliche“, ist gar nichts geschehen. Ihre Geltung verlangt eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Das Gesetz ordnet die Mindestquote aber nur für Quotenvergleiche an. Es genügt also nicht, daß die Geltung der Mindestquote „für andere Fälle nicht ausgeschlossen ist“.

3. Die Ausführungen des LG. Würzburg darüber, daß der Gesetzgeber möglicherweise an Liquidationsvergleiche nicht gedacht habe, treffen nicht zu. Der Wortlaut des Gesetzes und die historische Entwicklung zeigen das Gegenteil.

4. Wenn die Mindestquote nicht Erfordernis für alle Liquidationsvergleiche ist, so soll sie dies mindestens dann sein, wenn von vornherein feststeht, daß weniger als 30% herauskommen; ein solches Angebot soll einem Angebot mit weniger als 30% Quote gleichkommen.

Auch dies ist unrichtig. Ein Liquidationsvergleich ist eben etwas anderes als ein Quotenvergleich. Er ist ein Vergleich mit „ziffernmäßig nicht bestimmtem Erlaß“. Den Gläubigern wird der Ertrag einer bestimmten Vermögensmasse zur besten Verwertung überlassen. Daß ein solches Angebot einem Angebot mit weniger als 30% Quote wirtschaftlich „gleichstehen“ könne, ist eine rechtlich unpräzise Aussage. Das wirtschaftliche „Gleichstehen“ ist unerheblich. Es liegt übrigens nicht vor, da eben ein Liquidationsvergleich innerlich etwas anderes ist als ein Quotenvergleich. Rechtlich stehen sich die Vergleiche erst recht nicht gleich, außer u. U. darin, daß 30% nicht geboten werden. Das ist aber nur der Ausgangspunkt für die Frage, ob die Vorschrift der Mindestquote gilt, nicht der für die Entscheidung maßgebende Umstand. Dieser bleibt eben immer das positive Gesetz.

5. Die weitere Erwägung, die Zulassung des Liquidationsvergleiches ohne Mindestquote öffne der Umgehung des § 6 BerglD. Tür und Tor, ist unzulänglich. Hier werden immer Erwägungen de lege ferenda als Inhalt des geltenden Gesetzes unterstellt. Die Begründung mit dem Zweck des Gesetzes dreht sich im Kreis. Dem § 6 BerglD. wird ein Zweck, den er nicht hat, unterstellt. Daraus wird ein Inhalt, den er ebenfalls nicht hat, hergeleitet. Der Zweck, der als der des § 6 BerglD. angeführt wird, ist in Wahrheit ein allgemeiner Zweck, der durch andere Bestimmungen gesichert wird. Fehlen für ein bestimmtes Verfahren die gesetzlichen Beschränkungen eines anderen Verfahrens, so ist eben das erste Verfahren ohne diese Beschränkungen zulässig, auch wenn damit das andere Verfahren mit seinen Schranken vermieden werden kann.

IV. Als Gegengrund gegen die Geltung der Mindestquote für Liquidationsvergleiche ist insbes. geltend gemacht worden, die Mindestquote sei hier praktisch schwer durchführbar; das Bedürfnis für sie fehle, da der Schuldner seine Existenz hier in dem gleichen Umfang vernichte, wie es durch den Konkurs geschehe (so Kiesel § 6 II).

Beiden Erwägungen ist beizutreten.

Die Liquidationsvergleiche sind ihrer Art nach verschieden. Manchmal überläßt der Schuldner den Gläubigern sein gesamtes Vermögen zur Liquidation. In anderen Fällen beschränkt sich die Liquidation auf einen Teil des Vermögens.

Insbef. werden schwer liquidierbare Vermögensteile, hochbelastete Grundstücke, dem Schuldner oft belassen. Je nach den Umständen ist es völlig verschieden, ob die Zusage einer Mindestquote beim Liquidationsvergleich für den Schuldner zumutbar ist und welche praktische Bedeutung sie hat. Schon das Lebensalter spielt eine wesentliche Rolle. Bei jüngeren Schuldnern kann die Heranziehung des künftigen Arbeitsertrags für die Gläubiger in gewissem Umfange sachgemäß sein. Bei Leuten mittleren oder höheren Alters wird sich dies regelmäßig nicht empfehlen, psychologisch und praktisch zu Schwierigkeiten führen, ohne sachliche Aussichten zu bieten. Ein Gegner der Mindestquote auch für Quotenvergleiche, Cahn, weist in vielen Aufsätzen und in seinem Komm. zur VerglD. immer wieder darauf hin, daß die Frage der Mindestquote eine durchaus relative sei, die Zweckmäßigkeit einer allgemeinen festen Norm zu verneinen. Bestehen diese Bedenken gegen die feste Mindestquote schon beim Quotenvergleich, so erheben sie sich erst recht beim Liquidationsvergleich. Liquidationsvergleiche kommen meist bei existenzunfähigen Unternehmen vor, wenn diese Abwicklung zweckmäßiger ist als die des Konkurses. Dieser Abwicklungszweck steht mit der Anordnung einer Mindestquote nicht im Einklang. Für ein fortbestehendes Unternehmen ist die Frage der Würdigkeit wesentlich. Der Fortbestand von Unternehmen, deren Stand nicht einmal mehr die Quote von 30% zuläßt, mag unerwünscht sein. Scheidet aber das Unternehmen im Liquidationsvergleich ohnedies aus dem Wirtschaftsleben aus, so entfällt diese Erwägung (s. Jaeger, Lehrb. S. 218 Nr. 11).

Hinzu kommt ein weiteres praktisch wesentliches Moment. Die Entscheidung über die Verwertung der Liquidationsmasse liegt regelmäßig in der Hand eines Gläubigerausschusses oder Treuhänders. Einerlei, ob die Masse ihnen übereignet oder nur ihrer Gewalt oder Aufsicht unterstellt wird, haben sie den maßgebenden Einfluß. Ihre Meinung und die des Schuldners über die Zweckmäßigkeit der Verwertung gehen oft stark auseinander. Auch bei Vergleichen, die zunächst objektiv die Quote von 30% erwarten ließen, hat die Abwicklung häufig ohne Vorwurf gegen den Schuldner weniger ergeben. Ich habe wiederholt erlebt, daß solche Vergleiche mit ganz unzureichenden Quoten abgeschlossen haben und der Schuldner die Verantwortung dafür allein dem Gläubigerausschuß zuwies, der ihn in der sachgemäßen Verwertung der Vermögensbestandteile gehindert habe. Die Verantwortung für das Ergebnis der Abwicklung kann aber billigerweise nur der tragen, der dafür entscheidend ist. Dem Schuldner aufzuerlegen, daß die Mindestquote erreicht werden müsse, die Entscheidung über die Abwicklung aber in die Hand der Gläubigerorgane zu legen, führt häufig zur Unbilligkeit. Die Forderung der Mindestquote ist hier wenig praktisch, oft Anlaß zu Streitigkeiten, Schwierigkeiten und unbilliger Belastung des Schuldners.

V. Der maßgebende Grund für die Entscheidung bleibt jedoch die gesetzliche Regelung. Zweckmäßigkeitsabwägungen mögen für und gegen die Mindestquote geäußert werden. Das Gesetz ist nach Wortlaut und Sinn wie nach der Entstehungsgeschichte klar. Es beschränkt die Mindestquote auf die Quotenvergleiche. Eine weitergehende Annahme entbehrt danach der einzig ausreichenden Rechtfertigung.

VI. Nach Fertigstellung dieser Bemerkungen erschien der im RM. ausgearbeitete Referentenentwurf einer VerglD.¹⁾ Es ist zwar in der Fachpresse betont, daß der Entwurf eine nicht-amtliche Arbeit ist, die nur einigen Spitzenorganisationen zur vertraulichen Behandlung zugeleitet worden ist (KonkTrW. 1933, 31). Trotzdem ist der Entwurf in der Tages- und Fachpresse wiederholt besprochen worden. Insbef. hat das Institut der Wirtschaftsprüfer unter Abdruck des Entwurfs einen Gegenentwurf ausgearbeitet und den Referentenentwurf sowie den Gegenentwurf unter Gegenüberstellung miteinander veröffentlicht.

In diesem Entwurf ist der Liquidationsvergleich in § 20 Abs. 4 behandelt. Danach soll der Liquidationsvergleich künftig nur zulässig sein, wenn nach Lage der Sache mit Be-

stimmtheit zu erwarten ist, daß die Verwertung binnen 18 Monaten von Vergleichsbestätigung ab den Mindestsatz von 40% ergibt, oder wenn der Schuldner erklärt, daß er einen über diesen Mindestsatz hinausgehenden Erlaß nicht in Anspruch nimmt.

Die Gewährung der Mindestquote ist also auch nach dem Entwurf nicht zum notwendigen Inhalt des Liquidationsvergleichs geworden. Der Schuldner kann sie zubilligen. Dann ist sie Vergleichsinhalt. Der Schuldner kann aber auch davon absehen. Der Liquidationsvergleich kann ohne ihre Gewähr abgeschlossen werden, wenn „nach Lage der Sache mit Bestimmtheit zu erwarten ist“, daß die Verwertung in angemessener Frist die Mindestquote ergibt. Die Bestimmung geht im Kern auf etwas Ähnliches hinaus wie das seither geltende Recht, daß bei Unredlichkeit, Leichtsinne, Verschleppung oder unzureichendem Angebot der Vergleichsvorschlag abgelehnt werden konnte. Statt der negativen Momente, der Bedingungen für die Ablehnung des Vergleichs, ist aber jetzt eine positive Regelung als maßgebender Gesichtspunkt eingeführt.

Die Fassung der Bestimmung ist geschickt. Sie beseitigt eine wesentliche Einwendung gegen die Mindestquote, daß beim Liquidationsvergleich ihre Erzielung oft nicht vom Verhalten des Schuldners abhängt, durch Maßnahmen der Gläubigervertretung bzw. des Treuhänders vereitelt werde (s. oben zu II). Läßt der Vergleich z. B. der Bestätigung die Erreichung der Mindestquote in absehbarer Zeit mit Bestimmtheit erwarten, so wird der Schuldner durch die Vergleichsabwicklung schuldenfrei, auch wenn die Mindestquote nicht erreicht wird. Der Vergleich ist dann tatsächlich von der Erreichung der Mindestquote unabhängig.

Die Praxis wird die Bestimmung verschieden entwickeln können. Sie kann sich mehr daran halten, daß die Mindestquote als erzielbar angesehen werden muß, oder mehr daran, daß die Mindestquote garantiert wird. Für den zweiten Fall wird wohl eine wesentliche Verringerung des Liquidationsvergleichs eintreten. Wenn schon eine feste Quote zugesichert werden soll, ist kein rechter Raum mehr für einen Liquidationsvergleich. Dem Schuldner wird regelmäßig die Verfügung über die Masse aus der Hand genommen. Er soll trotzdem das Risiko der Abwicklung hinsichtlich der Quote tragen. Das ist miteinander schlecht vereinbar.

Die ganze Bewegung für die Mindestquote beim Liquidationsvergleich ist wesentlich von wirtschaftlichen Verbänden getragen worden. Die von ihnen vielfach gerügten Mißbräuche haben aber weitaus mehr auf der Vergleichsabwicklung beruht als dem Vergleichsvorschlag. Ungeeignete Treuhänder, unzureichende Aufsichtsmaßregeln und Mißbrauch des Schuldners haben vielfach zum Versagen des Liquidationsvergleichs geführt und ihn diskreditiert. In anderen Fällen hat der Liquidationsvergleich zu recht günstigen Ergebnissen geführt. Man ist hier in der Ablehnung zu weit gegangen. Mit meinem Urteil befinde ich mich in guter Gesellschaft. Jaeger schreibt auf Grund seiner außerordentlichen Erfahrungen in DJZ. 1927, 1317: „Der Verkehr kann dieser Vergleichsart (des Liquidationsvergleichs) gar nicht mehr entraten.“ Levi, Komm. z. VerglD. betont ähnliches. Weitere Zitate in „Die Sanierung“ § 58 N. 2. Die Zeit mag unruhig, die Wirtschaftsmoral erschüttert sein. Die alte *cessio bonorum* hat aber eine so ruhmreiche Tradition, daß auch die Erfahrungen eines Krisenzeitraumes nicht dazu führen sollten, ihr Wesen und ihre Bedeutung zu unterschätzen. Die neue VerglD. soll kein Gelegenheitsgesetz sein, sondern für die Dauer Bedeutung haben. Die Krise kann in absehbarer Zeit vorbei sein. Dann werden Beschränkungen des Liquidationsvergleichs, die seiner Art nicht entsprechen und über die Bedürfnisse hinausgehen, als unerwünschte Fesseln empfunden werden, die statt zu Vorteilen zu Nachteilen bei der wirtschaftlichen Abwicklung von Zusammenbrüchen führen. Um nur ein Beispiel zu geben: Ein Unternehmen ist in Verfall geraten und hat seine Zahlungen einstellen müssen. Es findet sich ein Interessent, der es bei einem Liquidationsvergleich insgesamt erwerben will, nicht bei einem Konkurs (z. B. wegen Entwertung des Namens und der Marke des Unternehmens). Der Liquidations-en-bloc-Verkauf bietet die Möglichkeit einer Quote von 20%. Der Konkurs führt mangels eines Inter-

¹⁾ Vgl. hierzu Vogelz: JB. 1933, 993.

essenten zur Verschlagung des Unternehmens und ganz geringer Quote. Der Liquidationsvergleich ist hier das Gegebene. Die zwangsweise Geltung der Mindestquote macht die wirtschaftliche Verwertung unmöglich. So lassen sich viele Beispiele geben. — Erwähnt sei dabei, daß nach einer neueren Mitteilung KonfTrW. 1933, 16 in der Textilbranche 1932 die Quote bei gerichtlichen Vergleichsverfahren durchschnittlich 54%, bei Konkursen ohne Zwangsvergleich 5,7% betragen hat.

Das Prinzip, unredlichen Schuldnern die Vergleichs-

abwicklung nicht zu gestatten, ist richtig. Es ist durch eine Reihe von Bestimmungen zu schützen. Das ist in der alten VerglD. ebenso der Fall gewesen wie im Entwurf der neuen. Ein indirekter Schutz besteht in der Vergleichsmindestquote. Die Anordnung der Mindestquote für den Liquidationsvergleich ist aber m. E. eine Überspannung. Was man will, ist hier besser auf direktem Weg zu erreichen, durch Verweigerung des Vergleichs bei unredlichem oder leichtsinnigem Verhalten. Einen Schutz gegen unredliche Abwicklung wird es entscheidend immer nur durch Personalauswahl geben.

Vereinbarungen über Teilnahme am Vergleichsverfahren.

In allen umfangreichen Vergleichsverfahren stehen Vergleichsberater und Vertrauensperson vor der Aufgabe, im Verhandlungswege mit den am Verfahren nicht beteiligten absonderungsberechtigten und bevorrechtigten Gläubigern eine angemessene Einigung über Stillehaltung oder Teilverzicht zu erzielen. Gleich wichtig sind die Verhandlungen mit den bei größeren Geschäftsbetrieben stets zahlreich vorhandenen Gläubigern aus gegenseitig noch nicht oder nicht voll erfüllten Verträgen, da diese Gläubiger gem. § 4 VerglD. am Vergleichsverfahren nicht beteiligt sind. Die Durchhaltung dieser Verträge würde zumeist das Zustandekommen oder die Ausführbarkeit des Vergleichs gefährden. § 28 VerglD. gibt deshalb dem Schuldner die Möglichkeit, mit Ermächtigung des Gerichts die Erfüllung abzulehnen mit der Folge, daß die entsprechende Schadenserstattung am Verfahren teilnimmt. Dieser immerhin umständliche und an kurze Fristen gebundene Weg wird in der Praxis meistens verkürzt. Der Vergleichsschuldner pflegt sich mit den betreffenden Gläubigern zu vereinbaren dergestalt, daß sie freiwillig ganz oder teilweise in eine Streichung des unvollständigen Vertrags willigen und mit den so zu berechnenden Schadenserstattungen am Vergleichsverfahren teilnehmen. Im Laufe der Jahre sind tausende derartiger Abkommen bereits getroffen worden.

Das RG. hat nun in RG. 129, 232 = JW. 1930, 2782 unzuweideutig erklärt, daß während des Vergleichsverfahrens eine derartige Vertragsänderung im Einvernehmen der Parteien unzulässig sei; „der Weg über die Erfüllungsablehnung mit Ermächtigung des Gerichts nach § 28 VerglD. sei als die einzige gesetzliche Möglichkeit anzusehen, um die Rechtsfolge gem. § 30 VerglD. herbeizuführen, daß der zunächst am Vergleichsverfahren nicht beteiligte Vertragsgegner mit seinem dann entstehenden Ersatzanspruch daran beteiligt und von dem abzuschließenden Vergleich befreit werde“. Diese Entscheidung, der sich neuerdings OLG. Dresden (7 O 162/31) angeschlossen hat, scheint unfaßbar und mit Sinn und Zweck der VerglD. unvereinbar. Denn im gesamten Schuldrecht herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit, sofern sie nicht ausnahmsweise und ausdrücklich im Gesetz ausgeschlossen ist, wie beispielsweise der Verzicht auf künftigen Unterhalt. Im übrigen kann grundsätzlich jeder Gläubiger jederzeit seine Forderung ermäßigen oder erlassen. Ebenso wie unbeschränkt der absonderungsberechtigte und der bevorrechtigte Gläubiger jederzeit sowohl vor wie nach Beendigung des Verfahrens auf seine Sonderrechte verzichten kann — und zwar ausdrücklich wie stillschweigend, insbes. durch Mitabstimmung und sonstiges konkludentes Verhalten (RG.: Konf. u. Trennhandw. 1929, S. 24) —, mit dem Erfolg, daß er alsdann am Vergleichsverfahren teilnimmt (Jaeger, Geschäftsaufsicht S. 113), muß es jedem nach § 4 VerglD. zunächst nicht beteiligten Gläubiger freistehen, auf das ihm zunächst zustehende Recht der Vollbefriedigung, also der Nichtteilnahme am Verfahren zu verzichten oder sich entsprechend vertraglich zu einigen (vgl. auch OLG. München: JW. 1926, 2108 f.; Lebh, VerglD., 3. Aufl. S. 21; Samolewicz: LZ. 1928, S. 464; dagegen Kiefow, VerglD., 4. Aufl. S. 111). Die gegenteilige Ansicht ist absolut formalistisch und entbehrt jedweder inneren und wirtschaftlich verständlichen Begründung. Denn das Vergleichsverfahren zielt ab auf eine grundsätzlich möglichst gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger. Verzichtet nun ein Gläubiger auf seine Sonderrechtsstellung und begnügt er sich mit der Vergleichsquote, so dient dies dem Zweck des Vergleichs und dem Interesse der gesamten beteiligten Gläubiger, da die Erfüllung des Vergleichs um so erheblicher gefährdet ist, je größer die Forderungen der nicht beteiligten Gläubiger sind. Unzulässig wäre lediglich eine Vereinbarung des Vergleichsschuldners mit einem Gläubiger des Inhalts, daß der Gläubiger trotz Betroffenseins vom Verfahren nicht betroffen sei, also ein Sonderverrecht erhalten solle.

Ein Verzicht auf die Vollbefriedigung und damit auf Sonderstellung gem. § 4 VerglD. reicht automatisch den betreffenden

Gläubiger mit seiner Forderung in die Zahl der beteiligten Gläubiger ein; denn wenn die Forderung ihres Sonderrechts entkleidet ist, kann und muß sie selbstverständlich gem. § 2 VerglD. berücksichtigt werden.

In vereinzelt Fällen haben Gläubiger, denen die erwähnte Entscheidung des RG. zur Kenntnis gelangt ist, versucht, nachträglich trotz der getroffenen Abmachungen eine Vollbefriedigung zu beanspruchen. Dem kann aber ohne weiteres ein Riegel vorgeschoben werden wie folgt:

In den erwähnten Vereinbarungen zwischen Schuldner und Gläubiger, daß er seine Vorzugsstellung aus § 4 VerglD. aufgibt und demgemäß mit seiner Ersatzforderung am Vergleichsverfahren teilnimmt, wird in aller Regel eine Vergleichsverbarung des Inhalts zu erblicken sein, daß der betreffende Gläubiger rechtlich genau so gestellt sein soll, wie ein am Verfahren beteiligter, daß er also Anspruch auf Befriedigung nur noch wie ein beteiligter Gläubiger haben soll. „Die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung ist unbedingt zu bejahen. Das Vertragsverhältnis selbst unterliegt trotz Eröffnung des Vergleichsverfahrens der Verfügung der Vertragsparteien. Sie können es jederzeit im Wege der Vereinbarung abändern und abwickeln, insbes. an Stelle des nichterfüllten Teils eine Schadenserstattung festsetzen und für die gesamte Forderung des Gläubigers vereinbaren, in welchem Umfang er noch Befriedigung erhalten soll, daß das in derselben Weise und in demselben Umfang geschehen soll wie bei den beteiligten Gläubigern und daß der betreffende Gläubiger auf weitere Befriedigung verzichtet. Durch eine solche Vereinbarung ist die Befriedigungsmöglichkeit für die beteiligten Gläubiger nicht nur nicht verschlechtert, sondern nur verbessert worden“ (OLG. Dresden 7 O 162/31; vgl. auch Kiefow, 4. Aufl. S. 111). Selbst wenn i. S. der Entsch. (RG. 129, 232 = JW. 1930, 2782) eine solche Vereinbarung nicht die Wirkung haben sollte, daß der beteiligte Gläubiger formell am Verfahren teilnimmt, also selbst wenn man solchem Gläubiger die Rechte nach §§ 73 Abs. 2 und 75 VerglD. absprechen wollte, so ist doch im übrigen der wirtschaftliche Erfolg der gleiche, nämlich die Abwicklung des Vertragsverhältnisses durch Streichung der Restschulde unter Festsetzung einer Schadenserstattung sowie die Beschränkung der Befriedigung des Gläubigers auf diejenigen Quoten, die sich bei anteilmäßiger Befriedigung neben den am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubigern ergeben würden.

Nimmt ein Gläubiger, der sich in dargelegter Weise mit dem Schuldner geeinigt hat, nach Bestätigung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens und nach Aufhebung des Verfahrens widerspruchlos die Teilquoten laufend entgegen, ohne Vollbefriedigung zu beanspruchen, so kann auch in diesem nachträglichen Verhalten eine durch konkludentes Verhalten erzielte Vereinbarung des Inhalts erblickt werden, daß dieser Gläubiger sich wie ein am Verfahren beteiligter behandeln lassen will.

RA. Dr. K i e n, Leipzig.

Steuerforderungen als Masseschulden im Konkurs.

Die Konkursöffnung mit ihren rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen bedeutet einen tiefen Einschnitt in die Stellung des Gemeinschuldners auch gegenüber den Steuerbehörden. Der laufende Steuerabschnitt wird durch die Konkursöffnung beendet, die auf das in die Konkursmasse fließende Vermögen des Gemeinschuldners einschließlich der Einkünfte daraus sich beziehenden Steueransprüche können nach der Konkursöffnung nicht mehr gegen den Gemeinschuldner — auch sofern dieser außerhalb des Konkurses Einnahmen hat —, sondern nur noch im Konkursverfahren gegen den Konkursverwalter geltend gemacht werden. Steueransprüche, die während des Konkursverfahrens aus der Verwaltung und Verwertung der Masse neu entstehen, gehen ebenfalls dem Gemeinschuldner nichts an, für die Erfüllung dieser zu den Masseschulden nach § 59 KO. gehörenden Steueransprüchen ist allein der Konkursverwalter verantwortlich. Er kann unter Um-

ständen sogar persönlich haftbar gemacht werden (§§ 103, 104 in Verbindung mit § 109 RAbgD. n. F.). Daher ist es für jeden Konkursverwalter wichtig, zu wissen, welche Steuerpflichten aus seiner Verwaltungstätigkeit entstehen können.

Die persönliche Haftung des Konkursverwalters kann z. B. praktisch werden, wenn er veräußert hat, zur Konkursmasse gehörende Kraftfahrzeuge des Gemeinschuldners rechtzeitig in der vorgeschriebenen Weise abzumelden. Nach § 12 Abs. 2 KraftStG. besteht die Steuerpflicht eines Kraftfahrzeugs automatisch bis zur ordnungsmäßigen Abmeldung fort, ohne Rücksicht darauf, ob es noch weiter benutzt ist. Läßt also der Konkursverwalter die zur Konkursmasse gehörenden Kraftfahrzeuge des Gemeinschuldners einfach in der Garage stehen, ohne sich um die Kraftfahrzeugsteuer zu kümmern, so geht nicht nur, solange die Steuerkarte läuft, der sonst im Interesse der Konkursmasse nach § 14 KraftStG. gegebene Anspruch auf Erstattung bereits gezahlter Steuer verloren bzw. müssen bei Zahlung der Steuer in Raten die bis zur Nachholung der Abmeldung fällig werdenden Raten weitergezahlt werden, sondern jedes Kraftfahrzeug muß auch nach Ablauf der Steuerkarte bis zur nachgeholtten Abmeldung oder auf Antrag des FinA. durchgeführten zwangsweisen Löschung — mindestens für einen Monat — noch nach versteuert werden (§ 22 Abs. 2 KraftStG. Zusatzbest.). Der Nachsteuerbescheid ergeht gegen den Konkursverwalter als für die Entrichtung der Steuer Verantwortlichen (RStB. v. 23. Sept. 1931, II A 302/31; RStB. 31, 856). Zur ordnungsmäßigen Abmeldung, durch die allein die Steuerpflicht beendet wird, gehört nach § 6 KraftVerkVd., daß Zulassungsbefcheinigung und Kennzeichen mit abgeliefert werden oder im Falle der Veräußerung der Zulassungsbehörde hiervon unter Einreichung einer Empfangsbefcheinigung über die Aushändigung der Zulassungsbefcheinigung an den Erwerber Mitteilung gemacht wird.

Keine neue Steuerpflicht nach § 3 Abs. 1 KraftStG. entsteht dagegen, wenn der Konkursverwalter im Interesse der Masse ein zu dieser gehörendes Kraftfahrzeug, für welches eine Steuerkarte auf den Namen des Gemeinschuldners läuft, weiterbenutzt. Denn das Recht zur Benutzung des Kraftfahrzeugs auf Grund der Steuerkarte geht im Zeitpunkt der Konkursöffnung kraft Gesetzes zugleich mit den steuerlichen Pflichten vom Gemeinschuldner auf den Konkursverwalter über, so daß dieser für die Restzeit der Gültigkeitsdauer der Steuerkarte als Benutzungsberechtigter ohne weiteres — ohne eine neue Steuerkarte lösen zu müssen — an die Stelle des Gemeinschuldners tritt (RStB. v. 5. Aug. 1932, II A 614/31; RStB. 32, 857).

Weitere Steuerpflichten während des Konkursverfahrens können durch die Verwertung der Masse entstehen. Insbesondere unterliegen die Entgelte, die der Konkursverwalter durch Veräußerung von Massegegenständen erzielt, der Umsatzsteuer, da die Liquidation der Masse eine Tätigkeit i. S. des § 1 Nr. 1 UmsStG. darstellt. Der Konkursverwalter ist daher verpflichtet, über die bei der Verwertung der Masse vereinnahmten Beträge von sich aus eine Steuererklärung abzugeben (RStB. v. 12. Febr. 1926, V A 323/25; RStB. 18, 211; JW. 1927, 1962).

Früher erstreckte sich die Umsatzsteuerpflicht auch auf Veräußerungen von Massegrundstücken durch den Konkursverwalter. Nach der neuen Vorschrift des § 2 Nr. 8 UmsStG. 1932 sind jetzt alle Grundstücksverkäufe i. S. des § 2 Nr. 8 UmsStG. mit Ausnahme derjenigen, die innerhalb eines auf Erwerb oder Veräußerung von Grundstücken gerichteten Unternehmens erfolgen, zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung von der Umsatzsteuer frei. Grundstücksverkäufe durch den Konkursverwalter bei Liquidation der Masse unterliegen daher nur noch der Grunderwerbsteuer und der Wertzuwachssteuer, falls eine solche in dem Lande, in dem das Grundstück liegt, erhoben wird. Die durch Grundstücksverkäufe entstehende Steuerpflicht kann der Konkursverwalter nur dadurch von der Masse abwehren, daß er die Grundstücke freigibt. Früher war dies bestritten (vgl. RStB. 25, 238 und Wassertrüdingen: JW. 1931, 287). Jetzt besteht in Rspr. und Schrifttum Übereinstimmung darüber, daß die durch Veräußerung eines an sich in die Konkursmasse fallenden, aber vom Konkursverwalter freigegebenen Grundstücks entstehende Wertzuwachssteuerschuld nicht zu den Masse-schulden gehört (RStB. 30, 264).

RegR. Dr. Kuno Frießcke, Rudolfstadt.

Steuerablösung und geringstes Gebot.

Es ist heute in der Zwangsversteigerung eine bekannte Erscheinung, daß ein dinglich Berechtigter die Stadtgemeinde wegen ihrer nach § 10 Ziff. 3 ZwVerfStG. bevorrechtigten Ansprüche befriedigt, um nach § 268 Abs. 3 BGB. an ihrer Stelle den Anspruch geltend zu machen. Daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des §§ 1150 bzw. 268 BGB. der Ablösungsberechtigte den auf ihn übergegangenem Anspruch mit dem Range aus § 10 Ziff. 3 ZwVerfStG. geltend machen kann, dürfte mit Rücksicht auf die Entsch. RG. 135, 32¹⁾ (vgl. auch 116, 368²⁾) nicht mehr zweifelhaft sein,

da auch hier das Vorrecht seine Grundlage nicht im öffentlichen, sondern im materiellen Recht findet (J a e c k e l - G ü t h e, Anm. 1 zu § 10; Anm. 12 zu §§ 37, 38). Es ist jedoch zu beachten, daß § 1150 BGB. nur den Hypothekengläubiger im Auge hat (RGKomm. Anm. 1). Auf Steuerforderungen ist er nicht entsprechend anwendbar (Staudinger zu § 1150, vor Anm. 1; DVB. Kiel v. 21. Dez. 1918; Schlesw-HolstAnz. 1919, 22). Dies bedeutet insofern eine Erschwerung, als es im Rahmen des § 268 BGB. nicht genügt, daß der Gläubiger lediglich den Eigentümer zur Zahlung aufgefordert oder die Hyp. gekündigt hat, sondern die Zwangsvollstreckung muß bereits begonnen haben und darf noch nicht beendet sein; einstweilige Einstellung nach § 30 ZwVerfStG. oder § 5 Teil 3 der NotVd. v. 8. 12. 1931 bedeutet allerdings noch keine Beendigung der Zwangsvollstreckung, da die Beschlagnahme mit allen ihren Wirkungen aufrechterhalten bleibt. Der Ablösungsberechtigte bedarf nun eines Titels gegen den Eigentümer. Lautet dieser auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück mit dem Range des § 10 Ziff. 3 ZwVerfStG. und wird demgemäß dieser Anspruch der Bildung des geringsten Gebots zugrundegelegt, so kann der Schuldner seine Zuschlagsbeschwerde insoweit auf § 83 Ziff. 1 ZwVerfStG. nicht stützen, und zwar auch dann nicht, wenn der betreffende Titel lediglich vorläufig vollstreckbar ist. Zwar bildet § 10 ZwVerfStG. die Grundlage für die Regelung des geringsten Gebots und die dadurch bestimmte gesetzliche Rangordnung ist in erster Linie maßgebend (J a e c k e l - G ü t h e, Anm. 1 und 3 zu § 10). Daß aber § 10 keine absolute Norm darstellt, ergibt sich einerseits aus § 83 Ziff. 1 i. Verb. m. § 84 ZwVerfStG., andererseits daraus, daß die Beteiligten eine Abweichung von der gesetzlichen Rangordnung vereinbaren können (J a e c k e l - G ü t h e, Anm. 3 zu § 10). Wenn nun auch ein derartiges Urteil, wenn es lediglich vorläufig vollstreckbar ist, mangels Rechtskraft keine Feststellungswirkung hat und auch die Voraussetzungen des § 894 ZPO. nicht gegeben sind, so geht doch seine Vollstreckungswirkung dahin, daß der Schuldner es zu dulden hat, daß der Anspruch des Gläubigers als nach § 10 Ziff. 3 ZwVerfStG. bevorrechtigt behandelt wird, so daß das Beschwerderecht des Schuldners aus § 83 Ziff. 1 ZwVerfStG. insoweit entfällt. Darauf, daß ein anderer Beteiligter Verletzung des § 83 Ziff. 2 geltend machen könnte, kann der Schuldner gem. § 100 Abs. 2 ZwVerfStG. seine Beschwerde nicht stützen. Legt allerdings ein anderer Beteiligter, gegenüber dem der betreffende Titel keine Wirkung hat, Beschwerde ein, so sind die Voraussetzungen des § 268 BGB. zu prüfen.

GerA. Dr. Seibert, Berlin.

Ist die Androhung des Ausbietens nicht betreibbarer Forderungen strafbar?

Die Wirtschaftskrise hat die Zahl der Schuldner, welche unpfändbar sind, oder den Offenbarungszeit geleistet haben, in erschreckendem Maße erhöht. In dieser Lage bleibt dem Gläubiger nur die Möglichkeit, entweder zu warten, bis der Schuldner wieder zu Geld gekommen ist, oder die Forderung durch Verkauf zu verwerten. An den Erwerb einer solchen Forderung kann jemand Interesse haben, der selbst bei dem Schuldner ein Debet-saldo hat und nun mit der erworbenen Forderung gegen seine Schuld aufrechnen will.

Von besonderer Bedeutung ist daher die Frage der Zulässigkeit des Ausbietens einer solchen Forderung zum Verkauf, oder auch nur der Androhung eines solchen Ausbietens. Verschiedentlich ist von Schuldnern und auch Staatsanwaltschaften wie Gerichten in einem derartigen Vorgehen der Gläubiger eine Erpressung oder Nötigung bzw. der Versuch eines solchen Vorgehens erblickt und ein Strafverfahren gegen die betreffenden Gläubiger eingeleitet worden.

Nun wird man aber das Vorliegen einer Erpressung oder eines Erpressungsversuches zu verneinen haben, wenn die Forderung zu Recht besteht; denn der Tatbestand der Erpressung setzt die Absicht voraus, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Ein Vermögensvorteil ist aber nur dann als ein rechtswidriger anzusehen, wenn der Täter auf ihn keinen Anspruch hat. Dieser Auffassung hat das OVG. Hamburg in zwei Urteilen v. 18. Jan. 1932 (R II 417/31) und neuestens v. 28. Nov. 1932 (R 442/32) im Gegensatz zu verschiedenen Kommentaren zum StGB. zum Ausdruck gebracht. Das letztgenannte Urteil führt dazu aus, daß ein Vermögensvorteil, auf den ein subjektives Recht dem Benötigten gegenüber besteht, selbst dann nicht zu einem rechtswidrigen werden kann, wenn zu seiner Erlangung rechtswidrige Mittel verwendet werden. Es könne auch nicht anerkannt werden, daß es den Bestimmungen des Prozeßrechts widerspreche, wenn die Maßnahmen des Gläubigers sogar dazu führten, daß der Schuldner sich von dritter Seite Mittel verschaffe, um die geltend gemachte Forderung zu befriedigen und ein öffentliches Ausbieten der Forderung zu vermeiden. Im übrigen sei auch eine derartige Androhung des Gläubigers nicht für die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteiles bestimmend.

Man hat nun aber auch in der Androhung eines Ausbietens der Forderung eine versuchte Nötigung erblickt, indem der Schuldner

¹⁾ JW. 1932, 1461.

²⁾ JW. 1927, 1751.

durch Bedrohung mit einem Vergehen der Beleidigung zum Bezahlen veranlaßt werden sollte. Allerdings ist mit dem Ausbieten einer Forderung zweifellos eine Diskreditierung des Schuldners verbunden. Eine strafbare Beleidigung des Schuldners ist aber trotzdem nicht gegeben, wenn nicht aus der Form der Androhung oder Veröffentlichung oder den Umständen, unter welchen sie geschieht, die Absicht der Beleidigung hervorgeht. Im übrigen sind die Maßnahmen des Gläubigers dadurch gedeckt, daß die Verfolgung berechtigter Interessen gegeben ist (§ 193 StGB.; Entsch. des OLG. Hamburg vom 28. Nov. 1932).

Das eben genannte Urteil des OLG. Hamburg räumt auch Bevollmächtigten des Gläubigers, insbes. Kreditinstituten, das Recht ein, zwecks Beitreibung der Forderung den Verkauf anzudrohen und evtl. durchzuführen. „Es gehört, wie allgemein bekannt, in den Aufgabenkreis der Einkassierungsbüros, mit allen zulässigen Mitteln die Eintreibung der ihr übertragenen Forderungen zu betreiben, so daß mit einem weitgehenden Einverständnis des Auftraggebers mit den Maßnahmen des Instituts gerechnet werden kann.“

Diese Entscheidungen sind für die Gläubiger und die Beitreibungsbevollmächtigten von großer Bedeutung.

N. Gerhard Koch I, Bremen.

Die Gesamthypothek im Zwangsversteigerungsverfahren nach §§ 76, 118 ZwVerfG.

Zweck und Ziel der Grundstücksbelastung mit einer Hypothek ist neben der Sicherheitsleistung die Befriedigung des Gläubigers wegen seiner Forderung aus dem belasteten Grundstück, letzten Endes im Wege der Zwangsversteigerung des Grundstücks durch Barzahlung aus dem Erlös desselben (§ 113 BGB.). Sind dem Gläubiger für seine Forderung mehrere Grundstücke verpfändet (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung und der Gläubiger kann seine Befriedigung nach Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teil suchen (§ 113 BGB.); er kann daher auch die Zwangsversteigerung aller verpfändeten Grundstücke betreiben. Tut er dies und wird bei der Versteigerung dieser Grundstücke z. B. auf eines derselben, etwa das wertvollste, so viel geboten, daß sein Anspruch sowie derjenige des etwaigen Beitrittsgläubigers einschließlich Kosten und Zinsen bis zum vermutlichen Verteilungstermin, ferner alle im Rang vorgehenden Ansprüche (§ 10 ZwVerfG.) und die Verfahrenskosten (§ 109 ZwVerfG.) gedeckt werden, so wird das Verfahren in Ansehung der übrigen Grundstücke von Amts wegen einstweilen eingestellt; die Einstellung unterbleibt, wenn sie dem berechtigten Interesse des Gläubigers widerspricht (§ 76 Abs. 1 ZwVerfG.).

Nun kann ja der Gläubiger im Versteigerungstermin vom Bieter sofort nach Abgabe des Gebots gem. § 67 ZwVerfG. Sicherheitsleistung verlangen; dieselbe muß, wenn vom Vollstreckungsrichter für erforderlich erklärt, sofort gewährt werden, widrigenfalls das Gebot zurückgewiesen werden muß; hierdurch ist dem Gläubiger ein Mittel in die Hand gegeben, sich einen zahlungsfähigen Steigerer auszusuchen bzw. einen zahlungsunfähigen fernzuhalten; bleibt ein Gebot aber seitens des Gläubigers unbeantwortet und deckt es alle oben erwähnten Ansprüche, so wird anzunehmen sein, daß dieses Gebot dem Interesse des Gläubigers gerecht wird, sonst hätte er ja Sicherheit vom Bieter verlangt; die Einstellung hinsichtlich der übrigen Grundstücke widerspricht also nicht dem berechtigten Interesse des Gläubigers, sofern nicht etwa eine Beschwerde gegen den Zuschlag zu befürchten ist; der Einstellung steht nichts im Wege, falls letzteres Moment ausscheidet.

Ist nun die Einstellung erfolgt, so kann der Gläubiger, dem übrigens gegen die Einstellung des Rechtsmittel der Beschwerde zusteht, seinerseits die Fortsetzung des Verfahrens verlangen, wenn er ein „berechtigtes Interesse daran hat, insbes., wenn er im Verteilungstermin nicht befriedigt worden ist“ (§ 76 Abs. 2 Satz 1 ZwVerfG.). Unter dieser „Befriedigung“ ist solche durch Barzahlung zu verstehen, weil sonst „die Aussicht, aus dem Meistgebot befriedigt zu werden, gänzlich ins Ungewisse gerückt ist“ (vgl. Kaefel-Güthe, zu § 76 Anm. 11 ZwVerfG. und Reinhard-Müller, zu § 76 Anm. 4 b ZwVerfG.). Der Fortsetzungsantrag kann zwar schon vor dem Verteilungstermin gestellt werden; da sich aber erst im Verteilungstermin feststellen läßt, ob der Ersteher Barzahlung leistet und hierdurch der Gläubiger bar befriedigt wird, ist die Entscheidung über den zuvor gestellten Antrag am besten bis zum Verteilungstermin auszusehen; ein sonstiges „berechtigtes Interesse“ an sofortiger Entscheidung wird wohl kaum vorliegen, zumal der Gläubiger ja drei Monate zur Antragstellung Zeit hat, vom Verteilungstermin an gerechnet (§ 76 Abs. 2 Satz 2 ZwVerfG.).

Leistet nun — entgegen den Bedingungen des Zuschlagsbeschlusses und wider Erwarten des Gläubigers — der Ersteher im Verteilungstermin keine oder keine vollständige Barzahlung, so muß insoweit die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten (im Rang ihres ursprünglichen Anspruchs) übertragen wer-

den (§ 118 Abs. 1 ZwVerfG.); diese Forderungsübertragung wirkt wie die Befriedigung aus dem Grundstück, wenn nicht vor Ablauf von drei Monaten seit dem Verteilungstermin der Gläubiger dem Vollstreckungsgericht gegenüber den Verzicht auf die Rechte aus der Forderungsübertragung erklärt oder die Zwangsversteigerung gegen den Ersteher des Grundstücks (sog. Wiederversteigerung) beantragt (§ 118 Abs. 2 ZwVerfG.); bis dahin besteht ein Schwebezustand; die Stellung des Fortsetzungsantrags aus § 76 Abs. 2 ZwVerfG. innerhalb derselben Dreimonatsfrist wird hierdurch nicht gehindert, auch wenn schließlich mit Umlauf der Frist aus § 118 Abs. 2 ZwVerfG. die Befriedigungswirkung der Forderungsübertragung eintritt; andererseits muß dem Fortsetzungsantrag stattgegeben werden, obwohl vielleicht mit Eintritt dieser Befriedigungswirkung zu rechnen ist; der Gläubiger hat nun einmal das materielle Recht aus § 1132 BGB. und das formelle aus § 76 ZwVerfG.; ob der Schuldner binnen der Notfrist von zwei Wochen seit Zustellung der Fortsetzungsanordnung einen Antrag auf Einstellung etwa gemäß § 5 Teil 3 der 4. NotW. v. 8. Dez. 1931 stellen kann, erscheint zweifelhaft; § 6 dajelbst spricht nur von der Zweiwochenfrist nach Zustellung der Versteigerungsanordnung (Einleitungsbeschluss) oder der Beitrittszulassung; die Bestimmung Ziff. II⁴ von Art. 1 Teil 2 NotW. des RPräs. v. 14. Juni 1932 spricht nur von Antragstellung wegen erneuter Einstellung des Verfahrens, nachdem eine Einstellung gemäß oben zitierten § 5 oder auf Einwilligung des betreibenden Gläubigers oder auf Anordnung des Prozeßgerichts erfolgt war; der Art. 1 Kap. 2 NotW. des RPräs. v. 27. Sept. 1932 gibt Erweiterungs Vorschriften zu § 18 Teil 3 der 4. NotW. v. 8. Dez. 1931 und berechtigt den Schuldner in Art. 2 Kap. 2 zur erneuten Stellung des Einstellungsantrags, falls Ablehnung seines früheren Antrages erfolgt war; auch der Nachtrag vom Komm. von Reinhard-Müller über die Einwirkungen des „Notrechts“ auf das ZwVerfG. enthält hierwegen keine Ergänzungsvorwerke zu §§ 76 und 118 ZwVerfG. Man wird deshalb die NotW. Bestimmungen zum Schutz des Schuldners als Ausnahmevorschriften nicht ausdehnend auslegen dürfen; das Notrecht scheidet deshalb gegenüber der Fortsetzungsanordnung aus § 76 Abs. 2 ZwVerfG. aus; dem Schuldner steht hiergegen nur das Rechtsmittel der Beschwerde zu; die letztere hat jedoch keine aufschiebende Wirkung; der Versteigerungstermin ist zu bestimmen.

Nun kann der Fall eintreten, daß einerseits die mitbelasteten Grundstücke, hinsichtlich welcher die Fortsetzung des Verfahrens angeordnet werden mußte, innerhalb der Dreimonatsfrist der § 118 Abs. 2 ZwVerfG. versteigert und zugeschlagen werden, sowie daß der Zuschlag rechtskräftig wird, andererseits der Gläubiger nach Umlauf dieser Dreimonatsfrist als befriedigt gilt, weil er etwa die Wirkungen der oben erwähnten Verzichtserklärung (Verlust der Forderung gegen den Ersteher und damit Verlust der Befriedigung aus dem Erlös des versteigerten Grundstücks einschließlich der Sicherungshypothek für die übertragene Forderung aus § 128 ZwVerfG.) oder die Folge der Stellung des Fortsetzungsantrags aus §§ 132, 133 ZwVerfG. (Kostenvorbehalt, erneutes längeres Verfahren) scheute und deshalb die Dreimonatsfrist aus § 118 Abs. 2 ZwVerfG. unbenutzt verstreichen ließ; die Folge dieser für den Gläubiger eingetretenen Befriedigungswirkung ist nun, daß nach dem durch den Zuschlag gemäß § 91 Abs. 1 ZwVerfG. eingetretenen Erlöschen der Hypothek an dem zuerst versteigerten Grundstück nunmehr auch der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen den Vollstreckungsschuldner erlischt mit der Wirkung, daß auch die nachträglich versteigerten mitverpfändeten Grundstücke von der Belastung mit der Hypothek gemäß § 118 Abs. 2 BGB. frei werden, falls Grundstückseigentümer und Schuldner dieselbe Person sind, also dem ersteren keine etwaige Ersatzforderung zusteht und er deshalb aus § 1182 BGB. die Hypothek nicht als solche erwirbt. Ein übervorsichtiger oder gar übelwollender Gläubiger hat es also in der Hand, durch fruchtloses Verstreichenlassen der Dreimonatsfrist aus § 118 Abs. 2 ZwVerfG. die Befriedigungswirkung eintreten zu lassen und trotzdem zuvor die mitverpfändeten Grundstücke, wie oben geschildert, zur Versteigerung zu bringen: der Erlös aus diesen Grundstücken fällt allerdings, da der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner erloschen ist, dem letzteren zu, soweit nicht vorgehende Berechtigte in Betracht kommen; der Schuldner verliert aber seine Grundstücke, sofern er sie nicht selbst gefeigert hat; fürwahr ein unbefriedigendes und in der heutigen Notzeit doppelt befremdendes Ergebnis angesichts des doch in erster Linie zum Schutz des Schuldners als Grundstückseigentümers, insbes. des landwirtschaftlichen, geschaffenen und mehrfach bereits ergänzten Notrechts. Man denke an den häufig vorkommenden Fall, daß ein aus Haus und Feldgrundstücken bestehender Landwirtschaftsbetrieb von einem Gesamthypothekengläubiger zur Versteigerung gebracht wird, daß der Schuldner die ihm auf Grund des Notrechts zustehenden Einstellungsmöglichkeiten erschöpft hat, daß dann der Erlös aus dem Hausgrundstück den Anspruch des Gläubigers

und der sonstigen oben erwähnten Berechtigten deckt und demgemäß nach § 76 ZwVerfStG die Versteigerung der Feldgrundstücke eingestellt wird, um wenigstens diese dem Schuldner zu retten; wenn darauf vom Gläubiger, welcher im Verteilungstermin nicht bar befriedigt wird und sich mit Forderungsübertragung begnügt, Fortsetzungsantrag gestellt wird und daraufhin auch die Feldgrundstücke versteigert werden, sobald beim Gläubiger Befriedigungswirkung eintritt, so daß die Feldgrundstücke sinnlos für den Schuldner verloren gehen, so wird man verstehen, daß letzterer hierfür kein Verständnis aufbringt. Summa inuria!

Um solch unbilliges Ergebnis zu verhüten, wäre eine Bestimmung dahin zu begrüßen, daß auf einen Fortsetzungsantrag aus § 76 Abs. 2 ZwVerfStG die Fortsetzungsanordnung erst dann erlassen zu werden brauchte, wenn feststeht, daß eine Befriedigungswirkung nach § 118 Abs. 2 ZwVerfStG nicht eingetreten ist; im Fall beantragter Versteigerung gegen den Erzieher könnte für die Entscheidung vielleicht sogar das Ergebnis der neuen Versteigerung abgewartet werden.

Was hat übrigens zu geschehen, wenn der Gläubiger den Fortsetzungsantrag gestellt hat, nachträglich aber als befriedigt gilt? § 76 Abs. 2 Satz 2 ZwVerfStG. betrifft nur den Fall, daß kein Fortsetzungsantrag innerhalb der Dreimonatsfrist gestellt wird; in diesem Fall gilt der Versteigerungsantrag hinsichtlich der mitverpfändeten Grundstücke als zurückgenommen; das Verfahren wird aufgehoben; in ersterem Fall dagegen wird gegen den Gläubiger, wenn er nicht freiwillig den Antrag zurücknimmt, ein zivilrechtlicher Anspruch auf Antragszurücknahme gegeben sein, sofern nicht aus §§ 766 ff. ZPO. gegen ihn vorgegangen werden kann.

J. R. Ertel, Karlsruhe.

Entgegnung.

Fälligkeit, Stundung und Vollstreckungsschutz bei Hypotheken und Grundschulden.

Zündorf: JW. 1933, 593 vertritt die Auffassung, der Vollstreckungsrichter müsse die Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung ablehnen, wenn „die Fälligkeit des Kapitals aus einer veralteten, vor Erlass der genannten Stundungsbestimmungen erteilten Klausel hergeleitet wird“. Dies erscheint mir unrichtig. Es ist herrschende Meinung, daß der Voll-

streckungsbeamte, sei es der Gerichtsvollzieher, der Rechtspfleger oder der Vollstreckungsrichter, bei der Einleitung der Vollstreckung nur die formalen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zu prüfen hat, d. h. ob ihm ein ordnungsgemäß mit der Vollstreckungsklausel versehener, — gegebenenfalls mit Anlagen — zugestellter Titel vorgelegt wird. Wird auf Grund eines solchen Titels die Vollstreckung beantragt, muß sie ausgeführt werden. Entspricht der Vollstreckungstitel nicht mehr der wahren Rechtslage, etwa weil die Fälligkeit infolge eines gesetzlichen Moratoriums nicht mehr gegeben ist, so ist es nach dem Aufbau des Vollstreckungsrechts Sache des Schuldners, gegen die Vollstreckung Einwendungen zu erheben, wie Zündorf a. a. O. dies mit Recht für die anhängigen Verfahren ausführt. Es liegt aber kein Anlaß vor, die Stellung des Vollstreckungsrichters in einem neuen Verfahren anders zu behandeln als in einem anhängigen Verfahren. Die materiellrechtliche Fälligkeit der Schuldsomme zu prüfen, ist nicht seine Aufgabe.

Dr. u. Dr. Dr. Wilhelm, Frankfurt a. M.

Vierte Tagung der Kriminalbiologischen Gesellschaft.

Zu Pfingsten 1933 (8. und 9. Juni) hält die Gesellschaft in Hamburg ihre vierte Tagung ab, deren wissenschaftliches Programm von zwei Gesichtspunkten beherrscht wird: Kriminalbiologische Materialsammlung und Sicherung und Sterilisation. In der ersten Gruppe werden Berichte vorgetragen: Többen, Münster (Beobachtungsergebnisse an 42 Lebenslänglichen), A. Lenz, Graz (Kriminogene Persönlichkeitsstruktur, insbes. des Sozialen), di Tullio, Rom (Heilpädagogik bei jugendlichen Verbrechern), Seelig, Graz (Anlage, Persönlichkeit und Umwelt bei den jugendlichen Schwerverbrechern Österreichs), Billinger, Hamburg (Verstandeschwäche, Arbeitslos und Arbeitslosigkeit bei jugendlichen Kriminellen), Kronfeld, Berlin (Persönlichkeit des Süchtigen), Loos, Wien (Arbeitslos), Friedemann, Berlin (Anlage und Umwelt bei kriminellen Geisteskranken und Psychopathen). In der zweiten Gruppe werden sprechen: Verwaack, Forest (Behandlung der verbrecherischen Psychopathen nach dem belgischen Gesetz der sozialen Verteidigung), Goll, Kopenhagen (Sterilisierungspraxis in Dänemark), Reuter, Graz (Sicherung der Gesellschaft vor Minderwertigen und Verbrechern durch Sterilisation), Fettscher, Dresden (Theorie und Praxis der Sterilisation). Ann. z. Teilnahme und Anfragen an UGDir. Rose, Altona-Blankenese, Sülldorfer Kirchenweg 33.

Schrifttum.

Die Gesetzgebung des Kabinetts Hitler. Die Gesetze in Reich und Preußen seit dem 30. Jan. 1933 in systematischer Ordnung mit Sachverzeichnis. Heft 1. Herausgegeben von Dr. Werner Hoche, MinR. im RMin. d. J. Berlin 1933. Verlag von Franz Vahlen. 348 S. Preis kart. 2,90 RM, Ganzleinen 3,50 RM.

Die von der Regierung der nationalen Erhebung im Reich und Preußen bisher geleistete Arbeit auf dem Gebiet der Gesetzgebung ist außerordentlich umfangreich. Da sie zudem auf zwei Gesetzblätter und zahlreiche Ministerialblätter verteilt ist, muß es dankbar begrüßt werden, daß der Verlag Vahlen in diesem Bande eine systematisch geordnete Zusammenstellung der v. 30. Januar bis 15. April ergangenen Gesetze und Verordnungen bietet. Auf den Aufruf des Kabinetts Hitler v. 1. Febr. 1933 folgen die Gesetze und wichtigsten Ausführungsbestimmungen in folgender Anordnung: A. Staatsrecht, B. Allgemeine Verwaltung, C. Beamtenrecht, D. Finanzwesen, E. Rechtspflege, F. Polizei, G. Wirtschaft, H. insbes. Landwirtschaft, I. Sozialversicherung und Arbeitslosenfürsorge, K. Sonstige Wohlfahrtspflege, Wohnungs- und Siedlungswesen, L. Arbeitsrecht, M. Verkehrswesen. Für die in Aussicht gestellten weiteren Hefte der Sammlung kündigt der Verlag die Beigabe der amtlichen Gesetzesbegründung an. Für die Sorgfalt des Werkes bürgt der Name des Herausgebers, dem wir so manches Werk auf dem Gebiet der Erschließung versteckter und zerstreuter Gesetzesquellen verdanken, das zum unentbehrlichen Hilfsmittel geworden ist. D. S.

Das Devisennotrecht in Rechtspflege und Wirtschaft. Herausgegeben von der Verwaltungs-Akademie, Berlin. Berlin u. Leipzig 1933. Walter de Gruyter & Co. 87 S. Groß-
oktav. Preis 2 RM.

Die von der Verwaltungs-Akademie Berlin auf Veranlassung

des RGPräs. veranstalteten Vorträge über das Devisennotrecht sind in der Schrift zusammengestellt. MinDir. Dr. Boltmar behandelt die Einwirkung des Devisennotrechts auf Zivilprozess und ZwVollstr., RA. Dr. Leo Sternberg erörtert die Einwirkung des Devisennotrechts auf das Grundbuch- und Notariatsrecht, RegR. Dr. Gartenstein beschäftigt sich mit den Auswirkungen der Praxis der Devisenbewirtschaftungsstellen in Fragen des Devisennotrechts auf die Wirtschaft. — Ubersichtliche Gliederung, erschöpfende Beherrschung des Stoffes und Klarheit der Form zeichnen alle drei Darstellungen aus.

Jeder, der sich mit der schwierigen Materie des Devisennotrechts befassen muß, wird der Verwaltungs-Akademie Berlin dafür dankbar sein, daß sie die interessanten und belehrenden Ausführungen der Vortragenden durch die Drucklegung weiteren Kreisen vermittelt hat. D. S.

Warnechers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts einschließlich der dieses Gebiet betreffenden steuerrechtlichen Entscheidungen, sowie des Notverordnungs- und Anwaltschaftsrechts. Unter Mitwirkung von OLG R. Dr. Buchwald, Hilfsrichter am RG., Leipzig, und Dr. Weber, OGR., Elsterberg i. B. Herausgegeben von Dr. jur. Otto Warnecher, OGR., Leipzig, und Dr. jur. F. Koppe, RA., Berlin. 31. Jahrg., enthaltend Schrifttum und Rechtsprechung vom Herbst 1931 bis 1932 nebst einem alphabetischen Sachregister. Berlin 1933. Industrie-Verlag Spaeth & Linde. 484 S. Preis geb. 12,80 RM.

Der neue Jahrgang des bekannten Jahrbuches ist zwar umfangreicher (obwohl billiger) als der vorhergehende, hält sich aber von irgendwelchen Neuerungen fern. Im Vorwort teilt der Begründer und Hauptbearbeiter mit, daß die Wiedergabe von Rechtsprechung und Rechtslehre letzten Endes auf den Erfahrungen be-

ruhe, die er von 1906 bis 1912 bei der Schaffung des Nachschlagerverkes beim RG. gesammelt habe. Über Einrichtung und Durchführung dieses großen Repertoriums weiß der außerhalb Leipzigs tätige Jurist kaum etwas. Gerade für den Berater von revisionslustigen Parteien ist daher durch das Warneperische Jahrbuch eine besonders wertvolle Hilfe geschaffen.

D. S.

Konkursordnung.

Franz Menzel, Senatspräsident beim Reichsgericht: Kommentar zur Konkursordnung. 4., neubearb. Aufl. Mannheim 1932. J. Benschheimer. Preis 17 RM, in Leinen 20 RM.

Daß in der neuen Auflage das seit der 3. Auflage herausgekommene konkursrechtliche Material verarbeitet worden ist, versteht sich von selbst. Verf. weist im Vorwort auf einiges hin, das wegen seiner Bedeutung für die Praxis von ganz besonderem Interesse ist. An erster Stelle steht der Eigentumsvorbehalt an Waren, die zur Weiterveräußerung bestimmt sind. Verf. meint, daß über die Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit dieser Rechtsform in Laien- und selbst in Juristenkreisen noch immer eine bedauerliche Unsicherheit herrscht. Er bemerkt dazu: „In der neuen Auflage hat der Verf. es sich angelegen sein lassen, in eingehenden Ausführungen an Hand der Rechtsprechung und des Schrifttums Klarheit zu schaffen und den Gläubigern spätere Enttäuschungen zu ersparen (S. 254 ff.).“ Dieht man an der angezogenen Stelle nach, so findet man u. a. folgende Ausführungen (S. 255): „Das Aussonderungs- oder das Erbschaftsaussonderungsrecht des § 46 wird auch nicht dadurch im Konkurs des Erstkäuferes gesichert, daß diesem die Weiterveräußerung nur unter der Bedingung gestattet wird, daß dem weiteren Abkäufer gegenüber das Eigentum zugunsten des Erstverkäufers bis zur vollständigen Bezahlung seines Kaufpreises vorbehalten wird. Denn wenn der Zweitkäufer bereits vor der Konkursöffnung über das Vermögen des Erstkäuferes an diesen den Kaufpreis bezahlt hatte, so ist der Eigentumsvorbehalt beseitigt.“ Ich gestehe, daß ich das nicht verstehe. Wenn auch die Ausdrucksweise des Verf. nicht ganz klar ist, so will er doch offenbar folgenden Fall sehen: Dem Erstkäufer ist die Weiterveräußerung nur unter der Bedingung gestattet, daß er dem Abkäufer gegenüber das Eigentum des Erstverkäufers bis zur vollständigen Bezahlung „seines“, d. i. des dem Erstverkäufer gebührenden Kaufpreises vorbehält. Denn einmal kann sich „seines“ grammatisch nur auf das letzte vorausgehende Substantiv, d. i. „Erstverkäufers“ beziehen. Sodann hat doch der Erstverkäufer nur ein Interesse an dem Vorbehalt seines Eigentums, bis er befriedigt ist. Weiter liegt so auch offenbar der Fall, der Menzels Ausführungen zugrunde liegt: RG. 133, 41 = JW. 1932, 164 ff. Und endlich wäre bei anderer Auffassung an dem Fall überhaupt nichts Problematisches. Liegt aber der Fall so, und der Erstkäufer und Weiterverkäufer überträgt, getreu seiner dem Erstverkäufer gegenüber übernommenen vertraglichen Verpflichtung, dem Zweitkäufer das Eigentum nur unter der Bedingung, daß der Erstverkäufer wegen seines Kaufpreisanspruches vollständig befriedigt ist, so erwirbt der Zweitkäufer das Eigentum doch nicht schon, wenn er den Kaufpreis an den Weiterverkäufer bezahlt hat, sondern erst dann, wenn dieser (aus dem erhaltenen Kaufpreis) den Erstverkäufer befriedigt hat. Ob sich der Zweitkäufer auf eine solche Bedingung einläßt, ist eine andere Frage. Er wird sich vermutlich das Recht ausbedingen, den dem Erstverkäufer gebührenden Teil seines Kaufpreises unmittelbar an diesen zu zahlen, um sich auf diese Weise das Eigentum zu verschaffen. Daß in der Tat solche Abmachungen vorkommen und von den Abkäufern hingenommen werden, zeigt RG. 133, 41 ff. = JW. 1932, 164 ff. Verf. fährt fort: „War aber z. B. der Konkursöffnung vom Zweitkäufer noch nicht gezahlt, so hat der Konkursverwalter sowohl hinsichtlich des Erstkaufs als auch hinsichtlich des Weiterverkaufs das Wahlrecht nach § 17 und es steht ihm frei, in das zweite Geschäft einzutreten, die Erfüllung des ersten aber abzulehnen (RG. 133, 40). Tut er dies, so zieht er den Kaufpreis aus dem Weiterverkauf zur Masse, dadurch geht der Eigentumsvorbehalt auch gegenüber dem Zweitkäufer unter und der Erstverkäufer hat lediglich wegen des Schadensersatzes aus dem Erstkauf (§ 26) eine Konkursforderung.“ Diese Ausführungen sind nicht minder befremdlich. Und dasselbe gilt von der RGEntsch., auf die sich Verf. beruft. Es ist schon unklar, wie es mit Treu und Glauben zu vereinbaren ist, daß der Konkursverwalter in den Weiterverkauf eintritt, die Erfüllung des Erstkaufs aber ablehnt. Stellt man sich aber selbst auf den Standpunkt, daß dies der Fall sei oder daß für den Konkursverwalter der Grundsatz von Treu und Glauben nicht gilt, so bleibt unklar, wie denn der Konkursverwalter seine Vertragspflicht gegenüber seinem Abkäufer, nämlich diesem das Eigentum zu verschaffen, erfüllen will, ohne daß er zugleich den Eintritt der

Bedingung herbeiführt, von dem der Eigentumserwerb des Abkäuferes abhängt, nämlich die Befriedigung des Erstverkäufers. Am unklarsten aber ist, warum das Eigentum des Erstverkäufers dadurch untergehen soll, daß der Konkursverwalter den Kaufpreis aus dem Weiterverkauf zur Masse zieht, immer unter der Voraussetzung, daß der Gemeinschuldner vertragsgemäß den Eigentumserwerb des Abkäuferes von der Befriedigung des Erstverkäufers abhängig gemacht hat. Dabei ist gleichgültig, ob die Ablehnung des Eintritts in den Weiterverkauf durch den Konkursverwalter dem Abkäufer gegenüber gemäß § 161 I S. 2 BGB. unwirksam und deshalb die Aufrechterhaltung des Weiterverkaufs nicht einer Verfügung gleichzuachten wäre (worauf Müller: JW. 1932, 1658/9, ein so großes Gewicht legt). Denn selbst, wenn die Aufrechterhaltung des Weiterverkaufs der Ware unter gleichzeitiger Ablehnung des Eintritts in ihren Ankauf keine unrechtmäßige Verfügung ist und daher ein Erbschaftsaussonderungsrecht (§ 46 RD.) nicht begründet, geht das Eigentum des Erstverkäufers dadurch nicht verloren. Diesen Eigentumsverlust und den Übergang des Eigentums auf den Abkäufer kann der Konkursverwalter nur durch Eintritt in den Erstkauf und Befriedigung des Erstverkäufers herbeiführen. Bis dahin bleibt dem Erstverkäufer der Eigentumsanspruch gegen den Abkäufer. Der Erstverkäufer behält aber auch den Eigentumsanspruch gegen den Gemeinschuldner und insoweit ein Aussonderungsrecht (§ 43 RD.) gegenüber der Konkursmasse. Denn passiv legitimiert für den Herausgabeanspruch des Eigentümers ist unstreitig auch der mittelbare Besitzer; und ebenso ist nach RG. 54, 397 mittelbarer Besitzer der Verkäufer, der unter Eigentumsvorbehalt übergibt (M. Wolff, Sachenrecht, 9. Bearb., § 811 b). Es ist damit unvereinbar, wenn RG. 133, 43 sagt: „Denn da sich die Wagen bei Eröffnung des Konkurses nicht mehr im unmittelbaren oder auch nur mittelbaren Besitze der Gemeinschuldnerin befanden, so wurde durch die etwaigen Rückgabeansprüche der Verkäuferin gegen die Gemeinschuldnerin die fernere Erfüllung der von dieser getätigten Weiterverkäufe in keiner Weise behindert.“

Wie erklärt sich nun die Ansicht des RG. und Menzels? Vielleicht glauben sie, daß durch Ablehnung des Erstkaufs durch den Konkursverwalter zugleich mit dem Kaufpreisanspruch des Erstverkäufers auch die Bedingung des Eigentumserwerbes des Abkäuferes gegenstandslos werde. Aber einmal wäre auch diese Ansicht irrig. So wie im Falle des § 455 BGB. die Ablehnung der Erfüllung durch den Konkursverwalter der Masse nicht das Eigentum verschafft, vielmehr gerade umgekehrt die Bedingung ihres Eigentumserwerbes zum Ausfall bringt (Jaeger, 6. u. 7. Aufl., Anm. 15 zu § 26), so gilt entsprechendes in bezug auf die durch Befriedigung des Erstverkäufers bedingte Anwartschaft des Abkäuferes. Außerdem behauptet Menzel ja, daß der Erstverkäufer auch dann sein Eigentum verliere, wenn der Abkäufer vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erstkäuferes diesen befriedige. So bleibt nur die Erklärung, daß das RG. und Menzel den Fall des § 455 BGB. für den einzigen zulässigen Fall eines Eigentumsvorbehalts, daß sie es m. a. W. für unzulässig halte, dem Käufer gegenüber das Eigentum eines Dritten bis zur Zahlung des Kaufpreises seitens des Verkäufers an diesen Dritten vorzubehalten. Es ist indessen nicht abzusehen, warum das unzulässig sein soll. Der Käufer kann Eigentum wissentlich vom Nichteigentümer ohnehin nur auf Grund der Einwilligung des dritten Eigentümers erwerben (§ 185 BGB.). Diese Einwilligung kann eingeschränkt erteilt werden (Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 40), also auch unter der Bedingung der Auserlegung eines weiteren Eigentumsvorbehalts zugunsten des Erstverkäufers bis zu dessen Befriedigung durch den Erstkäufer (so auch RG. 133, 44/5). Der Abkäufer kann sich — wie gesagt — dadurch sichern, daß er die Erfüllung der Kaufpreisschuld des Erstkäuferes in Anrechnung auf seine eigene Kaufpreisschuld übernimmt.

Prof. Dr. James Goldschmidt, Berlin.

Dr. jur. Karl von Caarttsberg, Frankfurt a. M.: Die Anstellungsverträge der Organmitglieder im Konkurs handelsrechtlicher Körperschaften. (Heft 17 der Gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen in Verbindung mit der Vereinigung für Aktienrecht, herausgegeben von Dr. Arthur Rußbaum, Prof. an der Universität Berlin.) Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. Preis 3 RM.

Langfristige Anstellungsverträge der Organmitglieder verschlechtern im Konkurs juristischer Personen die Aussichten für die nichtbevorrechtigten Gläubiger in erheblicher Weise. Eine Besserstellung der Gläubiger würde erzielt werden, wenn die sehr bestrittene Ansicht, daß solche Anstellungsverträge gem. § 23 RD. ohne weiteres mit der Konkursöffnung erlöschen, gerechtfertigt wäre. Das von der herrschenden Meinung dem Konkursverwalter

zugebilligte Recht, diese Verträge gem. § 22 R.D. zum nächsten gesetzlichen Termin aufzukündigen, schafft keine ausreichende Abhilfe, da die Schadenersatzansprüche der Bekündigten meist sehr hoch sind.

Der Verf. untersucht die Bedeutung der Anstellungsverträge im Rahmen der rechtlichen Gesamtbeziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren bestellten Organen, insbes. die Frage, ob für das Organmitglied das Recht und die Verpflichtung zur Ausübung der Organtätigkeit auf dem einseitigen Bestellsatz oder auf obligatorischer Vertragsgrundlage beruht. Er verneint die Anwendbarkeit der Regeln, die die R.D. für die Behandlung laufender Verträge aufstellt, auf die zwischen einer in Konkurs geratenen Gesellschaft und ihren Organmitgliedern bestehenden Anstellungsverträge. Sie erlöschen weder nach § 23 R.D., noch kann sie der Konkursverwalter nach § 22 aufkündigen oder durch negative Ausübung des Wahlrechtes aus § 17 R.D. zur Erledigung bringen.

Aus Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und des Arbeitsrechts folgert der Verf. jedoch, daß die geschäftsführenden Organe handelsrechtlicher Gesellschaften von der Konkursöffnung ab nur noch Anspruch auf eine den veränderten Verhältnissen angemessene Vergütung haben, während die den Mitgliedern des Aufsichtsrats zugesicherten Bezüge ganz entfallen. Ein Anspruch auf Schadenersatz wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses wird den Organmitgliedern versagt. Auch wird ihnen das Recht abgesprochen, während der Dauer des Konkursverfahrens ihr Amt wegen der Schmälerung oder des Fortfalls ihrer Vergütung niederzulegen.

Auch wer dem Verf. nicht in allen Teilen seiner Ausführungen zustimmen kann, wird seine Darstellung, in welcher Rechtsprechung und Rechtslehre eingehend verarbeitet sind, mit großem Interesse lesen und viel Anregung dabei finden.

D. S.

Dr. jur. Karl Herling: Konkursrechtliche Schranken der Aufrechenbarkeit. (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Leipziger Juristen-Fakultät, Heft 68.) Leipzig 1932. Verlag von Theodor Weicher. 45 S.

Die §§ 53—56 R.D. über die Aufrechnung im Konkurs sind so gefaßt, daß die Bedeutung dieser Vorschriften nichts weniger als ohne weiteres zweifelsfrei erkennbar ist. Ein Blick in die gebräuchlichen Erläuterungswerke zur R.D. zeigt im Gegenteil eine Fülle von Schwierigkeiten und Zweifeln, die die Erfassung und die Anwendung dieser Bestimmungen hervorruft. Herling hat sich der Erörterung der Streitfragen nach Methode und Ergebnis mit Gründlichkeit und richtigem Blick unterzogen. Der Leser findet in systematischem Zusammenhange den sechsten Teil der R.D. von allen Seiten so beleuchtet, daß sich ihm sein Verständnis sehr erleichtert. Der wissenschaftliche Wert der Schrift wäre nicht geringer, der praktische größer, wenn auch ein Wortverzeichnis die vielen behandelten Punkte deutlicher anzeigen, als es das vorhandene systematische Inhaltsverzeichnis seiner Natur nach vermag.

H. Dr. Plum, Rln.

Ludwig Laß: Konkursrecht. (Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung von Rudolf Stammler. Teil X.) Berlin 1931. Verlag G. Stille. IV und 64 S. Preis 3,50 RM.

Entsprechend dem enzyklopädischen Zwecke des Gesamtwerkes will Laß nur die Grundzüge des Konkursrechtes darstellen. Nach einer Einleitung über den Begriff des Konkurses, die Quellen und das Schrifttum wird der Stoff in fünf Abschnitten vorgeführt: 1. Geschichtlicher Überblick über das römische Recht, seine Fortbildung in Italien, das ältere deutsche Recht, das gemeine Recht und die partikularrechtliche Reform; 2. das materielle Konkursrecht; 3. das Konkursverfahren; 4. besondere Konkursarten; 5. Vergleich zur Abwendung des Konkurses. Überall nimmt der Verf. Bedacht auf die Grundfragen. Er lehnt den Konkursanspruch, das Beschlagnahmerecht, die Eigenschaft der Gläubigerschaft als einer Personengesamtheit, die Voraussetzung einer Vielheit von Gläubigern ab. Hinsichtlich der Stellung des Konkursverwalters schließt er sich der Amtstheorie des RG. an (176, 184). Auch darin folgt er dem RG., daß er die Notwendigkeit gerichtlicher Verfolgung des Anfechtungsrechtes behauptet. Den Zwangsvergleich betrachtet er als dreiseitigen Akt, der durch das Zusammenwirken von Schuldner, Gläubiger und Gericht zustande kommt. Das Streben nach Kürze hat offenbar den Verf. verleitet, den § 42 R.D. zwar zu nennen, aber seinen Inhalt nicht zu berücksichtigen, indem er sagt, daß nur vor der Konkursöffnung vorgenommene Handlungen angefochten werden können (173, 174). Vielleicht hat er auch um der Kürze willen die Zuständigkeitsregel mit den Worten des § 71 R.D. beschrieben, wonach ausschließlich das AG. zuständig sein soll, „bei welchem der Gemeinschuldner seine gewerbliche Niederlassung hat“. Das AG. ist doch kein Ort i. S. von Ortschaft oder Gemeinde; es kann im ganzen Reich kein AG. geben, bei dem eine

gewerbliche Niederlassung besteht. Aus der ZPD. will Laß auch die Vorschr. über Gerichtssprache und Sitzungspolizei entnehmen. Allerdings verweist § 72 R.D. nur auf die ZPD. als ergänzendes Gesetz. Obgleich die Gerichtsverfassung wesentlicher Bestandteil des Zivilprozessrechtes ist, so darf man doch das BGB., das noch andere Dinge als die Gerichtsverfassung behandelt, nicht als Bestandteil der ZPD. auffassen; seine Anwendbarkeit auf das Konkursverfahren ergibt sich aus § 2 EGBGB. Daß das Konkursverfahren i. S. der Reichsjustizgesetze zur streitigen Gerichtsbarkeit gehört, bekennt Laß in § 13 Num. 1. Die Darstellung ist sonst bei aller Kürze sehr klar und scharf. Trotz der Beschränkung auf die Grundzüge regt Laß fortwährend zum Nachdenken an. Die Schrift wird sich für junge Juristen, die gewohnt sind, mit den Quellen in der Hand zu arbeiten, insbes. zur Wiederholung, recht gut eignen.

Geh. JR. Prof. Dr. Kleinfeller (+), Kiel.

Dr. jur. Wilhelm Heister, Regierungsrat: Der Konkursverwalter im Steuerrecht. Berlin 1932. Verlag von Franz Vahlen. 79 S. Preis 2,20 RM.

Die Fragen der Steuerhaftung im Konkursverfahren, Haftung der Konkursmasse für vorkonkursmäßige Steuerschulden, der Steuerschulden während des Konkurses, der steuerlichen Pflichten und Haftungen des Konkursverwalters, der formalen Behandlung der Steuerforderungen von Seiten der Steuerbehörde wie des Konkursverwalters im Konkursverfahren, kurz ziemlich alle Beziehungen zwischen Steuerfiskus und Konkursverwalter sind schon häufig Gegenstand höchstgerichtlicher Rechtsprechung gewesen. Die auftretenden Fragen sind auch nahezu sämtlich durch die Rechtsprechung des RG. und des OGH. geklärt. Es ist ein Verdienst des Verf., alle die den Konkursverwalter irgendwie berührenden Steuerfragen in seiner Schrift im Zusammenhang behandelt zu haben. Er selbst sagt in seinem Vorwort: „Der Zweck der Abhandlung sei lediglich der, für den Konkursverwalter ein kleines Hilfswerk zu schaffen, aus dem er sich ein Bild von seiner Stellung zur Steuerbehörde machen kann.“ Diese Aufgabe ist gut gelöst, Schrifttum und Rechtsprechung sind vollständig berücksichtigt, die Darstellung ist durchweg klar und überzeugend und es kann die Schrift jedem Konkursverwalter angelegentlichst empfohlen werden.

RA. Dr. Wilhelm Kiefe, Stuttgart.

Gerichtsassessor Dr. Harry Hochmuth: Die Erfaßaussonderung. (Heft 63 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien.) Leipzig 1931. Verlag von Theodor Weicher. XI und 96 S.

