

# Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

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

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

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

**Anzeigen** Die 6 gespaltene Millimeterhöhe 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf.,  $\frac{1}{2}$  Seite M. 325.—,  $\frac{1}{4}$  Seite M. 170.—,  $\frac{1}{8}$  Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

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

## Das Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedsprüche vom 26. September 1927 und das Gesetz zur Änderung einiger Vorschriften der Zivilprozessordnung über das schiedsrichterliche Verfahren vom 25. Juli 1930.

Von Ministerialrat Geh. Regierungsrat Dr. Volkmar, Berlin.

### I.

#### Das Genfer Abkommen (RGBl. 1930, II, 1067 ff.).

Noch am Tage vor seiner Auflösung hat der letzte Reichstag eine Reihe von Gesetzen verabschiedet, unter denen drei für unseren internationalen Rechtsverkehr von weittragender Bedeutung sind. Das eine betrifft das zwischen Deutschland und der Schweiz abgeschlossene Abkommen über Vollstreckung von Urteilen und Schiedsprüchen, das zweite betrifft das in Genf abgeschlossene Kollektivabkommen über Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedsprüche, das dritte endlich betrifft einige eng mit diesem Abkommen zusammenhängende Änderungen der Vorschriften unserer ZPO über die Vollstreckung von Schiedsprüchen. Über das deutsch-schweizerische Abkommen wird an einer anderen Stelle dieser Zeitschrift berichtet, die Genfer Übereinkunft und die durch sie hervorgerufenen Änderungen unserer ZPO. sollen den Gegenstand der nachfolgenden Erörterung bilden:

#### A. Bedeutung des Abkommens.

Die Frage der Vollstreckung ausländischer Schiedsprüche ist an sich nur ein Ausschnitt aus dem großen Problem der Vollstreckung ausländischer Schuldtitel im allgemeinen. Dieses Problem gehört, namentlich soweit ausländische Urteile in Frage kommen, unter dem geltenden Rechtszustand zu den verwickeltesten und schwierigsten, weil nicht nur die verschiedenen Staaten dabei von z. T. völlig abweichenden Grundsätzen ausgehen, sondern auch ein und derselbe Staat die Frage der Vollstreckung eines fremden Titels verschiedenen Staaten gegenüber oft verschieden entscheidet je nach den Rechtsgrundsätzen, die der auswärtige Staat, in dem der Titel entstanden ist, selbst anwendet. Es ist deshalb schon lange der Wunsch der Kulturstaaten, den Rechtszustand durch internationale Vereinbarungen zu vereinfachen. Ein erster Versuch wurde i. J. 1925 bei der 5. Haager Konferenz über internationales Privatrecht gemacht. Dort wurde der Entwurf eines Kollektivabkommens zur Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedsprüchen aufgestellt, der in JW. 1926, 310 ff. wiedergegeben und von mir besprochen ist. Dieser Entwurf hat sich als ein Fehlschlag erwiesen und ist bisher noch von keinem Staate

ratifiziert worden. Ob es gelingen wird, ihn in absehbarer Zeit durch einen besseren zu ersetzen, erscheint mehr als zweifelhaft. Die Hauptschwierigkeiten liegen in folgenden beiden Richtungen: Bei der Vollstreckung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen spielt eine entscheidende Rolle das Vertrauen, das der Vollstreckungsstaat in die Rechtspflegeeinrichtungen des erkennenden Staates setzen kann. Nun kann zwar bei einem zweiseitigen Verträge jede Vertragspartei übersehen, ob sie das mit der Verpflichtung zur Vollstreckung verbundene Risiko eingehen kann, anders bei einem Kollektivvertrag, der eine Bindung gegenüber einer unbestimmten Mehrheit von Staaten erzeugt. Zu dieser psychologischen Schwierigkeit kommt noch eine nicht minder große technische. Soll ein Kollektivabkommen über Vollstreckung fremder Entscheidungen den Rechtszustand wirklich klären, so darf es nicht, wie der Entwurf von 1925 das tut, über die Voraussetzungen der Vollstreckung (insbesondere über die Frage, in welchen Fällen die Zuständigkeit eines fremden Gerichts anzuerkennen ist) das innere Recht des Vollstreckungsstaates entscheiden lassen, sondern muß einen — wenn auch vielleicht nur kleinen — Kreis von Gerichtsständen aufzählen, bei deren Vorhandensein die Zuständigkeit fremder Gerichte in jedem Vertragsstaat anerkannt wird. Man hat das auch 1925 im Haag versucht, es mißlang das aber, weil sich herausstellte, daß hinsichtlich sämtlicher Gerichtsstände die Auffassungen der beteiligten Staaten zu weit auseinander gingen, ja selbst die Begriffe ganz allgemein anerkannter Gerichtsstände, wie z. B. der des Wohnsitzes oder des Erfüllungsortes, keineswegs in allen Staaten den gleichen Sinn haben.

Diese Schwierigkeiten bestehen nun bei der Vollstreckung ausländischer Schiedsprüche nicht. Hier handelt es sich nicht darum, daß der Hoheitsakt eines fremden Staates anerkannt wird, dem die Bürger des Vollstreckungsstaates meist ohne oder gar wider ihren Willen unterworfen werden, sondern um die vertragliche Unterwerfung unter eine von den Streitparteien selbst gewählte Schiedsinstanz. Auch die schwierige Frage der Auswahl des Gerichtsstandes spielt hier keine Rolle.

Deshalb war es ein glücklicher Gedanke des Völkerbundes, daß er den Versuch unternahm, aus dem großen Fragenkomplex der Vollstreckung ausländischer Schuldtitel,

das Teilproblem der Vollstreckung von Schiedsprüchen herauszugreifen und zum Gegenstand eines besonderen Abkommens zu machen. Ist ein solches Abkommen erst in einer größeren Zahl von Staaten in Kraft gesetzt, so bietet sich auch für die Wirtschaft die Möglichkeit, im Verkehr mit Angehörigen solcher Staaten, denen gegenüber die Durchsetzung von Ansprüchen im Rechtswege Schwierigkeiten macht, sich durch den Abschluß von Schiedsgerichtsverträgen zu sichern. Das Schiedsgerichtsabkommen bedeutet also in gewissem Sinne einen Ersatz für ein Abkommen über die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen.

Wesentlich erleichtert wurde der Abschluß des Abkommens dadurch, daß das Genfer Protokoll v. 24. Sept. 1923, das bereits im Verhältnis zahlreicher Staaten<sup>1)</sup> zueinander in Kraft gesetzt ist, eine unbefriedigende Regelung schuf, die dringend einer Ergänzung bedurfte. Denn durch das Genfer Protokoll von 1923 war die internationale Anerkennung von Schiedsverträgen und Schiedsklauseln vorgeesehen, derart, daß vor den Gerichten jedes Vertragsstaates die Einrede des Schiedsvertrages wirksam vorgebracht werden konnte (Nr. 4), die Vollstreckung der Schiedsprüche, die aus den in dieser Weise anerkannten Schiedsverträgen hervorgingen, war dagegen nur in dem Staate gesichert, auf dessen Gebiet der Schiedspruch erlassen war (Nr. 3). So mußte sich in zahlreichen Fällen die unerträgliche Folge ergeben, daß ein Angehöriger eines Vertragsstaates, der mit einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaates einen Schiedsvertrag geschlossen hatte, an der klageweisen Verfolgung seines Anspruchs im anderen Staate durch die Einrede des Schiedsvertrages gehindert war, andererseits aber, wenn das Schiedsverfahren in seinem Heimatstaate stattfand, den Schiedspruch in dem Staate, dem sein Gegner angehört, nicht vollstrecken konnte. Dieser Mißstand ist nunmehr durch das neue Genfer Abkommen von 1927 beseitigt worden. Aus dieser Entstehungsgeschichte erklärt sich auch der enge Zusammenhang, in dem die beiden Genfer Abkommen zueinander stehen.

## B. Werdegang und Wesen des Abkommens.

Das neue Abkommen wurde im Comité économique des Völkerverbundes vorbereitet, danach stellte eine vom Völkerverbund zusammengerufene Sachverständigenkommission, an der außer Deutschland Amerika, England, Frankreich, Italien, Österreich und die Tschechoslowakei beteiligt waren, einen mit Begründung versehenen Entwurf auf. Dieser Entwurf wurde auf Grund von Bedenken, die mehrere Staaten, darunter auch Deutschland, gegen ihn erhoben hatten, in der Septembertagung 1927 des Völkerverbundes von einer Unterkommission seiner zweiten Kommission in verschiedenen Punkten umgestaltet. In dieser neuen Fassung hat dann der Entwurf die Genehmigung der Vollversammlung des Völkerverbundes gefunden.

Das Abkommen kennzeichnet sich als Kollektivvertrag, der bisher außer von Deutschland von Belgien, Dänemark, Danzig, Estland, Finnland, Frankreich, Großbritannien und Nordirland, Italien, Luxemburg, Neuseeland, Nicaragua, den Niederlanden, Österreich, Rumänien, Schweden, der Schweiz, Spanien und der Tschechoslowakei gezeichnet worden ist. Die zum Inkrafttreten des Abkommens weiter noch erforderliche Ratifikation ist bisher von Belgien, Dänemark, Estland, Großbritannien und Nordirland, Neuseeland, Schweden, der Schweiz und Spanien vollzogen worden. Die Ratifikation durch Deutschland steht bevor. Ihre Vollziehung und der daraus sich ergebende Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens für Deutschland werden im Reichsgesetzblatt bekanntgemacht werden. In der Folgezeit kann noch jeder Staat oder jedes Völkerverbandsmitglied (auch wenn es, wie z. B. die englischen Dominions, kein Staat ist) dem Abkommen durch Zeichnung und Ratifikation beitreten, jedoch (Art. 7) nur unter der Voraussetzung vorheriger oder gleichzeitiger Beitritts zu dem allen Staaten zur Zeichnung offenstehenden Genfer Abkommen von 1923. Jeder Teilhaber des Abkommens kann es durch schrift-

liche Mitteilung an den Generalsekretär des Völkerverbundes kündigen. Die Kündigung wirkt nur für sein Gebiet und wird erst ein Jahr nach der Mitteilung an den Generalsekretär wirksam (Art. 9 Abs. 1, 2). Die Kündigung des Genfer Protokolls von 1923 hat ohne weiteres auch die Kündigung des Abkommens von 1923 zur Folge (Art. 9 Abs. 3). Die Geltung des Abkommens erstreckt sich nicht ohne weiteres auf die Kolonien, Protektorate oder Gebiete, die unter der Oberhoheit oder dem Mandat eines der vertragsschließenden Teile stehen, doch kann die Ausdehnung auf solche Gebiete, sofern das Abkommen von 1923 auf sie anwendbar ist, jederzeit durch eine Mitteilung an den Generalsekretär des Völkerverbundes, die drei Monate nach ihrer Hinterlegung in Kraft tritt, herbeigeführt werden (Art. 10).

## C. Inhalt des Abkommens.

### I. Die grundsätzliche Einstellung.

Der unter I erwähnte Haager Entwurf eines internationalen Abkommens über die Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedsprüchen knüpfte die Vollstreckung von Schiedsprüchen an die gleichen Voraussetzungen wie die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen und kam dadurch zu praktisch sehr wenig zweckmäßigen Ergebnissen. Diesen Fehler vermeidet das Genfer Abkommen und sucht umgekehrt der besonderen Eigenart der Schiedsprüche Rechnung zu tragen und eine dieser Eigenart entsprechende selbständige Regelung zu geben. Während es z. B. bei Vollstreckung ausländischer Entscheidungen unerlässlich ist, daß die Entscheidung im Ursprungsstaate vollstreckbar ist, verzichtet im Gegensatz zu dem Haager Entwurf von 1925 das Genfer Abkommen auf dieses Erfordernis. Deshalb ist u. a. der Deutsche, der mit einem Ausländer ein deutsches Schiedsgericht vereinbart hat, wenn er dessen Schiedspruch im Ausland vollstrecken will, nicht genötigt, vor der Vollstreckbarerklärung im Auslande noch erst die Vollstreckbarerklärung in Deutschland herbeizuführen. Durch diese Regelung wird zugleich klargestellt, daß nach dem Abkommen von 1927 nicht die Entscheidung der Gerichte des Ursprungslandes über die Vollstreckbarkeit eines Schiedspruches, sondern dieser Schiedspruch selbst in den übrigen Vertragsstaaten zu vollstrecken ist. Während ferner nach dem Haager Entwurf die Vollstreckung eines Schiedspruches ebenso wie die einer gerichtlichen Entscheidung von einer Zuständigkeitsprüfung abhing, trägt das Genfer Abkommen dem Umstände Rechnung, daß bei Schiedsgerichten die Zuständigkeitsfrage im eigentlichen Sinne (nämlich in dem Sinne, ob ein Gericht des einen oder des anderen Staates zur Entscheidung berufen ist) nicht aufgeworfen werden kann, es vielmehr nur darauf ankommt, ob der Schiedsvertrag im Vollstreckungsstaate anzuerkennen und das Schiedsgericht ordnungsmäßig gebildet, sowie der von ihm entschiedene Streitfall von der Schiedsabrede umfaßt ist. Während weiter der Haager Entwurf auch die für Versäumnisurteile gegebenen Vorschriften (z. B. Erfordernis vorschriftsmäßiger Ladung) auf Schiedsprüche einfach übertragen wollte, berücksichtigt das Genfer Abkommen, daß im Schiedsverfahren nach vielen Rechtssystemen, z. B. dem deutschen, ein eigentliches Versäumnisverfahren nicht stattfindet, es also nicht auf die Einhaltung der dafür gegebenen besonderen Formvorschriften, sondern nur darauf ankommen kann, ob der unterlegenen Partei das rechtliche Gehör ordnungsmäßig gewährt ist. Im Zusammenhang hiermit sei noch hervorgehoben, daß die 6. Haager Privatrechtskonferenz (von 1928), um den Zwiespalt, der zwischen dem Genfer Abkommen von 1927 und dem Haager Entwurf von 1925 besteht, zu beseitigen, beschlossen hat, aus dem Art. 4 des letztgenannten Entwurfs die auf Schiedsprüche bezügliche Vorschrift ganz herauszulassen und nur noch die Vollstreckung gerichtlicher Vergleiche zu regeln.

### II. Die Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckung.

Unter Anerkennung von Schiedsprüchen ist auch hier, wie z. B. bei der Anerkennung von Urteilen i. S. von § 328 ZPO., die Erstreckung der Rechtskraftwirkung der Entscheidung über die Grenzen des Ursprungslandes hinaus zu verstehen. Die Voraussetzungen für die Anerkennung und Voll-

<sup>1)</sup> Darunter außer Deutschland, Großbritannien, Italien, Belgien, Finnland, Dänemark, Schweden, Norwegen, Österreich, Schweiz, Frankreich, Niederlande, Spanien, Rumänien und Japan.

streckung sind die gleichen, es gilt deshalb alles, was im folgenden über Voraussetzung der Vollstreckung von Schiedsprüchen gesagt wird, auch für die Anerkennung. Diese Voraussetzungen zerfallen in diejenigen, die sich aus dem im Abkommen Art. 1 Abs. 1 enthaltenen Umschreibung seines Anwendungsgebietes ergeben, ferner in die in Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 aufgeführten besonderen Voraussetzungen.

1. Anwendungsbereich. Bei seiner Umschreibung zeigt sich besonders deutlich der unlösliche Zusammenhang, in dem das neue Genfer Abkommen von 1927 mit dem alten von 1923 steht. Grundlage muß nach Art. 1 Abs. 1 für den zu vollstreckenden Schiedsspruch eine Schiedsabrede oder Schiedsklausel<sup>2)</sup> sein, die unter das Protokoll von 1923 fällt. Aus dieser Bezugnahme ergibt sich vor allem, daß die Schiedsvereinbarung zwischen Parteien geschlossen sein muß, die der Gerichtsbarkeit verschiedener<sup>3)</sup> Vertragsstaaten unterworfen sind. Haben also beispielsweise zwei in Deutschland ansässige Italiener ein deutsches Schiedsgericht vereinbart, und soll dessen Spruch in Italien oder einem sonstigen Vertragsstaat vollstreckt werden, so kommen die Grundsätze der Genfer Protokolle von 1923 und 1927 darauf nicht zur Anwendung. Zu beachten ist dabei, daß es hier nicht auf die Staatsangehörigkeit allein ankommt, da das Abkommen die Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit eines Staates entscheidend sein läßt. Dieser Begriff wird im Abkommen selbst nicht erklärt, man wird unter Gerichtsunterworfenen alle diejenigen verstehen können, für die in dem betreffenden Staate ein allgemeiner Gerichtsstand begründet ist. Würde daher ein in Italien wohnender Italiener mit einem in Deutschland wohnenden Landsmann ein deutsches Schiedsgericht vereinbaren, so würde das Abkommen von 1927 anwendbar sein, da der im Heimatlande wohnende Italiener der dortigen, der in Deutschland wohnende aber der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen wäre.

Es ist ferner zu beachten, daß das Genfer Protokoll von 1923 ungeachtet der in RGBl. 1925, II, 47 gewählten Überschrift (Schiedsklauseln im Handelsverkehr) außer Handelsachen auch „andere Angelegenheiten, bei denen eine Regelung durch vertraglich vereinbartes Schiedsverfahren zulässig ist“, umfaßt (Art. 1 Abs. 1), daß aber „jeder vertragsschließende Staat die Freiheit hat, die Anwendung des Protokolls auf diejenigen Verträge zu beschränken, die durch seine Landesgesetzgebung als Handelsangelegenheiten behandelt werden“ (das ist z. B. von Belgien, Griechenland, den Niederlanden, Polen, Rumänien und Spanien geschehen).

Als weitere Vollstreckungsvoraussetzung für einen ausländischen Schiedsspruch ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 des Abkommens von 1927 endlich noch, daß er im Gebiete eines Vertragsstaates, auf das das Abkommen anwendbar ist, ergangen ist (also z. B. nicht in einer Kolonie eines Vertragsstaates, auf welche dieser die Anwendbarkeit des Protokolls nicht gemäß Art. 10 [vgl. oben unter B a. E.] herbeigeführt hat). Es ist bei der Beratung des Genfer Abkommens leider nicht gelungen, dafür, nach welchen Gesichtspunkten zu entscheiden ist, in welchem Lande der Schiedsspruch ergangen ist, eine alle Beteiligten befriedigende Formel zu finden, die Frage muß deshalb vom Gericht des Vollstreckungsstaates nach seinem eigenen zwischenstaatlichen Recht entschieden werden (vgl. a. JahrbZurSchGer. 2, 131 f.). Nach deutschem internationalen Privatrecht wird man bei institutionellen Schiedsgerichten entscheidend sein lassen müssen, welchem Lande diese Einrichtung angehört, bei Gelegenheitschiedsgerichten wird es in erster Linie auf den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Parteiwillen, und nur wenn unter diesem Gesichtspunkt sich nichts Gegen-

teiliges ergibt, darauf ankommen, wo die für das Zustandekommen des Schiedsspruchs wesentlichen Tatbestandsmerkmale sich verwirklicht haben (vgl. a. Jonas: JW. 1927, 1297; Stein-Jonas, Anm. IX, 1 zu § 1042 ZPO.).

Die in Art. 1 Abs. 2 und in Art. 2 erörterten Voraussetzungen der Vollstreckung ausländischer Schiedsprüche hat das Abkommen so anzuordnen versucht, daß Art. 1 Abs. 2 die positiven Voraussetzungen bringt, d. h. diejenigen Umstände, die gegeben sein müssen, damit die Vollstreckung zugelassen werden kann (siehe die folgende Nr. 2), während Art. 2 die negativen Voraussetzungen aufzählt, d. h. diejenigen Umstände, deren Vorhandensein zur Verfassung der Vollstreckung führt (siehe die folgende Nr. 3). Infolge der im Laufe der Beratungen an dem ursprünglichen Entwurf vorgenommenen Änderungen ist allerdings dieses Prinzip nicht rein durchgeführt, da in Art. 1 Abs. 2 die lit. e sowie der letzte Halbsatz von lit. d einen Verfassungsgrund darstellen.

2. Die in Art. 1 Abs. 2 aufgeführten (im wesentlichen positiven) Vollstreckungsvoraussetzungen sind im einzelnen:

a) Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach dem auf sie anwendbaren Recht. Auch hier ergibt das Abkommen nicht, nach welchen Grundsätzen das anzuwendende Recht zu bestimmen ist, die Frage fällt aber praktisch zusammen mit der schon erörterten Frage, in welchem Lande ein Schiedsspruch als im Sinne des Abkommens ergangen anzusehen ist, da sich bei genauerer Untersuchung (vgl. a. die vorstehend zu 1 gegebenen Andeutungen und das dort herangezogene Schrifttum) zeigt, daß es bei jener Frage in erster Linie nicht darauf ankommen kann, wo sich die Schiedsrichter räumlich betätigt haben, sondern darauf, welchem Recht der Schiedsspruch nach dem Willen der Parteien oder nach den Umständen des Falles zu unterstellen ist.

b) Nach dem Recht des Vollstreckungsstaates muß der Gegenstand des Schiedsspruchs schiedsgerichtlicher Regelung fähig sein. Diese Voraussetzung dürfte z. B. nicht erfüllt sein, wenn ein ausländischer Schiedsspruch in Deutschland vollstreckt werden soll, der einen nach deutschem Recht zu beurteilenden Unterhaltsanspruch von Verwandten zum Gegenstande hat (§ 1025 ZPO.). Daß natürlich auch nach dem auf den Schiedsvertrag anwendbaren Recht die gleiche Voraussetzung erfüllt sein muß, ergibt die vorstehend erwähnte lit. a.

c) Das Schiedsgericht, das den Spruch gefällt hat, muß in der Schiedsvereinbarung bestimmt oder gemäß der Vereinbarung der Parteien und den auf das Schiedsverfahren anwendbaren Rechtsvorschriften gebildet worden sein. Schon vorstehend zu CI wurde darauf hingewiesen, daß an Stelle der bei Vollstreckung ausländischer Urteile entscheidenden Zuständigkeitsfrage bei Schiedsprüchen die Frage der ordnungsmäßigen Bildung des Schiedsgerichts aufzuwerfen ist.

d) Der Schiedsspruch muß in dem Staate, in dem er ergangen ist, eine endgültige Entscheidung darstellen. Diesen Ausdruck hat man gewählt, weil der deutschem Rechtsdenken besser entsprechende Ausdruck rechtskräftig nicht auf alle Rechtssysteme paßt. Was unter endgültig zu verstehen ist, erklärt das Abkommen negativ, indem es hinzufügt, „er gilt nicht als endgültig, wenn er dem Einspruch, der Berufung oder der Nichtigkeitsbeschwerde unterworfen ist (in den Ländern, in denen diese Rechtsbehelfe bestehen), oder wenn nachgewiesen wird, daß ein Verfahren zwecks Anfechtung der Gültigkeit des Schiedsspruchs anhängig ist“. Der Annahme eines endgültigen Schiedsspruchs steht danach nur die Möglichkeit eines ordentlichen Rechtsmittels oder Rechtsbehelfs nicht die bloße Möglichkeit der Erhebung einer unserer Anfechtungsklage entsprechenden Klage, wohl aber die Anhängigkeit einer solchen Klage entgegen.

e) Die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs darf nicht der öffentlichen Ordnung oder den Grundsätzen des öffentlichen Rechts des Vollstreckungsstaats widersprechen. Hiermit wird der in allen internationalen Rechtsschutzverträgen enthaltene Gesichtspunkt des ordre public in das Abkommen eingeführt. Er soll, wie in den Genfer Verhand-

<sup>2)</sup> Schiedsabrede im Sinne der Genfer Protokolle ist ein Schiedsvertrag, der sich auf eine bestimmte dem Schiedsgericht zu unterbreitende Streitigkeit bezieht, während mit Schiedsklausel die in irgendeinem Vertrage enthaltene Bestimmung, daß künftig aus dem Vertrage sich ergebende Streitigkeiten einem Schiedsgericht unterworfen sind, gemeint ist. Im folgenden wird als beide Arten von schiedsgerichtlichen Abmachungen umfassender Ausdruck das Wort „Schiedsvereinbarung“ gebraucht.

<sup>3)</sup> Dieses aus dem französischen Text deutlich ersichtliche Erfordernis ist in der RGBl. 1925 II, 47 ff. gegebenen deutschen Übersetzung nicht zum Ausdruck gekommen.

lungen von allen Teilnehmern einhellig anerkannt wurde, nicht die materielle Nachprüfung des Schiedsspruchs, selbst nicht bei offensichtlich fehlerhafter Rechtsanwendung ermöglichen, wohl aber eingreifen, wenn der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurteilt, die nach den Gesetzen des Vollstreckungsstaates verboten ist, oder wenn das Schiedsgericht ein Rechtsverhältnis zur Anerkennung oder einen Anspruch zur Verwirklichung gelangen lassen will, dem der Vollstreckungsstaat aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit die Gültigkeit, Verfolgbarkeit oder Klagebarkeit versagt, z. B. wenn das Schiedsgericht einen Spielvertrag, den es als solchen erkannt hat, zur Grundlage für den dem Kläger zugebilligten Anspruch gemacht hat.

