

Juristische Wochenschrift

Zeitschrift des Deutschen Anwaltvereins

im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgeber: Reichsjustizkommissar Staatsminister **Dr. Hans Frank**,
Führer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Schriftleiter: Rechtsanwälte **Dr. Heinrich Dittenberger** und **Dr. Hermann Vosz**, Berlin;
Oberregierungsrat im Reichsjustizministerium **Rudolf Schraut**, Berlin

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

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

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

Gesetz zur Änderung einiger Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung, der Zivilprozessordnung und des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 20. Juli 1933.

(Nachstehend kurz: **ÄndG.** v. 20. Juli 1933 genannt.)

(**RGBl.** I, 522/23 vom 22. Juli 1933.)

Von Rechtsanwalt **Georg Krauß II**, München.

Das **ÄndG.** v. 20. Juli 1933 ist nach seinem Art. 5 mit dem Tage nach seiner Verkündung, also am 23. Juli 1933, in Kraft getreten, mit Ausnahme derjenigen Bestimmungen, welche das Auftreten von Nichtanwälten vor Gericht regeln und die später besonders zu besprechen sind.

Mit der ihr eigenen Raschheit und Entschlossenheit hat die Reichsregierung durch dieses Gesetz neben den durch das **Ges.** zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933 und seine Anhänge veranlaßten Bestimmungen — nämlich, daß Nichtarier im schiedsgerichtlichen Verfahren sowohl nach der **ZPO.** (§ 1032 Abs. 3 neuer Satz 2), als auch nach dem **ArbGG.** (§ 93 Abs. 3 neuer Satz 2) als Schiedsrichter abgelehnt werden können — in teilweiser Erfüllung alter Forderungen des standesbewußten Teiles der Anwaltschaft eine Reihe dringend veranlaßter Änderungen und Ergänzungen der im Titel bezeichneten Gesetze gebracht, die bisher infolge eigener Uneinigkeit in der Anwaltschaft, parlamentarischer Unfähigkeit und mangelnden Verständnisses weiter Kreise trotz wiederholter Anstürme nicht verwirklicht werden konnten.

Daß durch das **ÄndG.** v. 20. Juli 1933 die Vorschriften des **Ges.** v. 7. April 1933 über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nicht berührt werden, ist im Art. 2 ausdrücklich betont.

Die wichtigsten und grundlegenden Bestimmungen enthalten die Art. 1 und 3 des **Änderungsgesetzes.**

I (Art. 1 des **ÄndG.**)

1. In Abs. 1 des Art. 1 wird zunächst bestimmt, daß § 5 **RD.** eine neue Ziff. 7 erhält, d. h. daß die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft verweigert werden muß, wenn der Antragsteller aus dem Dienste als Beamter des Reiches, eines Landes, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes oder einer sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechtes nach Erreichung der Altersgrenze, von der an die Versetzung in den Ruhestand ohne Zustimmung des Beamten zulässig ist, ausgeschieden ist.

Durch die Einführung dieses obligatorischen Verfügungsgrundes wird eine alte Forderung der Anwaltschaft erfüllt, die einem insbes. in den letzten Jahren sehr häufig gewordenen Mißbrauch der **RD.** ein Ende bereitet, durch den Beamte nach ihrer wegen Erreichung der Altersgrenze erfolgten Ver-

setzung in den Ruhestand die Zahl der Rechtsanwälte als Doppelverdiener vermehren.

Da das **ÄndG.** bz. dieser neuen Ziff. 7 des § 5 **RD.** keine Ergänzung des § 16 **RD.** enthält, ist die Verfassung der Zulassung auf Grund dieser Bestimmung eine endgültige, ohne daß dem Antragsteller gegen die Entscheidung der Justizverwaltung das ehrengerichtliche Verfahren eröffnet ist.

2. Abs. 2 des Art. 1 bringt zwei Ergänzungen des § 6 **RD.**, d. h. die Zulassung kann nach dem Ermessen der zuständigen Justizverwaltung verweigert werden:

a) (Satz 1) wenn der Antragsteller als Beamter im obigen Sinne wegen mangelnder Dienstfähigkeit vor Erreichung der Altersgrenze in den Ruhestand versetzt ist;

b) (Satz 2) wenn der Antragsteller auf Grund des § 2a oder 4 des **Ges.** v. 7. April 1933 zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums aus dem Dienste entlassen ist, d. h. wenn er entweder nach dem 9. Nov. 1918 in das Beamtenverhältnis, aus dem er entlassen wurde, ohne die für diese Laufbahn vorgeschriebene oder übliche Vorbildung oder sonstige Eignung zu besitzen (Parteibuchbeamter), eingetreten war und deshalb entlassen wurde, oder weil er wegen politischer Unzuverlässigkeit entlassen wurde, ferner, wenn er zwar nach dem 7. April 1933 und vor dem 1. Okt. 1933 anderweitig aus seinem Amte ausgeschieden ist, jedoch nach der Erklärung der nach § 7 Berufsbeamtentum zuständigen Stelle die Voraussetzungen des § 2a oder 4 dieses **Ges.** (Parteibuchbeamter, politische Unzuverlässigkeit) für die Entlassung vorgelegen hätten.

Diese Regelung ist eine notwendige Fortsetzung der mit dem **Ges.** v. 7. April 1933 eingeleiteten Gesetzgebung.

Daß die Zulassung nach dem Ermessen der Justizverwaltung nur verweigert werden kann, aber nicht verweigert werden muß, erscheint berechtigt, da Fälle denkbar sind, in denen zwar die Entlassung eines Beamten aus seinem Dienstverhältnis aus politischen Gründen gerechtfertigt ist, der Grund der Entlassung jedoch nicht notwendig so gelagert sein muß, daß der Betroffenen auch unfähig oder unwürdig ist, als Anwalt zugelassen zu werden.

Die unter a) dargestellte Regelung erfüllt eine alte Forderung der Anwaltschaft; sie soll dem vorbeugen, daß fernerhin Beamte, die sich ihre Dienstunfähigkeit bescheinigen ließen und in den Ruhestand traten — wie nicht selten geschah —, mit einem neuen ärztlichen Zeugnis des Inhalts,

daß sie zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft fähig seien, um ihre Zulassung nachsuchen und zugelassen werden müssen, was bisher trotz erheblicher Bedenken der Fall war.

Da die vorstehenden unter 2 erörterten Vorschriften lediglich „Rannvorschriften“ sind, die Entscheidung also im Ermessen der zuständigen Justizverwaltung liegt, hat weder der zuständige Kammervorstand, noch der Betroffene die Möglichkeit, eine Entscheidung im ehrengerichtlichen Verfahren herbeizuführen.

3. Abs. 3 des Art. 1 bringt einen neuen § 14 a RW., der wohl auch als Vorbeugung möglicher unerwünschter Auswirkungen des Gesetzes über das Berufsbeamtentum gedacht ist, jedenfalls aber der in letzter Zeit eingerissenen Ungehörigkeit, daß Richter selbst bei kleinsten Gerichten nach Aufgabe ihrer richterlichen Tätigkeit an diesen Gerichten sich als Anwälte niederließen, einen Niegel vorschleibt.

Er bestimmt, daß die Zulassung bei dem beantragten Gerichte verjagt werden kann, wenn der Antragsteller bei diesem Gerichte oder der bei ihm bestehenden Staatsanwaltschaft 3 Jahre hindurch in einer Planstelle als Richter oder Staatsanwalt angestellt war.

Die Vorschrift gilt nicht, wenn seit Beendigung dieser Anstellung mindestens 5 Jahre verstrichen sind.

Der getroffenen Regelung kann man ohne weiteres zustimmen; sie genügt den Erfordernissen der Reinlichkeit in dieser Richtung.

Zu bedauern bleibt, daß das Gesetz sowohl bez. des Abs. 3 als auch des Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 mangels einer diesbezüglichen Bestimmung sich nicht rückwirkend anwenden läßt, so daß die Zulassung solcher Beamter, die aus dem Staatsdienst ausgeschieden sind, und ihre Zulassung als Rechtsanwalt bereits erhalten haben, nicht mehr zurückgenommen werden kann bzw. muß; bei der zukünftigen Gesetzgebung dürfte anzustreben sein, die Möglichkeit zu schaffen, bereits wirkungsvoll gewordene Mißbräuche nach dieser Richtung wieder außer Wirksamkeit zu setzen.

4. Abs. 4 des Art. 1 fügt einen neuen § 21 a in die RW. ein, des Inhalts, daß die Zulassung zurückgenommen werden muß, wenn ein Rechtsanwalt wegen körperlichen Gebrechens oder wegen Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung der Pflichten eines Rechtsanwaltes dauernd unfähig ist.

Damit ist eine bisher äußerst schmerzlich empfundene Lücke des Gesetzes ausgefüllt; es kam nicht selten vor, daß Anwälte, bei denen dieser Zustand eingetreten war, sich dauernder Verstöße gegen die Standespflichten in erheblichem Maße zuschulden kommen ließen, und daß (gerade wegen ihres Zustandes) aus Rechtsgründen die nötigen Folgerungen im ehrengerichtlichen Strafverfahren nicht gezogen werden konnten, sehr zum Schaden des Ansehens des Standes.

Die Zurücknahme der Zulassung hat erst nach Rechtskraft der Entscheidung zu erfolgen; die Feststellungen, ob die Voraussetzungen vorliegen, ist im ehrengerichtlichen Verfahren zu treffen.

Das bei der Zurücknahme der Zulassung einzuschlagende Verfahren ist im AndG. v. 20. Juli 1933 nicht geregelt, läßt sich aber auch in den bestehenden Bestimmungen der RW. nicht ohne weiteres unterbringen.

In all den Fällen, in denen nach den bestehenden Bestimmungen der RW. in Zulassungssachen im ehrengerichtlichen Verfahren zu entscheiden ist, geht eine Entschließung der zuständigen Justizverwaltung voraus, gegen die der Antragsteller den Weg des ehrengerichtlichen Verfahrens beschreiten kann.

Die Neuregelung, nach dem neuen § 21 a RW. bestimmt jedoch ausdrücklich, daß die Zurücknahme der Zulassung erst nach Rechtskraft der Entscheidung im ehrengerichtlichen Verfahren erfolgen, also vor Einleitung des ehrengerichtlichen Verfahrens eine Entscheidung der Justizverwaltung nicht ergehen kann.

Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes wird das Verfahren so zu gestalten sein, daß der Anwaltskammervorstand von sich aus, wenn er die Voraussetzungen für vorliegend erachtet, durch einen begründeten Beschluß die Eröffnung des ehrengerichtlichen Feststellungsverfahrens anregt und dar-

auf der Vorsitzende des Ehrengerichtes mit der Ladung zum Termin dem betroffenen Anwalt eine Abschrift des Beschlusses zustellen läßt.

Das weitere Verfahren regelt sich dann nach den allgemeinen Bestimmungen der RW.

II.

(Art. 3 des AndG.)

Zwei für die Rechtsanwaltschaft außerordentlich wichtige Änderungen enthält der Art. 3 des Ges. und zwar: in Abs. 1 die Ausschließung von Rechtsagenten, Rechtskonsulenten usw. von der mündlichen Verhandlung; in Abs. 3 das Verbot der Ausschließung von Rechtsanwälten als Parteivertreter vor Schiedsgerichten.

1. Abs. 1. Zum Verständnis sei hier der alte und der neue Text des § 157 ZPO. nebeneinandergestellt:

Alter Text:

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen.

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen. Einer Partei, welche einen ihr abgetretenen Anspruch geltend macht, kann der Vortrag auch untersagt werden, wenn die Partei das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt und ihr nach der Überzeugung des Gerichts der Anspruch abgetreten ist, um eine Zurückweisung auf Grund der Vorschrift des Abs. 1 zu vermeiden.

Eine Anfechtung dieser Anordnung findet nicht statt.

Die Vorschriften der Abs. 1, 2 finden auf Rechtsanwälte, die Vorschrift 1 auf Personen, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch eine seitens der Justizverwaltung getroffenen Anordnung gestattet ist, keine Anwendung. Die Justizverwaltung soll für Gerichte, bei denen zur Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte ausreichende Gelegenheit geboten ist, eine solche Anordnung nicht treffen.

Praktisch bedeutet diese Regelung, wenn auch durch eine Ausnahme durchbrochen, das Anwaltsmonopol für die mündliche Verhandlung im Amtsgerichtsprozeß einschließlich des Güteverfahrens sowie vor den beauftragten und ersuchten Richtern. Sie ist ein großer Fortschritt gegenüber dem bisherigen Zustand, wenn auch die von der Anwaltschaft geforderte völlige Beseitigung der Winkeladvokaturen, die angesichts der großen Zahl von Rechtsanwälten in allen deutschen Gauen ihre Existenzberechtigung verloren haben, damit nicht erreicht ist, da das Gesetz eine diesbezügliche Änderung der GewO. nicht enthält.

Das AndG. bestimmt, daß Personen, welche die Beforgung fremder Rechtsangelegenheiten vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, in der mündlichen Verhandlung als Bevollmächtigte und Beistände und zur Geltendmachung der ihnen abgetretenen Ansprüche ausgeschlossen sind.

a) (geschäftsmäßig betreiben) Der Ausdruck „geschäftsmäßig“ besagt, daß nicht eine gewerbsmäßige Tätigkeit (also gegen Entgelt) notwendig ist, sondern nur eine öfter sich wiederholende; es muß von den Gerichten erwartet werden, daß sie nach dem Geist und Sinne dieser Vorschrift nicht nur diejenigen Personen als ausgeschlossen betrachten, die im landläufigen Sinne Rechtskonsulenten sind, sondern insbesondere auch die Vorstände, Syndizi, Geschäftsführer usw. der wie Unkraut emporgewachsenen verkappten Winkeladvokaturen,

Neuer Text:

Mit Ausnahme der Rechtsanwälte sind Personen, die die Beforgung fremder Rechtsangelegenheiten vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, als Bevollmächtigte und Beistände in der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen. Sie sind auch dann ausgeschlossen, wenn sie als Partei einen ihnen abgetretenen Anspruch geltend machen und nach der Überzeugung des Gerichts der Anspruch abgetreten ist, um ihren Ausschluß von der mündlichen Verhandlung zu vermeiden.

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, die nicht Rechtsanwälte sind, wenn ihnen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrag mangelt, den weiteren Vortrag untersagen. Diese Anordnung ist unanfechtbar.

Die Vorschrift des Abs. 1 findet auf Personen, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch Anordnung der Justizverwaltung gestattet ist, keine Anwendung. Die Justizverwaltung soll bei ihrer Entscheidung sowohl auf die Eignung der Person als auch darauf Rücksicht nehmen, ob im Hinblick auf die Zahl der bei dem Gericht zugelassenen Rechtsanwälte ein Bedürfnis zur Zulassung besteht.

die sich als eingetragene Vereine, Rechtsschutzstellen, Rechtshilfsstellen, Inkassobüros u. ä. in ein bürgerlich-rechtliches Gesellschaftsgewand gekleidet oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften angegliedert haben und die Rechtsangelegenheiten ihrer Mitglieder vor Gericht vertreten; auf sie alle trifft der Begriff des geschäftsmäßigen Vertretens fremder Rechtsangelegenheiten zu, und es wird in jeder Sache aller deutschen Anwälte sein, hier in jedem einzelnen Falle mit Nachdruck dem Gesetz Geltung zu verschaffen.

b) Das Gesetz schließt die bezeichneten Personen nur von der mündlichen Verhandlung aus; daraus ergibt sich, daß deren Rechts- und Prozeßhandlungen außerhalb der mündlichen Verhandlung (soweit sie durch ihre Vollmacht gedeckt sind), z. B. Einreichung der Klage bzw. des Güteantrages, rechtswirksam sind.

c) Das Gesetz sagt endlich, daß die in ihm beschriebenen Personen von der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen sind, d. h. daß sie von Gesetzes wegen am Auftreten gehindert sind, es mithin eines besonderen Gerichtsbeschlusses nicht bedarf.

Damit ist klar gestellt, daß auf sie § 158 Satz 2 ZPO. keine Anwendung mehr findet, sondern daß sie bei Erscheinen in einem Termin entfernt werden müssen, jedenfalls aber als nicht vorhanden und die von ihnen vertretenen Parteien als nicht vertreten zu betrachten sind, mit den sich daraus ergebenden Folgen insbesondere bez. des Versäumnisverfahrens.

Abs. 1 des Art. 3 erhält eine weitere wichtige und vom Standpunkt der Anwaltschaft aus bedauerliche Einschränkung, nämlich die, daß die Vorschrift des Abs. 1 auf Personen, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch Anordnung der Justizverwaltung gestattet ist, keine Anwendung findet.

Hier wird eine von der Anwaltschaft immer als unerwünscht betrachtete Art konzeffionierten Winkeladvokatentums bestätigt.

Es darf erwartet werden, daß die weitere Bestimmung, wonach die zuständige Justizverwaltung sowohl auf die Eignung der Personen als auch darauf Rücksicht nehmen soll, ob in Hinblick auf die Zahl der bei dem Gerichte zugelassenen Rechtsanwälte ein Bedürfnis zur Zulassung besteht, dazu führt, daß angesichts der gegenwärtigen Verhältnisse und der Tatsache, daß heinahe bei jedem, auch dem kleinsten AG., heute mehrere Anwälte tätig sind, von der Zulassungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht und jedenfalls unzuverlässigen Elementen, entgegen der bisherigen sehr laxen Übung, die Zulassung versagt wird.

Eine weitere Einschränkung, allerdings nur zeitlicher Natur, bringt Art. 5, der bestimmt, daß bis zum 31. März 1934 die Gerichte besetzt bleiben, über die Zulassung und Zurückweisung von Bevollmächtigten usw. nach der bisherigen Fassung des § 157 ZPO. zu entscheiden.

2. Abs. 3 des Art. 3 lautet:

§ 1034 ZPO. erhält folgende Fassung:

„Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören und das dem Streite zugrunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln, soweit sie die

Ermittelung für erforderlich halten. Rechtsanwälte dürfen als Prozeßbevollmächtigte nicht zurückgewiesen werden; entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam. Personen, die nach § 157 von dem mündlichen Verhandeln vor Gericht ausgeschlossen sind, dürfen zurückgewiesen werden.

Im übrigen wird das Verfahren, soweit nicht die Parteien eine Vereinbarung getroffen haben, von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.“

Durch diese neue Fassung des § 1034 ZPO. ist endlich der in vielen Schiedsgerichtsordnungen und Schiedsverträgen üblich gewordene Ausschließung von Rechtsanwälten als Parteivertreter der Boden entzogen.

Durch die Einfügung der diesbezüglichen Bestimmungen in den § 1034, der im wesentlichen von dem rechtlichen Gehör der Parteien handelt, ist zum Ausdruck gebracht, daß bei einem Verstoß gegen diese Bestimmungen, sei es auf Grund einer in diesem Punkte für unwirksam erklärten Vereinbarung, sei es auf Grund eigener Willkür des Schiedsgerichtes, das rechtliche Gehör als versagt gilt, und demgemäß der ergangene Schiedsspruch gem. § 1041 Ziff. 4 oder § 1042 Ziff. 2 ZPO. der Aufhebung unterliegt.

III.

Es muß dankbar anerkannt werden, daß das AndG. vom 20. Juli 1933 eine Reihe wichtiger Verbesserungen des bisherigen Zustandes bringt, und es darf erwartet werden, daß das nunmehr in Angriff genommene Anwaltsproblem nicht mehr aus dem Auge verloren wird, sondern seine völlige Lösung zu geeignetem Zeitpunkt und in geeignetem Zusammenhang findet.

Ungeklärt geblieben sind die Fragen des numerus clausus, des § 11 ArbGG., die Frage der Anwälte im Nebenberuf (Synbizi), der Reform der GemD. bez. der Winkeladvokaten, des Schutzes der Bezeichnung „Anwalt“, der Funktionen der Treuhandgesellschaften und andere damit zusammenhängende Fragen, die unbedingt der baldigen Klärung bedürfen.

Nach den Ausführungen des Herrn Koll. Dr. Frauen-dorfer II in der Presse über den Gedanken des Ständischen Aufbaues der Deutschen Wirtschaft, insbesondere seinem Hinweis darauf, daß dieser Aufbau langsam und vorsichtig vorstatten gehen muß, kann erwartet werden, daß die noch offenen Punkte bei Gelegenheit der Lösung dieses Problems ihre Regelung finden.

Allen ehrlichen, um das Gesamtwohl des deutschen Volkes besorgten Anwälten und Angehörigen anderer Stände muß es klar sein, daß die Forderungen der Anwaltschaft nicht egoistischen, sondern großen Motiven entspringen.

Nur ein nach außen hin klar umrissener, nicht durch tausend Halbheiten verwässerter, in seinem Innern durch strengste Disziplin gemessener und lebensfähiger Anwaltsstand kann wirklich das sein, was er sein muß:

„Ein Diener des Rechtes und damit des deutschen Volkes!“

Hoffentlich ist dieser Zeitpunkt nicht mehr fern.

Gemeinschaftsdienst und große Staatsprüfung.

Vom Präsidenten des Juristischen Landesprüfungsamts Schwister, Berlin.

Daß die große, aus der Tiefe deutschen Gemüts geborene, unser gesamtes staatliches und kulturelles Leben umfassende Umwälzung auch auf den Gebieten des Erziehungswesens einschließlich des Vorbereitungsdienstes der Beamtenanwärter und der Prüfungen Änderungen hervorrufen müsse, war für jeden, der für die neuen Ideen Verständnis und Interesse besitzt, von vornherein klar. Einer der wichtigsten, namentlich von der Jugend allenthalben mit am wärmsten begrüßten dieser neuen Gedanken ist der des Gemeinschaftsdienstes, wie er sich insbes. in den verschiedenen Formen des gemeinsamen Lagerlebens verwirklicht hat. Ich hatte schon in meinem aus Anlaß der Tagung des Deutschen Anwaltvereins im November v. J. geschriebenen Aufsatz „Von der Not und vom Recht der Jungakademiker“ (ZW. 1932, 3588), wohl erstmalig in der juristi-

sehen Fachliteratur, auf die Bedeutung der in den Studenten-, Arbeiter- und Bauernlagern gemachten Erfahrungen für die Entwicklungsgeschichte unserer „wirklich jungen Jugend“, für den bevorstehenden Kampf der Generationen und für das Erziehungswesen hingewiesen, die verschiedenen, damals aufgetauchten einschlägigen Pläne kurz besprochen und dabei hervorgehoben, wie notwendig es sei, daß die in Deutschland immer besonders schrofne Kluft zwischen den Intellektuellen und dem breiten Volk überbrückt, einer einseitig verstandesgemäßen Vorbildung der Jugend entgegen gewirkt und insbes. die körperliche Ertüchtigung unserer Jugend stärker in den Vordergrund gerückt werde. Daran, jene Pläne unmittelbar dem Vorbereitungs- und Prüfungswesen dienstbar zu machen, hatte ich jedoch nicht gedacht. Der jetzt — blitzschnell wie so

mancher der neuen Gedanken — der Verwirklichung entgegengeführte Plan, mitten in den Ablauf des Verfahrens der großen Staatsprüfung einen Gemeinschaftsdienst einzuschalten, entspringt der persönlichen Initiative des preuß. JustMin. Kerrl.

Ich darf hier wohl als allgemein bekannt voraussetzen, in welchen Richtungen von einem gut geleiteten Gemeinschaftsdienst eine Förderung der allgemeinmenschlichen Reife wie der Entwicklung von charaktervollen Beamtenpersönlichkeiten insbes. erwartet wird. Die Wiedererweckung der Freude an körperlicher Übung in freier Natur, die Stärkung des Willens in Richtung auf Ausdauer und Entschlußkraft, Pünktlichkeit und Pflichttreue sollen altpreussische Beamtentugenden neu beleben. Daneben hatte die Idee, daß ein kameradschaftliches Zusammenwirken des Referendars mit Angehörigen anderer Volksschichten sein Verständnis für deren Bedürfnisse, Denkart, Anschauungsweise und Lebensformen erweitern und seine Bereitschaft zu opferwilligem Handeln für Volk und Vaterland fördern solle, eine gewisse Rolle gespielt. Doch ist der Plan, daß in diesem Sinne jeder Referendar sich während der Vorbereitung einem mehrwöchigen Dienst in einer der vorbandenen Geländesportschulen oder in einem allgemeinen Arbeitslager zu unterziehen habe, zugunsten jener neuen Idee aufgegeben worden. Immerhin werden aber auch bei dem „Gemeinschaftsleben auf kameradschaftlicher Grundlage“, wie es seit dem 10. Juli d. J. für die Prüflinge im Assessor-examen in Jüterbog eingeführt ist, die den verschiedensten Schichten entstammenden ehemaligen Werkstudenten, Burschenschaftler und Korpsstudenten menschlich einander unvergleichlich nähergebracht werden, als bisher möglich war, ganz abgesehen davon, daß das Lager in Jüterbog auch andere Verbände, als die der Prüflinge, aufnehmen wird. Die jetzt neugeschaffene Einrichtung wird also einerseits der allgemeinen Vorzüge eines kameradschaftlichen Gemeinschaftsdienstes teilhaftig sein, zugleich aber — und darin ist die besondere Eigenart dieser Lösung begründet — in einem besonderen Sinne einer neuartigen Auslese unter den Anwärtern für das Richteramt und die Anwaltschaft dienstbar gemacht werden; daneben soll sie ferner gewissen Überständen des früheren Prüfungsverlaufs, denen mit den bisherigen Mitteln nicht beizukommen war, entgegenwirken.

Im Sinne dieser Grundgedanken ist durch die AllgVfg. v. 29. Juni 1933 (JWBl. 210) angeordnet, daß im Rahmen der zweiten juristischen Staatsprüfung jeder Kandidat nach Ablieferung seiner letzten schriftlichen Arbeit bis zur mündlichen Prüfung etwa sechs Wochen in einem Gemeinschaftsleben mit anderen Kandidaten ohne jede Beschäftigung mit unmittelbarer Examensvorbereitung so zu verbringen hat, daß keinerlei Dienstleistungen Dritter in Anspruch genommen werden dürfen. Der Führer des Gemeinschaftslebens (der SA-Sturmabteilerführer Oberstaatsanwalt Spieler) ist dafür verantwortlich, daß dies Gemeinschaftsleben sich in Einfachheit und Schlichtheit abspielt und daß kein Teilnehmer Ausgaben macht, die über das unbedingt Erforderliche hinausgehen. Die Gemeinschaft — unter vollster Durchführung des Führergedankens — soll sich vorwiegend in sportlichen Übungen und in Teilnahme an nicht fachkundlichen Vorträgen weltanschaulicher, staatspolitischer und volkswissenschaftlicher Art entwickeln. Ein näheres Bild ergibt die gegenwärtige Tagesordnung: 6 Uhr Wecken, Morgengymnastik, Bettenmachen und Frühstück, 8 bis 11 Geländesport, eine Stunde Unterricht, dann Mittagspause, 14 bis 15³⁰ Sport- und Mannschaftsspiele, Kaffeepause, einige Stunden weltanschaulicher Unterricht oder Mannschaftssport, Abendbrot, 20 bis 20³⁰ Volkslieder-singen oder Zug- und Klückstunde, 21 Ruhe.

Dies Gemeinschaftsleben soll nun in durchaus neuartiger Weise, neben der eigentlichen Fachprüfung, deren Bestehen bisher einzige Voraussetzung für die Befähigung zum Richteramt war (vgl. § 2 WBG.) auch der Auslese dienen. Die preuß. Justizverwaltung hatte zwar im Grundgesetz aus der Gesetzesbestimmung (§ 11 Ges. v. 6. Mai 1869, vgl. § 2 WBG.), wonach „die in der großen Staatsprüfung bestanden (sic) Referendarien von dem Justizminister zu Gerichtsassessoren ernannt werden“, nie die Verpflichtung hergeleitet, jeden Referendar, der die Prüfung mit Erfolg zurückgelegt hatte, zum Gerichtsassessor zu bestellen. Die tatsächliche Übung

hatte sich jedoch, von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, der abweichenden Auffassung und Forderung der Parlamente unterworfen. Mit dieser Praxis ist seit der Umwälzung, vor wenigen Monaten erst, gebrochen worden, m. E. mit Recht: so wenig wie andere Requirats kann die Justizverwaltung auf das wichtige Recht verzichten, ihre Anwärter auf Grund einer deren Gesamtpersönlichkeit umfassenden Beurteilung auszuwählen. Dementsprechend war schon in der genannten AllgVfg. betont, der nationalsozialistische Staat müsse bei der Auslese der künftigen Richter und Staatsanwälte erhöhte Anforderungen stellen; ihm könne nicht genügen, daß die Anwärter in der Prüfung eine gute fachwissenschaftliche Vorbildung und praktische Einarbeitung sowie intellektuelle Eignung nachweisen. Vielmehr müsse der Staat vor allem wissen, ob der, den er mit der Wahrnehmung wichtiger Hoheitsaufgaben betrauen wolle, auch ein Charakter, ein deutscher Mann sei; der Charakter des Mannes aber zeige sich im Zusammenleben mit anderen. Die AllgVfg. v. 7. Juli 1933 (JWBl. 217), durch welche die unmittelbare Einbeziehung des Gemeinschaftslebens in die große Staatsprüfung vollzogen wird, bezeichnet geradezu als deren Zweck, festzustellen, ob der Referendar nach Charakter, Fähigkeit und Wissen geeignet sei, ein deutscher Richter, Staatsanwalt oder Rechtsanwalt zu sein, und daher zum Gerichtsassessor ernannt werden könne. So soll, bevor die „Reife für das Richteramt“ festgestellt wird, mit dem Examen die Persönlichkeitsprüfung verbunden werden.

Damit soll, was in dieser Beziehung schon das bisherige Fachexamen geleistet hatte, natürlich nicht aufgegeben, sondern unterstützt und noch stärker betont werden: Gerade die preuß. große Staatsprüfung, wie sie sich seit ihrer Einrichtung durch Friedrich den Großen schließlich entwickelt hatte, in ihrer Zusammensetzung aus zwei größeren Gesellenstücken, den binnen drei Wochen abzuliefernden Hausarbeiten, drei kleineren, leichteren Klausuraufgaben, einem nach dreitägiger Vorbereitung zu haltenden, möglichst knappen mündlichen Vortrag und der übrigen, alle praktisch wichtigen Gebiete umfassenden mündlichen Prüfung gibt weit mehr, als andere Prüfungssysteme, die Möglichkeit, außer der Fähigkeit zur Anwendung des Rechts, des „Judizes“, auch Eigenschaften wie Entschlußkraft, Nervenstärke, Schlagfertigkeit, Beherrschung von Schrift und Wort, Frische, allgemeine Bildung, praktisches Verständnis, Einfühlungsvermögen und selbst Phantasie zu erproben — Eigenschaften, auf deren Bedeutung für den Richter und Anwalt ich in meinen Prüfungsberichten — zum Verdruss manches Philisters — immer wieder hingewiesen habe. Die große Staatsprüfung hätte aber in Erfüllung der dort mehrfach unterstrichenen Aufgabe, die Reife der Gesamtpersönlichkeit des Prüflings zu beurteilen, ungleich mehr leisten können, wenn die Zeugnisse aus dem Vorbereitungsdiens, die in den Beratungen des Landesprüfungsamts gerade in den letzten Jahren oft und manchmal mitentscheidend herangezogen wurden, nicht so häufig farblos oder aber gefärbt wären; daß uns hier namentlich auch ein großer Teil der Anwälte im Stich ließ, habe ich öfters ausdrücklich beklagt. Hier setzen nun die neuen Bestimmungen sehr nachdrücklich mit der Vorchrift ein, daß der Führer des Gemeinschaftslebens für jeden Teilnehmer darüber, wie er sich geführt hat und welche Charaktereigenschaften sich dabei besonders gezeigt haben, ein Zeugnis in zweifacher Ausfertigung, deren eine zu den Prüfungsakten und deren andere zu den Personalakten zu nehmen ist, auszustellen hat — eine überaus wichtige Aufgabe, deren wirksamer Erfüllung im Interesse einer sicheren Auslese bester Erfolg zu wünschen ist.

Weiter ist bestimmt, daß in die sich unmittelbar an das Gemeinschaftsleben anschließende mündliche Prüfung als besonderer Vertrauensmann der Justizverwaltung ein vierter Prüfer eintreten soll, der sich an der Zensur der schriftlichen Arbeiten nicht beteiligt hat, und dem insbes. obliegt, Volks- und Staatskunde (im weitesten Sinne) zu prüfen. Auch diese Einrichtung ist (seit dem 15. Aug.) bereits in Wirkksamkeit getreten. Gleichzeitig ist die (durch AllgVfg. v. 24. April d. J., JWBl. 130, versuchsweise eingeführte) besondere Nachprüfung, die ähnlichen Zwecken diene, weggefallen.

Mit alledem erschöpft sich aber die Bedeutung der neuen Bestimmungen, so wenig sie an den Grundlagen der bis-

herigen Fachprüfung rütteln, keineswegs. Was hier besonders interessiert, ist, daß die Neuordnung — und zwar namentlich das Gemeinschaftsleben mit seinen die Gesundheit fördernden sportlichen Übungen in freier Luft gerade zwischen schriftlichem und mündlichem Examen — die auch unmittelbar für den Prüfungsbetrieb wichtige und wohlthätige Nebenwirkung haben soll, die Quellen eines Grundübels unseres ganzen Examenswesens zu verstopfen, nämlich der leidigen Examenspsychose.

Das Verfahren der großen Staatsprüfung, so wie es im wesentlichen aus der Vorkriegszeit übernommen ist, hatte sich bislang so abgewickelt, daß die Kandidaten, nach Beendigung des dreijährigen (bis 1920 vierjährigen) Vorbereitungsdienstes mehr oder weniger bald zur Prüfung vorgestellt und zugelassen, zunächst zwei Hausarbeiten, ein rechtswissenschaftliches Gutachten (an Hand eines Problemsalles) und eine praktische Arbeit (bestehend aus Gutachten und Urteil) mit je dreiwöchiger Bearbeitungsfrist anzufertigen hatten. Hierauf hatten sie nach einigen Wochen in Berlin drei Klausurarbeiten zu schreiben, um alsdann, wieder mit Zwischenfrist von einigen Wochen zur mündlichen Prüfung geladen zu werden. Hier hat jeder Prüfling einen freien mündlichen Vortrag an Hand von Akten zu halten, die ihm drei Tage vorher ausgehändigt sind. In dieser verhältnismäßig breiten Grundlegung, deren Bestandteile auch für die Folge erhalten bleiben, ist der besondere Wert dieses preuß. Examens begründet: die Zusammensetzung aus Haus- und Klausurarbeiten, Vortrag und sonstiger mündlicher Prüfung, wozu als weitere Unterlagen für das Urteil des Prüfungsausschusses die Zeugnisse aus dem Vorbereitungsdiensdt und demnächst noch die Äußerung des Gemeinschaftsleiters treten, bieten gewiß hinreichend sichere Gewähr für ein richtiges Urteil. Hinzukommt, daß in der großen Staatsprüfung — im Gegensatz zum Referendarexamen — von jeher die Übergriffe des Spezialistentums ausgeschlossen waren. Namentlich im letzten Jahrzehnt ist der Prüfung immer stärker die Richtung auf das Typische, vorwiegend Praktische, gegeben worden. Wie schon meine Prüfungsberichte beweisen, war der Bekämpfung von Formalismus, Begriffsjurisprudenz und Alexandrinatum besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Es war daher böswilliges, im wesentlichen von durchgefallenen Kandidaten herrührendes Gerede, daß in der großen Staatsprüfung nur eine Menge „toten Wissens“ gefordert werde; vielmehr geht die Feststellung in der Prüfung durchaus vorwiegend auf die Fähigkeit, zur Anwendung der stets offenkundigen Gesetze, auf Juriß und allgemeine Reife, kurzum auf die allgemeine Befähigung der Prüflinge.

Daß zum Bestehen der Richterprüfung auch ein gewisser Besitz sicheren Willens und einige Schulung zu fordern sind, versteht sich freilich von selbst. Darin, daß der angehende Praktiker einmal in seinem Leben gezwungen ist, sein ganzes praktisch bedeutsames Wissen in sich zusammenzufassen, besteht — neben ihrem Hauptzweck, der Auslese — eine sehr wichtige Nebenwirkung der Examina, mag man sie sonst auch ruhig notwendige Übel nennen. Von diesem Wissen zehrt man, das soll ehlich zugegeben werden, nachher in der Praxis, in der meist schon Zeit und Gelegenheit fehlen, alles nachzuschlagen. Darum soll und muß jeder, der sich der praktischen Prüfung unterzieht, einmal, und zwar nicht gar zu lange vor der Prüfung, am besten freilich im wesentlichen schon vor Anfertigung der schriftlichen Arbeiten, den für die Praxis wichtigen Wissensstoff noch einmal an sich vorbeiziehen lassen und nach Möglichkeit festhalten.

Mit alledem kann aber nicht der Zustand gerechtfertigt werden, daß sich während des Prüfungsverfahrens selbst, namentlich aber in der letzten Zeit vor der mündlichen Prüfung, die Kandidaten in Berlin ruhelose, und zwar zu Hunderten einfanden, um sich für „das Mündliche“ schnell eine Menge von Wissen einzupauken, das sie später offenbar größtenteils ebenso schnell wieder vergessen, übrigens in der Prüfung, wie sie vernünftig gehandhabt wird, nur zu einem kleinen Teil benötigen. Noch schlimmer und noch nutzloser, wenn sie sich an Hand von „Protokollen“ auf bestimmte Prüfer pauken lassen; ein guter Examinator prüft nie wieder den gleichen Fall. Diese Anfangsnung von Prüflingen in Berlin zum Zwecke des Paukens besteht übrigens — nicht

allein bei den juristischen Prüfungen — schon seit Menschenaltern. Die mit diesen Zuständen oft verbundene sinnlose Überarbeitung namentlich in den letzten Wochen vor Beendigung des Examens mußte natürlich die Examenspsychose nähren und steigern. In der gleichen Richtung wirkte ein weiteres: Ein großer Teil der Prüflinge bediente sich dabei der Hilfe von Repetitoren; die Tatsache nun, daß hierzu nicht auch die Söhne weniger begüterter Väter in der Lage waren, oder besser die Überzeugung, daß somit in der Prüfung nicht alle mit gleichen Waffen kämpften, trug zur weiteren Verstärkung der Examenspsychose bei. Hinzutrat ein Drittes: Die Prüfungsbestimmungen gaben — auch hier seit langem — allen Kandidaten das Recht, jede Prüfungsleistung, d. h. beide Hausarbeiten, die Klausuren und den Termin zur mündlichen Prüfung, einmal ohne Entschuldigung ungenutzt verfallen zu lassen. In immer häufigeren Fällen, reichten aber zudem die Kandidaten schon beim ersten Fall ein ärztliches Attest ein, um sich so von vornherein die Möglichkeit einer dritten Aufgabe zu sichern; manche suchten so zu erreichen, schließlich eine besonders passende Aufgabe zu bekommen, was wieder bei den übrigen das Gefühl nährte, daß sie sich im Nachteil befänden. Vor allem zog sich so die Erledigung des Verfahrens für manche immer länger hin. Ich habe diese Umstände, wie früher schon das Paukertum, namentlich im letzten Prüfungsbericht scharf bekämpft und sah mich schließlich bei der gedrängten Geschäftslage des Landesprüfungsamts genötigt, zu veranlassen, daß in zahlreichen Fällen Entschlußlose in den Vorbereitungsdiensdt zurückverwiesen wurden.

Durch die neuen Bestimmungen in der AllgVfg. vom 7. Juli d. J. soll den Umständen des Pauker- und Repetitorwesens wie der Hinauszögerung des Verfahrens, damit lezt hin aber auch der sog. Examenspsychose mit nachdrücklicheren Mitteln zu Leibe gegangen werden: Das rechtswissenschaftliche Gutachten, zu dessen Anfertigung bisher schon viele Kandidaten nach Berlin überfiedelten, wird in die letzte Station des Vorbereitungsdienstes (meist beim Oberlandesgericht) verlegt (unter Verlängerung der Bearbeitungsfrist auf vier Wochen). Als bald nach Beendigung des Vorbereitungsdienstes erhält der Prüfling die praktische Arbeit zugeteilt, die binnen drei Wochen abzuliefern ist. Schon vor Anfertigung der Klausurarbeiten soll er dann zum Gemeinschaftsdiensdt herangezogen werden, der bis zur Zuteilung der Vortragsakten für die mündliche Prüfung dauert; es ist beabsichtigt, die Anfertigung der Klausurarbeiten in das Gemeinschaftsdiensdtlager zu verlegen. Damit ist, so sagt die AllgVfg., „die Zeit zum rein gedächtnismäßigen Einlernen aus unmittelbarem Anlaß der bevorstehenden Prüfung dem Referendar genommen; er kann körperlich gestählt und geistig erfrischt durch das Gemeinschaftsleben unbefangen in die mündliche Prüfung gehen“. Die Wiederholung und Befestigung des notwendigen Wissensstoffes muß daher im wesentlichen schon während des Vorbereitungsdienstes geleistet werden, dessen Zeit somit noch stärker auszunutzen ist. In die mündliche Prüfung tritt der bereits erwähnte vierte Prüfer ein, dem die Befragung auf dem im neuen Staat besonders wichtigen Gebieten der Volks- und Staatskunde obliegt. Das Recht, Prüfungsaufgaben zurückzuweisen oder Termine zu versäumen, ist aufgehoben. Für die Folge führt jede Säumnis zur Feststellung, daß die Prüfung als nicht bestanden gilt, es sei denn, daß wesentliche Erkrankung oder ein anderer wirklich stichhaltiger Entschuldigungsgrund glaubhaft gemacht ist. Mit dem althergebrachten liberalen Prüfungssystem ist also in mehrfacher Beziehung Schluß gemacht. Auch im übrigen bedeuten die neuen Bestimmungen keineswegs eine Erleichterung oder Niveaufenkung des Examens.

Ihre Bedeutung kann dahin zusammengefaßt werden: Sie verbinden mit den erhaltenbleibenden bisherigen hochwertigen Einrichtungen einer ernsthaften praktischen Fachprüfung den neuen Gedanken des Gemeinschaftslebens und machen diesen gleichzeitig der Auslese tüchtiger Persönlichkeiten und der Bekämpfung der Examenspsychose wie der Umstände des Paukertums dienlich. Sie geben dem Prüfling ein gesundes Heim während des Prüfungsverfahrens, kürzen dieses ab und geben der Volks- und Staatskunde die ihr gebührende Stellung in der Prüfung für die angehenden Richter, Staats- und Rechtsanwälte im neuen Staat.

Kostenentscheidungen bei Anerkenntnis und Erledigung in der Hauptsache.

Von Senatspräsident Dr. Riebing, Breslau.

I. Die Kostenentscheidung im Falle des Anerkenntnisses und der Erledigung in der Hauptsache bildet gegenwärtig ein Kreuz für alle Beteiligten. Freilich, die theoretischen Grundsätze sind gar nicht so verwickelt, aber ihre Anwendung auf den praktischen Fall führt zu großen Schwierigkeiten, besonders in den zahlreichen Grenzfällen und den von Baumbach (§ 99, 5 B) so genannten Mischfällen, und wenn es nicht eine so ernste Sache wäre, wäre es geradezu humoristisch, manchmal zuzusehen, wie zwei gewandte Anwälte gewissermaßen um einander herumschleichen, jeder in der Hoffnung, daß der andere einen „falschen“ Antrag stellen und seiner Partei dadurch die Kostenlast auf den Hals ziehen werde. Wieviel Mühe und Scharfsinn wird hier an eine unwürdige Sache verschwendet, unwürdig deshalb, weil die formal-juristisch ganz richtige Entscheidung oft keineswegs der wahren Gerechtigkeit oder Billigkeit entspricht. Ich denke dabei namentlich an die Fälle, in denen eine nicht gut beratene Partei nach der Erledigung in der Hauptsache einen falschen Antrag stellt oder an Fälle, wie die sogleich unter II zu erörternden.

Helfen kann hier allerdings nicht die Aufstellung neuer Regeln, die nur neue Streitfragen erzeugen würden, sondern nur der einfache Satz, daß im Falle des Anerkenntnisses oder der Erledigung in der Hauptsache die Kosten nach billigem Ermessen zu verteilen sind.

II. Will man sich hierzu nicht allgemein entschließen, so muß man zum mindesten für gewisse Prozeßlagen eine Ausnahme von den starren Kostenvorschriften zulassen. Ich denke dabei in erster Linie an den Fall, daß der Befl. im Interventionsprozeß nach der Beweisaufnahme anerkennt. Die Frage ist bekanntlich streitig; die Auffassung, daß ein solches Anerkenntnis noch als sofortiges gelten könne, wurde früher von der weitans herrschenden Ansicht abgelehnt. Neuerdings neigt die Rspr. ihr mehr zu, aber nicht mit überzeugenden Gründen. Die Gründe, die man für sie vorbringt, sind durchweg Scheingründe (kryptozoologische im Fuchs'schen Sinne), die geboren sind aus dem Wunsche, zu einem gegenüber der Klut ungerechtfertigter Interventionsansprüche praktisch vernünftigen Ergebnis zu kommen, aber einer theoretischen Prüfung nicht standhalten, denn diese Gründe würden, wenn sie zuträfen, auch auf viele andere Prozesse anwendbar sein; dort aber hat noch niemand mit ihrer Anwendung Ernst gemacht. Z. B. wird neuerdings hervorgehoben, der Interventionsprozeß liege deswegen so ganz anders als andere Prozesse, weil nicht nur, was auch sonst vorkommt, der Befl. nicht wissen könne, ob die Ansprüche des Kl. berechtigt seien, sondern weil sich darüber hinaus der Befl. im Besitze eines vollstreckbaren Titels, also in einer rechtlich gesicherten, gefestigten Position befindet. Indessen das beweist gar nichts. Ich setze den Fall, daß sich der Kl. früher durch einen Bevollmächtigten in einer vollstreckbaren Urkunde zu einer Leistung verpflichtet hat und jetzt Vollstreckungsgegenklage mit der Begründung erhebt, er sei zur Zeit der Erteilung der Vollmacht geisteskrank gewesen. Wenn jetzt eine Beweisaufnahme über den Geisteszustand des Kl. stattfindet, und nachher der Befl. anerkennt, so liegt genau derselbe Fall, wie so oft bei der Interventionsklage vor, aber ich glaube nicht, daß schon irgend jemand auf den Gedanken gekommen ist, auf einen solchen Fall jene Grundsätze anzuwenden. Das beweist, daß

ihre theoretische Begründung verfehlt ist. Nach meiner Überzeugung gibt es für die Ausnahme, die man bei der Interventionsklage von den sonst geltenden Grundsätzen machen will, überhaupt keine theoretische Begründung. Man kann sie nur mit dem praktischen Bedürfnis begründen, welches gerade in diesem Falle eine andere Auslegung erfordere. Nur soll sich ein verantwortungsfreudiger Richter gewiß nicht scheuen, — heut weniger als je — eine Auslegung oder Fortbildung des Gesetzes mit nichts anderem als einem praktischen Bedürfnisse zu begründen. Allein die Lage ist hier etwas eigenartig insofern, als der Gesetzgeber seit 1898 zahlreiche Novellen zur ZPD. erlassen und eine Menge von Bestimmungen getroffen hat, deren Kern darin bestand, daß man von den ursprünglichen, zu stark durchgeführten Prinzipien aus rein praktischen Gründen Ausnahmen aufstellte. Auch unsere Streitfrage und ihre große praktische Bedeutung waren dem Gesetzgeber bekannt. Trotzdem hat er es nicht für nötig gehalten, sie durch einen kurzen Zusatz zu § 93 zu klären. Der Gesetzgeber hat also diese Ausnahmebehandlung bewußt unterlassen. Die Frage, ob unter solchen Umständen der Richter berechtigt ist, seine praktische Einsicht an Stelle des Gesetzgebers zu setzen, wird jedenfalls verschieden beantwortet werden. Da aber andererseits nicht der mindeste Zweifel daran besteht, daß bei dem groben Unfug, der mit Interventionsansprüchen betrieben wird, ein dringendes Bedürfnis besteht, den Befl. vor einer unbilligen Belastung mit Kosten zu schützen, so wäre eine gesetzliche Regelung im Sinne des oben zu I Gesagten dringend erwünscht.

III. § 96 Entw. unternimmt es erfreulicherweise, die Schwierigkeiten zu beseitigen, die bei der heutigen Rechtslage dann entstehen, wenn der Befl. den Kl. zwischen Einreichung und Zustellung der Klage befriedigt. Mir scheint aber die Art, wie § 96 dies zu regeln versucht, nicht einwandfrei, zum mindesten läßt die gegenwärtige Fassung eine wichtige Frage offen, in dem sie nicht wie der gegenwärtige § 93 darauf abstellt, ob der Befl. „durch sein Verhalten Veranlassung gegeben“ hat, sondern darauf, ob er „durch Leistungsverzug veranlaßt“ hat.

Ich nehme folgenden ganz einfachen Fall: Der Befl. wohnt am selben Ort wie der Kl. Er hat an jedem Vierteljahrsersten an den Kl. Hypothekenzinsen zu zahlen und hat dies jahrelang mit der größten Pünktlichkeit getan. Plötzlich an einem 1. April bleiben die Zinsen aus, und zwar, wie später festgestellt wird, nur infolge einer Vergesslichkeit eines Angestellten des Befl. Der Kl. reicht am 2. April die Klage ein, am 4. April wird sie zugestellt.

a) Am 5. April bezahlt der Befl. und erkennt gleichzeitig schriftsätzlich an, macht aber geltend, er habe keinen Anlaß zur Klage gegeben; wenn der Kl. 10 Pfennige für einen telefonischen Anruf ausgegeben hätte, so hätte er binnen einer Stunde das Geld gehabt. Ich würde in diesem Falle un-zweifelhaft dem Kl. die Kosten auferlegen.

b) Der Befl. bezahlt schon am 3. April; er hat sicher nicht weniger zur Befriedigung des Kl. getan, als im Falle a), sondern mehr, denn er hat schon vor Klagezustellung gezahlt. Ob aber nach dem Entw. dieser Fall ebenso wie Fall a) zu entscheiden ist, ist mir zweifelhaft. Wäre es nicht vielleicht besser, den § 96 dem § 94 anzugliedern und ebenfalls statt vom Verzug nur von der Veranlassung zu sprechen?

Eigentumsvorbehalt auf der Faktura.

Von Landgerichtsdirektor i. R. Dr. Lafrenz, Hamburg.

Die mit der sinkenden Wirtschaftslage verknüpfte, ständig zunehmende Verwendung des Eigentumsvorbehalts beim Lieferkauf hat in einzelnen kaufmännischen Kreisen das wenig erfreuliche Bestreben gezeitigt, nach vorbehaltlos abgeschlossenem Lieferungsgeschäft durch eigenmächtigen ver-

tragswidrigen Vorbehalt der Faktura den alsbaldigen Eigentumsübergang an der überlieferten Ware zu hindern. Über die rechtliche Wirkung solcher Vermerke besteht noch immer lebhafteste Meinungsverschiedenheit.

1. Bei Prüfung der Frage wird man vorweg jene Fälle

auscheiden können, in denen die Ware beim Käufer eingegangen ist vor Empfang der Faktura. Hier kann der Eigentumsvorbehalt Wirkungen nicht üben. Verkäufer war nach dem ohne Vorbehalt geschlossenen Verträge verpflichtet, die Ware dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum zu verschaffen. Übersendet er die gekaufte Ware, ohne zu erklären, daß er sofortige Übertragung des Eigentums nicht beabsichtigt, so kann der Käufer nur annehmen, daß sie ihm zugeht zur Erfüllung der Vertragspflicht (RG. 108, 27). Der Verkäufer muß seine Handlung so gegen sich gelten lassen, wie sie äußerlich jedem Unbefangenen sich darstellt. Wollte er einwenden, daß ihm bei Absendung der Wille zur Übertragung gefehlt habe, so würde er gröblich gegen Treu und Glauben verstoßen. Der Käufer hat die Ware mit dem Willen angenommen, vertragsmäßig Eigentum zu erwerben; mit dem Empfang ist das Eigentum auf ihn übergegangen.

2. Trifft die den Vorbehalt tragende Rechnung vor oder zugleich mit der Ware bei dem Käufer ein und erlangt dieser auch vor oder bei Empfang der Ware von dem Vorbehalt Kenntnis, so bleibt die Ware im Eigentum des Verkäufers. Das Eigentum wechselt nur, wenn im Augenblick der Übergabe beide darüber einig sind (§ 929 BGB.), und diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. RG. hat in seinem Ur. v. 9. April 1929 (JW. 1929, 2164) diese Auffassung überzeugend begründet. Die Einwendungen, welche dort von Liebstaedter erhoben werden, schlagen nicht durch. Liebstaedter macht geltend, daß „der Eigentumsvorbehalt in der Faktura nicht ausreiche, um den Willen des Verkäufers dem Käufer in einer Weise zur Kenntnis zu bringen, die dieser als ernstlich und beachtlich ansehen muß“. Nach dem im Urteil wiedergegebenen Sachverhalt haben nun aber bei dem Käufer solche Zweifel an der Ernstlichkeit überhaupt nicht bestanden; es brauchte deshalb in dem Urteil auch nicht ermogent zu werden, wie beim Vorliegen derartiger Zweifel zu entscheiden gewesen wäre. Wenn aber ferner Liebstaedter verneint, daß der Vorbehalt auf der Faktura überhaupt eine Erklärung im Rechtsinne darstelle, so ist dies als zu weitgehend abzulehnen. Durch Absendung der bestellten Ware hat der Verkäufer eine Handlung vorgenommen, die regelmäßig zum Übergang des Eigentums führt. Entspricht dies nicht seinem Willen und will er solcher Folge vorbeugen, so muß er dies zur Kenntnis des Käufers bringen. Welchen Weg er dazu wählt, ist ausschließlich seine Sache. Erreicht er nur sein Ziel, dem Käufer rechtzeitig jene Kenntnis zu verschaffen, so sind zur Zeit der Übergabe nicht „beide darüber einig“ und das Eigentum bleibt bei dem Verkäufer.

Wie RG. haben erkannt: OLG. Düsseldorf v. 19. März 1931 (JW. 1931, 2580) und München v. 15. Juni 1931 (JW. 1931, 1668). In JW. 1930, 1421 tritt Dertmann, in JW. 1930, 3493 auch Kühn dem RG. bei unter Ablehnung der von Liebstaedter geübten Kritik. — Im Gegensatz dazu erklärt ein Urteil des OLG. Karlsruhe v. 3. Dez. 1929: JW. 1930, 2238, die mit der Ware beim Käufer eingehende, den Eigentumsvorbehalt tragende Faktura für wirkungslos: Käufer dürfe den Vorbehalt unbeachtet lassen. Verkäufer könne nicht einseitig nachträglich die Vertragsbedingungen ändern. Durch Absendung der Ware auf Grund des unbedingt abgeschlossenen Kaufvertrages werde der Einigungswille des Verkäufers allein schon schlüssig dargetan. — Diese Begründung geht fehl. Selbstverständlich kann der Verkäufer nicht einseitig die Bedingungen des abgeschlossenen Vertrages ändern. Solche Macht legt ihm auch RG. keineswegs bei. In Frage steht nur, ob an der eingetroffenen Ware der Käufer das Eigentum erwirbt. Das ist aber zu verneinen, weil in diesem Augenblick die Beteiligten nicht „darüber einig“ sind. Es ist falsch, daß durch Absendung der Einigungswille des Verkäufers schlüssig dargetan sei. Er hat nicht abgesandt auf Grund des geschlossenen Kaufvertrages, sondern auf einem ganz anderen Grunde! Zugleich mit der Ware hat er die den Eigentumsvorbehalt tragende Faktura vorgelegt und so gegen den Einigungswillen sich verwahrt. Die Absendung war überdies ein der Wahrnehmung des Käufers entzogener Vorgang. Entscheidender Augenblick war das Eintreffen der Ware, und in diesem Zeitpunkt wußte Käufer, daß er Eigentümer nicht werden

sollte. Verkäufer verstieß gegen seine Vertragspflichten und der Empfänger mochte unbeschränkt alle vertraglichen Befugnisse ausüben. Er konnte die Ware zurückgehen lassen, er konnte sofort auf vertragsmäßige Lieferung klagen, — eins nur war ihm verwehrt: er durfte nicht über die eingetroffene Ware als ihm gehörig verfügen. —

Wird die unter dem äußeren Anschein der Vertragserfüllung übersandte Ware vom Käufer abgenommen, so obliegt in Zweifelsfällen dem Verkäufer der Nachweis, daß sein Wille nicht auf sofortige Eigentumsübertragung gegangen, auch daß dies dem Käufer bekannt gewesen sei. Es ist selbstverständlich, wie auch OLG. München: JW. 1932, 1688 betont, daß an diesen Nachweis die Gerichte höchste Anforderungen stellen müssen. Der Lieferant, welcher seinem Abnehmer in dem Augenblick, in dem dieser mit Recht Erfüllung erwartet, bei Übersendung der festgekauften Ware durch bloßen Vermerk auf einer „Rechnung“ zumutet, die Bedingungen des geschlossenen Vertrages zu ändern und die Ware unter Abschluß eines neuen Vertrages zu behalten, handelt in hohem Maße illoyal. Warum hat er denn bei der ersten Veredlung die Bedingung hervorzuheben unterlassen? Häufig liegt es doch so, daß er gefürchtet hat, der Käufer könne sie als lästig empfinden und den Abschluß ablehnen. Von vornherein also hat er beabsichtigt, den Kunden durch Übersendung der Ware zu überrumpeln. Das widerspricht Treu und Glauben. Der Käufer darf solches bei seinem Vertragsfreund nicht voraussetzen und wenn er auf der Rechnung die gedruckte Vorbehaltsklausel bemerkt, kann sehr oft die Sachlage derart sein, daß er sich die Klausel nicht zuzieht, etwa in der Annahme, daß Verkäufer nur versehenlich unterlassen habe, die nicht bededete Klausel in dem Rechnungsformular zu streichen. Darum hat er — mit Liebstaedter zu sprechen — den Vermerk als „nicht ernstlich und beachtlich“ gelesen, ihm fehlte die Kenntnis, daß sein Lieferant Eigentum nicht übertragen wollte, er ist Eigentümer geworden. —

3. Schwierigkeiten bietet die Entscheidung der Fälle, in denen vor Empfang der Ware bei dem Käufer zwar eine den Eigentumsvorbehalt tragende Rechnung eingegangen war, Käufer jedoch von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen unterlassen hatte. Kühn a. a. O. vertritt die Ansicht, daß auch bei solcher Sachlage der einseitige Eigentumsvorbehalt den Eigentumsübergang hindere. Er begründet: „Voraussetzung dafür ist, daß der Lieferant eine genügend deutliche Erklärung abgegeben hat und daß sie dem Käufer zugegangen ist. Beides ist der Fall. Dertmanns Meinung, daß nach der Verkehrssitte die Faktura daraufhin durchgesehen werden müsse, in welchem Sinne und zu welchem Zweck die Zusendung erfolgt ist, entspricht durchaus der Auffassung des Geschäftsverkehrs. Wenn, worauf Joel: BankArch. XXIV, 310 abstellt, nach der Organisation eines Unternehmens die Rechnung nur an untergeordnete Angestellte gelangt und darum der Vermerk über den Eigentumsvorbehalt leicht unbeachtet bleiben kann, so ist dies ein — übrigens leicht abzustellender — Fehler der Organisation, der niemals dem Vertragsgegner entgegengeföhrt werden kann. In den Machtbereich des Empfängers gelangt und damit zugegangen ist die Erklärung jedenfalls auch dann, wenn leitende Angestellte des Großunternehmens die Faktura nicht zu Gesicht bekommen haben.“ Mir scheint diese Ausführung falsch. Wenn der Lieferant dem Kunden die Ware übersendet unter Umständen, die diesem den Glauben an Vertragserfüllung erwecken müssen, so ist es Sache des ersteren, falls ihm der übereignungswille fehlt, seinen Abnehmer hiervon in Kenntnis zu setzen. Sicherlich hat die darauf zielende Mitteilung als Willenserklärung zu gelten, ihre Wirkung also tritt ein mit dem Zugang. Nun genügt allerdings zur Erfüllung dieses Begriffs, daß alle Umstände verwirklicht werden, welche die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Empfänger begründen, aber — und das ist gegenüber Kühn zu betonen — vorausgesetzt immer, daß die gewählte Erklärungsart verkehrsüblich ist. — Staudinger, BGB. I, 457: „Zugegangen ist die Willenserklärung dann, wenn alle Umstände verwirklicht sind, welche die Möglichkeit einer Kenntnis begründen. Bezüglich der Willenserklärungsmittel gilt die allgemeine Regel, daß das Mittel verkehrsüblich sein muß“; Planck, BGB. § 130

Ann. 1: „Bei schriftlichen Willenserklärungen genügt, daß der Adressat unter normalen Verhältnissen Kenntnis vom Inhalt des Schriftstücks sich verschaffen kann, und daß die Kenntnisaufnahme nach der Verkehrsauffassung von ihm erwartet werden darf. Wird das Schriftstück dem Adressaten heimlich in die Tasche gesteckt oder in einer Warensendung so verborgen, daß seine alsbaldige Auffindung nicht zu erwarten ist, so ist es zugegangen erst, wenn Adressat sie aufgefunden hat“; Enneccerus, Lehrb. I, 489: „Zugegangen ist die Erklärung, sobald der Empfänger bei normaler Gestaltung der Verhältnisse die Kenntnis des Erklärungsinhalts sich verschaffen kann und die Kenntnisaufnahme nach den Gepflogenheiten des Verkehrs von ihm erwartet werden muß“; RG. 60, 336; 61, 128. Auf das Entschiedenste aber ist die Annahme abzulehnen, daß ein bei dem Kunden mit der verkauften Ware zutreffendes Schriftstück, das die Aufschrift „Faktura“ trägt, normaler, verkehrszüblicher Weise vom Lieferanten dazu benutzt werde, dem Kunden eine bedeutende Änderung des geschlossenen Vertrages vorzuschlagen. Die Vertragsbedingungen sind längst beredet, ihre Festlegung erfolgt in Schlußnoten oder ähnlichen Schriftstücken, der Versuch, sie in einer bloßen Rechnung unter Übersendung der Ware zu ändern, ist eine Inoyalität. Staub, Ann. 34 zu § 372 HGB., Anhang, bezeugt: „Fakturen sind im allgemeinen nur bestimmt zur Angabe der Warenmenge und des Preises“, und anders kann es auch nicht sein. Das ergibt schon der Begriff der Rechnung: Sie will enthalten ein Rechenexempel und zeigen, wie der Lieferant zu der an ihrem Schlusse geforderten Summe gelangt. Ihm steht aber ein Anspruch dann erst zu, wenn nicht nur der Vertrag fest abgeschlossen, sondern er sogar schon ausgeführt ist! Wie kann er ein Schriftstück, in dem er den geschlossenen Vertrag sabotiert und einen anderen Vertrag andient, als Rechnung bezeichnen? Die von Kühn wiedergegebene Ansicht Dertmanns (ZB. 1930, 1421), daß „die Faktura ausschlaggebende Bedeutung habe für die Frage, in welchem Sinne und zu welchem Zweck die Zusendung der Ware erfolgt sei, und daß nach der Verkehrsart der Empfänger sie daraufhin durchsehe, muß irrig sein. Sie widerspricht dem Wortsinne. Im Schrifttum findet sie außer bei Kühn Zustimmung nur in dem Aufsatz von Bertramm: „Eigentumsvorbehalt auf der Rechnung“ (ZB. 1933, 102), sonst wird einhellig Staubs Ausspruch über die Bedeutung der Faktura gebilligt. So von Schälfejeß in „Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht“ (1931): „Zutreffend hat RG.: ZB. 1929, 2164 ausgesprochen, daß die Pflicht des Kaufmanns, seine gesamte Post zu lesen, nur sich erstreckt auf das, was in geschäftszüblicher Form und auf dem geschäftszüblichen Wege ihm übermittelt wird. Die Faktura ist nach den Gepflogenheiten des ordentlichen Verkehrs bestimmt nur dazu, die übersandte Ware zu bezeichnen und Preis und Verpackungangaben aufzunehmen“, — von Könige, HGB., § 346 Ann. 4c: „Fakturen, die nach Abschluß zugesendet werden, enthalten, wenn sie in Menge und Preis von Vereinbarungen abweichen, einen Antrag auf Abänderung des Vertrages, der durch Schweigen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsart angenommen werden kann. Wenn also

in der Faktura ein Ansinnen gestellt wird, dessen Annahme ein verständiger Käufer nicht erwarten darf, z. B. die in einer Faktura nicht zu finden sind, so darf der Käufer schweigen.“ — Schwarz, HGB., § 346 Ann. 26: „Erfolgt bei bestellter Ware die Annahme der Faktura ohne Vorbehalt, so kann das Schweigen für den Inhalt der Faktura als Genehmigung gelten, der im ordnungsmäßigen Geschäftsverkehr in die Faktura aufgenommen wird, nämlich bezüglich der Angaben über Menge und Preis, ferner über Verpackung. Andere Vermerke, die in die Faktura nicht hineingehören, kann der Empfänger aber unbeachtet lassen.“ Gleicher Ansicht auch Liebstaedter a. a. O., Joel a. a. O. — Stulz, „Eigentumsvorbehalt im inländischen und ausländischen Recht“, erkennt ebenfalls an, daß nach herrschender Lehre Rechnungen nur zur Angabe der Warenmenge und des Preises bestimmt seien und daß, wenn andersartige Vermerke sich darauf befinden, der Kaufmann regelmäßig sie unbeachtet lassen könne. Er führt aber aus: „Ob diese Auffassung auch für den Eigentumsvorbehalt gilt, kann bereits zweifelhaft sein, da sich diese Klausel auch auf den Rechnungen mehr und mehr einzubürgern scheint. Aber selbst ihre Richtigkeit vorausgesetzt, besagt sie nichts gegen die Wirksamkeit des auf der Rechnung befindlichen Eigentumsvorbehalts. Da die Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts überhaupt nicht von der Zustimmung des Käufers abhängig ist, kommt es nicht darauf an, ob der Käufer zur Erhebung des Widerspruchs genötigt ist, sondern nur darauf, ob die Erklärung ihm zugegangen ist oder nicht. Das wird man bei einer im geschäftlichen Verkehr in die Hände des Verkäufers gelangten Urkunde selbst dann bejahen müssen, wenn man die Aufnahme des Eigentumsvorbehalts in eine Rechnung — m. E. im Widerspruch mit den bereits jetzt gegebenen Verhältnissen — für ungewöhnlich hält.“

So weit hier von Stulz — allerdings mit starkem Vorbehalt — die Behauptung vertreten wird, daß es in den letzten Jahren beim Verkauf Kauf Brauch geworden sei, noch in der Rechnung über das vorbehaltlos abgeschlossene Geschäft den Eigentumsvorbehalt zu erklären, so muß doch mit Joel: BankArch. 1929/30 dem entgegengehalten werden, daß solcher Brauch ein Mißbrauch und deshalb die Häufigkeit der Übung bedeutungslos ist. Stulz' Ansicht aber, daß überhaupt nicht gefragt zu werden brauche, ob der nachträgliche Vorbehalt auf der Rechnung der normalen Übung des ordentlichen Kaufmanns entspreche, weil auch die ungewöhnliche Erklärung zugehe, setzt sich in Widerspruch zu der oben wiedergegebenen einhelligen Auslegung des § 130 HGB.

M. E. muß als sicher gelten, daß ein Lieferant, der nach abgeschlossenem vorbehaltlosem Verkauf sich das Eigentum sichern will, nicht geschäftszüblich handelt, wenn er hierzu lediglich einen Vermerk auf der „Rechnung“ wählt. Wenn durch Eingang solcher Rechnung dem Käufer die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme eröffnet wird, geht dadurch allein der Eigentumsvorbehalt nicht zu. Erst die tatsächliche Kenntnisaufnahme ist der Augenblick des Zugangs. Gelangt vorher die Ware in Gewahrsam des Käufers, so erwirbt er das Eigentum, die später erfolgende Kenntnis vom Inhalt der Rechnung kann Wirkung nicht mehr üben.

Die Durchsetzbarkeit reichsdeutscher Aufwertungsansprüche in der Tschechoslowakei.

Von Advokat Dr. Rolf Haller, Prag.

Viele tschechoslowakische Gerichte haben Ansprüche aus der reichsdeutschen Hypothekenaufwertung als nicht durchsetzbar erklärt, da sie auf Grund des Gesetzes (GS. 187/19), in welchem der Grundsatz ausgesprochen wurde, „eine alte österr. Krone ist gleich einer tschechosl. Krone“, eine Aufwertung als dem Grundprinzip des tschechosl. Rechtes in Währungsfragen

widersprechend erachteten und daher i. S. des § 81 Punkt 2 E.O., welcher eine Exekutionsbewilligung auf Grund eines ausländischen Urteiles versagt, wenn Handlungen erzwungen werden sollen, welche nach dem Rechte des Inlandes überhaupt unerlaubt oder nicht erzwingbar sind, die Berechtigung einer Aufwertung verneint.

Die Judikatur schwankte längere Zeit hin und her, hat sich aber jetzt wohl endgültig dahin festgelegt, daß Aufwertungsansprüche aus Hypothekarforderungen anerkannt werden.

Vorausgesetzt muß werden, daß die Entscheidungen der deutschen Aufwertungsstellen als solche, also wenn der Anspruch nur durch die AufwSt. festgelegt wurde und kein urteilsmäßiger Anspruch darüber besteht, für die tschechosl. Gerichte nicht bindend sind und auch keine Exekutionstitel bilden, auf welche der Vertrag über die Vollstreckungshilfe im Verhältnis zu Deutschland anwendbar wäre. Diesen Grundsatz hat das Oberste Gericht in Brünn in seiner Entsch. v. 15. April 1932, Rv 2 205/31, ausgesprochen, was durchaus den gesetzlichen Grundlagen der G.D. über die Vollstreckbarkeit ausländischer Titel und den Gegenseitigkeitsverträgen entspricht.

Auf Grund einer Entsch. der AufwSt. kann also nicht sofort in der Tschechoslowakei Exekution — dies entspricht dem Vollstreckungsurteile des deutschen Rechtes — beantragt werden, sondern es muß beim Zivilgericht die Klage erhoben werden und in der Klage der Anspruch genau begründet werden. Es kann die Entsch. der AufwSt. zwar als Beweismittel herangezogen werden, aber nicht als Klagegrund; dieser ist lediglich der Anspruch aus dem AufwG. Es muß die Erfüllung sämtlicher Bedingungen des AufwG. und die Begründung des Anspruches nach diesem nachgewiesen und unter Beweis gestellt werden.

Durchsetzbar ist der Anspruch aber doch sowohl im Exekutions- als auch im Klagewege.

A. Gegen den dinglichen Schuldner kann in Deutschland auf Grund des Vermögensgerichtsstandes geklagt werden, ebenso gegen andere Aufwertungsschuldner, welche in Deutschland Vermögen haben, oder gegen welche sich die Zuständigkeit reichsdeutscher Gerichte begründen läßt. Es ist nun die erste Frage zu prüfen, ob solche reichsdeutsche Aufwertungsurteile in der Tschechoslowakei vollstreckbar sind. Es soll nicht erst auf die allgemeinen Grundsätze über die Vollstreckung reichsdeutscher Urteile in der Tschechoslowakei eingegangen werden. Diese wurden in der ZW. schon wiederholt erörtert. Ich hebe nur hervor, daß auf Grund der RegKundm. v. 25. Juni 1924 (GS. 131) reichsdeutsche Urteile in demselben Umfange in der Tschechoslowakei vollstreckbar sind, wie auf Grund tschechosl. Urteile in Deutschland gem. der §§ 328, 722, 723 reichsd. ZPD. Vollstreckungsurteile bewilligt werden. Nur bei Geltendmachung des Erfüllungsgerichtsstandes ist abweichend von den Bestimmungen der reichsd. ZPD. ein urkundlicher Nachweis gem. § 88 Abs. 1 ZivNorm erforderlich, sonst sind die Gerichtsstandsbestimmungen im wesentlichen gleich.

Wenn also diese Bedingungen, insbes. die Zuständigkeit des reichsdeutschen Gerichts gegeben sind, sind reichsdeutsche Aufwertungsurteile auch in der Tschechoslowakei vollstreckbar.

Schon in der Entsch. Rv I 1410/28 hat das Oberste Gericht den Grundsatz ausgesprochen, es bestehe keine Vorschrift, derzufolge Aufwertungsansprüche nach tschechosl. Rechte auf Grund des schon oben zit. § 81 Zahl 2 G.D. unzulässig seien und dem Widerspruch gegen die Exekutionbewilligung, welche auf Grund eines reichsdeutschen Vollstreckungsurteils angesucht und bewilligt worden war, abgewiesen. In anderen Entscheidungen hat das Oberste Gericht diese Ansicht wiederholt und hat ausgesprochen, daß die Aufwertung unserem Rechte zwar in diesen Belangen fremd ist, man aber keineswegs sagen könne, daß die Aufwertung durch unser Recht und unsere Gesetzgebung ausgeschlossen sei. Es verwies auf einige Spezialgesetze, welche eine Aufwertung kennen und billigen. Auch die Einwendung, die Aufwertung sei nach dem hiesigen Rechte und Rechtsempfinden contra bonos mores, hat das Oberste Gericht als nicht beachtlich erklärt, da die reichsdeutschen Valutaverhältnisse der Beurteilung dieser Einwendung zugrunde gelegt werden müßten und von diesem Gesichtspunkte aus das Gesetz gerade dem Schutz von Treu und Glauben im redlichen Verkehr diene. Kurz ist zu sagen, daß von reichsdeutschen Ge-

richten, welche nach den Bestimmungen der ZPD. gegen einen tschechosl. Schuldner als zuständig erscheinen, gefällte Aufwertungsurteile in der Tschechoslowakei grundsätzlich vollstreckt werden können.