Der Verf. gibt eine Darstellung der Lehre von der Erfaßaussonderung, die im § 46 R.D. ihre gesetzliche Grundlage hat. Der § 46 R.D. beruht auf Erwägungen, die später im § 816 BGB. einen weiteren Ausbau erfahren haben; der § 816 macht daher auch in gewissem Umfange den § 46 entbehrlich (S. 26). Hat der Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung den der Aussonderung unterliegenden Gegenstand veräußert und die Gegenleistung eingezogen, so ist der Aussonderungsberechtigte auf eine Konkursforderung angewiesen, auch wenn die Gegenleistung noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist; mit Recht bezeichnet der Verf. diese Regelung als unbillig (S. 15). Auch an anderer Stelle zeigt der Verf., wie sehr bei der Anwendung des § 46 der Zufall eine Rolle spielt. In eingehenden rechtshistorischen Untersuchungen (S. 60—79) wird nachgewiesen, daß der Anspruch aus § 46 die rechtliche Natur eines Aussonderungsanspruchs habe. Die Ansicht ist wohl zutreffend. Sie führt aber dazu — und der Verf. zieht diese Folgerung auch —, daß § 46 nicht anwendbar ist, wenn die vom Verwalter eingezogene Gegenleistung nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden ist, d. h. § 46 versagt immer, wenn die Gegenleistung in Geld bestanden hat. In den meisten Fällen wird dieser Mangel allerdings dadurch ausgeglichen, daß der Berechtigte eine Massforderung nach § 59 Nr. 3 R.D. hat; ist die Masse aber besonders unzulänglich, so erleidet er durch den Zufall der Einziehung und Vermischung des Geldes einen Schaden. Der Verf. bekämpft die Meinung des RG., daß die Erfaßaussonderung die Widerrechtlichkeit der Veräußerung erfordere (S. 18 ff.), eine Ansicht, die das RG. erst neuerdings wieder bekräftigt hat (RG. 133, 40 = ZB. 1932, 164). Im Erfolge kommt er aber zu dem gleichen Ergebnis wie das RG.; auch er erklärt S. 25 ff. den § 46 nicht für anspruchsbegründend, sondern nur für anspruchserstärkend: die Erfaßaussonderung ist nur gegeben, wenn der Aussonderungsberechtigte infolge der Veräußerung auch ohne Rücksicht auf den Konkurs einen Anspruch gegen den Veräußerer hätte. Den praktisch bedeutsamsten Fall der Erfaßaussonderung, die Veräußerung von Sachen, die unter Eigentumsvorbehalt erworben worden sind, löst der Verf. daher auch ebenso wie das RG.: Erfaßaussonderung, wenn der Käufer zur Weiterveräußerung nicht befugt war, Konkursforderung, wenn er eine solche Befugnis hatte (S. 27). Zum Schluß werden drei Einzelfragen behandelt. S. 82—87 erörtert der Verf., ob die schuldhaft Veräußerung fremder Sachen durch den Konkursverwalter

eine Masseschuld begründe; er bejaht die Frage, doch muß ich gestehen, daß mir seine Beweisführung auf S. 87 nicht einleuchtet. Die Frage, ob eine vom Gesetz nicht gewährte Ersatzaussonderung wirksam vereinbart werden könne, wird S. 88, 89 verneint. M. E. mit Recht. Es handelt sich hier um eine vertragliche Ausdehnung des § 392 Abs. 2 HGB. auf Verhältnisse, die nicht Kommissionsverhältnisse sind, eine künstliche Erfindung, die zum Vorteil eines und zum Schaden aller anderen Gläubiger die Kreditlage des Schuldners noch mehr verschleiern soll, als es der gewiß nicht zu unterstützende Eigentumsvorbehalt an Wiederverkaufswaren schon tut. Über die schließlich S. 90 ff. bejahte Frage, ob § 46 auch für Absonderungsrechte gelte, also neben einer Ersatzaussonderung auch eine Ersatzabsonderung anzuerkennen sei, kann man vielleicht anderer Meinung sein als der Verf.

Im ganzen wird man sagen können, daß der Verf. sein Thema ausgeschöpft hat. Er bringt eine reiche Kasuistik, und es wird kaum eine Frage geben, auf die man in der Abhandlung keine Antwort findet. Zu bedauern ist vielleicht, daß der Verf. an keiner Stelle auf die VerglD. eingeht; die Ersatzaussonderung kann hier immerhin insofern von Bedeutung sein, als der wirkliche Ersatzaussonderungsanspruch nicht von dem Vergleich betroffen wird. Die neuere Spezialliteratur des Konkursrechts ist nicht allzu umfangreich; die hochmutische Schrift bildet eine wertvolle Bereicherung.

SenPräs. am NG. Dr. Kieszow, Berlin.

Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz mit Erläuterungen. Auf d. Grundl. d. Sydow-Busch'schen Textausg. m. Anm. in 16. Aufl. neubearb. von Dr. L. Busch, RM. i. R., und D. Krieg, VDir. (Guttentagsche Samml. Deutscher Reichsges. Nr. 13.) Berlin u. Leipzig 1932. Verlag von Walter de Gruyter & Co. Taschenformat. V, 870 S. Preis 12 RM.

Nach dem Tode des unbergesslichen Busch (s. über ihn JW. 1932, 1538), der dieses Gesetz so musterhaft wie die ZPO. mit Sachkunde und praktischem Sinn erläutert und in unermüdlicher Arbeit durch mehr als drei Jahrzehnte aus einem zuerst dünnen Bändchen (der 8. Aufl. i. J. 1900) den jetzt vorl. Handkommentar mittleren Umfangs geschaffen hat, hat Krieg — der seit 1923 als Mitherausgeber zeichnet — das Werk in dem gleichen Rahmen weitergeführt.

Der Kommentar kommt mit der 16. Aufl. auf seinem Gebiete, der KO., VerglD. und des AnfechtG., an Bedeutung seinem Gegenstück, dem Sydow-Busch, Kommentar zur ZPO., gleich. In weitgehender Berücksichtigung von Rpr. und Rechtslehre bis zum Frühjahr 1932, erfüllt er alle Anforderungen, die man an einen Handkommentar stellen kann, der rasch und zuverlässig über alle Rechtsfragen unterrichtet, ohne bis ins kleinste den einzelnen Streitfragen wie ein großer Kommentar nachzugehen.

Für den praktischen Gebrauch ist das Werk ausgezeichnet. Die Tatsache, daß der Verlag eine Verbreitung dieses Kommentars in bisher 150 000 Exemplaren bei 16 Auflagen anzeigen kann, gibt den besten Beweis für die Bedeutung des Werkes. D. S.

Dr. jur. Helmut Ullmann, Dresden: **Der Einfluß des Konkurses auf Wiederkehrschuldverhältnisse.** (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Leipziger Juristenfakultät. Heft 76.) Leipzig 1933. Verlag von Theodor Weicher. Preis 3 RM.

Vergleichsordnung.

Amtsgerichtsdirektor Dr. Paul Schumann, Leipzig: **Wichtige Streitfragen aus dem Rechte der Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927.** (Archiv für Insolvenzrecht und Treuhandspraxis. Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft Leipziger Konkursverwalter und Vertrauenspersonen e. V. Leipzig, September 1932. Heft 1.) Verlag Emil Freter, Leipzig. 28 S.

Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einföhrungsgesetz und Begründung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. Berlin 1933. Auslieferung bei: Walter de Gruyter & Co., Berlin u. Leipzig.

Das Reichsjustizministerium unterbreitet in Buchform den Entwurf einer neuen Vergleichsordnung der öffentlichen Kritik, bevor er endgültig zum Gesetz erhoben wird.

Das Bestreben nach einer Neuordnung des außerkonkurslichen Vergleichsrechts ist in Deutschland und in Österreich hervorgetreten. Der vorl. Entwurf ist aus Besprechungen der Justizverwaltungen beider Länder hervorgegangen. Da weder das materielle Recht noch das Verfahrensrecht übereinstimmen, erschien es ausgeschlossen, die beabsichtigte Rechtsangleichung in Form des Erlases der deutschen VerglD. v. 5. Juli 1927 und der österreichischen AusglD. durch ein neues gemeinsames Gesetz herbeizuföhren. Neben dem für beide Länder gleichlautenden Hauptgesetz, müssen Einföhrungsgesetze einen Teil der das Vergleichsverfahren betreffenden Rechtsnormen regeln. Aus der Verschiedenartigkeit des Konkursrechts ergab sich die Notwendigkeit, Vorschriften, die die geltende VerglD. enthält, durch Verweisung auf die KO. zu ersetzen.

Der Inhalt des Entwurfs, insbes. die in ihm vorgeschlagenen Neuerungen gegenüber dem geltenden Recht, sind von Vogel's JW. 1933, 993 f. dargelegt worden. Sie betreffen im wesentlichen die Beseitigung des vielfach angegriffenen Vorverfahrens, die Einföhrung eines erweiterten Vollstredungsschutzes, die Erhöhung der Mindestquote auf 40 bzw. 50 % und die Einschränkung des Liquidationsvergleichs, bei welchem die Erzielung einer Mindestquote von 50 % glaubhaft gemacht werden muß, sowie die Überwachung der Erfüllung des Vergleichs durch einen Sachwalter der Gläubiger.

D. S.

Dr. L. Samolewicz, RA. und Notar: **Die Vergleichsordnung.** Kommentar und 52 Musterbeispiele. 3. neubearbeitete und vermehrte Aufl. Berlin 1933. Struppe & Windler. 256 S. Preis 7,50 RM.

Seit der JW. 1929, 2131 besprochenen 2. Auflage ist das Vergleichsrecht Gegenstand zahlreicher Entscheidungen und wissenschaftlicher Kontroversen gewesen. Stichproben zeigen, daß der Verf. dies sehr große Material erschöpfend in der neuen Auflage im Hinblick auf die Bedürfnisse der Praxis verarbeitet hat. Zumal durch die wiederum erhöhte Anzahl von Mustern für Anträge usw. ist der Kommentar für die Praxis von höchstem Wert.

D. S.

Dr. Hans Heinrich Schulze: **Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Vergleichsverfahren nach der Vergleichsordnung sowie nach der Geschäftsaufsichtsordnung.** Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 64 S. Preis 2,40 RM.

Die Arbeit hat eine doppelte Bedeutung: Sie zeigt die Vorschriften über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses an dem besonderen Falle der GmbH. Daher muß sie die wissenschaftliche Grundlage für diese beiden Rechtsgebiete schaffen. Sie muß aber dann die praktische Auswirkung dieses Zusammenstehens aufzeigen. Darin liegt ihr besonderer Wert. Man braucht nur einzelne Stellen daraufhin durchzusehen, um es zu erkennen. So beim Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens (17 ff.) bei dem Verhältnis des Geschäftsführers zur Aufsichtsperson (31 ff.), bei der Wirkung des Vergleichs auf die GmbH. (59) usw. Neue bahnbrechende Ideen wird man weder erwarten noch finden. Es genügt aber, daß der Verf. die von ihm übernommene Aufgabe in klarer und erschöpfender Weise durch die Darstellung der aus den beiden Gesetzen sich ergebenden Kombinationen gelöst hat.

RA. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim.

Ausland.

Dr. Robert Friedlaender, Senatsvorsitzender des Handelsgerichts Wien: **Praktischer Leitfaden des Ausgleichsrechts.** Zinnen-Verlag, Basel. 295 S. Preis 6,50 Schilling.

Bereits vor Erlaß unserer ersten GeschAuffD., also erst recht VerglD., wurde in der JW., auch von mir, die ÖsterrAusglD. als schweizerisches Vorbild bezeichnet und behandelt. Kommt dazu das neuerliche Bestreben, ein Gesetz oder eine NotD., desselben, allermindestens homogenen, Inhalts, in Deutschland und Österreich womöglich i. J. 1933, zu verabschieden, so ist das reichsdeutsche Interesse erst recht dargetan. Das kleine Werk der Sachautorität (Vorsitzenden des Ausgleichssenats) will, in Ausschaltung wissenschaftlicher und sonstiger Erläuterungsarbeit, lediglich die direkt und indirekt vom Gesetz Betroffenen methodisch belehren und durch Mustereingaben praktisch einweisen.

Gch. FR. Dr. Hugo Cahn I, Nürnberg.

Rechtspredung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwaltlern beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrombgens und Huber.

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

I. Materielles Recht.

1. § 284 BGB.; §§ 73 ff. VerglD. Nur kalendermäßig bestimmte, nicht auch nach dem Kalender zu berechnende Zeitfestsetzungen fallen unter § 284 Abs. 2 BGB. Eine Respektfrist ist eine Ausstandsfrist, innerhalb welcher Zahlung nicht verlangt werden kann. Respektfrist und Mahnung schließen einander nicht aus.†)

Der Veffl. hat mit seinen Gläubigern im Vergleichsverfahren einen Zwangsvergleich geschlossen, der gerichtliche Bestätigung gefunden hat, und zwar sollten hiernach die Gläubiger 35% ihrer Forderung in Teilzahlungen erhalten. Die erste Teilzahlung war auf 14 Tage nach der Vergleichsbestatigung fällig gestellt, die Fälligkeit der übrigen Teilbeträge sollte gestaffelt je nach zwei Monaten eintreten, „sämtliche Raten mit einer Respektfrist von je 14 Tagen“. Veffl. zahlte der Kl., welche zu den Vergleichsgläubigern gehört, den ersten Teilbetrag rechtzeitig aus, den zweiten zahlte er erst einige Zeit nach Ablauf der Respektfrist. Den dritten Teilbetrag zahlte er zunächst überhaupt nicht. Kl. benachrichtigte ihn davon, daß er somit in Verzug gekommen und daß daher gem. § 7 VerglD. der im Zwangsvergleich ausgesprochene Erlaß hinfällig, Veffl. mithin gehalten sei, ihr den vollen Betrag ihrer Forderung zu bezahlen. Dem widersprach der Veffl. unter Nachzahlung des dritten Teilbetrages; den Vorwurf, im Verzug zu sein, wies er zurück.

Ob der Veffl. mit der Vergleichserfullung in Verzug gekommen ist, ist nach § 284 BGB. zu entscheiden, und zwar nach Abs. 2, da eine Mahnung nicht erfolgt ist. Kl. nimm an, daß für die Vergleichsleistungen die Zeiten ihrer jeweiligen Fälligkeit „nach dem Kalender bestimmt“ seien. Der für die Berechnung aller Teilzahlungen maßgebende Stichtag, nämlich der Tag der gerichtlichen Vergleichsbestatigung, stehe fest; daher sei für jede Teilzahlung die Zeit der Leistung nach dem Kalender bestimmt. Dieser Ansicht ist das BG. unter Bezugnahme auf die Rspr. des RG. entgegengetreten. An dieser, insbes. an der in RG. 103, 34 ausgesprochenen Auffassung ist indessen festzuhalten. Sie unterscheidet zwischen kalendermäßig „bestimmten“ und nach dem Kalender „zu berechnenden“ Zeitfestsetzungen und läßt nur für erstere § 284 Abs. 2 BGB. gelten. Als unter diese Best. nicht fallend ist die „Berechnung nach dem Kalender“ anzusehen, nämlich das

Zu 1. Nach § 7 VerglD. wird der Erlaß eines Teiles der Forderungen der beteiligten Gläubiger im Zweifel hinfällig, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Vergleichs in Verzug kommt.

Zum Verzug gehört nach § 284 BGB. eine Mahnung des Gläubigers, wenn nicht für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist.

Die Unterscheidung zwischen kalendermäßig bestimmten und nach dem Kalender zu berechnenden Zeitfestsetzungen entspricht der Rspr. des RG. (RG. 103, 34; 106, 89). Allerdings genügt es, wenn mittelbar ein Kalendertag als Fälligkeitstag bezeichnet ist (ZB. 1928, 1804²⁰). Immer muß aber ein Kalendertag feststehen. Ein solcher wäre, was das RG. dahingestellt läßt, selbst dann nicht gegeben, wenn Abschluß und Bestätigung des Vergleichs am gleichen Tage erfolgen; denn auch dann ist die gerichtliche Bestätigung ein der Abstimmung der Gläubiger nachfolgendes Ereignis, dessen Eintritt bei der Abstimmung noch

Abstellen auf einen noch nicht feststehenden kunstigen Zeitpunkt und die von dann ab laufende Frist. Der Anwendung dieses Rechtsgedankens auf den vorl. Fall widersteht sich die Rev. auch deshalb, weil die Bestätigung des Vergleichs gar kein kunstiges Ereignis, sondern der den Vergleich in Kraft setzende Akt gewesen sei, dem gegenüber es auf die vorhergegangenen Vergleichsverhandlungen rechtlich gar nicht ankomme. Das ist weder §§ 73 ff. VerglD. noch anderen Rechtsfahen zu entnehmen. Gewisse Wirkungen des Zwangsvergleichs treten allerdings erst durch seine Bestätigung ein; im übrigen bleiben aber die Parteiabreden maßgebend und sind vom Standpunkt ihres Abschlusses aus zu beurteilen. Ob die Ansicht des BG. zu billigen ist, daß, wenn Vergleichsvereinbarung und Bestätigung an einem und demselben Tage und wohl gar in demselben Termin erfolgen, der Fall des § 284 Abs. 2 BGB. gegeben sei, braucht hier nicht entschieden zu werden, denn ein solcher Fall hat hier nicht vorgelegen.

Die Rev. verweist darauf, daß dem Veffl. in Ansehung der bestimmten Fälligkeitstermine je eine Respektfrist von 14 Tagen bewilligt worden sei. Das bedeute nicht eine Hinausschiebung der Fälligkeit, sondern die vertraglich vorgesehene Entbehrlichkeit einer Mahnung — nach Ablauf der Respektfrist sollte es so angesehen werden, als ob Mahnung erfolgt sei; Respektfrist und Mahnung schließen einander aus. Das ist nicht anzuerkennen, denn eine Respektfrist ist eine Ausstandsfrist, innerhalb welcher Zahlung nicht verlangt werden kann (ROHG. 3, 128). Die weitere Behauptung der Rev., daß nach kaufmännischer Auffassung die Bewilligung einer Respektfrist das Erfordernis einer Mahnung schlechthin ausschließe, ist belanglos, da nicht ersichtlich ist, daß die angelegliche Auffassung sich zu einer Verkehrsitte oder einem Handelsgebrauch verdichtet hat. Zudem bedeutet Kenntnis von der Fälligkeit nicht Verzug (VIII 124/30), und folgerichtig ist ihm auch die Benutzung der bei Fälligkeit gewährten Respektfrist nicht gleichzuachten.

Daß die Parteien den § 284 Abs. 2 BGB. hätten wegbedingen können, ist der Rev. zuzugeben. Daß das aber erfolgt sei und daß sich solches schlüssig aus dem vorl. Vergleichsschlu oder grundsätzlich aus dem Abschluß eines Zwangsvergleichs ergebe, ist nicht anzuerkennen. Daß schon gegenüber der ersten demnächst durch Zahlung ausgeglichenen Unstimmigkeit die Kl. den Veffl. auf § 7 VerglD. hingewiesen hat, konnte sie nicht von Mahnung befreien, wenn sie in Ansehung einer später fällig gewordenen Teilzahlung Verzug geltend machen wollte (RG. 113, 254¹). Eine zwecklose Förmlichkeit (RG. 97, 137) war hier die Mahnung nicht.

(U. v. 8. Febr. 1932; 546/31 VIII. — Berlin.) [S.]

****2.** §§ 812, 818—820 BGB. Bereicherungsansprüche infolge sittenwidriger Knebelungsverträge. Auch bei solchen Verträgen ist nur der bei Abwägung von Leistung und Gegenleistung übrigbleibende Saldo als Bereicherung anzusehen: Doch dürfen alle Verluste des sittenwidrig Ge-

nicht feststeht, da auch der von den Gläubigern angenommene Vergleich verworfen werden kann (§§ 67, 68 VerglD.).

Auch daß eine Respektfrist die Mahnung ausschließe, ist nicht richtig. Allerdings erfolgt die Gewährung einer Stundung unter der Bedingung der punkttlichen Einhaltung (ZB. 1910, 280²; OLG Rpr. 28, 69); im gegenwärtigen Falle war aber für die ursprüngliche Leistung kein nach dem Kalender bestimmter Tag vereinbart, so daß auch die Respektfrist nicht an einem solchen bestimmten Tag ablief und deshalb Mahnung erforderlich war.

Es ist auch nicht außer acht zu lassen, daß § 7 VerglD. für den Schuldner eine sehr schwerwiegende Bestimmung enthält, deren Anwendung deshalb streng zu handhaben ist.

Der Entsch. ist deshalb durchaus beizutreten.

Gch. 33. Dr. Bernhard Mayer, München.

¹) ZB. 1927, 175.

sicherten nicht in die Berechnung hineingezogen werden. f)

Zur Frage der Bereicherung der Bekl. auf Kosten der Konkursmasse der Firma E. wegen Nichtigkeit der Knebelungsverträge führt der VerR. aus: Die einzelnen in den Verträgen und sonstigen Urkunden niedergelegten Maßnahmen der Bekl. in der Zeit von Ende 1926 bis Ende 1928 ließen einen einheitlichen Plan nicht erkennen. Sie seien vielmehr durch besondere Umstände jeweils veranlaßt worden. Soweit eine Sicherungsübereignung einmal rechtswirksam erfolgt, ein Sicherungsübereignungsvertrag einmal gültig abgeschlossen sei, werde er nicht rückwirkend dadurch nichtig, daß später ein durch sie tatsächlich vorbereiteter sittenwidriger Vertrag zustande komme. Es hätten somit, da ihr Inhalt die Annahme der Knebelung und der Kredittäuschung nicht rechtfertige, auszuscheiden die Verträge vom Nov. 1926, Febr. 1927, Mai 1927. Ob die Verträge vom März 1927 nach § 138 BGB. nichtig seien, könne dahingestellt bleiben, da die Bekl. aus diesen Verträgen nichts erlangt habe.

Der VerR. läßt es schließlich auch dahingestellt, ob in dem Vertrage vom Okt. 1927 die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB. gegeben seien. Denn die Bekl. sei auch durch diese Verträge nicht bereichert, da sie gegen die Firma E. eine Forderung, resultierend aus Lieferung von Waren und aus hingegebenen Darlehen, habe und da sie nur dann bereichert sein würde, wenn sich bei der Vergleichung ihres Vermögensstandes vor und nach der Vermögensverschiebung noch ein Überschuf der Aktiva über die Passiva feststellen lasse. Das sei aber dann nicht mehr der Fall, wenn die von der Bekl. angemeldete Konkursforderung die Forderung des Kl. übersteige. Dem Kl. seien zwei Kontoauszüge übersandt worden, die insgesamt mit 89 506,99 RM zugunsten der Bekl. abschließen. Der Kl. könne diesen Aktivsaldo der Bekl. nicht ohne nähere Substantiierung im ganzen bestreiten und ohne nähere Begr. nur in Höhe von 30 000 RM als zu Recht bestehend bezeichnen. Seine Aufgabe sei es gewesen, die ihm angeblich zustehende Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung substantiiert zu behaupten, wie auch die von der Bekl. erhobene Konkursforderung substantiiert zu bestreiten. Er habe aber lediglich behauptet, daß der Wert der durch Abkommen vom Okt. 1927 der Bekl. übereigneten Waren auf 43 671,42 RM und der Wert des Kranz auf etwa 18 000 RM anzunehmen sei. Wie hoch sich der Wert der der Bekl. aus den Abkommen vom Okt. 1927 zugesprochenen Forderungen belaufe, habe er dagegen nicht einmal behauptet. Unter diesen Umständen sei, auch wenn die genaue Forderung des Kl. nicht feststehe, der Schluß gerechtfertigt, daß die Konkursforderung der Bekl. die Forderung des Kl. übersteige, selbst wenn der vom Kl. vertretenen Ansicht, die in der Konkursforderung enthaltenen Gewinne seien in voller Höhe abzusetzen, beizutreten wäre.

Für die RevJnst. ist nach der Unterstellung des VerR. davon auszugehen, daß die Verträge vom Okt. 1927 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig seien. Der VerR. spricht sich dabei allerdings nicht darüber aus, ob er unterstellt, daß nur die obligatorischen Verträge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig seien, sondern auch die auf Grund dieser Verträge erfolgten dinglichen Übertragungen (WarnRspr. 1913 Nr. 129). Durch den Vertrag v. 8. Okt. 1927 hatte die Bekl. sich zur weiteren Sicherung ihrer An-

sprüche gegen die Firma E. das Recht auf Übereignung eines Kranes abtreten lassen, den die Firma E. von dritter Seite unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises käuflich geliefert erhalten, aber noch nicht voll bezahlt hatte. Zur Zeit der Übereignung waren von der Firma E. auf den Kaufpreis des Kranes, der 20 000 RM betrug, noch 4500 RM zu bezahlen. Die Bekl. hat diesen Betrag an den Lieferanten des Kranes bezahlt. In dem Vertrag v. 17. Okt. 1927 gehen die Beteiligten davon aus, daß die Firma E. ihrer Verpflichtung, für den Wert der von der Bekl. gelieferten Waren jeweils Sicherheiten zu stellen, nur teilweise nachgekommen sei. Daher übereignet die Firma E. der Bekl. sämtliche auf ihrem Lager vorhandenen Bestände an Fertigprodukten und von der Bekl. gelieferten Rohmaterialien. Die Ansprüche der Firma E. aus etwaigen Verkäufen der übereigneten Gegenstände werden gleichfalls an die Bekl. abgetreten.

Die Geschäftsbeziehungen der Bekl. und der Firma E. haben sich in folgender Weise abgespielt. Die Bekl. hat der Firma E. die erforderlichen Betriebsmittel zur Verfügung gestellt. Sie hat ihr die jeweils erforderlichen Lohnbeträge vorgeschossen und die von der Firma E. jeweils benötigten Mengen von Zement und Bims unter Eigentumsvorbehalt geliefert. Die gelieferten Materialien blieben bis zur völligen Verarbeitung Eigentum der Bekl. Auch die aus der Verarbeitung dieser Materialien hergestellten Fabrikate wurden vereinbarungsgemäß mit ihrer Entstehung Eigentum der Bekl. Auch die beim Verkauf der Fabrikate entstehenden Kaufpreisforderungen gingen automatisch auf die Bekl. über. Von den Eingängen auf diese Forderungen sollte im Innenverhältnis die Firma E. 25% und die Bekl. 75% erhalten.

Die Rev. rügt unter Bezugnahme auf diesen Sachverhalt Verletzung des § 818 BGB. Beide Rügen sind im Ergebnis begründet.

Prozessrechtlich durfte der VerR. bei einer so schwierigen Sach- und Rechtslage die Klage nicht o. w. an mangelnder Substantiierung oder unsubstantiiertem Bestreiten scheitern lassen, sondern er mußte das richterliche Fragerecht ausüben, um das tatsächliche Vorbringen auf einen Weg zu leiten, der eine befriedigende sachliche Beurteilung ermöglichte.

Materiellrechtlich ist der VerR. allerdings zutreffend von der sog. Saldotheorie, d. h. von dem Grundsatz ausgegangen, daß die durch Leistung und Gegenleistung erwachsenen Vorteile und Nachteile gegeneinander abgewogen, so nach alle Nachteile, die mit dem die Grundlage des Bereicherungsanspruchs bildenden Tatbestand in einem ursächlichen Zusammenhang stehen, als Vermögensminderung berücksichtigt werden müssen und daß nur der sich so ergebende Überschuf sich als ungerechtfertigte Bereicherung darstelle (RG. 94, 253).

Die Rev. meint, daß dieser Grundsatz auf Knebelungsverträge nicht zutreffen könne und beruft sich hierfür auf Nr. 6: WarnRspr. 1910 Nr. 315, 406; 1915 Nr. 304, die jedoch einen anderen Fall, nämlich den der Anfechtung eines Vertrages wegen arglistiger Täuschung, betreffen. Die Rev., die die Saldotheorie nicht angewendet wissen will, übersieht, daß sich begrifflich keine Bereicherung konstruieren läßt, die von der Gegenleistung oder ihr gleichstehenden Aufwendungen abzieht, und daß dies ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Bereicherten auch für die Fälle der sog. verschärften Haftung (§§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB.), in

Zu 2. Soweit das Ur. sich einfach wieder zur sog. Saldotheorie beim Bereicherungsanspruch ohne neue Gründe bekennt, bedarf es keiner weiteren Begleitbemerkung. Denn es kann damit natürlich die Streitfrage nicht klären und wird keinen einzigen Gegner jener m. E. verfehlten Theorie überzeugen. Auch die einzige etwa nach Begründung aussehende Bemerkung, es lasse sich „begrifflich“ (!) keine Bereicherung konstruieren, die von der Gegenleistung oder ihr gleichstehenden Aufwendungen abzieht, ist nicht mehr als eine bloße, übrigens stark nach Begriffsjurisprudenz schmeckende Behauptung.

Interessant ist aber die Begrenzung, die das Erkenntnis für die Anwendung der Saldotheorie zu ziehen — mit Recht! — für notwendig findet. Es soll nicht angehen, bei einer laufenden Geschäftsverbindung die Bereicherung des einen Teiles einfach aus der Differenz zwischen den verschiedenen Ergebnissen der einzelnen in ihren Rahmen fallenden (rechtsgrundlosen bzw. ungültigen) Geschäfte zu errechnen. Und es werden zugunsten dieser Annahme gute rechtspolitische Gesichtspunkte — am Schluß des Erkenntnisses — aufgeführt. Es zeigt sich hier mal wieder, daß die Saldotheorie bestenfalls nicht restlos durchführbar ist. Sie kann, wenn überhaupt, höchstens dann zur Anwendung kommen, wenn die umschichtigen beiderseitigen Bereicherungen dem selben Tatbestand angehören. Als solcher kann aber nach dem Erkenntnis eine dauernde Geschäftsverbindung nicht angesehen werden. Von dieser Erkenntnis aus aber sollte das RG. weitergehen und sich die Frage vorlegen, ob es wirklich noch derselbe Tatbestand ist, wenn z. B. ein Geisteskranker ein Quantum Getreide gekauft und bezahlt hat und nun sowohl das Getreide beim Käufer verzeht, als der Preis beim Verkäufer vermischet oder ausgeben ist. Verneint man die Frage im Falle der Geschäftsverbindung, so gibt es m. E. kein Halten mehr auf der Bahn zu ihrer Verneinung auch im letzterwähnten Fall, und die Saldotheorie ist auch bei ihm undurchführbar.

denen nach allg. Vorschr. gehaftet wird, gelten muß. Denn bei der Frage der Anrechnung der Gegenleistung und ihr gleichstehender Aufwendungen, die hier allein streitig ist, handelt es sich nicht um den Wegfall der Bereicherung — § 818 Abs. 3 —, sondern darum, ob überhaupt eine Bereicherung vorliegt und in welchem Umfang sie eingetreten ist — § 818 Abs. 1 BGB.

Dagegen können die weiteren Ausführungen des VerR. nicht befriedigen. Der VerR. sieht, soviel ersichtlich, als die gemeinsame Quelle der beiderseitigen Leistungen die jahrelange Geschäftsverbindung zwischen der Firma E. und der Bekl. an und glaubt infolgedessen, die Ergebnisse dieser Geschäftsverbindung, nämlich den Aktiosaldo der Bekl. bei Eröffnung des Konkurses, freilich gemindert durch die Geschäftsgewinne, o. w. zugunsten der Bekl. in die Waagschale werfen zu dürfen. Dieser Standpunkt faßt den die Grundlage der Bereicherung bildenden Tatbestand zu weit. Er ist nur für die neuen Kreditgeschäfte und für sie auch nur dann zu billigen, wenn zu ihrer Vornahme eine Verpflichtung bestand oder doch vorausgesetzt wurde. Wollte man darüber hinaus der Bekl. gestatten, zur Aufholung alter Verluste im Wege der Knebelung erlangte neue Sicherheiten zu verwerten oder unter dem Schutze solcher Sicherheiten aus freier Entschliebung sich risikolos auf neue Geschäfte einzulassen, so würde dies mit den Anforderungen der Billigkeit, die das Bereicherungsrecht im besonderen Maße beherrschen, nicht zu vereinen sein. Für diese Rechtsauffassung kann hingewiesen werden auf RG.: WarnRspr. 1915 Nr. 199, wo dem auf Herausgabe gewisser Stoffe verklagten Wucherer die Anrechnung der für diese Stoffe hingegebenen Geldbeträge gestattet ist. Dieser Standpunkt, der sich auch mit RG. 105, 29 deckt, entspricht der Billigkeit. Nicht dagegen würde es der Billigkeit entsprechen, wollte man dem Wucherer auch gestatten, sonstige aus Anlaß der Geschäftsverbindung gemachte Leistungen, bei denen der gleiche Zusammenhang nicht besteht, zur Anrechnung zu bringen.

(U. v. 13. Jan. 1933; VII 308/32. — Frankfurt.) [Ru.]
(= RG. 139, 208.)

II. Konkursordnung.

3. § 1 R.D.; §§ 268, 529 Abs. 4 Z.B.D.; §§ 242, 399 BGB. Ein Grundsatz, daß der Ausgleichsanspruch im Regelfalle nur auf Schuldbefreiung und nur unter besonderen Umständen auf Zahlung gerichtet sei, kann nicht anerkannt werden. Ein Ausgleichs-Schuldbefreiungsanspruch verwandelt sich mit der Konkursöffnung in der Hand des Konkursverwalters in einen Zahlungsanspruch. Der Übergang vom Zahlungsbegehren zum Befreiungsbegehren stellt keine Lageänderung dar.

Das BG. geht bei Beurteilung der Rechtslage zutreffend davon aus, daß der Ausgleichsanspruch seinem Wesen und seinem Zweck nach dazu bestimmt ist, eine durch die nachträgliche AufwBelastung des Veräußerers bedingte unbillige Verschiebung des vertragsmäßig festgelegten Gleichwertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung auszugleichen. Dieser Ausgleich hat nach der Rspr. des RG. durch eine Mehrleistung des Erwerbers zu erfolgen (vgl. bef. RG. 128, 365 ff.²⁾). Zu diesem Zweck ist dem Richter ein Eingriff in den Inhalt des Veräußerungsvertr. gestattet. Richtlinie für diesen Eingriff ist das Gebot der Billigkeit i. S. des § 242 BGB. Es sind also die berechtigten Interessen beider Teile zu beachten und abzuwägen. Entscheidend sind demnach die Umstände des einzelnen Falles. Schon hiernach erscheint es nicht gerechtfertigt, für den Ausgleichsanspruch als Regel den Satz aufzustellen, der Anspruch gehe seinem Wesen nach auf Schuldbefreiung, nur in Ausnahmefällen bei besonderem Tatbestand könne er auf Zahlung gerichtet sein. In der Rspr. des RG. ist ein derartiger allgemeiner Satz nicht ausgesprochen worden. Die Ausführungen sind vielmehr durchweg so gehalten, daß ein fester Grundsatz zu der Frage, in welcher Weise die „Beitragsleistung“ des Ausgleichsschuldners zu

erfolgen hat, weder nach der einen noch der anderen Richtung aus ihnen zu entnehmen ist (RG. 112, 329 ff.³⁾; 119, 133 ff.⁴⁾; 120, 283 ff.⁵⁾; 121, 56 ff.⁷⁾; 130 ff.⁸⁾; 141 ff.⁹⁾; 330 ff.¹⁰⁾; 122, 149 ff.¹¹⁾; 378 ff.¹²⁾; 123, 166 ff.¹³⁾; 124, 164 ff.¹⁴⁾; 125, 37 ff.¹⁵⁾; 48 ff.¹⁶⁾; 129, 276 ff.¹⁷⁾; 130, 115 ff.¹⁸⁾; 292 ff.¹⁹⁾; 132, 45 ff.²⁰⁾; 342 ff.; 133, 63 ff.²¹⁾; 134, 79, 174²²⁾; 249²³⁾; 136, 34²⁴⁾). In RG. 128, 365 ff.²⁵⁾ (370) ist die Frage gestreift, aber dahingestellt gelassen, wenn auch mit Ausführungen, die nicht im Sinne einer Ausschließlichkeit zugunsten des Befreiungsanspruchs liegen. In RG. 132, 170²⁶⁾ ist der auf Zahlung an den Ausgleichsgläubiger selbst gerichtete Anspruch nicht ausdrücklich beanstandet, wohl, weil von der Rev. nach dieser Richtung keine Rüge erhoben war. In RG. 126, 13 ff.²⁷⁾ sind § 16 Ausführungen enthalten, die für die Annahme der Zulässigkeit eines Zahlungsbegehrens zu sprechen scheinen. Das BG. verwertet nun für seine Auffassung die Erwägung, zur Beseitigung des unbilligen Mißverhältnisses, das durch die nachträgliche AufwBelastung herbeigeführt sei, genüge es, daß der AufwSchuldner (Ausgleichsgläubiger) von seiner AufwSchuld in dem der Billigkeit im einzelnen Fall entsprechenden Umfang befreit werde. Es bestehe kein innerer Grund, ihm Ansprüche zu gewähren, die über diese Zweckbest. hinausgehen; denn er solle ja nur so gestellt werden, als wenn er durch den AufwAnspruch nicht oder nicht in vollem Umfang belastet worden wäre. Zur Erreichung dieses Zieles genüge aber der Befreiungsanspruch. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Begründung, mit der das BG. offenbar auf den Grundsatz der Billigkeit i. S. des § 242 BGB. abstellen will, manches für sich haben könnte. Aber als zwingend in dem Sinne, daß für den Regelfall nur der Befreiungsanspruch das Ergebnis jenes Grundsatzes sein könne, kann diese Begründung nicht anerkannt werden. Sie ist anscheinend beeinflusst von der — an sich nicht unrichtigen — Vorstellung, daß der Ausgleichsanspruch in vielen Fällen, dann nämlich, wenn der AufwSchuldner nicht leistungsfähig ist, auch dem Interesse des AufwGläubigers dient und diesem in erster Linie zugute kommen, der AufwSchuldner aber nicht aus Anlaß eines Ausgleichsanspruchs auf Kosten seines Gläubigers sich bereichern soll. Aber dieser Gesichtspunkt kann für die hier zu beurteilende Frage nicht ausschlaggebend sein. Die nachträgliche AufwLast ist zwar Voraussetzung einer Mehrleistung des Erwerbers gegenüber der im Vertr. festgelegten Leistung; ohne jene Voraussetzung fehlt es an der Möglichkeit eines Ausgleichsanspruchs. Es ist aber an sich schon die Annahme bedenklich, jedenfalls nicht ohne weiteres zu rechtfertigen, daß die durch den Ausgleichsanspruch bedingte Mehrleistung bei einer auf Zahlung gerichteten Vertragsleistung grundsätzlich nur in einer Schuldbefreiungsleistung bestehen könne. Für eine solche Annahme läßt sich auch nicht etwa der Gesichtspunkt von Beziehungen zwischen dem AufwGläubiger und dem Ausgleichsschuldner heranziehen. Beim Fehlen einer Abtretung des Ausgleichsanspruchs an den AufwGläubiger sind solche Beziehungen regelmäßig überhaupt nicht rechtlicher Art. Aber auch im Fall der Abtretung ist die Frage, ob ein Ausgleichsanspruch an sich gegeben ist und wie hoch die Beitragsleistung des als Ausgleichsschuldner herangezogenen Erwerbers zu bemessen ist, ausschließlich aus den durch den Veräußerungsvertr. geschaffenen schuldrechtlichen Beziehungen (vgl. RG. 130, 115²⁸⁾) der beiden Vertragsparteien zu beurteilen. Die Verhältnisse des AufwGläubigers dagegen müssen auch im Falle jener Abtretung völlig ausscheiden (RG. 128, 365 ff.²⁹⁾ [370]; 130, 292 ff.³⁰⁾ [295]). Zwar ist kein nachträglicher AufwAnspruch als unerläßliche Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs und im übrigen als Rech-

³⁾ JW. 1926, 1803.

⁴⁾ JW. 1928, 886.

⁵⁾ JW. 1928, 1392.

⁷⁾ JW. 1928, 1813.

⁸⁾ JW. 1928, 1805.

⁹⁾ JW. 1928, 2526.

¹⁰⁾ JW. 1928, 2845.

¹¹⁾ JW. 1929, 180.

¹²⁾ JW. 1929, 735.

¹³⁾ JW. 1929, 3495.

¹⁴⁾ JW. 1929, 2519.

¹⁵⁾ JW. 1929, 2425.

¹⁶⁾ JW. 1930, 813.

¹⁷⁾ JW. 1930, 2412.

¹⁸⁾ JW. 1931, 1027.

¹⁹⁾ JW. 1931, 593.

²⁰⁾ JW. 1931, 2702.

²¹⁾ JW. 1931, 2708.

²²⁾ JW. 1932, 331.

²³⁾ JW. 1932, 1201.

²⁴⁾ JW. 1932, 3173.

²⁵⁾ JW. 1930, 2415.

²⁶⁾ JW. 1931, 590.

²⁷⁾ JW. 1930, 58.

²⁸⁾ JW. 1931, 1027.

²⁹⁾ JW. 1930, 2415.

³⁰⁾ JW. 1931, 593.

²⁾ JW. 1930, 2415.

nungsposten mit heranzuziehen. Aber auch das geschieht ausschließlich im Rahmen einer Nachprüfung der schuldrechtlichen Beziehungen der an dem Veräußerungsvertr. beteiligten Parteien, wie sie sich infolge der nachträglichen Aufw. Belastung des Veräußerers gestaltet haben. Ein Grundsatz, daß der Ausgleichsanspruch im Regelfalle nur auf Schuldbefreiung und nur beim Vorliegen besonderer Umstände auf Zahlung gerichtet sei, kann somit nicht anerkannt werden.

Wenn vorliegend nach den besonderen Umständen des Falles der Verkäuferin zunächst nur ein Schuldbefreiungsanspruch zugestanden haben sollte, so würde sich dieser Anspruch mit der Konkursöffnung in der Hand des Konkursverwalters in einen Zahlungsanspruch umgewandelt haben. Daß Schuldbefreiungsansprüche — die besondere Regelung in § 157 BGB. scheidet hierbei aus — zur Masse gehören, diese Zugehörigkeit insbes. nicht etwa aus dem Gesichtspunkt der Nichtabtretbarkeit oder nur beschränkter Abtretbarkeit (§ 399 BGB., § 1 R.D.) zu verneinen ist, ist in der Rspr. (RG. 37, 93; 55, 86; 71, 363³¹); 80, 183; 81, 250³²); 93, 209) und im Schrifttum (Menzel, R.D., 4. Aufl., Erl. 3 CD 1 zu C, S. 11; Jaeger, 6./7. Aufl., zu § 1 Erl. 32, zu § 23 Erl. 14) anerkannt. Für den Ausgleichs-Befreiungsanspruch etwas Abweichendes anzunehmen, besteht kein ausreichender Anlaß. Die Rspr. zur Abtretbarkeit des Ausgleichsanspruchs insbes. bietet dafür keinen Anhalt. Nach der weiter oben angezogenen Rspr. gehört der Befreiungsanspruch in vollem Umfang zur Masse und nicht etwa nur in dem der Konkursdividende entsprechenden beschränkten Umfang. Der Anspruch ist auch — von dem Sonderfall des § 157 BGB. abgesehen — nicht etwa nur zur Befriedigung des Gläubigers bestimmt, von dessen Forderung der Schuldner befreit werden soll; vielmehr hat auch dieser Gläubiger nach der Konkursöffnung nur einen Anspruch auf die Konkursdividende; er hat keine bevorrechtigte Stellung. Auch das Ergebnis des Befreiungsanspruchs ist zur Befriedigung aller Konkursgläubiger bestimmt. Nur durch eine Zahlung zur Masse zum Zwecke der Verteilung unter die Konkursgläubiger ist der Befreiungsanspruch zu verwirklichen (vgl. bes. RG. 71, 363 ff.³³); 81, 250 ff.³⁴) [252]; 93, 209 ff. [212]). Auf diesem Standpunkt stehen auch Menzel a. a. O. und ebenso Jaeger a. a. O., und zwar nicht nur für die Befreiungsansprüche nach § 257 BGB., sondern auch für solche anderer Art, abgesehen von der schon mehrfach erwähnten Sonderregelung nach § 157 BGB. Dieser Beurteilung schließt sich der Sen. auch für den etwaigen Ausgleichs-Befreiungsanspruch an.

Nicht beizutreten ist endlich auch der Beurteilung, die das BG. dem hilfsweise erhobenen Befreiungsbegehren des Kl. zuteil werden läßt. Ein neuer Anspruch i. S. § 529 Abs. 4 ZPO. liegt nicht vor. Der Klagegrund ist nicht geändert worden (§ 268 ZPO.), auch das tatsächliche Vorbringen ist das gleiche geblieben, und die Annahme, daß es sich dennoch um einen neuen Anspruch i. S. jener Verfahrensvorschr. handle, kann somit nur aus dem Antrag (§ 268 Nr. 2 ZPO.) abgeleitet werden. Aber eine solche Annahme ist nicht begründet. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine nach §§ 268 Nr. 2, 529 Abs. 4 ZPO. zulässige Modifizierung des Klagebegehrens (vgl. Gruch. 49, 1061; JW. 1912, 471) i. S. einer Einschränkung des Antrags. Hinzu kommt aber nach den obigen Ausführungen über den Inhalt des Ausgleichsanspruchs noch folgende Erwägung. Der Ausgleichsanspruch kann grundsätzlich an sich auf Zahlung oder auf Schuldbefreiung gerichtet sein. Es handelt sich also nur um zwei verschiedene Formen des Anspruchs, in ähnlicher Weise, wie bei den Schadenersatzansprüchen nach §§ 843, 844 BGB. je nach Umständen zur Befriedigung des gleichen Anspruchs eine Rente oder eine Kapitalabfindung in Betracht kommen kann (RG. 77, 216³⁵). Für Ansprüche dieser Art ist bereits vom erf. Sen. (Urt. v. 21. Nov. 1932, VI 278/32) dahin entschieden, daß dem Übergang von dem Kapitalbegehren zum Rentenbegehren nicht ohne weiteres § 529 Abs. 2 ZPO. entgegengehalten werden kann. Die dort angestellten Erwägungen treffen auch für den Ausgleichsanspruch zu. Das BG. hätte

sich daher der Befreiung des Hilfsbegehrens nicht entziehen dürfen, falls ein Zahlungsanspruch nicht in Frage kam.

(U. v. 2. Febr. 1933; VI 346/32. — Berlin.) [5.]

4. § 17 R.D.; § 30 Vergl.D.; § 812 BGB.

1. Wenn der Konkursverwalter die Erfüllung nach § 17 R.D. ablehnt, so erlischt zwar der Vertrag nicht, wohl aber erlöschen die Erfüllungsansprüche; an ihre Stelle tritt ein Anspruch des Gegners auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Er stellt den Gegner günstiger als § 812 BGB. Teilleistungen des Gemeinschuldners aus der Zeit vor der Konkursöffnung kommen regelmäßig nur insofern in Betracht, als sie diesen Schaden mindern.

2. Nach der Erfüllungsverweigerung aus § 17 R.D. können Ansprüche des Konkursverwalters aus § 812 BGB. begründet sein.

Wenn der Konkursverwalter bei einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertr. die Erfüllung nach § 17 R.D. ablehnt, so erlischt zwar der Vertr. nicht, wohl aber erlöschen die Erfüllungsansprüche; an ihre Stelle tritt ein Anspruch des Gegners auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, und zwar, wenn nicht schon nach § 26 R.D. (Jaeger, Anm. 44 zu § 17; RG. 58, 11; 64, 207, und wohl auch RG. 79, 211¹); so zum mindesten nach materiellem Recht (Menzel, Erl. zu § 26; RG. 63, 73), da die Erfüllungsverweigerung regelmäßig eine positive Vertragsverletzung enthält. Die weitere Rechtsentwicklung ergibt, daß die Vergl.D. v. 5. Juli 1927 in § 30 den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung ausdrücklich festsetzt. Die Begr. zum Entw. der Vergl.D. sieht zu § 24 des Entw. die ungünstige Vermögenslage des Schuldners, also einen Umstand, den dieser zu vertreten habe, als den sachlichen Grund des Schadenersatzanspruchs an. Teilleistungen des Gemeinschuldners aus der Zeit vor der Konkursöffnung kommen regelmäßig nur insofern in Betracht, als sie diesen Schaden mindern (vgl. RGRKomm. Bem. 8 c, d zu § 812 BGB.). Daraus ergibt sich zunächst grundsätzlich, daß das BG. den von der Besl. zur Begründung ihrer Forderungen vorgetragene Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung prüfen mußte, da diese Begründung für die Besl. günstiger ist, als die Heranziehung des § 812 BGB. Falls der Gegner des Gemeinschuldners durch die Nichterfüllung nicht geschädigt wird oder sein Schaden den Wert der empfangenen Teilleistung nicht erreicht, so kann die Rechtslage zweifelhaft sein. Der 5. ZivSen. des RG. hat in der Entsch. RG. 56, 238 in einem solchen Falle den Anspruch auf Rückzahlung des vom Gemeinschuldner auf einen Grundstücksvertr. angezahlten Kaufpreisteils für unbegründet erachtet. Die Entsch. beruht auf der Erwägung, daß der Vertr. weder durch die Konkursöffnung noch durch die Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters aufgelöst werde., Das ist unbedenklich zutreffend. Nur bei der Ablehnung des Gedankens, daß durch diese Erfüllungsverweigerung der Vertr. aufgelöst werde, läßt sich der Schadenersatzanspruch des Vertragsgegners auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung rechtfertigen. Insofern besteht der Vertr. weiter. Die Rechtslage ist in dieser Beziehung keine andere als bei dem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, der in § 326 BGB. geregelt ist. Daß der 5. ZivSen. die angeführte Entsch. nur vom Gesichtspunkt des Bestehens oder der Auflösung des Vertr. beurteilt hat, ergibt der letzte Absatz des Urt., wonach die Kl. nach ihrer ausdrücklichen Erklärung ihre Klage nicht auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt hat; nur beiläufig wird dem unter Verweisung auf die in dieser Beziehung als zutreffend bezeichneten Gründe des BG. hinzugefügt, daß die Voraussetzungen der Bereicherung nicht gegeben sein würden. Anders als der vorliegende Fall ist der Sachverhalt gestaltet, den der 3. ZivSen. des RG. in RG. 73, 58²) zu beurteilen hatte; es handelte sich auch um einen Fall des § 17 R.D., aber um die Werklohnforderung eines Gemeinschuldners für ein zum Teil hergestelltes Werk. (Wird ausgeführt.)

³¹) JW. 1909, 500. ³²) JW. 1913, 497. ³³) JW. 1909, 500.

³⁴) JW. 1913, 497. ³⁵) JW. 1911, 805.

¹) JW. 1912, 696.

²) JW. 1910, 339.

Es bedarf der Entsch., ob der Anspruch auf Rückzahlung derjenigen Beträge, die auf Grund des Kaufvertr. und auf Grund des gerichtlichen, später weggefallenen Vergleichs v. 23. Okt. 1929 gezahlt worden sind, nach der Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters in § 812 BGB. seine Stütze findet. Das ist zu bejahen. Nicht zutreffend ist die Erwägung des BG. in dem oben erwähnten Falle RG. 73, 58³⁾, daß der rechtliche Grund für die Leistungen des Käufers nicht weggefallen sei, weil sie ihren Grund in dem Vertr. hätten und dieser nicht aufgelöst sei. Dabei ist nicht beachtet, daß ein Erfüllungsanspruch infolge der Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters eben nicht mehr besteht; der Vertr. hat nur noch in so weit Wirkung, als der Schadensersatzanspruch des Gegners wegen Nichterfüllung gegeben ist. In Wirklichkeit ist der rechtliche Grund jener in Erfüllung des Kaufvertr. bewirkten Leistungen nunmehr weggefallen und damit die Anwendbarkeit des § 812 BGB. gegeben (so auch Jaeger Anm. 46 zu § 17 RD. und RGRKomm. § 812 Erl. 8c, d). Wollte man einen anderen Standpunkt einnehmen, so würde einem der am Konkursverfahren beteiligten Gläubiger ein Vorteil auf Kosten aller übrigen Gläubiger erwachsen, ohne daß ein Grund für diese Bevorzugung ersichtlich ist. Ein solches Ergebnis kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Die oben erwähnte Begr. zum Entw. der VerglD. führt zu § 24 aus, diese Frage sei für das Konkursrecht streitig; sie sei praktisch wenig bedeutsam, und es bestehe kein Anlaß, sie ausdrücklich zu entscheiden.

Hinsichtlich des Anspruchs des Kl. auf Ersatz derwendungen infolge davon auszugehen, daß der Kl. Besitzer der Sache ist, die er infolge der Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters an die Bekl. als Eigentümerin herauszugeben hat; er kann die Herausgabe nicht mehr auf Grund des § 986 BGB. verweigern. Daraus ergibt sich, daß sich das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nach der dinglichen Seite gen. §§ 987 ff. BGB. regelt. Diese Vorschr. sind Sondervorschr., die unter Ausschließung der allgemeinen Vorschr. der §§ 812 ff. anzuwenden sind, sobald die für die Sondervorschr. bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Hat nach jenen Sondervorschr. der Besitzer gezogene Nutzungen nicht herauszugeben oder der Eigentümer für bestimmtewendungen nicht Ersatz zu leisten, so ist in den Vorschr., die dies anordnen, zugleich der rechtliche Grund für die infoweit eingetretene Vermögensverschiebung enthalten. Dieser Grundsatz ist in der Rspr. des RG. festgehalten worden; es wird auf die Entsch. des 4. ZivSen. in RG. 129, 308 ff.⁴⁾ und die dortigen Nachweisungen Bezug genommen (vgl. auch RG. 133, 283⁵⁾). Ob der vom 4. ZivSen. ausgesprochenen Rechtsauffassung, die jene Entsch. stützt, beizutreten wäre, daß unter Umständen etwas anderes gelten könne, wenn die Rechtsbeziehungen zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer sich an einen wichtigen Grundstückskaufvertr. anschließen, kann dahingestellt bleiben, da dem vorliegenden Rechtsstreit kein wichtiger Vertr. zugrunde liegt. Danach können für den Anspruch des Kl. auf den Ersatz vonwendungen nur die §§ 994 ff. BGB. die gesetzliche Grundlage bieten.

Die danach zu den einzelnen Ansprüchen vorzunehmende tatsächliche Erörterung fehlt bisher und ist vom BG. nachzuholen. Diese Ansprüche können aber nur dann bestehen, soweit sie über den Schadensersatzanspruch der Bekl. wegen Nichterfüllung hinausgehen. Zunächst mindern sie, wie bereits dargelegt, diesen Schadensersatzanspruch. Wenn man diesen als Gegenforderung ansieht, mit der aufgerechnet ist, so würde auch dieser Aufrechnung der Zwangsvergleich nach §§ 53, 54 RD. nicht entgegenstehen (RG. 58, 11). Was nun den Schadensersatzanspruch angeht, so wird es Aufgabe des BG. sein, den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes zu prüfen. Soweit der Schadensersatzanspruch größer ist, als derjenige Anspruch, der sich für die Bekl. aus §§ 987 ff. BGB. in bezug auf die Nutzungen des Kl. ergeben würde, ist der Schadensbetrag der Bemessung des Anspruchs der Bekl. zugrunde zu legen.

(U. v. 1. Febr. 1932; 472/31 VI. — Stettin.)

[S.]

<= RG. 135, 164 >

5. § 21 RD.; § 148 ZwVerfG.; §§ 1123, 1124 BGB. Die während des Konkursverfahrens aus einer Sache gezogenen Früchte verbleiben der Masse, auch wenn die Sache selbst später von dem Konkursverwalter freigegeben wird. Werte, die der Masse nach § 21 Abs. 2 RD. zustehen, können ihr nicht mit der Begründung entzogen werden, daß sie ohne die Vorausverfügung der dinglichen Beschlagnahme unterfallen wären.

Nach Meinung des VerR. enthält die im August 1931 erklärte Freigabe des Hauses aus der Konkursmasse auch das Aufgeben aller bislang von dem Konkursverwalter nicht geltend gemachten aus dem Eigentum am Hause fließenden Rechte, insbes. des Anspruchs auf die streitigen Mietrückstände. Der VerR. will damit nicht die Willenserklärung des Konkursverwalters für diesen Fall dahin auslegen, als erkenne er an, das Grundstück habe von Anfang an nicht zur Konkursmasse gehört. Vielmehr soll eine Freigabeerklärung des Konkursverwalters allgemein die Tragweite haben, „daß der Sache nach der gleiche Zustand eintritt, wie er bestanden hätte, wenn der Anspruch von vornherein nicht zur Konkursmasse gehört hätte, oder wie er im Fall der Aufhebung des Verfahrens hinsichtlich des ganzen Vermögens gegeben wäre“. Diesen letzten Satz entnimmt der VerR. aus RG. 122, 56¹⁾, der die Wirkung der Freigabeerklärung hinsichtlich einer streitbefangenen Forderung der Konkursmasse auf das unterbrochene Prozeßverfahren über diese Forderung behandelt. Mit den angezogenen Worten stellt das RG. nach dem Zusammenhang darauf ab, daß die Freigabeerklärung ebenso wie die Aufhebung des Konkurses den Zustand der Unterbrechung unmittelbar beendet, ohne daß es zu diesem Behuf einer Aufnahme des Verfahrens bedarf. Eine Rückwirkung der Freigabeerklärung ist damit keineswegs ins Auge gefaßt. Das stellt schon das in RG. 122, 56²⁾ angezogene Erkenntnis RG. 79, 27/29³⁾ klar, in dem es heißt: „Mit der Freigabeerklärung hört in dem Zeitpunkt, wo sie dem Gemeinschuldner zugeht, die Zugehörigkeit zur Konkursmasse auf.“ Nichts anderes sagt RG. 105, 313. Gerade die in RG. 79, 27⁴⁾ in RG. 94, 55 sowie in RG. 122, 56⁵⁾ betonte Gleichstellung der Freigabewirkung mit der der Konkursaufhebung schließt die Annahme aus, als habe die in der Vergangenheit liegende Zugehörigkeit des freigegebenen Gegenstandes zur Konkursmasse infolge der Freigabe als nicht oder nicht wirksam gesehen bezeichnet werden sollen. Denn die Vorgänge des Konkursverfahrens werden durch dessen Aufhebung in ihrer Rechtsgültigkeit und Wirkung offenbar nicht vernichtet. — Von einem anderen Gesichtspunkt geht die Revisionsbeantwortung aus, soweit sie i. S. der Berufungsentscheidung geltend macht, der Konkursverwalter habe über die streitigen Mieten noch nicht verfügt, deshalb erstrecke sich die Freigabe auf sie. Wenn man wiederum von der Frage der Auslegung der hier abgegebenen Freigabeerklärung absieht, so ist damit die rechtliche Zugehörigkeit rückständiger Mieten zum Miet Hause in die Erörterung gezogen, mit anderen Worten ihre Eigenschaft als Früchte i. S. des § 99 Abs. 3 BGB. Von diesem Gesichtspunkt aus liegt die Entsch. nicht in § 101 Ziff. 2 BGB., der das schuldrechtliche Verhältnis zwischen zwei einander folgenden Fruchtziehungsberechtigten regelt, während es sich hier, im Außenverhältnis zum Mieter, um den Erwerb der Früchte handelt. Der von dem VI. geteilte Standpunkt der Revisionsbeantwortung dagegen, Mietrückstände folgten (hinsichtlich der Freigabe) notwendig dem Rechtsschicksal des Miethauses, solange über sie nicht verfügt sei, entbehrt für das Konkursverfahren der gesetzlichen Grundlage und findet keine Stütze in dem angezogenen Schrifttum (Jaeger, RD., § 10 Anm. 31; Menzel, § 7 Anm. 4, § 6 Anm. 2). Der Fruchtterwerb an Rechtsfrüchten i. S. von § 99 Abs. 3 BGB. vollzieht sich mit dem Eintritt der Fälligkeit (RGRKomm. § 99 BGB. Anm. 1 S. 127). Handelt es sich um den Ertrag einer zur Konkursmasse gehörenden Sache, so ist der Konkursverwalter berechtigt und verpflichtet, die während des Konkursverfahrens anfallenden und der Masse nicht

¹⁾ ZB. 1929, 98.

²⁾ ZB. 1929, 98.

³⁾ ZB. 1912, 595.

⁴⁾ ZB. 1912, 595.

⁵⁾ ZB. 1929, 98.

^{*)} ZB. 1910, 339. ^{*)} ZB. 1930, 3210. ^{*)} ZB. 1931, 3447.

wirksam entzogenen Mietbeträge für die Konkursmasse einzuziehen (RG.: JW. 1903, 101 Beil.). Die zur zukünftigen Lösung aus der Konkursmasse erklärte Freigabe des Miethauses kann diesen geschenehen Erwerb nicht berühren, es sei denn, daß die Freigabeerklärung sich im Einzelfall auf die Rückstände erstrecken soll und das ausdrückt. Die Rev. weist auch mit Recht darauf hin, daß die Konkursmasse während der Zugehörigkeit des Grundstücks zur Masse dessen Lasten tragen mußte.

Somit reicht die Abgabe der Freigabeerklärung hinsichtlich des Hauses für sich allein nicht aus, die Stellungnahme des VerK. zu rechtfertigen. Es bedarf vielmehr der mit der Frage der Auslegung der Freigabeerklärung gleichlaufenden Erörterung, ob der Konkursverwalter auf die Einziehung der zur Widerklage streitigen Mietrückstände verzichtet oder sie etwa „verwirkt“ hat.

Soweit eine diese Mietraten angehende Freigabe, ein Verzicht auf sie oder die geltend gemachte Verwirkung nicht anzunehmen ist, begegnet die Widerklage ferner keinem Bedenken aus dem Umstand, daß die Zwangsverwaltung von einem HypGläubiger erwirkt worden ist. Nach § 1123 BGB., § 148 ZwVerfG. würde zwar dieser dingliche Beschlagnahme auch die hier rückständigen Mieten umfassen, und statt des Konkursverwalters wäre der Zwangsverwalter zu ihrer Geltendmachung befugt. Aber bei dem Zeitpunkt des dinglichen Beschlagnahmes lag ihm gegenüber die in der Verrechnung vom Januar 1931 liegende Verfügung nach § 148 ZwVerfG., § 1124 BGB. vor. Es macht keinen Unterschied, daß die Zwangsverwaltung das Grundstück in einem Konkursverfahren befangen antraf, dessen früherer Beschlagnahme die Verrechnung im Verhältnis zu den Konkursgläubigern nach § 21 Abs. 1, 2 RD. unwirksam machte. Der Kreis, der durch dieses und jenes Beschlagnahme geschützt ist, ist verschieden, und die in § 21 RD. verhängte relative Unwirksamkeit duldet keine Erstreckung in das dingliche Beschlagnahmeverfahren, dem eigene feste Grenzen gezogen sind. Die Erwägung, der Konkursverwalter könne nicht verlangen, daß der Masse Werte zugeführt werden, die mangels einer Vorausverfügung in die Masse der Zwangsverwaltung, nicht des Konkurses, geflossen wären, ist nicht schlüssig. Ohne die Vorausverfügung wäre der dingliche Zugriff stärker gewesen als der Konkursbeschlagnahme. Daraus kann nicht folgen, daß bei dem Ausbleiben der dinglichen Beschlagnahmwirkung der Konkursbeschlagnahme hinter seine gesetzlichen Grenzen zugunsten des durch die Verfügung Gewollten zurücktritt. Somit unterliegt die Sachbefugnis des Widerkl. auch aus diesem Gesichtspunkt keinen Bedenken, und es bleiben gemäß dem Vorstehenden zur Widerklage nur die Fragen zu prüfen, die der VerK. in Folge seiner rechtsirrigten Auffassung der Freigabe zu entscheiden unterlassen hat.

(U. v. 17. Okt. 1932; VIII 289/32. — Berlin.) [H.]

<= RG. 138, 70.>

Zu 6. Zum besseren Verständnis dieser Entsch. des RG. und der darin mit Recht aufgehobenen Entsch. des BG. sei auf die RG-Entsch. v. 25. März 1930 im Vorprozeß derselben Parteien (abgedr. JW. 1930, 1493, auszugsw. RG. 128, 66 f.) besonders hingewiesen:

Daß Voraussetzung der Konkursanfechtung ein Konkursverfahren ist, und nach Beendigung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich oder Einstellung von einer Konkursanfechtung nicht mehr die Rede sein kann, und daß deshalb der Gemeinschuldner eine vom Konkursverwalter erhobene Anfechtungsklage nicht fortsetzen und weiterverfolgen kann, ist bereits RG. 7, 35 ausgesprochen und seitdem anerkannten Rechts. Unbedingt richtig ist daher die Ausführung des RG. (unter Bezugnahme auf RG. 31, 40; 52, 338), daß hier das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters mit der Beendigung des Verfahrens durch Zwangsvergleich erloschen und der anhängige Anfechtungsprozeß damit in Ansehung der Hauptsache gegenstandslos geworden ist.

Soweit der Konkursverwalter nach Beendigung des Konkurses nachträglich gem. § 166 RD. noch Beträge zu verteilen hat — beim Zwangsvergleich: falls ihm die Vergleichsdurchführung ausdrücklich vorbehalten ist —, mag man den Konkursverwalter zur Fortführung bereits anhängiger Prozesse wegen dieser Beträge mit der herrschenden Meinung als legitimiert erachten. Einen Konkursanfechtungsprozeß aber kann der Konkursverwalter nach Erlöschen seines Anfechtungsrechtes und Beendigung seiner Amtstätigkeit nicht fortsetzen. Dieser zwingenden Gesetzesfolge gegenüber erklärt das RG. mit Recht entgegenstehende Bestimmungen des Zwangsvergleichs oder der Ver-

**6. §§ 29, 36 RD.; §§ 561 Abs. 1 ZPO.

1. Im Konkursanfechtungsprozeß kann, wenn nach Abschluß eines Zwangsvergleichs das KonkVerf. aufgehoben ist, nur noch der bisherige Gemeinschuldner auftreten. Doch wird die nach Erlass des BU. erfolgte Konkursaufhebung materiell nicht berücksichtigt, die Rechtslage nur nach den Umständen zur Zeit des Erlasses des BU. behandelt.

2. Dem früheren Gemeinschuldner gegenüber kann in diesem Fall der Anfechtungsbeklagte auf sein der Gläubigerin gegenüber anfechtbar begründetes Recht zurückgreifen.

3. Die Vertretungsbefugnis des KonkVerm. im Anfechtungsprozeß kann über die Konkursaufhebung hinaus nicht durch Beschluß der Gläubigerin oder durch eine Best. des Zwangsvergleichs ausgedehnt werden.†)

Im Vorprozeß hat der erf. Sen. lediglich entschieden, daß das Ur. des BG. nach der diesem vorliegenden Rechts- und Sachlage zutreffend sei. Er hat ausdrücklich in den Urteilsgründen hervorgehoben, in Folge der Nichtberücksichtigung der Aufhebung des KonkVerf. ergehe eine Entsch., die mit der geänderten Rechtslage nicht im Einklang stehe, die Kl. erleide aber dadurch keinen Rechtsverlust, da sie in einem neuen Rechtsstreit die Aufhebung des KonkVerf. geltend machen könne. Daran ist festzuhalten.

Der Befl. kann sich hiernach der Klage aus der Hypothek gegenüber nicht auf Rechtskraft des Vorprozeßurteils berufen.

2. Das BG. wendet sich sodann gegen die Annahme der Kl., daß durch die Aufhebung des KonkVerf. die Voraussetzungen für die Anfechtung weggefallen seien. Es stellt fest: Der Befl. hat schon zur Zeit, als der Vorprozeß noch beim BG. schwebte, dem KonkVerm. zwei Vergleichsvorschläge gemacht, den einen für den Fall des Durchbringens, den anderen für den Fall der Erfolglosigkeit der Anfechtung; nach Erlass des Ur. v. 11. Mai 1929 hat der Befl. einen weiteren Vergleichsvorschlag gemacht, der als Zwangsvergleich angenommen und bestätigt worden ist; danach sollte zur Sicherheit der Gläubiger wegen ihrer Vergleichsforderungen auf dem Mühlgengrundstück eine Hypothek eingetragen werden. Diese Best. legt das BG. dahin aus, daß die Hypothek an erster Stelle einzutragen sei, und meint, daraus ergebe sich, daß der KonkVerm. ermächtigt sein sollte, für die Konkursgläubiger den Anfechtungsprozeß zu Ende zu führen. Er habe sich auch bemüht, vor dem RG. nach Aufhebung des KonkVerf. seine Parteilegitimation darzutun. Das RG. habe ihn allerdings nicht zugelassen, aber an seiner Stelle habe der Befl. die Rechte der Konkursgläubiger wahrgenommen, und für diese die sich aus dem Vorprozeßurteil ergebenden Rechte erworben,

gleichsparteien für rechtlich bedeutungslos. — In dem Vorprozeße hat das RG. folgerichtig nach Beendigung des Konkursverfahrens den Konkursverwalter als Partei für die RevJust. nicht mehr zugelassen. Ebenso folgerichtig hätte das RG. aber im Vorprozeße auch den Gemeinschuldner an Stelle des ausgeschiedenen Konkursverwalters und für die gegenstandslose Hauptsache als Partei nicht zulassen und die Rev. nicht für zulässig erklären dürfen. Der in RG. 58, 371 näher begründete Grundsatz, daß der Gemeinschuldner nach Konkursbeendigung einer prozeßfähig gewordenen Partei gleich zu erachten und deshalb der Prozeß ohne weiteres gegen ihn fortzusetzen sei, kann nur für die Prozesse gelten, die sachlich von dem Gemeinschuldner fortgesetzt werden können: Der Fall RG. 58, 371 betrifft eine Forderungsfeststellungsklage nach § 146 RD., die dem Gemeinschuldner gegenüber sachlich unverändert durchgeführt werden konnte. Gegenstandslos gewordene Konkursanfechtungsprozesse können, wie in RG. 31, 43 u. 52, 331 f. dargelegt ist, von und gegen den Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses nicht fortgesetzt werden. In RG. 31, 43 ist deshalb ausdrücklich eine auf Fortsetzung des gegenstandslosen Konkursanfechtungsprozesses gegenüber dem Gemeinschuldner persönlich gerichtete Berufung für unzulässig erklärt. Etwas anderes ist die Fortsetzung eines solchen Rechtsstreits gegen den bisherigen Gemeinschuldner nur wegen der Kosten (vgl. RG. 31, 44 u. Meinel, RD., 4. Aufl. 1932, S. 229; Jaeger, RD., 2. Aufl., zu § 29 Anm. 24).

Hätte dementsprechend das RG. im Vorprozeßurteil v. 25. März 1930 ausdrücklich den Konkursanfechtungsprozeß für gegenstandslos

die zur Folge hätten, daß die Kl. ihre Hypothek nicht zum Nachteil der Konkursgläubiger geltend machen könne. Dies würde aber geschehen, wenn die Hypothek der Kl. aus dem Grundstück ohne Rücksicht auf die hinter ihr eingetragene Hypothek der Konkursgläubiger gezahlt würde. Daher könne die Kl. die Zahlung des Hypothekenkapitals aus dem Grundstück nur im Range hinter der Hypothek der Konkursgläubiger verlangen.

Diese Ausführungen des BG. sind nicht überall rechtlich einwandfrei. Sie übersehen vor allem, daß das Anfechtungsrecht des KonkW. mit der Beendigung des KonkVerf. erlischt. Das Erlöschen kann nicht durch eine dem KonkW. im Zwangsvergleich erteilte Ermächtigung zur Durchführung eines anhängigen Anfechtungsprozesses hintangehalten werden, denn die Vergleichsparteien sind nicht befugt, die gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 29, 36 RW.) abzuändern, von denen das Anfechtungsrecht und seine Ausübung abhängt. Das Erlöschen des Anfechtungsrechts hat zur Folge, daß anhängige Anfechtungsprozesse in Ansehung der Hauptsache gegenstandslos werden (RW. 31, 40; 52, 338). Daß die Kl. durch den Zwangsvergleich gebunden und deshalb genötigt wäre, mit ihrer Hypothek hinter der im Vergleich bewilligten Hypothek zurückzutreten, ist im Ur. nicht ausgeführt. Einer solchen Annahme würde, wie die Rev. zutreffend hervorhebt, entgegenstehen, daß die Kl., die nur als Absonderungsberechtigte im Konkurs aufgetreten ist, nicht zu den am Zwangsvergleich beteiligten Konkursgläubigern gehörte (RW. 92, 184).

3. Aus diesen Gründen mußte der Klage auf Zahlung der Hypothek aus dem Grundstück ohne die vom BG. ausgesprochene Einschränkung stattgegeben werden.

(U. v. 15. März 1932; VII 248/31. — Breslau.) [Ru.]
(= RW. 135, 347.)

7. §§ 29, 193 RW.; § 73 VerglD.

1. Ein von einem Liquidationsvergleich betroffener Gläubiger kann vor dem Abschluß des Vergleiches vorgenommene Handlungen des Vergleichsschuldners nicht anfechten.

2. Zum Begriff des „Mitschuldners“ i. S. der §§ 193 Satz 2 RW., 73 Absf. 2 VerglD. Der Anfechtungsschuldner ist nicht als Mitschuldner i. S. der vorgenannten Bestimmungen anzusehen.

Mit Recht hat der VerR. die Frage verneint, ob ein Gläubiger nach Beendigung eines Vergleichsverfahrens durch bestätigten Vergleich noch frühere Rechtshandlungen des Vergleichsschuldners nach Maßgabe des AnfG. anfechten könne. Daß es einem vom Verfahren betroffenen Gläubiger nicht gestattet sei, sich während des Verfahrens im Wege einer Anfechtung eine vorzugsweise Befriedigung zu verschaffen, ist mit der h. M. anzuerkennen (vgl. Kiewow, VerglD., 4. Aufl., S. 322 Anm. 12; Mayer, VerglD. S. 195 Anm. 45). Eine Anfechtung erscheint aber auch dann ausgeschlossen, wenn ein bestätigter Liquidationsvergleich den Abschluß des Vergleichs-

erklärt und eine rechtliche Beurteilung des hinsichtlich gewordenen Streitens in der Rev.Just. zwischen dem bisherigen Gemeinschuldner und dem Gläubiger als unzulässig abgelehnt, so hätte der jeßige nochmalige Prozeß derselben Parteien in nochmals drei Rechtszügen vermieden werden können.

Sachlich ist im jeßigen Urteil mit Recht nur dem Klageantrage stattgegeben, der ohne Rücksicht auf den Vorprozeß den Darlehenshypothekenanpruch mit dem ursprünglich im Grundbuche eingetragenen Range geltend macht. Die weiter begehrte Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Sachentscheidung des Vorprozesses brauchte nicht ausgesprochen zu werden, weil sie zwischen den jeßigen Parteien nicht ergangen und völlig gegenstandslos ist.

Den Schaden haben die Zwangsvergleichsgläubiger, die — theoretisch — Einzelanfechtungsansprüche nach Maßgabe der §§ 13 Absf. 4, 3 AnfG. im Wege einer neuen Klage erheben könnten, praktisch aber hier nach dem in RW. 1930, 1494 wiedergegebenen Tatbestande wegen der engeren Voraussetzungen des § 3 AnfG. keine Aussicht auf Erfolg haben.

Konkursgläubigern, Konkursverwaltern und Konkursrichtern diene der Fall als Mahnung, vor Abschluß eines Zwangsvergleiches oder sonstiger Beendigung des Konkurses die rechtskräftige Erledigung der Konkursanfechtungsprozesse abzuwarten.

LGDir. Dr. Gernsheim, Berlin.

verfahrens bildet; denn in diesem Falle werden die Gläubiger im Rahmen des Liquidationsvergleiches befriedigt, während ihre Forderungen insoweit untergehen, als diese von ihnen teilweise dem Vergleichsschuldner erlassen werden. Ein Ausfall i. S. des § 2 AnfG. kommt dann nicht mehr in Frage (Mayer a. a. O. S. 395 Anm. 4; und bzgl. des Zwangsvergleiches Jaeger, AnfG. S. 307, wonach die Forderungen des vom Vergleiche betroffenen Gläubigers nur nach Maßgabe des Vergleiches verfolgt werden können; Warneyer, AnfG., 2. Aufl., S. 196).