3. Die Versagungsgründe des Art. 2. Auch wenn ein zu vollstreckender ausländischer Schiedsspruch allen zu 1 und 2 erörterten Erfordernissen voll genügt, ist seine Vollstreckung zu versagen, wenn einer der in Art. 2 aufgezählten Gründe vorliegt. Hierbei ist zu beachten, daß, wie auch in der Wortfassung des Art. 2 zum Ausdruck kommt, nur die Feststellung eines jener Gründe den Richter des Vollstreckungsstaates zur Versagung der Vollstreckung berechtigt, woraus sich ergibt, daß hinsichtlich ihrer der Vollstreckungsschuldner die Beweislast trägt, während bei den positiven Voraussetzungen (vorstehend unter 1 und 2) der Gläubiger beweispflichtig ist, also die Vollstreckbarerklärung unterbleiben muß, wenn die Erfüllung einer Voraussetzung zweifelhaft ist<sup>4</sup>). Die Versagungsgründe sind im einzelnen:

a) Nichtigklärung des Schiedsspruchs in dem Lande, in dem er ergangen ist: Wird in einem unserer Aufhebungsklage entsprechenden Verfahren nach dem für den Schiedsspruch anwendbaren Recht dieser selbst beseitigt, so kann er auch im Auslande nicht mehr vollzogen werden, da er seine Kraft ja aus dem auf ihn anwendbaren Rechte nimmt. Ist dagegen im Ursprungslande des Schiedsspruchs nur i. S. des § 767 unserer ZPO. die Vollstreckung des Schiedsspruchs für unzulässig erklärt, so wirkt eine solche Entscheidung nicht ohne weiteres, sondern nur insoweit, als die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen der Vollstreckungsstaat Entscheidungen der Gerichte des Staates, in dem die Unzulässigkeit der Vollstreckung ausgesprochen ist, anerkennt. Die bloße Anhängigkeit einer Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs bildet zwar keinen Versagungsgrund i. S. des Art. 2a, sie hindert aber gleichwohl die Anerkennung und Vollstreckung, weil sie zur Folge hat, daß der Schiedsspruch nicht i. S. von Art. 1d als endgültig anzusehen ist (vgl. oben unter CII 2).

b) Versagung des rechtlichen Gehörs. Das Abkommen gebraucht diesen Ausdruck nicht, umschreibt ihn aber mit den Worten, daß die Partei, gegen die der Schiedsspruch geltend gemacht wird, nicht zeitig genug von dem schiedsgerichtlichen Verfahren Kenntnis erlangt hat, um ihre (Angriffs- und Verteidigungs-) Mittel geltend machen zu können. Mangelnde Vertretung der prozessunfähigen Partei. Nach welchem Recht die Notwendigkeit und Ordnungsmäßigkeit einer Vertretung zu beurteilen ist, sagt das Abkommen nicht. Hier werden deshalb die für das Vollstreckungsgericht geltenden Grundsätze des internationalen Privatrechts anzuwenden sein, das auf das Schiedsverfahren anzuwendende Recht ist also nur insoweit maßgebend, als dies mit jenen Grundsätzen vereinbar ist.

c) Überschreitung der schiedsrichterlichen Kompetenz. Dieser Fall liegt nach Art. 2c vor, wenn das Schiedsgericht über einen Streitfall entschieden hat, der nicht unter die Schiedsvereinbarung fällt, ferner, wenn der Schiedsspruch Entscheidungen enthält, welche die Grenze der Schiedsvereinbarung überschreiten. Eine Versagung unter diesem Gesichtspunkt käme z. B. in Frage, wenn in einem Kauf-

vertrag lediglich vorgesehen war, daß für einen Wandlungs- oder Minderungsanspruch des Käufers ein Schiedsgericht entscheiden sollte, das Schiedsgericht aber auch über den zwischen den Parteien streitig gewordenen Inhalt der Preisvereinbarung entschieden hat.

Als weiteren Versagungsgrund hatte der Entwurf der Sachverständigenkommission noch den Fall angeführt, daß der Schiedsspruch nicht alle dem Schiedsgericht unterbreiteten Streitpunkte erledigt. Da diese Fassung die Unterbindung der Vollstreckung schiedsgerichtlicher Teilmurteile bedeutet hätte und ein solches Ergebnis für die Wirtschaft äußerst unerwünscht gewesen wäre, hat Deutschland hiergegen Bedenken erhoben und eine Änderung der Fassung des Entwurfs erreicht. Nach Art. 2 Abs. 2 ist die Vollstreckung von Teilentscheidungen jetzt dahin geregelt, daß, „wenn der Schiedsspruch nicht alle dem Schiedsgericht unterbreiteten Fragen entschieden hat“, das über die Vollstreckung entscheidende Gericht „die Anerkennung oder Vollstreckung, wenn sie dies für angebracht hält, aussetzen oder von einer Sicherheitsleistung abhängig machen kann“. Diese Vorschrift ist, wie der Bericht der Kommission (vgl. a. JahrbZntSchVer. S. 139) klar ergibt, nicht so zu verstehen, daß bei schiedsgerichtlichen Teilentscheidungen stets nur entweder die Vollstreckung aussetzen oder von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen sei. Das Vollstreckungsgericht soll vielmehr einen dieser beiden Wege nur wählen, wenn ihm dies unter Würdigung der gesamten Sachlage angebracht erscheint, es kann also auch die Vollstreckung der Teilentscheidung ohne weiteres bewilligen. Der Bericht sagt dazu noch, daß letzteres meist zu geschehen haben werde, wenn es sich um ein schiedsgerichtliches Teilmurteil im eigentlichen Sinne handelt, also um eine Entscheidung, die über den quantitativen Teil eines Anspruchs oder einen von mehreren Ansprüchen endgültig entscheidet, derart, daß die Wirksamkeit der Teilentscheidung von dem Verfahren über den Rest des Streitstoffes nicht mehr berührt werden kann. Sei dagegen im Schiedsspruch nur eine Vorfrage (z. B. die Berechtigung des Klageanspruchs unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung) geklärt und werde erst durch die Schlußentscheidung klar, welche Rechte der Kläger endgültig aus der Vorentscheidung herleiten könne, so empfehle sich die Aussetzung oder Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung.

### III. Die Behandlung der Aufhebungsgründe.

Es ist schon mehrfach darauf hingewiesen, daß, solange im Ursprungslande des Schiedsspruchs eine Aufhebungsklage anhängig ist, die Anerkennung oder Vollstreckung in einem anderen Lande auf Grund des Abkommens nicht erlangt werden kann. Wie aber, wenn, ohne daß eine solche Klage anhängig ist, einverneinweise geltend gemacht wird, dem Schiedsspruch stehe nach dem auf ihn anwendbaren Recht ein Aufhebungsgrund entgegen. Ein Teil der hier in Betracht kommenden Gründe ist bereits unter den vom Abkommen selbst aufgeführten positiven oder negativen Voraussetzungen berücksichtigt (zu vgl. oben unter CII, 2a, c; 3b, c), aber es können noch weitere in Betracht kommen, z. B. vom Standpunkt des deutschen Rechtes aus, „daß der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist“ (§ 1041 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.). Für solche Versagungsgründe gibt Art. 3 dem Richter des Vollstreckungsstaates eine doppelte Möglichkeit: er kann selbst entscheiden, also wenn er den Aufhebungsgrund für dargetan erachtet, die Vollstreckung versagen oder aber, was sich namentlich in Zweifelsfällen empfehlen wird, die Entscheidung aussetzen und der Partei eine Frist zur Durchführung der Aufhebungsklage stellen. Hierbei ist der Fall, daß der Richter die vorgebrachten Aufhebungsgründe für ungerechtfertigt erachtet, nicht besonders erwähnt. Da aber nach dem Wortlaut des Abkommens die Versagung oder Aussetzung der Vollstreckung voraussetzt, daß die Aufhebungsgründe nicht nur behauptet, sondern dargetan sind (der französische Text gebraucht das Wort *établir*), so dürfte es dem Sinn des Abkommens entsprechen, daß der Richter des Vollstreckungsstaates über Aufhebungsgründe auch negativ entscheiden kann, also in der Lage ist, falls ihm die vorgebrachten Aufhebungsgründe ungerechtfertigt erscheinen, die Vollstreckung ohne weiteres zu bewilligen.

<sup>4</sup>) Eine Ausnahme ergibt sich nur für die Frage des *ordre public* Art. 1 Abs. 2e und für die Frage der Anhängigkeit einer Aufhebungsklage (Art. 1 Abs. 2d letzter Halbsatz). Diese Voraussetzungen stehen am falschen Platz, da wie schon oben (CII, 1 a. E.) angedeutet wurde, nur der Nachweis der Anhängigkeit einer Aufhebungsklage und nur die Gewißheit des Richters des Vollstreckungsstaates, daß die Anerkennung des Schiedsspruchs der öffentlichen Ordnung seines Landes widerspricht, die Versagung der Vollstreckung rechtfertigt.

IV. Die mit dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung vorzulegenden Nachweisungen. Erforderlich ist Vorlegung des Schiedsspruchs in Urchrift oder einer nach den Regeln seines Ursprungslandes ordnungsmäßig beglaubigten Abschrift (Art. 4 Nr. 1), ferner der Nachweis der Endgültigkeit des Schiedsspruchs (Art. 4 Nr. 2, vgl. a. oben II, 2d), eine diesen Nachweis erleichternde Vorschrift nach Art. 19 Abs. 3 Haag-Präliminarien in das Abkommen einzufügen, ist leider nicht gelungen. Außerdem muß der Antragsteller im Bedarfsfall (also, wenn sich Zweifel ergeben) auch noch die Urkunden und Unterlagen beibringen, die die im Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 a und c (vgl. oben II, 1 und 3a, c) geregelten Voraussetzungen betreffen. Allerdings ist, wie das Wort „insbesondere“ im Eingang des Art. 4 erkennen läßt, die Aufzählung nicht als erschöpfende gedacht (vgl. a. den Kommissionsbericht JahrbZntSchGer. 2, 252). Immerhin wird es ganz besonderer Gründe bedürfen, wenn der Richter des Vollstreckungsstaates noch weitere Nachweise fordert, auch müssen sich solche Forderungen eng im Rahmen der nach Art. 1 und 2 an den Schiedsspruch zu stellenden, dort erschöpfend aufgezählten Anforderungen halten. Abs. 2 des Art. 4 regelt dann noch die Übersetzungsfrage in Anlehnung an Art. 19 Abs. 2 Nr. 3 Haag-Präliminarien.

#### V. Verhältnis des Abkommens zum inneren Recht der Vertragsstaaten.

Nach Art. 5 schließt das Abkommen nicht aus, daß eine Partei „von einem Schiedsspruch nach Maßgabe der Gesetzgebung oder der Verträge des Landes, in dem er geltend gemacht wird, Gebrauch macht“. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß das Abkommen lediglich das Maximum an Beschränkungen enthält, denen die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen im Verkehr der Vertragsstaaten unterworfen werden darf. Soweit in einzelnen Staaten das dortige Recht die Vollstreckung fremder Schiedssprüche auch in Fällen zuläßt, in denen das Abkommen sie verweigert, soll sich in solchen Staaten jede Partei auch bei Schiedssprüchen, auf die das Abkommen Anwendung findet, zur Begründung seines Antrags auf Vollstreckbarerklärung auf das dort geltende Recht berufen können. Denn das Abkommen soll die Vollstreckung von Schiedssprüchen im Verhältnis zum früheren Zustande erleichtern, nicht sie erschweren. Für die Behandlung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland wird Art. 5 wegen der inneren Gleichartigkeit zwischen dem Genfer Abkommen und dem neuen § 1044 ZPO. kaum von praktischer Bedeutung werden.

#### II.

### Die Neuregelung des schiedsgerichtlichen Verfahrens (Ges. v. 25. Juli 1930, RGBl. I, 361).

Die Prozeßnovelle von 1924 brachte verschiedene Änderungen des schiedsgerichtlichen Verfahrens, die im Entwurf der Reichsregierung nicht vorgesehen, aber auf besonderes Verlangen des Rechtsausschusses des Reichstags eingefügt waren. Zu den wichtigsten Änderungen gehört die, daß, während vor 1924 über Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen durch Urteil zu entscheiden war, nunmehr im Beschlußverfahren entschieden wurde. Diese Änderung hatte weittragende Folgen. Nach früherem Verfahren diente der über die Vollstreckbarerklärung zu führende Prozeß gleichzeitig der Nachprüfung der Rechtsgültigkeit des Schiedsspruchs, derart, daß im gleichen Verfahren auch über das Bestehen etwa vom Beklagten vorgebrachter Aufhebungsgründe entschieden wurde und der Beklagte nach Rechtskraft des Vollstreckungsurteils eine Aufhebungsklage nur noch auf die besonderen Revisionsfälle des § 1041 Nr. 6 stützen konnte (§ 1043 a. F.). Dieser enge Zusammenhang zwischen Vollstreckbarerklärung und Prüfung des Vorliegens von Aufhebungsgründen wurde dadurch gelöst, daß man über die Vollstreckbarerklärung im Beschlußverfahren entscheiden ließ. Wurden nach der Novelle 1924, wenn ein Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs gestellt war, Aufhebungsgründe geltend gemacht, so hatte das Gericht dem

Schuldner eine Frist zur Erhebung der Aufhebungsklage zu stellen und bis zur Erledigung dieser Klage seine Beschlußfassung auszusetzen (§ 1042 Abs. 3 i. d. Fassung der Novelle 1924). Da somit das Verfahren über die Vollstreckbarerklärung nicht mehr zur Entscheidung über das Vorliegen von Aufhebungsgründen bestimmt war, so stand die Rechtskraft der in Beschlußform ergangenen Vollstreckbarerklärung der Erhebung der Aufhebungsklage auch nicht mehr entgegen. § 1043 a. F. fiel fort. Diese Regelung hat bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche zu Schwierigkeiten geführt. Wie das RG. in seinem bekannten Urteil v. 22. Febr. 1927 (JW. 1927, 311) dargelegt hat, kam gegen ausländische Schiedssprüche, die nur der Gerichtsbarkeit des für sie zuständigen fremden Staates unterfallen, im Inland die Aufhebungsklage nicht erhoben werden. Derjenige, gegen den ein ausländischer Schiedsspruch in Deutschland geltend gemacht wird, findet sich deshalb seit der Novelle 1924 in weit ungünstiger Lage als früher, denn er ist nicht in der Lage, die gegen den Schiedsspruch vorzubringenden Aufhebungsgründe einredeweise vor dem deutschen Gericht geltend zu machen, sondern ist auf den schwierigen, kostspieligen und unsicheren Weg der im Ausland durchzuführen Aufhebungsklage angewiesen. Mit Recht wurde deshalb die Frage aufgeworfen, ob unter diesen Umständen (vgl. RG. v. 7. Febr. 1928, VII 436/27 = JW. 1928, 1453) auf ausländische Schiedssprüche überhaupt das Beschlußverfahren der Novelle 1924 anwendbar sei und nicht vielmehr der Gläubiger für die Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs in allen Fällen auf den Weg der Erfüllungsklage (bei der eine Nachprüfung der materiellen Richtigkeit des Schiedsspruchs nicht in Frage kommt, sondern nur die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens nachgeprüft wird) angewiesen ist (vgl. a. Jonas: JW. 1927, 1299). Würde sich die Rechtsprechung nach dieser Richtung entwickeln, so würde das zweifellos bedeuten, daß ausländische Schiedssprüche in Deutschland ungünstiger als inländische behandelt werden, und man könnte nach Inkraftsetzung des zuvor erörterten Genfer Abkommens leicht zu der Meinung kommen, daß eine solche Ungleichmäßigkeit in der formalen Behandlung in- und ausländischer Schiedssprüche, wenn auch nicht seinem Wortlaut, so doch seinem Geist widerspreche. Deshalb war für die Reichsregierung mit dem Bestehen der Ratifikation des Genfer Abkommens der Augenblick gekommen, auf eine gesetzgeberische Klärung des Problems der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche hinzuwirken und dabei die Möglichkeit einer formell gleichartigen Behandlung in- und ausländischer Schiedssprüche zu schaffen. Dies konnte nach dem zuvor Erörterten nur dadurch geschehen, daß man die 1924 eingeführte Spaltung des Verfahrens in ein nur der Beschaffung des Vollstreckungstitels gewidmetes Beschlußverfahren und ein nur zur Nachprüfung der Rechtsgültigkeit des Schiedsspruchs bestimmtes Urteilsverfahren wieder beseitigte und die Entscheidung, die über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung erging, sich auch über die Rechtsgültigkeit des Schiedsspruchs aussprechen ließ. Eine solche Änderung erschien im übrigen auch im Interesse der Behandlung deutscher Schiedssprüche erwünscht, da die Neuerung von 1924 nur für glatt verlaufende Anträge auf Vollstreckbarerklärung eine Vereinfachung und Verbilligung des Verfahrens brachte, während sich im Falle der Geltendmachung von Aufhebungsgründen wegen der Notwendigkeit der Führung eines besonderen Prozesses hierüber leicht eine Verzögerung und Verteuerung der Rechtsverfolgung einstellen konnte. Man mußte deshalb, wenn man andererseits die Vorteile, die die Regelung von 1924 für einfache Sachen hat, nicht wieder preisgeben wollte, nach einer Verfahrensart suchen, die für einfache Fälle die schnelle Erledigung im Beschlußwege ohne mündliche Verhandlung ermöglichte, andererseits aber in verwickelteren Sachen zur Sicherstellung einer genügend gründlichen Behandlung und zwecks Offenhaltung des Rechtszuges an das Reichsgericht zu einer Erledigung im Urteilsverfahren auf Grund mündlicher Verhandlung führte. Das geltende Recht bot hierfür als geeignetes Vorbild das Arrestverfahren, nach dessen Muster auch schon im deutsch-österreichischen Rechtshilfevertrag die Vollstreckbarerklärung österreichischer Schuldtitel in Deutschland und deutscher in Österreich geregelt war (RGBl. 1924, II, 55; Art. 19 ff.). Auf diesem Gedankengang beruht das

Ges. v. 25. Juli 1930, die Begründung faßt ihn zusammen mit den Worten: „Die Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung nach Anhörung des Gegners als Beschluß ergehen; werden vom Gegner Aufhebungsgründe geltend gemacht, so ist, sofern nicht das Gericht ohne weiteres zur Ablehnung der Vollstreckbarerklärung gelangt, mündliche Verhandlung anzuordnen, auf Grund deren durch Urteil entschieden wird; gegen den die Vollstreckbarerklärung aussprechenden Beschluß hat der Gegner den Widerspruch, über den dann auf Grund mündlicher Verhandlung ebenfalls durch Urteil entschieden wird; bei Ablehnung der Vollstreckbarerklärung hat der Antragsteller das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde.“

Diese grundsätzliche Änderung des Verfahrens der Novelle von 1924 mußte noch eine größere Zahl von Einzeländerungen nach sich ziehen, so vor allem hinsichtlich des viel angefochtenen § 1042 Abs. 2, auch erschien es angebracht, die bisher im Gesetz überhaupt nicht behandelte Frage der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche näher und in einer Weise zu regeln, die von den zuvor dargelegten Grundsätzen des Genfer Abkommens möglichst wenig abweicht. Alle diese Neuerungen ergeben sich aus der nachfolgenden Einzel-darstellung.

Von sonstigen Änderungen, die über das durch das Genfer Abkommen geschaffene Bedürfnis hinausgehen, hat das neue Gesetz grundsätzlich abgesehen, da die umfassendere Reform des schiedsgerichtlichen Verfahrens der allgemeinen Zivilprozessreform vorbehalten bleiben muß.

Es sollen nunmehr die durch das neue Gesetz geänderten Vorschriften der ZPO. in der Reihenfolge erörtert werden, in der sie Art. I des Ges. aufführt.

1. § 794 Abs. 1 Nr. 4a. Ergeht die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs durch Urteil, so ergibt es sich von selbst, daß dieses Urteil nach § 704 der Vollstreckung fähig ist, das gleiche galt nach der Novelle 1924 für den Vollstreckbarkeitsbeschluß, da dieser mit sofortiger Beschwerde anfechtbar war (§ 794 Nr. 3). Für den nur mit Widerspruch anfechtbaren Vollstreckbarkeitsbeschluß des neuen Verfahrens mußte die Eigenschaft als Vollstreckungstitel dagegen besonders ausgesprochen werden. Dabei stellt die Fassung klar, daß nicht der Beschluß für sich allein den Titel bildet, sondern der Schiedsspruch in Verbindung mit der Vollstreckbarerklärung. Es wird sich deshalb empfehlen, daß in den Beschluß der Wortlaut der zu vollstreckenden schiedsrichterlichen Entscheidung mit aufgenommen wird, damit die vollstreckbare Ausfertigung des Beschlusses zur Durchführung der Vollstreckung genügt.

2. § 1041 (Aufhebungsgründe). § 1041 Nr. 1 lautete bisher „wenn das Verfahren unzulässig war“, ohne daß klar wurde, ob damit nur die Unzulässigkeit des Verfahrens als Ganzes oder auch, was die Rechtsprechung überwiegend annimmt, auch die Unzulässigkeit einzelner Verfahrensmaßnahmen zu verstehen ist. Das neue Gesetz sagt jetzt ausführlicher, „wenn dem Schiedsspruch ein gültiger Schiedsvertrag nicht zugrunde liegt oder der Schiedsspruch sonst auf einem unzulässigen Verfahren beruht“, damit wird die Vorschrift dem Art. 1 Abs. 2 lit. a des Genfer Protokolls (zu vgl. in der vorstehenden Darstellung C II, 2a) näher angeglichen, der als Voraussetzung der Anerkennung eines Schiedsspruchs die Gültigkeit des ihm zugrunde liegenden Schiedsvertrags fordert. Die Fassung des Gesetzes stellt klar, daß es keinen Unterschied macht, ob der Schiedsvertrag von vornherein ungültig war oder nachträglich bis zur Entscheidung des Schiedsgerichts (etwa durch Anfechtung oder Rücktritt) die Gültigkeit verloren hat.

§ 1041 Nr. 2 in früherer Fassung behandelte nur den Fall, daß der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurteilte, deren Vornahme verboten ist. Damit war einer der Fälle, in denen der Schiedsspruch gegen unser öffentliches Recht verstößt, herausgegriffen. Einen anderen Fall hatte die Novelle 1924 neu eingeführt, ihn aber im Zusammenhang mit der Trennung zwischen Nachprüfung der Vollstreckungsvoraussetzungen (Beschlußverfahren) und Nachprüfung der Rechtsgültigkeit (Aufhebungsfrage) nicht als Aufhebungsgrund, sondern als Grund zur Veragung der Vollstreckbarerklärung in § 1042 Abs. 2 geregelt (Hinwegsetzen über zwin-

gende Rechtsvorschrift). Das neue Gesetz, das es wieder ermöglicht, im Vollstreckbarkeitsverfahren auch das Vorhandensein von Aufhebungsgründen nachzuprüfen, konnte die Gedanken des § 1041 Nr. 2 und § 1042 Abs. 2 zusammenziehen und suchte dabei die Fassung so zu wählen, daß Zweifel und Bedenken, die sich bei der Anwendung des § 1042 Abs. 2 ergeben haben, ausgeräumt werden und auch hier eine größere Übereinstimmung mit dem Genfer Abkommen erzielt wird. Als geeigneter Weg hierzu erschien es, die bisherige Kasuistik durch die Einführung des im Genfer Abkommen Art. 1 Abs. 2 e (vgl. oben unter C II, 2 e) enthaltenen Hinweises auf den ordre public zu ersetzen. Deshalb lautet § 1041 Abs. 1 Nr. 2 jetzt: „wenn die Anerkennung des Schiedsspruchs gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen würde“. Ein solcher Verstoß liegt sowohl dann vor, wenn der entscheidende Teil des Schiedsspruchs schon für sich allein den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung widerspricht, also z. B., wenn der Schuldner zu einer unsittlichen oder gesetzlich verbotenen Handlung verurteilt wird, als auch, wenn der Spruch einen Anspruch zur Durchführung bringt, dem aus Gründen der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung unser Recht die Verfolgbarkeit versagt. Öffentliche Ordnung bedeutet danach im wesentlichen das gleiche wie in § 328 Nr. 4 ZPO. der „Zweck eines deutschen Gesetzes“. Man wird dabei aber beachten müssen, daß das Schiedsverfahren den Charakter eines mit Hilfe der Schiedsrichter herbeigeführten vertraglichen Ausgleichs einer Rechtsstreitigkeit trägt. Inhaltlich wird deshalb ein Schiedsspruch gegen die öffentliche Ordnung nur dann verstoßen, wenn die Parteien die von ihm ausgesprochene Rechtsfolge auch nicht im Vertragswege hätten erzielen können. Der bloße Verstoß gegen zwingende Formvorschriften bedeutet deshalb in diesem Zusammenhange keinen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, da die Parteien einen formlos geschlossenen Vertrag jederzeit durch formgerechten Nachtragsvertrag in Kraft setzen können. Anders, wenn der Schiedsspruch einen unsittlichen oder gegen zwingende Verbotsgesetze verstoßenden Vertrag (Differenzgeschäft) als gültig behandelt. Ein „Hinwegsetzen“ der Schiedsrichter über das zwingende Recht wird im Gegensatz zu § 1042 Abs. 2 bisher nicht mehr gefordert. Es genügt also an sich ein objektiver Verstoß. Immerhin muß der Schiedsspruch auf diesem Verstoße beruhen, und das ist bei der Verletzung eines zwingenden Verbotsgesetzes nicht der Fall, wenn die Schiedsrichter dessen Anwendbarkeit aus irrigen tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen nicht erkannt haben, z. B. irrig angenommen haben, das dem Streit zugrunde liegende Geschäft sei nicht als Spielvertrag, Differenzgeschäft usw. anzusehen. Wohl aber widerspricht die Anerkennung des Schiedsspruchs der öffentlichen Ordnung u. a. auch dann, wenn die Schiedsrichter das Verbotsgesetz überhaupt nicht gekannt oder die Prüfung, ob es auf den Streitfall anwendbar ist, abgelehnt haben.

In Abs. 2 des § 1041 a. F. war ermöglicht, daß die Parteien nicht nur auf die Begründung des Schiedsspruchs, sondern auch auf das rechtliche Gehör verzichten können. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Möglichkeit leicht zur Unterdrückung wirtschaftlich schwacher Parteien, die sich der ihnen zugemuteten Schiedsvereinbarung schwer entziehen können, ausgenutzt werden kann. Deshalb hatte schon der 34. (Kölner) Juristentag die Beseitigung dieser Möglichkeit empfohlen. Mit der Befolgung dieses Vorschlags hat das neue Gesetz zugleich unser Recht mit dem Genfer Abkommen, das einen Verzicht auf das rechtliche Gehör nicht vorsieht, in Einklang gebracht. Ein Zwiespalt zwischen der innerstaatlichen und der zwischenstaatlichen Regelung konnte sich im internationalen Verkehr leicht zuungunsten der siegreichen deutschen Partei auswirken.

§ 1042 verwirklicht in seiner neuen, dem § 1042 in der Fassung vor 1924 angenäherten Formulierung, den in der Vorbemerkung erörterten Gedanken, mit der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit die Entscheidung über die Rechtsgültigkeit des Schiedsspruchs zu verbinden, deshalb ist, wenn sich herausstellt, daß einer der Aufhebungsgründe des § 1041 vorliegt, mit der Ablehnung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung zugleich die Aufhebung des Schiedsspruchs auszusprechen. Die Begründung des Gesetzes hebt noch hervor, daß von den Aufhebungsgründen des § 1041 die Nr. 2 (Ver-

stoß gegen gute Sitten oder öffentliche Ordnung) unbedingt von Amts wegen zu berücksichtigen ist, Nr. 1 (Ungültigkeit des Schiedsvertrags) dagegen nur insoweit, als es sich um den Verstoß gegen eine der Parteidisposition entzogene Rechtsnorm handelt, während die Nr. 3—6 nur auf Einrede zu beachten sind.