B. Es ist hier nur noch zu behandeln der Fall, daß mangels Zuständigkeit vor dem deutschen Gerichte nicht gegen einen in der Tschechoslowakei wohnenden persönlichen Schuldner geklagt werden kann.

Gegen diesen kann die Klage vor tschechosl. Gerichten mit prinzipieller Erfolgsaussicht geltend gemacht werden.

Die grundsätzlichsste Entsch. in dieser Hinsicht ist die v. 10. April 1931, R I 833/30, welche durch die Entsch. v. 18. Febr. 1933, R I 1889/31, bestätigt und ergänzt wurde. Beide Entscheidungen sprechen aus, daß Aufwertungsansprüche nach deutschem Recht vor den tschechosl. Gerichten geltend gemacht werden können.

Aus den Begründungen gebe ich das Wesentliche mit den nötigen Ergänzungen kurz wieder:

Das Oberste Gericht erkennt in ständiger Rechtsprechung an, daß nach § 37 ABGB. die Anwendung des fremden, also des reichsdeutschen Rechtes, vor unseren Gerichten ermöglicht ist. § 37 ABGB. sagt: „Wenn Ausländer mit Inländern im Auslande Rechtsgeschäfte vornehmen, sind sie nach den Gesetzen des Ortes, wo das Geschäft abgeschlossen wurde, zu beurteilen.“ Ausnahmen sind nur, wenn offenbar ein anderes Recht dem Vertrage zugrunde gelegt wurde oder wenn Personenrechte in Frage kommen, was jedoch im gegenständlichen Falle nicht zutrifft.

Es haben also die hiesigen Gerichte unter Zugrundelegung und unter Anwendung der reichsdeutschen Aufwertungs-gesetzgebung selbständig zu prüfen und darüber zu urteilen, ob der Aufwertungsanspruch gegen einen vor tschechosl. Gerichten geklagten Inländer oder Ausländer berechtigt ist. Die Aufwertungsbedingungen müssen gegen den hiesigen Besl. unmittelbar nachgewiesen werden. Es genügt z. B. nicht, daß das Aufwertungsverfahren von den reichsdeutschen Behörden (Aufwertungsstellen) gegen einen Dritten durchgeführt wurde und daß dieser Dritte seinen angeblichen Regressanspruch auf Befreiung von der Aufwertungsverpflichtung an den ehemaligen Hypothekargläubiger an Leistungs Statt abgetreten hat.

Wie schon bemerkt, sind die tschechosl. Gerichte an die Entscheidungen der reichsdeutschen Aufwertungsstellen nicht gebunden.

Eine Voraussetzung für die Anerkennung eines Aufwertungsanspruches bildet die rechtzeitige Anmeldung nach den Vorschriften der Aufwertungs-gesetze, und zwar ohne Unterschied, ob der Schuldner deutscher oder fremder Staatsbürger ist. Der Aufwertungsanspruch gegen den persönlichen Schuldner erlischt aber nicht, wenn sein Name in der Anmeldung z. B. nicht angegeben war. Maßgebend ist nur, ob der zu Klage zur Zeit der Anmeldung tatsächlich persönlicher Schuldner war. Es kann z. B. in der Anmeldung ein anderer als persönlicher Schuldner bezeichnet gewesen sein und die Anmeldung nachträglich richtiggestellt worden sein. Maßgebend ist der wirkliche Rechtszustand im Zeitpunkt der Anmeldung, wenn diese nur innerhalb der gesetzlichen Frist, d. i. bis 1. Jan. 1926, erfolgte, allenfalls nach Art. 5 AufwGNov., falls die Anmeldung bis 1. Okt. 1927 geschah und die Restitution bewilligt wurde. Falls die rechtzeitige Anmeldung unterlassen wurde, wurde der Aufwertungsanspruch präkludiert, und es läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz Ausländern gegenüber die Präklusion ausschließen und ihnen gegenüber die Aufwertung ohne jedwede zeitliche Beschränkung zulassen wollte.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß Aufwertungsansprüche gegen persönliche Aufwertungsschuldner in der Tschechoslowakischen Republik im Klagewege durchsetzbar sind, wenn sämtliche Bedingungen der reichsdeutschen Aufwertungs-gesetzgebung erfüllt und im Prozesse nachgewiesen werden können.

Ist ein Beamter, der auf Grund des Beamtenbereinigungsgesetzes aus seiner Stellung entfernt werden soll, berechtigt, sich zu seiner Verteidigung der Hilfe eines Rechtsanwalts zu bedienen?

Diese Frage hat in den letzten Wochen erhebliche Bedeutung erlangt. Gegen viele Beamte ist auf Grund des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933, kurz Beamtenbereinigungsgesetz genannt, ein Verfahren mit dem Ziele der Dienstentlassung eingeleitet worden. Dabei ließ es sich nicht vermeiden, daß auf Grund von Denunziationen persönlicher Feinde und Anzeigen mißvergnügter Untergebener zunächst auch Verfahren gegen solche Beamte eingeleitet wurden, die weder auf Grund ihrer Abstammung noch auf Grund ihrer politischen oder nationalen Einstellung Anlaß zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen gegeben haben. Diese Beamten haben sich natürlich gegen die zu Unrecht erhobenen Anschuldigungen zur Wehr gesetzt und müssen nun den Nachweis führen, daß irgendein Anlaß, sie aus ihrer Stellung zu entfernen, nicht besteht.

Wie begrüßenswert es an und für sich ist, daß die Verfahren auf Grund des Beamtenbereinigungsgesetzes so schnell wie möglich durchgeführt und diejenigen Beamten, gegen die Anlaß zum Einschreiten besteht, auch so schnell wie möglich entfernt werden, so wichtig und erforderlich ist es aber auch, den Beamten Gelegenheit zur Verteidigung und zur Stellungnahme zu den gegen sie erhobenen Anschuldigungen zu geben. In den weitaus meisten Fällen sind ja wohl Zweifel über die Abtötung und die Gesinnung der zu entfernenden Beamten nicht vorhanden, und diese Beamten werden sich auch wohl ohne weiteres den über sie verhängten Anordnungen fügen. Es ist jedoch — wie gesagt, z. B. auf Grund von Denunziationen mißgünstiger Personen — durchaus möglich, daß auch Verfahren gegen Unschuldige eingeleitet werden und leider lassen sich manchmal diese Fälle — so wenn z. B. die Vorgesetzten und die Mitarbeiter gewechselt haben — nicht sofort erkennen.

Die betroffenen Beamten haben natürlich das größte Interesse daran, sich sachgemäß zu verteidigen und den Nachweis zu erbringen, daß eine haltlose Denunziation vorliegt. Diese Verteidigung ist, wie jeder weiß, gegen den einmal Verfahren strafrechtlichen oder disziplinierten Charakters geschweht haben, außerordentlich schwer. Nach dem alten Satz *semper aliquid haeret* bleibt ein gewisses Mißtrauen gegenüber diesen Beamten, auch wenn das Verfahren eingestellt wird, bestehen. Eine möglichst umfangreiche Aufklärung des Tatbestandes ist deshalb notwendig. Hinzu kommt, daß in den meisten Fällen zivilrechtliche Ansprüche zur Entstehung kommen, deren Umfang sich nicht ohne weiteres übersehen läßt. Die Verteidigung wird auch dadurch erschwert, daß bei der Fülle der neuen Gesetze und besonders der Ausführungsbestimmungen sowie der Unkenntnis von bisher ergangenen Entscheidungen weder die Sachbearbeiter noch die betroffenen Beamten sich oft genügend Klarheit darüber verschaffen können, wie das Verfahren eingeleitet, wie Beweis erhoben und wie entschieden werden soll. Für die zu Unrecht angeschuldigten Beamten ist es also von höchster Wichtigkeit, sich in dem gegen sie eingeleiteten Verfahren zur völligen Klärung der Angelegenheit eines juristisch vorgebildeten Verteidigers zu bedienen.

Der Umstand, daß in dem Beamtenbereinigungsgesetz und in den hierzu bisher erlassenen Ausführungsbestimmungen von der Möglichkeit, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen, nicht gesprochen wird, steht der Zulassung eines Anwalts nicht entgegen. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, daß in allen Verfahren gegenüber Staatshoheitsakten eine Verteidigung durch Anwälte zuzulassen ist, sofern die Gesetze nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmen. Die Rechtsanwälte sind die staatlich anerkannten berufsmäßigen Vertreter fremder Interessen. Ihre Aufgabe beschränkt sich nicht auf die Verteidigung, sondern umfaßt auch die Ermittlung des objektiven Tatbestandes. In einer großen Anzahl von Gesetzen ist deshalb — eigentlich überflüssigerweise — noch darauf hingewiesen, daß der Verfolgte sich des Beistandes eines Rechtsanwalts bedienen kann (vgl. §§ 101 Abs. 2, 102, 116 Abs. 4 RWG.; § 24 MilitärDVG. v. 1. Dez. 1898; § 6 SeemannsD. v. 2. Juni 1902 und v. 13. März 1903; §§ 14 Abs. 2, 23 Abs. 3 BörseG.; § 66 RWbG.D.; §§ 9, 12 Abs. 2 Pat-AnwG. v. 21. Mai 1900). Erinnert sei auch an die verschiedenen Bestimmungen über die Vertretungsmöglichkeit in Steuerstrafverfahren, in Disziplinarverfahren gegen Beamte (vgl. z. B. §§ 20, 21, 46, 110 BStR.D.) in Verfahren vor dem Staatsgerichtshof, in den Gesetzen über die Militärgerichtsbarkeit u. a.

Hiernach bedarf es eigentlich keiner weiteren Darlegung, daß auch in den auf Grund des Beamtenbereinigungsgesetzes eingeleiteten Verfahren eine Vertretung durch Rechtsanwälte zulässig ist. Wollte man diese Frage verneinen, so würden ja auch die Beamten, gegen die ein solches Verfahren eingeleitet worden ist, schlechter gestellt sein als diejenigen, gegen die wegen strafbarer Handlungen ein Strafverfahren oder ein förmliches Disziplinarverfahren eingeleitet worden ist. Sonderbarerweise ist aber in einigen mir bekannt gewordenen Fällen von denjenigen Beamten, die das Verfahren eingeleitet und

die Unternehmung zu führen haben, die Auffassung vertreten worden, daß eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht möglich sei, da sich in den Ausführungsbestimmungen zum Beamtenbereinigungsgesetz eine Handhabe für ihre Zulassung nicht finden lasse! Diese Ansicht beruht auf einer völligen Verkennung des Anwaltsstandes und auch auf einer Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen. Die neuen Gesetze haben sich von übertriebenem Formalismus frei gemacht und in vielen Fällen (vgl. z. B. das Gesetz über das Erbhofrecht) dem Richter die Möglichkeit zur selbständigen, sinngemäßen Weiterentwicklung des Gesetzes gegeben. Mit Recht beschränkt man sich darauf, den Sinn und Gedanken des Gesetzes — das aber möglichst genau — zum Ausdruck zu bringen. Selbstverständlichkeiten brauchen weder in das Gesetz noch in die Ausführungsbestimmungen aufgenommen zu werden. Eine solche Selbstverständlichkeit ist aber die Zulassung eines Rechtsanwalts in diesen Verfahren! Eine sinngemäße und zweckentsprechende Auslegung des Beamtenbereinigungsgesetzes unter Berücksichtigung der übrigen strafrechtlichen oder disziplinarischen Gesetze muß deshalb zu dem Ergebnis führen, daß die Vertretung durch einen Rechtsanwalt zulässig ist und die unbegründete Zurückweisung eines Anwalts eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung bedeuten kann.

R. Dr. Fritz Röster, Dortmund.

Die Charakterprüfung im Gemeinschaftslager.

„Zweck der großen juristischen Staatsprüfung ist es, festzustellen, ob der Referendar nach Charakter, Fähigkeit und Wissen geeignet ist, ein deutscher Richter, Staatsanwalt oder Rechtsanwalt zu sein“ (Amtl. Preuß. Presseamt).

Charakter, Fähigkeit und Wissen fordert der neue Staat von seinen Juristen. Während die bisherige Ausbildung und Prüfung der Referendare sich auf ihre Fähigkeit und ihr Wissen beschränkte, soll von nun an auch der Charakter geprüft werden.

Unser Recht und seine Anwendung war auf Abwege geraten (JW. 1933, 1231). Der nationalsozialistische Staat will die Luft zwischen Volk und Justiz schließen. Nur Charaktere, die auf dem Boden der neuen Weltanschauung stehen, können die Justiz auf den richtigen Weg zurückführen und der Rechtsentwicklung die Richtung geben, die zu dem nationalen Recht führt.

„Der Charakter des Mannes zeigt sich im Zusammenleben mit anderen“ (JustMinErl. v. 29. Juni 1933). Was haben wir unter Charakter zu verstehen und wie können wir ihn erkennen?

Charakter im weiteren Sinne ist Persönlichkeit. Sie besteht aus Stoff und Artung. Den Stoff der Persönlichkeit bilden Fähigkeiten und Begabung, das Gedächtnis als Grundlage des Wissens (Wissen ist Erinnerung), das kritische und das Kombinationsvermögen, die Schlagfertigkeit und die anderen auf dem Intellekt beruhenden Eigenschaften. Hierauf beschränkte sich die bisherige Prüfung, bei der vor allem die Feststellung des Wissens, also die Stärke des Gedächtnisses, einen breiten Raum einnahm. Die andere Seite des Charakters ist seine Artung, die wir als *Gesinnung* bezeichnen. Sie ist die ethische Seite der Persönlichkeit. Ihr ist bisher in der Ausbildung und in der Prüfung keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen worden. Zwar enthielten die Zeugnisse der Ausbildungsstationen eine Auskunft über die Führung. Der Kontakt zwischen Referendar und seinem dominus war aber so lose, daß die Führungszeugnisse zur Beurteilung des Charakters nicht ausreichten.

Die Gesinnung geht zurück auf das Gewissen. Wie das Gewissen der Wächter des Individuums ist, so reguliert es auch die Gemeinschaft. Das ist das soziale Gewissen, das *Volksgewissen*, und dieses ist der Schöpfer des Rechts. Das hatte die Rechtsentwicklung seit der Rezeption des justinianischen Rechts verkannt, und so wurde unser Rechtsleben von jenem logischen Mechanismus beherrscht, dessen Kälte und Seelenlosigkeit wir alle empfunden haben, so ist jene tiefe Kluft zwischen Volk und Justiz aufgerissen worden, unter der alle gelitten haben. Die neue Staatsführung hat erkannt, daß die äußere Rechtsordnung, wie sie im Gesetz zum Ausdruck kommt, nicht ausreicht, um Recht zu schaffen. Denn die äußere Rechtsordnung bedarf der ständigen Bewegung durch die Welt der sittlichen Gemeinschaft, die ihr erst Ziel und Sinn gibt. Ohne die sittliche Gesinnung der das Recht anwendenden Juristen ist die äußere Rechtsordnung seelenlos und volksfremd. Darum ist es die Forderung der Gegenwart, die Gesinnung im Juristen zu wecken und zu pflegen.

Diese ethische Seite des Charakters zeigt sich im Zusammenleben mit anderen. Denn unser Dasein ist Sein mit anderen. Unser Leben ist auf das unserer Mitmenschen bezogen. Wir sind voneinander abhängig und bedingt. Das kommt uns in der engeren Gemeinschaft klar zum Bewußtsein. In ihr lebt jeder zugleich für den anderen. Die Gemeinschaft hat die Ordnungen geschaffen, in denen das geschichtliche Leben der Menschen in Ehe, Sippe und Volk, in Wirtschaft, Kultur und Recht verläuft. Die

Gemeinschaft hat die menschliche Arbeit in Berufe gegliedert. Der Beruf gibt uns unseren Nächsten in der Gemeinschaft. Diese entwickelt die Tugend, ohne die das menschliche Zusammenleben nicht möglich ist, die Umgänglichkeit mit ihren beiden Seiten, der Offenheit und der Verträglichkeit. Die Offenheit liegt zwischen der Verschllossenheit und der zudringlichen Geschwätzigkeit oder Indiskretion, die Verträglichkeit zwischen der Rechthaberei oder Intoleranz und der Liebedienerei (man denke an den klassischen Dialog zwischen Samlet und Polonius über die Wolfe). Wer rechthaberisch ist und anderes Wesen und andere Ansicht nicht achtet und gelten läßt, verletzt die Konventionen der Gemeinschaft, deren Fundament die gegenseitige Achtung der Genossen ist. Die Achtung vor dem Anderssein, die auf dem Bewußtsein der Selbstständigkeit und Unantastbarkeit des Wesens und des Lebenskreises des Nächsten beruht, bezeichnen wir als Ehre. Sie ist der sittliche Wert der Persönlichkeit im Urteil der Gemeinschaft. Sie bedeutet den Wert, den der Einzelne kraft der Zugehörigkeit zu seinem Stande trägt. Diese äußere Ehre, die Standeschre, die verletzlich und verlierbar ist, bedarf des Schutzes durch die Gemeinschaft. Wer die Achtung seinem Nächsten versagt, ist selber der Standeschre und des Schutzes der Gemeinschaft nicht würdig.

Die Verwirklichung der Gemeinschaft ist die Liebe zum Nächsten, d. h. die Bereitschaft, ihm zu dienen und ihm zu helfen. Sie beseitigt den Dünkel und die künstlichen Klassenunterschiede einer überwundenen Weltanschauung und schafft die Volksverbundenheit, wie sie die nationalsozialistische Ideenwelt erstrebt: einer für alle, alle für einen. Wie Plato den Staat als einen Menschen im Großen angesehen hat, zu dem sich die einzelnen Bürger wie die Glieder zum Leibe verhalten, so hat uns der neue Staat unsere Volks- und Schicksalsverbundenheit und unser Volkstum zum Bewußtsein gebracht. Die Einheit des geistigen Lebens, die Einheit des geschichtlichen Erlebens und die Einheit der Verehrung der Helden und Führer des Volkes in Kampf und Sieg wie im friedlichen Wert soll die Volksgenossen zu gleichem Empfinden, Denken und Glauben, zu gleichgerichteter Gesinnung verbinden. Darin liegt der tiefe Sinn und das Ziel der Gemeinschaft.

Erkennbar wird die Gesinnung durch das Benehmen und Handeln des Einzelnen, vor allem auch durch die Sprache. Sie offenbart unser Denken, Fühlen und Wollen. Im Gemeinschaftslager ist Gelegenheit gegeben, durch Vortrag und Diskussion allgemeinen Themen, deren Stoff jeder in sich trägt, die Gesinnung zu ergründen. Welcher gebildete Mensch sollte nicht über das deutsche Märchen, die Sage, das Volkslied sprechen können? Solche Veranstellungen im Lager schließen ein gemeinames Band um alle, und es wird die Offenheit erzeugt, aus der das Wesen des Charakters nach seiner ethischen Seite erkennbar ist. Wer sich einfügt in die Verbundenheit der Gemeinschaft, ist die Persönlichkeit, die der neue Staat für seine Ziele braucht.

N. F. Kersten, Berlin.

Die Kosten eines zurückgewiesenen Rechtsbeistandes sind nicht erstattungspflichtig.

Die Frage der Erstattungspflichtigkeit der Kosten zurückgewiesener Rechtsbeistände ist von maßgeblicher Bedeutung nicht zuletzt im Hinblick auf die Vfg. des Pr. Just. Min. v. 5. Mai 1933.

Sie macht den Richtern zur Pflicht, nachzuprüfen, inwieweit im Interesse der Aufrechterhaltung der Autorität der Rechtspflege Personen nichtarischer Abstammung als Prozeßagenten (Bevollmächtigte, Beistände) zugelassen sind.

Nach § 157 ZPO. kann der Richter nach freiem Ermessen Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen. Das jedoch nur von der mündlichen Verhandlung. Der Richter hat aber nicht die Befugnis, ihnen den Geschäftsbetrieb zu untersagen. Dieses Recht obliegt vielmehr der Ortspolizeibehörde nach §§ 35, 54 GewO.

Diese nach dem geltenden Recht nur „von der mündlichen Verhandlung“ wirkende Zurückweisung führt praktisch zu dem Verbot der Anhebung ihres wirtschaftlichen und ideellen Zweckes und damit der angeführten Justizministerialverfügung. Die Ersatzung gerade bei dem RG. Berlin-Mitte nämlich lehrt, daß zurückgewiesene Rechtsbeistände auch ungeachtet wiederholt ausgesprochener Zurückweisung ihre Praxis weiterführen, Klagen einreichen und als Prozeßbevollmächtigte zeichnen. Wie denn herrschender Ansicht nach die Vollmacht des Zurückgewiesenen bestehen bleibt.

Das bedeutet, daß die zurückgewiesenen Rechtsbeistände ihre Beistandsgeschäfte dem wirtschaftlichen Erfolge nach ungehindert nur mit der Einschränkung fortbetreiben, daß sie eben nicht vor Gericht auftreten dürfen.

Diesem auch nicht i. S. der Gleichhaltungsgesetze liegenden Mißstand muß und kann schon im Rahmen des geltenden Rechtes

zum Schutze der rechtsuchenden Bevölkerung und zur Aufrechterhaltung der in jedem Richterentscheid verkörperten Staatsautorität wirksam entgegengetreten werden.

Die 27. ZR. des RG. I Berlin erklärt in ständiger Rechtsprechung (so 29 T 62/30, 29 T 400/30, 29 T 1284/30 u. a.) die Kosten eines Rechtsbeistandes nur dann für erstattungspflichtig, wenn es sich um einen gewerbsmäßigen Rechtsbeistand handelt — das ist ein Rechtsbeistand, welcher von seinem Gewerbebetrieb gem. § 35 GewO. der zuständigen Behörde Anzeige gemacht hat und den Vorschriften des RStG. v. 12. Mai 1920, 10. Juni 1920 und 19. Dez. 1927 (MBlStG. v. 1920, 134, 186; 1927, 450) genügt, die für den Gewerbebetrieb der Personen aufgestellt worden sind, die fremde Rechtsangelegenheiten und bei Behörden wahrzunehmende Geschäfte besorgen — und wenn er in seiner Eigenschaft als gewerbsmäßiger Rechtsbeistand aufgetreten ist, d. h. also auftreten durfte.

Sie legt sonach mit gutem Grunde maßgebenden Wert vor allem darauf, daß der Rechtsbeistand die Rechte seiner Partei in dem grundsätzlich mündlichen Verfahren vor Gericht vertreten hat.

Bei allen anderen Personen — von Anwälten abgesehen — versagt sie die Erstattungspflichtigkeit mit dem zutreffenden Bemerkten, daß deren Tätigkeit als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig nicht angesehen werden könne.

In zwangloser Fortentwicklung dieser auf § 91 ZPO. gegründeten Rechtsprechung sind i. S. dieser Bestimmung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig nur die Kosten der Beiziehung eines zugelassenen (d. h. nicht zurückgewiesenen) Rechtsbeistandes oder Rechtsanwaltes, also von Personen, deren Zulassung bei Gericht schon äußerlich zu erkennen gibt, daß es sich um Rechtskundige handelt, denen die Bevölkerung die Wahrnehmung ihrer Interessen ruhig anvertrauen darf. Nicht notwendig und damit nicht erstattungspflichtig sind aber die Kosten von zurückgewiesenen Rechtsbeiständen.

In diesem Vorgehen liegt für die Rechtsuchenden um deswillen keine Härte, weil sie in jedem Einzelfalle von der Zurückweisung des Rechtsbeistandes Nachricht erhalten und sich durch die zahlreich vorhandenen zugelassenen Anwälte und Beistände vertreten lassen können. Davon abgesehen, wird diese Übung sehr bald bekanntwerden und das Publikum in jedem Falle zu der bisher nicht selten vernachlässigten Prüfung der Vertrauenswürdigkeit seines Rechtsberaters veranlassen.

Dadurch werden ungeeignete Personen ausgeschlossen. Auch wird das Vertrauen zur Rechtspflege gestärkt, zumal es ersatzungsgemäß oft gerade zurückgewiesene Rechtsbeistände gewesen sind, welche durch Querulieren Unruhe in Volk und Gerichte getragen haben.

Darüber hinaus empfiehlt es sich, der zuständigen Gewerbe-polizei jede erfolgte Zurückweisung eines Rechtsbeistandes mitzuteilen, um ihr im Wiederholungsfalle Gelegenheit zur rechtzeitigen Unterzählung der Gewerbeausübung zu geben.

Die abweichende Ansicht würde dagegen notwendig zur Folge haben, daß auch solchen Rechtsanwaltschaften bzw. Rechtsbeiständen Gebühren festzusetzen wären, welche aus dem Anwaltsstande ausgeschlossen bzw. wegen Unzuverlässigkeit oder aus sonstigen Gründen zurückgewiesen, nur nicht vor Gericht persönlich auftraten, wohl aber ihre Praxis weiterführten.

Das aber ist mit ordnungsgemäßer Rechtspflege unvereinbar.

OGA. Dr. Dahl, Berlin.

Ersatzansprüche unbeteiligter Dritter bei polizeilicher Vorladung.

Gemäß § 17 Abs. 1 Pr. Pol. Verw. G. v. 1. Juni 1931 sind die Polizeibehörden nur befugt, die Vorladung von Personen im Zwangswege durchzuführen, soweit diese Maßnahme zur Ermittlung oder Aufklärung einer Handlung oder Unterlassung erforderlich ist, die den Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens rechtfertigt.

Nicht entschieden ist bisher die Frage, ob die Polizei Zeugen, die sie zu Ermittlungs- oder Aufklärungszwecken vorgeladen hat, für Schäden infolge Arbeitsverlustes und für Auslagen zu entschädigen hat. In der Verwaltungsrechtslehre ist die Frage — von einigen wenigen Stimmen abgesehen —, im allgemeinen verneinend beantwortet worden (vgl. zu dieser Frage, Drems: R. u. Pr. Verw. Bl. 52, 6; Klaußener, Ann. 11; Schäfer, Ann. 5). Die Versagung eines Ersatzanspruches erscheint indessen nicht gerechtfertigt. Als Anspruchsgrundlagen kommen unseres Erachtens sowohl § 71 StPO. als auch §§ 21, 70 Pol. Verw. G. in Betracht. Dabei kann für die Ersatzpflicht nicht ins Gewicht fallen, ob die Vorladung der eigenen Initiative der Polizei entspringt, oder auf Grund eines Ersuchens der Justizbehörde —, insbes. der Staatsanwaltschaft erfolgt. Zunächst ist die Ersatzpflicht nach § 71 StPO. zu bejahen. Zwar bestimmt § 71 StPO., daß jeder von

dem Richter oder der Staatsanwaltschaft geladene Zeuge nach Maßgabe der GebD. Anspruch auf Entschädigung aus der Staatskasse hat. Allein die Formulierung des Gesetzes kann nicht entscheiden. Wenn nach § 161 StPD. der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren freigestellt wird, die Ermittlungen jeder Art selbst vorzunehmen oder durch die Behörden des Polizei- und Sicherheitsdienstes vornehmen zu lassen, so muß diese Bestimmung Wegweiser sein für die Auslegung des § 71 StPD. Es kann daher keinen Unterschied machen, ob die Staatsanwaltschaft selbst, oder ihr Hilfsorgan, die Polizei, die Ladung vornimmt. Der Begriff Staatsanwaltschaft ist für § 71 StPD. im weitesten Sinne zu fassen. Staatsanwaltschaft ist hier die Strafverfolgungsbehörde mit den ihr zugewiesenen Hilfsbeamten. Trägerin des kriminalpolizeilichen Interesses des Staates ist die Staatsanwaltschaft. Anordnungen, in welchen die Ortspolizei lediglich als Organ der Staatsanwaltschaft handelt, gehören schon der Natur der Sache nach zum Befinden der Staatsanwaltschaft selbst oder derjenigen Instanzen, welchen das Recht der Aufsicht und Leitung über diese zusteht (§ 148 GG.; so OBG. 26, 390; 87, 290).

Weiter ist die Erfassungspflicht aus den §§ 21, 70 PolVerwG. zu begründen. Der Staatsbürger, der zur Aufklärung von Straftaten als Zeuge vorgeladen wird, ist von polizeilichem Gesichtspunkt aus betrachtet „ein unbeteiligter Dritter“. Durch sein etwaiges Wissen um die näheren Umstände des verübten Deliktes wird der unbeteiligte Dritte nicht zum Störer. Die Störung ist durch die Straftat verursacht worden. Sie dauert an, bis die Tat ihre restlose Aufklärung und Sühne gefunden hat. Bei der zu Zwecken der Aufklärung der Straftat erfolgten Vorladung eines Dritten erscheint dieser als Nichtstörer. Der ihm hierdurch erwachsene Schaden ist ihm daher gem. §§ 21, 70 PolVerwG. zu ersetzen. Zutreffend würdigt in diesem Sinne die Rechtslage Franzen (Zeitschrift f. PolVerwG. § 17 S. 227), indem er ausführt: „Zur Befreiung einer eingetretenen Störung darf man nicht nur die Abwendung der tatsächlichen Gefahren, die der Störungszustand in sich birgt, rechnen, sondern nach unserer Rechtsauffassung gehört in gleichem Umfange auch die Aufklärung der durch eine Straftat verursachten Störung dazu.“

Al. Dr. Wilhelm Weimar, Köln.

Sind § 278 und § 831 bzw. deren Rechtsgedanken im Rahmen des § 839 BGB. anwendbar?

Das RG. hat den von ihm neuerdings mit Entschiedenheit vertretenen Standpunkt, daß im Rahmen des § 839 BGB. für die Anwendung der Bestimmung des § 831 oder der des § 278 kein Raum sei, in dem Urteil v. 17. Mai 1933 (unten S. 1766³) erneut bestätigt. Ohne die Frage erschöpfend behandeln zu wollen, sei auf einige Bedenken doch hingewiesen:

I. Eine Haftung für Verschulden eines Gehilfen kommt nach dem Urteil nicht in Betracht. Das entspricht zunächst dem Wortlaut des § 839 („wenn ein Beamter die ihm obliegende Amtspflicht verletzt“). Der gleichen Auffassung ist auch das Urteil ZW. 1910, 1004¹⁴ und das angezogene weitere Urteil V 48/33 v. 29. April 1933, während das gleichfalls angeführte Urteil V 436/32 die Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Veräumnis in einem Anwaltsbüro behandelt, für die Notarhaftung also nicht verwertet werden kann.

Die zunächst dem Wortlaut des § 839 entsprechende Auslegung steht aber schon bei der Berücksichtigung des § 78 GGWB. auf Schwierigkeiten. Wenn, wie nach dieser Vorschrift, Landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben, nach welchen die Beamten für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehilfen in weiterem Umfang als nach dem BGB. haften, so muß daraus geschlossen werden, daß auch nach dem BGB. eine Haftung für Gehilfen angenommen werden kann. Die Vorschrift bezieht sich auch auf § 839 BGB., da im übrigen die Haftung des Staates für seine Beamten außerhalb der Ausübung öffentlich-rechtlicher Gewalt sich auch nach Vertragsrecht und allgemein gültigen Bestimmungen richtet (§§ 31, 89 823 ff. BGB.).

Ein weiteres Bedenken ist auch zu erheben gegen die Auffassung, daß die höchst persönliche Natur der Amtspflicht bedinge, daß sie durch Gehilfen nicht ausgeübt werden könne.

Die Grundbucheinsicht gehört nach jegiger Auffassung schlechthin zu den Amtspflichten des Notars, ebenso die Einreichung von Urkunden bei Gericht (so Urteil V 48/33 ganz allgemein, ebenso OBG. Zena: ZW. 1932, 2164 und RG.: ZW. 1933, 1056, auch RG.: DMotZ. 1933, 443, V 44/33 v. 10. Mai 1933). Entsprechend gehört z. B. beim Gerichtsvollzieher die Aufgabe der zuzustellenden Postsendungen bei der Post, also gegebenenfalls der Einwurf in den Briefkasten, zur Amtspflicht, die mit der Zustellung verknüpft ist.

In früheren Entscheidungen (vgl. ZW. 1915, 1193; 1919, 241 f. und zustimmende Anmerkung von Oberneck) ist eine Amtspflicht auf Grundbucheinsicht — die Entscheidung betraf einen preussischen

Notar — schlechthin gелеignet und dafür ein besonderer Dienstvertrag, zu beurteilen nach bürgerlichem Recht, angenommen. So scheint auch Salman: ZW. 1911, 78 ff. Gehilfenfähigkeit als stets nach bürgerlichem, nach Dienstvertragsrecht, geleistet anzusehen. Dann wird natürlich für den Gehilfen auf Grund des § 278 BGB. gehaftet. So auch Oberneck a. a. O.

Ist die Amtspflicht höchstpersönlich, so kann sie nur durch den Notar selbst ausgeübt werden. Dann würde die Tätigkeit, die auch durch Gehilfen vorgenommen werden kann, nicht Inhalt der Amtspflicht sein können. Denn sonst ergäbe sich das erstaunliche Ergebnis, daß die Erledigung einzelner Teile des Geschäftes durch den Notar selbst als Erfüllung seiner Amtspflicht, die Erledigung durch den Gehilfen aber weder als Vertragserfüllung (mit wem sollte auch ein Vertrag geschlossen sein?) noch als Amtspflichttätigkeit (der Gehilfe hat ja keine Amtspflichten) angesehen werden könnte.

Ein solches Ergebnis würde zunächst in Einzelfällen die Aufklärung des Tatbestandes (beweispflichtig ist in vollem Umfang der N. [RG.: ZW. 1933, 1057², gegen RG. III 78/30]) außerordentlich erschweren. Das Ergebnis wäre aber auch grundsätzlich und vom Standpunkt der Billigkeit aus nicht zu rechtfertigen. Die verschiedenartige Beurteilung gleichartiger Tätigkeit nach dem Maßstab, ob vom Notar oder dessen Bürovorsteher, ob vom Gerichtsvollzieher oder dessen Gehilfen vorgenommen, widerspricht auch dem in ständiger Rechtsprechung im übrigen beachteten Grundsatz, daß die Art der Tätigkeit, nicht die Person, entscheidet, ob Amtstätigkeit vorliegt. Der Bürger ist bei Ausübung öffentlich-rechtlichen Amtes ein — wenn auch schutzbefohlenen — Objekt. Das wird auch dadurch nicht anders, daß ein bestimmter technischer Teil des Amtsgeschäftes durch einen nichtbeamteten oder dafür nicht angestellten beamteten Gehilfen ausgeübt wird. Diese Unterscheidung der Tätigkeit findet sich denn auch in den Entscheidungen nirgends ausgesprochen.

Die logische Folge dieser Auffassung wäre auch die, daß bei zufälliger Zuziehung eines für den Geschäftskreis nicht bestimmten Beamten für diesen eine Haftung weder nach § 839 noch nach anderen Bestimmungen überhaupt eintritt (vgl. Delius, AFG. 149 und Note 1 daf.; OBG. Düsseldorf: ZBR. 1, 147 a. N.; RG.: Höchst-Rspr. 28, 1244).

Endlich würde diese Unterscheidung nach der Person des Tätigen weitere praktische Folgen haben müssen. Daß der Kläger beweispflichtig dafür ist, daß der Notar fahrlässig gehandelt hat, indem er Einreichung der Urkunde oder Einsicht des Grundbuchs dem Bürovorsteher überlassen hat, mag wohl hingehen. Hier ist — interessanterweise — bisher mit einer Vermutung geholfen: vom Notar ist — ohne Erörterung, daß es sich dabei um Widerlegung eines prima-facie-Beweises handele — verlangt worden, daß er geprüftes Personal beschäftige und es geeignet überwache. Es ist also aus der unaufgeklärten Veräumnis die Verletzung dieser Pflicht stillschweigend gefolgert. Praktisch steht das der Anwendung des § 831 BGB. bereits ziemlich gleich.

Bedenklicher aber ist, daß die Einschränkung der Haftung für den Gehilfen dazu führen muß, möglichst weitgehend Aufgaben an Gehilfen zu übertragen, weil für diese im Rahmen des § 839 ja nicht gehaftet werden soll.

II. Diese Bedenken rechtfertigen es, dem Standpunkt des RG. etwas nachzugehen.

Richtig ist, daß bei Amtspflichtverletzung eine Haftung nach den Bestimmungen der §§ 823 ff. ausgeschlossen ist (vgl. Delius: AFG. 87, 144; RG. 100, 287; Dertmann § 839 Anm. 2c; Staudinger § 839 Anm. 3 [dieser a. N. für § 826 und teilweise für § 823 Abs. 1]).

Grund ist, daß die unerlaubte Handlung in § 839 eine andere Normierung gefunden hat als in §§ 823 ff. Damit allein aber kann die Unanwendbarkeit des § 831 nicht gerechtfertigt werden. Denn diese Vorschrift bestimmt nicht die Rechtsfolge eines unerlaubten Tatbestandes, sondern besagt nur, daß bei bestimmter Verbindung zwischen Schädiger und einem Dritten („zu einer Verrichtung bestellt“) dieser Dritte dem Geschädigten ersatzpflichtig wird, wenn er nicht die nach Art der Tätigkeit verschiedenen zu bemessende Sorgfalt bei der Auswahl und Überwachung beweist.

Der Wortlaut scheint mir aber nach den Ausführungen zu II nicht entgegenzustehen. Auch andere Vorschriften aus dem Gebiet der unerlaubten Handlung werden auf § 839 angewandt, so die Bestimmungen der §§ 842 ff. (Staudinger, Anm. 3 und RG. 94, 103 ff.) und insbes. die Vorschrift des § 827 Satz 1 u. 2, die z. B. auch bei Landesgefehen angewandt wird, die eine entsprechende Vorschrift in ihr AFG. nicht oder etwa nur teilweise (Satz 1!) übernommen haben (vgl. Delius S. 53 für N. 61 BayWVGWB. und die weiteren Ausführungen über Landesgesetze S. 60 ff.; vgl. weiter Delius: AFG. 90 u. 125 — für schuldloses Verschulden des Grundbuchbeamten —, auch S. 151).

Die Meinungen im Schrifttum und in der Rechtsprechung über die Anwendbarkeit des § 831 gehen weit auseinander. Für anwendbar halten die Bestimmungen im Rahmen des § 839: Lange: ZW. 1928, 1846; Staudinger N. 78 Anm. 2b, während zu § 839

Ann. 3 ohne eigene Stellungnahme die verneinende Auffassung des RG. wiedergegeben wird; früher auch RGRonun. § 839 Note 1; vgl. Delius: Recht 13, 495 und 16, 580; NSG. S. 300 a. U., 345.

In früherer Rechtsprechung ist die Anwendbarkeit der Bestimmungen nicht ausdrücklich verneint. Die Entscheidung RG.: JW. 1921, 238 enthält nach der Anmerkung von Ostermeyer den Satz: „Er (der Notar) muß sich einen tüchtigen Vertreter aussuchen.“ Das würde für die Anwendung des § 831 sprechen. Die Entscheidung RG.: JW. 1916 (nicht 1915 wie JW. 1921 angeführt), 313 = 87, 347 besagt nur, daß § 823 nicht neben § 839 angewandt werden könne.

Verneinend ist von der älteren Rechtsprechung JW. 1910, 1004.

Die Anwendung des § 831 erscheint aber nicht dem Sinne des Gesetzes gemäß. § 831 sieht eine Haftung für den Fall vor, daß jemand, der zu einem Dritten in einem Unterordnungsverhältnis steht, gerade über seine Aufgabe hinausgeht. Der Bürogehilfe bleibt aber in deren Rahmen, erledigt sie nur unrichtig. Für derartige Tätigkeit wird bei vertraglichen Beziehungen gemäß § 278 gehaftet.

Diese Vorschrift kann auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen nach ständiger Rechtsprechung Anwendung nicht finden (so RG. 119, 155 mit weiterer Rechtsprechung).

Ein weiteres Bedenken ist, daß es sich bei den Amtspflichten um öffentlich-rechtliche, nicht einmal vertragsähnliche Beziehungen handelt.

Trotzdem scheint mir die unbedingte Ablehnung der Anwendung dieser Bestimmung weder bisher zureichend begründet noch mit der Rechtsprechung vereinbar.

Die unerlaubte Handlung des § 839 ist auch der „Tat“ nach eine völlig andere als die übrigen unerlaubten Handlungen: Bei ihr müssen schon vorher rechtlich erhebliche Beziehungen zwischen Berechtigten und Verpflichteten bestehen: nur wenn die Amtspflicht dem Beamten gegenüber dem Verletzten obliegt, kann er sie verletzen. Auch ohne die Verletzung und vor ihr bestehen besondere Rechtsbeziehungen, beim Notar u. a. gebührenrechtlicher Art, wobei die Frage der Natur dieses Anspruchs hier unerörtert bleiben kann (vgl. hierzu Voß: DNotZ. 33, 406 ff.).

Auf öffentlich-rechtliche Beziehungen können bürgerlich-rechtliche Vorschriften keinesfalls, auch nicht sinngemäß Anwendung finden (besonders deutlich RG. 111, 182 für § 618 BGB.). Wohl aber können und müssen Rechtsgedanken, die dem bürgerlichen Recht zugrunde liegen, auf öffentlich-rechtliche Beziehungen Anwendung finden, wenn es gilt, eine Lücke des positiven öffentlichen Rechts auszufüllen, und wenn die Anwendung eines derartigen Rechtsgedankens dem Sinn des öffentlichen Rechts nicht widerspricht.

So sind u. a. die Rechtsgedanken folgender Bestimmungen für gültig im öffentlichen Recht erklärt worden:

§§ 134, 138 Abs. 1 BGB. in RG. 134, 167 Nichtigkeit des erzwungenen Entlassungsantrages eines Beamten;

§ 278 i. Verb. m. § 618 (?) gegen eine Gemeinde gegenüber einem in ihrer Schule tätigen Lehrer, obwohl dieser vom Staat angestellt; § 618, außerdem RG. 107, 189; 111, 22, 182.

Die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung bei Zahlungen zur Abgeltung von Verpflichtungen aus dem Wohnungsg. RG. 132, 180; vgl. Delius: NSG. 84: wenn der Beamte unmittelbar den Geschädigten befriedigt, soll die Rückforderung entsprechend § 814 BGB. ausgeschlossen sein.

Verwahrungspflichten entsprechend dem BGB. bei Steuerarrest RG. 138, 42 ff., Haftung der Zollverwaltung für den Aufbewahrer RG. 115, 423.

Auch die Anwendbarkeit des § 278 ist anerkannt (Staudinger Ann. I 4; Dertmann 3a; RG. 98, 342 f.; JW. 1926, 2290 = 112, 291).

Der allgemeine Rechtsgedanke des § 278 BGB. ist der, daß derjenige, der sich der Hilfe Dritter im eigenen Interesse bedient, das auf eigene Gefahr tut (vgl. Dertmann Ann. I). Die Anwendbarkeit dieses Gedankens auf das öffentliche Recht schlechthin ist RG.: JW. 1926, 2290 mit ausführlicher und zutreffender Begründung dargelegt, während RG. 98, 342 f. (Beschädigung einer Beamtin durch Ersatzungsgelühen des Fernsprecheinnehmers beim überschnellen Drehen der Kurbel) die Anwendbarkeit ausdrücklich nur für öffentlich-rechtliche Verträge ausgesprochen war.

Mit Recht ist von Friedrichs: JW. 1926 a. a. D. auf die widersprechenden Entscheidungen zur Frage der Haftung nach dem Rechtsgedanken des § 278 BGB. bei der Aufnahme in öffentliche Krankenhäuser hingewiesen, zu Unrecht aber angenommen, daß die Ausübung öffentlicher Gewalt nur bei Polizei- oder Militärkrankenhäusern in Betracht komme. Bei der Zwangseinweisung (Weg zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten) oder der Einweisung im Wege der Armenfürsorge kommt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag überhaupt nicht in Betracht: hier handelt es sich um staatliche Fürsorge, die Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt (vgl. Fleiner S. 281; Rpr. in Note 22; RG. 91, 273; Delius: NSG. 16 i. Verb. m. RG.: JW. 1927, 1994 und RG.: JW. 1929, 2287).

Letztere Entscheidung ist besonders beachtenswert, weil ein Unterschied, ob zahlende Kranke oder nichtzahlende aufgenommen werden,

nicht gemacht wird (Bewilligung des Armenrechts gegen einen Unfallarzt).

Ist bei der Entscheidung JW. 1926, 2290 der Rechtsgedanke des § 278 BGB. mit Recht zur Anwendung gekommen, so ist jedenfalls der Standpunkt des RG., daß für diesen Rechtsgedanken im Rahmen des § 839 BGB. kein Anwendungsraum sei — das RG. spricht abgekürzt von der Anwendung des § 278 —, in dieser Allgemeinheit nicht aufrechtzuerhalten, weil auch dort nur eine unerlaubte Handlung in Betracht kommen konnte.

Er erscheint mir aber auch für die Notar- ebenso wie für die Gerichtsvollzieherhaftung nicht richtig. Lagen bei diesen Beamten nur Pflichten gegenüber der Allgemeinheit vor, so fehlte es an den Voraussetzungen des § 839 (RG. 118, 327), wie an denen einer Anwendung des § 278 BGB. verkörperten Rechtsgedankens (so zutreffend RG. 113, 296 bei Verletzung der Streupflicht). Da es sich aber bei Gerichtsvollziehern und Notaren um die Verletzung bestimmter Pflichten bestimmten Personen gegenüber handelt, so liegt m. E. kein Anlaß vor, den durch die Gehilfen dieser Personen geschädigten Bürger anders zu behandeln, als den durch den Hilfspersonen im öffentlichen Krankenhaus rechtswidrig Verletzten.

Das entspricht schließlich auch dem Sinn der Beamtenhaftung, über den es in RG. 105, 335 heißt: „Die gesetzliche Anordnung der Staatshaftung ist aus der Erwägung hervorgegangen, daß der Staat, der die Beamten mit obrigkeitlichen Befugnissen ausstattet und solche durch sie ausüben läßt, für die hierbei vorkommenden Verfehlungen dieser seiner Organe einstehen muß.“

Kann nun ein Teil derartigen Befugnisse von einem nicht-beamteten Gehilfen ausgeführt werden, ohne daß dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben wäre, sich dagegen zu wehren (im allgemeinen erfährt er von dieser Teilung überhaupt nichts), so entspricht auch die Anwendung des allgemeinen Rechtsgedankens des § 278 BGB. dem Zweck der Beamtenhaftung ebenso wie den Grundsätzen der Billigkeit.

Diese Anwendung schützt auch vor dem durch Zufall bedingten Ergebnis, daß der Notar oder der Gerichtsvollzieher im einen Falle für sich unbedingt, im anderen für den Gehilfen grundsätzlich überhaupt nicht haftet. Es ist auch ausgeschlossen, daß selbst ein Beamter nicht haftet bzw. für ihn nicht gehaftet wird, wenn er zwar befugterweise zugezogen ist, aber das Amtsgeschäft an sich nicht in den Bereich seiner Zuständigkeit fällt (so Delius: NSG. 149 Note 1) oder daß der Geschädigte das Unglück hat, daß die betreffende Hilfsperson gerade zufällig nur für diese Amtshandlung zugezogen war (vgl. Delius 84; Brand 616). Die hier vertretene Auffassung ist übrigens auch schon von Delius: Recht 13, 501 ausgesprochen: „Das Versehen der Gehilfen, deren sich ein Beamter befugterweise oder nicht bedient, gilt rechtlich als eigenes Verschulden“, um dann allerdings fortzufahren: „Ist der Gehilfe befugterweise angenommen, so haftet der Beamte vielleicht nur gemäß § 831.“

Der Widerspruch ist offensichtlich, er ist bei Anwendung des Rechtsgedankens des § 278 BGB. zu vermeiden, ebenso auch die Zufälligkeit des Ergebnisses.

Für die in RG. 130, 98 mit weiterer Rechtsprechung ausgesprochene Einschränkung, daß der Rechtsgedanke des § 278 nur insoweit Anwendung finde, als die öffentlich-rechtliche Entsprechung der Verpflichtungen nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sind, fehlt es an hinreichendem Grund; der Unterschied ist auch vom RG. nicht gewahrt, mir scheint diese Beurteilung auch unrichtig und die der Ausfüllung der Gesetzeslücke glücklicher und der klaren Scheidung zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht dienlicher.

RA. Hermann Carl, Düsseldorf.

Zwischengebilde im geistig-gewerblichen Rechtsschutz.

Formen, Gruppierungen, Einteilungen sind notwendig; sie dürfen aber nicht als ausschließliche „Wahrheiten“ genommen werden, sonst wird Formalismus daraus. Das, was sich nicht restlos einordnen läßt, ist deshalb nicht etwa schon unbrauchbarer Abfall. Im Gegenteil: in Überschlüssen, Überschneidungen und Zwischengebilden zeigt sich oft der wahre Sinn eines größeren Rechtsgedankens. Das erscheint besonders eindringlich auf dem Gesamtgebiet der Urheberrechte und gewerblichen Schutzrechte. Eine größere Anzahl höchst richtiger Entscheidungen legte solche Frage und solche Untersuchung nahe. Auf Vorschlag der Schriftleitung der JW. gebe ich im folgenden einen kurzen Bericht aus einer längeren Abhandlung, die ich unter dem Titel „Überschneidung, Überschuß und Zwischengebilde innerhalb des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes“ („Die Lehre vom realen Zwischenraum“) im Juliheft 1933 (S. 531—545) der Zeitschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“ veröffentlicht habe.

Es handelt sich dabei nicht um Grenzvermischungen, sondern um die wichtige Klärung materieller, mit lediglich formalistischer Prüfung nicht erkennbarer Zwischenräume, die nur bei schärfster methodischer Abgrenzung der gesetzlich umgrenzten Einzelgebiete

sichtbar werden. Schon innerhalb des Urheberrechts gibt es solche realen Zwischengestaltungen (z. B. Kunstschutz und Musterrecht), weit mehr noch zwischen Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, Persönlichkeitsrecht, technischen Rechten usw.; es sei nur erinnert an den Adressbuchschutz, den Titelschutz, den Konstruktionschutz, die Rechtsfragen bei Fassimilausgaben, Abwägung der Merkmale „Zweckmäßigkeit“ und „ästhetischer Wert“ im Musterrecht, „Klavische Nachahmung“ und „Verkehrsgeltung“ — alles Erscheinungen, bei denen die Schutzwürdigkeit sich aus mehreren Sparten des Gesamtgebietes des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes ergibt. In einen gewissen Gegensatz zu diesen Erscheinungen treten die unbestimmteren — und doch realen — Zwischengebilde, die über die Grenzen einer bestimmten Schutzgruppe hinausgehen und anscheinend ins Leere fallen — anscheinend, während sie in Wirklichkeit ihren Schutz aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung des Gesamtgebildes nehmen und gerade deshalb so wichtige Zeugnisse für diesen gemeinsamen geistigen Gehalt einer nur zufällig (und praktisch) in Schubfächern geordneten Gesetzgebung sind. Hier kommen — um nur einige wenige Beispiele zu nennen — u. a. die Gegenstände der RG.-Entscheidungen: RG. 115, 180 (Gernegroßpuppen); 101, 1 (Siegfriedmöbel); 135, 385 (Kranzblumen); JW. 1932, 1881 (Dekor 1937) in Betracht. Es handelt sich dort um Dinge, bei denen vielleicht der Rechtsschutz aus einer Sparte des zusammenhängenden Gesamtgebietes des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes nicht voll erreicht scheint, aber die Schöpfung doch zugleich so nahe an die Grenzen des einen sowie anderer Einzelschutzgebiete heranreicht, daß diese kumuliert ihn als reales schutzfähiges Zwischengebilde erscheinen lassen.

Welche praktische Bedeutung diese Besinnung auf den unmittelbaren Sinn und Zweck einer in der Rechtsordnung niedergelegten, aber nicht formalistisch beweisbaren Auffassung hat, wie sie gerechtermaßen zu der Gewährung immanent vorhandener Rechte führt und insofern einen über dieses Sondergebiet hinaus ragenden Auslegungssatz bedeutet, das kann nur an näherer Betrachtung der Beispiele und Fälle nachgewiesen werden, wie es in der genannten Abhandlung geschehen ist. Die Ausführungen dienen nicht nur dazu, eine Reihe von RG.-Entscheidungen über solche immerhin schwierigen Grenzfälle zu bekräftigen, und zwar mit z. T. veränderter Begründung, sondern auch dazu, den Blick für allgemeinere Rechtsgrundsätze zu schärfen, die aus Sinn und Zweck von Gesetzesworten herausgelesen werden. Solche Anschauung ist auch auf anderen Gebieten analog anwendbar.

Dr. Alexander Elster, Berlin.

Zur Herabsetzung des Kapitals von Hypothek und Hypothekensforderung durch Zwangsvergleich im Entschuldungsverfahren nach dem Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. Juni 1933.

Nach § 29 des Ges. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse v. 1. Juni 1933 können ohne Zustimmung des Gläubigers Forderungen gekürzt werden. Nach § 104 finden die Vorschriften des Gesetzes über hypothekarisch gesicherte Forderungen auf alle Grundpfandrechte Anwendung. Diese Bestimmung hat zwar in erster Linie nur die Frage der Möglichkeit einer Herabsetzung von Grundschulden und der durch sie gesicherten Forderungen regeln wollen. Sie kann jedoch zwanglos auf die Herabsetzung des Kapitals einer Hypothek angewendet werden, und zwar dahin, daß die Hypothek in demselben Umfang wie die durch sie gesicherte Forderung herabzusetzen ist. Dadurch wird das wirtschaftlich untragbare Ergebnis vermieden, daß durch die Kürzung der Hypothekensforderung eine Eigentümergrundschuld entsteht (§ 1163 BGB.).

Zweifelhafter ist die Behandlung der Fälle, in denen persönlicher und dinglicher Schuldner bei der Hypothek auseinanderfallen. Der wichtigste Fall ist der, daß der Inhaber des Entschuldungsbetriebes das Grundstück durch Kauf erworben, die auf ihm lastenden Hypotheken übernommen, der Gläubiger aber die Schuldübernahme nicht genehmigt hat. Eine Kürzung der durch die Hypothek gesicherten Forderung nach § 29 ist nicht möglich, da das Entschuldungsverfahren sich nicht gegen den Schuldner dieser Forderung richtet. Zulässig ist nach § 29 dagegen eine Kürzung der durch die nicht genehmigte Schuldübernahme entstandenen Erfüllungsanspruchs des Verkäufers gegen den Betriebsinhaber. Ferner kann nach § 104 das Kapital der Hypothek herabgesetzt werden. Blicke die durch die Hypothek gesicherte Forderung unverändert bestehen, so würde das dem Zweck des Entschuldungsgesetzes widersprechen, rechtlich klare und wirtschaftlich vernünftige Rechtsverhältnisse zu schaffen. Hinzu kommt, daß eine Herabsetzung der durch die Hypothek gesicherten Forderung ohne weiteres möglich wäre, wenn der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigt hätte.

Ein wirtschaftlich brauchbares Ergebnis kann durch ausdeh-

nende Auslegung des Begriffs des Mitschuldners im § 35 erzielt werden. Nach dieser Bestimmung wirkt die Herabsetzung der Forderung auch für einen Mitschuldner. Damit soll erreicht werden, daß wirtschaftlich gleichliegende Verhältnisse rechtlich gleich behandelt werden. Diesem Zweck des Gesetzes wird man nur gerecht, wenn man unter den Begriff des Mitschuldners auch das zwischen Verkäufer und Betriebsinhaber bestehende Rechtsverhältnis fallen läßt. Schließt man sich dieser Auslegung an, so kann die durch Hypothek gesicherte Forderung ebenso gekürzt werden wie die Hypothek und der Erfüllungsanspruch des Verkäufers gegen den Betriebsinhaber.

Hat der Betriebsinhaber die Hypothek für die Schuld eines Dritten bestellt, so ist nach § 104 die Kürzung der Hypothek zulässig. Für eine Kürzung der gesicherten Forderung kommt nur § 35 in Betracht. Ihn auf diesen Fall anzuwenden, erscheint jedoch nicht angängig. Dinglicher und persönlicher Schuldner können, wenn nicht ein Erfüllungsanspruch wie in dem vorigen Falle hinzukommt, nicht als Mitschuldner angesehen werden. Wirtschaftliche Erwägungen zwingen hierzu nicht.

Mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz wegen seiner Eigentart in seinen Grundzügen auch weiten Kreisen Rechtsunkundiger möglichst verständlich sein muß, wäre es zu wünschen, daß die hier behandelten Fragen in einer Durchf. D. eindeutig geregelt würden. A. u. LGH. Dr. v. O z y h d i - v o n S o e w e l, Magdeburg.

Die Pfändung eigener Sachen.

Gläubiger pfänden gelegentlich bei ihren Schuldnern Sachen, die ihnen selbst zu Eigentum gehören. Insbes. Sicherungsübereignung und Abzählungskauf haben diese Erscheinung oft im Gefolge. Das Eigenartige dieser Fälle liegt meist darin, daß der Gläubiger dem Schuldner gegen Zahlung eines gewissen Betrages zur Übereignung der gepfändeten Sache verpflichtet ist und nun für diese Summe seine Befriedigung aus dem Pfandstück sucht.

Die Möglichkeit, wegen fremder Schuld sich an eigene Sachen zu halten, ist heute grundsätzlich anerkannt¹⁾. Allerdings birgt sie gewisse prozessuale Schwierigkeiten in sich. Gegenstand der Zwangsvollstreckung soll nur das nach dem Titel haftende Vermögen des Schuldners sein. Jede andere Vollstreckung ist daher unrechtmäßig. Pfändet ein Gläubiger ihm selbst gehörige Sachen, so liegt ein fehlerhafter Vollstreckungsakt vor.

Die Pfändung und das anschließende Verfahren sind deswegen jedoch nicht einfach richtig. Es handelt sich um Akte der Obrigkeit, die, wenn wenigstens die (formellen) Verfahrensvorschriften gewahrt werden, zunächst rechtswirksam sind und ihre Wirkung bewahren, bis sie aufgehoben werden. Ihre Fehlerhaftigkeit mit der Begründung geltend zu machen, daß ein anderer als der Schuldner Eigentümer der gepfändeten Sache sei, müßte mittels der Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO. geschehen. Diesen Weg zu beschreiten, würde nur der Verletzte selbst aktiv legitimiert sein²⁾, also hier der Gläubiger, dem sein Eigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht gibt. Da das nicht in Betracht kommt, so geht das Verfahren regelmäßig seinen Gang, ohne Rücksicht darauf, daß der gepfändete Gegenstand dem Schuldner nicht gehört.

Der fehlerhafte Vollstreckungsakt hat aber nicht die gleichen Wirkungen wie ein ordnungsmäßiger. Er vermag vielmehr lediglich die öffentlich-rechtlichen Folgen herbeizuführen, insbes. also den Pfandbeschlagnahme und die Grundlage für die spätere zwangsweise Verwertung des gepfändeten Gegenstandes. Dagegen zeigt er keine privatrechtlichen Wirkungen, weil insoweit der Grundsatz des Privatrechts gilt, daß der fehlerhafte Rechtsakt nichtig ist. Das Pfändungspfandrecht gemäß § 804 ZPO. entsteht deshalb nicht³⁾. Denn für seine Begründung ist nach allgemeiner Ansicht das bürgerliche Recht maßgebend⁴⁾. Dem Pfändungspfandrecht steht überdies auch das Eigentum gerade des Gläubigers im Wege. Er müßte ein Pfandrecht an eigener Sache erwerben, und die Entstehung eines solchen Pfandrechts würde mit dem bürgerlichen Recht nicht zu vereinen sein⁵⁾. Das Gesetz läßt das Pfandrecht an eigener Sache nur aus-

1) Vgl. u. a. RG. 79, 241; ferner Stein-Jonas, 1926, Bem. II 4 zu § 804 ZPO. und das dort sowie bei Staudinger-Rober, 1928, Bem. II 4 zu § 455 BGB. zit. Schrifttum.

2) So mit Recht Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, 1909, S. 34 ff.

3) Vgl. RG. 22, 270; 79, 241; Stein-Jonas, 1926, Bem. II 3 zu § 804 ZPO.; Emmerich, der Pfandrechtskonkurrenzen S. 34/35) das Pfandrecht entstehen lassen will, übersieht, daß der öffentlich-rechtliche Pfandbeschlagnahme und das privatrechtliche Pfändungspfandrecht verschiedene Dinge sind. Aus diesem Grunde geht auch seine Polemik gegen Müller (Pfändungspfandrecht S. 110 f.) an der Sache vorbei.

4) Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1929, § 196 II 2b (S. 632/33).

5) Vgl. Staudinger-Rober, 1926, Bem. I 1f. zu § 1204 BGB.

nahmsweise zu, und zwar auch nur in der Form des Fortbestehens eines ursprünglich fremden Pfandrechts. Es spricht in § 1256 Abs. 1 BGB. ausdrücklich aus, daß ein Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in einer Person zusammentrifft, und nur in § 1256 Abs. 2 fingiert es für gewisse Fälle dessen Fortdauer. § 398 HGB. dagegen vermeidet beruht die Konstruktion eines Pfandrechts an eigener Sache zugunsten des Kommissionärs⁶⁾.

Die Folge dieser Rechtslage ist, daß der Gläubiger kein vorgehendes Pfandrecht geltend machen kann, falls noch weitere Gläubiger in den fraglichen Gegenstand vollstrecken. Erwirbt insbes. der Schuldner unter diesen Umständen das Eigentum an dem Pfandgegenstand, so konvalszieren zwar alle Pfandrechte, weil ihr Entstehungstatbestand sich nunmehr vervollständigt, aber im gleichen Augenblick und deshalb mit gleichem Rang⁷⁾, also nicht in der Reihenfolge der Pfändungen. Der Gläubiger ist deshalb gezwungen, gegen nachfolgende Pfändungen gestützt auf sein Eigentum die Interventionsklage zu erheben, wenn er seine Rechte wahren will.

Um diesen Folgerungen und überhaupt den konstruktiven Schwierigkeiten zu entgehen, die aus dem Eigentum des Vollstreckungsgläubigers folgen, hat man vielfach angenommen, daß der Gläubiger mit der Pfändung auf sein Eigentum verzichte. Einen solchen Verzicht wird man jedoch nicht schlechthin unterstellen dürfen. Der Gläubiger, der die Feinheiten der Rechtslage kaum übersehen wird, hat regelmäßig nicht den Willen, sein Eigentum aufzugeben; er beabsichtigt, vielmehr lediglich, dieses zu veräußern. Vor allem wird er aber auf die Möglichkeit nicht verzichten wollen, Pfändungen von dritter Seite gemäß § 771 ZPO. zu widersprechen. — In richtiger Würdigung dieser Sachlage hat das RG. deshalb den Standpunkt eingenommen, daß zwar eine Eigentumsaufgabe durch die Pfändung im Einzelfall denkbar ist und aus der Gesamtheit aller Umstände folgen kann, daß sie aber nicht als Grundsatz hingestellt werden darf⁸⁾. Die gegenteilige Ansicht führt übrigens auch nicht ohne weiteres zu dem gewünschten Ziel, da mit der Eigentumsaufgabe der Schuldner nicht alsbald seinerseits Eigentümer wird, und damit die Voraussetzungen einer ordnungsmäßigen Vollstreckung eintreten, sondern er sich die herrenlos gemordene Sache erst aneignen muß⁹⁾.

Kommt die gepfändete Sache zur Versteigerung, so tritt der Steigerlös an ihre Stelle. Es findet dingliche Surrogation statt¹⁰⁾. Der Gegenwert fällt demnach sofort in das Eigentum des Gläubigers. Ein Pfändungspfandrecht entsteht auch jetzt an dem Erlös nicht. Deshalb tritt die in § 819 ZPO. vorgesehene Rechtsfolge nicht ein. Denn die Fiktion, der Gläubiger sei mit der Empfangnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher befriedigt, hat zur Voraussetzung, daß der Gläubiger durch ein Pfändungspfandrecht gesichert ist und daß überhaupt eine ordnungsmäßige Vollstreckung vorliegt¹¹⁾. Gleich-

wohl hat der Gerichtsvollzieher den Steigerlös in der üblichen Weise auszukehren; das heißt: dem Gläubiger gebührt nur der im Schuldtitel genannte Betrag nebst Kosten, während ein etwaiger Überschuß dem Schuldner auszuhändigen sein würde. Denn der Gerichtsvollzieher hat sich ausschließlich nach vollstreckungsrechtlichen Grundfragen zu richten. Die im Hintergrunde stehende materielle Rechtslage ist für ihn bedeutungslos. Es bleibt dem Beteiligten überlassen, sich über sie außerhalb des Vollstreckungsverfahrens auseinanderzusetzen. Dabei wurde zu beachten sein, daß der Schuldner auch materiellrechtlich einen Anspruch auf Auskehrung des Überschusses an sich in den Fällen haben würde, in denen der Gläubiger nach Tilgung der Schuld zur Übertragung des Eigentums an dem gepfändeten Gegenstand verpflichtet gewesen wäre.

Die Befriedigung des Gläubiger-Eigentümers tritt jedoch ein, wenn der Gerichtsvollzieher ihm den ihm zustehenden Anteil am Erlös auszuhändigt. In diesem Augenblick wirkt sich das Vollstreckungsverfahren trotz seiner Fehlerhaftigkeit auch materiellrechtlich aus. Der Gerichtsvollzieher verschafft dem Gläubiger das Eigentum am Erlös grundsätzlich durch Amtshandlung, also kraft öffentlicher Gewalt. Er wird hierbei nicht etwa als Vertreter des Schuldners oder auf ähnlicher Grundlage tätig. Der Eigentumserwerb des Gläubigers erfolgt daher nicht gemäß den Vorschriften des BGB. und folgerweise ohne die sich aus ihnen ergebenden Einschränkungen, sowie ohne Rücksicht auf den Voreigentümer, das Bestehen eines Pfändungspfandrechts oder den guten Glauben¹²⁾. Der Gläubiger, der bei dieser Rechtslage nicht etwa von sich selbst Eigentum übertragen erhält, erwirbt mit der Auskehrung des Erlöses an diesem neuen, von seinem früheren unabhängiges Eigentum, und dieser Neuerwerb bedingt die Tilgung der Schuld. Im übrigen erhält deshalb der Gläubiger den Erlös frei von beschränkten dinglichen Rechten, die etwa bislang auf dem gepfändeten Gegenstand und auf dem Erlös gelegen haben. — Bezüglich des dem Schuldner auszu zahlenden Überschusses bleibt die materielle Rechtslage indessen unverändert, bis Vermischung eintritt oder über ihn verfügt wird.

Ersteigert der Gläubiger die eigene Sache selbst, so gilt für deren Übereignung Ähnliches wie für den Steigerlös. Auch hier erwirbt der Gläubiger neues und gegebenenfalls lastenfreies Eigentum kraft einer Amtshandlung des Gerichtsvollziehers¹³⁾, ohne sein eigener Rechtsnachfolger zu werden. Ebenso ist der Fall zu behandeln, daß der Gläubiger den Antrag stellt, ihm die gepfändete Sache unter Anwendung des § 825 ZPO. zu Eigentum zu übertragen und den Gegenwert dafür auf die Schuldsomme zu verrechnen. Auch hier erhält der Gläubiger kraft Richterspruchs, also von hoher Hand neues Eigentum¹⁴⁾. Dieser in der Praxis häufig bei Abzahlungsgeäften eingeschlagene Weg ist also rechtlich sehr wohl gangbar.

Verf. Dr. Friedrich Wolfgang Hageborn,
Bremenhaben.

Wäre der Schuldner bereits von seiner Schuld befreit, so würde sie jetzt ausschließlich auf Kosten des Gläubigers gehen. — Ein unhaltbares Ergebnis!

¹²⁾ Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen bei Stein-Jonas, 1926, Bem. IV zu § 817 ZPO.

¹³⁾ So Stein-Jonas, Bem. IV zu § 817 ZPO.; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 1929, § 197 III 2 (S. 637); für die Zwangsversteigerung entsprechend Jaekel-Gütke, 1929, Bem. 2 zu § 90 ZwVerfG.; a. A. Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, 1909, S. 340.

¹⁴⁾ Stein-Jonas, 1926, Bem. II 3 zu § 825 ZPO.

⁶⁾ Vgl. Stein-Jonas, 1926, Bem. II 4 zu § 804 ZPO.

⁷⁾ RG. 60, 73.

⁸⁾ RG. 66, 348; 79, 241; Mpr. 18, 400; 23, 211; ferner Staudinger-Rober, 1928, Bem. II 4 zu § 455 BGB.; Staub-Poenige, 1921, Bem. 66 im Anfang zu § 382 BGB. u. a.; einen Verzicht schlechthin nehmen an u. a. Franke: ZPO. 40, 461; Düringer-Hachenburg, Vorbemerkung zu § 368 HGB. Anmerkung 183 u. a.

⁹⁾ Wesentlich die Konstruktion des DW. Breslau: Rechtsprechung 26, 395.

¹⁰⁾ Stein-Jonas, 1926, Bem. I zu § 819 ZPO.

¹¹⁾ Eine andere Auffassung wäre übrigens auch mit der allgemein anerkannten Anschauung vereinbar, daß auch in diesem Stadium der Vollstreckung die Widerspruchsklage noch möglich ist.

Schrifttum.

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen.

Dr. Hans Pott, Rechtsanwalt in Hamburg: **Die Rechtsnatur der staatlichen Gebührenerstattung an den Armenanwalt unter Berücksichtigung des Quotenarmenrechts.** (Prozessrechtliche Abhandlungen. Heft VII.) Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. VIII u. 67 S.

Der Verfasser hat sich der verdienstlichen Aufgabe unterzogen, die Rechtsnatur der staatlichen Gebührenerstattung an den Armenanwalt unter besonderer Berücksichtigung des Quotenarmenrechts einer eingehenden Betrachtung zu würdigen.

Die Arbeit bringt kurz die geschichtliche Entwicklung der Gebührenerstattung, die, wie es allgemein bekannt ist, seit 10 Jahren besteht, und prüft dann die Rechtsnatur der Gebührenerstattung.

Der Verfasser lehnt mit Recht die Auffassung ab, daß der

Gebührenerstattung an den Armenanwalt die Rechtsfigur des Dienstvertrages § 612 ff. BGB. zukomme. Er meint, diese Auffassung sei schon deshalb nicht haltbar, weil der Staat kein Recht habe, dem Anwalt Weisungen in bezug auf die Prozeßführung zu erteilen. Dies ist bei Diensten höherer Art kein durchgreifendes Argument gegen die Ablehnung des Dienstvertrages.

Man wird den Dienstvertrag mit dem Verfasser deswegen ablehnen müssen, weil es an einem Vertragsverhältnis fehlt (S. 6). Ferner läßt sich die Ablehnung m. E. auch damit begründen, daß der Anwalt dem Staate gegenüber nicht zu einer vertraglichen oder vertragsähnlichen Leistung verpflichtet ist.

Besonders eingehend hat sich der Verfasser mit der Frage beschäftigt, ob die Gebührenerstattung als öffentliche Rechtsleistung anzusehen sei. Er kommt zu der Auffassung, daß dies nur in den Fällen anzunehmen ist, in denen der Armenanwalt an seiner Gebührenerforderung gegen die arme Partei geschädigt ist.

In diesem Abschnitt untersucht der Verfasser besonders befriedigend die Stellung des Anwalts, insbes. die des Armenanwalts, zum Staat. Er setzt sich hier mit dem § 125 ZPO. auseinander und lehnt die Auffassung von Geiershöfer ab, daß der Anspruch des Armenanwalts gegen seinen Auftraggeber (die Partei) erst mit dem Eintritt der Voraussetzung des § 125 ZPO. gegeben ist, und schließt sich im wesentlichen der Auffassung von Walter-Joachim-Friedlaender an, die dahin geht, daß der Anspruch des Armenanwalts an seinen Auftraggeber sofort entsteht, aber gemäß § 125 ZPO. bedingt bzw. betagt sei.

Im wesentlichen ist für den Verfasser für diese Ansicht maßgebend, daß der Auftraggeber des Armenanwalts Leistungen, die er an den Armenanwalt bewirkt, würde kondizieren können, folgte man der Auffassung von Geiershöfer.

Hier hätte m. E. der Verfasser das Institut der Fälle der nichterzwingbaren Verbindlichkeit heranziehen können.

Nach der Ablehnung, daß die Gebührenerstattung als öffentliches Rechtsinstitut aufzufassen ist, gelangt der Verfasser zu der Ansicht, daß der Staat dem Anwalt mit der Verordnung nur einen Kontrahierungszwang i. S. einer Pflicht zum Vertragschluß auferlegt und damit der armen Partei die Begründung der Vertretungspflicht durch den Abschluß des Mandatsvertrages überläßt.

Dieser sehr eingehend begründeten Auffassung ist beizustimmen.

Auch der Auffassung des Verfassers, die dahin geht, daß der Erstattungsanspruch des Armenanwalts gegen den Staat von der Gebührenforderung gegen die arme Partei abhängig und bürgerschaftsähnlich ist, muß zugestimmt werden.

Besonders hervorgehoben muß werden, daß der Verfasser sich mit den drei Theorien über die Berechnung des Gebührenerstattungsanspruches beim Quotenarmenrecht auseinandergesetzt hat und zu der m. E. richtigen Auffassung gelangt ist, daß der Armenanwalt von den Sätzen der AVeBd. den der Armenrechtsbewilligung entsprechenden Bruchteil, unter Ermäßigung des Ergebnisses, falls es den Höchstbetrag der nach dem Armenanwalts-gesetz möglichen Gebühren übersteigt, auf diese erhält.

Der Verfasser hat alle Fragen, wie die der Verjährung des Gebührenanspruches usw., die auch in der Nähe des Themas liegen, einer gründlichen Prüfung unterzogen.

Vielleicht hätte sich noch § 124 ZPO. in den Kreis der Betrachtung ziehen lassen. Besonders würde hier folgender Fall interessieren:

Der Armenanwalt erlangt in der ersten Instanz ein obliegendes Urteil und somit einen selbständigen Anspruch gegen die Gegenpartei. In der Berufungsinstanz wird das für die arme Partei günstige Urteil vielleicht abgeändert. Der Gegner erklärt alsdann die Aufrechnung gegenüber dem Gebührenerstattungsanspruch aus der ersten Instanz mit den Kosten der zweiten Instanz.