Die Ansicht der Kl., ihr Anfechtungsrecht sei durch den Vergleich nicht berührt worden, weil der Vekl. als Mitschuldner der Vergleichsschuldnerin i. S. v. § 73 Absf. 2 VerglD. anzusehen sei, kann nicht für richtig angesehen werden. § 73 Absf. 2 VerglD. entspricht — bis auf eine hier nicht in Betracht kommende Abweichung — wörtlich dem den Zwangsvergleich betreffenden § 193 Satz 2 RW. Nun ist seit Geltung der RW. v. 10. Febr. 1877 und 17. Mai 1898, soweit ersichtlich, noch niemals bezweifelt worden, daß das Wort „Mitschuldner“ die für die Schuld des Hauptschuldners mithaftenden, für dieselbe Schuld verpflichteten Personen bezeichnet, daß es also ungefähr dasselbe bedeutet, wie die Ausdrücke Korreal- und Solidarischuldner im gemeinen Recht (vgl. Windscheid, Pandektenrecht II § 293 bei n. 8; Andts, Pand., 10. Aufl., S. 364). So wird auch die im 6. Abschn. des II. Buches des BGB. behandelte Mehrheit von Schuldnern im Schrifttum „Mitschuld“ oder „Mitschuldnerschaft“, die einzelnen Schuldner „Mitschuldner“ genannt (vgl. Cosack und Mitteis, Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl., I, S. 497 ff.). Die Mot. zur RW. lassen klar erkennen, daß der Entw. unter Mitschuldner nichts anderes verstand als „Solidar- und Korreal-schuldner“ (Mot. z. Entw. einer Deutschen Gemeinschafts-RW. II S. 169; RWDruckf. II. LegPer., II. Sess. 1874/75 Nr. 200 S. 1546 f.). Nach Inkrafttreten der RW. am 1. Okt. 1879 erhoben sich Zweifel in der Richtung, ob auch diejenigen als Mitschuldner i. S. des § 178 RW. a. F. (§ 193 n. F.) angesehen werden könnten, die dem Gläubiger für eine Forderung des Gemeinschuldners ein Pfand bestellt hatten (vgl. einerseits RW. 22, 325; andererseits RW. 23, 119; Wil-mowski, Dtsch. RW., 5. Aufl., S. 464). Wenn daher bei der Neufassung der RW. i. F. 1898 in den § 193 die Worte eingefügt wurden: „sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrechte“ usw., so geschah dies, um die diesbezügliche Praxis des RW. gesetzlich festzulegen (Jaeger, RW., 5. Aufl., II S. 362). Die Ausführungen bei Jaeger auf S. 370 f. lassen deutlich erkennen, daß bzgl. der Auslegung des § 193 RW. volle Einhelligkeit darüber besteht, daß unter Mitschuldner nur mehrere durch Mithaftung und wohl auch durch gegenseitiges Rückgriffsrecht verbundene Schuldner zu verstehen sind, und daß § 193 Satz 2 außer auf solche Mitschuldner nur noch auf Bürgen und die mit einem Pfand, einer Hypothek usw. haftenden Personen anwendbar ist. Daß nun bzgl. des § 73 Absf. 2 VerglD. etwas anderes gelten sollte, dafür fehlt es an jedem Anhalt. Eine dahingehende Auslegung erscheint auch um deswillen ausgeschlossen, weil die Schuld des Anfechtungsschuldners eine ganz andere ist als die Schuld des Hauptschuldners. Mitschuldner und die übrigen in § 73 Absf. 2 VerglD. aufgeführten Mithaftenden haften, und zwar der Bürgen und die sonstigen Garanten auf Grund ausdrücklicher Haftungsübernahme (vgl. RW. 134, 129¹⁾) unmittelbar für die Schuld des Hauptschuldners. Das ist beim Anfechtungsschuldner nicht der Fall. Dessen Verpflichtung geht — wie sich aus § 9 AnfG. ergibt — auf Rückgewähr des in anfechtbarer Weise erlangten Gegenstands, damit sich der Gläubiger durch Zwangsvollstreckung in diesen wegen seiner Forderung gegen den Hauptschuldner befriedigen kann, ohne daß sich der Anfechtungsschuldner zugunsten einer bestimmten Forderung gegen den Hauptschuldner verpflichtet hätte. Von einer „Mitschuld“, d. h. einer neben der des Hauptschuldners bestehenden Verpflichtung, dessen Schuld in der gleichen Weise wie die des Hauptschuldners zu erfüllen, kann keine Rede sein. Das zwischen dem anfechtenden Gläubiger und dem Anfechtungsschuldner bestehende Schuldverhältnis ist ein ganz an-

¹⁾ RW. 1932, 340.

deres wie das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner begründete. Fehlt es aber an der in § 73 Abs. 2 VerglD. vorausgesetzten Identität des Schuldverhältnisses, so findet diese Ausnahmebest. auf den Besl. keine Anwendung, und es entfällt die Möglichkeit für die Kl., den Besl. auf Grund des AufG. zu belangen.

(U. v. 29. Nov. 1932; VII 285/32. — Düsseldorf.) [Ru.]
(= RG. 139, 48.)

*8. §§ 30, 46, 54, 55, 182 R.D.; § 63 VerglD.

1. Ansprüche des zu außergerichtlichen Sanierungsmaßnahmen bestellten Treuhänders im Konkurse, nachdem seine Forderung vor Konkurseröffnung befriedigt ist. Die Anfechtung der Zahlungen ist weder aus Billigkeitsgründen noch weil die Zahlung Bargeschäft sei, ausgeschlossen. Doch kann durch die Übertragung des Vermögens des Gemeinschuldners ein Absonderungsrecht entstanden oder die Aufrechnung begründet worden sein.

2. Eine die Konkurseröffnung bewirkende Zahlungseinstellung kann auch dann vorliegen, wenn der Treuhänder monatelang das Geschäft des Gemeinschuldners fortgeführt hat.†)

Im Frühjahr 1929 befand sich die Firma H., die jetzige Gemeinschuldnerin, in Zahlungsschwierigkeiten. Da sie ihren fälligen Verpflichtungen nicht voll nachkommen konnte, beauftragte sie am 2. Juli 1929 die Besl., einen außergerichtlichen Vergleich mit ihren Gläubigern abzuschließen und gegebenenfalls die Übernahme der Firma durch eine andere zu bewirken. Nachdem ein Versuch der Besl. in letzter Richtung mißlungen war und sie einen Status für den 30. Juni 1929 aufgestellt hatte, der die Überschuldung von H. ergab, rief sie die Hauptgläubiger zu einer Versammlung am 16. Juli 1929 zusammen. In dieser wurden die Verhältnisse der Firma dargelegt und ein Vergleich zu 65% angeboten; es wurde ein Gläubigerausschuß gebildet, und man beschloß, das gesamte Vermögen der Firma auf die Besl. als Treuhänderin zu übertragen. Die Besl. bekam sämtliche Außenstände abgetreten und erhielt weitgehende Vollmacht, besonders auch zur Verfügung über den Grundbesitz und über Geld und Bankguthaben. In der Folgezeit wurden die begonnenen Arbeiten der Firma H. weitergeführt, namentlich angefangene Bauten fertiggestellt, und Arbeiter und Angestellte erhielten ihre fälligen Löhne und Gehälter weiter ausgezahlt. Die umfangreiche Tätigkeit der Besl. führte jedoch nicht zum Erfolg, so daß im Oktober 1929 der Auftrag beendet wurde und H. mit weiteren Sanierungsversuchen den Kl. betraute. Die Besl. erhielt für ihre Tätigkeit insgesamt 11 000 RM, von denen sie 5000 RM als vom Gläubigerausschuß bewilligte Abschlagszahlung am 31. Aug. 1929 aus dem Vermögen der Firma entnahm, während sie weitere 6000 RM bei der Rückgabe des ihr übertragenen Vermögens Ende Oktober 1929 einbehielt. Im Februar 1930 wurde auf Antrag des Kl. das Konkursverfahren eröffnet und der Kl. zum Konkursverwalter ernannt.

Der Kl. hat sowohl den Vertrag v. 2. Juli 1929 als auch die beiden Zahlungen angefochten und Zahlung von 11 000 RM verlangt. LG. und BG. haben verurteilt, RG. hat aufgehoben.

1. Während das LG. die Anfechtung des Vertrages wie der Zahlungen auf Grund der beiden Halbsätze des § 30 Nr. 1 R.D. für begründet erachtet, hat das BG. seine Entsch. nur auf die Anfechtbarkeit der Zahlungen, und zwar auf Grund des

zweiten Halbsatzes gestützt. Daß mindestens am 16. Juli 1929 eine nach außen hinreichend in die Erscheinung getretene Zahlungseinstellung vorlag, hat das BG. in Übereinstimmung mit der Mspr. des RG. einwandfrei dargetan. Es ist aber auch nicht richtig, daß diese Zahlungseinstellung nachträglich wieder beseitigt und erst eine erneute anderweitige Zahlungseinstellung für die Konkurseröffnung ursächlich geworden ist. Zwar sind nach dem 16. Juli 1929 noch Zahlungen geleistet worden, jedoch fast nur auf Forderungen, die durch Weiterführung angefangener Bauten entstanden waren, sowie für Löhne und Steuern, während keiner der alten Hauptgläubiger irgendwelche Zahlungen erhalten hat. Die alten Gläubiger, besonders die Hauptgläubiger, haben auch nicht etwa eine wirkliche Stundung gewährt, wie auch das BG. ausdrücklich feststellt, daß keine allgemeine Stundung durch die Gläubiger erfolgt sei. Allerdings haben sie von Zwangsvollstreckungen Abstand genommen, weil die Gemeinschuldnerin freiwillig ihr gesamtes Vermögen der Besl. zum Zwecke der Sicherung und demnächst auch Befriedigung aller Gläubiger nach Höhe der vereinbarten 65% zur Verfügung gestellt und ihr als Treuhänderin übergeben hatte. Ob dies hinsichtlich aller einzelnen Vermögensgegenstände rechtswirksam geschehen war, ist nicht erheblich; jedenfalls gingen alle Beteiligten, die Gemeinschuldnerin, die Gläubiger, zunächst mindestens diejenigen der Versammlung v. 16. Juli 1929, und die Besl. als Treuhänderin, davon aus, daß der letzteren die alleinige Verfügungsbefugnis bezüglich des Vermögens der Gemeinschuldnerin übertragen und diese völlig ausgeschaltet worden war. Eine unbedingte Stundung auf bestimmte Zeit, die das ganze Geschäft der Gemeinschuldnerin auf eine neue Grundlage gestellt und die Zahlungseinstellung völlig behoben hätte, liegt also nicht vor. Es ist dann auch tatsächlich im Verfolg und in Fortwirkung der im Juli 1929 eingetretenen Zahlungseinstellung, da alle Versuche, die Firma H. zu sanieren, schließlich fehlschlagen, zur Konkurseröffnung gekommen. Ob das erst rund sieben Monate nach der Zahlungseinstellung geschah, ist nicht wesentlich, sieht doch die Kl. selbst dies nach § 33 zweifellos als möglich vor. RG. 100, 65 steht dem nicht entgegen; denn wie sich insbes. aus RG. 114, 208 f. 1); 127, 61²⁾ ergibt, die ergänzend zu dieser Entsch. heranzuziehen sind, beseitigt nicht schon die Stundung als solche die Zahlungseinstellung, sondern erst eine mit Hilfe der Stundung erfolgte allgemeine Wiederaufnahme der Zahlungen, sei es auch zunächst nur von Ratenzahlungen; daß der Wiederbeginn der Zahlungsfähigkeit als solcher insolge Stundung auch ohne allgemeine Wiederaufnahme der Zahlungen die vorher eingetretene Zahlungseinstellung beseitige, kann nicht als zutreffend anerkannt werden; überdies ist es aber vorl. zu einer wirklichen Stundung gar nicht gekommen.

2. Auch wenn aber bereits am 2. Juli 1929 bei Abschluß des Dienstvertrags auf Geschäftsbesorgung (als solcher stellt sich die Erteilung und die Annahme des Auftrags zur Sanierung eines notleidenden Unternehmens rechtlich dar) eine der Besl. bekannte Zahlungseinstellung der Firma H., die dann auch für die Konkurseröffnung ursächlich gewesen ist, vorgelegen hat, so scheidet doch eine Anfechtung dieses Vertragschlusses selbst nach § 30 Nr. 1 R.D. aus. Denn ganz abgesehen davon, ob nicht eine, für die Anwendung von HalbG. 1 erforderliche, Benachteiligung der Konkursgläubiger unmittelbar durch die Eingehung dieses Vertrags verneint werden müßte, steht seiner Anfechtbarkeit aus § 30 Nr. 1, und zwar aus beiden Halbsätzen, namentlich § 33 R.D. entgegen.

¹⁾ JW. 1927, 383.

²⁾ JW. 1930, 1065.

Zu 8. Die vorstehende Entsch. behandelt eine bei den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen sehr aktuelle Frage.

Zweifellos ist, daß einer Treuhandgesellschaft keine bevorrechtigte Forderung nach § 61 R.D. zusteht (JW. 1931, 2386²⁵; HöchstMSpr. 1931, 249), und daß die Ausnahmevorschrift in § 85 VerglD. nicht dahin ausgedehnt werden kann, daß die Kosten einer Treuhandgesellschaft für Sanierungsversuche im nachfolgenden Konkurs Massekosten sind (RG.: KonkTrW. 1931, 7¹; a. M. aber unzutreffend LG. Berlin I: KonkTrW. 1928, 29³⁾). Eine andere Frage ist aber, ob vor Konkurseröffnung geleistete Zahlungen anfechtbar sind.

Die bisher überwiegende Meinung steht auf dem Standpunkt der Unanfechtbarkeit (Jaeger, R.D. 26a und 37 zu § 30; LZ.

1914, 1609; 1915, 768; JW. 1915, 1253; Menzel, R.D. 6, 9 und 10 zu § 30; Emmerich, Sanierung S. 130; JW. 1913, 248; 1926, 879¹¹; 1930, 723³; KonkTrW. 1928, 29, 47, 48, 188; 1929, 40²; a. M. JW. 1930, 1523³³; SeuffArch. 68 Nr. 114; LZ. 1913, 746; 1915, 767).

Hiernach liegt eine Anfechtbarkeit auch dann nicht vor, wenn nicht, wie im gegenwärtigen Fall § 33 R.D. der Anfechtung hindernd entgegensteht; denn in einem einen ernstlichen Sanierungsverjud erhaltenden Rechtsgeschäft zur Abwendung des Konkurses liegt grundsätzlich keine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger, auch wenn nicht alle Gläubiger demselben zugestimmt haben, so daß eine

Es handelt sich also nur um die Anfechtbarkeit der beiden Zahlungen auf Grund des § 30 Nr. 1 Halbs. 2 R.D. Wenn der Rev.Bekl. hierzu ausführt, daß insbes. die schließliche Einbehaltung der 6000 RM bei Beendigung des Auftrags keine wirkliche Zahlung darstelle, obgleich er selbst von Anfechtung der beiden „Zahlungen“ gesprochen hatte, so kann dies auf sich beruhen; denn auch eine Befriedigung der Bekl., die diese sich selbst durch eigenmächtige einseitige Handlung ohne Zustimmung der Gemeinschuldnerin verschafft haben würde, fällt in gleicher Weise unter Halbs. 2 des § 30 Nr. 1.

Gegen die Anwendung dieser Best. auf die beiden „Zahlungen“ kämpft nun die Rev. aus zwei Gesichtspunkten an, a) einem allgemeineren, daß ein solcher auf Vermittlungen um einen konkursabwehrenden Ausgleich gerichteter Dienstvertrag, namentlich wenn die Gesamtheit oder doch die große Mehrzahl der Gläubiger damit einverstanden sei, und ebenso auch seine Erfüllung durch Zahlung von Honorar und Erstattung von Auslagen grundsätzlich nicht als gläubigerbenachteiligend angesehen werden könne, und weiter b) einem nur nach Lage des Einzelfalles, aber gerade auch vorliegend einschlagenden Grunde, daß die einzelnen Zahlungen mit Rücksicht auf die Zeit, in der sie erfolgt seien, und die Begleitumstände nicht als Befriedigung eines Konkursgläubigers zu betrachten seien, vielmehr ein „Bargeschäft“ in Betracht komme (vgl. dazu Jaeger, R.D., 6./7. Aufl., § 30 Anm. 26, 26 a, 37; Menzel, R.D., 4. Aufl., § 30 Anm. 6; Emmerich, Sanierung I S. 130).

Zu a. Zunächst kann aber der erste Gesichtspunkt nicht als gerechtfertigt anerkannt werden, Billigkeitserwägungen und mehr oder weniger große wirtschaftliche Bedürfnisse können nicht zu einer Abweichung von der gesetzlichen Regelung führen, solange nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme festgesetzt hat. Ob außergerichtliche Vergleichsunternehmen unter Beauftragung eines Treuhänders mit der Herbeiführung der Sanierung zur Zeit der gesetzlichen Regelung der Konkursanfechtung schon bekannt waren, ist unerheblich. § 85 Vergl.D., durch welchen den Ansprüchen der Vertrauensperson auf Vergütung und Auslagenersatz eine besondere Vorzugsstellung eingeräumt ist, gilt nur für das gerichtliche Vergleichsverfahren und auch nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 82, kann aber nicht auf außergerichtliche Sanierungsversuche entsprechend angewendet werden.

Ausschlaggebend gegen eine Anfechtbarkeit kann auch nicht sein, daß ein Vertrag, durch den erstlich eine Sanierung erstrebt wird, nach Inhalt und Zweck dem gemeinsamen Vorteil aller Gläubiger zu dienen bestimmt ist. Denn ob der Versuch zum Ziele führt, ist stets eine unsichere Sache, und es läßt sich deshalb keineswegs sagen, daß die ganze Unternehmung tatsächlich dem gemeinsamen Wohl aller Gläubiger förderlich ist. Insbes. vermindern Zahlungen an den Treuhänder das Aktivvermögen des Schuldners, so daß durch sie, falls es doch zum Konkurs kommt, an sich die Konkursmasse geschmälert wird und damit die Gläubiger benachteiligt werden. Es könnte höchstens in Frage kommen, ob dann, wenn

Anfechtung nach § 30 Nr. 1 Halbsatz 1 R.D. entfällt, wenn nicht besondere Umstände (z. B. unangemessen hohe Vergütung, Unlauterkeit des Geschäftes) die Anfechtung begründen.

Es kommt aber auch eine Anfechtung nach § 30 Nr. 1 Halbsatz 2 R.D. nicht in Frage.

Der Gesichtspunkt, daß bei Anfechtbarkeit der Honorarzahlungen ein Schuldner, der nicht sofort zur Barzahlung des Honorars in der Lage ist, überhaupt nicht die Möglichkeit einer außergerichtlichen Sanierung finden würde und deshalb zum Schaden seiner Gläubiger in Konkurs gehen müßte, kommt allerdings gegenüber zwingenden gesetzlichen Vorschriften nicht in Betracht.

Ob ein Vorgang als Bardeckung zu betrachten ist, darüber entscheidet der Wille der Beteiligten und die Anschauung des Verkehrs. Hiernach muß derjenige, welcher eine Sanierung versucht, bezahlt werden. Bargeschäfte liegen nicht bloß bei Leistung Zug um Zug vor. Es kann deshalb auch nicht darauf ankommen, ob die Zahlung des Honorars nicht sofort bei Vertragschluß erfolgt; denn in jedem Falle erfolgt die Übernahme der Vertretung zum Zwecke der Sanierung eines bereits im Zustand der Krise befindlichen Unternehmens unter der selbstverständlichen Bedingung der Bezahlung.

Das RG. sucht selbst einen Ausweg aus der auch von ihm offensichtlich nicht verkanteten Unbilligkeit einer gegenseitigen Stellungnahme. Ob die treuhänderische Übertragung des Vermögens des

alle Gläubiger der Erteilung des Sanierungsauftrags und vielleicht auch noch der Leistung der Vergütungen zugestimmt haben, eine Anfechtung deshalb ausgeschlossen wäre, weil alsdann der Konkursverwalter nach Treu und Glauben nicht zugunsten derselben Personen die Leistungen rückgängig machen könnte, die vorher mit den Leistungen völlig einverstanden gewesen waren. Aber diese Erwägung trifft keinesfalls zu, wenn etwa nur die Mehrzahl der Gläubiger, wenn auch eine verstärkte Mehrheit gem. § 63 Vergl.D. oder § 182 R.D., zugestimmt hatte. Denn eine Bindung der Minderheit durch das Verhalten der Mehrheit kann nur in den durch Gesetz bestimmten Fällen Platz greifen und insbes. auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer auftraglosen nützlichen Geschäftsführung der Mehrheit für die Minderheit angenommen werden. Übrigens ist es selbst dann, wenn die Gesamtheit der Gläubiger dem Vertragschluß und den Zahlungen zugestimmt hat, zweifelhaft, ob damit das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters ausgeschlossen sein würde; denn es können sehr wohl bis zur Konkursöffnung Änderungen im Bestand der Gläubiger eintreten und neue Gläubiger hinzukommen, und gegenüber diesen neuen Gläubigern würde der gegen die alten zustimmenden Gläubiger dargelegte Gesichtspunkt nicht in Betracht kommen können; ferner könnte aber eine Anfechtung von Rechtshandlungen auch im Interesse der Massegläubiger geboten sein, und die Entschließungsfreiheit des Konkursverwalters würde dann kaum durch ein früheres Verhalten der Konkursgläubiger, wenn auch ihrer Gesamtheit, beeinträchtigt werden dürfen. Doch braucht zu alledem nicht endgültig Stellung genommen zu werden, da die Zustimmung sämtlicher Gläubiger auch nur zu dem Vertragschluß vom 2. Juli 1929, geschweige denn zu den beiden „Zahlungen“, von der Bekl., die dafür als für eine gegenüber den angefochtenen und an sich anfechtbaren Rechtshandlungen besondere Sachgestaltung beweispflichtig sein würde, nicht dargetan worden ist. Wenn selbst alle Gläubiger von dem Sanierungsauftrag der Gemeinschuldnerin an die Bekl. und der Zustimmung der Hauptgläubiger erfahren haben sollten, so würde ein bloß untätiges (passives) Verhalten der übrigen Gläubiger, da für sie keine Rechtspflicht zu einer Widerspruchserklärung bestand, noch keine Zustimmung bedeuten; mehr als ein stillschweigendes Geschehenlassen der Handlungsweise der Firma H. und der Hauptgläubiger, ein Stillhalten, für das die verschiedensten Erwägungen haben maßgebend sein können, hat aber die Bekl. niemals geltend gemacht.

Zu b. Der andere von der Bekl. gegen die Anfechtbarkeit der beiden „Zahlungen“ aus § 30 Nr. 1 Halbs. 2 R.D. geltend gemachte Gesichtspunkt ist aber auch nicht gerechtfertigt. Zwar entsprechen die Ausführungen an sich dem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz (vgl. Jaeger a. a. D. § 30 Anm. 37; Menzel a. a. D. § 30 Anm. 6, 9 und 10), daß dann, wenn es sich nicht um die Befriedigung einer bereits zuvor entstandenen Forderung handelt, sondern um eine vor oder gleichzeitig mit dem Erwerb des Gläubigerrechts eingetretene Befriedigung („Bargeschäft“ im weiteren Sinne),

Schuldners, die zu ganz anderen Zwecken als der Sicherung der Honorarforderung erfolgt, gleichzeitig auch die Absicht dieser Sicherung erkennen läßt, wird sehr fraglich sein; in Zukunft werden sich allerdings die mit der Sanierung betrauten Personen zweckmäßig ausdrücklich eine solche ausbedingen.

Der vom RG. hilfsweise herangezogene Gesichtspunkt der Aufrechnung trifft jedenfalls zu; denn die Übertragung eines gesamten Vermögens und deshalb auch die Rückübertragung desselben ergreift die einzelnen Bestandteile, die ja auch in den für dieselben entsprechenden Formen einzeln übertragen werden müssen; soweit also unter der Annahme der Anfechtbarkeit der Honorarzahlung ein Geldbetrag zurückgewährt werden müßte, besteht das Recht der Aufrechnung, das aus den vom RG. ausgeführten Gründen durch § 55 Abs. 1 Nr. 3 R.D. nicht ausgeschlossen wird.

Sollte übrigens, was allerdings das Problem nicht allgemein löst, der Treuhänder-AltG. nicht auch das Zurückbehaltungsrecht im Rahmen von § 369 HGB., § 49 Abs. 1 Nr. 4 R.D. zustehen?

Daß trotz vereinzelter Zahlungen die Zahlungsunfähigkeit weiter bestehen kann, entspricht der ständigen Mspr. des RG. (Jaeger, R.D. § 30 Nr. 11).

Dem vorstehend vertretenen Standpunkt hat sich auch das RG. Köln (Art. v. 20. Mai 1932, 66 C 2843/31) angeschlossen und zutreffend ausgeführt, daß, wenn vor Eröffnung eines gerichtlichen Vergleichs-

mithin keine Konkursgläubigerschaft entstanden ist, der Halbf. 2 des § 30 Nr. 1 keine Anwendung finden kann. Aber die tatsächliche Sachgestaltung des vorl. Falles ist nicht so, daß ein Bargeschäft angenommen werden könnte. Maßgebend ist der Abschluß v. 2. Juli 1929, und es ist namentlich richtig, daß nicht etwa Einzelanweisungen an die Bekl. neue Vertragsverhältnisse begründet haben. Auf Grund der Vereinbarung v. 2. Juli 1929 hatte aber die Bekl. bereits die Stellung eines Konkursgläubigers erlangt, wenn ihr auch zunächst nur ein bedingter Anspruch erwachsen war — auf Honorarzahung abhängig von wirklicher Leistung von Dienstleistungen bestimmter Betrags angemessen zu vergüten waren, und auf Ersatz von Auslagen abhängig von den tatsächlich erfolgten Aufwendungen. Dann war aber auch die Zahlung der 5000 RM nicht eine Vorschußzahlung, sondern eine Zahlung für bereits geleistete Arbeiten als Teilzahlung auf Grund der Gesamtforderung der Bekl.; und das gleiche gilt dann auch für die durch Einbehaltung der weiteren 6000 RM bei Beendigung des Vertragsverhältnisses erfolgte Befriedigung der Bekl. Es mag zwar sein, daß nach dem Willen der Vertragschließenden Teile und der Verkehrsauffassung ein Rechtsgeschäft den Charakter eines Bargeschäfts nicht verliert, wenn zwischen Vertragschluß und Zahlung nur eine kurze Zeitspanne liegt (vgl. Menzel a. a. D. S. 190 Anm. 6); aber die hier inliegenden Zeiträume von rund zwei und rund vier Monaten schließen eine solche Annahme aus. Nicht möglich erscheint es auch, ein Bargeschäft unter dem Gesichtspunkt anzunehmen, daß die Bekl. den Auftrag zur Geschäftsbeforgung nur unter der aufschiebenden Bedingung der Vorschußzahlung angenommen hätte (vgl. Jaeger a. a. D. S. 582 Anm. 37), oder daß, solange die Tätigkeit des Treuhänders in Anspruch genommen werde, alle Zahlungen, weil Teilleistungen auf den einheitlichen Anspruch auf Vergütung der einheitlichen weiter fortzuführenden Tätigkeit, Bargeschäfte wären (so Emmerich a. a. D. S. 131). Es fehlt aber endlich auch an jedem tatsächlichen Anhalt dafür, daß die Bekl. bereits durch die vielleicht ziemlich bald nach dem Vertragschluß bewirkte und deshalb einer gleichzeitigen Leistung möglicherweise gleichzustellende fiduziarische Vermögensübertragung an sie im voraus in Höhe des ihr schließlich an Honorar und Auslagenerstattung zukommenden Betrags Bezahlung erhalten habe. Denn die Übertragung des Vermögens, besonders auch die etwaige Abtretung der Bankguthaben geschah zwecks Sicherung der Gläubiger vor bedenkl. Geschäftsmaßnahmen der Firma S. und zur späteren möglichst weitgehenden Befriedigung der Gläubiger. Dagegen ist in keiner Weise zu entnehmen, daß die Beteiligten damit nebenbei auch bereits eine Vorauszahlung von Honorar und Auslagen gewollt hätten, was, da sie irgend etwas über eine bestimmte Höhe des Honorars, mindestens bestimmt nach der Zeit der erforderlich werdenden Tätigkeit, nicht vereinbart hatten, doch immerhin ziemlich fern lag.

3. Dagegen lag die Möglichkeit verhältnismäßig nahe und hätte deshalb vom BG. einer Prüfung und Erörterung unterzogen werden müssen, ob nicht mit der fiduziarischen Übertragung des Vermögens der Firma S. auf die Bekl. (deren Einzelheiten noch geklärt werden müßten, und zwar betreffs der übereigneten Gegenstände selbst, sowie der Art, der rechtlichen Wirksamkeit und der Zeit der einzelnen Überweisungsakte) von S. wie von der Bekl. selbst zugleich eine Sicherung der letzteren wegen ihrer Ansprüche auf Honorar und Auslagenersatz gewollt gewesen ist. War dies der Fall, so wäre der Bekl. im Umfang der wirksamen Sicherungsübertragung für den Konkursfall ein Absonderungsrecht nach Höhe ihrer berechtigten Ansprüche entstanden. Soweit dieses

oder eines Konkursverfahrens Bemühungen wegen eines nicht ausichtslosen außergerichtlichen Vergleichsverfahrens gemacht werden, solche Bemühungen um Erzielung eines für die Gläubiger günstigen Vergleiches im Interesse aller Gläubiger liegen, eine Schädigung der Gläubiger durch die Honorarzahung an die mit der Regelung beauftragten Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses nicht vorliegt und eine solche Honorarzahung deshalb auch im Konkurs der Anfechtung nicht unterliegt.

Ges. J.R. Dr. Bernhard Mayer II, München.

aber unanfechtbar begründet worden war, würden auch die beiden „Zahlungen“ nicht der Anfechtung unterliegen, da die Bekl. alsdann eine gleichhohe Zahlung auch im Konkurs auf Grund ihres Absonderungsrechtes würde haben verlangen können, so daß die Konkursgläubiger also durch die Zahlungen nicht beeinträchtigt worden wären (vgl. Menzel a. a. D. § 30 Anm. 9).

4. Das BG. hätte aber ferner auch noch prüfen müssen, ob für die Bekl., wenn sie nicht die „Zahlungen“ erhalten hätte, wegen ihrer Ansprüche auf Honorarzahung und Auslagenersatz nicht die Möglichkeit einer Aufrechnung gegenüber dem Anspruch der Gemeinschuldnerin gegen sie auf Rückübertragung der ihr übereigneten Vermögenswerte bestanden hätte und eine gleiche Möglichkeit auch gegenüber dem Kl. nach der Konkursöffnung gegeben gewesen wäre. Denn dann würde, die Unanfechtbarkeit des Erwerbs der Ansprüche der Bekl. und deren noch nicht klargestellte Berechtigung ihrer Höhe nach vorausgesetzt, durch die „Zahlungen“ die Konkursmasse — gerade so wie bei einem Absonderungsrecht — nicht verringert und die Gläubiger würden daher nicht benachteiligt worden sein.

Der RevBekl. hat die Möglichkeit einer Aufrechnung für ausgeschlossen erklärt, weil einem Summenanspruch eine Individual-Rückgabepflicht gegenübergestanden habe, es also der Gleichartigkeit der Ansprüche ermangele, und weil eine Aufrechnung durch § 55 Abs. 1 Nr. 3 RD. ausgeschlossen sei. Allerdings würde gem. § 387 BGB., woran hier durch § 54 RD. nichts geändert ist, dem Anspruch der Bekl. auf Zahlung einer Geldsumme auch ein gleichartiger Anspruch auf Rückgewähr eines Geldbetrags gegenüberstehen müssen; aber der Anspruch gegen die Bekl. auf Rückübertragung der ihr übereigneten Vermögenswerte ist wegen deren Verschiedenheit kein großer einheitlicher Individualanspruch, sondern er setzt sich aus einzelnen Ansprüchen zusammen, und neben Individualansprüchen betreffs bestimmter Gegenstände kann auch eine Forderung auf Zahlung eines Geldbetrags in Betracht kommen, und dann wäre eben insoweit die Gleichartigkeit gegeben. § 55 Abs. 1 Nr. 3 RD. schlägt aber aus verschiedenen Gründen nicht ein. Die Bekl. hat ihre Forderung, obgleich zunächst als bedingte, bereits durch den Vertragschluß vom 2. Juli 1929 erworben, so daß nach dem Schlußsatz der Nr. 3 wiederum § 33 RD. Platz greift. Ferner ist die Bekl. die Rückgabe an die Firma S. nicht eher schuldig geworden, als sie ihre Forderung gegen sie erworben hat, was Voraussetzung für die Anwendung dieser Best. des § 55 ist (vgl. Menzel a. a. D. § 55 Anm. 4 Abs. 2); denn beide Ansprüche sind gleichzeitig als bedingte mit dem Vertragschluß vom 2. Juli 1929 entstanden, übrigens ist auch die Fälligkeit, wenn man darauf abstellen wollte, bei der Rückgabepflicht der Bekl. keinesfalls vor Fälligkeit ihrer Ansprüche eingetreten.

(U. v. 26. April 1932; 3/32 VII. — Celle.) [Ru.]

<= RG. 136, 152.>

****9.** §§ 30, 33 RD.; §§ 82, 87 VerglD. Durch die Stellung eines später zurückgenommenen Antrages auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens wird die sechsmonatige Anfechtungsfrist des § 30 Nr. 1 RD. nicht erstreckt.

Die Ablehnung einer Anfechtung aus § 30 Nr. 1 begründet das Bl. damit, daß die Sechsmonatsfrist des § 33 RD. vom Kl. nicht eingehalten worden sei. An sich liegt die Konkursöffnung sechs Monate und zwei Tage nach dem 12. April 1929, wo die letzten der geleisteten Zahlungen von der Bekl. der Gemeinschuldnerin gutgeschrieben worden sind. Die Frist ist also nur gewahrt, wenn § 87 Abs. 2 VerglD. zugunsten des Kl. durchgreift, indem die Zeit von der Stellung des Vergleichsantrags bis zu seiner Rücknahme nicht in die Sechsmonatsfrist des § 33 eingerechnet wird. Denn unter einem sonstigen allgemeineren Gesichtspunkt ist eine Hemmung dieser Frist durch die während jener drei Wochen gem. § 31 VerglD. ausgeschlossene Möglichkeit einer Konkursöffnung und damit Möglichkeit einer Konkursanfechtung nicht denkbar; die Frist des § 33 ist weder eine prozessuale noch eine Verjährungsfrist, vielmehr eine materielle Frist mit der Bedeutung einer Bedingung für die Anfechtbarkeit eines Bestandteils des Klage-

grundes (vgl. diesen in RG. 17, 71 auf die Frist des § 3 Nr. 2 AnfG. angewendeten, aber auch für die Frist des § 33 RD. passenden Ausdruck). Insbes. kommt eine entsprechende Anwendung des dem § 203 Abs. 2 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedankens nicht in Frage, zumal diese Best. zwar in § 41 RD. (und ebenso in § 12 AnfG.), aber nicht auch in § 33 RD. angezogen wird.

Der unmittelbaren Anwendung des § 87 Abs. 2 VerglD. steht bei Berücksichtigung des Wortlauts dieser Best. und derjenigen des § 82 VerglD. entgegen, daß nach § 82 die Vorschriften der gesamten §§ 83—87 nur für die drei in § 82 aufgeführten Fälle des sog. Anschlußkonkurses (vgl. §§ 24, 71, 80 VerglD.) gelten, das Konkursverfahren im gegenwärtigen Falle aber nach dem Scheitern des Vergleichsversuchs als selbständiges eröffnet worden ist, weiter aber auch, daß nach § 87 Abs. 2 nur die seit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens verstrichene Zeit nicht eingerechnet wird, und es hier überhaupt nicht zu einer Eröffnung des Vergleichsverfahrens gekommen ist.

Allerdings ist der Wortlaut von GesBest. nicht unbedingt maßgebend, vielmehr auch eine ausdehnende Auslegung über den Wortlaut hinaus und damit eine entsprechende Anwendung einer GesBest. auf einen nach dem Wortlaut nicht unmittelbar getroffenen Fall möglich. Denn auch für die Auslegung von Gesetzen hat der Grundsatz des § 133 BGB. zu gelten, daß nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern der wirkliche Wille (der wirkliche Sinn und Zweck des Gesetzes) zu erforschen ist (RG. 127, 48¹). Andererseits ist aber doch die Einschränkung zu machen, daß dieser Wille im Gesetze wenigstens irgendwie Ausdruck gefunden haben muß (RG. 133, 386²); und je einfacher und klarer der Wortlaut einer GesBest. ist, um so schwerer wird sich eine von ihm abweichende Auslegung rechtfertigen lassen.

Als allgemeiner Sinn und Zweck des § 87 Abs. 2 ist zwar sicher anzunehmen, daß er zugunsten der Gläubiger das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters gegen eine Schmälerung durch eine die Fristen der RD. ungünstig beeinflussende Wirkung des § 31 VerglD. schützen will. So sagt auch die amtliche Begr. zu § 87 Abs. 2 (§ 80 Entw.), daß in alle genannten Fristen die Dauer des Vergleichsverfahrens nicht eingerechnet werden soll, um die Gläubiger insbes. in ihrer Anfechtungsmöglichkeit (genauer: den Konkursverwalter in seiner Anfechtungsmöglichkeit zu ihren Gunsten) nicht zu beeinträchtigen. Daraus ergibt sich aber noch nicht, daß der Schutz der Gläubiger über den Wortlaut hinaus in dem überhaupt größtmöglichen die ungünstige Wirkung des § 31 völlig ausschaltenden Umfange gewollt gewesen ist, und eine Ausdehnung des § 87 Abs. 2 namentlich dahin, daß der dort erwähnten Zeit seit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens die seit der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens verstrichene Zeit gleichzustellen sei, erscheint danach noch nicht gerechtfertigt. Es ist eben hierbei doch ganz besonders zu berücksichtigen, daß der Ausdruck Eröffnung des Vergleichsverfahrens an sich schon, wie auch im Zusammenhalt mit dem in Abs. 1 erwähnten Antrage auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens, ganz eindeutig ist und klar auf den gerichtlichen Akt der Eröffnung im Gegensatz zu der diesen vorbereitenden Antragstellung der Privatperson hinweist, wie auch die im § 87 Abs. 2 angezogenen Fristen der RD. sich allenthalben nach der Eröffnung des Konkursverfahrens, nicht etwa nach der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens richten. Ebenso läßt sich auch für eine ausdehnende Auslegung in dieser Beziehung keinesfalls der § 98 VerglD. heranziehen, und zwar schon deshalb nicht, weil der dort verwendete Ausdruck „Zeit, während der ein Verfahren auf Herbeiführung eines Vergleichs zum Zwecke der Abwendung des Konkursverfahrens anhängig war“, nicht mit nur einiger Sicherheit ergibt, daß damit die Zeit von Stellung des Antrags ab gemeint sein soll, vielmehr auch hier eher das Gegenteil anzunehmen ist.

Scheidet aber nach dem Ausgeführten die Anwendung des § 87 Abs. 2 VerglD. schon deshalb aus, weil es im vorl. Fall überhaupt nicht zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens gekommen ist, so hat das BG. jedenfalls m. R. wegen Nicht-

haltung der Sechsmonatsfrist des § 33 RD. eine Anfechtung aus § 30 Nr. 1 RD. ohne weitere Prüfung der sachlichen Voraussetzungen dieser Best. abgelehnt; es kann deshalb auch die andere Frage unentschieden bleiben, ob trotz des § 82 der § 87 Abs. 2 auch auf selbständige Konkurse anwendbar ist oder nicht.

Die Entsch. stimmt überein mit Jaeger, RD., 6. und 7. Aufl., § 31 A. 33a a. E., während Lucas, VerglD. § 87 Anm. Vb anderer Ansicht ist, Mengel, RD., 4. Aufl., § 31 Anm. 10, § 33 Anm. 1 und Riefow, VerglD., 4. Aufl., § 87 Anm. 15 sich aber nicht ausdrücklich über diesen Punkt aussprechen.

(U. v. 13. Dez. 1932; VII 192/32. — Celle.) [An.]
(= RG. 139, 110.)

****10.** Das Vorrecht des § 61 Nr. 5 RD. gilt nicht für Forderungen des Nachlassverwalters.†)

§ 61 Nr. 5 setzt eine Personenpflegschaft in dem Sinne voraus, daß der Pfleger als gesetzlicher Vertreter der Pflegebefohlenen erscheint. Das verkennt auch das BG. nicht; denn es führt aus, der Nachlassverwalter führe letzten Endes nicht die Geschäfte einer ausschließlich Selbstzweck gewordenen Vermögensmasse, sondern die Geschäfte des Erben, der nach wie vor Inhaber aller zum Nachlaß gehörenden Rechte und Pflichten bleibe. Diese Beurteilung, wonach der Nachlassverwalter hinsichtlich des Nachlasses als gesetzlicher Vertreter des Erben anzusehen ist, steht indessen in Widerspruch zu der ständigen Rspr. des RG. Die Ausführungen des BG. treffen wohl auf den Fall der lediglich den Interessen des Erben dienenden Nachlasspflegschaft (§ 1960 BGB.) zu, bei der der Erbe in der Tat als Pflegebefohlener des Nachlasspflegers i. S. des § 61 Nr. 5 angesehen werden kann (vgl. RG. 106, 46¹), nicht aber auf den Fall der Nachlassverwaltung. Die Nachlassverwaltung wird in § 1975 BGB. zwar auch als Nachlasspflegschaft bezeichnet, aber unter ausdrücklicher Hervorhebung ihrer Besonderheit, nämlich ihres auf Befriedigung der Nachlassgläubiger gerichteten besonderen Zweckes. Dieser Unterschied zur Nachlasspflegschaft rechtfertigt es, auf die Nachlassverwaltung die Best. über die Pflegschaft nicht schlechthin, sondern abgesehen von besonderen Vorschriften, nur insoweit anzuwenden, als nicht die Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger ihrer Anwendung entgegenstehen. Das aber führt dazu, dem Nachlassverwalter nicht sowohl die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Erben oder der Nachlassgläubiger oder beider, als vielmehr die eines amtlich bestellten Organs zur Verwaltung einer fremden Vermögensmasse mit eigener Parteistellung im Rechtsstreit zuzuweisen. Die Stellung des Nachlassverwalters ist also grundsätzlich so aufzufassen wie

¹) ZB. 1923, 834.

Zu 10. I. Der Sachverhalt ist folgender:

Der gegenwärtige Nachlassverwalter hat die durch Pflichtwidrigkeiten seines Vorgängers im Amte entstandenen Schadensersatzansprüche in dem über den Nachlaß des letzteren eröffneten Konkursverfahren mit dem Vorrecht des § 61 Nr. 5 RD. geltend gemacht, der Nachlasskonkursverwalter das Vorrecht bestritten. Das RG. hat in dem darüber anhängig gewordenen Rechtsstreit unter Billigung des Standpunktes des Konkursverwalters das Konkursvorrecht versagt.

II. Ich halte die Entsch. und ihre Begründung für durchweg zutreffend. Für ausschlaggebend erachte ich nachstehende Erwägungen.

1. Als die RD. in Kraft trat, war die Zugehörigkeit zu den „Pflegebefohlenen“ des § 54 Nr. 5 (jetzt § 61 Nr. 5) nach Landesrecht zu beurteilen. Man verstand darunter vorzugsweise in den preuß. Ländern die unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehenden Personen, deren Vermögen unabhängig von ihrem Zutun von Rechts wegen in die Hände staatlich bestellter Vormünder, Pfleger, Tutoren oder Kuratoren gelangt war. Hieran hat sich auch dadurch nichts geändert, daß die Nov. zur RD. v. 17. Mai 1898 in dem an die Stelle des § 54 Nr. 5 zit. getretenen § 61 Nr. 5 die Worte „der Mündel“ zwischen „der Minder und der Pflegebefohlenen“ eingefügt hat. Diese Fassung erschien angezeigt, weil das BGB. z. B. in §§ 1917 Abs. 2, 1920 die Bezeichnung Pflegebefohlener nur im technischen Sinne für eine unter Pflegschaft, nicht aber für eine unter Vormundschaft stehende Person gebraucht.

2. Das BGB. kennt zwei Gruppen Nachlasspfleger, die in Gemäßheit des § 1960 und des § 1961 bestellten und die als

¹) ZB. 1930, 805.

²) ZB. 1932, 3816.

die des Konkursverwalters (RG. 61, 222; 65, 288²); 72, 261³); 81, 292; 88, 264⁴). An dieser Beurteilung ist auch gegenüber den im Schrifttum dagegen erhobenen Angriffen festzuhalten (vgl. Staudinger, Komm., Fußnote zu Anm. IV A und daselbst unter d zu § 1975 BGB.). Von diesem Standpunkte aus erscheint die Anwendung des § 61 Nr. 5 RD. auf den Fall der Nachlassverwaltung deshalb ausgeschlossen, weil der Nachlassverwalter nicht gesetzlicher Vertreter des Erben ist, dieser ihm also nicht als „Pflegebefohlener“ gegenübersteht.

Zu einer anderen, dem Kl. günstigen Beurteilung könnte man nur durch eine ausdehnende Auslegung des Begriffes der „Pflegebefohlenen“ in § 61 Nr. 5 RD. gelangen. Hiergegen bestehen jedoch grundsätzliche Bedenken, da es sich um eine streng auszulegende Sondervorschrift handelt. Die Begriffe „Dienstbezüge“ in § 61 Nr. 1 und „öffentliche Abgaben“ in Nr. 2 haben in der Rpr. des RG. sogar eine einengende Auslegung erfahren (RG. 130, 333⁵); 131, 137⁶). Für eine ausdehnende Anwendung des § 61 Nr. 5 würden sich aber auch keine sachlichen Gründe anführen lassen. Das BG. meint, es sei billig, den Erben als Pflegebefohlenen i. S. der fraglichen Vorschr. anzusehen, weil er völlig dem Ermessen des Nachlassverwalters ausgeliefert und deshalb besonders schutzwürdig sei. Die Lage des Erben gegenüber dem Nachlassverwalter ist indessen doch regelmäßig eine ganz andere als die des Mündels oder der unter einer eigentlichen Pflegschaft stehenden Person gegenüber dem Vormund oder dem Pfleger. Der Erbe selbst kann die Nachlassverwaltung beantragen (§ 1981 Abs. 1 BGB.) und hat sich dann mit der

²) ZB. 1907, 262. ³) ZB. 1910, 66. ⁴) ZB. 1916, 1116.
⁵) ZB. 1931, 2113. ⁶) ZB. 1931, 2114.

Nachlassverwalter (§§ 1985 ff.) bezeichneten des § 1975. Die RD. setzt die beiden Arten in ihren §§ 216 u. 217 als vorhanden voraus, wenn auch in § 216 auf § 1960 zit. nicht ausdrücklich Bezug genommen ist und der § 217 den Nachlassverwalter und einen anderen Nachlasspfleger nebeneinanderstellt, während der Ausdruck Nachlasspfleger in § 224 Nr. 5 u. 6 dem Sinne nach offensichtlich auch den Nachlassverwalter mitumfaßt. Dessen rechtliche Stellung unterscheidet sich aber grundsätzlich und wesentlich von der des Nachlasspflegers, der gem. §§ 1960, 1961 BGB. bestellt ist.

a) Der Nachlasspfleger in engerem Sinne ist gesetzlicher Vertreter der noch unbekanntem oder ungewissen Erben, Vertreter also schutzbedürftiger Personen, von Rechts wegen mit der Sicherung bzw. Wahrung ihrer Belange beauftragt. Demzufolge hat schon RG. 50, 394 solchen von einem Nachlasspfleger in Ansehung des Nachlasses vertretenen Erben beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen das Armenrecht bewilligt.

b) Der Nachlassverwalter hat keine Fürsorgepflicht hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Erben zu erfüllen; er vertritt nicht die Person des Erben, vielmehr liegt ihm lediglich die Aufgabe ob, den Nachlaß zu verwalten und insbes. die Nachlassgläubiger zu befriedigen und deren Interesse insoweit und nur insoweit wahrzunehmen. Seine Rechtsstellung ist der des Konkursverwalters vergleichbar, wie namentlich aus § 1984 BGB., §§ 7, 8 RD. erhellt¹). Er ist mithin ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ zwecks Verwaltung des Nachlasses und Durchführung der Befriedigung der Nachlassgläubiger aus der nicht ihm, sondern den Erben gehörenden Nachlassmasse. Kraft dieses Amtes nimmt er bei Führung eines Rechtstreits die Belange der Nachlassgläubiger wahr, ohne dabei ihr oder der Erben gesetzlicher Vertreter zu sein. Das Armenrecht ist ihm somit nach geltendem Rechte zu versagen (RG. 65, 287²) = ZB. 1907, 262). Im Gegensatz zu der persönlichen Nachlasspflegschaft erbigt die Nachlassverwaltung mit der Eröffnung des Nachlasskonkurses von selbst (§ 1988 BGB.).

3. Eine ausdehnende Auslegung der in den Vorschr. des § 61 RD., also auch in dessen Nr. 5 über die Konkursvorrechte enthaltenen Begriffe ist abzulehnen, da diese Ausnahmevorschr. ohnehin schon den allgemeinen Rechtsgrundsatz der *par conditio creditorum* widersprechen (RG. 62, 231). Es erscheint sonach nicht angängig, den Kreis der bevorrechtigten Konkursgläubiger über die durch den Zweck der einzelnen Best. gezogenen Grenzen zu erweitern. Dem Zweck der Nr. 5 in Rede entspricht die Einreihung des Erben unter die Pflegebefohlenen weder dann, wenn die Nachlassverwaltung auf seinen Antrag, noch wenn sie

von ihm geschaffenen Rechtslage abzufinden. Wird die Nachlassverwaltung auf Antrag eines Nachlassgläubigers eingeleitet, was nur unter den Voraussetzungen des § 1981 Abs. 2 zulässig ist, so muß doch die Erwägung durchgreifen, daß der Erbe, abgesehen vom Nachlaß, die Verfügungsfähigkeit behält und rechtlich nicht gehindert ist, die Tätigkeit des Nachlassverwalters im Auge zu behalten und gegenüber ordnungswidriger Verwaltung das Eingreifen des Nachlassgerichts zu veranlassen. Ähnlich ist die Lage des Erben gegenüber dem Verwalter im Nachlasskonkurs und des Gemeinschaftsbüßners gegenüber dem Konkursverwalter. Sowie wenig in diesen Fällen den Schadenersatzforderungen wegen Pflichtwidrigkeiten des Konkursverwalters in dessen Konkurs das Vorrecht des § 61 Nr. 5 RD. zusteht, so wenig wäre es sachlich gerechtfertigt, den Schadenersatzforderungen gegen den Nachlassverwalter das fragliche Vorrecht zuzusprechen.

(U. v. 4. Jan. 1932; 353/31 IV. — Breslau.) [Ra.]
(= RG. 135, 305.)

*** 11.** §§ 102 ff., 117 RD.; §§ 816, 1976 BGB. Die Rechtswirksamkeit der Konkursöffnung kann im Prozeßwege nicht in Zweifel gezogen werden.[†])

Der verstorbene Bankier H. E. und sein Sohn P. E. waren die alleinigen Gesellschafter der DKG. H. E. & Co. in B. und der DKG. H. E. in F. H. E. hatte in seinem Testament seine Ehefrau E. E. als Alleinerbin und seinen einzigen Sohn P. E. als Ersatzerben eingesetzt. Nachdem E. E. die Erbschaft ausgeschlagen hat, ist P. E. der alleinige Erbe geworden. Über den Nachlaß H. E.s ist zunächst die Nachlassverwal-

auf Antrag eines Nachlassgläubigers angeordnet wurde. In jedem dieser beiden Fälle beschränkt sich seine Haftung ohne weiteres auf den Nachlaß, und ein Restbestand nach Berücksichtigung der Nachlassverbindlichkeiten, der zur Ausantwortung kommen müßte (§ 1986 BGB.), wird regelmäßig nicht vorhanden sein. Trifft dies aber nicht zu, so wird man dem Erben nicht selten ein Verschulden, namentlich mangelnde Aufsicht zur Last legen müssen, keineswegs kann man ihm ein besonderes Vorrecht einräumen und ihn einem schutzbedürftigen Pflegebefohlenen gleichstellen. Dem Erben steht aber außerdem bei Überschuldung des Nachlasses (§ 215 RD.) ein Mittel zu Gebote, die Beendigung der ihm etwa nachteiligen oder lästigen Nachlassverwaltung herbeizuführen, indem er die Eröffnung des Nachlasskonkurses erwirkt (§ 1988 BGB.). Dieser Weg mit diesem Erfolge ist dem durch einen Nachlasspfleger des § 1960 BGB. vertretenen Erben nicht gewährt; selbst wenn ein derartiger Pfleger die Anordnung des Nachlasskonkurses durch seinen Antrag herbeiführt, erwirkt er dadurch die Beendigung der Pflegschaft nicht. Eine solche kann sogar noch während des Konkurses eingeleitet werden (RZA. 3, 179). ZR. Bendig, Breslau.

Zu 11. I. Dem Urteil ist zunächst darin zuzustimmen, daß Sonderkonkurse über die beiden Geschäftsvermögen, die bei Lebzeiten des Vaters den zwei von diesem und seinem Sohne gebildeten DKG. gehörten, nicht hätten eröffnet werden dürfen. Der Umstand freilich, daß der eine von zwei Gesellschaftern Alleinerbe des anderen wird, schließt an sich noch keineswegs den Sonderkonkurs über das Vermögen der bisher von beiden betriebenen DKG. aus, wenn vorher oder gleichzeitig Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs sowie Konkurs über das Eigenvermögen des überlebenden Mitgesellschafters eröffnet wird (so m. R. OLG. Frankfurt: ZB. 1930, 2812²⁹; zustimmend Menzel⁴ u. Sydow-Busch-Friegel⁵, Anm. 1 zu § 209 RD.). Dies beruht auf der zufolge § 1976 BGB. und § 234 RD. eingetretenen Vermögenssunderung, die dazu nötig, für die Zwecke der Schuldenabwicklung des Nachlasses und des Eigenvermögens des Erben die bisher mit dem Erblasser bestehende DKG. als fortbestehend zu behandeln. Ein gerichtliches Vergleichsverfahren hinsichtlich des Geschäftsvermögens wäre allerdings wegen der Vorschr. des § 89 Nr. 1 Bergld. ausgeschlossen, ein konkursbeendigender Zwangsvergleich aber nur in Form eines Liquidationsvergleichs zulässig. Und immer ist Voraussetzung der Zulässigkeit des Sonderkonkurses über das Geschäftsvermögen, daß der Überlebende den Anteil des anderen am Gesellschaftsvermögen auf Grund Erbfalls, also als Erbe erwirkt. An dieser Voraussetzung fehlt es in dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt. Hier hatten Vater und Sohn verabredet, daß im Falle des Todes der Überlebende die Geschäfte mit Aktiven und Passiven übernehmen sollte. Eine solche Abrede begründet nach der ständigen, im vorl. Urteil festgehaltenen Rpr. des RG. auch bei nur zweigliedrigen Gesellschaften den Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den Überlebenden nicht kraft Erbrechts, sondern kraft Anwartschaft, die mit Eintritt der Bedingung, hier also dem Todesfall, den Erwerb von Rechts wegen bewirkt, so daß es keiner besonderen Übertragung der

¹) Man hat deshalb für die Nachlassverwaltung auch die entsprechende Anwendung des § 23 RD. angenommen (OLG. 10, 196).

²) Anders § 117 Abs. 3 Satz 2 Entw. 1931.

lung angeordnet und später der Konkurs eröffnet worden. Auch über das Vermögen P. E. und über die Vermögen der beiden DGH. ist je ein besonderer Konkurs eröffnet worden. Im Konkurs der Firma H. E. & Co. beträgt der Erlös der Masse 14117,57 M.

Der Kl. verlangt als Verwalter im Konkurs über das Privatvermögen P. E. vom Bekl. als Sonderverwalter im Konkurs über das Vermögen der DGH. H. E. & Co. Herausgabe dieses Erlöses.

LG. hat verurteilt, RG. (Sprungrevision) abgewiesen.

Das LG. hat festgestellt, daß zwischen den Gesellschaftern der DGH. H. E. & Co. in B., H. und P. E., mündlich vereinbart gewesen sei, es solle im Falle des Todes eines Gesellschafters der überlebende das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen. Demzufolge sei P. E. mit dem Tode H. E.'s Alleininhaber des Geschäfts und Eigentümer des Geschäftsvermögens geworden. Da der Übergang des Geschäftsvermögens nicht als Folge des Erbfalls, sondern als Folge der Anwachsung eingetreten sei, so sei § 1976 BGB. nicht anwendbar. Der Bekl. habe, wenn er

einzelnen Gesamtgegenstände bedarf und zum Nachlaß nicht die Mitberechtigung an diesen, sondern lediglich der Anspruch auf Zahlung des Abfindungsguthabens (§§ 138, 142 Abs. 3 BGB., § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB.) gehört, der vorliegend durch die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person des Sohnes zunächst erloschen war, dann aber wegen der Nachlassverwaltung und des Nachlasskonkurses in Gemäßheit des § 1976 BGB. als fortbestehend fingiert wurde. Der vielfältige Widerspruch, den diese Annahme einer unmittelbar wirkenden Anwachsung bei einer nur zweigliedrigen DGH. insbes. für den Fall der vereinbarten Geschäftsübernahme in Schrifttum und Rspr. gefunden hat, erklärt sich letzten Endes daraus, daß das Gesetz die bürgerliche Gesellschaft, deren Vorschr. ergänzend auch auf die DGH. und die KommGes. anwendbar sind (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 BGB.), in erster Linie als schuldrechtlichen Vertrag und die bei Vorhandensein von Gesamtgut bestehende Rechtsgemeinschaft, auch soweit die personelle Stellung des Gemeinschafters in Frage kommt, als gegenständlich („dinglich“) aufsteht. Auf dieser Einstellung beruht die Unterscheidung des Anteils an den einzelnen Gegenständen des Gesamtguts und des Anteils an dem Gesamtgut als Ganzem (§§ 719, 1442, 1487, 2033 BGB.). Schon Sohn (Der Gegenstand S. 67f.) hat richtig erkannt, daß das Gesamtgut kein einheitlicher unkörperlicher Gegenstand, sondern ein Vermögensbegriff ist, und die Anteile der Teilhaber an den einzelnen Gegenständen ausschließlich auf der Zugehörigkeit zu der Personengemeinschaft beruhen, welche die Gesellschafter, die in Gütergemeinschaft befindlichen Familienglieder sowie die Miterben bilden. Der Anteil am Gesamtgut als Ganzem ist daher kein gegenständliches, sondern ein personelles oder Mitgliedschaftsrecht. Diese personelle Teilhaberschaft bildet die notwendige Voraussetzung der gegenständlichen Mitberechtigung an den einzelnen Vermögensstücken. Der Anteil an diesen wird zufolge der Mitgliedschaft ohne weiteres erworben, wie er andererseits nicht dieser ohne weiteres verlorenght. Das ist die An- und Abwachsung, die § 738 BGB. ungenau auf den Anteil am Gesamtvermögen statt auf die Anteile an den Einzelgegenständen bezieht. Diese Ab- und Anwachsung muß auch bei nur zweigliedrigen Gesellschaften in der Weise möglich sein, daß der eine Gesellschafter zugunsten des anderen seine personelle Teilhaberschaft verliert, insbes. auf diese verzichtet und der andere damit ohne weiteres die Alleinständigkeit an den Gegenständen des bisherigen Gesamtvermögens erwirbt. Dem steht keineswegs die grundsätzliche Unübertragbarkeit des Anteils „an dem Gesamtvermögen“ (§ 719 Abs. 1 BGB.) entgegen: Denn einmal ist diese im Gegensatz zu dem zwingenden Ausschluß der Veräußerbarkeit über den Anteil an den Einzelgegenständen, der darauf beruht, daß sonst nicht nur das Gesamtvermögen als Betriebs-, Kredit- und Haftungsgrundlage, sondern auch die Personengemeinschaft selbst zerstört würde, nur nachgiebiges Recht. Zum andern ist hier die ratio legis lediglich die, einen Gesellschafter daran zu hindern, seinen Mitgesellschaftern gegen ihren Willen einen neuen Teilhaber aufzuzwingen (Siber, Schuldrecht S. 409). Deshalb ist eine Übertragung der Mitgliedschaft, auch wenn sie der Gesellschaftsvertrag nicht vorsieht, mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig (RG.: JW. 1919, 933), und muß die Ab- und Anwachsung auch möglich sein, wenn bei nur zweigliedriger Gesellschaft eine Übertragung des Anteils am Ganzen auf den anderen Gesellschafter — richtiger Einverzicht auf die Teilhaberschaft zugunsten des anderen Gesellschafters — erfolgt. Letzteres ist, wenn man die ratio legis der Unveräußerbarkeit im Auge behält, nicht nur für die DGH., sondern auch, was RG. 65, 236 noch als nicht unzweifelhaft, RG. 68, 412f. aber als unmöglich bezeichnet hatte, für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu bejahen.

II. Nach alledem hätte nur über den Nachlaß und über das

die Vermögensstücke der DGH. H. E. & Co. veräußert habe, als Nichtberechtigter gehandelt, so daß er gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. zur Herausgabe des Erlöses an den Kl. verpflichtet sei.

Dem LG. ist darin beizutreten, daß der Übergang des Gesamtvermögens auf P. E. nicht kraft Erbrechts, sondern kraft Anwachsung eingetreten ist. Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt sich ohne weiteres daran, daß der Übergang des Gesamtvermögens auf P. E. in gleicher Weise auch dann eingetreten wäre, wenn nicht er, sondern ein Dritter, z. B. die im Testament H. E.'s an erster Stelle eingesetzt gewesene Ehefrau E. E., Erbe geworden wäre. Eine Folge des Erbfalls ist nur das durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit eingetretene Erlöschen des Anspruchs auf Zahlung des Abfindungsguthabens. Dieses Erlöschen gilt nach § 1976 BGB. als nicht eingetreten. An der auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Anwachsung des Gesamtvermögens an P. E. ist dagegen durch die Anordnung der Nachlassverwaltung nichts geändert worden. Daß § 138 BGB. und § 738 BGB. auch für den Fall gelten, daß der eine von

Eigenvermögen des Erben Konkurs eröffnet werden dürfen. Zur Konkursmasse des Eigenkonkurses hätte dann auch das ehemalige Gesamtvermögen, zur Nachlasskonkursmasse nur der Anspruch auf Zahlung des Abfindungsguthabens gehört. Trotzdem im Zeitpunkt der Eröffnung dieser beiden Konkurse die Anwachsung zugunsten des Sohnes bereits eingetreten war, hätte die zugunsten des Nachlasses erforderliche Abfindung außerhalb des über das Eigenvermögen eröffneten Konkurses erfolgen müssen; denn auch die in entsprechender Anwendung der §§ 738 ff. BGB. erfolgende Abfindung ist i. S. des § 16 RD. eine Auseinanderetzung (Jaeger, RD. § 16 Anm. 1). Mit dem § 16 wäre, eben weil zugleich der Konkurs über das Eigenvermögen des Erben eröffnet worden war, auch der § 51 RD. anwendbar geworden (vgl. Jaeger, RD. § 51 Anm. 2, 7). Die Forderung ist wichtig wegen der Gesellschaftsschulden. Für diese haftet nämlich auch der Nachlaß, den aber der Sohn entsprechend § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB. davon befreien mußte. Dieser Anspruch auf Befreiung von den Gesellschaftsschulden gehörte zum Nachlasskonkurs und bildete gem. §§ 3, 69 RD. im Eigenkonkurs eine — unbedingte — Konkursforderung auf Zahlung des vollen Betrags zur Nachlassmasse (vgl. über die unstrittige Frage Jaeger, RD. § 1 Anm. 32, § 23 Anm. 14 mit Nachw. für und wider). Hätte nun die Masse des Eigenkonkurses das Gesamtvermögen mitumfaßt, so wäre jener Anspruch durch das nach § 51 RD. bestehende Absonderungsrecht an dem (der Eigenkonkursmasse zufallenden) Reinerlöse des vormaligen Gesamtvermögens gesichert gewesen.

III. W. R. erkennt das RG. den gleichwohl ergangenen Beschlüssen auf Eröffnung des Konkurses über die Vermögen der vormaligen Gesellschaften Wirksamkeit zu.

Es ist keineswegs so, daß den Beschlüssen wegen des vorausgegangenen Erlöschens der Gesellschaften und des Wegfalls der Gesamtvermögen, also mangels einer personellen und gegenständlichen Unterlage tatsächlich wie rechtlich jede Wirkungsmöglichkeit fehlte: Der Konkurs wird immer eröffnet über ein bestimmtes Vermögen. An einem solchen fehlte es auch hier nicht. Nur gehörte es nicht mehr den beiden Gesellschaften in ihrer Verbundenheit zu DGH., sondern allein dem Sohn. Deshalb waren die beiden Gesellschaftskonkurse in Wirklichkeit über Gesamtvermögen des Sohnes als des Inhabers der Handelsgeschäfte eröffnet (BayObLG. 1927, 79).

Nun kam aber in Beschränkung auf das Handelsvermögen einer Einzelperson kein Konkurs eröffnet werden; der über das Vermögen einer Einzelperson zu eröffnende Konkurs ist Gesamt-, nicht Sonderkonkurs. So gesehen, handelt es sich also um den Mangel der Konkursfähigkeit; denn eine Einzelperson ist, von gewissen, in diesem Zusammenhang nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen, eben konkursfähig nur mit ihrem Gesamtvermögen. Aber auch dieser Mangel macht die Eröffnung der Konkurse über die Gesamtvermögen keineswegs nichtig. Selbst dann könnte von Richtigkeit keine Rede sein, wenn der Konkurs über das Eigenvermögen des Erben früher als die Sonderkonkurse eröffnet worden wäre und deshalb die Gesamtvermögen zunächst miterfaßt hätte: Die spätere Eröffnung der Sonderkonkurse über die Gesamtvermögen würde zum Ausscheiden der Sondermassen aus der allgemeinen Masse geführt haben. Die Gültigkeit oder, wie das Urteil sagt, die Verbindlichkeit der Sonderkonkursbeschlüsse trotz der insoweit vorliegenden Konkursunfähigkeit hängt nun aber nicht von dem Eintritt ihrer Rechtskraft ab. Dies schon deshalb nicht, weil dem Konkursöffnungsbeschluss, obwohl er zugleich auch eine, die Eröffnungserfordernisse wenigstens implizite feststellende Entsch. darstellt, der materiellen Rechtskraft unfähig ist (arg. §§ 322, 325 ZPO.; Jaeger, RD. § 74 Anm. 4). Ihre Gültigkeit und damit auch ihre Beachtlichkeit für den Prozeßrichter hängt vielmehr an ihrer Gestaltungskraft und resultiert demzufolge schon von deren Eintritt, also von der

zwei Gesellschaftern das Geschäft allein übernimmt, entspricht der ständigen Rspr. des RG. (RG. 65, 236 ff.¹⁾; 68, 410²⁾; RGWam. 1919 Nr. 138). Die Annahme des Anteils des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen an den überlebenden Gesellschafter tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer besonderen Übertragung der einzelnen Vermögensstücke bedarf. Ein Schutz der Gesellschaftsgläubiger dagegen, daß das Gesellschaftsvermögen unter Verlust seiner Selbständigkeit auf einen einzelnen Gesellschafter übergeht, ist im Gesetz nicht vorgesehen (RG.: ZB. 1897, 307).

Kann sonach die Berufung auf § 1976 BGB. der Rev. nicht zum Erfolg verhelfen, so erweist sie sich doch aus einer anderen Erwägung als begründet. Es ist zwar richtig, daß die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der DSG. S. E. & Co. unzulässig war, wenn eine Gesellschaft nicht mehr bestand. Nachdem aber der Eröffnungsbeschluß rechtskräftig geworden ist, muß die Konkurseröffnung und mit ihr die Ernennung des Konk. Verw. für alle Beteiligten als gesetzmäßig erfolgt und sonach als verbindlich gelten. Wie RG. 129, 390³⁾ (7. ZivSen.) dargelegt hat, geht es mit Rücksicht auf die weitreichenden Wirkungen rechtl. und wirtschaftl. Art, die von einer Konkurseröffnung regelmäßig ausgehen, nicht an, diese öffentlich-rechtliche Maßnahme nachträglich irgendwie in Frage zu stellen. Dem schließt sich der erf. Sen. insoweit an, als jedenfalls die Geltendmachung der Unzulässigkeit der Konkursöffnung im Prozeßwege als ausgeschlossen anzusehen ist. Ob auch hier, wie in dem vom 7. ZivSen. entschiedenen Falle, anzunehmen ist, daß der der Konkurseröffnung anhaftende Mangel — vorliegendenfalls das Fehlen der Kon-

¹⁾ ZB. 1907, 303. ²⁾ ZB. 1908, 450. ³⁾ ZB. 1930, 3322.

Stunde der Konkurseröffnung an: Auch den noch nicht unanfechtbar gewordenen Eröffnungsbeschluß kann der Prozeßrichter, solange der Beschluß nicht beseitigt ist, nicht in Frage stellen. Was nun im besonderen die Gültigkeit des Eröffnungsbeschlusses trotz des schwerwiegenden Mangels der Konkursfähigkeit betrifft, so beruht sie darauf, daß gleichwohl in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht Raum für den Eintritt der sich an die Eröffnung knüpfenden Gestaltungswirkungen vorhanden ist. Ist doch namentlich die Aktiv- wie die Passivmasse, wenn auch in gesetzlich unzulässiger Weise, so doch in tatsächlicher und juristischer Hinsicht klar bestimmt. Daraus sowie aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, die bei dem Schweigen des Gesetzes entscheiden müssen, folgt zwar nicht mit logischer, wohl aber mit praktischer Notwendigkeit die Gültigkeit der Sonderkonkursbeschlüsse trotz der insoweit fehlenden Konkursfähigkeit.

IV. Unerörtert läßt das Urteil die Frage der Heilung des Mangels der Konkursfähigkeit bei Eintritt der Unanfechtbarkeit des Beschlusses sowie die Frage der Beseitigung des unanfechtbar gewordenen Beschlusses.

Heilung zufolge Unanfechtbarkeit ist bei Mangel der Konkursfähigkeit zu verneinen (so auch Jaeger, RD. § 74 Anm. 4). Zu Unrecht beruft sich Menzel, RD. § 109 Anm. 2 für die Heilung aller Mängel auf RG. 129, 390 = ZB. 1930, 3322. Dort war während Schwelbens eines Konkurses über das von diesem nicht ergriffene Vermögen ein zweiter Konkurs gegen den Schuldner eröffnet worden. Die Frage der Zulässigkeit eines solchen Zweitkonkurses, die übrigens Menzel a. a. O. § 1 Anm. 2 im Anschluß an Jaeger, RD. § 1 Anm. 63 m. R. bejaht, betrifft nur das zeitliche Verhältnis zweier Konkurse über das Vermögen desselben Schuldners, nicht die Frage der Konkursfähigkeit: Beide nacheinander eröffneten, aber nebeneinander herlaufenden Konkurse sind Gesamtkonkurse, mit Bezug auf welche die Konkursfähigkeit der Einzelperson ohne weiteres gegeben ist. Daß der Hauptgegenstand der Zweitkonkursmasse in dem fraglichen Falle ein vom Verwalter des Erstkonkurses freigegebenes Grundstück bildete, beeinträchtigte die Konkursfähigkeit des Schuldners mit Bezug auf den Zweitkonkurs durchaus nicht. Wie unbillig der Heilung der Konkursunfähigkeit sein würde, zu der das Gesetz mit keinem Worte zwingt, zeigt sich mehr als im Konkurs im gerichtlichen Vergleichsverfahren. Da ist der Eröffnungsbeschluß zufolge § 14 Abs. 1 VerglD. überhaupt unanfechtbar. Außerdem müßte da die Heilung zwangsläufig auch für die bei Scheitern des Vergleichsverfahrens nach §§ 71, 80 VerglD. ergehende Entsch. über die Eröffnung des Anschlußkonkurses gelten, so daß auch dieser nicht wegen Konkursunfähigkeit abgelehnt werden könnte — ein unverständliches Ergebnis. Aber auch für den Konkurs, der kein Anschlußkonkurs ist, muß die Heilung verneint werden; schon deshalb, weil gegen den Eröffnungsbeschluß nur dem Schuldner die Beschw. zusteht (§ 109 RD.), die Gläubiger sich also gegen die Benachteiligung, die für sie vor allem in einem unzulässigen Sonderkonkurs liegen kann, nicht zu schützen vermögen.

Was schließlich die Frage der Beseitigung des mangelhaft ge-

kurtsfähigkeit — durch den Eintritt der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses geheilt worden ist, braucht nicht erörtert zu werden. Ebenso kann es dahingestellt bleiben, ob, falls eine solche Heilung nicht eingetreten ist, der Eröffnungsbeschluß nicht ungeachtet seiner Rechtskraft wieder aufgehoben oder das Verfahren eingestellt werden kann (vgl. RG.: LZ. 1910, 483; Jaeger, RD., 5. Aufl., § 74 Anm. 4; Petersen-Kleinfeller, RD., 4. Aufl., Anm. 1 zu §§ 207, 208). Die Entsch. hierüber kann jedenfalls nur im Konkursverfahren selbst durch das KonkGer. oder die ihm übergeordneten Gerichte getroffen werden. Im Prozeßwege kann die Rechtswirksamkeit der Konkursöffnung nicht in Frage gezogen werden.

Hieraus folgt, daß es nicht angängig ist, die vom Verwalter im Konkurs der Firma S. E. & Co. kraft seiner Verwertungsbefugnis (§ 117 RD.) getroffenen Verfügungen als diejenigen eines Nichtberechtigten i. S. des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. zu behandeln oder ihnen aus einem sonstigen Grunde die Wirksamkeit gegenüber der vom Kl. vertretenen Konkursmasse abzuspochen.

(U. v. 9. März 1932; 416/31 IV. — Berlin.) [Ra.]
(= RG. 136, 97.)

****12.** §§ 146, 158 RD. Wird eine Forderung unter Beanspruchung eines Absonderungsrechtes im Konkurs angemeldet, so umfaßt die Feststellung nicht nur den Ausfall, sondern die ganze Forderung: Zulässigkeit einer hierauf gerichteten Feststellungsklage. †)

Die Kl. hatte dem Kaufmann B. mehrere Darlehen von

bliebenen Verfahrens angeht, so dürfte im Falle des Konkurses die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (Jaeger § 74 Anm. 4, insoweit zutreffend auch RG.: LZ. 1910, 483) technisch die einzige Möglichkeit sein, da Zulässigkeitsmängel nach Konkursrecht keine Gründe für Einstellung und Aufhebung des Verfahrens bilden. Anders ist es im Falle des Vergleichsverfahrens. Hier ist einerseits der Eröffnungsbeschluß mangels jedweder Anfechtungsmöglichkeit unabänderlich und kann deshalb auch nicht von Amts wegen wieder aufgehoben werden. Andererseits bilden die in § 22 Nr. 1 VerglD. bezeichneten besonderen Gründe für die Unzulässigkeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens sämtlich zugleich zwingende Einstellungsgründe (§ 79 Abs. 1 Nr. 2) und zu einem Teil auch zwingende Verwerfungsgründe (§ 68 Abs. 1). Das muß auch für den viel schwerer wiegenden Mangel der Vergleichsunfähigkeit als — selbstverständlicher — Wille des Gesetzes gelten, so daß das Verfahren bei Offenbarwerden des Mangels einzustellen, wenn aber inzwischen ein Vergleich abgeschlossen wurde, dieser von Amts wegen zu verwerfen ist. Beide Male ist zugleich, freilich nur durch Ausspruch der Unzulässigkeit, über die Eröffnung des Anschlußkonkurses zu entscheiden, um so den Antragstellern des Vergleichsverfahrens für die Frage der Vergleichsfähigkeit die sofortige Beschwerde offenzuhalten (vgl. §§ 24 Abs. 2, 71 Abs. 1 u. 80 Abs. 1 Satz 3, 4). Mit Vergleichsbefähigung würde freilich auch dieser Mangelfeststellung heilen.

Prof. Dr. Erich Bley, Gießen.

Zu 12. Das Ur. verbietet auf der ganzen Linie Beifall.

1. Die Eintragung des Prüfungsergebnisses in die Tabelle gilt rücksichtlich der festgestellten Forderung ihrem Betrag und ihrem Vorrecht nach wie ein rechtskräftiges Ur. gegenüber allen Konkursgläubigern (§ 145 Abs. 2 RD.). Der Umfang der Rechtskraft hängt von der Anmeldung ab. Ein absonderungsberechtigter Gläubiger darf die Forderung zum vollen Betrag anmelden, er muß es aber nicht. Er kann auch nur den eventuellen späteren Ausfall anmelden. Das kommt freilich praktischerweise nur in Betracht, wenn er ein Absonderungsrecht in sicherer Höhe hat. Eine solche auf den Ausfall beschränkte Anmeldung hätte im vorl. Falle darin gelegen, daß Kl. nur 30 000 — 9988,20 RM (Betrag der Stuttgarter Police) angemeldet hätte. Davon kann aber nach dem Tatbestand keine Rede sein; die Anmeldung ist lediglich ganz allgemein als Ausfallforderung erfolgt. Es fragt sich mithin, ob in der Anmeldung einer Forderung als Ausfallforderung bereits eine Beschränkung der Forderung auf die Höhe des Ausfalls zu finden ist. Das verneint das RG. im Einklang mit dem Schrifttum (vgl. etwa Jaeger, Komm. z. RD. § 64 Anm. 11 u. § 145 Anm. 7). Eine solche Anmeldung enthält nur einen selbstverständlichen Zusatz für die Geltendmachung der Forderung als Konkursforderung, der der Anmeldung auch ohne ausdrückliche Hervorhebung innewohnt.

2. Wenn das richtig ist, soweit der Ausfall noch ungewiß ist, dann muß es auch richtig sein, wenn der absonderungsberechtigte Gläubiger hinterher auf sein Absonderungsrecht verzichtet oder es sich herausstellt, daß er sein Absonderungsrecht von Anfang an zu Unrecht angenommen hat.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

insgesamt 30000 RM gewährt und von ihm als Sicherung drei Lebensversicherungspolice erhalten. In zweien dieser Police ist die Witwe B. als Bezugsberechtigte benannt, während die dritte auf den Inhaber ausgestellt ist.

Nach B.s Tode ist über seinen Nachlaß der Konkurs eröffnet worden. Die Kl. hat ihre Darlehnsforderung zur Tabelle angemeldet. Zur Tabelle sind alsdann die angemeldeten Forderungen nach dem Antrag des Konkursverwalters festgestellt mit dem Zusatz: „vorläufig als Ausfallforderung“. Der Konkursverwalter hat bei einer inzwischen vorgenommenen Abschlagsverteilung die Forderungen der Kl. nicht berücksichtigt. Die Kl. ist der Ansicht, daß sie abgesehen von dem auf die dritte Police entfallenden Betrag unbeschränkt ihre Befriedigung aus der Konkursmasse suchen könne.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das OLG. dagegen hat auf die Berufung der Kl. festgestellt, daß die Kl. berechtigt ist, wegen eines Betrages von 20396,73 RM Befriedigung aus der Konkursmasse zu suchen.