Die §§ 1042 a—1042 d regeln das Verfahren in dem in der Vorbemerkung erörterten Sinne. Danach steht es im Ermessen des Gerichts, ob es den Gegner lediglich schriftlich hören und durch Beschluß entscheiden oder mündliche Verhandlung anordnen und seine Entscheidung durch Urteil treffen will. Ergibt sich schon aus dem vom Antragsteller selbst vorgebrachten Material, daß der Vollstreckbarerklärung ein von Amts wegen zu berücksichtigender Umstand entgegensteht, z. B. der Schiedsspruch ist nicht ordnungsmäßig niedergelegt, so bedarf es der Anhörung des Gegners nicht, es ist vielmehr entweder der Antrag alsbald abzulehnen oder bei Behebbarkeit des Mangels der Antragsteller zur Beseitigung aufzufordern. Kommt es zur Anhörung des Gegners, und macht dieser dabei Aufhebungsgründe geltend, so muß mündliche Verhandlung angeordnet werden; eine Ausnahme bildet hier nur der Fall, daß dem Gericht die Sachlage zur alsbaldigen Ablehnung des Antrags reif erscheint. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Ablehnung auf einem vom Antragsgegner vorgebrachten Aufhebungsgrunde oder auf einem von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstande beruht. Die Ablehnung geschieht in diesem Falle im Beschlußwege und muß, wenn sie auf einem Ablehnungsgrunde beruht, nach § 1042 Abs. 2 zugleich die Aufhebung des Schiedsspruchs aussprechen. Zuständig ist nach der neuen Fassung des § 1046 das in § 1045 Abs. 1 bezeichnete Gericht. Je nach der Art der im Schiedsspruch entschiedenen Streitigkeit kann deshalb ein Amtsgericht oder ein Landgericht zuständig sein. Danach richtet sich die Form des Antrags; er ist beim Amtsgericht schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle anzubringen. Letztere Möglichkeit besteht beim Landgericht nicht, hier gilt sowohl für den Antrag wie für die schriftliche Äußerung des Gegners ebenso wie für eine gemäß § 1042 a angeordnete mündliche Verhandlung Anwaltszwang. Andererseits beseitigt jedoch § 1042 b im Interesse der Verfahrensvereinfachung den Unterschied, der hinsichtlich der Vertreibung des Verfahrens zwischen Amtsgericht und Landgericht besteht. Im Falle der Anordnung einer mündlichen Verhandlung sind die Parteien von Amts wegen zu laden, die Ladung vor das Landgericht muß die dem § 215 entsprechende Aufforderung enthalten.

§ 1042 c sieht vor, daß die Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs, auf die, wenn sie in Urteilsform ergeht, §§ 708 ff. anwendbar sind, auch bei Erlassung in Beschlußform für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, und zwar stets ohne Sicherheitsleistung. Dies rechtfertigt sich nach der Begründung des Entwurfs deshalb, weil die Vollstreckbarerklärung durch Beschluß voraussetzt, daß der Gegner keine Aufhebungsgründe geltend gemacht hat. Ist über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung nach mündlicher Verhandlung entschieden, so regelt sich seine Anfechtung nach den für Urteile allgemein geltenden Vorschriften. Bei der Entscheidung im Beschlußverfahren ist, wenn sie die Vollstreckbarkeit versagt, nur die sofortige Beschwerde (§ 1042 c Abs. 3), wenn die Vollstreckbarerklärung ausgesprochen wird, nur der an eine Notfrist von zwei Wochen (§ 1042 d Abs. 1) geknüpfte Widerspruch zulässig. Für die Form, in der der Widerspruch einzulegen ist, und für die Ladung zu der auf den Widerspruch anzubringenden (§ 1042 c Abs. 2) mündlichen Verhandlung (§ 1042 d) gilt das gleiche wie beim Antrag auf Vollstreckbarerklärung.

§ 1043. Die schon mehrfach erwähnte grundsätzliche Annäherung des neuen Verfahrens an das vor 1924 bestehende hatte zur Folge, daß die 1924 aufgehobene Vorschrift des § 1043 Abs. 1, unter Angliederung der über die Durchführung der Aufhebungsklage in § 1044 gegebenen Vorschriften in einen Paragraphen zusammengedrängt wieder eingeführt wurde.

§ 1044 gibt die bisher fehlende Regelung der Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche. Abs. 1 stellt zunächst klar, daß, soweit nicht Staatsverträge Abweichendes vorschreiben, das für inländische Schiedssprüche vor-

geschriebene Verfahren anwendbar ist. § 1039, der die Niederlegung deutscher Schiedssprüche vor einem deutschen Gericht vorschreibt, gehört nicht zu den die Vollstreckbarerklärung regelnden Vorschriften und findet deshalb, was der Deutlichkeit halber § 1044 Abs. 1 ausdrücklich sagt, keine Anwendung. Das bedeutet für die Behandlung ausländischer Schiedssprüche eine große Erleichterung.

§ 1044 Abs. 1 regelt zunächst die positiven Vollstreckbarerklärungsvoraussetzungen. Danach kommt es bei ausländischen Schiedssprüchen nur darauf an, daß der Schiedsspruch nach dem für ihn maßgebenden Recht (vgl. dazu die Bemerkungen zum Genfer Abkommen C II, 2a) verbindlich geworden ist, also einmal alle in diesem Recht enthaltenen Formerfordernisse erfüllt und weder einem Rechtszug an einer höheren schiedsrichterlichen Instanz noch einem ordentlichen gerichtlichen Rechtsmittel oder rechtsmittelartigen Behelf unterliegt. Die Aufhebungsklage gilt selbstverständlich nicht als Rechtsbehelf in diesem Sinne. Der Ausdruck „verbindlich geworden“ in § 1044 Abs. 1 deckt sich also im wesentlichen mit dem Begriff endgültig i. S. des Art. 1 Abs. 2 d des Genfer Abkommens (vgl. oben C II, 2 d), jedoch mit dem Unterschied, daß die Anhängigkeit der Aufhebungsklage, wenn lediglich § 1044 angewendet, also nicht nach dem Genfer Abkommen verfahren wird (vgl. a. die obige Darstellung unter C V), das Gericht nicht hindert, über die Frage, ob nach dem für den Schiedsspruch geltenden Recht ein Aufhebungsgrund vorliegt, selbständig zu entscheiden (§ 1044 Abs. 2 Nr. 1).

Erfüllt ein ausländischer Schiedsspruch die Voraussetzungen des § 1044 Abs. 1, so ist er an sich ohne weitere Nachprüfung für vollstreckbar zu erklären, sofern nicht einer der in § 1044 Abs. 2 besonders aufgeführten Versagungsgründe vorliegt. Diese Versagungsgründe sind folgende:

1. Rechtsunwirksamkeit des Schiedsspruchs nach dem für ihn anwendbaren Recht. Rechtsunwirksamkeit liegt in diesem Sinn z. B. vor, wenn die Schiedsvereinbarung, auf der er beruht, ungültig oder der in ihm entschiedene Streit durch die Schiedsvereinbarung nicht gedeckt war (Genfer Abkommen Art. 1 Abs. 2 lit. a, Art. 2 lit. c), vor allem auch, wenn der Schiedsspruch durch das für ihn zuständige ausländische Gericht rechtskräftig aufgehoben ist (Art. 2a des Genfer Abkommens) oder wenn sich ergibt, daß nach dem auf ihn anwendbaren Recht ein durchgreifender Aufhebungsgrund vorliegt.

Zu diesem vom Standpunkte des ausländischen Rechts zu beurteilenden Gesichtspunkt treten noch drei weitere Versagungsgründe, die vom Standpunkte des deutschen Rechts zu prüfen sind, also auch durchgreifen, wenn sie nach dem an sich maßgebenden ausländischen Recht als Gründe der Aufhebung des Schiedsspruchs oder der Versagung seiner Vollstreckbarkeit nicht anzuerkennen sind. Diese in § 1044 Abs. 2 unter Nr. 2—4 aufgeführten Gründe decken sich inhaltlich mit dem, was die Aufhebungsgründe des § 1041 Abs. 2 Nr. 2—4 besagen und im wesentlichen sachlich auch mit dem Genfer Abkommen Art. 1 Abs. 2 e und Art. 2 Abs. 1 b; vgl. a. oben C II, 2 e 3 b.

§ 1044 trägt endlich auch dem vom RG. klargestellten Umstand Rechnung, daß ein deutsches Gericht die Aufhebung eines ausländischen Schiedsspruchs nicht aussprechen kann und läßt an die Stelle der Aufhebung die Feststellung treten, daß der Schiedsspruch im Inland nicht anzuerkennen ist. Diese Feststellung kann deshalb praktisch wichtig sein, weil sie dem Schiedsspruch für das deutsche Gebiet auch die Rechtskraftwirkung nimmt.

Es ist bereits erwähnt, daß die im Ausland zuständigerweise ausgesprochene Aufhebung eines Schiedsspruchs auch seiner Vollstreckung in anderen Ländern entgegensteht. Deshalb muß diese Aufhebung auch noch ihre Wirkung ausüben, wenn bereits im Inland die Vollstreckbarerklärung rechtskräftig ausgesprochen war. Aus diesem Grunde gibt § 1044 Abs. 4 dem Schuldner die Möglichkeit, in solchem Falle die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung in entsprechender Anwendung von § 1043 Abs. 2, 3 im Klagewege zu erreichen.

Ebenso wie bei inländischen Schiedssprüchen vor ihrer rechtskräftigen Vollstreckbarerklärung der Schuldner, statt Aufhebungsgründe einredeweise vorzubringen, selbständig die

Aufhebungsklage erheben kann, wird man auch bei ausländischen Schiedsprüchen dem Schuldner gestatten müssen, die in § 1044 Abs. 3 vorgesehene Feststellung, daß der Schiedsspruch im Inlande nicht anzuerkennen sei, im Klagewege zu betreiben. § 1043 Abs. 1 findet jedoch, wie die Begründung sagt, keine Anwendung, es ist also nicht vorgesehen, daß nach rechtskräftiger Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs restitutionähnliche Aufhebungsgründe, die das maßgebende ausländische Recht vorsieht, in den Fällen, in denen der Schuldner nicht in der Lage war, sie im Vollstreckbarkeitsverfahren vorzubringen, noch nachträglich im Klagewege geltend zu machen. Auch dies entspricht dem Genfer Abkommen und scheint um so weniger bedenklich, als ja dem Schuldner die Möglichkeit bleibt, das Aufhebungsverfahren im Ausland zu betreiben und sodann, wenn im Ausland die Aufhebung erreicht ist, nach § 1044 Abs. 4 die nachträgliche Aufhebung der Vollstreckbarerklärung zu beantragen.

§ 1044 a (schiedsgerichtliche Vergleiche) ändert den geltenden § 1044 a nur insoweit, als er das z. B. nicht geregelte Verfahren der Vollstreckbarerklärung durch Bezugnahme auf die §§ 1042 a—d näher ordnet.

§§ 1045 und 1046 enthalten eine sachliche Änderung des geltenden Rechts nur insoweit, als sie einem schon häufig aus Handelskreisen geäußerten Wunsch entsprechend für die Zuständigkeitsvereinbarung nicht mehr die Schriftform i. S. des § 126 BGB. verlangen.

Das Gef. v. 25. Juli 1930 tritt am 1. Okt. 1930 in Kraft. Es gilt dann auch für Schiedssprüche, die vor diesem Zeitpunkt ergangen sind, nur sofern vor dem 1. Okt. ein Schiedsspruch oder schiedsrichterlicher Vergleich bereits für vollstreckbar erklärt oder gemäß § 1042 Abs. 3 ZPO. die Aufhebungsklage erhoben ist, bleiben für das weitere Verfahren die bisherigen Vorschriften in Geltung.

## Die Kapitalgesellschaft nach Konkurseinstellung mangels Masse.

Von Rechtsanwalt Professor Dr. Heinrich Wimpfheimer, Berlin.

### I.

Die Not der Zeit bringt Verhältnisse mit sich, die früher unbekannt waren und an die deshalb die Schöpfer älterer Gesetze kaum gedacht haben. Daß eine Kapitalgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung jemals derartig wirtschaften könne, daß ihre Konkursmasse nicht einmal die Kosten des Verfahrens deckt, nahm man früher wohl schwerlich an. Die Konkursregister der neueren und der neuesten Zeit weisen diese Erscheinungen nicht gerade selten aus. In diesen Fällen entsteht die Frage, welche Bewandnis es mit einer solchen Kapitalgesellschaft hat, über die das Konkursverfahren eröffnet, aber, weil eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden war, auf Grund des § 204 KO. rechtskräftig wieder eingestellt ist. Weder Wissenschaft noch Rechtsprechung hat sich, soviel ich sehen kann, mit diesem Problem bisher beschäftigt.

Auch die Praxis hat sich, soviel mir bekannt, nicht allzuviel Kopfzerbrechen über diese Frage gemacht. Eine Kapitalgesellschaft, über die der Konkurs mangels Masse eingestellt wurde, ist für das Wirtschaftsleben ausgeschlossen, die Mitglieder ihrer Organe pflegen sich ihrer Pflichten ledig zu halten und der für sie meist wenig erfreulichen Zeit ihres Wirtschaftens meistens gern zu entschlagen. Den Gläubigern bleibt nichts anderes übrig, als ihre Forderungen abzuschreiben. Auch für sie entschwindet, wenn auch nicht aus der Erinnerung, so doch aus ihren Büchern und damit aus dem Geschäftskreis, der gescheiterte Schuldner. Es kommen aber auch Fälle vor, in denen Dritte Interesse an der fiktiven Aufrechterhaltung der seines Substrats beraubten juristischen Person nehmen. Häufig wird von Persönlichkeiten zweifelhafter Art versucht, durch Prozeßfinanzierung ebenso zweifelhafte Ansprüche der fallierten Gesellschaft, sei es gegen angebliche Gläubiger, sei es gegen Organmitglieder, auf unlauntere Weise oder direkt im Wege der Erpressung Kapital zu schlagen. Meist werden zu diesem Zwecke die wertlosen Aktien oder Anteile um ein ganz Geringes aufgekauft, und dann wird zur eigenen Kostenersparnis auf einen möglichst geringen Betrag versuchsweise geklagt. Der unglückliche Bekl. wird nur zu leicht geneigt sein, sich von solchen Belastungen durch Ablauf der mehr oder minder fingierten Forderungen oder des Aktienmantels zu befreien. Denn abgesehen von der Unannehmlichkeit eines Prozesses fallen ihm ja auch im Falle des Obiegens die Prozeßkosten gegen den vermögenslosen Gläubiger zur Last.

Es kann deshalb grundsätzlich von rechtlich schutzunwürdigen Interessen in solchen Fällen gesprochen werden, weil eine Einstellung des Konkurses mangels Masse nur dann er-

folgt sein wird, wenn diese Ansprüche so vage sind, daß sie einen Geldwert kaum mehr darstellen, sei es ihrer objektiven Geringsfügigkeit wegen, sei es ihrer Aussichtslosigkeit wegen. Denn bei unserer durchorganisierten und fein verästelten Wirtschaft scheint es kaum denkbar, daß irgendein Vermögenswert, und sei es auch eine zweifelhafte Forderung, unveräußerlich oder unbesitzbar ist. Wird für einen angeblichen Anspruch aber nichts erzielt, werden von den Interessenten (Gesellschafter oder Gläubiger) nicht einmal die Prozeßkosten gewagt oder ordnungsgemäß vorgeschossen, so kann angenommen werden, daß eben — Ausnahmen zugegeben — kein Vermögenswert vorliegt.

Wie dem aber auch sei, jedenfalls haben die Gerichte gelegentlich Anlaß, sich mit Prozessen derartiger, konkursunfähiger Kapitalgesellschaften zu befassen. Sie sowohl wie die Registergerichte pflegen dann diese Gesellschaften mit einer gewissen Selbstverständlichkeit als in Liquidation befindlich anzusehen und zu behandeln. Diese Auffassung dürfte nicht zutreffen.

### II.

Es ist richtig, daß eine Kapitalgesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst wird (§ 292 Abs. 1 Ziff. 3 HGB.; § 60 Abs. 1 Ziff. 4 GmbHG.). Es ist ferner unzweifelhaft, daß — von den Fällen der Fusion und fusionsähnlichen Transaktionen abgesehen — die Gesellschaft grundsätzlich durch ihre Auflösung in das Stadium der Liquidation tritt (§ 294 Abs. 1 Halbs. 1 HGB.; § 66 Abs. 1 GmbHG.). Es ist aber festzuhalten, daß die einzige Ausnahme die Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs darstellt. § 294 Abs. 1 HGB. lautet: „Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.“ § 66 Abs. 1 GmbHG.: „In den Fällen der Auflösung außer dem Falle des Konkursverfahrens erfolgt die Liquidation.“

Aus diesen Sätzen ergibt sich als positiver Ausspruch: nach der Auflösung befindet sich die Gesellschaft im Stadium der Liquidation. Als negativer Ausspruch: im Falle der Auflösung durch Konkurs befindet sich die Gesellschaft nicht in Liquidation. Die Begründung dieser Ausnahme liegt darin, daß die Zwecke der Liquidation in diesem Falle durch das Konkursverfahren erreicht werden. Liquidation und Konkurs verfolgen dasselbe Ziel: zunächst Befriedigung der Gläubiger und dann die rechtmäßige Verteilung des Vermögensrestes auf die Träger der Gesellschaft. Beide Verfahren endigen mit der Verteilung des letzten Vermögensrestes. Da es sich um Kapitalgesellschaften handelt — also um juristische Personen, deren



Existenz sich nur gründet auf ihr Vermögenssubstrat und daher aufhört mit dessen Verschwinden —, erlischt damit auch ihre Rechtspersönlichkeit, die Person selbst. Die Verfahren unterscheiden sich grundsätzlich darin, daß bei der Liquidation diese Abwicklung in Selbstverwaltung geschieht. Im Konkursverfahren wird die Selbstverwaltung erheblich eingeschränkt und die Abwicklung selbst erfolgt durch einen behördlich eingesetzten Kurator, gleichgültig, wie immer man die Stellung des Konkursverwalters definieren mag, und zwar unter Kontrolle des Gerichts als Rechtspolizeibehörde. Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung liegt wohl in der Hauptsache darin, daß bei einer Liquidation wirtschaftliche Voraussetzung ist, daß sämtliche Gläubiger befriedigt werden können. Bei einer Eröffnung des Konkurses aber, daß die Gläubiger nicht vollständig befriedigt werden können. Im ersteren Falle liegt keine Notwendigkeit eines behördlichen Schutzes der Gläubiger vor, im letzteren wohl. Deshalb muß auch im Stadium der Liquidation noch Konkurs eröffnet werden, sobald sich herausstellt, daß die Gläubiger nicht sämtlich voll befriedigt werden können (§ 207 II R.D.; § 63 II GmbHG.). Es ergibt sich also der Grundsatz: bei voller Befriedigung der Gläubiger Liquidation, sonst Konkurs. Es folgt also schon aus dem nackten Wortlaut der Gesetze: Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht Konkurs eröffnet ist, oder umgekehrt: in den Fällen der Auflösung außer dem Falle des Konkurses erfolgt die Liquidation. Daß eine in Konkurs geratene Gesellschaft sich nicht in Liquidation befinden kann, erhellt aus dem Wesen dieser beiden Abwicklungsverfahren und ihrem sich ausschließenden Verhältnisse zueinander. Es ist eine begriffliche Unmöglichkeit, daß eine in Konkurs verfallene Gesellschaft sich je in Liquidation befindet. Denn die einmal in Konkurs geratene Person bleibt in Konkurs, bis das konkursmäßige Abwicklungsverfahren durchgeführt ist, d. h. die Verwertung der Masse beendet, Schlußverteilung erfolgt (§ 161 R.D.) und darüber Rechenschaft gelegt ist (§ 163 R.D.). Es ist selbstverständlich, daß dann auch für eine Liquidation keine Gelegenheit mehr bleibt.

Von dieser regelmäßigen Beendigung des Konkursverfahrens, die dann identisch ist mit der Beendigung der juristischen Person, gibt es nur zwei Ausnahmen:

- I. Beendigung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich;
- II. Beendigung durch Einstellung des Konkursverfahrens.

Die Einstellung des Konkursverfahrens kann wiederum auf zweierlei Weise erfolgen: entweder

- a) auf Antrag des Gemeinschuldners, wenn er die Zustimmung sämtlicher Gläubiger beibringt (§ 202 ff. R.D.), also durch übereinstimmende Willenserklärung aller am Konkurs Beteiligten.

Der andere Fall:

- b) ist die Einstellung, weil eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist, durch das Gericht (§ 204 R.D.), also durch einen behördlichen Akt der Rechtspolizei, unter Umständen gegen den Willen aller Beteiligten.

In dem Falle I (Zwangsvergleich) und in dem Falle IIa (Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners und der Gläubiger) kann nun laut ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (§ 307 GmbHG.) die durch die Konkursöffnung aufgelöste Gesellschaft wieder in eine werbende zurückverwandelt, die Aufhebung aufgehoben werden. Wenn aber die Gesellschaft durch den Beschluß der GenVers. wieder in eine werbende Gesellschaft verwandelt werden kann, so ist natürlich die GenVers. auch in der Lage, alle Beschlüsse zu fassen, die für eine werbende Gesellschaft zulässig sind, also auch den, die Gesellschaft aufs neue aufzulösen. Damit tritt aber wieder die gesetzliche Folge, nämlich die „Liquidation“ ein. Die GenVers. hätte also eigentlich zu beschließen: a) die Gesellschaft wird fortgesetzt, b) sie wird aufgelöst mit der gesetzlichen Folge der Liquidation. Statt dessen kann man auch kurz sagen und wohl auch beschließen: die Gesellschaft tritt in Liquidation.

Die theoretische Schlußfolge ist also, daß in den Fällen der Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners die Gesellschaft in Liquidation treten kann. Dieselbe Schlußfolge aber für den Fall IIb, kurz: „Einstellung des Konkurses mangels

Masse“ zu ziehen, geht nicht an. Denn während, wie gezeigt, die Konkursordnung drei Fälle von Beendigung des Konkurses ohne vollständige Verteilung der Masse kennt, darunter zwei Fälle durch Einstellung des Konkurses, gibt sie nur dem Fall des Zwangsvergleichs und dem einen Falle der Einstellung, nämlich dem auf Antrag des Gemeinschuldners, die Folge der Rückverwandlungsmöglichkeit und damit der Liquidation. Da nur diese zwei von den drei Fällen aufgezählt sind, ergibt sich mit logischer Konsequenz, daß in dem dritten Fall, dem Fall der Einstellung mangels Masse (IIb) die Möglichkeit der Rückverwandlung und damit die Möglichkeit der Liquidation nicht vom Gesetzgeber eröffnet werden wollte. Die gegenwärtige Folge etwa aus der Analogie der anderen beiden Fälle abzuleiten, geht nicht an. Denn wenn von zwei Fällen der „Einstellung“ des Konkurses nur einer erwähnt ist, so ist für Analogie weder nach den Regeln der Logik, noch nach denen der Gesetztechnik eine Möglichkeit.

Es liegt aber keineswegs ein Zufall oder eine dem Gesetzgeber nicht bewußt gewordene Lücke oder ein wirtschaftlich nicht begründetes Theorem oder gar Willkür vor. Daß im Falle der Einstellung des Konkurses mangels Masse eine Liquidation nicht stattfinden soll, folgt vielmehr daraus, daß sie praktisch nicht stattfinden kann. Es ist schon gezeigt, daß die Liquidation in den anderen Fällen der Beendigung des Konkurses vor der restlosen Verteilung der Masse nur ein Ausfluß der rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeit ist, die Gesellschaft in eine werbende zurückzuverwandeln. Daß aber eine Gesellschaft, deren Vermögensbestand nicht einmal die Kosten eines Konkursverfahrens deckt, noch als eine werbende existiere oder auch nur existieren könne, ist wirtschaftlich nicht denkbar. Da sie also keine werbende sein kann, kann sie nach dem Gesetz auch nicht liquidiert werden.

Aber selbst wenn man das gedankliche Zwischenstadium der Rückverwandlung überspringen wollte, wäre eine Liquidation praktisch gegenstandslos. Man vergegenwärtige sich: der Fall muß so liegen, daß das noch vorhandene Vermögen nicht einmal für die Kosten des Konkurses ausreicht. Die Kosten eines Konkurses richten sich bekanntlich nach der Masse, sie sind also in diesem Grenzfall nicht nur relativ, sondern objektiv sehr geringfügig. Wenn also das noch vorhandene Vermögen noch niedriger ist, so muß es schon sehr geringfügig, wenn nicht wirtschaftlich gleich Null sein. Der Einwand, daß es sich auch um beträchtlichere, nur im Augenblick nicht verwertbare Vermögensstücke handeln könne, die zur Konkreteinstellung mangels Masse führen können, greift nicht durch. Denn wenn die Vermögensstücke nicht einmal so verwertet werden können, daß sie die Kosten des Konkurses der geringsten Wertstufe tragen, dann ist eben der gegenwärtige Wert des vorhandenen Vermögensrestes geringer als die Kosten der geringsten Wertklasse, gleichgültig, wie später oder früher die Bewertung dieses Vermögensrestes sich gestaltet hätte oder sich gestalten würde. Über diesen wirtschaftlich ganz geringfügigen oder praktisch mit Null zu bezeichnenden Wert ist ein Liquidationsverfahren, wie es das GmbHG. oder das GmbHG. vorschreibt, praktisch überhaupt nicht denkbar. Schon die dreimaligen öffentlichen Aufforderungen, die Kosten der Anmeldung der Liquidatoren zum Register, die Kosten der Anmeldung der nötigen Beschlüsse usw., die Kosten der Verwaltung, selbst wenn die personellen Dienste unentgeltlich erfolgen, können mit Rücksicht auf die erheblichen Auslagen nicht gedeckt werden. Die Kosten einer ordnungsmäßig durchgeführten Liquidation eines solchen Vermögensrestes dürften sich nicht sehr von denen des Konkursverfahrens unterscheiden. Dazu kommt, daß wegen dieses wirtschaftlichen Nichts die Sperrfrist von einem Jahr und andere Vorschriften eingehalten werden müßten. Sinnlose Opfer und Formalien wegen eines Phantoms. Wie das RG. sagt, „eine leere Form“<sup>1)</sup>.

Es kommen aber dann noch weitere Gründe hinzu: Auch eine solche Gesellschaft, über die der Konkurs eröffnet und dann der Konkurs mangels Masse eingestellt ist, müßte ihrer Firma den Zusatz „in Liquidation“ geben. Liquidatoren müßten für sie handeln. Die Register- und Publikationsvorschriften würden sie als in Liquidation befindlich darstellen und bekanntmachen. Wie oben gezeigt, ist der rechtliche Begriff „Liquidation“ eng verbunden mit dem wirtschaft-

<sup>1)</sup> JW. 1927, 13821.

lichen Begriff der Solvenz. Es würden also der Gesetzgeber und die Rechtspolizeigerichte zu dem Urheber einer wirtschaftlich falschen Erklärung, die von den weittragenden und peinlichsten Folgen für diejenigen werden kann, die auf sie vertrauen. Diese ständen noch schlechter als bei einem Konkurs. Denn die von dem Konkursverwalter eingegangenen Verbindlichkeiten sind Masseschulden, die vom Liquidator kontrahierten nicht. Somit würden die Ziele, die man mit dem Publizitätsprinzip für Kapitalgesellschaften befolgt, nämlich die Aufklärung über die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft in diesem Falle in ihr Gegenteil, in die Täuschung des Publikums über die Verhältnisse der betreffenden Kapitalgesellschaft umschlagen. Niemand, der nicht mit den speziellen Verhältnissen ohnehin vertraut ist, kann noch unterscheiden, ob eine Gesellschaft in Liquidation für ihre Schulden gut ist oder dergestalt heruntergewirtschaftet ist, daß ihre Gläubiger bestimmt überhaupt nichts bekommen. Es würde sich dann der Zustand ergeben, daß das Gesetz die solvente und die absolut vermögenslose Gesellschaft in gleicher Weise behandelt, die teilweise solvente Gesellschaft aber besonders.