Diese Fragen sind leider bisher einer gründlichen rechtlichen Würdigung nicht unterzogen worden.

Abschließend kann gesagt werden, das insbes. die Anwaltschaft sehr häufig Veranlassung haben wird, auf die vorliegende Schrift zurückzugreifen, und daß sie dem Verfasser dann für seine Arbeit Dank wissen wird.

RA. Dr. Otto Rill, Berlin.

Hans Meyer, Justizinspektor in Nürnberg, **Theobald Hirschmann**, Justizobersekretär in München, und **Karl Schiller**, Justizobersekretär in Nürnberg: **Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz**. 3. Auflage, vollständig neu bearbeitet nach dem Stande der Gesetzgebung vom 15. Okt. 1932. Nürnberg 1932. Buchverlag Erich Spandel. Preis 16 RM.

Die 1928 erschienene zweite Auflage dieses von Beamten des oberen Justizdienstes bearbeiteten Kommentars ist hier seinerzeit günstig besprochen worden. Die dritte Auflage ist insofern verbessert, als nunmehr allenthalben auch auf das ArbGG. Bezug genommen ist. Das Buch erhebt natürlich nicht den Anspruch, ein selbständiges wissenschaftliches Werk zu sein, aber es gibt in geschickter, knapper und klarer Form das wesentlichste wieder, was Wissenschaft und Praxis zur Erläuterung der ZPO. und des GBG. erarbeitet haben.

Geb. DR. Dr. Preiser, Potsdam.

Karl Brandt: **Urkunden und Akten**. Für rechtsgeschichtliche und diplomatische Übungen. Berlin 1932. Walter de Gruyter & Co. 3. Aufl. 115 S. Preis geb. 5,50 RM.

Nicht die Verschulung des Rechtsunterrichts, sondern die Belebung und Vertiefung muß das Ziel der Studienreform sein. Was für den rechtsdogmatischen Unterricht die Erörterung des Einzelfalles bietet, das bringt für die vertiefte Betrachtung der Rechtsgeschichte das Eindringen in die Quellen. Für den Unterricht brauchbare Quellen-

sammlungen kommen freilich nur recht wenige in Betracht. Die vorliegenden Urkunden und Akten des berühmten Historikers der Universität Göttingen, die nun in 3. Auflage erscheinen, haben sich in fast 20 Jahren bewährt. Die Sammlung, zunächst für die diplomatische Schulung der Historiker bestimmt, kann auch im rechtsgeschichtlichen Unterricht die besten Dienste leisten. Ihr besonderes Verdienst liegt in der Weite ihres Horizontes. Zeitlich reichen die Quellen vom Anfang der christlichen Zeitrechnung bis zum Beginn der Neuzeit, räumlich umspannen sie das ganze Abendland. Inhaltlich findet der Jurist die wichtigsten staatsrechtlichen und kirchenrechtlichen Stücke des Mittelalters; die Kaiser- und Papsturkunden nehmen fast die Hälfte des Raumes ein. Daneben kommt auch in der neuen Auflage das Privatrecht zu seinem Recht; nur Prozeß- und Strafrecht ist ausgeschlossen. Neben den Quellen zur Geschichte von Imperium und Sacerdotium sind auch interessante Stücke zur Territorial- und Stadtrechtsgeschichte aufgenommen. Man kann dem Buche nur die weiteste Verbreitung wünschen.

Prof. Dr. Hans Hanitz, Köln.

Die Verordnungen zur Vereinfachung der preussischen Verwaltung vom 3. Sept. 1932 und 17. März 1933 mit den dazugehörigen Durchführungs- und Ausführungsbestimmungen. Erläutert von Dr. Ernst Froelich, Oberverwaltungsgerichtsrat. Ergänzungsheft zu Bd. I, II, VII M. von Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen. Preis 2 RM.

Mit der VO. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 i. d. Fass. der VO. v. 17. März 1933 (offiziell die „Erste“ VereinfachungsVO. genannt) setzt Preußen die auf Einzelgebieten begonnene Verwaltungsreform fort. Die neuen Vorschriften haben gewöhnlich nur Novellencharakter. Sie ändern früher erlassene Gesetze nur insoweit ab, als diese inhaltlich entgegenstehen. Für den, der das geltende Recht anzuwenden hat, entsteht die schwierige Frage, wie die verschiedenen Vorschriften aufeinander abzustimmen sind.

Die Schwierigkeiten werden durch die zuverlässigen Erläuterungen von Froelich beseitigt. Dieser nimmt zu den zahlreichen Fragen, die die VO. entscheidet, mit kurzen, treffenden Bemerkungen Stellung, so u. a. zu dem Problem Oberpräsident-Regierungspräsident, zu der Gestaltung des DVG. zum reinen RevG., zur Aufhebung von Sonderverwaltungen, zur Beseitigung der kollegialen Verfassung in Abt. II und III der Regierung und zur Vereinheitlichung der Verwaltung in der Kreisinstanz.

Die VO. sind in ihrem vollen Wortlaut, und zwar die VO. v. 3. Sept. 1932 in der durch die VO. v. 17. März 1933 abgeänderten Fassung abgedruckt. In einem Anhang sind die DurchführungsVO., die Ausführungsanweisungen, die VO. über das Verfahren in Landeskultur-sachen sowie die Verteilungsordnung enthalten. Dagegen ist leider die „Zweite“ VereinfachungsVO., die eine Neuregelung für die Ministerien trifft, nicht wiedergegeben.

Die Ausgabe erscheint zugleich als Ergänzungsheft zu dem berühmten Werke von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen.

Es läßt sich nicht vermeiden, daß inzwischen weitere einschlägige Vorschriften ergangen sind, die in der Sammlung nicht mehr enthalten sind, z. B. das Ges. über den Provinzialrat v. 17. Juli 1933. Man wird jedenfalls dem Gesetzgeber für eine baldige, abschließende, gesetzliche Zusammenfassung der vielen unübersichtlichen Vorschriften über die allgemeine Landesverwaltung dankbar sein.

Dr. Kurt von Bohlen, Berlin.

Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. **Drews**, Staatsminister, Präsident des preuß. Oberverwaltungsgerichts, Honorarprofessor: **Preussisches Polizeirecht**. Ein Leitfaben für Verwaltungsbeamte. II. Band: Besonderer Teil. In Gemeinschaft mit DR. Kempner, RegR. Dr. Michel, DR. Kerstiens, Landrat Bähnisch, DR. Froelich, MinR. Dr. Vollbach. 1. bis 3. Tausend. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis geb. 12 RM.

Der zweite Teil des Werkes gibt den Rechtszustand v. 1. Aug. 1932, also ungefähr das Recht vor Durchbruch der nationalen Erhebung. Er umfaßt: Sicherheitspolizei (19. Kap.: Schutz gegen bösen Willen, von Kempner), Gewerbe (Michel), Gaststätten (Kerstiens), Gesundheit (Wähnsch), Bau und Wege (Froelich), Landwirtschaft und Wasser, Tier- und Pflanzenschutz, Tierhaltung, Viehseuchen, Fleischschau, tierärztliche Lebensmitteluntersuchung (Vollbach). Der Herausgeber hat sich also an der Bearbeitung nicht beteiligt. Aber auch die Bearbeiter sind Kenner des Faches und zum Teil als Verf. verwaltungsschutzlicher Schriften und Beiträge bekannt; sachliche Meinungsverschiedenheiten sind nicht der Erwähnung wert. Bemerkungen habe ich nur in systematischer Be-

ziehung zu machen. Bearbeitet und dargestellt werden vielfach nicht Materien (auf die verschiedene Gesetze mit- und gegeneinander einwirken können), sondern die Gesetze, so daß ein Teil der Vorzüge, die eine systematische Arbeit vor einem Kommentar voraushaben soll, verlorengeht. Und auch abgesehen davon ist die Einteilung nicht überzeugend. So gehört die Feuerbestattung (§. 231) sicher nicht zur Gesundheitspolizei; man mag viele Gründe gegen sie haben, aber gesundheitsgefährlich ist sie nicht. Dagegen vermissen wir an dieser Stelle (und überhaupt in dem Bande) das Friedhöfs- und Beerdigungswesen, bei dessen Ordnung neben idealen Gütern auch die Gesundheit weitgehend zu berücksichtigen ist. Die Lebensmittelpolizei (§. 226) und die Fleischschau (§. 368) mußten verbunden oder in Beziehung zueinander gebracht werden. Sehr gut in sich geordnet, aber auch sehr stark zusammengedrängt, ist das Wegepolizeirecht von Froelich. Auch die anderen Abteilungen sind sehr gedrängt, daher wäre, wenn auch sonst keine Berücksichtigung des Schrifttums beabsichtigt war, doch auf ausführlichere Handbücher hinzuweisen gewesen.

R. Dr. Karl Friedrichs, Jlmenu.

Dr. Hans von Hentig: Eugenik und Kriminalwissenschaft. (Schriften zur Erblehre und Rassenhygiene, herausgegeben von Ostermann und Just.) Berlin 1933. Alfred Metzner Verlag. Preis 2,50 RM.

Verf. verfolgt durch die Geschichte hindurch die Ansätze eugenischer Zielsetzung in den Sitten und Rechtsgebräuchen der Völker, auch in der Gesetzgebung der neueren Zeit (Vereinigten Staaten von Amerika). Er führt uns die Aussetzung schwächlicher Kinder im alten Sparta ebenso wie die Gedanken der griechischen Philosophen auf demselben Gebiete vor Augen, weist auf die selektive Bedeutung der Todesstrafe und Freiheitsstrafen hin und nimmt zur Frage der eugenischen und sozialen Indikation bei der Abtreibung Stellung; im Kanton Waadt und in Lettland finden wir die eugenische Abtreibung bereits vor. Das Bedenken, das Verf. gegen die eugenische Sterilisierung erhebt, es könne hier die Einwilligung des zu Sterilisierenden nicht genügen, ist inzwischen überholt durch die Nov. v. 26. Mai 1933 und vor allem durch das Gesetz v. 14. Juli 1933 zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, das die Sterilisierung Erbkranker sogar von der Einwilligung unabhängig macht. Selbst unter diesem Gesichtspunkt ist die aus einem Vortrag hervorgegangene Schrift sehr lesbar und geeignet, das eugenische Gedankengut, dessen Verwirklichung sich nicht mehr aufhalten läßt, durch die Zusammentragung des geschichtlichen und rechtsvergleichenden Materials zu stärken.

SenPräs. Prof. Dr. Klee, Berlin.

Dr. Ernst Brandts: Mieterschutz vom April 1933 ab, Gesetz über Räumungsfristen vom März 1933, Bekanntmachung über Mieterschutz vom 27. April 1933. (Bahlen's Gelbe Hefte.) Berlin 1933. Verlag von Franz Bahlen. Preis 2,80 RM.

Wenn Brandts jetzt in Bahlen's Gelben Heften den Mieterschutz vom April 1933 ab behandelt, so bürgt der Name des Verfassers dafür, daß ein Buch vorgelegt wird, an dem niemand, der sich mit den einschlägigen Fragen zu beschäftigen hat, vorbeigehen sollte. Ich begrüße in erster Linie den zusammenhängenden Abdruck des MietSchG. auf S. 73 ff., wie es heute in Kraft ist, insbes. auch unter Berücksichtigung der in den RotWd. des RPräs. v. 1. Dez. 1930 und 8. Dez. 1931 getroffenen Abbaumaßnahmen. Das RWd. gibt ja leider keine zusammenfassende Niederlegung der im Augenblick noch geltenden Bestimmungen des MietSchG. Vor allem beschäftigt sich naturgemäß das Buch von Brandts mit dem Gesetz über Räumungsfristen v. 29. März 1933, das dann allerdings wieder in das MietSchG. im § 5 a und 6 hineingearbeitet worden ist. Auf Grund des Wegfalles des WohnmangG. ist die Möglichkeit der Gewährung von Erbschaftsraum bei Aufhebungsurteilen weggefallen. Als Ersatz ist dafür die Möglichkeit eingeführt worden, dem Mieter längere Räumungsfristen zu gewähren. Als besonders wertvolle Beigabe des Buches betrachte ich die allgemeinen Ausführungen zu der Präambel des Räumungsfristgesetzes auf S. 16 ff., wo allgemein, unter Berücksichtigung der verschiedenen landesrechtlichen Vorschriften, die Frage behandelt wird, welche Räume denn eigentlich heute noch dem Mieterschutz unterliegen und welche nicht. Ich stimme dem Verfasser vollkommen bei, wenn er seine Einleitung auf S. 10 mit dem Gedanken schließt, daß man gerade auf dem Mietgebiet bald zu einer kurzen, klaren und vollständigen gesetzlichen Regelung kommen möchte. R. Dr. Kurt Mittelstein, Hamburg.

Walther Weigelt, Oberbergamtsrat und Professor, Freiberg i. S.: Die Preussische Berggesetzgebung. (Band 7

der Sammlung: Die Preussische Landesgesetzgebung, herausgegeben von Apt.) Halle a. S. 1933. Verlag des Waisenhauses. 273 S. Preis brosch. 4,20 RM.

Das Buch enthält den Text des Allgemeinen Berggesetzes für die preussischen Staaten in der neuesten Fassung sowie 15 preussische Nebengesetze bergrechtlichen Inhaltes. In einer Einleitung werden die Geschichte der preussischen Berggesetzgebung und die Grundzüge des preussischen Bergrechtes ausführlich dargestellt (fast 100 Seiten). Die Einleitung ist flot und klar geschrieben. Sie unterrichtet unter Verzicht auf alle Kontroversen in einer zuverlässigen und ausreichenden Weise über alle wesentlichen Fragen des Bergrechtes. Ein sehr ausführliches Sachregister erleichtert die Auffindung jeder Einzelheit.

Das vortreffliche Buch kann bestens empfohlen werden.

R. Dr. Dr. Gustav W. Heinemann, Essen.

Juan Augustin Moyano: Efectos de las nulidades de los actos juridicos. Buenos Aires 1932. Compañia Impresora Argentina.

Das argentinische BGB. behandelt in Buch 2 Abschn. 2 Tit. 6 die „nulidad de los actos juridicos“. Die Vorschriften der Art. 1037—1058 lehnen sich stark an französisches Recht an, ja sind z. T. Übersetzungen aus französischen Werken (Aubry et Rau, Zachariae usw.). Da kann es nicht wunder nehmen, wenn sie das Schicksal der französischen théorie des nullités teilen, die noch neuesten den „dunkelsten Gebieten“ des französischen Zivilrechts zugerechnet wurde (Kaden, Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 1 S. 408) und wenn sie andererseits gerade deshalb ihren Reiz für die wissenschaftliche Forschung noch immer nicht verloren haben. Der Verf. untersucht mit wissenschaftlicher Schärfe die Arten, Voraussetzungen und Wirkungen der Nichtigkeit und leistet damit der Theorie, Praxis und Gesetzgebung seiner Heimat nützliche Vorkarbeit. Daß er sich in seinen Ausführungen mit den führenden argentinischen Werken wie Segovia, Machado und Salbat auseinandersetzt, ist selbstverständlich, daß er rechtsvergleichend auch die Rechte anderer südamerikanischer Staaten (Brasilien, Chile, Uruguay) in Betracht zieht, liegt nahe. Hervorzuheben verdient, daß der Verf. sich rechtsvergleichend auch mit europäischen Rechten beschäftigt, und zwar nicht nur, wie es historisch gegeben war, mit dem französischen Recht, sondern z. B. auch mit dem Recht der Schweiz und Deutschlands. Dem Verf. ist die universale Bedeutung der Lehre Savignys von der Ungültigkeit der historischen Tatsachen (System Bd. 4 §§ 202 ff.) nicht entgangen, und diese Erkenntnis mag seine Aufmerksamkeit auf deutsches Recht denken gestärkt haben. Um so bedauerlicher ist es, daß der Verf. wohl aus sprachlichen Gründen auf die Bewertung der neudeutschen Rechtslehre ganz hat verzichten müssen. Wie eigenartig mutet es an, wenn wir als Quelle für die Meinung des Verf. über deutsches Recht nur einen Hinweis auf das 1901 erschienene Werk von Saleilles, de la déclaration de volonté finden! Das soll kein Vorwurf gegen den Verf. des vorliegenden Wertes, wohl aber eine Mahnung daran sein, wieviel noch auf dem Gebiet des kulturellen Brüdenschlages zwischen Deutschland und den spanisch sprechenden Staaten Amerikas zu tun ist.

Staatssetz. Dr. Schlegelberger, Berlin.

Eingegangene Bücher.

Das Recht der nationalen Revolution. Schriftenreihe, herausgegeben von Dr. Georg Kaisenberg und Dr. Franz Albrecht Medicus. Carl Heymanns Verlag, Berlin 1933.

Heft 1: Programm der Reichsregierung und Ermächtigungsgesetz. Von Dr. Franz Albrecht Medicus, DRegR. im RWdZ. 5. u. 6. Tausend. Preis 0,80 RM.

Heft 2: Gleichschaltung der Länder mit dem Reich. Von Dr. Georg Kaisenberg, MinR. im RWdZ. 5. u. 6. Tausend. Preis 0,60 RM.

Heft 3: Das Reichstatthaltergesetz. Von Dr. Carl Schmitt, o. ö. Prof. des öffentlichen Rechts an der Univ. Wln. 3. u. 4. Tausend. Preis 0,80 RM.

Heft 4: Erneuerung des Berufsbeamtentums. Von Hanns Seel, MinR., verwendet im RWdZ. 5. und 6. Tausend. Preis 1 RM.

Heft 5: Neuordnung im Schulwesen und Hochschulwesen. Von Dr. Joachim Haupt, MinR. im Min. für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung. Preis 0,80 RM.

Heft 6: Die nationale Revolution und die Reichsreform. Von Prof. Dr. Otto Koellreutter, DRG., Jena. Preis 0,80 RM.

Fontes Juris Gentium. Edidit Viktor Bruns, Direktor des Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berlin. Series B. Sectio I. Tomus I. Pars 2. Handbuch der diplomatischen Korrespondenz der europäischen Staaten. Répertoire de la Correspondance diplomatique des Etats Européens. Digest of the Diplomatic Correspondence of the European States. 1856—1871. II. A. N. Makarov, ehem. Universitätsprofessor in Petrograd, Referent im Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Ernst Schmitt, Leiter der Völkerrechtsabteilung im Institut für ausländisches öffentliches Recht im Völkerrecht. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis 25 RM.

Rechte und Pflichten der Ausländer in Polen. Gesetze, Verordnungen, zwischenstaatliche Abkommen, Gerichtsentscheidungen usw. Mit einem Anhang über die besonderen Bestimmungen betreffend Deutschland und Danzig. Von Dr. jur. Armand Uckerberg. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis 12 RM.

Vom Wesen Europas. Grenzen-Bewußtsein, Innere Raumgestaltung, Verhältnis zur Welt. Rede, gehalten am 18. Januar 1933 in der Aula der Universität Rostock bei der Akademischen Fester des 62. Gedenktages der Reichsgründung von Dr. Ernst Wolgast, ord. Professor der Rechte. Rostock 1933. Verlag Carl Hinrichs.

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 Rechtsanwältinnen beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgenz und Huber.

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

I. Materielles Recht.

**1. § 164 BGB. Bei Übertragung des aus einem Kauf mit Eigentumsvorbehalt entspringenden Rechtes auf Eigentumserwerb geht bei Erfüllung der Vorbehaltsbedingung das Eigentum vom Verkäufer auf den Dritten unmittelbar nur dann über, wenn der Käufer dem Verkäufer Mitteilung von der Abtretung gemacht hat oder sonst eine Einigung zwischen Verkäufer und Dritten erfolgt ist. Es genügt nicht, daß der Verkäufer kein Interesse an der Person des Erwerbers hat. †)

Die Firma H., Tuchfabrik, erhielt von der Sächs. Webstuhlfabrik u. a. zehn Webstühle geliefert, wobei sich die Verkäuferin das Eigentum daran bis zur vollen Bezahlung des Kaufpreises vorbehielt. Die Bekl. betreibt die Zwangsversteigerung der Fabrik der Käuferin, in der sich die Webstühle befinden; sie nimmt diese dabei für ihr Hypothekenspfandrecht in Anspruch.

Die Kl. hat am 15. Nov. 1930 mit der Firma H. einen Sicherungsübereignungsvertrag geschlossen. Darin ließ sie sich zur Sicherung ihrer Forderungen für Stromlieferung in Höhe von 12466,92 RM jene unter Eigentumsvorbehalt gelieferten, aber noch nicht voll bezahlten zehn Webstühle von der Firma H. übereignen. Diese trat ihr „ihren Anspruch auf

Zu 1. Die Entsch. ist zu billigen, aber aus ganz anderen Gründen. Sie bringt erst am Schluß der Gründe dem Wesen der Sache entnommene, auf Interessenabwägung abzielende, rechtspolitische Erörterungen, die einiges Gewicht haben. Im wesentlichen beruht aber die Entsch. auf — gewiß recht gründlichen und scharfsinnigen — rein konstruktiven Erwägungen. Hier aber drängt sich, wie so oft bei noch so gebiegen aufgeführten Begriffsgebäuden die Empfindung auf: Man könnte auch anders konstruieren, und dann käme ein anderes, das entgegengesetzte Ergebnis heraus! Das Ur. muß doch einräumen, daß die Vorbehaltskäuferin sich durch den Sicherungsübereignungsvertrag der Möglichkeit, selbst Eigentümerin der Maschine zu werden, zugunsten der Kl. habe entäußern wollen. Sie hat in einem gültigen Vertrage ihre Anwartschaft aufgegeben und auf die Kl. übertragen, und seitdem wollte sie in keinem Augenblick Eigentümerin sein. Und doch soll sie — wenn auch nur für den Bruchteil einer Sekunde — Eigentum erwerben und es dann, belastet mit der Hypothek, weiter übertragen haben?

Wenn das Ur. es ablehnt, auf den Tatbestand die Vorschr. des § 185 BGB. anzuwenden, die allerdings einen unmittelbaren Rechtsübergang der Kl. gerechtfertigt hätte, so ist dies wohl zu billigen, obwohl schon an diesem Punkte eine abweichende Konstruktion, wie sie z. B. die vielerörterte Entsch. RG. 95, 105 ange-

Erwerb des Eigentums“ mit der Wirkung ab, daß mit der Zahlung der letzten Rate das Eigentum unmittelbar auf die Kl. übergehen sollte. Die Kl. überließ die übereigneten Maschinen der Firma H. leihweise zur Benutzung. Nach vollständiger Bezahlung der Schuldsomme sollte das Eigentumsrecht an den Maschinen formlos auf die Firma H. zurückgehen. Von dem gesicherten Schuldbetrag ist noch ein Rest von rund 8000 RM zu zahlen. Die letzte Teilzahlung auf den Kaufpreis für die Maschinen ist geleistet.

Die Kl. ist der Meinung, daß das Eigentum an den Maschinen unmittelbar auf sie übergegangen sei, ohne von der für die Bekl. bestehenden Grundpfandhaftung erfaßt zu werden. Sie begehrt mit der Klage, daß die von der Bekl. betriebene Zwangsvollstreckung hinsichtlich der zehn Webstühle für unzulässig erklärt werde.

BG. hat verurteilt, RG. auf Sprungrev. abgewiesen.

Wären die umstrittenen Maschinen wesentliche Bestandteile (§§ 93 bis 96 BGB.) der Pfandgrundstücke geworden, so hätte sich die Hyp. der Bekl. ungeachtet des Eigentumsvorbehaltes der Lieferfirma auf sie erstreckt (§ 1120 BGB.). In diesem Falle wäre die Klage ohne weiteres unbegründet (RG. 62, 410; 63, 416 [421]; 67, 30 [32]; 74, 201 [203]). Aber das BG. hält die von der Bekl. in dieser Beziehung aufgestellte Behauptung für nicht dargetan. Kommen die Maschinen danach nur als Zubehörsstücke der für die Hyp. der Bekl. haftenden Fabrikgrundstücke in Betracht, so wurden sie von der dinglichen Haftung zugunsten der Bekl. nicht erfaßt, wenn sie nicht in das Eigentum der Grundstückseigentümerin gelangt sind (§ 1120 BGB.; RG. 53, 350 [352]). Auch die Beschlagnahme der Pfandgrundstücke konnte in diesem Falle die Maschinen nicht umfassen (§ 20 Abs. 2 ZwVorfG.).

Zutreffend geht das BG. davon aus, daß § 185 BGB. auf den vorl. Fall nicht anwendbar sei. Denn die Firma H. hatte vermöge des zwischen ihr und der Lieferfirma vereinbarten Eigentumsvorbehaltes zwar das Eigentum an den Maschinen nicht erlangt (§ 455 BGB.); sie befand sich aber

wandte hat, logisch möglich erscheint. Für eine solche Anwendung könnte im gegebenen Falle insbes. die Tatsache ins Feld geführt werden, daß die Beteiligten das Abt. v. 15. Nov. 1930 ausdrücklich als Sicherungsübereignungsvertrag bezeichnet haben; auch war ausdrücklich vereinbart, daß mit der Zahlung der letzten Rate das Eigentum unmittelbar auf die Kl. übergehe. Trotzdem läßt sich die Auffassung halten, daß die Kl. kein weitergehendes Recht übertragen wollte, als ihr selber zustand; denn sie verfügte gegenwärtig nur über die Anwartschaft als — nicht: oder — ein bereits erworbenes Vermögensrecht.

Recht fraglich ist aber schon, ob sich im Falle des § 455 BGB. der Eigentumserwerb des den Kaufpreisträger zahlenden Vorbehaltskäufer „jedemfalls“ ohne Mitwirkung des Verkäufers vollzieht. Auch hier läßt sich gewiß mit guten Gründen auch anders konstruieren; ja hier hat das RG. sogar die Kommentatoren aus seinen eigenen Reihen m. E. ziemlich deutlich gegen sich (vgl. RMKomm. § 455 U. 3; auch § 929 U. 5). Unstreitig bleibt der Verkäufer auch nach der Besitzübertragung noch aus dem Kaufvertrag insofern verpflichtet, als der nach § 433 BGB. geschuldete Erfolg des Eigentumsübergangs noch nicht eingetreten ist; insofern ist der Kaufvertrag zweifellos noch nicht erfüllt. Was aber sein, des Verkäufers, Verhalten anbetrifft, so wird vielfach übersehen, daß der hier maßgebliche § 929 BGB. mit Vorbedacht nicht von

immerhin in einer rechtlich geschützten Rechtsstellung, die es ihr ermöglichte, über das ihr zustehende bedingte Recht zu verfügen. Wie sich aus der Vertragsurkunde ergibt, war der Kl. bei Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrags vom 15. Nov. 1930 bekannt, daß die Maschinen unter Eigentumsvorbehalt gekauft, aber noch nicht vollständig bezahlt waren. Demzufolge hat die Firma H. an die Kl. „ihren Anspruch auf Erwerb des Eigentums mit der Wirkung abgetreten, daß mit der Zahlung der letzten Rate das Eigentum unmittelbar auf die Kl. übergehe“. Die Firma H. konnte und wollte an die Kl. kein weitergehendes Recht übertragen, als es ihr selbst zustand. Soweit sie danach nur das ihr zustehende bedingte „Recht auf den Erwerb des Eigentums“ übertrug, handelt sie nicht in der Rechtsstellung eines Nichtberechtigten i. S. des § 185 Abs. 1 BGB. Denn mag man das bedingte Recht des Vorbehaltskäufers als eine Anwartschaft oder als ein bereits erworbenes Vermögensrecht ansehen (vgl. RGHRomm. Anm. 4 vor § 158 BGB.), jedenfalls ist in derartigen Fällen eine rechtlich gesicherte und geschützte Rechtsstellung begründet, die auch pfändbar (§ 844 ZPO.), beschlagsfähig im Konkurs (§ 1 RD.) und übertragbar ist (RG. 67, 21; 69, 416 [421]; RGUrt. v. 31. Mai 1910, VII 423/09; Gruch. 54, 1164 und v. 29. März 1917, IV 454/14; RGWarn. 1917 Nr. 224). Die Rev. erkennt diese Rechtslage an, macht aber geltend, dinglich könne die Veräußerung dieses Vermögensrechts niemals die Wirkung erzielen, daß der Erwerber der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenstände das Eigentum unmittelbar vom Erstverkäufer erwerbe, selbst wenn die Parteien des Anwartschaftsveräußerungsvertrags (Sicherungsübereignung) dies zu erreichen beabsichtigt hätten; denn die Anwartschaftsveräußerung sei in den Wirkungen und auch in den Formen nicht verschieden von einer bedingten Weiterveräußerung der Sache selbst. Das LG. hat indessen die Rechtslage keineswegs anders angesehen. Es geht vielmehr davon aus, daß der Eintritt der Bedingung das Volleigentum der Firma H. begründet haben würde und ein unmittelbarer Eigentumserwerb der Kl. nicht ohne weiteres durch den vorherigen Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrags mit der Firma H. begründet werden konnte, obwohl der Vertrag vorsah, daß die Kl. der Firma die übereigneten Maschinen leihweise zur Benutzung überlasse. Offenbar ist das LG. ebenfalls der Meinung gewesen, daß der Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrags im Zusammenwirken mit dem Eintritt der Bedingung allein den unmittelbaren Übergang des Eigentums von der Vorbehaltsverkäuferin der Maschinen auf die Kl. nicht herbeizuführen vermocht habe.

In der Rspr. des RG. ist angenommen worden, daß der Verkäufer einer Sache unter Eigentumsvorbehalt durch die Übertragung des unmittelbaren Besitzes (RG. 95, 105 [107]) auf den Käufer den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt habe, daß er vielmehr auch weiterhin bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises dem Käufer zur Vertragserfüllung

Einigung, sondern von Einiglein spricht. Es genügt keineswegs in allen Fällen eine bloße Einigung; sie genügt sicher schon in allen den Fällen nicht, in denen die Übergabe nicht sofort erfolgt. Der Zustand des Einigleins, mag dieses auch beim Nachweis der Einigung als weiter vorhanden sein vermutet werden, muß fortbauern bis zur Übergabe. Bis dahin kann die Einigung stets (anders als im Liegenschaftsrecht) beiderseits widerrufen werden. Das Gesetz hat bei beweglichen Sachen den Beteiligten nach der Ausdrucksweise des RGHRomm. sogar keine Möglichkeit einer Bindung an die Einigung gegeben. Folgerichtig muß aber im Falle des § 455 BGB. das Einiglein noch bis zum Eintritt der Bedingung bestehen; bis dahin kann die Einigung widerrufen werden. Auch hier (§ 455 A. 3) drückt sich der RGHRomm. geradezu dahin aus, das anwartschaftliche Recht des Vorbehaltskäufers gehe gegen den Verkäufer dahin, daß er noch im Augenblick des Eintritts der Bedingung „den Eigentumsübertragungswillen habe“. Darf man trotzdem von einem Übergang ohne Mitwirkung des Verkäufers sprechen? Von selbst geht das Eigentum kraft § 158 BGB. jedenfalls nur im Falle des fortbauernenden Einigleins über. Die Entsch. sagt übrigens an einer Stelle geradezu, daß der Verkäufer noch bis zum Eintritt der Bedingung erfüllungsbereit sein müsse.

Ebenso sicher erscheint, so sollte man meinen, zum Eigentumserwerb des Käufers unerlässlich, daß er beim Eintritt der Bedingung, also bei Zahlung des Kaufpreises, noch Eigentum erwerben will. Im Streitfalle aber wollte er sich nach der

verpflichtet bleibe (RG. 64, 204 [206], 334 [336]; 66, 344 [347]; 95, 105 [107]; 133, 40 [42]1)). Ob diese in der Rechtslehre umstrittene Auffassung unbedingt und in allen Folgerungen aufrechterhalten werden kann, ist hier nicht zu entscheiden; denn jedenfalls vollzieht sich der Eigentumserwerb des Vorbehaltskäufers, wenn dieser den Kaufpreis vollständig bezahlt, ohne Mitwirkung des Verkäufers (RG. 66, 344 [349]; RGUrt. v. 15. Mai 1924, IV 565/23; JW. 1925, 353⁶). Durch den Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrags wollte die Firma H. sich der Möglichkeit, selbst Eigentümerin der Maschinen zu werden, zugunsten der Kl. entäußern. Soll aber jene kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge der Zahlung des vollständigen Kaufpreises ausgeschlossen werden, so ist die Auffassung nicht von der Hand zu weisen, daß der Vorbehaltsverkäufer noch bis zum Eintritt der Bedingung erfüllungsbereit, des weiteren aber im Einvernehmen mit dem Käufer auch seinerseits im entscheidenden Zeitpunkte, d. h. bei Empfangnahme des Restkaufgeldes willens sein müsse, den Eigentumsübergang unter Umgehung seines Abkäufers auf einen von diesem bezeichneten Dritten unmittelbar stattfinden zu lassen. In RG. 95, 105 [108] ist eine solche den Eigentumserwerb des Dritten vollendende Willenseinigung für den Fall angenommen, daß der Vorbehaltsverkäufer alsbald nach Abschluß der Sicherungsübereignung von der gesehenen Abtretung benachrichtigt worden ist. Dieser Auffassung ist beizutreten, und zwar auch dann, wenn ein Anspruch des Vorbehaltskäufers gegen seinen Verkäufer, das Eigentum an der Sache auf jenen zu übertragen, deshalb nicht als bestehend angesehen werden könnte, weil der Verkäufer durch die dingliche Einigung und die Übergabe der Sache das zur Leistung seinerseits Erforderliche bereits früher getan habe. Denn auch in diesem Falle ist das schuldrechtliche Band zwischen dem Vorbehaltskäufer und seinem Verkäufer doch noch nicht völlig gelöst, und da die Anwartschaft des Käufers auf Dritte übertragen werden kann, so besteht bei fortbauern der Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers jedenfalls kein rechtliches Hindernis, durch einverständliches Zusammenwirken aller Beteiligten, insbes. auch des Verkäufers, den dinglichen Erfolg herbeizuführen, daß das Eigentum auf den Sicherungserwerber unmittelbar übergeht, und zwar auch ohne Einräumung des unmittelbaren Besitzes, wenn — wie hier — schon vorher ein den mittelbaren Besitz des Sicherungserwerbers vermittelndes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Vorbehaltskäufer begründet worden ist.

Im vorl. Fall ist indessen die Vorbehaltsverkäuferin der Maschinen von der Übertragung des Anwartschaftsrechts auf die Kl. nicht benachrichtigt worden. Das LG. geht deshalb selbst davon aus, „eine unmittelbare Einigung zwischen den in letzter Reihe Beteiligten sei nicht erfolgt“. Trotzdem nimmt es an, daß die Kl. „ohne weiteres, und zwar ohne Einschaltung einer dritten Mittelsperson, von der Verkäuferin Eigentum erworben“ habe. Aus der allgemeinen Erwägung,

¹) JW. 1932, 164.

Feststellung des RG. der Möglichkeit, selbst Eigentümer der Maschine zu werden, entäußern. Stürzt nicht schon hier die ganze Konstruktion des RG. zusammen? Denn auch beim Eintritt der Bedingung will hier der Käufer, wenn ich im Vorstellungskreise der Urteilsgründe verbleibe, sicherlich nicht „Eigentümer“ werden, und daß er das nicht will, hat er auch nach außen hin, durch den Sicherungsübereignungsvertrag, unmißverständlich kundgegeben.

Das RG. meint nun aber, in eigentümlicher Wendung des Problems, wenn die kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge der Zahlung des vollständigen Kaufpreises ausgeschlossen werden solle, d. h. also wohl, wenn das Eigentum statt auf den Vorbehaltskäufer auf den zu sichernden Gläubiger, die Kl., übergehen solle, so müsse hierauf der Wille des Verkäufers im Einvernehmen mit dem Käufer bei Empfang des Restkaufpreises, also bei Eintritt der Bedingung gerichtet sein. Es soll also nötig sein, offenbar aber auch genügen, wenn beide in diesem Zeitpunkt „willens“ sind, den Eigentumsübergang auf den Dritten unmittelbar stattfinden zu lassen, und dazu soll ausreichen, wenn der Verkäufer alsbald nach Abschluß der Sicherungsübereignung vor der Abtretung benachrichtigt worden ist und darauf geschwiegen hat. Gewiß trifft zu, daß, wenn so alle drei einig sind, das Eigentum unmittelbar auf den Dritten übergehen muß. Wie aber, wenn der Verkäufer nichts

daß es der Vorbehaltsverkäuferin nur darauf angekommen sei, rechtzeitig und ordnungsmäßig den Kaufpreis zu erhalten, und daß es für sie belanglos gewesen sei, wer im Endergebnis das Eigentum erlangte, unterstellt es der Verkäuferin einen Übereignungswillen mit der Maßgabe, „jeden anderen, von der Käuferin ausdrücklich als Abnehmer bezeichneten oder auch nur stillschweigend ohne nähere Offenlegung so vertretenen Dritten berechtigten zu wollen“. Des weiteren will das O. annehmen, daß die Firma H. als stille oder verdeckte Stellvertreterin der Verkäuferin und dieser gegenüber zugleich als stille Stellvertreterin der K. aufgetreten sei; es sei belanglos, daß sie dem Willen, nicht für sich selbst, sondern allein für die K. zu erwerben, nicht besonders Ausdruck gegeben habe; dies sei unschädlich, weil es der Verkäuferin nicht darauf angekommen sei, daß gerade ihre bisherige Schuldnerin, die Firma H., Eigentümerin wurde. Die Wirkung der dinglichen Einigung sei daher unmittelbar zugunsten der K. eingetreten (§ 164 BGB.).

Diese Begr. ist nicht frei von Rechtsirrtum. Es mag dahinstehen, ob eine stillschweigende Bevollmächtigung des Vorbehaltskäufers durch den Verkäufer, für ihn eine Erklärung abzugeben, in einem Falle wie dem vorliegenden schon daraus gefolgert werden kann, daß es für den Verkäufer im Falle der ordnungsmäßigen Bezahlung des Kaufpreises gleichgültig sei, ob der Käufer oder eine dritte von ihm benannte Person unmittelbar Eigentum erwerbe. Denn jedenfalls war es erforderlich, daß die Firma H. beim Eintritt der Eigentumsübertragung bewirkenden Bedingung irgendwie zum Ausdruck gebracht hätte, sie wolle eine den unmittelbaren Rechtsübergang auf die K. billigende Erklärung, sei es ausdrücklich oder durch ihre Handlungsweise überhaupt, im Namen der insoweit von ihr vertretenen Verkäuferin abgeben. Hätte die Firma H. ihre Verkäuferin von dem Sicherungsübereignungsvertrag benachrichtigt gehabt, und hätte diese trotz der so erhaltenen Kenntnis von der beabsichtigten Rechtsänderung sich ganz schweigend verhalten, so wäre nicht dieses Schweigen an sich, sondern die darin liegende stillschweigende Zustimmung zum unmittelbaren Rechtserwerb der K. von entscheidender Bedeutung gewesen. Immer aber bedurfte es einer ausdrücklichen oder aus ihrem Verhalten

von der Abtretung weiß, andererseits aber feststeht, daß der Käufer nicht mehr Eigentümer werden will und dies auch durch die Sicherungsübereignung, besser Abtretung der Anwartschaft, kundgegeben hat? Soll dann überhaupt keine Änderung im Eigentum eintreten? Oder vollendet sich dann die übertragene Anwartschaft kraft Eintritt der Bedingung zum vollen pfandfreien Eigentumserwerb des Dritten? Oder soll nur eine vielleicht nur gelegentliche, rein zufällige Benachrichtigung des Verkäufers vor der Abtretung es verhindern können, daß die Maschine von der Hypothekenhaftung ergriffen wird? Wahl macht Qual!

Das O. will hier mit der Berechtigung dessen „den es angeht“, und mit der stillen Stellvertretung arbeiten. Die Entsch. des RG. meint, diese Begr. sei nicht frei von Rechtsirrtum. Mir will scheinen, daß man auch hier bei der Konstruktion anderer Ansicht sein kann, und daß die Gedanken des O. gar nicht so schlecht waren. Zunächst rechnet heute in ähnlichen Lagen wohl jeder Vorbehaltsverkäufer mit der möglichen Ausnutzung der Anwartschaft des Vorbehaltskäufers als letztem Kreditversicherungsmittel (vgl. dazu die einsichtigen und eindringenden Ausführungen bei Dr. W. Holz, Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung als Kreditversicherungsmittel, bef. S. 1 ff., 17 ff.).¹⁾ Es wird dem Vorbehaltsverkäufer regelmäßig gleichgültig sein, ob das Eigentum auf den Käufer oder auf den von diesem bestimmten Dritten übergeht; er wird darüber denselben Willen haben, wie der Käufer. Weiter möchte es aber auch als Übersteigerung erscheinen, wollte man fordern, der Käufer müßte beim Eintritt der Bedingung noch einmal zum Ausdruck bringen, daß er nicht Eigentümer werden wolle. Hat er sich einmal der Anwartschaft entäußert und zahlt er dann einfach den Restkaufpreis, so bedarf es weiterer Erklärungen nicht (wie die Rechtslage in besonderen Fällen, z. B. dann ist, wenn die Anwartschaft mehrfach veräußert wurde, steht hier nicht zur Erörterung). So kann man sehr wohl zur unmittelbaren Übereignung auf den Dritten gelangen.

Dem RG. genügt indessen weiterhin die Anwartschaft als Brücke zur Übereignung deshalb nicht, weil die Anwartschaft als solche noch kein dingliches Recht begründet. Ich bedauere, daß so

(schlüssigen Handlungen) zu folgender Zustimmungserklärung entweder der Verkäuferin oder ihres Vertreters. Wenn nun, wie das O. annimmt, die Firma H. die erforderliche Erklärung als Vertreterin der Verkäuferin abgeben wollte, so mußte sie jedenfalls irgendwie zum Ausdruck bringen, daß sie insoweit nicht oder nicht nur im eigenen Namen, sondern im Namen der Verkäuferin zu handeln gewillt sei (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Andernfalls kam der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht (§ 164 Abs. 2 BGB.). Daß aber in dieser entscheidenden Hinsicht irgendwelche Umstände vorlagen, aus denen sich hätte ergeben können, die Firma H. habe bei Zahlung des Schlussbetrags der K. namens der Verkäuferin eine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmungserklärung abgegeben, darüber gebietet es an jeder Tatsachensfeststellung, wie auch von der K. in dieser Hinsicht nichts Schlüssiges hat vorgebracht werden können. Keinesfalls ist aber gerade eine irgendwie in Erscheinung tretende Willensfundgebung ohne wesentliche Bedeutung. Die Anwartschaft als solche begründet noch kein dingliches Recht. Die bestehende Rechtsordnung kennt nur eine geschlossene Zahl begrenzter dinglicher Rechte; die Anwartschaft auf den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gehört nicht dazu. Die Begr. eines dinglichen Rechts durch Übertragung der Anwartschaft auf ein solches kann sich deshalb nur in den Formen vollziehen, die für die Übertragung des zu übertragenden dinglichen Rechts vorgeschrieben sind (§§ 929 ff. BGB.). Wenn die Rspr. aus praktischen Rücksichten für den unmittelbaren Rechtsübergang des Eigentums von der ersten Verkäuferin auf den Sicherungserwerber die — ausdrückliche oder stillschweigende — Zustimmung der von der Rechtsübereignung benachrichtigten Vorbehaltsverkäuferin — wenigstens für den Fall vorheriger Begr. des mittelbaren Besitzes des Sicherungserwerbers — als ausreichenden Ersatz jener förmlichen Übertragungshandlungen anerkannt hat, so bedeutet dies schon ein weitgehendes Entgegenkommen gegenüber den Bedürfnissen des geschäftlichen Verkehrs. Die Rechtssicherheit erfordert aber klare Willensfundgebungen, die die dingliche Rechtsänderung erkennbar machen. Auch für die dinglichen Erwerbsgeschäfte, besonders für die neben der Übergabe oder ihrem Ersatze erforderliche Einigung (§§ 929 ff.

die — neben der Verwirkung — vielleicht wertvollste Errungenschaft der jüngeren Zivilistik in ihrer praktischen Auswirkung in Frage gestellt wird. Der Satz von der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte in Ehren (obgleich das Sicherungseigentum ihn zu widerlegen scheint; das böse Gewohnheitsrecht kümmert sich um solche Wahrheiten nicht). Aber die Anwartschaft auf das Eigentum ist im Verhältnis zu diesem gar kein neues Sachenrecht, ist kein aliud, sondern höchstens ein wesensgleiches *in ius*. „Nasciturus pro iam nato habetur.“ Das RG. anerkennt denn auch die Veräußerlichkeit der Anwartschaft. Das Warterecht — Recht aus dem werdenden Eigentum — wird veräußert, wie die Sache selbst. Hier ist die Anwartschaft wirksam veräußert; der Vorbehaltskäufer hat sein bedingtes Recht endgültig aus seinem Vermögen abgegeben; bei ihm kann es sich nun nicht mehr zum vollen Eigentum ausmachen. Was das RG. hiergegen — über das weitgehende Entgegenkommen (sollt. der Konstruktion) gegenüber den Bedürfnissen des geschäftlichen Verkehrs und über einen angeblichen Willen zum Verhandeln mit sich selbst — ausführt, kann wenig überzeugen. Es ist auch kaum von maßgeblicher Bedeutung, ob der Wille des Vorbehaltskäufers, nicht für sich selber zu erwerben, nicht von vornherein vorhanden war; es genügt das Einigsein beim Eintritt der Bedingungen.

Das Beste der Entsch. sind seine Schlüsselausführungen über die Bedeutung des Offenheitsgedankens. Auch sie können indessen nicht verhindern, daß in der Schlussfolgerung eine Lücke bleibt: die Anwartschaft war nun doch einmal, und zwar endgültig aus dem Vermögen fortgegeben. Zudem läßt auch das RG. den Offenheitsgedanken im Stich, wenn sich nur die Möglichkeit einer Konstruktion für den unmittelbaren Rechtsübergang herausstellt: Schweigt der Verkäufer auf eine noch so zufällige Mitteilung von der Abtretung, oder erklärt der Käufer, er habe mit sich selbst verhandelt, dann haben alle Interessen des Pfandgläubigers zu schweigen und hat im gegebenen Fall der Hypothekengläubiger das Nachsehen.

Eine verständige Abwägung berechtigter Interessen fordert aber hier, daß der Hypothekengläubiger zu schützen ist. Setzt man z. B. den Fall, daß es sich um eine Auswechslung von Maschinen handelte oder die Hypothek erst begründet wurde, als die (noch nicht vollständig bezahlte) Maschine schon auf dem Grundstück war,

¹⁾ Anm.: Auf die Schrift beabsichtige in anderem Zusammenhange näher einzugehen.

BGB.), gilt grundsätzlich die Regel des § 164 Abs. 2 BGB. Grundsätzlich vollzieht sich unter den Voraussetzungen dieser Regel der Rechtsübergang in der Person des Vertreters und nicht des Vertretenen. Von diesem Grundsatz hat die Rpr. des RG. eine Ausnahme für den Fall der sog. stillen oder verdeckten Stellvertretung zugelassen. In diesem Fall kann das Eigentum unmittelbar vom Vertretenen erworben werden, doch muß dann zweierlei zusammenkommen, einmal, daß der Veräußerer nicht den Willen gehabt hat, das Recht gerade auf den mit ihm verhandelnden Vertreter zu übertragen, daß ihm vielmehr die Person des Erwerbers gleichgültig war, und ferner, daß der Vertreter für seine Person den Willen gehabt hat, das Eigentum gerade für seinen Machtgeber zu erwerben, und daß er dazu bei Erlangung des Besitzes gleichzeitig durch Verhandeln mit sich selbst (§ 181 BGB.) zugunsten des Vertretenen ein Besitzkonstitut i. S. des § 868 BGB. vorgenommen, also ein Besitzverhältnis begründet hat, vermöge dessen er einem anderen, eben dem dritten Erwerber gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (RG. 99, 208; 100, 190 [192]). In solchen Fällen, wobei vornehmlich an Kaufgeschäfte des täglichen Lebens zu denken ist, wird der Vertretene, sofern der Stellvertreter zur Zeit der dinglichen Einigung und Besitzübertragung den mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen hat, das Eigentum für diesen zu erwerben, durch ein „Inlichgeschäft“ Eigentümer, und es genügt, daß dieser Wille des Vertreters, wenn auch nicht für jedermann, so doch für einen mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbar war (RGUrt. v. 3. Dez. 1923, IV 720/22; RGWarn. 1925 Nr. 27). Im vorl. Falle liegen, abgesehen von der Gleichgültigkeit hinsichtlich der Person des Erwerbers, die das LG. der Vorbehaltsverkäuferin unterstellt, jedoch die sonstigen Voraussetzungen eines derartigen dinglich wirkenden Inlichgeschäfts nicht vor. Denn einmal war die Vorbehaltsverkäuferin, als sie die Sicherungsübereignung mit der Kl. vereinbarte, selbst noch nicht Eigentümerin, so daß durch diesen Vertragsabschluß allein die Kl. gem. § 930 BGB. das Eigentum an den Maschinen nicht erwerben konnte. Andererseits aber hatte die Vorbehaltsverkäuferin in dem Zeitpunkte, in dem sie sich mit der Vorbehaltsverkäuferin über den — zunächst noch aufschiebend bedingten — Eigentumsübergang dinglich einigte und sich die Maschinen von ihr übergeben ließ, innerlich noch nicht den Willen, nicht für sich, sondern als Vertreterin eines Dritten für diesen zu erwerben. Diesen Entschluß faßte sie vielmehr erst später, als sie mit der Kl. den Sicherungsübereignungsvertrag v. 15. Nov. 1930 vereinbarte. Die Tätigkeit der Vorbehaltsverkäuferin bestand, nachdem sie diesen Vertrag abgeschlossen hatte, allein darin, daß sie den von ihr geschuldeten Kaufpreisrest an die Vorbehaltsverkäuferin bezahlte. Auch bei diesem das Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Vorbehaltsverkäuferin und dessen dingliche Wirkung abschließenden Vorgang hat sie — so muß nach

so tritt dies bessere Recht der älteren Hypothek vor dem jüngeren Sicherungseigentum besonders klar hervor.

Die Anwartschaft auf die Hypothek verdient ebenso sehr anerkannt zu werden, wie das Warterecht auf das Eigentum. Dies gilt insbesondere für die Fälle aus § 1120 BGB.: in dem Augenblick, in dem die Maschine durch Zahlung des Restkaufpreises kraft Eintritts der Bedingung gem. § 455 BGB. „in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt ist“, erstreckt sich auch die Hypothek auf das Zubehörstück. Diese Anwartschaft ist älter und verdient auch sonst stärkeren Schutz als die Anwartschaft des Sicherungserwerbers.

Freilich ergeben sich hier eigentümliche konstruktive Schwierigkeiten: Ist etwa die Anwartschaft auf das Eigentum belastet mit der Anwartschaft auf die Hypothek auf den Sicherungserwerber übertragen worden? Wenn nun dessen Anwartschaft sich zu vollem Eigentum verdichtet, hat sich damit auch die Anwartschaft des Hypothekengläubigers zum vollen Pfandrecht verdichtet? So ist nicht durchzukommen: Da das Zubehörstück, die Maschine, nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt ist, konnte auch die Hypothek nicht entstehen. Aber die ganze Konstruiererei, die das Sicherungseigentum als Eigentum behandelt, ist von Grund auf verfehlt.

Das Sicherungseigentum ist nun einmal kein wahres Eigentum, sondern eine vom Wohnheitsrecht erzwungene besondere Art des Pfandrechts (mit gewissen Ermäch-

dem Vorbringen der Kl. angenommen werden — weder der Vorbehaltsverkäuferin das Eintreten der Kl. mitgeteilt, noch dieser gegenüber, noch überhaupt in erkennbarer Weise irgendwie zum Ausdruck gebracht, daß sie auf Grund einer stillschweigenden Ermächtigung der Vorbehaltsverkäuferin in deren Namen das Einverständnis mit der unmittelbaren Übertragung des Eigentums an den Maschinen auf die von ihr vertretene Kl. erklären wolle. Bei Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrags war die Vorbehaltsverkäuferin noch nicht Eigentümerin. Der Eintritt der Wirksamkeit des Eigentumsübergangs war also in die Zukunft, auf den Zeitpunkt verlegt, in dem die Bedingung für den Wegfall des Eigentumsvorbehalts eintreten würde. Für diesen Fall wird schon in der bisherigen Rpr. ganz allgemein eine Ausführungshandlung erfordert, die den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang auch äußerlich in die Erscheinung treten läßt (RG. 73, 415 [418]; 81, 141 [143]; RGUrt. v. 4. Mai 1920, VII 2/20; RGWarn. 1920 Nr. 163). Um so weniger ist eine solche nach außen erkennbare Ausführungshandlung dann zu entbehren, wenn sich der Übergang des Eigentums unter Umgehung des Vorbehaltsverkäufers unmittelbar durch Übertragung des Eigentums seitens des Vorbehaltsverkäufers auf den Sicherungserwerber vollziehen soll. An dem Erfordernisse der Erkennbarkeit des Eigentumsübergangs ist grundsätzlich festzuhalten, weil sonst eine sichere Rechtsgrundlage zumal in den Fällen nicht gewonnen werden kann, wo einander widerstrebende dingliche Rechte zusammenstoßen, z. B. wenn der Vorbehaltsverkäufer vor Abschluß der Sicherungsübereignung schon einmal anderweit über die Sache verfügt hat oder wenn die Sache bei ihm von einem anderen Gläubiger gepfändet worden ist, oder wenn infolge Einbringens in ein Miet- oder Pachtgrundstück ein gesetzliches Pfandrecht daran entsteht; und dies gilt in gleicher Weise für den hier vorl. Fall, daß der Kaufgegenstand beim Eigentumsübergang des Grundstückseigentümers (Vorbehaltsverkäufers) als Zubehör ohne weiteres der Verstrickung zugunsten der Grundstückspfandgläubiger unterfällt.

(U. v. 4. April 1933; VII 21/33. — LG. Cottbus.) [Ru.]

(= RG. 140, 223.)

****2.** §§ 242, 626 BGB.; 5. Teil Kap. III RPräf. Bd. v. 6. Okt. 1931. Die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse kann dem Dienstherrn wohl zur Auflösung des Dienstverhältnisses, nicht aber über ausdrückliche gesetzliche Bestimmung hinaus zur Kürzung der Dienstbezüge berechnen. Bei Ruhegehaltsempfängern ist auch eine Lösung des Dienstverhältnisses, welches nicht mehr besteht, nicht möglich. Dies alles gilt, auch wenn die Fortentrichtung der bisherigen Gehälter das wirtschaftliche Dasein des Dienstherrn gefährdet. †)

(U. v. 13. Juni 1933; II 51/33. — München.) [Ru.]

tigungen, wie sie sonst nur der Eigentümer hat). Auch zwischen den verschiedenartigen Pfandrechten besteht eine Rangordnung; das ältere geht dem jüngeren vor; gegebenenfalls aber entscheidet die ältere Anwartschaft. Mit der Zahlung des Restkaufpreises erlangte der Vorbehaltsverkäufer das Eigentum (immer noch mehr als die nuda proprietas); gleichzeitig wuchsen sich die Anwartschaft des Hypothekengläubigers und des Sicherungseigners — in Wahrheit nur Pfandgläubigers — zum Pfandrecht, nämlich zur Hypothek und zum sog. Sicherungseigentum aus; aber jenes ist älter und schutzwürdiger, und deshalb und nur deshalb war die Besl. im Recht. Diese Begr. dürfte sicherer sein, als die des RG. Denn fast jeder reine Konstruktionsbeweis ist unsicher; meist kann man ebenso gut anders konstruieren. Daß der Hypothekengläubiger wirtschaftlich und nach der Priorität, also rechtlich, das bessere Recht hat als der Sicherungsgläubiger, aber leuchtet unabhängig von aller Konstruktion ohne weiteres ein. In jedem Prozeß handelt es sich schließlich doch nur darum, wer Recht zu bekommen verdient und nicht darum, wer am besten Schach zu spielen versteht.

Präf. des JurPrüf. Sch w i s t e r, Berlin.

Zu 2. Das Urteil gibt einen Beitrag zur Frage der Einwirkung der gegenwärtigen Wirtschaftsnot auf dienstvertragliche Vergütungs- und Versorgungsansprüche. Der 2. ZibSen. des RG. stellt sich damit auf den Boden der gleichen Grundsätze, die vom RArbG. in dieser Hinsicht aufgestellt worden sind (vgl.

3. § 839 BGB. Pflichten des Notars oder Rechtsanwalts bei Abfindung von Urkunden. Bei Amtshaftung kommen §§ 278 und 831 BGB. nicht zur Anwendung. †)

Nicht beizutreten ist der Auffassung des Verf., eine einen Grundbucheintrag betreffende Urkunde dürfe immer nur eingeschrieben abgefunden werden, und der Notar müsse sich auch stets persönlich um die Einreichung kümmern und sie besonders anordnen. Es ist von einem Notar (oder Anwalt) im allgemeinen nicht zu verlangen, daß er die Abfindung von Urkunden persönlich vornimmt oder in jedem Einzelfall überwacht. Er muß aber allgemeine Einrichtungen treffen und durch wirksame Überwachung sicherstellen, daß diese Aufgabe durch ein gut geschultes und erprobtes Büro wahrgenommen wird (vgl. z. B. RG-Urt. v. 26. April 1933, V 436/32, und v. 16. März 1933, IV 14/33¹⁾). Erst wenn nachgeprüft worden ist, ob in dieser allgemeinen Weise ausreichende Vororge getroffen worden ist, läßt sich abschließend beurteilen, ob dem Notar selbst ein Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden kann, worauf es allein ankommt, da bei Anwendung des § 839 BGB. weder für § 278 noch

¹⁾ JW. 1933, 1061.

bes. JW. 1932, 3219 und 1933, 1276). Mit bemerkenswerter Entschiedenheit betont das RG., daß die Herabsetzung vereinbarten Gehalts oder Ruhegelds aus einseitiger Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmers dem Grundsatz der Vertragstreue zuwiderlaufe und damit zu völliger Rechtsunsicherheit führen würde. Dabei verkennt das RG. keineswegs, daß ganz besonders erschwerende Umstände im Einzelfall eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, wie das auch vom ARbG. mehrfach ausgesprochen worden ist, namentlich in der im vorl. Urte. angeführten Entsch.: JW. 1933, 257 und außerdem neuestens in der Entsch. v. 24. Mai 1933: JW. 1933, 1677.

Diese letztere Entsch. könnte freilich den Eindruck erwecken, als sei das ARbG. in dem grundsätzlichen Festhalten an dem Gedanken der Vertragstreue wieder schwankend geworden. „Nur dann würde § 242 BGB. die Pensionskürzung rechtfertigen“, heißt es dort, „wenn die Höhe der vereinbarten Pension den Bestand des Unternehmens der Vell. wirtschaftlich zu gefährden geeignet wäre.“ (Im gegebenen Fall ist das verneint worden; die Vell. war eine der größten deutschen Industrieunternehmungen.) Auf den ersten Blick scheint hier ein Widerspruch mit der eigenen Auffassung des ARbG. zutage zu treten, die es in der Entsch. v. 9. Dez. 1931, RAG 253/31: Bensch-Samml. 13, 546 bekundet hat. Dort ist in bezug auf dienstvertragliche Pensionsansprüche (lebenslängliche Wohnung und Naturalien für einen früheren Gutsherrn) gesagt, daß ein nachträgliches Unvermögen nicht schon dann vorliege, wenn die Leistung zufolge eines nachträglichen Vorgangs nur unter größeren Schwierigkeiten bewirkt werden könne; die Erfüllung müsse vielmehr mit so außergewöhnlicher Schwierigkeit verbunden sein, daß sie nach der Auffassung des Verkehrs dem Unvermögen gleichzuachten sei; nachträglich eingetretene Mittellosigkeit sei aber kein Unvermögen, sie müsse der Schuldner vertreten.

Bei alledem wird man eins nicht außer acht lassen dürfen. Soweit es sich um die noch heute fühlbaren Wirkungen der Wirtschaftskrise von 1930/31 handelt, werden durch Teil 5 Kap. III NotW.D. des RPräf. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537) ganz eindeutig die Grenzen gezogen, innerhalb deren ein Arbeitgeber die von ihm zu zahlenden Dienstvergütungen und Versorgungsbezüge als unzumutbar herabsetzen darf. Es heißt in § 1 a. a. O. ausdrücklich, daß der Dienstberechtigte zur einseitigen Herabsetzung der bezeichneten Bezüge befugt sei, „wenn sie mit Rücksicht auf seine Geschäfts- oder Vermögenslage als übermäßig hoch anzusehen sind und deren Weiterzahlung ihm deshalb nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann“; und zwar beschränkt sich die Herabsetzungsbefugnis auf Vergütungs- und Versorgungsbezüge, die jährlich mindestens 15 000 RM betragen. Daraus ergibt sich klar — wie auch das vorl. Urte. des RG. mit Recht hervorhebt —, daß Dienstvergütungen und Pensionen, die unter dieser Grenze liegen, nicht unter Berufung auf Treu und Glauben oder Anzumutbarkeit gekürzt werden können. Nur darf man aus den Best. der NotW.D. v. 6. Okt. 1931 nicht den Schluß ziehen, daß nun die Frage, ob und in welchem Umfang dienstvertragliche Vergütungen wegen Anzumutbarkeit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben herabgemindert werden können, endgültig gesetzlich geregelt sei. Die NotW.D. ist auf Grund des Art. 48 Abs. 2 RVerf. erlassen worden und will ihrer Natur nach nur zur Behebung eines als vorübergehend gedachten Notstandes dienen. Nur für die besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse, zu deren Über-

§ 831 BGB. Anwendungsraum ist (Urte. des erf. Sen. vom 29. April 1933, V 48/33). Es läßt sich nicht mit der Rspr. und der Verkehrsanschauung vereinigen, in jedem Falle die Abfindung eines einfachen, nicht eingeschriebenen, Briefs in Grundbuchsachen für unzureichend zu erachten. Gewiß besteht in solchem Falle ein erhöhter Anlaß, die Abfindung und den Eingang durch andere Einrichtungen sicherzustellen und erforderlichenfalls zu überwachen. Ohne Erörterung dieser Maßnahmen läßt sich aber nicht sagen, sie seien unzureichend.

(U. v. 17. Mai 1933; V 65/33. — Stettin.) [Sch.]

**4. Ein Verlagsvertrag verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn dem Verleger das Recht zu sämtlichen weiteren Auflagen eingeräumt ist, sich der Verf. verpflichtet hat, die neuen Auflagen sach- und fristgemäß zu bearbeiten und wenn bei Behinderung des Verf. eine geeignete Stellvertretung vorgesehen ist. Der Satz von 10% des Ladenpreises ist keine unangemessene Vergütung. †)

(U. v. 26. April 1933; I 301/32. — Berlin.) [Ka.]

(= RG. 140, 264.)

windung die NotW.D. beitragen will, gelten ihre Normen. Notverordnungsrecht ist Ausnahmerecht. Dagegen gibt die Vorschr. des § 242 BGB. einen Grundsatz wieder, von dem man mit einer kleinen Übertreibung sagen kann, daß er das Recht aller Völker und Zeiten beherrscht. „Alle Rechtsausübung und Pflichterfüllung, alles rechtliche Handeln überhaupt steht unter dem Leitgedanken von Treu und Glauben“ (vgl. Hans Reichel, Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in der Festschrift für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstag (1926), S. 281 ff., bes. 319). Die Rspr. wird deshalb in Zukunft doch immer wieder auf § 242 BGB. zurückgreifen müssen. Vielleicht sind die Schlusssätze der Entsch. des ARbG. v. 24. Mai 1933: JW. 1933, 1677 nur i. S. eines solchen Vorbehalts für die Zukunft zu verstehen. Damit würde sich der scheinbare Widerspruch mit der bisherigen Rspr. des ARbG. lösen.

RA. Dr. W. Doppermann, Dresden.

Zu 3. Geht man von der grundsätzlichen Einstellung des RG. aus: „entscheidend ist, ob dem Notar selbst Fahrlässigkeit zur Last fällt“, so ist dem Urte. zuzustimmen.

Es ist zutreffend, daß für das GBV. bestimmte Urkunden nicht immer eingeschrieben abgefunden werden müssen. In dieser Hinsicht lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen. Die gebotene Sorgfalt kann auf verschiedenartige Weise gewahrt werden.

Bei der Bedeutung einer Eintragungsbewilligung würde ich es allerdings für erforderlich halten, besondere Überwachungsmaßnahmen anzuordnen, etwa eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren eine mit der Abfindung erbetene Empfangsbestätigung eingehen oder der Eingang durch nochmalige Nachfrage festgestellt werden mag.

Im übrigen vgl. den Aufsatz „Sind §§ 278 und 831 BGB. bzw. deren Rechtsgedanken im Rahmen des § 839 BGB. anwendbar“ (oben S. 1756).

RA. Hermann Carl, Düsseldorf.

Zu 4. Die Bedeutung der Entsch. des RG. liegt weniger in den vom RG. entwickelten Rechtsätzen, über die ein ernsthafter Streit nach Lage des Falles kaum möglich ist. Bedeutsam ist das Urte. aber deshalb, weil es einen Verlagsvertrag behandelt, der im Laufe der letzten Jahrzehnte gerade bei wissenschaftlichen Lehrbüchern, Sammelwerken und anderen Werken, bei denen mit einer fortlaufenden Anpassung an neuartige Verhältnisse gerechnet werden muß, typisch geworden ist. Durch die Entsch. des RG. ist dieser typische Vertrag für rechtlich unbedenklich erklärt worden. Die Rechtsbeziehungen zwischen den wissenschaftlichen Verlegern und ihrem Autor sind durch das Urte. erheblich sicherer geworden. Der Verleger weiß nun, daß er in dem Verlagsvertrag unbedenklich eine Best. aufnehmen kann, durch die er das Recht erhält, die Bearbeitung einer neuen Auflage einer anderen ihm geeignet erscheinenden Persönlichkeit zu übertragen, wenn der Autor durch Krankheit, Tod oder sonstige Umstände außerstande oder nicht willens sein sollte, eine neue Auflage zu bearbeiten. Auch die Übertragung des Rechtes zu sämtlichen weiteren Auflagen, wie sie in neueren Verlagsverträgen zur Regel geworden ist, hat das RG. in Bestätigung seiner früheren Rspr. erneut für unbedenklich erklärt. Die Verpflichtung des Autors, die neuen Auflagen sach- und fristgemäß zu bearbeiten, ist vom RG. ebenfalls zutreffend als rechtswirksam anerkannt.

RA. Dr. W. Ritter, Berlin.

5. NotW.D. v. 8. Dez. 1931 Kap. I Teil 1, § 31 Ziff. 2; § 1 UnlW.G.

1. Kein Verbot vertikaler Preisbindungen durch W.D. v. 8. Dez. 1931.

2. Ein Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb, begangen durch Verletzung horizontaler Preisbindungen wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Preisbindung nicht alle Händler des Bezirks (nicht lückenlose Bindung) ergreift.†)

Die Bekl. gehört dem eingetragenen Verein „Dresdner Kohlenhandel“ an, der die Wahrung der Interessen des Kohlenhandels, den Schutz seiner Mitglieder gegen unlauteren Wettbewerb und die Anerkennung fester Verkaufsgrundsätze im Kohlenhandel bezweckt. Dieser Verein und seine Einzelmitglieder sind Mitglieder des Landesverbandes, der ähnliche Zwecke verfolgt. Der „Dresdner Kohlenhandel“ gibt alljährlich Mindestpreise für Kohlen und Briketts heraus, die die Kohlenhändler einzuhalten haben. Das Ostelbische Braunkohlenyndikat 1928, von dem die Briketts über die Groß- und Einzelhändler an die Verbraucher gelangen, verpflichtet in seinen Lieferungsbedingungen die Abnehmer, etwaige unter Zustimmung des Syndikats vereinbarte örtliche Regelungen der Kleinverkaufspreise einzuhalten und die Unterabnehmer ebenfalls auf deren Einhaltung zu verpflichten. Die Bekl., die auch Kohlen an Verbraucher vertreibt, hat sich dabei an die festgesetzten Preise gehalten, gibt aber an die Bezieser Rabattmarken aus, auf die sie in der Weihnachtszeit 6% des Bezugspreises vergütet. Der Kl. fordert gemäß § 13 UnlW.G. Unterlassung des Angebots und Verkaufs zu unter den örtlichen Mindestpreisen liegenden Preisen.

LG. und OLG. haben abgewiesen, RG. hat verurteilt. Wesentlich ist, ob überhaupt das Rabattsystem der Bekl. eine Verletzung einer etwa für sie geltenden Preisbindung darstellen würde. Sie ist unbedenklich zu bejahen. Es kann nicht entscheidend sein, daß die sofortige Vergütung auf die Ware bei dem Verfahren der Bekl. vermieden und diese durch die um die Weihnachtszeit erfolgende Einlösung aller den betr. Kunden im Laufe des Jahres bei seinen verschiedenen Warenentnahmen gegebenen Rabattmarken ersetzt wird. Es fehlt deswegen nicht die unmittelbare Beziehung des Rabatts zur Ware, weil die Rabattmarken eben für den Bezug bestimmter Waren ausgegeben werden. Das rechnungsmäßige Ergebnis des Verfahrens ist jedenfalls, daß der Kunde seine bei der Bekl. bezogenen Kohlen zu einem Preise erhält, der 6% unter den vom „Dresdner Kohlenhandel“ festgesetzten Verkaufspreisen liegt. Das aber stellt eine zweifelsfreie Preisunterbietung dar, die als Anreiz auf die Käuferschaft wirken muß (Rosenthal, UnlW.G. § 1 Anm. 92b; Callmann, UnlW.G. § 1 Anm. 102; Baumbach, WBR. S. 387, 437).

Zu prüfen ist hiernach, ob die Bekl. überhaupt an die vom „Dresdner Kohlenhandel“ festgesetzten Kleinverkaufspreise für Briketts gebunden ist. Das BG. führt hierzu aus, daß die nach der Organisation der Kohlenwirtschaft zwischen Lieferanten und Händlern der verschiedenen Stufen bestehenden sog. vertikalen Preisbindungen durch § 3 Abs. 1 Ziff. 2 Kap. I Teil 1 NotW.D. v. 8. Dez. 1931 den Einzelhändlern

gegenüber für nach dem 8. Dez. 1931 geschlossene Käufe dadurch beseitigt seien, daß die erwähnte Best. den Kohlenyndikaten und für bestimmte Gebiete ausschließlich lieferungsberechtigten Großhändlern verbiete, Einzelhändler beim Bezug inländischer Brennstoffe zu beschränken. Die Rev. greift diese Auslegung an und macht geltend, daß die fragliche Vorschr. nur Beschränkungen im Mengenbezug wegen Verletzung sog. Ausschließlichkeitsklauseln, nicht aber Preisbindungen treffen wolle (vgl. Wolff, PreisfestsetzungsW.D. S. 59 cc). Die Ansicht des BG. beruht in der Tat auf rechtsirriger Auslegung der Ziff. 3 S. 2 des § 3 Kap. I Teil 1 NotW.D. v. 8. Dez. 1931. Nachdem in Satz 1 a. a. D. den Syndikaten der Kohlenwirtschaft und solchen Unternehmungen des Kohलगroßhandels, die für bestimmte Gebiete ausschließlich lieferungsberechtigt sind, lediglich verboten ist, gegen Einzelhändler Maßnahmen i. S. des § 9 Abs. 1 KartW.D. und Vertragsstrafen wegen Unterschreitung von Kleinverkaufspreisen zu verhängen, die durch Verträge oder Beschlüsse der in § 1 KartW.D. bezeichneten Art gebunden sind, heißt es weiter: „Sie dürfen Einzelhändler beim Bezug inländischer Brennstoffe nicht beschränken.“ Das BG. entnimmt aus diesem Satz das Verbot einer Beschränkung durch (vertikale) Preisbindungen. Eine solche Best. würde aber in diesem Zusammenhang nicht passen, würde auch eine andere klare Fassung erhalten haben. Das BG. nimmt, da es selbst zugeben muß, daß der 1. Satz mit seinem Verbot nur von Sperren und Nachteilen ähnlicher Art und von Vertragsstrafen wegen Verletzung vertikaler Preisbindungen durch den Kleinhandel geradezu sinnlos wäre, neben einem im 2. Satz ausgesprochenen Verbot solcher Bindungen, überhaupt an, daß dieses Verbot im 2. Satz sich nur auf Preisbindungen vertikaler Art für Kaufverträge beziehe, die nach Erlaß der NotW.D. v. 8. Dez. 1931 abgeschlossen werden. Das ist aber unhaltbar nach Wortlaut und Zusammenhang. Dazu kommt, daß in Ziff. 4 des § 3 ausdrücklich bestimmt ist, daß für die Preisbindungen des Kohleneinzelhandels noch eine besondere Regelung erfolgen werde. Diese ist dann wenige Tage später erfolgt durch die Bef. des Reichskommissars für Preisüberwachung v. 16. Dez. 1931 (RWBl. I, 777), „über die Senkung der gebundenen Preise des Kohlen-Einzelhandels“. Schon aus dieser Überschrift ergibt sich, daß der Reichskommissar selbst davon ausgeht, daß die Preisbindungen des Kohleneinzelhandels zu Recht bestehen. Das ergibt sich auch klar aus § 4 Ziff. 2, daß Preisbindungen nach Inkrafttreten dieser Bef. ohne Genehmigung der obersten LandesBeh. nicht neu eingegangen werden dürfen. Diese Vorschr. enthält somit die Feststellung, daß die vor Inkrafttreten dieser Bef. eingegangenen Preisbindungen auch ohne behördliche Genehmigung zu Recht bestehen. Diese hiernach ausdrücklich als rechtswirksam anerkannten gebundenen Preise werden in der Bef. dann nur um gewisse Prozentsätze schematisch herabgesetzt. Die Auffassung des Reichskommissars in dem überreichten Schreiben, daß die vertikalen Preisbindungen durch § 3 Kap. I Teil 1 a. a. D. beseitigt seien, ist hiernach offensichtlich unzutreffend. Im Gegensatz zu dieser Äußerung des Reichskommissars steht auch das KartellGer. (Sammlg. von Entsch. und Gutachten des KartGer. Heft 8 S. 17 ff.),

den Wettbewerb mit Händlern außerhalb der Vereinigung bestehen zu können. — Bieweit der Sachvortrag das bestätigt, steht hier nicht zur Erörterung.