Die Rev. blieb erfolglos.

Der Irrtum der Rev. besteht darin, daß sie schon der Anmeldung einer Forderung „als Ausfallforderung“ nur die Wirkungen einer beschränkten Anmeldung beilegen will. Es ist dem Gläubiger, der abgeforderte Befriedigung beansprucht, unbenommen, seine Forderung zwar als Ausfallforderung, aber doch zum vollen Betrage im Konkurs anzumelden. Steht noch nicht fest, zu welchem Betrage er bei der abgeforderten Befriedigung Zahlung empfängt, so muß er sogar die Forderung zum vollen Betrage anmelden, wenn er nicht in seinem Recht, Befriedigung in Höhe seines eventuellen Ausfalls aus der Konkursmasse zu erlangen, verkürzt werden will (RG. 37, 16). Beschränkt er dagegen seine Anmeldung auf einen Teil seiner Forderung, weil er für den Rest im Wege der abgeforderten Befriedigung Deckung zu erlangen glaubt, so muß er allerdings, soweit er diese Befriedigung nicht erlangt, auch den Rest, mit dem er ausgefallen ist, zur Konkurs-tabelle anmelden.

Hat der Gläubiger aber eine solche Beschränkung nicht vorgenommen, sondern die ganze Forderung angemeldet, so wird sie auch als ganze geprüft und sofern sie nicht bestritten wird, festgestellt, wenn auch nur als „Konkursforderung für den Ausfall“. Die zusätzliche Beschränkung „als Ausfallforderung“ hat nicht die Bedeutung, daß die Forderung nur in Höhe des eventuellen späteren Ausfalls festgestellt wäre, sondern sie gilt lediglich für den Konkursforderung.

Eine Anmeldung der ganzen Forderung liegt aber hier entgegen der Meinung der Rev. vor.

Das besagen die Eingangsworte der Anmeldungen. „... melden wir folgende Ansprüche an: eine Darlehnsforderung in Höhe von 25000 RM ... bzw. 5000 RM“ unzulänglich. Eine Beschränkung dieser Anmeldung dem Betrage nach kann in den folgenden Sätzen nicht gefunden werden. Soweit sich diese auf die Verpfändung der Lebensversicherungspolice beziehen, enthalten sie nur einen Hinweis auf die Verpfändung und auf das „eventuelle“ Recht abgeforderte Befriedigung aus der Versicherungssumme zu verlangen. Dadurch ist aber die Anmeldung dem Betrage nach nicht eingeschränkt worden. Eine solche Einschränkung liegt

auch nicht darin, daß die Anmelder erklären, es werde, falls eine Befriedigung aus den Police erfolge, ein etwaiger Ausfall als Ausfallforderung geltend gemacht. Denn damit ist nur gesagt, was sich bei jeder Anmeldung eines die abgeforderte Befriedigung beanspruchenden Gläubigers nach dem Gesetz von selbst verstand, nämlich, daß verhältnismäßige Befriedigung aus der Masse nur für den Betrag des Ausfalls verlangt werden solle. Ist demnach die Anmeldung der Forderung, wenn auch als Ausfallforderung, so doch zum vollen Betrage erfolgt, so ist die Feststellung zur Tabelle „vorläufig als Ausfallforderung“ für die ganze Forderung wirksam (RG. 22, 153).

Die Frage könnte nur sein, ob hier, wo in Ermangelung eines Absonderungsrechts eine Ausfallforderung von vornherein nicht bestand, eine erneute Anmeldung nötig wäre. Mit Recht hat jedoch der VerR. diese Frage verneint. Denn die Wirksamkeit der Feststellung der Forderung zur Tabelle wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Gläubiger das Absonderungsrecht irrtümlich für sich in Anspruch genommen hat. Es kann vielmehr keinen Unterschied begründen, ob der Gläubiger auf sein Absonderungsrecht verzichtet oder einen Totalausfall erlitten hat oder ob der Konkursverwalter und er nachträglich einig geworden sind, daß er ein Absonderungsrecht nicht in Anspruch nehmen könne. Da sich der Konkursverwalter weigert, diese Rechtslage anzuerkennen und die Kl. nicht an den Abschlagsverteilungen teilnehmen läßt, besteht ein rechtliches Interesse der Kl. an der Feststellung ihres Konkurssteilnahmerechts. Diese Feststellungsklage ist nicht die des § 146 RD., sondern die allgemeine Klage aus § 256 ZPO., die der VerR. zugelassen hat, und zwar hat er es durchaus zutreffend abgelehnt, die Kl. gegenüber den Maßnahmen des Konkursverwalters auf die Einzelrechtsbehelfe der RD., insbesondere den § 158 RD. zu verweisen. Denn ihre Feststellungsklage bezweckt eine grundsätzliche Entsch. über ihr Konkurssteilnahmerecht herbeizuführen und eine Klage aus § 256 ZPO. wird, wie in der Rpr. des RG. (vgl. RG. 116, 372¹⁾) anerkannt ist, durch § 146 RD. nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sondern kann unter besonderen Umständen zugelassen werden, die hier vorliegen.

(U. v. 5. Dez. 1932; 317/32 IV. — Kassel.) [Ra.]
(= RG. 139, 83.)

**** 13.** § 221 RD. Eine Vereinbarung, durch die der Eigentümer einem Hypothekengläubiger gegenüber auf eine vorhandene oder künftig entstehende Eigentümergrundschuld verzichtet, ist verbindlich, wirkt sich bei der Zwangsversteigerung zugunsten des Gläubigers aus, gilt auch gegenüber dem Konkursverwalter des Eigentümers und auch im Nachlaßkonkurs. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der in der Konkursmasse befindliche Gegenstand dem Gemeinschuldner zwecks Verfügung nach bestimmten Weisungen wie fremdes Gut anvertraut war.†)

(U. v. 2. Dez. 1931; 132/31 V. — Königsberg.) [Sch.]
(= RG. 134, 257.)

¹⁾ ZB. 1927, 1751.

Zu 13. Der Fall zeigt, wie nahe sich Aussonderungs- und Absonderungsrecht berühren können (Jaeger, RD., § 43 Bem. 11). Indem das RG. gegenüber § 221 RD. Gewicht auf die Lösungsvereinbarung und den Verzicht auf die Eigentümergrundschuld legt, versteht es der Bekl. stillschweigend ein Recht auf deren Aussonderung aus der Konkursmasse zu. Aus jener Vereinbarung muß ein Anerkennung der Erben gefolgert werden, daß die Grundschuld sich zu Unrecht in ihrem Vermögen befindet. Und zwar ist diese Annahme nicht Vertragsauslegung, sondern eine rechtliche Schlussfolgerung aus dem Vertragsinhalte (RG. 65, 198 ff. = ZB. 1907, 208). Hinsichtlich des auszufordernden Gegenstandes ist eine Berufung auf § 221 RD. nicht möglich, weil dieser offenbar voraussetzt, daß der Gegenstand der Vollstreckung zur Masse gehört. An dem Vertragsverhältnisse, das die Lösungsvereinbarung mitumfaßt, ist durch die Konkursöffnung nichts geändert worden (§ 15 Abs. 2 RD.; § 17 trifft nicht zu). Daß § 878 BGB. von der Konkursöffnung unberührt bleibt, ist von Bedeutung, trotzdem man annehmen muß, die Vertragswidrigkeit der Zurücknahme des Lösungsantrages hindere dessen Wegfall nicht; denn aus § 15 RD. mit § 878 BGB. geht hervor, daß jedenfalls die vor der Konkursöffnung begründete Verpflichtung zum

Lösungsantrage durch die Konkursöffnung nicht berührt wird, sondern die Lösung durch das Fehlen des Antrages gehindert ist. Nun sagt § 43 RD. ausdrücklich, daß ein persönliches Recht, also ein schuldrechtlicher Grund wie die vertragmäßige Lösungsverpflichtung, zur Begründung der Aussonderung genügt. Das Urteil spricht nirgends von Aussonderung, was darauf schließen läßt, daß die Bekl. einen derartigen Anspruch nicht erhoben hat. Aber der Konkursverwalter muß die Aussonderung sogar von Amts wegen vornehmen, weil seine Befugnis, das Vermögen des Schuldners in Besitz und Verwaltung zu nehmen, sich nur auf das zur Masse gehörige Vermögen erstreckt (§§ 1, 117 RD.). Er kann sich dieser Beschränkung nicht dadurch entziehen, daß er im Rechte der Bekl. eine Konkursforderung sieht und die Bekl. auf die Stellung einer Konkursgläubigerin verweist, denn die Konkursforderung wird durch das stärkere Aussonderungsrecht aufgehoben. Im Ergebnis ist dem RG. also zuzustimmen. Nach vollzogener Aussonderung aber würde es, wie vor der Konkursöffnung, Aufgabe der Erben sein, über die Grundschuld als konkursfreies Vermögen durch Lösungsantrag zu verfügen.

Geh. RA. Prof. Dr. Kleinjeller (+), Kiel.

III. Vergleichsordnung.

14. §§ 29, 30 VerglD.; § 128 HGB. Wird ein Miet- oder Pachtvertrag von dem Mieter, einer im Vergleichsverfahren stehenden offenen Handelsgesellschaft, mit Ermächtigung des Gerichts vorzeitig gekündigt, so haftet der vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens ausgeschiedene Gesellschafter für den dem Vermieter nach § 30 VerglD. zustehenden Schadenersatzanspruch persönlich, sofern er nur beim Abschluß des Mietvertrages an der Gesellschaft beteiligt war. Der nach § 30 begründete Schadenersatzanspruch hat seine Grundlage im Miet- oder Pachtvertrag.

Der Bekl. war früher, bis Ende 1929, Gesellschafter der OHG. G. F. in H. Die Gesellschaft bestand nach seinem Ausscheiden als solche weiter. Sie ist alsdann in ein gerichtliches Vergleichsverfahren eingetreten und hat in diesem auch einen Vergleich mit den beteiligten Gläubigern geschlossen. In diesem Verfahren hat sie einen zur Zeit der Mitgliedschaft des Bekl. am 22. April 1927 mit dem Kl. als Vermieter geschlossenen, beiderseits mit einjähriger Frist erstmals auf 1. Okt. 1937 kündbaren Mietvertrag mit gerichtlicher Ermächtigung gem. § 29 Abs. 2 VerglD. auf 1. Okt. 1931 gekündigt. Der Kl. traf mit der Firma und der „Vergleichsperson“ ein Abkommen dahin, „daß die Miete bis zum 1. Okt. 1931 voll bezahlt wird, während er im Vergleich für den Mietausfall für die spätere Zeit einen Betrag von 18000 RM angemeldet hat und auf diesen mit der Vergleichsquote von 30% befriedigt werden soll“. Nach der Klageschrift sollen dabei alle Ansprüche gegen die früheren Gesellschafter vorbehalten geblieben sein.

Der Kl. nimmt nun den Bekl. als den vormaligen Gesellschafter zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages auf Ersatz des ihm nach seiner Angabe durch dessen vorzeitige Kündigung entstandenen und noch entstehenden Schadens in Anspruch.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Auf die Rev. des Kl. wurde das Ur. aufgehoben und der Rechtsstreit in die VerZust. zurückverwiesen.

Richtig ist der Ausgangspunkt, daß der ausgeschiedene Gesellschafter einer OHG. den Gesellschaftsgläubigern auch nach seinem Ausscheiden bis zur Grenze der in § 159 HGB. bestimmten Verjährung für die in der Zeit seiner Mitgliedschaft begründeten Verbindlichkeiten haftet. Er haftet aber auch nur für die Verbindlichkeiten, die zur Zeit seines Ausscheidens bereits vorhanden waren (RG. 86, 60¹⁾). Die hier in Betracht kommende Verbindlichkeit, wie sie zur Zeit des Ausscheidens des Bekl. bestand, ist die Pflicht zur Mietzinszahlung, die im vollen Umfang der Vertragszeit bereits begründet war unerachtet dessen, daß es sich um einen langfristigen Mietvertrag, ein sog. Wiederkehrschuldsverhältnis handelte, bei welchem Zeitablauf und Gebrauchsgewährung durch den Vermieter hinzutreten mußten, um die einzelnen Zinsraten fällig werden zu lassen (RG. 86, 60 [61]¹⁾; JW. 1929, 3520²⁾). Diese Pflicht zur Mietzinszahlung hat durch die unstrittige gesetzliche Kündigung der in Vergleichsverfahren eingetretenen Gesellschaft gem. § 29 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 VerglD. ihr Ende erreicht mit dem Ablauf des Mietvertrages gerade in dem Zeitpunkt, mit dem die Klageanträge einseßen, dem 1. Okt. 1931, auf den auch, wie als weiter unstrittig anzunehmen ist, die Räumung der Mietgelasse erfolgt ist. Mit dem Ablauf der Kündigungsfrist ist der Mietvertrag erloschen (RG. 56, 247; 67, 372 [376]²⁾). Die Frage ist die, ob die infolge der Kündigung nach dem Ausscheiden des Bekl. gem. § 30 VerglD. gegebene Schadenersatzforderung an die Gesellschaft (Schuldnerin des Vergleichsverfahrens) wegen Nichterfüllung von der Haftung des Bekl. umfaßt wird oder als eine nach seinem Ausscheiden erst entstandene besondere Forderung ihn nicht mehr trifft. Diese Forderung haben die bei der Veränderung des Rechtsverhältnisses durch die Kündigung Beteiligten — der Vermieter und die Schuldnerin des Vergleichsverfahrens — für die Teilnahme am Vergleichsverfahren vergleichsweise auf einen festen, vom wirklichen, erst

in fernerer Zukunft nach dem 1. Okt. 1937 genau zu berechnenden Schaden unabhängigen Betrag von 18000 RM festgesetzt. Vom Bekl. fordert der Kl. indessen nicht Haftung für diesen Betrag, sei es ganz oder in der darauf entfallenden Vergleichsquote von 30%, sondern anderes, nämlich, vorläufig beschränkt auf den Höchstbetrag von 6500 RM und bei zeitlicher Begrenzung der Haftung bis 31. März 1932 2550 RM, den wirklichen bereits eingetretenen oder noch eintretenden Schaden. Er will auf diese Weise vom Bekl. den Unterschied zwischen dem vertraglichen und dem nach der Beendigung des Mietvertrages für die Mietzeit tatsächlich sich ergebenden Mietzinsbetrag erlangen, wobei er sich natürlich gem. § 422 Abs. 1 Satz 1 BGB. auch den Eingang von der mitschuldenden Gesellschaft durch die vereinbarte Vergleichsquote einrechnen lassen muß, soweit er auf die Zeit seiner Haftung anteilig entfällt. Erst wenn feststeht, daß den Bekl. überhaupt eine Haftung trifft, kann sich die andere, vom VorderKl. nicht beantwortete und daher hier nicht zu behandelnde Frage erheben, ob der Bekl. eine Begrenzung seiner Haftung gemäß der Vereinbarung des Kl. mit der Gesellschaft als ausgeschiedener Gesellschafter ebenso wie die gegenwärtigen Gesellschafter geltend machen kann, einerseits § 89 Ziff. 4 VerglD., § 129 Abs. 1 HGB., andererseits § 73 Abs. 2 VerglD.

Mit Recht sagt die Rev., daß die Verneinung der Haftung des Bekl. nicht, wie der VorderKl. meint, ohne weiteres aus § 30 VerglD. zu entnehmen ist. Hier wird eben nur darüber verfügt, was mit der gesetzlich für berechtigt erklärten Schadenersatzforderung im Vergleichsverfahren geschieht, an dem sie sonst nach § 4 Satz 1 VerglD. nicht teilnähme. Andere Verbindlichkeiten dagegen werden durch § 30 VerglD. nicht berührt; sie richten sich nach den sonstigen Gesetzen, soweit nicht für den Vergleichsfall § 89 Ziff. 4 und § 73 Abs. 2 VerglD. eine Maßgabe enthalten. Gerade § 73 Abs. 2 VerglD. beweist dies. Es läßt sich auch nicht mit dem ersten Richter sagen, die Gegenleistung der Gebrauchsgewährung gegen den Mietzins habe nicht ohne Zutun des Kl. aufgehört. Dieser hat sich zwar mit der Gesellschaft über die Wirkung der Beendigung der Miete durch Kündigung für das Vergleichsverfahren verglichen, aber nichts dazu getan, daß die Kündigung (wider seinen Willen) rechtswirksam gem. § 29 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VerglD. erfolgte. Im RG. 125, 417 (418) = JW. 1930, 2657³⁾ sind Fälle späterer Verlängerung von Rechtsverhältnissen, die während der Mitgliedschaft begründet worden sind, zusammengestellt, in denen nicht angenommen worden ist, daß der ausgeschiedene Gesellschafter noch haften, weil sie nach seinem Ausscheiden entstanden seien (Wechselprolongation, stillschweigende Verlängerung eines abgelautenen Mietvertrages); hierbei beruht das entstandene neue Rechtsverhältnis auf einem rechtsgeschäftlichen Handeln oder Verhalten beider Parteien. Hier ist die Schadenersatzforderung durch einen einseitigen rechtsgeschäftlichen Akt der Schuldnerin im Vergleichsverfahren herbeigeführt worden. Eine solche Handlung eines Gesamtschuldners aus dem alten Rechtsverhältnis (vgl. über das Entstehen eines echten Gesamtschuldverhältnisses mit dem Ausscheiden des Gesellschafters *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* Bd. II § 128 Anm. 16 Abs. 2 und das Ur. JW. 1928, 2612²⁾) wirkt nach § 425 BGB., dessen Abs. 2 die Kündigung ausdrücklich anführt, regelmäßig nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt, also hier die Gesellschaft, und solchenfalls könnte den ausgeschiedenen Gesellschafter folgerecht auch ihre Wirkung, der Schadenersatzanspruch, nicht treffen. Jenes gilt aber nach § 425 Abs. 1 BGB. nur, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt. Aus dem Rechtsverhältnis der Miete muß jedoch hier entommen werden, daß auf Mieterseite kündigungsberechtigt nur die allein zum Gebrauch befugte Gesellschaft war und daß ihre Kündigung auch für und gegen die übrigen Gesamtschuldner wirkte. Entscheidend ist die Frage, ob die an die Kündigung sich knüpfende Schadenersatzforderung des Vermieters erst kraft Ges. durch die Kündigung in der Zeit nach dem Ausscheiden des Bekl. entstanden, oder ob sie, wenn auch unentwickelt, bereits mit der alten Mietzinsforderung gegeben war und durch die Kündigung erst ausgelöst worden ist, anders ausgedrückt, wie in dem alten (französischrechtlichen) Ur. RG. 7, 19 im Anschluß

1) JW. 1915, 193. 2) JW. 1908, 208.

an die Mot. zu RD. 245 geschehen, das Vertragsverhältnis „sich in einen Entschädigungsanspruch aufgelöst“ hat. Der Senat vertritt die Anschauung, daß die Schadenersatzforderung, von welcher § 30 VerglD., entsprechend dem § 19 Satz 3 RD. im Konkursfall, redet, ihre Grundlage schon in dem Mietvertrag hat. Sie hat auch nichts anderes zum Gegenstand als den Mietzins bis zu der sonstige eintretenden Beendigung des vor dem Ausscheiden des Bekl. geschlossenen Vertrages abzüglich des durch anderweitige Vermietung eingehenden oder erlangbaren Mietzinsbetrags — nach dem Grundsatz der Verpflichtung zur Schadenabwendung oder Schadenminderung gem. § 254 Abs. 2 BGB. — Jaeger, RD., der nach § 19 Anm. 9 den Bürgen nach § 767 BGB. für die Schadenersatzforderung an die Konkursmasse, im Falle des Zwangsvergleichs gemäß dem dem § 73 Abs. 2 VerglD. entsprechenden § 193 Abs. 2 RD., entstehen läßt, spricht sich allerdings in § 17 Anm. 43, § 19 Anm. 16, 17, § 26 Anm. 20 dahin aus, der bei der Kündigung nach § 19 Satz 1 und 2 RD. gem. Satz 3 gegebene Schadenersatzanspruch „beruhe ausschließlich auf dem Gesetz“. Er führt jedoch in § 19 Anm. 17 selbst an, daß schon vor Einführung des jetzigen § 19 Satz 3 RD. von der herrschenden Lehre und der Rspr. des RG. (RG. 7, 19; 11, 357; 18, 269; SeuffArch. 48, 237) der mit dem Satz 3 ausdrücklich bestätigte Schadenersatzanspruch des Vermieters bei Kündigung des Verwalters anerkannt war und selbst die Mot. zur RD. i. d. Fass. v. 10. Febr. 1877 S. 78 ihn zugrunde legten. („Im übrigen bleiben ihm seine kontraktlichen Ansprüche auf Entschädigung vorbehalten.“) Dem folgend hat, wie er weiter anführt, auch die Begr. S. 29 zu der Gesetzesänderung von 1898, die den Erbsatzanspruch „ausdrücklich anerkannt“ habe, sich ausgesprochen: „Es ist gegenwärtig (im Schrifttum, vgl. Jaeger a. a. D.) bestritten, ob die Ausübung der . . . dem Verwalter eingeräumten Kündigungsbefugnis für den Vermieter oder Verpächter das Recht begründet, im Konkurs wegen der vorzeitigen Aufhebung des Verhältnisses nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts Entschädigung zu fordern. Das RG. hat in wiederholten Entscheidungen den Entschädigungsanspruch für zulässig erklärt. Mit Rücksicht auf die Zweifel . . . empfiehlt es sich, den Anspruch auf Schadenersatz ausdrücklich anzuerkennen.“ Auch hier ist die Sache so, daß, wie diese Begr. S. 30 zum Fall der Erfüllungsablehnung des Verwalters, bei der das Vertragsverhältnis nicht aufgehoben wird und daher eine entsprechende Vorschr. nicht als erforderlich erachtet wurde, sagt, „an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung ein Anspruch auf Schadenersatz tritt“. Dies wurde im eben erwähnten Fall „in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht und der Rspr. des RG. als selbstverständlich“ angesehen. Im Falle der Kündigung des Miet- oder Pachtvertrags durch den Konkursverwalter oder den Vergleichsschuldner liegt aber regelmäßig die Sache auch in der Richtung gleich, daß das Unvermögen zur Aufbringung der zum Aushalten des Vertrags erforderlichen Geldmittel den inneren Grund der Kündigung wie der Erfüllungsablehnung bildet. Daß für diesen Umstand der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen §§ 279, 280 BGB. einzustehen hat, ist der rechtliche Grund für die Anerkennung und gesetzliche Normierung des Schadenersatzanspruchs als allgemeiner Regel. Gerade auch in der Begr. der VerglD. S. 24 wird seine von ihm zu vertretende ungünstige Vermögenslage als Grund dafür angegeben, daß das Ges. dem Schuldner selbst einen Erbsatzanspruch versagt, wenn der andere Teil nach § 28 VerglD. die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags ablehnt (wie allerdings bei der Grundstücks- und Raummiete auch in der Form der Kündigung mit gesetzlicher Frist nach § 29 Abs. 1 und 2 Nr. 2 ausgeschlossen). Ähnliche Rechtsgestaltungen, bei denen kaum bezweifelt werden wird, daß der verletzte Vertrag die rechtliche Grundlage des gesetzlich ausdrücklich anerkannten Schadenersatzanspruchs bei Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Kündigung bildet, finden sich verschiedentlich. Nach § 628 Abs. 2 BGB. und entsprechend nach § 70 Abs. 2 BGB. hat beim Dienstvertrag derjenige Teil, dessen das Vertragsverhältnis beendigende Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlaßt wird, einen Schadenersatzanspruch wegen der Aufhebung des Dienstverhältnisses. Von diesem Anspruch sagt das Ur. JW. 1918,

550¹, er sei kein selbständiger, vom Vertrag losgelöster, vielmehr ein Anspruch, der in letzteren seine Wurzel und seine Grundlage habe, er wolle wirtschaftlich denselben Erfolg herbeiführen, der eingetreten wäre, wenn beide Teile den Vertrag ordnungsmäßig erfüllten, Ursprung und Ziel seien dieselben. Gelangt ein auf bestimmte Zeit vermietetes oder verpachtetes Grundstück zur Zwangsversteigerung und kündigt der Ersteher gem. § 57 a ZwVerstG. in Durchbrechung des Grundsatzes: Kauf bricht nicht Miete. § 571 BGB., so erlangt nach der Rspr. der Mieter oder Pächter aus dem Vertrag einen Schadenersatzanspruch gem. §§ 541, 538 BGB. gegen den Vermieter oder Verpächter, weil er für die Fortdauer seiner Leistungsfähigkeit auch in der Person seines Besignachfolgers einzustehen hat (RG. 63, 67; 65, 31; GrundZeit. 60, 69 [S. 853]). Anerkannt ist sodann in fester Rspr. verschiedener Senate (RG. 58, 11; 79, 132; 121, 367 [371]²); WarnRspr. 1916, 178 [gegen das alte Ur. RG. 46, 98]), daß für die Aufrechnung im Konkurs nach §§ 54, 55 RD., deren entsprechende Anwendung für das Vergleichsverfahren in § 36 VerglD. vorgeschrieben ist, das Bestehen der hier in Betracht kommenden Schadenersatzforderungen wegen Nichterfüllung gegenseitiger Verträge als bedingt durch die Erfüllungsablehnung oder Kündigung schon für den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens anzunehmen ist. Die von Kiefow, VerglD. § 30 Anm. 4 und § 36 Anm. 17 am Ende — auch gegen alle Erläuterungswerke zur RD. und gegen Mayer, VerglD., § 36 Anm. 20 — ohne stichhaltige Gründe vertretene Gegenmeinung hinsichtlich der Aufrechnung vermag in diesem Punkte nichts zu ändern. Wenn Kiefow zu den Rechtsfolgen der Erfüllungsablehnung in § 28 Anm. 33 erklärt, der Erbsatzanspruch „verwandle sich“ in einen Anspruch auf Schadenersatz, der seine Begr. allein in der Best. des § 30 finde, woneben auf die Vorschr. des bürgerlichen Rechts zu seiner Rechtfertigung „nicht zurückgegriffen werden könne und brauche“, andererseits in § 30 Anm. 1 nur sagt, neben dieser Vorschr. „brauche nicht“ auf die Vorschr. des bürgerlichen Rechts zurückgegriffen zu werden, so steht die letztere Wendung der hier vertretenen Anschauung jedenfalls nicht entgegen. Unter dem Gesichtswinkel der Inanspruchnahme des Schuldners des Vergleichsverfahrens mag die Berufung auf die ausdrückliche Gesetzesvorschrift genügen. Anders steht es, wie der gegebene Fall zeigt, bei der Frage nach der Haftung von Mitschuldnern.

Diese hier angenommene Haftung wird auch durch die Billigkeit und durch rechtspolitische Erwägungen gefordert. Hat der Vermieter oder Verpächter einen Vertrag gerade mit Rücksicht auf die Beteiligung bestimmter zahlungsfähiger Persönlichkeiten bei einer Gesellschaft geschlossen, so wäre es keineswegs richtig, ihm nach Ausscheiden einer solchen Persönlichkeit, das er nicht hindern und für die Regel auch nicht als Grund zur Lösung des Vertragsverhältnisses benutzen kann, den Zugriff auf deren Haftung gerade dann zu versagen, wenn die Gesellschaft notleidend wird und mit Rücksicht auf diesen von ihr, jedenfalls aber nicht vom Vertragsgegner zu vertretenden Umstand ein besonderes Kündigungsrecht erlangt. Ein Rechtszustand solcher Art wäre gerade bei Unternehmungen, die auf der Miete oder Pacht eines großen Gegenstandes beruhen (Wirtschafts-, Unterhaltungsbetriebe), nicht ungefährlich, weil die am Unternehmen Beteiligten leicht dazu geführt werden könnten, bei Mißerfolgen die zahlungsfähigen Persönlichkeiten vor dem Offenbarwerden noch dadurch von einer Haftung für das Aushalten des Miet- oder Pachtvertrags zu befreien, daß sie sich aus der Gesellschaft zurückzögen.

Das vom Bekl. und der Revisionsbeantwortung für ihren Standpunkt besonders ins Feld geführte Ur. dieses Senats (RG. 65, 26) betrifft einen anderen Fall, Inanspruchnahme des ausgeschiedenen Gesellschafters auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB. zusammen mit dem in der Firma verbliebenen Mitgesellschafter; seine Abweisung der Klage gegen den — allerdings schon nach Eintritt des Verzugs in währrender Gesellschaft — Ausgeschiedenen beruht aber darauf, daß entsprechend dem Verzug nach § 425 Abs. 2

²) JW. 1928, 2850.

BGB. die Erfüllungsverweigerung des in der Firma Verbliebenen und demgemäß auch die ihm gegenüber getroffene Wahl von Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegenüber dem anderen Mitschuldner nicht wirkten (auch diesem gegenüber weder eine Nachfristsetzung mit Wahl nach § 326 Abs. 1 BGB. erfolgt noch seine Erfüllungsverweigerung festgestellt war). Dies liegt hier bei der Kündigung des Mietvertrags, wie bereits gezeigt, anders.

(U. v. 14. Febr. 1933; II 284/32. — Celle.) [Ru.]

IV. Verfahren.

**** 15.** §§ 306, 529 Abs. 4, 546 ZPO. Ein Teilbetrag, auf den der Kl. gem. § 306 verzichtet hat, scheidet für das weitere Verfahren, insbes. auch für die Berechnung der RevSumme ohne weiteres aus. Der Bekl. kann den Betrag nicht durch Erhebung einer negativen Feststellungs-Widerklage zwecks Schaffung der RevSumme als Gegenstand des Prozesses aufrechterhalten.†)

Der Kl. hatte eine Forderung von 7000 RM eingeklagt. Er hat auch in der VerZust. diesen Antrag zunächst gestellt, in der letzten mündlichen Verhandlung aber den Klageantrag auf 5950 RM ermäßigt und durch seinen Prozeßbevollmächtigten auf alle Ansprüche verzichtet, welche diesen Betrag übersteigen. In derselben VerBerh. hat danach der Bekl., und zwar gegen Widerspruch des Kl., zuerst Widerklage mit dem Antrag auf Feststellung erhoben, daß dem Kl. auch ein über den Betrag von 5950 RM in Höhe von 1050 RM übersteigender Anspruch nicht zusteht. BG. hat die Widerklage abgewiesen und den Klageanspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Der Bekl. hat Rev. eingelegt, zunächst unbeschränkt, seit der RevBegr. mit dem Antrag: das angefochtene Ur. aufzuheben und nach den in der VerZust. gestellten Anträgen des Bekl. zu erkennen mit der Maßgabe, daß der Widerklageantrag nur für den Fall wiederholt wird, daß eine wirksame Beschränkung der Klageforderung auf den Betrag von 5950 RM angenommen werden sollte.

Die Rev. ist als unzulässig verworfen worden.

Die RevSumme ist nicht gegeben.

Die RevAnträge sind so gestellt, daß die Entsch. zur Widerklage nur hilfsweise herangezogen wird. Das Rechts-

mittel wäre schon zulässig, wenn Haupt- oder Hilfsantrag die Bedingung des § 546 ZPO. erfüllte. — Der Hauptantrag würde zureichen, wenn trotz des in der letzten VerBerh. erklärten Verzichts die gegen das Grundurteil gerichtete Anfechtung des Klagebegehrens so umfaßte, wie es vor dem Verzicht erhoben worden ist. Dieser Meinung ist die Rev., weil das BG. die Klage hinsichtlich des vom Verzicht betroffenen Teilbetrags nicht abgewiesen hat. Sie verkennt indes, daß es für die Beschw. des RevKl. gegenüber dem Grundurteil nur auf den Wert dessen ankommen kann, was der Kl. bei dessen Erlassung zuletzt gefordert hat. Der Verzicht des Kl. ist so, wie es § 306 ZPO. verlangt, bei der mündlichen Verhandlung erklärt worden. Einer Annahme bedarf es nicht. Bleibt auch bis zum Ergehen des in § 306 vorgesehenen Ur. der von dem Verzicht betroffene Teil verfahrensrechtlich anhängig, so tritt doch nach fester Rpr. des RG. schon durch den einseitigen Verzicht ein sachlich-rechtlicher Anspruchsverlust ein (RG. 66, 14; 75, 289; WArn. 1911 Nr. 106; JW. 1898, 282; Seuff-Arch. 59, 473 ff.), eine unmittelbare Wirkung, die (worauf Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis Bd. 2 S. 23 zutreffend hinweist) auch i. d. Fass. von § 160 Ziff. 1 ZPO. zum Ausdruck kommt. Wollte man aber selbst mit Stimmten des Schrifttums dem Verzicht des § 306 ZPO. die unmittelbare sachlich-rechtliche Wirkung abprechen, so könnte jedenfalls davon nicht die Rede sein, daß der Kl. den Betrag, auf den er verzichtet hat, bei Erlassung des Grundurteils noch gefordert hat, und daß das Grundurteil sich auf diese (nicht mehr gestellte) Forderung bezieht. Es genügt insoweit offenbar die Erwägung, daß der VerKl., wäre der Betrag des verbliebenen Anspruchs i. S. der Klage entscheidungsreif gewesen, doch nur diesen, nicht den von dem Verzicht erfaßten Betrag zum Gegenstand der Verurteilung hätte machen können. Dem Grundurteil kann eine dem Bekl. in höherem Maße beschwerende Entsch. nicht wohl innewohnen.

Keine andere Stellungnahme zu dem Hauptantrag kann schließlich der Umstand begründen, daß der erklärte Verzicht ersichtlich den Zweck verfolgt hat, der Sache die RevFähigkeit zu nehmen. Sicherlich wird die Gegenpartei eine nur mit diesem Ziel vorgenommene Kürzung als eine Beeinträchtigung ihrer Prozeßstellung empfinden. Es liegt aber kein Grund vor, den Verzicht um deswillen für unwirksam zu erklären. Ist er wirksam, so stellt er unter Aufopferung von bisher verfolgten Aussichten des Kl. tatsächlich die Lage her, aus

Zu 15. Ein praktisch und theoretisch interessantes Urteil.

1. Es kommt öfter vor, daß der Anwalt aus dem Gang der Verhandlungen merkt, daß das OLG. der Auffassung der von ihm vertretenen Klagepartei günstig gegenübersteht. Kann er in einem solchen Fall den Klageantrag, der die RevSumme übersteigt, durch Verzicht unter die RevSumme mindern und damit dem Gegner die RevMöglichkeit abschneiden? Formell nach § 306 ZPO. sicherlich. Das RG. meint, das Motiv des Verzichts sei unbeachtlich. Dieser Ansicht kann nicht ohne weiteres zugestimmt werden: Wenn ein Kl. unter Aufrechterhaltung seines gleichgearteten Anspruchs bis zur RevGrenze auf den Mehrbetrag ausschließlich in der offensichtlichlichen Absicht, den Gegner des Rechtsmittels der Rev. zu berauben, verzichtet, so wird die Gegenpartei dieses formell zulässige Verhalten nicht nur als Beeinträchtigung ihrer Prozeßstellung empfinden, sondern als unbillige Ausnützung einer Rechtskonsequenz, als Handeln wider Treu und Glauben. Es wäre daher wohl zu prüfen gewesen, ob der Verzichtserklärung im gegebenen Fall nicht die Einrede der Arglist (exc. doli gen.) entgegengesetzt werden konnte. Auch das Prozeßrechtsverhältnis der Parteien wird ebenso wie ihre materiellrechtliche Beziehung durch den Grundtat von Treu und Glauben beherrscht (JW. 1921, 1244). Aber selbst wenn man diese Frage verneint, wird man der RGEntsch., die im Endergebnis sicherlich nicht befriedigt, nicht zustimmen können.

2. Die in der mündlichen Verhandlung vor dem ProzeßGer. oder vor dem Einzelrichter ausgesprochene Verzichtserklärung auf den geltend gemachten Anspruch oder einen Teil desselben ist eine einseitige Willenserklärung und bedarf nicht der Annahme. Sie ist sofort bindend. Der Vertreter des Bekl. hätte nach § 306 ZPO. das Recht gehabt, den Kl. mit dem Anspruch, auf den dieser verzichtet hatte, abweisen zu lassen. Damit wäre der als Folge des Verzichts eingetretene Rechtsverlust urteilsmäßig ausgesprochen und der Rechtsstreit, soweit auf den Klageanspruch verzichtet wurde, auch prozessual erledigt worden. Obgleich Bekl. im vorl. Fall dies nicht tat, so wurde trotzdem der Rechtsstreit, soweit auf den Anspruch verzichtet wurde — die Rechtswirksamkeit dieses Verzichts vorausgesetzt —, erledigt. Die Verzichtserklärung nach § 306 ZPO. ist nicht nur Prozeßhandlung, sondern

auch materielles Rechtsgeschäft. Das hat der Vertreter des Bekl. in der VerZust. offenbar auch erkannt und deshalb durch Erhebung der Widerklage helfen und damit die seiner Partei arglistig entzogene RevMöglichkeit wiederherstellen wollen. Das OLG. hat diese Widerklage nach § 529 Abs. 4 ZPO. abgewiesen. Ob diese Abweisung mangels der erforderlichen Zustimmung des Kl. begründet war, ob nicht vielleicht ein Fall der §§ 268 Nr. 3, 529 Abs. 4 ZPO. oder eines nicht beachtlichen Verzichts vorlag, konnte der Bekl. zweifellos der Prüfung des RG. unterstellen. Insoweit war die Rev. gegen das zweitinst. Ur. an sich zulässig und daher der Wert der Widerklage dem des in die RevZust. gelangten Klageanspruchs hinzuzurechnen (RG. [VerZustSen.] 7, 383). Es taucht nun auch hier die Frage auf, ob nicht der erwähnte Zweck der Widerklage deren Rechtsgültigkeit entgegensteht. Der offenkundige Zweck dieser nur als Folge des oben charakterisierten prozessualen Verhaltens des Kl. anzusehenden Widerklage verstößt selbst wider Treu und Glauben, wenn hierdurch, wie das RG. annimmt, bedauert der „bloße Anschein“ eines höheren Revwertes geschaffen werden sollte. Aber das RG. erklärt in konsequenter Fortführung des unter 1 behaupteten Gedankens, daß es auch hier nicht allein auf den Zweck dieser Widerklage ankomme. Es erachtet aber in den Gründen die RevSumme nicht erreicht (am Ende der Urteilsausfertigung ist allerdings als „Wert des Streitgegenstandes in der RevZust.“ 7000 RM angegeben), weil „dem Zweck der Schaffung der RevSumme zuwider“ „durch künstliche Gestaltung der Anträge der wirkliche Streitgegenstand und damit der Beschwergegenstand nicht erhöht werden könne“. Es nimmt Bezug auf eine Anzahl früherer Entsch., aber bei diesen lag der Fall wohl anders. Sie gehen davon aus, daß Kl. „in bewußtem Widerspruch mit der Wirklichkeit“ eine revisionsfähige Wertsumme benannt hat (RG. 97, 85) oder „um die Rev. zulässig erscheinen zu lassen“, „irrtümlich“ einen höheren Betrag als wirklich hinterlegt bezeichnete (JW. 1902, 94), oder daß der Wortlaut des Antrages nicht mit den „von beiden Parteien dem Senat unterbreiteten und als richtig anerkannten Tatbestand“ übereinstimmt (JW. 1926, 2086). Im vorl. Fall aber handelt es sich um eine in der VerZust. tatsächlich erhobene Widerklage, die vom BG. abgewiesen

der sich die Unzulässigkeit des Rechtsmittels nach dem Gesetz ergibt.

Für die Beurteilung des die Widerklage umfassenden Hilfsantrags unter dem Gesichtspunkt des § 546 ZPO. ist davon auszugehen, daß die Widerklage im zweiten Rechtszuge nach § 529 Abs. 4 ZPO. nur mit der nicht erteilten Zustimmung des Kl. wirksam erhoben werden durfte. Daran kann es nichts ändern, wenn die Rev. die Widerklage nicht als Einführung eines neuen Anspruchs, sondern als „verschärfte Verneinung“ der Klage angesehen haben will. Hat der Verkl. aus diesem Grunde die Widerklage als unzulässig (unwirksam) erhoben mit Recht abgewiesen, so kann die Beschw. über diesen Teil des Ur. nicht dazu führen, den zur Klage gegebenen Wert auf die RevSumme zu ergänzen. Freilich käme es auch hier nicht allein darauf an, daß der Zweck der Widerklage nur der war, die durch den Verzicht bewertstelligte Minderung des Gegenstands der VerEntsch. durch eine entsprechende Maßnahme zwecks Wiederherstellung der Rev-Fähigkeit wettzumachen, wäre nur in die VerEntsch. ein entsprechender wirklicher Wert gelangt (RGWVarn. 1909 Nr. 84). Es geht aber nicht an, den Zwecken der Schaffung der RevSumme zuwider durch künstliche Gestaltung oder Fassung der zur Beurteilung kommenden Anträge diesen den bloßen Anschein eines höheren Werts zu geben, der den darin ausgedrückten Belangen offensichtlich nicht zukommt. Dem hat das RG. wiederholt Ausdruck gegeben (RG. 97, 85; 113, 246¹); SeuffArch. 52 Nr. 270; JW. 1902, 94), in RG. 97, 85 so weitgehend, daß sogar die zur Erzielung der RevSumme in den Zahlungsantrag aufgenommene Bezifferung des verlangten Schadensersatzes entsprechend dem Sachverhalt richtiggestellt wurde, den das Vorbringen des RevKl. selbst ergab. Vollends kann in dem vorl. Falle nicht anerkannt werden, daß die offenbar prozessual unzulässige und notwendig von der Hand zu weisende negative Feststellungswiderklage zu einem Betrag, auf den der Kl. seinen wirksam Verzicht geleistet hatte, einen Verzicht, den er auf Antrag des Bekl. nach § 306 ZPO. gegen sich verlaßbaren lassen mußte, den wirklichen Streitgegenstand und damit den Beschwerdegegenstand irgend erhöht hat.

(U. v. 13. Jan. 1933; VIII 465/32. — Berlin.) [H.]

16. Gegen den Erstattungsanspruch aus § 717 Abs. 3 ZPO. gibt es im Rahmen des gleichen Rechtsstreites weder Aufrechnung noch ein Zurückbehaltungsrecht.¹⁾

Die Rev. wendet sich unter Ver. auf die im Schrifttum

¹⁾ JW. 1926, 2084.

wurde und über deren Ablehnung gleichzeitig mit dem Urteilsauspruch zugunsten des Kl. das RevG. entscheiden sollte. Es wäre doch denkbar, daß strittig wäre, ob ein echter Teilverzicht oder eine Teilurteilsannahme vorliegt, ob der Verzicht zulässig war, was z. B. bei Unterhalt für die Zukunft nicht der Fall wäre, ob die Verfügungsbefugnis des Kl. bestand, wie dies z. B. bei der Ehefrau (§ 1396 BGB.) oder bei einem Streitgenossen zu verneinen wäre und endlich, ob der Verzicht nicht gegen die guten Sitten verstoßen hat. In all diesen Fällen kann es dem Bekl. nicht verwehrt sein, im Weg der Widerklage feststellen zu lassen, daß zwar der Verzicht unzulässig, aber die Klage auch, insoweit auf den Anspruch verzichtet wurde, unbegründet sei. Hat nun das OLG. die Widerklage abgewiesen, so obliegt dem RG. die Nachprüfung des Ur. Das RG. kann selbstverständlich im vorstehenden Fall zu der Entsch. gelangen, daß der Fall des § 268 Nr. 3 ZPO. nicht vorliege und daß deshalb die Feststellungswiderklage mit Recht für prozessual unzulässig erklärt worden war, ferner daß der Kl. Verzicht zulässig und damit eine wirksame Beschränkung der Klageforderung selbst auf die nichtretroaktive Summe anzunehmen sei. Dann hätte es aber die Rev., soweit sie sich auf die Widerklage bezog, nicht als unzulässig, sondern als unbegründet verwerfen müssen.

Geh. JR. Dr. Dispeker, München.

Zu 16. § 717 Abs. 2 und 3 ZPO. regeln für den Fall der Aufhebung eines für vorläufig vollst. erklärten und vollstreckten Ur. zwei Ansprüche, den einen auf Schadenersatz und einen anderen auf Rückerstattung des Geleisteten. Der erstere Anspruch ist im Falle der Vollstreckung eines oberlandesgerichtl. (gleichgültig ob Ver-säumnis- oder Kontradikt.) Ur. verjährt. Dagegen ist der zweite Anspruch im Gesetz unbedingt zuerkannt. Er geröhnt im Falle der Aufhebung des U. in der RevInst. bei Anw. des § 565 Abs. 3 Nr. 1

laut gewordenen abweichenden Meinungen gegen die in Übereinstimmung mit RG. 103, 352¹⁾ vom BG. vertretene Auffassung, nach welcher dem aus § 717 Abs. 3 ZPO. hergeleiteten Erstattungsanspruch sachlich-rechtliche Einwendungen nicht entgegenzusetzen werden können. Es bedarf jedoch im vorl. Falle nicht des Eingehens darauf, ob dem angeführten Ur. in vollem Umfange beigetreten werden kann. Die im vorl. Fall versuchte Aufrechnung mit dem in der Klage verfolgten Schadensersatzanspruch kann keinesfalls als zulässig erachtet werden, ganz abgesehen davon, daß dieser, zunächst nur zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemachte Anspruch noch jeder Darlegung der Höhe nach entbehrt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob hinsichtlich der in § 717 Abs. 3 ZPO. bezeichneten für vorläufig vollstreckbar erklärten OLGUr. lediglich der vor der Nov. v. 17. Mai 1898 für alle Ur. maßgebend gewesene Rechtszustand besteht, nach welchem bei Aufhebung oder Abänderung eines solchen Ur. der Partei, die auf Grund des Ur. geleistet hat, ein erleichtert verfolgbares Recht rein prozessualen Charakters auf Erstattung des Geleisteten erwächst, wie dies die angeführte Entsch. des RG. annimmt, oder ob in Rücksicht auf Satz 3 u. 4 des Abs. 3 ein den Vorsch. des bürgerlichen Rechts über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung unterliegender materiell-rechtlicher Anspruch anzunehmen ist, dem gegenüber an sich Einwendungen möglich wären (Stein-Jonas § 717 V, 1). Jedenfalls verfolgt diese Vorsch. zum Schutz des als Schuldner in Anspruch Genommenen den Rechtsgedanken, dem durch ein ungünstiges Ur. Betroffenen die Möglichkeit zu geben, die mit dem Ur. in Zusammenhang stehende Vermögensverschiebung nach Abänderung oder Aufhebung des Ur. wieder auszugleichen mit Rücksicht auf die veränderte Rechtslage, die durch den Wegfall der vorläufig vollstreckbaren Beurteilung entstanden ist (§ 717 Abs. 1 ZPO.; vgl. auch RG. 103, 353²⁾). Daran wird dadurch nichts geändert, daß die durch die Nov. v. 17. Mai 1898 geschaffene weitergehende Folge der Vollstreckung aus einem abgeänderten oder aufgehobenen Ur. durch die Nov. v. 22. Mai 1910 hinsichtlich der OLGUr. in Interesse einer Verminderung der Rev. wieder beseitigt und der Bekl. auf einen Erstattungsanspruch beschränkt ist. Abs. 3 würde jedoch in allen den Fällen, in welchen an sich aus dem mit der Klage verfolgten Anspruch ein Aufrechnungseinwand oder ein Zurückbehaltungsrecht hergeleitet werden könnte, völlig ihre Wirkung verlieren, wenn man dem Gegner des Erstattungsantrages die Bezugnahme auf solche Einwendungen gestatten wollte. Denn es würde sich in diesem Falle die Folge ergeben, daß die Entsch. über den Erstattungsanspruch mit der weiteren Entsch. über den

¹⁾ JW. 1922, 808.

²⁾ JW. 1922, 808.

ZPO. ganz besondere Bedeutung. § 717 Abs. 3 S. 21. c. bezweckt die Erhebung einer besonderen Klage auf Erstattung desjenigen, was vom Schuldner auf Grund des aufgehob. oder abgeänd. vorläufig vollstreckbaren Ur. geleistet war, entbehrlich zu machen. Er bildet gewissermaßen eine Erweiterung des § 529 Abs. 4 a. a. D., da sonst die Einführung eines neuen Anspruchs nur mit Einwilligung des Gegners erfolgen könnte. Als solcher neuer Anspruch wäre der vom Unterlegenen erhobene Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsanspruch anzusehen. Die Anordnung der Erstattung des Geleisteten ist also eine rein prozessuale Maßregel, die nach Wegfall des Vollstreckungsmittels unbedingt die Rückzahlungspflicht auf Antrag des Leistenden festsetzt. Hierdurch soll ein Zurückgehen auf den Inhalt des Klageanspruchs selbst und auf die aus ihm sich ergebenden Einreden ausgeschlossen werden. Deshalb kann die Beurteilung zur Erstattung des Geleisteten weder durch Aufrechnungseinreden, noch mit sonstigen irgendwelchen Einwendungen abgeendet werden (JW. 1894, 518¹⁾). Da das Prozeßverhältnis, aus dem die Rückerstattung des Geleisteten zu bewerkstelligen ist, und das bürgerlich-rechtliche, aus dessen im Prozesse behaupteter Verletzung ein Geldanspruch als Schadensersatz abgeleitet werden will, nicht dasselbe Rechtsverhältnis i. S. des § 273 BGB. ist (JW. 1929, 1383), so ist auch die Einrede der Zurückbehaltung ausgeschlossen. Der gegenteiligen Ansicht von Stein, zu § 717 V, 2 und von Kann: JW. 1928, 808 ist nicht beizupflichten, vielmehr der des RG. Der Entwurf einer ZPO. wiederholt in § 324 im wesentlichen den Wortlaut des § 717 ZPO., will aber den Rechtszustand vor 1924 wieder dadurch herstellen, daß nur die Erstattung des auf Grund Kontradikt. Ur. eines OLG. Geleisteten soll gefordert werden können.

RM. Prof. Dr. Frankenburg, München.

Klageanspruch zusammenfallen müßte. Eine solche Folge ist mit dem erörterten Rechtsgedanken nicht vereinbar und daher auf jeden Fall dann abzulehnen, wenn, wie hier, der Erstattungsanspruch im gleichen Rechtsstreit verfolgt wird.

(U. v. 7. Jan. 1933; I 156/32. — Berlin.) [Ra.]

b) Straffachen.

17. § 36 DevBD. über die Devisenbewirtschaftung v. 23. Mai 1932. Begriff der „besonders schweren Fälle“. f)

§ 36 Abs. 1 DevBD. v. 23. Mai 1932 hat die „besonders schweren Fälle“ nicht näher gekennzeichnet und ihren Begriff nicht näher erläutert. Mit ihm wird kein neues Tatbestandsmerkmal, nicht der Tatbestand eines selbständigen Verbrechen oder einer erschwerten Begehungsart des Vergehens gegen § 36 DevBD. aufgestellt, sondern es werden, nicht anders als im Falle der Zulassung mitbernder Umstände, nur Strafänderungsgründe gegeben und allgemeine Best. für die Strafzumessung getroffen, die das freie Ermessen des Strafrichters jedoch nur insoweit einschränken, als es der Feststellung besonders schwerer Umstände bedarf, die einen erhöhten Strafschutz erforderlich machen, wenn die Strafe innerhalb des hierfür bestimmten erhöhten Strafrahmens bemessen werden soll (vgl. RGSt. 59, 214, 217, 218). Ob in einem Einzelfalle solche besonderen Umstände vorliegen, ist daher im wesentlichen Tatfrage. Das RevG. kann deshalb nur nachprüfen, ob die besonderen, in den Bereich der Strafzumessungsgründe fallenden Umstände, die nach der Annahme des Tatrichters einen besonders schweren Fall begründen sollen, im Ur. ausreichend nachgewiesen sind oder ob ihre Annahme durch einen Rechtsirrtum beeinflusst ist. Ersichtlich geht die StrR. davon aus, daß die hier vom Angekl. unter diesen besonderen Umständen versuchte Tat, nämlich dessen „bewußtes Zusammenhandeln mit einer Reihe von gewerbsmäßigen Devisenschleibern“ eine erhöhte Gefahr für das durch die DevBD. geschützte Rechtsgut, die Aufrechterhaltung und Sicherung der deutschen Währung, bedeutet, und daß zur Abwendung dieser Gefahr ein erhöhter Strafschutz erforderlich ist. Der Feststellung, daß der Angekl. aus feiner Handlung persönlich einen Vorteil erzielt oder erstrebt habe, bedurfte es hierzu nicht. Umstände, die nach der Tat liegen, hat die StrR. in verfahrensrechtlich zulässiger Weise (§ 261 StPD.) nur als Beweisgründe für das von ihr festgestellte Wissen des Angekl. von dem Vorhandensein eines „Schieberkonfortiums“ und seiner Zugehörigkeit zu diesem verwertet. Ein durchgreifendes Bedenken gegen die Annahme eines besonders schweren Falles ist auch nicht aus der Ausföhrung der StrR. herzuleiten, daß sich seit dem Erlasse der DevBD. vom Aug. 1931 (in a. F.) die allgemeine Wirtschaft- und Devisenlage des Deutschen Reiches noch verschlechtert habe“. Damit hat die StrR. nicht ein Tatbestandsmerkmal, das bereits bei Aufstellung der gesetzlichen Strafrahmens der DevBD. berücksichtigt worden ist, nochmals als straffähigend verwerten wollen. Die Strafandrohung des § 36 Abs. 1 Nr. 3 DevBD. v. 23. Mai 1932 ist die gleiche wie die des § 18 Abs. 1 Nr. 3 DevBD. v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 421, 423). Ersichtlich hat die StrR. nur zum Ausdruck bringen wollen, daß schon seit dem Erlasse der alten — und auch der neuen — DevBD. bis zur Begehung der hier in Rede stehenden Straftat die allgemeine Wirtschafts- und Devisenlage sich noch verschlechtert haben, deshalb schon objektiv einen erhöhten Strafschutz erheischen und daß dieser Umstand im gegebenen Falle zu den bereits erörterten anderen Gründen noch hinzutritt und deshalb erst recht die Annahme eines besonders schweren Falles rechtfertigt. So verstanden,

Zu 17. Die Entsch. bestätigt die Auslegung, die RGSt. 59, 217 ff. dem Begriff der besonders schweren Fälle z. B. in § 7 Abs. 2 RepSchG. gegeben hatte. Da es sich nicht um ein selbständiges Tatbestandsmerkmal, sondern um einen bloßen Strafzumessungsgrund handelt, braucht das Bewußtsein des Täters von den besonderen Umständen, in denen das Gericht die Voraussetzungen für die Strafverschärfung findet, nicht besonders festgestellt zu werden.

RegR. Dr. Hartenstein, Berlin.

begegnet auch diese Begründung der StrR. keinen rechtlichen Bedenken. Der Feststellung des Bewußtseins des Angekl. von der eingetretenen Verschlechterung der Wirtschaftslage bedurfte es nicht.

(3. Sen. v. 2. März 1933; 3 D 135/33.)

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 1836 BGB.; §§ 1, 6 RD.; § 20 FGG. Der Konkursverwalter über das Vermögen eines Vormundes ist nicht berechtigt, die Bewilligung einer Vergütung für die Führung der Vormundschaft zu beantragen und gegen ihre Ablehnung Beschwerde zu erheben, weil der Vergütungsanspruch erst durch die Bewilligung zur Entstehung gelangt und daher zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners gehört. f)

Nach § 1836 Abs. 1 Satz 1 BGB. wird die Vormundschaft grundsätzlich unentgeltlich geführt. Das VormGer. kann jedoch unter Voraussetzungen des § 1836 Abs. 1 Satz 3 a. a. O. dem Vormunde eine angemessene Vergütung bewilligen. Der Vormund hat nicht, wie etwa nach § 1987 BGB. der Nachlassverwalter, kraft Gesetzes einen Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit; er erwirbt vielmehr einen Anspruch erst durch die Bewilligung seitens des VormGer. Diese Bewilligung ist rechtsbegründend, sie bringt eine Forderung des Vormundes erst zur Entstehung (RGZ. 27, A 180, 35, A 30, 45, A 47). Ist die Vergütung vor der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Vormundes festgesetzt worden, so gehört der Anspruch auf sie zur Konkursmasse. Erfolgt die Festsetzung erst nach Konkurseröffnung, so kann der Anspruch auf die Vergütung von dem Konkursverwalter nicht zur Masse gezogen werden, weil er erst nach Konkurseröffnung entstanden ist und darum zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners gehört.

Für den umgekehrten Fall, daß das Konkursverfahren über das Vermögen des Mündels eröffnet wird, ist in der Entsch.: RGZ. 45, A 47 aus gleichen Ermägungen ausgesprochen, daß die erst nach Konkurseröffnung festgesetzte Vergütung des Vormundes nicht als Konkursforderung berücksichtigt werden könne, weil der Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner erst nach der Eröffnung des Verfahrens begründet sei (§ 3 RD.).

Es ist insbes. nicht anzuerkennen, daß etwa schon durch die Übernahme der Vormundschaft ein aufschiebend bedingter vermögensrechtlicher Anspruch auf die Vergütung entstehe, der durch den Eintritt der Bedingung, nämlich die Festsetzung durch das VormGer., vollwirksam werde. Wie die Motive ergeben, hat der Gesetzgeber bewußt davon abgesehen, dem Vormund einen gesetzlichen Anspruch auf Vergütung gegen den Mündel zu geben; er wollte es der dem VormGer. zugewiesenen Prüfung des Einzelfalles überlassen, ob eine Vergütung zu gewähren sei. Es sollte damit der Billigkeit im einzelnen Falle Rechnung getragen und einer „ungerechtfertigten Besteuerung der Arbeitskraft zugunsten des Kapitals vorgebeugt werden“ (Motive IV 1182, 1183). Wenn in der Entsch.: RGZ. 27, A 181 gesagt ist, die Entstehung des Vergütungsanspruches sei durch die Bewilligung seitens des VormGer. „bedingt“, so ist dieser Ausdruck nicht im eigentlich technischen Sinne gemeint; es sollte vielmehr lediglich gesagt sein, daß die Bewilligung den Anspruch erst zur Entstehung bringe. Unter Berufung auf diese Entsch. ist dann allerdings in RGZ. 37, A 68 die Rechtsnatur der Vergütungsbevolligung in einer Weise erörtert, die darauf schließen läßt, daß das RG. damals den Anspruch als solchen auch vor der Festsetzung als bestehend anerkannt und nur durch diese bedingt angesehen hat. Es handelte sich damals um die Frage, ob die Festsetzung einer Vergütung noch nach dem Tode des Vormundes erfolgen könne und ob die Vergütung zum Nachlaß gehöre. Diese Frage ist bejaht worden. Zu ihrer Bejahung bedurfte es aber nicht der Annahme eines schon vor der Festsetzung im Rechtsinne bedingten Anspruches. Die Vergütung stellt eine Belastung des Mündelvermögens dar, die ihm aus Billigkeitsgründen und den Voraussetzungen des § 1836 Abs. 1 S. 3 BGB. auferlegt ist. Die Bewilligung setzt nicht einen Antrag des Vormundes voraus, kann vielmehr auch von Amts wegen erfolgen (RZA. 6, 34, S t a u - d i n g e r - R e i d e l, Bem. 4 a zu § 1836 BGB.). Es ist nicht

Zu 1. Die Entsch. ist m. E. zutreffend, die Begr. gleichfalls. Dem Konkursverwalter liegt nur die Verfügung und Verwaltung des zur Konkursmasse (§ 1 RD.) gehörenden Vermögens des Gemeinschuldners ob (§ 6 RD.), nur die Gegenstände dieses Vermögens kann er zur Masse ziehen.

Im vorl. Fall hatte der Konkursverwalter im Konkurs des aus seinem Amt als Vormund entlassenen Gemeinschuldners den Antrag auf Bewilligung einer Vergütung für die vormundschaftliche Tätigkeit des Gemeinschuldners gestellt, das VormGer. aber

einzufragen, warum eine Prüfung i. S. des § 1836 Abs. 1 S. 3 BGB. und die Bewilligung einer Vergütung nicht auch noch nach dem Tode des Vormundes sollte erfolgen können, um zu vermeiden, daß das Mündelvermögen einen vom Gesetz nicht gewollten Vorteil durch die Arbeit des Vormundes habe. Erfolgt eine nachträgliche Festsetzung, so kann der dadurch entstehende Anspruch naturgemäß nur in den Nachlaß des Vormundes fallen.

Wenn auch RG. 127, 103 ff. auf S. 105 von einem „durch Bewilligung des VormGer. bedingten“ Vergütungsanspruch spricht, so ist auch hier offenbar nicht eine Bedingung im Rechtsinne gemeint. Es sollte vielmehr nur zum Ausdruck gebracht werden, daß der Anspruch von der Bewilligung des VormGer. abhängig sei. Das folgt aus den weiteren Ausführungen auf S. 106 (vgl. auch S. 110), wonach offenbar angenommen ist, daß ein auch nur bedingter Anspruch vor dem Festsetzungsbeschlusse des VormGer. nicht bestehe.

Gehört aber hiernach der Vergütungsanspruch vor erfolgter Festsetzung nicht zur Konkursmasse, so stand dem Beschw. ein Recht zur Einlegung der ersten Beschw. nicht zu. Soweit etwa Erstattung von Auslagen des Gemeinschuldners in Frage kommt, ist dieser Anspruch nicht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern im Prozeßwege geltend zu machen.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 24. Juni 1932, 1a X 451/32.)

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Berichtet von R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

a) Zivilsachen.

I. Die Entscheidung des höheren Gerichts gemäß § 2 ZwVerfG. gehört zum Vollstreckungsverfahren und ist daher abhängig von dem Nachweise, daß die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, insbes. die Zu-

diesen Antrag abgelehnt. Die Befugnis des Konkursverwalters zur Einlegung der Beschw. hing deshalb in der Tat, wie das RG. annimmt, von der Frage ab, ob der Vergütungsanspruch schon vor der Bewilligung der Vergütung zur Konkursmasse gehört. Die Frage ist auf Grund des § 1 KO. mit Recht verneint worden. Denn in die Konkursmasse fällt nicht der Neuwerb des Gemeinschuldners nach der Eröffnung des Verfahrens, sondern nur das dem Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Konkurs-eröffnung gehörige Vermögen. Dazu rechnet man allerdings auch bedingte und betagte Ansprüche, jedoch nur dann, wenn sie bereits vor der Konkursöffnung rechtlich begründet waren. Mit- hin war die Prüfung geboten, ob eine Vergütungsforderung des Gemeinschuldners, wenn auch nur als bedingte, schon vor der Konkursöffnung bestanden hat. Dies ist ebenfalls mit Recht verneint worden. Denn vor der gerichtlichen Bewilligung hat der Vormund nicht einmal eine rechtlich geschützte Anwartschaft auf die Vergütung; er kann darüber weder durch Abtreiung noch durch Verpfändung verfügen, noch ist sie pfändbar. Die Bewilligung ist es, welche den Anspruch begründet, die Grundlage seiner Entstehung bildet; vorher ist ein Rechtsgrund für sie noch nicht gelegt. Dies erhebt daraus, daß die Vormundschaft unentgeltlich geführt wird. Der § 1836 BGB. stellt es lediglich in das pflichtmäßige Ermessen des VormGer., ob es dem Vormund und aus besonderen Gründen auch dem Gegenvormund eine angemessene Vergütung bewilligt. Es ist sogar befugt, die Vergütung jederzeit für die Zukunft zu ändern oder zu entziehen und selbst für die Vergangenheit (§ 18 FGG.). Dies gilt auch für die Pflögschaft (§ 1915 BGB.) und für die Nachlaßpflögschaft nach § 1960 BGB.

Im Gegensatz hierzu steht dem Konkursverwalter gesetzlich ein Anspruch auf Vergütung für seine Geschäftsführung zu, ebenso der Aufsichtsperson und der Vertrauensperson gegen den Schuldner (§ 85 Abs. 1 KO.; § 27 GVBG.; § 46 Abs. 1 GdO.). Auch der Nachlaßverwalter, dessen Rechtsstellung ja in § 1984 BGB. der des Konkursverwalters angeglichen ist, kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen (§ 1987 BGB.), deren Höhe hier das Nachlaßgericht festzusetzen hat. Und das Gleiche gilt für den Testamentsvollstrecker, es sei denn, daß der Erblasser ein anderes bestimmt hat (§ 2221 BGB.). In allen diesen Fällen ist die Vergütungsforderung von vorn herein vorhanden; sie wird nicht erst nachträglich wie für den Vormund (Pfleger) durch die vormundschaftsgerichtliche Bewilligung, durch eine richterliche Entsch., erzeugt und begründet.

Hiermit stimmt die ständige Anspr. des RG. und auch die Entsch. des RG. 127, 106 überein, wo es ausdrücklich heißt, daß der Pfleger — es handelt sich um einen Abwesenheitspfleger — keine Vergütung zu beanspruchen hat; eine solche kann ihm nur das VormGer. bewilligen.

R. Bendix, Breslau.

stellung des Vollstreckungstitels, an den Vollstreckungsschuldner (§ 750 ZPO.) gegeben sind (Steiner, ZwVerfG. Bem. 3a zu § 2 und Einl. S. 8 mit Fußnote 11). †)

Gem. Art. 39 GemAbgG. sind für die Erziehung der Grunderbgaben die reichsrechtlichen Vorschriften über die Beitreibung der Reichssteuern, das sind der § 372 ZABGD. und die §§ 47, 48 BeitrD. entsprechend anzuwenden. Nach diesen Best. erfolgt die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach den Vorschr. für die gerichtliche Zwangsvollstreckung (§§ 864 bis 871 ZPO.; ZwVerfG.), aber mit der Einschränkung, daß den Gerichten die Prüfung der Frage entzogen ist, ob der Anspruch, der mit dem Vollstreckungsantrage geltend gemacht ist, besteht und vollstreckbar ist. „Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne umfaßt die gesamte Rechtswirksamkeit einer Entsch. im engeren Sinne die Eigenschaft eines Ausspruchs des Gerichts oder einer Behörde oder eines sonstigen Detrets als Vollstreckungstitel“ (Seuffert-Walsmann, ZPO., Vorbem. 3 vor § 704; Stein-Jonas, ZPO., Bem. III vor § 704; Rosenbergs, Lehrbuch, §§ 152 II, 157 I 3 a. G.). Die Zustellung des Vollstreckungstitels vor der Zwangsvollstreckung hat also mit der „Vollstreckbarkeit“ des Anspruchs, wegen dessen vollstreckt werden soll, nichts zu tun, ist nicht Voraussetzung dieser Eigenschaft, sondern vielmehr nur Bedingung für die Ausführung, für den Beginn der Zwangsvollstreckung (Stein-Jonas wie vor und Bem. 1 zu § 750.). Jenes Verbot erstreckt sich daher nicht auf die Prüfung des Gerichts, ob die Zustellung des Vollstreckungstitels nachgewiesen ist (vgl. auch Nieberl, ZABGD., Bem. 5 zu § 372.).

Die Zustellung des landesrechtlichen Vollstreckungstitels ist, was an sich möglich wäre, auch landesgesetzlich nicht erlassen (§ 801 ZPO.; Stein-Jonas Bem. hierzu und Seuffert-Walsmann a. a. D., Bem. 6 zu § 750.).

(BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 1. März 1933, Reg. IV Nr. 12/33.)

Zu 1. Die Abgabenordnungen bestimmen, daß die Zwangsversteigerungen in das unbewegliche Vermögen nach den Vorschr. für die gerichtliche Zwangsversteigerung erfolgt. Nur die Ausnahme besteht, daß die Gerichte nicht zu prüfen berechtigt sind, ob der mit dem Vollstreckungsantrag geltend gemachte Anspruch besteht und vollstreckbar ist. Daher verbleibt den Gerichten die Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Durchführung der Vollstreckung, z. B. die Zustellung des Vollstreckungstitels, gegeben sind. Diese Prüfung ist auch dann vorzunehmen, wenn, wie im vorl. Fall, das zuständige Vollstreckungsgericht durch das höhere Gericht zu bestimmen ist, denn diese Entsch. gehört in den Rahmen des Vollstreckungsverfahrens, dient der Durchführung der Vollstreckung, kann daher nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen für die Durchführung gegeben sind.

Die Zustellung des Titels hat mit der Frage der „Vollstreckbarkeit“ — deren Prüfung den Gerichten entzogen ist — nichts zu tun. Die beiden Fragen nach der Vollstreckbarkeit und nach den Voraussetzungen für Durchführung der Vollstreckung sind zu trennen. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: 1. Die Schaffung der Vollstreckbarkeit — wenn diese eine besondere Entsch. erfordert und nicht von rechtswegen eintritt wie bei den rechtskräftigen Urteilen — erfolgt nicht durch ein Vollstreckungsorgan und nicht im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens. So ist es Sache des Prozeßgerichts, die vorläufige Vollstreckbarkeit auszusprechen, niemals des Vollstreckungsgerichts, auch dann nicht, wenn im Urteil diese Entsch. versehenlich fehlen sollte, denn in diesem Falle muß die Ergänzung des Urteils beantragt werden, nicht kann das Vollstreckungsgericht von sich aus die vorl. Vollstreckbarkeit anordnen.

2. Die Prüfung der Frage, ob die vorl. Vollstreckbarkeit ausgesprochen werden durfte, ist dem Vollstreckungsgericht entzogen.

3. Vollstreckbarkeit bedeutet eine Eigenschaft bestimmter Entsch. (oder Verträge), sie sind fähig, vollstreckt zu werden. Diese Eigenschaft wohnt ihnen inne ganz ohne Rücksicht darauf, ob es zur Durchführung der Vollstreckung überhaupt kommt. Der Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit ist unabhängig von dem Zeitpunkt, an dem die Durchführung der Vollstreckung beginnt oder beginnen kann. So ist auch ein Urteil vollstreckbar, ehe es zugestellt ist, jene Eigenschaft ist ihm verliehen, ob nun Gebrauch davon gemacht wird oder nicht. Es ist ähnlich der Zulässigkeit des Rechtswegs; gewisse Rechte sind geeignet, im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht zu werden, ob und wann es geschieht, hat mit dieser ihrer Eigenschaft nichts zu tun. So ist ein Urteil vollstreckbar, ehe die Durchführung der Vollstreckung begonnen kann und beginnt.

Muß aber in dieser Weise die Vollstreckbarkeit von der Durchführung der Vollstreckung geschieden werden, so gehört die Best. des zuständigen Vollstreckungsgerichts zu der Durchführung der Vollstreckung. Deren Voraussetzungen sind von den Gerichten zu

b) Straffsachen.

2. §§ 72, 77 RVerfOrgG.; § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Zur rechtlichen Bedeutung einer Verfügungsbeschränkung nach dem RVerfOrgG. — Zum Begriff des Vermögensstücks nach § 266 StGB. Der Gemeinschuldner als Bevollmächtigter des Konkursverwalters. f)

Die Eintragung der Verfügungsbeschränkung auf dem Anwesen des Angekl. in das Grundbuch hat nicht die Wirkung gehabt, daß dieses Grundstück der Konkursbeschlagnahme entzogen worden ist. Die Verfügungsbeschränkung des § 77 RVerfOrgG. bezweckt allerdings nicht bloß den Schutz bestimmter Personen, sondern sie macht das allgemeine Verbot, die Weiterveräußerung und Belastung des Grundstücks während der bestimmten Frist schlechthin unzulässig, sofern nicht die zuständige Behörde (das Hauptverwaltungsamt) ihre Genehmigung erteilt hat (vgl. RG. 105, 71 ff.; 130, 209, 210; 134, 181, 183; RG.: HöchstRspr. 1930 Nr. 886). Die Verfügungsbeschränkung wird jedoch nach § 77 Satz 3 RVerfOrgG. erst mit der Eintragung in das Grundbuch wirksam und erstreckt ihre Wirkung nicht auf die zur Zeit ihrer Eintragung bereits vorhandenen Grundbucheinträge. Die gesetzliche Regelung, wonach die Verfügungsbeschränkung erst mit ihrer Eintragung in das Grundbuch wirksam wird, spricht für die Annahme, daß nach dem Willen des Gesetzgebers diejenigen Eintragungen unangetastet bleiben sollen, die bereits vorher vorgenommen worden waren, daß also die später eingetragene Verfügungsbeschränkung insoweit keine Wirksamkeit hat (vgl. RG. 130, 209, 211; RG.: JW. 1927, 2531; OLG. Darmstadt: JW. 1929, 790⁶; OLG. Naumburg: JW. 1929, 1676²¹; OLG. Königsberg: JW. 1930, 1079⁴;

prüfen, daher auch im vorl. Fall die Zustellung des Vollstreckungstitels. Der Entsch. ist also beizustimmen.

Prof. Dr. Lent, Erlangen.

Zu 2. Das vorstehende Urteil eines Straffenats zeigt die Eigentümlichkeit, daß es sich vorwiegend mit Rechtsfragen aus dem bürgerlichen Recht, dem Konkursrecht und dem Kriegsverbodsrecht beschäftigt, deren Behandlung naturgemäß dem Strafrichter größere Schwierigkeiten bereitet, als dem Zivilrichter oder dem Richter eines Verwaltungsgerichts. Daraus erklärt sich eine gewisse Schwerfälligkeit der Entsch. Gründe sowie der Umstände, daß darin auch Rechtsfragen eingehend untersucht und entschieden werden, die sich schließlich für die Schuldfrage — ob nämlich der Angekl. sich eines Vergehens der Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung schuldig gemacht habe —, als in der Hauptsache unerheblich erweisen. An sich war nämlich der Strafrechtlich zu wertende Tatbestand sehr einfach: Ein Gemeinschuldner war vom Konkursverwalter ermächtigt worden, ein ihm eigentümlich gehöriges Erwerbsgeschäft (eine Gastwirtschaft) in seinem ihm gehörigen, zur Konkursmasse gezogenen, Hausanwesen weiter zu betreiben. Die aus diesem Geschäftsbetrieb ihm erwachsenden Einnahmen hatte er absichtlich nicht an den Konkursverwalter abgeliefert, sondern für sich verbraucht. Das RevG. hatte nachzuprüfen, ob die Beurteilung wegen Untreue nach § 266 Ziff. 2 StGB. in Tateinheit mit Unterschlagung (§ 246 StGB.) durch die Vorinstanz mit Recht erfolgt war. Für den Tatbestand der Unterschlagung war dabei zu prüfen, ob die vom Angekl. vereinnahmten Gelder für ihn fremde Gelder i. S. von § 246 StGB. waren, für den Tatbestand der Untreue aber, ob der Angekl. diese Gelder in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter eines dritten Auftragebers, nämlich des Konkursverwalters eingenommen und über sie zu dessen Nachteil verfügt hatte. Hierbei wurde noch geprüft, ob es sich nicht etwa deshalb anders verhalte, weil diese Gelder gar nicht in die Konkursmasse und darum nicht in die Verfügungsgewalt des Konkursverwalters gefallen, also für den Angekl. keine Vermögensstücke eines anderen „Auftragebers“ gewesen seien. Bewidelt wurde dieser an sich einfache Tatbestand noch dadurch, daß auf dem Hausgrundstück, dessen Einkünfte der Gemeinschuldner bezogen und für sich verwendet hatte, auf Anordnung der Versorgungsbehörde eine Verfügungsbeschränkung der in § 77 Satz 2 RVerfOrgG. bezeichneten Art lastete, die zwar noch vor der Konkurseröffnung erlassen, aber erst nach derselben ins Grundbuch eingetragen war. Der Senat untersuchte deshalb, ob dadurch nicht das Hausgrundstück der Konkursbeschlagnahme und der Verfügungsgewalt des Konkursverwalters entzogen worden, also freies Vermögen des Gemeinschuldners geblieben sei, an welchem und an dessen Erträgen dieser begrifflich weder eine Unterschlagung begehen, noch eine als Untreue anzusehende rechtswidrige Verfügung vornehmen konnte. Dabei kam es ihm, im Hinblick auf § 15 R.D. (aber auch auf § 13 baselst) entscheidend darauf an, von welchem Zeitpunkt an — ob vom Tage seines Erlasses oder erst vom Tage seiner Eintra-

gung im Grundbuch an — das Veräußerungsverbot des § 77 Satz 2 RVerfOrgG. wirksam geworden war, wenigstens für den Fall, daß es sich nicht um ein sog. relatives Veräußerungsverbot i. S. der §§ 135, 136 BGB. handeln sollte. Zu den einzelnen, hiernach im Urteil behandelten Fragen sei folgendes bemerkt:

1. Der § 77 RVerfOrgG. verpflichtet die Versorgungsbehörde, die „bestimmungsgemäße Verwendung“, d. h. die Verwendung „zum Erwerb oder zur wirtschaftlichen Stärkung eigenen Grundbesitzes“ einer gem. § 72 daselbst einem Kriegsbefähigten bewilligten Kapitalabfindung in der Regel durch Maßnahmen zur Verhinderung alsbaldiger Weiterveräußerung des Grundstücks zu sichern. Als besonders empfehlenswerte und zulässige Sicherungsmaßnahme dieser Art bezeichnet Satz 2 des § 77 die behördliche Anordnung, daß dem Kriegsbefähigten die Weiterveräußerung oder Belastung des „auf Grund der Kapitalabfindung erworbenen Grundstücks“ innerhalb einer fünfjährigen Frist nur mit Genehmigung der Versorgungsbehörde gestattet und diese Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch eingetragen werde, mit welcher Eintragung sie dann „wirksam“ werde. Hier war nun, nach dem strengen Wortlaut des § 77 Satz 2, die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbest. überhaupt nicht gegeben, da der Kriegsbefähigte ja auf Grund der ihm gewährten Kapitalabfindung das Grundstück nicht erst erworben hatte, sondern er die Abfindung nur zur wirtschaftlichen Stärkung schon vorhandenen eignen Grundbesitzes zu verwenden hatte. Der RArbM. vertritt darum auch die Meinung, daß — ungeachtet der ganz allgemein gehaltenen Best. des § 77 Satz 1 RVerfOrgG. — in Fällen, wie dem vorl. die Anordnung und Eintragung des Veräußerungsverbots rechtlich nicht zulässig gewesen sei. Der Senat erörtert diese Rechtsauffassung wohl, nimmt dazu aber keine bestimmte Stellung, weil sich aus anderen, noch zu erörternden Gründen, im vorl. Falle eine Stellungnahme erübrige. Die Frage ist m. E. dahin zu entscheiden, daß auch bei Kapitalabfindung, nicht zum Erwerb neuen, sondern zur wirtschaftlichen Stärkung schon vorhandenen Grundbesitzes dem Kriegsbefähigten bei der Auszahlung wohl vertraglich die persönliche, obligatorische Verpflichtung gem. § 77 Satz 1 auferlegt werden kann, den schon vorhandenen Grundbesitz nicht ohne Genehmigung der Versorgungsbehörde weiter zu veräußern oder zu belasten, andernfalls eben, bei Weigerung des Kriegsbefähigten, in eine solche einzuwilligen, die Abfindung unterbleibt oder wieder rückgängig gemacht wird, daß aber mit dinglicher Wirkung (§ 892 BGB.) ein solches Veräußerungsverbot als behördliches i. S. von § 136 BGB. nur beim Neuerwerb eines Grundstücks ohne Zustimmung des Eigentümers rechtswirksam erlassen werden kann, welches Verbot dann sowohl dem Kriegsbefähigten Eigentümer wie Dritten gegenüber erst mit der Eintragung ins Grundbuch wirksam wird, worin immerhin eine Abweichung von den Grundfakten des § 892 BGB. liegt. Eine baldige Entsch. der Frage durch das RG. wäre erwünscht. Es entsteht nun im vorl. Fall, wenn man sich der vorstehenden Gesetzesauslegung anschließt, die weitere

3. Für die Beurteilung des vorl. Straffalles ist es übrigens unerheblich, ob das Anwesen des Angekl. Bestandteil der Konkursmasse geworden ist. Denn jedenfalls gehört das Erwerbsgeschäft des Angekl., die in seinem Anwesen betriebene Schankwirtschaft nach § 1 R.D. kraft Gesetzes zur Konkursmasse. Ein von dem Gemeinschuldner zur Zeit des Konkursbeginns betriebenes geschäftliches Unternehmen bildet ein zur Konkursmasse gehöriges, beschlagsfähiges Vermögensrecht, ohne daß es einer Beschlagnahmeerklärung des Konkursverwalters bedarf. Gleichgültig ist es, ob es sich um einen kaufmännischen oder um einen gewerblichen Betrieb handelt. Erforderlich ist nur, daß zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Geschäftseinrichtung — Betriebsstätte — vorhanden gewesen ist. Denn aus einem Gewerbebetriebe, der sich — wie beispielsweise die Erwerbsart des Arztes in der rein persönlichen Tätigkeit des Gemeinschuldners erschöpft, kann dieser durch das Konkursverfahren nicht verdrängt werden; der aus einem solchen Erwerbsgeschäfte von dem Gemeinschuldner nach Konkursbeginn erzielte Erwerb fällt nicht in die Masse.