Noch schlagender wird dieses Mißverhältnis vom Gesichtspunkt der kaufmännischen Moral und Ethik. Mag zwar das Recht ihre Forderungen nicht immer kodifizieren können, so ist es noch viel weniger dazu berufen, sie zu untergraben. Nach allgemeinem, besonders kaufmännischem Empfinden behaftet der Bankrott (Konkurs) den Bankrotteur mit einem Makel. Die Liquidation bedeutet demgegenüber die honorige Abwicklung eines Unternehmens. Nun soll die Person, die durch unverschuldet oder verschuldet schlechte Geschäfte die mangelhafte Befriedigung ihrer Gläubiger verursacht hat, sich dem Konkursverfahren unterwerfen müssen und diesen Makel auf sich nehmen. Diejenige Person aber, die so gewirtschaftet hat — und wenn sie so gewirtschaftet hat, wird immer eine subjektive Schuld vorliegen —, daß die Gläubiger vollständig leer ausgehen, darf sich hinter dem ehrenvollen Schild der Liquidation verbergen. Das wird kein Kaufmann verstehen, und weil er dies nicht versteht, deshalb wird er die für ihn oben gezeigten, gefährlichen Konsequenzen aus einem solchen falschen Firmenschild „in Liquidation“ ziehen.

### III.

Trotz alledem scheint zunächst nur bewiesen, daß die Kapitalgesellschaft, über deren Vermögen Konkurs eröffnet ist, nach Einstellung des Konkurses mangels Deckung der Kosten durch die Masse sich nicht im Stadium der Liquidation befinden kann. Es bleibt die Frage zu beantworten, in welchem anderen Status (Personenstand) sich eine solche Gesellschaft befindet, wenn nicht in dem der Liquidation. Daß sie eine verbende Gesellschaft nicht mehr sein kann, ist oben schon dargetan und selbstverständlich. Ein drittes Stadium im Leben einer Kapitalgesellschaft kennt das Gesetz aber offenbar nicht. Wie ist diese Gesetzeslücke auszufüllen? Liegt eine solche überhaupt vor?

Es ist vorhin schon gezeigt, daß jedenfalls insofern keine Gesetzeslücke vorliegt, als der Fall nicht etwa versehentlich oder vergessentlich bei der Aufzählung der Auflösungsfälle mit Liquidationsfolge weggeblieben sei. Es liegt also zweifellos keine formal-rechtliche Gesetzeslücke vor. Es liegt aber auch keine materielle Gesetzeslücke vor, also ein Tatbestand, auf den das Gesetz keine Antwort gibt. Ausdrücklich verhält sich zwar das Gesetz nicht über die Qualifikation der Gesellschaftspersonlichkeit, über deren Vermögen der Konkurs eröffnet und mangels kostendeckender Masse wieder eingestellt worden ist. Es ist dies aber auch nicht erforderlich. Denn nach dem Prinzip der Gesetzesökonomie bedürfen Folgerungen, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, keiner ausdrücklichen Erwähnung.

Die AktG. und die GmbH. sind in ihrer Rechtspersonlichkeit gegründet auf ihr Kapital, daher auch die Bezeichnung Kapitalgesellschaft, die auch ihre gesetzliche Anerkennung gefunden hat (vgl. KapVerfStG.). Diese Basierung auf das Kapital als Substrat ihrer Rechtspersonlichkeit geht so weit, daß sie erst endigen kann, wenn kein Kapital mehr vorhanden ist. Die Erhaltung des Kapitals ist der Ausgangs- und Mittelpunkt für die gesamte Gesetzgebung über das Leben der Kapitalgesellschaft. Das Geschäftskapital und die Rechts-

persönlichkeit der Kapitalgesellschaft sind im Gegensatz zur Personengesellschaft so eng miteinander verbunden und wechselseitig bedingt, daß nicht nur der Wegfall der Rechtspersonlichkeit aus irgendeinem Grunde die Gesellschaft beendet — das ist auch bei anderen juristischen Personen der Fall —, sondern umgekehrt der Wegfall des Kapitals auch die Rechtspersonlichkeit zum Erliegen bringt<sup>2)</sup>.

Die Löschung der Gesellschaft ist lediglich eine Deklaration, daß kein Vermögen mehr vorhanden ist. Die Liquidatoren haben lediglich anzumelden, daß die Liquidation beendet ist (§ 302 HGB.; DVG. Dresden: DVG Rspr. 33, 7; Staub-Pinner § 302 Note 6). Das Registergericht hat darauf einzutragen, daß die Gesellschaft erloschen, d. h. ihre Rechtspersonlichkeit verschwunden ist, und dies zu veröffentlichen. Auch hierin kommt zum Ausdruck, daß der Verlust der Rechtspersonlichkeit die notwendige automatische Folge des vollkommenen Vermögensverlustes ist.

Wenn aber der Konkurs mangels Masse eingestellt wird, so ist, wie eingangs schon gezeigt, die vorhandene Masse oder ihre Verwertungsmöglichkeit so gering, also jedenfalls zur Zeit der Vermögenszustand so klein, daß eine „Verwertung“ im wirtschaftstechnischen Sinne nicht in Frage kommt. Für die Frage des praktischen Rechts spielt das rein begriffliche Vorhandensein von „Vermögen“ keine Rolle. Ausschlaggebend ist nur, ob i. S. des Wirtschaftsverkehrs und als geeignetes Objekt einer wirtschaftenden, wenn auch abwirtschaftenden Gesellschaft Vermögen vorhanden ist. Auch bei einer ordnungsmäßig liquidierten oder bankrotten und bis zur Konkursbeendigung geführten Gesellschaft werden am Schlusse, theoretisch gesehen, Vermögensstücke vorhanden sein, und wenn es sich um den letzten Federhalter oder um das letzte Stück Papier handelt. Den deutlichsten Beweis lieferte § 302 HGB. selbst. Infolge Abs. 1 ist nach Beendigung der Liquidation, d. h. also nach vollständiger Verteilung des Vermögens (§ 300 Abs. 1 HGB.), das Erlöschen einzutragen. Aus § 302 Abs. 2 ergibt sich aber, daß die Bücher und Papiere der Gesellschaft aufzubewahren, also nicht zu verteilen sind. Das Verteilungsverfahren hat seine Grenze in der praktischen Vernunft. Dieser Grundsatz muß aber auch für den Fall gelten, daß tatsächlich noch Vermögensstücke vorhanden sind, aber in einem Ausmaß, die die praktische Verteilung nicht mehr lohnen. Das ist der Fall, wenn nicht einmal so viel Masse mehr vorhanden ist, daß der Konkurs durchgeführt werden kann.

Das Ergebnis ist also: in einem solchen Fall, d. h. mit der Rechtskraft des Beschlusses auf Einstellung des Konkurses aus § 204 R.D., hat die Gesellschaft aufgehört, zu existieren, sie ist als erloschen anzusehen. Die Gesellschaft befindet sich überhaupt nicht mehr in einem Stadium, sie hat ihre Rechtspersonlichkeit verloren, sie hat gelebt oder, wenn man zur gedanklichen Verdeutlichung noch ein „Stadium“ annehmen will, so ist es das Stadium des Todes.

Dieses Ergebnis führt auch zu durchaus brauchbaren Konsequenzen. Zunächst sachlich. Die noch vorhandenen minimalen Vermögensreste liegen dem Zugriff der Gläubiger offen. Der Rechtsschutz, die gleichmäßige Verteilung, die Regelung der Konkurrenz der Gläubiger ist in Anbetracht der Geringfügigkeit der Werte nicht mehr vonnöten. Es tritt wieder das Prinzip der Prävention ein. Wer zuerst zugreift, hat die Sachen. Hierdurch entsteht mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit des Vorhandenen weder volkswirtschaftlich noch rechtspolitisch — von der Gläubigerseite her gesehen — ein Nachteil. Von der Seite der untergegangenen oder der untergehenden Person aus betrachtet, ist ihr nur das letzte Restchen Vermögen genommen worden, das doch den Gläubigern gehört.

Rechtlich, formal, ist die Angelegenheit dadurch zu bereinigen, daß der Registerrichter bei Einstellung des Konkurses mangels Kostendeckung die Firma von Amts wegen löscht. Als Motto für die Rechtfertigung dieser Forderung diene der Satz aus dem Beschluß des RG. v. 28. März 1927 (JW. 1927, 1383<sup>1)</sup>:

„Es ist eine praktische Auslegung des Gesetzes dahin möglich, daß bei besonderer Lage des Falles das Erlöschen der Gesellschaftsforma sowohl ohne Auflösungsbeschluß wie ohne Liquidation eingetragen werden kann.“

<sup>2)</sup> Vgl. Anst. anscheinend Staub-Pinner u. Pinner usw., HGB. §§ 292 u. 23.

Dem Beschluß, der als prinzipiell richtunggebender gedacht ist, lag der Tatbestand der Löschung einer AktG. von Amts wegen zugrunde, weil ihr jegliches Aktivvermögen fehlte und sie infolgedessen dauernd ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hatte. Der Antrag ging gemäß FGG. § 126 von der Industrie- und Handelskammer aus. Der Zweck des Beschlusses war, die Möglichkeit einer Reinigung des Handelsregisters von Firmen zu schaffen, die tatsächlich zu existieren aufgehört hatten. Der Antrag auf den Beschluß entspringt offenbar der Idee von der Wahrheit der Register. Der Beschluß selbst trägt ihr Rechnung. Wenn im Interesse der Zuverlässigkeit von Handel und Wandel das Gesetz und dementsprechend die Registerbehörden darüber zu machen haben, daß die Einzelheiten der Eintragung objektiv wahr sind, dann muß erst recht der Grundsatz von der Wahrheit für die Grundlage aller Einzeleintragungen gelten, nämlich der Wirklichkeit des Faktums, auf die sich die Eintragungen beziehen: beim Handelsregister, Abt. A, also der Existenz eines kaufmännischen Betriebes und beim Gesellschaftsregister, Abt. B, der Existenz einer kaufmännisch betriebenen Gesellschaft.

Die Rechtsgrundlage für diese Löschung von Amts wegen ist HGB. § 31 Abs. 2 S. 2: „Kann die Anmeldung des Erlöschens einer eingetragenen Firma durch die hierzu Verpflichteten nicht auf dem im § 14 HGB. bezeichneten Wege (Ordnungsstrafen) herbeigeführt werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amts wegen einzutragen.“ Bei der Anwendung dieser Bestimmung handelt es sich lediglich um eine Abwägung der Balanz der einzelnen Rechtsätze. Das stärkere Gewicht hat der Rechtsatz, daß das Handelsregister der Wirklichkeit entsprechen soll. Von minderer Bedeutung ist die Frage, wie diese Wahrheit des Handelsregisters erreicht wird.

Jedenfalls hat diese Löschung gegenüber derjenigen über den Umweg einer Liquidation tatsächlich nicht vorhandenen Vermögens, ganz abgesehen davon, daß für „diese leere Form“ wie oben dargetan sogar die Rechtsgrundlage fehlt, materiell wie formell den Vorzug der Einfachheit und Klarheit. Denn auch eine Liquidation würde nur auf einem viel umständlicheren, praktisch überhaupt nicht durchführbaren Weg zum selben Ergebnis führen, nämlich: Löschung der Firma. Die, überdies dem Gesetz nicht entsprechende, Annahme eines Liquidationsstadiums würde also auch der Idee der Rationalisierung sowohl der Wirtschaft wie des Rechts widersprechen.

Im übrigen ist jene RGOntsch. keineswegs ein überraschendes Novum. Sie ist nur ein Glied in einer Entwicklung, die der Gesetzgeber selbst gesehen hat. Wie die Not der Zeit die Fälle schuf, die zu meißten waren, so hat die Not der Zeit dem Gesetzgeber und den Gerichten den Weg gewiesen. Schon die Ausf. v. 21. Mai 1926 (RGBl. I, 248) sah sich genötigt, Vor Sorge zu treffen für die Gesellschaften, die ihrer Pflicht zur Goldumstellung nicht nachgekommen waren. Gleichfalls aufbauend auf HGB. § 31 hat sie die Löschung solcher Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, auch eingetragener Genossenschaften) verfügt, wenn der Geschäftsbetrieb seit dem 1. Jan. 1924 ruhte und Vermögen der Gesellschaft nicht mehr vorhanden war.

Befürchtungen auf weitere gesetzgeberische Maßnahmen in diesem Sinne waren im Gange. Man hat erkannt, daß auch das Register außerdem „mit zahlreichen Gesellschaften belastet ist, die zu leeren Mänteln herabgesunken sind, die aber mit Hilfe der W. v. 21. Mai 1926 nicht zur Löschung gebracht werden können, weil der Geschäftsbetrieb erst nach dem 1. Jan. 1924 eingestellt oder der Zustand völliger Vermögenslosigkeit erst nach der Umstellung auf Reichsmark ... eingetreten ist“<sup>3)</sup>. Das RG. hat gezeigt, daß es unnötig ist, hierzu die Gesetzgebungsmaschine in Tätigkeit zu setzen, es genügt die richtige Auslegung und Anwendung der vorhandenen Gesetze.

#### IV.

So gründet sich die These, daß mit der rechtskräftigen Einstellung des Konkurses über eine Kapitalgesellschaft mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse die

Gesellschaft beendet ist, ihre Rechtspersönlichkeit aufhört, auf dreifache Wurzel: 1. auf die wirtschaftliche, rechtspolitische Forderung, gestützt auf die Judikatur und die Entwicklungslinie der Gesetzgebung; 2. auf das materielle Gesellschaftsrecht (HGB. §§ 294 Abs. 1, 307 Abs. 2, 320 ff.; GmbHG. §§ 65 Abs. 1 S. 2, 60 Abs. 1 S. 4); 3. auf das formale Registerrecht (§ 31 HGB.; § 141 ff. FGG.). „Ist nun“, so sagt das Kammergericht in der angeführten richtunggebenden Entscheidung v. 28. März 1927, „die Gesellschaft bereits auf einem Punkte ihrer Entwicklung angelangt, in dem ihre vermögensrechtliche Grundlage völlig zerstört ist, ist also das, was der Beschluß der Auflösung bezweckt, bereits zur Tatsache geworden, und ist aus den Umständen, insbes. aus dem Verhalten der Gesellschaftsorgane, zu entnehmen, daß die Gesellschaft selbst eine Fortsetzung des gesellschaftlichen Lebens, eine Wiederaufnahme der geschäftlichen Tätigkeit nicht will, so braucht die Gesellschaft ihre Auflösung nicht noch besonders zu beschließen. Die Auflösung ist ohne Beschluß eingetreten.“ In unserem Falle wird nun die zweite Voraussetzung der eo-ipso-Beendigung, die Betätigung und Willensbindung der Geschäftsbeendigung durch Erklärung oder durch konfluente Handlung ersetzt durch die tatsächliche Unmöglichkeit des rechtlichen und wirtschaftlichen Fortbetriebes, gewiß kein geringeres Agens als die freiwillige Einstellung.

Die Konsequenz für den Registerrichter liegt danach klar zutage. Nach dem Gef. (RD. §§ 205 Abs. 2, 112) hat der Gerichtsschreiber (Urkundensbeamter) des Konkursgerichts der für die Führung des Handelsregisters zuständigen Behörde, also dem Registergericht, die Einstellung mangels kostendeckender Masse mitzuteilen. Auf Grund dieser amtlichen Mitteilung hat dann der Registerrichter die Firma zu löschen und die Löschung bekanntzumachen. Um eine einheitliche Praxis herbeizuführen, würde es lediglich einer Anordnung der Landesjustizverwaltung bedürfen, die auf diese Gesichtspunkte hinweist.

Dieses Verfahren gibt auch sachlich zu keinerlei Bedenken Anlaß. Der Kurseinstellungsbeschluß beruht auf einem Zusammenwirken des Konkursverwalters, der sonstigen Konkursorgane und des Konkursgerichts. Der Beschluß des letzteren unterliegt im Falle der Beschw. der Nachprüfung der oberen Instanz. Die Prüfung der materiellen Voraussetzungen des Erlöschens und die Feststellung, daß kein oder kein nennenswertes Vermögen mehr vorhanden ist, erfolgt also auf einem Wege, der mindestens so zuverlässig und sicher ist wie der auf Grund einer Anmeldung des Liquidators. Die Formalität der Löschung und Publikation erfolgt auf Grund der amtlichen Mitteilung des Konkursgerichts. Das Verfahren selbst ist mit den weitgehendsten Garantien bekleidet (FGG. § 141 ff.): Anhörung der Beteiligten mit dem Rechte, Widerspruch zu erheben. Sie haben hierfür mindestens drei Monate Zeit. Über einen solchen Widerspruch hat das Registergericht von neuem zu entscheiden. Bleibt es auf der Löschung bestehen, so findet gegen diesen Beschl. sofortige Beschw. statt. Größere Garantien für die sachliche Prüfung der Lösungsbedingungen sind also kaum denkbar, und sie sind jedenfalls größer als die bei der Löschung nach Beendigung der Liquidation. Aber selbst damit ist noch nicht res iudicata. Denn das Gericht kann, wenn es nachträglich noch zu einer anderweitigen Auffassung kommt, die Löschung von Amts wegen wieder aufheben. (Die Löschung wegen Nichtigkeit der Gesellschaft § 144 FGG. hat damit nichts zu tun.)

Materiell-rechtlich aber ist das Verfahren um deswillen bedenkenfrei, weil bei einem Irrtum über die objektiven Voraussetzungen der Löschung oder mit anderen Worten: wenn nachträglich sich noch Vermögen herausstellen sollte, die Gesellschaft hier sowohl wie im Falle der Beendigung durch Liquidation oder Konkurs wieder aufleben kann. Es bedarf dazu nur des Antrages eines Beteiligten, und die Eintragung im Handelsregister hat wiederum zu erfolgen (FGG. § 145). Insbes. steht jedem Gläubiger das Antragsrecht zu. Das ergibt sich nicht nur aus § 302 Abs. 4 HGB.; § 2 Abs. 3 GmbHG., W. v. 21. Mai 1926 (RGBl. I, 248) und den hieraus abzuleitenden allgemeinen Rechtsätzen über die Kapitalgesellschaften<sup>4)</sup>, sondern auch aus der Lehre vom Konkurs.

<sup>3)</sup> Vgl. RG. a. a. O. und Frankf. Ztg. v. 19. Okt. 1927: „Durchgreifende Neuerung des Handelsregisters“.

<sup>4)</sup> Vgl. für GmbHG.: Staub-Sachenburg §§ 74 u. 18 ff. und dort Zit.

Denn da die formal rechtskräftige Einstellung des Konkurses keine materielle Rechtskraft wirkt, kann jederzeit aufs neue der Konkurs beantragt werden. So kann auch, wenn neues aufgetauchtes Vermögen der bereits erloschenen Gesellschaft nachgewiesen wird, von neuem Konkurs eröffnet werden. Es ist dabei ziemlich gleichgültig, ob man annimmt, daß das alte Konkursverfahren wieder auflebt und sohin auch der alte Konkursverwalter wieder in Funktion tritt oder zu bestellen ist, oder ob man annimmt, daß ein ganz neuer Konkurs beginnt. Jedenfalls hat materiell der angegangene Konkursrichter zu prüfen, ob die sachlichen Unterlagen, vor allem genügend Vermögen für die Wiedereröffnung oder Neueröff-

nung eines Konkurses vorhanden ist. Kommt es zu einem negativen Ergebnis, sollte wiederum das aufgetauchte Vermögen die Kosten des Verfahrens nicht decken, so ergibt sich die Notwendigkeit der Ablehnung des Konkurses und der freie Zugriff auf das freie Vermögen seitens der Gläubiger<sup>5)</sup>.

<sup>5)</sup> In einem solchen Falle des nachträglich auftauchenden Vermögens wäre vielleicht auch in Anlehnung an das Beispiel der W. v. 21. Mai 1926 eine Liquidation denkbar. Sie wäre aber kaum einfacher wie der nachträglich wieder in Gang gesetzte Konkurs und deshalb wenn auch praktisch vielleicht irrelevant, jedenfalls aber aus dem Gesichtspunkte der Rechtslogik zu verwerfen.

## Der Konkursverwalter im Steuerrecht.

Von Regierungsrat Dr. Heister, Neurode.

### A. Die Wirkung der Konkursöffnung auf das Steuerverfahren.

Am Konkurse können nur diejenigen Steuerforderungen teilnehmen, die gegen den Gemeinschuldner vor Konkursöffnung entstanden sind.

Bezüglich der teilnahmefähigen Forderungen ist wiederum zu unterscheiden zwischen 1. denjenigen, die noch nicht festgesetzt sind und über die dem Gemeinschuldner vor Konkursöffnung ein Steuerbescheid noch nicht zugestellt ist, die sich also noch im Steuerermittlungsverfahren befinden und 2. denjenigen, bei denen beides geschehen ist, die dadurch bereits im Steuerstreitverfahren befangen sind (RZS. 16, 145; 19, 358).

Im ersten Falle muß die Steuer noch festgesetzt werden. Das noch schwebende Steuerermittlungsverfahren, das durch die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht unterbrochen wird, muß beendet werden (RZS. 21, 14). Das FinA. ist mithin berechtigt und verpflichtet, auch noch nach Konkursöffnung Ermittlungen zur Festsetzung der vor Konkurslichen Steueransprüche anzustellen und die Steuer festzusetzen. Die Zustellung eines Steuerbescheides wegen dieser vor Konkurslichen Steuerforderungen an den Konkursverwalter erfolgt nicht. Die Forderung wird lediglich angemeldet (RZS. 17, 185; 18, 85, 141; 19, 357; 21, 310).

Im zweiten Falle ergibt sich folgende Rechtslage:

Ist der vor Konkursöffnung dem Gemeinschuldner zugestellte Steuerbescheid vor Eröffnung des Verfahrens noch nicht rechtskräftig geworden, so schwebt bezüglich des Steueranspruches ein Steuerstreitverfahren (RZS. 16, 145; 19, 358). Dieser Rechtsstreit wird durch die Eröffnung des Konkurses unterbrochen (RZS. 18, 144). Die Unterbrechung hat zur Folge, daß die bereits begonnene Rechtsmittelfrist zu laufen aufhört und der Steuerbescheid vorläufig nicht rechtskräftig werden kann. Der weitere Verlauf des Rechtsstreites hängt von dem späteren Gang des Konkursverfahrens ab. Wird die Forderung anerkannt, so ist der Rechtsstreit damit beendet, wird die Forderung dagegen bestritten, so muß der Rechtsstreit ausgefochten werden. Das Nähere hierüber ist unten dargelegt (B 2).

Ist der dem Gemeinschuldner vor Konkursöffnung zugestellte Steuerbescheid dagegen vor Eröffnung des Verfahrens bereits rechtskräftig geworden, so ist weder für ein Steuerermittlungs- noch ein Steuerstreitverfahren Raum.

### B. Das Verhalten des Konkursverwalters gegenüber den vom Finanzamt zur Konkurstabelle angemeldeten Ansprüchen.

Zunächst ist zu erörtern, welche Forderungen im Konkurse überhaupt vom FinA. angemeldet werden können. Geltend gemacht werden können alle Steueransprüche, soweit sie vor der Konkursöffnung entstanden sind, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie fällig sind oder nicht, da sie nach § 65 Abs. 1 RD. als fällig gelten. Anmeldefähig sind ferner die Nebenansprüche. Nach § 62 RD. gehören hierzu alle Kosten, die dem FinA. vor der Eröffnung des Konkurs-

verfahrens entstanden sind, also Beitreibungskosten, Veranlagungskosten gemäß § 205 Abs. 3 RAbgD., Rechtsmittelfkosten und die Zinsen, die bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelaufen sind. Die Nebenansprüche genießen das der Hauptforderung zustehende Vorrecht, da sie gemäß § 62 Abs. 1 RD. mit der Kapitalforderung an derselben Stelle anzusetzen sind.

Neben diesen anmeldungsfähigen Forderungen kann das FinA. aber noch andere Geldansprüche gegen den Gemeinschuldner haben, die im Konkurse nicht geltend gemacht werden können. Hierzu gehören die gegen den Gemeinschuldner im Verwaltungsstrafverfahren festgesetzten Strafen wegen Steuerhinterziehung, Steuervergütung, Ordnungswidrigkeit usw., ferner die gemäß § 202 RAbgD. festgesetzten Zwangsgeldstrafen und die Zuschläge wegen verspäteter Abgabe einer Steuererklärung gemäß § 170 Abs. 2 RAbgD. Weitere nicht anmeldungsfähige Ansprüche sind die Vorauszahlungsbeträge. Bei vielen Steuerarten, wie bei der Einkommen-, Vermögen-, Körperschaft- und Umsatzsteuer sind Vorauszahlungen zu leisten, die auf die festzusetzende Steuer angerechnet werden. Bei den genannten Steuerarten kann sich die Konkursanmeldung nur auf die Abschlußzahlung beziehen (RZS. 21, 16), also auf den die Summe der Vorauszahlungen übersteigenden Betrag, der für den betreffenden Steuerabschnitt als Steuer festzusetzen ist. Vorauszahlungen im Konkurse anzumelden, sei es als bedingte oder unbedingte Forderung, ist nicht zulässig (RZS. 21, 16; 23, 71).

Im Folgenden soll dargelegt werden, wie sich der Konkursverwalter den einzelnen Ansprüchen gegenüber zu verhalten hat.

#### 1. Gegenüber nicht anmeldungsfähigen Ansprüchen.

Sind Forderungen angemeldet, die im Konkurse nicht geltend gemacht werden können (B Abs. 2), so ist Widerspruch gegen die Zulassung des angemeldeten Anspruches zu erheben.

#### 2. Gegenüber anmeldungsfähigen Ansprüchen.

##### a) Gegenüber titulierter Forderungen.

Tituliert ist eine Steuerforderung nur dann, wenn dem Gemeinschuldner vor Konkursöffnung ein Steuerbescheid zugestellt ist und das FinA. eine Ausfertigung dieses Steuerbescheides im Prüfungsstermin vorgelegt hat (RZS. 85, 68). Glaubt der Konkursverwalter aus irgendeinem Grunde die Forderung nicht anerkennen zu können, so muß er sie bestritten und seinen Widerspruch gemäß § 146 Abs. 3 RD. durch Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreites (vgl. oben unter A Abschnitt 4) verfolgen. Die Aufnahme des Rechtsstreites hat nach der Entsch. des RZS. (RZS. 18, 145) durch Einlegung des nach der RAbgD. zulässigen Rechtsmittels zu erfolgen. Die Rechtsmittelfrist beträgt einen Monat ab Prüfungsstermin. Hatte der Gemeinschuldner aber vor Konkursöffnung bereits ein Rechtsmittel eingelegt, so ist selbstverständlich eine nochmalige Einlegung durch den Kon-

Kursverwalter nicht erforderlich (RFS. 18, 145), vielmehr genügt es, wenn er gemäß § 146 Abs. 3 RD. die Ausnahme des Rechtsstreites dem FinA. gegenüber erklärt. Das Verfahren wird dann im Rahmen der Anmeldung dem Bestreitenden gegenüber in der Lage fortgesetzt, in der es sich bei Eröffnung des Konkurses befand.