Demgegenüber ist der Standpunkt des Ur., der Beschl. der Vereinigung habe absolute Wirkung und sei nur dadurch begrenzt, daß die Preisbindung an sich nicht durch ihre Höhe vom Standpunkt der kaufmännischen Wohlstandigkeit zu beanstanden sei, zu eng. Die Behauptung der Bekl., die Mitglieder der Vereinigung seien durch den von ihr gewährten Rabatt überhaupt nicht geschädigt, jedenfalls aber habe die Gewährung des Rabattes sich nach Fassung des Beschl. als notwendig erwiesen, um Außenseiter zu bekämpfen, ist an sich erheblich. Es ist kaum erforderlich, hier an ein besonderes Abwehrrecht zu denken, obwohl auch ein solches in Frage kommt. Das Mittel einer Preisbindung ist u. U. eine so schwerfällige Maßnahme, daß die Aufhebung eines hierauf bezüglichen Beschl. nicht immer abgewartet werden kann. Zu berücksichtigen ist auch, daß die Öffentlichkeit kein Interesse daran haben kann, hohe Preisbindungen an Gegenständen des Lebensbedarfs bestehen zu lassen.

Al. Dr. Wilhelm Schlectriem, Düsseldorf.

Zu 5. Eine Verkäufervereinigung hat Mindestpreise unter Widerspruch der Bekl., die ihr Mitglied ist, festgesetzt. Da die Satzungen beobachtet sind, ist die Bekl. an die Festsetzung gebunden. Diese Bindung aber kann nur den Zweck haben, den Wettbewerb durch Unterbietung unter den Mitgliedern selbst — und nur unter diesen — auszuschalten. Ohne diese, mit Nachdruck zu betonende, Einschränkung könnte der Zweck der Vereinigung erheblich gefährdet werden, denn dieser kann unmöglich dahin gehen, unter Schädigung der eigenen Mitglieder einem Außenseiter zuzuhelfen.

Hier spielt das Vertrauen auf eine besondere Treupflicht gegenüber der Vereinigung eine entscheidende Rolle, und es würde daher als ein besonders schlimmer Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb zu betrachten sein, wenn ein Mitglied die Preisbindung befürwortet oder sogar angezogen hätte in der von vornherein bestehenden Absicht, sie zum Schaden der anderen Mitglieder durch Rabattgewährung für sich auszunutzen.

Das kommt hier aber offenbar nicht in Frage. — Die Bekl. betont ihren Widerspruch gegen den Beschl. der Vereinigung und verweist darauf, der von ihr gewährte Rabatt habe dazu gedient,

bzgl. der Auslegung des 2. Satzes des § 3 a. a. D. auf dem oben vertretenen Standpunkt, daß dieser nicht von vertikalen Preisbindungen und deren Aufhebung handelt. Nach der Auslegung des KartellVer. wird durch diese Best. vielmehr den Syndikaten verboten, gegen Einzelhändler eines bestimmten Gebietes gerichtete Maßnahmen zu ergreifen, welche Kohlen anderer Syndikate beziehen: sie dürfen insbes. also nicht den von ihnen belieferten Großhandlungen zur Pflicht machen, Einzelhändler, die auch Waren anderer Syndikate beziehen, ihrerseits nicht zu beliefern. Auf dem gleichen Standpunkt in bezug auf die Bedeutung des 2. Satzes des § 3 a. a. D. steht auch das Reichswirtschaftsministerium in der überreichten Auskunft v. 9. Sept. 1932.

Es steht zur Zeit nicht fest, ob die Bekl. eine Preisbindung dieser Art überhaupt eingegangen ist. Es kommt aber folgender weiterer Gesichtspunkt in Betracht: Die in Frage stehenden Einzelhandelspreise für Briketts sind durch Beschl. des Vereins „Dresdner Kohlenhandel“ festgesetzt worden. Die Bekl. ist Mitglied dieses Vereins und als solches an satzungsgemäße Beschl. des Vereins gebunden. Es handelt sich bei diesen Preisbeschl., gegen die vom kartellrechtlichen Standpunkt aus kein Bedenken obwaltet, und die in Kap. I Teil 1 § 1 Abs. 2 NotW.D. v. 8. Dez. 1931, sowie in § 1 Abs. 2 der Bef. über Kohlenpreissenkung v. 16. Dez. 1931 als Form der Preisbindung ausdrücklich genannt sind, um sog. horizontale Preisbindungen zwischen Händlern gleicher Stufe. Wenn nun das angef. Ur. diese Bindung vom wettbewerblichen Gesichtspunkt aus um deswillen für unerheblich ansieht, weil es an dem Beweise der Geschlossenheit des Preissystems fehle, insbes. dem Verein „Dresdner Kohlenhandel“ nicht sämtliche Kohlenhändler Dresdens angehörten, so werden dabei Rechtsgrundsätze aus anderen Entsch. auf einen Fall übertragen, wo sie nicht am Platze sind. Die im Anschluß an die Preiserschleuderei mit auf Schleichwegen erworbenen Markenartikeln entwickelten rechtlichen Gesichtspunkte über das Erfordernis der Lückenlosigkeit eines Reverssystems (vgl. RG. 88, 91; 120, 47²); ZB. 1929, 249; MuB. 1929, 589; RG. 133, 335³); ZB. 136, 65⁴) greifen im Streitfall nicht ein. Es handelt sich hier lediglich um die satzungsgemäße Bindung der Bekl. an Vereinsbeschl., und für diese Bindung ist es gleichgültig, wieviel von den Dresdner Kohlenhändlern Mitglieder des Vereins sind, von wem die Bekl. ihre Kohlen bezieht, insbes., ob sie das bei auswärtigen Händlern tut, die sie nicht auf die von den Dresdner Händlervereinigungen festgesetzten Preise verpflichten, und ob diese Preise tatsächlich allgemein eingehalten oder vielfach von außerhalb des Vereins stehenden Geschäften durchbrochen werden, namentlich ob durch die den Konsumvereinen in der Kohlenwirtschaft eingeräumte Vorzugsstellung (vgl. § 63 Ausf. Best. z. Gef. über die Regelung der Kohlenwirtschaft v. 21. Aug. 1919 [RGBl. 1449]) die Ungleichmäßigkeit der Kleinverkaufspreise schon rein gesetzmäßig bedingt ist. Der Verbindlichkeit der Preisbeschl. für die Bekl. stünde, wenn sie sonst satzungsgemäß zustande gekommen sind, auch nicht entgegen, falls sie etwa unter Widerspruch der Bekl. gefaßt oder von ihr nur unter Vorbehalt ihres Rabattmarkensystems anerkannt worden sein sollten, denn nach der Satzung des Vereins „Dresdner Kohlenhandel“ werden Vereinsbeschl. mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt.

Dann ist aber in dem Verhalten der Bekl. der Tatbestand des § 1 UnlWG. unbedenklich zu erblicken. Indem sie die gesetzten Verkaufspreise in der geschilderten Weise unterbietet, gewährt sie den Verbrauchern eine günstigere Einkaufsmöglichkeit für Briketts, als diese sie bei den anderen, sich pflichtmäßig an die Preisfestsetzungen haltenden Mitglieder des „Dresdner Kohlenhandels“ finden würden, lockt also durch das Mittel der Verletzung eigener Rechtspflichten das Publikum an auf Kosten des Umfanges der diese Pflichten beachtenden Mitbewerber mithin unter Schädigung der vertrags-treuen, der Käufererschaft als sie überteuernd erscheinenden Fachgenossen. Daß dies gegen die guten Sitten des Wettbewerbs verstößt, kann nicht zweifelhaft sein, wofür nur die Preisbindung selbst nicht vom Standpunkt der kauf-

männischen Wohlstandigkeit zu beanstanden ist, sie z. B. künstlicher Hochhaltung sachlich unbegründeter Preise, monopolartigen Bestrebungen oder dgl. dient (vgl. RG. 120, 47; 133, 336). Für eine derartige Annahme liegt hier keinerlei Anhalt vor.

Bei dieser Sachlage kommt auf die vom BG. erörterten Punkte, insbes. seine Annahme, daß die Brikettpreise der Bekl. bei Beachtung der Rabattvergütung keine unerleierten Schleuderpreise darstellen, vielmehr noch eine Gewinnmöglichkeit einschließen, und daß die Bekl. mit ihrem Preissystem nicht auf die Erlangung eines Monopols und die Vernichtung der anderen Kohlenkleinhändler abzielt, nichts an. Vielmehr kennzeichnet sich auch ohnedies ihr Verfahren eben wegen der darin zu erblickenden Schädigung der Vereinzogenen und Vereitelung des Vereinszweckes durch gewinnstüchtige eigene Nichtachtung der Mitgliedspflicht als wettbewerbsfremd und unter § 826 BGB. sowohl wie § 1 UnlWG. fallend.

(U. v. 21. Febr. 1933; II 301/32. — Dresden.) [Ru.]

II. Verfahren.

*6. § 244 ZPO.; § 4 Gef. v. 7. April 1933. Ein Vertretungsverbot, das an den Anwalt einer Partei ergeht, unterbricht das Verfahren. Auch im Eheprozeß ist gegen einen Beschluß, der trotzdem eine Berufung, wegen nicht geführten Nachweises der Zahlung der Prozeßgebühr, verwirft, sofortige Beschwerde zulässig.

Der Sen. hat im Beschl. v. 15. Juni d. J., IV B 30/33 ausgesprochen, daß der Anwalt, gegen den ein Vertretungsverbot aus § 4 Gef. v. 7. April 1933 über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (RGBl. I, 881) ergangen ist, als unfähig i. S. des § 244 Abs. 1 ZPO. anzusehen ist, die Vertretung seiner Partei fortzuführen, daß also das Vertretungsverbot eine Unterbrechung des Verfahrens herbeiführt. Da im Vorl. durch die am 9. Mai bewirkte Zustellung des Vertretungsverbotens an RA. Dr. S. (das übrigens dem BG. bekannt war) die Unterbrechung eingetreten und das Verfahren jedenfalls am 20. Mai noch nicht aufgenommen war, so entbehrt der an diesem Tage ergangene, die Ver. als unzulässig verwerfende Beschl. der Wirksamkeit. Denn § 249 Abs. 2 ZPO., wonach die während der Unterbrechung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung sind, bezieht sich nach allgemeiner Ansicht auch auf Handlungen, insbes. Entsch. des Gerichts, so daß solche, abgesehen vom Fall des Abs. 3 a. a. D., den Parteien gegenüber unwirksam sind. Diese Unwirksamkeit kann bei zu Unrecht ergangenen Entsch. nur mittels des zulässigen Rechtsmittels geltend gemacht werden. Das Rechtsmittel steht der betroffenen Partei auch noch während der Unterbrechung zu Gebote, da es sich nicht um die Fortsetzung des Rechtsstreits in der Hauptsache handelt, vielmehr lediglich die nach wie vor bestehende Unterbrechung zur Geltung gebracht wird (RG. 64, 361; 88, 206; 90, 225 und oft). Es bedarf daher nicht der Prüfung, ob eine Anzeige des RA. K., daß er nunmehr die Kl. vertrete, dem Prozeßbevollmächtigten des Bekl. zugestellt und so eine wirksame Aufnahme des Verfahrens erfolgt ist (§§ 244 Abs. 1, 250 ZPO.).

Hiernach ist der Beschw. Folge zu geben, sofern nicht etwa Bedenken gegen ihre Zulässigkeit daraus herzuleiten sind, daß es sich um ein Ehescheidungsverfahren handelt, auf das die Vorsch. der Rechtspflege-NotW.D. v. 14. Juni 1932 Teil 1 Kap. II Art. 1 Abs. 3 Anwendung findet. Die Frage ist zu verneinen.

Nach der angegebenen Vorsch. findet u. a. in Ehescheidungsachen gegen ein Urteil eines OVG. die Rev. nur dann statt, wenn sie im Ur. für zulässig erklärt wurde. Nach dieser Vorsch. i. Verb. m. der Vorsch. des § 519 Abs. 2 ZPO., wonach die sofortige Beschw. gegen einen die Ver. als unzulässig verwerfenden Beschl. nur gegeben ist, wenn gegen ein Ur. gleichen Inhalts die Rev. zulässig wäre, ist zu entnehmen, daß in den unter die gedachte Best. der Rechts-

¹) ZB. 1916, 413.

²) ZB. 1928, 1218.

³) ZB. 1931, 3662.

⁴) ZB. 1932, 1870.

pflageNotW. fallenden Verfahren die sofortige Beschw. gegen derartige Beschl. regelmäßig nur dann stattfindet, wenn die Anfechtung im Beschl. zugelassen ist (vgl. den unter der Geltung der W. zur Entlastung des RG. v. 15. Jan. 1924 ergangenen Beschl. des Sen. RG. 108, 383, dem sich andere Sen. des RG. angeschlossen haben und dessen Ausführungen auch unter dem jetzigen Rechtszustande zutreffen). Vorl. ergibt sich jedoch daraus, daß der angefochtene Beschl. die Anfechtbarkeit nicht ausspricht, die Unzulässigkeit der sofortigen Beschw. um deswillen nicht, weil nach der besonderen Lage des Falles die Zulässigkeit der Rev. gegen ein Ur. gleichen Inhalts auch dann zu bejahen wäre, wenn das Ur. sie nicht ausspräche.

Nach dem Wortlaut der angegebenen Vorschr. der RechtspflageNotW. v. 14. Juni 1932 soll allerdings die Rev. ausnahmslos nur dann stattfinden, wenn sie im oberlandesgerichtlichen Ur. für zulässig erklärt wurde. Der erkennbare Zweck der Vorschr. nötigt aber zu einer einschränkenden Auslegung. Die Vorschr. will, wie die W. v. 15. Jan. 1924, der Entlastung des RG. dienen, indem sie ihm die Nachprüfung von Rechtsfragen fernhält, die durch die Rspr. hinreichend geklärt sind. Das läßt die ausdrückliche Best. des Abs. 3 Satz 2 erkennen, wonach das OVG. die Rev. zuzulassen hat, wenn es von einer Entsch. des RG. abweicht oder wenn sonst von der Zulassung der Rev. die Klärung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu erwarten ist. Daraus aber ergibt sich mit Gewißheit, daß der Gesetzgeber nur solche Fälle im Auge gehabt hat, in denen das Ur. des OVG. zufolge der Anfechtung mit der Rev. einer sachlichen Nachprüfung des RG., sei es in sachlich-rechtlicher, sei es in verfahrensrechtlicher Hinsicht unterliegen würde, und das rechtfertigt es, die Anwendung der Vorschr. auf solche Fälle zu beschränken. Die Vorschr. ist hiernach auf ein Ur. nicht anzuwenden, das zu einer sachlichen Nachprüfung überhaupt keinen Anlaß gibt, weil es auf Grund von Vorschr., die außerhalb seiner sachlichen Begr. liegen, gar nicht hätte erlassen werden dürfen, oder mit anderen Worten, wenn es von vornherein unzulässig war, das Ur. zu erlassen. Um ein solches Ur. würde es sich hier handeln, da, wie dargelegt, zufolge der Unterbrechung des Verfahrens gerichtliche Handlungen gegenüber den Parteien nicht wirksam vorgenommen werden konnten. Da somit die Rev. gegen ein Ur. gleichen Inhalts auch dann zulässig wäre, wenn das Ur. die Zulassung der Rev. nicht ausspräche, liegt die Voraussetzung der Zulässigkeit der sofortigen Beschw. gegen den angefochtenen Beschl. nach § 519 b Abs. 2 ZPO. vor.

Damit nimmt der Sen. einen Rechtsstandpunkt ein, wie ihn die Rspr. in einem ähnlich liegenden Fall anerkannt hat. Die Vorschr. des § 707 Abs. 2 (§ 719 Abs. 1) ZPO. nämlich, wonach ein Beschl., der über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 707 Abs. 1 befindet, der Anfechtung nicht unterliegen soll, hat in der Rspr. insbes. des RG. eine ähnlich einschränkende Auslegung auf die Fälle erfahren, in denen eine sachliche Nachprüfung der Entsch. in Frage kommt (Stein-Jonas, Komm. Bem. III Abs. 2 und die dort nachgewiesenen Entsch.).

Für die weitere Behandlung der Sache ist darauf hinzuweisen, daß infolge der Unterbrechung des Verfahrens nach § 249 ZPO. der Lauf der Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr aufgehört hat, und daß nach Beendigung der Unterbrechung die volle Frist zu laufen beginnt. Da die Nachweisfrist nach dem Kalender bestimmt ist, bedarf es einer neuen Fristbestimmung (RG. 118, 158¹); JW. 1926, 1162²; 1928, 111¹⁰).

(Beschl. v. 22. Juni 1933; IV B 31/33. — Berlin.) [Ra.]

7. Eine Verfügung des Vorsitzenden gemäß § 519 Abs. 6 ZPO. wird erst mit der innerhalb der zu verlängernden Frist zu bewirkenden Zustellung wirksam. Fernmündliche Mitteilung innerhalb der Frist genügt nicht.¹)

Die Beschw. ist nicht begründet, da die verfügte Ver-

längerung der Nachweisfrist nicht in Kraft getreten, der Nachweis infolgedessen nicht rechtzeitig geführt worden ist. Verlängert der Vorsitzende die Nachweisfrist gem. § 519 Abs. 6 ZPO. auf den Antrag des Verkl., so ist seine Verfügung gem. § 329 Abs. 3 ZPO. von Amts wegen zuzustellen. Erst mit dieser Zustellung wird sie wirksam. Ist die Zustellung nicht mehr innerhalb der zu verlängernden Frist erfolgt, die Wirkung der Verfügung also nicht eingetreten, so kann sie auch durch spätere Vorgänge nicht mehr eintreten, da eine bereits abgelaufene Frist nicht verlängert werden kann. Im vorl. Falle ist die Zustellung erst am Tage nach dem Fristablauf erfolgt. Die Berufung ist deshalb m. R. verworfen. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn die vorher erfolgte fernmündliche Mitteilung an den Prozeßbevollmächtigten die nach § 329 Abs. 3 ZPO. erforderliche Zustellung ersetzen könnte. Im Schrifttum (so zu § 329 ZPO.; Stein-Jonas I 3; Baumbach 2b) und auch in Entsch. der OVG. (vgl. u. a. JW. 1927, 1496) wird allerdings die Ansicht vertreten, die Zustellung sei entbehrlich, wenn die Partei von einer zu ihren Gunsten ergangenen Verfügung auf andere Weise zuverlässige Kenntnis erlangt habe, denn § 329 Abs. 3 ZPO. stelle das Erfordernis der Zustellung nur zum Schutze der Partei auf. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten.

In RG. 109, 83 fordert der 4. ZivSen. des RG. die Zustellung innerhalb der Frist und läßt nur diejenige an den Prozeßbevollmächtigten, nicht aber eine Zustellung an die Partei selbst genügen. Die Zustellung oder eine gleichwertige Beurkundung innerhalb der Frist halten auch der 6. und der 3. ZivSen. (RG. 96, 350¹); 109, 341) für nötig. In diesen beiden Entsch. ist allerdings die Frage offen gelassen, ob die formlose Übergabe der Verfügung oder ihre mündliche Mitteilung dann genügen könnte, wenn über solche Vorgänge eine amtliche Urkunde aufgenommen worden ist. Diese Frage braucht auch im vorl. Falle nicht entschieden zu werden, weil eine Urkunde über die vom Beschw. behauptete fernmündliche Mitteilung nicht vorhanden ist. RG.: JW. 1927, 1481 (6. ZivSen.) läßt die persönliche Kenntnisaufnahme des Prozeßbevollmächtigten vom Erlaß der Verfügung nicht genügen. Der 7. ZivSen. (JW. 1929, 1656) hat einer Mitteilung der Fristverlängerung an den Bürovorsteher des Prozeßbevollmächtigten die Bedeutung versagt. Auch der 9. ZivSen. schließt sich im Beschl. v. 23. Sept. 1931, IX B 13/31: RG. 96, 350²); 109, 83 an. Die Wirkung einer mündlichen Mit-

teilung in der alles, was zur Kritik der vorl. Entsch. zu sagen ist, bereits gesagt ist. Es ist bedauerlich, daß das RG. in der in Rede stehenden Frage aus der Verstrickung in Formalismus nicht herausfindet, obwohl der Weg dazu in der Annahme einer Rückwirkung der Zustellung der (innerhalb der zu verlängernden Frist erlassenen) Verlängerungsverfügung auf den Endzeitpunkt dieser Frist bedenkenfrei offensteht. Auf diesen in meiner erwähnten Ann. ausführlich erörterten Gesichtspunkt geht die vorl. Entsch., obwohl sie JW. 1929, 1656¹⁴ zitiert, überhaupt nicht ein. M. Hermann Lucas, Berlin.

B. Die rein fiskalische Vorschr. der §§ 519 Abs. 6, 554 Abs. 7 ZPO. ist eine unglückliche Gesetzesbestimmung, welche oft zur Folge haben kann, daß infolge mangelnden Nachweises rechtzeitiger Einzahlung der Prozeßgebühr materielle Rechte verlorengehen. Ob hier nicht der gleiche Erfolg in anderer Weise erreicht werden konnte, darüber mögen andere entscheiden. Wenn aber der Gesetzgeber derartige Best. erläßt, muß der Richter sie anwenden. Man kann hier nicht mit Schlagworten, wie Formalismus und Unwirtschaftlichkeit, operieren. Solche formale Gesetzesbestimmungen sind ius strictum, man kann nicht aus Billigkeitsgründen sich über sie hinwegsetzen.

Gemäß § 519 Abs. 6 hat der Vorsitzende eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren der Verkl. den Nachweis zu erbringen hat, daß er die für die VerZust. von ihm erforderliche Prozeßgebühr gezahlt hat. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Die Verlängerung einer Frist ist begrifflich nur während des Laufes der Frist möglich, mit deren Ablauf aber ausgeschlossen (RG. 77, 160 = JW. 1912, 42). Das dürfte sich schwerlich bestreiten lassen. Die Fristbestimmung erfolgt durch Verfügung des Vorsitzenden. Nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden sind den Parteien von Amts wegen zuzustellen (§ 329 Abs. 3). Darüber, wann die Verfügung existenzfähig wird und demgemäß, wann ihre Wirkung eintritt, sagt das Gesetz nichts. Wie ist diese Frage zu beantworten? Darin dürfte der Kernpunkt des vorl. Problems zu suchen sein. Das RG. hat nun schon in der Entsch. RG. 11, 403 erklärt,

¹) JW. 1927, 3007.

Zu 7. A. Ich verweise auf meine Ann. zu JW. 1929, 1656¹⁴,

¹) JW. 1920, 48.

²) JW. 1920, 48.

teilung wird noch in zwei Beschl. des 5. Ziv. Sen. behandelt. Von diesen betrifft RG.: RGWarn, 1929 Nr. 86 den hier nicht gegebenen Sachverhalt, daß die Partei auf die förmliche Zustellung vorher verzichtet hatte. Allerdings ist es ZW. 1925, 1491 unter hier nicht vorl. besonderen Umständen als ausreichend angesehen worden, daß die Verlängerung dem Prozeßbevollmächtigten auf seine Anfrage in der Geschäftsstelle des Gerichts mündlich mitgeteilt worden war. Der erf. Sen. er-

„Beschlüsse des Gerichts müssen, um nach außen Bestand und Geltung zu erlangen, verkündet oder den Parteien von Amts wegen zugestellt werden“. So bestimmt der § 294 (heute § 329) ZPD. Der Zusatz „um nach außen Bestand und Geltung zu erlangen“ steht nicht in § 329. Er wird vom RG. unterstellt. Freilich schon damals fügt RG. hinzu „Aber der § 294 a. a. D. hat nicht die absolute Tragweite, welche sein Wortlaut zu ergeben scheint. Es gibt Beschlüsse, die nicht den Parteien, sondern von Amts wegen nur einer derselben zugestellt zu werden brauchen; und es ist unleugbar, daß es für manche Beschlüsse, z. B. für die Abweisung mancher Anträge, nicht der formellen Zustellung, sondern der einfachen Mitteilung von Amts wegen an den Antragsteller bedarf“. Nun war bei der alten ZPD. die Zustellung entschieden von größerer Bedeutung. Grundförmlich war sie wohl damals die Form, in der nichtverkündete Entsch. nach außen hin in die Erscheinung traten. Aber es muß konstatiert werden, daß schon damals das RG. sich keineswegs auf den Standpunkt stellte, daß die Existenz der nichtverkündeten Verfügung von der Zustellung abhängt. Wenn in Ausnahmefällen Mitteilung genügt, ist begrifflich jedenfalls die Zustellung nicht erforderlich. Diese Entsch. datiert vor 1884. Ganz anders und viel schroffer lautet die Entsch. des RG. i. J. 1905. RG. 62, 28 heißt es, „die Zustellung hat für Beschlüsse, die nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen und daher nicht verkündet sind, dieselbe Bedeutung wie im letzteren Fall die Verkündung; sie macht erst dadurch, daß sie den Willensentschluß des Gerichts nach außen hin kundgibt, ihn zu einer perfekten, der ferneren Einwirkung durch Abänderung oder Widerruf entzogenen richterlichen Entsch.“. Hier stellt sich das RG. offenbar auf den Standpunkt, daß die Zustellung die einzige Form der Bekanntgabe nach außen ist und daß die nichtverkündete Entsch. begrifflich oder tatbestandsmäßig nur auf diesem Wege zur Existenz gelangen kann. Diesen Standpunkt hat das RG. überwiegend festgehalten, z. B. RG. 96, 351 = ZW. 1920, 48: „Bis zur Zustellung bilden sie einen rein inneren Vorgang; sie können zurückgenommen, abgeändert, vernichtet werden. Erst mit der Zustellung treten sie rechtlich ins Leben und erlangen Wirksamkeit. Das RG. hat in ständiger Rspr. erkannt, daß nichtverkündete Beschlüsse erst durch die Zustellung Bestand und Geltung nach außen erhalten“ (so 1919). RG. 109, 342 hält hieran unter Hinweis auf RG. 96, 350 = ZW. 1920, 48 fest, ebenso RG. 109, 83 und ZW. 1924, 1588, und gleiches gilt für die vorl. Entsch. des RG.

Solange die Entsch. in keiner Weise nach außen hin bekanntgegeben ist, muß sie als Internum des Gerichts betrachtet werden. Während dieses Stadiums ist sie für die Parteien nicht existent. Denkbar wäre, daß schon mit der Aushändigung der unterschriebenen Entsch. an die Geschäftsstelle dieselbe existent und, soweit Bindung des Richters an seine Entsch. Platz greift, unabänderlich wird. Aber das ist im Gesetz nicht vorgeschrieben und, da die Geschäftsstelle Teil der Gerichtsorganisation ist, zu verneinen. Sieht man zunächst vom Gesetz selbst ab, so ist der Schluß zwingend, daß die Entsch. mit jeder ordnungsmäßigen Kundgabe an die Außenwelt zur Existenz gelangt (vgl. Lewis: ZW. 34, 477). Es fragt sich nur, ob diese ordnungsmäßige Kundgabe lediglich durch Zustellung erfolgen kann. Die Antwort darauf kann für unser Zivilprozessverfahren nur den Zivilprozessgesetzen entnommen werden. § 329 gibt darüber keine Antwort. Die Best., daß nichtverkündete Entsch. den Parteien von Amts wegen zuzustellen sind, ist auch für wirksame Entsch. möglich und zweckmäßig, überdies bedeutungsvoll für eventuelle sofortige Beschwerde. Das RG. hat sich in RG. 11, 403 dafür ausgesprochen, daß grundsätzlich Zustellung erforderlich sei, aber wie die oben zitierten Sätze beweisen, doch höchstens „grundsätzlich“; dort wird die bloße Mitteilung als Form möglicher Kundgebung anerkannt. Immerhin mag für die ältere ZPD. richtig sein, daß die Zustellung die Form der Bekanntgabe an die Außenwelt war. Für die heutige ZPD. kann man das nicht mehr behaupten. Schon die EntWD., die doch den Geist der geltenden ZPD. widerpiegelt, bestimmt in § 7: Die Verkündung der Entsch. wird durch schriftliche Mitteilung ersetzt; nur für Urteile ist Zustellung vorgeschrieben. Mag man nun über die Worte „schriftliche Mitteilung“ denken wie man will, wenn dort auch nur für einen bestimmten Fall schriftliche Mitteilung angeordnet wird, zeigt dies klar, daß die Zustellung nicht mehr die einzige Form ist, wie die Entsch. existent werden kann. Erkennt man das an, so liegt kein Grund mehr vor, heute die Zustellung als prinzipielle Voraussetzung der Existenz und Wirksamwerdens von Entsch. festzuhalten.

Die Stellung von Wissenschaft und Praxis der älteren Zeit, die

blickt jedoch in der Regel, daß nichtverkündete Beschl. oder Verfügungen des Vorsitzenden, die gem. § 329 Abs. 3 ZPD. zuzustellen sind, erst durch ordnungsmäßige Zustellung Bestand erhalten, ein so dringendes Erfordernis der Rechtssicherheit, daß jedenfalls die Umstände des zur Entsch. stehenden Falles eine Abweichung nicht zu rechtfertigen vermögen. Nach dem Gesetzesinhalt erscheint es unzulässig, und es wäre auch mit dem Schutzzweck für eine der Parteien nicht ausreichend

sich im wesentlichen dem RG. anschließt, kommt weniger in Betracht, da die neueren prozessrechtlichen Best. einen andern Standpunkt ermöglichen. Rosenberg, Lehrbuch (3) § 56 I 2b und Goldschmidt, Zivilprozessrecht (2) § 51, 5 halten an der Zustellung für die Perfektion fest. Diejenigen, die hier Ausnahmen zulassen, muß man auf die entgegengesetzte Seite stellen, so Stein-Jonas (§ 329 I 3 „Bei Beschlüssen, die zugunsten einer Partei ergehen, wird allerdings eine anderweitige Bekanntgabe als ausreichender Ersatz angesehen werden können, da hier aus dem Mangel der Zustellung eine Beschwerde nicht erwachsen kann“), Förster-Dann (§ 329, 3e erklären den Beschluß für vollendet, „wenn der Richter sich beselben entäußert hat“. Dazu bedürfte es der Aushändigung an den Urkundsbeamten), Baumbach (§ 329, 2B: Abs. 3 diene nur dem Schutz der Parteien. Zustellung sei entbehrlich, wenn die Partei von einer zu ihren Gunsten ergangenen Verfügung zuverlässige Kenntnis erlangt, etwa durch amtliche Erklärung des Urkundsbeamten“), Sonnen (ZW. 1927, 1496 „jede Art, durch die die Partei in zuverlässiger Form Kenntnis von der Verfügung erlangt“, RG. (ZW. 1927, 1496; es soll genügen, daß der „Rt. am 28. Juni 1926 von der Fristverlängerung Kenntnis erhalten und auf förmliche Zustellung verzichtet hat“). Aber auch die Konzeptionen, die RG. hier und da macht, weisen in diese Richtung (vgl. z. B. RG. 96, 352 = ZW. 1920, 48 [hier stellt RG. der Zustellung eine gleichwertige Beurkundung gleich; ferner „Ob unter Umständen die Zustellung durch formlose Übergabe der Verfügung oder durch mündliche Mitteilung ersetzt werden kann, was beides irgendwie amtlich beurkundet werden müßte, ist hier nicht zu entscheiden“]) und namentlich RG. v. 7. März 1925: ZW. 1925, 1491 (hier läßt das RG. genügen, daß der Rt. sich auf die Geschäftsstelle begab, um sich „zu erkundigen, ob und was auf den Fristverlängerungsantrag verfügt worden sei“, und daß ihm vom Urkundsbeamten „darauf erklärt worden ist, die Frist sei bis zum 1. Nov. verlängert worden“). Hier dürfte es nur ein Entweder-Oder geben. Entweder ist die Verfügung erst mit der Zustellung perfekt. Dann gibt es keinerlei Möglichkeit für Ausnahmen. Ein Verzicht auf Zustellung ist dann unwirksam (so auch Rosenberg a. a. D.). Das Mindeste, was verlangt werden muß, ist, daß eine Zustellung nach § 212a vorliegt. Oder der Beschluß wird mit jeder Mitteilung an die Außenwelt perfekt, nachdem der Vorsitzende die Verfügung unterschrieben an die Geschäftsstelle gegeben und damit kundgetan hat, daß sie mitteilungsreif sei und mitgeteilt werden solle (vgl. RG. 90, 297 = ZW. 1917, 853). M. E. verdient die zweite Auffassung den Vorzug. — Ist aber die Entsch. mit jeder Mitteilung, ganz gleich in welcher Form sie geschieht, existent, dann liegt kein Grund vor, die Zustellung unter allen Umständen als Voraussetzung der Wirkung zu erfordern. Dann muß aber auch jede Mitteilung an den Prozeßbevollmächtigten genügen. Man kann trotzdem mit Sonnen (ZW. 1927, 1496) annehmen, daß dies nicht gilt und es bei der Zustellung verbleiben muß, wo die Zustellung zum Vorteil der Partei dient. Trotz Existenz der Entsch. wird hier der Beginn der Wirkung zugunsten der Partei auf den Zeitpunkt der Zustellung hinausgeschoben; das folgt aus § 329 Abs. 3, und darin liegt der eigentliche Sinn dieser Vorschrift.

Zum Schlusse noch eine kurze Stellungnahme zu der Bemerkung des RA. Lucas. Wenn Lucas es für selbstverständlich erklärt, daß die Verlängerungsverfügung des Vorsitzenden gem. § 329 Abs. 3 ZPD. der Zustellung bedarf — offenbar in dem Sinne, daß die Zustellung zur Perfektion erforderlich ist, in diesem Punkt weiche ich von Lucas trotz mancher sonstiger Übereinstimmung ab —, dann kann er m. E. den Standpunkt des RG. mit Gründen wie Formalismus und Unwirtschaftlichkeit nicht angehen. Bei formalem Recht, wie es das der Berufungseinlegung nun einmal ist, kann man nicht solchen Gründen nicht operieren. Den Ausweg, den Lucas gefunden zu haben glaubt, indem er der zugestellten Verfügung rückwirkende Kraft beilegt, halte ich nicht für gangbar. Lucas will die Rückwirkung mit analoger Ausdehnung bestimmter Zustellungsvorschriften (§§ 207, 496 Abs. 3, 693 Abs. 2) begründen. Zunächst ist es höchst zweifelhaft, ob eine derartige Ausdehnung jener Vorschr. über den ihnen im Gesetz gegebenen Rahmen zulässig ist. Die gesetzliche Grundlage fehlt und auch die Basis für Analogie, Deckung einer Lücke im Gesetz durch Anwendung einer Vorschrift wegen Gleichheit des Grundes dürfte schwerlich vorhanden sein. Auch führt die Analogie zu so maßlosen Konsequenzen, daß man sie weder generell noch für diesen speziellen Fall akzeptieren kann. Dann ist in jenen Fällen eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Gesuchs

zu rechtfertigen, wollte man das Entstehen der Wirkung einer doch für beide Parteien bedeutsamen Fristerstreckung von einer bloß formlosen Mitteilung abhängig machen und dadurch zugleich die Grenze verwischen, bei der die richterliche Verfügung aufhört, ein innerer, der Abänderung noch zugänglicher Geschäftsvorgang zu sein.

(Beschl. v. 26. Sept. 1932; VIII B 30/32. — Breslau.)

8. §§ 542, 62 ZPO.

1. Ist in erster Instanz zugunsten des im Schlußtermin nicht vertretenen Bekl. auf Antrag des Kl. Entscheidung nach Aktenlage erfolgt, so hat doch in zweiter Instanz gegen den überhaupt nicht vertretenen Bekl. auf Antrag Versäumnisurteil zu ergehen.

2. Der ursprüngliche Vertragsgegner und dessen Rechtsnachfolger kraft Kaufvertrages sind, beide verklagt, keine notwendigen Streitgenossen.†)

Der Zweitbekl. war schon am Schlusse der ersten Instanz nicht mehr vertreten, nachdem der ursprüngliche gemeinjamere Vertreter der beiden Bekl. erklärt hatte, daß er seine Vertretung niedergelegt habe. Demnach ist gegen ihn in dieser Instanz statt eines Versäumnisurteils ein Ur. nach Aktenlage gemäß §§ 331a, 251a ZPO. erlassen. In der zweiten Instanz war, wie angenommen werden muß, der Zweitbekl. überhaupt nicht vertreten. Auf die gegen beide Bekl. gerichtete Berufung hat der in zweiter Instanz für den Erstbekl. bestellte Prozeßbevollmächtigte seinen Antrag ausdrücklich nur „namens des Bekl. zu 1“ gestellt. — Dem Zweitbekl. gegenüber traf daher jetzt bis zum Auftreten seines Prozeßbevollmächtigten für die Rev.Just. § 210a Abs. 1 S. 1, 2. Fall ZPO. zu, und nur hilfsweise der 1. Fall. Jedenfalls war er in der Schlußverhandlung nicht mehr vertreten, so daß gegen ihn das Versäumnisurteil beantragt werden konnte und beantragt wurde. Danach durfte aber gegen ihn nun nicht etwa auch ein Ur. nach Aktenlage ergehen, wie es tatsächlich geschehen ist, vielmehr war gegen ihn antragsgemäß ein Versäumnisurteil nach § 542 ZPO. zu erlassen. Denn ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO., wobei der eine Streitgenosse als durch den anderen vertreten anzusehen gewesen wäre, liegt nicht vor, ist auch vom Vorberrichter weder als

in betreff auf die Zustellung vorgeschrieben. Ein solches Zustellungsge such fehlt hier. Schließlich ist Voraussetzung für die Rückwirkung der Zustellung, daß die zuzustellende Verfügung selbst wirksam ist. Wenn aber die Frist bereits abgelaufen ist, kann eine wirksame Verfügung nicht mehr erfolgen — Lucas setzt ja die Zustellung als Voraussetzung für die Existenz der Verfügung. Eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt, in dem die Verfügung vom Vorsitzenden erlassen ist, ist wiederum nicht möglich, weil ein solcher Zeitpunkt, da die Verfügung erst mit der Zustellung existent werden soll, als rechtlich relevanter nach Lucas gar nicht in Betracht kommen kann, abgesehen davon, daß für eine solche Rückwirkung der Verfügung erst recht jede Grundlage im Gesetz fehlt.

Prof. Dr. Hans Walzmann, Rostock.

Zu 8. Die Ansprüche des Kl. gegen den Erstbekl. waren auf ein Gesellschaftsverhältnis gegründet, die Ansprüche gegen den Zweitbekl. auf einen Vertrag, durch den Rechte der Gesellschaft an den Zweitbekl. verkauft worden seien, und auf unerlaubte Handlung. Mit Recht ist das RG. davon ausgegangen, daß bei dieser Sachlage die Streitgenossenschaft der Bekl. keine notwendige i. S. des § 62 ZPO. war: die Notwendigkeit einheitlicher Entsch. bestand nicht.

In der Schlußverhandlung der ersten Instanz war der Zweitbekl. nicht mehr vertreten. Der Kl. beantragte eine Entsch. nach Lage der Akten, und das Gericht wies die Klage gegen beide Bekl. ab. Dagegen legte der Kl. Ber. ein. Da der Zweitbekl. im Verhandlungstermin vor dem OLG. nicht vertreten war, beantragte der Kl. gegen ihn den Erlaß des Versäumnisurteils. Das Gericht wies aber durch ein einheitliches gewöhnliches Urteil die Ber. in dem Verfahren gegen beide Bekl. zurück, weil ein Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Kl. und dem Bekl. nicht bestanden habe. Dieses Verfahren des OLG. entsprach nicht der ZPO. Es hatte in dem Verfahren gegen den Zweitbekl. die vom Verkl. neu aufgestellten (und dem Zweitbekl. ordnungsmäßig und rechtzeitig mitgeteilten) Behauptungen, soweit das Verhandlungsergebnis der ersten Instanz (das festgestellte Sachverhältnis) nicht entgegenstand, für zugestanden zu erachten. Soweit

vorhanden erklärt noch stillschweigend seiner Ausführung zugrunde gelegt. Allerdings ist das Gesellschaftsverhältnis des Kl. zu E., das im Verhältnis zu diesem den Klagegrund bildet, auch tatsächliche Voraussetzung der Ansprüche gegen den Zweitbekl. Aber diesem gegenüber ist rechtlicher Klagegrund nicht das Gesellschaftsverhältnis, sondern der von dem Gesellschaftler E. — unerörtert, ob namens der Firma, also zutreffendensfalls der Gesellschaft oder in persönlichem Namen — mit ihm geschlossene Kaufvertrag, sei es allein, sei es in Verbindung mit der von E. oder jetzt dem Konk.Berm. geforderten Einwilligung in die Ausübung von Kaufvertragsrechten durch den Kl., und im übrigen unerlaubte Handlung gegen den Kl. In einem solchen Falle besteht keine rechtliche Notwendigkeit, das im Verhältnis zu beiden Bekl. streitige Rechtsverhältnis der Gesellschaft zwischen dem Kl. und dem einen verkl. Teil nur einheitlich gegen beide Bekl. festzustellen (Stein-Jonas § 62 II 3), vielmehr gilt die Regel des § 61 ZPO., wobei allerdings Angriffs- und Verteidigungsmittel regelmäßig als für alle erschienenen Streitgenossen vorgetragen gelten und das Verhandlungsergebnis für alle einheitlich gewürdigt werden kann. Liegt aber Terminsversäumnis des einen — gewöhnlichen — Streitgenossen vor, so kann sich eine verschiedene Entsch. gerade daraus ergeben, daß bei dem erschienenen Streitgenossen auf der Grundlage der Verhandlungs- und Beweisergebnisse über das streitige Verhältnis zu entscheiden, beim anderen aber das klägerische Vorbringen als zugestanden anzunehmen ist (§ 331 Abs. 1 ZPO.; Stein-Jonas § 61 I 2). Diese gesetzliche Folge der Terminsversäumnis gilt nun allerdings in der Rev.Just. nach § 542 Abs. 2 ZPO. nur beschränkt, nämlich in Ansehung des tatsächlichen mündlichen Vorbringens des Verkl. nur insoweit, als das festgestellte Sachverhältnis — das sind die im Tatbestand des ersten Ur. festgestellten Behauptungen und Erklärungen der Parteien, sowie die in erster Instanz aufgenommenen Beweise (RG. 131, 109 ff.¹) und dort angef. Entsch.) — nicht entgegensteht. Hierzu tritt, daß, soweit danach altes mündliches Vorbringen als bestritten anzusehen ist, weiter in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen ist, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe. Eine etwa bereits vor der Terminsversäumnis vorgenommene Beweisaufnahme zweiter Instanz kommt aber weder insoweit, als sie Erfolg gehabt hat, noch insoweit, als dies nicht der Fall war, in Betracht, sondern es tritt an ihre

der Verkl. aber für Behauptungen, die er bereits im ersten Rechtsgang aufgestellt hatte, neue Beweismittel benannte, hatte das OLG. zu unterstellen, daß die beantragte Beweisaufnahme „das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt“. War nach diesem teils wirklichen, teils fingierten Prozeßstoff die Klage begründet, so hatte das OLG. der Ber. durch Versäumnisurteil stattzugeben. Das Ergebnis wäre dann unter Umständen gewesen, daß die Klage gegen den Erstbekl. mit der Begr., ein Gesellschaftsverhältnis habe zwischen dem Kl. und dem Erstbekl. nicht bestanden, zurückgewiesen worden wäre, daß der Zweitbekl. aber auf Grund der Behauptung, daß der Erstbekl. als Gesellschafter des Kl. Rechte der Gesellschaft dem Zweitbekl. verkauft habe, verurteilt worden wäre. Das Unbefriedigende eines derartigen Ergebnisses mag — vielleicht unter der Schwelle des Bewußtseins — mit dazu beigetragen haben, daß das OLG. (trotz der Erkenntnis, daß notwendige Streitgenossenschaft nicht vorlag) zur Zurückweisung der Ber. gegen beide Bekl. durch ein einheitliches Urteil gelangt ist.

Der § 542 ZPO. macht erfahrungsgemäß den BG. immer wieder Schwierigkeiten, und er fordert häufig ein sacrificium intellectus, das man dem Gericht kaum zumuten kann. Dafür ist der vorl. Fall wieder ein Beleg. Der 1931 veröffentlichte Entw. einer neuen ZPO. wollte die Vorschr. des § 542 beibehalten, wie er ja überhaupt das Versäumnisverfahren im wesentlichen unberührt lassen wollte. Läßt sich das heute noch rechtfertigen? Wäre es nicht viel besser, die erschienene Partei könnte nur dann, wenn der Gegner im ersten Rechtsgang im ersten Termin ausbleibt, nach ihrer Wahl Versäumnisurteil oder Entsch. nach Lage der Akten erwirken, würde aber für alle anderen Fälle, in denen der Gegner ausbleibt, auf die Möglichkeit, eine Entsch. nach Lage der Akten zu erwirken, beschränkt? (Vgl. meine Abhandlung „Die Rechtsangleichung zwischen dem Deutschen Reich und Österreich und das Erkenntnisverfahren nach dem Referentenentwurf einer reichsdeutschen Zivilprozeßordnung“, Juristische Blätter, 61. Jahrg. 1932 Nr. 6.)

Prof. Dr. Karl Blomeyer, Jena.

1) JZ. 1931, 2492.

Stelle die gesetzliche Folge, daß der in Aussicht gestellte Erfolg (also der bei Vornahme der Beweiserhebung eingetretene und ausgebliebene) als eingetreten gilt. Hiernach konnte im Verhältnis zum Zweitbefl. keinesfalls wie im Urte. geschehen, von den „vom Kl. behaupteten und teilweise durch die Beweisaufnahme festgestellten Äußerungen des E. dritten Personen gegenüber, daß der Kl. kein Teilhaber sei“, gesprochen werden. Ihm gegenüber wären alle behaupteten und unter Beweis gestellten Äußerungen, soweit sie in zweiter Instanz neu aufgestellt waren und soweit sie dem Zweitbefl. ordnungsmäßig und rechtzeitig mitgeteilt waren (§§ 542 Abs. 1, 331 Abs. 1, 335 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.), als zugestanden zu behandeln gewesen. Soweit sie schon in erster Instanz aufgestellt und bestritten waren, in zweiter Instanz aber Beweis angetreten war, waren sie unter der gleichen Voraussetzung solcher Mitteilung als durch die Zeugen oder sonstigen Beweismittel bestätigt anzusehen. Erst auf dieser anderen Grundlage konnte dann auch über die Frage entschieden werden, ob eine an sich zulässige Eideszuschreibung wegen eines Gegenbeweises nach § 446 ZPO. unzulässig und nicht vielmehr umgekehrt (§ 542 Abs. 2 ZPO.) der zulässige Eid als verweigert anzusehen sei.

(U. v. 23. Sept. 1932; 68/32 II. — Kassel.) [Ru.]

****9.** § 552 ZPO. findet auf die Sprungrev. keine Anwendung. — Die Norm des § 323 ZPO. ist nicht nur verfahrensrechtlicher, sondern wesentlich auch sachlich-rechtlicher Art. — Ein Urte. über die Aufwertung vertragsmäßiger Renten begründet nicht selbständig neue Leistungen, sondern ersetzt nur die ursprüngliche Vertragsleistung durch die von ihm gefundenen Aufwertungsbeträge. †)

Die Kl. sind die Töchter aus der ersten Ehe des am 23. Dez. 1914 in H. verstorbenen E. Die Bekl. war seine zweite Ehefrau. Kinder sind aus der Ehe mit ihr nicht hervorgegangen. Am 30. Jan. 1915 haben die Parteien einen Abfindungsvertrag geschlossen. Nach diesem Vertrage überließen die Kl. der Bekl. als Entgelt dafür, daß sie laut Urkunde vom gleichen Tage die Erbschaft ihres Mannes ausgeschlagen hatte, eine Anzahl von Gegenständen des beweglichen Nachlasses und verpflichteten sich außerdem samtbündlich, ihr eine jährliche Unterhaltsrente von 3800 RM auf Lebenszeit zu gewähren. Über die Ausf. dieser Rente entstand zwischen den Parteien Streit. In einem Vorprozeß wurden die jetzigen Kl. verurteilt, der Bekl. v. 1. Mai 1924 an eine Rente von jährlich 2760 RM zu zahlen. Die von beiden Parteien hiergegen eingelegten Ber. wurden durch Urte. des OLG. Karlsruhe v. 6. Febr. 1929 zurückgewiesen.

Vorliegend begehren die Kl. mit Wirkung von der Klagezustellung an Herabsetzung der Rente auf jährlich 2160 RM. Sie begründen dieses Verlangen damit, daß seit dem Jahre 1929 die Gehälter der höheren Staatsbeamten

Zu 9. Der Entsch. ist beizustimmen.

1. Daß § 552 ZPO. auf die Sprungrevision keine Anwendung finden kann, folgt, wie das Urte. überzeugend darlegt, schon daraus, daß das erstinstanzliche Urte. durch Ablauf der Berufungsfrist nach einem Monat gem. §§ 516, 317 Abs. 2 ZPO. rechtskräftig wird.

Ein rechtskräftiges Urte. kann aber, auch wenn beide Parteien übereinstimmend etwas anderes beantragen, nicht mehr angefochten werden.

Der Eintritt der Rechtskraft durch Fristablauf ist der Parteidisposition entzogen. Die Berufungsfrist ist als Notfrist eine gesetzliche Frist. Gem. § 224 Abs. 2 ZPO. kann aber eine gesetzliche Frist nur in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen verlängert werden.

Bei Notfristen ist eine derartige „besondere Best.“ in keinem Fall getroffen. Daher ist auch die Ansicht *B a u m b a c h s* (Anm. 2 zu § 566), der an sich die Ansicht obigen Urte. vertritt, aber § 552 dann für anwendbar erklärt, wenn die Vereinbarung über die Sprungrevision innerhalb der Berufungsfrist getroffen wird, abzulehnen. *B a u m b a c h* begründet seine Ansicht damit, daß in dieser Vereinbarung ein Verzicht auf die Ber. zu erblicken sei, „so daß von da an die Revisionsfrist erst mit Zustellung des vollständigen Urte. laufe.“

Voraussetzung für die Richtigkeit dieser Ansicht wäre, daß eine vertragliche Verlängerung oder Verkürzung der Berufungsfrist

stark gekürzt worden seien, sowie daß der Chemann der Kl. 1 inzwischen in den Ruhestand versetzt worden und in Vermögensverfall geraten sei.

Das OLG. hat dem Klageantrage stattgegeben. RG. hat aufgehoben.

Das angefochtene Urte. ist in abgekürzter Form am 19. Oktober, in vollständiger Form am 16. Nov. 1932 zugestellt worden. Die Sprungrev. ist am 15. Dez. 1932 eingelegt worden. Die nach § 566 a Abs. 2 ZPO. erforderliche Einwilligungserklärung der Kl. war noch innerhalb der Berufungsfrist mit einem Armenrechtsgesuche der Bekl. beim RG. eingereicht worden. Über den Beginn der Frist für die Einlegung der Sprungrev. besteht Streit. *Stein-Jonas*, Bem. IV; *Baumbach*, Anm. 1 und *Seuffert-Walsmann*, Anm. 4 zu § 566 a ZPO. nehmen an, daß sie bereits mit der Zustellung des abgekürzten Urte. beginnt, während *Schön-Busch-Kranz*, Anm. 2 und *Förster-Kann*, Nachtrag, Anm. 5 zu § 566 a die Vorschr. des § 552 ZPO., nach der die Revisionsfrist erst mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefaßten Urte. beginnt, auch auf die Sprungrev. anwenden wollen. Der 7. (früher 6.) ZivSen. hat sich im Urte. v. 16. Juni 1925 (JurAbsh. Rpr. 1925 Nr. 1453) der zweiten Ansicht angeschlossen. Der erst. Sen. vermag diese Ansicht nicht zu teilen. Gegen die Urte. der OLG. ist an sich das Rechtsmittel der Ber. gegeben. Die Berufungsfrist beginnt mit der Zustellung einer unter Weglassung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe hergestellten Ausfertigung des Urte. (§§ 317 Abs. 2 Satz 3, 516 ZPO.). Mit Ablauf der Berufungsfrist wird das Urte. rechtskräftig, so daß für eine Anfechtung im Wege der Sprungrev. kein Raum mehr ist. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch durch § 566 a ZPO. selbst bestätigt. Wenn dort in Abs. 1 und 2 von der „Übergehung der Ber. Inst.“ die Rede und in Abs. 4 bestimmt ist, daß die Einlegung der Rev. und die Erklärung des Einverständnisses damit als Verzicht auf das Rechtsmittel der Ber. gelten, so ist unzweideutig vorausgesetzt, daß die Einlegung der Ber. noch möglich ist. Diese Erwägungen müssen dazu führen, die Anwendbarkeit des § 552 ZPO. auf die Sprungrev. auszuschließen. Der Anrufung der Ber. ZivSen. nach § 136 OVG. bedarf es nicht, da der 7. ZivSen. auf Anfrage erklärt hat, daß er die im Urte. v. 16. Juni 1925 von ihm vertretene Rechtsansicht nicht mehr aufrechterhalte.

Die Einlegung der Sprungrev. ist hiernach verspätet erfolgt. Jedoch ist der von der Bekl. in der gehörigen Form und Frist gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionsfrist begründet.

Nach § 566 a ZPO. kann die Sprungrev. nicht auf Mängel des Verfahrens gestützt werden. Das OLG. hat der Klage auf Grund der Vorschr. des § 323 ZPO. stattgegeben, auf die sie in erster Linie gestützt war. Die Rev. rügt Verletzung des sachlichen Rechts, verbunden mit § 323 ZPO. Als durch unrichtige Anwendung verletzte Rechtsnorm kann jedoch nur die des § 323 ZPO. in Betracht kommen. Es fragt sich

einerseits und eine vertragliche Vereinbarung über den Beginn der Revisionsfrist andererseits, zulässig wäre.

Die Berufungsfrist kann aber als Notfrist nach ausdrücklicher Gesetzesvorschr. durch Parteivereinbarung weder verkürzt (§ 224 Abs. 1 ZPO.) noch verlängert (s. oben) werden. Sie endet nur mit der Rechtskraft des Urte. — Kraft Fristablaufs oder Verzicht — oder durch formgültige Einlegung des Rechtsmittels innerhalb der Notfrist. Der vertragliche Verzicht auf die Ber. kann daher nur dann die Berufungsfrist beenden, wenn er gleichzeitig die Rechtskraft des Urte. herbeiführt. Das ist aber bei einer Vereinbarung nach § 566 a Abs. 2 ZPO., in der allerdings nach Abs. 4 a. a. O. ein Verzicht auf die Ber. zu erblicken ist, nicht der Fall. Die Berufungsfrist kann daher durch diese Vereinbarung nicht beendet werden (§ 224 Abs. 1).

Ebenso wenig kann diese Vereinbarung die Frist nach § 552 ZPO. in Lauf setzen, da deren Beginn der Parteivereinbarung ebenfalls nicht unterliegt, sondern allein von der Zustellung des Urte. in formgültiger Form oder dem Ablauf von fünf Monaten nach Verkündung des Urte. abhängt. Die Berufungsfrist läuft somit trotz der Vereinbarung über die Sprungrevision weiter und führt unabhängig von dieser Vereinbarung durch Fristablauf zur Rechtskraft des Urte.

II. Die Ansicht des OLG., daß § 323 ZPO. auch materiellrechtlichen Charakter habe, ist überzeugend aus der Entstehungsgeschichte

daher, ob diese Vorschr. verfahrensrechtlicher oder sachlich-rechtlicher Art ist. Der erst. Sen. hat im Ur. v. 27. Juni 1904, IV 58/04 in einem Falle, in dem es sich um die gesetzliche Unterhaltspflicht des Mannes bei Bestehen der Ehe handelte, angenommen, daß das in § 323 vorgesehene Verfahren nur die prozessuale Form bilde, in welcher der schon nach bürgerlichem Recht begründete Anspruch beider Teile darauf, daß die Verpflichtung den veränderten Verhältnissen anzupassen sei, zur Verwirklichung gelange. Der 2. ZivSen. hat RG. 63, 119 ff. unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 323 dargelegt, daß es sich bei dieser Vorschr. um eine solche sachlich-rechtlicher Art handle. Der 7. ZivSen. hat: WarnRspr. 1923/24 Nr. 36 angenommen, daß die Vorschr. nicht rein sachlich-rechtlicher, sondern auch verfahrensrechtlicher Art sei. Im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß § 323 rein verfahrensrechtlicher Natur sei (vgl. Stein-Konaz § 323 Bem. II, 5 bei R. 39, Bem. III bei R. 46; Seuffert-Walzmänn § 323 Anm. 8). Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß § 323 verfahrensrechtliche Bedeutung insofern hat, als er eine Ausnahme von den Regeln der Rechtskraft darstellt. Aus diesem Grunde ist er durch das AbGef. zur ZPD. v. 17. Mai 1898 an seiner jetzigen Stelle eingefügt worden. Bezweckt war aber zugleich eine Verallgemeinerung und Zusammenfassung der in § 7 Abs. 2 HaftpfW. v. 7. Juni 1871 und in verschiedenen Landesgesetzen (z. B. § 119 I 6 PrAR.; Art. 209 f. Code civil) enthaltenen gleichgerichteten, mit der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis übereinstimmenden Vorschr. (vgl. Mot. z. BGB. II 789). Daher wurde unter Aufhebung des § 7 Abs. 2 HaftpfW. (Art. 42 GGWB.) und unter Streichung der in den §§ 724 Abs. 6 und 1493 des ersten Entw. z. BGB. enthaltenen Best. die Aufnahme der alle diese Best. zusammenfassenden Vorschr. in die ZPD. als Ergänzung des § 293 a. F. beschlossen (Prot. II S. 625, IV S. 514). Diese Entstehungsgeschichte des § 323 weist, wie der 2. ZivSen. mit Recht angenommen hat, auf die sachlich-rechtliche Natur der Vorschr. hin. Der in § 323 zum Ausdruck gelangte Rechtsgedanke geht dahin, daß bei Schuldverhältnissen der darin genannten Art einem neuen, nachträglich eingetretenen Tatbestand Einfluß auf den Bestand oder die Höhe der schuldrechtlichen Verpflichtung einzuräumen ist, und daß dem weder die Rechtskraft des Ur. (Abs. 1), noch die Eigenschaft eines gerichtlichen Vergleichs oder einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde als Vollstreckungstitel entgegenstehen soll (Abs. 4; vgl. RG. 106, 234¹); WarnRspr. 1923/24 Nr. 36, 1925 Nr. 103). Ist hiernach die Vorschr. des § 323 ZPD. nicht ausschließlich verfahrensrechtlicher, sondern wesentlich auch sachlich-rechtlicher Art, so kann ihre unrichtige Anwendung im Wege der Sprungreb. gerügt werden.

Das Rechtsmittel ist begründet. Das BG. meint, daß sich an dem Vertrage selbst infolge der Geldentwertung Verände-

rungen vollzogen hätten, durch welche aus der ursprünglich festbestimmten Leistung eine der Höhe nach unbestimmte Leistung geworden sei. Es lehnt die Auffassung ab, daß die in den Vorprozessur. getroffene Best. über die Höhe der Rente Vertragsbestandteil geworden und der ursprüngliche Vertrag nunmehr wieder die alleinige Grundlage für die Verpflichtung der Kl. sei. Bei der Festsetzung der Höhe der Rente seien sämtliche Verhältnisse herangezogen worden, insbes. auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kl. und ihrer Ehegatten. Das richterliche Ermessen habe bei der Festsetzung der Höhe der Rente eine maßgebliche Rolle gespielt. Es sei daher die Auffassung gerechtfertigt, daß den Vorprozessur. nicht lediglich die Bedeutung eines Bestandteils des Vertrags v. 30. Jan. 1915 zukomme, sondern daß dadurch die Verpflichtung der Kl. zur Zahlung einer Rente in der bestimmten Höhe selbständig begründet worden sei, so daß ihre Rentenverpflichtung nicht mehr bloß auf dem Vertrage, sondern auch auf den Ur. beruhe.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Sie verkennen das Wesen des die Aufw. regelnden Richterspruchs. Der Abfindungsvertrag v. 30. Jan. 1915 war in erster Linie als eine Abmachung gedacht, durch die die Bekl. so gestellt werden sollte, als ob sie Erbin geblieben und ein Erbauseinandersehungsvertrag zwischen ihr und den Kl. geschlossen worden wäre. Er war aber zugleich dazu bestimmt, den Unterhalt der Bekl. für die Zukunft zu sichern. Infolge der Geldentwertung hatte die in § 3 des Vertrags vereinbarte Geldrente ihren ursprünglichen Wertstand eingebüßt und reichte daher nicht mehr aus, um den Unterhalt der Bekl. zu gewährleisten. Es bedurfte also ihrer Anpassung an die veränderten Wertverhältnisse. Die rechtliche Handhabung hierzu bot die Aufw. gem. § 242 BGB. (RG. 114, 193). Auf diese Vorschr. hatte die Bekl. im Vorprozesse ihre Klage zutreffend auch gestützt. Zu jeder Zeit im Laufe der Geldentwertung war ein bestimmter Geldbetrag als der derzeitige Aufw. Betrag anzusehen. Er war aber nur in dem Sinne Inhalt des Schuldverhältnisses, daß er je nach der weiteren Entwicklung der Verhältnisse Änderungen unterlag. Zum Abschluß kam diese Entwicklung, wenn die Art der Leistung durch Vertrag oder Ur. festgestellt wurde. Von da an trat an die Stelle des Anspruchs auf eine nach Treu und Glauben zu bestimmende Leistung wieder der Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme (RG. 123, 375 ff.²); JW. 1928, 1390⁵⁵; Mügel, Das gesamte Aufw. Recht, 5. Aufl., S. 209). Aufgabe des Richters bei der von ihm vorzunehmenden Aufw. ist es, den Umfang der im Vertrage festgelegten Geldleistung richtig zu erkennen und im Verhältnis zum früheren Wertstand der Markt wiederherzustellen (RG. 114, 193). Dabei sind die gesamten Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen, namentlich auch die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, wie sie sich zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung

dieser Vorschr. begründet. Die abweichende Ansicht des Schrifttums, daß § 323 prozessualer Natur sei und lediglich eine Ausnahme von den Grundsätzen der Rechtskraft darstelle, ist abzulehnen. Hervorzuheben ist übrigens, daß dieselben Schriftsteller, die einerseits den Standpunkt vertreten, daß § 323 nur eine Ausnahme von den Regeln der Rechtskraft darstelle, andererseits ausführen, daß die Rechtskraft des vorangegangenen Ur. nicht Voraussetzung der Abänderungsklage nach § 323 ZPD. sei (Förster-Kann § 323 Anm. d. cc; Stein-Konaz zu § 323 Anm. 2). Das ist nicht folgerichtig. Ist die Rechtskraft des Ur. nämlich nicht Voraussetzung einer solchen Klage, dann kann die Klage auch nicht rein verfahrensrechtlicher Natur sein, da sie ja insofern nicht eine Ausnahme von den Grundsätzen der Rechtskraft darstellt. Hieraus ist vielmehr zu folgern, daß § 323 einen selbständigen Klagegrund darstellt und somit materiellrechtlichen Charakter hat. Dies muß aber auch dann gelten, wenn man, wie das BG. (RG. 47, 411) mit Recht annimmt, daß ein rechtskräftiges Ur. im Vorprozess Voraussetzung einer Abänderungsklage sei.

III. Bei der Aufw. einer vertraglichen Rente gem. § 242 BGB. kann eine Abänderung nach § 323 ZPD. nicht verlangt werden. Auch insofern sind die Ausführungen des BG., die im übrigen von weittragender Bedeutung sind, zu billigen. Die Aufw. eines vertraglichen Anspruchs ändert nicht den Charakter dieses Anspruchs. Allerdings richtet sich die Höhe des nach § 242 aufzuwertenden An-

spruchs nach den derzeitigen Verhältnissen. Hierdurch wird jedoch die Natur des Anspruchs nicht verändert. Der Anspruch als solcher bleibt nach der Aufw. unveränderlich wie z. B. des Abschlusses des Vertrages. Mit der Feststellung des Aufwertungsbetrages wurde der ursprünglich abgeschlossene Vertrag mit dem durch diese Feststellung erfolgten Vertragsinhalt wieder rechtens. Die Umstände, die bei der Festsetzung der Höhe des Anspruchs berücksichtigt wurden, konnten zwar auch in der Zukunft liegen. Die Beurteilung dieser Umstände hatte aber nicht den Zweck, die Höhe und die Dauer der zukünftig fällig werdenden Rente festzustellen, wie z. B. bei der Feststellung der zukünftigen Rente in einem Unfallprozess. Hier beurteilt der Richter aus diesen Umständen die Höhe des in Zukunft entstehenden Schadens. Er kann somit zu einer Rente kommen, die zu verschiedenen Zeiten verschieden hoch ist. Bei der Aufw. einer vertraglichen Rente handelt es sich aber darum, durch Berücksichtigung von vielleicht noch in der Zukunft liegenden Umständen den Wert des bereits vorhandenen vertraglichen Anspruchs zu bestimmen und endgültig festzusetzen. § 323 kann daher keine Anwendung finden, da die berücksichtigten und veränderlichen Tatsachen nicht für die Best. der Höhe einer an sich unbestimmten zukünftigen Leistung maßgebend waren, sondern für die Festsetzung des Wertes einer bereits bestehenden vertraglichen Leistung, die ihrer Natur nach unveränderlich ist.

RA. Ferriger, Düsseldorf.

¹) JW. 1924, 1428.

²) JW. 1929, 1966.

dem Richter darbietet. Hat der Richter in dieser Weise die Aufw. vorgenommen, so steht damit, ebenso wie wenn sie vertragsmäßig geregelt worden wäre, endgültig fest, daß von ihm gefundene AufwBetrag an die Stelle der ursprünglichen Vertragsleistung getreten ist. Der AufwBetrag ist nichts weiter als der ursprünglich geschuldete Betrag in der Gestalt, die er unter dem Einflusse der Geldbewertung und der mit ihr im Zusammenhang stehenden Verhältnisse angenommen hat. An der Rechtsnatur des Anspruchs wird durch die richterliche Festsetzung der Aufw. nichts geändert. Daher werden wiederkehrende Leistungen durch die Aufw. nicht zu veränderlichen i. S. des § 323 ZPO., falls sie es nicht schon vorher waren. Das gilt auch dann, wenn bei der Aufw. u. a. solche Umstände gem. § 242 BGB. zu berücksichtigen waren und berücksichtigt worden sind, die der Veränderung unterlagen. Hier von abgesehen waren solche Änderungen der persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, die zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung bereits vorzusehen waren, ebenso wie im Falle des § 323 ZPO. (RG.: JW. 1932, 1967⁴) bei der Bemessung der Höhe der Aufw. mit in Betracht zu ziehen. Das würde z. B. auf eine bereits damals voraussehbare Verletzung der Ehemänner der Kl. in den Ruhestand zu getroffen haben.

Die Frage kann hiernach nur die sein, ob der im Vertrage v. 30. Jan. 1915 enthaltene Rentenvereinbarung von vornherein der stillschweigende Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse innewohnte. Eine Prüfung in dieser Richtung ist auch schon um deswillen geboten, weil die Klage ausdrücklich auch auf die sog. *clausula rebus sic stantibus* gestützt war. Ob bei Abschluß des Vertrages v. 30. Jan. 1915 der Wille der Parteien dahin gegangen ist, daß im Falle einer später eintretenden wesentlichen Veränderung der Verhältnisse die Erhöhung oder Herabsetzung der Rente zulässig sein sollte, ist eine Frage der Vertragsauslegung (RG.: Warnspr. 1918 Nr. 140; 1922 Nr. 27; 1926 Nr. 107). Das LG. hat den Vertrag dahin ausgelegt, daß die vereinbarte Rente unabänderlich war, d. h., daß keine der Parteien nach dem Vertragswillen berechtigt sein sollte, etwa später mit Rücksicht auf die Veränderung ihrer Verhältnisse eine Abänderung der Rente zu verlangen, weder die Kl., wenn sie etwa in Vermögensverfall geraten wären, eine Herabsetzung, noch die Bekl., wenn etwa eine Vermehrung ihrer Bedürfnisse eingetreten wäre, eine Erhöhung. Diese Auslegung unterliegt keinerlei Bedenken rechtlicher Art.

(U. v. 23. März 1933; IV 409/32. — Mannheim.) [Ra.]
<— RG. 140, 167.)

b) Strafsachen.

Berichtet von Rechtsanwält Rudolf Hansen, Berlin und
Generalsstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden.

I. Materielles Recht.

10. § 3 DevBD. v. 1. Aug. 1931. Zum Begriffe der Verfügung.

Zu Unrecht nimmt das LG. an, daß der Sachverhalt einen Verstoß des Angekl. gegen § 3 DevBD. v. 1. Aug. 1931 ergebe. Diese BD. ist nach ihrem § 23 am 4. Aug. 1931 in Kraft getreten; die Verfügung des Angekl. über die Auslandsforderung ist aber möglicherweise schon am 22. Juli 1931 geschehen, so daß sie nach § 2 Abs. 1 StGB. der DevBD. v. 1. Aug. 1931 nicht untersteht. Der Begriff der Verfügung im § 3 a. a. O. entspricht der Verfügung des bürgerlichen Rechts (RGSt. 67, 136). Er liegt in jedem Rechtsgeschäft vor, das auf den betroffenen Gegenstand (hier die Auslandsforderung) gerichtet ist und seine Rechtsbeziehungen unmittelbar ändert. Es genügt zur Verfügung auch schon das Begründen einer unmittelbaren Verfügungsmöglichkeit, wie sie bei Einwilligung, Genehmigung oder Vollmacht zur Verfügung eines anderen geschaffen wird. Es kann die Verfügung darin bestehen, daß einem anderen die Rechtsmacht verliehen wird, seinerseits über den Gegenstand zu verfügen (RG. 90, 400; RGKomm. A. 7 vor § 104; Enneccerus-Wolff,

Lehrb. des bürgerl. Rechts I § 134 A. 9), insbes. eine Forderung einzuziehen (RGSt. 67, 137). Eine solche Rechtsmacht wurde aber der Firma B. vom Angekl. am 22. Juli 1931 jedenfalls dann verliehen, falls ihr damals die unwiderriefliche Ermächtigung erteilt wurde, die Forderungen der AktG. in eigenem Interesse, nämlich zur Abdeckung der Schulden ihrer Gesellschaft bei ihr, einzuziehen. Die Einziehung der Forderungen durch das Bankhaus B. waren dann dessen eigene Verfügungen, nicht mehr Verfügungen des Angekl., solche lagen auch nicht mehr in der Veranlassung des Buchens der erfolgten Einziehungsverfügungen. Denn diese Buchungen änderten an dem Bestande der Forderungen nichts mehr; sie stellten nur fest, daß über die Forderungen durch deren Einziehung seitens der Firma B. verfügt worden war.

Die Feststellungen des Vorderrichters lassen nicht klar erkennen, ob dem Bankhaus B. eine derart unwiderriefliche Ermächtigung zur Einziehung im eigenen Interesse durch die Abrede v. 22. Juli 1931 erteilt worden ist, oder ob es dem Angekl. nach dem Sinne des Abkommens jederzeit frei stand, durch sein Eingreifen jene Einziehungen zu verhindern. Somit ist die Möglichkeit gegeben, daß die der holländ. Bankfirma verliehene Einziehungsbefugnis nach dem Belieben des Angekl. frei widerrufen werden konnte. War die Einziehungsbefugnis frei widerruflich, so konnte für die Zeit v. 4. Aug. 1931 an allerdings die Anwendung des § 3 DevBD. v. 1. Aug. 1931 in Frage kommen. Denn dann verfügte der Angekl. gesetzwidrig dadurch über seine Devisenforderungen, daß er von seiner Widerrufsmöglichkeit keinen Gebrauch machte, obwohl er nach dem Gesetz zum Widerruf verpflichtet war. Sollte er der Ansicht gewesen sein, daß er infolge jenes Abkommens am Widerruf verhindert sei, so würde sich dieses gem. § 59 Abs. 2 StGB. als ein fahrlässiges Handeln darstellen. War aber die der holländ. Bankfirma erteilte Einziehungsermächtigung unwiderrieflich, so kann die Tat des Angekl. nicht der DevBD. v. 1. Aug. 1931 unterstehen. Sie ist auch nicht strafbar nach §§ 1, 10 Nr. 1 W. über ausl. Zahlungsmittel v. 15. Juli 1931 (RGBl. 366). Denn diese Vorschr. setzen voraus, daß die Abgabe gegen inländische Zahlungsmittel erfolgt. Ein allgemeines Verbot, über ausländische Devisen zu verfügen, ist damals nicht erlassen worden.

In Frage käme jedoch, ob der Angekl. nicht gegen §§ 1, 5 StFehlWD. v. 18. Juli 1931 (RGBl. 377) verstoßen hat. Dabei wäre davon auszugehen, daß auch die Verletzung gegen § 1 sich als „die in der Anklage bezeichnete Tat“ darstellen würde. Denn durch das Abkommen v. 22. Juli 1931 vereitelte der Angekl. die Möglichkeit, seiner Pflicht nachzukommen, die Forderungen der Reichsbank zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen anzubieten und ihr auf Verlangen zu verkaufen und zu übertragen.

(1. Sen. v. 2. Juni 1933; 1 D 411/33.) [W.]