Der Konkursverwalter darf nach §§ 6 Abs. 2 und 129 Abs. 2 R.D. das mit einer Geschäftseinrichtung ausgestattete Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners für die Konkursmasse fortführen

gung im Grundbuch an — das Veräußerungsverbot des § 77 Satz 2 RVerfOrgG. wirksam geworden war, wenigstens für den Fall, daß es sich nicht um ein sog. relatives Veräußerungsverbot i. S. der §§ 135, 136 BGB. handeln sollte. Zu den einzelnen, hiernach im Urteil behandelten Fragen sei folgendes bemerkt:

1. Der § 77 RVerfOrgG. verpflichtet die Versorgungsbehörde, die „bestimmungsgemäße Verwendung“, d. h. die Verwendung „zum Erwerb oder zur wirtschaftlichen Stärkung eigenen Grundbesitzes“ einer gem. § 72 daselbst einem Kriegsbefähigten bewilligten Kapitalabfindung in der Regel durch Maßnahmen zur Verhinderung alsbaldiger Weiterveräußerung des Grundstücks zu sichern. Als besonders empfehlenswerte und zulässige Sicherungsmaßnahme dieser Art bezeichnet Satz 2 des § 77 die behördliche Anordnung, daß dem Kriegsbefähigten die Weiterveräußerung oder Belastung des „auf Grund der Kapitalabfindung erworbenen Grundstücks“ innerhalb einer fünfjährigen Frist nur mit Genehmigung der Versorgungsbehörde gestattet und diese Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch eingetragen werde, mit welcher Eintragung sie dann „wirksam“ werde. Hier war nun, nach dem strengen Wortlaut des § 77 Satz 2, die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbest. überhaupt nicht gegeben, da der Kriegsbefähigte ja auf Grund der ihm gewährten Kapitalabfindung das Grundstück nicht erst erworben hatte, sondern er die Abfindung nur zur wirtschaftlichen Stärkung schon vorhandenen eignen Grundbesitzes zu verwenden hatte. Der RArbM. vertritt darum auch die Meinung, daß — ungeachtet der ganz allgemein gehaltenen Best. des § 77 Satz 1 RVerfOrgG. — in Fällen, wie dem vorl. die Anordnung und Eintragung des Veräußerungsverbots rechtlich nicht zulässig gewesen sei. Der Senat erörtert diese Rechtsauffassung wohl, nimmt dazu aber keine bestimmte Stellung, weil sich aus anderen, noch zu erörternden Gründen, im vorl. Falle eine Stellungnahme erübrige. Die Frage ist m. E. dahin zu entscheiden, daß auch bei Kapitalabfindung, nicht zum Erwerb neuen, sondern zur wirtschaftlichen Stärkung schon vorhandenen Grundbesitzes dem Kriegsbefähigten bei der Auszahlung wohl vertraglich die persönliche, obligatorische Verpflichtung gem. § 77 Satz 1 auferlegt werden kann, den schon vorhandenen Grundbesitz nicht ohne Genehmigung der Versorgungsbehörde weiter zu veräußern oder zu belasten, andernfalls eben, bei Weigerung des Kriegsbefähigten, in eine solche einzuwilligen, die Abfindung unterbleibt oder wieder rückgängig gemacht wird, daß aber mit dinglicher Wirkung (§ 892 BGB.) ein solches Veräußerungsverbot als behördliches i. S. von § 136 BGB. nur beim Neuerwerb eines Grundstücks ohne Zustimmung des Eigentümers rechtswirksam erlassen werden kann, welches Verbot dann sowohl dem Kriegsbefähigten Eigentümer wie Dritten gegenüber erst mit der Eintragung ins Grundbuch wirksam wird, worin immerhin eine Abweichung von den Grundfakten des § 892 BGB. liegt. Eine baldige Entsch. der Frage durch das RG. wäre erwünscht. Es entsteht nun im vorl. Fall, wenn man sich der vorstehenden Gesetzesauslegung anschließt, die weitere

und die Erträgnisse dieser Geschäftsführung werden für die Konkursmasse erworben. Bei dem Fortbetriebe des Erwerbsgeschäftes des Gemeinschuldners handelt der Konkursverwalter nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern in Ausübung einer ihm vom Gesetz übertragenen Tätigkeit. Die Fortführung einer Schankwirtschaft des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter ist genehmigungsfähig (§ 45 GemD.) (vgl. Jaeger, *RD.*, 6./7. Aufl., Anm. 1, 4 zu § 1, S. 2, 4; 3./4. Aufl., Anm. 9 zu § 129, S. 165; Menzel, *RD.*, § 1, S. 2, 5, 13, 18 und § 129, S. 366; Wolff, *RD.*, 2. Aufl., Anm. 5 zu § 1, S. 9).

Ob der Konkursverwalter nach § 6 GaststättG. v. 28. April 1930 (RGBl. I, 146) einer besonderen polizeilichen Erlaubnis für die Fortführung des Schankwirtschaftsbetriebs des Gemeinschuldners bedarf, braucht hier nicht geprüft zu werden. Unschädlich ist es, wenn etwa der Gemeinschuldner nach dem Konkursbeginne auf die ihm erteilte Konzession zur Schankwirtschaftsausübung verzichtet würde; denn nach §§ 6 Abs. 1 und 7 Abs. 1 *RD.* ist ein solcher Verzicht unwirksam, weil der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Konkursverfahrens die Befugnis verliert, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dieses Vermögen zu verfügen, und weil Rechtsabhandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens in Ansehung eines zur Konkursmasse gehörigen Vermögensbeteiligungs vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind.

4. Der Konkursverwalter ist berechtigt gewesen, den Angekl. mit der Fortführung der Schankwirtschaft für die Konkursmasse zu beauftragen. Durch die Annahme dieses Auftrags ist der Angekl. Bevollmächtigter des Konkursverwalters i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. bei dem Weiterbetriebe der Schankwirtschaft genor-

Frage, welche Bedeutung der sonach unzulässig gewesenen Anordnung des Veräußerungsverbots nach seiner gleichfalls unzulässig gewesenen Eintragung im Grundbuch zukommt. Es ohne weiteres als nichtig und nicht vorhanden anzusehen ist nicht angängig, denn nach den Grundätzen des Immobilienrechts und des Grundbuchrechts ist eine unzulässige Eintragung eines Rechts im Grundbuch nicht ohne weiteres auch Dritten gegenüber gegenstandslos und nichtig, sondern sie behält zunächst ihre Rechtswirkung bis zur etwaigen Löschung im Grundbuch (zu vergl. Menzel, *RD.*, 4. Aufl., §§ 113, S. 473 Note 2; 7, S. 67 Note 5), die von den Interessenten jederzeit verlangt und, nötigenfalls im Rechtswege, durchgesetzt werden kann. Folgt hieraus, daß das behördliche Veräußerungsverbot, solange es im Grundbuch noch nicht gelöscht war, auch vom Konkursverwalter respektiert werden mußte, was u. U. die Verwertung des Grundstücks für die Konkursmasse, wenigstens zeitlich, ausgeschlossen hätte? Die Frage ist zu verneinen. Daß das Grundstück, trotz des Veräußerungsverbots, vom Konkursverwalter mit Recht zur Konkursmasse gezogen wurde, stellt das Urteil zutreffend fest. Das ergibt sich zwar nicht aus § 13 *RD.*, weil es sich, wie das Urteil überzeugend darlegt, nicht um ein relatives behördliches Veräußerungsverbot (§ 136 BGB.) handelt; aus § 13 *RD.* kann also die Unwirksamkeit des eingetragenen Veräußerungsverbots gegenüber dem Konkursverwalter, bzw. den Konkursgläubigern nicht gefolgert werden. Wohl aber ergibt sich das aus dem, vom Urteil nicht erwähnten § 15 *RD.* Nachdem das Gericht richtig festgestellt hat, daß das Veräußerungsverbot erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens, nämlich erst mit seiner Eintragung im Grundbuch — diese erfolgte am 26. Jan. 1931, die Konkursöffnung schon am 9. Dez. 1930, die Eintragung des Konkursvermerks im Grundbuch am 12. Dez. 1930 — wirksam geworden ist, lag ein Fall des § 15 *RD.* zweifellos vor. Es ist also nicht ganz genau, wenn das Urteil meint, nur als Folgerung aus einem sog. „Willen des Gesetzgebers“ ergebe sich dieser Schluß, daß die nach der Konkursöffnung eingetretene Verfügungsbeschränkung insoweit unwirksam sei. Das folgt vielmehr schon unmittelbar aus § 15 *RD.* (Menzel, *RD.*, § 15 Note 1, 6).

2. Den Ausführungen unter *Riff.* 3 und 4 des Urteils zu den §§ 6 Abs. 2 und 129, Abs. 2 *RD.* ist beizutreten: Daraus folgt, daß der Angekl. die Gelder und Vermögensstücke, die er bei Fortführung der Schankwirtschaft vereinnahmte, im Auftrage und als Bevollmächtigter des Konkursverwalters einnahm, und daß dieselben ohne weiteres zur Konkursmasse flossen (§ 164 ff.; 953 ff. BGB.). Für die Anwendung des § 266 *Riff.* 2 StGB. entstand hiernach, nachdem der subjektive Tatbestand einwandfrei festgestellt war, die Frage, ob es sich bei den Geldern, die der Angekl., obwohl sie zur Konkursmasse gehörten, nicht an diese, d. h. an den Konkursverwalter, abgeliefert hatte, um „Vermögensstücke dieses Auftraggebers“ gehandelt habe. Dazu bedurfte es wieder einer Festlegung des Begriffs der Konkursmasse und des Konkursverwalters.

Hinsichtlich der Konkursmasse vertritt das Urteil den Standpunkt, daß diese nicht etwa die Eigenschaft eines mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Zweckvermögens hat, daß viel-

den. Die von dem Angekl. bei dieser Fortführung des Erwerbsgeschäftes vereinnahmten Geldbeträge sind in die Konkursmasse gefallen, die ausschließlich der Verfügungsgewalt des Konkursverwalters unterstanden ist.

Das BG. hat festgestellt, daß der Angekl. in der Zeit v. 13. Dez. 1930 bis zum 25. Jan. 1931 die von ihm bei der Führung des Schankwirtschaftsbetriebs vereinnahmten Geldbeträge von insgesamt 402,50 *RM.*, die er auftragsgemäß an den Konkursverwalter abzuliefern verpflichtet war, an diesen nicht abgeführt, sondern für seine eigenen Zwecke verwendet hat. Aus den Feststellungen ergibt sich auch, daß der Angekl. mit der Möglichkeit gerechnet hat, die von ihm bei der Führung des Schankwirtschaftsbetriebs vereinnahmten Geldbeträge seien Bestandteil der Konkursmasse und durch die Verwendung des Geldbetrages von insgesamt 402,50 *RM.* für eigene Zwecke des Angekl. werde der Konkursverwalter benachteiligt werden, und daß der Angekl. die von ihm als möglich vorausgesehene Schädigung des Konkursverwalters für den Fall ihres Eintrittes in seinen Willen mitaufgenommen hat.

Diese Feststellungen rechtfertigen die Annahme, daß der Angekl. als Bevollmächtigter des Konkursverwalters, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, über Vermögensstücke seines Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil verfügt hat. Der Angekl. hat zwar durch die Konkursöffnung das Eigentum an den Erträgnissen des in seinem Anwesen geführten Schankwirtschaftsbetriebs nicht verloren. Die von ihm als Beauftragtem des Konkursverwalters bei der Führung des Schankwirtschaftsbetriebs eingenommenen Geldbeträge sind sein Eigentum geworden, aber zur ausschließlichen Verfügung des Konkursverwalters er-

mehr der Gemeinschuldner nach wie vor Träger der zur Masse gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten und Eigentümer der sie bildenden, beweglichen und unbeweglichen, Vermögensstücke ist. Das ist die herrschende, vom RG. in ständiger Rspr. festgehaltene Auffassung; die gegenteilige Ansicht, daß die Konkursmasse eine „Vermögensmasse sei, die als solche verlagert werden könne“, wird in der Rechtslehre nur noch vereinzelt, in der Praxis der Gerichte wohl gar nicht mehr vertreten. An diesen, im Eigentum des Gemeinschaftschuldners verbliebenen Vermögensstücken ist diesem allerdings das Verfügungsrecht durch § 6 *RD.* entzogen und auf den Konkursverwalter übergegangen. Was folgt daraus für die Rechtsstellung des Konkursverwalters? Das Urteil sagt darüber nur kurz und ohne nähere Begründung, daß der Konkursverwalter seine Verfügungsgewalt nicht ausübe als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern auf Grund einer ihm vom Gesetz übertragenen Tätigkeit. Es folgt damit der vom RG. seit langer Zeit ständig vertretenen sog. Amtstheorie, im Gegensatz zur sog. Vertretertheorie, die mit verschiedenen Modifikationen, bei angesehenen Vertretern der Wissenschaft noch immer Verteidiger findet (Menzel, *RD.*, § 6 Note 6). Die Meinungsverschiedenheit ist — worauf hier schon hingewiesen sei — wichtig für die dem Gericht gleichfalls unterbreitete Frage, ob der Angekl. sich neben der Untreue, auch einer Unterschlagung schuldig gemacht habe, und hätte deshalb wohl eine Erwähnung in den Urteilsgründen gerechtfertigt.

Hätte das Urteil die Theorie von der selbständigen Rechtspersönlichkeit der Konkursmasse und der Eigenschaft des Konkursverwalters als des gesetzlichen Vertreters der Konkursmasse angenommen, so würde weder die Feststellung des objektiven Tatbestands der Untreue noch der Unterschlagung irgendwelche Schwierigkeiten gemacht haben. So aber ergab sich die weitere Frage: kann ein Gemeinschuldner auch über ihm selbst gehörige Vermögensstücke, an welchen ihm aber die Verfügungsmacht nicht zusteht, zum Nachteil des Verfügungsberechtigten als dessen Bevollmächtigter absichtlich verfügen, oder kann er daran eine Unterschlagung begehen? Das Urteil bejaht die Möglichkeit der Untreue, verneint die einer Unterschlagung, indem es die, der Obhut des Konkursverwalters und dessen Verfügungsgewalt unterstehenden Gelder zwar als dem Gemeinschuldner fremde Vermögensstücke des Konkursverwalters i. S. von § 266 Nr. 2 StGB., trotzdem aber nicht als fremde bewegliche Sachen des Gemeinschaftschuldners i. S. von § 246 StGB. ansieht. Die dem entsprechende Konstruktion der Untreue in den Urteilsgründen hat offensichtlich etwas Gefünsteltes, desgleichen die Ablehnung der Möglichkeit der Unterschlagung; nach beiden Richtungen steht das Urteil aber im Einklang mit der Rspr. des RG. (wegen der Unmöglichkeit der Unterschlagung siehe *RGSt.* 39, 414; *Warn.* 1912 Nr. 261). Trotz schwerer Bedenken gegen einen Teil dieser Rechtsausführungen des Urteils wird die Gerichtspraxis sich ihm doch anschließen, schon aus der Erwägung heraus, daß die Anwendung des Begriffs der Untreue auf den vorl. Tatbestand dem natürlichen Empfinden entspricht, daß eine Straflosigkeit des Täters aus rein juristischen konstruktiven Erwägungen nicht bestehen würde. (Sch. *JR.* Diefenbach, Heidelberg.)

worben worden. Das Merkmal des Vermögensstückes des Auftragsgebers erschöpft sich nicht in dem privatrechtlichen Eigentumsbegriffe. Bei der wirtschaftlichen Natur des Vermögens genügt vielmehr zur Erfüllung des Tatbestandes des Vergehens der Untreue nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. eine Handlung, die den wirtschaftlichen Machtbereich des Auftraggebers schmälert. Die zur Konkursmasse gehörigen, der Obhut des Konkursverwalters unterstellten Gelbbeträge sind mithin als Vermögensstücke des Konkursverwalters i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. zu erachten und der von ihm mit der Führung des Erwerbsgeschäfts des Gemeinschuldners Beauftragte macht sich daher der Untreue nach dieser gesetzlichen Best. schuldig, wenn er Einnahmen aus dem Erwerbsgeschäfte, die er an den Konkursverwalter abzuführen hat, rechtswidrig für eigene Zwecke verwendet. Derartige widerrechtliche Verfügungen reichen dem Konkursverwalter zum Nachteil, weil er über alle Einnahmen, die von ihm oder seinem Beauftragten für die Konkursmasse gemacht worden sind, den Konkursgläubigern Rechnung zu legen hat und ersatzpflichtig ist, soweit er den Nachweis nicht erbringen kann, daß die von ihm oder seinem Bevollmächtigten für die Konkursmasse vereinnahmten Gelbbeträge zur Konkursmasse gelangt sind (vgl. RGSt. 26, 106; 39, 414; Leipz. Komm. 4. Aufl., Anm. II 3 c in den Vorbem. zu §§ 242—252 StGB., S. 756 und Anm. 19 zu § 266 StGB., S. 879; Olschhausen, 11. Aufl., Anm. 8 β zu § 266 StGB., S. 1463). Die Tatbestandsmerkmale des Vergehens der Untreue nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB. sind demnach nach der äußeren und inneren Tatsache rechtlich bedenkenfrei dargelegt worden. Für das Merkmal der Schädigung genügt nach der inneren Tatsache der bedingte Vorfall.

Die Beurteilung des Angekl. wegen Unterschlagung läßt sich aber nicht aufrechterhalten. Denn die von ihm nach dem Konkursbeginne bei der Führung des Schankwirtschaftsbetriebes vereinnahmten Gelbbeträge haben nicht Gegenstand einer Unterschlagung sein können, weil, wie bereits ausgeführt wurde, die zur Konkursmasse gehörigen Gelbbeträge im Eigentum des Gemeinschuldners stehen und deswegen für ihn keine fremde Sache sind, wie dies § 246 StGB. für seine Anwendung erfordert.

(BayObLG., StrSen., Ur. v. 9. Mai 1932, RevReg. II Nr. 122/32.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

I. Konkursordnung.

1. §§ 1, 72, 73, 209 R.D.; § 577 Z.P.D. Rechtskraft des Konkursöffnungsbeschlusses. Der rechtskräftige Konkursöffnungsbeschluss kann wegen Nichteristenz des Gemeinschuldners von Amts wegen wieder aufgehoben werden, auch wenn die Erfordernisse einer Richtigkeits- oder Restitutionsklage nicht vorliegen. †)

Der Konkurs ist eröffnet über das Vermögen einer O.G. Dieser Beschluss setzt nach seinem Inhalt die Existenz des genannten Gemeinschuldners voraus. Eine der Rechtskraft fähige Feststellung über die Existenz der O.G. trifft der Beschluss ebensowenig wie das Ur., welches gegen eine als Best. genannte O.G. ergeht. Existiert die O.G. in Wirklichkeit nicht oder nicht mehr, so sind Urteil- wie Konkursöffnungsbeschluss trotz Rechtskraft wirkungslos.

Wenn die jetzige Sachdarstellung des Antragstellers zuträfe, so hätte eine Vereinigung der beiden Gesellschaftsanteile — und damit der völlige Fortfall der Gesellschaft — im Wege des Erbanges nicht stattgefunden; vielmehr wäre der Anteil des verstorbenen einen Gesellschafters nach Gesellschaftsrecht dem des überlebenden Gesellschafters angewachsen. Im Augenblick der Konkursöffnung würde also die auf eine erbrechtliche Vereinigung von Rechten und Verbindlichkeiten abgestellte in § 1976 BGB. bestimmte Wirkung der Nachlassverwaltungsanordnung nicht eingetreten gewesen sein.

Es wären daher der überlebende Gesellschafter und der Verwalter des Nachlasses des verstorbenen Gesellschafters nicht mehr als Gesellschafter einer O.G. mit Sondervermögen verbunden; sie in dieser Verbundenheit und damit die O.G. als das Rechtssubjekt, über dessen Vermögen Konkurs eröffnet worden ist, wären

Zu 1. RG. 4. ZivSen. hat im Ur. v. 7. März 1932 = RG. 136, 97 diese Frage dahingestellt gelassen. OLG. Frankfurt 2. ZivSen. hat durch Beschl. v. 5. Aug. 1932, 4 W 179/32 im Anschluß an RG. 129, 390 f. = JW. 1930, 3322 die Frage verneint.

Das RG. hat auf Grund desselben Sachverhalts, wie er der Prozeßentsch. RG. 136, 97 zugrunde liegt, im Konkursbeschwerdeverfahren die Frage bejaht. D. S.

überhaupt nicht vorhanden gewesen. Es steht also nicht nur die Frage der Parteizugehörigkeit „und damit der Konkursfähigkeit“ des im Eröffnungsbeschluss genannten Gemeinschuldners, sondern die Frage zur Entsch., ob er überhaupt existierte.

Der RG. 129, 390²⁾ behandelte Fall lag, wie RG. 136, 97 angedeutet wird, insofern anders, als hinsichtlich der gleichen existenten Rechtspersönlichkeit zwei selbständige Konkurse mit gleicher Befriedigungsmöglichkeit für alle Gläubiger eröffnet waren. Dagegen war bei dem LG. 1910 Sp. 483 behandeltem vom RG. entschiedenen Fall der Konkurs ebenfalls über das im ererbten Geschäft stehende Vermögen einer fälschlich als O.G. bezeichneten, als solche nicht existierenden Erbgemeinschaft zum Zwecke der Befriedigung lediglich der Geschäftsgläubiger eröffnet worden.

Hat im vorl. Falle der im Konkursöffnungsbeschluss genannte Gemeinschuldner: die O.G. A. & Co., überhaupt nicht mehr existiert, so hat es auch an einem Gesellschaftsvermögen gefehlt. Vielmehr hat das vorhandene vermeintliche Gesellschaftsvermögen dem einen früheren Gesellschafter allein gehört. Infolgedessen ist hinsichtlich dieses Vermögens auch kein die Befriedigung nur der Geschäftsgläubiger bezweckender Konkursbeschluss eingetreten. Der Konkursverwalter hätte vom Konkursbeschlusse nicht erfasstes Vermögen zur Masse gezogen. Diese materielle Rechtslage muß, auch ohne daß vorher das Gesellschaftskonkursverfahren aufgehoben ist, in einem Prozeß geltend gemacht werden können, in welchen Streit über die Zugehörigkeit von Gegenständen zum Vermögen des Gemeinschuldners zwischen dem Konkursverwalter und einem Dritten entsteht. In jedem Falle könnte und müßte das Konkursgericht, nachdem es sich von der völligen Wirkungslosigkeit seines Eröffnungsbeschlusses überzeugt hat, aus diesem Grunde die Aufhebung des noch laufenden Konkursverfahrens anordnen, ohne daß es hierfür einer Best. der R.D. bedürfte.

(RG., 6. ZivSen., Beschl. v. 15. Nov. 1932, 6 W 8690/32.)

Mitgeteilt von OGDire. Dr. Gernsheim, Berlin.

*

Braunschweig.

2. §§ 17, 59 R.D. Verlangt der Konkursverwalter Weiterlieferung von Wasser durch das städtische Wasserwerk, so muß er das rückständige Wassergeld als Masse-schuld entrichten.

Es ist in R.Nr. und Literatur sehr bestritten, ob Verträge, nach denen Grundstücke von Wasserwerken (ebenso Gas- oder Elektrizitätswerken) mit Wasser, Gas, elektrischem Strom zu versorgen sind, als einheitliche Teillieferungs- (Sukzessivlieferungs-) Verträge oder aber nach dem Vorgange von Jaeger: LZ. 1912, 286 und R.D. § 17 Anm. 18 a f. als sog. Wiederkehrschuldverhältnisse aufzufassen sind. Ersterenfalls ist die Anwendung des § 17 R.D. mit der Folge, daß vor Konkursöffnung aufgelaufene Rückstände, wenn der Konkursverwalter Weiterversorgung verlangt, als Masse-schulden nach § 59 Ziff. 2 R.D. zu behandeln sind, unvermeidlich. Erschöpft sich dagegen die Vertragsbeziehung des Wasserwerks zum Abnehmer in der einzelnen Wasserentnahme, so daß jede Wasserentnahme einen gesonderten Vertragsabschluss darstellt, so ist für das Eintrittsrecht des Konkursverwalters nach § 17 R.D. kein Raum; als Masse-schuld, und zwar nach § 59 Ziff. 1 R.D., erscheint dann nur die Forderung für das nach Konkursöffnung gelieferte Wasser, während die in diesem Zeitpunkt vorhandenen Rückstände Konkursforderungen sind.

Es geht daher nicht an, mit OLG. Königsberg: JW. 1932, 1257 die Frage, ob man die Versorgungsverträge als Teillieferungs- oder als Wiederkehrverträge aufzufassen hat, dahingestellt zu lassen. Das RG. hat zu der Frage bislang nicht Stellung genommen. RG. 132, 273¹⁾ behandelt trotz einzelner aus dem Jaegerschen Komm. entnommener Wendungen nur das Problem des Monopolmißbrauchs (anders Ripperden: JW. 1931, 3104). RG.: JW. 1930, 1402 spricht eher für Annahme eines Teillieferungsverhältnisses, ebenso Geiler das. Anm. Im allgemeinen hat die Auffassung der Versorgungsverträge als Wiederkehrschuldverhältnisse trotz der Autorität Jaegers neuerdings überwiegend Ablehnung gefunden, so die OLG. Kiel: JW. 1931, 2139; Köln das. 2169; Düsseldorf: ZDR. 1931, 631; Frankfurt: JW. 1931, 3146; LG. Königsberg: JW. 1931, 3150 mit Anm. Ripperden; vgl. auch Rumpf: JW. 1930, 1348 Anm. 11, das. 1931, 3146 Anm.; Henke-Müller-Rumpf, Elektrizitätswirtschaft 203 f.; Staub, vor § 373 HGB. Anm. 16 a. Der erk. Sen. hat bereits in zwei Ur. zu der Rechtsnatur der Versorgungsverträge Stellung genommen, in OLG. 27, 243 = Dr. Risch. 60, 116 sind sie als einheitliche Teillieferungsverträge, die der Anwendung des § 17 R.D. unterliegen, in JW. 1930, 1427 = Dr. Risch. 75, 84 sind sie dagegen nach dem Vorgange Jaegers als Wiederkehrschuldverhältnisse aufgefaßt.

Nach nochmaliger Prüfung kann indessen an den Ausf. des Ur. JW. 1930, 1427 nicht festgehalten und der dort veröffentlichten Kritik

²⁾ JW. 1930, 3322.

¹⁾ JW. 1931, 3102.

Kumpfs in mehreren Punkten die Berechtigung nicht abgeprochen werden.

Der Jaeger'schen Konstruktion des Wiederkehrschulverhältnisses scheint der rechtspolitische Gedanke zugrunde zu liegen, daß die Kommunen, die regelmäßig Unternehmer der Wasser- und Gas-, häufig auch solche der Elektrizitätswerke sind, neben dem Konkursprivileg für ihre Forderungen auf rückständige öffentliche Abgaben nach § 61 Ziff. 2 RD. nicht auch noch die Vorzugsstellung als Massegläubiger der Rückstände an Wassergeld usw. genießen sollen. Dagegen ließe sich aber geltend machen, daß die Behandlung der rückständigen Forderungen der Versorgungswerke als Massegläubiger das Korrelat des Kontrahierungszwanges sei; seien die Werke gezwungen zu liefern, ohne die Kreditwürdigkeit des Abnehmers prüfen zu können und auch im Konkurs des Abnehmers weiterzuliefern, so müßte durch Vorkaufbefreiung ihrer Forderungen im Konkurs das Übermaß des ihnen auferlegten Risikos ausgeglichen werden. Indessen haben solche rechtspolitischen Gedanken bei Auslegung des Gesetzes außer Betracht zu bleiben. Die Jaeger'sche Vorstellung, daß jedes Aufdrehen eines Wasserhahnes den stillschweigenden Abschluß eines selbständigen Lieferungsvertrages bedeute, hat etwas Gekünsteltes.

Zm vorl. Falle ist nach dem städtischen Statut v. 15. Jan. 1914 das Rechtsverhältnis zwischen Wasserwerk und Anschlußinhaber so, daß dieser in jedem Rechnungsjahr ohne Rücksicht auf den wirklichen Verbrauch eine Mindestmenge an Wasser, wenn nicht abzunehmen, so doch zu bezahlen hat (§ 6 des Statuts). Der Anschlußinhaber kann den Lieferungsvertrag mit vierwöchiger Frist zum Vierteljahresbeginn kündigen (§ 18 das.); er ist dauernd verpflichtet, den Wassermesser auf seinem Grundstück zu dulden, den Beamten und Beauftragten des Werkes Zutritt zu den Räumlichkeiten zu verschaffen, in denen sich die Grundstücksleitung und der Wassermesser befinden (§§ 5, 10 das.). Alles das weist auf ein einheitliches Vertragsverhältnis mit Teillieferungen hin. Der Gegenstand des Wasserlieferungsvertrages wird durch den Bedarf des Anschlußinhabers einerseits und die zu bezahlende Mindestmenge andererseits hinlänglich bestimmt. Auch der Umstand, daß der Anschlußinhaber erhebliche Beträge aufwendet, um die Zuleitung, das Einbauen des Wassermessers und die Leitung innerhalb des Grundstücks herstellen zu lassen, läßt erkennen, daß er es auf Abschluß eines Dauervertragsverhältnisses abgesehen hat.

(OLG. Braunschweig, 1. Ziv. Sen., Urt. v. 22. Juli 1932, 1 V 133/32.)
Mitgeteilt von OGR. Dr. Fricke, Wolfenbüttel.

*

Breslau.

3. § 99 RD. Das Konkursgericht kann auch der Ausführung an sich nicht fähige Beschlüsse der Gläubigerversammlung unwirksam machen, wenn sie dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widersprechen. Die Bestimmung des § 99 RD. unterliegt einer ausdehnenden Auslegung. †)

Zu Unrecht nimmt das LG. an, daß das Gericht die Ausführung des Beschl. über die Wahl zum Mitglied des Gläubigerausschusses deshalb nicht nach § 99 RD. unterlagen könne, weil § 99 RD. nur die Ausführung von Beschl. betreffe und es sich bei der Wahl um

Zu 3. Die bedeutame und interessante Entsch. steht im Gegensatz zu der herrschenden Auffassung in Literatur und Rspr. Ihre Tendenz geht dahin, die Kontroll- und Aufsichtrechte des Gerichts einer skrupellosen Gläubigermehrheit gegenüber zu erweitern. Das ist angesichts des gerade in großen Konkursen immer mehr hervortretenden Mißbrauchs, für eine interessierte Mehrheit Sonder Vorteile zum Schaden der Gläubigergesamtheit zu erreichen, nur zu begrüßen.

Rechtlich begegnet der Beschl. nicht unerheblichen Bedenken. § 99 RD. spricht davon, daß die Ausführung eines Beschl. „unter sagt“ werden kann. Das Gesetz verleiht den Maßnahmen des Konkursrichters also rechtsgestaltenden Charakter. Ein konstitutiver Beschl. kann an sich nur in Frage kommen, wenn der Beschl. der Gläubigerversammlung der Ausführung fähig ist. Das OLG. will die Anwendung der Bestimmung auch dahin ausdehnen, daß ein nicht der Ausführung fähiger Beschl. für unwirksam erklärt werden kann. § 99 RD. soll dem Gericht demnach auch die Befugnis zu einer Feststellung geben.

Denkt man einmal die Folgerungen, die sich aus dieser Gegenüberstellung ergeben, bis zum Ende durch, so zeigt sich folgendes: Ein Beschl., der unwirksam ist, braucht nicht erst für unwirksam erklärt zu werden. Er ist es. Die Stellungnahme des Gerichts ist also überflüssig und nach dem Wortlaut des Gesetzes, das lediglich der Ausführung fähige Beschl. im Auge hat, sogar unzulässig. Das Gericht müßte es den Beteiligten überlassen, den Beschl. als unwirksam zu behandeln und dem gewählten Gläubigerausschussmitglied das Tätigwerden in seinem Amte unmöglich zu machen. Dann bliebe für die Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Beschl. nur eine Feststellungsklage übrig, bei der die Parteilosen auf der einen Seite dem Mitglied des Gläubigerausschusses, auf der anderen dem Konkursverwalter oder einem Gläubiger zufallen würden.

Bei dieser Konstruktion hätte das Beschw. die sofortige Be-

weilung des Beschl. handele, der einer Ausführung nicht mehr bedürfe. Diese Ansicht vertreten u. a. Jaeger § 99 Num.; Mügel § 99 Num. 4 und OLG. Düsseldorf: LZ. 1913, 570. Ihr kann nicht beigetreten werden.

Es ist allerdings richtig, daß die Wahl streng genommen kein Beschl. ist, der einer weiteren Ausführung bedarf. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die Vorschrift des § 99 RD. nur ganz eng nach ihrem Wortlaut und nicht ausdehnend auszulegen sein soll.

Zu Unrecht hält OLG. Düsseldorf eine ausdehnende Auslegung des § 99 RD. auf die Wahl zum Gläubigerausschuss deshalb für unzulässig, weil nach dem Willen des Gesetzes die Wahl allein den Gläubigern zustehe und weder der Bestätigung noch irgendeiner Einwirkung durch das Gericht unterliege. Allerdings hat die RD. im Gegensatz zum preuß. Recht den Schwerpunkt der Verwaltung des Konkurses vom Gericht auf den Konkursverwalter und die Gläubigerschaft verlegt und ihnen grundsätzlich die Verwaltung und Durchführung des Konkursverfahrens übertragen (vgl. Motive S. 309). Die RD. hat aber nicht etwa die Gläubigerversammlung in ihrer Beschlussfassung völlig frei gestellt. Die Motive zur RD. (S. 317) heben ausdrücklich hervor, daß der Sinn der Vorschrift des jetzigen § 99 RD. der ist, die unbedingte Souveränität von Mehrheitsbeschlüssen einzuschränken und den überstimmten und ausgebliebenen Gläubigern einen Schutz gegen Beschl. zu bieten, die dem allgemeinen Interesse der Konkursgläubiger zuwiderlaufen. Es ist nicht einzusehen, warum dieser Schutz nur gegenüber Beschl. nötig und vom Gesetz bezweckt sein sollte, die einer besonderen Ausführung bedürfen, und nicht auch gegenüber solchen, die zwar streng genommen nicht ausgeführt werden, bei denen aber — wie hier — auf Grund des Beschl. eine Tätigkeit ausgeübt wird, die dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger zuwiderläuft. Der vielleicht nicht ganz zweckmäßig gefasste Wortlaut des Gesetzes darf deshalb nicht zu Entsch. führen, die seinem Sinn zuwiderlaufen. Vielmehr muß der § 99 RD. dahin ausgelegt werden, daß das Gericht ganz allgemein Beschl. der Gläubigerversammlung unwirksam machen kann, wenn sie dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widersprechen (so auch OLG. Hamburg: HanRZ. 1921, 305). Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß § 87 Abs. 2 RD., der die Wahl des Gläubigerausschusses der Gläubigerversammlung überträgt, kein Verbot zugunsten des Gerichts vorsieht. Dem § 99 RD. gewährt dem Gericht ganz allgemein ein Recht zum Verbot unzulässiger Beschl., die dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widersprechen, eine besondere Bestimmung brauchte daher in die Vorschriften über die Wahl des Gläubigerausschusses nicht aufgenommen zu werden. Dasselbe gilt für die Bestimmung des § 92 RD.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 5. März 1932, 5 W 644/32.)

*

Stettin.

4. §§ 47 ff. RD.; §§ 985, 986 BGB. Das obligatorische Zurückbehaltungsrecht wirkt im Konkurs des Eigentümers gegenüber der Bindikation des Konkursverwalters nicht. †)

Ein persönliches Zurückbehaltungsrecht gewährt zwar im Regelfalle gegenüber der Eigentumsklage die Einrede aus § 986

schwerde als unzulässig verworfen müssen, weil schon der Beschl. des Konkursgerichts unzulässig gewesen sei.

Diesen konstruktiven Bedenken stehen jedoch m. E. schwerwiegendere praktische Bedenken gegenüber. Die langwierige Klage würde das Konkursverfahren erheblich verzögern und eine läßnende Rechtsunsicherheit schaffen. Die Rechtsunsicherheit würde vollends da zutage treten, wo das Konkursgericht einen Beschl. gem. § 99 RD. gefaßt hat und infolge seines formalen Bestehens dem gewählten Gläubigerausschussmitglied jede Tätigkeit unmöglich gemacht ist.

Man wird daher sagen müssen: Da jede richterliche Entsch. als Staatsakt die Tendenz hat, nur anfechtbar und nicht nichtig zu sein, muß der durch sie Beschwerte die Möglichkeit haben, gegen sie mit den ihr entsprechenden Rechtsbehelfen anzugehen. Und zwar müssen dem Beschwerten die Rechtsbehelfe zugetanden werden, die das Gesetz gegen eine Entsch. gibt, in deren Form die anfechtbare Entsch. erlassen ist.

Infolgedessen ist dem Beschl. im Ergebnis beizutreten.

RA. Dr. Riw i, Cottbus.

Zu 4. 1. Die von Wolff vertretene, vom OLG. zurückgewiesene Ansicht, daß neben den Absonderungsrechten des § 49 Nr. 3 u. 4 reine Zurückbehaltungsrechte im Konkursverfahren bestehen und gegenüber dem Konkursverwalter Geltung haben können, ist schon mehr als zehn Jahre vorher in einer Entsch. des 2. Ziv. Sen. des RG. geäußert (Bd. 63, 297); vgl. auch L. Seuffert, Konkursrecht 112. Aber schon RG. 20, 136 u. 29, 302, ferner in JW. 1898, 684⁷⁷ hat die im angezogenen Urt. RG. 77, 436 aufgestellte Regel angewendet, daß reine Zurückbehaltungsrechte im Konkursverfahren gegenüber dem Konkursverwalter nicht durchgreifen. Es ist nicht ausgeschlossen, aber nicht erkennbar, daß in jenem Falle der Bd. 63 der Konkursverwalter nach § 17 RD.

BB. Im Konkurs des Eigentümers gilt dies aber, wie mit der durchaus herrschenden Meinung anzunehmen ist (vgl. Jaeger, RD. § 49 Nr. 42; Menzel, RD. § 49 Nr. 4; RGKdomm. z. BB. § 986 Anm. 1; Pland, BB. § 986 Anm. 1 a β; Staudinger, BB. § 986 Anm. 1 d und RG. 77, 436 ff.) nur dann, wenn einer der Fälle des § 49 Ziff. 3 u. 4 RD. vorliegt, also das Zurückbehaltungsrecht ein Absonderungsrecht gewährt. Der abweichenden Ansicht von Wolff (Sachenrecht § 84 Note 17 und LZ. 1908, 36 ff., 107 ff.), der dem Besitzer einer beweglichen Sache, der nicht Konkursgläubiger ist, auch im Konkurs des Eigentümers ohne weiteres die Einrede aus § 986 BB. gewähren will, ist mit Jaeger a. a. O. die Anerkennung zu verjagen; denn sie ist im Ergebnis unannehmbar und beruht auf einer Verkennung der §§ 3, 49 RD. Die reine Masse, die nach dem Vollzuge der Absonderung, Aufrechnung und Massegläubigerdeckung (§ 57 RD.) verbleibt, dient nach § 3 RD. ausschließlich zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger. In anderer Art aber als durch Verleihung der Absonderungskraft (§ 49 Ziff. 3, 4 RD.) — sei es mit eigener Befriedigungsbefugnis oder ohne solche — erkennt das Gesetz die Wirksamkeit bei Konkursbeginn bestehender Zurückbehaltungsrechte (vom § 17 abgesehen) überhaupt nicht an.

(OLG. Stettin, 1. ZivSen., Ur. v. 9. Febr. 1932, 1 U 323/31.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Schmidt, Stettin.

*

5. §§ 59 Nr. 1, 146 Abs. 3, 148 RD.; §§ 9, 14 GRG. Wird der durch Konkursöffnung unterbrochene Rechtsstreit aufgenommen, so werden auch die danach entstandenen Kosten der Instanz nach dem ursprünglichen und nicht nach dem gemäß § 148 RD. geminderten Werte berechnet; sämtliche Kosten der Instanz bilden Masseschulden. †)

Es ist davon auszugehen, daß nach § 9 GRG i. Verb. m. § 4 ZPO. für die Wertberechnung der Zeitpunkt der Eröffnung der Instanz maßgebend ist, daß zwar nach § 9 Abs. 2 GRG. eine in der Instanz eintretende Erhöhung des Wertes des Streitgegenstandes bei der Gebührenberechnung berücksichtigt wird, nicht jedoch eine etwaige Minderung des Streitwertes. Wenn deshalb ein durch Konkursöffnung unterbrochener Rechtsstreit auf Zahlung gem. § 146 Abs. 3 RD. aufgenommen und die Feststellung als Konkursforderung betrieben wird, so fragt es sich, ob damit eine Änderung des Streitgegenstandes selbst oder nicht vielmehr nur eine kostenrechtlich unbeachtliche Minderung des Wertes des Streitgegenstandes eingetreten ist. Diese nicht unbestrittene Frage ist in Abweichung von älteren Entsch. (ZB. 1893, 126; 1894, 114) mit der neueren Rspr. des RG. (Bb. 76, 292¹); 109, 154) in letzterem Sinne zu entscheiden.

1) ZB. 1912, 201.

Erfüllung verlangt hatte und deshalb auch seinerseits erfüllen sowie die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes dulden mußte, wie es in RG. 77, 439 = ZB. 1912, 201 ausgeführt wurde.

2. Zu dem OLGUr. ist weiter zu bemerken, daß der Grundsatz der gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger nicht bloß durch die Berücksichtigung von Absonderungsrechten, sondern ebenso durch unabhängig von den Verteilungen geleistete Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen (§ 170 RD.) und durch Aufrechnung (§§ 53 ff. RD.) durchbrochen wird. Nicht aus § 3 mit § 49 RD., sondern aus §§ 118, 120 RD. kann allerdings abgeleitet werden, daß die RD. reinen Zurückbehaltungsrechten gegenüber dem Konkursverwalter keine Berücksichtigung gewähren wollte, denn in den §§ 118 u. 120 (vgl. auch § 127) ist nur von der absondernden Befriedigung die Rede. Hätte man bei Abfassung der RD. an die Berücksichtigung der reinen Zurückbehaltungsrechte gedacht, so wäre folgerichtig die Vorzeigepflicht auf die zurückbehaltenen Sachen und die Anzeigepflicht auch auf die Forderungen auszudehnen gewesen, zu deren Gunsten eine Sache zurückbehalten werden will. Diese Beweisführung berechtigt jedoch nicht zur Aufstellung einer ausnahmslosen Regel. Zu der Ausnahme gemäß § 17 RD. (i. o.) treten noch zwei weitere Ausnahmen hinzu, von denen die eine auch schon bei Einführung der RD. gegolten hat. Es ist auf § 888 (früher § 893) HGB. und auf § 77 BGB. zu verweisen, wonach der Versicherungsnehmer nicht verpflichtet ist, die Police (den Versicherungsschein) der Konkursmasse des Versicherten auszuliefern, bevor er wegen der gegen den Versicherten in bezug auf den versicherten Gegenstand ihm zustehenden Ansprüche befriedigt ist. Man muß daher annehmen, daß die §§ 118, 120 RD. so wenig wie die §§ 3 u. 49 einen zwingenden Beweis gegen die Berücksichtigung eines jeden reinen Zurückbehaltungsrechtes im Konkursverfahren liefern, vielmehr ist zu sagen, daß die gemeinschaftliche Befriedigung der Konkursgläubiger auch durch einzelne reine Zurückbehaltungsrechte Ausnahmen erleidet und daß die §§ 118 u. 120 entsprechend auf solche anzuwenden sind, soweit diese Berücksichtigung im Konkursverfahren finden. Dagegen gehören nicht hierher Fälle, in denen sich z. B. unter der Voraussetzung des

Der Klagegrund ist derselbe geblieben; der Übergang von der Leistungs- zur Feststellungsklage ist keine Klageänderung, sondern eine durch das Dazwischenkommen der Konkursöffnung gebotene, den Besonderheiten des Konkurses angepaßte Einschränkung der Rechtsverfolgung (§ 268 ZPO.); die Möglichkeit, daß der Rechtsstreit nicht nur gegen den bestreitenden Konkursverwalter (Gläubiger), sondern zugleich auch gegen den bestreitenden Gemeinsschuldner selbst — gemäß § 144 Abs. 2 RD. — ausgenommen werden kann, beweist, daß die ursprüngliche Forderung nach wie vor der eigentliche Streitgegenstand ist, so daß die Kosten auch für die Zeit nach der Aufnahme nach deren Nominalwert zu berechnen sind (vgl. Menzel, RD. § 148); darin, daß der Gläubiger nur quotenmäßige Befriedigung im Konkurs erlangen kann, zeigt sich die Minderung des Wertes der Forderung, die für die Kostenberechnung unerheblich ist. In der Kostenrechnung ist deshalb zutreffend die Urteilsgebühr nach dem Gesamtbetrag der Wertteile, über die in dem Teil- und dem Schlußurteil — teils zu, teils aberkennend — entschieden ist, berechnet worden (§ 14 Abs. 2 GRG.).

Die berechneten Kosten hat der im Rechtsstreit unterlegene Konkursverwalter als Masseschulden zu berichtigen, ohne Unterschied, ob sie vor oder erst nach der Aufnahme des Rechtsstreites entstanden sind. Die Ansicht, daß durch das rechtskräftige Urteil der Teilbetrag von 1214,69 RM ausgeschieden sei und für die Haftung der Konkursmasse nicht mehr in Frage komme, ist nicht zutreffend, insofern es sich um die Kostentragung handelt; denn gerade in diesem Punkte ist ja die Entsch. dem — gegen den Konkursverwalter ergangenen — Schlußurteil vorbehalten worden. Der Konkursverwalter hat also i. S. des § 59 Ziff. 1 RD. über die gesamten Kosten des Rechtsstreites prozessiert, und schon deshalb sind diese als Masseschulden zu begleichen. Nach § 91 ZPO. hat die gesamten Kosten der Teil zu tragen, der in dem Rechtsstreit schließlich voll unterliegt; eine Trennung und Unterscheidung nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Kosten dahin, daß die einen voll, die anderen nur beschränkt zu ersetzen wären, ist dem Gesetze fremd (Jaeger, § 59 Anm. 2 RD.).

(OLG. Stettin, Beschl. v. 14. Jan. 1933, 5 W 42/32.)

Mitgeteilt vom OGR. Fischer, Stettin.

Berlin.

II. Vergleichsordnung.

6. § 28 VerglO.; § 455 BGB. Der Eigentumsvorbehaltverkäufer kann durch Rücktritt vom Kaufvertrage die Erfüllungsablehnung des im Vergleichsverfahren befindlichen Käufers nicht verhindern. †)

(RG., 28. ZivSen., Ur. v. 12. Juli 1932, 28 U 4478/32.)

Abgebr. ZB. 1932, 2637¹.

1) ZB. 1911, 718.

§ 273 BGB. zwei Geldforderungen gegenüberstehen und der Parteiwille nicht auf zeitweilige Unterlassung der geschuldeten Leistung, sondern auf ihre endgültige Verweigerung geht, denn dann handelt es sich nicht um Zurückhaltung der Zahlung, sondern um Aufrechnung (RG. 83, 140; 85, 109 ff., bef. 112 ff.).

Geh. ZR. Prof. Dr. Kleinfeller (†), Kiel.

Zu 5. Nach § 4 ZPO. ist für die Wertberechnung der Zeitpunkt der Erhebung der Klage maßgebend. Eine Änderung tritt nur ein, wenn sich der Streitgegenstand selbst ändert. Die früheren Entsch. des RG.: ZB. 1893, 126; 1894, 114, wonach sich durch Konkursöffnung der Streitgegenstand selbst ändern soll, sind in der Rspr. des RG. mit Recht verlassen worden (RG. 76, 294 = ZB. 1911, 718²; 109, 154), da es sich hier nicht um eine Änderung des Streitgegenstandes, sondern nur um eine zeitweilige Beeinflussung dessen Wertes handelt. Wird deshalb der Prozeß im Laufe einer Instanz aufgenommen, so bleibt es beim Streitwert des Instanzbeginnes; nur wenn nach Instanzbeendigung Konkurs eröffnet und das Verfahren mit Einlegung eines Rechtsmittels aufgenommen wird, bestimmt sich der Streitwert nach § 148 RD. (Menzel, RD., Bem. zu § 148).

Unterliegt der Verwalter, so sind die Kosten Masseschuld (Jaeger, RD., Bem. 1 zu § 59; 4 zu § 147; Menzel, RD., Bem. 1 zu § 59; 2 zu § 147); und zwar ist die Kostenschuld sowohl der anderen Partei als der Staatskasse gegenüber eine Masseschuld auch für die vor Konkursbeginn entstandenen Kosten (Jaeger, RD., Bem. 2 zu § 59).

Es ist dies dem Fall ähnlich, daß der Verwalter bei Eintritt in ein Sukzessivlieferungsgeschäft auch für die vor Eröffnung des Verfahrens vom Gläubiger gemachten Teilleistungen voll mit der Masse aufzukommen hat, da es sich um eine einheitliche Forderung handelt (RG. 39, 57; 51, 281; 62, 201; 85, 222 = ZB. 1914, 1036; 98, 137; 129, 228 = ZB. 1930, 2782).

Der Entsch. ist deshalb durchaus beizutreten.

Geh. ZR. Dr. Bernh. Mayer, München.

Zu 6. A. Der Entsch. des RG. sowie der Anm. von Eißold: ZB. 1932, 2636 muß widersprochen werden.

Rechtlich erheblich ist nicht die Frage, ob ein Legatsschuldver-

7. § 35 VerglD. kann nur Anwendung finden auf Prozesse, die nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens in Gang gebracht worden sind.†)

(RG., 2. ZivSen., Beschl. v. 10. Juli 1931, 2 W 5152/31.)

Abgebr. JW. 1932, 180.

Braunschweig.

8. § 4 VerglD. Durch das Bestehen eines Eigentumsvorbehalts wird die Beteiligung des Verkäufers am Vergleichsverfahren des Käufers nicht gehindert.

Die Ansicht, daß es sich bei Vorbehalt des Eigentums um einen auch vom Verkäufer noch nicht vollständig erfüllten Vertrag handelt und der Verkäufer daher am Vergleichsverfahren nicht beteiligt ist, ist in RG. 64, 204, 334; 85, 402 = JW. 1915, 100; 95, 105; 133, 40 = JW. 1932, 164; Jaeger, RD., 6. u. 7. Aufl., Anm. 11 zu § 17; Mengel, RD., 3. Aufl., Anm. 3 zu § 17; Warneher, RD., Anm. V zu § 17; Riefow, VerglD., 4. Aufl., Anm. 8a zu § 4; Eisold, VerglD., 3. Aufl., Anm. 14 Anh. zu § 4; Danielesik: JW. 1932, 157; Cohn: JW. 1930, 2759 (vgl. auch DLG. Hann mit Anm. von Levy: JW. 1926, 2115) vertreten. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Vielmehr ist die vor allem von Dertmann

hältis, sondern wann es entsteht. Hierfür ist wiederum maßgebend, was unter der ex-tunc-Wirkung zu verstehen ist. Bei der Prüfung dieser Frage müssen konkurssrechtliche Grundzüge gänzlich ausscheiden. Es handelt sich nur um die Auslegung der §§ 346 ff. BGB. Die ex-tunc-Wirkung bedeutet, daß die Rücktrittserklärung des Verkäufers den Käufer verpflichtet, die empfangenen Leistungen, wie sie ihm gewährt worden sind, zurückzugeben, während andererseits der Verkäufer das zurückgeben muß, was er erhalten hat. Es tritt also mit anderen Worten durch die Rücktrittserklärung eine Umkehrung der bisherigen vertraglichen Verpflichtungen ein. Das Gesetz hat hier die für die Folgen der Rücktrittserklärung einzig mögliche Regelung geschaffen, indem es sich für die Parteien nur noch um die Wiederherstellung des Zustandes handeln kann, der vor dem Vertragsabschlusse bestanden hat. Weiter geht die ex-tunc-Wirkung nicht. Insbes. bedeutet sie nicht, daß der Anspruch auf Wiederherstellung schon mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses besteht.

Vielmehr entsteht ein neuer obligatorischer Anspruch, gerichtet auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, der vor dem Vertragsabschlusse bestanden hat. Sowohl das RG. als auch Eisold verwechseln miteinander die Folgen der ex-tunc-Wirkung und den Zeitpunkt, zu welchem die Ansprüche aus der Rücktrittserklärung mit ihrer ex-tunc-Wirkung in die Erscheinung treten.

Staudinger und Blanck, auf die sich Eisold bezieht, vertreten das Gegenteil seiner Ansicht. Vgl. Staudinger § 346, I, 1 b; „Nicht etwa löst der Rücktritt, wie der Eintritt einer auflösenden Bedingung die durch den Vertrag entstandene Rechtsänderung von selbst, mit dinglicher Wirkung, wieder auf. Vielmehr begründet der Rücktritt unter den Vertragssteilen ein neues Schuldverhältnis, das auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen gerichtet ist.“ Vgl. ferner Blanck, Vorbem. zu § 346, 1a und 1b; Schollmeyer, § 346 Anm. 2b; RGKomm. § 346, 3.

Diese Auffassung von den Folgen des Rücktritts nach § 346 BGB. und der Art und Weise der ex-tunc-Wirkung ist bisher wohl einhellig in Literatur und Praxis vertreten worden. Das RG. erkennt auch nicht die Schwäche seines Standpunktes, es nimmt aber an, es handele sich bei den Ansprüchen auf Rückgewähr um ein Verhältnis, das für den Fall des vorgesehenen Rücktritts schon vorher gewollt war und als ein bedingt existentes schon vorher bestand, nämlich schon bei Vertragsabschlusse nach § 455 BGB. Diese Ansicht des RG. mag richtig sein, insoweit es sich um die von der Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises abhängige Übertragung des Eigentums handelt, nicht aber insoweit, als es das Rücktrittsrecht des Verkäufers betrifft; denn das Schuldverhältnis entsteht ja nicht dadurch, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug gerät. Hierdurch entsteht ja erst das Recht des Verkäufers, den Rücktritt zu erklären. Das Rücktrittsrecht ist also ein Gestaltungsrecht, von welchem der Verkäufer nach seinem Belieben Gebrauch machen kann oder nicht. Tut er das, so führt er damit erst die Auflösung des Vertragsverhältnisses herbei.

Ist aber der Anspruch auf Rückgewähr der Leistungen, evtl. auf Schadensersatz, erst mit dem Zugehen der Rücktrittserklärung entstanden, so ist die Folge, daß es sich um Ansprüche handelt, die nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens entstanden sind. Der Gläubiger ist also nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens Gläubiger geworden und nimmt somit am Verfahren nicht teil. So zutreffend DLG. Düsseldorf: JW. 1932, 2638.

Für die diesseitige Ansicht ergibt sich aber aus der VerglD. selbst noch eine sehr starke Begründung. Hat nämlich der Schuldner die Ermächtigung nach § 28 VerglD. bekommen und seinerseits die Erfüllung oder weitere Erfüllung des gegenseitigen Vertrages abgelehnt, so steht dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch zu. Für diesen Anspruch bestimmt § 30 VerglD. ausdrücklich, daß er unter

(Anm. 4 zu § 455 BGB. und in LZ. 1927, 9, 16) vertretene Ansicht zu billigen, daß der Verkäufer durch Befreiung unter Eigentumsvorbehalt seine Verpflichtung erfüllt hat (so auch Maher, VerglD., Anm. D II zu § 4; Ebertsheim: JW. 1930, 3704; Merkel II: JW. 1931, 2088 f. und 1932, 157; Samolewicz: JW. 1931, 2160; Hüßl: LZ. 1931, 153 f. [158]; Stulz: JW. 1930, 2772; DLG. Augsburg nach Merkel: JW. 1932, 157; DLG. Stuttgart und Auerbach nach Riefow a. a. O.; vgl. auch Ennecerus-Lehmann, Schuldrecht S. 400 Anm. 3). Denn der Verkäufer hat durch die Befreiung unter Eigentumsvorbehalt die ihm obliegenden, zum Rechtsenerwerb des Käufers dienlichen Handlungen bewirkt, mithin seine Rechtsverschaffungspflicht (§ 433 BGB.) erfüllt; was zum Eigentumsenerwerb des Käufers noch hinzukommen muß (Zahlung des Kaufpreises), vollzieht sich ohne seine Mitwirkung.

(DLG. Braunschweig, 2. ZivSen., Urtr. v. 18. Okt. 1932, 2 V 83/32.)

Mitgeteilt von OMR. Dr. Fricke, Wolfenbüttel.

Dresden.

9. § 91 Ziff. 6 VerglD. Das Ausscheiden von Gesoffen ist bereits vom Tage des Antrags auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens über eine eingetragene Ge-

das Vergleichsverfahren falle. Diese Best. wäre unnötig gewesen, wenn die Ansicht des RG. und die von Eisold über die ex-tunc-Wirkung richtig wären. Denn die Ablehnung der Erfüllung oder der weiteren Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages ist nichts anderes als eine Rücktrittserklärung, die sich je nach dem Tatbestand auf den ganzen Vertrag oder auf einen Teil des Vertrages bezieht. Das Gesetz selbst vertritt also die Ansicht, daß ein Anspruch aus dem Rücktritt von einem gegenseitigen Vertrage erst mit demjenigen Zeitpunkt entsteht, zu welchem der Rücktritt wirksam geworden ist.

Mithin scheint mir allein die Ansicht des DLG. Düsseldorf und von Riefow zuzutreffen, daß nämlich ein Gläubiger mit Ansprüchen aus einem von ihm erklärten Vertragsrücktritt am Vergleichsverfahren nicht beteiligt ist, wenn er den Rücktritt vom Vertrage nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens und bevor der Schuldner von einer Ermächtigung nach § 28 VerglD. Gebrauch gemacht hat, erklärt. —

Soweit Eisold sich mit der ratio legis beschäftigt, schlagen seine Ausführungen ebenfalls nicht durch. In der Praxis der Vergleichsgerichte wird viel zu wenig die Vorschrift beachtet, daß die Ermächtigung nach § 28 VerglD. nur erteilt werden soll, wenn die Ablehnung der Erfüllung keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt.

Schließlich hat auch der Gläubiger keinen Anlaß, auf den Vergleichsschuldner Rücksicht zu nehmen. Die Interessen des Schuldners und des Gläubigers stehen sich meistens diametral gegenüber, und der Schuldner kann von dem Gläubiger um so weniger verlangen, daß dieser sich den Folgen des Vergleichsverfahrens nicht zu entziehen versucht, als er ja auch seinerseits auf den Gläubiger keine Rücksicht nimmt, indem er ihn nur mit einem Teil seiner Forderung abfinden, d. h. ihm im Wege des Vergleichsverfahrens einen Teil seines Vermögens nehmen will. —

Dr. Bremer, Wandsbek.

B. Vgl. ferner DLG. Düsseldorf unten S. 1139 nebst der zu beiden Entsch. gehörenden Anm. Jaques. D. S.

Zu 7. Die obige Entsch. ist zutreffend und entspricht der herrschenden Meinung (vgl. außer den ob. Zit. Salomon, VerglD., Anm. 2 zu § 35). Auch Samolewicz hat in der 2. Aufl. seinen früher abweichenden Standpunkt aufgegeben. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann an der Richtigkeit der herrschenden Meinung auch kein Zweifel aufkommen. Außerdem ergibt sich dies auch aus dem Zweck der Vorschrift. Durch sie sollen unnütze Prozesse und damit überflüssige Kosten vermieden werden. Davon kann nur dann die Rede sein, wenn ein beteiligter Gläubiger nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens Klage erhebt. Denn nunmehr kann er abwarten, ob nicht der Schuldner seine Forderung im Vergleichstermin anerkennt und er auf diese Weise für den Fall des Zustandekommens des Vergleichs einen Vollstreckungstitel nach § 75 VerglD. enthält, ohne vorher ein Urteil erwirkt zu haben.

Diese Erwägungen scheiden bei einem Prozeß, den ein Gläubiger schon vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens begonnen hatte, aus. Es ist mit dem geltenden Gesetz unvereinbar, bei derartigen Prozessen eine Säur zwischen den vor und nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens liegenden Stadien zu machen. Die VerglD. hat mit vollem Bewußtsein die für den Konkursfall getroffene Regelung der Prozeßunterbrechung nicht übernommen. Man würde aber im praktischen Ergebnis eine derartige Unterbrechung herbeiführen, wenn man den Gläubiger, der schon vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens Klage erhoben hat, mit einem über den Rahmen des § 93 P.D. hinausgehenden Kostenrisiko belasten würde, falls er nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens den Prozeß forsetzt.

MR. Dr. Richard Salomon, Berlin.

nossenschaft, die den Vorschriften des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften unterliegt, nicht mehr zulässig. (Ebenso Parisius-Krüger, GenG.)

(OLG. Dresden, 6. ZivSen., Beschl. v. 3. Jan. 1933, 6 Reg 284/32.)

Mitget. von RA. Dr. Lothar Goldhahn, Schwarzenberg i. S.

*

Düsseldorf.

10. §§ 2, 4 VerglD.; § 771 ZPO. Der Treuhänder kann einer Zwangsvollstreckung in das Treugut seitens eines am Vergleichsverfahren nicht beteiligten Gläubigers nicht widersprechen. †)

(OLG. Düsseldorf, 7. ZivSen., Urt. v. 22. Juli 1932, 7 U 134/32.)

Mitgeteilt von Ref. Dr. Paul Abels, Düsseldorf.

*

11. §§ 4, 28 VerglD.

1. Aus der Tatsache, daß der Elektrizitätsversorgungsvertrag neben den Einzelleistungen „auch eine dauernde, nicht abreißenbe Leistung zum Gegenstand hat“, ergibt sich, daß er ein bei Vergleichseröffnung beiderseits noch nicht voll erfüllter zweiseitiger Vertrag ist. Er wird daher vom Vergleichsverfahren nicht berührt.

2. Die Ausübung eines vertraglichen Kündigungsrechtes schließt die Lösung des Vertrages auf Grund richterlicher Ermächtigung gemäß § 28 VerglD. aus. Der Vertrag läuft bis zum Kündigungsstermin fort und bleibt außerhalb des Vergleichsverfahrens.

3. Ist sich der Vergleichsschuldner dieser Wirkung seiner Kündigung nicht bewußt, so kann er sie gleichwohl nicht wegen Irrtums anfechten. Rechtsirrtum.

4. Nicht der Beschluß des Gerichts, sondern erst die Erklärung des Vergleichsschuldners löst die Wirkungen des § 28 VerglD. aus.

1. Am Tage der Eröffnung des VerglVerf. der Bekl. waren die Parteien noch bis zum 31. Dez. 1932 an den Stromlieferungsvertrag vom November 1930 gebunden. Aus diesem Vertrag ergaben sich für beide Parteien eine Reihe von dauernden Verpflichtungen, die sie also jedenfalls bis zum Ende des Vertrages noch erfüllen mußten. Der Vertrag war somit zur Zeit der Eröffnung des VerglVerf. weder von dem Schuldner noch von dem anderen Teile vollständig erfüllt. Es handelte sich vielmehr um einen Vertrag, der die dauernde, sukzessive Lieferung von Strom auf Grund einer einmaligen, einheitlichen für die Dauer des Vertrages geltenden Abmachung zum Gegenstand hatte, also um einen sog. Sukzessivlieferungsvertrag.

Aus den Best. des Vertrages, insbes. aus den vereinbarten Kündigungsfristen ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß die Parteien für die ganze Dauer ihrer Beziehungen ein einheitliches Vertragsverhältnis entstehen lassen und alle Stromlieferungen einer Gesamtregelung unterstellen wollten. Der Vertrag sollte durch die vereinbarte Kündigungsfrist nicht jeweils unterbrochen werden und dann neu zur Entstehung gelangen, vielmehr sollte der Vertrag stillschweigend fortlaufen, falls nicht von einer der Parteien gekündigt wurde. Wie stets kann auch hier die Vereinbarung einer solchen Kündigungsmöglichkeit nur den Sinn haben, daß der Vertrag als einheitliches Ganzes so lange ununterbrochen wirken soll, als von der Kündigungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wird.

Nach aus dem Wesen des Stromlieferungsvertrages ergibt sich, daß es sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag handelt. Neben den Einzelstromlieferungen, die die Kl. zu bewirken hatte, bestand für sie eine Dauerverpflichtung, die an wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung den Einzelstromlieferungen gleichsteht. Sie war verpflichtet, ständig Einrichtungen in Betrieb zu halten, die es der Bekl. ermöglichen, zu jeder beliebigen Zeit jede beliebige Menge von Strom zu entnehmen. Die besondere Bedeutung dieser Dauerverpflichtung geht mit Deutlichkeit daraus hervor, daß nur durch die Möglichkeit dauernd veränderter Abnahme von Strom oder dessen Ausschaltung der elektrische Strom vom Abnehmer in vernünftiger Weise benutzt werden kann. Ergibt sich demnach, daß der Stromlieferungsvertrag auch eine dauernde, nicht abreißenbe Leistung zum Gegenstand hat, so muß er auch aus diesem Grunde als ein im Augenblick der Eröffnung des VerglVerf. von beiden Teilen noch nicht vollständig erfüllter Vertrag angesehen werden (vgl. Riefow, Komm. z. VerglD., 4. Aufl., Note 18, 19, 19a und die in Note 19a angef. Entsch.; Ripperden; JW. 1931, 3150).

2. Der § 28 VerglD. bietet dem Schuldner die Möglichkeit,

Zu 10. Die Entsch. nimmt zu der bekannten Kontroverse über das Interventionsrecht des Treuhänders Stellung. Sie verneint sie. Ebenso Schwister: JW. 1931, 1163. Die Frage wird bejaht von Riefow S. 156; Carstens: JW. 1931, 2183; Eifer: LZ. 1931, 227; Merkel: JW. 1930, 1343; Eifold und Emmerich, VerglD.

mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts die weitere Erfüllung auch eines Sukzessivlieferungsvertrages abzulehnen, wodurch die Ansprüche des Gläubigers sich in Ansprüche auf Schadenersatz verwandeln, mit denen er gem. § 30 VerglD. am VerglVerf. des Schuldners beteiligt ist. Unstreitig hat die Bekl. von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und auf Grund des Beschl. des Vergleichsgerichts v. 6. Mai 1932 die weitere Erfüllung abgelehnt.

Sie hatte jedoch schon vor Stellung des Antrages zur Erlangung der Ermächtigung zur Ablehnung weiterer Erfüllung den Vertrag durch Schreiben an die Kl. v. 6. April 1932 mit Wirkung zum 31. Dez. 1932 gekündigt und sich dadurch der Möglichkeit, den Weg des § 28 VerglD. zu beschreiten, beraubt.

Aus der Tatsache, daß sie zwei Tage nach dem Ausspruch der Kündigung für etwa 50 Vertragsverhältnisse den Antrag auf Ermächtigung zur Ablehnung der weiteren Erfüllung stellte, ergibt sich, daß die Bekl. bei Abgabe der Kündigungserklärung genau wußte, daß sie nach § 28 VerglD. die Wahl hatte, ob sie den Vertrag mit der Kl. fortsetzen oder dessen weitere Erfüllung ablehnen wollte. Wenn sie in dieser, der Kl. ebenfalls bekannten Lage eine Erklärung abgab, wonach der Vertrag mit dem 31. Dez. 1932 sein Ende nehmen sollte, so kann diese Erklärung nur so verstanden werden, daß sie zwischen den beiden Möglichkeiten gewählt und sich für die Fortsetzung des Vertrages bis zum 31. Dez. 1932 entschieden hatte.

Demgegenüber kann sich die Bekl. auch nicht darauf berufen, daß sie eine solche Erklärung nicht habe abgeben wollen. Jeder muß im rechtsgeschäftlichen Verkehr seine Erklärungen nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte so gegen sich gelten lassen, wie sie von der Verkehrssitte verstanden werden.

3. Die Bekl. kann ihre Erklärung nicht wirksam anfechten. Sie hatte sich weder über den Inhalt ihrer Erklärung geirrt, noch hat sie eine Erklärung dieses Inhaltes nicht abgeben wollen. Vielmehr war sie sich durchaus bewußt, eine Kündigungserklärung des bezeichneten Inhaltes abzugeben; geirrt hat sie sich lediglich über eine rechtliche Folge dieser Erklärung. Ein solcher Rechtsirrtum berechtigt aber nach allgemeiner Auffassung nicht zur Anfechtung (vgl. RG. 51, 281).

Hatte demnach die Bekl. einmal die Erfüllung des Vertrages gewählt, so konnte sie nachträglich die Erfüllung nicht mehr ablehnen und ihre spätere Ablehnung trotz des Beschl. des Vergleichsgerichts v. 6. Mai 1932 der Kl. gegenüber keine Wirkung gewinnen (vgl. Riefow, Note 16, 17a).

4. Dieser Beschluß griff in die Beziehungen der Parteien überhaupt nicht ein, sondern gab nur dem Schuldner die Ermächtigung zur Ablehnung der Erfüllung. Erst die Willenserklärung der Bekl. hätte die Ablehnung der weiteren Erfüllung bewirken können. Die Bekl. konnte aber eine solche Erklärung dann nicht mehr abgeben, da sie sich vorher für eine Erfüllung ausgesprochen hatte.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 9. Nov. 1932, 2 U 184/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Fritz Rumpff, Berlin.

*

12. § 4 VerglD. Hat sich ein Gläubiger an gelieferter Ware das Eigentum bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten, und ist vor Zahlung das Vergleichsverfahren eröffnet worden, dann nimmt dieser Gläubiger am Verfahren nicht teil. Die in RG. 133, 142 in bezug auf § 17 RD. aufgestellten Grundsätze finden entsprechende Anwendung. †)

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 4. Febr. 1932, 4 U 288/31.)

Abgebr. JW. 1932, 2638¹².

*

Zu 12. A. Vgl. Eohn: JW. 1932, 146.

B. Es bereitet allerdings gewisse Schwierigkeiten, anzunehmen, daß in einem noch wirksamen Vertragsverhältnis schon latent die Verpflichtungen aus einem doch nur erst später erklärten Rücktritt enthalten sein soll. Auf eine einfache Formel gebracht, bedeutet es aber das Folgende: Der Rücktritt vom Vertrag, den das OLG. Düsseldorf als selbständigen Entstehungsgrund für neue Ansprüche ansieht, ist in Wahrheit nichts anderes als das Ende einer alten Vertragsbeziehung. Durch den zu Recht erklärten Rücktritt wird jede Möglichkeit der Erfüllung des Schuldverhältnisses ausgeschlossen. Voraussetzung für die Anwendung des § 4 VerglD. ist aber gerade das Vorliegen eines beiderseits noch nicht erfüllten, d. h. noch zu erfüllenden Vertrages. Durch den Rücktritt wird das Schuldverhältnis in sein Gegenteil verwandelt. Beide Parteien sind nur noch verpflichtet, die schon erfolgten Erfüllungshandlungen soweit wie möglich rückgängig zu machen. Bei diesem engen Zusammenhang zwischen den sich auf Grund des Rücktritts ergebenden Verpflichtungen und dem ursprünglichen Vertrag kann man niemals von neuen Verpflichtungen auf Grund des Rücktritts sprechen. Es ist höchst erfreulich, daß das RG. festgestellt hat, daß der Gläubiger einer Forderung aus § 347 BGB. im Vergleichsverfahren nicht als Neugläubiger angesehen werden darf.

13. § 4 VerglD. Beteiligung am Vergleichsverfahren. Bei einer nur äußerlich einheitlichen Bestellung verschiedener Waren müssen bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Bestellers die Rechtsfolgen so beurteilt werden, wie wenn über jeden einzelnen Posten ein besonderes Rechtsgeschäft abgeschlossen wäre. (Sammelbestellung.)

Es kann dahingestellt bleiben, ob in den Fällen, in denen es sich um ein einheitliches Geschäft im strengen Sinne handelt, zwischen dem veräußerten Teil der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware und dem nicht veräußerten Teil nicht unterschieden werden kann (so Kiefrow, IV. Aufl. S. 134 unter d, wo als A. OLG. Stuttgart zitiert ist). Im vorl. Falle liegt nur äußerlich eine einheitliche Bestellung vor. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Sammelbestellung, es handelt sich um Wirkwaren, bei denen für die einzelnen Posten nach der Kaufbestätigung vom

15. Aug. 1930 ein Einzelpreis ausbedungen worden ist. Die Billigkeit verlangt aber, daß in solchen Fällen die Rechtsfolgen keine anderen sein können, als wenn jeder einzelne Warenposten einzeln verkauft worden wäre. Würde das aber der Fall gewesen sein, so könnte die Kl. ohne Zweifel jeweils nur wegen des Kaufpreises des einzelnen z. B. der Vergleichseröffnung nicht verkauften Warenpostens außerhalb des Vergleichsverfahrens Befriedigung verlangen. Denn für jeden Kaufabschluß hätte ein besonderer Eigentumsvorbehalt bestanden. Daß die Rechtsfolgen im Falle einer Sammelbestellung aber anders sein sollen, läßt sich nicht rechtfertigen. Der Senat kommt daher zu dem Ergebnis, daß die Kl. nur wegen des Kaufpreises der ausgeforderten Ware am Vergleichsverfahren nicht beteiligt ist. Wegen des restlichen Kaufpreises hätte die Kl. sich am Vergleichsverf. beteiligen müssen.

(OLG. Düsseldorf, Ur. v. 22. Juli 1932, 7 U 378/31.)

*

wenn der Schuldner darauf noch Zahlungen zu leisten hat; der Gläubiger bleibt dann mit seinen ganzen Kaufpreisforderungen aus dem Sukzessiv-Lieferungsvertrag außerhalb des Verfahrens. Wenn auch der Sukzessiv-Lieferungsvertrag ratenweise zu erfüllen ist, so bleibt er doch ein einheitlicher Vertrag. Maßgebend ist die Einheitlichkeit beim Vertragsabschluß.