War dagegen noch kein Rechtsmittel bei Konkurseröffnung eingelegt, so muß nach dem Wortlaut des § 146 Abs. 3 RD. zur Ausnahme des Rechtsstreites auch die bloße an keine Frist gebundene Einreichung einer Aufnahmeerklärung bei dem FinA. genügen (Boethke: DStBl. 1926, 115). Der Aufnahmeerklärung muß dann allerdings, wenn vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung ein Rechtsmittel noch nicht eingelegt war, die Rechtsmittelinlegung folgen, und zwar wieder binnen Monatsfrist nach Einreichung der Aufnahmeerklärung.

Die Aufnahme des Rechtsstreites durch die bloße Einreichung einer formellen Aufnahmeerklärung muß auch auf Grund folgender Erwägungen zugelassen werden. Würde man die Aufnahme des Rechtsstreites nur durch Einlegung des zulässigen Rechtsmittels binnen Monatsfrist nach dem Prüfungstermin zulassen wollen, wie der RFS. (RFS. 18, 145) entschieden hat, so könnte dadurch im Einzelfall eine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes des Konkursverwalters eintreten. Versäumt er nämlich die mit dem Prüfungstermin beginnende Rechtsmittelfrist, so müßte das später eingelegte Rechtsmittel wegen Fristverfallnis als unzulässig verworfen werden, wodurch die bestrittene Forderung festgestellt ist. Läßt man aber die Aufnahme des Rechtsstreites auch durch Einreichung einer bloßen an keine Frist gebundene Aufnahmeerklärung zu — was im Hinblick auf § 146 Abs. 3 RD. nicht verjagt werden kann —, so kann der unterbrochene Rechtsstreit trotz Ablauf der mit dem Prüfungstermin beginnenden Rechtsmittelfrist noch in Gang gebracht werden, wenn binnen Monatsfrist nach Einreichung der Aufnahmeerklärung das zulässige Rechtsmittel eingelegt wird. Eine Verzögerung des Fortganges des Verfahrens braucht hierdurch nicht befürchtet werden, da auch das FinA. seinerseits durch Zustellung einer Aufnahmeerklärung an den Konkursverwalter den Rechtsstreit aufnehmen kann (RFS. 21, 310), was es stets dann tun wird, wenn der Konkursverwalter mit der Aufnahme des Rechtsstreites säumig ist. In diesem Falle beginnt für den Konkursverwalter die Rechtsmittelfrist mit dem Tage der Zustellung der Aufnahmeerklärung des FinA. an ihm.

Legt der Konkursverwalter rechtzeitig, d. h. binnen Monatsfrist nach dem Prüfungstermin das Rechtsmittel ein, so wird dadurch selbstverständlich eine formelle Aufnahmeerklärung ersetzt (Boethke: DStBl. 1926, 115).

Auf eine der dargelegten Arten muß der Konkursverwalter, wenn er eine titulierte Forderung bestreitet, seinen Widerspruch verfolgen, nämlich entweder durch:

1. Einlegung des zulässigen Rechtsmittels innerhalb eines Monats nach dem Bestreiten der Forderung im Prüfungstermin oder
2. Einreichung einer an keine Frist gebundene Aufnahmeerklärung des Rechtsstreites an das FinA., der binnen Monatsfrist die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels zu folgen hat.
3. Einlegung des zulässigen Rechtsmittels binnen Monatsfrist vom dem Tage der Zustellung einer gegebenenfalls vom FinA. erklärten Aufnahme des Rechtsstreites.

Bestreitet er keinen dieser Wege, so müssen gemäß § 168 RD. die Anteile der titulierten Anmeldebeträge trotz Widerspruches ausgezahlt werden (RFS. 21, 311; RG. 85, 68).

Wie sich aus dem Gesagten ergibt, ist der zweckmäßigste Weg beim Bestreiten einer titulierten Forderung die sofortige Einlegung des Rechtsmittels nach dem Prüfungstermin, weil dadurch der unterbrochene Rechtsstreit am schnellsten in Gang kommt, was für den bestreitenden Konkursverwalter von größtem Interesse ist.

Praktische Bedeutung hat das geschilderte Verfahren nur für nicht rechtskräftige titulierte Steuerforderungen. Selbst-

verständlich kann der Konkursverwalter auch eine rechtskräftige titulierte Forderung bestreiten. In dem nachfolgenden Verfahren kann er aber einen Erfolg nicht erzielen. Das von ihm einzulegende Rechtsmittel müßte in jedem Fall wegen Fristverjährung zurückgewiesen werden. Rechtskräftige titulierte Forderungen zu bestreiten hat daher keinen Zweck.

#### b) Gegenüber nicht titulierten Forderungen.

Nicht titulierter Gläubiger ist das FinA. stets, wenn es einen mit Vollstreckungsklausel versehenen Schuldtitel, d. h. einen Steuerbescheid im Prüfungstermin nicht vorgelegt hat (RG. 85, 68 = JW. 1913, 1046). Da das FinA. zwischen Konkurseröffnung und Prüfungstermin einen der Konkursmasse gegenüber wirksamen Steuerbescheid nicht zustellen kann (RFS. 17, 185; 18, 85, 141; 19, 357; 21, 310), so kann es als Schuldtitel nur solche Steuerbescheide im Prüfungstermin vorlegen, die dem Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung bereits zugestellt waren. Es ist also nicht titulierter Gläubiger bezüglich aller Steuerforderungen, die zwar vor Konkurseröffnung entstanden sind, aber erst nach Konkurseröffnung festgestellt werden (vgl. oben unter A Abschnitt 3).

Bestreitet der Konkursverwalter eine nicht titulierte Forderung, so hat er weiter nichts zu veranlassen. Die gemäß § 146 RD. erforderliche Feststellung hat das FinA. selbst zu betreiben. Dieses Feststellungsverfahren gestaltet sich verschieden, je nachdem, ob die bestrittene Forderung rechtskräftig ist oder nicht.

Ist die Forderung noch nicht rechtskräftig, so stellt das FinA. dem Konkursverwalter einen feinen Widerspruch würdigenden Feststellungsbescheid zu (RFS. 17, 186; 19, 359<sup>1</sup>). Gegen diesen Feststellungsbescheid hat dann der Konkursverwalter die ordentlichen Rechtsmittel der RWG.D., deren Frist mit dem Tage der Zustellung des Feststellungsbescheides zu laufen beginnt.

Ist dagegen die angemeldete nicht titulierte Forderung bereits rechtskräftig, so kann die Feststellung der Forderung seitens des FinA. durch Zustellung eines Feststellungsbescheides nicht in Frage kommen. Mit Rücksicht auf die Rechtskraft des Steuerbescheides dürfte es nämlich nicht angängig sein, durch Zustellung eines Feststellungsbescheides ein Rechtsmittel gegen eine bereits rechtskräftige Forderung zu gewähren. Dieses würde der Fall sein, da dem Konkursverwalter gegen den Feststellungsbescheid ein Rechtsmittel zusteht. Das FinA. stellt dann dem bestreitenden Konkursverwalter eine formlose Verfügung zu, die seinen Widerspruch unter Hinweis auf die Rechtskraft der Forderung zurückweist (StArch. 1926, 278). Mit der gegen diese Verfügung zulässigen Beschwerde würde der Konkursverwalter keinen Erfolg haben.

Das FinA. kann aber auch einen neuen Prüfungstermin beantragen, in dem es dann eine Ausfertigung des rechtskräftigen Steuerbescheides vorlegt. Hierdurch wird es dann titulierter Gläubiger. Es gilt dann das unter B 2a am Schluß Gesagte.

Das Bestreiten einer rechtskräftigen Steuerforderung, gleichgültig ob sie tituliert ist oder nicht, kann also einen praktischen Erfolg nicht haben und unterbleibt daher zweckmäßigerweise.

#### c) Gegenüber dem beanspruchten Vorrecht.

Ist vom FinA. für eine angemeldete Forderung gem. § 61 RD. das Vorrecht beansprucht, so kann der Konkursverwalter, ohne der Forderung selbst zu widersprechen, allein das Vorrecht bestreiten.

Bevorrechtigt ist eine Forderung dann, wenn sie im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung fällig geworden ist. Der Lauf der Jahresfrist, in welche die Konkurseröffnung fallen muß, um das Vorrecht zu begründen, beginnt mit dem ersten Fälligkeitstermin, d. h. mit dem Zeitpunkt des ersten Zahlungstermines (RG.: RStBl. 1927, 131). Sie ist eine Auschlussfrist und kann nicht verlängert werden. Ist der erste Fälligkeitstermin einmal eingetreten, so kann auch eine Stun-

<sup>1</sup>) über den Inhalt des Feststellungsbescheides vgl. RFS.: RStBl. 1930, 457.

zung den Beginn der Jahresfrist nicht hinausschieben (RG.: RStBl. 1927, 127 ff.). Menzel, R.D. § 61 Anm. 4 vertritt allerdings den Standpunkt, daß die vor Eintritt des ersten Fälligkeitstages erfolgte Stundung den Beginn der Jahresfrist hinausschiebt. Diesem Standpunkt ist aber mit Rücksicht auf die oben angeführte Entsch. des RG. nicht beizutreten; denn nach der Ansicht Menzels könnte durch wiederholte Stundungen vor dem jedesmaligen Ablauf der Stundungsfrist die Fälligkeit immer wieder hinausgeschoben werden. Hierdurch könnte allen Steuerrückständen das Vorrecht gewahrt werden. Diese Möglichkeit hält das RG. (a. a. O. S. 131) aber gerade mit dem Sinn und Zweck der Bestimmung des § 61 Abs. 2 R.D. nicht für vereinbar.

Eine andere Frage ist die, welchen Einfluß die Aussetzung der Vollziehung eines Steuerbescheides gem. § 235 RAbgD. auf die Berechnung der Jahresfrist des § 61 Abs. 2 R.D. ausübt. Wenn die Aussetzung der Vollziehung auch wirtschaftlich den gleichen Erfolg wie die Stundung ausüben mag, so ist sie ein von der Stundung im scharfen Gegensatz stehendes selbständiges Rechtsinstitut (Hensel: StW. 1928, 405; Friesede, Senf, Mühlhoff: Mitteilungen<sup>2)</sup> 1929, 72, 197, 83, 143) und bezieht sich nur auf die Vollziehung des angefochtenen Steuerbescheides. Sie ist daher als Wirksamkeitsaufhebung anzusehen, mit der auch der Eintritt des im Bescheide bestimmten Fälligkeitstages bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel ausgefetzt wird. Eine Steuerforderung, deren Vollziehung gem. § 235 RAbgD. ausgefetzt ist, verliert das Vorrecht mithin nicht. Nach anderer Ansicht jedoch (Groener: DStBl. 1928, 538; Weinberg: DStBl. 1925, 35; Fiklaff: DStBl. 1929, 634) bleibt trotz Aussetzung der Vollziehung die Fälligkeit der Forderung bestehen. Bei dieser Auffassung geht mithin das Vorrecht der Steuerforderung mit dem Ablauf eines Jahres nach dem im Bescheide festgesetzten Fälligkeitstages verloren.

Bestreitet der Konkursverwalter das Vorrecht allein, so ist dieser Streit vor den ordentlichen Gerichten auszutragen (RfS.: RStBl. 1927, 121; RG.: RStBl. 1927, 129). Die den Streit um das Vorrecht betreffende Feststellungsklage ist, wenn es sich um eine titulierte Forderung handelt, vom Konkursverwalter, anderenfalls vom FinA. zu erheben (RG.: RStBl. 1927, 131).

### C. Die Pflichten des Konkursverwalters gegenüber dem Finanzamt.

Durch die Ernennung zum Konkursverwalter fällt der Verwalter unter die im § 85 RAbgD. genannten Personen. Er hat also, soweit seine Verwaltung reicht, die gleichen Pflichten wie der gesetzliche Vertreter nach § 84 RAbgD. Da die gesetzlichen Vertreter alle Pflichten haben, die den Personen, die sie vertreten, obliegen, so hat der Konkursverwalter alle die Pflichten zu erfüllen, die dem Gemeinschuldner auf dem Gebiete der Besteuerung durch die RAbgD. oder durch die einzelnen Steuergesetze auferlegt sind. Diese Pflichten beziehen sich sowohl auf die Steuerermittelung als auch auf die Steuerzahlung.

#### a) Die Pflichten auf dem Gebiete der Steuerermittelung.

In allen Fällen, in denen bei Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner ein Steuerbescheid noch nicht zugestellt ist, die Steuer also noch festgesetzt werden muß, ist der Konkursverwalter auf Grund seiner Verwaltungsbefugnis verpflichtet, dem FinA. die für die Veranlagung der vor Konkurslichen Steuern notwendigen Unterlagen zu beschaffen, vor allem die Steuererklärungen abzugeben. Der Gemeinschuldner ist nämlich rechtlich nicht mehr befugt, eine Handlung vorzunehmen, durch die die Konkursmasse, wenn auch nur mittelbar, berührt werden kann (RfS. 20, 23; 24, 14).

<sup>2)</sup> Mitteilungen des Reichsverbandes der akademischen Finanz- und Zollbeamten,

Weiter hat der Konkursverwalter die Pflicht, die Unterlagen für die Festsetzung derjenigen Steuern zu beschaffen, die durch seine Tätigkeit als Konkursverwalter entstehen. Wird z. B. nach Konkurseröffnung der Betrieb des in Konkurs befindlichen Unternehmens fortgesetzt, so muß der Konkursverwalter für die bei Fortsetzung des Betriebes entstehende Umsatzsteuer die erforderlichen Erklärungen, z. B. Voranmeldungen und Steuererklärungen, abgeben. Das gleiche gilt für die Grunderwerbsteuer, die z. B. bei Veräußerung von Grundstücken, die zwecks Verwertung der Masse erfolgt, entsteht.

#### b) Die Pflichten auf dem Gebiete der Steuerzahlung.

Gemäß § 85 i. Verb. m. § 84 RAbgD. hat der Konkursverwalter dafür zu sorgen, daß die Steuern aus den Mitteln, die er verwaltet, entrichtet werden. In Frage kommen einmal die als Konkursforderungen angemeldeten Steuerforderungen und diejenigen Steuern, die durch die Tätigkeit des Konkursverwalters im Laufe des Konkursverfahrens entstehen. Im ersten Falle erfolgt die Zahlung nach den konkursrechtlichen Vorschriften, also gegebenenfalls nur in Höhe der Konkursdividende, im zweiten Falle sind die Steuern voll, und zwar am Fälligkeitstage, zu zahlen.

Daß der Konkursverwalter auch den Steuerabzug vom Arbeitslohn vorzunehmen und an die Finanzkasse abzuführen hat, falls er im Interesse des Konkursverfahrens Angestellte usw. beschäftigt, ist selbstverständlich.

Auf einen weiteren Fall der Zahlungspflicht von Lohnsteuer durch den Konkursverwalter soll aber besonders hingewiesen werden. Ist rückständiger Lohn von den Arbeitnehmern des Gemeinschuldners als Konkursforderung angemeldet, so ist der für diesen Lohn noch in Frage kommende Steuerabzug nicht Konkursforderung, da der Steueranspruch ja erst nach Konkurseröffnung bei Zahlung des Lohnes durch den Verwalter zur Entstehung gelangt. Der Konkursverwalter hat also bei Auszahlung der im Konkurse angemeldeten Lohnforderung auf Grund des §§ 84, 85 RAbgD. den Steuerabzug vorzunehmen und den Betrag an die Finanzkasse abzuführen.

### D. Die persönliche Haftung des Konkursverwalters für die Zahlung der Steuern.

Verleßt der Konkursverwalter eine der ihm obliegenden Pflichten (vgl. oben Abschnitt C) schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig, so haftet er gemäß § 90 RAbgD. persönlich für die Steuern, wenn durch sein Verhalten Steueransprüche verkürzt oder Erstattungen und Vergütungen zu Unrecht gewährt worden sind. Eine Verkürzung der Steuer i. S. des § 90 RAbgD. liegt aber schon dann vor, wenn am Fälligkeitstage der zu zahlende Steuerbetrag nicht in voller Höhe oder gar nicht oder nicht rechtzeitig bei der Finanzkasse eingeht (RfS. 22, 286).

Bezüglich der als Konkursforderung angemeldeten Steueransprüche wird der Fälligkeitstag meistens verstrichen sein. Sie müssen daher dann gezahlt werden, wenn konkursmäßig die Zahlung erfolgen kann, also wenn Ausschüttungen vorgenommen werden. Berücksichtigt der Konkursverwalter bei einer Ausschüttung die Steuerforderungen nicht, so behandelt er dadurch die Steuerforderungen schlechter als andere Konkursforderungen, worin vom RfS. (RfS. 20, 200) eine schuldhaftige Pflichtverletzung erblickt wird.

Die im Laufe des Konkursverfahrens durch Handlungen des Konkursverwalters entstehenden Steuern, z. B. Umsatzsteuer, Lohnsteuer, sind pünktlich an den Fälligkeitstagen zu zahlen.

Erfolgt die rechtzeitige Zahlung der Steuern nicht, so kann gegebenenfalls die persönliche Haftung des Konkursverwalters begründet sein.

### Erstes Gericht und Sicherheitsleistung für die Prozesskosten im internationalen Recht.

Meine ZB. 1930, 2032 geäußerte Auffassung wird neuerdings wieder bestätigt durch das Deutsch-Berl. Niederlassungs-Abk. v. 17. Febr. 1929 (RSBl. 1930, II, 1006 ff.), nach dessen Art. 8 die beiderseitigen Staatsangehörigen freien und völlig ungehinderten Zutritt zu den Gerichten haben und dort unter den gleichen Bedingungen wie Inländer auftreten können, wobei jedoch bis zum Abschluß eines besonderen Abkommens die Voraussetzungen des Armenrechts und die Prozesskostensicherheit durch die Landesgesetzgebung geregelt werden.

Dr. Dr. Hugo Kaufmann I, Breslau.

### Klagen und Zwangsvollstreckungen gegen den Fiskus.

Wegen der Schwierigkeiten bei der Ermittlung der zur Vertretung des Fiskus jeweils passiv legitimierten Behörde verweist Hl. Gorch (ZB. 1930, 2032) auf die einschlägigen Bestimmungen des hessischen Landesrechts. Er fügt hinzu, daß diese Bestimmungen auch für andere deutsche Länder nachahmenswert seien. Dazu ist zu bemerken, daß Sachsen die Materie in fast gleichem Sinne geregelt hat. § 18 SächsStaatswirtschG. vom 31. Mai 1922 (RSBl. 213) bestimmt in Abs. 3, daß Willensklärungen und Rechtshandlungen Dritter in vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Staates in jedem Falle mit Rechtswirksamkeit gegenüber dem FinMin. erfolgen können. Da nach Abs. 1 der gleichen Bestimmung jedes Ministerium den Staat innerhalb der Zuständigkeit seines Geschäftsbereiches auch in vermögensrechtlicher Beziehung zu vertreten hat, können Klagen, Zwangsvollstreckungen usw. fernerhin auch beim Vorstand des zuständigen Ministeriums erhoben werden. Doch wird sich in allen nicht völlig zweifellosen Fällen die Wahl des FinMin. empfehlen. Das sächs. Recht kennt danach weitgehender als das hessische nicht einmal die Einschränkung, daß solche Rechtshandlungen dann nicht dem FinMin. gegenüber erfolgen können, wenn die Beteiligten vorher ausdrücklich davon benachrichtigt worden sind, welcher Behörde im Einzelfalle die Vertretung obliegt, oder wenn kein Zweifel über die Vertretungsberechtigung eines bestimmten Ministeriums besteht.

Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung gegen den sächs. Staatsfiskus regelt, soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden, das Ges. die Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus betr. v. 30. März 1914 (RSBl. 35) samt der AusfW. vom gleichen Tage i. d. Fassung v. 25. Febr. 1927. Danach darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, wenn sie dem Staatsfiskus — und zwar den Ministerien, die nach den obigen Ausführungen passiv legitimiert sind — unter Bezeichnung des Schuldtitels, der Schuldsumme und des Gegenstandes, in den sie ausgebracht werden soll, von dem Gläubiger angekündigt worden und von Zustellung der Ankündigung an ein Monat verstrichen ist. Eine Ankündigung, die erfolgt ist, ehe ein vollstreckbarer Schuldtitel vorgelegen hat, bleibt außer Betracht.

Besonders geregelt wird die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung gegen eine politische Gemeinde, eine Kirchengemeinde oder eine Schulgemeinde durch die §§ 1—3 SächsAusfW. z. FWD. und RD. v. 20. Juni 1900 (RSBl. 322). Aber auch hier nur unter Beachtung von § 15 Nr. 3 SächsAusfW., soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden. Die Zwangsvollstreckung darf erst beginnen, nachdem sie dem Vertreter der Gemeinde sowie der nächstvorgesehenen Behörde von dem Gläubiger angekündigt worden und auch hier wieder von der Zustellung der Ankündigung an ein Monat verstrichen ist. Ganz wesentlich werden die Zugriffsmöglichkeiten des Gläubigers aber dadurch eingeschränkt, daß die körperlichen Sachen der Gemeinde, die für die Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben, für den Kirchendienst oder für den Schuldienst unentbehrlich sind, der Pfändung nicht unterworfen sind. Damit bleibt in der Regel der wertvollste Teil des Gemeindevermögens von der Beschlagnahmefähigkeit frei, zumal über die körperlichen Sachen hinaus alle zu den bezeichneten Zwecken unentbehrlichen Gegenstände im Falle der Konkurseröffnung nicht zur Masse gehören (§ 4 a. a. D.). Wegen der Zwangsvollstreckung in Grundstücke oder Berechtigungen einer Gemeinde, die im gleichen Sinne unentbehrlich sind, wird einschränkend bestimmt, daß sie nur durch Eintragung einer Sicherungshypothek erfolgen und die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nicht beantragt werden kann, solange die Unentbehrlichkeit besteht. Was unentbehrlich ist, darüber entscheidet auf Antrag das der Gemeinde vorgesetzte Ministerium.

Der sächsischen Regelung, die ohne Ausnahme die Zuständigkeit des FinMin. auch für Klagen und Zwangsvollstreckungen vorzieht, dürfte daher der Vorzug zu geben sein. In diesem Zusammenhang wird eine landesrechtliche Vorschrift, welche die Zuständigkeit des Reichsfiskus bei der Ankündigung einer in Sachsen vorzunehmenden Zwangsvollstreckung gegen den Reichsfiskus zu spezifizieren versucht, interessieren. Nach § 2 der WD. v. 25. Febr.

1927 bestimmt sich die Zuständigkeit dieser Behörde nach den allgemeinen Grundsätzen, die für die Vertretung des Fiskus des Reichs im Zwangsvollstreckungsverfahren überhaupt maßgebend sind. Hiernach ist, falls nicht ein anderes angeordnet wird, die Ankündigung an diejenige Stelle zu richten, welcher die Vertretung des Reichsfiskus in dem Prozesse zukommt. Würde das Reich dem sächs. und hess. Rechte folgen, so erübrigten sich derartige Versuche des Landesgesetzgebers, Klarheit zu schaffen. Zuständig wäre dann in jedem Falle das RM., ohne daß der Gläubiger befürchten müßte, sich an die unrechte Behörde gewandt zu haben, was vor allen Dingen in den Sachen besonders nachteilig werden kann, in denen verschiedene Behörden zuständig sind oder zuständig sein können.

Hl. Dr. Schreiter, Dresden-Weißer Hirsch.

### Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren.

Folgender Fall führt häufig zu erheblichen Schwierigkeiten:

Jemand hat einem anderen Waren verkauft und geliefert und sich bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises das Eigentum daran vorbehalten. Der Erwerber bezahlt nicht oder nicht vollständig, verfügt jedoch über die empfangenen Waren weiter — z. B. durch Weiterveräußerung im Betriebe seines Handelsgewerbes, Verarbeitung od. dgl. Darauf wird das Vergleichsverfahren zur Anwendung des Konkurses über sein Vermögen eröffnet. In diesem Zeitpunkte befindet sich ein Teil der Ware noch in seinem Besitz. Wird der Lieferant vom Vergleichsverfahren betroffen oder nicht, und wenn ja, in welchem Umfange?

Nach herrschender Ansicht ist die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts auch an verbrauchbaren Sachen zulässig, insbes. an Sachen, die zur Weiterveräußerung bestimmt sind (Staub, Komm. z. HGB., Anhang zu § 382 Anm. 68 a). Herrschende Ansicht ist auch, daß der Kaufvertrag, wenn der Verkäufer sich an der Kaufsache das Eigentum vorbehalten und der Käufer noch nicht vollständig bezahlt hat, von beiden Teilen noch nicht völlig erfüllt ist. Man folgert das daraus, daß der Verkäufer seiner Pflicht zur Eigentumsverschaffung noch nicht nachgekommen sei und der Käufer sich mit seiner Pflicht zur Bezahlung noch im Rückstand befinde. Dies hat das RG. in ständ. Rpr. angenommen (vgl. RG. 64, 207 u. 336; 66, 347 = ZB. 1907, 743; 95, 106; zust. Staudinger, Komm. z. BGB., zu § 455 Anm. IV a; Soergel zu § 455 Anm. 3; Staub, Komm. z. HGB., Vorbem. zu § 373 Anm. 59; Jäger, Komm. z. RD. zu § 17 Anm. 11; Mengel, Komm. z. RD. zu § 17 Anm. 2; a. U.: insbes. Vertmann, Komm. z. BGB. zu § 455 Anm. 4 mit weiteren An- und Ausführungen). Ebenso ist aber auch herrschende Ansicht, daß, wenn der Käufer über die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sachen anderweitig verfügt hat, z. B. durch Verarbeitung, Vermischung oder Weiterveräußerung, der Eigentumsvorbehalt damit gegenstandslos geworden sei (RG.: ZB. 1904, 139<sup>2</sup>; DLG.: ZB. 1926, 2115; 1930, 1077). Damit wird der Vertrag zu einem nur noch von einer Seite zu erfüllenden und scheidet aus der Betrachtung aus.

Die vorstehend erörterten Rechtsgrundzüge werden auch zu § 4 VerglD. anerkannt. Demnach spricht Riesow, Komm. z. VerglD. zu § 4 Anm. III 1 S. 121 zutreffend aus, daß der Kaufvertrag auch i. S. des § 4 VerglD. von beiden Teilen noch nicht völlig erfüllt sei, solange der Eigentumsvorbehalt noch bestehe. Allerdings erledige der Eigentumsvorbehalt sich, wenn das Eigentum des Verkäufers untergegangen sei (so auch DLG.: ZB. 1926, 2115; 1930, 1077).