11. § 159 StGB. Wenn der Täter es unternimmt, einen anderen zu einer Handlung zu verleiten, die nach der Vorstellung des Verleitenden ein Meineid werden soll, die ihm also als Meineid erscheint, dann genügt dies zur Verurteilung aus § 159 StGB. (RG. 64, 223, 224).

(1. Sen. v. 13. Juni 1933; 1 D 594/33.) [Sn.]

****12.** § 222 StGB. In der Übernahme der Behandlung eines Schwerverkranken kann nicht schon deshalb eine Fahrlässigkeit erblickt werden, weil der Behandelnde kein approbierter Arzt ist. Für die Frage der Fahrlässigkeit eines Heilkundigen bei Behandlung eines Patienten kommt es darauf an, ob und inwieweit der Heilkundige nach seinen persönlichen Verhältnissen zur Erkenntnis und Erfüllung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und zur Erkenntnis der ursächlichen Bedeutung seines Verhaltens in stande war. †

(1. Sen. v. 1. Dez. 1931; 1 D 707/31.) [Alt.]

Zu 12. A. Das Ur. ist erst kürzlich in der Samml. der Entsch. des RG. in Straff. Bd. 67 S. 12 ff. abgedruckt. Infolge des großen

Umfangs von 18 Druckseiten daselbst ist es nicht möglich, die Entscheidungsründe in der ZW. zu veröffentlichen. Es wird daher auf die antilige Samml. a. a. D. verwiesen.

B. In der vorl. Entsch. handelt es sich um eine Anklage wegen fahrlässiger Tötung durch einen nicht approbierten Heilbehandler, wie eine solche dem RG. in den letzten Jahren schon mehrmals vorgelegen hat. In diesen Fällen hat das RGSt. 50, 37 = JW. 1916, 1126 und 59, 355 = JW. 1926, 1190, in denen die Angekl. nach den Grundsätzen der „christlichen Wissenschaft“ (christian science) die Behandlung mittels Gesundbetens vorgenommen und eine sachgemäße Behandlung dadurch verhindert hatten, das verurteilende Erkenntnis des Vorgerichtes bestätigt, während es in RGSt. 64, 263 = JW. 1931, 1483; dazu auch JW. 1930, 1595 das im gleichen Sinne lautende Ur. des BG. aufgehoben hat. Dieser letztere Fall betraf einen Maurer, der sich als Heilkundiger nach den Regeln der homöopathischen Heilweise betätigt und durch seine Behandlung den Tod eines an Diphtherie erkrankten Kindes verursacht hatte. Dieser Fall liegt dem vorl. Tatbestand völlig analog, und die in ihm ergangene Entsch. unterliegt denselben Bedenken wie die vorliegende.

Zwei Fragen stehen dabei vor allem zur Erörterung: die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Behandlung und dem eingetretenen Tod, sowie die Frage des Verschuldens (Fahrlässigkeit).

I. Mit Recht bejaht das RG. zunächst die Tatsache des ursächlichen Zusammenhangs. Dies ergibt sich vor allem daraus, daß eine im Frühstadium der akuten Appendicitis vorgenommene Operation nach der völlig übereinstimmenden Erfahrung der Chirurgen aller Kulturländer mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zur Heilung führt. Und zwar beträgt die Mortalität bei einer während der ersten 48 Stunden vorgenommenen Operation weniger als 1%, während die Mortalität bei einer erst am dritten Tage vorgenommenen Operation auf etwa 3% steigt. Dies beruht darauf, daß in der Mehrzahl der Fälle die Veränderungen am Appendix erst nach etwa 48 Stunden so erheblich sind, daß sie in einem Teil desselben zur Wandzerstörung führen können (vgl. hierzu besonders Garre-Borchard, Lehrbuch der Chirurgie, 5. Aufl., 1923, S. 326; Pahr, Appendizitis in „Diagnostische und therapeutische Zertimer und deren Verhütung“, hrsg. von Schmalbe, Bd. 5, Chirurgie II, 1926, S. 67). Im vorl. Falle war, als der Angekl. zugezogen wurde, das Frühstadium der Erkrankung noch nicht abgeschlossen, so daß eine Operation unter den angegebenen günstigen Umständen noch möglich gewesen wäre. Wird eine solche Frühoperation unterlassen, so setzt man den Kranken allen Gefahren der Abszessbildung, der Peritonitis, der Eiterverfälschung usw. aus, und die Chancen der Rettung verringern sich von Tag zu Tag. Vor allem aber ist für den Tod ursächlich geworden der Eintritt der Perforationsperitonitis, d. h. der eitrigen Bauchfellentzündung im Anschluß an den offenbar am 15. Mai erfolgten Durchbruch des Wurmsfortsatzes. Die Verkenntung dieses Ereignisses ist eine der folgenschwersten Fehlleistungen, die anlässlich einer Appendizitis überhaupt vorkommen können (vgl. Pahr a. a. D. S. 84 ff. und Reinschmidt ebenda S. 8). In diesem Falle hätte nur schnellste Operation noch helfen können, da bereits am 4. und 5. Tage die Mortalität auf 40–60% steigt.

II. Hat das RG. sonach mit Recht die Kausalität zwischen dem Unterlassen des Angekl. und dem tödlichen Ausgang bejaht, so müssen die Ausführungen über die Schuld des Angekl. erhebliche Bedenken erwecken. Die Frage, ob der Angekl. fahrlässig gehandelt hat, läßt sich nun nur beantworten, wenn man die drei Krankheitsstadien unterscheidet, die die von dem Angekl. Behandelte durchgemacht hat, und das Verhalten des Angekl. im Anschluß daran näher prüft.

1. Als der Angekl. zur Behandlung zugezogen wurde, befand sich die Kranke noch in dem sog. Frühstadium der akuten Appendizitis, und eine sofort vorgenommene Operation hätte die Kranke sicher gerettet. Insbes. ist eine Frühoperation unbedingt notwendig, wenn eine ausgesprochene Bauchdeckenspannung besteht, die Pulszahl bei Erwachsenen über 100 steigt, wiederholtes Erbrechen eintritt, die Temperatur am zweiten Tage noch über 38° beträgt, anbauende heftige Schmerzen bestehen, nach Abfall der Temperatur diese erneut steigt, die Zahl der Leukozyten über 15000 beträgt und vor allem bei heftigen Schmerzansätzen, durch die die bevorstehende oder schon erfolgte Perforation sich ankündigt (vgl. hierzu C. v. Noorden, Krankheiten des Verdauungskanales, des Pankreas und des Peritoneum, 2. Aufl., 1923, S. 60, in „Diagnostische und therapeutische Zertimer und deren Verhütung“, hrsg. von Schwabe, Bd. II). Wenn demgegenüber gesagt wird, daß die beiden ersten Tage der Erkrankung bereits abgelaufen waren, als der Angekl. zugezogen wurde, so mag damit zwar die günstigste Situation verkannt gewesen sein, aber es bestand, wie bereits ausgeführt, am Morgen des dritten Tages immer noch eine so gute Chance für die Heilung, daß bei sofortiger Vornahme einer Operation nur mit etwa 3% Mortalität zu rechnen war, während die Heilungsmöglichkeit von da ab von Tag zu Tag rapid zurückging.

2. Weiterhin wird dagegen geltend gemacht — und dies gilt als Hauptargument —, daß auch eine sog. konservative Behandlung von

Ärzten empfohlen werde. Dies ist an sich richtig; jedoch wird diese Art der Behandlung deshalb nahezu einseitig abgelehnt, weil die Mortalität in diesem Falle auch ohne Zutritt besonderer Komplikationen 10–13% beträgt (vgl. Garre-Borchard a. a. D. S. 325), und daher ohne zwingenden Grund von einer solchen Behandlung im Interesse des Kranken abzuweichen ist, die ja nur die Heilungsaussichten verschlechtern kann. Dies ist nicht etwa nur, wie das RG. meint, Ansicht der „Schulmedizin“, sondern eine Tatsache, die statistisch erweisbar ist und daher mit subjektiver Anschauung gar nichts zu tun hat. Daß aber eine Kontraindikation gegen eine Operation bestanden hat, ist im Tatbestand mit keinem Worte angedeutet. Außerdem ist diese Art der Behandlung zeitlich begrenzt durch den Eintritt der Perforation des Appendix, wäre also auch im vorl. Fall höchstens bis zum 15. Mai tragbar gewesen unter der weiteren Voraussetzung, daß bis dahin das Fieber seine Höhe nicht beibehalten hätte, keinesfalls aber noch am 16. Mai, nachdem in der vorausgegangenen Nacht der Durchbruch erfolgt war. Indem der Angekl. auch über diesen Zeitpunkt hinaus seine „konservative“ Behandlung fortsetzte, beging er einen Fehler, der durch gar nichts entschuldigt werden kann, den auch der konservativste Gegner der chirurgischen Behandlung der „Schulmedizin“, soweit er nur einige medizinische Kenntnisse besitzt, nicht begehen würde, und der zu einem Krankheitsbild führte, das, wie Garre zutreffend sagt (a. a. D. S. 322), nur „unheilvoller Optimismus oder blöde Ignoranz“ verschulden kann. Daß der Angekl. diese katastrophale Wendung in dem Befinden der Kranken übersehen, d. h. die Perforation und die beginnende Peritonitis nicht erkannt hat, ist der zweite schwere Fehler.

3. Damit war die Kranke in das dritte Stadium ihrer Erkrankung eingetreten, in das Stadium der Perforationsperitonitis, zu dessen Beginn die Kranke zwar nicht mehr mit Sicherheit, aber immer noch mit etwa 50% Wahrscheinlichkeit durch eine sofortige Operation hätte gerettet werden können.

War aber schon die Fortsetzung der „konservativen“ Behandlung in diesem Stadium ein großer Fehler, den auch der extremste Anhänger dieser Methode bei auch nur geringer Erfahrung und dürftigem Wissen nicht begangen hätte, so ist das, was der Angekl. als Behandlung ausführen ließ, überhaupt keine „konservative“ Behandlung gewesen, sondern geradezu das Gegenteil einer Heilbehandlung, da die von dem Angekl. angeordnete Bauchmassage und das Herumführen der Kranken im Zimmer das Verkehrteste darstellte, was überhaupt gesehen konnte. Denn nachdem die Perforation einmal erfolgt war, mußte auf diese Weise der virulente Eiter, soweit dies möglich war, in der Bauchhöhle verbreitet und der Krankheitsherd erweitert werden. Abgesehen davon, daß eine konservative oder interne Behandlung überhaupt nur vor dem Einsetzen der Peritonitis in Frage kommen kann — dies ist so allgemein unbestritten, auch bei Gegnern der Frühoperation, daß man sich nicht genug wundern kann, daß dieser Gesichtspunkt nicht in den Mittelpunkt der gerichtlichen Beurteilung gestellt wird! —, besteht sie gerade in dem Gegenteil von dem, was der Angekl. getan hat: in völliger Bettruhe und strengster Diät unter Ausschluß aller festen Speisen, wozu noch die Auflage einer nicht zu schweren Eisblase sowie bei starken Schmerzen die Verabreichung geringer Mengen Opium (tinet. op. simpl., 5–10 Tropfen) treten können. Aber, wie gesagt, nicht einmal diese für das Früh- und Mittelstadium gelegentlich empfohlene Art der Behandlung (empfohlen besonders dann, wenn der Vornahme der Operation irgendein Hindernis entgegensteht) durfte in dem dritten Stadium der Erkrankung mehr durchgeführt werden. Denn sobald sich die ersten Anzeichen einer perityphlitischen Eiterung zeigten, vor allem, wenn es zu einem Spontandurchbruch in den Darm oder gar in die freie Bauchhöhle mit folgender diffuseter eitriger Peritonitis gekommen war, bestand die Gefahr einer allgemeinen septischen Intoxikation und damit unmittelbare Lebensgefahr, die nur durch sofortige Operation noch mit einiger Wahrscheinlichkeit abwendbar war.

III. Das Verhalten des Angekl. zeigt nun sehr deutlich, daß er sich um diese Gefahr nicht im entferntesten gekümmert hat, ja, daß er vermöge seiner absoluten Ignoranz in Dingen der Heilkunde gar nicht in der Lage war, die notwendige Indikation zu stellen, da er nicht einmal aus dem Fieberverlauf das Alarmsignal entnehmen konnte, geschweige denn imstande war, aus der Pulsfrequenz und der Pulsspannung, sowie aus dem Ansteigen der Leukozyten (18000–20000 im ehm. Blut begründen den Verdacht der Abszessbildung, während Zahlen über 25000 den Abszess beweisen!) die Abszessbildung zu diagnostizieren (vgl. zum Vorstehenden eingehend Strümpell, Spezielle Pathologie und Therapie der inneren Krankheiten, 25. Aufl., 1926, I, S. 721 f. und Pahr a. a. D. S. 71. Strümpell ist Vertreter der konservativen Behandlung!).

Bei alledem handelt es sich nun keineswegs um Feststellungen, die nur der „Schulmediziner“ kennt, sondern um Dinge, die so allgemein bekannt sind, daß es der Zuziehung eines Sachverständigen gar nicht bedurft hätte, um Tatsachen, die nach ganz allgemeiner Erfahrung so konstant miteinander verknüpft sind, daß ihre Beurteilung und die notwendigen Maßnahmen der subjektiven Meinung des

einzelnen völlig überhohen Band und ein Gegensatz zwischen Schulmedizin und konservativer Behandlungsmethode nicht besteht.

Der Angekl. hat demnach, selbst unter Anerkennung der konservativen Methode, zwei Kardinalfehler begangen:

1. Er hat weder die beginnende Abszßbildung, noch den Durchbruch des Abszßes, noch auch die beginnende und fortschreitende Peritonitis erkannt. Er hat trotz dauernd erhöhter Temperatur über 38° und trotz des plötzlichen heftigen Schmerzanfalles in der Nacht v. 15. zum 16. Mai (Perforation des Abszßes), der das letzte Signal zu sofortiger Operation war, dies für eine Darmkolik nach Abklingen der Blinddarmentzündung erklärt, hat auch nicht die ganz allgemein anerkannten Methoden zur Feststellung der Abszßbildung (z. B. Zählung der Leukozyten) vornehmen lassen.

2. Er hat eine Behandlung angewandt (Reibmassage und Bewegung der Kranken), die nach Beginn der Abszßbildung, vor allem aber nach Eintritt der Perforation und Beginn der Peritonitis, auch von dem konservativsten Gegner des chirurgischen Eingriffs niemals verteidigt wird, da es nicht nur nicht eine konservative Behandlung war, sondern eine Behandlung, die den Zustand verschlimmern und eine allgemeine septische Intoxikation herbeiführen mußte. Eine solche Behandlung wäre nicht einmal bei strengster konservativer Behandlung im Frühstadium zulässig gewesen, geschweige denn nach Beginn der Peritonitis.

Hierdurch wird die Behandlung des Angekl. als die eines absolut gewissenlosen Laien charakterisiert, die durch nichts zu entschuldigenden und den gewissenlosen Methoden völlig unwissender Kurpfuscher gleichzustellen ist. Ein Unterschied zwischen dem Vorgehen des Angekl. und der Behandlung sorgeschrittener Diphtherie durch Gesundheitsbeten besteht in keiner Weise.

IV. Können nun auf Grund dieser Feststellungen noch Bedenken bestehen gegen die Bejahung der Fahrlässigkeit des Angekl., wie sie das RG. annimmt?

1. Das RG. betont mit Recht, daß dem Angekl. der Tod der von ihm behandelten Frau nur dann zugerechnet werden könne, wenn er die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und imstande war, außer acht gelassen hat und insolge dessen den Erfolg, den er bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte voraussehen können, nicht vorausgesehen hat oder den Eintritt des Erfolgs zwar für möglich hielt, aber darauf vertraute, daß er nicht eintreten werde, und wenn ihm schließlich ein anderes Verhalten zugemutet werden konnte. Weiterhin stellt das RG. fest, daß für einen Entschuldigungsgrund (Nichtzumutbarkeit) keine Anhaltspunkte vorliegen, ebenso wenig wie für bewußte Fahrlässigkeit. Für das Vorliegen unbewusster Fahrlässigkeit schließlich verlangt das RG. einerseits den Nachweis, daß der Angekl. eine aus der Rechtsordnung oder der vom Recht anerkannten Verkehrsrisiko sich ergebende Sorgfaltspflicht verletzt habe, obwohl ihm deren Erfüllung zugemutet werden konnte, andererseits daß er den rechtswidrigen Erfolg als mögliche Folge seines pflichtwidrigen Verhaltens hätte voraussehen können. Dabei kommt weiter in Betracht, daß in Deutschland Kurierfreiheit grundsätzlich für Krankheiten aller Art besteht, abgesehen von einigen wenigen gesetzlichen Sonderbestimmungen, die das RG. aufzählt, und soweit das Heilverfahren nicht schwindelhaft ist. Daraus erwächst dem Richter die Aufgabe, „Kunstfehler“ des nicht approbierten Heilbehandlers als solche zu kennzeichnen. Hinsichtlich dieser Aufgabe stellt sich nun das RG. auf den Standpunkt, daß ein Kunstfehler keineswegs nach den Lehren der Medizin zu ermitteln sei (vgl. hierzu besonders die neuere Untersuchung von König, Geschichte und Begriff des Kunstfehlers: Dtsch. Btschr. f. d. gef. gerichtl. Med. 20, 1933, 161 ff.), sondern nach den subjektiven Fähigkeiten, d. h. nach der Mentalität des Heilbehandlers, ein Standpunkt der dazu führen muß, den Verteilungsmaßstab hinsichtlich des Kunstfehlers auf das Niveau der Einsicht, Erfahrung und subjektiven Anschauung des nichtapprobierten Heilbehandlers herabzudrücken und so dessen Überzeugung von der Richtigkeit der Behandlung auf dieselbe Linie mit der in jahrelangem Studium erarbeiteten wissenschaftlichen Überzeugung des Arztes zu stellen (so mit Recht im Anschluß an RG. 64, 263; Glster: JW. 1931, 1484). Schon diese Konsequenz mußte es bedenklich erscheinen lassen, bei einer so verantwortungsvollen Tätigkeit, wie es die des Heilbehandlers ist, den subjektiven Maßstab bei der Feststellung der Fahrlässigkeit auch auf die Erlangung der Fachkenntnisse auszu dehnen und seine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu verneinen, wenn er nur so vorgegangen ist, „wie er es versteht“, während bei der Feststellung des Kunstfehlers eines approbierten Arztes diese subjektive Beurteilung ganz ausscheidet und das Vorliegen eines Kunstfehlers rein objektiv nach den anerkannten Methoden der Medizin festgestellt wird, unabhängig also von der größeren oder geringeren Begabung und wissenschaftlichen Einsicht des Arztes.

Nun betont allerdings auch das RG., daß die rechtliche Anerkennung der Kurierfreiheit kein Freibrief für Gewissenlosigkeit sein kann, daß die im Verkehrsgebiet der Heilbehandlung erforderliche Sorgfalt auch von nicht approbierten Heilbehandlern ebenso wie von approbierten Ärzten beobachtet werden muß. Diese Sorgfaltspflicht soll den Heilbehandler insbes. einerseits zur Ausbildung und

Fortbildung verpflichten so, daß er sich nach bestem Können über die Grundlagen und Fortschritte der Heilkunde zu unterrichten habe und sich neuen Lehren und Erfahrungen nicht aus Bequemlichkeit, Eigensinn oder Überheblichkeit verschließen dürfe, wobei man jedoch von dem nichtärztlichen Heilbehandler nicht dasselbe Maß von allgemeiner Ausbildung und Fortbildung verlangen dürfte wie von dem approbierten Arzt. Andererseits soll die Sorgfaltspflicht auch die Pflicht zur Prüfung dahingehend umfassen, ob die eigenen Fähigkeiten und Kenntnisse gerade im gegebenen Fall zur Feststellung der Krankheit und zu ihrer erforderlichen Behandlung genügen. Sind nun diese beiden Pflichten von dem Angekl. erfüllt worden? In keiner Weise! Denn es handelt sich nicht, wie das RG. annimmt, beim Vorgehen des Angekl. um eine von der Schulmedizin abweichende Methode, um eine konservative Behandlung, sondern, wie im einzelnen bereits gezeigt wurde, um Maßnahmen, die jeder Heilbehandlung so konträr gingen, daß sie auch der Durchschnittslaien nicht angewandt haben würde, und die, wie jeder einigermaßen einsichtige Mensch erkennen mußte, mit Naturnotwendigkeit eine Verschlimmerung des Leidens, ja den Tod herbeiführen mußte. Es kann also gar keine Rede davon sein, daß der Angekl. auch nur einigermaßen an seiner Ausbildung als Heilbehandler gearbeitet und sich an Hand vorliegender ganz allgemeiner Erfahrungen geprüft hat, ob er eine Blinddarmentzündung behandeln könne, es müßte denn sein, daß man bewußte Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz annehmen wollte.

Daß auch das RG. prinzipiell auf diesem Standpunkt steht und zu einer anderen Entsch. gekommen wäre, wenn es nicht die Bedeutung der tatsächlichen Seite des Falles verkannt hätte, ergibt sich aus der vom RG. aufgestellten Forderung, daß auch der Heilbehandler die für Lagen der betreffenden Art allgemein — von ärztlichen und nichtärztlichen Heilbehandlern — anerkannten Grundfälle der Heilkunde beachten müsse und verpflichtet sei, beim Auftreten bedrohlicher Anzeichen für einen Mißerfolg seine Behandlungsweise aufzugeben, die Behandlung zu ändern oder einen Arzt zuzuziehen. Davon, daß der Angekl. diese Forderung erfüllt habe, kann keine Rede sein. Denn er hat einerseits die kritische Wendung in dem Befinden seiner Patientin (Perforation und Beginn der Bauchfellentzündung) nicht erkannt, obwohl die Erkenntnis dieses Ereignisses für die gesamte Behandlung grundlegend war, und hat andererseits gerade das Gegenteil von dem getan, was von approbierten wie nichtapprobierten Heilbehandlern unter konservativer Behandlung verstanden wird: er hat nicht auf einen Heilerfolg hingearbeitet, sondern — vermöge einer geradezu ungläublichen Unkenntnis — auf die Verschlimmerung des Leidens. Daß er das von ihm angewandte Verfahren auf sachliche Gründe hätte stützen können, kann vernünftigerweise nicht behauptet werden; denn — und das muß nochmals hervorgehoben werden — sein Verfahren war nicht etwa ein von der Lehre der Schulmedizin abweichendes, aber von anderen Heilbehandlern und Außenstehern unter den Ärzten vertretenes, sondern überhaupt kein Heilverfahren. Es war ein Verfahren, das mit Naturnotwendigkeit zur Verschlimmerung der Erkrankung und insbes. zur Ausbreitung der septischen Intoxikation und damit zum Tode der Kranken führen mußte.

Besonders bedenklich ist schließlich auch das, was das RG. über die Bedeutung der persönlichen Verhältnisse der nichtapprobierten Heilbehandler für die Erkenntnis und Erfüllung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und für die Erkenntnis der tatsächlichen Bedeutung ihres Verhaltens sagt. Daß der nichtapprobierte Heilbehandler nicht gehalten ist, sich ein bestimmtes Fachwissen anzueignen, ja, daß er im Gegenteil durch medizinfeindliche Schriften gegen die ärztliche Wissenschaft eingenommen wird, kann ihn nicht berechtigen, Methoden anzuwenden, die geradezu lebensvernichtend wirken. Dies trifft keineswegs den Fall, daß von dem Heilbehandler eine Methode verfolgt wird, die nur einige wissenschaftliche Außenstehere empfehlen, wohl aber den Fall, daß, wie hier, eine Behandlung vorgenommen wird, die kein einigermaßen einsichtiger Mensch anwenden wird. Würde man auch in einem solchen Falle die strafrechtliche Verantwortlichkeit verneinen, so würde man dem Willen der staatlichen Gemeinschaft, gesundheitsfördernd zu wirken, geradezu entgegenarbeiten. Gewiß ist es in erster Linie Sache der Gesetzgebung, durch ein Kurpfuscherverbot diesen Mißständen entgegenzuarbeiten (vgl. hierzu besonders Schopohl, Kurpfuscherei und die rechtlichen Bestimmungen zu ihrer Bekämpfung, 1926. Beröff. aus dem Gebiet der Medizinalverwaltung, Bd. 22 S. 1; Über Kurpfuschertum und seine Bekämpfung. Eine Vortragsreihe, 1927. Ebd. Bd. 23 S. 8; Über die Mißstände auf dem Gebiete der Kurpfuscherei und Maßnahmen zu ihrer Beseitigung. Bericht über die Verhandlungen eines zusammengeführten Ausschusses des Landesgesundheitsrates am 9. u. 10. März 1927. Ebd. Bd. 25 S. 3; Der Kampf gegen die Kurpfuscherei. 10 Vorträge, 1928. Ebd. Bd. 27 S. 8. Frank, Kurpfuschertum und offizielle Medizin. SchweizMedWtschr. 1925 Nr. 40; Sellwig: MünchMedWtschr. 1929, 1218 ff., 1258 ff. und DtschMedWtschr. 1929, 1475 ff. Fischer, Kurpfuschertum und Ausland. „Gesundheitslehrer“, 1929 Nr. 21/22 A. Müller, Kurierfreiheit und Kurpfuschertum, 1929. Melies, Die strafrechtliche Behandlung der Kurpfuscherei. Köln. Dtsch. 1929, mit weiterer

****13.** § 244 StGB. Danzig ist nicht Inland i. S. des § 244 StGB.

Auf Danzig hat Deutschland zugunsten der alliierten und assoziierten Mächte in Art. 100 des zum Reichsgesetz erhobenen WB. (RGBl. 1919, 687 [869]) verzichtet, und die Stadt Danzig ist unter dem Schutz des Völkerbundes als Freie Stadt begründet worden. Danzig ist also aus dem Gebiet des Deutschen Reichs ausgeschieden. Der Staatsgewalt des Deutschen Reichs ist sie nicht unterworfen. Das Gesetz über die Strafvollstreckung aus Urteilen der Gerichte in den Gebieten der Freien Stadt Danzig und des Memellandes v. 1. Dez. 1923 (RGBl. 1167) bezieht sich nur auf die Vollstreckung von Strafen, also nicht auf die Bestrafung selbst, d. h. nicht auf das sachliche Strafrecht. Es sagt also nicht, daß Danzig strafrechtlich als Inland angesehen werden solle.

(3. Sen. v. 22. Juni 1933; 3 D 462/33.) [Hn.]

14. § 352 StGB. trifft nur zu, falls der Überfordernde gegen den angebligen Schuldner ein eigenes Recht geltend macht. Dagegen fehlt diese Voraussetzung, wenn ein Rechtsanwalt vom Gegner zu hohe Gebühren einfordert (vgl. RGSt. 19, 30).

(1. Sen. v. 20. Juni 1933; 1 D 658/33.) [Hn.]

II. Straffreiheitsgesetz.

15. StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932; § 86 StGB.; § 7 SprengstoffG. Ist eine Straftat unter dem Gesichtspunkt des Hochverrats niedergeschlagen, so kann der Täter doch wegen eines gleichzeitig erfüllten Verbrechens nach dem SprengstoffG. verfolgt werden. †)

Zunächst ist, da von der Reichsanwaltschaft gegen die sachliche Zuständigkeit der StrR. Bedenken geäußert worden sind, zu dieser Frage Stellung zu nehmen; denn nach der neueren reichsgerichtlichen Rspr. ist die sachliche Zuständigkeit vom RevG. auch ohne entsprechende Rüge von Amts wegen zu prüfen (RGSt. 66, 255). Die geltend gemachten Bedenken bewegen sich in folgender Richtung: Die beiden Beschw.

Literatur S. VII—XII); gewiß darf auch der Strafrichter um eines bestimmten Erfolgs willen nicht die aus dem Schuldprinzip erwachsenen Grundsätze über die Bestrafung der schuldhaften Verursachung rechtswidriger Erfolge abändern. Aber ebenso sicher ist es, daß er dort, wo der rechtswidrige Erfolg unter Außerachtlassung sämtlicher Sorgfaltspflichten, wie im vorl. Fall, herbeigeführt worden ist, den Heilbehandler nicht in Schutz nehmen darf, nur um die Kurierfreiheit nicht anzutasten. Denn im vorl. Fall handelt es sich nicht mehr um ein größeres oder geringeres Wissen, um die Unzumutbarkeit sachlicher Orientierung u. dgl., sondern um eine Verletzung von Sorgfaltspflichten, wie sie nahezu von jedem erwachsenen Menschen verlangt werden müssen, um so mehr aber von einem Menschen, der als Heilbehandler auftritt.

Daher geht denn auch die Anwendung der vom RG. aufgestellten Grundsätze auf das angefochtene Ur. fehl; denn es steht ja nicht in Frage, ob die Vornahme einer konservativen Behandlung im Gegensatz zu der von der „Schulmedizin“ vertretenen Methode dem Angekl. zum Vorwurf gemacht werden kann, sondern ob das, was der Angekl. getan hat, überhaupt eine Heilbehandlung war, und das ist es nicht gewesen. Mit Recht hebt auch das RG. selbst hervor, daß der Angekl. zwar die konservative Methode hätte anwenden dürfen, daß er dann aber auch die dafür notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse hätte besitzen und die dieser Methode entsprechenden Regeln sorgfältig hätte beachten müssen. Nur verkennt leider das RG., daß beides bei dem Angekl. nicht der Fall war. „Wer überhaupt Kranke geweremäßig behandelt, muß die Voraussetzungen sachmäßiger Behandlung kennen und beachten“ (RG. 59, 357); hätte der 1. StrSen. diesen Satz seiner Entsch. zugrunde gelegt, so hätte es zu einer Aufhebung der vorinstanzlichen Entsch. nicht kommen können (vgl. hierzu auch Elster: JW. 1931, 1485).

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

Zu 15. Die praktische Bedeutung dieses Ur. des 1. StrSen. mag recht erheblich sein; in theoretischer Beziehung bringt es kaum etwas Neues. Es stimmt mit der bisherigen Rspr. (4. Sen. in RGSt. 53, 51; 5. Sen. in RGSt. 52, 270) und der herrschenden Lehrmeinung überein.

I. Der Sachverhalt ist einfach: Die beiden Angekl. entwen-

sind wegen Verbrechens nach § 7 SprengstoffG. ein jeder zu einer Zuchthausstrafe von sechs Jahren sowie zu Nebenstrafen verurteilt worden auf Grund der Feststellung, daß sie als Mitglieder der Kommunist. Partei um Weihnachten 1931 gemeinschaftlich mit vier anderen Tätern aus einem Steinbruch erhebliche Mengen Sprengstoff entwendet haben, um diese ihrer Partei zur Verwendung im politischen Kampfe zuzuführen. Der festgestellte Sachverhalt erfüllt unbedenklich auch den Tatbestand der Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens nach § 86 StGB., dessen Aburteilung zur Zuständigkeit des RG. gehört. Diese Zuständigkeit würde allerdings dann nicht mehr gegeben sein, wenn eine Strafverfolgung der Beschw. unter dem Gesichtspunkte des § 86 StGB. nach dem Inkrafttreten des StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932 ausgeschlossen wäre. Ob das der Fall sei, sei aber hier, da auf eine längere als fünfjährige Freiheitsstrafe erkannt worden sei, im Hinblick auf § 4 Abs. 2 des Ges. zum mindesten zweifelhaft.

Der Senat vermag diese Bedenken nicht zu teilen. §§ 1, 4 Abs. 1 StraffreiheitsG. bestimmen, daß wegen Straftaten, die aus politischen Beweggründen begangen sind, anhängige Verfahren eingestellt und neue Verfahren nicht eingeleitet werden, sofern die Tat vor dem 1. Dez. 1932 begangen und keine schwerere Strafe als Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, allein oder nebeneinander, zu erwarten ist. Für den Fall, daß eine schwerere Strafe zu erwarten und demnach das Verfahren einzuleiten oder fortzusetzen ist, gewährt § 4 Abs. 2 dem Täter Strafmäßigung. Die Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen ergibt zweifelsfrei, daß das Verfahren gegen die Beschw. hätte eingestellt werden müssen, wenn ihre Straftat lediglich den Tatbestand des § 86 StGB. erfüllte; denn die Tat ist vor dem 1. Dez. 1932 aus politischen Beweggründen begangen, ein Ausnahmefall des § 8 Abs. 5 StraffreiheitsG. — Verletzung von Reichswehr oder Polizei — liegt nicht vor, und die in § 86 StGB. angeordnete Freiheitsstrafe bleibt selbst im Höchstmaß unter fünf Jahren. An diesem Ergebnis, daß eine Strafverfolgung der Beschw. wegen Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens unzulässig ist, ändert sich nichts dadurch, daß ihre Straftat gleichzeitig den Tatbestand eines Verbrechens nach § 7 SprengstoffG. verwirklicht und unter diesem rechtlichen Gesichtspunkte verfolgt werden muß, weil Verbrechen gegen das SprengstoffG. nach der

deten um Weihnachten 1931 gemeinschaftlich aus einem Steinbruch erhebliche Mengen Sprengstoffe, um diese ihrer Partei, der SPD., zur Verfügung zu stellen.

II. Damit haben beide den äußeren und inneren Tatbestand des § 7 SprengstoffG. und § 86 StGB. in Tateinheit erfüllt. Da die Tat vor dem 1. Dez. 1932, und zwar aus politischen Beweggründen begangen worden ist, war zu prüfen, ob das Verfahren nach den §§ 1 und 4 StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932 eingestellt werden mußte. Nach § 8 Ziff. 3 dieses Gesetzes konnte die Einstellung nicht erfolgen wegen des Verbrechens gegen das Sprengstoffgesetz; wohl aber konnte, da die Voraussetzungen des § 8 Ziff. 5 nicht gegeben waren, wegen des Hochverrats eingestellt werden. Es entstand nun die Frage: Muß das Verfahren wegen des Tateinheitlichen Zusammentreffens beider Gesetzesverletzungen

1. insgesamt eingestellt werden oder
2. nur, soweit § 86 StGB. in Betracht kam, oder muß
3. die Tat wegen der Verletzung beider Gesetze verfolgt werden?

III. Man müßte die Frage im Sinne der ersten oder der dritten Alternative beantworten, wenn eine teilweise Niederschlagung mit dem Wesen der Tateinheit oder dem Wesen der Niederschlagung unvereinbar wäre.

1. Das RG. (RGSt. 62, 87) hält im Gegensatz zu der Auffassung der Begr. der Entwürfe aber in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre (von Franke, Anm. I zu § 73; Epz. Komm., Anm. II zu § 73; von Dilschhausen, Anm. 11, 15 zu § 73) die Tateinheit für eine „Verbrechenskonkurrenz“, nicht eine „Gesetzeskonkurrenz“. Die herrschende Lehre beruft sich auf ihre grundsätzliche Auffassung vom Wesen der strafbaren Handlung (so von Franke, Anm. I zu § 73), auf die systematische Stellung des § 73 StGB., auf die Entstehungsgeschichte dieser Best. (PrStGB. § 55; Motive zu § 71) und auf die Überschrift des 5. Abschn. des StGB. „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen“. Ihre Berechtigung kann in diesem Zusammenhang nicht erörtert werden.

2. Der Ausdruck „Straffreiheit“, wie er in dem Straffreiheitsgesetz von 1932 verwendet wird, umfaßt zwei Formen der Beendigung: Die Niederschlagung (Abolition) und den Straferlaß (Amnestie im engeren Sinne) (Busch-Schäfer-Wichards-

ausdrücklichen Vorsch. in § 8 Nr. 3 StraffreiheitsG. von dessen Vergünstigungen ausgeschlossen sind. Das RG. hat sich bei früheren Amnestien wiederholt dahin ausgesprochen, daß dann, wenn dieselbe Handlung unter mehrere Strafgesetze fällt, die Frage, ob die Verfolgbarkeit der Tat infolge von Niederschlagung aufgehört hat, für jedes der in Betracht kommenden Strafgesetze, also für jede der mehreren „Straftaten“, gesondert zu prüfen und zu beantworten ist (RGSt. 52, 270; 53, 50; JW. 1924, 1878). Dieser Grundsatz hat nach Ansicht des Sen. auch für das StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932 zu gelten. Die Fassung des § 4 Abs. 1 Gef. steht dem nicht entgegen. Wenn dort als Voraussetzung für die Niederschlagung bestimmt ist, daß keine schwerere Strafe als Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu erwarten sei, so hat diese Vorsch. nach der Meinung des Sen. für die Fälle Tateinheitlichen Zusammentreffens die Bedeutung, daß — beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der Niederschlagung — die Strafverfolgung wegen der Zuwiderhandlung gegen ein solches Gesetz ausgeschlossen ist, das — wie § 86 StGB. — als Höchststrafe nur eine kürzere als fünfjährige Freiheitsstrafe zuläßt. Diesen Standpunkt hat auch die Reichsanwaltschaft in dem vorl. Verfahren bisher selbst eingenommen. Bei ihr war das Ermittlungsverfahren gegen die Beschw. wegen Verbrechens nach § 86 StGB. in Tateinheit mit Sprengstoffverbrechen anhängig. Nach Inkrafttreten des StraffreiheitsG. hat sie die Sache an die örtliche StA. abgegeben mit dem Bemerkten, daß das Verfahren wegen Vorbereitung zum Hochverrat niedergeschlagen, eine Strafverfolgung insoweit unzulässig sei und nur noch wegen des zur Zuständigkeit des LG. gehörigen Sprengstoffverbrechens eingeschritten werden könne. Dementsprechend hat die StA. Anklage wegen Sprengstoffverbrechens erhoben, und die StrA. hat wegen dieses Verbrechens verurteilt. Sie hat ihre Zuständigkeit damit nicht überschritten, auch wenn sie auf eine höhere als fünfjährige Freiheitsstrafe erkannt hat; denn das Verfahren wegen Vorbereitung zum Hochverrat war durch das StraffreiheitsG. niedergeschlagen. Diese Rechtsansicht vertritt auch der 4. Str. Sen. des RG. in einem Beschl. v. 18. Mai 1933 (15 J 323/33).

(1. Sen. v. 23. Mai 1933; 1 D 478/33.) [W.]

Dörffler, Straffreiheitsgesetz, Vorbem. I vor § 1 S. 10). Die für den vorl. Fall in Betracht kommende Niederschlagung stellt sich in verfahrensrechtlicher Beziehung als Hindernis für die Einleitung und den Fortgang des Verfahrens (negative Prozeßvoraussetzung) und in sachlich-rechtlicher Beziehung als Verzicht auf den staatlichen Strafanpruch dar (RGSt. 54, 56; 59, 54; Epz-Komm. Vorbem. vor § 1 S. 104 Nr. 5; Busch-Schäfer, Anm. I Abs. I zu § 4).

3. a) Wer mit der Minderheit der Schriftstelle (vor allem von R i j z t - S c h m i d t § 54, I) im Falle der „Ideal Konkurrenz“ zwar mehrere Gesetzesverletzungen aber nur eine strafbare Handlung annimmt, sollte gegen eine uneinheitliche Verfolgung der einheitlichen Tat Bedenken haben, da der Staat nicht Gesetzesverletzungen, sondern strafbare Handlungen verfolgt. Für die Anhänger der herrschenden Lehre besteht dieses Bedenken nicht.

b) Wer mit der herrschenden Lehre auch im Falle der Tateinheit mehrere strafbare Handlungen anerkennt, braucht andererseits auch kein Bedenken dagegen zu haben, daß es möglich sei, auf den Strafanpruch, soweit er aus einer von mehreren Tateinheitlich zusammentreffenden strafbaren Handlungen entstanden ist, zu verzichten, ihn aber im übrigen geltend zu machen.

c) Das RG. hat in denkgesetzlich einwandfreier Folgerung aus seiner Grundeinstellung zum Wesen der Tateinheit wiederholt den Satz entwickelt: trifft eine nicht verfolgbare Straftat mit einer verfolgbaren in Tateinheit zusammen, so ist eine Verurteilung nur hinsichtlich der verfolgbaren zulässig (RGSt. 62, 88; 46, 367); so für das Zusammentreffen einer verjährten mit einer nicht verjährten Straftat in RGSt. 39, 355, ferner für den Fall, daß bei Tateinheitlichem Zusammentreffen der Verletzung mehrerer Personen der erforderliche Antrag nicht von allen Verletzten gestellt wird in RGSt. 46, 47, auch für den Fall des Tateinheitlichen Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen, von denen die eine nur auf Antrag, die andere ohne Antrag verfolgbar ist, hat es beim Fehlen des Strafantrags die Verfolgung wegen des Offizialdelikts zugelassen (RGSt. 33, 341); endlich ist es auch von seiner Grundauffassung vom Wesen der Tateinheit zur Anerkennung der sachlichen Beschränkbarkeit des Strafantrags gelangt (RGSt. 62, 83). Mit diesen Folgerungen stimmt die vorstehende Entsch. im Ergebnis durchaus überein.

d) Auch die Berücksichtigung des rechtspolitischen Zweckes der

16. § 8 Nr. 1 StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932. Straffreiheit tritt bei der Tötung und auch bei der Verletzung eines Dritten dann nicht ein, wenn die gegen einen bestimmten Menschen mit Tötungsvorsatz gerichtete Tat ihr Ziel verfehlt und statt dessen unmittelbar durch die Tat ein anderer Mensch getötet oder verletzt wird.

Der Wortlaut des § 8 Nr. 1 läßt nicht erkennen, daß der getötete oder verletzte Mensch derselbe sein müßte, gegen den das Verbrechen gerichtet war. Wäre dies der Fall, dann wäre nicht verständlich, aus welchem Grunde das Gesetz ausdrücklich von der Tötung eines Menschen spricht. Denn wenn das Verbrechen wider das Leben zur Vollendung gekommen ist, bedarf die Tatsache, daß ein Mensch getötet worden ist, keiner besonderen Hervorhebung. Bei Aufstellung des Erfordernisses kann daher der Gesetzgeber nur an den Fall gedacht haben, daß das Verbrechen im Stadium des Versuchs stecken geblieben ist. Dann kann sich aber, soweit das Gesetz den Fall der Tötung eines Menschen meint, das Erfordernis nur auf eine Person beziehen, gegen die der Angriff nicht gerichtet war. Denn wenn der Tod des Angegriffenen eingetreten wäre, würde ja nicht mehr ein versuchtes, sondern ein vollendetes Verbrechen wider das Leben in Frage stehen. Man kann auch nicht sagen, daß die Fassung des Bedingungsatzes („wenn . . . getötet worden ist“) mit Rücksicht auf den § 1 Nr. 2 der W. des RPräs. gegen politischen Terror vom 9. Aug. 1932 gewählt worden wäre, der Tatbestände umfaßt, die den Tod eines Menschen nicht zur Voraussetzung haben (§ 307 Nr. 2 und 3 StGB.). Wollte man dies annehmen, dann wäre kein Grund dafür ersichtlich, daß in diesen Fällen der vom Täter nichtgewollte Tod eines Menschen eine ungünstigere Folge für ihn haben sollte, als in dem Falle eines Verbrechens gegen das Leben.

(U. v. 17. Juni 1933; 1 D 639/33.)

[Hn.]

III. Verfahren.

**17. § 44 StPD. Unregelmäßigkeiten im eigenen Geschäftsbetrieb der StA. vermögen, wie das RG. ständig entschieden hat, auch dann, wenn sie von einem andern als dem leitenden Beamten oder dem mit der Bearbeitung befaßten StA. verschuldet sind, die Wiedereinsetzung der StA. gegen die Fristversäumnis nicht zu recht-

im Straffreiheitsgesetz getroffenen Regelung führt zu der vom RG. vertretenen Auffassung. Es galt, zwischen dem staatlichen Interesse an der Verfolgung strafbarer Handlungen überhaupt einerseits und dem Interesse des Täters, in einer politisch sehr bewegten Zeit wegen aus politischen Gründen begangener strafbarer Handlungen milder beurteilt zu werden, andererseits zu vermitteln. (Aus dem gleichen Grunde gewährt § 8 des Gesetzes bei besonders schweren oder bei besonders verwerflichen Straftaten keine Vergünstigung.) Würde man in dem Problemfall das Verfahren vollständig einstellen, oder dem Verfahren, auch soweit § 86 StGB. in Betracht kommt, Fortgang geben, so würde man im Widerspruch mit dem Zweck des Gesetzes entweder das Interesse des politischen Täters oder das des Staates zu sehr berücksichtigen.

e) Auch die Erwägung, daß § 73 StGB. nur zu einer Absorption der Strafen, nicht der strafbaren Handlungen führt (Epz-Komm. Anm. 2 zu § 73), unterstützt m. E. die Ansicht des RG.

f) Daß dem gefundenen Ergebnis für den vorl. Fall der Wortlaut des § 4 Abs. I StraffreiheitsG. nicht entgegensteht, führt der 1. Sen. in m. E. überzeugender Weise aus.

g) Auch das m. E. bisher einzige Erläuterungsbuch zum Straffreiheitsgesetz v. 20. Dez. 1932 von Busch-Schäfer-Wichards-Dörffler vertritt die Ansicht des RG. (Anm. II Abs. IV zu § 4).

IV. In verfahrensrechtlicher Beziehung ist zu bemerken: Das RG. hatte aus doppeltem Grunde Veranlassung, die hier behandelte Frage zu prüfen:

1. Die Niederschlagung ist ein in allen Rechtszügen von Amtes wegen zu beachtendes Hindernis des Fortganges des Verfahrens (RGSt. 59, 54; 55, 231).

2. Auch die sachliche Zuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszuges ist in jedem weiteren Rechtszuge von Amtes wegen zu prüfen (RGSt. 66, 256).

RA. Dr. Maßke, Berlin.

fertigen, weil eigenes Verschulden des Prozeßbeteiligten anzunehmen ist. Es wird verwiesen auf die Entsch. des RG. v. 15. Dez. 1890: JWB. 1891, 116, v. 6. Dez. 1921: Recht 26 Nr. 353 und vom 26. Jan. 1925: JWB. 1925, 996. In der letztgenannten Entsch. ist noch erwähnt, daß die gleichen Grundsätze gelten wie bei Versehen in der Kanzlei eines als Verteidiger tätigen RA.; soweit in diesem Satz eine Abschwächung des vorerörterten Grundsatzes zu erblicken sein sollte, wird dieser Standpunkt aufgegeben.

(Beschl. v. 3. Juli 1933; 3 D 652/33.) [Hn.]

18. § 243 Abs. 2 StPD. In Ausnahmefällen kann auch ohne Verlesen des Eröffnungsbeschlusses ein Strafverfahren durchgeführt werden. †)

Die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses gehört nach § 243 Abs. 2 StPD. zu den für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Formlichkeiten. Nach § 274 StPD. muß daher beim Schweigen der nicht verkäuflichen Niederschrift der Hauptverhandlung unwiderlegbar angenommen werden, daß die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses unterblieben sei (RGSt. 57, 27). Danach war das Verfahren der Str.R. mangelhaft.

Die Bedeutung der vorgeschriebenen Verlesung des Eröffnungsbeschlusses erschöpft sich darin, daß durch sie den an der Hauptverhandlung Beteiligten, besonders soweit sie den Akteninhalt nicht kennen, der Gegenstand des Strafverfahrens in seiner maßgebenden tatsächlichen und rechtlichen Begrenzung zu Beginn der Verhandlung bekannt gemacht und dadurch zugleich die Grundlage für das volle Verständnis der nachfolgenden Verhandlung gewährt werden soll. Daher ist es möglich, daß in Ausnahmefällen auch ohne Verlesung des Eröffnungsbeschlusses ein Urteil zustande kommt, das nicht auf dem fehlerhaften Unterbleiben der Verlesung beruhen kann.

Im vorl. Falle enthält die Niederschrift der Hauptverhandlung eine eingehende Angabe dessen, was der Angekl. zu Beginn der Verhandlung über die Sache selbst auf seine Beschuldigung erwidert hat, und diese Erwidern, die sich auf alle für die Anschulldigung nach § 176 Nr. 2 StGB. in Betracht kommenden Punkte erstreckte, läßt erkennen, daß der Angekl. über die Beschuldigung in einer Weise vernommen worden ist, die von Anfang an für alle Beteiligten jeden Zweifel über den Gegenstand des Strafverfahrens ausschloß; daher ist auch später kein solcher Zweifel in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung aufgetaucht. Demnach kann hier das

Zu 18. Der Eröffnungsbeschl. hat im Strafverfahren seine Stellung behauptet, obwohl seine Notwendigkeit und Existenzberechtigung oft und heftig bestritten worden ist. Das Für und Wider zum Problem des Eröffnungsbeschlusses hier zu erörtern, würde zu weit führen; es hängt dies aufs engste zusammen mit der Frage, wie die Erhebung der Anklage und das sog. Zwischenverfahren im Strafprozeß zweckmäßig zu gestalten ist. Was man dem Eröffnungsbeschl. zum Vorwurf macht, läßt sich großzügig etwa auf die Formel bringen: „Was er soll, das tut er nicht und was er tut, das soll er nicht.“ Die Frage, um die es sich in der vorl. Entsch. handelt, fällt unter das, was der erste Teil dieses Satzes ausdrückt. Gewiß ist es richtig, daß der Eröffnungsbeschl. festlegt, welche konkrete Tat, welches historische Faktum Gegenstand der Hauptverhandlung sein soll; insofern ist er für das Gericht bindend. Die rechtliche Würdigung aber, die der Eröffnungsbeschl. dieser konkreten Tat zuteil werden läßt, ist für das erk. Gericht nicht bindend, sie hat allenfalls Bedeutung für die Frage der Zuständigkeit des mit der Sache zu befassenden Gerichts. § 243 StPD. schreibt nun vor, daß in der Hauptverhandlung nach dem Anruf der Zeugen und Sachverständigen und nach Vernehmung des Angekl. über seine persönlichen Verhältnisse der Beschl. über die Eröffnung des Strafverfahrens zu verlesen ist. Hier soll nun der Eröffnungsbeschl. etwas, was er in Wirklichkeit nicht tut. Er soll, wie die vorl. Entsch. in Übereinstimmung mit RGSt. 23, 310 und 57, 7 ausführt, den an der Hauptverhandlung Beteiligten, besonders soweit sie den Akteninhalt nicht kennen, den Gegenstand des Strafverfahrens in seiner maßgebenden tatsächlichen und rechtlichen Begrenzung zu Beginn der Verhandlung bekannt machen, wodurch die Grundlage für das volle Verständnis der nachfolgenden Verhandlung gewährt werden soll. Dazu ist zu sagen: Es gibt wohl kaum einen Schöffen oder Geschworenen oder Angekl., der aus der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses die Grundlage für dieses volle Verständnis der

Urteil der Str.R. nicht darauf beruhen, daß die Verlesung unterblieb, so daß der Mangel des Verfahrens nicht zur Aufhebung des Urteils zu führen hat (vgl. RGSt. 57, 7). (1. Sen. v. 2. Juni 1933; 1 D 410/33.) [W.]

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

I. Materielles Recht.

1. § 839 BGB. Ohne dem Vorwurf der Fahrlässigkeit zu begegnen, darf der Notar sich bei Prüfung der Legitimation des Bedenten einer Hypothekenforderung mit der Vorlegung der Hypothekenbriefe und der Invalidentarte begnügen.

Zum Nachweis der Identität einer Persönlichkeit genügen auch solche Papiere von selbständigem materiellem Wert, die in der Regel sorgsam verwahrt zu werden pflegen und die daher vor der Gefahr, in fremde Hände zu kommen, geschützt sind. Hat der Notar, wie im vorl. Fall, keinen besonderen Anlaß, an der Identität der erschienenen Persönlichkeit zu zweifeln, so kann er sich bei Prüfung der Legitimation mit der Vorlegung eines Hypothekenbriefes begnügen (RG. 81, 125, 128; Obernied, Notariatsrecht S. 214).

Das gilt um so mehr, als der angebliche R. gleichzeitig die auf den Namen des Antragstellers ausgestellte Invalidentarte zu seiner Legitimierung vorgelegt hatte. Die Invalidentarte hätte allerdings allein zum Nachweis der Persönlichkeit nicht ausgereicht, da sie in der Regel sich in den Händen des Arbeitgebers befindet und daher nicht vor der Gefahr geschützt ist, in fremde Hände zu kommen.

Immerhin gewinnt sie als Bestätigung der durch Vorlegung des Hypothekenbriefes geführten Nachweises der Persönlichkeit selbständige Bedeutung.

(RG., Beschl. v. 13. Juni 1933, 11 W 4397/33.)

Eingef. von RGR. v. Bonin, Potsdam.

II. Verfahren.

2. §§ 727, 724, 725, 265 ZPO. Die Klagepartei, die gem. § 265 ZPO. eine Verurteilung des Gegners zur Leistung an ihren Rechtsnachfolger erstritten hat, ist i. S. des Vollstreckungsrechts Gläubigerin und kann eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erwirken. Dem Rechtsnachfolger kann eine vollstreckbare Ausfertigung dann nur unter besonderen Umständen erteilt werden. †)

Allerdings ist es unzutreffend, wenn das LG. ausführt, die Erteilung der Vollstreckungsklausel gem. § 727 ZPO. finde zu-

Hauptverhandlung erlangt hat. Die feierliche Verlesung des förmlichen Gerichtsbeschlusses (sie erfolgt regelmäßig durch den Vorsitzenden) wirkt auf Laien oft nicht als Aufklärung, sondern als vorweggenommene Beurteilung des Angekl. und seiner Tat (hinreichend verdächtig!). Dazu kommt, daß sich die Eröffnungsbeschl. immer noch vielfach durch ein bedenkliches, schwer verständliches Deutsch auszeichnen; endlich bestehen sie im wesentlichen aus der Wiedergabe des Gesetzeswortlautes mit recht wenig konkretisierenden Beigaben. Verschiedene Vorsitzende helfen diesen Mängeln des Eröffnungsbeschlusses meist dadurch ab, daß sie nach seiner Verlesung in wenigen Sätzen darlegen, um was es sich eigentlich handelt.

Ist also die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses sachlich erforderlich? M. E. nein. Ob das Gericht die durch den Eröffnungsbeschl. gezogenen tatsächlichen Grenzen des Themas der Hauptverhandlung eingehalten hat, läßt sich hinterher an dem Urteil ohne weiteres nachprüfen, dazu bedarf es nicht der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses. Die Mitteilung des Verhandlungsthemas an die Beteiligten kann zu Beginn der Hauptverhandlung sachdienlich (nach m. M. sachdienlicher) in anderer Form geschehen. Die vorl. Entsch., der ich im Ergebnis zustimme, erkennt dies auch an, indem sie aus der beurkundeten Vernehmung des Angekl. mit Recht den Schluß zieht, daß zu Beginn der Hauptverhandlung die Beteiligten ausreichend über das Verhandlungsthema unterrichtet worden sind. Ich will jedoch einer Mißachtung des § 243 Abs. 2 StPD. nicht das Wort reden; diese Bestimmung ist selbstverständlich einzuhalten. Die vorl. Entsch. ist aber ein nicht unbeachtlicher Beitrag zu dem Material, das bei Neugestaltung des Strafverfahrens zu berücksichtigen ist.

DRG. Dr. Lang, Hamburg.

Zu 2. Die Kernfrage der Entsch. ist, ob die Klagepartei, die gem. § 265 ZPO. eine Verurteilung des Gegners zur Leistung an

gunsten eines Rechtsnachfolgers des Gläubigers nur dann statt, wenn die Rechtsnachfolge nach Erlaß des Urts. eingetreten sei. Diese Beschränkung findet im Gesetz keine Stütze. Vielmehr ist die Klausel dem Rechtsnachfolger des Gläubigers nach Maßgabe des § 727 ZPO. stets dann zu erteilen, wenn die Rechtsnachfolge nach Rechtsabhängigkeit der Klage eingetreten ist (Stein-Jonas, ZPO.¹⁴, Anm. II Abs. 1 zu § 727; Mann, ZPO. Anm. 5 zu § 727). Mithin hatte der Beschw. an und für sich das Recht, als Zessionar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung auf seinen Namen zu verlangen. Nun meint der Beschw., sein Recht auf Erteilung der Klausel beruhe nicht auf § 727 ZPO., sondern unmittelbar auf § 725 ZPO., weil der Bekl. in dem Urte. zur Zahlung an den Beschw. verurteilt worden sei, dieser deshalb bezüglich der Erteilung der Vollstreckungsklausel als Prozeßpartei anzusehen sei. Diese Auffassung ist jedoch nicht zutreffend. Wenn die Kl. der Abtretung des Klageanspruchs durch Änderung des Klageantrages Rechnung getragen hat, so ändert dies doch nichts an der Tatsache, daß Prozeßpartei allein die Kl. war. Diese hatte als Prozeßpartei gem. §§ 724, 725 ZPO. Anspruch auf Erteilung einer auf ihren Namen lautenden Klausel, und zwar, obwohl der Bekl. nicht zur Zahlung an die Kl., sondern zur Zahlung an den Zessionar verurteilt worden war (vgl. z. B. OLG. Karlsruhe: OLG. 11, 183 und Mann, ZPO. Anm. 8d zu § 727). Dies nimmt auch der Beschw. in der weiteren Beschw. selbst an. Hat aber die Kl. als Prozeßpartei Anspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel auf ihren Namen, so kann dem Beschw., der nicht Prozeßpartei war, die Klausel nur in seiner Eigenschaft als Zessionar erteilt werden, also nur im Wege des § 727 ZPO. (Stein-Jonas a. a. O. Anm. II zu § 727; Mann, ZPO. Anm. 3ee zu § 727). Es kann nun aber dahingestellt bleiben, ob die Erwähnung der Abtretung im Tatbestande des Urts. und ihre Berücksichtigung in der Urteilsformel ausreicht, um die Abtretung, wie es § 727 ZPO. verlangt, als bei dem Gericht offenkundig oder wenigstens als durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen erscheinen zu lassen. Denn im vorl. Falle steht der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung an den Zessionar der Umstand entgegen, daß die Kl. bereits selbst eine vollstreckbare Ausfertigung erhalten hat. Hierdurch wird das Recht des Beschw. auf selbständige Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung beeinträchtigt. Denn wenn dem Zedenten bereits eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden ist, so muß die Erteilung der Klausel an den Zessionar regelmäßig im Wege der Umschreibung der dem Zedenten erteilten vollstreckbaren Ausfertigung geschehen. Letztere muß

ihrer Rechtsnachfolger (Zessionar) erstritten hat, i. S. des Vollstreckungsrechts Gläubigerin ist und demgemäß eine vollstreckbare Ausfertigung des Urts. erwirken kann. Bejaht man dies mit der h. M. (vgl. außer dem im Beschl. Genannten noch Hellwig, System Bb. 1 S. 369; Baumbach, ZPO.⁶ § 727 Anm. 2 und wohl auch Rosenberg, Lehrb.³ § 181 IV 3b, § 185 II 2), so muß man dem vorl. Beschl. im vollen Umfange zustimmen. Denn dann ist, wie das OLG. ausführt, die vom Beschw. nach der Kl. verlangte vollstreckbare Ausfertigung eine Zweitausfertigung, deren Erteilung eine dem Grundgedanken des § 733 ZPO. widersprechende Schlechterstellung des Schuldners bedeuten würde.

Den Anspruch der Kl. auf Erteilung einer auf ihren Namen lautenden Vollstreckungsklausel leitet das OLG. daraus ab, daß die Kl., wenn auch der Bekl. zur Zahlung an ihren Zessionar verurteilt wurde, allein Prozeßpartei war. Das OLG. läßt also mit der h. M. für die Frage, wer i. S. des Vollstreckungsrechts Gläubiger ist, das Rubrum, nicht den Tenor des Urts. entscheiden. Mit dem Wortlaut des § 727 Abs. 1 ZPO. („Rechtsnachfolger des in dem Urte. bezeichneten Gläubigers“) läßt sich das jedoch nicht beweisen. Ist für die Anwendbarkeit des § 727 ZPO. doch gerade dann Raum, wenn der Rechtsnachfolger, sei es zu Recht oder zu Unrecht, im Urte. nicht genannt ist. Die Frage ist aber eben die, ob der Rechtsnachfolger, wenn der Bekl. zur Leistung an ihn verurteilt wurde, ohne die Erschwerungen der §§ 727, 730 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung für sich erwirken kann, und ob er, wenn der Kl. bereits eine solche erlangt hat, vorbehaltlich des § 733 ZPO. auf eine Umschreibung der Klausel angewiesen ist. Die Frage beschränkt sich selbstverständlich auf den mit der Klage (als Hauptsache) geltend gemachten und im Urte. dem Rechtsnachfolger zuerkannten Leistungsanspruch. Daß die obliegende Partei die Kosten, zu deren Erstattung der Gegner ihr gegenüber verurteilt worden ist, setzen lassen und dazu eine — der Vollstreckungsklausel nicht bedürftige — Ausfertigung verlangen kann, bedarf keines weiteren Beweises.

Was nun die vorstehend unrichtige Frage selbst betrifft, so muß man zu ihrer Lösung zum Zweck der Zwangsvollstreckung ausgehen. Diese soll den in einer öffentlichen Urkunde als vollstreckungsfähig bezeichneten materiellrechtlichen Leistungs- oder (wenn man einen solchen anerkennt) Haftungsanspruch zugunsten des Berechtigten gegen den Verpflichteten verwirklichen (Rosenberg a. a. O. § 175 I 1). Der in diesem vollstreckungsrechtlichen Sinne Berechtigte ist „Gläubiger“, der Verpflichtete „Schuldner“. So bezeichnen denn auch den Gläubiger z. B. Stein-Jonas, Anm. II 4 vor § 704 ZPO.

also dem Gericht zwecks Umschreibung vorgelegt werden (Stein-Jonas, Anm. VI 1 zu § 727). Von dieser Vorlegung kann nur abgesehen und dem Zessionar eine selbständige zweite vollstreckbare Ausfertigung nur dann erteilt werden, wenn besondere Gründe hierfür vorhanden sind. Mehrere vollstreckbare Ausfertigungen dürfen auf dieselbe Partei, d. h. an die Gläubigerseite — und dies gilt auch dann, wenn auf der Gläubigerseite neben dem Kl. ein Zessionar steht (vgl. Mann, Anm. 1b zu § 733) — nur dann erteilt werden, wenn die Interessen der Gläubiger dies erfordern und wesentliche Interessen des Schuldners nicht entgegenstehen. Insbes. darf der Schuldner nicht der Gefahr einer Doppelvollstreckung ausgesetzt werden. Diese Gefahr besteht aber immer dann, wenn sowohl der Zedent wie der Zessionar im Besitze einer vollstreckbaren Ausfertigung ist, und zwar gleichgültig, ob das Urte. auf Zahlung an den Zedenten oder auf Zahlung an den Zessionar lautet. Aus diesem Grunde ist die Erteilung der Klausel für den Zessionar so lange unzulässig, als er nicht den auf den Zedenten lautenden vollstreckbaren Titel zwecks Umschreibung der Klausel vorlegt oder aber dargetut, daß die dem Zedenten erteilte vollstreckbare Ausfertigung verlorengegangen oder aus einem sonstigen Grunde nicht mehr zur Vollstreckung verwendet werden kann. Ist die vollstreckbare Ausfertigung noch in Händen des Zedenten, so mag der Zessionar von ihm Herausgabe im Wege der Klage verlangen (Mann, Anm. 8d zu § 727; Stein-Jonas, VI, 1 zu § 727). Die Auffassung des Beschw., daß ihm als Zessionar eine zweite vollstreckbare Ausfertigung auf jeden Fall zu erteilen sei und daß es dem Schuldner überlassen bleiben müsse, etwaige Einwendungen gegen die Vollstreckung seitens des Zessionars mit den gegebenen Rechtsbehelfen geltend zu machen, kann nicht als zutreffend angesehen werden. Eine solche Verschlechterung der Lage des Schuldners würde dem in den §§ 733, 734 ZPO. zum Ausdruck gekommenen Gedanken widersprechen, daß der Schuldner gegen wiederholte Vollstreckung aus demselben Titel geschützt werden muß (vgl. Stein-Jonas, I Abs. 1 zu § 733).

Nun sehen Stein-Jonas in Anm. VI 3 zu § 727 ZPO. auf dem Standpunkt, daß bei einer Konkurrenz mehrerer Vollstreckungsgläubiger jedem Präzedenzden das Recht zustehe müsse, die in §§ 732, 768 vorgesehenen Rechtsbehelfe geltend zu machen, mögen diese auch nach dem Wortlaute der Best. nur für den Vollstreckungsschuldner vorgesehen sein (ebenso Baumbach, ZPO.⁶, Anm. 2 zu § 727 für den Fall eines Streites zwischen dem Zedenten und dem Zessionar). Ob diese Auffassung zu billigen sein dürfte, kann hier unerörtert bleiben. Der Beschw. hat allerdings am

(in Beschränkung auf das Urte.) als denjenigen, „zu dessen Gunsten die Beurteilung erfolgt ist“, und Rosenberg a. a. O. § 185 I 1 als denjenigen, „der nach dem Vollstreckungstitel oder der Vollstreckungsklausel Inhaber des im Titel festgestellten Anspruchs ist“. Das ist aber im vorl. Falle der Zessionar, dem zu leisten der Bekl. verurteilt wurde. Dies müßte folgerichtig auch Baumbach trotz seiner zu weiten Begriffsbestimmung, wonach Gläubiger „schlechthin die im Titel Genannten“ sind (a. a. O. Anm. 7 D vor § 704), anerkennen. Denn der Zessionar war doch im Titel, eben im Urteils- tenor, angegeben. Bei Stein-Jonas § 727 II, VI 1 dürfte sich der Widerspruch gegenüber dem richtigen Ausgangspunkt letzten Endes daraus erklären, daß Stein noch in der von ihm zuletzt besorgten 10./11. Aufl. seines Komm. an der erst von Jonas aufgegebenen Irrelevanztheorie festgehalten hat. Haben doch gerade zur Rechtfertigung der Gauppischen Irrelevanztheorie Wach: Gruch. 30, 787 und Meister, Die Veräußerung im Streit befangener Sachen und Abtretung rechtsabhängiger Ansprüche nach § 265 ZPO., Würzb. Abh. 5 S. 86 f., bei der Leistungsklage mit dem unklaren petitum in favorem tertii operiert und darunter trotz Kohlers Warnung (ZPO. 12, 107 f.) Ansprüche auf Leistung oder Herausgabe an Dritte (z. B. §§ 335, 869, 1077, 2039 BGB.) verstanden. So scheint auch bei Stein eine unbewußte Nachwirkung dieses unrichtigen Gedankens den aufgewiesenen Widerspruch veranlaßt zu haben. Wie dem aber auch sei, jedenfalls muß die Lehre, die trotz Beurteilung zur Leistung an den Rechtsnachfolger den Kl. vollstreckungsrechtlich als Gläubiger ansieht, zu Ende gedacht zu der Annahme führen, daß dem Kl. im Titel ein — dem § 335 BGB. entsprechender — Anspruch zuerkannt sei. Sonst wäre der Kl. ja eben nicht Gläubiger. Man kann dieser Schlussfolgerung nicht damit begegnen, daß der Kl., wie er im Erkenntnisverfahren um fremdes Recht prozessiere, so hier wegen des fremden Rechts vollstrecke. Für eine solche Übertragung der „Prozeßstandschaft“ auf die Zwangsvollstreckung fehlt nicht nur das praktische Bedürfnis, sondern, was in erster Linie nötig wäre, die Rechtsgrundlage. Diese ergibt sich insbes. nicht aus § 727 Abs. 1 ZPO., der von dem Rechtsnachfolger des Gläubigers, nicht der Klagepartei spricht, also nur den als Rechtsnachfolger ansieht, der nicht im Titel als Gläubiger, d. h. als anspruchsberechtigt bezeichnet ist. Die h. M. gründet sich also nicht, wie sie meint, auf die §§ 727, 325, sondern auf eine sachlich nicht gerechtfertigte entsprechende Anwendung des § 265 ZPO. Hält man sich dies vor Augen, so ist klar, daß die Beurteilung zur Leistung an den im Tenor bezeichneten Rechtsnachfolger nur

1. Juli 1932 auch beantragt, die der Kl. erteilte vollstreckbare Ausfertigung von ihr zurückzufordern, und in der gegen den ablehrenden Bescheid des Urkundsbeamten eingelegten „Erinnerung“ v. 7. Juli 1932 geltend gemacht, daß die vollstreckbare Ausfertigung nicht der Kl., sondern ihm zu erteilen sei. Hierin ist möglicherweise eine Erinnerung des Beschw. gem. § 732 ZPO. gegen die Erteilung der Klausel an die Kl. zu sehen. Indessen hat das OLG. den Antrag des Beschw. nicht in diesem Sinne aufgefaßt, es hat vielmehr darin lediglich den Antrag auf Erteilung einer zweiten selbständigen vollstreckbaren Ausfertigung gesehen und deshalb lediglich den Urkundsbeamten angewiesen, dem Beschw. die beantragte Vollstreckungsklausel zu erteilen. Allerdings spricht das OLG. aus, daß die Erteilung der Klausel an die Kl. zu Recht erfolgt sei. Aber auch wenn man in dem Beschl. des OLG. eine Ablehnung des Antrages auf Aufhebung der der Kl. erteilten Vollstreckungsklausel sieht, so kann in dem gegenwärtigen Stadium des Beschwerdeverfahrens hierzu keine sachliche Stellung genommen werden; denn der Beschw. hat gegen den Beschl. des OLG., soweit darin etwa eine Ablehnung des Antrages auf Aufhebung der der Kl. erteilten Vollstreckungsklausel enthalten sein sollte, Beschw. nicht eingelegt. Er hat sich auch in der Begr. der gegen den landgerichtlichen Beschl. eingelegten weiteren Beschw. ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, daß gegen die Erteilung der Klausel an die Kl. Einwendungen nicht zu erheben seien.

(OLG., 12. ZivSen., Beschl. v. 22. Okt. 1932, 12 W 10288/32.)
Ber. von OGR. Dr. U. Hoche, Berlin.

Breslau.

3. §§ 6 S. 2, 771 ZPO. Bei der Wertfestsetzung nach § 6 S. 2 ZPO. kommt nur der allgemeine Tausch- oder Verkehrswert, nicht der voraussichtliche Versteigerungserlös der gepfändeten Gegenstände in Betracht.

(OLG. Breslau, 9. ZivSen., Beschl. v. 13. Dez. 1932, 6 W 4654/32.)
Ber. von RA. Dr. Tzschajchel, Liegnitz.

Celle.

4. § 91 ZPO. Auch bei Anordnung des Arrestes ist über die Kosten des Verfahrens mit zu entscheiden.

Lehnt man eine Kostenentscheidung ab, wird der Gläubiger in den vielen Fällen, in denen es nicht zum Widerspruchsverfahren und auch nicht zu einem Rechtsstreit in der Hauptsache kommt, gezwungen, wegen der Ausfertigung der Kosten einen besonderen Prozeß gegen den Schuldner zu führen. Es kann aber nicht Aufgabe des Gerichts sein, die Parteien zu Prozessen zu veranlassen, die sich vermeiden lassen.

(OLG. Celle, 6. ZivSen., Beschl. v. 15. Febr. 1933, 6 W 90/33.)
Eingef. von RA. Sammersen, Osnabrück.

dieser, und zwar ohne die Erschwerungen nach §§ 727, 730 ff. ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung erwirken kann. Wenn jemand als Rechtsnachfolger i. S. des § 727 ZPO. in Betracht kommen kann, so nicht derjenige, zu dessen Gunsten die Beurteilung erfolgt ist, sondern der Kl. selbst, etwa weil inzwischen die Forderung gemäß § 812 BGB. auf ihn zurückübertragen oder ein hinsichtlich der streitbefangenen Forderung ergangener Pfändungs- und Überweisungsbeschuß aufgehoben wurde. Demgemäß durfte im vorl. Fall die Erteilung der Klausel an den Beschw. auch nicht von einer Vorlage der der Kl. ausgehändigten Ausfertigung oder vom Nachweis der Unverwendbarkeit derselben zur Zwangsvollstreckung abhängig gemacht werden. Dies auch nicht etwa deshalb, weil der Beschw. sich bei Begr. seiner weiteren Beschw. selbst auf den Standpunkt gestellt hat, daß gegen die Erteilung der Klausel an die Kl. Einwendungen nicht zu erheben seien. In der Frage der rechtlichen Beurteilung ist das Gericht frei. Es genügt das Vorliegen eines neuen selbständigen Beschwerdeggrundes, der damit gegeben war, daß das OLG. den Beschl. des RA., wonach dem Beschw. die Klausel erteilt werden sollte, aufgehoben hatte. Dem Beschw. durfte die Klausel auch nicht deshalb verweigert werden, weil die Kl. von der ihr zu Unrecht erteilten Klausel, solange diese noch nicht für unzulässig erklärt ist, Gebrauch machen könnte. Diese Gefahr war überdies schon deshalb nicht allzu groß, weil die Kl. die Vollstreckung nur zugunsten des Beschw. dem auch der Erlös hätte ausbezahlt werden müssen, betreiben konnte (vgl. Stein-Jonas, Anm. I 3 vor § 803). Daß außer dem Schuldner auch der Beschw. gegen die Erteilung der Klausel an die Kl. Einwendung nach § 732 — nicht jedoch auch eine Klage nach § 768 ZPO. — erheben kann, folgt daraus, daß diese Einwendung gleich der Erinnerung nach § 766 ZPO. eine Gegenvorstellung ist, die wie diese stungemäß jedem zustehen muß, der ein rechtliches Interesse an der Unzulässigerklärung der Klausel hat. Das rechtliche Interesse des Beschw. folgt schon aus seiner unmittelbaren und alleinigen Gläubigerstellung.

Prof. Dr. Bley, Gießen.

Karlsruhe.