Findet nun ein Kaufgeschäft über verschiedene Kaufgegenstände mit verschiedenen Einzelpreisen und womöglich auch verschiedenen Lieferzeiten oder sonstigen verschiedenen Kaufbedingungen (z. B. hinsichtlich der Zahlungsweise) statt, so kann aus diesen Verschiedenheiten allein noch nicht auf das Fehlen der Einheitlichkeit geschlossen werden. Grundsätzlich kommt es dabei auf den Parteil willen an. Wenn im eingangs erwähnten Falle der Kunde dem Vertreter der Lieferfirma erklärt: „Bitte notieren Sie: 1. 10 Dhd. Strümpfe schwarz à R.M. 8.—, 2. 10 Dhd. Strümpfe grau à R.M. 9.—, 3. 10 Dhd. Kragen à R.M. 6.—, 4. 10 Pullover à R.M. 3.50“, so liegt sicherlich beiden der Wille, vier verschiedene Kaufgeschäfte abzuschließen, völlig fern, und daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Bestellung lautete:

„1. 10 Dhd. Strümpfe schwarz à R.M. 8.—, lieferbar bis Weihnachten, und zwar je 2 Dhd. in den Größen 7, 8, 9, 10 und 11,
2. 10 Dhd. Strümpfe grau à R.M. 9.—, lieferbar bis Ende Febr., und zwar je 1 Dhd. in den Größen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10,
3. 10 Dhd. Kragen à R.M. 6.—, lieferbar sofort, und zwar je zur Hälfte in Größe 38 und 40, zahlbar binnen 14 Tagen nach Rechnungsdatum,
4. 10 Pullover à R.M. 3.50, lieferbar 1 Monat nach Farb- und Größeneinteilung.“

In diesem Falle bejaht das OLG. Mainz die Einheitlichkeit, trotzdem die einzelnen Rummern durch Striche getrennt waren. Natürlich kann den Parteien auch aus irgendwelchen Gründen daran liegen, statt des einen Kaufgeschäfts über vier verschiedene Posten vier verschiedene Kaufgeschäfte über die einzelnen Posten abzuschließen. Aber das muß dann zum Ausdruck gebracht werden. Ein — übrigens keineswegs allein entscheidendes — Zeichen dafür wäre z. B. die Notierung der einzelnen Posten auf verschiedenen Blättern, die Bestätigung jedes einzelnen Postens durch den Verkäufer oder dergleichen. Doch bleiben auch dann noch genug Zweifel, zu deren Lösung die folgenden Betrachtungen anregen mögen:

Wenn ich ein Ladengeschäft betrete und dort von einem Angestellten kaufe:

2 Paar Strümpfe schwarz	à R.M. 1.50
2 Paar Strümpfe grau	à „ 1.75
3 Kragen	à „ —.90
1 Pullover	à „ 5.—

so wird niemand zögern, einen einheitlichen Kauf anzunehmen. Gehe ich aber in ein Warenhaus, kaufe im Erdgeschoß in der Abteilung für Strumpf- und Wirkwaren je 2 Dhd. Strümpfe in schwarz und grau, zahle an der Kasse Nr. 5, kaufe dann im ersten Stock bei der Abteilung für Herrenwäsche 3 Kragen (Zahlung an Kasse Nr. 17) und erstehe schließlich im Dachgeschoß bei der Sportabteilung einen Pullover, den ich an der Kasse Nr. 29 bezahle, so wird niemand bezweifeln, daß drei verschiedene Kaufgeschäfte vorliegen. Diese Beispiele zeigen klar, worauf es bei der Einheitlichkeit des Geschäftes ankommt: Gleich Kaufpersonen (im körperlichen Sinne), Gleichzeitigkeit der Kaufvorgänge (es genügt natürlich ungefähre Gleichzeitigkeit), Einheitlichkeit des Kauforts und vielleicht auch eine gewisse Einheitlichkeit der Waren, alles das beurteilt vom Standpunkte der Verlehrsbilichkeit aus. Bei Berücksichtigung dieser vier Tatumstände

Zweck der VerglD. ist, alle Gläubiger gleichmäßig zu behandeln, und zwar nach der Rechtslage, in der sie sich zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens befunden haben. Es kann unmöglich das Recht eines Gläubigers sein, sich durch eine einseitige Erklärung eine bessere Rechtsstellung zu verschaffen als die anderen Vergleichsgläubiger haben. Nicht umsonst gewährt § 28 VerglD. neben dem Schuldner auch dem Gläubiger die Möglichkeit, mit Ermächtigung des Gerichts die weitere Erfüllung eines Vertrages abzulehnen. Dabei muß es aber sein verwenden haben. Wenn ein Gläubiger zu dem mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag nicht mehr stehen will, so muß er sich gefallen lassen, daß sein Schadenersatzanspruch gemäß § 30 VerglD. nur nach Maßgabe des Vergleichsvorschlages befriedigt wird.

RA. Dr. F. P. Jaques, Hamburg.

Zu 13. Diese Entsch. ist — ebenso wie OLG. Mainz: unten S. 1152 — von erheblicher Wichtigkeit. Ihre Bedeutung geht, wie weiter unten darzulegen, weit über den § 4 VerglD. hinaus, wenn auch vor allem deßwegen Streitfragen damit eine neue Bereicherung erfahren haben. Um gleich das Ergebnis vormweg zu nehmen, so scheint mir OLG. Mainz beifallswert, das Urteil des OLG. Düsseldorf dagegen verfehlt. Beide Entsch. befassen sich mit dem sehr häufigen Fall, daß der Käufer dem Verkäufer verschiedene Sorten von Waren zu verschiedenen Einzelpreisen zur Lieferung aufgibt. Das OLG. Düsseldorf nennt das „Sammelbestellung“. Der den Kunden besuchende Vertreter notiert z. B.:

10 Dhd. Strümpfe schwarz	à R.M. 8.—
10 Dhd. Strümpfe grau	à „ 9.—
10 Dhd. Kragen	à „ 6.—
10 Pullover	à „ 3.50 ufm.

Der Senat will in diesem Falle die „Sammelbestellung“ in eine Reihe von Einzelkaufverträgen zerlegen: „Im vorl. Falle liegt nur äußerlich eine einheitliche Bestellung vor. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Sammelbestellung; es handelt sich um Wirkwaren, bei denen für die einzelnen Posten nach der Kaufbestätigung v. 15. Aug. 1930 ein Einzelpreis ausbedungen worden ist. Die Billigkeit verlangt aber, daß in solchen Fällen die Rechtsfolgen keine anderen sein können, als wenn jeder einzelne Warenposten einzeln verkauft worden wäre . . .“ Die Anwendung dieser Grundsätze auf § 4 VerglD. ergibt: Steht bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Käufers nur noch bei einzelnen Posten die beiderseitige Erfüllung aus, so bleibt der Verkäufer nur hinsichtlich dieser Posten außerhalb des Vergleichsverfahrens; hinsichtlich derjenigen Posten aber, die nur von einer Seite her noch nicht erfüllt sind — z. B. wenn zwar der Verkäufer voll seiner Pflicht zur Lieferung und Eigentumsverschaffung nachgekommen war, während der Käufer noch nicht ganz gezahlt hatte —, wird er dagegen vom Verfahren betroffen. Folgerichtig fahren die Urteilsgründe also fort: „Wäre jeder einzelne Warenposten nur einzeln verkauft worden, so könnte die Kl. ohne Zweifel jeweils nur wegen des Kaufpreises des einzelnen z. B. der Vergleichseröffnung nicht verkauften Warenpostens Befriedigung außerhalb des Vergleichsverfahrens verlangen; denn für jeden Kaufabschluß hätte ein besonderer Eigentumsvorbehalt bestanden. Daß die Rechtsfolgen im Falle einer Sammelbestellung aber anders sein sollten, läßt sich nicht rechtfertigen . . .“

Diese Entsch. ist, jedenfalls solange das Ger. nicht noch andere Feststellungen des Tatbestandes treffen kann, äußerst bedenklich. Ausgangspunkt für die Untersuchung, ob ein Gläubiger gem. § 4 VerglD. vom Vergleichsverfahren betroffen wird oder nicht, ist stets die Frage: Beruhen die beiderseits noch unerfüllten Leistungen auf einem Vertrage? Die Einheitlichkeit des Vertrages ist entscheidend; denn der Sinn des Gesetzes ist: Einheitliche Verträge sollen nicht zerrissen werden in Teilstücke, die noch beiderseits offenstehen und in andere, die nur noch von einer Seite aus unerfüllt sind. Daher nimmt der Gläubiger eines Sukzessiv-Lieferungsvertrages mit Recht auch hinsichtlich der früheren, von ihm längst abgewickelten Teilstücke am Vergleichsverfahren nicht teil,

Frankfurt a. M.

14. § 7 VerglD.; § 771 ZPO. Der Treuhänder, der die Erfüllung eines gerichtlichen Vergleiches zu gewährleisten hat, ist nach Eintritt der Voraussetzung des § 7 VerglD. verpflichtet, von seinem Interventionsrecht hinsichtlich des Treuguts gegenüber den Vergleichsgläubigern keinen Gebrauch mehr zu machen. *)

Rahmen und Umfang der Treumacht ergibt der Vergleichsvorschlag, so wie er seine Bestätigung gefunden hat. Der Vertr. vom 31. Jan. 1929 wiederholt daher folgerichtig als Grundlage der Regelung die Best. des bestätigten Vergleichsvorschlages dahin, daß die Erfüllung des Vergleiches gewährleistet werden soll:

a) durch Übereignung der gesamten Aktivmasse an den Gläubigerbeirat . . .

d) durch Unterwerfung der Firma unter eine umfassende dauernde Kontrolle des Gläubigerbeirats.

Nur innerhalb dieser Grenzen besteht das Verwaltungs- und Bewertungsrecht der Treuhänder, nur insoweit sind sie berechtigt, kraft ihrer Stellung ihre Treumacht auszuüben. Es ist nicht zu bestreiten, daß die Abgrenzung und Best. dieses Aufgabenkreises an sich vom freien Willen der beteiligten Gläubiger abhängig ist und so erfolgen kann, wie sie es für richtig halten. Hat aber einmal ein bestimmter Vergleichsvorschlag seine Bestätigung gefunden, so sind die Treuhänder an ihn gebunden. Durch einen Vertr. zur Ausführung eines bestätigten Vergleiches können die Treuhänder nicht mehr Rechte erwerben als ihnen nach dem Inhalt des Vergleiches zustehen sollten. Eine Erweiterung ihrer Befugnisse, die dem Vergleich nicht entspricht, wäre unbeachtlich.

Zweck der vorl. Treuhandbestellung war, die Erfüllung des Vergleiches zu gewährleisten. Die Einrichtung der Treuhanderschaft sollte also lediglich dazu dienen, den beteiligten Gläubigern eine Sicherheit für die von der Vergleichsschuldnerin versprochenen und von ihr zu zahlenden Raten zu gewährleisten. Kam daher die Vergleichsschuldnerin mit den ihr obliegenden Leistungen in Verzug und mußten auch die Treuhänder erklären, daß sie die Zahlung der geschuldeten Raten nicht herbeiführen konnten, so

wird fast immer eine sichere und befriedigende Abgrenzung zwischen einem einheitlichen Geschäft und einer Mehrheit von Geschäften gelingen.

Keiner Erörterung bedarf es, daß die Parteien es in der Hand haben, einen ursprünglich einheitlichen Vertrag nachträglich durch übereinstimmende Willenserklärung in mehrere selbständige Verträge zu zerlegen und umgekehrt, und daß dieser mutuius consensus auch aus schlüssigen Handlungen gefolgert werden kann.

Die Unterscheidung zwischen einheitlichen Geschäft und Mehrheit von Geschäften ist natürlich auch für § 17 RD. wichtig. Aber auch andere Fälle, in denen es darauf ankommt, sind häufig, z. B. wenn scheinbar mehrere Verträge vorliegen und dann bei einem Verträge Schuldnerverzug eintritt; das berechtigt, wenn es sich wirklich um mehrere Verträge handelt, den Gläubiger noch nicht, nun seinerseits hinsichtlich der übrigen, bisher noch unverletzten Verträge seine Leistung zu verweigern, — dieser Grundsatz ist allerdings in Rspr. und Lehre praktisch oft durchbrochen (vgl. Staub, Komm. z. HGB. Anhang zu § 374 Anm. 145) —, während Verzug auch nur mit einem Teilstück innerhalb des einheitlichen Vertrages den Gläubiger ohne weiteres zur Leistungsweigerung berechtigt.

Das Urteil des OLG. Düsseldorf, das nähere Feststellungen darüber, ob ein einheitlicher Vertrag oder eine Mehrheit von Verträgen vorlag, vermissen läßt, erscheint mir also nicht haltbar. Soweit überhaupt Feststellungen getroffen sind, sprechen sie für einen einheitlichen Vertrag, der hinsichtlich seiner einzelnen, sich gattungsmäßig nahestehenden Posten zur gleichen Zeit, am gleichen Ort, durch den gleichen Vorgang und zwischen den gleichen Personen abgeschlossen worden war.

Dagegen hat das OLG. Mainz die oben erörterten maßgebenden Gesichtspunkte erkannt und ist dadurch zu einer richtigen, auch der Verkehrsauffassung entsprechenden Entsch. gelangt.

Das Ziel des OLG. Düsseldorf ist zwar verständlich: Es will die für den Schuldner häufig ruinösen Folgen des § 4 VerglD. vermeiden und den Schaden dem Gläubiger aufbürden. Ob das — gerade in der Zeit schwerster Gläubigernot — auch nur billig ist, worauf sich die Entsch. besonders beruft, erscheint mir fraglich. Will man aber in solchen Fällen dem Schuldner helfen, so könnte das m. E. nur durch eine Gesetzesänderung geschehen, wie sie die Denkschrift von Manasse und der Verein Berliner Kaufleute und Industrieller anstreben (Handelsbl. d. Köln. Ztg. Nr. 561 v. 13. Okt. 1932), indem sie folgende Neufassung des § 4 VerglD. vorschlagen:

„Ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem gegenseitigen Vertrag beruht, ist nicht Vergleichsgläubiger, wenn z. B. der Eröffnung des Verfahrens noch keine Vertragspartei den Vertrag

war hiermit der Zweck des Vergleiches, so wie er vorgesehen war, hinfällig geworden.

Ist aber der Zweck einer Sicherungsübereignung weggefallen, dann ist grundsätzlich der Rechtszustand wieder herzustellen, wie er ohne die Sicherungsübereignung bestünde.

Aus dem Begriff der Treumacht ergibt sich eine Beschränkung, deren Umfang aus dem Bestellungsvertr. zu entnehmen ist. Die Einschränkung bedeutet für den vorl. Fall die Pflicht der Kl., von ihrem Eigentumsrecht keinen Gebrauch zu machen und sich nicht im Wege der Intervention den zwangsweise ihr Recht verfolgenden Gläubigern entgegenzustellen. Nach § 7 VerglD. hat der am Vergleich beteiligte Gläubiger das Recht, sich auf seine ursprüngliche Forderung wieder in voller Höhe zu berufen und im Wege der Einzelvollstreckung vorzugehen, wenn der Vergleichsschuldner mit der Zahlung auch nur einer der von ihm versprochenen Raten in Verzug kommt. Hieran kann sich aber auch dann nichts ändern, wenn zwischen Gläubiger und Schuldner ein Dritter, der Treuhänder, eingeschaltet worden ist.

Es geht nicht an, daß die Gläubiger, die sich im Vertrauen auf die Einhaltung der vom Vergleichsschuldner gegebenen Zusagen zur Herabsetzung und Stundung ihrer Forderungen bewegen ließen, in der Verfolgung ihrer Rechte von den Maßnahmen der Treuhänder abhängig und diese noch besugt wären, die Abwicklung des Vergleiches nach ihrem Ermessen weiter zu betreiben, obwohl die Gläubiger an den von ihnen gewährten Erlaß und die Stundung nicht mehr gebunden sind.

Die Treuhänder sind daher für verpflichtet zu erachten, nach Eintritt der Voraussetzung des § 7 VerglD. von ihrem Interventionsrecht gegenüber den an dem Vergleich beteiligten Gläubigern keinen Gebrauch mehr zu machen. Das ergibt sich aus dem Wesen der Treumacht, die als Vertr. zwischen dem Treuhänder und dem einzelnen Gläubiger oder auch als vertragsähnliche Beziehung in Erscheinung treten kann.

(OLG. Frankfurt a. M., Urk. v. 7. Dez. 1931, 3 U 232/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Heinz Salzeid, Frankfurt a. M.

*

vollständig erfüllt hat. Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der Gläubiger die ihm obliegende Leistung z. B. der Eröffnung des Verfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit einem der Teilleistung entsprechenden Betrag seiner Forderung auf die Gegenleistung Vergleichsgläubiger . . .

Ob dem freilich beizutreten wäre, bleibe anderer Erörterung vorbehalten.

RA. Dr. Heinz Cohn, Köln.

Zu 14. Im Schrifttum ist streitig, ob die auf Grund eines gerichtlichen Vergleiches erfolgte Übertragung des Vermögens des Schuldners auf einen Treuhänder ihre Wirkung verliert, wenn über das Vermögen des Schuldners nachträglich infolge Nichterfüllung des Vergleiches das Konkursverf. eröffnet wird. Jäger (§ 23 Anm. 8 RD.) steht auf dem Standpunkt, daß eine derartige Sicherungsübereignung dadurch auflösend bedingt ist, daß sie nur zum Zwecke der Erfüllung des Vergleiches erfolgt, also infolge Eintretens der Bedingung unwirksam wird, wenn die Erfüllung des Vergleiches vereitelt wird; Menzel nimmt an, daß auch im Konkursverfahren die treuhänderische Übereignung wirksam bleibt, also den Vergleichsgläubigern einen Vorzug gibt vor den Gläubigern, die nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens hinzugegetreten sind. Die Entsch. behandelt eine Frage, die auf demselben Gebiete liegt: Es handelt sich zwar nicht darum, daß über das Vermögen des Schuldners wegen Nichtzahlung der Vergleichssrate Konkurs eröffnet ist, sondern nur darum, daß nach nicht pünktlicher Zahlung der Rate ein Vergleichsgläubiger gem. § 7 VerglD. wegen seiner gesamten Forderung beim Schuldner vollstreckt. Die Frage ist hier, ob der Treuhänder ein Interventionsrecht hat. Das hängt davon ab, ob man annimmt, daß auch, wenn der Vergleich nicht mehr erfüllt werden kann, die Aufgabe des Treuhänders bestehenbleibt oder ob man mit Jäger glaubt, in diesem Falle sei die Aufgabe des Treuhänders erledigt. OLG. Frankfurt bekennt sich zu der letzten Alternative. Bemerkenswert ist die Begründung. Es ist nicht etwa von einer auflösend bedingten Sicherungsübereignung die Rede, sondern das OLG. Frankfurt nimmt, ohne auf die Eigentumsfrage einzugehen, an, daß der Treuhänder kein Interventionsrecht habe, wenn seine Aufgabe erfüllt sei. Dies entspricht übrigens auch der Auffassung von Stein, Anm. II 1 zu § 771 ZPO. Dieser nimmt an, daß der Sicherungseigentümer kein Interventionsrecht mehr habe, wenn er nicht mehr wirtschaftlich an der Sache interessiert sei, also wenn z. B. jemand, dem Gegenstände für einen Kredit übereignet sind, wegen seiner Forderung befriedigt ist. Die Ansicht des OLG. Frankfurt ist durchaus haltbar.

RA. Dr. Georg M. Hamburger, Berlin.

15. §§ 14, 33 VerglD. Da die Gläubigerin dem Schuldner Waren unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat, der Vertrag somit noch nicht vollständig erfüllt ist, ist sie nicht am Vergleichsverfahren beteiligt. Eine gegen die von ihr vorgenommene Zwangsvollstreckung gerichtete gerichtliche Entscheidung kann somit innerhalb des Vergleichsverfahrens nicht ergehen. Solche Entsch. sind vielmehr als Entsch. im Zwangsvollstreckungsverfahren anzusehen, gegen die das Rechtsmittel der sofortigen und der sofortigen weiteren Beschwerde zulässig ist. †)

(OLG. Frankfurt a. M., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Juni 1932, 1 W 223/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Ludwig Mayer, Berlin.

*

Hamburg.

16. § 4 VerglD.; § 455 BGB. Ist bei Verkauf unter Eigentumsvorbehalt dem Käufer die freie Weiterveräußerung der Kaufsache in seinem Geschäftsbetrieb gestattet, so nimmt der Verkäufer an einem Vergleichsverfahren teil. †)

I.

Die z. B. herrschende Meinung geht (im Anschlusse an RG. 64, 204, 334; 66, 345¹⁾; 83, 214²⁾; 85, 320³⁾, 402⁴⁾; 95, 105; 133, 40⁵⁾) dahin, daß bei Eigentumsvorbehalt des Verkäufers bis zur Zahlung des Kaufpreises vor solcher Zahlung der Kaufvertrag auch seitens des Verkäufers hinsichtlich der nach § 433 BGB. erforderlichen Eigentumsübertragung noch nicht voll erfüllt worden sei.

Vgl. Jaeger, RD., 1931, § 17 Anm. 11 u. Zit. Mentzel, RD., 1932, § 17 Anm. 2 Abf. 3; auch Jaffé, Eigentumsvorbehalt beim Kauf, 1919, § 13 und Brecht: JheringsZ. 61,

Zu 15. Die bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens schwebenden Zwangsvollstreckungen werden häufig vom Vergleichsgericht auf Antrag des Schuldners in Vaußch und Bogen eingestellt oder gar aufgehoben, und zwar ohne Prüfung, ob die betr. Gläubiger am Vergleichsverfahren beteiligt sind oder nicht.

Legt dagegen ein am Verfahren nicht beteiligter Gläubiger Beschw. ein, so wird von einer Reihe von OLG. diese Beschw. als unzulässig verworfen, unter Ver. auf § 14 V.D. und mit der Begr., daß die Entsch. nach § 33 V.D. nicht unter die von der V.D. als anfechtbar bezeichneten Entsch. falle. Diese formalistische Auffassung wird von der vorl. Entsch. mit Recht zurückgewiesen, da ja sonst der am Verfahren nicht beteiligte Gläubiger einfach durch eine prozessuale Vorschr. dem beteiligten Gläubiger materiell gleichgestellt würde.

RA. Dr. Ludwig Mayer, Berlin.

Zu 16. I. Der Eigentumsvorbehalt ist das Sicherungsmittel des Warenhändlers gegenüber dem Sicherungsmittel des Geldkreditgebers, der Sicherungsübereignung; infolge des § 933 BGB. ist der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel der Sicherungsübereignung sogar überlegen. Beide Mittel sind nicht gerade sehr erfreuliche Erscheinungen des Wirtschaftslebens. Denn beide erfüllen ihren Zweck nur vollständig, wenn sie mehr oder minder verborgen bleiben. Ein Kaufmann, der seine Warenvorräte mit der üblichen Ersatzklausel sicherungshalber übereignet hat, wird keinen Verkäufer finden, der ihm ohne Eigentumsvorbehalt liefert, wenn er sich ihm offenbart; dann nutzt die Ersatzklausel aber nichts, da sie gegenüber dem Eigentumsvorbehalt versagt. Wer seine Waren unter Eigentumsvorbehalt erworben hat, kann, wenn er redlich ist, von dem Mittel der Sicherungsübereignung keinen Gebrauch machen; denn er kann dann die unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Sachen nicht übereignen. Der Kampf gegen die übermäßige Anwendung der Sicherungsübereignung hat als Abwehrmittel den Eigentumsvorbehalt großgezogen; inzwischen hat dieses Abwehrmittel aber selbst eine Ausdehnung angenommen, die man kaum noch wirtschaftlich rechtfertigen kann. Regelmäßig benutzt man sich für die Notwendigkeit des Eigentumsvorbehalts an Sachen, die zum Weiterverkauf bestimmt sind — und nur von diesem Eigentumsvorbehalt ist hier die Rede —, auf die gestufte Schuldnermoral; man sollte sich vielleicht einmal die Frage vorlegen, ob nicht ein Sicherungsmittel, das bewußt den Schuldner nach außen hin als mehr erscheinen läßt, als er ist, zu diesem bekl. Sünden der Schuldnermoral selbst ein gutes Teil beigetragen hat. Die Erkenntnis, daß der Eigentumsvorbehalt in seiner gegenwärtigen Ausdehnung und namentlich in seiner Anwendung auf das Verhältnis von Lieferant und Wiederverkäufer allmählich zu einem das Wirtschaftsleben gefährdenden Mißbrauch wird, ist wohl auch ein Grund dafür, daß sich Rechtslehre und Rspr. bemühen,

1) JW. 1907, 743.

2) JW. 1914, 143.

3) JW. 1915, 23.

4) JW. 1915, 100.

5) JW. 1932, 164.

297 f., aber unter Ablehnung der reichsgerichtlichen Begr., daß der Eigentumsübertragungswille des Verkäufers im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung, als dem Zeitpunkt des dinglichen Vertragschlusses, vorhanden sein müsse. Vgl. Stulz, Eigentumsvorbehalt, S. 69 Anm. 205; abw. v. Wilimowski-Kurlbaum, RD., 1906, § 17 Anm. 4 Abf. 2; Lubowski: ZBlfzB., 1909, 68 ff.; Dertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1929, § 433 BGB. Anm. 2 a, § 455 Anm. 4. Neuerdings haben zu der Frage unter Ablehnung der herrschenden Auffassung Stellung genommen: Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeßchaft, 1930, S. 157, 194 f., 204 ff., § 48; der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft u. Recht, 69 ff., vgl. aber 148 ff.; ferner Merkel: JW. 1930, 2088 f.

Es handelt sich im vorl. Streitfalle um einen Verkauf an einen Händler und um Güter des Warenverkehrs, deren Veräußerung „nur im regulären Geschäftsgange“ (unter Ausschluß anderer Verfügungen, insbes. von Verpfändungen oder Sicherungsübereignungen) in den Verkaufsbedingungen der Kl. ausdrücklich erlaubt worden war. Der Händler wird im Regelfalle erst aus dem Weiterverkauf die Mittel zur Zahlung des Kaufpreises an seinen Lieferanten und damit zur Ablösung des Eigentumsvorbehaltes dieses Lieferanten erhalten.

Es bestehen keine Bedenken, mit Merkel a. a. O. unter solchen Umständen nach dem Willen beider, über diese Sach- und Rechtslage unrichtigten Parteien Übertragung einer Verfügungs-ermächtigung seitens des Verkäufers an den Käufer anzunehmen in der Weise, daß diese Ermächtigung an die Stelle der Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung (nach § 433 BGB.) tritt.

Daß die Verpflichtungen des Verkäufers (und des Käufers) aus § 433 BGB. durch Partevereinbarungen abgeändert werden können, ist zweifellos. Welcher Art und welchen Umfangs die aus

die Folgerungen aus dem Eigentumsvorbehalt so umzubiegen, daß er diese Gefahr verliert. Man kann hier eine ähnliche Entwicklung beobachten wie bei der Sicherungsübereignung; auch aus ihr hat die Rspr. für den Konkurs ein Absonderungsrecht gemacht, obgleich sich diese Auffassung mit der Behauptung kaum vereinigen läßt, daß das Sicherungseigentum wirkliches Eigentum wie jedes andere sei.

II. Einen solchen Versuch stellen die beiden Urte. des OLG. Hamburg dar. Ich glaube aber nicht, daß man ihn als gelungen bezeichnen kann.

1. Für die Anwendung des § 17 RD. und des entsprechenden § 28 V.D. spielt die Frage eine entscheidende Rolle, wann ein gegenseitiger Vertrag von beiden Seiten voll erfüllt ist. Bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt ist sie m. E. dahin zu beantworten, daß der Vertrag solange nicht von dem Verkäufer voll erfüllt ist, als sich der Eigentumsvorbehalt noch nicht erledigt hat. Diese Ansicht ist zwar lebhaft umstritten, und man kann vielleicht sogar sagen, daß sich seit der Abhandlung Dertmanns (LZ. 1927, 10) die Stimmen derer mehren, die sie aus verschiedenen Gründen verworfen. Zur Zeit ist sie aber wohl noch herrschend; namentlich hat das RG. in zahlreichen Urte. bis in die letzte Zeit (RG. 133, 40 = JW. 1932, 164) an ihr festgehalten. Für die Frage, wann sich der Eigentumsvorbehalt erledigt, spielt dabei naturgemäß im Konkurs und im Vergleichsverfahren der Fall keine Rolle, daß der Käufer voll bezahlt hat. In Betracht kommen vielmehr nur andere Möglichkeiten der Erledigung. Unter ihnen ist die wichtigste die, daß der Vorbehaltskäufer die unter Eigentumsvorbehalt erworbene Sache weiterveräußert, derart, daß das vorbehaltene Eigentum des Verkäufers untergeht. Bei dem Eigentumsvorbehalt an Waren, die zum Wiederverkauf veräußert worden sind, tritt dieser Verlust des vorbehaltenen Eigentums des Lieferanten auf Grund des § 185 BGB. ein. Dabei kann es zweifelhaft sein, ob die Einwilligung des § 185 BGB. schon in dem Verkauf zum Zwecke des Wiederverkaufs liegt oder ob sie ausdrücklich erteilt sein muß. Die Frage kann hier dahingestellt bleiben, weil in den beiden vom OLG. erörterten Fällen die Befugnis des Käufers zur Weiterübereignung nicht zweifelhaft war. Nach der herrschenden Lehre würde bis zu dieser Weiterübereignung der Kaufvertrag von dem Verkäufer noch nicht voll erfüllt sein. Im Vergleichsverfahren über den Vorbehaltskäufer, um das es sich hier handelt, würde mithin gem. § 4 V.D. der Verkäufer wegen seiner Kaufpreisforderung am Verfahren nicht beteiligt sein und von dem Vergleich nicht betroffen werden. Der Käufer könnte den Verkäufer nur durch Ablehnung der Erfüllung gem. § 28 V.D. mit der dem Verkäufer dann an Stelle seiner Kaufpreisforderung erwachsenden Schadenersatzforderung unter den Vergleich zwingen. Eine solche Ablehnung ist hier aber anscheinend nicht ausgesprochen worden.

2. Das OLG. scheint diese Rechtsansicht auch zu teilen, wenn die Verpflichtung des Vorbehaltsverkäufers in einem Falle,

einem Verkauf mit Eigentumsvorbehalt folgenden Abänderungen der Pflichten aus § 433 BGB. sind, ist Auslegungsfrage (§ 433 BGB.). Die „im Zweifel“ geltenden Auslegungsregeln des § 455 BGB. sind weder erschöpfend noch treffen sie den hier vorl. Handelskauf infolgedessen, als mit Rücksicht auf die ausdrücklich zugelassene Weiterveräußerung und deren Folgen nach §§ 932 ff. BGB. eher eine auf lö s e n d e, nicht aber aufschiebende, Bedingung hinsichtlich etwa unterbleibender Kaufpreiszahlung anzunehmen sein wird. Irrendwellige Erfüllungshandlungen der Kl. (Verkäuferin unter Eigentumsvorbehalt) kamen nach (hier erfolgter) Übergabe bzw. Übersendung nicht mehr in Frage, sondern nur noch Erfüllungshandlungen der Bekl. (Käuferin), die automatisch zur Eigentumsübertragung (auf Befehl oder ihre Abkäufer) führen mußten. Die Erhebung der Eigentumsübertragung durch eine Verfügungsermächtigung obigen Umfanges wird auch der Interessenlage beider Kontrahenten (Verkäufer und Käufer) gerecht, da mit Rücksicht auf den Schutz gutgläubiger Erwerber im praktischen Geschäftsverkehr irgendein Unterschied zwischen beiden Rechtsformen der Übertragung (des Eigentums bzw. der Verfügungsmacht) nicht aufzutreten wird. Denn eine Erkundigungslast des weiteren Abkäufers hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse zwecks Wahrung guten Glaubens kann in dem hier in Betracht kommenden Kaufobjekte (Holz) nicht angenommen werden (vgl. Rühl a. a. O. § 26; Indu. H. Verl. a. a. O. 106 ff.).

Dennach ist mit Merkel a. a. O. für den vorl. Streitfall Erfüllung der Verkäuferpflichten seitens der Kl. durch Erteilung der Verfügungsermächtigung zu bejahen, Kl. mithin auf Teilnahme am Vergleichsverfahren beschränkt und § 4 Vergl. D. nicht anwendbar.

(OLG. Hamburg, I. Zivilsen., Urte. v. 25. Mai 1932, I 35/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Hans Merkel II, Augsburg.

II.

Die reine Rechtsfrage der Anwendbarkeit des § 4 Vergl. D. (und des § 17 RD.) auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist vom erf. Sen. in dem Urte. v. 25. Mai 1932, I 35/1932¹⁾ dahin beantwortet worden, daß jedenfalls dann der Verkäufer bereits vor Zahlung des Kaufpreises seitens des Käufers und mithin bereits vor Eintritt dieser Bedingung für einen Eigentumsübergang auf den Käufer voll erfüllt habe, wenn nach dem Inhalt des Kaufvertrages von den beiden Normalverpflichtungen des Verkäufers: „Übergabe“ und „Eigentumsverschaffung“ die letztere Pflicht durch Einräumung einer Verfügungsermächtigung zugunsten des Käufers ersetzt worden sei. An dieser Rechtsauffassung ist, auch gegenüber den von Kl. angeführten Entsch. sowie abweichenden Äußerungen im Schrifttume, festzuhalten. Meisner (Der Eigentumsvorbehalt, 1932, S. 53 f.) erklärt zur Begr. der Gegen-

in dem dem Käufer der Weiterverkauf gestattet ist, auf Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache geht. Es verneint aber eine solche Verpflichtung. Ist diese Meinung richtig, dann kann man auch vom Standpunkte der herrschenden Lehre der Entsch. des OLG. die Zustimmung nicht versagen; denn dann hätte eben der Verkäufer z. B. der Eröffnung des Verfahrens nichts mehr zu erfüllen. Ich glaube aber, daß die Ansicht des OLG. nicht richtig ist.

Das OLG. entnimmt seine Ansicht, wie aus dem Urte. v. 14. Dez. 1932 deutlich hervorgeht, nicht einer ausdrücklich getroffenen Abrede der Parteien; es legt vielmehr einen Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt, bei dem dem Käufer das Recht des Weiterverkaufs vor Vollzahlung eingeräumt worden ist, dahin aus, daß die Verpflichtung des Verkäufers nur auf eine bedingte Eigentumsverschaffung mit der Ermächtigung zur Weiterveräußerung gehe. Es scheint mir nicht zweifelhaft, daß die Parteien einen Vertrag dieses Inhalts schließen können. Nur ist dieser Vertrag kein Kaufvertrag über eine Sache, sondern vielleicht über ein Recht, das Verfügungsrecht über eine Sache. Die schuldrechtlichen Vorschriften sind zwar — das ist dem OLG. zuzugeben —, von seltenen Ausnahmen abgesehen, nicht zwingend. Das kann aber m. E. nicht dazu führen, daß ein bestimmter Vertragstyp, den das Gesetz schafft, auch dann noch vorliegt, wenn das charakteristische Merkmal dieses Typs in einem Einzelfall wegbedungen ist. Nun kann es aber wohl keinem Zweifel unterliegen, daß für das BGB. das charakteristische Merkmal des Sachkaufs gerade die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers ist; das gemeinrechtliche habere licere praestare, auf das die Auslegung des OLG. hinauskommt, genügt gerade nicht, um einen Sachkauf anzunehmen. Die Parteien haben im vorl. Falle ohne Frage einen Sachkauf gewollt und einen Sachkauf abgeschlossen. Die Auslegungsbesugnis des Richters kann nicht soweit gehen, eine Vertragspflicht, die die Parteien ausdrücklich begründen wollten, wegzunüppeln; denn dann setzt er an die Stelle dessen, was die Parteien vereinbart haben, etwas, was sie hätten vereinbaren sollen.

¹⁾ Vgl. oben zu I und HansRGZ. 1932 Abt. B Nr. 130.

meinung: Dem Verkäufer liege auch noch nach Übergabe eine Verpflichtung zur Unterlassung alles dem Eigentumsübergang auf Käufer Hinderlichen ob; der Verkäufer sei ferner verpflichtet, bei Beschädigung der Kaufsache durch Verschulden eines Dritten dem Käufer nach Zahlung des Restkaufpreises den Schadenserfüllungsanspruch abzutreten und im Falle einer Versicherung dem Käufer die Versicherungssumme zu überlassen; der Verkäufer sei bei Pfändung der Sachen durch Dritte auf Verlangen des Käufers, falls letzterer nicht im Verzuge befindlich, zur Intervention verpflichtet. Diese Ausführungen enthalten lediglich petitiones principii. Der im Besitze der Kaufsachen befindliche Käufer hat eigene Ansprüche gegen den Schädiger bzw. Pfänder aus §§ 823 ff. BGB. bzw. aus Besitz und besserem Rechte, gegebenenfalls auch aus eigener Versicherung oder aus § 69 BGB. (vgl. Brud, BGB., 1932, § 69 Anm. 3, 5 — dagegen aber RG. u. JurRdschPrVerf. 1932, 351 —; ferner Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgehalt, 1930, §§ 22 ff., 47, 48; berl.: ZRP. 56, 151 u. LZ. 1931 Sp. 153 ff.; Neuschäffer: JurRdsch. 1932, 250 f. Auch Juristicum, 1932, Sp. 219 ff.). Hier sind die Verpflichtungen des Verkäufers im Rahmen des Vertrages durch Übergabe und Erteilung der Verfügungsermächtigung erfüllt. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen (Verzug, Vertragsverletzung auf Seiten des Vorbehaltskäufers) der Vorbehaltsverkäufer auf Grund seines vorbehaltenen Eigentumsrechts die Kaufsache zurückfordern kann, sowie die Fragen etwaiger Gewährleistung des Vorbehaltsverkäufers (vgl. Süß, Gewährleistung für Sachmangel, 1931) haben mit der Frage vollständiger Vertragserfüllung des Vorbehaltsverkäufers nichts zu tun (die von Meisner angeführte Entsch. HansRGZ.: HansRZ. 1930 Nr. 1545 nimmt übrigens zu der Frage nicht etwa i. S. Meisners Stellung).

Auch die Ausführungen Jacu si e l s (Der Eigentumsvorbehalt, 1932, S. 19 f., 40 ff., 97 f., 101) verkennen, daß im vorl. Falle die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers restlos durch aufschiebende bedingte Eigentumsverschaffung und Übertragung der Verfügungsermächtigung ersetzt worden ist. Wenn Jacu si e l s S. 92 f., 98 f. bei sog. „uneigentlichen Eigentumsvorbehalten“ (unbedingte Übereignung mit Verpflichtung des Verkäufers, vor Vollzahlung des Kaufpreises gewisse Verfügung über die Sache nicht vorzunehmen: rechtlich also überhaupt kein Eigentumsvorbehalt) zu entgegengesetztem Ergebnis kommt, so ist dem entgegenzuhalten, daß doch jedenfalls (vom grundsätzlichen Standpunkt Jacu si e l s bei dem „eigentlichen Eigentumsvorbehalten“ aus) nach Übertragung eines derart beschränkten Eigentums bei Vollzahlung des Kaufpreises noch nachträgliche Ergänzung der Übertragung durch Aufhebung der Beschränkungen nötig wäre, die rechtliche Differenzierung der beiden Vorbehalte also in sich widerspruchsvoll ist. Die Schwierigkeiten und Anzutraglichkeiten in der praktischen Auswirkung derartiger, weder rechtlich begrün-

Die Auslegung des OLG. führt auch — wie Leh in einem etwas anderen Zusammenhange (Juristicum 1932, 205 Nr. 3 b) zutreffend hervorhebt —, zu einem ganz unannehmbaren Ergebnis, wenn der Vorbehaltsverkäufer, was ihm doch nach dem Vertrage nicht verboten ist, den Kaufpreis voll bezahlt, ehe er mit der Veräußerung der Kaufsachen begonnen hat. Dann würde die Bedingung eintreten, der Käufer also Eigentum erwerben; dieser Erwerb hätte aber keinen Rechtsgrund, da die schuldrechtliche Verpflichtung des Verkäufers gar nicht auf Übereignung gerichtet war, sondern ihm nur die bedingte Übereignung nebst Verfügungsermächtigung oblag. Sicherlich wird das OLG. diese Folgerung nicht ziehen wollen. Dann ist aber der Schluß — oder, um mit der zweiten Entsch. zu sprechen, der Rückschluß — nicht wohl abweisbar, daß die Verschaffung des vollen Eigentums eben doch Bestandteil der schuldrechtlichen Verpflichtung des Verkäufers ist. Deshalb sich „derartig scharfe Rückschlüsse aus (teilweiser) Überschneidung von Rechten... in kaufmännischen Verträgen nicht ziehen“ lassen sollen, leuchtet nicht ohne weiteres ein. Es ist auch nicht recht erkennbar, was das Urte. mit der Überschneidung von Rechten meint; der Erwerber kann der *condictio indebiti* des Verkäufers doch nur begegnen, wenn er einen Rechtsgrund für seinen Erwerb des vollen Eigentums hat.

III. In den entschiedenen Fällen ist auch noch eine andere Frage von Bedeutung, zu der das OLG. keine Stellung genommen hat und nach seiner Grundanschauung auch nicht zu nehmen brauchte, nämlich die Frage, wie es ist, wenn bei einem Mengenkau f unter Eigentumsvorbehalt z. B. der Eröffnung des Verfahrens der Eigentumsvorbehalt an einem Teile der verkauften Sachen bereits durch Weiterveräußerung untergegangen ist, an einem anderen aber noch fortbesteht. Nach der Lehre, die das RG. für die sog. sukzessivlieferungsverträge ausgebildet und die in der Rechtslehre fast einhellig Billigung gefunden hat, kann die Erfüllung eines solchen einheitlichen Vertrages nur einheitlich abgelehnt oder gefordert werden. Hieraus ergeben sich bisweilen Schwierigkeiten für die Durchführung eines Ver-

deter noch sachlich faßbarer Unterscheidungen liegen auf der Hand (vgl. auch Rühl a. a. O. [Eigentumsvorbehalt usw.] § 15 [§ 14]).

Die Ausführungen Blehs (Zubidicutum, 1932, Sp. 199 ff., 205/206, 211 ff.) treffen die hier vertretene Auffassung nicht. Es handelt sich hier nicht um einschränkende Umdeutung des Gehörvorlautes und nicht um Konstruktionen lediglich zum Zwecke des Ausschlusses des § 4 VerglD., § 17 RD., sondern in erster Linie um eine Vertragsauslegung und um eine Erläuterung des Gesetzesinhalts aus der Interessenlage aller Vertrags- bzw. Vergleichsinteressenten. Der Vortwurf der „Konstruktion“ trifft eher die Ausführungen Blehs aus § 433 BGB., der doch, wie weiterer Erläuterung nicht bedarf, hinsichtlich der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers keinesfalls zwingendes Recht enthält; Parteien können auch nur bedingte Eigentumsverschaffung mit Verfügungsermächtigung als abschließende Vertragserfüllung des Verkäufers vereinbaren. Die Ausführungen Blehs a. a. O., daß die Ergänzung der Verfügungsermächtigung (für den Käufer) durch die — allerdings „unächtig“ nur bedingte — Übereignung gänzlich überflüssig und nur so zu erklären sei, daß sie (also nach Blehs Auffassung die endgültige Eigentumsverschaffung) auch geschuldet sei, sind keinesfalls schlüssig. Derartige scharfe Rückschlüsse aus (teilweiser) Überschneidung von Rechten lassen sich in kaufmännischen Verträgen nicht ziehen. Es liegt auch nicht eine Mittelform zwischen „echtem“ Kauf und Kommissionsgeschäft (Verkauf in eigenem Namen für Rechnung eines anderen kommt hier nicht in Frage) und nicht eine neue, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Rechtsfigur vor, sondern lediglich ein Kauf mit besonderer, die Verpflichtung des Verkäufers dem Regelfalle abschwächender Klausel, wobei die Verfügungsbefugnis des Vorbehaltskäufers die erste Auslegungsregel des § 455 BGB. abschließt.

Daß die Rechtsübergangung beteiligter Großhandelskreise, soweit nicht zu einem (hier nach den vielfachen Erörterungen im Schrifttum und nach den Rechtsstreitigkeiten über Wirkung des Vorbehalts im Konkurs- und Vergleichsverfahren keinesfalls in Frage kommenden) allgemeinen Handelsgebrauch verdichtet, nicht maßgeblich ist, erscheint offenbar. Ob der Vorbehaltsverkäufer sich im Einzelfalle gerade im Hinblick auf erhoffte Vorzugsbehandlung durch Nichtbeteiligung an einem ebl. späteren Vergleichs- oder Konkursverfahren des Vorbehaltskäufers durch den Vorbehalt sichern will, kann mindestens zweifelhaft sein, da mit Rücksicht auf die Verfügungsmacht des Vorbehaltskäufers und die Möglichkeit einer Weiterveräußerung der gesamten Lieferung vor Eröffnung des Vergleichs — oder des Konkursverfahrens — solche Sicherung sehr problematisch sein würde, und besser durch andere Vorsichtsmaßnahmen des Verkäufers ersetzt werden würde. Jedenfalls aber würde bei einem Verträge solche Absicht nach allgemeinen Grundsätzen nur dann, wenn dem Vertragsgegner kenntlich gemacht worden, beachtlich sein. Daß das hier geschehen wäre, ist nicht behauptet, noch unter Beweis gestellt worden und kommt offensichtlich nicht in Frage. Die von der Kl. angeführten Fälle, daß der Verkäufer (nachträglich) erklärt, trotz Zahlung des Kaufpreises das Eigentum nicht übertragen zu wollen, ist ohne Bedeutung, weil nachträglich einseitige Vertragsänderung durch den Verkäufer selbstverständlich ohne jede Rechtswirkung nachträgliche einverständliche Vertragsänderungen die obige Auffassung nicht erschüttern können; überdies ist hier kraft des Vorbehalts der Verkäufer zu solcher Eigentumsverschaffung gar nicht verpflichtet. Es mag unterstellt werden, daß ausdrückliche Klauseln wie: „Wir erfüllen den Vertrag durch Übertragung des Eigentums nach vollständiger Bezahlung“ (vgl. auch RG. 133, 41¹⁾: „Der Weiterverkauf eines noch nicht vollbezahlten Wagens darf nur nach vor-

heriger Genehmigung des Verkäufers geschehen“) eine andere Vertragsauslegung rechtfertigen könnten (vgl. dazu JurRdsch. 1932, 250/51). Solche besonderen Klauseln liegen hier aber nicht vor. Inwiefern die Folgerung, daß der Käufer auch nach erfolgter Zahlung des vollen Kaufpreises eine Klage gegen den Verkäufer auf Übertragung des Eigentums nicht anstrengen kann, unerträglich wäre, ist nicht erfindlich. Der Käufer hat auf solche Eigentumsübertragung (richtiger „Berschaffung“) verzichtet und sich mit der Verfügungsermächtigung als ihm praktisch ausreichend begnügt (vgl. JW. 1926, 2115 Nr. 13; 1930, 2160 Nr. 44 [Samolewitz], 2161; Nr. 46, 2186; Nr. 11 u. 12 n. RG. 115, 262²⁾).

Nach obiger, neuerdings auch in JurRdsch. 1932, 249 ff. geteilter Auffassung (mit anderer Begr. auch Ebertsheim: JW. 1930, 3704; ferner Rühl) spielt hier die Streitfrage: „Erfüllung gleich Leistungshandlung oder aber gleich Leistungserfolg“ (Dertmann: LZ. 1927, Sp. 9 ff.; Rühl a. a. O. § 48 und LZ. 1931 Sp. 153 ff.; ZJP. a. a. O.; vgl. ähnlich Großmann-Dorff, Ubersieckauf, S. 111 ff. und Anm. 37) keine Rolle. — Auf die weiteren Streitpunkte der Parteien in tatsächlicher, rechtlicher und rechtlicher Beziehung kommt es somit nicht an. Auf Grund des nach Obigem als nachgewiesen zu erachtenden Eigentumsvorbehalts des Verkäufers nimmt dieser am Vergleichsverfahren teil, weil seinerseits jedenfalls vollständig erfüllt worden ist.

(OstG. Hamburg, I. ZivSen., Ur. v. 14. Dez. 1932, Bf I 267/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Herbert Mendel, Hamburg.

*

Karlsruhe.

17. § 4 VerglD.; § 455 BGB. Ein Verkäufer, der unter Eigentumsvorbehalt bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises geliefert hat, kann auch dann nicht so behandelt werden, als hätte er seine Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung erfüllt, wenn der Käufer durch Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten die Eigentumsverschaffung unmöglich gemacht hat. Der Verkäufer wird daher vom Vergleich nicht betroffen.

Damit wird der vom RG. 133, 42 ff.¹⁾, RG.: JW. 1931, 2160, OstG. Düsseldorf: JW. 1932, 2638²⁾ vertretene Standpunkt gebilligt.

(OstG. Karlsruhe, Beschl. v. 6. März 1933, 4 ZBS 51/33.)

Mitgeteilt von RA. Erwin Hahn, Köln.

*

Kiel.

18. § 33 VerglD. Die Anfechtung einer einstweiligen Einstellung auf Grund des § 33 VerglD. richtet sich nicht nach der VerglD., sondern nach der ZPO.

Der § 33 VerglD., nach dem Zwangsvollstreckungen (ZV.), die z. B. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens zugunsten eines an ihm beteiligten Gläubigers gegen den Schuldner anhängig sind, für die Dauer des Verfahrens einstweilen einzustellen sind, enthält nicht eine an das Vergleichsgericht gerichtete Anweisung, von sich aus die ZV. einzustellen, sondern stellt sich als eine Erweiterung des § 775 ZPO. dar. Die ZV. ist daher, falls die Voraussetzungen des § 33 VerglD. vorliegen, ebenso wie in den im § 775 ZPO. geregelten Fällen, ohne weiteres von Amts wegen durch die Vollstreckungsorgane einzustellen. Etwa hierbei notwendig werdende Entsch. werden nicht vom Vergleichsgericht, sondern vom Vollstreckungsgericht getroffen (Kiesow, VerglD., Anm. 9 zu § 33). Wenn deshalb das UG. die von der Firma F. betriebene

1) JW. 1932, 164.

2) JW. 1927, 701.

1) JW. 1932, 164.

gleichsverfahrens, wenn auch der als Schreckbild vorgeführte Fall, daß von 1000 Paar unter Eigentumsvorbehalt gekauften Schuhen bei der Eröffnung des Verfahrens ausgerechnet gerade nur noch eins vorhanden ist, wohl nicht allzu häufig vorkommen mag. Schon bei der Beratung der geltenden VerglD. hat man sich mit dieser Frage beschäftigt. Eine aus Wirtschaftskreisen damals gegebene Anregung, eine Teilung eines auf eine teilbare Leistung gerichteten Vertrages vorzuschreiben, derart, daß der Anspruch auf die Gegenleistung für den schon erfüllten Teil Vergleichsforderung wird und nur der Restanspruch den Vorsch. der §§ 4, 28 RD. unterliegt, wurde von ihren Urhebern wieder zurückgezogen. Inzwischen dürfte aber die Erfahrung gelehrt haben, daß der damals angeregte Weg richtig war. Eine neue VerglD. wird ihn daher vermutlich einschlagen. Damit erledigt sich dann auch zu einem guten Teil der Streit um die Anerkennung der sog. Wiederkehrschuldverhältnisse — eines von Jaeger aufgestellten Begriffs, der einen Teil der Schwierigkeiten beseitigt, zu denen die Lehre von der Einheitlichkeit des Sutfessivlieferungsgeschäfts führt. Gerade die Verträge, bei denen heute die Frage, Sutfessivlieferungsgeschäft oder Wiederkehrschuldverhältnis, eine besonders große Rolle spielt, die Verträge auf Lieferung von Gas, Wasser

und Elektrizität, werden dann eine klare Regelung finden, in dem Sinne, wie sie schon jetzt das RG. mit Hilfe der Rechtsfigur des Wiederkehrschuldverhältnisses vorgenommen hat.

IV. Schließlich lassen die beiden Ur. noch eine andere Frage aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehalts auftauchen, nämlich die, ob der Vorbehaltsverkäufer die auf § 28 RD. gestützte Ablehnung des Schuldners dadurch verhüten kann, daß er vor ihrer Erklärung nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verträge zurücktritt. Das OstG. Düsseldorf: JW. 1932, 2638 hat sie bejaht, das RG.: JW. 1932, 2637 verneint. Die Frage kann hier nicht erschöpft werden. Nur soviel möchte ich sagen, daß der eigentliche Entscheidungsgrund des RG., daß § 4 RD. auf Rücktrittsverhältnisse überhaupt keine Anwendung finden könne, weder mit der herrschenden Lehre und Rspr. in Einklang steht, noch allenthalben zu befriedigenden Ergebnissen führt, nämlich dann nicht, wenn der Zurücktretende infolge des Rücktritts nicht eine Geld-, sondern eine Sachleistung schuldet. Dann muß er nach der Ansicht des RG. die Sachleistung machen und erhält dafür beim Vergleiche seines Gegners die Quote seiner Geldforderung.

SenPräf. am RG. Dr. Kiesow, Leipzig.

ZB. gem. § 33 BerglD. einstweilen eingestellt hat, so ist das AG. hierbei nicht als Vergleichsgericht, sondern als Vollstreckungsgericht i. S. des § 764 ZPO. tätig geworden. Die Anfechtung der Entsch. des AG. und derjenigen des BeschwG. regelt sich mithin nicht nach der BerglD., sondern nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Beschl. v. 30. Jan. 1933, I W 37/33.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

*

München.

19. § 4 BerglD. Der Anspruch auf Rückgabe der in Pacht gelieferten Kautions entpringt einem mit dem Pachtvertrag verbundenen Nebenvertrag; der Anspruch wird im gerichtlichen Vergleichsverfahren betroffen.

(OLG. München, Beschl. v. 29. April 1932, II BeschwReg. 848/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Leme, München.

*

Raumburg.

20. § 4 BerglD. Zur Frage der Teilnahme des Verkäufers am Vergleichsverfahren des Käufers nach Weiterveräußerung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren. Abtretbarkeit der Forderungen aus der Weiterveräußerung. †)

Die Kl. hat der Bekl. Waren geliefert, wofür die letztere noch einen Restkaufpreis schuldig ist. Den Lieferungsverträgen lagen die Verkaufsbedingungen der Kl. zugrunde. Diese enthalten in Ziff. IV 4 folgende Bestimmung:

Solange die gelieferten Waren nicht vollständig bezahlt sind, wozu auch die Einlösung von uns in Zahlung genommener Wechsel gehört, verbleibt uns das Eigentum an den Waren und das Zurückforderungsrecht gegen den Käufer (Besteller), auch wenn die Ware ganz oder teilweise schon weiterverarbeitet ist. Der Käufer der Ware hat unser Eigentum bis zur völligen Bezahlung derselben zu wahren. Falls durch die Verarbeitung oder Umbildung eine neue Sache hergestellt wird, so geschieht dies derart für uns, daß wir das Eigentum an der neuen Sache erwerben und der Käufer diese für uns verwahrt. Sollte der Käufer trotz des Eigentumsvorbehalts die Ware vor ihrer völligen Bezahlung weiterveräußern oder sonst darüber verfügen, so tritt er hiermit schon jetzt bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises alle aus einer etwaigen Weiterveräußerung usw. der unverarbeiteten oder verarbeiteten Ware ihm zustehende Forderungen

Zu 20. Das Gericht betrachtet den Vertrag als seitens des Verkäufers nicht vollständig erfüllt, weil die Veräußerung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren durch den Käufer unbefugt sei und weil jedenfalls die sich aus der Abtretung der Forderungen aus der Weiterveräußerung ergebenden Pflichten noch nicht erfüllt seien. In beiden Punkten scheint mir die Entsch. verfehlt.

Indem das Gericht die Befugnis des Käufers zur Weiterveräußerung verneint, setzt es sich stillschweigend über die ständige Rechtsprechung aller deutschen Gerichte hinweg. Bei Lieferung von Waren an einen Käufer, der mit derartigen Waren Handel treibt, schließt der Eigentumsvorbehalt die Weiterveräußerung im ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb nicht aus, gleichgültig, ob die Befugnis hierzu ausdrücklich erteilt wird oder nicht; nur ein ausdrückliches Verbot kann die Befugnis ausschließen. Das gleiche muß gelten, wenn es sich beim Käufer, wie dies hier offenbar der Fall war, um ein Bauunternehmer handelt, das zwar nicht auf den Weiterverkauf, wohl aber darauf angewiesen ist, die ihm gelieferten Waren durch Einbau in das Eigentum Dritter zu überführen. Wenn das Gericht der Auffassung war, gerade für diesen Fall gelte etwas Besonderes, so hätte es mindestens darlegen müssen, worin der wesentliche Unterschied zu dem gewöhnlichen Fall der Lieferung an einen Händler besteht. Jedenfalls kann niemand, der die Entwicklung auf diesem Gebiet kennt, angesichts der Lieferungsbedingungen der Kl. im Zweifel darüber sein, daß diese wie üblich mit der Veräußerung im ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb unter Abtretung der hierbei entstehenden Forderungen einverstanden war.

Wenn das Gericht trotzdem die von der Bekl. vorgenommene Verfügung für unberechtigt hält, so entspricht es der herrschenden Meinung (insbes. RG.: JW. 1931, 2160 und 2161), den Vertrag nicht als vollständig erfüllt zu betrachten, obwohl das Eigentum der Verkäuferin untergegangen ist. Die Richtigkeit dieser Ansicht erscheint mir deshalb zweifelhaft, weil der Sinn des § 4 BerglD. wie des § 17 RD. darin besteht, daß der Vertragsgegner des Gemeinschuldners nicht nach Eröffnung des Verfahrens noch zu einer Leistung gezwungen werden soll, obwohl er die Gegenleistung nicht erhalten wird. Da die Leistungspflicht des Verkäufers hinsichtlich geworden ist, gleichgültig, ob der Eigentumsübergang vom Käufer besugt oder unbefugt herbeigeführt worden ist, scheint mir Wortlaut und Zweck des Gesetzes die Anwendung für den Fall der unbefugten Veräußerung ebensowenig wie für den der besugten zu verlangen; daß der Ge-

seller Art gegen den Empfänger mit dinglicher Wirkung an uns ab. Er hat dem Empfänger die Abtretung sofort anzudeuten und uns sofort Adresse des Empfängers, Begründung und Höhe seiner Forderung nach Zeitpunkt ihrer Entstehung mitzuteilen. Er muß uns Pfändungen oder jede andere Beeinträchtigung unseres Eigentums sofort anzeigen.

Über das Vermögen der Bekl. ist am 8. März 1932 das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses eröffnet worden. Die Kl. glaubt, gem. § 4 BerglD. vom Verfahren nicht betroffen zu sein und verlangt volle Bezahlung ihrer restlichen Kaufpreisforderung.

Beide Instanzen haben verurteilt.

Da die Waren sich nicht mehr im Gewahrsam der Bekl. befinden, sondern von dieser weiterveräußert bzw. verarbeitet sind, steht die Frage zur Entsch., ob die Kl. gleichwohl die Zahlung des eingek. Betrages verlangen kann, weil sie an dem über das Vermögen der Bekl. eröffneten Vergleichsverfahren insofern nicht beteiligt ist, als sie auch ihrerseits den zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag noch nicht vollständig erfüllt hat (§ 4 BerglD.). In den Verkaufsbedingungen der Kl., die unstr. Vertragbestandteil geworden waren, ist in Ziff. IV 4 ein Satz des Inhalts, daß die Bekl. ermächtigt ist, trotz Eigentumsvorbehalts die erhaltene Ware im ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb zu veräußern, nicht enthalten. Andererseits war der Bekl. nicht ausdrücklich untersagt, über die von der Kl. gelieferten Waren vor völliger Bezahlung des Kaufpreises irgend wie zu verfügen. Gleichwohl kann nach dem Inhalt der Verkaufsbedingungen nicht davon gesprochen werden, daß die Bekl., wenn sie über die Waren vor völliger Bezahlung trotz des Eigentumsvorbehalts verfügte, der Kl. gegenüber dazu befugt war, so daß ein Eigentumsverlust nicht mit, sondern gegen den Willen der Kl. geschah. Dieser Umstand kann einer „Erfüllung“ der Übereignungspflicht der Kl. nicht gleichgesetzt werden.

Über selbst wenn man annimmt, daß die unbefugte Entziehung des Eigentums der Kl. durch die Bekl. die Erfüllung der bis dahin noch ausstehenden Verpflichtung der Kl., das Eigentum an den gelieferten Waren der Bekl. zu übertragen, zur Folge hätte, so hätte trotzdem auf Grund von Ziff. IV 4 der vereinbarten Verkaufsbedingungen der Kl. noch eine Erfüllungstätigkeit derselben ausgedanden. In den Verkaufsbedingungen ist u. a. bestimmt, daß der Käufer, wenn er trotz des Eigentumsvorbehalts die Ware vor ihrer völligen Bezahlung weiterveräußert und sonst darüber verfügt, schon jetzt bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises alle aus einer etwaigen Weiterveräußerung usw. der unverarbeiteten oder verarbeiteten Waren ihm zustehenden Forderungen aller Art gegen den Empfänger mit dinglicher Wirkung an die Kl. abtritt, und daß der Käufer dem

meinschuldner dann durch unbefugte Veräußerung den Verkäufer in das Verfahren hineinziehen könnte (in diesem Sinne RG.: JW. 1931, 2161), ist richtig, aber nicht beweiskräftig.

Das Gericht hält den Kl. ferner im Hinblick auf die mit der Bekl. vereinbarte Abtretung der Forderungen aus der Weiterveräußerung für am Verfahren beteiligt. Die Wirksamkeit der Abtretung wird mit Erwägungen bejaht, welche zwar durchaus dem erkennbaren Willen der Beteiligten, keineswegs aber den Anforderungen gerecht werden, welche an die Bestimmtheit abzutretender Forderungen zu stellen sind. Man muß sich vor Augen halten, daß die Bekl. für die Errichtung des Baues einen Pauschalpreis berechnet; für dessen Bemessung wurden die von der Kl. gelieferten Sachen zwar scharflich berücksichtigt, es fehlt aber jeder Anhaltspunkt dafür, in welcher Weise dies geschah. Nur die Lebenserfahrung spricht dafür, daß die Bekl. sich nicht nur für ihre Arbeit bezahlen ließ, sondern auch an dem von ihr zur Verfügung gestellten Baustoffen verdienen wollte. Es ist allenfalls mit Hilfe von Sachverständigen festzustellen, ein wie hoher Teil der Gesamtvergütung auf diese Materialkosten entfällt, und selbst dann kann es sich nur um eine ungefähre Schätzung handeln. Das Erfordernis der Bestimmtheit verliert jeden Sinn, wenn man eine solche Forderung als eine bestimmte behandelt, und es ist nur ein Verlegenheitsausweg, wenn das Gericht meint, daß der eingesezte Materialwert „keineswegs unter dem der Kl. geschuldeten Kaufpreis gelegen haben wird“. Wenn nicht feststeht, und zwar von vornherein, daß der abgetretene Betrag gerade so hoch war wie die Kaufpreisschuld, so ist eben unklar, wie hoch der abgetretene Teil der Forderung eigentlich ist, und es hilft gar nichts, daß er „keineswegs“ geringer als die Kaufpreisschuld sein kann. Die grundsätzlichen durchwegs zu bejahende Wirksamkeit der Abtretung der Forderungen aus der Weiterveräußerung unter Eigentumsvorbehalt gelieferter Waren muß hier eine Grenze finden, schon im Interesse des Drittschuldners, dem nicht zugemutet werden kann, sich über die Höhe der abgetretenen Forderung den Kopf zu zerbrechen.

Auch bei Anerkennung der Wirksamkeit der Abtretung kann m. E. die Beteiligung der Verkäuferin am Vergleichsverfahren nicht verneint werden. Die Frage, ob die Nichterfüllung von Nebenverpflichtungen zur Anwendung von § 17 RD. und § 4 BerglD. ausreicht, ist freilich (übersehen bei Jaeger, RD. § 17 Anm. 10). Man hat dabei meist die Gewährleistungspflicht des Verkäufers im Auge. Aber gleichgültig, wie diese allgemeine Frage zu beantworten ist, scheint

Empfänger die Abtretung sofort anzuzeigen hat. Mit einer Vernichtung des Eigentums und der Abtretung der Forderungen wird die Leistungspflicht der Kl. aus dem ursprünglichen Vertrage nicht aufgehoben, sondern vereinbarungsgemäß nur inhaltlich geändert.

Da es sich nach den Verkaufsbedingungen um die Abtretung künftiger Forderungen handelt, ist i. S. der reichsgerichtlichen Rspr. die Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des abgetretenen Rechtes von besonderer Bedeutung. Schwierigkeiten in der Ermittlung des abgetretenen Rechtes bestehen nicht, wenn ein Anspruch abgetreten wird, der durch die Veräußerung einer bestimmten Sache entsteht. Nun bezieht sich nach Ziff. IV 4 der Verkaufsbedingungen die Vereinbarung der Forderungsabtretung nicht nur auf den Fall, daß die Bekl. die empfangenen Waren vor der völligen Bezahlung weiterveräußert, sondern auch auf den Fall, daß die Bekl. über die Ware vor ihrer völligen Bezahlung sonst darüber verfügt. Eine Verfügung in diesem Sinne über die hier in Frage kommenden Röhren und Flanschen hat die Bekl. insofern getroffen, als sie sie nach ihrer Behauptung sämtlich zu einem ihr übertragenen Neubau verwandt hat. Wenn als richtig unterstellt wird, daß die Bekl. die fraglichen Röhren nicht weiterverkauft, sondern zur Erfüllung eines Werkvertrages, der Errichtung des Neubaus der Zuckerrfabrik in B. verwandt hat — der Eigentumsvorbehalt selbst war dadurch erledigt, daß die Röhren und Flanschen durch den Einbau in das Fabrikgebäude offenbar wesentlicher Bestandteil dieses Gebäudes geworden waren —, so fragt es sich, ob in einem derartigen Fall eine Forderungsabtretung nach dem Inhalt der Verkaufsbedingungen der Kl. rechtlich möglich ist. Dies ist vom Sen. bejaht. Maßgebend ist, was Sinn und Zweck der Best. der Verkaufsbedingungen bezüglich der Forderungsabtretung gewesen ist. Die Kl. wollte eine größtmögliche Sicherung für ihre noch ausstehende Kaufpreisforderung haben, wenn die Bekl. über die gelieferte Ware vor völliger Bezahlung irgendwie verfügte. Wenn die Kl. in Ziff. IV ihrer Verkaufsbedingungen bestimmt hat, daß alle aus einer etwaigen Weiterveräußerung usw. entstehenden Forderungen aller Art gegen den Abkäufer ihres Käufers mit dinglicher Wirkung an sie abgetreten werden, so ist darin der Wille der Kl. erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß sich die Forderungsabtretung im vorl. Falle, wenn nicht auf die gesamte Werklohnforderung, zum mindesten auf den Teil der Werklohnforderung beziehen sollte, die dem Verhältnis des Materialwerts zu dem Wert der gesamten Arbeit entsprach. Der Materialwert ist genügend bestimmt und bestimmbar insofern, als sich dieser aus der spezifizierten Aufstellung der Bekl. in ihren Büchern über ihre für die Zuckerrfabrik in B. gelieferten Arbeiten feststellen läßt. Da der eingesehene Materialwert keineswegs unter dem der Kl. für die Röhren und Flanschen geschuldeten Kaufpreis gelegen haben wird, läßt sich auch folgern, daß ein der Kaufpreisforderung der Kl. entsprechender Teilbetrag der Werklohnforderung als abgetreten anzusehen ist. Liegt daher eine wirksame Forderungsabtretung vor, so lag der Kl. nach Abtretung der Ansprüche noch die Verpflichtung ob, die ihr abgetretenen Ansprüche zurückzuübertragen, aufzugeben oder dergleichen. Bei der Erfüllung dieser letzteren Verpflichtung handelte es sich nicht um eine Erfüllung insolge des ursprünglichen Vertrages, sondern um die Erfüllung des ursprünglichen gegenseitigen Vertrages selbst.

Mithin ist die Kl. hinsichtlich der eingeklagten Forderung gem. § 4 B.D. nicht am Vergleichsverfahren der Bekl. beteiligt.

(OLG. Raumburg, Urt. v. 5. Dez. 1932, 1 U 223/32.)

Mitgeteilt von J.R. Landsberg, Raumburg a. S.

Stuttgart.

21. § 24 Abs. 1 Vergl.D. Nimmt der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Vergl.Verfahrens zurück, bevor darüber entschieden ist, so gilt auch der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens als zurückgenommen, wenn er nicht ersichtlich aufrechterhalten wird.

(OLG. Stuttgart, 3. ZivSen., Beschl. v. 13. Mai 1931, W 328/31.)

mir dieser vom Gericht verwertete Gesichtspunkt überhaupt nicht hierher zu passen. Man muß sich überlegen, wie sich der Sachverhalt entwickeln kann: Die angeblichen Nebenverpflichtungen der Kl. zur Rückübertragung der Forderungen und dergl. können doch überhaupt nur dann praktisch werden, wenn die Kl. voll befriedigt ist, also die Frage gar nicht mehr auftaucht, ob sie unter das Vergleichsverfahren fällt. Denn sie kann sich durch Einziehung der abgetretenen Forderung befriedigen und braucht nur einen etwaigen Überschuß herauszugeben. Die Rechtslage ist hier ebenso wie beim Pfandrecht, und es ist wohl noch niemand auf den Gedanken gekommen, daß ein Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag nur deshalb am Vergleichsverfahren oder Konkurs nicht beteiligt sei (abgesehen von dem Absonderungsrecht), weil seine Forderung durch ein Pfand gesichert, und er selbst zur Herausgabe eines etwaigen der Forderung übersteigenden Verkaufserlöses verpflichtet ist. Die Auffassung des OLG. Raumburg führt bei Richte versehen zu dem wenig sinnvollen Ergebnis,

22. § 28 Vergl.D. Die Erfüllung des schwebenden Vertrags kann nur bis zum Vergleichstermin abgelehnt werden.

Es werden drei Ansichten vertreten: Die Loszusage ist noch nach dem Abschluß des Vergl.Verf. zulässig, d. h. nach Verkündung des Bestätigungsbeschlusses (§ 67 Abs. 3; Cohn: KonkTrW. 1931, 3 und 34). Dies scheitert daran, daß nach § 30 Satz 2 Vergl.D. im Fall der Ablehnung der Vertragsgegner mit seinem Schadenersatz wegen Nichterfüllung am Vergl.Verf. beteiligt sein soll, ferner daß nach § 73 der bestätigte Vergleich für und gegen alle beteiligten Gläubiger wirksam ist und die Beteiligung nur auf den Zeitpunkt der Bestätigung bezogen werden kann.

Nach Cohn: KonkTrW. 1931, 36; OLG. Celle daselbst 1932, 29 soll der Bestätigungsbeschluss die Grenze bilden, weil in der Vergl.D. keine Frist vorgesehen ist. Zugutegeben ist, daß das Gesetz eine Lücke läßt, nur für die Ermächtigung ist in § 28 Abs. 2 die Frist von zwei Wochen bestimmt. Aber diese Lücke muß aus § 63 ergänzt werden, wonach die Gläubiger über den Vergleich abzustimmen haben. Das Stimmrecht muß den Gläubigern auch im Fall des § 28 zustehen. Diese Gläubiger sind nach § 4 bevorzugt, durch die Loszusage des Schuldners werden sie benachteiligt und auf Schadenersatz beschränkt. Dürfte nun der Schuldner noch nach dem Vergleichstermin sich loszusage, so müßte der Gläubiger das Verfahren in seinem jetzigen Stand hinaufziehen und der Grundsatz wäre durchbrochen, daß das Zustandekommen des Vergleichs in erster Linie in der Hand der Gläubiger liegt.

Deshalb kann die Loszusage nur bis zum Vergleichstermin erfolgen (so auch OLG. Celle: JW. 1931, 2165). Der Gläubiger kann sogar verlangen, daß ihm die Loszusage noch so zeitig vor dem Abstimmungsart zugereicht, daß er noch seine Maßnahmen treffen kann (Cohn: KonkTrW. 1931, 4).

(OLG. Stuttgart, 1. ZivSen., Urt. v. 13. Mai 1932, U 174/32.)

Celle.

III. Anfechtungsgesetz.

23. § 3 Anf.G. Vermögensübertragung auf einen Treuhänder zum Zwecke gleichmäßiger Befriedigung sämtlicher Gläubiger. Kein Anfechtungsrecht einzelner Gläubiger. †

Der geltend gemachte Anfechtungsanspruch scheidet daran, daß eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners F. nicht glaubhaft gemacht ist. Die herrschende Meinung bejaht gegenüber dem sonst dem einzelnen Gläubiger zustehenden Rechte, durch eigenen Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung anderen Gläubigern zuvorzukommen, die Zulässigkeit der Bestellung eines Treuhänders durch den Schuldner zu gleichmäßiger Befriedigung aller Gläubiger. Die Befugnisse des Treuhänders gehen in solchem Falle dem Rechte des einzelnen Gläubigers vor (vgl. Jaeger, § 3 Anm. 14 Anf.G. und Jaeger, § 31 Anm. 7 Anf.G.). Dieser Rechtsansicht schließt sich der Senat an. Sie führt nicht nur zu verständigen Ergebnissen, sondern verneint mit Recht das Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht i. S. des § 3 Ziff. 1 Anf.G.

Gleichgültig ist es daher, ob der Schuldner F. den Nießbrauch für den Treuhänder bestellt hat, um den Zugriff einzelner Gläubiger zu verhindern.

Aus denselben Erwägungen ist zu verneinen, daß der Schuldner F. durch die Nießbrauchbestellung bei einer ihm drohenden Zwangsversteigerung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens veräußert und damit gegen § 288 StGB. verstoßen hat. Der Nießbrauch ist daher nicht gem. § 134 BGB. von vornherein nichtig.

(OLG. Celle, 3. ZivSen., Urt. v. 6. Mai 1932, 3 U 150/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. v. Sodenberg, Celle.

daß die Kl. von dem Vergleichsverfahren lediglich im Hinblick auf Verpflichtungen ausgenommen wird, die nur in einem Falle entstehen können, in welchem die Frage der Teilnahme am Vergleichsverfahren durch die Befriedigung der Forderung bereits hinfällig geworden ist. Ich halte das Urteil daher auch aus diesem Grunde für unrichtig.

RA. Dr. Günter Stulz, Berlin.

Zu 23. Die Begr. des Urteils ist derart allgemein und summarisch, daß es in dieser Form erhebliche Gefahren auslösen kann. Würde man die Vermögensübertragung an einen Treuhänder in der zum Ausdruck gebrachten Allgemeinheit für zulässig erachten, so wäre damit die Möglichkeit geschaffen, das Vollstreckungsrecht aus den Angeln zu heben. Die Wirksamkeit einer solchen Vermögensübertragung ist in Rspr. und Schrifttum lebhaft bestritten; diese Frage ist eingehend und erschöpfend behandelt von Emmertich: Die Sanierung, § 55 S. 115 ff. (vgl. auch die dort Zit. und Mertel, Liquidationstreuhandverträge: JW. 1930, 1342 ff.). Emmertich geht davon aus, daß mehrere Rechtsordnung grundsätzlich das Prioritätsprinzip der vollstreckenden Gläubiger anerkennt, daß

Hamm.

24. § 7 AnfG. Bei Anfechtung der Bestellung eines dinglichen Rechts durch einen im Range nachgehenden Berechtigten ist der Anfechtungsgegner zur Einräumung des Vorranges oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das für ihn bestehende Recht nicht verpflichtet.

Besteht die anfechtbare Vermögensverchiebung in der Belastung eines sonst für den Zugriff der Gläubiger freistehenden Gegenstandes, so erfolgt die in § 7 vorgesehene „Rückgewähr“ zur Befriedigung der Kl. in der Gestalt, daß die Bekl. von dem für sie begründeten belastenden Rechte (dem Nießbrauch) der Kl. gegenüber keinen Gebrauch macht und auf diese Weise das Hindernis, welches durch die anfechtbare Handlung der Zwangsvollstreckung in den Weg gestellt ist, beseitigt. Im Verhältnis der Parteien wird dadurch der Zustand verwirklicht, der bestehen würde, wenn die Nießbrauchstellung nicht erfolgt wäre (so auch RG. 47, 216 [222]). Zu einem weiteren positiven Handeln ist die Bekl. nicht verpflichtet. Insbes. besteht für sie keine Verbindlichkeit, dem Kl. für seine Zwangshyp. den Vorrang vor dem anfechtbar bestellten Nießbrauch einzuräumen. Die Meinungen darüber, ob eine solche Vorrangseinräumung verlangt werden kann, sind in Rechtslehre und Rspr. geteilt (vgl. einerseits verneinend: RG. 47, 222; Warneher, AnfG., 2. Aufl. 1931, Ann. IV zu § 7, S. 151 — andererseits bejahend: RG. 86, 101; Gruch. 46, 391; OLG. Dresden 31, 312; Warneher, AnfG., 1. Aufl. 1930, Ann. IV zu § 7, S. 150/151).

Der Sen. vermag sich dem vom RG. 86, 99 (101) vertretenen Standpunkt, daß das Verlangen nach Vorrangseinräumung mit § 7 AnfG. in Einklang stehe, nicht anzuschließen.