Damit ist aber für die Beantwortung der eingangs gestellten Frage nichts gewonnen. Wird der Verkäufer auch dann vom Vergleichsverfahren nicht betroffen, wenn sich bei Eröffnung des Verfahrens nur noch ein Teil seiner Ware beim Schuldner befindet, während über den anderen Teil vom Käufer weiter verfügt worden ist? M. E. ist die Frage zu bejahen. Der Verkäufer bleibt auch in diesem Falle am Vergleichsverfahren des Käufers unbeteiligt. Zweck der Gesetzesbestimmung ist ja gerade, zu verhindern, daß ein schwebender Vertrag durch die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zerfallen werde in einen Teil, der bereits erfüllt ist und demnach unter das Vergleichsverfahren fällt, und in einen Teil, der noch unerfüllt ist und demnach außerhalb des Vergleichsverfahrens bleibt. Der ganze Kaufvertrag soll einheitlich beurteilt werden. Hat der Verkäufer auch nur einen kleinen Teil seiner Vertragspflichten noch zu erfüllen, so sind, wenn auch der Käufer sich noch im Rückstand befindet, die Voraussetzungen des § 4 VerglD. gegeben. Der Verkäufer wird dann hinsichtlich seiner ganzen Kaufpreisforderung aus dem fraglichen Kaufverträge vom Vergleichsverfahren nicht betroffen (ebenso Riesow a. a. D. S. 122). Unzulässig ist es also, wenn in solchen Fällen der Käufer oder die ihm bestellte Vertrauensperson erklären, der Verkäufer bleibe nur hinsichtlich desjenigen Teiles seiner Kaufpreisforderung, der sich auf die bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch unveräußert auf dem Lager des Schuldners befindlichen Waren beziehe, am Verfahren unbeteiligt; im übrigen aber werde er vom Vergleichsverfahren betroffen.

Dieses Ergebnis entspricht dem ähnlich gelagerten Fall des bei

Konkurrenzöffnung noch nicht völlig abgewickelten Sukzessivlieferungsvertrages. Wenn hier der Konkursverwalter auf Erfüllung des Vertrages besteht, so bleibt der Verkäufer ebenfalls hinsichtlich seiner ganzen Kaufpreisforderung außerhalb des Konkursverfahrens, auch soweit er seine Lieferungen bereits vor Konkursöffnung gemacht hatte. Darüber, daß dies anerkanntes Rechtens ist, vgl. Kumpf: JW. 1930, 1349 und Bendig: JW. 1930, 1361.

Hiermit steht also das oben für den teilweise erledigten Eigentumsvorbehalt im Falle des § 4 VerglD. gewonnene Ergebnis im Einklang. Die Folge ist, daß der Verkäufer ein laufendes Zwangsvollstreckungsverfahren trotz Eröffnung des Vergleichsverfahrens ungehindert fortsetzen kann, daß alle Sondervergleiche — ohne Rücksicht auf das Maß der Bevorzugung — mit dem Verkäufer zulässig sind usw.; andererseits allerdings auch, daß der Verkäufer sich auf die Vergleichstabelle nicht berufen kann, sondern sich einen eigenen Titel erwirken muß.

Häufig hat der Verkäufer in Unkenntnis der Tatsache, daß sein Vertrag unter § 4 VerglD. fällt, seine Zustimmung zum Vergleichsverfahren gegeben. Trotzdem wird er vom Verfahren nicht betroffen; denn wie Kiefow a. a. O. zu § 2 F. zutreffend ausführt, sind die Vorschriften über die Beteiligung am Vergleichsverfahren zwingenden Rechts und können durch Parteivereinbarungen nicht abgeändert werden. Die Zustimmungserklärung des Verkäufers ist also unwirksam. Möglich bleibt allerdings, wie bereits angedeutet, ein Sondervergleich, dessen Inhalt sich sachlich mit dem allgemeinen Vergleich decken kann. Doch wird im Allgemeinen, wenn weiter nichts vorliegt als eine Zustimmungserklärung des Verkäufers zum Vergleichsverfahren, nicht anzunehmen sein, daß der Verkäufer damit einen solchen Sondervergleich abschließen wollte; denn sehr wesentliche Rechte der am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubiger bleiben ihm ja vorenthalten. Insbes. steht ihm nicht zu das Recht auf Erteilung eines vollstreckbaren Tabellenauszeuges (§ 75 VerglD.) und das Recht, bei Nichterfüllung des Vergleichs ohne weiteres auch auf den erlassenen Teil seiner Forderung zurückzugreifen (§ 7 VerglD.), es sei denn, daß er sich letzteres ausdrücklich bei Abschluß des Sondervergleichs vorbehalten hätte.

Häufig holt der Verkäufer sich bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens seine noch unveräußert beim Schuldner befindliche Ware wieder zurück, oder er läßt sie auf dem Lager des Schuldners aussondern und untersagt ihm die Veräußerung darüber. Käufer bzw. Vertrauensperson sind in solchen Fällen nur allzu leicht zu der Annahme geneigt, der Verkäufer habe dadurch von dem ihm nach § 455 BGB. zustehenden Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht; der Kaufvertrag sei also insofern erledigt. Diese Auffassung ist nur dann zutreffend, wenn der Verkäufer bei der Abholung seiner Ware seinen Rücktrittswillen auch einwandfrei zum Ausdruck gebracht hatte. Meist liegt dem Verkäufer nämlich viel näher, den Kaufvertrag aufrechtzuerhalten und nur das dingliche Recht aus dem bei ihm verbliebenen Eigentum zwecks Sicherung eben dieses Eigentums geltend zu machen. § 455 BGB. gewährt ja dem Verkäufer ein Doppeltes: einmal das dingliche Eigentumsrecht, das zunächst bei ihm verbleibt, und zweitens das obligatorische Recht auf Rücktritt vom Kaufvertrage bei Zahlungsverzug des Käufers. Zutreffend bemerkt daher Staudinger zu § 455 Anm. 4: „Die Verbindung der schuldrechtlichen und dinglichen Wirkung führt ... von selbst zu der Folgerung, daß in der Geltendmachung des dinglichen Rechts aus dem Eigentumsvorbehalt noch keineswegs ein Verzicht auf die schuldrechtlichen Ansprüche liegt. Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts schließt daher auch nicht notwendig das Verlangen der Vertragsauflösung in sich ... Neben dem Eigentumsvorbehalt kann die Kaufpreisforderung geltend gemacht werden.“ (Ebenso RG.: JW. 1905, 18 u. 19; 1907, 315; RRKomm. zu § 455 Anm. 1; Dertmann zu § 455 Anm. 1; Staub, Anhang, zu § 382 Anm. 64; a. U. Soergel zu § 455 Anm. 3 und RG. 119, 64 = JW. 1928, 213 in einer beiläufigen Bemerkung ohne nähere Begründung.) Es ist daher durchaus zulässig, daß der Verkäufer bei der Aussonderung der Ware zum Ausdruck bringt, er wolle damit lediglich sein Sicherungsrecht wahren, halte aber die Ware nach wie vor zur Verfügung des Käufers. In einem solchen Falle liegt kein Rücktritt vor. Der Verkäufer bleibt mit seiner gesamten Kaufpreisforderung am Vergleichsverfahren unbeteiligt. Er kann auch gegebenenfalls gem. § 321 BGB. verlangen, daß infolge der nachträglich beim Schuldner eingetretenen Vermögensverschlechterung dieser die Ware nur mehr gegen Barzahlung oder Sicherheitsleistung abnehme.

Auf der Schuldner dies nicht, so bleibt dem Verkäufer freilich nichts übrig, als entweder die Ware trotz des damit verbundenen Risikos mit den ursprünglichen Bedingungen, insbesondere dem ursprünglich gewährten Zahlungsziel zu liefern, oder aber dem Käufer zur Bewirkung der im § 321 BGB. vorgesehene Gegenleistung bzw. Sicherheitsleistung eine angemessene Nachfrist zu stellen mit der Androhung, daß er nach deren fruchtlosem Ablauf die Lieferung verweigern und vom Vertrage zurücktreten werde. Dieser Rücktritt ist die einzige Möglichkeit, die ihm zusteht, wenn der Schuldner ihm das aus § 321 BGB. entspringende Recht auf vorzeitige Gegenleistung bzw. Sicherheitsleistung verweigert; Schadensersatzansprüche aus diesem Grunde sind jedoch nach herrschender

Ansicht ausgeschlossen (vgl. hierzu Staub, Vorbem. vor § 373 Anm. 44 und Warnerer, Anm. IV zu § 321 BGB.).

Zuzugeben ist, daß demnach der Eigentumsvorbehalt das Vergleichsverfahren empfindlich stören kann. Doch liegt es in der Hand des Schuldners, diese Nachteile abzuwenden, indem er mit Ermächtigung des Gerichts die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt (§§ 28 ff. VerglD.). Dann wird allerdings der Verkäufer mit seinen Ansprüchen vom Vergleichsverfahren betroffen.

RA. Dr. Heinz Cohn, Köln.

### Rechtsanwaltsgebühren im Verfahren der anderweitigen Festsetzung von Geldbezügen aus Anteilsverträgen.

In der preussischen Praxis herrscht Unsicherheit darüber, nach welchen Bestimmungen sich die Gebühren der RA. in dem Verfahren der anderweitigen Festsetzung von Geldbezügen aus Anteilsverträgen richten. Eine kurze Erörterung darf also wohl von Interesse sein.

Nach § 5 Abs. 1 RGef. v. 18. Aug. 1923 (RGBl. I, 815) unterliegt die Regelung des Verfahrens der Anordnung der obersten Landesbehörden. Kraft Reichsrechts ist also jedenfalls die RAGebD. nicht anwendbar (Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebD.<sup>8</sup> § 1 Anm. 37).

Die auf Grund des RGef. ergangene preuß. VO. v. 8. Sept. 1923 (GS. 433) sieht in § 7 vor, daß die Entsch. in einem Einigungsverfahren erfolgt, für das bei Anteilsansprüchen mit geringen Abänderungen die Bestimmungen der PrPachtSchD. entsprechend gelten. § 9 VO. regelt die gerichtlichen Kosten unter Anordnung der Anwendbarkeit des GKG. Eine Bestimmung über die Kosten der RA. fehlt.

Das LG. Guben: JW. 1926, 2595<sup>13</sup> billigt dem RA., „da das Verfahren in Anteilsstreitigkeiten ein dem Güteverfahren gleichgeordnetes Einigungsverfahren ist“, gemäß § 33 a RAGebD. in der ursprünglichen Fassung insgesamt nur eine volle Gebühr zu. Eine Begründung für die Anwendbarkeit der RAGebD. enthält die Entsch. nicht, gleiches gilt von der zugehörigen Anm. von Salomon. Nach dem LG. Jena: JW. 1928, 3065<sup>2</sup> soll die RAGebD. maßgebend sein; womit das begründet wird, ist nicht ersichtlich, da Gründe nicht abgedruckt sind.

Für die Anwendbarkeit der RAGebD. könnte man an Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 PrLgebD. denken: allein für das Verfahren gilt nicht die PrLgebD., es regelt sich vielmehr nach den besonders gestalteten Normen der PrPachtSchD. Auch kann man nicht in der Weise, wie dies das RG. für das Verfahren vor dem RA. getan hat (vgl. darüber Friedlaender-Kraemer, PrLgebD., Vorbem. zu Art. 8—12 Fußnote 3), die Geltung der RAGebD. zu begründen versuchen: jene Judikatur ist nämlich, wie ich in der Anm. zu JW. 1926, 997<sup>1</sup> und an der angeführten Stelle des Komm. zur PrLgebD. glaube nachgewiesen zu haben, nicht haltbar.

Nach all dem kann man nur an landesrechtliche Gebührennormen denken. So kommt denn auch Willenbücher<sup>10</sup>, Art. 2 PrLgebD. Anm. 9c und Vorbem. zu Art. 8 bis 12 zur Anwendung der Art. 8 bis 12 PrLgebD.

Bedenkt man nun aber, daß die VO. v. 8. Sept. 1923, wie gesagt, das Verfahren sich nach Maßgabe der PrPachtSchD. abspielen läßt, und daß diese eine besondere Regelung der Vergütung der Anwaltsstätigkeit enthält, so wird man, obwohl gerade die einschlägigen Paragraphen der PrPachtSchD. in der VO. v. 8. Sept. 1923 nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt sind, doch annehmen dürfen, daß ihre entsprechende Anwendung dem Willen des Gesetzes besser entspricht als die Entlohnung nach der PrLgebD. (Friedlaender-Kraemer, PrLgebD., Vorbem. zu Art. 8 bis 12 Fußnote 3a).

LR. Dr. A. Friedlaender, Limburg (Lahn).

### Wie ist § 111 Abs. 2 GenG. auszulegen, wenn auf Antrag des beklagten Konkursverwalters gegen einzelne Anfechtungskläger ein Versäumnisurteil ergangen ist und die Rechtskraft beschränkt hat? — Können die übrigen Anfechtungskläger den Prozeß fortführen?

Die vorstehende Frage ist strittig und bedarf ihrer schwerwiegenden Folgen wegen einer ausführlichen Erörterung, zumal kein Kommentar sie einer Unterzuchung unterzogen hat. Die nachstehenden Ausführungen sind der Auszug aus einem Rechtsgutachten, das ich im Auftrage einer Genossenschaft kürzlich zu erstatten hatte.

#### A.

1. Das nach § 111 Abs. 2 GenG. zu erlassende Urteil ist ein Gestaltungsurteil; denn es erstreckt seine Rechtskraft auch auf die im Anfechtungsprozeß nicht vertretenen Genossen, wirkt über die Prozeßparteien hinaus.

2. Der im GenG. sowohl in § 112 Abs. 1 Satz 3 wie in dem



ihm analogen § 51 Abs. 4 für mehrere Anfechtungsklagen ausgesprochene Verbindungszwang hat die bereits vom RG. zu § 147 ZPO., obwohl diese Prozeßverbindung dem Ermessen des Gerichtes überlassen war und daher auch nach seinem Ermessen eigentlich jederzeit hätte gelöst werden können, ausgesprochene rechtliche Wirkung, daß nach gleichzeitiger Verhandlung richtigerweise niemals getrennte Urteile erlassen werden können (ZB. 1908, 433<sup>9</sup>; 1909, 77<sup>18</sup>; vgl. auch RG. 49, 401; ZB. 1909, 253, wonach die Verbindung zu gleichzeitiger Verhandlung die gleichzeitige Entsch. in einem Urteile, falls nicht die Voraussetzungen für ein Teilurteil vorliegen, zur notwendigen Folge hat).

a) Die Versäumnisurteile der ersten Instanz gegen einzelne Anfechtungskl. stellen aber keine Teilurteile i. S. des § 301 ZPO. dar. Es handelt sich nicht um mehrere mittels einer Klage erhobene Ansprüche, von denen der eine zur Entsch. reif ist, sondern um mehrere in verschiedenen Klagen geltend gemachte zeitlich zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entsch. prozessual verbundene Ansprüche, ohne daß ein innerer Zusammenhang zwischen den Klageansprüchen vorhanden zu sein braucht (die Anfechtungsgründe der Genossen werden meistens verschiedenartig sein).

b) Die klagenden Genossen bilden eine prozessuale Streitgenossenschaft i. S. von Stein-Jonas, 14. Aufl., § 62 II, 2 ZPO. (§ 62 ZPO. „eine aus einem sonstigen Grunde“ notwendige Streitgenossenschaft — Grund: § 111 Abs. 2 i. Verb. m. § 112 Abs. 1 Satz 3 GenG.).

Auf Grund dieser rechtlichen Erwägungen zu a und b waren die im Termin zur mündlichen Verhandlung durch Prozeßbevollmächtigte nicht vertretenen Anfechtungskl. trotzdem im Versäumnisverfahren nicht abzuweisen, sondern gem. § 62 ZPO. als durch die nicht säumigen Genossen als vertreten anzusehen. Der Antrag des Konkursverwalters auf Erlass der Versäumnisurteile mußte zurückgewiesen werden.

Die vom Versäumnisverfahren nicht betroffenen Genossen der Anfechtungsklage haben mit Wirkung für die zu Unrecht kontumazierten Genossen gem. § 62 Abs. 1 ZPO. strittig verhandelt.

Das auf Grund der strittigen Verhandlung ergangene Endurteil kann durch die fehlerhaften erlassenen Versäumnisurteile, trotzdem dieselben weder mit Einspruch noch mit dem Rechtsmittel der Berufung angefochten worden sein sollen, nicht beseitigt sein; denn, wie Stein-Jonas, 12. u. 13. Aufl., Vorbem. vor § 511 III, 1 ZPO. zutreffend ausführt, „dürfen Fehler des Gerichtes niemals zu Lasten der Parteien gehen. Durch falsche Behandlung der Sache darf ihnen niemals der Instanzenzug abgeschnitten werden“.

3. Es wäre zu prüfen, ob die fehlerhaften Versäumnisurteile als kontradiktorische Entsch. durch Einlegung der Berufung von Seiten der von ihnen nicht betroffenen Anfechtungskl. hätten angefochten werden müssen. Auch dies ist zu verneinen. Nach Stein-Jonas, § 62 VI ZPO. kann das Rechtsmittel im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft nur derjenige Streitgenosse einlegen, gegen den das Urteil erlassen ist und den es beschwert. Nach der Zwangsvorschrift des § 62 Abs. 2 ZPO. sind die säumigen Streitgenossen auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

Es ist das Endurteil erster Instanz also auch gegen sie erlassen, trotzdem sie vorher durch die Versäumnisurteile kontumaziert waren. Hiernach kann auch aus diesem Grunde „Versäumnisurteilen“ eine Rechtskraftwirkung gar nicht innewohnen, während bereits der erste Grund, daß den übrigen Streitgenossen der Instanzenzug nicht abgeschnitten werden darf, die Fehlerurteile als richtige Rechtsakte zu behandeln nötigt.

Auf Grund dieser Erwägung ist durch die Einlegung des Rechtsmittels der Berufung selbst nur durch einen Anfechtungskl. die Rechtsmittelfrist gegenüber dem Endurteil in Lauf gesetzt.

Da das Verfahren der ersten Instanz an einem wesentlichen error in procedendo leidet, erscheint das BG. im vorliegenden Falle verpflichtet, gem. § 539 ZPO. das Urteil und das Verfahren (damit also auch die Versäumnisurteile) aufzuheben und den Prozeß an das BG. zurückzuverweisen.

4. Ohne eine solche Zurückverweisung unter Aufhebung des gesamten Verfahrens erster Instanz würde den Anforderungen des § 111 Abs. 2 GenG. nicht Genüge geschehen.

Gegenstand der Anfechtung sind die formgerecht im Erklärungs-termin gegen die Vorschubrechnung erhobenen Einwendungen, sofern sie fristzeitig mittels Anfechtungsklage weiter verfolgt werden.

Hat der eine Genosse die Mitgliedschaft mit der Behauptung bestritten, er sei zu Unrecht, da er nicht in der Genossenschaft ist, in die Beitragsliste eingetragen worden, so würde ihm nach RStUrt. v. 30. März 1915: ZB. 1915, 389 die an keine Frist gebundene Feststellungsklage nach § 256 ZPO. zustehen, daß er zur Leistung der an der Beitragsliste festgesetzten Vorschubbeträge nicht verpflichtet und am Nachschubverfahren nicht beteiligt sei. Er schließt sich aber den übrigen Anfechtungskl. an. Angenommen, gegen ihn erginge ein fehlerhaftes Versäumnisurteil. Dieses Versäumnisurteil, seine Zulässigkeit unterstellt, würde Wirkung für die übrigen Streitgenossen infolgedessen haben, als der Konkursverwalter nicht zur Änderung der Beitragsliste gezwungen ist. Hätte der obige Genosse obgesiegt, würde

der Konkursverwalter dagegen die Beitragspflicht dieses Genossen durch Zurückzahlung des bereits beigetriebenen Betrages beseitigen und die übrigen Genossen entsprechend mit erhöhten Beiträgen belasten müssen (vgl. u. a. Joël, GenG., Hirths Verlag, München 1890, S. 637 zu § 105 (jetzt 112) GenG.).

Dieses klageabweisende Urteil kann doch niemals als ein Urteil mit den in § 111 GenG. vorgeesehenen Wirkungen angesehen werden, daß die Kraft in sich trüge, die sämtlichen frist- und formgerecht mit Anfechtungsklage erhobenen Einwendungen der Genossen gegen die Vorschubrechnung des Konkursverwalters zu erledigen?

Wie OLG. Dresden in einem Urteil (v. 28. Febr. 1927, abgedr. in Blätter für Genossenschaftswesen 27, 277) zu § 111 GenG. ausführt, hat das Urteil die Wirkung festzustellen, daß der beklagte Konkursverwalter nicht berechtigt ist, auf Grund der Vorschubberechnung die Pfastsomme oder einen Teil derselben einzuziehen. Das OLG. bezeichnet das Urteil als Gestaltungsurteil zwischen den gesamteten Genossen. Hat der Gesetzgeber im Gegensatz zur früheren Fassung des § 112 GenG., der ebensowenig wie der frühere § 51 GenG. Anfechtungsfristen kannte, die Rechtsbehelfe des Genossen beschränkt, so kann die Rspr. den Rahmen dieser Beschränkung nicht noch enger ziehen, indem sie die Möglichkeit der Herbeiführung eines Gestaltungsurteiles, das mit Wirkung für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen ergeht, dadurch vereitelt, daß sie durch Abweisung der Klage, die nur einen Genossen bez. eine für die übrigen Genossen verhältnismäßig belanglose Einwendung berührt, alle übrigen Genossen mit ihren begründeten, anders gearteten Einwendungen zurückweist!

Dieser hier vertretenen Auffassung scheint sich auch das RG. in einem zu § 51 GenG. ergangenen Urteil anzuschließen, dessen analoge Anwendung auf § 111 Abs. 2 GenG. bedenkenfrei erscheint, wenn es ausführt (RG. 37, 65): „Ein die Klage abweisendes Urteil wirkt an sich nur unter den Parteien. Es tritt aber, wenn nicht eine sonstige fristgerecht erhobene Klage durchdringt, ebenso, wenn überhaupt fristgerecht Klage nicht erhoben ist, Fällung des dem Beschluß anhaftenden Mangels ein, soweit der Mangel nicht etwa Nichtigkeit zur Folge hat.“

Bedenkt man, daß auch die Anfechtungsklage aus § 51 GenG. dem Verbindungszwang unterworfen ist, so geht aus dieser Entsch. deutlich hervor, daß das RG. nicht daran denkt, das prozessuale Eigenleben jedes Parteigenossen der verschiedenen Anfechtungsprozesse durch die Prozeßverbindung zu zerstören. Wird er mit der Klage abgewiesen, so hat das abweisende Urteil nur für ihn und den Konkursverwalter bez. der als unbegründet erachteten Einwendung Rechtswirkung, berührt aber nicht die sämtlichen beitragspflichtigen Genossen des § 111 Abs. 2 GenG., sofern, wie das RG. als selbstverständlich hervorhebt, noch andere fristgerecht erhobene Einwendungen im Anfechtungsprozeß verfolgt werden.

5. Nach § 56 GenG. v. 4. Juli 1868, dem Vorgänger des jetzigen § 111 GenG., war die Klage auf Anfechtung des Verteilungsplanes gegen die übrigen Genossen, vertreten durch den Vorstand, zu richten.

Wie die Motive (182 zu § 111 GenG.) hervorheben, ist die Feststellung der Vorschubrechnung nur einheitlich möglich, weshalb der Konkursverwalter den Prozeß zugleich im Interesse der nicht auftretenden Genossen führe; daher die Vorschrift, daß das rechtskräftige Urteil für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen wirkt.

Der Konkursverwalter wurde durch § 111 GenG. an die Stelle des unter Umständen weniger objektiven Vorstandes gesetzt mit der Verpflichtung, auch die Interessen der nicht auftretenden Genossen im Anfechtungsprozeß zu vertreten.

Dieser Verpflichtung würde er nicht gerecht, wenn ihm das Gesetz die Möglichkeit geben wollte, durch ein Versäumnisurteil gegen säumige Anfechtungskl. die Klarstellung der sämtlichen form- und fristgerecht erhobenen Einwendungen gegen seine Vorschubrechnung zu vereiteln. (Analog RG. 76, 250: „Die Verteidigung widerrechtlicher Entlastungsbeschlüsse zugunsten des Vorstandes kann niemals Aufgabe des Konkursverwalters sein.“ Hier wäre die Vereitelung der Nachprüfung einer nicht einwandfreien Vorschubrechnung durch ein vom Konkursverwalter herbeigeführtes Versäumnisverfahren gleichfalls die Verteidigung eines widerrechtlichen Beschlusses über die vollstreckbar erklärte Vorschubrechnung mit gleichzeitiger Verbindlichkeit für das Nachschubverfahren.) Da bei dem Mitgliederreichtum mancher Genossenschaften unter Tausenden von Anfechtungskl. sich sicher einer ermitteln läßt, der an der Klageerhebung sich beteiligt und dann infolge Vorschubverweigerung keinen Prozeßbevollmächtigten findet, so könnte des Schicksals berechtigter Einwendungen gegen die Vorschubrechnung von dem Willen eines einzelnen Streitgenossen abhängig gemacht werden. Das ist bestimmt nicht der Sinn dieser rein prozessualen, im Interesse der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens getroffenen Prozeßverbindungs Vorschrift des § 112 GenG.

Die §§ 111, 112 GenG. müssen unter Verbindung mit § 107 GenG. aus sich heraus beurteilt werden. Sie betragen keine Belastung durch eine strikte Anwendung der Zivilprozessnormen. Das hat wohl auch das RG. zum Ausdruck bringen wollen, wenn es in einem Urteil des 1. ZivSen. v. 22. Dez. 1883 (RG. 14, 90, hier

§ 91/92) von „einer besonderen Art von Klage“ (der dort zitierte § 56 GenG. von 1868 = § 112 GenG.) spricht, „welche durch das eigentümliche Institut des vollstreckbaren Verteilungsplanes bei den eingetragenen Genossenschaften nötig gemacht ist, und welche, mag sie auch formell als Klage erscheinen, materiell doch nur die Abwehr eines gerichtlichen Angriffes darstellt.“

Im gleichen Sinne bezweifelt den Charakter des Rechtsbehelfes als einer Klage im Sinne der *RPD.* Waldecker „Die eingetragenen Genossenschaften“, Lehrbuch, Tübingen 1916), § 19, 2. ed. (S. 324): „Die Klage geht nicht auf Feststellung, ebensowenig auf Berichtigung der Berechnung, sondern es wird über die Einwendungen des Genossen entschieden, mit denen er im Erklärungsstermin nicht durchgebrungen ist, oder die er geltend zu machen außerstande war.“

Der nach den Motiven zu § 112 GenG. für Wahrnehmung der Interessen der unvertretenen Genossen gesetzlich berufene Konkursverwalter kann die Einwendungen der Anfechtungskl. ohne Verletzung jener Interessen nicht mittels prozessualer Rechtsbehelfe zurückweisen, die dem Zwecke der Genossenschaftsgesetzesbestimmung auf Klarstellung der Einwendungen zuwiderlaufen.