5. §§ 271 ff. ZPO. Die Klage kann noch nach Erlassung und Zustellung des erstinstanzlichen Urteils durch den Prozeßbevollmächtigten der 1. Instanz beim OLG. zurückgenommen werden. f)

Die Ehe der Parteien ist auf Klage und Widerklage durch Art. des OLG. v. 24. März 1933 geschieden worden. Klage und Widerklage wurden nach Zustellung des landgerichtl. Urts. vor Einlegung eines Rechtsmittels am 28. April 1933 durch eine gemeinsame Eingabe der ProzeßBv. an das OLG. F. zurückgenommen. Nach § 271 Abs. 2 ZPO. kann die Klagezurücknahme außer in der mündlichen Verhandlung durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen. Nach RG. 56, 29 genügt es, wenn die beiderseitigen Anwälte gemeinsam eine unterschriebene Erklärung beim Gericht abgeben, weil darin eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt liege. Die Klage kann bis zur rechtskräftigen Entsch. jederzeit je nach Sachlage mit oder ohne Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden. Die Erlassung und Zustellung eines Urts. steht nicht entgegen. Insofern ist die Instanz durch Zustellung des Urts. nicht beendet (vgl. RG. 68, 247). Dort handelte es sich um die — vom OLG. bejahte — Frage, ob das OLG. nach der Zustellung des BU. so lange ProzeßBv. i. S. von § 246 ZPO. bleibt, als Rev. noch nicht eingelegt ist. Demnach bleibt die Partei während der Zwischenzeit bis zur Einlegung des Rechtsmittels rechtswirksam durch den RA. der unteren Instanz vertreten. Dieser kann deshalb die Klage während dieser Zeit noch zurücknehmen. Nach § 273 Abs. 3 ZPO. hat die Zurücknahme der Klage zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Alle Wirkungen der Rechtskräftigkeit werden hiernach rückgängig gemacht, ein erlassenes Urts. kann keine Wirkung haben, Fristen können nicht mehr laufen. Das Urts. des OLG. v. 24. März 1933 kann also auf Grund der rechtswirksamen Zurücknahme der Klage nicht mehr rechtskräftig werden. Das Armenrechtsgesuch des Bekl. zur Einlegung der Berufung ist demnach gegenstandslos geworden.

(OLG. Karlsruhe, Urts. v. 5. Mai 1933, II ZAS 104/33.)

Ber. von SenPräs. Dr. Hottinger, Karlsruhe.

Stuttgart.

6. §§ 99 Abs. 1, 567 Abs. 1, 568 Abs. 3 ZPO. Diese Vorschriften stehen der Beschwerde eines durch eine Kostenentscheidung belasteten persönlich unbeteiligten RA. nicht entgegen.

Den Streitwert einer Entmündigung setzte das OLG. auf 2000 RM fest, das OLG. auf Beschwerde des unterlegenen Antragstellers auf 1000 RM, legte aber die Kosten der Beschwerde zu 1/3 dem Anwalt des Antragsgegners auf, der in dessen Namen der Beschwerde entgegengetreten war. Dieser RA. erhob gegen die Kostenentscheidung Beschwerde. Das OLG. ließ sie trotz § 568 Abs. 3 ZPO. zu. Es ist keine weitere Beschwerde, denn sie stammt von einem am bisherigen Verfahren Unbeteiligten. Das OLG. hat zu Unrecht § 12 RAGebO. entsprechend angewendet. Der Beschuß entbehrt einer gesetzlichen Grundlage eben weil ein am Verfahren Unbeteiligter beschwert ist, deshalb ist Beschwerde zulässig, obwohl die Voraussetzungen des § 567 Abs. 1 ZPO. fehlen (Baumbach § 567 Anm. 1 A c.).

(OLG. Stuttgart, 1. ZivSen., Beschl. v. 14. Juli 1932, W 179/32.)

III. Rechtsanwaltsgebühren. Armenrecht.

Berlin.

7. § 13 Ziff. 4 RAGebO. Beweisgebühr des Anwalts im Arrest- (Verfügungs-) Verfahren.

Im einstweiligen Verfügungsverfahren ist die Glaubhaftmachung, anders als der Beweisantritt im ordentlichen Verfahren, ein notwendiges Erfordernis des Gesuches, sie gehört zu seiner Begr. (RG. 33, 419). Ohne die erforderliche Glaubhaftmachung ist solch Gesuch mithin nicht nur unbegründet, sondern prozessual unklüßig und unvollständig.

Die Anbringung des Glaubhaftmachungsmaterials im schriftlichen oder mündlichen Verfahren stellt sich also nicht schon als eine Beweisaufnahme dar, wenn auch Beweismittel benutzt werden. Doch sind nur parate Beweismittel verwertbar. Eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft (§ 294 Abs. 2 ZPO.).

Ein besonderes Beweisaufnahmeverfahren zwecks Glaubhaft-

Zu 5. Das Urts. entspricht der feststehenden Ansicht, daß der Zeitraum zwischen den Instanzen zur unteren Instanz gehört. Das ist zu §§ 248, 919, 943 ZPO. oftmals entschieden, bes. hinsichtlich des § 248 durch Beschl. der VerZivSen. RG. 68, 247, und wird in der Rechtslehre (vgl. bes. die Kommentare zu § 176 ZPO.) zutreffend als allgemein geltender Grundsatz behandelt.

Dr. Dr. Schmidt-Ernsthäuser, Düsseldorf.

machung kann zwar stattfinden, darf sich aber nur auf parate Beweismittel erstrecken.

Gebührenrechtlich kann nur diesem letzteren Falle Bedeutung beikommen. Nur er erfüllt das objektive Erfordernis eines besonderen Beweisaufnahmeverfahrens.

Der Sen. lehnt unter Aufgabe seines früheren Standpunktes die entgegengesetzte, insbes. von W.-F.-Friedländer, Ann. 81 zu § 13 RWGebD.; Baumach, Reichskostengesetz, 1933, 6 B zu § 13 RWGebD. vertretene Ansicht, daß auch im summarischen Verfahren die Benutzung von Beakten ein solches Beweisaufnahmeverfahren darstelle, ab.

Im Arrestverfahren gilt für die Beweisgebühr des RA. vielmehr folgendes: nur dann, wenn im Arrest- (Verfügungs-) Verfahren ein besonderes Beweisaufnahmeverfahren zwecks Glaubhaftmachung der Parteihauptungen vom Gericht angeordnet wird, ist die Voraussetzung des Beweisaufnahmeverfahrens i. S. des § 13 Ziff. 4 RWGebD. gegeben und kann eine Beweisgebühr für den Anwalt entstehen. Das ist also nur da der Fall, wo das Gericht selbst in der Verhandlung eidestattliche Versicherungen von antretenden Personen, sei es von der Partei, sei es von Dritten aufnimmt (grundsägl. Entsch. 20 W 2711/28 v. 20. März 1928) oder Zeugen oder Sachverständige, die zur Stelle sind, vernimmt, oder wo es etwa eine besondere Augen-scheinnahme veranstaltet (es begibt sich z. B. auf die Straße zwecks Besichtigung eines beschädigten Autos, das an Gerichtsstelle hält). In allen anderen Fällen der Glaubhaftmachung findet ein Beweisaufnahmeverfahren nicht statt, insbes. weder bei Herbeiziehung noch bei Verwertung beigezogener Akten zwecks Glaubhaftmachung.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 8. April 1933, 20 W 3343/33.)
Ver. von OGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

8. § 1 ArmAnwG.; § 91b RWG.; Art. I Ziff. 5 Kap. XIII B.D. d. RPraf. v. 18. März 1933 (RGBl. I, 109). Für den einer Partei als Armenanwalt beigeordneten Anwalt entsteht durch irgendwelche Tätigkeit, die er ausübt, nachdem ihm ein Vertretungsverbot zugänglich ist, ein Erstattungsanspruch an die Staatskasse nicht.

Die vom Beschw. nach seinen Darlegungen nach der Beiordnung entwickelte Tätigkeit — Mitteilung an die Partei von seiner Beiordnung- und Anregung an die Partei, noch Einzelheiten zu besprechen — fällt zwar bereits in den Kreis der durch die Prozeßgebühr abzugeltenden Handlungen. Gleichwohl steht dem Beschw. ein Erstattungsanspruch an die Staatskasse nicht zu. Zur Zeit der Beiordnung war ihm bereits ein Vertretungsverbot zugänglich. Damit war ihm gem. § 91b RWG. i. d. Fass. der B.D. des RPraf. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Finanzen, der Wirtschaft und der Rechtspflege v. 18. März 1933 (RGBl. I, 109) unterlagt, vor einem Gericht oder sonstigen Behörde in Person aufzutreten, Vollmacht oder Untervollmacht zu erteilen und mit Gerichten oder Rechtsanwälten schriftlichen Verkehr zu pflegen, während die rechtliche Wirksamkeit von Handlungen des RA. durch das Vertretungsverbot an sich nicht berührt wurde. Dieses Verbot umfaßt nun allerdings nach seinem Wortlaute nicht den Verkehr mit der Partei. Es ist aber mit Sinn und Zweck dieses Vertretungsverbots und den gem. § 91b RWG. mit ihm verknüpften Wirkungen unvereinbar, daß ein Anwalt unter der Herrschaft dieses Verbots noch Handlungen vornimmt, durch welche ein Gebührenanspruch an die Staatskasse begründet wird. Wenn die Prozeßgebühr die gesamte den Geschäftsbetrieb umfassende Tätigkeit, somit auch die nur erst der Vorbereitung der eigentlichen Prozeßführung dienende Tätigkeit des Anwalts umfaßt und deshalb zur Entstehung der Gebühr auch schon der schriftliche oder mündliche Verkehr des Anwalts mit der Partei genügt, so ist der Grund hierfür nur der, daß jede der Vertretung der Partei vor Gericht dienende, sei es auch nur erst vorbereitende Maßnahme bereits die Gebühr des Anwalts entstehen lassen soll. In Fällen, wo eine Vertretung der Partei vor Gericht dem Anwalt unterlagt, eine Prozeßführung durch ihn mithin unmöglich gemacht ist, kommen grundsätzlich auch keine vorbereitenden Maßnahmen im Hinblick auf die demnächstige Führung des Prozesses in Frage. Zum mindesten kann der Staatskasse gegenüber durch solche Handlungen ein Gebührenanspruch nicht ausgelöst werden. Die Beiordnung hat regelmäßig die Gesamtvertretung der armen Partei und die Durchführung des Rechtsstreits zum Ziele. Wird durch ein von staatlichen Organen ausgehendes Verbot diese Durchführung dem Anwalt unterlagt, so liegt darin bereits die Ablehnung der Entlohnung jeder weiteren Tätigkeit des Anwalts aus der Staatskasse.

Wie zu entscheiden ist, wenn der Anwalt dringliche, keinen Aufschub duldenbe Handlungen vornimmt, sei es, daß er die Partei in diesem Sinne berät oder selbst für sie auftritt, kann dahingestellt bleiben. Ein derartiger Sachverhalt ist nicht geltend gemacht.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 1. Juli 1933, 20 W 4954/33.)

Ver. von OGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

9. §§ 4, 5 ArmAnwG.; § 124 ZPD. Der Erstattungsanspruch des Armenanwalts der Staatskasse gegenüber ist von dem Vertreibungsrecht aus § 124 ZPD. unabhängig. Geltendmachung des Rechts aus § 124 ZPD. berührt den Erstattungsanspruch an die Staatskasse nur, soweit der Armenanwalt befriedigt worden ist.

Die Tatsache, daß der Armenanwalt zunächst die Kostenfestsetzung für die Partei beantragt hat, ist für seinen Gebührenanspruch an die Staatskasse ohne Bedeutung. Hier ist der Anwalt für die Partei tätig geworden. Schon aus diesem Grunde lassen sich daraus keine Schlüsse auf seinen eigenen Gebührenanspruch an die Staatskasse ziehen. Am allerwenigsten läßt sich, wie das BG. meint, in diesem Verhalten ein Verzicht der Staatskasse gegenüber erblicken. Ein Verzicht wird nicht vermutet. Im Gegenteil ist es anerkanntes Rechts, daß der Wille, zu verzichten, klar und unmißverständlich zu erkennen gegeben werden muß. Davon ist vorliegend nicht die Rede.

Ebenso wenig haltbar ist die Erwägung des BG., der Armenanwalt habe durch die Festsetzung für die Partei auf sein Recht aus § 124 ZPD. verzichtet, habe damit verhindert, daß die Staatskasse im Falle der Erstattung der Armenanwaltskosten durch sie einen Erstattungsanspruch aus § 5 ArmAnwG. gegen die unterliegende Partei erwerben konnte und sei dadurch seines Erstattungsanspruchs verlustig gegangen. Abgesehen davon, daß der Anwalt die Kostenfestsetzung in eigenen Namen aus § 124 ZPD. auch noch betreiben kann, nachdem er sie ursprünglich für die Partei beantragt hat (so grundsägl. Entsch. des Sen. 20 W 8254/31 v. 28. Sept. 1931, Partei zu § 124 ZPD.) überfiehet das BG., daß Voraussetzung für einen etwaigen Übergang des Erstattungsanspruchs auf die Staatskasse die vorherige Erstattung der Kosten des Armenanwalts aus der Staatskasse ist, und daß nicht etwa umgekehrt der Anspruch des Anwalts an die Staatskasse davon abhängig ist, daß diese auch einen Anspruch gegen die erstattungspflichtige Partei erwirbt. Das Gesetz eröffnet dem Armenanwalt drei Wege, um wegen seiner Gebühren befriedigt zu werden: entweder Kostenfestsetzung auf den Namen der armen Partei, oder Kostenfestsetzung im eigenen Namen aus § 124 ZPD., oder Geltendmachung des Erstattungsanspruchs gegen die Staatskasse, gegebenenfalls in Verbindung mit der Kostenfestsetzung im eigenen oder Parteinamen wegen des aus der Staatskasse nichtgedeckten Gebührenanteils.

Nur wenn und soweit der Armenanwalt wegen seiner Gebühren bereits auf einem anderen Wege — sei es der Kostenfestsetzung oder sonst — wegen seiner Gebührenansprüche befriedigt worden ist, steht ihm ein Erstattungsanspruch an die Staatskasse nicht mehr zu. Dadurch allein, daß er zunächst versucht, ohne Inanspruchnahme der Staatskasse die Zahlung seiner Gebühren zu erreichen, ein Verfahren, das im Interesse der Staatskasse nur zu begründen ist und den Umweg erpart, daß die pflichtige Partei erst über die Staatskasse in Anspruch genommen wird, kann er seines Anspruchs an die Staatskasse selbstredend nicht verlustig gehen. Vielmehr hat das in solchen Fällen Platz greifende Verfahren in der AllgVg. vom 20. März 1929 (ZMBl. 83) unter Nr. 5 seine besondere Regelung gefunden.

Hier hat nun aber der Armenanwalt unstreitig auf seine Gebühren noch nichts gezahlt erhalten. Der Erstattungsanspruch des Erinnerungsführers an die Staatskasse besteht deshalb auch jetzt noch.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 10. Mai 1933, 20 W 4614/33.)

Ver. von OGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

Düsseldorf.

10. § 28 Abs. 2 RWGebD. ist auch auf die Fälle anwendbar, in denen der Unterhaltsberechtigte einen weiteren Betrag außer dem durch frühere einstweilige Verfügung ausgesprochenen Betrage fordert.

Der Antragsgegner, der Chemann, hatte auf Grund Einstw. Verf. seiner Ehefrau, der Antragsstellerin, für die Dauer des Ehescheidungsprozesses an Unterhalt monatlich 500 RM zu zahlen.

Auf Grund Abänderungsantrages nach § 927 ZPD. hatte das OLG. die Rente auf den notdürftigen Unterhalt, auf 200 RM monatlich herabgesetzt. Nachdem das RG. das Scheidungsurteil aufgehoben und die Sache an das OLG. zurückverwiesen hatte, beantragte die Antragsstellerin, die Einstw. Verf. wieder auf 500 RM zu erhöhen, da infolge der Entsch. des RG. die Jubilierung nur des notdürftigen Unterhalts nicht berechtigt sei. Das OLG. hat die Rente auf 400 RM erhöht.

Die zugunsten der Antragsstellerin ergangene Einstw. Verf. auf Anwaltskostenvorschuß in diesem Verfahren ist aufgehoben worden:

Nach § 28 Abs. 2 RWGebD. bildet gebührenrechtlich das Verfahren auf Anordnung einer Einstw. Verf. und die sich etwa daran anschließenden, eine Änderung oder Aufhebung der einstweiligen Regelung bezweckenden Verfahren eine Instanz. Es kann also der Anwalt, der eine Partei in mehreren dieser Verfahren vertreten hat, nach §§ 25, 29 Abs. 1 RWGebD. die nach § 13 RWGebD.

in Betracht kommenden Gebühren nur einmal beanspruchen. Nun hat allerdings der Sen. im Ur. v. 11. Mai 1931 in Übereinstimmung mit einer Entsch. des OVG. Dresden (Rspr. 19, 141) den Antrag der Antragstellerin auf Wiedergewährung des standesgemäßen Unterhalts in dem durch die EinstwVerf. des LG. zugewilligten Umfange verfahrensrechtlich als ein den Erlaß einer neuen EinstwVerf. erstrebendes Gesuch behandelt, dessen Zulässigkeit daraus hergeleitet wurde, daß in der Hauptsache die Aufhebung des VerUr. durch das RevG. eine Änderung der Prozeßlage zugunsten der Antragstellerin herbeigeführt habe. Im einzelnen wurde erwogen, daß der Antragstellerin der Rechtsbehelf des § 927 ZPO. nicht zur Seite stehe, und daß ihr Antrag auch durch den auf EinstwVerf. nicht anwendbaren § 323 ZPO. nicht gerechtfertigt werde. Damit ist indessen noch nicht entschieden, wie dieser Antrag *gegenrechtlich* zu behandeln ist (vgl. OVG. Jena: Rspr. 35, 223). Dem § 28 Abs. 2 RA(GebD. liegt der Leitgedanke zugrunde, daß die Gebühren für die gesamte, eine EinstwVerf. betr. Tätigkeit des Anwalts nur einmal erfallen sollen. Diese Erwägung trifft aber hier zu. Sachlich bildete der Antrag der Antragstellerin das Gegenstück zu dem auf § 927 ZPO. gestützten Änderungsantrag des Antragsgegners. Es sollte dadurch die durch den Antragsgegner herbeigeführte Änderung der EinstwVerf., die in der Beschränkung der Antragstellerin auf den notdürftigen Unterhalt bestand, für die Zukunft wieder beseitigt werden. Demnach handelte es sich nur um eine Fortsetzung des Streites um die Unterhaltsregelung, der durch das Verfahren auf Anordnung der EinstwVerf. v. 29. Sept. 1928 eingeleitet und in dem von dem Antragsgegner betriebenen Änderungsverfahren weitergeführt worden war. Diese Übereinstimmung des Streitgegenstandes und des Streitstoffes ist aber entscheidend für die Anwendung des § 28 Abs. 2 RA(GebD., während es nicht darauf ankommt, ob verfahrensrechtlich ein neues Verfahren vorlag, da in diesem Sinne auch das vom Antragsgegner eingeleitete Änderungsverfahren selbständig war. Erst recht führt zur Anwendung des § 28 Abs. 2 RA(GebD. die Ansicht von Stein-Jonas (14. Aufl., Bem. 2, Riff. 4 zu § 936 ZPO.), nach welcher auf einen Änderungsantrag des Gläubigers § 927 ZPO. entsprechend anzuwenden ist, wenn er sich auf eine EinstwVerf. bezieht, weil die hierdurch angeordneten Maßregeln auch zugunsten des Gläubigers auf den jeweiligen Sachverhalt abgestellt seien. Gebührenrechtlich gibt jedenfalls die Erwägung den Ausschlag, daß nach dem Leitgedanken des § 28 Abs. 2 RA(GebD. jedes die Änderung einer EinstwVerf. bezweckende Verfahren eine Instanz bildet mit dem der angegriffenen Regelung zugrunde liegenden Verfahren. Da die Antragstellerin sowohl in dem von dem Antragsgegner als auch in dem von ihr selbst betriebenen Änderungsverfahren durch den gleichen Anwalt vertreten war und dieser für das erste Verfahren die nur einmal zu berechnenden Gebühren bereits erhalten hatte, so war das Voranschubverlangen der Antragstellerin für das zweite Änderungsverfahren unbegründet.

(OVG. Düsseldorf, 10. ZivSen., Ur. v. 23. Dez. 1932, 10 U 90/31.)

*

Stettin.

11. § 1 ArmAnwG.; § 11 Teil 6 der 3. NotVO. vom 6. Okt. 1931. Wird im Armenrechtsverfahren zwecks Einlegung der Berufung der dem Gegner in erster Instanz beigeordnete Armenanwalt infolge Anhörung des Gegners und Anstellung von Erhebungen tätig, so erhält er dafür keine Gebühr aus der Staatskasse; die Erstattung etwaiger Auslagen hat er bei dem Urkundsbeamten erster Instanz zu beantragen.

(OVG. Stettin, 5. ZivSen., Beschl. v. 14. Jan. 1933, 3 U 166/32, V 27/32.)

Ber. von OVR. Fischer, Stettin.

Berlin.

b) Strafsachen.

12. § 138 MilStGB.; § 242 RStGB. Diebstahl des Kammerunteroffiziers an den in einem unter seinem alleinigen Verschluß stehenden Spind auf seiner Kasernenstube verwahrten Kammerfachen. †)

Nach militärdienstlichen Grundsätzen und der vom erf. Sen. gebilligten Rspr. ist der Kompaniechef allein der Inhaber und verantwortliche Verwalter der Kompaniebestände von ihrer Über-

nahme an und hat er regelmäßig an ihnen die tatsächliche und ausschließliche Herrschaft und Verfügungsgewalt, den Gewahrsam. Der Gewahrsam geht ihm grundsätzlich an einer zu den Kammerbeständen gehörigen Sache nicht durch die Übertragung der Beaufsichtigung, Benutzung, Verwaltung oder Verwendung der Sache an einen Untergebenen, z. B. den Kammerunteroffizier, verloren. Ebenso wenig dadurch, daß der Kompaniechef ihm den Schlüssel zu dem Lagerraum der Kammerfachen anvertraut. Für den Untergebenen kann hierdurch nur ein Mitgewahrsam daran begründet werden. Steht dann eine Sache im Mitgewahrsam mehrerer Personen, wobei die Verwahrung des zweiten Kammereschlüssels auf der Wache unter Glas für Fälle der Not (Brand usw.) keine ausschlaggebende Bedeutung hat, so kann der Mitgewahrsam des Kompaniechefs an den auf der Kammer lagernden Sachen sehr wohl Gegenstand des Angriffs des anderen Mitinhabers des Gewahrsams, des Kammerunteroffiziers, sein. Die Brechung des Mitgewahrsams des Kompaniechefs stellt sich dann nicht lediglich als Unterschlagung, sondern als Diebstahl dar (vgl. Roman-Risso, MilStGB., 3. Aufl., S. 683—686 nebst Nachw.). Fragt sich weiter, ob der Angekl. dadurch, daß er die in seinem Kasernenstube gefundenen neuen Kammerfachen von der Kammer weggebracht und in seinem Spind untergebracht hat, nicht bloß den Mitgewahrsam des Kompaniechefs gebrochen, sondern auch seinen eigenen Gewahrsam an ihnen begründet habe. Auch diese Annahme ist rechtlich nicht zu beanstanden. Erst durch den Eintritt eines tatsächlichen Verhältnisses, bei dem die Sachen der Willensbestimmung des Kompaniechefs nicht mehr unterworfen wären, oder durch den Übergang in eine Lage, in der sie der ausschließlichen Willensbestimmung eines anderen unterliegen, würde der Gewahrsam an ihnen für den Kompaniechef verloren gehen und für die Herstellung des alleinigen Gewahrsams des Untergebenen Raum sein. Möchte auch das Spind selbst nach dem oben genannten Grundsatz im Gewahrsam des Kompaniechefs stehen, so gingen doch nach der Erscheinungsform des Rahmenbesitzes die von der Kammer verbrachten Sachen mit dem Augenblicke in den alleinigen Gewahrsam des Kammerunteroffiziers über, in dem er sie in dem unter seinem alleinigen Verschluß stehenden Spind einschloß (Roman-Risso a. a. O. S. 686). War es damit um den Mitgewahrsam des militärischen Vorgesetzten geschehen und der Alleingewahrsam des Untergebenen begründet, so bleibt bei Erfüllung des inneren Tatbestandes nur die Verurteilung wegen Diebstahls übrig.

(RG., 2. StrSen., Ur. v. 22. Juni 1933, 2 S 223/33.)

Ber. von OGR. Körner, Berlin.

*

indessen keineswegs aus, daß er strafrechtlich den Gewahrsam (= Besitz) an den Kammerbeständen hat. Er könnte somit den § 246 StGB. in seiner Person erfüllen. Es liegt aber, wie unsere Entsch. zutreffend hervorhebt, „Rahmenbesitz“ vor; denn im Rahmen der Verfügungsgewalt des Kompaniechefs hat der Kammerunteroffizier kraft Ableitung durch den Befehl des Chefs Mitgewahrsam an den ihm anvertrauten Beständen der Wehrmacht. Der gemeinsame „Besitz“ (i. S. des Strafrechts) kann jedoch vom Unteroffizier dadurch gebrochen werden, daß er durch eine den Mitbesitz des Chefs zerstörende Veränderung der Tatsachenlage seinen Alleingewahrsam begründet. Z. B. wenn er gegen den Willen des Chefs in Zweignungsabsicht Kammerfachen in die von ihm bewohnte Kasernenstube trägt und dort in das unter seinem Alleinverschluß stehende Spind einschließt. Er begeht dann Diebstahl gem. § 242 StGB., weil er „wegnimmt“, und zwar „einem Anderen“, nämlich dem Mitbesitzer, dem Kompaniechef. Das theoretische Ergebnis ist also: Der Kompaniechef kann Kammerfachen nur „unterschlagen“, der Kammerunteroffizier nur „stehlen“, der Vorgesetzte wird sonach im Bereiche des StGB. triminiell leichter bedroht als der Untergebene, falls er sich an den Kammerbeständen vergreift. Bei näherer Betrachtung ist das auch nicht befremdlich. Denn der Unteroffizier versündigt sich sowohl dem Eigentümer (Fiskus) als auch dem Mitbesitzer (Kompaniechef) gegenüber, während letzterer ausschließlich gegen den Eigentümer frebeln würde. Der Unteroffizier darf eben den Mitgewahrsam des Chefs nicht beseitigen, und dafür begehrt er, falls er es tut, „Wegnahme“, wogegen der Chef rechtlich wie tatsächlich den Mitbesitz des Untergebenen auszuscheiden vermag, da dieser nur kraft Ableitung aus der Macht des Chefs an der tatsächlichen Herrschaft beteiligt ist und demgemäß mittels einfachen Befehls aus ihr entfernt werden kann. Im übrigen schafft § 138 Abs. 1 MilStGB. für die Soldaten im Dienstbereich eine nahezu völlige Angleichung in der Bestrafung von Diebstahl und Unterschlagung. Die Entsch. ist somit zu billigen; sie fußt auf der im Schrifttume wie in der Rspr. herrschenden Lehre (vgl. Fuhse, Komm. z. MilStGB. Anm. 4 zu § 138 und wegen des deliktstrittenen Wegnahmebegriffs auch RSt. 66, 394 = JW. 1933, 962¹⁰ mit Anm. Lehmann S. 1529).

MinR. i. R. GehR. Dr. M. Wagner, Berlin.

13. §§ 44 ff. StPD. Unzutreffende Auskunft des Verteidigers — unabwehrbarer Zufall.

Nach der ständigen Rspr. des Sen. gilt nur, insoweit der Verteidiger als Vertreter d. Angekl. statt des Angekl. Erklärungen bei Gericht abgegeben hat, ein hierbei von dem Verteidiger begangenes Versehen als abwendbarer Zufall; als unabwehrbarer Zufall i. S. der §§ 44 ff. StPD. sieht aber der Sen. eine unzutreffende Auskunft des Verteidigers an den Angekl. an, die lediglich eine private Mitteilung an ihn enthält und auf die er sich ohne Verschulden seinerseits verlassen konnte. Infolge der unzutreffenden Auskunft im vorl. Falle mußte der Angekl. ohne Verschulden seinerseits annehmen, daß die Vertretung durch einen Anwalt auch im Berufungsstermin genüge.

(RG., 2. StrSen., Beschl. v. 22. Mai 1933, 2 W 633/33.)

Ver. von RG. Dr. Stienen, Berlin.

Landgerichte.

Altona.

a) Zivilsachen.

1. §§ 1, 2, 3, 4, 5, 61, 63 PrErbhofG. v. 15. Mai 1933. Zur Frage, ob die Hofveräußerung für die Zeit vom Inkrafttreten des ErbhofG. bis zur Anlegung der Erbhöferolle der Genehmigung des Anerbengerichts bedarf.†)

Gem. § 5 Abs. 1 S. 1 a. a. D. ist zur rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines Grundstücks, das zu einem Erbhofe gehört, die Genehmigung des Anerbengerichts erforderlich. Einen Erbhof bildet nach § 1 Abs. 1 a. a. D. nur ein in die Erbhöferolle des zuständigen LG. eingetragener land- und forstwirtschaftlicher Besitz. Da die Erbhöferolle bisher vom LG. nicht angelegt ist, so hat der hier notariell verkaufte und aufgelassene Hof, obwohl seine Eintragung in die Rolle nach §§ 2, 3, 4 a. a. D. mit Sicherheit zu erwarten steht, z. B. noch keine Aufnahme in die Rolle gefunden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes greift daher die Verfügungsbeschränkung des § 5 a. a. D. im vorl. Falle nicht Platz. Eine solche rein wörtliche Auslegung widerspricht nach Ansicht des LG. dem Zweck des Gesetzes. Dieser Zweck geht nach § 63 Abs. 2 a. a. D. dahin, die Bauernhöfe dauernd als Erbe der Familie in der Hand freier Bauern zu erhalten. Um jene Erhaltung zu sichern, hat der Gesetzgeber u. a. auch die Verfügungsbeschränkung des § 5 Abs. 1 a. a. D. angeordnet. Würde die Verfügungsbeschränkung auf die noch nicht eingetragenen Höfe keine Anwendung finden, so würde der Gesetzeszweck für die Zeit vom Inkrafttreten des Gesetzes, dem 1. Juni 1933, bis zur Anlegung der Erbhöferolle vereitelt werden können. Welcher Rechtszustand für einen zur Eintragung in die Erbhöferolle geeigneten, aber bislang nicht eingetragenen Hof gelten soll, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. In § 61 a. a. D. hat sich der Gesetzgeber zwar vorbehalten, die zur Überleitung in den Rechtszustand die-

ses Gesetzes etwa noch erforderlichen Vorschr. zu erlassen. Das ist indes nicht geschehen. Nun bestimmt § 63 a. a. D., daß, wenn eine Frage zu entscheiden ist, die im Gesetze nicht besonders geregelt ist, der Richter unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks so zu entscheiden hat, wie wenn er im Rahmen zwingenden Reichsrechts als ordentlicher und gewissenhafter Gesetzgeber den Fall selbst zu regeln hätte. Deshalb ist bei Berücksichtigung des oben dargelegten Gesetzeszwecks der Zeitpunkt, wann ein landwirtschaftlicher Besitz den Best. des Erbhofrechts unterliegt, für die Übergangszeit nicht abhängig von der Eintragung in die Erbhöferolle; als maßgebend ist vielmehr zu erachten der Tag des Inkrafttretens des Gesetzes. Der Beschw. hat deshalb im vorl. Falle die Genehmigung des Anerbengerichts nachzuweisen.

(LG. Altona, 1. Bz., Beschl. v. 14. Juli 1933, 1 T 253/33.)

Ver. von LG. Schumacher, Altona.

Berlin.

2. § 32 RW. Dem Anwalt des Schuldners steht auch gegenüber dem Zwangsverwalter das Zurückbehaltungsrecht zu.

Auch der vollstreckbare Titel gehört zu den Handakten des Anwalts (Friedlaender, Anm. II 2 und Note 4 zu § 32 RW.; Finger, Kunst des RL., S. 328; vgl. auch OLG. 19, 252). Nach § 32 Abs. 1 RW. steht dem RL. wegen seiner fälligen Gebührenansprüche ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Auftraggeber zu. Das Zurückbehaltungsrecht ist aber auch gegen solche Personen begründet, die ein Recht auf Herausgabe der Handakten von dem Auftraggeber herleiten (Friedlaender, Anm. 26 zu § 32). Wenn nun auch der Zwangsverwalter nicht Vertreter des Schuldners ist, sondern sein Verwalterrecht ausübt (OLG. 9, 144; Jaedel-Gütke, Anm. 8 zu § 152; Stein-Jonas III zu § 727), so ist er doch insoweit Rechtsnachfolger des Schuldners, als es sich um Rechtsbeziehungen zum Grundstück handelt (RG. 23, 205). Daher kann auch ein zugunsten des Eigentümers ergangener Titel für den Zwangsverwalter nach § 727 ZPO. umgeschrieben werden (RG. a. a. D.). Ein unmittelbares Recht auf Herausgabe des Titels stand dem Zwangsverwalter gegen den Anwalt des Grundstückeigentümers nicht zu. Die Rechte des Zwangsverwalters gehen nicht so weit wie die des Konkursverwalters, welcher letzterer allerdings berechtigt und verpflichtet ist, alles zur Masse zu ziehen, was zu ihr gehört. Das Recht des Zwangsverwalters gegen den Anwalt auf Herausgabe des Titels war daher lediglich ein vom Schuldner abgeleitetes Recht. Gegenüber solchen Personen steht aber dem Anwalt ein Zurückbehaltungsrecht zu (Friedlaender a. a. D.).

(LG. I Berlin, 1. Bz., Art. v. 21. Juni 1933, 201 O 59/33.)

Ver. von Ger. Ass. Dr. Seibert, Berlin.

Zu 1. Die Entsch. ist von grundsätzlicher Bedeutung. Hier wird zum ersten Male versucht, die in § 63 des Erbhofrechts niedergelegten Grundsätze in die Praxis umzusetzen. In der Sache selbst bin ich anderer Meinung.

§ 5 des Erbhofrechts bestimmt, daß zur rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines Erbhofes oder eines Grundstücks, das zu einem Erbhof gehört, abgesehen von den im Gesetz selbst bestimmten Ausnahmen, die Genehmigung des Anerbengerichts erforderlich ist. Unter einem „Erbhof“ versteht das Gesetz aber nur den als Erbhof in die Anerbenrolle eingetragenen Hof. Den Fall, daß ein Hof zur Eintragung geeignet, „aber bisher nicht eingetragen ist“, hat der Gesetzgeber nicht etwa vergessen, wie die Best. der §§ 26—28 des Gesetzes beweisen. Dort fehlt aber eine dem § 5 entsprechende Vorschr. Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß rechtsgeschäftliche Veräußerungen eines zur Eintragung in die Rolle geeigneten, aber nicht eingetragenen Hofes sich nach den allgemeinen Vorschr. des Reichs- und Landesrechts richten, also einer Genehmigung des Anerbengerichts nicht bedürfen. Es liegt also weder der Fall des § 63 Abs. 1 vor, daß „bei Anwendung dieses Gesetzes Zweifel“ entstehen, noch der Fall des Abs. 3, daß eine Frage zu entscheiden ist, die im Gesetz nicht besonders geregelt ist. Eine Ver. auf diese Best. kann nur in Frage kommen, wenn die Auslegung des Gesetzes als Ganzes die Angelegenheit unentschieden läßt, nicht schon dann, wenn der Fall im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist.

Hier ist aus den §§ 5, 26 bis 28 des Gesetzes o. contrario mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit zu entnehmen, daß nicht eingetragene Höfe frei veräußerlich sind.

Die Pflicht des Richters, an der Verwirklichung des gesetzgeberischen Gedankens mitzuarbeiten, muß aber an dem — ausdrücklich oder stillschweigend — erklärten Willen des Gesetzgebers selbst ihre Grenze finden. Der Grundsatz selbständiger Verantwor-

tung wird beschränkt durch den gegebenen Befehl („Führerprinzip“). Die Entsch. führt zu bedenklicher Rechtsunsicherheit, weil die Ausführungsbest. zum Erbhofrecht noch fehlen. Wie weit der Kreis der „Erbhöfe“ gezogen wird, steht noch dahin. Es scheint mir dem Grundgedanken des Gesetzes durchaus zu entsprechen, wenn er sehr weit gezogen wird, so daß er auch manche Wirtschaft umfaßt, die schon ein kleines „Gut“ ist. Soll der Grundbuchrichter hier die Umschreibung ablehnen und wann soll er es überhaupt? Ist er in der Lage, selbst ohne weiteres zu entscheiden, ob das aufgelassene Grundstück zur Eintragung in die Rolle geeignet ist, solange die Ausführungsbest. fehlen? Im Regelfall wird er sich, wie ich glaube, auf den oben von mir dargelegten Standpunkt des Gesetzes stellen und eintragen. Ja es erscheint sogar fraglich, ob die Anerbengerichte sich schon jetzt für befugt halten werden, Genehmigungen (für nicht eingetragene Höfe) zu erteilen. Seht sich also die Ansicht des LG. Altona durch, so erleben wir eine Neuaufgabe der sog. Schwarzkaufprozesse! Hier konnte nur der Gesetzgeber eingreifen. Tat er es nicht, so hat er seine triftigen Gründe gehabt.

Verträge, die offensichtlich zur Vereitelung des Gesetzeszwecks (auch schon vor dessen Inkrafttreten) abgeschlossen werden, sind jedoch wegen Sittenwidrigkeit nichtig, und zwar erstreckt sich die Nichtigkeit m. E. auch auf das Erfüllungsgeschäft, die Auflassung. Wann dieser Fall vorliegt, ist eine — allerdings in der Praxis oft kaum zu entscheidende — Tatsache. Der Notar, der sie prüfen und im Falle ihrer Befähigung die Beurkundung des Veräußerungsgeschäfts verweigern muß, wird mit einer überaus schweren Verantwortung belastet. Es ist daher zu wünschen, daß durch baldigen Erlass der Ausführungsbest. und schleunige Anlegung der Erbhöferolle klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden.

RA. Dr. von Zewel, Berlin.

3. § 788 ZPO.; § 5 PrOstG. § 788 Abs. 1 ZPO. ist im Rahmen des § 5 PrOstG. nicht anwendbar. Wollte man abweichend hiervon die entsprechende Anwendbarkeit des § 788 Abs. 1 ZPO. bejahen, so müßte man auch § 788 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklären.

(LG. II Berlin, Beschl. v. 3. Febr. 1933, 15 T 513/32.)

Eingef. von N. Dr. Walter Sachse, Berlin.

*

4. § 5 NotarGebD.; §§ 32, 46, 51 PrOstG.; § 176 ZOG. Der Notar, der das Protokoll in einer Generalversammlung einer AktG. führt, erwirbt einen Gebührenanspruch nur gegen die Gesellschaft, nicht gegen die Aktionäre, sofern nicht besondere Vereinbarungen getroffen sind. f)

Der Kl. nimmt die Bekl. als Aktionäre der L-AktG. für die Kosten eines Notariatsprotokolls aus Grund der §§ 32, 46, 51 PrOstG. i. Verb. m. § 5 NotarGebD. in Anspruch. Schuldner der Notariatsgebühren ist der Auftraggeber, d. h. der, dessen Tätigkeit des Notars in Anspruch genommen hat, oder der, dessen Erklärung durch den Notar beurkundet worden ist (vgl. *Beuschhausen* 1930 S. 83 ff.). Der Kl. geht selbst davon aus, daß im allgemeinen weder Vorstand noch Aufsichtsrat noch Aktionäre für die Notariatsgebühren haften, da diese nicht Auftraggeber sind, sondern allein die Gesellschaft, für die der Notar tätig wird. Der Kl. sieht für die Bekl. einen besonderen Verpflichtungsgrund jedoch darin, daß die GenVers. nicht den Formvorschr. des ZOG. entsprechend einberufen war und daß die Bekl. insofern, um die GenVers. überhaupt erst zu einer beschlußfähigen GenVers. zu machen, im Notariatsprotokoll auf die Einhaltung der gesetzlichen und satzungsmäßigen Formen und Fristen der Einberufung verzichtet hatten.

Durch die Aufnahme dieses Verzichts ist in der Stellung der Aktionäre zum beurkundenden Notar eine Änderung jedoch nicht eingetreten. Das über die GenVers. aufgenommene notarielle Protokoll ist dazu bestimmt, alle rechtserheblichen Vorgänge der GenVers. festzulegen, um eine ordnungsmäßige und rechtliche Führung der Geschäfte der AktG., insbes. ein ordnungsmäßiges Zustandekommen ihrer Beschlüsse zu gewährleisten. Die Protokollierung des Verzichts der Bekl. durch den Kl. diente dem Zwecke, die Gesellschaft vor der Anfechtungsklage des § 271 ZOG., gegründet auf die nicht gehörige Berufung der GenVers., zu schützen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Protokollierung eines solchen Verzichts mit Rücksicht darauf, daß die Bekl. in der GenVers. erschienen waren, überhaupt notwendig war (vgl. § 271 III ZOG.). — Jedenfalls diente die Protokollierung des Verzichts den Interessen der AktG., die hierfür die Tätigkeit des Notars in Anspruch nahm. Der Verzicht wurde von den Bekl. bei Beginn der GenVers. erklärt, was der Kl. dann als einen schon in den Rahmen der Versammlung fallenden Vorgang in das Protokoll aufnahm, weil dies seiner Meinung nach erforderlich war. Daß die Bekl. die Aufnahme ihres Verzichts in das Protokoll ausdrücklich verlangt hätten, ist von dem Kl. selbst nicht vorgetragen worden. Die Bekl. als Aktionäre hatten zwar ein Interesse an der Abhaltung einer GenVers. als solcher. Daß diese nun aber gerade am fraglichen Tag abgehalten wurde, war für die Bekl. belanglos. Auftraggeber des Kl. war somit allein die Gesellschaft durch ihren Vorstand, so daß eine Haftung der Bekl. für die Notariatsgebühr entfällt. Der Auffassung des LG. I Berlin in der JW. 1932, 3659 vermag sich das erkennende Gericht nicht anzuschließen. Ins-

zu 4. Die PrNotarGebD. bestimmt nicht, wer dem Notar die Gebühr schuldet. Nach RG.: JW. 1927, 1252 ist § 1 PrOstG. sinngemäß anzuwenden. Danach ist Schuldner der Gerichtsgebühr, wer durch seinen Antrag die Tätigkeit des Gerichts veranlaßt. Schuldner der Notariatsgebühr ist also, wer die Tätigkeit des Notars in Anspruch nimmt, oder nach herkömmlicher, wenn auch unjuristischer Redeweise der „Auftraggeber“. Das ist nicht immer der, dessen Erklärung der Notar beurkundet. Vielmehr muß man zwischen der Beurkundung von Rechtsgeschäften und von tatsächlichen Vorgängen unterscheiden. Wer den Notar zum Zweck der Beurkundung rechtsgeschäftlich sein Gebührenschuldner. Derartige Fälle behandeln RG.: JW. 1927, 1252; RG.: JW. 1932, 669; *Min. DNotB.* 31, 606. Führt dagegen der Notar das Protokoll in einer GenVers., so beurkundet er nur tatsächliche Vorgänge, und zwar selbst dann, wenn er Erklärungen der Aktionäre über den Verzicht auf die Formlichkeiten einer ordnungsmäßigen Einberufung beurkundet. Die Aktionäre geben derartige Erklärungen dem Vorsitzenden der GenVers., nicht dem Notar gegenüber und nicht zu notariellem Protokoll ab. Sie erscheinen in dem Protokoll überhaupt nicht als Beteiligte i. S. von § 176 ZOG., sie wissen gar nicht, ob und wie der Notar ihre Erklärung beurkundet, es ist nicht nötig und auch nicht üblich, daß das Pro-

bes. ist die Protokollierung der die GenVers. einer AktG. betr. Vorgänge in keiner Weise vergleichbar mit dem Abschluß eines Grundstückskaufvertrages, welche beiden Rechtsakte das LG. I durch Ver. auf die Entsch. des RG.: JW. 1932, 669 in Parallele setzt. Bei einem Grundstückskaufvertrag handelt es sich um zwei gleichwertige, ineinander übergreifende Erklärungen zweier sich gegenüberstehender Vertragspartner die gem. § 313 ZOG. notwendig vor einem Notar abgegeben werden müssen, und die so ineinander übergehen, daß für die Erklärung jedes Vertragsschließenden kein gesonderter Wert dieser seiner Erklärung angenommen werden kann, so daß beide Vertragspartner für die nach dem Wert des ganzen Vertragsgegenstandes berechnete Gebühr als Gesamtschuldner haften müssen. Nur auf diese Fälle bezieht sich die vom LG. I zitierte Entsch. des RG.

Wollte man aber selbst eine Haftung der Bekl. als Aktionäre als gegeben erachten, so wäre weiter zu prüfen gewesen, ob der von den Bekl. erklärte Verzicht ein gebührenfreies Nebengeschäft gegenüber der Protokollierung der übrigen Vorgänge der GenVers. darstellte (vgl. *Beuschhausen* S. 319). — Dies ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts zu bejahen, da der Verzicht auf die Einhaltung von Formvorschr., losgelöst von dem Generalversammlungsprotokoll, weder Bedeutung noch Wert hat.

Mit Recht weisen schließlich die Bekl. und mit ihnen der Vorderrichter darauf hin, zu welchen unmöglichen wirtschaftlichen Folgen es führen würde, wenn bei einer AktG. mit einem Millionenkapital ein Aktionär mit nur einer Aktie für die hohen Kosten des Notariatsprotokolls haften sollte. Dies würde zu einer vom Gesetz zweifellos nicht gewollten erheblichen Beeinträchtigung der Aktionärsrechte führen.

Die gleichen Gesichtspunkte wie für die Notariatsgebühr müssen auch für den zur Urschrift verwendeten Landesstempel gelten. Stempelschuldner für das Generalversammlungsprotokoll ist allein die betr. Gesellschaft, nicht haften auch die Aktionäre, da letztere nicht als Veranlasser anzusehen sind (vgl. *Wenz, StempelStG.*, Aufl. 1930, S. 89; ferner *Meißerscheidt-Kollat* § 12 Anm. 2).

(LG. III Berlin, Urt. v. 19. Mai 1933, 19 S 796/33.)

Eingef. von Ger. Ass. Raoul Schüka, Berlin.

*

Leipzig.

5. Die Beschwerde gegen den Beschluß, durch den nach §§ 499 f. ZPO. der Güteantrag für zurückgenommen erklärt ist, ist unzulässig.

Die Kammer schließt sich mit dieser Entsch. der als herrschend anzusehenden Meinung an und gibt damit ihren früher vertretenen Standpunkt, daß die Beschw. zulässig sei, auf (vgl. 17 B C 612/27, 17 B C 643/27 d. LG. Leipzig).

(Vgl. *OLG. Dresden*: JW. 1925, 819³⁰; *RG.*: ZZZ. 51, 282; *Baumbach*, Komm. z. ZPO., 6. Aufl., Ziff. 2 zu § 499 f. ZPO.)

(LG. Leipzig, 17. Bk., Beschl. v. 16. Mai 1933, 17 B C 408/33.)

Ber. v. OGR. Dr. Richard Löpfer, Leipzig.

*

Magdeburg.

6. Auf Grund § 11 ZD. über landwirtschaftliches Vermittlungsverfahren v. 27. Sept. 1932 sind Pfändungen von Forderungen auch dann aufzuheben, wenn der Dritt-

totoll ihnen vorgelesen, von ihnen genehmigt und unterschrieben wird, sie treten zu dem Notar in keinerlei Rechtsbeziehungen, sie bestellen ihn nicht zur Protokollführung, sie nehmen seine Tätigkeit überhaupt nicht in Anspruch, sie und ihre Erklärungen sind nur das Objekt für die Beobachtung durch den Notar (vgl. *Berenbrock*, Prüfungs- und Belehrungspflicht des preuß. Notars bei der Beurkundung des GenVers. Beschl. von AktG.: *DNotB.* 33, 13 ff. und *Seybold*, Pflichten des Notars bei der Beurkundung des GenVers. Beschl. von AktG.: *DNotB.* 33, 27 ff.). *Min. DNotB.* 31, 606. Führt dagegen der Notar das Protokoll in einer GenVers., so beurkundet er nur tatsächliche Vorgänge, und zwar selbst dann, wenn er Erklärungen der Aktionäre über den Verzicht auf die Formlichkeiten einer ordnungsmäßigen Einberufung beurkundet. Die Aktionäre geben derartige Erklärungen dem Vorsitzenden der GenVers., nicht dem Notar gegenüber und nicht zu notariellem Protokoll ab. Sie erscheinen in dem Protokoll überhaupt nicht als Beteiligte i. S. von § 176 ZOG., sie wissen gar nicht, ob und wie der Notar ihre Erklärung beurkundet, es ist nicht nötig und auch nicht üblich, daß das Pro-

totoll ihnen vorgelesen, von ihnen genehmigt und unterschrieben wird, sie treten zu dem Notar in keinerlei Rechtsbeziehungen, sie bestellen ihn nicht zur Protokollführung, sie nehmen seine Tätigkeit überhaupt nicht in Anspruch, sie und ihre Erklärungen sind nur das Objekt für die Beobachtung durch den Notar (vgl. *Berenbrock*, Prüfungs- und Belehrungspflicht des preuß. Notars bei der Beurkundung des GenVers. Beschl. von AktG.: *DNotB.* 33, 13 ff. und *Seybold*, Pflichten des Notars bei der Beurkundung des GenVers. Beschl. von AktG.: *DNotB.* 33, 27 ff.). *Min. DNotB.* 31, 606. Führt dagegen der Notar das Protokoll in einer GenVers., so beurkundet er nur tatsächliche Vorgänge, und zwar selbst dann, wenn er Erklärungen der Aktionäre über den Verzicht auf die Formlichkeiten einer ordnungsmäßigen Einberufung beurkundet. Die Aktionäre geben derartige Erklärungen dem Vorsitzenden der GenVers., nicht dem Notar gegenüber und nicht zu notariellem Protokoll ab. Sie erscheinen in dem Protokoll überhaupt nicht als Beteiligte i. S. von § 176 ZOG., sie wissen gar nicht, ob und wie der Notar ihre Erklärung beurkundet, es ist nicht nötig und auch nicht üblich, daß das Pro-

Will sich der Notar vor Gebührenverlust infolge Zahlungsunfähigkeit der AktG. schützen, so muß er Vorbehalt fordern oder sich durch schriftliche Gebührenvereinbarung einen zahlungsfähigen Zweitschuldner verschaffen.

LGDir. Behre, Berlin.

schuldner den Betrag der Forderung hinterlegt hat, der hinterlegte Betrag aber noch nicht ausbezahlt worden ist.

(LG. Magdeburg, Beschl. v. 18. April 1933, 6 T 180/33.)

Ber. v. WGR. und WGR. Dr. v. Rozhki-v. Hoewel, Magdeburg.

*

7. § 7 d. 1. Ausf. D. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933. Durch Einleitung einer Zwangsverwaltung wird der Schuldner nicht gehindert, seine Rechte aus § 7 d. 1. Ausf. D. geltend zu machen.

(LG. Magdeburg, Beschl. v. 10. Mai 1933, 6 T 111/33.)

Ber. v. WGR. und WGR. Dr. v. Rozhki-v. Hoewel, Magdeburg.

*

Mainz.

8. § 811 Ziff. 5 ZPD. Unpfändbarkeit von Lastkraftwagen. †)

(LG. Mainz, Beschl. v. 25. Okt. 1932, T 515/32.)

Abgedr. 1932, 3733.

*

Stendal.

9. Bei der Erhebung einer Interventionsklage ist eine erneute Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht zulässig, nachdem die Interventionsklägerin Zahlung der Prozeßgebühr innerhalb der ihr gesetzten Frist unterlassen hat. †)

(LG. Stendal, Beschl. v. 29. April 1933, 2 T 260/33.)

Einges. von RA. Dr. Pöe, Halberstadt.

*

Zu 8. Die Entsch. hat in Automobilkreisen größte Entrüstung hervorgerufen. Mit Recht! Im Automobilhandel ist es üblich, daß der Verkäufer die Kraftwagen auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises liefert. Gerät der Käufer in Vermögensverfall, so ist der Verkäufer nach dieser Entsch. nicht in der Lage, sich im Wege der Pfändung, die nach herrschender Ansicht auch an eigenen Sachen zulässig ist, wegen seiner Kaufpreisforderung zu sichern und gegebenenfalls zu befriedigen, da der Käufer ihm den Einwand der Unpfändbarkeit entgegenhalten könnte. Der böswillige Abzahlungskäufer seinerseits wird seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr mit der ihm obliegenden Pünktlichkeit nachkommen, da er eine Wegnahme des Lastkraftwagens im Wege der Pfändung ja nicht zu befürchten braucht. Man darf dem nicht entgegenhalten, dem Verkäufer stehe auf Grund seines Eigentums der Herausgabeanspruch zu. Die Geltendmachung dieses Anspruches ist mit erheblichen Kosten verbunden und sehr zeitraubend, gibt im übrigen böswilligen Schuldnern weitere Frist, das Eigentum des Verkäufers herunterzuwirtschaften. Gerade aus letzterem Grunde ist dem Verkäufer an der Herausgabe des verkauften Wagens nichts gelegen, da der erneute Verkauf regelmäßig ein Verlustgeschäft für ihn ist. — Der Standpunkt, den das RG.: JW. 1932, 3728 bzgl. der Frage der Pfändbarkeit des Kraftwagens eines Fuhrmannes eingenommen hat, ist entschieden zu weitgehend und aus den in den Bemerkungen dazu enthaltenen Gründen unbedingt abzulehnen.

Man muß daher an der in der Rspr. vorherrschenden Meinung festhalten, daß einzig und allein maßgebend für die Frage der Pfändbarkeit eines Gegenstandes die persönliche Tätigkeit des Schuldners bei der Fortführung des Betriebes ist, und daß diese persönliche Tätigkeit bei dem Betriebe eines Lastkraftwagens hinter der Ausnutzung des in diesem investierten Kapitalwertes zurücktritt. Die unhaltbare Entsch. des LG. Mainz hat mit Recht keinerlei maßgebliche und allgemeine Bedeutung erlangt. A. M. neuerdings LG. Hamburg, Beschl. v. 28. Febr. 1933 und AG. Bitburg, Beschl. v. 3. März 1933.

RA. Dr. Gufenbecher, Berlin.

Zu 9. Der Beschl. behandelt eine Frage, für deren Entsch. eine ausdrückliche Vorschr. im Gesetz nicht gegeben ist.

Nach allgemeiner Auffassung kann das Prozeßgericht im Falle des § 769 ZPD. bei Zwangsvollstreckungsgegenklage oder Interventionsklage auch schon vor der Zustellung der Klage die Zwangsvollstreckung einstweilen, d. h. bis zum Erlaß des Urts., einstellen. In solchem Falle besteht jedoch die Gefahr, daß der Interventient nur die Versteigerung der gepfändeten Sachen zu verhindern sucht, ohne die Durchführung des Interventionsprozesses ernstlich zu beabsichtigen. Im Landgerichtsprozeß ist deshalb nur unter der Bedingung einzustellen, daß die Interventionsklage zugestellt wird. Im Amtsgerichtsprozeß tritt an die Stelle der Klagezustellung die Zahlung der für die Auseraumung eines Verhandlungstermins

Weimar.

10. Art. 15a ThürRGebD. Voraussetzung für die Erstattung von Schreibgebühren.

Schreibgebühren sind mit Recht eingezogen worden. Allerdings können die Antragsteller nicht diese Schreibgebühren für die zweite Abschrift verlangen, die sie dem Gegner von jedem Schriftsatz gegeben haben. Nach Art. 15a ThürRGebD. stehen dem RA. Schreibgebühren zu für die auf besonderes Verlangen gefertigten Abschriften, d. h. der Anwalt kann von seinem Mandanten Schreibgebühren für die Abschriften verlangen, die er auf besonderes Verlangen seines Mandanten angefertigt hat. Der Mandant kann dann wieder diese Gebühren im Kostenfestsetzungsverfahren vom kostenpflichtigen Gegner erstattet verlangen, vorausgesetzt, daß die Anfertigung der Abschriften zur zwecksprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (§ 91 ZPD.). Dagegen ist Art. 15a nicht auf den hier zunächst vorl. Fall anwendbar, daß die Abschriften auf Grund einer Vereinbarung zwischen den Anwälten angefertigt worden sind. Falls dafür überhaupt eine Entscheidung verlangt werden kann und diese Abschriften nicht vielmehr, gerade auf Grund der Vereinbarung zwischen den Anwälten, kostenlos erteilt werden, so kann der Anwalt, der die Abschriften angefertigt hat, nur im Klagewege aus Dienst- oder Wertvertrag gegen den andern Anwalt vorgehen. Im Kostenfestsetzungsverfahren ist das nicht möglich, denn in diesem Verfahren kann nur die siegreiche Partei selbst (nicht ihr Anwalt) die Kosten erstattet verlangen, die sie selbst ihrem Anwalt schuldet. Eine Anwendung des Art. 15a ThürRGebD. auf diese Schreibgebühren wäre nur gegeben, wenn die Antragsteller selbst von ihrem Anwalt besonders verlangt hätten, daß er eine zweite Abschrift jedes Schriftsatzes dem Gegner zustellt. Das haben sie aber selbst nicht behauptet. In der Beauftragung des RA. liegt zwar der Auftrag, das Verfahren in der üblichen Weise zu führen, also auch dem Gegenanwalt eine zweite Abschrift zuzustellen, wenn das durch Vereinbarung der Anwälte üblich ist. Aber das ist kein „besonderes Verlangen“ i. S. des Art. 15 ThürRGebD., sondern der allgemeine Auftrag und dieser geht nach dem Willen des Mandanten nur auf das übliche, d. h. hier auf unentgeltliche Erteilung der zweiten Abschrift für den Gegner. — Die Schreibgebühren sind aber trotzdem zu erstatten, weil die Antragsteller sie hilfsweise für die Abschrift verlangen, die ihr Anwalt ihnen von jedem Schriftsatz angefertigt hat. Diese neue Begr. des Kostenfestsetzungsantrags erst in der Beschränkt. ist zulässig (§ 570 ZPD.), die Gebühren könnten für diese Abschriften sogar dann zugewilligt werden, wenn sie gar nicht gefordert wären, sofern sie nur an sich berechtigt wären. Denn der Grundsatz des § 308 ZPD. gilt nur für den Gesamtbetrag der verlangten Kosten, die einzelnen Posten dagegen können ausgetauscht werden (s. Stein-Jonas, Anm. III, 1 zu § 104 ZPD.). Der Antrag auf Festsetzung für diese Abschriften ist auch begründet. Hier liegt ein

erforderlichen Gütegebühr, so daß der Einstellungsbeschl. von selbst außer Kraft tritt bzw. aufgehoben werden muß, und alsdann die Zwangsvollstreckung fortgesetzt werden kann, wenn die Gebühr nicht innerhalb bestimmter Frist bezahlt ist. Über die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens besteht Einigkeit (vgl. Stein-Jonas § 769 Anm. 2; siehe auch Baumbach § 769 Anm. 2; Seuffert-Walzmänn zu § 769). Nun sind aber Fälle denkbar und in der Praxis keineswegs selten, in denen der Interventionskl. infolge außerordentlicher Umstände die Gütegebühr nicht rechtzeitig zahlt. Ist in einem solchen Falle die erneute Einstellung der Zwangsvollstreckung mit oder ohne Sicherheitsleistung zulässig? Das LG. Stendal verneint diese Frage schlechthin, während das LG. Halberstadt sie in einem Beschl. v. 23. Juni 1933, 6 III T 230/33 bejaht hat. M. E. ist eine zweckmäßige Lösung in der entsprechenden Anwendung der Vorschr. über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben. Nur wenn der Interventionskl. durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der rechtzeitigen Einzahlung der Gütegebühr gehindert ist, kann die Zwangsvollstreckung erneut eingestellt werden. Es handelt sich in § 769 ZPD. um Anordnungen, die ohnehin in das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts gestellt sind. Das Gericht kann die Einstellung von vornherein ablehnen, weil es die Klage für aussichtslos hält. Es kann aber andererseits auch dann einstellen, wenn ein früherer Einstellungsantrag rechtskräftig abgewiesen ist, sofern nämlich der Kl. neue Tatsachen vorbringt (vgl. Baumbach zu § 769). Es muß auch möglich sein — etwa mit Rücksicht auf ein noch schwebendes Armenrechtsgeſuch —, eine Verlängerung der Frist zur Einzahlung der Gütegebühr zu erreichen, genau wie die Frist aus § 519 Abs. VI ZPD. verlängert werden kann. Es handelt sich, wie gesagt, hier um rein praktische Fragen, die nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden sind, und da geben die Vorschr. der ZPD. über Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den besten Maßstab an die Hand.

RA. Dr. Bartels, Bochum.

Fall des Art. 15 a ThürNWGebD. vor, denn der Antragsteller hat diese Abschriften besonders verlangt, weil er als Jurist das Verfahren weitgehend selbst bearbeitete und dazu Handbatter anlegen mußte. Aus diesem Grunde waren die Abschriften auch zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nötig und der Antragsgegner muß die Kosten dafür nach § 91 ZPO. erstatten.

(O. Weimar, 3. ZR., Beschl. v. 7. Febr. 1933, 3 T 24/33.)

Eingef. von GerA. Dr. Reichardt, Weimar.

Mejeritz.

b) Strafsachen.

II. § 263 StGB. Richtlinien für die landwirtschaftliche Entschuldung im Osthilfegebiet v. 15. März 1932 (RWB. 143). Betrug bei Erlangung von Osthilfe-Entschuldungsmitteln durch Vortäuschung tatsächlich nicht vorhandener Schulden.

Der Angekl. ist Eigentümer einer Landwirtschaft. Anfang 1931 bewarb sich der Angekl. um ein Umschuldungsdarlehen. Es erfolgte die Besichtigung des Betriebes des Angekl. durch den landwirtschaftlichen Sachverständigen der Landstelle, die, wie der Angekl. wußte, die entscheidende Grundlage für die Aufstellung des Sanierungsplanes und damit für die Gewährung des Darlehns bildete. Bei dieser Besichtigung gab der Angekl. dem Sachverständigen seine Schulden an. Die Schulden wurden auf Grund der Angabe des Angekl. auch in den Sanierungsplan der Landstelle aufgenommen.

In der Schuldenaufstellung des Angekl. erschien eine Forderung der Frau W. von 2623,25 RM, während Frau W. tatsächlich nichts zu fordern hatte. Ferner war darin aufgeführt eine Forderung des Bauunternehmers M. in Höhe von 2523 RM. M. hatte gegen den Angekl. tatsächlich nur eine Forderung von 153 RM.

Auf Grund der Angaben des Angekl. kam das ganze Umschuldungsdarlehen von 26 000 RM zugunsten des Angekl. zur Auszahlung. Die Zahlung erfolgte direkt an die genannten Gläubiger. Frau W. und M. händigten die ihnen überwiesenen Beträge an den Angekl. aus.

Als die Bank für deutsche Industrieobligationen erfuhr, daß der Angekl. das Darlehen z. T. durch Vortäuschen tatsächlich nicht vorhanden gewesener Schulden erhalten hatte, kündigte sie dem Angekl. das Kapital und verlangte sofortige Rückzahlung. Der Angekl. hat bisher das Kapital nicht zurückgezahlt. Er ist auch nach seiner eigenen Angabe zur sofortigen Rückzahlung nicht imstande.

Der Angekl. hat sich damit des Betruges schuldig gemacht.

Von vornherein ist der Angekl. darauf ausgegangen, bei den für die Gewährung des Osthilfedarlehns zuständigen Stellen über die Höhe seiner Schulden Irrtum zu erregen, indem er Schulden angab, die er nicht hatte.

Durch die Erregung des Irrtums über das Bestehen der Forderungen der Frau W. und des M. sind, wie es der Angekl. beabsichtigt hatte, die an der Osthilfe beteiligten Stellen zu nachteiligen Verfügungen über ihr Vermögen bestimmt worden. Die Verfügungen, die von den an der Osthilfe Beteiligten auf Grund der Täuschung durch den Angekl. getroffen worden sind, haben auch bei den Beteiligten Vermögensschäden verursacht. Freilich hat die Bank für deutsche Industrieobligationen für das an Frau W. und M. gezahlte Geld eine Hyp. erhalten, die als verhältnismäßig sicher angesehen werden mag. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß das bare Geld für die Bank wertvoller war und ist als die Hyp., deren Realisierbarkeit jetzt immerhin insofern auf Schwierigkeiten stößt, als der Angekl. das Kapital nur in Raten zurückzahlen kann. Das wußte der Angekl. Die Industriebank hat das Darlehen ja nicht gegeben, um auf die Weise ein Geschäft zu machen. Denn freilich könnte von einer Vermögensbeschädigung möglicherweise nicht die Rede sein, weil in diesem Falle die Vortäuschung nicht vorhandener Schulden auf den Darlehnsgeber normalerweise eher abschreckend wirkt. Hier aber handelt es sich um ein Entschuldungsdarlehen, das nach den Richtlinien für die landwirtschaftliche Entschuldung nur an sanierungsbedürftige Landwirte ausgegeben werden darf. Unmittelbar durch die Irrtumserregung zu nachteiligen Vermögensverfügungen sind auch das Deutsche Reich und der preussische Staat bestimmt worden, indem das Deutsche Reich für einen zu hohen Betrag Zinsverbilligungsmittel zur Verfügung gestellt, Reich und Preußen für einen zu hohen Betrag die Bürgschaft übernommen haben.

Daß die Erlangung des Darlehns für den Angekl. einen Vermögensvorteil bedeute, bedarf angesichts der Tatsache, daß im Herbst 1931 Hypothekenzinssatz sehr schwer und auf jeden Fall zu einem erheblich höheren Zinssatz zu haben war, keiner weiteren Begr. Dieser Vermögensvorteil war in Höhe der auf die vorgeschobenen Forderungen der Frau W. und des M. erhaltenen Beträge ein rechtswidriger, weil der Angekl. bei richtiger

Angabe seiner Verbindlichkeiten nach den Vorschr. diese Beträge nicht beanspruchen konnte.

(O. Mejeritz, Große Str., Art. v. 7. Juni 1933, K M 10/33.)

Ber. von GerA. Dr. Szogß, Schneidemühl.

Köln.

Amtsgerichte.

I. § 2227 BGB. Ein Testamentvollstrecker, der nicht arischer Abstammung ist, kann auf Antrag eines Beteiligten entlassen werden.

Gem. § 2227 BGB. kann der Testamentvollstrecker auf Antrag eines Beteiligten entlassen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher ist, ohne daß es auf das Vorliegen eines Verschuldens des Testamentvollstreckers anläßt, unter anderem dann anzunehmen, falls die Erblasserin, wenn sie noch lebte, die Ernennung widerrufen würde. Dies ist hier anzunehmen. Z. Z. der Testamenterrichtung i. Z. 1929 waren die Verhältnisse in Deutschland im Hinblick auf die Lage der Richterier ganz andere als heute. Auch am 12. Febr. 1933, dem Todestage der Erblasserin, war die heutige Entwicklung noch nicht voraussehbar. Wäre der Erblasserin diese Entwicklung bekannt gewesen, so würde sie von der Ernennung des R. A. zum Testamentvollstrecker gewiß Abstand genommen haben.

(O. Köln, Beschl. v. 18. Juli 1933, 22 VI 301/33.)

Eingef. von R. A. Dr. Müller-Sanders, Köln.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanw. Dr. W. Oppermann, Dresden.

I. Teil 4 Kap. I und II PrSparNotVD. v. 12. Sept. 1931 (GS. 179, 200). Auf ständig Angestellte, die den Beamten gleichzuachten sind, findet das außerordentliche Kündigungsrecht mit halbmonatlicher Frist gemäß Teil 4 Kap. I § 1 keine Anwendung. Diese Angestellten unterliegen vielmehr lediglich der nach Kap. II durch Gemeindefeststellung vorzunehmenden Besoldungsregelung zwecks Gleichstellung mit den Staatsbeamten. †)

Der bekl. Kreiskommunalverband kann das außerordentliche Kündigungsrecht des Kap. I des 4. Teils der PrSparVD. gegenüber den Kl. (Kleinbahn-Angestellten) nicht in Anspruch nehmen. Die Kl. sind durch Beschl. des Kreisrates des Bekl. i. Z. 1922 und hinsichtlich der Besoldung — um diese geht der Rechtsstreit — von neuem durch die Dienstverträge aus dem Jahre 1924 und die gleichzeitigen Schreiben des Kreisaußschusses als den Beamten gleichzuachtende ständig Angestellte i. S. des preuß. sog. Gleichstellungsg. v. 8. Juli 1920 anerkannt worden. Auf solche Angestellte findet, wie das RArbG. in der Entsch. v. 11. Febr. 1933, RAG 331/32 bereits ausgesprochen hat, das genannte Kap. I überhaupt keine Anwendung, sondern nur Kap. II, welches die Dienst- und Versorgungsbezüge der Beamten der Gemeinden und Gemeindeverbände betrifft. Nach dessen § 1 Abs. 4 sind die Vorschr. der Abs. 1—3 auf derartige ständig Angestellte

Zu 1 und 2. Daß die hier in Rede stehenden Best. der PrSparNotVD. v. 12. Sept. 1931 4. Teil Kap. I § 1 und Kap. II § 1 rechtsgültig sind, hat das RArbG. schon früher (vgl. JW. 1933, 1550 und RArbG. 11, 10 u. 14) in Übereinstimmung mit dem StGH. (RG. 137, 38 = JW. 1932, 3183) einwandfrei festgestellt.

Unklarheit herrschte aber bisher über folgende Fragen:

1. ob sich das in Kap. I § 1 Abs. 2 a. a. D. vorgesehene außerordentliche Kündigungsrecht der Gemeindebehörde (Halbmonatsfrist) ganz allgemein auf alle Angestellte beziehe;

2. ob den sog. ständig Angestellten i. S. des Kap. II § 1 Abs. 4 a. a. D. gekündigt werden müsse, um die Anpassung (Herabsetzung) ihrer Bezüge an die der gleichzubewertenden Staatsbeamten herbeizuführen oder ob dies auch ohne Kündigung möglich sei;

3. ob und inwieweit neben dem außerordentlichen Kündigungsrecht (s. zu Nr. 1) die Kündigungsschutzbest. des RG. v. 9. Juli 1926 (RWB. I, 990) in Kraft geblieben seien.

Die Frage zu 3. hat das RArbG. bereits in den beiden früheren Entsch. v. 23. März 1932 (JW. 1932, 3468 u. 3469) dahin beantwortet, daß die NotVD. v. 24. Aug. 1931 (RWB. I, 453) die Landesregierungen nicht ermächtigt habe, reichsgesetzliche Vorschr., wie § 96 BetrRG. und § 2 KündSchG., abzuändern. Derselbe Standpunkt wird auch in der obigen Entsch. v. 25. März 1933 vertreten. Hiernach können also die Angestellten, auf die das KündSchG. Anwendung findet, nicht etwa gem. § 1 Abs. 2 Kap. I Teil 4 SparNotVD. v. 12. Sept. 1931 mit halbmonatlicher Frist entlassen werden.

Eine andere Frage ist nun aber, ob nicht bei den „stän-

entsprechend anwendbar. Diese müssen danach, ohne daß es einer Aufkündigung ihres Dienstverhältnisses bedarf, die gleiche Gehaltsregelung dulden, wie sie für gleichzubewertende Staatsbeamte gesetzlich angeordnet ist. Dagegen ist den Gemeinden und Gemeindeverbänden ihnen gegenüber kein besonderes Kündigungsrecht zum Zwecke einer weitergehenden Gehaltskürzung verkehren, wie sie der Befl. mit der Einführung der tariflichen Sätze durchsetzen will, die nach der ausdrücklichen Vorschr. des § 1 Abs. 2 des allgemein verbindlichen Kleinbahn-TarVertr. für die Kl. als solche ständig Angestellte nicht ohne weiteres gelten.

Nun erlaubt zwar § 7 der Dienstverträge der Kl. deren Lösung mit einmonatiger Frist zum Monatschluß. Auch auf Grund dieser Vertragsbest. hat aber die am 31. Okt. zum 15. Nov. 1931 ausgesprochene Kündigung das Dienstverhältnis der Kl. nicht etwa wenigstens mit Ablauf des Nov. 1931 beendet, so daß vom 1. Dez. ab ein neues Dienstverhältnis zu den angebotenen tariflichen Sätzen ins Leben getreten und die Klageforderung doch für die Zeit v. 1.—15. Dez. 1931 unberechtigt wäre. Nach den Befolungsvorschr. des verfl. Kreises können ständig Angestellte, die als solche zehn Jahre im Dienste des Befl. stehen, nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden. Diese Vorschr. trifft auch auf die Kl. zu, die seit mindestens 1920 im Dienste der Befl. tätig sind und mit Wirkung v. 1. April 1920 ab die Eigenschaft von ständig Angestellten verkehren erhalten haben. Sie ist durch die im § 7 des formularmäßigen Dienstvertrages festgesetzte einmonatige Kündigungsfrist nicht ausgeschaltet worden.

Im übrigen steht den Kl. schon nach dem KündSchG. eine Kündigungsfrist zu, die weit über den von der Klage erfassten Zeitraum hinausreicht und auch durch das außerordentliche Kündigungsrecht der SparV.D. nicht berührt worden ist (RRrbG. 11, 14¹⁾). Schon deshalb also stellt sich die Klageforderung, die den Mehrbetrag des vorher den Kl. gezahlten Gehalts nur für die Zeit v. 15. Nov. bis 15. Dez. 1931 betrifft, von vornherein als begründet dar.

(RRrbG., Ur. v. 25. März 1933, RAG 332/32. — Stettin.)