Der Anfechtungsanspruch ist ein lediglich dem Anfechtungsgegner gegenüber bestehendes Forderungsrecht auf Rückgewähr des anfechtbar Erlangten, soweit dies zur Durchführung des dem Anfechtenden gegen seinen Schuldner zustehenden Rechtes erforderlich ist (so Warneher, 2. Aufl., a. a. O., Vorbem. II vor § 1). Dieser Anspruch ist daher rein obligatorischer Art und nur mit Wirkung gegen den Anfechtungsgegner ausgestattet (vgl. RG. 68, 138¹; 71, 176²). Dingliche, gegen unbeteiligte Dritte sich äußernde Wirkungen sind ihm vom Gesetz nicht beigelegt. Sie würden aber eintreten, wenn der Anfechtungskl. für seine Zwangshyp. einen grundbuchmäßigen Vorrang vor dem anfechtbar bestellten Rechte des Anfechtungsgegners am Grundstück bekäme. Den Vorrang müßte dann beispielsweise jeder Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners nach Maßgabe des Grundbuchs gegen sich gelten lassen, während nach § 11 AnfG. die Wirkung der Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs gegenüber den Rechtsnachfolgern an ganz andere Voraussetzungen geknüpft ist.

Der Senat kann namentlich angeichts dieser Sonderregelung (in § 11 AnfG.) auch nicht der vom OLG. Dresden (OLGEntsch. 31, 312) ins Feld geführten Begr. zustimmen, daß der Schutz

des Anfechtungsgläubigers gegen spätere gutgläubige Erwerber des angefochtenen Rechts am Grundstücke die Befähigung der Vorrangsgewährung erheische. Dieser Schutz kann im drohenden Falle auf andere Weise (Erwirkung eines Verfügungsverbots usw.) als durch die gesetzfremde „Verdinglichung“ des Anfechtungsanspruchs erreicht werden.

Aus diesen Erwägungen ist dem in erster Linie von Kl. gestellten Antrage auf Vorrangseinräumung nicht zu entsprechen.

Ebenso kann dem Antrage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den für die Bekl. bestellten Nießbrauch nicht stattgegeben werden. Der Anfechtungskl. hat keinen Anspruch auf Vollstreckung in das neu begründete Recht der Bekl. selbst, sondern nur Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners unbeschadet des Rechtserwerbs des Anfechtungsgegners (der Bekl.) (vgl. Warneher a. a. O., 2. Aufl., Ann. IV zu § 7, S. 153; RG. 47, 221; RG.: JW. 1928, 1345²).

(OLG. Hamm, 7. ZivSen., Ur. v. 10. Nov. 1932, 7 U 409/30.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Loewenstein, Hamm.

Karlsruhe.

25. § 13 AnfG.; §§ 927, 936 BPO. In der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners und in der Ablehnung der Aufnahme des Anfechtungsprozesses seitens des Konkursverwalters ist nicht schlechthin auch materiellrechtlich eine Veränderung der Umstände zu erblicken, die dem von der Einstw.Vers. Betroffenen ein Recht auf ihre Aufhebung nach §§ 927, 936 BPO. gibt.†)

Im Gegensatz zu den Ausführungen bei Jaeger, Warneher und in der Entsch. in SeuffArch. 50, 68 ist der Sen. der Ansicht, daß nicht schlechthin in der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners und in der Ablehnung der Aufnahme des Anfechtungsprozesses seitens des Konkursverwalters auch materiellrechtlich eine Veränderung der Umstände zu erblicken ist, die dem von der Einstw.Vers. Betroffenen ein Recht auf ihre Aufhebung nach §§ 927, 936 BPO. gibt. Der Anfechtungsanspruch des Gläubigers ist nicht einfach endgültig untergegangen, sondern nur in dem Anfechtungsanspruch der Gesamtheit aller Konkursgläubiger aufgegangen, zu denen auch wieder die Bekl. gehört. Sie kann den Anspruch nur zur Zeit nicht „verfolgen“, wie § 13 AnfG. sagt, nach Beendigung des Konkurses kann sie ihn aber nach der herrschenden Lehre in dem anhängigen Rechtsstreit weiter verfolgen. Es erscheint dem Senat im Gegensatz zu SeuffArch. 50, 68 nicht billig, daß nun, wenn der Konkursverwalter den Anspruch für die Gesamtheit der Gläubiger zur Zeit nicht verfolgen will, der an sich Anfechtungsberechtigte, dessen Anspruch nur als Sonderrecht zeitweilig in dem Anspruch der Gesamtheit der Gläubiger aufgegangen ist, aber als Sonderrecht jeder-

der Begründung nicht zu entnehlen ist, ob das Ergebnis im konkreteten Fall zutrifft.

RA. Paul Jessen, Kiel.

Zu 25. Dem OLG. ist darin beizutreten, daß der Anfechtungsanspruch des Gläubigers durch die Konkursöffnung nicht einfach untergegangen ist — wie OLG. Kassel: SeuffArch. 65, 198 annahm — oder „nur“ noch dem Konkursverwalter zusteht wie OLG. Dresden: SeuffArch. 50, 121 erklärte. Auch das letztere hat in einer späteren Entsch. (OLGRspr. 29, 268) sich darauf beschränkt zu sagen, durch die Konkursöffnung verliere „in der Regel“ jede Sicherungsmaßnahme ihre innere Berechtigung. Die Ablehnung der Aufnahme des Anfechtungsprozesses durch den Konkursverwalter hat noch keine entscheidende Bedeutung, sondern es bleibt dabei, daß die Ausübung des Anfechtungsrechtes durch den einzelnen Gläubiger während des Konkursverfahrens ruht. Würde sein Recht schon dadurch untergehen, daß der Konkursverwalter den Prozeß nicht aufnimmt, so wäre keine Möglichkeit mehr für die Verfolgung des Anfechtungsprozesses durch den Gläubiger nach Aufhebung des Konkursverfahrens (§ 13 Abs. 4 AnfG.). Nur wenn der Konkursverwalter den Anspruch für die Masse ausübt, geht das Anfechtungsrecht dem einzelnen Gläubiger verloren; insbes. wenn der Anspruch durch Prozeßverlust, Vergleich, Verzicht berrichtet wird, erlangt der Anfechtungsgegner eine Einrede gegen den Anspruch (§ 13 Abs. 4 Satz 1 a. E. AnfG.; Jaeger, AnfG. § 13 Ann. 12 und 28). Dagegen die Ablehnung der Aufnahme erzeugt keine solche Einrede. Selbst wenn der Konkursverwalter die Ablehnung der Aufnahme damit begründen würde, daß nach seiner Überzeugung ein Anfechtungstatbestand nicht gegeben sei, würde er die spätere Verfolgung des Anfechtungsprozesses nicht ausschließen, denn eine solche Verneinung ist kein Verzicht, weil der Verzichtswille fehlt; sie würde aber auch die frühere Glaubhaftmachung nicht entkräften. Es bliebe Frage des einzelnen Falles, ob die Umstände, unter denen der Verwalter seine Erklärung abgegeben hat, diese als so schwerwiegend erscheinen lassen, daß die frühere Glaubhaftmachung erschüttert wird.

Geh. RA. Prof. Dr. Kleinfeller (†), Kiel.

aber für gewisse Fälle — für das Konkursverfahren, das gerichtliche Vergleichsverfahren und auch das von der Rechtsordnung anerkannte außergerichtliche Vergleichsverfahren — das Prinzip der gleichmäßigen Verteilung gilt. Die Prüfung der Frage der Anfechtbarkeit muß diesen Ausgangspunkt nehmen. Die Vermögensübertragung an einen Treuhänder als ein rein abstrakter Akt ist ohne Sinn und Bedeutung, im Gegenteil sehr oft Mittel für irgendwelche unlauteren Absichten. In einem solchen Fall braucht kein Gläubiger den Nachteil zu dulden, daß ihm die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung bereitet wird. Die Rechtfertigung derartiger Übertragungen ist daher abzuleiten aus dem zugrunde liegenden außergerichtlichen Vergleichsverfahren und die Bestellung des Treuhänders nur zu würdigen als ein Bestandteil des Vergleichsverfahrens mit der Zweckbestimmung, zugunsten der Gläubiger die vorhandene Masse zur Durchführung des Vergleichs sicherzustellen und nutzbar zu machen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kann die Individualvollstreckung eines Aktordstörers nicht geschützt werden; mit Emmerich (S. 122) wird man in diesem Fall eine abschließliche Benachteiligung i. S. des Aufw. verneinen müssen. Mit Recht hebt Emmerich (S. 122 ff.) hervor, daß diese Auffassung nur gilt, wenn ein „sachlich ordnungsmäßiges, wirtschaftlich billigenwertes Verfahren“ vorliegt; dann muß auch der dem Vergleich nicht zustimmende Gläubiger sein Individualinteresse den Interessen der Gesamtgläubiger unterordnen, und zwar deshalb, weil die Sachlage nicht mehr das Privilegiationsprinzip, sondern das Verteilungsprinzip rechtfertigt. Will ein Gläubiger bei dieser Sachlage einem Vergleich nicht zustimmen, so verbleibt ihm als Rechtsbehelf nur der Antrag auf Konkursöffnung. Diese Erwägungen mußten den Ausgangspunkt der Prüfung bilden; nicht der Treuhändervertrag als solcher ist entscheidend, sondern seine Eigenart und Zweckbestimmung im Rahmen eines vorhandenen oder beabsichtigten Vergleichsverfahrens. Hierüber sagt das Urteil nichts, so daß aus

1) JW. 1908, 307.

2) JW. 1909, 429

zeit mit Beendigung des Konkurses wieder ausüben kann, ohne Zutreten weiterer Gründe jeder Sicherung beraubt werden soll.

(RG. Karlsruhe, Art. v. 12. Nov. 1931, IV ZBR 130/31.)

Mitgeteilt von N. Dr. Anders, Karlsruhe.

Berlin. IV. Sonstiges Zivilrecht.

26. §§ 387 ff., 1124, 1125 BGB. Ein im Mietvertrage formularmäßig zugunsten der Mietzinsforderung vereinbartes Aufrechnungsverbot hindert den Mieter nicht an der Aufrechnung, wenn der Vermieter in Konkurs gegangen ist und der Mieter durch Verjagung der Aufrechnung bezüglich seiner Gegenforderung auf die Konkursquote verwiesen würde. Dies gilt nicht nur dem Vermieter oder Konkursverwalter, sondern auch dem Zwangsverwalter gegenüber. †)

Die Wirksamkeit der von den Bekl. erklärten Aufrechnung hing in erster Reihe von der Frage ab, ob das im Mietvertrage enthaltene formularmäßige Aufrechnungsverbot wegen des Konkurses des Vermieters unanwendbar geworden ist. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit der vom RG. hinsichtlich einer Kaufpreisforderung (RG. 124, 8 = JW. 1929, 1379) ausgesprochenen Begründung zu bejahen. Bei einer Formularaufrechnung der in Frage stehenden Art ist in erster Reihe nach dem mit ihrer Aufnahme in den Vertrag verfolgten Zweck zu ermitteln, welche Bedeutung ihr nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte beizumessen ist. Sie soll dem Vermieter im Interesse einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Hauses den pünktlichen Eingang der Mietbeträge sichern und ihn vor Kürzungen des Mietzinses schützen, die später als unberechtigt festgestellt werden. Sie beschränkt deswegen den Mieter in der Art der Geltendmachung seiner Gegenforderungen. Sie kann aber nicht den Zweck verfolgen, ihm die Gegenforderungen ganz oder teilweise zu nehmen. Dies würde im Konkurs des Vermieters geschehen, wenn der Mieter hier infolge des Aufrechnungsverbots auf seine Gegenansprüche nur die Konkursquote erhalten würde, anstatt sie im Rahmen der Aufrechnungsmöglichkeit voll zu verwirklichen. Der M. kann sich somit nicht auf das im Mietvertrage enthaltene Aufrechnungsverbot berufen; auch er als Zwangsverwalter muß sich, da er den Mietern gegenüber nicht weitergehende Rechte als der Vermieter oder der Konkursverwalter haben kann, den Wegfall des Aufrechnungsverbots infolge des Konkurses des Vermieters entgegenhalten

Zu 26. Die Entsch. berührt in maßgebender Linie die Frage, ob und unter welchen Umständen ein im Mietvertrag zwischen Vermieter und Mieter vereinbartes Aufrechnungsverbot im Konkurs des Vermieters seine Wirksamkeit beibehält.

Eine eingehende Literaturangabe zu dieser Frage vgl. bei Bendix, Breslau, zu der ähnlichen Entsch. des RG.: JW. 1929, 1379 13.

Es dürfte hierbei zu unterscheiden sein, ob sich das Aufrechnungsverbot, d. h. das Verbot für den Mieter gegenüber den Mietansprüchen des Vermieters mit Gegenansprüchen aufzurechnen, in einem Mietvertragsformular findet, das von den Parteien lediglich unterzeichnet ist, oder ob es in dem Mietvertrag ursprünglich nicht eingesetzt war, sondern späterhin eingeschoben wurde. Falls letzteres der Fall sein oder der ganze Vertrag überhaupt privatschriftlich aufgesetzt sein sollte, kann man vermuten, daß besondere mündliche Besprechungen auch über das Aufrechnungsverbot stattgefunden haben. Es dürfte alsdann eine Beweishebung über Grund und Inhalt dieser mündlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien nicht zu umgehen sein. Die Wirksamkeit des Aufrechnungsverzichts für den Fall des Konkurses wird Tatfrage (Staub, HGB., Anh. § 332, Anm. 85).

Die Sachlage liegt jedoch anders, wenn der Verzicht im Mietvertragsformular vorgelesen und bedingungslos angenommen war.

Hier darf man wohl davon ausgehen, daß die Parteien sämtliche Vertragsbedingungen unter der stillschweigenden Voraussetzung normaler Entwicklung der beiderseitigen Vermögenslagen festgelegt haben; sonst hätten sie ja auch die einzelnen Vertragsbedingungen nicht in einem „genormten“ Vertrag aufgenommen!

Alles was außerhalb des Normalen lag, sollte von den einschränkenden Bedingungen, wie z. B. von dem Aufrechnungsverzicht nicht getroffen werden.

Sehr oft wird der Mieter bei Unterzeichnung des Mietvertragsformulars gar nicht daran gedacht haben, daß die Möglichkeit eintreten könnte, daß er Gegenansprüche gegenüber dem Vermieter geltend machen könnte. Er wird insbes. nicht die Möglichkeit erwogen haben, daß der Vermieter in Konkurs fallen könne und daß ihm durch Konkursöffnung die Möglichkeit genommen werden könne, seine Forderung vom Vermieter hereinzubekommen, während der Vermieter den vollen Mietzins weiter bezüge.

Tatsächlich würde der Mieter jedoch bei Gültigkeit des Aufrechnungsverzichts, was seine Gegenforderung gegenüber dem Vermieter betrifft, auf die Konkursquote angewiesen sein, die gerade heutzutage sehr gering auszufallen pflegt, da bei Befriedigung über

lassen. Gemäß §§ 1124, 1125 BGB. ist jedoch dem Ml. gegenüber die Aufrechnung der Bekl. nur insoweit wirksam, als sie nicht die Mietzinsansprüche für die Zeit vom April bis September 1931 übersteigt. Die Forderungen, mit denen die Bekl. wirksam aufrechnen konnten, bleiben jedoch unter dem dem Ml. für diese Zeit an sich zustehenden Beträge, so daß die Klageforderung bezüglich des Restes begründet ist.

(RG., 17. Zivilsen., Art. v. 27. Juni 1932, 17 U 987/32.)

Mitgeteilt von RGR. Dahmann, Berlin.

*

Hamburg.

27. § 419 BGB. Der Liquidator, der sich zu einer Liquidation nach konkursrechtlichen Grundsätzen (Liquidationsvergleich) verpflichtet hat, haftet auch den bevorrechtigten Gläubigern, die wegen ihres Vorrechts dem Vergleich nicht zugestimmt haben, dafür, daß sie in ihrer Rangklasse befriedigt werden.

Die Ml. hat erklärt, daß sie nicht in der Lage sei, sich dem Liquidationsvergleich anzuschließen, da ihre Forderung, wie auch die übrigen sozialen Abgaben, in voller Höhe entrichtet werden müsse, weil sie im Konkurs nach § 28 Abs. 3 RW. das Vorrecht des § 61 Ziff. 1 RW. genieße. Hieraus folgert der Bekl., daß eine vertragliche Verpflichtung des Bekl. gegenüber der Ml., sie bei Verteilung der Masse an bevorrechtigter Stelle zu berücksichtigen, nicht gegeben sei, weil ja die Ml. es ausdrücklich abgelehnt habe, dem Vergleich beizutreten. Dem kann nicht zugestimmt werden. Das Wesen des Liquidationsvergleiches besteht darin, daß der Treuhänder die Masse nach konkursmäßigen Grundsätzen auszuscheiden hat und nach Deckung der Liquidationskosten und Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger den Erlös zu teilen hat (vgl. Emmerich, Die Sanierung S. 176). Dafür, daß der Bekl. diese Verpflichtung übernehmen wollte, spricht der Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der nicht beteiligten Gläubiger. Diese Verpflichtung hat der Treuhänder dem Schuldner gegenüber wie auch den am Vergleich beteiligten Gläubigern übernommen. Es liegt infolgedessen ein Vertrag zugunsten eines Dritten vor, nämlich zugunsten der in Anlage 2 ausdrücklich erwähnten nicht beteiligten Gläubiger. Aus der ganzen Sachlage ist ohne weiteres zu entnehmen, daß diesen Gläubigern das Recht zustehen sollte, ihre Ansprüche gegen die Liquidationsmasse unmittelbar geltend zu machen. Für eine Verletzung dieser Verpflichtung haftet der Bekl. nicht nur den beteiligten Gläubigern und dem Schuldner,

29% der Forderung hinaus das Vergleichsverfahren vom Vermieter angestrebt zu werden pflegt; er müßte 70% seiner etwaigen Forderung verlieren, während er nach wie vor die Mietforderung voll begleichen müßte.

Da derartig weittragende Folgen bei Abschluß des formularmäßigen Mietvertrages meist nicht erwogen werden, verneint das RG. zu Recht die Gültigkeit des Aufrechnungsverbot im Konkurs.

Die Entsch. weist in treffender Weise daraufhin, daß ein Formularvertrag doch nicht dieselbe Wirkung zeitigen kann, wie ein Vertrag, der unter Besprechung jeder einzelnen Vertragsbedingung schriftlich von Fall zu Fall gesondert abgeschlossen wurde. Im Handel und Verkehr werden fast für alle Rechtsgeschäfte Vertragsformulare angeboten. Die Vertragsparteien glauben auf diese Weise mehr und mehr auf die Beanspruchung eines Ml. verzichteten zu können, da ihnen der Formularvertrag vermeintlich dieselben Rechte wie ein bei dem Ml. geschlossener, genau durchsprachener, Vertrag gewährt. Daß diese Ansicht irrig ist, zeigt gerade die vorl. Entsch.

Nicht unerwähnt gelassen bleiben soll, daß die Aufrechnungsmöglichkeit des Mieters sowieso durch die Vorschr. der §§ 1124 und 1125 BGB. i. Verb. m. der NotW. des RPf. v. 8. Dez. 1931, Teil 3, § 12 (S. 154) außerordentlich beschränkt worden ist.

Grundsätzlich ist hiernach (die Übergangsbestimmung des § 24 der genannten NotW. findet nur bei Mietern Anwendung, die den Mietzins in Vierteljahresraten zu zahlen haben), wenn die Beschlagnahme des Grundstücks vor dem 15. d. M. erfolgt, eine Aufrechnung mit dem Mietzins für den nächsten laufenden Monat sowieso ausgeschlossen, während, wenn die Beschlagnahme des Grundstücks nach dem 15. d. M. erfolgt ist, eine Aufrechnung mit dem Mietzins des nächsten Monats zwar noch zulässig, mit dem Mietzins des übernächsten Monats jedoch gesetzlich unzulässig ist.

Von diesem Zeitpunkt an muß der Mieter auf jeden Fall den Mietzins in voller Höhe an den Konkurs- bzw. Zwangsverwalter bezahlen, während der Rest der ihm noch zustehenden Forderung nunmehr nur noch als Konkursforderung geltend gemacht werden kann.

Im übrigen sind sämtliche vorgenannten Best. im Konkurs auch gegenüber dem Zwangsverwalter anzuwenden, da die Zwangsverwaltung nach erfolgter Konkursöffnung im Rahmen des Konkursverfahrens stattfindet und dem Konkursverwalter eine besondere Möglichkeit der Verwertung von Massegegenständen des Vermögens des Gemeinschuldners bietet.

Ml. Dr. Böe, Halberstadt.

sondern auch den nicht beteiligten Gläubigern unmittelbar (vgl. dazu Emmerich S. 177 unten, S. 178 oben, dessen Ausführungen zuzustimmen ist).

(OLG. Hamburg, Urt. v. 12. Juli 1932, Bf II 159/32.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Prochownik, Hamburg.

*

Königsberg.

28. Zulässigkeit von Sonderabreden in außergerichtlichen Vergleichsverfahren. 7)

Ein Holzhändler war in Schwierigkeiten geraten und bot seinen Gläubigern einen außergerichtlichen Vergleich auf der Grundlage von 50% ihrer Forderungen an. Als einzelne Gläubiger hiermit nicht zufrieden waren und mehr verlangten, erklärte der Kaufmann, als ansässiger Geschäftsmann könne er nicht einzelnen Gläubigern eine Sonderbegünstigung gewähren, verwies sie an seinen bei ihm als Prokurist tätigen Sohn, und dieser erklärte sich schließlich bereit, selbst ihnen eine Sonderleistung dadurch zu machen, daß er sich wechselseitig verpflichtete, ihnen 10% ihrer Forderungen, insgesamt rund 9000 RM, in zwei Teilbeträgen zu zahlen, und zwar aus seinem Einkommen als Prokurist, und ihnen die Wechselakzente zu übergeben. Die betreffenden Gläubiger stimmten nimmere dem Vergleichsvorschlag zu und empfangen die Wechselakzente des Sohnes ihres Schuldners über die Sonderleistung; die übrigen Gläubiger wurden vor dem Zusatzabkommen nicht verständigt.

Der Sohn hat später von seinen Vertragsgegnern Herausgabe der Wechsel im Wege der Einstw. Verf. beansprucht, weil sein Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten und wegen Wuchers nichtig sei. OLG. und OLG. haben die Einstw. Verf. mangels eines zu sichernden Anspruchs abgelehnt. Das OLG. geht davon aus, daß der Vater des Antragstellers allerdings durch sein Rundschreiben an seine Gläubiger mit dem Vergleichsvorschlag auf 50% sich verpflichtet hatte, alle am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubiger nach Treu und Glauben gleichmäßig zu behandeln, denn er hatte ihnen damit stillschweigend zugesichert, keinen von ihnen zu bevorzugen. Er hat aber diese Pflicht auch erfüllt, da er selbst weder einzelne Gläubiger bevorzugt noch an ihrer Bevorzugung durch seinen Sohn irgendwie teilgenommen, vielmehr jede Mitwirkung daran abgelehnt hat. Für einen am Vergleichsverfahren nicht Beteiligten, wie den Sohn, bestand jedoch kein Verbot, einzelne Gläubiger zu begünstigen. Ein solches ist insbes. nicht aus dem § 181 RD. und § 5 BerglD. mit ihrem Verbot im Konkurs- und gerichtlichen Vergleichsverfahren herzuleiten. Dort ist es nötig, um die Gläubigermehrheit, gegen deren Widerspruch der Vergleich zustande kommen kann, vor unlauteren Nachschäften der übrigen Gläubiger zu schützen. Im außergerichtlichen Vergleichsverfahren ist ein derartiger Schutz nicht erforderlich, weil jeder Gläubiger das Zustandekommen des Vergleichs durch seinen Widerspruch verhindern und demgemäß auch davon abhängig machen kann, daß einzelne Gläubiger weder durch den Schuldner noch durch einen Dritten bevorzugt werden. Deshalb ist im außergerichtlichen Vergleichsverfahren gegen eine Sonderbegünstigung einzelner Gläubiger durch einen am Verfahren nicht beteiligten Dritten grundsätzlich nichts einzuwenden.

Zu 28. Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Die Best. des § 181 RD. und des § 5 BerglD., welche Sonderabmachungen zwischen dem Schuldner oder anderen Personen mit einzelnen Gläubigern verbieten, können beim außergerichtlichen Vergleich nicht analog angewandt werden. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Unterschied des gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahrens. Beim gerichtlichen Zwangsvergleich kann ein widerstrebender Gläubiger durch den vom Gericht gebilligten Willen einer Gläubigermehrheit mattgesetzt werden, so daß der Vergleich an seinem Widerspruch nicht scheitert. Dies ist der Sinn der Mitwirkung des Gerichts beim Zwangsvergleich im Konkurs und beim gerichtlichen Vergleichsverfahren. Eine derartige Möglichkeit fehlt beim außergerichtlichen Vergleich. Darum waren Sonderabmachungen zwischen dem Schuldner oder seinen Angehörigen mit einzelnen Gläubigern beim außergerichtlichen Vergleich stets üblich. Gerade um ein Überhandnehmen dieser Verfahren zu vermeiden, haben Recht und Wirtschaft ja immer wieder die Einführung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens gefordert. Es ist also richtig, wenn das obige Urt. sagt, daß grundsätzlich eine Sonderabmachung nicht gegen die guten Sitten verstößt, sondern nur dann, wenn besondere Begleitumstände vorliegen. Dies deckt sich mit der in Rechtslehre und Kpr. einhellig vertretenen Ansicht (vgl. Jaeger Anm. 1 zu § 181 RD.; Emmerich, Die Sanierung, S. 101 und neuestens RG. v. 17. Dkt. 1932: Konk. Tr. W. 1932, 203).

II. Das Urt. prüft nun, ob solche besonderen Umstände hier vorliegen, und kommt mit Recht zu einer Verneinung.

III. Eine andere Frage ist, ob und inwieweit den anderen Gläubigern die Möglichkeit zusteht, wegen derartiger Sonderabmachungen ihrerseits den Vergleich wegen Irrtums oder Täuschung anzuzweifeln. Bekanntlich ist sowohl nach der RD. als nach der BerglD. eine

Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist nur beim Vorhandensein besonderer Begleitumstände gegeben. Bei der Vermögenslosigkeit des Sohnes mögen zwar die begünstigten Gläubiger damit gerechnet haben, der Vater werde bei Besserung seiner Vermögensverhältnisse die Wechselpflichten des Sohnes erfüllen. Diese Erwartung der Gläubiger ist aber nicht Vertragsinhalt geworden, und der Sohn ist von einer solchen Vertragsgrundlage nicht ausgegangen, wie seine Abzehrung bezeugt, die Akzente aus seinem Prokuristengehalt einlösen zu wollen. Eine einseitige nach außen hin nicht in die Erscheinung getretene Erwartung der Gläubiger bei dem Vertragschluß vermag dessen Nichtigkeit nicht herbeizuführen.

Wenn die Parteien den Vertrag vor den übrigen Gläubigern geheimgehalten haben, so war der Zweck nicht, diese über die Sonderleistungen zu täuschen und dadurch zu veranlassen, dem Vergleichsvorschlag zuzustimmen, sondern es sollte nur ein Widerruf der Zustimmung der übrigen Gläubiger, um ebenfalls größere Forderungen zu erheben, verhindert werden. Die übrigen Gläubiger wurden dadurch nicht geschädigt, weil ihnen das damalige Vermögen des Vergleichsschuldners, das praktisch für die Befriedigung der Gläubiger allein in Betracht kam, durch Übergabe an einen Treuhänder zur Verwertung für alle Gläubiger gesichert worden war. Ein Versprechen weiterer Leistungen eines Dritten, die vor den übrigen Gläubigern verheimlicht wurden, nur um höhere Forderungen auch durch sie abzuwehren, enthält keinen Verstoß gegen die guten Sitten.

Sollten die Parteien, wie der Sohn behauptet, verabredet haben, seine Sonderbegünstigung solle auch für den Fall eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Vaters gelten, so würde diese Abrede auch in dieser bedingten Form unzulässig sein und einen strafbaren Stimmenkauf darstellen können. Sie ist aber nach dem Vorbringen des Sohnes lediglich Nebenabrede ohne maßgebliche Bedeutung gewesen, da er seinem Vater unter allen Umständen ein gerichtliches Verfahren ersparen wollte und die Sonderbegünstigung vor allem für den Fall des außergerichtlichen Vergleichs gelten sollte. Da die Parteien den Vertrag über die Sonderbegünstigung im außergerichtlichen Vergleichsverfahren auch bei Kenntnis seiner Nichtigkeit im gerichtlichen Vergleichsverfahren abgeschlossen haben würden, berührt nach § 139 BGB. die Nichtigkeit der Nebenabrede nicht die Wirksamkeit des Vertrags im übrigen.

Die Gegenleistung der begünstigten Gläubiger endlich, Verzicht auf 50% ihrer Forderungen, steht in keinem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung des Sohnes, weshalb der Wuchereinwand aus § 138 BGB. nicht durchdringt.

(OLG. Königsberg, I. FerSen., Urt. v. 19. Juli 1932, 2 U 152/32.)

Mitgeteilt von OLG. Ermel, Königsberg i. Pr.

Dresden.

b) Straßachen.

29. § 288 StGB. Wird eine Forderung erst in 7 Monaten fällig, so läßt sich im allgemeinen nicht sagen, daß bzgl. ihrer die Zwangsvollstreckung drohe.

Das OLG. hat das Tatbestandsmerkmal einer drohenden Zwangsvollstreckung mit folgender Begr. bejaht: Die angeklagten

Anfechtung des Zwangsvergleichs wegen Irrtums überhaupt nicht und wegen Täuschung nur dann zulässig, wenn sie sich als Betrug darstellt. Eine derartige Beschränkung der Anfechtbarkeit ist für den außergerichtlichen Vergleich nicht gegeben. Beim Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen kann also Anfechtung erfolgen. Dazu ist aber zu bemerken, daß Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung nicht etwa allgemein darauf gestützt werden kann, daß der Anfechtende davon ausgegangen sei, es würden keine Sonderabmachungen mit anderen Personen getroffen werden. Vielmehr ist eine Anfechtungsmöglichkeit mit dieser Begr. regelmäßig nur dann gegeben, wenn der Ausschluß derartiger Sonderabreden ausdrücklicher oder stillschweigender Bestandteil des Vergleichs mit den Gläubigern geworden ist. Denn beim außergerichtlichen Vergleich muß mangelnd ausdrücklicher Regelung jeder Gläubiger auf Grund allgemeiner Erfahrung mit der Möglichkeit der Einräumung von Sondervorteilen an einzelne Personen rechnen. Solche Abmachungen mit widerstrebenden Gläubigern sind sehr häufig der Gläubigermehrheit auch gar nicht unerwünscht, weil hierin das einzige Mittel liegt, den Widerstand zu brechen, also nur auf diese Weise das Zustandekommen eines vor dem Konkurs oder dem gerichtlichen Vergleich bevorzugten außergerichtlichen Vergleichs ermöglicht wird. Es kommt dann also noch hinzu, daß selbst bei Kenntnis der Sonderabmachung — also beim Nichtvorliegen des „Irrtums“ — der jetzt anfechtende Gläubiger dem Vergleich doch zugestimmt haben würde (vgl. hierzu ausführlicher Emmerich a. a. D. S. 92 ff.).

RA. Dr. Richard Salomon, Berlin.

Zu 29. Die Entsch. des OLG. Dresden ist zu billigen. Der § 288 StGB. richtet sich gegen Handlungen, die der Täter bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung vornimmt, um die Befriedigung

Chelente hätten damit gerechnet, daß der Angekl. — nach Verlust seiner einträglichen Stellung — seinen Verpflichtungen gegenüber seinen Hausgläubigern im Laufe der nächsten Monate nicht mehr allenthalben werden nachkommen können und daß dann die Gläubiger zur Befriedigung ihrer Ansprüche sich an sein Grundstück halten würden. Insbes. sei es den Angekl. klar gewesen, daß der Zeuge B. sofort bei Fälligkeit des Ende 1930 zurückzahlenden Darlehnteils auf dessen Sicherstellung am Grundstück dringen und für den Fall, daß diese Sicherstellung nicht ermöglicht würde, die Beitreibung seiner fälligen Forderung aus dem Grundstück veranlassen werde. B. sei auch tatsächlich ohne weiteres des Willens gewesen, falls die Rückzahlung dieses Darlehnteiles nicht alsbald nach Eintritt der Fälligkeit Ende 1930 erfolgte, gerichtliche Schritte zur Verwirklichung seines Anspruchs zu ergreifen.

Der Begriff der „drohenden“ Zwangsvollstreckung i. S. von § 288 StGB. legt voraus, daß zu erwarten ist, es werde der Berechtigten die zwangsweise Verwirklichung seines Vermögensrechts herbeiführen. Dies genügt jedoch noch nicht. Diese Verwirklichung muß auch — und zwar im Zeitpunkt der Tat und objektiv, nicht nur vom Standpunkt des Berechtigten oder des Verpflichteten — in nahe Aussicht gerückt sein. Die Beantwortung der Frage, ob letztere Voraussetzung gegeben ist, liegt zwar wesentlich auf dem Gebiete der tatsächlichen Würdigung. Die Begr. des angefochtenen Urts. ermangelt aber jeglicher bestimmten Ausführung gerade zu diesem Punkte. Diese Unterlassung zwingt zu der Annahme, daß das UrG. eine derartige Feststellung für nicht erforderlich erachtet hat. Gerade der Umstand, daß vorliegendenfalls die Fälligkeit der in Rede stehenden Forderung erst 7½ Monate nach der Bestellung der Hypothek eingetreten ist und der Zeuge B. auch nach Eintritt der Fälligkeit noch weit über 2 Monate lang bis zur Ergreifung gerichtlicher Schritte gegen den Angekl. gewartet hat, hätte eine Prüfung des Sachverhalts nach der bezeichneten Richtung erfordert. Die Bemerkung, daß B. willens gewesen sei, alsbald nach Fälligkeit gegen den Angekl. zwangsweise vorzugehen, kann diese fehlende Feststellung nicht ersetzen. Denn maßgebend war, ob die Zwangsvollstreckung im Zeitpunkt der Tat, nicht ob sie im Zeitpunkt des zukünftigen Eintritts der Fälligkeit in nahe Aussicht gerückt war. Ob eine im letzteren Zeitpunkte nahe bevorstehende Zwangsvollstreckung auch bereits zur Tatzeit als in nahe Aussicht gerückt anzusehen ist, hängt wesentlich von der Länge des Zeitraums ab, der von der Tatzeit bis zur Fälligkeit der Forderung zu verstreichen hat. Auch das UrG. hat in Fällen, wo die Forderung des Gläubigers zur Tatzeit noch nicht fällig war, aber im Zeitpunkt der Fälligkeit das sofortige gerichtliche und zwangsweise Vorgehen des Gläubigers zu erwarten stand, eine ausdrückliche Feststellung dahin, daß die Forderung in kurzer Frist fällig geworden sei, für notwendig befunden (RGSt. 24, 239; 31, 24).

(OLG. Dresden, Ur. v. 5. Okt. 1932, 1 Ost 312/32.)

Mitgeteilt von GenStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Landgerichte.

Zivilsachen.

Chemnitz.

I. Konkursordnung.

1. § 61 Nr. 1 u. 2 RD. Im Konkursverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers genießen einbehaltene, aber nicht abgeführte Lohnsteuern nicht das Vorrecht aus § 61 Nr. 1 RD.¹⁾

Es ist richtig, daß der Steuerabzug ein Teil des Lohnes ist und daß die Lohnsteuer keine Arbeitgebersteuer bedeutet, weil sie wirtschaftlich den Arbeitnehmer belastet. Das Wesen des Steuerabzuges auf Grund von § 69 EinkStG. besteht darin, daß von dem an sich dem Arbeitnehmer zustehenden Arbeitslohn ein Teil kraft öffentlich-rechtlicher

¹⁾ Vgl. dazu OLG. Königsberg und Stettin: JW. 1932, 1585¹⁸ u. ²⁰; LG. Leipzig: JW. 1931, 2185.

des Gläubigers zu vereiteln. Eine ZwVollstr. droht, wenn damit zu rechnen ist, daß sie erfolgen wird. Aber der § 288 StGB. spricht doch wohl nicht in diesem weiten Sinne von dem Drohen einer ZwVollstr. Aus der Zweckfunktion der Best. heraus ergibt sich vielmehr eine Beschränkung: die ZwVollstr. droht, wenn die Dinge so weit gediehen sind, daß anzunehmen ist, die ZwVollstr. werde nur durch Veräußerung oder Beiseiteschaffung von Vermögensgegenständen des Schuldners noch verhindert werden können. Davon kann keine Rede sein, wenn der Anspruch noch nicht entstanden ist. Andererseits braucht der Anspruch noch nicht fällig zu sein und es braucht kein Vollstreckungstitel vorzuliegen. Ist der Anspruch erst nach einem halben Jahre fällig, so droht die ZwVollstr. nicht schon dann, wenn der

Verpflichtung vom Arbeitgeber einbehalten und an die Steuerbehörde abgeführt und daß damit die von dem Arbeitnehmer zu entrichtende Einkommensteuer getilgt wird. Aus Zweckmäßigkeits Erwägungen und zur sicheren Erfassung der Steuer an der Quelle soll der Arbeitgeber verpflichtet sein, durch Abzug und Abführung die Erhebung der Lohnsteuer zu gewährleisten. Nach § 78 Abs. 1 EinkStG. haftet der Arbeitgeber für die Einbehaltung und Entrichtung der Lohnsteuerbeträge in jedem Falle und in vollem Umfange. Grundföhrlich haftet neben ihm auch der Arbeitnehmer, der ja der eigentliche Steuerpflichtige ist. Dessen Haftung entfällt jedoch stets dann, wenn ihm der Arbeitslohn vorchriftsmäßig gekürzt und ausgezahlt worden ist (§ 78 Abs. 2 EinkStG.).

Wird der Arbeitgeber auf Grund seiner Haftung gem. § 78 EinkStG. für die im Wege des Steuerabzuges vom Arbeitslohn einzuverhaltenden und abzuföhrnden Beträge vom Reichsfiskus in Anspruch genommen, so handelt es sich um eine Steuerleistung. Kraft seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, den Steuerabzug vorzunehmen, hat also der Arbeitgeber einen Teil des Lohnes an das Reich als Steuer zu entrichten (vgl. Ruhn, EinkStG., 4. Aufl., § 78 Anm. 3; § 69 Anm. 1; RfH. 14, 208). Diese Entrichtung wirkt zwar im Verhältnisse des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer wie eine Lohnzahlung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, dem sie auch wirtschaftlich dadurch zugute kommt, daß er insoweit von einer Steuerpflicht gegenüber dem Reiche nach Maßgabe des § 78 EinkStG. befreit wird; im Verhältnisse des Arbeitgebers zum Reichsfiskus hat sie aber die Natur einer Steuerleistung. Da nach dem EinkStG. der Arbeitgeber im wesentlichen zum alleinigen Schuldner der Lohnsteuer dem Reiche gegenüber gemacht wird (vgl. § 78 Abs. 2 EinkStG.), so ist der Anspruch des Reichs gegen den Arbeitgeber auf Grund von § 78 Abs. 1 EinkStG. als unmittelbare Geltendmachung einer Abgabeforderung aufzufassen. Der Reichsfiskus hat den zurückbehaltene Lohnanteil nicht als Lohn, sondern als Steuer zu beanspruchen. Der Haftungsanspruch nach § 78 Abs. 1 EinkStG. ist daher als eine Forderung wegen öffentlicher Abgaben i. S. des § 61 Nr. 2 RD. und somit nur als in den Grenzen dieser Vorschr. bevorrechtigte Forderung anzusehen (vgl. RfH.: JW. 1930, 3167; OLG. Rostock: RStW. 1927, 150; Piffel-Koppe, EinkStG., 3. Aufl., § 78 Anm. 6).

Das Vorrecht des § 61 Nr. 1 RD. wird zwar kraft ausdrücklicher gesetzlicher Best. des § 28 Abs. 3 RD., § 227 Abs. 3 AngVersG. auch auf Beitragsrückstände erstreckt, die den Trägern der Sozialversicherung für die Zeit vor dem Konkurs geschuldet werden. Abgesehen davon, daß Versicherungsbeiträge und Lohnsteuer ihrem Wesen nach nicht gleichwertig sind, ist im Hinblick darauf, daß das EinkStG. gegenüber den sozialen Versicherungsgeetzen das weit neuere Gesetz ist und keine den § 28 Abs. 3 RD., § 227 Abs. 3 AngVersG. entspr. Best. enthält, der Schluß gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber beim Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift die Erstreckung des Vorrechtes der Vidlohnforderungen auf Lohnsteuerrückstände nicht gewollt hat.

Ebenso hätte es der Gesetzgeber bestimmen müssen, wenn der Lohnanspruch des Arbeitnehmers nicht mit dem Steuerabzug erlöschen, sondern zu dem restlichen Teile auf den Steuerfiskus zur Erfüllung seiner Steuerforderung übergeben sollte. Eine solche cessio legis, die gem. §§ 412, 401 BGB. den Übergang des Vidlohnvorrechtes der Nr. 1 des § 61 RD. zur Folge hätte, läßt sich aus § 69 EinkStG., wie der Kl. es darzulegen versucht, nicht herleiten. Wie der Vorderichter in seiner eingehenden Begr. zutreffend ausführt, ergibt sich vielmehr aus § 69 EinkStG., daß durch den Steuerabzug der Lohnanspruch insoweit vernichtet wird und dadurch dem Steuerfiskus die Möglichkeit des Lohnanspruchsverlustes genommen ist.

(LG. Chemnitz, Ur. v. 2. Nov. 1932, 11 Dg 125/32.)

Mitgeteilt von RegRf. Dr. Meuschel, Chemnitz.

Düsseldorf.

2. § 45 BGB. Der Verlust der Rechtsfähigkeit durch Konkursöffnung kann der Entziehung der Rechtsfähigkeit i. S. § 45 BGB. nicht gleichgesetzt werden.†)

Das Konkursverfahren über das Vermögen des Vereins ist mangels Masse wieder eingestellt worden. Auf Antrag des Gläu-

bigers beabsichtigt, nach Fälligkeit der Schuld gerichtliche Schritte zur Verwirklichung seines Anspruchs zu ergreifen. Stellt das UrG. nur das fest, so ist anzunehmen, daß es von einem unrichtigen Begriff der ZwVollstr. ausgegangen ist.

Prof. Dr. Karl Blomeyer, Jena.

Zu 2. Das Ergebnis, zu dem die obige Entsch. gelangt, ist m. E. richtig; der Begr. vermag ich nur teilweise beizupflichten.

1. Zutreffend weist der Beschl. darauf hin, daß der mit der Eröffnung des Konkurses, d. h. mit dem Erlaß des Eröffnungsbeschl. (§ 108 RD.) eintretende Verlust der Rechtsfähigkeit des Vereins (§ 42 BGB.) von der Entziehung der Rechtsfähigkeit (§§ 43 ff. dafelbst) wesentlich verschieden ist. Als dritter Grund des Erlöschens der Rechtspersönlichkeit erscheint dann noch die Auflösung des Vereins durch Beschl. der Mitgliederversamm-

bigers hat darauf das AG. die Feststellung getroffen, daß das Vermögen des Vereins dem Preussischen Staatsfiskus angefallen ist. Beschw. ist begründet.

Gem. § 45 BGB. fällt das Vermögen des Vereins mit Auflösung des Vereins oder mit der Entziehung der Rechtsfähigkeit an den Fiskus, sofern der Verein nach Satzung nicht ausschließlich den Interessen seiner Mitglieder dient, und es in der Satzung an einer Bestimmung über den Anfallsberechtigten fehlt. Da der Verein weder aufgelöst ist noch ihm die Rechtsfähigkeit entzogen ist, kann die Best. des § 45 BGB. auf ihr Vermögen keine Anwendung finden. —

Der Verlust der Rechtsfähigkeit durch Konkursöffnung kann der Entziehung der Rechtsfähigkeit i. S. des § 45 BGB. nicht gleichgesetzt werden; denn Verlust der Rechtsfähigkeit und Entziehung der Rechtsfähigkeit sind zwei getrennte in den §§ 42 und 43 BGB. aufgestellte Begriffe. Einer direkten Anwendung des § 45 BGB. steht vorliegend der Wortlaut der Best. entgegen. Die analoge Anwendung dieser Vorschr. ist jedoch nur dann möglich, wenn dies dem Gesetzgeberischen Zwecke entspricht. Mit der Begr. des Vermögensanfalls an den Fiskus bezweckt der Gesetzgeber, daß aktive Vermögenswerte eines gemeinnützigen Vereins auch nach dessen Beendigung den Zwecken dienstbar gemacht werden, denen sie ursprünglich gewidmet waren. Der Gesetzgeber begründet die Gesamtnachfolge des Fiskus in das Vereinsvermögen nur für die Fälle, in denen bei Beendigung des Vereins ein Überwiegen der aktiven Vermögenswerte praktisch wahrscheinlich war. Bei der Beendigung eines Vereins durch Konkurs ist zwar theoretisch denkbar, daß nach Einstellung des Konkurses noch Aktiva übrigbleiben, praktisch wird das aber nur in den seltensten Fällen vorkommen. Es ist daher als der Absicht des Gesetzgebers entsprechend anzusehen, wenn in § 45 Abs. 1 BGB. der Fall des Verlustes der Rechtsfähigkeit, insbes. durch Konkurs nicht erwähnt ist.

lung in den §§ 41 und 45 ff. a. a. D. Da es sich hier um einen eingetragenen, also rechtsfähigen Verein handelt, wäre es wohl angezeigt gewesen, auch die §§ 73 ff. BGB., welche die bezüglichen Sonderbest. für die eingetragenen Vereine enthalten, zu berücksichtigen. Auch diese Best. unterscheiden zwischen der Auflösung des Vereins und der Entziehung der Rechtsfähigkeit, welche Tatsachen auf Anmeldung des Vorstands oder Anzeige der zuständigen Behörde in das Vereinsregister einzutragen sind (§ 74), und dem Falle der Eröffnung des Konkurses, deren Eintragung von Amts wegen geschieht, während die Eintragung des Verlustes der Rechtsfähigkeit unterbleibt. Hierbei fällt in die Augen, daß in dem § 73 Abs. 2, in dem es sich nicht um eine Konkursöffnung handelt, der Ausdruck verliert die Rechtsfähigkeit ebenfalls vorkommt. Aber hier wird nur für diesen besonderen Fall der in Abweichung von § 44 durch das AG. erfolgten Entziehung der Rechtsfähigkeit erlischt. Diese Wirkung wird auf die Rechtskraft des amtsgerichtlichen Beschl. abgestellt. Ich teile also die Ansicht, auf der die vorl. Entsch. beruht, daß der § 45 BGB. hier nicht Platz greift und daß insbesondere die dort in Abs. 3 vorgesehene Gesamtnachfolge des Fiskus hier nicht in Frage kommen kann.

2. Zu Unrecht nimmt das BeschwG. an, daß eine Liquidation des Vereinsvermögens gem. §§ 47 ff. BGB. eintreten mußte. Denn auch diese Best. gelten, wie der Zusammenhang ohne weiteres erkennen läßt, lediglich bei Auflösung des Vereins durch Beschluß der Mitgliederversammlung (§ 41) und bei der Entziehung seiner Rechtsfähigkeit (§§ 43, 44 und 73). Dagegen ist im Falle der Eröffnung des Konkursesverfahrens der § 213 R. D. *sedes materiae*, wonach die §§ 207 und 208 R. D. entsprechend anwendbar sind; ist aber wie hier das Verfahren wegen Mangels an Masse wieder eingeleitet worden, so richtet sich das weitere nach den Vorschr. des § 206 R. D., dessen Abs. 2 die entsprechende Anwendung der die Rechtsstellung der Konkursgläubiger regelnden Best. des § 164 R. D. vorschreibt. Da der Verein zufolge Konkursanordnung nur die Rechtsfähigkeit verliert und seine Organisation für die Zwecke des Konkurses unverändert bleibt, so kann er, nachdem diese vollständig erreicht sind, als nicht rechtsfähiger Verein fortbestehen, sofern seine Satzung dieses Fortbestehen vorsieht oder nach ihrem Inhalt zuläßt. Hiervon werden die Konkursöffnung und ihre Wirkungen um so weniger berührt, als ja auch die Konkursfähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins in dem vorerwähnten § 213 (dazu § 50 Z. P. D.) anerkannt ist.

Die Konkursöffnung über das Vereinsvermögen ist selbst dann noch zulässig, wenn der Verein etwa infolge Auflösungsbeschl. oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit sich in Liquidationszustand (§§ 45, 47 ff. BGB.) befindet. Im Konkurs wird der Verein durch seine sachungsmäßigen Organe, insbes. durch seinen Vorstand oder im Liquidationszustand durch seine Liquidatoren

§ 45 BGB. kann daher nicht analog auf den Fall der Beendigung eines eingetragenen Vereins durch Konkurs in Anwendung gebracht werden, weil dieser Fall grundsätzlich von den in § 45 Abs. 1 BGB. erwähnten Fällen verschieden ist. Es kommt vielmehr § 47 BGB. zur Anwendung, wonach eine Liquidation des Vereinsvermögens stattzufinden hat.

(AG. Düsseldorf, Beschl. v. 14. Jan. 1933, 21 Td 3175/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Klausener, Düsseldorf.

Adln.

II. Vergleichsordnung.

3. § 7 Vergl. D. Aus einer geringen und unverschuldeten Zahlungsverzögerung des Gemeinschuldners können die Rechte aus § 7 Vergl. D. nicht hergeleitet werden. (7)

Der Verzug des Schuldners, der die Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechte aus § 7 Vergl. D. bildet, setzt eine Mahnung des Gläubigers nicht voraus, wenn die Zahlungen an fälligermaßen bestimmten Zeitpunkten zu erfolgen haben (§ 284 Abs. 2 BGB.). Der Gläubiger kann sich aber auf eine geringfügige Fristüberschreitung nicht berufen, wenn dies mit Rücksicht auf die Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses gegen Treu und Glauben verstößt (RRKomm. Anm. 4 zu § 242 BGB.). Dieser das gesamte Rechtsleben im allgemeinen und den kaufmännischen Geschäftsverkehr im besonderen beherrschende Grundsatz ist auch bei der Geltendmachung der Rechte aus § 7 Vergl. D. zu berücksichtigen. Insbes. kann der Gläubiger aus einer geringen und unverschuldeten Zahlungsverzögerung des Vergleichschuldners nicht die weitgehenden Folgen aus dieser Bestimmung ziehen (vgl. E. S. 10, Vergl. D. Anm. 2 § 7). Hier hat die Kl. die am 15. Febr. 1930 fällige Rate am 20. Febr. 1930 durch die Post abgeschickt, so daß der Betrag erst am 23. Febr. 1930 im Besitze der Besl. war. Die Fristüberschreitung betrug also nur einige Tage. Es widerspricht

vertreten, da er ja für die Zwecke des Konkurses als nicht erloschen zu gelten hat. Er ist es, dem erforderlichenfalls noch nach Beendigung des Verfahrens die Rolle des Gemeinschuldners zufällt. Aber die Verwaltung des Vereinsvermögens und die Verfügung darüber gebührt von der Eröffnung des Konkurses an nicht mehr jenen Organen, sondern gem. § 6 R. D. dem Konkursverwalter, während ihnen die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners innerhalb der gesetzlichen Grenzen obliegen.

3. Wird der Eröffnungsbeschl. auf Beschw. (§ 109 R. D.) rechtskräftig aufgehoben (§ 116 R. D.), so gilt der Verlust der Rechtsfähigkeit des Vereins als nicht erfolgt. Denn mit dem Eintritt der Wirksamkeit des Aufhebungsbeschl., selbst im Falle des § 74 Satz 2 R. D., fallen alle Folgen der Eröffnung des Verfahrens mit rückwirkender Kraft fort, jedoch behalten die von dem Konkursverwalter in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte ihre Gültigkeit für und gegen den Verein (AG. 36, 94). Mit Rücksicht hierauf ist die Aufhebung des Eröffnungsbeschl. von Amts wegen in das Vereinsregister einzutragen (§ 76 Satz 2 BGB.). Dagegen lebt bei Einstellung des Verfahrens die Rechtsfähigkeit des Vereins, deren Verlust zweifelsohne nach der produktiven Seite mit der Konkursöffnung eingetreten war, nicht von selbst wieder auf, es sei denn, daß durch die Satzung die Fortdauer des Vereins auch für diesen Fall vorgesehen ist. Seine Fortdauer als nicht rechtsfähiger Verein wird im Hinblick auf § 206 R. D. ohne weiteres anzunehmen sein, sofern nicht der Inhalt der Satzung entgegensteht. Nicht selten wird es jedoch zur Auflösung des Vereins nach § 41 ziti. kommen.

Alsdann bestimmt sich allerdings das Anfallrecht hinsichtlich des Vereinsvermögens nach den §§ 45 ff. dazu § 74 BGB. Danach tritt regelmäßig zunächst die Liquidation ein und erst nach deren Beendigung erfolgt die Ausantwortung durch die Liquidatoren an die in Betracht kommenden Anfallberechtigten. Für die Zwecke der Liquidation gilt der Verein als fortbestehend (§ 49 Abs. 2). Sofern und soweit das Vereinsvermögen gem. § 45 an den Fiskus fällt, findet ein unmittelbarer Vermögensübergang statt (§ 46).

JR. Bendig, Breslau.

Zu 3. Der Urteilsstatbestand läßt in Einzelheiten genaue Angaben vermissen, soweit er den Sachverhalt ergibt, ist anzunehmen, daß der Vergleich selbst, wie er im gerichtlichen Verfahren abgeschlossen ist, eine kassatorische Klausel nicht enthielt, eine solche vielmehr nur als eine gesetzliche aus § 7 Vergl. D. geltend gemacht ist. Dort ist bestimmt, daß die Hinfälligkeit eines teilweisen Forderungserlasses „im Zweifel“ (als gewollt) anzunehmen ist, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Vergleiches in Verzug kommt. Es handelt sich also um eine gesetzliche Präsumtion, deren Voraussetzung Schuldnerverzug ist. Da für die Leistung der streitigen Ratenzahlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war, bedurfte es keiner Mahnung, um den Schuldner in Verzug zu setzen (§ 284 Abs. 2 BGB.). Nach § 285 daselbst tritt Verzug nicht ein, wenn

aber den im kaufmännischen Verkehr geltenden Anschauungen und den Grundätzen der Billigkeit, aus dieser geringfügigen Zahlungsverzögerung die Verzugsfolgen des § 7 VerglD. geltend zu machen. Es muß vielmehr vom Gläubiger billiger Weise eine gewisse Rücksichtnahme auf die im allgemeinen schwieriger wirtschaftliche Lage des Vergleichschuldners verlangt werden, besonders wenn dieser die im Vergleich übernommenen Verpflichtungen bereits zum größten Teil erfüllt hat. Anderenfalls könnte, was nicht der Sinn des § 7 VerglD. sein kann, jede noch so geringfügige Zielüberschreitung die beabsichtigte Wirkung und Folge des Vergleichs, nämlich die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners, gefährden. Der Bfkl. mußte eine um einige Tage verzögerte Zahlung ihrer Quote um so mehr zugemutet werden, als sich die Lage der Kl. infolge der nach Abschluß des Vergleichs stetig sinkenden Wirtschaftskontunktur gleichfalls verschärfen mußte. Andererseits konnte die Kl. aber auch nicht damit rechnen, daß die Bfkl. die Zielüberschreitung zum Anlaß nehmen werde, auf Bezahlung ihrer gesamten ursprünglichen Forderung zu bestehen. Denn da die Bfkl. bereits bei zwei früheren Raten eine um wenige Tage verzögerte Zahlung angenommen hatte, ohne Widerspruch zu erheben, durfte die Kl. des Glaubens sein, daß die Bfkl. mit ihrer Zahlungsweise einverstanden sei. Auch aus der Ablehnung weiterer Stundung durch die Bfkl. konnte die Kl. nicht entnehmen, daß die Bfkl. nurmehr im Gegensatz zu ihrem bisherigen Verhalten auch die genaue und pünktliche Einhaltung des Zahlungsstermins verlange und jede Fristüberschreitung als Verzug betrachten werde.

(LG. Köln, I. RfS., Urt. v. 27. Jan. 1932, 25 O 130/31.)

Mitgeteilt von **Al. Dr. Moritz Weinberg**, Köln.

*

Mainz.

4. § 4 VerglD. Sind z. B. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens die Bestellungen auf einem vom späteren Vergleichschuldner ausgestellten Bestellchein noch nicht vollständig erfüllt, dann fällt die Kaufpreisforderung der Gläubigerin nicht unter das Vergleichsverfahren. Es ist nicht statthaft, die auf einem Bestellchein vereinigten Bestellungen in verschiedene Aufträge zu zerlegen, wenn nicht nach außen erkennbar ein dahingehender Wille des Auftragserteilenden hervortritt.)

(LG. Mainz, Urt. v. 27. Okt. 1932, S 41/31.)

*

die Leistung in Folge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unterbleibt. In dieser Hinsicht bestimmt aber § 279, daß bei Gattungs- (insbes. also Geld-) Schulden der Schuldner sein Leistungsvermögen auch dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Daraus ist folgerichtig nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen zu entnehmen, daß die Schuldnerin in Zahlungsverzug geraten ist. Trotzdem wird der dem Klageantrage stattgebenden Entsch. beizupflichten sein, wenn auch teilweise unter anderer Begründung.

1. In erster Reihe ist davon auszugehen, daß § 7 VerglD. nur eine gesetzliche Vermutung für die kassatorische Klausel aufstellt. Zunächst ist daher der Wortlaut des Vergleichs, der Zusammenhang seiner Einzelbestimmungen und die näheren Umstände des Vergleichsabschlusses daraufhin zu prüfen, ob nicht die Präsuntion durch diese Momente widerlegt wird. Die Prüfung ist durch § 286 ZPO. geboten, aber an Hand des Urteilsstatbestandes nicht ausführbar, da die nötigen Unterlagen fehlen.

2. Für den einzelnen Verzugsfall ist aber weiter zu prüfen, ob in dem konkreten Falle die Anwendbarkeit der kassatorischen Klausel durch die Begleitumstände ausgeschlossen ist. Denn die Vermutung des § 7 gilt an sich auch für den Tatbestand einer einzelnen Nichterfüllung und ist hier durch die näheren Umstände der Nichterfüllung entkräftbar. Dabei sind die Momente verwerthbar, welche das LG. in Anlehnung an den § 242 BGB. berücksichtigt.

- Es liegt eine geringfügige Fristüberschreitung vor;
- sie ist entschuldbar aus der Verschärfung der wirtschaftlichen Notlage in der Zwischenzeit;
- die Kl. hatte in früheren Fällen Nachsicht geübt, so daß die Bfkl. auf erneute Nachsicht rechnen durfte;
- die Bfkl. hat von 10 Raten 8 bereits erfüllt gehabt, als der Verzug mit der 9. eintrat;
- die Kl. ist durch Zinsverlust nicht geschädigt, da ja die Raten bis zur jeweiligen Zahlung hochverzinslich waren.
- Ob die 10. und letzte Rate von der Schuldnerin bezahlt wurde, und zwar rechtzeitig, sagt das Urk. nicht. Ist sie bezahlt und vorbehaltlos angenommen, so würde sich die Unbilligkeit der Rücksichtnahme des Erlasses noch verschärfen.

3. Kommt man hiernach auch ohne Anruf des § 242 BGB. zur Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses, so ist doch dem Gericht

Memmingen.

5. §§ 28, 69 VerglD. Nach gerichtlicher Bestätigung eines Vergleichs, durch die das Vergleichsverfahren aufgehoben wird, ist die Ermächtigung des Schuldners nach § 28 VerglD. unzulässig.

(LG. Memmingen, Beschl. v. 27. Juni 1932, BeschwReg. 152/32.)

Mitgeteilt von **LR. Dr. M. Feld**, Memmingen.

*

Würzburg.

6. §§ 6, 4 VerglD. Ein entlastender Liquidationsvergleich ist nicht zuzulassen, wenn weniger als 30% in der Masse liegen und die Form des Liquidationsvergleichs der Umgehung des Gesetzes dienen soll.

Das LG. hat Konkurs eröffnet. Der vorgeschlagene Vergleich ist ein sogenannter Liquidations- und Treuhändervergleich, gegen dessen Zulassung im gerichtlichen Vergleichsverfahren insbesondere geltend gemacht wurde, es fehle bei einem solchen Vergleich an dem zu einem Vergleich nach § 779 BGB. erforderlichen Nachgeben auf Seiten des Schuldners (vgl. KonkTrW. 1929, 99). Die Zulässigkeit solcher Vergleiche ist indessen auch für das Vergleichsverfahren in Schrifttum und der Rechtsprechung anerkannt (Riesow, 4. Aufl., Ven. 17 vor § 5 und die dort angeführten Stellen). Ein Verbot solcher Vergleiche ist jedenfalls aus der VerglD. nicht zu entnehmen. Es ist aber im Einzelfalle zu prüfen, ob nicht ihr Inhalt ausdrücklichen Vorsch. der VerglD. oder dem aus ihr zu entnehmenden gesetzgeberischen Willen zuwiderläuft. Dies ist hier der Fall. In § 6 VerglD. ist für Vergleiche, die auf einen ziffermäßig bestimmten teilweisen Forderungserlaß lauten, eine Mindestbefriedigung von 30% vorgeschrieben. Es ist kein Grund einzusehen, aus welchem für Liquidationsvergleiche eine geringere Quote genügen sollte. Wie sich aus der Begründung der Vorsch. ergibt, ist die Mindestquote vom Gesetzgeber, ohne Rücksicht darauf, ob die Gläubiger im Einzelfalle mit einer Quote unter 30% günstiger als bei einem Konkurs gestellt sind, aus ethischen Gründen und mit Rücksicht auf die Gesamtwirtschaft aufgestellt worden; Unternehmungen, welche nicht einmal 30% ihren Gläubigern versprechen können, werden vom Gesetzgeber als nicht mehr lebensfähig angesehen; sie verdienen, nach dem Willen des Gesetzgebers, nicht die Aufrechterhaltung ihrer Existenz auf dem Wege des gerichtlichen Vergleichsverfahrens, das ja nur als ein Dispens von dem früher allein möglichen und auch jetzt noch die normale Abwicklung darstellenden Konkursverfahren gemeint ist. Dieses Dispenses soll keineswegs jeder Geschäftsmann zuteil werden, dem es gelungen ist,

auch in der Anwendung dieses seit der Aufwertung in Gesetz und Rfpr. so bedeutsam gewordenen Rechtsfaktes beizupflichten. Nur ein Ausfluß des § 242 ist § 320 Abs. 2 BGB. Diese Vorsch. und damit auch der § 242 erscheint ohne weiteres auf den hier vorl. Tatbestand anwendbar. Das durch den Vergleich begründete Verhältnis ist ein gegenseitiger Vertrag. Die Schuldnerin hat ihrerseits mehr als „teilweise geleistet“, nämlich die ersten 8 Raten, dann die 9. Rate mit geringfügiger Verspätung und, wie anzunehmen ist, schließlich auch die letzte Rate, da deren Nichtzahlung oder verspätete Zahlung sonst sicher im Prozeß geltend gemacht worden wäre. Wenn die Gläubigerin bei dieser Sachlage ihre Gegenleistung aus dem Vergleich, nämlich den Erlaß von 35% verweigern will, so verstößt das gegen Treu und Glauben. Was nach § 320 von einem Rückstande gilt, wenn er nur geringfügig ist, muß erst recht von einer kleinen Verspätung der Leistung gelten.

Es bedarf daher zur Unterstützung der auf § 242 gegründeten Entsch. nicht einmal des Hinweises auf die oben unter 2 a—f aufgeführten Momente, die aber für sich allein gleichfalls zu denselben Ergebnissen führen müßten.

4. Nach dem Tatbestand des Urk. ist von der Kl. noch geltend gemacht, daß die Vollstreckung „zu weit“ betrieben sei. Die Bfkl. hat demgegenüber eine Überpfändung bestritten und darauf hingewiesen, daß ihre Forderung zwar im Vergleichsverfahren nur in Höhe von 4763,20 RM anerkannt worden sei, daß ihre „wieder in Geltung gekommene“ Gesamtforderung aber 5015,85 RM betrage. Wenn die Bfkl., wie es hiernach den Anschein hat, von dieser Forderung die Zahlungen in Abzug gebracht und für den hiernach sich ergebenden Rest die Bostfretung betrieben hätte, so hätte sie teilweise ohne vollstreckbaren Schuldittel vollstreckt. Denn nach § 75 VerglD. findet nur wegen der im Gläubigerverzeichnis als anerkannt bemerkten Forderungen die Zwangsvollstreckung statt. Für diese Überschreitung des Vollstreckungsrechtes wäre Einwendung beim Vollstreckungsgericht aus § 766 ZPO. der gegebene Rechtsbehelf gewesen. Das Gericht durfte darüber hinweggehen, weil es ja die Zwangsvollstreckung aus den Schuldmitteln überhaupt für unzulässig erklärt hat.

JR. Dr. **Albert Breslauer**, Breslau.

die — erfahrungsgemäß selbst zu den ungünstigsten Vergleichen zu erlangenden — Zustimmungen der erforderlichen Mehrheit seiner Gläubiger zum gerichtlichen Vergleichsverfahren zu erhalten, gleichviel, ob er diesen 30% oder weniger bieten kann. Das deutsche Vergleichsrecht beruht nicht auf dem Grundsatz der Gläubigerautonomie (Kiesow, Einl. S. XXVII ff.). Diese Gesichtspunkte müssen notwendig dazu führen, Liquidationsvergleiche, bei welchen nicht einmal 30% Dividende versprochen werden können, vom gerichtlichen Vergleichsverfahren auszuschließen. Die dagegen von Kiesow angeführten Gründe (Bem. 2 zu § 6) können nicht als durchschlagend erachtet werden. Daraus, daß der Schuldner durch den Liquidationsvergleich selbst seine wirtschaftliche Existenz vernichtet, kann nicht die Freiheit abgeleitet werden, das gerichtliche Vergleichsverfahren zur Abstoßung von Schulden zu benutzen, welches eben nur zur Aufrechterhaltung von Existenzen benutzt werden soll; tatsächlich findet aber, wie die tägliche Erfahrung des Vergleichsrichters lehrt, bei Geschäftsleuten, welche einen Liquidationsvergleich schließen, meistens durchaus keine Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz statt; diese Schuldner betreiben vielmehr mit neuen Krediten ihr Geschäft fort, und ihre Absicht geht ja auch darauf hinaus, ihre Existenz aufrechtzuerhalten, nicht darauf, sie aufzuopfern. Dem Einwand, daß eben § 6 VerglD. nur für reine Erlaßvergleiche mit ziffermäßigen Erlaßquoten Vorschriften gebe, ist zu erwidern, daß der Gesetzgeber im § 6 nur den speziellen Fall des ziffermäßigen Erlasses behandelt, damit aber keineswegs die Forderung der Mindestquote, die eine grundsätzliche ist, für andere Fälle ausgeschlossen ist. Hierzu würde jeder innere Grund gefehlt haben. Ob der Gesetzgeber an die Liquidationsvergleiche, die er in der VerglD. gar nicht erwähnt, und welche sich erst im Verlaufe der Jahre in der Praxis ihre Zulassung erkämpft haben, hier gedacht hatte, ob ihm nicht die beiden Alternativen: Erlaß- und Stundungsvergleich vorgeschwebt haben, bleibt zweifelhaft; für den letzteren kam natürlich eine Mindestquote nicht in Frage, und es ergab sich dadurch die Beschränkung der Mindestquote auf den Erlaßvergleich von selbst. Will man aber aus der vom Gesetz vorge schriebenen Voraussetzung: „Ziffermäßig bestimmter Erlasse“ folgern, daß der Gesetzgeber für Liquidationsvergleiche nicht ausdrücklich die Mindestquote vorgeschrieben hat, so muß doch dieses Erfordernis für solche Liquidationsvergleiche als beachtlich, aber als nicht erfüllt gelten, bei deren Angebot von vornherein feststeht und insbes. vom Schuldner angegeben wird, daß weniger als 30% bei der Liquidation für die Gläubiger herauskommen werden und daß sie also sicher auf mehr als 70% ihrer Forderungen verzichten müssen. Ein solches Vergleichsangebot steht einem Angebot mit weniger als 30% Quote gleich. Mit Recht wird im Schrifttum und in neueren Entsch. darauf hingewiesen, daß die Zulassung der Liquidationsvergleiche, bei welchen der Schuldner nicht einmal 30% versprechen kann und zu versprechen braucht, der Umgehung des § 6 VerglD. Tür und Tor öffnet. Welcher Schuldner, der sich selbst erhalten will, wird, wenn ihm selbst zweifelhaft ist, ob er 30% bieten kann, noch einen Vergleich mit ziffermäßig bestimmter Quote anbieten? Er wird, um dem Konkurs zu entgehen, einen Liquidationsvergleich anbieten, bei dem er sich vor allen Mindestquotenvorschriften sicher fühlen kann; der Schaden, den für ihn der Liquidationsvergleich hat, ist durchaus nicht so groß, daß er ihn zu fürchten hätte. Eine solche Umgehung einer wohlverordneten, grundsätzlichen Gesetzesvorschrift kann nicht statthaft sein. Tatsächlich mehrten sich — während in der Handelswelt und von den Handelskammern eine Erhöhung der Mindestquote und Erschwerungen der gerichtlichen Vergleiche gefordert werden — die für den Schuldner so geringe Opfer bedeutenden Liquidationsvergleiche von Tag zu Tag.

Der Schuldner hatte am 30. Dez. 1931 bereits seine Zahlungen eingestellt. Er hätte schon damals seinen Gläubigern nicht mehr als höchstens 30% anbieten können. Er bot ihnen einen außergerichtlichen Vergleich von 20% an, der abgelehnt wurde. Nach der ausdrücklichen Erklärung seines Vertreters wählte er nun, um dem Konkurs zu entgehen, den Liquidationsvergleich, weil es unmöglich erschien, einen Erlaßvergleich mit 30% anzubieten. Daß bei der angebotenen Liquidation nicht mehr als 15% für die Gläubiger herauskommen, erklärt der Schuldner ausdrücklich. Andererseits ist nicht erklärt, daß der Schuldner das Geschäft aufgeben wird. Ein besonderes Opfer wird durch den angebotenen Vergleich vom Schuldner nicht gebracht; er sichert sich vielmehr für die Liquidationsperiode von zwei Jahren den angemessenen Lebensunterhalt, dessen Kosten aus dem Erlös vorweg zu bestreiten sind, obschon der Schuldner als pensionierter städt. Beamter Ruhestandsbezüge hat; auch die Zahlungen der Lebensversicherungsprämien sind, durch Abmachung mit dem Stadtrat, auf Kosten der Gläubiger gesichert. Diese Vorteile hätte der Schuldner im Konkursverfahren nicht, in welchem ihm aus der Konkursmasse nur ein notdürftiger Unterhalt gewährt werden kann, aber nicht muß (§ 129 KO.). Der Schuldner will also, wie offen eingestanden wird, die Vorschr. des § 6 VerglD. umgehen und auf einem anderen Wege zu erlangen suchen, was zufolge dieser Best. dem gesetzgeberischen Willen zuwiderläuft. Diese Erkenntnis muß zur Abweisung des Vergleichsantrags führen. Das Gericht verkennet nicht, daß im Schrifttum das Erfordernis der Mindestquote für Liquidationsvergleiche überwiegend abgelehnt

wird (vgl. Kiesow, Bem. 2 zu § 6; Mayer S. 120; indessen wird von ersterem Schriftsteller selbst auf die Bedenklichkeit solcher Vergleiche hingewiesen; vgl. insbes. die Ausführungen von Schneider, KonkTrW. 1930, 175). Der unbeschränkte Zulassung der Liquidationsvergleiche ohne Mindestquote, die in dem in KonkTrW. 1928, 171 erwähnten Falle sogar zu einer völligen Nichtbefriedigung der Gläubiger führte, wird deshalb in neuester Zeit in der Praxis entschieden entgegengetreten, so in der Praxis des KonkGer. Nürnberg: JW. 1932, 151 und in den Entsch. der LG. Essen und Oberfeld: Creditreform 1931, 110. Die neuere Rpr. wendet sich namentlich mit Recht gegen „das Hinüberwechseln vom regulären Erlaßvergleich mit bestimmter Quote zum Treuhandvergleich ohne feste Quote“ (Cahn: JW. 1932, 151). Ein solches liegt hier vor. Das Verbot von Liquidationsvergleichen, bei welchen ausdrücklich die Nichtleistung von 30% erklärt wird, steht nicht im Widerspruch zu § 6 VerglD., sondern wird vielmehr durch ihn gedeckt. Die Zurückweisung des Antrags ergibt sich im vorl. Falle auch aus § 22 Ziff. 4 VerglD. Wenn auch gegen die Persönlichkeit des Schuldners sonst nichts vorliegt, so läßt sich ihm doch der Vorwurf nicht ersparen, daß er, auf eine ganz unwahrscheinliche bessere Konjunktur auf dem Briefmarkenmarkte hoffend, viel zu spät den Schritt getan hat, den er jetzt tun will. Zum mindesten mußte er Ende 1931 den Konkurs oder auch, wenn möglich, das gerichtliche Vergleichsverfahren beantragen, statt noch weiter zu wirtschaften und seine Lage zuungunsten seiner Gläubiger zu verschlimmern. Insofern ist die Feststellung eines durch Leichtsinns herbeigeführten stärkeren Vermögensverlustes begründet. Wie der Schuldner selbst erklärt, sind seit Okt. 1931 die Preise für seine Waren fortgesetzt stark gesunken; bei der außerordentlichen Passivität seiner Bilanz durfte er sein Geschäft nicht auf der ganz schwachen Grundlage der Erwartung eines Aufsteigens der Preise weiterführen mit der Wirkung, daß jetzt die Gläubiger binnen zwei Jahren höchstens 15% ihrer Forderungen erwarten können.

Das LG. hat die Beschw. zurückgewiesen. Bei dem Schuldenstand und bei Abzug der Geschäftskosten und der Ausgaben einer auch nur bescheidenen Lebensführung werden sich für die Gläubiger nicht einmal 15% ergeben. Schuldner selbst gibt zu, daß für die Gläubiger höchstens 15% zu erwarten seien. In diesem Vergleichsvorschlag ist den Gläubigern nicht einmal das geboten, worauf sie jetzt schon Anspruch haben, nämlich gleichzeitige und baldige Befriedigung aus dem gesamten Geschäftsvermögen. Das LG. läßt es dahingestellt, ob in allen Fällen eines Liquidationsvergleichs eine 30%ige Mindestquote garantiert sein muß. Jedenfalls hat die Praxis, wie sie besonders in den vom LG. angeführten Stellen aus Literatur und Rpr. zum Ausdruck kommt, ergeben, daß schwerwiegende Momente gegen die Zulassung des Liquidationsvergleichs an sich sprechen. Dies muß dazu führen, in jedem Einzelfall den Vergleichsvorschlag auf das genaueste zu prüfen. Eine solche Prüfung führt hier dazu, daß es sich bei dem Vergleichsvorschlag nur um eine Umgehung des Gesetzes handelt. Der Schuldner wußte seit Okt. 1931, daß sich seine geschäftliche Lage von Monat zu Monat stark verschlechterte. Nach den Verhältnissen bei Zahlungseinstellung hätte er seinen Gläubigern noch knapp 30% bieten können, suchte aber einen außergerichtlichen Vergleich mit 20% zu erreichen. Nachdem dies nicht gelang und die Lage sich inzwischen weiter verschlechtert hatte, suchte er den gleichen Erfolg auf dem Wege über den Liquidationsvergleich noch zu erreichen. Eine solche offensichtliche Umgehung der Vorschr. des § 6 VerglD. ist nicht zulässig. Der Schuldner hätte rechtzeitig den Vergleichsantrag stellen müssen, solange er den Gläubigern noch 30% bieten konnte. In der nach der Wirtschaftslage ganz unwahrscheinlichen Hoffnung einer Besserung des Marktes nahm der Schuldner aber die Möglichkeit einer weiteren Schädigung seiner Gläubiger in Kauf. Daraus ergibt sich auch, daß der Schuldner nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beachtete und daß er dadurch die Interessen seiner Gläubiger schädigte. Ein solches Verhalten ist Leichtsinns i. S. des § 24 Ziff. 4 VerglD.

(LG. Würzburg, v. 6. Juni 1932, BeschwReg. 244/32.)

Mitgeteilt von Fr. Dr. Bruno Stern, Würzburg.

Glanau.

Amtsgerichte.

1. §§ 5, 59, 63 VerglD. Ein Gläubiger kann seine Forderung auf den im Vergleichsvorschlag vom Schuldner angegebenen Betrag nach Abschluß und Bestätigung des Vergleichs nicht mehr herabsetzen, um in Höhe der herabgesetzten Summe bevorzugte Befriedigung als Kleingläubiger zu erlangen. Zu den bevorzugten Gläubigern sind nach herrschender Rpr. bei der Berechnung des Stimmverhältnisses nur diejenigen zu zählen, die ihre die Vorzugsgrenze überschreitende Forderung auch tatsächlich bis zu dieser Grenze ermäßigen, nicht dagegen auch diejenigen, die die Forderung ermäßigen könnten, aber es aus irgendeinem Grunde nicht getan, z. B. die unterschriebene Zu-

Stimmungs-erklärung nicht aufmerksam durchgelesen haben (vgl. Konf. Tr. W. 1931, 165 = F. W. 1932, 153 und Kieselow, Anm. 10 zu § 63 Bergl. D.).