## B.

Die zweite Frage über die Wirkung der Zurückziehung der Berufung durch einen Teil der Genossen ist unter Hinweis auf § 62 *RPD.* dahin zu beantworten, daß auch die Genossen, welche eine Beteiligung am Berufungsverfahren ablehnen, als durch die Streitgenossen vertreten anzusehen sind, welche die Berufung aufrecht erhalten.

Anders ist das Gestaltungsurteil des § 112 GenG. mit der Wirkung des § 111 Abs. 2 GenG. für Konkursverwalter, Genossenschaft und beitragspflichtige Genossen nicht zu erlangen. Die Genossen, welche aus der Urteilsbegründung erster Instanz die Hinsächlichkeit ihrer Einwendungen erkannt haben und deshalb die Berufungsinstanz nicht beschreiten, können die Bahn für rechtlich begründete Einwendungen den das Rechtsmittel verfolgenden Genossen nicht sperren. Auch hier ist die Begründung aus der Eigenart des Rechtsbehelfes, den § 111 und 112, 51 GenG. geschaffen haben, zu entnehmen.

Daher kann auch die von Stein-Jonas, 12. u. 13. Aufl., zu § 63 VI, 1 *RPD.* vertretene Rechtsauslegung, die sich im übrigen offenbar nur auf die hier nicht vorliegende „erste Alternative“ des § 62 *RPD.* beziehen soll, für das Anfechtungsverfahren der §§ 111, 112 u. 51 GenG. nicht Platz greifen: „Aus diesen Gründen ist aber das Rechtsmittel dann ohne weiteres als unbegründet zurückzuweisen, wenn das Urteil der Vorinstanz einem anderen Streitgenossen gegenüber bereits rechtskräftig ist und diese Rechtskraft sich auch auf den in der Instanz auftretenden Streitgenossen erstreckt; einer abändernden Entsch. steht dann die Rechtskraft entgegen.“

Abgesehen davon, daß bei Klageabweisung gegenüber einzelnen Genossen infolge der Eigenart des Rechtsbehelfes und der Verschiedenartigkeit der — in einzelnen, künstlich mit den übrigen verbundenen Anfechtungsprozessen — niedergelegten Einwendungen sich die Rechtskraft der Klageabweisung über die betroffene Partei hinaus nicht erstrecken kann, hat, wie erwähnt, RG. 37, 65 den die Fortsetzung des Verfahrens, sei es in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz, betreibenden Genossen die Möglichkeit offen gelassen, die form- und fristgerecht erhobene Klage bis zu dem in § 111 GenG. vorgesehenen Endurteil mit Wirkung für sämtliche Genossen fortzuführen.

Auch nach Stein-Jonas (12. bis 13. Aufl., § 62 VI *RPD.*) wird der untätige Streitgenosse Partei in der Rechtsmittelinstanz. „Die Nichtberücksichtigung seines Teilnahmerechtes“ (selbst wenn er durch Rücknahme des Rechtsmittels untätig wird) „im Urteil beschwert beide Teile“ (RG. 64, 321).

RA. Ernst Böttger, Berlin.

## Entgegnungen.

### Verbilligung, Vereinfachung, Beschleunigung der Rechtspflege.

In *JW.* 1930, 2021 ist unter III die von mir an die *OGPräf.* des *DOG*Bezirks Stettin gerichtete Kundverfügung v. 12. Febr. 1930 zum Ausgangspunkt kritischer Erörterungen gemacht worden, die ich hier als bekannt voraussetze oder nachzuschlagen bitte. Kritik muß sein, aber sie muß auch auf einer richtigen Grundlage beruhen. Hieran fehlt es im vorliegenden Falle. Ich muß annehmen, daß der Herr Verfasser des Aufsatzes über den Inhalt meiner Verfügung nicht richtig informiert worden ist. Ich lasse die Verfügung selbst sprechen, indem ich nachfolgend die in dem Aufsatz nur auszugsweise wiedergegebenen Stellen in der vollständigen Fassung wiedergebe. Dabei sind die Stellen, welche den Gegenlag zu der geübten Kritik klar ergeben, hier durch Sperrdruck hervorgehoben.

Es heißt unter I b folgendermaßen:

Bei der Auswahl wird in erster Linie zu prüfen sein, aus welcher Berufsgruppe der Konkursverwalter zweckmäßig zu

entnehmen ist — wie Rechtsanwälte, Kaufleute, Landwirte, Bücherrevisoren, berufsmäßige Konkursverwalter —. Die Entscheidung kann nur nach jedesmaliger eingehender Prüfung des Einzelfalles getroffen werden und wird wesentlich von der Art der Aufgaben abhängen, die dem Konkursverwalter im einzelnen Fall voraussichtlich obliegen werden — Beurteilung schwieriger Rechtsfragen, schnelle Verwertung eines vorhandenen Warenlagers auf Grund kaufmännischer Schulung, Fortführung und Veräußerung eines kaufmännischen Geschäfts oder eines landwirtschaftlichen Betriebes, Verwaltung und Verwertung städtischer Grundstücke usw. —. Nach den Beobachtungen wird im *DOG*Bezirk nicht immer in dieser Weise verfahren. Insbes. ist aufgefallen, daß einzelne *OG.* nur oder doch ganz überwiegend Rechtsanwälte zu Konkursverwaltern zu bestellen pflegen. Die Überlichten nach dem Stande v. 15. Sept. 1929 haben ergeben, daß gerade bei diesen *OG.* die Hundertzahl der an dem genannten Stichtag noch nicht beendeten Verfahren aus den Jahren 1926—1928 weit höher ist als bei den anderen *OG.* Die vorzugsweise Zuteilung von Konkursverwaltern an Rechtsanwälte ohne Berücksichtigungen der Besonderheiten des Einzelfalles erscheint danach nicht zweckmäßig. Dementsprechend hat auch der Herr JustizMin. in einem Bescheide an den *DOG.*, mitgeteilt durch Kundverfügung v. 3. Juli 1929, eine Anweisung an die Gerichte zur vorzugsweisen Bestellung von Rechtsanwälten zu Konkursverwaltern abgelehnt. Nach den Beobachtungen sind besonders günstige Erfahrungen mit berufsmäßigen Konkursverwaltern gemacht worden, die über ein eingerichtetes Büro, geschultes Personal und große praktische Erfahrungen zu verfügen pflegen.

Es heißt weiter unter I c:

Für die Auswahl aus der danach im Einzelfall in Betracht kommenden Berufsgruppe werden in erster Linie die mit den einzelnen Personen bereits in früheren Fällen gemachten Erfahrungen maßgebend sein. Im übrigen kommen zur Feststellung der persönlichen und sachlichen Eignung Anfragen an die Berufsvertretungen — Handelskammer, Landwirtschaftskammer, Anwaltskammer — (vgl. *AllgVfg.* v. 12. Nov. 1897 und 27. März 1901 [*JMBl.* 288, 83]), Feststellung etwaiger Vorstrafen und einer etwaigen Eintragung im Schuldnerverzeichnis sowie polizeiliche Auskünfte über Ruf und Führung in Frage. Besonders Gewicht muß in jedem Fall auf die Vermeidung einer Anhäufung zu vieler Verwaltungen in einer Hand gelegt werden (vgl. *AllgVfg.* v. 21. Juli 1928 [*JMBl.* 369]).

Ich darf hiernach feststellen, daß von der Anempfehlung „eines regelmäßigen Ausschlusses der Anwälte von der Bearbeitung der Konkurse“ nicht die Rede sein kann und daß es jeder Grundlage entbehrt, wenn es in der Kritik meiner Verfügung heißt: „Eine rühmliche Ausnahme davon (nämlich — nach dem vorhergehenden Satz — von dem Ausschluß der Anwälte von Konkursverwaltungen) machte der Bezirk des *DOG.* Stettin, wie die Verfügung seines *DOGPräf.* ergibt, der aber diesen Zustand unangenehm empfindet und die Übertragung der Konkurse an Rechtsanwälte als nicht zweckmäßig bezeichnet.“ Ich muß diesen Satz als bedauerlich bezeichnen. Aus einer an einen *OGPräf.* unter dem 30. Nov. 1929 gerichteten Einzelverfügung gestatte ich mir noch folgende Stelle mitzuteilen:

Schließlich hätte im vorliegenden Fall, in dem es sich nur noch um die Einziehung von Außenständen handelte, wohl auch die Wahl eines Rechtsanwalts zum Konkursverwalter erwogen werden müssen, zumal das Bestreben der Rechtsanwälte, wie aus einer Eingabe des Vorstandes der hiesigen Anwaltskammer bekannt, gerade in letzter Zeit besonders auf vermehrte Zuteilung von Konkursverwaltungen an sie besonders gerichtet ist. Es muß einmütigen angenommen werden, daß ein zur schleunigen Durchführung gerade des vorliegenden Konkurses geeigneter Rechtsanwalt sich in ... wohl inschwer hätte bereit finden lassen.

Es ist vollkommen klar, daß ich mich in der Kundverfügung vom 12. Febr. 1930 nur im Anschluß an die erwähnte Verfügung des Herrn JustizMin. gegen die ohne Berücksichtigung der Einzelfälle erfolgte vorzugsweise Bestellung von Rechtsanwälten zu Konkursverwaltern und namentlich gegen die noch darüber hinausgehende ausschließliche Bestellung von Anwälten, wie sie in wenigen *OG*Bezirken des *DOG*Bezirks vorgekommen sind, gewandt habe. Daß diese Bezirke zugleich durch eine besonders lange Dauer der Konkursverfahren aufgefallen sind, ist nach Sinn und Zusammenhang der Verfügung als eine Folge eben der wahllosen Bestellung von Rechtsanwälten auch in den für sie aus den angegebenen Gründen nicht oder weniger geeigneten Einzelfällen angesehen worden. Ein „Vorwurf“ gegen die Rechtsanwälte, die zu Konkursverwaltern bestellt sind, sollte damit nicht erhoben werden, wie sich ohne weiteres schon daraus ergibt, daß nach der vollständigen Kundverfügung auch auf die Bestellung von Rechtsanwälten in den für sie geeigneten Einzelfällen hingewiesen worden ist. Es ist hier nicht der Platz und würde den Rahmen dieser Mitteilung verlassen, wenn ich näher auf die Erfahrungen einginge, die in sorgfältig beobachteten Einzelfällen auch hinsichtlich der Konkursverwaltung durch Rechtsanwälte gemacht worden sind. Ich würde gern bereit sein, mich mit dem

Herrn Verfasser des Aufsatzes, wenn er mir die Ehre seines Besuchs erwiese, an der Hand des vorliegenden Materials über die hier gemachten Beobachtungen auszusprechen.

OLWPräs. Dr. Cormann, Stettin.

#### Nachbemerkung.

Der Herr OLWPräs. in Stettin hat meine Ausführungen als zum Teil gegen seine Person gerichtet betrachtet. Da er erfreulicherweise besonderen Wert auf gute Beziehungen zur Rechtsanwaltschaft legt, beseitigt er in der vorstehenden Erwiderung den Eindruck, daß er ungünstig gegen den Anwaltsstand eingestellt sei.

Es trifft aber nicht zu, daß es meiner Kritik an einer rechtlichen Grundlage gefehlt hat; die Verschiedenheit der gegenseitigen Auffassung ist gegeben. Die Verfügung hatte ich vollständig zur Prüfung und Beurteilung; sie wendet sich nicht gegen die Bestellung von Rechtsanwältinnen überhaupt zu Konkursverwaltern, wohl aber dagegen, daß diese vorzugsweise dazu ernannt werden. Dies ist aber die Forderung, die von den berufenen Stellen der Anwaltschaft aufgestellt ist, die ich vertreten habe.

Das Tätigkeitsgebiet der Rechtsanwälte wird ständig eingeschränkt. Eine Vernachlässigung der Rechtsanwaltschaft ist schon dann gegeben, wenn man sie auf dem ihr zugewiesenen Arbeitsgebiet mit anderen Berufsständen wie Kaufleuten, Landwirten und Buchhändlern, Diplomvolkswirten usw. gleichstellt. Die Rechtsanwaltschaft ist ein anerkanntes Organ der Rechtspflege, was bei den anderen Ständen nicht der Fall ist. Damit hat sie einen Anspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung durch die Gerichte bei der Vergabe von Aufträgen. Sie darf mit Recht fordern, in erster Linie berücksichtigt und bevorzugt zu werden. Diesen Standpunkt teilt die Verfügung des Herrn OLWPräs. nicht, weswegen sich die Ausführungen gegen sie wenden.

Die Verfügung läßt keinen Zweifel darüber, daß die Rechtsanwälte nicht allgemein zu Konkursverwaltern bestellt werden sollen, sondern daß dies dann geschehen soll, wenn die Art des Konkurses es rechtfertigt, wenn rechtliche Fragen vorliegen, also in besonderen Fällen. Der OLWPräs. will wesentlich eine Auswahl der Konkursverwalter als Sachverständige, bei kaufmännischen Angelegenheiten Kaufleute, bei landwirtschaftlichen Betrieben Landwirte usw.; diesem Gedankengang trete ich entgegen. Derjenige Rechtsanwalt, der einen praktischen und gesunden Sinn hat, wird auf Grund seiner juristischen Vorbildung auch in kaufmännischen und landwirtschaftlichen Konkursen die Aufgaben des Konkursverwalters erfüllen, wie es vielfach geschieht; nötigenfalls nimmt er dafür technisch geschulte Hilfskräfte in Anspruch.

Die Bemerkung der Verfügung, daß einzelne OLW. nur oder ganz überwiegend Rechtsanwälte zu Konkursverwaltern bestellen, ist nur dahin zu verstehen, daß dies Verfahren nicht erwünscht ist. So ist die Verfügung im OLWBezirk aufgefäht worden. Im Anschluß daran wird die vorzugsweise Zuteilung von Konkursverwaltungen an Rechtsanwälte als nicht zweckmäßig bezeichnet und obendrein zur Stärkung dieser Anordnung auf eine Verfügung des preuß. JustMin. Bezug genommen. Für die Beurteilung der persönlichen Eignung der Konkursverwalter wird neben der Handels- und der Landwirtschaftskammer die Anwaltskammer an dritter und letzter Stelle erwähnt. Die Hauptbedeutung wird daher den Angehörigen der kaufmännischen und landwirtschaftlichen Berufe zuteil.

Konkurse mit rechtlich schwierigen Fragen pflegen zwar häufig vorzukommen, aber nicht die Regel zu sein. Nimmt man die Rechtsanwälte lebhaftig für sie in Betracht, so schließt man sie tatsächlich von der Bearbeitung der Mehrzahl der Konkurse aus, wie es noch heute in weiten Bezirken Preußens der Fall ist; das Gegenteil dieses Zustandes stellt Sachsen dar. Gerade deswegen mußte der im Bezirk Stettin bestehende Zustand lobend hervorgehoben werden. Da die Verfügung sich dagegen wendet, konnte dies nur dahin aufgefaht werden, daß dies nicht gewünscht wird; die vorzugsweise, also die allgemein erfolgende Bestellung der Rechtsanwälte zu Konkursverwaltern wird in der Verfügung ausdrücklich als nicht zweckmäßig bezeichnet.

Ich stelle aus der Entgegnung des Herrn OLWPräs. gern fest, daß von ihm nicht der Sinn gemeint worden ist, in dem die Verfügung von mir verstanden worden ist, und bedauere insofern, eine unrichtige Meinung darüber ausgesprochen zu haben, die allerdings nach dem Wortlaut begründet war und die zugleich den Vorzug hat, durch die nunmehr erfolgende authentische Auslegung des Herrn OLWPräs. die nicht zutreffende Ansicht klarzulegen und den Sachverhalt zweifelsfrei zu berichtigen, so daß die Konkursrichter des Bezirks über den Sachverhalt unterrichtet sind. Insbes. wird der Inhalt der ebenfalls bekanntgegebenen, an einen OLWPräs. gerichteten Einzelverfügung v. 30. Nov. 1929 geeignet sein, sowohl bei den Konkursrichtern als auch bei den Anwälten des Bezirks den Wunsch des Herrn OLWPräs. zur Bestellung von Rechtsanwälten als Konkursverwalter als maßgebend anzusehen.

Ich erkenne es auch dankbar an, daß ein Vorwurf gegen die zu Konkursverwaltern bestellten Rechtsanwälte wegen einer etwaigen unbegründeten Verzögerung der Konkursverfahren nicht erhoben wird.

Ich weiß, daß auch in unserem Beruf Licht und Schatten verteilt sind, daß wir neben sehr geeigneten und fähigen Kollegen auch solche aufweisen, die den ihnen gestellten Aufgaben nicht gewachsen sind, was bei der großen Fülle der Zulassungen der letzten Jahre eine häufiger werdende Erscheinung ist. Wenn ihnen auf Grund sachlicher Bemängelungen Aufgaben nicht zugeteilt werden, so wird die Rechtsanwaltschaft sich dadurch nicht beschwert fühlen; andererseits müssen wir in der heutigen Zeit, in der eine ganze Reihe anderer Berufsstände das Arbeitsgebiet der Rechtsanwälte an sich ziehen will, darauf bedacht sein, daß das uns zustehende Gelände uns nicht verlorengeht und daß jeder darauf absichtlich oder unabsichtlich gerichteten Bestrebung sofort entgegengetreten wird.

Eine seit längerer Zeit erhobene Forderung der Rechtsanwaltschaft ist es, in den Präsidien der Kollegialgerichte vertreten zu sein, die trotz mancher Zustimmung aus Richterkreisen merkwürdigerweise noch nicht erfüllt ist. Praktisch wird dieser Zustand schon durch die Arbeitsgemeinschaften herbeigeführt, die in verschiedenen Gerichtsbezirken gebildet sind. Werden diese vor dem Erlaß derart einschneidender und bedeutender Verfügungen gehört, wie sie den Gegenstand der vorstehenden Betrachtung bildet, so werden Mißverständnisse der angegebenen Art von vornherein vermieden werden.

RA. Dr. Sawitzky, Forst.

#### Widerspruchsklage und Aussonderung.

Die Forderung, dem Sicherungseigner gegenüber der Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Übereigners in das Sicherungsgut ein Recht auf Vorzugsbefriedigung nach § 805 ZPO. zuzuerkennen, ist schon von Hellwig (Gläubigernot: R. u. W. 1912, 25) aufgestellt und legitim vom RG. (RGZ. 19, 126 ff.) vertreten worden. Das RG. hat diesem Gedanken bis zuletzt (RG. 124, 73 ff. — JW. 1929, 1878) widersprochen und dem Sicherungseigner die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO. gegeben, obwohl es ihn im Konkurs nur wie einen Absonderungsberechtigten behandelt und besonders den Grundsatz der Ausfallhaftung (§ 64 KO.) auf ihn anwendet. Die herrschende Meinung der Wissenschaft folgt der Rechtsprechung, wenn auch zum Teile nur ungen. Stein-Jonas, § 771 Anm. II 1a und bef. Baumbach, § 771 Anm. 4 b).

In JW. 1930, 1470 ff. versucht neuerdings FR. Dr. Mag Wolff der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung entgegenzutreten und die widersprechende Behandlung der Sicherungsübereignung in Konkurs und Zwangsvollstreckung zu beseitigen. Er greift dabei die Forderung Hellwigs auf, den § 805 ZPO. in der Zwangsvollstreckung auf die Sicherungsübereignung anzuwenden.

Es ist zu begrüßen, daß diese Auffassung immer mehr Anhänger findet. Denn nur so kann den Interessen der übrigen Gläubiger genügt werden, ohne daß damit der Zweck der Sicherungsübereignung, der Sicherstellung einer Forderung zu dienen, beeinträchtigt wird. Gewährt man aber dem Sicherungseigner dem Zwecke des Rechtsgeschäftes gemäß nur Vorzugsbefriedigung, dann ist weiter auch die Möglichkeit beseitigt, die Sicherungsübereignung bei Einverständnis zwischen dem Sicherungseigner und dem Übereigner zur Vernachlässigung dritter Gläubiger zu verwenden. Von dieser Möglichkeit wird heute gerade ein unheilvoller Gebrauch gemacht.

Jedoch ist m. E. die Begründung, mit der Wolff die Anwendung des § 805 ZPO. fordert, nicht in der Lage, die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Wissenschaft zu widerlegen.

Aus zwei Theesen zieht Wolff den Schluß, daß der Sicherungseigner der Vollstreckung in das Sicherungsgut nicht nach § 771 ZPO. widersprechen kann:

1. Das allein entscheidende Kriterium des § 771 ZPO. ist der Begriff der Vermögenszugehörigkeit;
2. Eigentum und Vermögenszugehörigkeit decken sich auch bei Sachen nicht immer.

Er sagt nun: Bei einem zur Sicherung übereigneten Gegenstande fallen Eigentum und Vermögenszugehörigkeit auseinander; der Sicherungseigner ist Eigentümer, der Übereigner behält das Sicherungsgut jedoch in seinem Vermögen. Da das Sicherungsgut nicht zum Vermögen des Sicherungseigners gehört, ist er zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage nicht legitimiert.

Dieser Schluß ist auf den ersten Blick bestechend.

In der Tat ist Wolff insofern zuzustimmen, daß der § 771 ZPO. nur prozessualen Inhalt hat, und daß der materielle Rechtsgrund der Drittwiderspruchsklage im § 771 ZPO. gar nicht befaht ist. Ebenso gibt der § 43 KO. für die Aussonderung nur eine Verfahrensvorschrift. Die Worte des § 771 ZPO., „ein die Befriedigung hinderns Recht“, verweisen nur auf Rechtsgrund, ohne angeben zu wollen, wann er vorliegt. Deutlicher wird im § 43 KO. auf diesen Rechtsgrund Bezug genommen, in dem von der „Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen — d. h. nach § 1 KO. nicht zu seinem Vermögen gehörenden — Gegenstande“ gesprochen wird. Da beide Vorschriften dasselbe Ziel haben, kann der § 43 KO. sehr wohl

zur Auslegung des § 771 ZPO. herangezogen werden (vgl. Jaeger, *RD.*, § 43 Anm. 6; ihm folgt Rosenber, *Lehrb. d. deutschen Zivilproz.*, § 191 S. 588). Es kann also Wolff auch insoweit gefolgt werden, daß die Vermögenszugehörigkeit das Kriterium des § 771 ZPO. ist, und daß derjenige, der behauptet, der Gegenstand der Zwangsvollstreckung gehöre zu seinem, nicht des Schuldners, Vermögen, zur Drittwiderspruchsklage legitimiert ist.

Es fragt sich aber, was „Vermögen“ in den betreffenden Gesetzesstellen, besonders in dem grundlegenden § 1 RD. bedeutet. Vermögen kann als juristischer und als wirtschaftlicher Begriff gebraucht werden. Wenn wir eine materielle Rechtsgrundlage für die Drittwiderspruchsklage und das Aussonderungsrecht suchen, so kann uns nur der juristische Begriff weiterbringen. Es ist herrschende — auch von Wolff nicht bestrittene — Lehre, daß die Voraussetzungen für die beiden Rechtsbehelfe im materiellen Recht zu suchen sind (vgl. Stein-Jonas, § 771 Anm. II 1). Eine wirtschaftliche Tatsache allein kann nicht die materielle Grundlage für die Drittwiderspruchsklage abgeben. Das ergibt sich schon daraus, daß der § 771 ZPO. von einem der Veräußerung hindernden „Rechte“ spricht. Auch für den § 1 RD. ist es nie zweifelhaft gewesen, daß hier unter „Vermögen“ die Summe aller Vermögensrechte zu verstehen ist. Die Ausnahme, daß etwa auch die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit die Grundlage für die Anwendung des § 771 ZPO. und § 43 RD. geben könnte, scheidet schon daran, daß, wie unten gezeigt wird, ein Gegenstand wirtschaftlich betrachtet gleichzeitig zu mehreren Vermögensmassen gehören kann.

Die erste These Wolffs ist also nur dann richtig, wenn man die Vermögenszugehörigkeit als juristischen Begriff faßt. Wenn die herrschende Meinung bei der Abgrenzung der Voraussetzungen für die Drittwiderspruchsklage weitgehende Berücksichtigung wirtschaftlicher Momente verlangt (vgl. Stein-Jonas, § 771 Anm. II 1 und Baumbach, § 771 Anm. 4), so liegt das daran, daß sie von den einzelnen Rechten ausgeht und dann nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten abwägt. In dem juristischen Sammelbegriff des Vermögens, der hier als Grundlage genommen wird, sind aber die wirtschaftlichen Momente schon berücksichtigt, da er nur die geldwerten Rechte einer Person umfaßt, z. B. nicht das zu bloßen Verwaltungszwecken übertragene Treuhändergut.

Wolff definiert zwar zunächst auch „Vermögen“ juristisch als die Gesamtheit aller geldwerten Rechte einer Person. Er läßt jedoch den Begriff sofort fallen und spricht davon, daß der Vermögensinhaber das Recht weggeben und dennoch den Gegenstand des Rechts in seinem Vermögen behalten kann. Damit gebraucht er unversehens „Vermögen“ als wirtschaftlichen Begriff.

In seiner zweiten These gebraucht Wolff „Vermögen“ nur noch im wirtschaftlichen Sinne. Im bewußten Gegensatz zu Stein-Jonas sagt er, das Sicherungsgut gehöre zum Vermögen des Übereigners, während dieser es als Vermögensbestandteil des Sicherungseigners ansieht. In Wahrheit haben beide recht. Durchaus zutreffend führt Stein-Jonas (§ 777 Anm. II 1a) aus, daß die Sicherungsübereignung im Gegensatz zu allen übrigen Treuhänderverhältnissen eigennützig ist (vgl. Jaeger, *Konkursrecht* S. 72), da hier der Treuehmer die Sache nicht nur im fremden, sondern vor allem im eigenen Interesse erhält. Da also das Sicherungsgut dem Interesse des Sicherungseigners, nämlich der Forderungssicherung, zu dienen bestimmt ist, kann man sehr wohl sagen, es gehört wirtschaftlich zu seinem Vermögen. Mit ebenso gutem Grunde kann man mit Wolff die Ansicht vertreten: Das Sicherungsgut bleibt im Besitz und Gebrauch des Übereigners, er kann es weiter benutzen, also gehört es wirtschaftlich zu seinem Vermögen.

Dieser scheinbare Widerspruch löst sich dahin, daß eine Sache verschiedene wirtschaftliche Vorteile bietet, den des Gebrauches und den des Wertes. Meist werden beide sich bei einem Vermögensinhaber vereinigen. Gerade bei der Sicherungsübereignung fallen sie jedoch auseinander. Der Sachwert gehört zum Vermögen des Sicherungseigners, der Gebrauchsvorteil zu dem des Übereigners. — Die Tatsache, daß also ein Vermögensstück in verschiedener Beziehung wirtschaftlich bald dem einen, bald einem anderen Vermögen zugehört, beweist, wie schon erwähnt, am besten, daß die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit ungeeignet ist, das Kriterium des § 771 ZPO. zu sein.