2. Teil 4 Kap. I und II PrSparNotV.D. v. 12. Sept. 1931 (GS. 179, 200); § 2 KündSchG. v. 9. Juli 1926. Gegenüber der Befolungsregelung gemäß den Vorschriften der PrSparNotV.D. Teil 4 Kap. II können sich nur diejenigen Angestellten auf das KündSchG. berufen, die nicht i. S. von Kap. II § 1 Abs. 4 den Beamten gleichzuachten sind. †)

Das RRrbG. hat die unter den Parteien streitige Frage,

„die Angestellten“ das Ziel der Kündigung, nämlich die Herabsetzung der Bezüge, auf andere Weise als durch kurzfristige Kündigung erreicht werden könne. Diese Frage hat nunmehr das RRrbG. in der obigen Entsch. v. 25. März 1933 mit Recht bejaht. Denn da die Vorschr. über die Dienst- und Versorgungsbezüge der Beamten auf die ständig Angestellten entsprechende Anwendung finden, so müssen es sich die letzteren ebenso wie die Beamten der Gemeinden gefallen lassen, daß ihre Bezüge, ohne daß ihnen das Dienstverhältnis zuvor aufgekündigt werden müßte, denen der gleichzubewertenden Staatsbeamten angepaßt werden. Denn wer, wie die ständig Angestellten, die Vorteile der Beamtenstellung genießt, muß sich auch die Nachteile dieser Stellung — nämlich hier die leichtere Kürzung der Bezüge — gefallen lassen.

Damit hat nun aber das RRrbG. nicht etwa — es sei dies zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich bemerkt — den ständig Angestellten die Vorteile des KündSchG. überhaupt nehmen wollen. Vielmehr gilt dies Gesetz nach wie vor auch für die ständig Angestellten weiter und sie können sich nur insoweit auf das Gesetz nicht berufen, als es sich um die Anpassung ihrer Bezüge an die der Staatsbeamten handelt. Denn hierzu bedarf es eben überhaupt keiner Kündigung, so daß die Anwendbarkeit des KündSchG. gar nicht in Frage kommen kann. Nichts weiter will die obige Entsch. v. 8. April 1933 besagen; es kann ihr nur vollinhaltlich beigetreten werden. Es ergibt sich nun allerdings die eigenartige Rechtsfolge, daß diejenigen Angestellten, die nicht sog. „ständig Angestellte“ sind, also den Beamten nicht gleichzuachten sind, sich u. U. — nämlich wenn bei ihnen die Voraussetzungen des KündSchG. vorliegen — auf dies Gesetz berufen und verlangen können, daß entgegen der Vorschr. des Kap. I § 1 Abs. 2 4. Teil SparNotV.D. v. 12. Sept. 1931 die längere Kündigungsfrist des Ges. v. 9. Juli 1926 beachtet wird, ehe zu einer Herabsetzung ihrer Bezüge geschritten werden kann. Diese Rechtslage ergibt sich aber daraus, daß diese Angestellten den Beamten nicht gleichzuachten sind, also auch nicht die Vorteile der Beamtenstellung genießen. Daß sie bei der Neuregelung der Bezüge gegenüber den ständig Angestellten bevorzugt werden, wird man daher nicht als unbillig empfinden können.

ObPräs. Prof. Dr. Brand, Duisburg.

1) JW. 1932, 3469.

ob der Kl. (leitender Arzt eines städt. Krankenhauses) als ein den Beamten gleichzuachtender ständig Angestellter i. S. des Kap. II § 1 Abs. 4 des 4. Teiles der PrSparNotV.D. anzusehen sei, als für den Rechtsstreit unerheblich dahingestellt sein lassen. Nach Kap. I § 1 des 4. Teiles der V.D., so hat es ausgeführt, könnten zwar die Angestelltenverträge zum Zwecke der Durchführung von Sparmaßnahmen mit halbmonatlicher Frist gekündigt werden. Durch diese Best. sei aber die besondere, durch das KündSchG. v. 9. Juli 1926 (RGBl. I, 990), das auch auf den Kl. Anwendung finde, getroffene Regelung nicht berührt worden.

Die Reb. rügt mit Recht, daß das RRrbG. auf jeden Fall eine Beachtung der Kündigungsfristen des KündSchG. für erforderlich erklärt habe. Die Rechtslage ist nach den Vorschr. der PrSparNotV.D. v. 12. Sept. 1931 verschieden, je nachdem der Angestellte zu den den Beamten gleichzuachtenden Angestellten i. S. des § 1 Abs. 4 des Kap. II des 4. Teiles der V.D. gehört oder nicht. Nur dann, wenn der Angestellte hierzu nicht gehört, bedarf es zur Beseitigung entgegenstehender vertraglicher Vereinbarungen nach § 1 Abs. 2 der Kündigung des Vertragsverhältnisses, bei der allerdings, soweit das KündSchG. als Reichsgesetz eine längere Kündigungsfrist vorschreibt, diese Kündigungsfrist eingehalten werden muß (vgl. RRrbG. 11, 10 und 14¹⁾). Handelt es sich dagegen um einen ständig Angestellten i. S. des Kap. II § 1 Abs. 4 des 4. Teiles der V.D., so bedarf es zu einer Regelung auf Grund des Kap. II § 1 Abs. 1 keiner Kündigung. Die Regelung erfolgt vielmehr innerhalb des bestehenden Vertragsverhältnisses in gleicher Weise wie bei den Kommunalbeamten gem. § 2 unmittelbar durch Beschl. des Verwaltungsorganes der Gemeinde. (RRrbG., Ur. v. 8. April 1933, RAG 514/32. — Altona.)

3. § 138 BGB. Eine Vereinbarung, durch die der Angestellte am Geschäftsverlust beteiligt wird, verstößt nicht in jedem Fall gegen die guten Sitten. Als Anebelungsvertrag ist nur ein Vertrag anzusehen, der im Ergebnis die Willens- und wirtschaftliche Freiheit lähmt und in übermäßiger Weise einschränkt. (RRrbG., Ur. v. 14. Dez. 1932, RAG 389/32. — Berlin.)

4. § 612 BGB. Ob die in einem Lehrvertrag vereinbarte Erziehungsbeihilfe den Charakter eines Unterhaltszuschusses trägt, der ohne Rücksicht auf die zu leistende Arbeit gewährt wird, oder ob ihr die Bedeutung eines Arbeitsentgelts zukommt, ist eine Frage der Auslegung des Vertragswillens im Einzelfall. †)

Wenn das RRrbG. in einer Reihe von Entsch. (u. a. RRrbG. 1, 313; 2, 226¹⁾ und 241; 6, 158; 8, 152²⁾; Ur. v. 18. Okt. 1930, RAG 207/30; BenschSamml. 10, 469³⁾; Ur. v. 28. Jan. 1931, RAG 387/30; BenschSamml. 12, 3; Ur. v. 28. März 1931, RAG 511/30; BenschSamml. 12, 9; Ur. v. 22. Jan. 1932, RAG 201/31; BenschSamml. 14, 262; Ur. v. 23. Nov. 1932, RAG 317/32; BenschSamml. 15, 393⁴⁾) die Auffassung vertreten hat, daß die sog. Lehrlingsvergütung, auch wenn sie Kostgeld oder Erziehungsbeihilfe genannt werde, doch den Charakter eines Arbeitsentgelts trage, so ist einmal hierfür bestimmend gewesen die geschichtliche Entwicklung des Lehrlingswesens in den in Betracht kommenden

1) JW. 1932, 3468 u. 3469.

Zu 4. Der Entsch. ist nicht zuzustimmen. Aus der vorl. Entsch. ergibt sich, daß — abgesehen von den Verhältnissen in ländlichen Bezirken — es gar nicht darauf ankommt, welchen Ausdruck die Parteien für die Lehrlingsentschädigung gewählt haben. Ob sie diese als Kostgeld, Erziehungsbeihilfe, Arbeitsentgelt bezeichnet haben, ob die Lehrlingsentschädigung durch freie Vereinbarung, durch Unterwerfung unter die Richtlinien der Handwerkskammer oder Innungen zustande gekommen ist, oder ob sie auf TarVertr. beruht, ist unerheblich. Nach dem RRrbG. ist sie immer Arbeitsentgelt. Diese Auffassung mag wohl für TarVertr. noch dahingehen, muß aber für den Fall, daß die Lehrlingsentschädigung sich an die Richtlinien der Handwerkskammer anlehnt, abgelehnt werden.

Wenn es richtig ist, daß der Begriff und die rechtliche Natur der Lehrlingsentschädigung im TarVertr. von den Parteien des TarVertr. bestimmt werden, dann muß Entsprechendes auch für die Richtlinien der Handwerkskammer und der Innungen gelten. Wenn zwei Parteien sich der Vertragsgestaltung durch einen Dritten unterwerfen, dann bedeutet dieses, daß insoweit die Best. des Dritten maßgebend sein soll. Dann kommt es aber darauf an, was der Dritte, hier die Handwerkskammer, in ihren Richtlinien beabsichtigt. Die Auslegung der Unterwerfung unter die Richtlinien der Handwerkskammer oder Innung ist nicht denkbar, ohne daß zugleich auf den Sinn und die Entstehungsgeschichte der Richtl-

1) JW. 1930, 449.

2) JW. 1932, 2465.

3) JW. 1932, 2644.

4) JW. 1933, 245 und 648²⁾.

Gewerben und die Anschauung der beteiligten Kreise, meist auch die Tatsache, daß die Lehrlingsvergütung in Tarifvertr. geregelt und dadurch der Wille der Tarifvertr. Parteien zum Ausdruck gebracht war, die sog. Lehrlingsvergütung dem Lehrling als Arbeitsentgelt zukommen zu lassen. Das schließt nicht aus, daß in anderen Fällen die Erziehungsbeihilfe von den Vertragsparteien als reiner Unterhaltungszuschuß gewollt und vereinbart ist. Für den vorl. Fall hat das *ArbG.* in Auslegung des Vertragswillens der Parteien angenommen, daß die Erziehungsbeihilfe den Charakter eines Arbeitsentgelts trage. Zu einer Nachprüfung in eigener Auslegung der Vertragsbestimmung ist das *ArbG.* nicht befugt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vertragsurkunde, soweit ihr das von der Handwerkskammer herausgegebene Formular zugrunde liegt, als solche typischen Inhalts anzusehen und damit der Nachprüfung durch das *ArbG.* in eigener Auslegung unterliegen würde. Denn gerade die hier in Betracht kommende Vertragsbestimmung entspricht nicht dem Vertragsformular, beruht vielmehr auf besonderer Vereinbarung der Parteien und ist deshalb der Nachprüfung durch das *RevG.* nur in der Richtung unterworfen, ob die Auslegung des *ArbG.* mit dem Wortlaut vereinbar und ohne Verletzung von Auslegungsgrundsätzen vorgenommen worden ist. Daß die Annahme, es handle sich um ein Arbeitsentgelt, mit der Bezeichnung als Erziehungsbeihilfe nicht unvereinbar ist, ergibt schon die bisherige *Rspr.* Im übrigen läßt sich eine Verletzung von Auslegungsgrundsätzen nicht feststellen. Das *ArbG.* hat daraus, daß die Vertragsparteien eine vom Vertragsformular abweichende Vereinbarung getroffen haben, daß die zu zahlende Vergütung nach der Zahl der Lehrjahre abgestuft ist, daß nach den allgemein geänderten Anschauungen das arbeitsvertragliche Element auch im Lehrvertrage mehr in den Vordergrund getreten ist, ohne in dessen an der grundsätzlichen Bedeutung des Lehrverhältnisses etwas zu ändern, gefolgert, daß auch im vorl. Falle die Parteien unter der Erziehungsbeihilfe eine Art Arbeitsentgelt verstanden haben. Bedenken sind hiergegen nicht zu erheben. Das *ArbG.* hat insbes. für das dem Verfaßer des *KL* (Auto-Klempner-Handwerk) nahe verwandte Schlosserhandwerk die Auffassung vertreten, daß gemäß der Entwicklung des Tarifvertragswesens auch der Lehrling entgeltliche Arbeit leistet, und daß dieses Entgelt unter der Bezeichnung Lehrlingsvergütung, Lehrlingsentschädigung, Kostgeld, Unterhalts- oder Erziehungsbeihilfe gezahlt wird. Wenn die *Rev.* darauf hinweist, daß es auch heute noch in diesen Innungen üblich sei, daß der Lehrling bei dem Lehrherrn in Kost und Verpflegung sei, daß es aber mit Rücksicht auf die von den Innungen herausgegebenen Richtlinien dem Lehrherrn freistehe, zu wählen, ob er den Lehrling in Kost und Verpflegung nehmen oder ihm eine Erziehungsbeihilfe gewähren wolle, so mag das für einzelne Gewerbe zutreffen, insbes. in ländlichen Gegenden, in denen ein enges persönliches Verhältnis zwischen Lehrherrn und Lehrling noch möglich ist. Bei einem Betriebe, wie er vorl. in Frage kommt (Fabrik mit 120 Arbeitern), kann diesen Erwägungen keine ausschlaggebende Bedeutung beigegeben werden. In großstädtischen und großbetrieblichen Verhältnissen ist die Auffassung, daß die dem Lehrling zu zahlende Ver-

linien zurückgegangen wird. Dieses ist aber bei der Gleichstellung der Erziehungsbeihilfe, die sich nach den Richtlinien der Handwerkskammer vom *ArbG.* bestimmt, übersehen worden (vgl. hierzu *Rohlfing*: *JW.* 1933, 649, Fußnote).

Das *ArbG.* ist zwar an die Feststellungen des *ArbG.* gebunden, darf bei typischen Urk. den Inhalt nachprüfen. Deshalb befriedigt die vorl. Entsch. nicht, weil sie eine ausdrückliche Stellungnahme vermeidet. Zudem liegt keine Abweichung in der rechtlichen Natur der Lehrlingsentschädigung, wenn die Parteien niedrigere Sätze vereinbaren. Zur Zeit des Abschlusses des Lehrvertrages betragen die Sätze der Handwerkskammer im ersten Lehrjahr 5 *R.M.*, im zweiten Lehrjahr 7 *R.M.*, im dritten Lehrjahr 9 *R.M.* und im vierten Lehrjahr 12 *R.M.*, während die Parteien 4 *R.M.*, 6 *R.M.*, 8 *R.M.* und 10 *R.M.* für die entsprechenden Lehrjahre vereinbart hatten. Wenn schon niedrigere Sätze vereinbart werden, als sie die Handwerkskammer vorgeschrieben hat, dann liegt den Parteien die Auffassung, der Lehrherr könne bei Arbeitsverkürzung auch dieses Entgelt entsprechend mindern, erst recht fern. Daher ist nicht nur rechtlich, sondern auch wegen tatsächlicher Würdigung der Parteiauffassungen gegen das Urk. Bedenken zu erheben. Die Nachprüfung ist dem *ArbG.* zwar in tatsächlicher Hinsicht verwehrt; es muß aber rügen, wenn die Beweiswürdigung zu den allgemeinen Erfahrungssätzen in Widerspruch steht.

Die vorl. Entsch. zeigt deutlich, wohin der Weg des *ArbG.*, daß der Lehrvertrag ein Arbeitsvertrag sei, geführt hat. Der Lehrling wird zwar ausgebildet, erhält die niedrigste Bezahlung und wird in der Vergütung, wie das *ArbG.* sagt, dem Vollarbeiter gleichgestellt. Damit aber tritt eine Zerlegung des Gedankens des Lehrvertrages ein, der in dieser Auswirkung dem Gesetzgeber ferngelegen hat.

AGR. Dr. Rohlfing, Berlin.

gütung, auch wenn sie unter der Bezeichnung Erziehungsbeihilfe oder Kostgeld gewährt wird, in Wirklichkeit Gegenleistung für die zu leistende Arbeit bedeute, immer mehr vorherrschend geworden.

Ist hiernach vom *ArbG.* für den vorl. Fall ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die im Lehrvertrage vereinbarte Erziehungsbeihilfe in Wirklichkeit Arbeitsentgelt bedeutet, so kann auch seine weitere Annahme, daß die unter der Voraussetzung einer 48stündigen regelmäßigen Arbeitszeit vereinbarte Vergütung nach Einführung der 40stündigen Arbeitszeit zu vermindern sei, rechtlich nicht beanstandet werden. Nach § 8 des Lehrvertrages ist der *KL* der Arbeitsordnung unterworfen. Die durch die Arbeitsordnung eingeführte Kurzarbeit ist also auch für ihn maßgebend. Entsprechend seiner verringerten Arbeitszeit muß er sich aber wie jeder andere Arbeiter (vgl. Urk. v. 21. Nov. 1931, *RAG* 186/31: *Bensh-Samml.* 13, 465) einen entsprechenden Abzug von dem Arbeitsentgelt gefallen lassen⁵⁾.

(*ArbG.*, Urk. v. 31. Mai 1933, *RAG* 50/33. — Berlin.)

*

** 5. § 630 *BGB.*; § 73 *BGB.*; § 113 *GewD.* Zweck und Inhalt des Dienstzeugnisses. Das Zeugnis soll der Bewerbung des Arbeitnehmers um eine neue Stelle dienen; die Art der Beschäftigung ist deshalb so genau anzugeben, daß der neue Arbeitgeber die Eignung des Bewerbers beurteilen kann. Für die Bemerkungen über Führung und Leistungen ist dem Arbeitgeber nur ein subjektiv richtiges Urteil zuzumuten. Stets aber muß der Inhalt des Zeugnisses wahr sein, und es darf das in ihm enthaltene subjektive Urteil nicht durch Voreingenommenheit zum Nachteil des Arbeitnehmers gefärbt sein. Die Erwähnung eines dem Arbeitnehmer nachteiligen Einzelfalles kann als unrichtiges Urteil anzusehen sein, wenn sie geeignet ist, irrtümliche Vorstellungen über Leistungen und Führung des Arbeitnehmers zu erwecken. Vgl. *ArbG.* I, 118 = *JW.* 1928, 1666; *ArbG.* 2, 336.

(*ArbG.*, Urk. v. 22. Febr. 1933, *RAG* 480/32. — Münster i. W.)

*

6. §§ 81a Nr. 3, 93 *Abf.* 2 Nr. 5, 95 *Abf.* 4, 103e, 103k *GewD.* Die Festsetzung der Sätze der Erziehungsbeihilfen gehört zu den Innungen und Handwerkskammern zutreffenden näheren Regelungen des Lehrlingswesens i. S. der §§ 93 *Abf.* 2 Nr. 5, 103e und bedarf deshalb der Mitwirkung des Gesellenausschusses gem. §§ 95 *Abf.* 4 und 103k. Solche Festsetzungen sind Verwaltungsvorschriften mit bindender Wirkung gegenüber den Innungsmitgliedern, wirken aber nicht unmittelbar auf den privatrechtlichen Inhalt der Lehrverträge.[†]

Der *KL* ist bei dem Vell. als Lehrling zur Erlernung des Klempner- und Rohrlegers-Handwerks beschäftigt. Zum Abschluß des Lehrvertrages ist ein gedrucktes Formular benutzt, das von der Klempner- und Installateur-Innung (Pflichtorganisation) in Berlin herausgegeben ist. Im § 5 des Vertrages ist bestimmt:

⁵⁾ Vgl. auch *JW.* 1932, 2312.

Zu 6. Der Entsch. ist nicht zuzustimmen. In der vorl. Entsch. schließt sich das *ArbG.* eng an die Begr. des Urk. v. 30. Nov. 1932: *JW.* 1933, 238 an. Aber es fehlt auch hier die nähere Begr., was das Innungsstatut unter „näherer Best. zur Regelung des Lehrlingswesens“ versteht. Zu vermissen ist ein Eingehen auf die Entstehungsgeschichte der Innungsrichtlinien und den Zusammenhang mit den sonstigen Best. zur näheren Regelung des Lehrlingswesens und die Bedeutung der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Befugnissen der Innungen und der Handwerkskammer auf privat- und öffentlich-rechtlichen Gebieten (vgl. hierzu *Rohlfing*: *JW.* 1932, 2532 und Anm. zu *RAG* 338/32: *JW.* 1933, 648 ff.).

Das *ArbG.* tut die entgegengesetzte ausführliche begründete Meinung (vgl. *Dethloff*, Die Rechtsstellung der von der Handwerkskammer und den Innungen herausgegebenen Richtlinien über Lehrlingsentschädigungen im Deutschen Handwerksblatt 1933, 87) mit dem kurzen Hinweis ab, „diese Auffassung sei zu eng“. Endlich fehlt auch die Begr., weshalb gerade die Unverbindlichkeit der Innungsrichtlinien der Auffassung, daß diese unter die Vorschr. zur näheren Regelung des Lehrlingswesens fielen, nicht entgegenstehe. Hier darf darauf hingewiesen werden, daß die Best. über Lehrlingshöchstzahlen gerade die Lehrherrn kraft öffentlichen Rechts verpflichtet, bei den Innungsrichtlinien über Lehrlingsentschädigungen jede öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Bindung fehlt. Bedenklich ist die Auffassung, daß die Handwerkskammer in ihren Beschlüssen über Lehrlingsentschädigungen die Innungen binden oder nur anweisen könne. Damit verkennt das *ArbG.* den Begriff der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Handwerkskammer und Innungen, wie sie tatsächlich auf dem Gebiete der Lehrlingsentschädigung besteht. In § 103e *GewD.* ist

„Für Wohnung, Unterhalt, Beköstigung und Wäsche hat der Lehrling selbst zu sorgen. Dafür zahlt der Lehrherr an den Vater für jede Woche die von der Innung jeweils festgesetzten Beträge als Erziehungsbeihilfen. Diese betragen z. B. 5 RM im ersten Jahre, 7 RM im zweiten Jahre, 9 RM im dritten Jahre, 11 RM im vierten Jahre. Die Best. entspricht dem im Formular vorgesehenen Wortlaut; eine Änderung durch die Vertragsparteien ist daran nicht vorgenommen; lediglich die z. B. geltenden Sätze der Erziehungsbeihilfe sind an den im Formular hierfür vorgesehenen Stellen handschriftlich eingefügt. Durch Beschluß der Innungsversammlung v. 25. Jan. 1932 wurden die Sätze herabgesetzt, und in der Folge hat der Best. nur die herabgesetzten Sätze bezahlt. Der Kl. macht geltend, der Beschluß entbehre der Wirksamkeit, da entgegen der Best. des § 19 der Innungssatzung die Mitglieder des Gesellenausschusses nicht hinzugezogen worden seien.

Das ARbG. ist bereits in der Sache RAG 338/32, der ein unter Benutzung des gleichen Vordruckformulars abgeschlossener Lehrvertrag zugrunde lag, mit der Auslegung der gleichen Vertragsbestimmung befaßt gewesen. In jenem Rechtsstreit (Art. v. 30. Nov. 1932¹⁾) hat es sich zur selbständigen Auslegung der Vertragsbestimmung für befugt erachtet, indem es angenommen hat, daß es sich, da der Vertrag unter Benutzung des von der Klemmer- und Installateurinnung (Pflichtorganisation) in Berlin herausgegebenen Formulars angefertigt worden sei, um eine Vertragsbestimmung mit typischem Inhalt handle. Die gleiche Erwägung trifft auch für den vorl. Fall zu. Der Umstand, daß das ARbG. in dem Art. v. 23. Nov. 1932, RAG 317/32²⁾) in bezug auf den dort in Frage kommenden Lehrvertrag die Eigenschaft einer Vertragsurkunde mit typischem Inhalt verneint hat, steht der Annahme einer solchen Eigenschaft im vorl. Falle nicht entgegen, da es sich in jenem Rechtsstreit um einen Lehrvertrag handelte, der unter Benutzung eines ganz anderen, auch von einer anderen Organisation herausgegebenen Vertragsformulars geschlossen worden war, und die Anerkennung als Vertragsurkunde mit typischem Inhalt jedenfalls für den vorl. Fall den von der Rspr. (vgl. Art. v. 9. Juli 1932, RAG 100/32³⁾); ARbG. 8, 156⁴⁾); 10, 162; 12, 129) hierfür entwickelten Grundsätzen entspricht. Die eigene Auslegung der Vertragsbestimmung führt aber zu dem gleichen Ergebnis, zu dem das ARbG. in jenem Art. v. 30. Nov. 1932 gelangt ist. Unter den von der Innung festgesetzten Beträgen der Erziehungsbeihilfe sind nach dem allgemeinen Sprachgebrauch diejenigen Beträge zu verstehen, die von der Innung im Rahmen der für sie bestehenden Vorschr. ordnungsmäßig festgesetzt sind. Dazu gehört aber die Zuziehung des Gesellenausschusses, die sowohl nach § 95 GewD., als auch nach §§ 18 und 19 der Innungssatzung erforderlich ist. Die Festsetzung der Sätze der Erziehungsbeihilfe fällt in das Gebiet der näheren Regelung des Lehrlingswesens. Die im Schrifttum vertretene Auffassung, die Festsetzung solcher Sätze bedeute keine Vorschr. zur näheren Regelung des Lehrlingswesens i. S. der §§ 103 e, 93 Abs. 2 Nr. 5 GewD., faßt die Aufgaben, die den Innungen durch diese letzteren Best. übertragen sind, zu eng. Sie wird auch keineswegs durch die im Art. v. 14. März 1928 (ARbG. 1, 313) enthaltenen Ausführungen über die Bedeutung der von den Innungen oder Handwerkskamm-

ern zur Regelung des Lehrlingswesens erlassenen Vorschr. gerechtfertigt. Der Umstand, daß diese Vorschr. keine unmittelbare Auswirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Lehrherrn und Lehrling auszuüben vermögen, steht dem nicht entgegen, daß die genannten Stellen solche Vorschr. kraft ihrer öffentlich-rechtlichen Befugnis mit einer die Innungsmittelglieder bindenden Wirkung nach §§ 103 e, 93 Abs. 2 Nr. 5 GewD. erlassen. Auch das Art. v. 23. Nov. 1932, RAG 317/32 steht dieser grundsätzlichen Auffassung nicht entgegen. In Übereinstimmung mit dem Art. v. 30. Nov. 1932 ist deshalb davon auszugehen, daß die Festsetzung der Beträge der Erziehungsbeihilfe eine Tätigkeit der Innung ist, die die nähere Regelung des Lehrlingswesens betrifft, und daß insoweit sowohl nach § 95 GewD. als auch nach §§ 18, 19 der Innungssatzung die ordnungsmäßige Festsetzung der Mitwirkung des Gesellenausschusses bedarf. Wenn das ARbG. darauf hinweist, daß die Innungsversammlung auch in den Vorjahren die Sätze der Erziehungsbeihilfe ohne Mitwirkung des Gesellenausschusses erhöht und sie dementsprechend am 25. Jan. 1932 auch wieder ohne Mitwirkung des Gesellenausschusses herabgesetzt habe, so übersieht es, daß die z. B. des Abschlusses des Lehrvertrages zu zahlenden Sätze durch Einführung in den Lehrvertrag in ihrer Höhe vertragsmäßig festgelegt waren und nur ermäßigt werden konnten, wenn eine anderweitige Festsetzung durch die Innung, d. h. durch einen von der Innungsversammlung nach Maßgabe der bestehenden Vorschr. gefaßten Beschluß erfolgte.

Hiernach beruht das angefochtene Ur. auf einer unrichtigen Auslegung des § 5 des Lehrvertrages. Die ohne Zuziehung des Gesellenausschusses durch Beschluß der Innungsversammlung vorgenommene Ermäßigung der Sätze der Erziehungsbeihilfe ist für den Kl. nicht bindend. Aus den Ausführungen des angefochtenen Ur. ergibt sich aber, daß die Handwerkskammer am 6. April 1927 die gleiche Ermäßigung der Sätze beschlossen hat. Ob diese Festsetzung auch für die Innung ohne weiteres bindend war oder ob sie lediglich eine Anweisung an die der Handwerkskammer unterstehenden Innungen darstellte, nun ihrerseits eine solche Festsetzung vorzunehmen, ist ohne eine nähere Kenntnis des Beschlusses nicht festzustellen. Im ersteren Falle würde die durch die Handwerkskammer erfolgte Festsetzung nach Sinn und Zweck der im § 5 des Lehrvertrages getroffenen Vereinbarung jedenfalls einer durch die Innung erfolgten Festsetzung der Beträge i. S. dieser Vertragsbestimmung gleichwertig sein. Da in dieser Beziehung der Sachverhalt noch weiter aufzuklären ist, bedurfte es der Aufhebung und Zurückverweisung.

(ARbG., Art. v. 31. Mai 1933, RAG 61/33. — Berlin.)

7. § 1 TarbD.; §§ 394, 242 BGB.

1. Die Nachwirkung des Tarifvertrags endet mit dem Inkrafttreten eines neuen unter denselben Tarifparteien abgeschlossenen Tarifvertrags.

2. Mit Bereicherungsansprüchen kann unter Umständen gegen unpfändbare Lohnforderungen aufgerechnet werden.†)

Der Kl. macht zunächst für die Zeit über den 1. Febr. 1932 hinaus weiter die höheren Barlohnsätze geltend, die er bis dahin nach dem zum 31. Dez. 1929 gefälligen und außer Kraft ge-

zum mindesten öffentlich-rechtliche Best. unter den Parteien seitens der Lehrherren erzeugen. Das ARbG. hat es unterlassen, diese Folge aus seiner Ansicht zu ziehen, auch nicht dargelegt, wann eine solche Bindung besteht. Die Bindung wäre auf jeden Fall zu bejahen, wenn man der Ansicht des ARbG. folgt und die Richtlinien über Lehrlingsentschädigungen zu den Best. über die „nähere Regelung des Lehrlingswesens“ zählt. Darin aber liegt der Widerspruch der Anschauung des ARbG., daß es auf der einen Seite an der Unverbindlichkeit der Richtlinien festhält, auf der anderen Seite eine Mitwirkung des Gesellenausschusses für notwendig und im Verhältnis der Richtlinien der Innungen zu denen der Handwerkskammer eine Bindung für möglich hält.

Schließt man sich der Entsch. des ARbG. an, so bleibt dieser Widerspruch bestehen. Da die Rspr. dieses Widerspruchs nicht Herr geworden ist, erscheint es im Interesse einer gesunden Rechtsentwicklung erforderlich und wünschenswert, daß zwar die Richtlinien über Lehrlingsentschädigungen unter Mitwirkung der Gesellenschaft des Handwerks zustande kommen, daß ihnen aber gleichzeitig gegenüber allen Parteien des Lehrvertrages bindende Kraft eingeräumt wird. Inwieweit erscheint eine Änderung der Gesetzgebung besonders erforderlich.

AGN. Dr. Rohlfing, Berlin.

Zu 7 und 8. 1. Ausgangspunkt der Entsch. Nr. 8 ist der vom ARbG. in den beiden angeführten Entsch. sowohl für nichtrechtsfähige (Art. v. 26. Okt. 1929) wie für rechtsfähige (Art. v. 13. Febr. 1932; aus dem früheren Ur. war für diese eher das Gegenteil zu schließen; Nipperdey: BentschSamml. 8, 141 [ARbG.], Lehrb. II^{3/6} § 16 Anm. 48) Vereine aufgestellte Satz, der TarbVertr.

der Zuständigkeit der Handwerkskammer vorbehalten, nähere Best. zur Regelung des Lehrlingswesens zu treffen. Nach § 93 Abs. 2 Ziff. 5 GewD. muß der Innung vorbehalten werden, der Erlaß von Vorschr. zur näheren Regelung des Lehrlingswesens. Dies bedeutet, daß die Innungen zum Erlaß von näheren Vorschr. zur Regelung des Lehrlingswesens nur soweit befugt sind, als entweder die Handwerkskammer die dahingehende Frage nicht geregelt oder Abweichungen durch die Innungen zugelassen hat. Soweit die Richtlinien der Innungen mit denen der Handwerkskammer in Widerspruch stehen, sind die nach § 103 f Abs. 2 GewD. unverbindlich. Will also die Handwerkskammer für alle Handwerksbetriebe die Lehrlingsentschädigungen gleichmäßig festsetzen, so würde dies zur Bedeutung haben, daß keine Innung unter diese Sätze oder über diese Sätze gehen kann und insoweit wegen des Widerspruchs die Innungsrichtlinien unwirksam wären. Dieses ist die Folgerung aus der Stellungnahme des ARbG. zu den Richtlinien, die es unter die Best. „zur näheren Regelung des Lehrlingswesens“ einordnet. In der Regel (so ist es im Falle der Handwerkskammer Berlin geschehen) ist eine besondere Zulassung für Innungsrichtlinien nicht erfolgt. Die Zulässigkeit von Abweichungen einer Frage, die bereits erschöpfend durch Richtlinien der Handwerkskammer getroffen ist, bedarf eines besonderen Inhalts. Das Schweigen genügt also nicht. Gerade die verschiedene Bedeutung der Zuständigkeitsabgrenzung der Innungsrichtlinien mit folgender Unverbindlichkeit beim Widerspruch ergibt, daß unter den näheren Best. des Lehrlingswesens nur solche getroffen sind, die

¹⁾ JW. 1933, 238 und 648³. ²⁾ JW. 1933, 245 und 648².
³⁾ JW. 1932, 3533⁷⁴. ⁴⁾ JW. 1932, 2465.

tretenen § 6 des TarVertr. v. 10. Dez. 1928 erhalten hat, der zufolge beiderseitiger Verbandzugehörigkeit der Parteien ihr Arbeitsverhältnis beherrschend hat. Das BG. sieht die Nachwirkung dieser Tariffolge mit dem 1. Febr. 1932 dadurch als beendet an, daß die Tarifparteien von diesem Tage ab den § 6 mit neuen niedrigeren Barlohnbeträgen wieder in Kraft gesetzt haben. Diese Auffassung entspricht der ständigen Rspr. des RG. und des RArbG. (RG. 114, 195 f.); RArbG. 2, 271 *); Urtr. v. 30. Jan. 1929, RAG 225/28 *) und v. 27. Sept. 1930, RAG 162/30 *), abgedr. Bensch-Samml. 5 Nr. 67 und 10 Nr. 58). Die Parteien eines Einzelarbeitsvertrages, die zufolge Verbandzugehörigkeit unter einen TarVertr. fallen, wollen ihr Arbeitsverhältnis nicht nur dem z. B., sondern dem jeweils geltenden TarVertr. unterwerfen. Sie wollen zwar nicht, daß mit Eintritt eines tariflosen Zustandes die durch den abgelaufenen TarVertr. erfolgte Regelung ihres Arbeitsverhältnisses aufhört. Vielmehr soll diese Regelung bis zur ordnungsmäßigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen bleiben. Bis dahin wirkt der abgelaufene TarVertr. in ihrem Arbeitsverhältnis im allgemeinen nach. Es muß jedoch als dem Willen der Parteien, die ihren Verbänden die Regelung ihres Vertragsverhältnisses überlassen haben, entsprechend angesehen werden, daß die nachwirkende tarifliche Regelung durch eine neue tarifliche ersetzt wird. Mit Inkrafttreten der neuen TarBest. hört die Nachwirkung der bisherigen auf, selbst wenn die frühere für den Arbeitnehmer günstiger war. Daraus folgt, daß dem Kl. v. 1. Febr. 1932 ab nur noch die mit diesem Tag in Kraft getretenen niedrigeren tariflichen Barlohnsätze zukommen. Diese haben die nachwirkenden höheren Tariffolge abgelöst. Damit wird der § 1 TarVertr. nicht verletzt, wie die Rev. zu Unrecht annimmt.

Nicht erörtert hat das BG. freilich die von der Rev. angesehene Frage, ob der Best. nicht durch § 394 BGB. i. Verb. m. den gesetzlichen Lohnpfändungsvorschr. wenigstens gehindert war, den für den Monat Februar zum Ziel gezahlten Lohnbetrag von 50,80 RM, wie gesehen, vom Märzlohn in Abzug zu bringen. Dieser Abzug stellt eine Aufrechnung seitens des Best. mit dem ihm aus der irrthümlichen Zubielzahlung erwachsenen Bereicherungsanspruch dar. Das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. muß jedoch im vorl. Falle versagen. Das Verbot soll dem Arbeitnehmer seinen rechtmäßigen Lohn in bestimmter Höhe sichern, soll ihn aber nicht in Besitz unrechtmäßig zubiel empfangenen Lohnes schützen. Derjenige, der sich Lohn auszahlen läßt, der ihm, wie ihm bekannt war, in dieser Höhe nicht mehr zutram, handelt damit gegen Treu und Glauben und muß sich deshalb den späteren

finde durch Auflösung eines der tarifschließenden Verbände ohne weiteres sein Ende. Es ist sehr bedauerlich, daß das RArbG. den Wunsch Stollis (Bensch-Samml. 14, 608 [RArbG.]), seine Ansicht in dieser Beziehung noch einmal zu überprüfen, nach der Begr. des vorl. Urtr. unerfüllt gelassen hat; denn die auf sehr ernsten methodischen Bedenken beruhende Kritik gerade dieses Schriftstellers an der in Frage stehenden Rspr. (vgl. ArchZivPr. Nr. F. 13, 78 ff.; JW. 1930, 3500 ff.; Kartenauskunftei des Arb.-R., Verfassverein, Auflösung 362, 3/4 u. a. a. D. S. 602 ff.) trifft in der Tat in allen wesentlichen Punkten das richtige (vgl. die Lit. bei Ripperdey, Lehrb. II a. a. D.). Sicher muß m. E. bei rechtsfähigen Vereinen arg. § 49 Abs. 2 BGB. der Fortbestand des Verbandes angenommen werden, soweit es die Abwicklung des laufenden TarVertr. erfordert, fraglich könnte es höchstens erscheinen, ob man mit Stollis (ArchZivPr. Nr. F. 13, 81 und RG-Festg. 1929, II, 49 ff.) durch „abändernde Gebotsberichtigung“ gegenüber § 54 BGB. auch beim nicht rechtsfähigen Verein diese Vorschr. entsprechend anwenden darf; doch ist ein solcher Schritt gerade bei Arbeitsverbänden am ehesten zu rechtfertigen (Stollis a. a. D. S. 89 ff.), und wer sich dazu nicht entschließen wollte, dürfte keinesfalls mit dem RArbG. dem Tarifgegner eines nicht rechtsfähigen Verbandes bei dessen Auflösung den Rechtsschutz verjagen, sondern müßte notgedrungen als Träger der Pflichten aus dem TarVertr. gem. §§ 54, 714, 427 BGB. die Mitglieder ansehen, was wieder zu anderen erheblichen Schwierigkeiten führt (mangelnde Tariffähigkeit der einzelnen Arbeitnehmer, Frage des Ausschlusses der Mitgliederhaftung durch Satzung und Vertrag mit dem Gegner).

2. Nimmt man mit dem RArbG. Beendigung des TarVertr. durch Verbandsauflösung an, so erhebt sich — ebenso wie in dem Falle der Tarifkündigung, der dem Urtr. Nr. 7 zugrunde liegt — die Frage der Nachwirkung der Tarifnormen. Sie wird bekanntlich vom RArbG. positiv beantwortet, eine Lösung, die sich nur aus der falschen, körperweltlichen Vorstellung des „Eingehens“ der tariflichen Arbeitsbedingungen in den Einzelarbeitsvertrag erklärt und grundsätzlich abzulehnen ist (vgl. Ripperdey, Lehrb. II^{2/5} § 20 IV 3, S. 238 ff.). Ich darf hier auf meinen an anderen Stellen (ArchZivPr. Nr. F. 5, 10, Anm. 14; 9,

Abzug des zubiel empfangenen Lohnbetrages gefallen lassen (Urtr. v. 11. Mai 1929, RAG 603/28 *) abgedr. Bensch-Samml. 6 Nr. 8; f. auch RArbG. 5, 193). Der Kl. hat der tariflichen Lohnkommission angehört, die vom 1. Febr. 1932 ab niedrigere tarifliche Barlohnsätze eingeführt hat. Er konnte deshalb für den Monat Februar die höheren alten Sätze nicht mehr erwarten. Er konnte auch nicht annehmen, daß der Best. ihm die alten Sätze als über-tarifliches Entgelt habe zuteil werden lassen wollen und hat dies selbst nicht behauptet. Seiner Berufung auf § 394 BGB. steht bei dieser Sachlage der Grundsatz des § 242 entgegen.

(RArbG., Urtr. v. 4. Jan. 1933, RAG 429/32. — Altona.)

*

** S. § 1 TarVertr.; § 125 BGB.

1. Mit Auflösung eines Vereins, der Tarifpartei ist, erlischt der Tarifvertrag. Sein normativer Inhalt bleibt aber, soweit er in Einzelarbeitsverträge eingegangen ist, kraft Nachwirkung weiter maßgebend.

2. Die Nachwirkung endet, wenn und soweit die Parteien der Arbeitsverträge eine Änderung der Arbeitsbedingungen vereinbaren; dies kann durch Betriebsvereinbarung geschehen.

3. Tarifverträge, die der Schriftform entbehren, sind unwirksam. Die Schriftform ist nicht gewahrt, wenn die Vertragsschließenden in einer Urkunde auf einen von andern Tarifparteien geschlossenen Tarifvertrag lediglich verweisen, ohne dessen Inhalt in den Text der Urkunde aufzunehmen.†)

Das BG. geht davon aus, daß der MantelTarVertr. v. 13. Mai 1929 mit Auflösung der einen Tarifpartei, der durch Beschluß ihrer Mitglieder v. 21. Mai 1930 aufgelösten Vereinigung der Kistenfabrikanten Berlins und Umgebung e. V., sein Ende gefunden hat. Das entspricht der Rspr. des RArbG. (RArbG. 5, 1¹) und 10, 258 *). Für die Arbeitsverträge, die ihren Inhalt durch den beendeten TarVertr. bereits erhalten hatten, ist er jedoch kraft Nachwirkung weiter maßgebend geblieben. Dazu gehört nicht nur der Arbeitsvertrag des Kl. M., der zufolge Verbandsmitgliedschaft seiner Parteien unter den MantelTarVertr. gefallen war, sondern gehören auch die Arbeitsverträge der beiden anderen Kl., falls sie unter Bezugnahme auf den TarVertr. abgeschlossen waren. Die Nachwirkung hört aber auf, sobald und soweit die Parteien der Arbeitsverträge eine Änderung der Arbeitsbedingungen vereinbaren. Eine vertragliche Neuregelung des Arbeits-

115; JW. 1932, 3495 f.) begründeten Widerspruch verweisen. Geht man mit der richtigen Ansicht davon aus, daß das bisher tarifgebundene Arbeitsverhältnis mit der Beendigung des TarVertr. tariffrei wird, so sind dessen Bedingungen allein aus dem zu ermitteln, was Arbeitgeber und Arbeitnehmer einander ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung erklärt haben. Die Auslegung dieser Erklärungen ergibt für den Fall der Entsch. Nr. 7, daß der Best. dem Kl. nur bis zum Abschluß eines neuen TarVertr. die bisherigen tariflichen Bezüge weiter gewähren wollte, der neue TarVertr. also keine „günstigere“ Lohnregelung verdrängt (die konsequente Durchführung der Nachwirkungslehre muß an diesem Punkte scheitern; vgl. Ripperdey, Bensch-Samml. 14, 394 [RArbG.]). Das RArbG. kommt zum gleichen Ergebnis durch die recht günstigste Annahme, die Einzelvertragsparteien hätten diese beschränkte Nachwirkung des TarVertr. gemollt, und zwar indem sie „ihren Verbänden die Regelung ihres Vertragsverhältnisses überlassen“ hätten; man bedachte, daß davon mindestens bei dem für allgemein verbindlich erklärten TarVertr. hinsichtlich der Außenseiter keine Rede sein kann (vgl. Kaskel-Verf. § 18 a. E. S. 130). Im Falle des Urtr. Nr. 8 war m. E. die Betriebsvereinbarung v. 16. Mai 1931 nach § 78 Nr. 2 BetrArbG. („soweit eine tarifvertragliche Regelung nicht besteht“) unwirksam, da sie auf die unabhängig fortgeltenden Normen des in Wahrheit noch gar nicht beendeten alten TarVertr. traf (f. o. unter 1). Nimmt man mit dem RArbG. Beendigung des alten TarVertr. durch Auflösung des Arbeitgeberverbandes an, so galt die bisherige Urlaubsregelung höchstens kraft Einzelvereinbarung fort und wurde durch die Betriebsvereinbarung kraft der dieser n. r. A. zukommenden unmittelbaren Wirkung ohne Rücksicht auf die Günstigkeit verdrängt (vgl. Ripperdey, Lehrb. II^{2/5} § 36 III 1, 2; für unmittelbare Wirkung der Betriebsvereinbarung auch Kaskel-Verf. § 4 S. 136).

3. Seht man mit dem RArbG. voraus, daß die Urlaubsansprüche der Kl. im Falle Nr. 8 sich nach der Betriebsvereinbarung v. 16. Mai 1931 bestimmten, so erhebt sich weiter die Frage, ob diese Regelung durch den Abschluß des gemeinschaftlichen FirmenTarVertr. v. 2. Jan. 1932 verdrängt wurde. Das RArbG. verneint dies, weil zur Wahrung der gesetzlichen Schriftform (§ 1 TarVertr.) die Bezugnahme auf andere Schriftstücke, die nicht

1) JW. 1927, 265.

2) JW. 1929, 1317.

3) JW. 1929, 2298.

4) JW. 1932, 2052.

5) JW. 1930, 437.

1) JW. 1930, 3498.

2) JW. 1932, 3493.

verhältnisses ist für die Kl. durch die Betriebsvereinbarung erfolgt, welche die Best. mit ihrer gesamten Belegschaft am 16. Mai 1931 abgeschlossen und ihr durch Aushang v. 18. Mai 1931 bekanntgegeben hat. Dadurch sind nicht nur die Löhne herabgesetzt, sondern ist auch die tarifliche Urlaubsdauer verkürzt worden.

Unstreitig ist nun zwischen den Parteien aber, ob die tariflichen Urlaubsbest. für die Kl. nicht dadurch wieder Geltung erlangt haben, daß der sie enthaltende MantelTarVertr. v. 13. Mai 1929 zum Inhalt des neuen Tarifabkommens v. 2. Jan. 1932 gemacht worden ist. Dieses Abkommen ist ausweislich der darüber aufgenommenen Vertragsurkunde auf Arbeitgeberseite von den aus einer angefügten Liste ersichtlichen Arbeitgebern der Berliner Ristenindustrie, darunter der Best., und auf Arbeitnehmerseite nicht nur von der Freien Vereinigung der Ristenmacher Groß-Berlins, welcher der Kl. M. angehört, sondern auch vom Deutschen Holzarbeiterverband, dessen Mitglieder die anderen beiden Kl. sind, abgeschlossen und auf Arbeitgeberseite vom Ristenfabrikanten D. „in Vollmacht der in der Liste aufgeführten Arbeitgeber“ unterzeichnet worden. Das BG. hält mit Recht die für TarVertr. nach § 1 ArbV. vorgeschriebene Schriftform durch die bloße Angabe, daß der von der Vereinigung der Ristenfabrikanten und der Freien Vereinigung der Ristenmacher unterzeichnete MantelTarVertr. v. 13. Mai 1929 von dem im Eingang des Abkommens genannten Tarifparteien abgeschlossen wird und die zugefügte Best. der Geltungsdauer des Abkommens nicht für gewahrt.

Nach der Rspr. des RG. verlangt der gesetzliche Formzwang der Schriftlichkeit, dessen Nichtbeachtung nach § 125 Satz 1 BGB. Nichtigkeit zur Folge hat, daß der gesamte wesentliche Inhalt des Rechtsgeschäfts in die über dasselbe aufgesetzte Urkunde mit aufgenommen wird (RG. 57, 260; 80, 402³) und dortige Anführungen). Zur Wahrung der Schriftform genügt es nicht, daß sich die Erklärungen der Beteiligten erst aus anderen in der Urkunde angezogenen Schriftstücken erkennen lassen (RG. 105, 289). Eine Ausnahme wird für den Fall zugelassen, daß das angezogene Schriftstück der Haupturkunde unmittelbar beigelegt ist und als Anlage mit ihr zusammen eine Einheit bildet und deshalb als durch die Unterschrift unter der Haupturkunde mitgedeckt angesehen werden muß (RG. 107, 291). So werden z. B. der TarVertr. Urkunde beigelegte tarifliche Protokollnotizen von der Schriftform der Urkunde mitumfaßt (Urt. v. 24. Nov. 1928, RAG 127/28; BenschSamml. 4, 188). Es braucht nicht untersucht zu werden, ob die Schriftform gewahrt ist, wenn dieselben Parteien, die einen abgelaufenen TarVertr. geschlossen haben, bei dessen Verlängerung oder Neuabschluss in der von ihnen unterzeichneten Vertragsurkunde auf den alten Vertrag Bezug nehmen. Eine derartige Bezugnahme genügt jedenfalls dann nicht, wenn die Parteien des alten und des neuen TarVertr., wie im vorl. Falle, nicht die gleichen sind. Auch das Urt. v. 28. Sept. 1929, RAG 149/29 (BenschSamml. 7, 114) kann die gegenteilige Ansicht nicht stützen. Darin ist zugelassen, daß der Schiedsspruch auf andere Abmachungen verweist, wenn daraus über seinen Inhalt Zweifel nicht ent-

der Haupturkunde äußerlich beigelegt seien, nicht genüge, soweit es sich um den „wesentlichen“ Inhalt des Vertrages handle. Es kann dahingestellt bleiben, ob die damit übernommene strenge Rspr. des RG. (vgl. außer den in den Gründen angezogenen Entsch. auch RG. 125, 156 ff.) auf dem Gebiete der gewöhnlichen Verträge des bürgerlichen Rechts zu billigen ist (dagegen Rippe, Lebr. II³ § 15 Anm. 20); jedenfalls führt sie beim TarVertr., dessen „wesentlicher“ Inhalt sich nicht, wie bei den Geschäftstypen des BGB. in einzelnen Beziehungen (Essentialien) erschöpft (z. B. bei der Bürgschaft: Einsetzen für die Erfüllung einer individualisierten Verbindlichkeit), sondern die gesamten zu regelnden Arbeitsbedingungen umfaßt, zu einer übertriebenen Formstrenge: Der Text mancher TarVertr. ist in gedruckten Ausgaben ebenso leicht und sicher zugänglich, wie der Text von Gesetzen und VO., der Gesetzgeber hat auch selbst (§ 8 ArbV.) für eine gewisse Publizität gesorgt und in § 73 ArbGG. hinsichtlich der Revisibilität Tarif- und Gesetzesnormen gleichgestellt, Verweisungen auf einen anderen Tarif können also kaum anders behandelt werden als Verweisungen auf gesetzliche Normen. Ob der „Warnungszweck“ der Form i. S. von Leonhardt, Schuldrecht II 315 wirklich erreicht wird, wenn man die Parteien zum i n g t, ein Exemplar des angezogenen TarVertr. ihrem eigenen Verträge als dauernde Anlage beizufügen, ist mindestens zweifelhaft; denn Parteien, die solche geschäftliche Sorgfalt nicht aus freien Stücken üben, werden es leicht unterlassen, die Anlage genau durchzulesen. Jedenfalls aber kann der vorl. Fall — Bezugnahme des gemeinschaftlichen FirmenTarVertr. auf einen früheren VerbandsTarVertr., der im wesentlichen wohl die gleichen Arbeitgeber betraf — nicht anders beurteilt werden als der Fall der Verlängerung oder des Neuabschlusses unter denselben Parteien,

³) JW. 1912, 1101.

stehen können. Die ausnahmsweise vorgeschriebene schriftliche Abfassung eines Vertrages soll aber nicht nur die Klarstellung seines Inhalts gewährleisten, sondern wegen der Bedeutung dieses Inhalts die Parteien auch vor übereilung bewahren und zur sorgfältigen Überlegung bei der Abfassung anhalten. Diese Absicht wird in höherem Maße erreicht, wenn die Parteien in die von ihnen abgefaßte oder doch unterzeichnete Urkunde den gesamten wesentlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst aufnehmen und wegen dieses Inhalts nicht nur auf andere Schriftstücke verweisen. Die Verweisung darf wohl einen in der Haupturkunde bereits enthaltenen wesentlichen Vertragsinhalt ergänzen, kann ihn jedoch nicht völlig ersetzen.

(ArbG., Urt. v. 4. Jan. 1933, RAG 428/32. — Berlin.)

**** 9.** § 139 Abs. 4 ArbVermG.; §§ 611, 612 BGB.

1. Grenzen der Befugnis des Präf. der Reichsanstalt zur Lohnfestsetzung bei öffentlichen Notstandsarbeiten.

2. Aufwendungen des Arbeitnehmers für den Weg vom Wohnort zum Arbeitsort hat der Arbeitgeber nur zu erstatten, wenn dies vereinbart ist.

Rechtlich verfehlt ist die Annahme des VerA., als ob § 139 Abs. 4 ArbVermG. den Präf. der Reichsanstalt ermächtigte, mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung vorzuschreiben, daß der Arbeitgeber den Arbeitern in irgendeiner Rechtsform ein Arbeitsentgelt zu gewähren habe, das weder im TarVertr. noch etwa im Einzelarbeitsvertrag seine Rechtsgrundlage findet. Diese Annahme steht mit § 139 Abs. 4 ArbVermG. im Widerspruch. Diese Vorschr. hat unzweideutig den Präf. nur ermächtigt, eine obere Grenze für die Entlohnung der Notstandsarbeiter festzusetzen (die zweite dem Präf. verliehene Befugnis, festzusetzen, welcher TarVertr. Anwendung finden soll, ist für die vorl. Sache ohne Belang). Aus der Befugnis, eine Höchstgrenze festzusetzen, läßt sich aber nicht die weitere und anders geartete Befugnis ableiten, mit Rechtswirkung anzunehmen, daß der Arbeitgeber den Arbeitern neben dem Höchstlohn noch weitere Vergütungen zu entrichten habe, auf die den Notstandsarbeitern sonst, nach TarVertr. oder Einzelarbeitsvertrag, kein Anspruch zusteht. Sicherlich hat der Präf. etwaige Nebenvergütungen nicht ausschließen wollen; das zeigt schon sein Erlaß v. 23. Sept. 1932; aber hier war nicht zu entscheiden, ob der Präf. solche Nebenleistungen ausschließen wollte, sondern ob er solche einführen konnte, obschon der TarVertr. sie für den Fall des Kl. nicht kennt. Übrigens ist es im allgemeinen Sache des Arbeitnehmers, sich an demjenigen Orte zur Arbeitsleistung zu stellen, der für ihn Erfüllungsort ist. Nur wenn der Arbeitgeber ihn von diesem Orte aus weiter nach auswärts verschiebt, kann der Arbeitnehmer dafür Auslagenersatz fordern. Das ist der Grundgedanke, der den häufig wiederkehrenden Best. vieler TarVertr. über „Auslösungen“, „Entfernungszulagen“, „Wegegelder“ u. dgl. zugrunde liegt (vgl. RAG 321/28 v. 19. Jan. 1929; ArbR. 1929, 160 und für das Steinseggewerbe RAG 397/32 v. 21. Jan. 1933). Für die Aufwendungen, die dem Arbeitnehmer daraus erwachsen, daß er sich von seinem Wohnort an den vertragsmäßigen Arbeitsort begibt, kann der Arbeitnehmer Ersatz vom Arbeitgeber nur verlangen, wenn letzterer ihm das besonders zugesagt hat.

dessen Entsch. das ArbG. offen läßt und der doch wohl im Sinne der Zulässigkeit der Verweisung gelöst werden muß, will man nicht aus der Formvorschr. des § 1 eine ganz überflüssige Belastung der Parteien mit Schreibwerk machen.

4. Im Falle der Entsch. Nr. 7 hatte der Kl. für den Monat Februar 1932 die Differenz zwischen dem alten und dem neuen Tariflohn ohne rechtlichen Grund empfangen, und zwar nach dem festgestellten Sachverhalt in Kenntnis von dem Mangel eines solchen Grundes und in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise. Er haftet darum gem. § 819 Abs. 1 und 2 i. Verb. m. § 818 Abs. 4 BGB. dem Best. für die Herausgabe dieses Betrags nach den allgemeinen Vorschr. Eine Abschwächung dieser Haftung auf die Bereicherung i. S. § 818 Abs. 1—3 käme nur in Frage, wenn der Kl. etwa rechtsirrtümlich angenommen hätte, die alten, in seinem Arbeitsverhältnis „nachwirkenden“ Tariflohnsätze müßten nach dem Günstigkeitsprinzip auch unter dem neuen TarVertr. fortgelten (s. o. unter 2). Die vom ArbG. (ähnlich wie in JW. 1930, 437 f.¹⁵) in wenig glücklicher Weise unmittelbar aus § 242 BGB. abgeleitete Ausnahme vom Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. (zutr. Kritik bei D e r t m a n n a. a. D.) ist hier m. E. deshalb gerechtfertigt, weil die conditio gegen denjenigen, der bewußt und sittenwidrig ein indebitum annimmt, offenbar nicht anders behandelt werden kann als der auf dem gleichen Tatbestand fußende Schadensersatzanspruch. Gegen Treu und Glauben handelt derjenige Arbeitnehmer, der sich auf das Aufrechnungsverbot beruft, obwohl der gegen ihn gerichtete Anspruch aus seinem eigenen dolus begründet ist, mag er sich als deliktischer oder kontraktlicher Schadensersatzanspruch oder auch als conditio darstellen (vgl. Hueb., Lebr. I³ § 43 V).

Prof. Dr. S. Reiter, Tübingen.

Der Erlaß v. 18. Nov. läßt erkennen, daß es dem Präf. erwünscht schien, den Notstandsarbeitern, die von auswärts, teilweise wohl aus größeren Entfernungen, sich zu den Arbeiten einfinden, Wege- und Fahrgeld zu verschaffen. Konnte auch der Präf. dieses Ziel nicht auf dem Wege einer verbindlichen Anordnung erreichen, so konnte es diesem Ziele doch schon dienlich sein, wenn der Präf. feststellte, daß derlei Wege- und Fahrgelder, soweit sie kraft Tar-Vertr. oder Einzelvertrags dem Arbeiter zukamen, doch für die Berechnung der „oberen Lohngrenze“ nach § 139 Abs. 4 ArbVertrG. außer Betracht bleiben sollten, daß mithin der Arbeitgeber, indem er solche Vergütungen bezahlte, nicht die Bedingungen verletzte, unter denen ihm die Notstandsarbeit übertragen worden war. Darüber hinaus bestand aber weiter die Möglichkeit, daß der Präf. oder die ihm nachgeordneten Stellen aus Anlaß der Vergabe der Arbeiten an die Unternehmer ihren Einfluß nach der Richtung geltend machten, daß der Arbeitgeber dem Notstandsarbeiter im Wege des Einzelvertrags (soweit der Tar-Vertr. nicht entgegenstand, vgl. § 1 Abs. 1 TarV.D.) Wege- und Fahrgeld bewilligte.

(NArbG., Urt. v. 3. Mai 1933, RAG 73/33. — Frankfurt a. D.)

*

10. § 13 SchwBeschG.; § 97 BetrRG. Bedingte Erlaß-zustimmung des Arbeitsgerichts und bedingte Zustimmung der Fürsorgebehörden zur Entlassung.

Durch den angef. Beschl. hat das ArbG. die Zustimmung zur Kündigung des Bahnunterhaltungsarbeiters B. unter der Bedingung erteilt, daß an seiner Stelle der Bahnunterhaltungsarbeiter K. wieder eingestellt wird.

Die Beschw. rügt, die Zustimmung könne nicht unter einer Bedingung erteilt werden. Dem kann nicht beigegeben werden. Das Wort Bedingung ist in dem angef. Beschl., wie auch seine Begr. erkennen läßt, als eine Voraussetzung aufzufassen, von deren Erfüllung die erteilte Zustimmung abhängig ist. Das NArbG. hat bereits durch Beschl. v. 11. Dez. 1929, RB 39/29¹⁾, ausgesprochen, daß keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestehen, die Zustimmung auch unter Bedingungen oder Voraussetzungen zu erteilen, sofern nur dadurch die Kündigungswirkung nicht ins Unbestimmte gerückt wird. Zulässig ist insbes., die Zustimmung zu einer Kündigung zwecks Vertragsänderung unter der Bedingung zu erteilen, daß der neue Vertrag tatsächlich abgeschlossen wird. Auch für die Best. der §§ 13, 14 SchwBeschG. steht durch die Rspr. fest (NArbG. 9, 13²⁾ und 184³⁾), daß die HZürSt. oder der Schwerbeschädigtenausschuß die Zustimmung zur Entlassung des Schwerbeschädigten unter der Bedingung erteilen kann, daß ein anderer Schwerbeschädigter eingestellt wird. Der Rechtsinn einer so erteilten Zustimmung liegt darin, daß die Wirkung der Zustimmung bis zu der Erlaßentlassung erstreckt wird.

(NArbG., Beschl. v. 3. Mai 1933, RAG RB 23 u. 24/33.)

*

**** 11.** §§ 13 ff. SchwBeschG. Der Spruch der Hauptfürsorgestelle ist als behördliche Entscheidung vom Revisionsgericht frei auszuliegen. Die HZürSt. darf der Kündigungsgenehmigung nur solche Einschränkungen hinzufügen, die sich im Rahmen des SchwBeschG. und der ihr von diesem erteilten Ermächtigung halten, und die dem Wesen der Kündigung als eines bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfts nicht widersprechen. Eine Zustimmung zur Kündigung, die diesen Erfordernissen nicht entspricht, gilt als nicht erteilt.

Der Kl., Schwerbeschädigter, stand seit mehr als 7 Jahren bei der Bekl. in Arbeit. Am 15. März 1932 kündigte ihm diese zum 1. April 1932, weil sie infolge der wirtschaftlichen Verhältnisse zu einer starken Einschränkung des Betriebes gezwungen war. Auf einen am 2. April 1932 bei der HZürSt. gestellten Antrag erteilte diese am 27. April 1932 die Zustimmung „mit Wirkung zum 30. April 1932, dem Ablauf der gesetzlichen vierwöchigen Mindestkündigungsfrist, unter der Bedingung, daß H. später nach Wiederaufnahme des Fabrikationsbetriebes im Rahmen der Einstellungs-pflicht bevorzugt wieder mit eingestellt wird“. Die hiergegen vom Kl. eingelegte Beschw. wurde vom Schwerbeschädigtenausschuß zurückgewiesen.

Der daraufhin am 30. April 1932 entlassene Kl. hält die Kündigung für rechtsunwirksam; er hat Klage auf Weiterzahlung des Lohnes für 2 Monate über den 30. April 1932 hinaus erhoben. Er hat u. a. geltend gemacht, die Zustimmungserklärung sei deshalb unwirksam, weil sie an eine Bedingung geknüpft sei.

Das ArbG. hat abgewiesen; das NArbG. hat verurteilt. Die Rev. war erfolglos.

Das NArbG. hat in der dem Zustimmungsbefehde beigegebenen Bedingung der Wiedereinstellung des Kl. eine unzulässige Einschränkung der Zustimmung erblickt. Da es sich bei dem Spruch

der HZürSt. um eine behördliche Entsch. handelt, unterliegt er nach der Rspr. (vgl. RG. 102, 11¹⁾; Urt. v. 23. Sept. 1931, RAG 93/31: ArbRspr. 1931, 350²⁾) der selbständigen Auslegung durch das ArbG. Diese führt jedoch zu keinem anderen Ergebnis als dem des NArbG. Aus dem Bescheide v. 27. April 1932 ergibt sich die Auffassung, daß die HZürSt. die Zustimmung zur Kündigung des H. nur in Verbindung mit einer gleichzeitigen rechtlichen Verpflichtung der Bekl., den Kl. wieder einzustellen, sobald in dem Betriebe die Voraussetzungen für die Beschäftigung eines Schwerbeschädigten wieder eingetreten waren, erteilt hat. Zustimmungserklärung und Verpflichtung des Bekl. waren nach dem Willen der HZürSt. untrennbar miteinander verknüpft. Mit Recht hat das NArbG. daher angenommen, daß es sich um mehr als eine an eine uneingeschränkt erteilte Zustimmung geknüpfte Erwartung, Bitte oder Auflage handelte, die, wenn sie später nicht erfüllt wurde, die einmal erteilte Zustimmung unberührt ließ. Das NArbG. hat bereits im Urt. v. 27. Febr. 1929 (NArbG. 3, 261³⁾) ausgesprochen, daß die HZürSt. ihrer Kündigungszustimmung nur solche Bedingungen oder Einschränkungen hinzufügen darf, welche sich im Rahmen des SchwBeschG. und der ihr von diesem erteilten Ermächtigung halten und dem Wesen der Kündigung, die klare Vertragsverhältnisse schaffen soll, nicht zuwiderlaufen. Diesen Erfordernissen entspricht die der Zustimmungserklärung der HZürSt. im vorl. Falle beigegebene Bedingung nicht. Mit Recht hat bereits das NArbG. darauf hingewiesen, daß der HZürSt. jedes Mittel fehlt, die spätere Wiedereinstellung des Kl. zu erzwingen. Auch wenn im Betriebe der Bekl. die Voraussetzungen für die Einstellung eines Schwerbeschädigten wieder eintreten sollten, so würde die Bekl. nach dem Best. des SchwBeschG. (§§ 5, 7) zunächst freie Hand in der Auswahl des einzustellenden Schwerbeschädigten haben. Erst wenn die Bekl. ihrer allgemeinen Einstellungspflicht nicht nachkommen würde, würde die HZürSt. in der Lage sein (§ 7 Abs. 2 SchwBeschG.), den Kl. der Bekl. als Schwerbeschädigten zuzuwenden. Das Gesetz gibt der HZürSt. aber keine Handhabe, dem Arbeitgeber für den Fall des Wiedereintritts der Voraussetzungen der Beschädigung eines Schwerbeschädigten die Einstellung eines bestimmten Schwerbeschädigten schon im voraus mit bindender Wirkung vorzuschreiben und damit auch die Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbeschädigten mit einer den Arbeitgeber unmittelbar bindenden Verpflichtung der späteren Wiedereinstellung zu verknüpfen. Über auch die Auffassung der Rev., die Bekl. habe durch die Annahme der Erklärung der HZürSt. vom 27. April 1932 sich vertraglich zur bevorzugten Wiedereinstellung verpflichtet und insofern seien klare vertragliche Verhältnisse geschaffen worden, ist nicht haltbar. Die Zustimmungserklärung der HZürSt. ist ein einseitiger Willensakt der Verwaltungsbehörde, der keiner Annahme bedarf. Durch sie wurden vertragliche Beziehungen zu der Bekl., die dem Kl. einen Anspruch auf Wiedereinstellung geben, nicht geschaffen. Wollte die HZürSt. klare Verhältnisse schaffen und dem Kl. die spätere Wiedereinstellung sichern, so konnte sie dies auf dem Wege erreichen, daß sie ihre Zustimmungserklärung davon abhängig machte, daß die Bekl. zuvor sich dem Kl. gegenüber zur Wiedereinstellung an erster Stelle verpflichtete, wenn die Voraussetzungen für die Beschäftigung eines Schwerbeschädigten in ihrem Betriebe wieder gegeben waren. Die Zustimmungserklärung v. 27. April 1932 war hiernach jedenfalls nicht geeignet, für den Kl. klare Rechtsverhältnisse zu schaffen. Die hieraus sich ergebende Unzulässigkeit der zugefügten Bedingung hatte aber nach der Rspr. zur Folge, daß die Kündigungszustimmung selbst als nichtig, also als nicht erteilt anzusehen ist.

(NArbG., Urt. v. 25. März 1933, RAG 14/33. — Jena.)

*

**** 12.** § 11 Abs. 2 ArbGG. Der Vertretungszwang vor den Landesarbeitsgerichten darf nicht dadurch umgangen werden, daß ein wirtschaftlicher Verband seinem Mitglied zur Vertretung in eigener Sache oder einem Angestellten seines Mitglieds Vollmacht erteilt. †)

(NArbG., Beschl. v. 11. Febr. 1933, RAG RB 12/33. — Güstrow.)

*

13. §§ 91 Abs. 2, 106 ArbGG.; §§ 138, 315, 316 BGB. Der gewillkürte Ausschluß des Rechtsweges hinsichtlich der Kündigungsberechtigung erscheint zulässig. — Bei den §§ 91 Abs. 2, 106 ArbGG. handelt es sich um positivrechtliche Regelungen, denen kein weitergehender Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien des Dienstvertrages zu entnehmen ist. — Die Überlassung der einseitigen Bestimmung, ob ein wichtiger Kündigungsgrund gegeben ist, kann nicht als unsittlich und damit nichtig i. S. des § 138 BGB. erachtet werden, zumal es sich um

¹⁾ JW. 1921, 574. ²⁾ JW. 1932, 1281 = NArbG. 9, 184.

³⁾ vgl. auch NArbG. 2, 186 = JW. 1929, 1405.

Zu 12. Vgl. NArbG. Harburg-Wilhelmsburg: JW. 1933, 138 mit Anm. von Bremen.

¹⁾ JW. 1930, 3131. ²⁾ JW. 1933, 258. ³⁾ JW. 1932, 1281.

Verwaltungsstellen einer öffentlich-rechtlichen Stelle handelt. †)

Der Kl. stand seit dem Jahre 1925 als Angestellter in Diensten des bekl. Verbandes. Im Jahre 1930 wurde das Dienstverhältnis durch schriftlichen Vertrag v. 20. Okt. 1930 neu geregelt. Dieser Vertrag entspricht dem durch den Bezirks-Tar. Betr. für Dauerangestellte bei den Kommunalverwaltungen im Bereich des Arbeitgeberverbandes rh.-weiss. Gemeinden e. V. v. 21. Nov. 1929 aufgestellten „Normalvertrag für die am 1. April 1929 vorhandenen Dauerangestellten“.

§ 6 Abs. 1 der verbandstatutarischen Bestimmungen v. 29. Juli 1923 heißt: Den im § 1 gen. Beamten und Angestellten darf nur aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden. Sie haben das Recht, binnen vier Wochen nach erfolgter Kündigung die Entsch. des Verbandsausschusses anzurufen. Gegen dessen Entsch. ist binnen zwei Wochen die Beschwerde an den Verbandspräsidenten zulässig, welcher unter Ausschluß des Rechtsweges endgültig entscheidet. § 7 der Verbandsstatuten lautet: Durch § 6 wird die Auflösung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auf Grund des § 626 BGB. nicht berührt. In diesem Falle bleibt der Rechtsweg offen.

Durch § 6 Abs. 1 der in § 1 des Anstellungsvertrages angezogenen verbandstatutarischen Bestimmungen v. 29. Juli 1932 ist eine Entsch. im Rechtswege über die Frage, ob ein wichtiger Grund zur befristeten Kündigung vorgelegen hat, ausgeschlossen. In dem die Entsch. hierüber unter Ausschluß des Rechtsweges dem Verbandsausschuß und dem Verbandspräsidenten (vgl. §§ 1, 3, 4, 24 Gef. betr. VerbandsD. für den Sieblungsverband Ruhrkohlenbezirk v. 5. Mai 1920 [GS. 286]) endgültig übertragen wurde, ist eine Verwaltungsstelle des bekl. öffentlich-rechtlichen Verbandes mit der Bestimmung des Inhalts der Leistung gem. §§ 315, 316 BGB. betraut worden. Zugleich ergibt der Ausschluß des Rechtsweges, daß nicht das billige, sondern das freie Ermessen dieser Verwaltungsstelle, insbes. des Verbandspräsidenten, entscheidend sein sollte. Der gewillkürte Ausschluß des Rechtsweges hinsichtlich der Kündigungsbechtigung unterliegt keinen rechtlichen Bedenken (vgl. RG.: JW. 1930, 1062). Es liegt keine Veranlassung vor, im Hinblick auf die §§ 91 Abs. 2, 106 ArbGG. etwas anderes anzunehmen, da es sich bei letzteren Vorschriften um positivrechtliche Regelungen handelt, denen kein weitergehender Eingriff in die Ver-

tragsfreiheit der Parteien des Dienstvertrages zu entziehen ist. Ebenso wenig kann die Überlassung der einseitigen Bestimmung, ob ein wichtiger Grund gegeben ist, als unsittlich und damit nichtig i. S. des § 138 BGB. erachtet werden, zumal es sich um Verwaltungsstellen einer öffentlich-rechtlichen Stelle handelt, bei denen eine pflichtgemäße Prüfung der ihnen unterbreiteten Frage ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Insbes. ist der Verbandspräsident gem. § 24 Abs. 2 u. 3 Gef. v. 5. Mai 1920 a. a. D. Staatsbeamter und unterliegt, soweit sich nicht aus seiner Stellung etwas anderes ergibt, den für Regierungspräsidenten geltenden Dienstvorschriften.

(ArbGG., Ur. v. 5. Nov. 1932, RAG 315/32. — Essen.)

Berlin.

Arbeitsgerichte.

I. Verbandsvertreter jüdischer Abstammung sind von der Vertretung vor ArbG. ausgeschlossen.

Dr. F. vertritt als Verbandssekretär Firmen der Filmindustrie vor dem ArbG. Er gehört unstrittig der jüdischen Rasse an, ist also i. S. des Gef. zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933 (RGBl. I, 175) nicht arischer Abstammung. Nach dem Gef. über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft v. 7. April 1933 (RGBl. I, 188) kann gegenüber N., die nicht arischer Abstammung sind, die Zulassung zurückgenommen und bis zur Entscheidung hierüber ein Vertretungsverbot erlassen werden (§§ 1 und 4). Das genannte Gef. kann zwar auf Verbandsvertreter, die vor dem ArbG. auftreten, nicht unmittelbar Anwendung finden. Im Hinblick auf den nicht nur in diesem, sondern in mehreren anderen Gesetzen (z. B. Gef. betr. Zulassung zur Patentanwaltschaft und zur Rechtsanwaltschaft v. 22. April 1933 [RGBl. I, 217]; Gef. über die Zulassung von Steuerberatern v. 6. Mai 1933 [RGBl. I, 257]) zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers, Juden von der Vertretung in Rechtsangelegenheiten auszuschließen, erscheint eine entsprechende Anwendung des Anwaltsgesetzes auf Fälle wie den vorl. geboten. Es kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein, daß ein jüdischer N. in der Beurteilung seiner Rassenzugehörigkeit weniger Rechte genießt als ein jüdischer Verbandsvertreter.