(AG. Glauchau, Rf. H., Art. v. 2. Juni 1932, HG 38/32.)

Mitgeteilt von L. Dir. Dr. Francke, Glauchau (Sa.).

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwält Abel, Essen, Rechtsanwält Dr. Georg Baum (†), Berlin, und Rechtsanwält Dr. W. Doppermann, Dresden.

**** 1.** § 59 Nr. 2 R. D. Pensionsansprüche, soweit sie sich auf die Zeit nach Konkurseröffnung beziehen, können nur dann als Masse Schuld behandelt werden, wenn dem Berechtigten zur Zeit der Konkurseröffnung aus seinem Dienstvertrage noch irgendwelche Pflichten gegenüber der Masse obliegen, als deren Gegenleistung die Pension angesehen werden kann und deren Erfüllung verlangt würde oder auch ohne ein solches Verlangen statzufinden hätte.

(R. Arb. G., Art. v. 1. Juni 1932, RAG 110/32. — Bremen.) [A.]

2. § 29 Bergl. D.; § 70 H. G. B.; § 127 b R. G. E. D. Im Vergleichsverfahren des Lehrherrn können Lehrverträge mit Ermächtigung des Gerichts, und zwar grundsätzlich fristlos, aufgekündigt werden. Die Eröffnung des Vergleichsverfahrens gibt jedoch dem Lehrling kein Recht zur Kündigung des Lehrverhältnisses aus wichtigen Gründen. †)

Die Entsch. des Rechtsstreits hängt in erster Linie davon ab, ob die mit Ermächtigung des Vergleichsrichters von der Bekl. aus-

gesprochene Kündigung der mit den Kl. geschlossenen Lehrverträge zulässig ist. Daß der Vergleichsrichter die Ermächtigung an sich erteilt hat, ist bedeutungslos, denn die Entsch., ob überhaupt ein Fall vorliegt, in welchem die Ermächtigung erteilt werden konnte, kann durch den Vergleichsrichter im Wege der Erteilung der Ermächtigung, dessen Entsch. an sich unanfechtbar ist (§ 14 Bergl. D.), nicht entschieden werden. Er hat nur über die Zweckmäßigkeit der zugelassenen Maßnahmen zu befinden, nicht über ihre rechtliche Zulässigkeit (R. G. : D. Z. 1920, 719 = R. G. 100, 1 ff.).

Das R. Arb. G. hat im Gegensatz zum R. G. die Anwendbarkeit des § 29 Bergl. D. auf Lehrungsverträge verneint (Bensch. Samml. 14 [R. Arb. G.], 17). Seiner Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Es liegt keine Veranlassung vor, die Grundsätze, welche R. Arb. G. 9, 32 f., ferner R. Arb. G. 397/31 v. 17. Febr. 1931 für die Lösung des Lehrungsverhältnisses im Konkursfalle (§ 22 R. D.) entwickelt hat, nicht auch sinngemäß auf die entsprechenden Best. der Bergl. D. anzuwenden.

Das R. Arb. G. stützt seine Meinung im wesentlichen darauf, daß grundsätzlich die Konkurseröffnung zur Geschäftsauflösung und Ausschüttung der Masse nach ihrer Verflüchtung führe, während Zweck des Bergl. Verfahrens die Aufrechterhaltung des Betriebes sei und damit die Möglichkeit zur Fortdauer des Lehrvertrages und insbes. zur Unterweisung der Lehrlinge bestehe. Mit dieser Ansicht wird zwar ein gewisser Unterschied des Ziels beider Verfahren hervorgehoben, gleichwohl aber die Bedeutung des Bergl. Verfahrens und namentlich des Sinnes und Zweckes der §§ 28, 29 Bergl. D. verkannt. Wenigstens das Verfahren, wie schon sein Name besagt, der Anwendbarkeit des Konkurses dient, so soll dieses Ziel nicht lediglich durch die Einleitung eines gesetzlich geordneten Bergl. Verfahrens erreicht werden, vielmehr sind in 3. Abschn. der Bergl. D. eine Reihe von gesetzlichen Maßnahmen und Wirkungen der Eröffnung vorgegeben, welche der Erreichung dieses Zieles dienen sollen. Soweit diese Maßnahmen und Wirkungen die Rechte der Gläubiger beschränken, treten sie entweder unmittelbar kraft Gesetzes ein (z. B. § 32 Bergl. D.) oder sie bestehen

juristischen Inversionsmethode sicher vermeiden (vgl. über diese methodische Grundregel jetzt die zusammenfassende Darstellung von Hueck, Interessensjurisprudenz — Recht und Staat 97, Tübingen 1933 — S. 15 ff.).

1. Im Gegensatz zum R. Arb. G., das (konkursr. Entsch. S. 34) unbedenklich die „heutige Rechtsauffassung“ für die Auslegung von § 22 R. D. verwertet, muß man bei einer Auslegung des Gesetzeswortlautes, die zu einer Fallentscheidung nach der in Wahrheit vom Gesetzgeber beachteten Interessen führen soll, historisch verfahren (vgl. Hueck, Arch. f. ziv. Pr. 112, 3 ff.). Für unsere Frage ist davon auszugehen, daß § 19 R. D. v. 10. Febr. 1877 im Einklang mit der gemeinrechtlichen Begriffsbestimmung (Dienstmiene = Ansjah des Gebrauchs einer Arbeitskraft gegen Geld, vgl. Windscheid-Lipp, Pandekten⁹ II § 399; die Begr. zu § 19 [R. D. Drucks. Nr. 200, R. D. Verh. 2. Leg. Per. II. Sess. 1874/75 Bd. IV S. 1400] beschränkt ausdrücklich die Anwendung der Vorschr. auf das Gebiet der locatio conductio operarum) offenbar das Lehrverhältnis nicht unter dem Begriff Dienstverhältnis mit verstanden wissen wollte. Die Novelle v. 17. Mai 1898 hat ihre Aufgabe, das Konkursrecht dem neuen einseitlichen Reichsprivatrecht anzupassen, hinsichtlich des jetzigen § 22 Abs. 1 auch nur darin gesehen, den Wortlaut mit dem Sprachgebrauch des BGB. in Einklang zu bringen, und mit Rücksicht auf die — im Gegensatz zu früher (vgl. die Begr. zu § 19 R. D. a. F. a. E.) — jetzt überall bestehenden gesetzlichen Kündigungsfristen der §§ 621 ff. BGB. die Bezugnahme auf ortsübliche und richterliche Fristen gestrichen (vgl. Begr. zur Änderung des § 19 R. D. [R. D. Drucks. Nr. 100, R. D. Verh. 9. Leg. Per. V. Sess. 1897/98 An. Bd. II S. 1017]; Jaeger^{6/7}, zu § 22 R. D.; R. Arb. G., konkursr. Entsch. S. 17 f.). Nichts spricht dafür, daß man etwa dem Worte „Dienstverhältnis“ mit Rücksicht auf die, eine Subsumtion des Lehrvertrags formell gestattende Fassung des § 611 BGB. („Vergütung“, nicht mehr merces in Geld!) einen weiteren Sinn beigelegt hätte, ja, eine Erwägung in dieser Richtung hätte den Gesetzgeber sogar davon abhalten müssen, die vorl. Fassung zu wählen, da ihm doch bekannt sein mußte, daß für Lehrverträge „gesetzliche Kündigungsfristen“ nicht bestanden. Ebenjowenig kann ich mir den von Friesse: F. W. 1932, 1234 gedachten Gesetzgeber des § 29 R. D. vorstellen, der einerseits wußte, daß nach der modernen arbeitsrechtlichen Literatur „der Lehrvertrag seiner rechtlichen Natur nach ein Arbeitsvertrag ist“, andererseits aber übersah, daß es für diesen Vertrag — und zwar aus inneren Gründen (s. u. II 2) — keine gesetzliche Kündigungsfrist gibt. Vielmehr scheint mir sicher, daß ebenso wie in der R. D. alter und neuer Fass. auch in § 11 Geschl. Aufsl. D. v. 14. Dez. 1916 und § 29 R. D. der Gesetzgeber nur an den Fall des Dienstvertrags dachte, den der 6. Titel von BGB. II 7, getreu seinem gemeinrechtlichen Vorbild, allein wirklich regelt, nämlich den Vertrag über Austausch von Arbeit gegen Lohn.

2. Die konkurs- und vergleichsrechtliche Spezialregelung der gegenseitigen Verträge weist also in bezug auf Lehrverhältnisse eine Lücke auf, und diese Lücke besteht nicht nur, wie das R. Arb. G.

Zu 2. Durch die Entsch., die Hueck: Bensch. Samml. 15, 157 zustimmend bespricht, hat sich das R. Arb. G. in Ergebnis den Bedenken angeschlossen, die Friesse: F. W. 1932, 1233 ff. gegenüber der die Auflösbarkeit von Lehrverträgen im Vergleichsverfahren ablehnenden Entsch. des Ver. R. geltend gemacht hat. Daß diese sachlich berechtigt waren, dürfte in der Tat nicht zu bestreiten sein; vor allem ist der vom R. Arb. G. angeführte Grund, daß dem Schuldner die Beibehaltung aller Lehrlinge bei teilweiser oder gar völliger Entlassung des übrigen Personals nicht zugemutet werden kann, schlechterdings überzeugend. Dagegen scheint mir die Begr. des Ver. R. ebenso wie die des grundlegenden Art. (R. Arb. G. 9, 32 f. = Bensch. Samml. 13 Nr. 8 [R. Arb. G.], i. folg. als „konkursr. Entsch.“ nach der Seitenzahl der Bensch. Samml. zit.) insoweit nicht bedenkenfrei, als einerseits die unmittelbare Anwendbarkeit von § 22 Abs. 1 R. D. und § 29 Abs. 2 Nr. 1 R. D. auf das Lehrverhältnis bejaht, andererseits aber die Einhaltung der dort vorgegebenen gesetzlichen Kündigungsfrist für ausgeschlossen erklärt wird. Was das R. Arb. G. zur Rechtfertigung dieser teilweisen Anwendung offenbar einseitlicher Rechtsfäße anführt, nämlich daß der Gesetzesbefehl „das Rechtsverhältnis ist kündbar“ von der Anordnung des Zeitpunktes, auf den die Kündigung erfolgen könne, zu unterscheiden sei (konkursr. Entsch. S. 36, vorl. Entsch. viert- und fünfteletzter Absatz), ist für die Fälle sprachlicher Trennung dieser beiden Normen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 und 2 R. D., § 11 Abs. 1 Satz 1 und 3 Geschl. Aufsl. D. v. 14. Dez. 1916) unnatürlich gekünstelt, für § 29 Abs. 2 R. D. („unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen“) ganz unhaltbar.

I. Der in beiden Entsch. zugrunde gelegte Satz, die an den betr. Gesetzesstellen verordnete Kündbarkeit von „Dienstverhältnissen“ („Dienstverträgen“) gelte auch für Lehrverhältnisse, beruht unbestritten auf einer Subsumtion des „Lehrvertrags“ unter den dort verwendeten Begriff „Dienstvertrag“, eine Subsumtion, die zwar nicht unbestritten (vgl. Hueck, Lehrb. I^{3/5} § 65 II u. Angef.), aber theoretisch jedenfalls nicht zu beanstanden ist, solange man aus ihr nicht falsche normative Folgerungen zieht. So ist es vor allem berechtigt, Lehrverträge als „Arbeitsverträge“ (also Dienstverträge mit „Arbeitnehmern“) i. S. § 1 Tar. W. anzusehen, zumal § 91 Abs. 1 Arb. G. die Möglichkeit, daß sich ein Lehrverhältnis nach einem Tar. Vertr. bestimmt, voraussetzt, dagegen ist z. B. § 614 BGB. auf die dem Lehrling als „Vergütung“ geschuldete Ausbildung ebenso unanwendbar, wie die Vorschr. über die Dauer des Dienstvertragsverhältnisses (§§ 620 Abs. 2, 623), soweit sie nicht zur Ergänzung der Spezialnormen (§ 127 b Gew. D., §§ 77—79 H. G. B.) heranzuziehen sind. Entscheiden kann dabei nicht allein die Feststellung, ob irgendeine der — höchst unvollständigen — Sonderregeln des Lehrvertragsrechts eine allgemeine Dienstvertragsregel ausschließt oder nicht, vielmehr muß der Interessengehalt jeder einzelnen Gesetzesvorschrift daraufhin untersucht werden, ob die irgendwo für „Dienstverträge“ gegebene Lösung eines Konflikts i. S. des Gesetzgebers auch für die besondere typische Interessenslage des „Lehrvertrags“ zutrifft. Nur so kann die richterliche Fallentscheidung die Fesseln der begriffs-

in Handlungen des Schuldners, welche er auf Grund der gesetzlichen Regelung mit Ermächtigung des zuständigen Gerichts vornehmen darf. Zu den dem Schuldner unter diesen Voraussetzungen gestatteten Maßnahmen gehören die in §§ 28, 29 VerglD. geregelten Möglichkeiten, sich von drückenden, aus beiderseitig noch nicht vollständig erfüllten Verträgen herrührenden laufenden Verbindlichkeiten zum Zwecke der Erreichung eines wirtschaftlichen Gleichgewichts zu befreien.

Nach der Begr. z. GesEntw. (Nz. Druckf. III. Wahlver. Nr. 2340) bezwecken die genannten Vorschr. die Lösungsmöglichkeiten sowohl im Interesse des Gläubigers wie des Schuldners. Sie haben dabei, soweit Dienstverträge in Frage kommen, sichtlich nicht die Zeiten einer besonderen Notlage auf dem Arbeitsmarkt im Auge, wie sie zur Zeit infolge des Überangebots an Arbeitskräften herrschen. Die VerglD. hat deshalb im Gegensatz zu ihrer Vorläuferin, der WechAufsVd. v. 14. Dez. 1916 (RGBl. 1363) und 14. Juni 1924 (RGBl. 641), welche die Dienstverpflichteten noch ungünstiger als die K.D. stellte, ebenfalls diesen die Lösungsmöglichkeit gegeben. Dieser gesetzgeberische Zweck muß aber auch für die Frage der Anwendung der VerglD. auf Lehrungsverhältnisse Beachtung finden. Gerade der Lehrzweck, der den Arbeitsvertrag des Lehrlings — welcher nach heutiger Rechtsauffassung als Dienstverhältnis zu erachten ist (ArbG. 7, 35; 9, 35 u. 3.) — von anderen Dienstverhältnissen in gewissem Sinne unterscheidet und ihm sein besonderes Gepräge gibt, kann geradezu die Auflösung des Lehrungsvertrages fordern, wenn die durch die Einleitung des VerglVerf. unsicher gewordenen Verhältnisse seines Lehrers die Durchführung des Lehrvertrages gefährden oder unsicher erscheinen lassen. Es besteht daher auch angesichts der besonderen Natur des Lehrvertrages — ebenso wie im Konkursverfahren (ArbG. 9, 35), so auch im VerglVerf. — kein Grund, die allgemeine Anwendbarkeit des § 29 Abs. 2 VerglD. auf das Dienstverhältnis des Lehrlings zu verneinen.

Man kann auch nicht, ebensowenig wie im Konkursverfahren, einwenden, daß die Verhältnisse des Schuldners bei Einleitung des VerglVerf. schon an sich für den Lehrling einen wichtigen Grund zur Lösung des Lehrvertrages (§ 70 GGB., § 127 b GewD.) bilden können. Denn für die vorliegende Frage kommt es nur darauf an, ob Sinn und Zweck des VerglVerf. an sich der Anwendung des § 29 Abs. 2 VerglD. auf Lehrverträge entgegensteht. Denn in erster Linie ist — wie auch zu § 22 K.D. dargelegt — davon auszugehen, daß § 29 VerglD. auf alle Dienstverträge Anwendung findet.

Das ArbG. berücksichtigt aber vor allem nicht die tiefere Be-

deutung, welche §§ 28, 29 VerglD. für den Schuldner haben. Ihm soll eine wirtschaftliche Befundung ermöglicht werden. Die wirtschaftliche Befundung eines Unternehmens wird es aber häufig erfordern, daß der Schuldner sein Personal verringert. Es kann daher einem Schuldner nach Sinn und Zweck des Gesetzes nicht zugemutet werden, nachdem er sein übriges Personal mit Genehmigung des Gerichts entlassen oder dem Stande seines Unternehmens angepaßt hat, seine Lehrlinge in der gleichen Anzahl wie früher beizubehalten, mit deren Ausbildung er auf der einen Seite belastet wird und von deren Hilfe er auf der anderen Seite oft nur einen geringeren Nutzen hat. Diesem Sinn und Zweck des Gesetzes gegenüber kann es daher auf die Erwägungen des ArbG., daß die VerglD. grundsätzlich der Aufrechterhaltung des Betriebes dienen will, nicht ankommen. Denn diesen Zweck will sie gegebenenfalls durch die Lösung von drückenden langfristigen Dienstverhältnissen erreichen.

Der Vergleichsrichter hat bei der ihm auferlegten Prüfung vor allem zu prüfen, ob nicht die beabsichtigte Aufrechterhaltung des Geschäfts die Durchführung der Lehrverträge trotz der wirtschaftlichen Notlage des Schuldners ermöglicht und ob etwa der Schuldner die Möglichkeit zum Abschluß eines anderweitigen Kollektivvertrages hat. Für die Anwendbarkeit der VerglD. überhaupt haben dagegen diese Erwägungen auszuscheiden. Denn das Gesetz gewährt die Möglichkeit zur Lösung aller Dienstverträge, ohne eine Einschränkung zu machen, ob schon es sich bei dem VerglVerf. nur um eine vorläufige und als vorübergehend gedachte Unterbrechung der normalen Betriebsführung handelt.

Das ArbG. glaubt schließlich seine Ansicht weiterhin darauf stützen zu können, daß die Gesetzesgeschichte der VerglD., im Gegensatz zu § 22 K.D., gegen die Anwendung des § 29 VerglD. auf Lehrverträge spräche. Denn da der § 29 Abs. 2 die Lösung von Dienstverträgen nur mit der Maßgabe zulasse, daß eine Kündigung mit gesetzlicher Frist erfolge, müsse die Kündigung von Lehrungsverträgen schon deswegen ausscheiden, weil hier eine gesetzliche Kündigungsfrist nicht vorgegeben sei. Da nun zur Zeit der Schaffung der VerglD. die Dienstvertragsnatur des Lehrungsvertrages schon allgemein erkannt gewesen sei, so müsse angenommen werden, daß keine Lücke des Gesetzes vorläge, sondern daß der Gesetzgeber die Lösung des Lehrungsvertrages im VerglVerf. überhaupt ausgeschlossen habe.

Diese Ausführungen beachten nicht die besondere Gesetzesgeschichte der hier in Rede stehenden Bestimmungen. Diese haben sich aus der K.D. in zunächst enger Ablehnung an sie in der

(Konkursr. Entsch. S. 38; die vorl. Entsch. will es dahingestellt sein lassen, ob überhaupt eine Lücke vorliegt) im Gegensatz zum ArbG. Berlin (a. a. O. S. 30 f.) annimmt, insofern, als es an einer Fristbestimmung fehlt, sondern bedeutet, daß überhaupt keine Norm über den Einfluß von Konkurs und Vergleichsverfahren auf das Lehrverhältnis vorhanden ist. Zu ihrer Ausfüllung darf man nicht einfach die entspr. Generalregeln für gegenseitige Verträge (§ 17 K.D. und § 28 W.D.) heranziehen; denn sie würden, wie dem ArbG. (Konkursr. Entsch. S. 34 f., vorl. Entsch. vorletzter Absatz) zugegeben werden muß, zu unangemessenen Ergebnissen führen. Vielmehr muß die Interessenlage, die durch die Spezialregelung ersetzt werden sollte, mit der typischen Interessenlage beim Lehrvertrag verglichen werden und so die Grundlage für eine auf diesen Vertragstypus passende Sonderregelung gefunden werden.

II. Dazu ist folgendes zu erwägen:

1. Sowohl §§ 19, 22 K.D. wie §§ 29 Abs. 2, 30 W.D. beruhen offenbar in doppelter Hinsicht auf einer besonderen Interessenverwertung des Gesetzgebers:

a) Im Gegensatz zu anderen Personen, die mit dem (Gemein-) Schuldner in gegenseitigen Vertragsverhältnissen stehen, sollen Vermieter und Dienstverpflichtete ebenso wie der Schuldner selbst gegen eine sofortige Lösung des Miet- oder Dienstverhältnisses geschützt werden (vgl. Hans Maeder, Die Einwirkung des Vergleichsverfahrens . . . auf schwebende Verträge, Prozeßr. Abh. II [Berlin 1929] S. 70).

b) Die Lösung soll unter Einhaltung der gesetzlichen Frist erfolgen. Bedenkt man, daß diese Fristen, was bei Miete und Pacht (§§ 565 Abs. 4, 595 Abs. 2 BGB.) übrigens im Gesetz besonders hervorgehoben ist, mit den dispositiv-gesetzlichen Fristen der ordentlichen Kündigung übereinstimmen und daß die letzteren grundsätzlich — mit Ausnahme der Entlohnung nach dem Erfolg (§ 623 BGB.) oder nach ganz kurzen Zeitabschnitten, z. B. bei dem für gewerbliche Arbeiter üblichen Stundenlohn (§ 122 GewD.) — eine Lösung des Schuldverhältnisses mit Ablauf einer Vergütungsperiode (Monat, Woche, Tag) ausreichen (§§ 621 f. BGB., § 133 a GewD., § 66 i. Verb. m. § 64 GGB.), so ist zu erkennen, daß jede Lösung des Vertrags mit gesetzlicher Frist zu einer erheblichen Vereinfachung der Interessenlage führt. Der Zeitraum, nach dem die Vergütung bemessen ist, stellt nämlich nach der vermutlichen Ansicht beider Teile denjenigen Zeitabschnitt dar, innerhalb dessen bei derartigen „Wiederkehrschuldverhältnissen“ (Jaeger⁹⁷, § 17 K.D. Anm. 18 a) volle Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen soll, das Schuldverhältnis endigt also in einem Augenblick, in dem es grund-

sätzlich auf keiner Seite eine unvergeltene Leistung gibt. Damit erübrigt sich der — im Konkursrecht trotz Schweigens des Gesetzes anzunehmende (Jaeger a. a. O. Anm. 43), in § 28 i. Verb. m. § 30 W.D. dem Vertragsgegner ausdrücklich zugebilligte Anspruch auf „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ von Pflichten aus dem bei Bestand bleibenden Teil des Schuldverhältnisses, es entfallen die aus dem bürgerlichen Recht bekannten Schwierigkeiten bzgl. der von einer Seite erbrachten Teilleistungen (vgl. Maeder a. a. O. S. 44 ff.), und es bleibt nur ein Anspruch auf „Ersatz des . . . durch die Aufhebung des Vertrags entstehenden Schadens“ (§§ 19 Abs. 3, 22 Abs. 2 K.D.; in § 30 W.D. tritt der terminologische Unterschied infolge der Zusammenfassung der Fälle von §§ 28 und 29 nicht hervor) für die Zeit nach Aufhebung des Schuldverhältnisses übrig, der inhaltlich dem gleich benannten Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB. (für Miete vgl. RG. 76, 367 ff.; Enneccerus-Dehmann¹², § 127 V h und Angef., § 128 I 7 c d) entspricht und dessen Berechnung unter der Voraussetzung glatter Erledigung aller Rückstände kaum erhebliche Schwierigkeiten bietet (für Vorausleistungen vgl. §§ 543 Abs. 2, 555, 628 Abs. 1 Ziff. 3 BGB.).

2. Beim Lehrverhältnis fehlt es an der das Wiederkehrschuldverhältnis kennzeichnenden abschnittsweise Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung: Die Arbeitsleistung des Lehrlings ist zunächst für den Lehrern fast wertlos, gegen Ende der Lehrzeit erreicht sie den vollen Wert der Gehilfenarbeit, andererseits wird der Lehrling oft im 3. und 4. Lehrjahre der Ausbildung in erheblich geringerem Maße bedürfen als der Anfänger. Deshalb wird der Lehrvertrag grundsätzlich auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen (§§ 126 b Abs. 1 Nr. 2, 130 a GewD.; § 77 GGB.; Hueck a. a. O. § 68 I), die Anerkennung der Möglichkeit, ihn durch ordentliche Kündigung, also ohne besonderen Grund nach dem der Partei von vornherein eingeräumten Belieben, zu beenden, widerspräche den typischen Parteiinteressen, der Gesetzgeber hätte hier keine Gelegenheit gehabt, bei der Einführung „gesetzlicher Kündigungsfristen“ auf negativ-gesetzliche Fristen zurückzugreifen. Aber es hätte sich auch nie erreichen lassen, mit Hilfe irgendwie festgesetzter Fristen die Beendigung des Schuldverhältnisses bei Abschluß einer Periode des Ausgleichs zwischen Leistung und Gegenleistung herbeizuführen; die Interessenlage bleibt vielmehr bei jeder Lösung kompliziert in dem Sinne, daß der Lehrling einen Teil der Gesamtarbeitsleistung erbracht hat, der durch die im gleichen Zeitraum empfangene Ausbildung nicht glatt ausgeglichen ist. In dem selben geschichtlichen Normalfall wird die Leistung des Lehrers überwiegen, also den Aufwandschaden mindern; es ist aber auch das Gegenteil möglich, z. B. wenn der

GeschluffW. entwickelt und können daher auch nur den gleichen Rahmen wie die W. umspannen. Die erste GeschluffW. sah nur die Stellung unter Geschäftsaufsicht und neben der Schutzmaßnahme des § 5 (Ausschluß des Konkursantrags) die Verwendung der vorhandenen Mittel zugunsten der Gläubiger vor (§ 8) Lösungsmöglichkeit wurde erst durch die §§ 9 ff. GeschluffBek. v. 14. Dez. 1916 (RGW. 1363) geschaffen. In wesentlicher Anlehnung an die entsprechenden Vorschr. der W. wurde in § 9 die Möglichkeit zur Ablehnung der Erfüllung beiderseits noch nicht erfüllter Verträge mit gerichtlicher Ermächtigung vorgeesehen.

Diese Bestimmung unterscheidet sich somit von der W. und dem jetzigen § 29 VerglW. lediglich dadurch, daß einerseits nur der Schuldner die Lösungsmöglichkeit hatte und daß sie andererseits (gegenüber § 29 VerglW.) den Kreis der betroffenen Dienstverhältnisse entsprechend dem § 22 W. faßte. In § 11 Abs. 1 GeschluffW. ist aber gerade wie bei § 22 W. der Gesetzesbefehl des Satz 1 von dem Inhalt des Satz 3 zu unterscheiden, welcher letzterer nicht den Kreis der betroffenen Dienstverträge, sondern nur die Lösungsfrist bestimmt. Gemäß ArbGG. 19, 37 f. können keinerlei Bedenken bestehen, daß § 11 GeschluffW. auch die Lösung der Lehrverträge umfaßte. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob mit ArbGG. 19, 37 eine Lücke des Gesetzes anzunehmen ist oder ob, da die einschlägigen Bestimmungen (§ 70 HGB., § 127 b RWoD.) — soweit überhaupt — nur eine fristlose Lösungsmöglichkeit vorsehen, diese fristlose Lösung als die gesetzliche Kündigungsfrist zu ersehen hat. Denn in jedem Fall fehlt es zur Einschränkung einer anderweit vom Prozeßrichter zu findenden Frist an jeder gesetzlichen Unterlage, und es kann daher als die gesetzlich ausdrückliche allein zugelassene vorzeitige Lösung nur die fristlose eintreten.

An diesem Rechtszustand hat aber die VerglW., welche sachlich nur die Kündigungsbeugnis des Gläubigers hinzugefügt hat, trotz der anderweitigen Fortsetzung (§ 25 des Entw., § 25 des Beschl. des Reichsaussch., RdDruckf. Nr. 34/30 S. 73) nichts geändert. Die Begründung (a. a. D. S. 24) hebt zunächst ausdrücklich hervor, daß §§ 28 ff. (§§ 23 ff. Entw.) sich an §§ 8—11, 13 Abs. 2 GeschluffW. anlehnen, welche ihrerseits wieder auf §§ 17 f. W. beruhen und nur in den hervorgehobenen Punkten grundförslich abweichen. Weiterhin ist in der Begründung zu § 25 Entw. gesagt, daß, indem an die Stelle des Rechts, die Erfüllung abzulehnen, die Lösung durch Kündigung getreten sei, der Entw. mit den §§ 19, 22 W. überein-

lehren gegen Ende der Lehrzeit eine Spezialausbildung zu erwarten hatte.

3. Hätte der Gesetzgeber bei Aufstellung der konkurs- und vergleichsrechtlichen Spezialregeln für einzelne gegenseitige Verträge diese typische Interessenlage des Lehrverhältnisses berücksichtigt, so hätte er offenbar unter Verzicht auf den nicht erreichbaren Erfolg der bei Verwendung gesetzlicher Kündigungsfristen für echte Wiederkehrschulverhältnisse eintretenden Vereinfachung der Lage (s. v. 1 b) denselben Weg beschreiten müssen, den er in § 19 W. a. F. für den Fall des Mangels solcher Fristen innerhalb der maßgebenden Privatrechtsordnung gegangen ist: Gewährung des Kündigungsrechts mit gesetzlicher Frist. In diesem Sinne wird man darum die Lücke der Spezialregelung auszufüllen haben, d. h. in Konkursfälle können beide Teile nur unter Einhaltung einer angemessenen Frist kündigen, deren Bemessung ihnen ähnlich wie bei den Nachfristen von §§ 326, 542, 643 HGB. selbst zusteht, da es für eine Mitwirkung des Konkursgerichts (vgl. § 19 Abs. 2 W. a. F.) an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Im Vergleichsfall kann das Gericht sowohl den Lehrherrn wie den Lehrling nur ermächtigen, unter Einhaltung einer solchen Frist zu kündigen, die es gleichzeitig selbst zu fixieren haben wird, da eine behörliche Verfügung so bestimmt wie möglich gehalten sein muß. Einen Anhaltspunkt für die Fristbemessung bieten die für voll ausgebildete Angehörige des betr. Berufs geltenden gesetzlichen Kündigungsfristen, also § 122 GewD. und § 66 HGB. (so Karl-Heinz Nagel, Beiderseits unerfüllte gegenseitige Verträge im VerglVerf. 1929, S. 117; nicht mehr zutreffend Rieszow, VerglW. S. 306; vgl. Frieze: JW. 1932, 1233). Eventualiter hat sich auch das ArbGG. Berlin — a. a. D. S. 31 — im Gegenlatz zur konkursr. Entsch. des ArbGG. — S. 38 —, die sich zu Unrecht auf die Gesetzesgeschichte beruft, für Gewährung einer richterlichen Frist ausgesprochen und auch nach Ansicht des ArbGG. kann der Vergleichsrichter anordnen, „daß die fristlose Kündigung nur zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgesprochen werden kann“.

4. Nach dem im ersten Absatz der vorl. Entscheidungsgründe unter Berufung auf RG. 100, 1 ff. aufgestellten Grundtat hindert die nach § 14 W. unanfechtbare Entsch. des Vergleichsrichters den Prozeßrichter nicht, die rechtliche Zulässigkeit dieser Entsch. nachzuprüfen, er hat also auch darüber zu befinden, ob die gesetzliche Voraussetzung der Kündigungsermächtigung, die in der Angemessenheit der gesetzten Frist liegt, eingehalten worden ist. Hat der Vergleichsrichter wie im vorl. Fall (drittletzter Absatz der Gründe) gesehen, die Ermächtigung einfach zur Kündigung „mit gesetzlicher Frist“ erteilt, so ist darunter bei einem Gewerbelehrling

stimme. Der Gesetzeswort des § 29 Abs. 2 VerglW. ist daher ähnlich wie bei § 22 W. dahin zu verstehen, daß Satz 1 die allgemeine gesetzliche Ermächtigung (den Gesetzesbefehl) gibt, welcher durch die hinzugefügten Maßgaben (Nr. 1—3) keine Einschränkung hinsichtlich des Kreises der betroffenen Schuldverhältnisse erleiden soll. Diese Maßgaben ordnen vielmehr nur die Befugnis zur Lösung im einzelnen. Es spricht daher an Hand dieser Gesetzesgeschichte nichts dafür, daß der Gesetzgeber der VerglW. mit der Maßgabe zu Nr. 1 die Lehrungsverträge habe ausschließen wollen, zumal ein solcher Ausschluß angesichts des hervorgehobenen Sinnes und Zweckes der Bestimmungen zweifellos einer besonderen Hervorhebung bedurft hätte. Die VerglW. hat somit sämtliche Dienstverträge umfassen wollen, und es muß daher wie bei § 22 W. und § 11 GeschluffW. beim Lehrvertrag — mangels einer besonderen Frist — die sofortige Lösungsmöglichkeit eintreten. Die im Schrifttum geäußerten Bedenken können nicht zur Einfügung einer anderweitigen Frist führen. Es fehlt an einer genügenden Grundlage, eine solche Frist bestimmen zu können. Außerdem hat es der Vergleichsrichter in der Hand, anzuordnen, daß die fristlose Kündigung nur zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgesprochen werden kann.

Daß der Vergleichsrichter vorliegend die Ermächtigung zur Kündigung mit gesetzlicher Frist erteilt hat, ist ohne Bedenken, da er sich damit nur dem Gesetzeswortlaut angeschlossen hat, welcher zur fristlosen Kündigung führt.

Schließlich muß auch im Falle des VerglVerf. darauf hingewiesen werden, daß, falls man etwa den Lehrvertrag nicht unter § 29 VerglW. einreihen würde, er jedenfalls der Lösungsmöglichkeit nach § 28 unterfallen würde, wodurch der Lehrling keinen Vorteil erreichen würde. Es ist aber § 29 VerglW. anzuwenden.

(ArbGG., Urte. v. 20. April 1932, 23/32.)

*

** 3. § 2 Nr. 5 ArbGG.; § 93 BetrGG.; § 18 WafW. z. BetrGG.

1. Entscheidungen im Beschlußverfahren über das Fortbestehen eines Betriebsrats sind für das Prozeßgericht bindend (vgl. Flatow-Kahn-Frend, Anm. VII vor § 1 BetrGG. [13. Aufl. S. 54 f.]; a. M. Mansfeld zu § 93 [3. Aufl. S. 473]).

2. Der Eintritt eines Ersatzmitglieds in den Betriebs-

die Bierzehntagefrist des § 122 GewD. zu verstehen, deren Angemessenheit nach dem zu 3 Ausgeführten zu bejahen sein dürfte, insbes. da sie zufällig mit der im Entw. des BerufsausbildungsG. § 32 Abs. 3 vorgesehenen übereinstimmt (vgl. konkursr. Entsch. S. 39).

III. Die in dieser Weise durch richterliche Lückenausfüllung gefundene Sonderregelung für Konkurs und Vergleichsverfahren schließt als lex specialis non scripta jede Möglichkeit einer Aufhebung des Lehrverhältnisses aus allgemeinen Gründen aus.

1. Darum kann die Eröffnung des Konkurses oder Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Lehrherrn weder als „wichtiger Grund“ angesehen werden, der nach § 77 Abs. 3 i. Verb. m. § 70 Abs. 1 HGB. zur fristlosen Entlassung des Handlungslehrlings führen könnte, noch kann der Gewerbelehrling unter Berufung auf § 127 b Abs. 3 Nr. 2 GewD. das Lehrverhältnis lösen, weil die Einleitung eines der genannten Verfahren als solche bereits die Unfähigkeit des Lehrherrn zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Pflichten herbeigeführt habe, es ist vielmehr Tatfrage, ob dies nach den Umständen des Einzelfalles anzunehmen ist. Jedenfalls läßt sich aus dem Bestehen dieser durchaus selbständigen Fälle außerordentlicher Lösung des Lehrverhältnisses nicht mit Jaeger^{6/7}, zu § 22 W. Anm. 7 ein Argument für die fristlose Kündigung im Konkurs- und Vergleichsfall gewinnen.

2. Will man mit Frieze a. a. D. S. 1235 und der Reichs. hülfsweise die Rechtsätze heranziehen, die eine Erledigung gegenseitiger Rechtsverhältnisse aus dem Gesichtspunkt der nachträglichen Nichtzumutbarkeit der Leistung (Betriebsrisiko, clausula rebus sic stantibus usw.; vgl. über die Bedeutung der „Nichtzumutbarkeit“ für diese Lehre Rüdeman: ArchZivPr. N. F. 11, 11, über „Wirtschaftskrisis und Betriebsrisiko“ S. Lehmann: NZVerf. XII, 1 ff.) ermöglichen, so muß auch für ihre Anwendung das Vorliegen einer anderen Tatsache als der Eröffnung des Konkurses und Vergleichsverfahrens verlangt werden, und selbst die normalen wirtschaftlichen Begleitumstände solcher Verfahren — schlechter Geschäftsgang, Mangel an Mitteln — genügen nicht, um das Aushalten einer „angemessenen“ Kündigungsfrist unzumutbar erscheinen zu lassen. Deshalb braucht für die Entsch. des vorl. Falles auf diese Gesichtspunkte nicht eingegangen zu werden, und es scheidet auch die in diesem Zusammenhang vom ArbGG. Berlin a. a. D. S. 31 f. angeschnittene Frage aus, ob vom Arbeitgeber Einleitung von Verhandlungen über eine Kollektivvereinbarung zu verlangen ist, ehe man zu seinen Gunsten die Fortsetzung des Lehrverhältnisses als nicht zumutbar bezeichnen kann.

Prof. Dr. Hans Kreller, Tübingen.

rat bedarf nicht der Bekanntmachung durch den Wahlvorstand (a. M. Flatow-Kahn-Freund, zu § 18 WahlD. Ann. 5). (MVerfG., Ur. v. 23. Sept. 1931, RAG 135/31. — Magdeburg.) (<= MVerfG. 9, 176.) [D.]

Berlin. Landesarbeitsgerichte.

1. §§ 14, 146 RD. Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel aus einem vor Konkursöffnung erstrittenen Verfallurteil gegen den Konkursverwalter ist unzulässig, auch wenn ein Teil der durch das Urte. festgestellten Forderung erst während des Konkurses fällig wird und daher Masseschuld sein könnte. Die Frage, inwieweit eine Masseschuld vorliegt, ist im Prozeßwege zu klären.

Durch rechtskräftiges Verfallurteil v. 12. März 1932 ist die Gemeinschuldnerin zur Zahlung von Gehaltsbeträgen für die rückliegende Zeit und auch für erst fällig werdende Termine verurteilt worden. 2000 RM der Urteilssumme betreffen die Zeit vom 16. April bis 30. Juni 1932. Am 15. April 1932 ist über das Vermögen der Gemeinschuldnerin das Konkursverfahren eröffnet worden, und der Kaufmann Kr. ist zum Konkursverwalter bestellt worden. — Der Antrag des Kl., ihm wegen der oben bezeichneten 2000 RM, da diese Masseschuld seien, die Vollstreckungsklausel gegen den Konkursverwalter zu erteilen, ist zurückgewiesen worden.

Der Kl. hat rechtskräftig lediglich einen einfachen Anspruch auf Zahlung aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin erstritten und auch vor der Konkursöffnung kein anderes Recht erstreiten können, insbes. auch keinen Anspruch auf Bezahlung einer Masseschuld. Auf Grund des rechtskräftigen Verfallurteils kann der Kl. im Konkurs lediglich die günstigere Rechtsposition des § 146 Abs. 6 RD. für einfache Konkursforderungen beanspruchen, aber kein Recht auf Befriedigung seiner Forderung aus der Masse als Masseschuld. Verlangt der Kl. Zahlung der 2000 RM als Masseschuld, wozu er nach dem Sachverhalt prima facie vielleicht berechtigt erscheint, und bestreitet der Konkursverwalter das Vorliegen einer Masseschuld, gleich ob zu Recht oder zu Unrecht, so bleibt dem Kl. nur übrig, diesen Anspruch in einem neuen Rechtsstreit gegen den Konkursverwalter zu betreiben. Nicht aber kann er der Hiertnach noch erforderlichen Entsch. darüber, ob seine Forderung Masseschuld oder nicht ist, dadurch aus dem Wege gehen, daß er sich die Vollstreckungsklausel aus dem rechtskräftigen Urte. gegen den Konkursverwalter umschreiben läßt und dann als Massegläubiger in die Masse vollstreckt, wozu er durch § 14 RD., der nur die Konkursgläubiger betrifft, übrigens nicht gehindert würde. Hiernach war die Erteilung der Vollstreckungsklausel, die zur Befriedigung einer Masseschuld dienen sollte, zu verweigern. Es muß dem Kl. vielmehr anheimgegeben werden, sein Recht auf Befriedigung seiner Forderung als Masseschuld im Prozeßwege zu erstreiten.

(MVerfG. Berlin, 4. R., Beschl. v. 19. Dez. 1932, 104 T 332/32.)

Mitgeteilt von WBl. Seiberth, Berlin.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

[< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofes abgedruckt.]

1. §§ 246, 211 RAbgD.; § 1 RD. v. 21. Juni 1929. Bei einer die Zustellung ersetzenden Mitteilung eines unverschlossenen Steuerbescheids hindert die unrichtige Belehrung, die Frist beginne mit der (nicht statgeordneten) „Zustellung“ nicht die Inlaufen der Rechtsmittelfrist, die mit dem Ablauf des Tages beginnt, an dem der Bescheid dem Berechtigten als bekannt gemacht gilt. Die Bekanntgabe gilt mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bewirkt, wenn der Empfänger nichts Gegenteiliges darlegt.

Daß die Einspruchsfrist nicht in Lauf gesetzt worden sei weil der angefochtene Steuerbescheid nicht verschlossen mitgeteilt worden ist, kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Nach § 246 Abs. 1 RAbgD. 1931 beginnt die Rechtsmittelfrist mit Ablauf des Tages, an dem der Bescheid dem Berechtigten zugestellt oder bekanntgeworden ist oder als bekanntgemacht gilt. Daß der Steuerbescheid verschlossen zugestellt oder zugesandt worden ist, ist hier nicht vorzugesetzt. Wenn in § 211 Abs. 3 Satz 1 RAbgD. und in § 1 RD. v. 21. Juni 1929 über Vereinigungen bei der Zustellung von Steuer- und Feststellungsbescheiden ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß die Steuerbescheide verschlossen zuzustellen sind, so ist das nur

eine Ordnungsvorschrift, die die Rechtswirklichkeit nicht beeinflusst. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb die Rechtsmittelfrist nur zu laufen beginnen soll, wenn das Schriftstück verschlossen zugestellt worden ist.

Unbegründet ist auch der weitere Einwand, die Rechtsmittelfrist sei nicht in Lauf gesetzt worden, weil der Steuerbescheid eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung enthalten habe; diese habe dahin gelaute, daß die Rechtsmittelfrist mit der „Zustellung“ zu laufen beginne, der Steuerbescheid sei aber nicht zugestellt, sondern auf Grund des § 211 Abs. 3 Satz 2 RAbgD. nach § 1 RD. v. 21. Juni 1929 bekanntgegeben worden. Nach dieser RD. kann die Zustellung des Steuerbescheids dadurch ersetzt werden, daß der Bescheid dem Empf. durch einfachen Brief verschlossen zugesandt wird. Alsdann gilt die Bekanntgabe mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bewirkt, wenn der Empfänger nichts Gegenteiliges darlegt. Die RD. stellt diese Form der Bekanntgabe der Zustellung gleich. Diese Gleichstellung entspricht dem Sinn und Zweck der Vorschr. des § 211 Abs. 3 RAbgD., auf dem jene RD. beruht. Dann aber kann der Umstand, daß es sich um eine vereinfachte Form der Bekanntgabe und nicht um eine förmliche Zustellung i. S. von § 88 1931 handelt, während in der Rechtsmittelbelehrung von der „Zustellung“ die Rede ist, nicht dazu führen, die Rechtsmittelfrist nicht als in Lauf gesetzt zu betrachten. Durch jene Gleichstellung unterscheidet sich der vorl. Fall von dem in dem Urte. v. 22. Dez. 1931, II A 136/31 (RZf. 30, 99) entschiedenen Falle, wo ein Bescheid, dessen Zustellung überhaupt nicht vorgeschrieben ist, mit der Belehrung zugestellt worden war, daß der Einspruch vom Tage der „Zustellung“ an zulässig sei; hier konnte der Empfänger im Zweifel darüber sein, ob die Rechtsmittelfrist schon mit einer gewöhnlichen Bekanntgabe des Bescheids beginne oder ob er nicht berechtigt sei, die förmliche Zustellung des Bescheids abzuwarten. Solche Zweifel haben im vorl. Falle tatsächlich nicht bestanden. Das mögliche Mißverständnis aus Seiten des Empfängers, Zustellung sei Übergabe des Briefes, so daß er mit einer um 1—3 Tage zu kurzen Frist rechnen mußte, kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Unstimmigkeiten im einzelnen Falle könnten auch durch Nachsichterteilung beseitigt werden.

In der Vorentscheidung ist festgestellt, daß der Steuerbescheid am 22. Juni 1931 zur Post gegeben worden sei, mithin nach der RD. v. 21. Juni 1929 als am 25. Juni 1931 bekanntgemacht zu gelten habe, während die Einspruchsschrift v. 24. Juni 1931 erst am 27. Juli 1931 beim FinV. eingegangen sei. Diese Feststellungen, die weder auf einem Rechtsirrtum noch auf einem Verstoße gegen den klaren Inhalt der Akten oder auf einem Verfahrensmangel beruhen, sind für den Senat bindend.

Die beantragte Nachsicht wegen Versäumung der Einspruchsfrist hat das FinVer. mit der Begr. versagt; es sei dem Vertreter des BeschwF. bekanntgewesen, daß die Rechtsmittelfrist am 25. Juli 1931 ablaufe; wenn er trotzdem die Rechtsmitteleinlegung auf den letzten Tag verschoben habe, so habe er schuldhaft gehandelt und sein Verschulden sei dem des BeschwF. gleichzusetzen. Diese Ausführungen lassen weder einen Rechtsirrtum noch einen Verstoß gegen den klaren Inhalt der Akten erkennen. Der BeschwF. hatte, weil er damit rechnete, daß sein Einspruch möglicherweise nicht rechtzeitig eingehen werde, bereits in der Einspruchsschrift den Nachsichts Antrag gestellt und begründet. Nachdem er im Verfahren über die Berufung keine weiteren Nachsichtsgründe angeführt hatte, durfte das FinVer., zumal da es sich um einen berufsmäßigen Vertreter in Steuerfällen handelt, annehmen, daß er die nach seiner Ansicht vorliegenden Nachsichtsgründe erschöpfend vorgetragen habe. Ein Grund, vor der Entsch. über die Berufung den Vertreter des BeschwF. zu weiterer Begr. des Nachsichts Antrags zu veranlassen oder gar eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, lag nicht vor.

(RZf., 5. Sen., Ur. v. 22. Juli 1932, V A 403/32, RZf. 31, 242.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Ziehlke, Landgerichtsdirektor Kerßing, 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. (EuM.), abgedruckt.]

××○ I. § 313 Abs. 2 RD. Einem in der ersten Woche nach dem Ausscheiden aus der Rassenmitgliederschaft Erkrankten steht ein Anspruch auf die sachungsmäßigen Rassenleistungen für diese Erkrankung auch dann zu, wenn er die Anzeige der Weiterversicherung erst in der zweiten oder dritten Woche nach dem Ausscheiden gemacht hat.

Nach § 313 Abs. 2 Satz 1 RD. muß, wer Mitglied bleiben will, es der Rasse binnen drei Wochen nach dem Ausscheiden anzeigen. Als Mitglied hat er dann im Falle seiner Erkrankung grundsätzlich auch Anspruch auf die sachungsmäßigen Rassenleistungen.

gen. Eine Einschränkung ergibt sich jedoch für den Fall der Erkrankung in der zweiten oder dritten dieser Wochen. Für diese Krankheit besteht, vorbehaltlich des § 214, Anspruch auf die Rassenleistungen nur, wenn der Erkrankte die Anzeige in der ersten Woche erstattet hat (§ 313 Abs. 2 S. 2 RVO.). Nach ihrem Wortlaut bezieht sich also die letztere Vorschr. jedenfalls nicht auch auf die bereits in der ersten Woche nach dem Ausscheiden aus der Kasse Erkrankten. Die Vorschr. läßt sich aber auch nicht etwa im Wege der Auslegung auf diesen Personenkreis ausdehnen; denn es handelt sich um eine Ausnahme von der sich aus Satz 1 a. a. O. ergebenden Regel, daß, wer Mitglied bleibt, auch die vollen Mitgliedschaftsrechte haben soll, insbes. also auch den Anspruch auf die satzungsmäßigen Leistungen. Ausnahmevorschr. sind aber nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatz stets eng auszulegen, sie dürfen nicht auf einen anderen Tatbestand entsprechend ausgedehnt werden. Ebenso steht der Zweck der Vorschr., wie er sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, einer solchen weiten Auslegung entgegen. Danach soll die Kasse das Wagnis einer Erkrankung zunächst nur für eine Woche zu tragen haben. Das Wagnis für die zweite und dritte Woche soll der Weiterversicherungsberichtigte selbst tragen, wenn er die Weiterversicherung nicht in der ersten Woche erklärt hat (Kommissionsbericht II, 197, 198). Wer somit in der ersten Woche nach dem Ausscheiden erkrankt ist, hat Anspruch auf die satzungsmäßigen Rassenleistungen auch dann, wenn die Anzeige der Weiterversicherung erst in der zweiten oder dritten Woche nach dem Ausscheiden aus der Kasse erstattet ist. Die gleiche Auffassung ist auch im Schrifttum vertreten worden (vgl. Sahn-Kühne, Handbuch der Krankenversicherung, 10./11. Aufl., S. 475 Anm. 6 Abs. 2 zu § 313). Ihr steht insbes. auch nicht die Entsch. 2223 II RVerfMachr. 1916, 576 = EuW. 8, 12 Nr. 55) entgegen, wie dies Hoffmann (Krankenversicherung, 8. Aufl., S. 348 Anm. 15 Abs. 2) zu Unrecht angenommen hat. Diese Entsch. nimmt zu der hier erörterten Frage vielmehr überhaupt keine Stellung. Somit ist, da die Kl. noch in der ersten Woche nach dem Ausscheiden aus der Pflichtmitgliedschaft bei der Kasse erkrankt ist und die Anzeige der Weiterversicherung innerhalb der Dreiwöchensfrist des § 313 Abs. 2 RVO. erstattet hat, die Ortskrankenkasse K. zur Gewährung der Rassenleistungen verpflichtet.

(RVerfM., 1. RevSen., Ur. v. 7. Dez. 1932, II a K 115/32¹). [R.]

Reichsvorsorgungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

1. Die vor dem Krieg bei einer Unteroffizierschule verbrachte Zeit ist keine Dienstzeit i. S. des MannVerfG. 1906.

(RVerfOrgGer., Ur. v. 17. Nov. 1932, M Nr. 7194/32, 2.)

Reichswirtschaftsgericht.

1. § 39 DevVO.; § 153 StPD. Im Ordnungsstrafverfahren vor dem RWiG. ist eine Einstellung nach § 153 StPD. nicht möglich. Eine Ordnungsstrafe kann auch gegen juristische Personen verhängt werden.

Die Einstellung des Verfahrens gem. § 153 Abs. 2—3 StPD. ist unzulässig. Im Verfahren vor dem RWiG. gelten nur die für es erlassenen prozessrechtlichen Vorschr., und diese verweisen nirgends auf die StPD. Überhaupt würden aber auch deren angezogene Vorschr. nicht zur Einstellung des Verfahrens führen können, da sie nur bei Zustimmung der StA. zulässig ist und die Stellung der letzteren im vorl. Verfahren nicht dem Gericht, sondern höchstens dem Präf. des RFinA. zukommen könnte, der jedoch nie seinen Antrag hat fallen lassen.

Ebenjowenig ist es möglich, Direktor J. von der Ordnungsstrafe freizustellen. Er war während der in Betracht kommenden Zeit neben dem Bankvorstand B. Vorstand der Genossenschaft Volksbank J. und ist als Leiter dieses Unternehmens für Devisenverfehlungen verantwortlich, wenn er nicht beweist, daß ihn als solchen auch noch nicht einmal Fahrlässigkeit trifft. Schon der Umstand, daß er alle Deviseneingaben mitunterzeichnet hat, beweist, daß er sich seiner Haftung nicht entziehen kann; denn sonst wäre seine geschäftlich geforderte Mitunterzeichnung wertlos. Hieran kann die innere Geschäftsverteilung eines Unternehmens nichts ändern, da die Devisenvorschr. für ihre strikte Innehaltung schlechthin die Leiter eines Unternehmens verantwortlich machen. Allerdings kann sich ein Vorstandsmittglied durch die Berufung auf die statutarische Geschäftsverteilung weitgehend und u. U. ganz entlasten. Das ist aber J. nicht gelungen. Er will B. die Devisenvorschr. zugänglich gemacht und ihn zu ihrer genauen Befolgung aufgefordert haben. Schon hieraus ergibt sich, daß er zu Befolgungen gegenüber B. befugt gewesen sein muß. J. war aber auch, wie sein Titel zeigt, erster leitender Beamter des Unternehmens und ist im Verfahren zuerst als allein ver-

antwortlich bezeichnet worden. Weiter sind die gerügten Verfehlungen derartig leicht zu erkennen gewesen, daß sie jedem Vorstandsmittglied bei der ihm obliegenden Überwachung der Geschäfte im allgemeinen unbedingt hätten auffallen müssen. Es ist daher bei der Bestrafung kein Unterschied zwischen J. und B. zu machen. Es muß ferner angenommen werden, daß die sonstigen Überwachungsorgane (Aufsichtsratsmitglieder) des Unternehmens ebenfalls ihren Pflichten nicht genügend nachgekommen sind; deshalb war auch die Genossenschaft als Inhaberin des Unternehmens zur Verantwortung zu ziehen. Daß im Ordnungsstrafverfahren auch juristische Personen mit Bußen belegt werden können, hat das RWiG. schon in seinen Ur. v. 20. Mai 1927, 3 S XXX 7/27 und 12/27, angenommen. Es handelt sich bei Ordnungsstrafen nicht um eine kriminalrechtliche Verfolgung einer physischen Person, sondern um Erzwingung gewissenhafter Gesetzesbefolgung seitens aller Personen. Hinzukommt, daß die mit Ordnungsstrafen zu belegenden Verfehlungen vielfach durch eine mangelhafte Organisation eines Unternehmens hervorgerufen sind, so daß eine Bestrafung lediglich der physischen Täter ihren Zweck bann verfehlen wird, wenn diesen keine Einwirkung auf die Organisation zusteht. Wo eine Umwandlung der Ordnungsstrafe (Geldstrafe) in eine Freiheitsstrafe nicht vorgesehen ist, wird die Bestrafung bei Mittellosigkeit des physischen Täters diesem gegenüber ganz verjagen, wogegen die Mitverantwortlichkeit einer juristischen Person durchweg ihren Zweck erfüllen wird. Aus diesen Erwägungen muß auch nach nochmaliger Prüfung dieser Rechtsfrage die juristische Person in gleicher Weise wie der physische Täter dem Ordnungsstrafverfahren unterstellt werden.

Wegen des Einwandes, durch die Verfehlungen sei dem Reich kein Schaden entstanden, kann Straflosigkeit nicht eintreten. Zweck der Devisenvorschr. ist in erster Linie, dem Reich einen genügenden Devisenbesitz zu verschaffen und zu erhalten; ob dem Reich durch eine Devisenverfehlung kein Schaden entstanden ist, kommt erst in zweiter Linie in Betracht, wird auch regelmäßig nicht auf den Willen des Täters zurückzuführen sein.

(RWiG., Ur. v. 12. Jan. 1933, 3 S XXIV 3/32.)

Mitgeteilt von RegR. Dr. Hartenstein, Berlin.

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. Rechtsbeschwerde-Summen. Pr. Ges. über Regelung der Gewerbesteuer für 1931 v. 16. März 1931. Bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde mit Rücksicht auf die Beschwerdesumme ist jeder Veranlagungsfall für sich zu betrachten. Insbes. gilt dies auch für die Veranlagung für die Rechnungsjahre 1925 und 1926, mögen sie auch bisher zusammen behandelt worden sein.

Art. II § 1 Ges. v. 16. März 1931 (GS. 15) über Regelung der GewSt. für das Rechnungsjahr 1931 schreibt mit Wirkung v. 31. März 1931 ab vor, daß gegen VerEntsch. der GewStVerAussh. die RBeschw. nur dann gegeben ist, wenn der Wert des Streitgegenstandes höher ist als 50 RM oder wenn der GewStVerAussh. die RBeschw. wegen grundsätzlicher Bedeutung der Streitfrage zugelassen hat. Eine solche Zulassung ist im vorl. Falle nicht erfolgt. Es fragt sich daher, ob der Wert des Streitgegenstandes höher ist als 50 RM.

Unter dem Werte des Streitgegenstandes i. S. der eingangs angeführten Gesetzesvorschr. ist nicht etwa der in der VerEntsch. festgesetzte Wert des Streitgegenstandes, sondern derjenige in der Rechtsbeschwerde zu verstehen. Als solcher gilt der Unterschied zwischen dem zuletzt festgesetzten und dem durch die RBeschw. erstrebten GewSt-Grundbetrage. Die gemeindlichen Zuschläge, d. h. die auf der Grundlage der GewStGrundbeträge zu zahlenden Steuern, Veranschulbeiträge und Beiträge für die Handelskammer usw., scheiden nach der ständigen Rspr. des OVG. bei der Festsetzung des Streitwertes aus. Außerdem ist für die Frage der Erreichung der RBeschwSumme jeder Veranlagungsfall für sich zu betrachten. Dabei ist es unerheblich, ob etwa in einem Veranlagungsschreiben oder in einer Rechtsmittlentsch. mehrere Veranlagungsfälle zusammen behandelt sind. Allerdings hat der 2. Sen. in einem Ur. v. 17. Dez. 1918: OVG. 74, 205 einen abweichenden Standpunkt eingenommen. Dort handelte es sich aber um das Pr. OVG. (vgl. dessen § 93 Abs. 2 i. d. Fass. des Ges. v. 13. Mai 1918 (GS. 53)). Da für die Einführung einer RevSumme lediglich Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend sind, wie für den § 93 Abs. 2 OVG. auch Berner anerkennt (Brauchitsch, Preuß. VerwGesetz, Bb. I, 24. Aufl., Anm. 2 zu § 93 OVG.), und da die Einführung der RBeschwSumme (§ 265 a, jetzt § 286 RAbgD.,

dazu Art. II des eingangs erwähnten PrGes. v. 16. März 1931) jedenfalls Verbilligung und Beschleunigung des Verfahrens bezweckte (Sog=Arrens, Preuß. GewSt., 4. Aufl., Nachtr. 1931 S. 95), so ist der 8. Sen. seit Einführung der RevSumme in das GewStVeranlagungsverfahren stets davon ausgegangen, daß bei Prüfung der RevSchwSumme, dem Grundsatz in § 16 Abs. 1 GewStV. entsprechend, von der Veranlagung für ein Rechnungsjahr regelmäßig auszugehen ist. Denn es würde dem Zwecke der Vereinfachung, Verbilligung und Beschleunigung nicht entsprechen, wenn durch mehr zufällige Zusammenfassung des Steuerkreises über mehrere Rechnungsjahre der Zweck des Gesetzes durchkreuzt werden könnte. Daraus ergibt sich, daß auch im vorl. Falle die Veranlagung für die einzelnen Rechnungsjahre in dieser Beziehung gesondert zu betrachten sind. Dies gilt nicht nur für das Rechnungsjahr 1927, für welches hier sowohl die Veranlagung wie die Rechtsmittelenfch. auch äußerlich getrennt ergangen sind, sondern auch für die Rechnungsjahre 1925 und 1926, für welche die Veranlagung in nur einem Schreiben vorgenommen und die Rechtsmittelenfch. in nur einem Urk. ergangen sind. Wenn auch für die Rechnungsjahre 1925 und 1926 verfahrensrechtliche Besonderheiten galten, die auf der vorangegangenen Inflationszeit beruhten, so ist doch der Grundsatz der für je ein Rechnungsjahr geltenden Steuereinheit auch zwischenzeitlich nicht verändert gewesen. Es würde auch nicht dem Zweck der Einführung der RevSchwSumme entsprechen, die RevSchw. für jene zurückliegende Zeit in weiterem Maße zuzulassen als für die jüngere Zeit.

(PrRG., 8. Sen., Urk. v. 15. Nov. 1932, VIII G St 658, 659/32.)

Bayern.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Oberstaatsanwalt Klee, München.

2. § 138 BGB.; §§ 17, 59 Ziff. 2 RD.; Art. 26, 44 Abs. I u. V BayGemD. Eine Gemeinde ist nicht berechtigt, die Weiterlieferung von elektrischem Strom an den Kon-

Zu 2. Nachdem die Stromlieferung des städtischen Werkes X. auf Grund der Satzung i. S. des Art. 44 Abs. 1 GemD. erfolgt, handelt es sich zweifelsohne um öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen Werk und Abnehmer. Zur Entsch. über Streitigkeiten über Verbindlichkeiten zur Entrichtung von Stromgebühren sowie über Ansprüche auf Rückvergütung solcher Gebühren sind nach dem Wortlaut des Art. 44 Abs. 5 GemD. die Verwaltungsgerichte zuständig. Die im Schrifttum und auch in obergerichtlichen Entsch. (z. B. OVG. Frankfurt a. M. v. 2. Juli 1931) vertretene Ansicht, daß das Verhältnis zwischen städtischem Werk und Abnehmer ein privatrechtliches sei, trifft für bayerische Verhältnisse nicht zu.

Trotz der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft aber bleibt das Verhältnis doch ein Vertrag, und zwar ein zweiseitiger; denn die „Stromgebühren“ sind ja keine eigentlichen Gebühren oder Abgaben im engeren Sinne, sondern lediglich ein Entgelt dafür, daß das Werk elektrische Energie liefert. Daher sind nach unbestrittener Rechtsauffassung die Stromgebühren auch keine bevorrechtigte Konkursforderung i. S. des § 61 Ziff. 2 RD. Wenn man nun die Bevorrechtigung nach § 61 Ziff. 2 RD., andererseits aber auch die Anwendbarkeit des § 17 RD. für den Stromlieferungsvertrag zwischen städtischem Werk und Abnehmer nicht anerkennen wollte, so wäre die Folge, daß in Bayern bei einem Konkurs des Abnehmers die öffentlichen Werke schlechter gestellt wären als die privaten. Da eine solche Lösung weder rechtlich noch wirtschaftlich befriedigend ist, so muß für derartige öffentlich-rechtliche Verhältnisse eine analoge Anwendung des Privatrechts Platz greifen, was ja nach allgemeiner Rechtsauffassung möglich ist. Auch der VGH. zieht in seiner Entsch. Analogien des bürgerlichen Rechtes heran.

Was die Ansicht des VGH. betrifft, das städtische Werk sei in einer Monopolstellung deshalb, weil die Stadtgemeinde als Eigentümerin der Straßenzüge die Errichtung einer anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmung unterbinden könne, so kann ich mich einer derartigen Auslegung des Begriffes Monopol nicht anschließen. Eine Monopolstellung wäre doch nur dann gegeben, wenn es dem Konkursverwalter unmöglich gewesen wäre, auf irgendeine andere Weise elektrische Kraft zu beziehen (wie dies z. B. vermutlich bei Gas der Fall wäre). Nun wäre es aber für den Konkursverwalter im gegebenen Falle ein Leichtes gewesen, durch Vorzug eines Lokomotives oder eines Dieselmotors, die fast täglich in den Zeitungen angeboten werden, selbst die nötige Energie zu erzeugen.

Selbst wenn man aber mit dem VGH. annehmen würde, daß sich alle städtischen Werke in einer Monopolstellung befinden, was bekanntlich von anderen höheren Gerichten verneint wird, so liegt in der Weigerung des Werkes, an den Konkursverwalter weiterhin Strom zu liefern, wenn er nicht die rückständigen Gebühren voll anerkennt oder zahlt, keinesfalls ein Vorgehen, „das dem Rechtsgebot des § 138 BGB. widerspricht“; denn die Monopolstellung des Werkes wird nicht dazu ausgenützt, sich im Konkurs eine be-

vorzugte Stellung zu verschaffen. Das Werk will vielmehr nur erreichen, daß es nicht schlechter gestellt ist als irgendein anderer Vertragsgegner des sich im Konkurs befindlichen Unternehmens, der ebenfalls auf Grund eines einheitlichen Vertrages ein Recht hat, die Weiterlieferung zu verweigern, wenn die rückständigen Gegenleistungen nicht als Masseschuld anerkannt werden. Wie bereits ausgeführt, liegt trotz des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses ein zweiseitiger Vertrag vor; denn „die beiderseitigen Leistungen bedingen sich gegenseitig, jeder Vertragspartei will in der Leistung des anderen den Gegenwert für seine eigene Leistung finden“ (so RG. 65, 47). Es ist daher unerfindlich, weswegen der VGH. über die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 17 RD. hinweggeht. Daß es sich beim Elektrizitätslieferungsvertrag nicht um ein Wiederkehrschulverhältnis (Komm. Jäger), sondern um einen einheitlichen Sukzessivlieferungsvertrag handelt, kann nach der gegenwärtigen Nrpr. wohl als unbefritten gelten.

Wenn der VGH. das Urk. des RG. v. 24. März 1931 dafür heranzieht, daß dort ausgesprochen wurde, daß die Monopolstellung nicht dazu benützt werden dürfe, um sich im Konkurs eine bevorzugte Stellung zu verschaffen, so sei hier bemerkt, daß dort ein Elektrizitätswerk durch Androhung der Stromsperrung erzwingen wollte, daß der Konkursverwalter auch eine vom Stromlieferungsvertrag völlig unabhängige, vor dem Konkurs entstandene Schuld für eine Installation als Masseschuld anerkenne. Dieses Verlangen geht auf eine anderen Gläubigern gegenüber unberechtigte Vorzugsstellung hin, hier dagegen handelt es sich nur um Anerkennung der Rückstände aus dem einheitlichen Vertrag. Ich verweise hierzu auf OVG. Frankfurt a. M. v. 2. Juli 1931.

Nun will der VGH. einer Entsch. der Zivilgerichte über die Frage „Masseschuld oder gewöhnliche Konkursforderung“ nicht vorzugreifen (so auch VGH. v. 28. Dez. 1929). M. E. liegt aber bereits darin ein Vorgriff, daß der VGH. in den Gründen anführt, es handle sich auf Seiten des städtischen Werkes um eine Sittenwidrigkeit, da es sich eine bevorzugte Stellung anderen Konkursgläubigern gegenüber erzwingen will. Damit lehnt also der VGH. eine Anwendbarkeit des § 17 RD. ab und greift in die Kompetenz der Zivilgerichte über (Art. 13 Abs. 1 Ziff. 1 VerwGerG.). Da dies für die ordentlichen Gerichte nicht bindend ist, so steht noch die Möglichkeit offen, daß diese in richtiger Anwendung des Reichrechtes entscheiden, ob eine Masseschuld oder einfache Konkursforderung vorliegt.

Der Ausspruch des VGH. muß daher als ein Fehlurteil angesehen werden. Zuerst wären die Zivilgerichte zuständig gewesen zur Entsch., ob eine Masseschuld vorliegt oder nicht, und dann erst hätte der VGH. darüber befinden können, ob ein Mißbrauch einer evtl. anzunehmenden Monopolstellung vorliegt, die den Konkursverwalter zur Rückforderung der geleisteten Zahlung berechtigt.

H. Dr. B. Hartmann, München.

widrig sei. Mit gegenwärtiger Entsch. wird der gerichtlichen Entsch., ob eine Masse Schuld oder Konkursforderung vorliegt, in keiner Weise vorgegriffen. Über den auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts liegenden Rückerstattungsanspruch kann unabhängig von der vorherigen Entsch. des Konkursgerichts erkannt werden, daher war das Verfahren nicht auszusetzen.

(BayVGH., Ur. v. 24. Jan. 1933, 56 II/31.)

Thüringen.

Thüringisches Oberverwaltungsgericht.

3. § 140 ThürVGH. Gegen einen Gemeinderatsbeschluss, durch den einer kommunistischen Organisation erlaubt wird, an einem der Gemeinde gehörigen Gebäude einen Aushängkasten für kommunistische Zeitungen und andere Drucksachen anzubringen, ist die Gemeindeaufsichtsbehörde berechtigt, nach § 140 VGH. Einspruch zu erheben.

(ThürVGH., Ur. v. 4. Mai 1932, A 22/32.)

Mitgeteilt von DVOR. Dr. Knauth, Jena.

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussischer Dienstrafhof.

Berichtet von R. Dr. Görres und Senatspräsident Plesser, Berlin.

1. Betätigung eines Beamten für die KPD, selbst im Rahmen der Tätigkeit eines Stadtverordneten, verstieß gegen das Dienstrafgesetz.

Das verfassungsmäßig geschützte, dem Beamten wie jedem Deutschen zustehende Recht der freien Meinungsäußerung (Art. 118 Abs. 1 WRV.), sowie die dem Beamten durch Art. 130 Abs. 2 a. a. O. besonders gewährleistete Freiheit der politischen Meinung und Vereinigungsfreiheit finden ihre Schranken in den besonderen Pflichten des Beamten, dessen Beamtenverhältnis ihn als ganzen Menschen, also auch in seiner privaten, außerdienstlichen Sphäre erfasst. Höchste Pflicht des Beamten ist aber seine Pflicht zur Treue gegenüber dem Staat und seinen verfassungsmäßig und gesetzlich Gewaltträgern (vgl. PrDVGH.: R. u. Pr. VerwBl. 54, 16).

Der Angeschuldigte hat sich für die KPD betätigt.

Er kann sich nicht damit entlasten, daß er nur als Führer und Sprecher der kommunistischen Fraktion im Stadtparlament aufgetreten ist. Denn es ist für die Frage der Betätigung unerheblich, ob diese im legalen Rahmen der Stadtverordneten-tätigkeit im Stadtparlament oder außerhalb desselben erfolgte.

Es liegt auch kein Widerspruch darin, daß der Staat einerseits die Aufstellung und Wahl kommunistischer Abgeordneter gestattete, andererseits aber das Dienstrafgericht die Ausübung des Wahlamtes nachträglich einem Beamten als Dienstvergehen anrechnet. Denn mit der staatlichen Zulassung einer Partei zur Wahl und der Aufstellung ihrer Abgeordneten ist noch nicht die — auf anderem Gebiet liegende — Frage bejahet, ob ein Beamter sich als Abgeordneter einer solchen Partei aufstellen lassen und im Falle der Wahl das Amt annehmen und ausüben darf. Was jedem nichtbeamteten Volksgenossen gestattet sein mag, ist noch nicht dem Beamten erlaubt. Ihn knüpfen engere Bande der Treupflicht an den Staat, die ihm die strenge Pflicht auferlegen, sorgsam zu prüfen, ob das Bekenntnis und vor allem die Betätigung für eine Partei nicht geeignet ist, die bestehende Staatsordnung zu gefährden, und sich allein danach zu entscheiden. Diese Pflicht zur Treue verbietet dem Beamten aber eine Betätigung für eine illegale Partei, selbst wenn diese Betätigung nur im Rahmen des Abgeordnetenmandats erfolgt. Denn der Beamte ist immer und überall Beamter. Sein Beamtenverhältnis umfaßt seine Gesamtpersönlichkeit. Er ist niemals nur Privatmann; in allen seinen Handlungen, auch außerhalb seines Dienstes, liegen ihm die sich aus seinem Beamtenverhältnis ergebenden Sonderpflichten ob, nach denen er sich stets — auch in der Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte — diejenige Mäßigung und Zurückhaltung oder gar, wie hier, eine Enthaltung aufzuerlegen hat, die durch seine Stellung als Diener der Gesamtheit und des Staates bedingt ist.

War sonach eine Betätigung des Angeschuldigten für die KPD. festzustellen, so war auch die weitere Voraussetzung, ob

diese Betätigung für eine illegale Partei erfolgt ist, zu bejahen. Denn die KPD. war zu der Zeit, als der Angeschuldigte sich für sie betätigte (1929/1930), illegal und ist es noch heute. Sie wollte und will als ihr (nächstes) Ziel den Umsturz der bestehenden Staatsordnung und die Errichtung der Diktatur einer Volksklasse, des Proletariats, nicht nur mit legalen, friedlichen Mitteln, sondern mit allen Mitteln, insbes. auf dem Wege der Gewalt, des bewaffneten Gewaltaufstandes, erreichen. Dieses Kriterium der Illegalität hat bereits DVGH. v. 18. Juni 1923 (DVGH. 78, 446) bezüglich der „Vorgängerin“ der späteren und heutigen KPD., der „Vereinigten Kommunistischen Partei Deutschlands“, auf Grund der „Leitsätze über kommunistische Grundsätze und Taktik“ festgestellt, die im Oktober 1919 von der höchsten Instanz der letztgenannten Partei, dem Parteitage in Heidelberg, beschlossen worden waren. Aber auch die „Nachfolgerin“ der „Vereinigten Kommunistischen Partei Deutschlands“, die KPD., war und ist eine illegale Partei. Für die Zeit vor dem am 1. Sept. 1928 stattgefundenen 6. Weltkongreß der „Kommunistischen Internationale“ haben dies der (frühere) StGH. zum Schutze der Republik und das RG. festgestellt (vgl. das vom Polizeipräsidentium Stuttgart 1925 herausgegebene amtliche Werk „Die KPD. in der Rpr. des StGH. zum Schutze der Republik und des RG.“; vgl. noch RG.: JW. 1927, 2004; JurArztpr. 28 Nr. 689; DVZ. 28, 1019). An den Zielen der KPD. und — darauf kam es entscheidend an — an der Bejahung des Mittels der Gewaltanwendung hat sich nichts seitdem geändert. Denn schon auf Grund der noch heute gültigen „Satzung“ der KPD. ist festzustellen, daß diese Partei gewillt ist, ihre Ziele auch mit gewaltsamen, also illegalen, Mitteln zu erreichen.

Die KPD. hat zwar kein eigenes Programm, wie es die übrigen politischen Parteien besitzen. Jedoch hat sie sich, als eine Sektion der „Kommunistischen Internationale“, das „Programm der kommunistischen Internationale“ zu eigen gemacht, welches vom „6. Weltkongreß“ in Moskau am 1. Sept. 1928 angenommen worden ist. Aus diesem Programm ergibt sich jener Wille der KPD. mit klarer ausgesprochener und nicht zu überbietender Deutlichkeit...

Der Angeschuldigte hat durch seine Betätigung für die illegale kommunistische Partei objektiv seine Treupflicht verletzt. Er war dieser Verletzung aber auch für sich u d i g zu befinden.

Bei der Feststellung des subjektiven Tatbestandes ließ der Gerichtshof dahingestellt, ob den Angeschuldigten ein Verschulden traf, soweit er sich vor Kenntnis von dem Staatsministerialbeschl. v. 25. Juni 1930 für die KPD. betätigt hat. Denn auf jeden Fall war sein subjektives Verschulden hinsichtlich der Betätigung nach diesem Zeitpunkt, d. h. nach dem 24. Okt. 1930, zu bejahen, an welchem Tage ihm jener Beschl. zur „besonderen Kenntnis“ und „entsprechenden Äußerung“ protokolllarisch von Amts wegen bekannt gegeben worden war. Von diesem Zeitpunkt ab war eine — etwaige — Gutgläubigkeit des Angeschuldigten auf jeden Fall zerstört worden. Er kannte als Führer das Programm seiner Partei; bei seiner Intelligenz mußte er schon von sich aus darüber im klaren sein, daß die Partei illegal und die Betätigung für sie mit den Pflichten seines Amtes unvereinbar sein mußte.

Nach dieser Erkenntnis konnte der Angeschuldigte sein weiteres Verbleiben in seiner Stellung als Führer und Sprecher der kommunistischen Fraktion im Stadtparlament auch nicht mehr mit Idealismus, Überzeugungstreue oder Weltanschauung entschuldigen.

Wenn er sich in einem Gewissenskonflikt befunden haben mag, als ihm der Staatsministerialbeschl. v. 25. Juni 1930 am 24. Okt. 1930 zur Erklärung vorgelegt wurde, so mußte dieser Konflikt, ob er sein Abgeordnetenmandat niederlegen oder behalten sollte, in Erkenntnis der ersten und höheren Pflicht, die ihm als Beamten oblag, gelöst werden. Denn höher als die Pflicht, sein Abgeordnetenmandat bis zum Ablauf beizubehalten, mußte für ihn die Gewissenspflicht sein, dem Staate die Treue zu bewahren, die er mit seinem Amte und Berufe, den er auch freiwillig gewählt hatte, in besonderem Maße auf sich genommen hatte.

Dies hat der Angeschuldigte auch bei seiner Bildung erkannt. Wenn er sich demnach geweigert hat, das Mandat niederzulegen, so liegt darin ein schweres subjektives Verschulden, das mit Idealismus und Weltanschauung oder mit anderen Gründen nicht ausgeräumt werden kann. Er hatte zu wählen zwischen Niederlegung seines Mandates oder Auscheiden aus dem Amte. Nachdem er sich für seine Partei und damit gegen den Staat, dem er dienen sollte, entschieden hat, bleibt für ihn kein Platz mehr in der Beamenschaft dieses Staates.

(PrDienstrf., Ur. v. 2. März 1933, D 4/32.)