(ArbG. Berlin, Beschl. v. 20. Juni 1933, 9/10 AC 527/33.)

Eingef. von N. Dr. Jarnack, Berlin.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

I. §§ 15 Abs. 1 Ziff. 3, 18, 35 EinkStG.; § 9 RAbgD. Nichtanerkennung eines Vertrags, durch den der Vater (Anwalt) seinen Sohn (Referendar) in die Anwaltsgemeinschaft aufgenommen hat.

Der Beschw. F. hatte mit Wirkung v. 1. April 1930 ab mit seinen beiden Söhnen, von denen der eine N., der andere Ref. war, einen Vertrag geschlossen, nach welchem beide mit je $\frac{1}{3}$ an dem Reinergebnis der Anwaltspraxis beteiligt waren. Er hatte aber bereits in seiner Steuererklärung für 1929, wie die Bem. am Ende ergibt, bei der Angabe seiner Einkünfte aus Berufstätigkeit auch schon für 1929 die Beteiligung beider Söhne berücksichtigt. FinA. und FinGer. haben den Vertrag insoweit als unter § 5 RAbgD. a. F. (§ 10 RAbgD. n. F.) fallend angesehen, als eine Beteiligung des Ref. zu gleichen Rechten vereinbart ist. Sie haben nur einen auf Grund des Arbeitsverhältnisses zu zahlenden Betrag von monatlich 400 RM für angemessen gehalten. Das FinGer. hat eine gutachtliche Äußerung der AnwK. veranlaßt, in der die Beteiligung eines Ref. an den Ergebnissen der Praxis eines N. als etwas Außergewöhnliches bezeichnet wird.

Es kann dahingestellt bleiben, ob man eine Rückwirkung des Vertrages in dem Sinn, daß die darin schriftlich niedergelegte Regelung auf Grund mündlicher Vereinbarung bereits seit Anfang 1929 gegolten und in Anwendung gestanden habe, anerkennen könnte, da der getroffenen Regelung für beide Steuerjahre mit Recht eine steuerliche Wirkung hinsichtlich der Beteiligung des Ref. am Gewinn aus der Anwaltspraxis versagt worden ist. Auch ohne Bezugnahme auf § 10 RAbgD. n. F. muß man auf Grund des § 9 RAbgD. zu dem gleichen Ergebnis gelangen. Das FinGer. hat aus der Gesamtheit der Umstände geschlossen, daß der Vertrag, der zivilrechtlich gültig sei, auch wenn die Zustimmung der vorgelegten Behörde wegen der Beschäftigung des Ref. fehlt, seine Grundlage in rein persönlichen Verhältnissen habe. Das läuft darauf hinaus,

Zu 13. Die Entsch. scheint mir bedenklich.

Der Ausschluß des Rechtsweges durch Vereinbarung ist überall zulässig, wo die ZPD. oder das ArbGG. einen Schiedsvertrag erlauben. Der Rechtsweg wird in diesen Fällen zugunsten eines schiedsrichterlichen Verfahrens ausgeschlossen. Es ist auch möglich, die Entsch. einzelner Tatfragen einem Schiedsgutachter zu übertragen in dem Sinn, daß das Schiedsgutachten das Staatsgericht binden soll. Daß es darüber hinaus möglich ist, vertraglich auf jeden Rechtsbehelf zu verzichten oder auch nur eine Entsch. durch eine Stelle zu vereinbaren, die keinerlei Möglichkeit der Vollstreckbarkeitsklärung bietet, muß ich bezweifeln. Wer sich derart bände, wer auf jeden Rechtsbehelf von vornherein verzichtete, der ihm praktisch helfen kann, der schloße einen Knebelvertrag, der sittenwidrig wäre.

Wie steht es hier? Ein Angestellter schließt einen Vertrag, der der Aufsichtsstelle seiner Dienstherrin das Recht gibt, unter Ausschluß des Rechtsweges bindend darüber zu befinden, ob ein wichtiger Grund zur befristeten, nicht zur fristlosen Kündigung vorliegt. Was ist das anders als ein Schiedsvertrag? Denn es handelt sich nicht um eine Tatfrage, sondern um eine Rechtsfrage, und zwar um die Feststellung, daß ein solcher Kündigungsgrund vorliegt oder fehlt, also gegebenenfalls um einen Vorprozess vorin Gehaltsprozess. Danach ist freilich richtig, was RG. sagt, daß § 106 ArbGG. ausscheidet; unrichtig aber dürfte sein, daß § 91 ArbGG. unanwendbar ist. Es handelt sich um ein regelrechtes arbeitsgerichtliches Schiedsverf. nach §§ 91 ff. ArbGG.

Nun wird man hier die Vereinbarung der Entsch. durch einen einzigen Schiedsrichter nicht zulassen dürfen. Denn das SchiedsG. ist nicht für einen ganz konkreten, dereinst entstehenden Einzelfall vereinbart, sondern es soll jedesmal dann entscheiden, wenn im Lauf des Dienstverhältnisses Streitig wird, ob ein wichtiger Grund zur befristeten Kündigung vorliegt, eine Frage, die mehrfach Streitig werden kann, dann nämlich, wenn sie zunächst verneint wird. Es fehlt also schon darum an der vorgeschriebenen paritätischen Besetzung des § 93 ArbGG.

Davon abgesehen halte ich es für unzulässig, daß zwar nicht die Partei selbst entscheiden soll, aber doch eine vorgelegte Stelle der Partei, d. h. eine Stelle, die bestimmt nicht als grundsätzlich unbefangene zu bezeichnen ist. Davan ändert es gar nichts, daß diese Stelle eine höhere öffentlich-rechtliche Verwaltungsstelle ist; denn diese Stelle ist zur Wahrnehmung der Interessen ihrer Untergebenen berufen — so scheint mir doch — und darum wenn nicht gerade notwendig, so doch sehr leicht befangen. Es ist nun einmal ein Unfug, Schiedsrichter zuzulassen, bei denen der Verdacht der Befangenheit auch nur naheliegt, zumal hier, wo jede Ablehnungsmöglichkeit der Natur der Sache nach fehlt.

Dieser Gesichtspunkt müßte übrigens selbst dann entscheiden, wo man mit RG. keinen Schiedsvertrag annähme, sondern eine eigenartige Vereinbarung über den Ausschluß des Rechtsweges.

SenPräf. a. D. Dr. Baumbach, Berlin.

daß — wirtschaftlich gesehen — die getroffene Regelung der Einkommensverhältnisse nicht durch die Leistung des beteiligten Ref., sondern ausschlaggebend durch das bestehende verwandtschaftliche Verhältnis bedingt ist, daß sie also eine in der Sphäre der familienrechtlichen Beziehungen liegende und deshalb für das Steuerrecht nicht beachtliche Regelung darstellt. Zu dieser Schlussfolgerung konnte das FinGer. in Ausübung der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung gelangen, und es ist nicht ersichtlich, daß dabei ein Verstoß gegen den Akteninhalt begangen oder das Recht falsch angewandt ist; ebensowenig liegt ungenügende Sachaufklärung vor. Der Ref. erhält für seine den Beschw. unterstützende Tätigkeit, einschließlich des vom Beschw. zu leistenden Zuschusses vom Zinnungsausfluß monatlich 850 *R.M.* Gegen die Höhe dieser Bezüge ist vom FinA. nichts eingewandt. Nur die darüber hinausgehende Beteiligung mit $\frac{1}{3}$ des Praxisgewinnes ist abgelehnt. Diese Ablehnung rechtfertigt sich aus den gleichen Gründen, aus denen der RFH. in ständiger Rspr. den Gründungen vieler Familiengesellschaften, den Anstellungsverträgen von Familienmitgliedern mit übermäßigem Gehalt, den Verträgen, in denen sich Eltern zum Unterhalt der Kinder verpflichten, usw. die steuerliche Wirkung versagen muß. Der Sohn des Beschw. hat sich bereits als Ref. verheiratet, und es liegt schon aus diesem Grunde nahe, anzunehmen, daß der Beteiligungsvertrag auf einem anderen Wege das zu erreichen versucht, was wegen der genannten Rspr. durch einen Vertrag über einen Wirtschafts- oder Unterhaltszuschuß kaum zu erreichen war. Die vom Beschw. im Vorverfahren und in der Begr. der Beschw. vorgebrachten Tatsachen lassen die Ausführungen des FinGer. nicht als rechtsirrig erscheinen. Es mag zutreffen, daß die Tätigkeit des Beschw. ihre Besonderheiten hat; es ist aber auch nichts Alltägliches, daß ein Ref. in der Lage ist, monatlich 850 *R.M.* zu verdienen.

(RFH., Ur. v. 11. Jan. 1933, VI A 2039/32.)

Ber. von *RA. Dr. Göres*, Berlin.

*

2. § 1 Nr. 1 UmsStG. 1926 (1932). Ist ein *RA.*, abgesehen von seiner eigenen umsatzsteuerpflichtigen Berufstätigkeit, gegen eine feste Jahressumme in den Geschäftsräumen einer *RA.-Firma*, der er nicht angehört, mit der Bearbeitung von Rechtsfähen der Klienten dieser Firma beschäftigt, so ist er insoweit umsatzsteuerfrei.

(RFH., 5. Sen., Ur. v. 2. Juni 1933, V A 646/32 S.)

*

3. § 3 Nr. 5 UmsStG. 1926 (1932).

1. Die UmsStBefreiung der Künstler unterscheidet nicht zwischen der reinen Kunst und der angewandten, sondern zwischen angewandter Kunst und Handwerk.

2. Über die Künstlereigenschaft eines nicht vollwertig ausgebildeten Architekten haben die Finanzbehörden von Fall zu Fall zu entscheiden.

(RFH., 5. Sen., Ur. v. 19. Mai 1933, V A 643/32 S.)

*

× **4.** §§ 11, 12 n. F. GrErmStG. Die vom RFH. in der Entsch. RFH. 8, 9 aufgestellten Grundsätze über die Berechnung der GrErmSt. für die Veräußerung von Apothekengrundstücken finden keine Anwendung, wenn nach §§ 11, 12 beim Steueransatz vom Einheitswert des Grundstücks auszugehen ist. †)

Der Beschw. hat durch notar. Vertrag v. 18. Okt. 1930 ein Hausgrundstück nebst der darauf betriebenen Apotheke mit Einrich-

Zu 4. Die Entsch. bringt völlig neue Grundsätze für die Besteuerung der Veräußerung von Apothekengrundstücken.

Bisher war es im Ergebnis gleichgültig, ob auf dem Grundstück eine preuß. Apotheke neueren Rechts, auf die die Kabinettsorder v. 5. Okt. 1846 und der MinErl. v. 21. Okt. 1846 Anwendung finden, oder eine Apotheke älteren Rechts betrieben wurde; der Umstand, daß im ersteren Falle nur eine rein persönliche Erlaubnis zum Betriebe bestand, während im letzteren Falle eine selbständige Berechtigung vorhanden war, blieb für die Höhe der Grunderwerbsteuer unerheblich.

Für die Veräußerung von Grundstücken, auf denen eine Apotheke neueren Rechts betrieben wurde, hatte der RFH. in der Entsch. v. 5. Jan. 1922 (Wrozel, R. 3 zu § 12 Abs. 1 GrErmStG.) festgestellt, daß bei der Berechnung des der Besteuerung gem. § 11 GrErmStG. zugrunde zulegenden gemeinen Wertes auch die sogenannten stillen Werte des Apothekenbetriebes, wie Konzession, Firmenrecht und Kundschaft mit zu berücksichtigen seien; dies wurde damit gerechtfertigt, daß die stillen Werte allgemein im Verkehr als werterhöhende Eigenschaften des Grundstücks angesehen werden, sofern die Apotheke schon längere Zeit auf dem Grundstück betrieben wurde; diese Anschauung kam insbes. in der Höhe der hypothekarischen Belastung zum Ausdruck.

Dementsprechend mußten, wenn der Besteuerung gem. § 12

Warenborräten und Firmenrecht von der bisherigen Eigentümerin gekauft. In dem Vertrag sind von dem auf insgesamt 212 706,13 *R.M.* vereinbarten Kaufpreise Teilbeträge von 72 706,13 *R.M.* für den „Verzicht auf die Konzession“ und von 30 000 *R.M.* „für die Überlassung des Firmenrechts“ gerechnet worden. Die Steuerstelle hat bei Festsetzung der GrErmSt. aus § 5 Abs. 1 die vorbezeichneten Teilbeträge als Teile des nach § 12 für den Steueransatz maßgebenden Grundstücksveräußerungspreises behandelt. Das FinGer. ist unter Hinweis auf die Rspr. des RFH., insbes. das Ur. RFH. 8, 9, dieser Auffassung beigetreten.

Die vom FinGer. angewandten Rechtsgrundsätze sind überholt durch die NotW. v. 1. Dez. 1930 und die zu ihrer Durchführung ergangene „W. über Wertermittlung bei der GrErmSt.“ v. 10. April 1933. Die Grundsätze beruhen, wie die Begründung der in Betracht kommenden Ur. des RFH. ergibt, auf der Annahme, daß ein Grundstück durch den darauf seit langem geführten Betrieb einer Apotheke nach den insbes. in der Höhe der hypothekarischen Belastung zum Ausdruck kommenden Anschauungen des Verkehrs einen höheren Wert erlange und daß dieser Betrieb insofern eine werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks darstelle. Über die Frage, ob und inwiefern im Einzelfalle eine solche werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks vorliegt, hat aber die Veranlagung der GrErmSt. durch die NotW. v. 1. Dez. 1930 der gemeine Wert überall durch den Einheitswert ersetzt ist, nicht mehr die Veranlagungsbehörde, sondern die Bewertungsbehörde bei der Festsetzung des Einheitswertes nach den in erster Linie maßgebenden Vorschr. des RWVG. zu entscheiden. Der RFH. hat niemals ausgesprochen, daß bei der Ermittlung des steuerpflichtigen gemeinen Wertes eines veräußerten Apothekengrundstücks, neben diesem Grundstück die sog. stillen Werte des Apothekenbetriebs wie die sog. Konzession, das Firmenrecht und die Kundschaft, auch abgesehen von dem Falle des § 2 GrErmStG., als selbständiger Gegenstand für die GrErmSt. mitzubewerten seien. Schon aus diesem Grunde ist es rechtsirrig, wenn das FinGer. seine Auffassung damit begründet, daß die §§ 1, 2, die das, was der GrErmSt. unterliege, bestimmten, durch die NotW. nicht geändert worden seien. Um eine Frage nach dem Gegenstand der Bewertung und Besteuerung handelte es sich bei der vom FinGer. angezogenen Rspr. überhaupt nicht. Im übrigen ist auf § 2 Abs. 2 der W. v. 10. April 1933 zu verweisen, wo als Gegenstand, von dessen Einheitswert bei der Berechnung der GrErmSt. nach § 3 dieser W. auszugehen ist, der „Grundbesitz“ i. S. des RWVG. bezeichnet wird, zu dem, wie auch in § 11 n. F. zum Ausdruck gebracht ist, landwirtschaftliche, forstwirtschaftliche und gärtnerische Betriebe, Grundstücke und Betriebsgrundstücke gehören (vgl. auch § 48 Abs. 3 RWVG.). Auch hinsichtlich des Gegenstandes der Bewertung ist hiernach das GrErmStG. durch die NotW. und die W. v. 10. April 1933 nunmehr den Vorschr. des RWVG. angepaßt.

Sind bei der Festsetzung des für die Berechnung der GrErmSt. maßgebenden Einheitswertes eines veräußerten Apothekengrundstücks das mitveräußerte Apothekenbetriebsrecht und die damit verknüpften sog. stillen Werte nicht als werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks angesehen, so entfällt damit auch die Möglichkeit, den Vertrag, der im Veräußerungsvertrag als Entgelt für diese stillen Werte bezeichnet ist, schlechthin als Teil des nach § 12 steuerpflichtigen Grundstückspreises zu behandeln.

Nichtig ist allerdings, daß bei dem nach §§ 11 und 12 n. F. anzustellenden Vergleich zwischen Preis und Einheitswert des veräußerten Grundstücks sich insofern jetzt eine Unstimmigkeit ergibt, als der Einheitswert im Gegensatz zum gemeinen Wert nicht immer durch den im gewöhnlichen Geschäftsverkehr erzielbaren Preis bedingt, son-

GrErmStG. an Stelle des gemeinen Wertes der Kaufpreis, weil höher als der gemeine Wert, zugrunde zu legen war, außer dem Entgelt für das Grundstück auch die Teile des Kaufpreises, die auf Konzession, Firmenrecht und Kundschaft entfielen, bei der Veranlagung mitberücksichtigt werden.

Die Besteuerung der Veräußerung von Grundstücken, auf denen eine Apotheke älteren Rechts betrieben wurde, war zwar in rechtlicher Hinsicht verschieden; denn die Apothekenberechtigung wurde nicht zum gemeinen Wert des Grundstücks als werterhöhende Eigenschaft zugeschlagen; ihre Veräußerung stellte vielmehr einen selbständigen Steuerfall dar, der neben der Grundstücksveräußerung zu veranlagern war. Dem die Apothekenberechtigung älteren Rechts ist eine Berechtigung, die gem. § 2 GrErmStG. den Grundstücken steuerlich gleichgestellt ist.

Da aber der Wert dieser Berechtigung bzw. das für sie gezahlte Entgelt und der Wert des Grundstücks bzw. der hierfür gezahlte Kaufpreis bei der Veranlagung zusammengerechnet wurden, war das steuerliche Ergebnis in beiden Fällen das gleiche.

Hierin ist seit dem Inkrafttreten der NotW. v. 1. Dez. 1930 und der hierzu ergangenen DurchW. v. 10. April 1933 eine bedeutsame Änderung eingetreten, soweit es sich um die Besteuerung der Veräußerung eines Grundstücks, auf dem eine Apotheke neueren Rechts betrieben wird, handelt. Während vorher der

bern teilweise auf anderer Grundlage (Ertrag) zu ermitteln ist und sich insoweit mit dem vereinbarten Preise nicht wohl vergleichen läßt. Unerfindlich ist aber, wie das FinGer. aus dieser Tatsache den Schluß ziehen zu können glaubt, daß der als Entgelt für die stillen Werte der Apotheke bezeichnete Betrag in den nach § 12 GrErmStG. für die GrErmSt. in Betracht kommenden Grundstückspreis einbezogen werden müsse. Denn die vom FinGer. vermehrte Vergleichbarkeit des Preises mit dem Einheitswert des Grundstücks würde in weit höherem Maße entfallen, wenn die vorbezeichneten stillen Werte zwar bei der Best. des Grundstücksveräußerungspreises, nicht aber bei der Festsetzung des Einheitswertes des Grundstücks berücksichtigt worden sind.

(RFG., 2. Sen., Urt. v. 4. Mai 1933, II A 504/32.)

*

5. § 116 RAbgD. Der Erwerber eines Unternehmens haftet nicht für die Umsatzsteuer, die auf der Veräußerung des Unternehmens an ihn ruht.

Unerdings hat der Senat in Umkehr der früheren Rspr. in der Entsch. v. 24. April 1932, V A 410/31: RFG. 29, 22 ausgesprochen, daß auch die Veräußerung eines Unternehmens im ganzen noch zum Gewerbebetrieb gehört und daher umsatzsteuerpflichtig ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß für die Steuer aus diesem Rechtsvorgang, wofür Steuerschuldner der Veräußerer ist, auch der Übernehmer des Geschäfts nach § 116 RAbgD. (früher § 96) haftet. Wenn Verbindlichkeiten auf den Erwerber eines Geschäfts übergehen, so können das naturgemäß nur solche Schulden sein, die bis zum Tag des Geschäftsüberganges in der Person des Veräußerers entstanden sind. Geht, die Veräußerung selbst löst im einzelnen Falle nicht nur Rechte des Veräußerers (wie den Anspruch auf den Kaufpreis) aus, sondern auch Verpflichtungen, wie es z. B. in Ausführung von Erbauseinandersetzungen vorkommen kann, indem nachträglich von dem Miterben, der das Geschäft übernommen hat, bei dessen Veräußerung ein Ausgleichsbetrag an die anderen Miterben zu zahlen ist, so würde nach Handelsrecht — § 25 HGB. ist das Vorbild des § 116 RAbgD. — der Übernehmer für diese Ausgleichsschuld handelsrechtlich nicht haftbar sein. Die Rechtsähnlichkeit spricht für eine gleiche Auslegung des § 116 RAbgD. Die Veräußerung, die auf einer Veräußerung des Unternehmens an den Erwerber ruht, ist diesem gegenüber nicht im Betrieb des Unternehmens begründet.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 16. Dez. 1932, V A 773/32, RFG. 32, 179.)

Reichspatentamt.

1. Das Beschwerdeverfahren gemäß § 26 PatG. wird dadurch, daß der Einsprechende die von ihm erhobene Beschwerde zurückzieht, nicht beendet. †)

Der Zurückziehung der Beschw. des Einsprechenden ist in der Übung des RPatA. bisher die Wirkung beigelegt worden, daß sie das Verfahren beende und der angefochtene Beschluß rechtskräftig werde. Diese Übung ist schon früher gelegentlich bemängelt und dabei der Gedanke ausgesprochen worden, eine Zurückziehung der Beschw. des Einsprechenden sei schlechtweg unzulässig oder doch nur unter bestimmten Voraussetzungen zugänglich (vgl. Dunkhase: GewRSch. 1907, 1 ff. und 1908, 242 ff. sowie

gemeine Wert von der Steuerstelle ermittelt wurde, ist nunmehr der Besteuerung der vom FinA. ermittelte Einheitswert zugrunde zu legen; damit ist der Steuerstelle die Wertfestsetzung entzogen worden.

An den vom FinA. ermittelten Einheitswert ist die Steuerstelle nunmehr gebunden. Da es Sache des FinA. ist, etwaige wert erhöhende Eigenschaften bei der Feststellung des Einheitswerts zu berücksichtigen, soweit dies nach den Vorschr. des ABewertG. zulässig ist, kann die Steuerstelle den Einheitswert nicht durch Hinzurechnung der sog. stillen Werte des Apothekenbetriebes erhöhen.

Dies wirkt sich auch für den Fall aus, wenn an Stelle des Einheitswerts gem. § 12 GrErmStG. der Kaufpreis der Errechnung der Grunderwerbsteuer zugrunde gelegt werden muß. Das Entgelt für die Konzession, das Firmenrecht und die Rundtschaft muß nunmehr außer acht gelassen werden.

Von der Gesetzesänderung unberührt bleibt dagegen die Veräußerung eines Grundstücks, auf dem eine Apotheke älteren Rechts betrieben wird; denn wie oben dargelegt, stellt die Veräußerung der Apothekenberechtigung als eines grundstücksgleichen Rechts einen weiteren Steuerfall dar. In diesem Falle sind also nach wie vor Grundstückswert bzw. Grundstückskaufpreis mit dem Wert der Apothekenberechtigung bzw. dem dafür gezahlten Preis zusammenzurechnen; nach der Gesamtsumme errechnet sich dann die Grunderwerbsteuer.

GerAlt. Gebauer, Berlin.

Zu 1. Mit dieser Entsch. rückt das PatA. von einem Standpunkt ab, den es selbst jahrzehntlang ausnahmslos vertreten hat und der auch — bis auf die abweichende Stellungnahme von Dunk-

festg. Kohler, 1909, 193 ff. und „Das Patenterteilungsverfahren und das PatA.“, 1914, 99—100; ferner Hüfner: GewRSch. 1908, 253 ff.). An der Zulässigkeit der Zurücknahme der Beschw. ist freilich auch jetzt kein Zweifel. Die Amtsausübung hält jedoch der Nachprüfung auf ihre sachliche Berechtigung aus anderen Gründen nicht stand.

Selbstverständlich ist es, daß der Erteilungsbeschluß, sofern er nicht innerhalb der einmonatigen Beschw.Frist gem. § 26 PatG. angefochten wird, rechtskräftig wird und die Beschw.Abteilung somit gar nicht in die Lage kommt, sich mit der Prüfung der Anmeldung zu befassen. Es bedarf nicht der besonderen Hervorhebung, daß, wie Isah: GewRSch. 1932, 824 ausführt, „es kein Verfahren gibt, in welchem eine Entsch., gegen die nur innerhalb einer bestimmten Frist eine Beschw. zugelassen ist, nicht nach Ablauf der Frist die formale Rechtskraft erlangt, und daß ein Verfahren ohne feste Formen und Fristen dem Wesen des Rechtsstreits widersprechen würde“. Andererseits wird durch die Frist- und formgerechte Einlegung einer Beschw. ebenso selbstverständlich diese Rechtskraft gehemmt und die Sache zur Entsch. in die Beschw.Inst. gebracht. Dabei ist vorausgesetzt, daß es sich um eine zulässige Beschw. handelt; es bedarf keiner Ausföhrung, daß eine aus irgendeinem Grunde unzulässige Beschw. eine neue sachliche Prüfung überhaupt nicht in Gang setzen kann. Auch der auf widerrechtliche Entnahme gestützte Einspruch muß hier auscheiden, da dieser Einspruchsgrund naturgemäß nur solange zu berücksichtigen ist, als der Verletzte seinen Anspruch aus § 3 Abs. 2 PatG. aufrechterhält.

Damit ist aber zunächst für die hier zu entscheidenden weiteren Fragen, in welchem Umfange die Beschw.Inst. hier also die Beschw.Abteilung des RPatA., bei ihrer Sachentsch. tätig zu werden hat, und welche Wirkung auf ihre Tätigkeit der Zurücknahme der Beschw. zukommt, noch nichts Entscheidendes gesagt.

Eine zutreffende Beantwortung dieser Frage läßt sich nicht aus Analogien aus anderen Rechtsgebieten, insbes. aus dem des Zivilprozesses, sondern nur aus dem Wesen des Patenterteilungsverfahrens als eines rechtlich gebundenen Verfahrens herleiten (vgl. Isah a. a. O.), wobei aber gerade die besondere Eigenart dieses Verfahrens maßgebend berücksichtigt werden muß. Das Patenterteilungsverfahren ist entsprechend seinem Ziele und Zwecke (Erteilung eines den gesetzlichen Anforderungen gerecht werdenden Patents oder Versagung des Patents) ein Offizialverfahren: die Prüfung der Frage, ob und in welchem Umfange auf das im Rahmen der ursprünglichen Unterlagen Offenbarte ein Patent erteilt werden kann, erfolgt von Amts wegen, ohne daß die prüfende Stelle (Prüfungsstelle, Anmeldeabteilung) dabei an das Vorbringen der Beteiligten oder ihre Anträge gebunden wäre, mit der einzigen Maßgabe, daß dem Patentsucher kein Patent erteilt werden darf, das er nicht haben will. Es besteht namentlich kein Zweifel daran, daß bei Zurückziehung des Einspruchs in erster Inst. das RPatA. ungehindert die Prüfung von Amts wegen fortsetzen darf und dabei in keiner Weise an das Vorbringen des Einsprechenden, weder nach dem Einspruchsgründe noch nach dem vom Einsprechenden beigebrachten Material, gebunden ist.

Ein Wesensunterschied zwischen den Patenterteilungsverfah-

hase — in der Wissenschaft des Patentrechtes so gut wie einstimmig gebilligt wurde (vgl. etwa statt aller Risch, Patenthandb. S. 375 IX; Seligsohn, 7. Aufl., § 26 Num. 10/11; Isah, 5. Aufl., § 26 Anm. 2).

Durch die Entsch. des Großen Senats wird das behandelte Problem für die Praxis wohl auf lange Sicht erledigt sein. So ausgezeichnet aber auch die Begründung abgefaßt ist, so wenig scheint mir hierdurch vom wissenschaftlichen Standpunkt aus die Frage endgültig geklärt. Diese Frage ist letztlich die, ob eine Rechtsmittelinstanz von der Aufrechterhaltung des Rechtsmittels um deswillen unabhängig ist, weil es sich um ein Offizialverfahren handelt; sie ist eine solche des Verfahrensrechts überhaupt und keineswegs auf das Patentverfahren beschränkt.

Wenn es nun auch gewiß richtig ist, daß die Lösung der Frage für das Patenterteilungsverfahren aus dessen eigenem Wesen gesucht werden muß und daß die Analogie des Zivilprozesses im allgemeinen nicht maßgebend sein kann, so ist doch zu beachten, daß es auch im Zivilprozeß einzelne Fälle des Offizialverfahrens gibt, deren Behandlung immerhin zum Vergleich herangezogen werden darf. Dahin gehört z. B. das Entmündigungsverfahren: es unterliegt nun keinem Zweifel, daß, wenn der die Entmündigung ablehnende Beschluß mit der Beschwerde angefochten wird (§ 663 ZPO.), mit der Zurücknahme der Beschwerde die Tätigkeit der Beschwerdeinstanz ihr Ende finden muß; entsprechend verhält es sich hinsichtlich der Tätigkeit des BG., wenn die Aufhebungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß (die ihrem materiellen Wesen nach nichts anderes als ein Rechtsmittel ist) von dem Kl. zurückgenommen wird. Beides gilt trotz des Grundsatzes, daß es Aufgabe des Gerichtes ist, die Voraussetzungen der Entmündigung von Amts wegen, also unabhängig von dem Vor-

ren erster Inst. und demjenigen zweiter Inst. besteht nicht. Aus der Eigenart des patentamtlichen Verfahrens ergibt sich daher zunächst zwingend, daß es sich bei der BeschwAbteilung des RPatA. nicht um eine RechtsmittelInst. in dem Sinne handelt, daß sie, wie das z. B. *F s a h a. a. D.* darzulegen sucht, lediglich das Rechtsmittel auf seine Berechtigung zu untersuchen und gegebenenfalls der Beschw. des mit der angefochtenen Entsch. nicht zufriedenen Beteiligten abzuhefen oder, wie man das mit Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes (§ 26 Abs. 4) auch formulieren könnte, lediglich „über die Beschw.“ zu entscheiden habe. Die BeschwAbteilung des RPatA. hat vielmehr in im wesentlichen unbefruchteter Übung stets die zutreffende Auffassung vertreten, daß, wenn eine Patentanmeldung einmal durch Einlegung einer zulässigen Beschw. sachlich in ihren Bereich gebracht worden ist, die ihr im PatG. zugewiesene Aufgabe eine viel weitere sei.

Sie ist im Einklang mit § 26 Abs. 3 Satz 1 PatG., wonach bei Vorliegen einer zulässigen Beschw. das weitere Verfahren sich nach § 25 a. a. D. richtet, ständig davon ausgegangen, daß sie nunmehr den gesamten Anmeldegegenstand daraufhin zu prüfen habe, in welchem Umfange er zur Erteilung eines Patentes führen könne (vgl. z. B. Entsch. der BeschwAbteilung v. 30. Nov. 1906, PatMustBeichBl. 1907, 2 und v. 1. Dez. 1908 ebenda 1909, 32). Demgemäß hat sich die BeschwAbteilung z. B. stets für berechtigt gehalten, gegenüber einer Beschw. des Einsprechenden, die sich lediglich auf § 3 Abs. 1 PatG. stützte, auf ihrerseits von Amts wegen ermittelte neuheitschädliche Vorveröffentlichungen zurückzugreifen und das Patent dieserhalb gem. §§ 1, 2 PatG. zu verjagen oder gegenüber einer Beschw. des Einsprechenden, die lediglich einen von mehreren im angefochtenen Beschluß erteilten Ansprüchen angriff, die Erteilung des Patents auch für weitere Ansprüche ganz oder teilweise zu verjagen. Auch hat sie immer das Recht für sich in Anspruch genommen, die in erster Inst. für gewährbar gehaltenen Ansprüche, auch wenn das vom Einsprechenden vorgebrachte Angriffsmaterial dazu keinen Anlaß bot, auf Grund ihrer von Amts wegen vorgenommenen weitergreifenden Prüfung des Standes der Technik inhaltlich zu beschränken. In Verfolg dieser Auffassung der BeschwAbteilung von Art und Umfang ihrer Aufgaben würde sie sogar in der Lage sein, beim Vorliegen einer zulässigen Beschw. eines Ein-

bringenden der Parteien zu prüfen und festzustellen. Ähnliche Erscheinungen begegnen uns im Gebiete des Strafverfahrens und der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Überall hat die Zurücknahme des Rechtsmittels die Folge, daß die Rechtsmittelinstanz ihr Ende findet und die angefochtene Entsch. formelle Rechtskraft erlangt, obgleich es sich durchweg um ein Offizialverfahren handelt. Dies hängt damit zusammen, daß die Rechtsmittelinstanz als solche, selbst beim Offizialverfahren, bedingt ist durch den Willen der Rechtsmittelpartei; gibt letztere den Willen zu erkennen, das Rechtsmittel als nicht geschehen gelten zu lassen, so entfällt damit die Grundlage für die Tätigkeit des Rechtsmittelgerichtes, wobei es in den angezogenen Verfahrensarten nichts verschlägt, daß es sich bei ihnen um sog. Offizialverfahren handelt.

Hierzu ist zu fragen, ob aus dem Wesen des Patenterteilungsverfahrens als solchen eine andere Behandlung als in jenen Fällen sich rechtfertigen läßt. Das scheint mir in vorl. Entsch. nicht mit durchschlagender Überzeugungskraft bewiesen zu sein. Der tragende Gesichtspunkt der Entsch. ist der, daß die Natur des Beschwerdeverfahrens keine andere sei, als die des Erteilungsverfahrens überhaupt, und daß die Behörde hier an der selbständigen amtswegigen weiteren Prüfung der Patentvoraussetzungen durch die Zurücknahme der Beschwerde ebensowenig gehindert sei, wie die Anmeldeabteilung durch die Zurücknahme des Einspruchs. Diese Gleichstellung ist jedoch nicht zwingend. Einmal ist die Annahme, als ob das Beschwerdeverfahren die gleiche Natur habe, wie das vorinstanzliche Patenterteilungsverfahren, nur insofern richtig, als dort wie hier die Offizialmaxime gilt; indessen besteht doch ein wesentlicher Unterschied insofern, als das Beschwerdeverfahren als Rechtsmittelverfahren den Zweck einer wiederholten Prüfung der Patentvoraussetzungen hat, welche wiederholte Prüfung als solche nur unter der Voraussetzung einer überhaupt und noch vorl. Beschwerde statthaft erscheint. Sodann dürfen Einspruch und Beschwerde nicht verwechselt werden. Beide hängen zwar kausal miteinander insofern zusammen, als die Erfolglosigkeit des Einspruchs für den Einlegenden erst den Beschwerdebegrund und damit die Legitimation zur Erhebung der Beschwerde schafft. Aber beide sind keineswegs miteinander identisch. Daraus, daß die Zurücknahme des Einspruchs die weitere Amtsprüfung der Patentfähigkeit im Verfahren vor der Anmeldeabteilung nicht hindert, folgt keineswegs, daß es sich bei der Zurücknahme der Beschwerde ebenso verhalte. Die Beschwerde ist die Bedingung für die wiederholte Prüfung der Patentvoraussetzungen; fällt sie als solche fort (und dies ist die Wirkung ihrer Zurücknahme), so entfällt damit auch die Voraussetzung für jene wiederholte Prüfung. Es wird die gleiche Rechtslage geschaffen, wie wenn die Beschwerde überhaupt nicht eingelegt worden wäre.

sprechenden einem dem Anmelder in erster Inst. nach ihrer Meinung zu Unrecht beschränkten Anspruch, mit dessen Gewährung er sich, um eine Verjagung des Patents zu vermeiden, notgedrungen einverstanden erklärt hatte, im Einverständnis mit dem Anmelder einen nach der Sachlage gemährbaren, seinen Belangen besser gerecht werdenden weiteren Inhalt zu geben.

Gerade mit Rücksicht auf diese völlige Freiheit der BeschwAbteilung in ihrer Stellung zum gesamten Anmeldegegenstand ist auch die Zulässigkeit einer Anschlußbeschw. im Patenterteilungsverfahren gegenüber der abweichenden Auffassung *F s a h s*, PatG., 4. Aufl., S. 485; im Schrifttum *Seligsohn*, PatG., 7. Aufl., S. 364, Note 3 zu § 26 und *Damme-Lutter*, S. 380 verneint worden. Dem hat sich die Übung des RPatA. angegeschlossen und bisher die Zulassung der Anschlußbeschw. als überflüssig abgelehnt.

Kommt sonach der BeschwAbteilung im Patenterteilungsverfahren keineswegs lediglich die Stellung zu, die in Verfahren anderer Art einer Rechtsmittelinst. zugewiesen ist, so muß weiter die Stellung gewürdigt werden, die dem Einsprechenden durch das PatG. im Erteilungsverfahren zugewiesen ist. Das durch die Einreichung einer Patentanmeldung begründete Verhältnis ist grundsätzlich ein zweiseitiges, es besteht zwischen dem Patentfucher einerseits und der staatlichen Patenterteilungsbehörde andererseits. Demgegenüber ist das Hinzutreten eines Einsprechenden nach der Bekanntmachung etwas nur Zufälliges, Nebenherlaufendes. Der Einspruch selbst ist seinem Wesen nach kein selbständiger Antrag, über den es unter allen Umständen einer Entsch. bedarf, sondern in erster Linie lediglich ein Verneinen oder Bestreiten des Patenterteilungsantrages unter Beschränkung auf den jeweils geltend gemachten gesetzlichen Einspruchsgrund. Insbes. kann er auch nicht etwa als ein „Rechtsmittel“, auch nicht in dem weitesten Sinne des *Jellersch* Auffasses: *GewRsch.* 1932, S. 908 aufgefaßt werden. Der Einsprechende ist keine Partei im eigentlichen Sinne, wenn er immerhin auch eine parteiähnliche Stellung einnehmen mag. Man hat ihn vielmehr zutreffend als „Gehilfen“ der Erteilungsbehörde bezeichnet. Demgemäß bedeutet der Bekanntmachungsbeschw. gem. § 23 PatG. auch keine Zäsur in dem Sinne, daß nunmehr die amtliche Prüfungstätigkeit unterbrochen wird oder gar aufhören soll. Vielmehr ist die Rechtslage so, daß zu den

Denn das Rechtsmittel hat, wohl gemerkt, nicht bloß die Bedeutung einer einmaligen Handlung, deren Vornahme die Tätigkeit der Rechtsmittelinstanz endgültig und unabhängig von dem weiteren Verhalten des einlegenden Privaten legitimiert. Sondern sie ist ein Akt, der nur so lange jene legitimierende Kraft behält, als er nicht selbst durch einen *actus contrarius* des Einlegungsberechtigten entkräftet wird. Die Statthafigkeit des Instanzenverfahrens ist nicht bloß durch die Einlegung des Rechtsmittels, sondern durch seinen Fortbestand bedingt. Sie ist es bei sonstigen Verfahren, auch bei sonstigen Offizialverfahren: weshalb es im Patenterteilungsverfahren anders sein sollte, ist nicht zu ersehen.

Nun wird allerdings durch unsere Entsch. dem Einspruch im Patenterteilungsverfahren die Natur eines Rechtsmittels schlechterdings abgesprochen; ob dies zutrifft, mag auf sich beruhen. Aber daraus folgt mitnichten, daß der Charakter des Rechtsmittels auch der Beschwerde des Einsprechenden verjagt werden dürfte. Unter Rechtsmittel versteht man (und wohl mit Recht) doch allgemein eine Verfahrenshandlung, durch welche eine von einer Unterinstanz gepürfte Angelegenheit der Nachprüfung einer höheren Instanz unterbreitet wird, und zwar derart, daß jene Handlung die Voraussetzung für diese Nachprüfung bildet. Diese Begriffsbestimmung trifft auf die Beschwerde des Einsprechenden vollinhaltlich zu. An der Natur des Rechtsmittels ändert es nichts, daß die Oberinstanz nicht auf die Nachprüfung des in der unteren vorgebrachten Stoffes beschränkt ist (bier beweisen die Berufung und die Beschwerde des Zivilprozesses); ebensowenig, daß es sich um ein Offizialverfahren handelt (bier beweisen etwa Ehefachen, Rindschafsfachen, Entmündigungsfachen in der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit). Was daher in der Entsch. über die weitgehenden Befugnisse der Beschwerdeabteilung in der Beurteilung der Patentvoraussetzungen dargelegt ist, vermag in keiner Weise die Rechtsmittelnatur der Beschwerde zu entkräften.

Ebenso kann es m. E. nicht darauf ankommen, wie man die Stellung des Einsprechenden im Patenterteilungsverfahren auffassen will, ob man ihn als einen Beteiligten oder als eine Partei oder, wie unsere Entsch., als einen Gehilfen der Patentbehörde bezeichnen will. Er ist jedenfalls ein Privater, von dessen Willensakt die Zulässigkeit des Beschwerdeverfahrens teilweise oder auch — nämlich dann, wenn er allein durch die Entsch. der Anmeldeabteilung beschwert ist — ausschließlich abhängt. Darum ist es durchaus nichts Ungewöhnliches, sondern im Gegenteil nur etwas durchaus Folgerichtiges, daß die Zulässigkeit jenes Beschwerdeverfahrens von seinem Willen auch in dem Sinne abhängig bleibt, daß die Zurücknahme seiner Beschwerde das Verfahren in einer für die Beschwerdeabteilung bindenden Weise beendet. Daß seine bis-

Prüfungsinst. im Amt nunmehr noch der Einsprechende hinzutritt. Das Patenterteilungsverfahren geht seinen Gang weiter, nur unter Beteiligung des Einsprechenden. Es zerfällt dabei natürlich nicht etwa in zwei nebeneinanderherlaufende Verfahren, von denen das eine ein Verfahren von Amts wegen, das andere ein Parteiverfahren zwischen Anmelder und Einsprechendem ist, sondern es handelt sich nur um ein einziges Offizialverfahren, an dem der Einsprechende als Beteiligter mitwirkt, in das er sich nach seinem Belieben ein- und ausschalten kann. Wie er es im Verfahren erster Inst. in der Hand hat, den Einspruch jederzeit zurückzuziehen, und wie er das Verfahren nach ergangener Erteilungsbeschl. durch seine Beschw. vor die Beschw. Abteilung bringen kann, so kann er seiner Stellung entsprechend zweifellos auch im Verfahren vor der Beschw. Abteilung den Einspruch oder die Beschw. jederzeit zurückziehen.

Daraus folgt aber für die hier zu entscheidende Frage keineswegs, daß diese Zurückziehung der Beschw. das Prüfungsverfahren mit der Wirkung beendigen muß, daß die bisher gehemmte Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses nun eintritt. Im Gegenteil: Wie die Zurückziehung des Einspruchs in erster Inst. nur zur Folge hat, daß der Einsprechende als Beteiligter aus dem Verfahren ausscheidet, während das Prüfungsverfahren von Amts wegen seinen Fortgang nimmt, so schaltet sich der Einsprechende, der seine Beschw. zurücknimmt, damit aus dem Beschw. Verfahren aus, das zwischen Amt und Anmelder seinen Fortgang nimmt. Es ist kein zwingender Grund ersichtlich, weshalb ohne Rücksicht auf Natur und Zweck des Verfahrens der Fall der Zurückziehung der Beschw. dem Falle gleichgesetzt werden müßte, in dem eine Beschw. überhaupt nicht erhoben ist. Gegen die hier vertretene Auffassung kann auch nicht der Umstand vorgebracht werden, daß es der Gesetzgeber für notwendig erachtet hat, in Schlußabs. des § 26, letzter Satz des PatG. ausdrücklich auszusprechen, daß auch im Falle der Zurückziehung der Beschw. der Anmeldung oder des Einspruchs einer der Beteiligten mit den Kosten des Beschw. Verfahrens belastet bzw. die Beschw. Gebühr erstattet werden kann. Dieser Zusatz ist dem ursprünglichen Gesetztext erst durch das Gesetz betr. Erhöhung patentamtlicher Gebühren v. 27. Juni 1922 (PatMStZ. 1922, S. 76) angefügt worden, um bei dieser Gelegenheit in der früheren Übung des RPatA. aufgetretene Zweifel hinsichtlich der Zulässigkeit einer bloßen Kostenentsch. auf einfache Weise ein für allemal zu beseitigen (vgl. D a m m e - L u t t e r, Das dtsch. Patentrecht, S. 378 Abs. 2). Es geht nicht an, aus einer solchen Best. die weitgehende Folgerung zu ziehen, es sei damit gesetzlich anerkannt und festgestellt worden, daß die Zurückziehung der Beschw. (namentlich auch der Beschw. des Einsprechenden) das Verfahren beende.

Die Beschw. Abteilung ist deshalb unter allen Umständen berechtigt und verpflichtet, nach erfolgter Zurückziehung der Beschw. des Einsprechenden sachlich Stellung zu der Frage zu nehmen

herige Tätigkeit zugleich die öffentlichen Interessen berührt, deren Wahrnehmung Aufgabe der Patentbehörde ist (weshalb man ihn allenfalls als Gehilfen jener Behörde bezeichnen mag), hindert nicht, daß die Rechtsordnung die dem öffentlichen Interesse dienende wiederholte Prüfung der Patentvoraussetzungen durch die Behörde an das Vorliegen der Beschwerde, also an einen Willensakt des Privaten geknüpft hat. Es verhält sich damit nicht anders, wie in anderen Fällen der Rechtsmittel im Offizialverfahren. Alles, was unsere Entsch. über die Stellung des Einsprechenden im Patenterteilungsverfahren ausführt, mag richtig sein. Die hier maßgebende Frage aber betrifft nicht den Einspruch, sondern die Beschwerde. Zu fragen ist nicht: welche Rolle spielt der Einsprechende für das Erteilungsverfahren vor der Anmeldeabteilung? Sondern: welche Rolle spielt der Beschw. für die Rechtsmittelinstanz vor der Beschwerdeabteilung?

Besonderes Gewicht legt die Entsch. endlich darauf, daß eine andere, als die von ihr gebilligte Behandlung das Rechtsgefühl nicht befriedige insofern, als sie die Beschwerdeabteilung zwingen würde, es bei einer Entsch. bewenden zu lassen, die sie selbst nicht für materiell richtig ansehe, die sie vielleicht selbst schon in einem Zwischenbescheid als unzutreffend gekennzeichnet habe. Allein, die gleiche Rechtslage kann sich auch in sonstigen Fällen des Offizialverfahrens ergeben. Dies hängt damit zusammen, daß die wiederholte Prüfung der Sach- und Rechtslage durch eine Oberinstanz ihre Schranken hat, namentlich die Schranke, daß sie durch die Vornahme und den Fortbestand eines dem oberinstanzlichen Verfahrens zugrunde liegenden Willensaktes, eben des Rechtsmittels, in ihrer Staatshaftigkeit bedingt ist. Auch das Rechtsmittelgericht in Strafsachen muß es im Falle der Zurücknahme des Rechtsmittels dabei bewenden lassen, daß die unterinstanzliche Entsch. in Rechtskraft erwächst, obgleich es dieselbe für materiell unzutreffend hält. Nichts anderes gilt im Entmündigungsverfahren, wenn die sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung der Entmündigung oder die Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschl. zurückgenommen wird. Vor

und ihrerseits darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfange das nachgesuchte Patent zu erteilen ist. Es kann dies natürlich auch in der Weise geschehen, daß der angefochtene Beschl. mit der Begründung bestätigt wird, daß weder die von Amts wegen erfolgte Prüfung des Vorbringens des Einsprechenden noch sonst ein Grund zu einer Abänderung des Beschlusses Anlaß gegeben habe. Art und Umfang der Weiterprüfung werden dabei keine weiteren Schwierigkeiten bereiten, als es bisher im Falle der Zurückziehung des Einspruchs in erster Inst. der Fall gewesen ist.

Von der Anerkennung dieses folgerichtig aus der Natur des Prüfungsverfahrens und der Stellung des Einsprechenden im Verfahren sich ergebenden Schlusses darf der Umstand, daß das RPatA. in jahrelanger Übung einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen und sich von diesem auch durch den gelegentlichen Widerspruch im Schrifttum nicht hat abbringen lassen, nicht abhalten. Er darf dies um so weniger, als die Abkehr von dieser Übung in der Entsch. der Beschw. Abteilung v. 18. Mai 1932 darauf zurückzuführen ist, daß je länger desto mehr die Fälle sich häuften, in denen es sich als unerträglich erwies, daß bei Zurückziehung der Beschw. des Einsprechenden der angefochtene Beschl. rechtskräftig werden sollte.

Ein an den Zwecken und Zielen des Patenterteilungsverfahrens seine Richtung nehmendes Rechtsgefühl wird durch die bisherige Übung nicht befriedigt. Es kann nicht rechtens sein, daß der Einsprechende, der Gehilfe des Amtes bei der Verhinderung der Erteilung nicht gewählbarer Schutzrechte, es in der Hand haben sollte, die Erteilung solcher nicht gewählbarer Schutzrechte durch willkürliche Zurücknahme der eingelegten Beschw. herbeizuführen. Erscheint das schon nicht angängig, wenn der Beschw. Abteilung bei der Prüfung des Sachverhalts Umstände bekanntgeworden sind, welche die im angefochtenen Erteilungsbeschl. abgesteckten Grenzen des Erfindungsinhalts als zweifellos zu weit erkennen lassen, so ist es noch weniger erträglich, wenn die Beschw. Abteilung diese ihre Auffassung den Beteiligten bereits in einem Zwischenbescheid oder im Laufe einer mündlichen Verhandlung zu erkennen gegeben und damit selbst das Material zur Bekämpfung des Patents geliefert hat. In diesem Falle bliebe, wenn mit der Zurücknahme der Beschw. der Erteilungsbeschl. rechtskräftig würde, dem Anmelder, der einer Nichtigkeitsklage des Einsprechenden entgegen will, nur der Weg, auf das Patent alsbald ganz oder teilweise zu verzichten. Die Möglichkeit des teilweisen Verzichts stände ihm aber nicht einmal immer offen. Denn nach geltender Praxis kann nur auf einzelne Ansprüche, im übrigen aber nur ganz oder gar nicht verzichtet werden (vgl. J s a y, PatG., § 9 Note 3). Es ist also — anders als im Beschw. Verfahren — unmöglich, durch Teilverzicht zu erreichen, daß ein Merkmal der in der Beschreibung dargestellten Ausführungsform des Erfindungsgedankens einem Patentanspruch eingefügt und dadurch die nach dem Stande der Technik gebotene Beschränkung

allem ist auf folgende Parallele zu verweisen. Auch das Patentnichtigkeitsverfahren ist ein Offizialverfahren. Wird die erhobene Nichtigkeitsklage oder aber die Berufung im Nichtigkeitsverfahren zurückgenommen, so muß die Nichtigkeitsabteilung des PatA. bzw. das RG. es bei der Verleihung des Patentes belassen, auch wenn die genannten Behörden auf Grund einer der Zurücknahme vorausgegangenen Verhandlung möglicherweise die Überzeugung gewonnen haben, daß die Nichtigkeitsklage veranlaßt wäre. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß zwischen dem Nichtigkeits- und dem Patenterteilungsverfahren, insbes. auch zwischen der Stellung eines Nichtigkeitskl. und derjenigen eines wegen abgelehnten Einspruchs zur Beschwerde greifenden Dritten im Patenterteilungsverfahren, Unterschiede bestehen, so beweist doch der herangezogene Fall des Nichtigkeitsverfahrens so viel, daß es auch sonst in einem Offizialverfahren vorkommt, daß die Behörde es aus verfahrensrechtlichen Gründen, insbes. wegen Zurücknahme der ihrem Verfahren zugrunde liegenden Parteihandlung, bei dem behördlichen Akt der Vorinstanz bewenden lassen muß, obgleich nach ihrer Überzeugung jener Akt materiell unrichtig ist. Mit diesem Umstand muß man sich auch bei dem Beschwerdeverfahren im Patenterteilungsverfahren abfinden, und zwar im Interesse verfahrensrechtlicher Sicherheit. Das Institut der formellen Rechtskraft ist eben hier, wie auch sonst, nichts anderes als ein Opfer, welches die materielle Gerechtigkeit unter Umständen der formalen Rechtskraft darbringen muß.

Im einzelnen werden noch seitens der Entsch. zwei praktische Gesichtspunkte geltend gemacht.

Einmal würde, so wird ausgeführt, bei der bisherigen Behandlung des Problems dem Patentanmelder, der aus dem bisherigen Beschwerdeverfahren, insbes. aus Zwischenbescheiden oder sonstigen Äußerungen der Beschwerdeabteilung, erkannt habe, daß sein Patent in dem bisherigen Umfang nicht gewählbar sei, bei Zurücknahme der Beschwerde des Einsprechenden nicht in der Lage sein, durch entsprechende Einschränkungen seiner Anmeldung einer späteren Nichtigkeitsklage zu entgehen; er müsse die Weiterungen und Kosten einer

vorgenommen wird. Der Patentinhaber müßte vielmehr, wie auch *J. S. a. a. O.* ausführt, Kosten und Zeitverlust eines Nichtigkeitsverfahrens, zu dem er selbst einen Dritten veranlaßt, auf sich nehmen, um die erforderliche Beschränkung herbeizuführen. Das aber läuft dem Sinn der Rechtsordnung zuwider. „Wo die Rechtsordnung einen von ihr erstrebten Zweck mit geringeren Mitteln erreichen kann, da wendet sie nicht ein unnötig scharfes an“ (*J. S. a. a. O.*, Note 97 im Anh. zu §§ 1, 2 PatG.). Auf einfachste Weise aber werden das Interesse des Anmelders und die Belange der Allgemeinheit befriedigt, wenn schon im Rahmen des Erteilungsverfahrens den gesetzlichen Anforderungen an Neuheit, Fortschritt und Erfindungshöhe der Anmeldung volle Rechnung getragen wird. Ist die BeschwAbteilung zur Fortsetzung des Prüfungsverfahrens nach Zurücknahme der Beschw. des Einsprechenden befugt, so wird noch ein weiterer Nachteil vermieden, der nach der bisherigen Amtspraxis entstand, wenn der Anmelder auf Grund der Ausführungen des Einsprechenden oder der BeschwAbteilung eine Beschränkung seiner Anmeldung vorgenommen oder auf Grund der Prüfung in der BeschwInst. zwecks Beseitigung einer im Erteilungsbeschuß gegenüber den ausgelegten Unterlagen erfolgten „Verkrüppelung“ des Patentanspruchs sich mit der Erteilung eines Patents auf Grund der seinen Belangen gerechter werdenden ausgelegten Unterlagen einverstanden erklärt hatte. In solchen Fällen lag ein ausdrückliches Begehren des Anmelders vor, das nach dem die Amtspraxis beherrschenden Grundsatz, es dürfe kein Patent gewährt werden, das der Patentfucher nicht begehre, nicht unbeachtet bleiben darf. Nach der Ansicht jedoch, daß mit der Zurücknahme der Beschw. des Einsprechenden der angefochtene Erteilungsbeschuß schlechthin rechtskräftig werde, muß die Erklärung des Anmelders im BeschwVerfahren als rechtlich bedeutungslos, als nicht erfolgt behandelt und die Sache so angesehen werden, als sei die Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses bereits vor der Erklärung des Anmelders eingetreten. Daß dies nicht statthaft ist, bedarf keiner Ausführung. Wie bei jener Auffassung den im BeschwVerfahren abgegebenen Erklärungen des Anmelders rechtliche Auswirkung verschafft werden könnten, ist freilich nicht recht ersichtlich. Eine Beschw. gegen den Erteilungsbeschuß steht nach der Amtspraxis dem Anmelder in der Regel nicht zu, da er sein Einverständnis mit dem im Erteilungsbeschuß statuierten Patentansprüchen vor dessen Erlaß erklärt hatte und darum nicht als durch den Erteilungsbeschuß beschwert angesehen wird. Wollte man ihm aber (mit *J. S. a. a. O.*, Kommentar, Note 1 zu § 26 PatG.) ein BeschwRecht einräumen, so würde in dem hier zur Erörterung stehenden Falle praktisch nur die Anschlußbeschw. in Betracht kommen, die, weil erst nach Ablauf der Beschwfrist eingelegt, eine unselbständige Anschlußbeschw. wäre und daher mit der Zurücknahme der Beschw. des Einsprechenden ihre Wirkung verlore. Es wäre also für den Anmelder nichts gewonnen. Anders liegt die Sache, wenn die BeschwAbteilung trotz der Zurücknahme der Beschw. des Einsprechenden das Prüfungsverfahren fortsetzen darf und muß; jetzt können und müssen alle rechtlich erheblichen Erklärungen des Anmelders volle Beachtung und Würdigung erfahren.

Zunächst bei dem hier eingenommenen Standpunkt die Rechtsicherheit in unerträglicher Weise gefährdet sein sollte, ist nicht ersichtlich. Sollte die Rechtsunsicherheit etwa darin gefunden werden, daß die Beteiligten nicht mehr mit Bestimmtheit voraussagen können, ob und in welcher Form das Patent bei Zu-

späteren (von ihm selbst veranlaßten) Klage auf teilweise Nichtigkeitsklärung auf sich nehmen. Dieses Bedenken trifft nun jedenfalls zunächst die Fälle nicht, in denen dem Anmelder ein Teilverzicht möglich ist, nämlich in Ansehung einzelner Ansprüche. Aber auch abgesehen davon hat der Patentanmelder, falls er nicht von sich aus die entsprechende Einschränkung des beantragten Patentes schon vor der Anmeldeabteilung vorgenommen hat, kein Recht darauf, daß ihm der einsprechende Dritte durch Einlegung der Beschwerde die Chance einer Nachholung solcher Beschränkungsantrages gewähre, und nach eingeleiteter Beschwerde auch kein Recht darauf, daß ihm diese Chance erhalten bleibe.

Des weiteren legt der Große Senat darauf Gewicht, daß bei der von ihm bekämpften Auffassung die in der BeschwInst. vom dem Anmelder vor Zurücknahme der Beschwerde abgegebenen, durch die Erkenntnis der wahren Sachlage veranlaßten Einschränkungserklärungen infolge dieser Zurücknahme gegenstandslos gemacht würden, was wiederum nicht zweckmäßig sei. Aber auch in dieser Hinsicht ist nicht einzusehen, warum die durch den Anmelder vor der Anmeldeabteilung versäumte Chance, die ihm nur durch die Beschwerde des einsprechenden Dritten wieder eröffnet wird, nun endgültig behalten soll, d. h. auch dann, wenn die Beschwerde, der er sie verbankt, nachträglich zurückgenommen wird.

Nach alledem wäre zu wünschen, daß dem Großen Senat noch einmal Gelegenheit geboten würde, den durch die besprochene Entsch. eingenommenen Standpunkt künftig nachzuprüfen.

Geh. *J. R.* Prof. Dr. *W. R. S. i. d. h.*, München.

rückziehung der Beschw. des Einsprechenden zur Erteilung gelangt, so ist die Sachlage im wesentlichen die gleiche, wie sie bisher schon bei Zurückziehung des Einspruchs in erster Inst. sich gestaltete, ohne daß daraus berechtigte Klagen über Rechtsunsicherheit erwachsen wären. Daß aber die Rechtsicherheit etwa dadurch gefährdet werde, daß dem Einsprechenden die Möglichkeit genommen wird, entgegen den Belangen des Anmelders die rechtskräftige Erteilung verkrüppelter oder entgegen den Belangen der Allgemeinheit die Erteilung nicht rechtsbeständiger Patente herbeizuführen, wird füglich nicht behauptet werden können.

(*RP. A.*, Gr. Sen., Entsch. v. 18. Okt. 1932, F 49991 VIIIa/21a⁴).
Ver. von *OReg. R.* Dr. *G. i. e. s. e.*, Berlin.

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. *Z. i. e. l. k. e.* und Landgerichtsdirektor *K. e. r. s. t. i. n. g.*, Berlin.

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

[O Wird in den „*Entscheidungen und Mitteilungen*“, herausgegeben von Mitgliedern des *RWerA.* (*EuM.*), abgedruckt.]

I. Großer Senat.

** **O. I.** 1. Der Grundsatz der Entsch. 3171¹), daß als Versicherungsfall für die Ansprüche auf Wochenhilfe und auf Familienwochenhilfe die Entbindung anzusehen ist, wird aufrechterhalten.

2. Die Krankentasse ist zur Zahlung von Familienwochengeld vor der Entbindung nur für Zeiten verpflichtet, in denen das Familienhaupt gegen Krankheit versichert war. Insofern der Anspruch auf Zahlung von Familienwochengeld für die Zeit vor der Entbindung hier nach begründet ist, fällt er nicht rückwirkend dadurch wieder weg, daß der Berechtigte zur Zeit der Entbindung nicht mehr versichert ist.

Der 1. RevSen. hat mit Rücksicht darauf, daß er von der Entsch. 3171 abweichen wollte, die Sache an den Großen Senat verwiesen.

Der Große Senat vermochte sich in der Frage, wann der Versicherungsfall für den Anspruch auf Wochenhilfe, abgesehen von dem Anspruch auf Leistungen aus Anlaß von Schwangerschaftsbeschwerden, als eingetreten anzusehen ist, der Auffassung des 1. Sen. nicht anzuschließen. Als Versicherungsfall auf dem Gebiete der Wochenhilfe ist bisher, mit alleiniger Ausnahme der Leistungen aus Anlaß von Schwangerschaftsbeschwerden, stets die Entbindung angesehen worden (vgl. insbes. Entsch. 2693, *RWerNachr.* 1922, 281 = *EuM.* 14, 54 und die Entsch. 3171). Bis zum Inkrafttreten des *Ges. v. 9. Juli 1926 (RWB. I, 407)* ergab sich diese Auffassung schon ohne weiteres daraus, daß, von Leistungen aus Anlaß von Schwangerschaftsbeschwerden abgesehen, Wochenhilfeleistungen grundsätzlich nicht vor der Entbindung fällig wurden. Durch die im Art. 3 dieses *Ges.* vorgeschriebene Einfügung des § 195 a Abs. 3 in die *RWD.* und die in Art. 7 des genannten *Ges.* enthaltene Neufassung des § 205 a Abs. 3 *RWD.* ist hierin insofern eine Änderung eingetreten, als nunmehr das Wochengeld für die Zeit vor der Entbindung jeweils sofort, nicht erst mit dem Tage der Entbindung fällig wird. Nach Sinn und Zweck dieser Gesetzesänderung ist aber anzunehmen, daß damit die bisherige Rechtslage, nach der mit der Entbindung der Versicherungsfall eintrat, nicht berührt werden sollte. Das Gesetz bezweckte, wie aus seiner Entstehungsgeschichte (vgl. *RVerh.* III. Wahlper., 221. Sitz. v. 30. Juni 1926 S. 737 ff.) hervorgeht, eine Anpassung der deutschen Gesetzgebung an das Washingtoner Übereinkommen, betreffend die Beschäftigung der Frauen vor und nach der Niederkunft (vgl. *Ges. v. 16. Juli 1927 (RWB. II, 497)*), unter anderem durch eine zeitliche Erweiterung des Wochengeldbezuges vor der Entbindung. Dabei ergab sich als eine bloße „Nebenfrage“ die Frage des Zahlungsmodus des Wochengeldes vor der Entbindung. Nach der Darstellung der Berichterstatterin waren zahlreiche Beschwerden darüber laut geworden, daß die Krankenkassen das Wochengeld für die vier Wochen vor der Entbindung erst am Tage der Entbindung zahlten und daß dadurch der Sinn der Zahlung dieses Wochengeldes hinfällig wurde, nämlich der Schwangeren die Möglichkeit der Arbeitsruhe zu geben. Durch die vom Ausschuß beschlossene *Vorschr.*, daß das Wochengeld vor der Entbindung sofort fällig werde, d. h. wochenweise zu zahlen sei, sollte der Schwangeren die Möglichkeit eröffnet werden, die Arbeit rechtzeitig einzustellen.

Daß die Einfügung des § 195 a Abs. 3 in die *RWD.* und die Neufassung des § 205 a Abs. 3 nicht durch eine Änderung in der Auffassung der Entbindung als Versicherungsfall für den Anspruch auf Wochenhilfe veranlaßt wurde, ist mittelbar auch aus dem Wortlaut

¹) In *J. B.* nicht abgedruckt (*RWerNachr.* 1928, IV 182 = *EuM.* 22, 247).

des § 195 a Abs. 3 zu entnehmen. Wenn es dort heißt, daß das Wochengeld für die Zeit vor der Entbindung jeweils sofort, nicht erst mit dem Tage der Entbindung fällig wird, so liegt offenbar diesem sonst überflüssigen Zusatz der Gedanke zugrunde, daß nach wie vor erst mit der Entbindung der Versicherungsfall eintrete, daß ausnahmsweise aber der Anspruch auf das bezeichnete Wochengeld schon vorher fällig werde. Ferner deutet auch der unverändert erhalten gebliebene Ausdruck „Wochenhilfe“ darauf hin, daß das Scherwergewicht der Leistungen in die Zeit von der Entbindung aus fällt, in der allein von einer Wochenhilfe im eigentlichen Sinne die Rede sein kann, und daß mit diesem Ereignis erst der Versicherungsfall als eingetreten gelten soll.

Da nach allgemeinen Grundsätzen die Verhältnisse zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles für die Beurteilung maßgebend sind, ob ein Leistungsanspruch entstanden ist, so hängt hiernach der Anspruch auf Wochenhilfe an sich davon ab, ob zur Zeit der Niederkunft die Anspruchsvoraussetzungen sämtlich gegeben sind. Dementsprechend ist z. B. auch in § 195 a Abs. 1 RVD. die dort vorausgesetzte Versicherungszeit nach dem Zeitpunkte der Niederkunft zu berechnen. Ferner ist in § 195 a Abs. 5 die Anwendbarkeit des § 212 RVD. für den Fall eines Kassenwechsels der „Wöchnerin“ ausgeschaltet und die Zuständigkeit der „erstverpflichteten“ Kasse für die weitere Durchführung der Leistungen vorgeschrieben worden. Hiernach ist, da nach der mit dem allgemeinen Sprachgebrauch übereinstimmenden Ausdrucksweise der RVD. eine weibliche Person erst mit der Niederkunft zur Wöchnerin wird, die zur Zeit der Niederkunft bestehende Kassenzugehörigkeit für die Frage entscheidend, welche Kasse jeweils endgültig leistungspflichtig ist.

Grundsätzlich muß hiernach auch die Voraussetzung des Versicherungseins nach § 195 a RVD. (§ 205 a RVD.) zur Zeit der Niederkunft erfüllt sein. Davon geht mittelbar auch § 195 a Abs. 7 RVD. aus, nach dem ausnahmsweise der Anspruch beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen bestehen bleibt, wenn die Versicherte wegen ihrer Schwangerschaft innerhalb sechs Wochen vor der Entbindung aus der Versicherung ausgeschieden ist. Allerdings heißt es in § 195 a Abs. 1 RVD., daß weibliche Versicherte, die in der dort bestimmten Zeit gegen Krankheit versichert „gewesen sind“, die Wochenhilfeleistungen erhalten. Mit dem Ausdruck „versichert gewesen sind“ soll aber, wie schon der auf die Gegenwart zu beziehende Ausdruck „Versichert“ ergibt, offenbar nicht gesagt sein, daß eine Versicherung im Augenblick der Niederkunft nicht mehr zu bestehen braucht. Vielmehr wird das Erfordernis des Bestehens der Kassenmitgliedschaft zur Zeit der Niederkunft, den Fall des § 195 a Abs. 7 und des § 214 RVD. ausgenommen, als selbstverständlich vorausgesetzt (vgl. Entsch. 2202, RVerfMachr. 1916, 515 = EuM. 7, 84). Die gleiche Auffassung wird auch im Schrifttum vertreten (vgl. insbes. Jaeger, Die Wochenhilfe, 4. Aufl., S. 15 Num. 7 zu § 195 a).

Wenn trotzdem der Gesetzgeber dem Wochengeld für die Zeit vor der Entbindung die Eigenschaft eines sofort fälligen Anspruchs beigelegt hat, so muß bei der Geltendmachung dieses Anspruchs jedenfalls die Tatsache des Versicherungseins als die grundlegende Voraussetzung für den Anspruch auf Wochenhilfeleistungen zu den nach den bezeichneten Vorschr. in Betracht kommenden Zeiten, vier oder sechs Wochen vor der Niederkunft, gegeben sein. Ob zu dieser Zeit auch die sonstigen allgemeinen Voraussetzungen für die bezeichneten Ansprüche, insbes. die Vorversicherungszeit und in den Fällen des § 205 a RVD. die häusliche Gemeinschaft mit dem Versicherten, erfüllt sein müssen, kann hier dahingestellt bleiben. Denn da vorl. die in dieser letzteren Vorschr. erforderlichen allgemeinen Voraussetzungen vier Wochen vor der Niederkunft der inzwischen verstorbenen Ehefrau des Kl. sämtlich gegeben waren und bis zum Ausscheiden des Kl. aus der Versicherung fortbestanden, so bietet der hier zu entscheidende Fall keinen Anlaß, zu der Frage Stellung zu nehmen. Der hiernach mit Rücksicht auf den noch zu erwartenden Eintritt des Versicherungsfalles ausgelöste Wochengelanspruch des Kl. fällt auch nicht etwa dadurch rückwirkend wieder weg, daß der Berechtigte zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles nicht mehr versichert war. Denn bei Annahme einer möglicherweise bloß vorläufigen Zahlungsverpflichtung der Kasse würde der Zweck der Vorschrift nicht erreicht werden. Das Wochengeld für die Zeit vor der Entbindung soll der Befriedigung der in dieser Zeit bestehenden besonderen Bedürfnisse der Schwangeren dienen und namentlich auch ihre sachgemäße Pflege zum Wohle ihrer Leibesfrucht ermöglichen. Diesem Zwecke würde es widersprechen, wenn das Geleistete aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung z. B. dann zurückzugewähren wäre, wenn der Berechtigte zur Zeit der Niederkunft nicht mehr Kassenmitglied war. Im Einklang hiermit ist bereits in der Entsch. 3233 (MachrVfMVerf. 1928, IV 284 = EuM. 23, 56), in der es sich um die Frage handelte, ob auch die früher als sechs Wochen vor der Entbindung aus der Versicherung ausgeschiedene Anspruch auf

Kassenleistungen gem. § 195 a Abs. 2 und 3 RVD. (Wochengelbezug bis zur Entbindung) hat, schon mit Rücksicht auf § 195 a Abs. 3 ohne weiteres angenommen worden, daß das bis zum Ablauf der sechsten Woche nach dem Ausscheiden aus der Versicherung gezahlte Wochengeld nicht als ohne rechtlichen Grund geleistet anzusehen ist. Der in der Entsch. 3171 vertretenen Auffassung, daß die sämtlichen Leistungen der Wochenhilfe einheitlich und unteilbar seien, kann hiernach jedenfalls für die Zeit nach der Neufassung des § 195 a Abs. 3 (§ 205 a Abs. 3 a. a. D.) durch das Gesetz v. 9. Juni 1926 nicht beigelegt werden. Ihrer Zweckbestimmung entsprechend ist vielmehr die Zahlung von Wochengeld für die Zeit vor der Entbindung gegenüber den Wochenhilfeleistungen, die für die Zeit vor der Entbindung ab zu gewähren sind, als eine selbständige Leistung anzusehen, die nicht schlechthin von der Rechtslage zur Zeit der Entbindung abhängig gemacht werden kann.

Der Natur der Sache nach erlischt allerdings der Anspruch auf Weiterzahlung des Wochengelbes und des Familienwochengeldes für die Zeit vor der Entbindung mit dem Zeitpunkt, in dem sich ergibt, daß es, z. B. infolge eines Unglücksfalls der Schwangeren, zu einer Entbindung im Rechtsinne (vgl. RVD. vor Mitgl. des RVerf. II, 44, Num. 8 zu § 195 a) überhaupt nicht mehr kommen kann. Das gleiche gilt, wenn die sonstigen allgemeinen Voraussetzungen für den Anspruch auf Wochenhilfe, insbes. von den Fällen des § 195 a Abs. 7 RVD. abgesehen, jede Kassenmitgliedschaft und damit auch das Versicherungsein, vor der Entbindung wegfallen. Denn dann ist für eine zeitliche Vorauswirkung des Eintritts des Versicherungsfalles kein Raum mehr. Zur Zahlung von Familienwochengeld ist hiernach die Krankenkasse vor der Entbindung nur für Zeiten verpflichtet, in denen das Familienhaupt gegen Krankheit versichert war.

(RVerf. II, GroßSen., Urt. v. 19. Okt. 1932, IIa K 18/31 a.) [R.]

II. Einzelne Senate.

××02. § 313 Abs. 2 RVD. Ein Weiterversicherungsberechtigter kann innerhalb der Frist des § 313 Abs. 2 RVD. die Weiterversicherung auch dann noch bei der bisherigen Kasse wirksam anzeigen, wenn er seinen Wohnort aus ihrem Bereich verlegt hat.

(RVerf. II, 1. RevSen., Urt. v. 16. Dez. 1932, IIa K 391/31¹.) [R.]

Reichsversorgungsgesetz.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

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

1. Die Erziehungsbeihilfen stehen der zu erziehenden Person (Waise, nicht aber der zur Erziehung Verpflichteten (Mutter usw.) zu; sie können daher im Überhebungsfalle nur auf die Waisen-, nicht auf die Witwenrente angerechnet werden.

(RVerf. II, 1. RevSen., Urt. v. 11. Juni 1933, M Nr 16/33, 8.)

*

**2. Frauen- und Kinderzuschläge gehören zur Pension i. S. der Ruhensvorschriften des DffPensG.

(RVerf. II, 1. RevSen., Urt. v. 30. Mai 1933, M Nr 6796/32, 1; Grundf. G.)

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Brenken.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Göttes, Berlin.

1. PrVVDStrD. v. 27. Jan. 1932. Auf die nationale Erneuerung des deutschen Volkes kann sich keiner mit geringerem Rechte berufen als der, welcher in der Zeit ungeheurer wirtschaftlicher Not seine bevorzugte Beamtenstellung durch schwerwiegende Veruntreuungen mißbraucht und dadurch zur Verschleuderung des deutschen Volkvermögens selbst beigetragen hat.

(PrVVDStrD., 1. Sen., Urt. v. 25. April 1932, I D 1/33.)