Beide Thesen Wolffs, aus denen er die Behandlung der Sicherungsübereignung nach § 805 ZPO. herleiten will, weisen also Schwächen auf. Es muß vielmehr geschlossen werden, daß juristisch betrachtet das Sicherungseigentum ein geldwertes Recht des Sicherungseigners ist, besonders wenn man den wirtschaftlichen Zweck der Forderungssicherung berücksichtigt. Es gehört also zu seinem Vermögen, und er wäre deshalb zur Drittwiderspruchsklage legitimiert. Hier muß aber m. E. der Weg zur gewünschten Lösung einsehen. Nach

§ 805 ZPO. legitimieren Pfand- und Vorzugsrechte nicht zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage, sondern geben nur ein Recht auf Vorzugsbefriedigung. Pfand- und Vorzugsrechte sind zwar auch geldwerte Rechte und gehören deshalb auch zum Vermögen einer Person, jedoch trifft der § 805 ZPO. für sie diese Sonderregelung. Gelingt der Nachweis, daß das Sicherungseigentum nur ein Vorzugsrecht i. S. des § 805 ZPO. ist, dann ist das Ziel erreicht.

Die Behandlung der Sicherungsübereignung im Konkurs, der das Wesen eines jeden Rechtes klar erkennen läßt, ermöglicht diesen Nachweis. Wie schon gesagt, behandelt das RG. den Sicherungseigner in ständiger *Rspr.* (vgl. *RG.* 118, 209 = *JW.* 1928, 63) ebenso wie einen Aussonderungsberechtigten. Als Begründung führt es neuerdings an *RG.* 124, 73 = *JW.* 1929, 1878), daß sich dies aus der Eigenart des Konkurses ergebe, die zur sofortigen Lösung nicht nur des sachrechtlichen Verhältnisses, sondern auch des der Sicherungsübereignung zugrunde liegenden persönlichen Verhältnisses dränge. Die Schwächen dieser Begründung hat Wolff treffend dargelegt. Hinzufügen möchte ich nur noch, daß auch bei gleichzeitiger Aussonderung und Teilnahme der ganzen Forderung an der Verteilung die Lösung des persönlichen Verhältnisses rechtlich keine Schwierigkeiten bereiten würde. Der wahre Grund für die Behandlung im Konkurs ist der, daß das RG. der wirtschaftlichen Eigenart der Sicherungsübereignung, die in der Hingabe des Wertes einer Sache zur Forderungssicherung besteht, gefolgt ist und das Sicherungseigentum nur als besitzloses Wertrecht behandelt. Durch die feststehende *Rspr.* hat sich ein Gewohnheitsrecht dieses Inhalts gebildet (vgl. Jaeger: *ZP.* 54, 145 Abs. 2). Ob die Begründungen, die dieser *Rspr.* zugrunde liegen, zutreffen oder nicht, ist völlig unerheblich. Es kommt allein auf die tatsächliche Übung der Gerichte an. Gewohnheitsrechtlich gilt also der Satz, daß durch die Sicherungsübereignung nur ein Wertrecht am Sicherungsgute entsteht. Dieser Satz hat allgemeine Geltung, da ein zwingender Grund nicht vorhanden ist, der eine Sonderbehandlung der Sicherungsübereignung im Konkurs rechtfertigt. Mit der aus der konkursrechtlichen Behandlung der Sicherungsübereignung gewonnenen Erkenntnis, daß das Sicherungseigentum nur ein Wertrecht ist, ist die Grundlage für die Anwendung des § 805 ZPO. geschaffen.

Diese hier nur angedeutete Lösung wird eingehend zu rechtfertigen versucht in einer von der Leipziger Juristenfakultät mit dem ersten Preise gekrönten Abhandlung: „Stellung des Sicherungseigners gegenüber Zwangsvollstreckungen des Gläubigers des Übereigners und in dessen Konkurs“, die als Heft 54 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien erschienen ist.

Ref. Dr. R. Kernert, Dresden.

### Zum Begriffe des Teilurteils.

Niedinger: *JW.* 1930, 521 f., bejaht die Zulässigkeit eines Teilurteils, wenn der Bekl. anerkennt oder sonst festgestellt werden kann, daß die mit der Klage sofort verlangte Leistung wenigstens zu einem späteren Termin fällig ist. Er erörtert alsdann die Schwierigkeit der Fassung des Schlussurteils, wenn sich inzwischen herausgestellt hat, daß die Leistung tatsächlich sofort fällig war, schlägt vor, erneut die Beurteilung zur Leistung, und zwar diesmal zur sofortigen Leistung, auszusprechen und dabei entweder anzunehmen, daß damit die Rechte aus dem Teilurteil fortfallen, oder die Zwangsvollstreckung daraus von der Aushängung der vollstreckbaren Ausfertigung des Teilurteils an den Bekl. abhängig zu machen.

Mir scheint jedoch, daß diese Schwierigkeiten leicht vermieden werden können. Man fasse das Schlussurteil doch einfach etwa wie folgt: „Der Bekl. wird verurteilt, die in dem Teilurteil vom 4. März 1930 bestimmte Summe schon sofort zu zahlen und dazu noch 2% jährliche Zinsen über dem jeweiligen Reichsbankdiskontsatz auf jene Summe seit dem 1. Jan. 1930.“ Dann ist bereits aus dem Tenor des Schlussurteils klar zu erkennen, inwieweit diese Entsch. über das Teilurteil hinausgeht. Jegdewelche Schwierigkeiten sind mit einem solchen Urteil nicht verbunden. Bei Urteilen in der von Niedinger vorgeschlagenen Fassung könnten übrigens auch noch Bedenken in der Richtung entstehen, ob nicht für die gerichtliche Urteilsgebühr sowie für die Frage, ob das Schlussurteil nur gegen oder ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, der volle Streitwert maßgebend ist, während es bei der von mir empfohlenen Fassung ganz zweifellos ist, daß der Streitwert für das Schlussurteil lediglich dem Werte des Unterschiedes zwischen sofortiger und späterer Zahlung gleichzusetzen ist.

MGH. Dr. Herminghausen, Neuhaus (Oste).

# Vereinigungen.

## Prozeßrichtervereinigung Groß-Berlin.

Beschlüsse Nr. 70—76 vom 9. Dez. 1929 bis 10. März 1930 (frühere Beschlüsse: Nr. 1—22: *JW.* 1924, 769; 1925, 728, 1361; Nr. 23: *JW.* 1925, 2209; Nr. 24—60: *JW.* 1928, 2693/94; Nr. 61 bis 69: *JW.* 1929, 3142).

Beschluss v. 14. Okt. 1929.

70. Die Prozeßvollmacht muß handschriftlich unterschrieben sein. Unterstempelung genügt nicht, auch nicht durch Faktumil-Kempel (§§ 80, 88 Abs. 2, 416 *ZPO.*; §§ 125, 126 *BGB.*; vgl. *RG.* 46, 377 und in *JW.* 1900, 469; *RG.* 17 Y 135/24, 74/27, 61/29 und *JW.* 1927, 257; *LG.* I: *JW.* 1929, 1696; Stein-Jonas, *ZPO.*, § 80 II 5 u. § 416 I 1; Förster-Kann, *ZPO.*, S. 414; Endow-Busch, *ZPO.*, § 130 Anm. 6; Staudinger, *BGB.*, § 126 IV 2).

Beschluss v. 9. Dez. 1929.

70B. Der das Urteil in abgekürzter Form ausfertigende Urkundsbeamte ist nicht befugt, eigenmächtig die Bezeichnung der Parteien, so wie sie durch Entsch. des Gerichts festgelegt ist, abzuändern (§§ 313 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3; 317 Abs. 4 *ZPO.*).

Beschlüsse v. 13. Jan. 1930.

71. Der Streitwert bei Klagen von Abzahlungsgeäften, in denen der Zahlungsanspruch mit dem Herausgabeanspruch verbunden ist, wird berechnet:

- a) bei Eventualanträgen: durch Zusammenrechnung des Zahlungsanspruchs mit dem Werte des Herausgabeanspruchs (zuzüglich einer etwaigen Entschädigungsforderung);
  - b) bei Alternativenanträgen (mit Wahlrecht des Bekl.): nach demjenigen Werte der erhobenen Ansprüche, welcher der höhere ist.
- (ebenso zu a) *LG.* I Berlin v. 27. März 1929, 29 T 220/29; zu b) *LG.* I Berlin v. 23. Mai 1929, 29 T 399/29 und v. 17. Febr. 1930, 29 T 201/30).

72. Bei Berechnung des Wertes des Herausgabeanspruchs in Klagen der Abzahlungsgeäfte ist der vom Kl. angegebene Verkaufspreis unter Berücksichtigung der Abnutzung von Amts wegen maßgebend<sup>1)</sup>.

73. Bei Klagen der Abzahlungsgeäfte ist, auch wenn der Streitwert mehr als 500 *M.* beträgt, das Güterverfahren anwendbar<sup>2)</sup>; in ihm ist für Vergleiche  $\frac{1}{2}$  der Prozeßgebühr zu berechnen.

74. Für die Verbindung des Zahlungs- und Herausgabeanspruchs (in Form von Eventual- und Alternativenanträgen) bei Klagen der Abzahlungsgeäfte gilt folgendes:

- a) eine Verurteilung zur Zahlung (Hauptantrag) und hilfsweise Herausgabe der Gegenstände (durch Rücktritt vom Vertrage für den Fall des fruchtlosen Ausfalls der Zwangsvollstreckung wegen des Zahlungsanspruchs) kann nicht verlangt werden;
- b) ebensowenig Verurteilung zur Zahlung oder Herausgabe nach Wahl des Kl.;
- c) ebensowenig Verurteilung des Bekl. zur Herausgabe unter Freistellung, die Herausgabe durch Zahlung zu verhindern;
- d) dagegen kann Verurteilung zur Zahlung oder Herausgabe nach Wahl des Bekl. verlangt werden.

Beschluss v. 10. Febr. 1930.

75. Das Recht des Richters, zur Erfüllung des § 80 *ZPO.* abgegebene Vollmachten bei den Prozeßakten zu behalten, erstreckt sich auch auf die Generalvollmachten und andere über den Einzelprozeß hinausgehende Vollmachturkunden<sup>3)</sup>.

Beschluss v. 10. März 1930.

76. 1. Der Prozeßbevollmächtigte muß, wenn er nicht von der Partei selbst bevollmächtigt ist, auch die Vollmacht der Partei auf seinen Vollmachtgeber nachweisen und zu den Akten einreichen. 2. Im Falle er dies nicht tut, kann Erlaß des Urteils verweigert werden.

<sup>1)</sup> So auch *LG.* I Berlin v. 17. Febr. 1930, 29 T 201/30 i. Verb. m. Gutachten der *Jnd.*- u. Handelskammer Berlin (in deren „Mitteilungen“ 1928, 396; Wertminderung handelsüblich im ersten Jahre 25%, im zweiten Jahre 20% des Kaufpreises; bei Nähmaschinen wöchentlich *3 RM* — Gutachten der *Jnd.*- u. Handelskammer Berlin in deren „Mitteilungen“ 1930, 851).

<sup>2)</sup> Wohl beachtlich ist aber hierbei die Bestimmung des § 696 Abs. 4 letzter Satz *ZPO.*

<sup>3)</sup> a. U.: *LG.* I v. 23. Nov. 1929, 63 T 853/29 (*JW.* 1930, 667) und *LG.* I v. 28. Jan. 1930, 42 T 96/30.

3. Die Vollmacht der Partei auf den Vollmachtgeber des Prozeßvertreters braucht nicht zurückgegeben zu werden.

4. Wenn das Gericht nach § 88 Abs. 2 *ZPO.* Vollmachtbeglaubigung anordnet, so bedarf es auch der Beglaubigung der Vollmacht der Partei auf den Vollmachtgeber des Prozeßvertreters<sup>4)</sup>.

Beschlüsse des württemb. *OG.* Stuttgart I aus der Prozeßrichterbemessung v. 26. Mai 1930 (über Abzahlungsgeäfte):

1. Bei Abzahlungsgeäften ist gegenüber dem Herausgabeanspruch des Verkäufers der Gegenanspruch des Käufers auf Rückgewähr der geleisteten Zahlungen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Abs. 3) nicht von Amts wegen zu berücksichtigen; es entfällt also eine Prüfung im Veräumnisverfahren.

2. Für die Bemessung der Ansprüche des Verkäufers gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 Abs. 3. (Vergütung für Gebrauch oder Benutzung unter Berücksichtigung der Wertminderung) — insbes. im Veräumnisverfahren — werden als Richtsätze folgende Höchstbeträge angenommen:

I. Warengruppe: Kleidungsstücke;

II. Warengruppe: Bettstücke, Vorhänge u. dgl.;

III. Warengruppe: Möbel, Nähmaschinen, Fahrräder u. dgl.

bei Rückforderung nach

	I	II	III
$\frac{1}{4}$ Jahr	30%	20%	15%
$\frac{1}{2}$ "	50%	40%	25%
1 "	80%	60%	40%
$1\frac{1}{2}$ Jahren	100%	75%	50%
2 "		90%	60%
$2\frac{1}{2}$ "		100%	70%
3 "			75%

3. Ein Klageantrag des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises und Herausgabe der Kaufsache (auch zur Sicherung) ist nicht begründet.

Beharrt der Kl. auf diesem Antrag, so wird in der Regel, wenn nämlich ein Rücktritt noch nicht erklärt ist, auf Zahlung zu erkennen und im übrigen die Klage abzuweisen sein.

4. Ein Klageantrag des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises oder Herausgabe der Kaufsache nach Wahl des Kl. ist nicht begründet.

5. Ein Klageantrag des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises oder Herausgabe der Sache nach Wahl des Bekl. ist begründet aber unzweckmäßig.

6. Ein Klageantrag des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises, im Unvermögensfalle Herausgabe der Kaufsache, ist begründet.

7. Ein Klageantrag des Verkäufers auf Herausgabe der Kaufsache abzuwenden durch Zahlungen des Restkaufpreises ist begründet.

8. Festsetzung des Streitwerts bei den Klageanträgen Ziff. 6 und 7: Es wird auf die Entsch. des *OG.* Stuttgart, Beschluss vom 31. Jan. 1930, T 580/29, Bezug genommen, wonach, auch wenn der Rücktritt schon erklärt ist, der Betrag der Geldforderung maßgebend sein soll.

9. Entwurf für einen Vergleich über Zahlung des Restkaufpreises und Herausgabe der Kaufsache bei Zahlungsverzug:

1. Der (die) Beklagte(n) bezahlt (bezahlen) an den (die) Kläger(in) — als Gesamtschuldner — den Restkaufpreis von ... *M.*, in monatlichen Teilzahlungen von ... *M.*, erstmals am ...
2. Wird eine Teilzahlung nicht spätestens am fünften Tage nach dem Tage der Fälligkeit bezahlt, so hat (haben) der (die) Beklagte(n) auf Verlangen des Klägers (der Klägerin) an diesen folgende Gegenstände herauszugeben:
3. Der Nachweis der rechtzeitigen Zahlung liegt dem (den) Beklagten ob.
4. Verlangt der Kläger (die Klägerin) Herausgabe der Gegenstände gem. Ziff. 2, so beurteilen sich die Rechte der Parteien in übrigen nach dem Vertrag vom ... und nach §§ 1—3 Abs. 3.

*OGN.* Wunderlich, Berlin-Mitte.

<sup>4)</sup> a. U.: Kann, *ZPO.*, § 80 Anm. 7c und Baumbach, *ZPO.*, 4. Aufl., § 80 Anm. 3; ferner *ProzZPO.* v. 8. Dez. 1924/8. Febr. 1926; vgl. auch Stein, *ZPO.*, § 80 V 2; *RG.*: *JW.* 1903, 382; 1926, 2426.

## Universität Tübingen.

### Juristische Studientreform.

Der Große Senat hat in einer einstimmigen Entschliessung zu der Denkschrift des preuß. Unterrichtsministeriums über die Reform des juristischen Studiums Stellung genommen.

In ihr spricht der Große Senat aus, daß dem preuß. Reformplan grundsätzliche Bedeutung für die gesamte deutsche Wissenschaft zukommt, weil durch die Auswirkungen einer so grundsätzlichen Regelung, wie sie die preuß. Denkschrift vorzieht, alle deutschen Hochschulen betroffen werden und weil die Durchführung dieses Reformplanes die Eigenart der deutschen Hochschule als Stätte wissenschaftlicher Forschung und freier Lehre ernsthaft in Frage stellt. Der Große Senat verwahrt sich grundsätzlich gegen die Auffassung, daß die Hochschulverwaltung einseitig durch obrigkeitliche Maßnahmen in die verfassungsmäßig gewährleistete Selbstbestimmung der Wissenschaft eingreifen könnte. Er hält ein einseitiges Vorgehen Preußens weder der Sache nach noch allgemein für zulässig. Reformen, die sich bei dem Massenandrang zum Hochschulstudium und aus der Vorbereitung zu praktischen öffentlichen Berufen als notwendig erweisen, erfordern das Einvernehmen sämtlicher deutscher Hochschulländer und das vertrauensvolle Zusammenarbeiten von Hochschulverwaltung und Hochschule. Unterrichtsreformen dürfen die wissenschaftliche Aufgabe der Hochschule nicht gefährden, und auch bei verstärktem Lehrbetrieb muß die selbständige Forschungsarbeit die unerläßliche Voraussetzung akademischer Lehrtätigkeit bleiben.

Prof. Dr. Gerber, Tübingen.

### Der internationale Kongress für Gläubigerschutz in Wien.

I. Man darf sagen, daß nur ein international organisierter Gläubigerschutz der Wirtschaft Europas helfen kann. Daß man sich dessen überall bewußt worden ist, kam durch den Internationalen Kongress für Gläubigerschutz zum Ausdruck. Obwohl von einer privaten Organisation veranstaltet (dem Wiener „Creditoren-Verein von 1870“ aus Anlaß seiner 60-Jahr-Feier), wurde er durch die Regierungen von 11 Staaten (Deutschland, Österreich, Dänemark, Griechenland, Ungarn, Italien, Polen, Rumänien, Schweiz, Tschechoslowakei und Jugoslawien) offiziell befehligt. Die englische Regierung hat ihr Interesse an den Beratungen bekundet und sich den Kongressbericht ausgeben; der Völkerbund hat den Kongress durch ein längeres Begrüßungsschreiben ausgezeichnet und dabei auch die Nützlichkeit des Creditoren-Vereines von 1870 für den internationalen Handel hervorgehoben, die Internationale Handelskammer und zahlreiche andere maßgebende wirtschaftliche Körperschaften (darunter die Bankenverbände von sieben Staaten) waren auf dem Kongresse vertreten, an dessen Vorbereitung Persönlichkeiten aus 16 Staaten mitgewirkt haben. Da dieser Kongress also das kompetente Forum zur Erörterung der Probleme des Gläubigerschutzes war, wird seinen Resolutionen gewiß Bedeutung für die künftige Entwicklung des Gläubigerschutzes in Gesetzgeberischer und organisatorischer Hinsicht zukommen. Diese Resolutionen und die Beratungen, die zu ihnen führten, sollen daher Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung sein.

II. Resolution I empfiehlt eine Würdigung der Frage rationaler Bewertung der Masse, dann des Liquidationsausgleiches vom Standpunkt einer Erneuerung des Konkursrechtes und fordert eine gesetzliche Regelung des Treuhänderwesens. — M. Prof. Wejzleny, Budapest, hatte über den Liquidationsausgleich und die Zwangsliquidation außerhalb des Konkurses (Zwang hier gegen Schuldner und eventuelle Gläubigerminorität) referiert und die Nachahmung der neuen ungarischen Lösung empfohlen. Der Korreferent, solicitor Plunkett, London, hatte mit seiner Schilderung der englischen Methode der deeds of arrangement (feierliche Verträge mit bindender Wirkung für die sich passiv verhaltende Gläubigerminderheit) neue Anregungen gegeben. Es wurde jedoch nach den Referaten über die Reform des Konkursverfahrens (AGN. Dr. Paul Schumann und Reg. Dr. Oppenheim, Wien), sowie über die Reform der Gläubigeranfechtung (Prof. Jaeger, Leipzig) die Frage aufgeworfen, ob ein Zwangsliquidationsverfahren neben dem Konkurs überhaupt einen Zweck habe und ob es nicht besser sei, das Konkursverfahren entsprechend zu reformieren, so daß es zu der von den Verfechtern der Zwangsliquidation angestrebten rationalen Bewertung der Masse führe. Der ganze Fragenkomplex wurde daher dem weiteren Studium empfohlen.

Zu dieser Resolution fanden auch die Ergebnisse des Referates über die Uebelstände im Treuhänderwesen (Diplom-Volkswirt Fauch, Nürnberg) ihren Niederschlag. Zu diesen Uebelständen gehört das Auftreten von Ausgleichszagenern unter der Maske von Treuhändern bei deutschen Vergleichsverfahren und die Betätigung von Personen auf dem Gebiete des Inkassowesens, die sich hierzu weder in moralischer noch in finanzieller Hinsicht eignen.

Resolution II bezeichnet es als Pflicht der Gläubigerschutzverbände, an der Entwicklung der Kreditversicherung tatkräftig

mitzuwirken. Diese auf Antrag des Referenten GenDir. Komrat Dr. Schlesinger, Wien, gefaßte Resolution gewann dadurch an Bedeutung, daß sie der internationalen Tagung der Kreditversicherer, die unmittelbar nach dem Kongress in Berlin stattfand, telegraphisch zur Kenntnis gebracht und von dieser „mit lebhafter Freude und Genugtuung“ aufgenommen wurde. Diese beiderseitigen Resolutionen werden hoffentlich bald ein, dem praktischen Gläubigerschutz dienendes Ergebnis zeitigen. Es handelt sich um die Frage, wie die Kreditversicherungsinstitute dem geringeren Risiko, das sie bei den organisierten Gläubigern zu tragen haben, durch Gewährung von Vorzugstarifen Rechnung tragen sollen.

Ein wichtiger Schritt nach vorwärts ist Resolution III. Der Kongress „erachtet es als notwendig, eine permanent tätige internationale Zentrale zu schaffen, die in wichtigen Fragen des Krediterschutzes mit den entscheidenden legislativen Instanzen aller Länder, sowie mit den für diese Fragen kompetenten internationalen Faktoren . . . Fühlung nehmen soll. Der Creditoren-Verein von 1870 wird ersucht, das Erforderliche zur Schaffung dieser internationalen Krediterschutzzentrale in die Wege zu leiten“. Der Creditoren-Verein hat in den letzten Jahren wiederholt die mitteleuropäischen Gläubigerschutzverbände zu gemeinsamen Eingaben an die Regierungen wegen Änderung der Insolvenzgesetze vereinigt. Das Mandat des Kongresses wird solche Aktionen in Zukunft wesentlich erleichtern, da es der organisierten Gläubigerschutz Europas ein Exekutivorgan verleiht. Die Resolution war vom Syndikus Dr. Birnbaum, Berlin, beantragt worden. Dr. Birnbaum hatte über „Gläubigerschutz und Wirtschaftsorganisationen“ berichtet und dabei ausgeführt, daß die Wichtigkeit der Probleme des Gläubigerschutzes und das Überhandnehmen des Schuldnerschutzes in der Gesetzgebung die Fach- und Spitzenorganisationen der Wirtschaft zur Stellungnahme gezwungen haben. Diese Verbände ergriffen in Deutschland die Föhrung zur Bildung verschiedener Konditionenvereinbarungen. Insbesondere wurde der Eigentumsvorbehalt propagiert als Gegengewicht gegen das Überhandnehmen der von den Geldgläubigern begehrten Sicherungsübereignung.

Resolution IV enthält Anträge des AGN. Dr. Wahle, Wien, der über Kreditföcherung ein Referat erstattet hatte. Stärkerer Schutz der Warengläubiger, besonderer Nachweis der dinglichen Belastungen in den Bilanzen, Schutz nur jenen Pfand- und Sicherungsrechten am beweglichen Vermögen, die kundbar (erkennbar) sind, möglichst gleichartige internationale Regelung der Kreditföcherung, insbes. im Konkurs, waren die Forderungen des Referates bzw. der Resolution.

Über zwischenstaatliche Vollstreckung von Entscheidungen und Schiedssprüchen und Schiedsgerichtsweisen sprachen die österr. MinR. Dr. Krautmann und Dr. Leitmayer. Krautmann stellte vier Thesen auf, die vom Kongresse zur Resolution (V) erhoben wurden. Der Inhalt der Thesen ist kurz folgender: über die Fragen der Zuständigkeit der Gerichte, des Delibationsverfahrens und der Nationalität der Schiedssprüche soll eine internationale Lösung gefunden werden, die die Parteien in die Lage versetzt, bei Abschluß von Verträgen darüber eindeutige Vereinbarungen zu treffen. Zu diesem Zwecke wird empfohlen, die anzuerkennenden Gerichtsstände in den Staatsverträgen bestimmt zu bezeichnen, das Verfahren zur Vollstreckbarerklärung, das grundsätzlich ohne Anhörung des Schuldners stattfinden soll, in den Staatsverträgen selbst zu regeln und als Ort, an dem ein Schiedsspruch erlassen ist, grundsätzlich denjenigen Ort zu erklären, an dem er zustande gekommen ist. Diese wenigen Bestimmungen sollen in einem Kollektivvertrag international festgelegt werden. — MinR. Prof. Leitmayer besprach das Ergebnis der bisherigen Genfer Konventionen auf dem Gebiete des Schiedsgerichtswesens und schlug die Gründung eines internationalen Handelsgeschichtshofes zum Ersatz der privaten Schiedsgerichtsbarkeit vor.

Das Kernproblem des Kongresses bildete jenes der Rechtsangleichung und der Schaffung von Kollisionsnormen auf dem Gebiete des Insolvenzrechtes. Gerade die vielen Unstimmigkeiten, die sich daraus ergaben, daß in den Staaten verschiedenes Recht herrscht, haben zum guten Teil den Gedanken, eine internationale Aussprache über diese Schwierigkeiten zu veranstalten, ausgelöst. Die bezüglichen Referate erstatteten Prof. Weiß, Prag, und Dir. Dr. M. Sparnik, Wien. Resolution VI gründet sich auf den gemeinsamen Antrag der beiden Referenten und fordert ein internationales staatliches Übereinkommen zur Festlegung a) der Voraussetzungen eines Insolvenzverfahrens, b) der internationalen Zuständigkeit für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens, c) der Wirkungen der Einleitung und d) der Wirkungen eines beendigten Insolvenzverfahrens. Darüber hinaus sollen Kollisionsnormen unter Anlehnung an die Grundsätze des internationalen Insolvenzrechtes geschaffen werden.

Resolution VII empfiehlt die Anbahnung einer brauchbaren internationalen Insolvenzstatistik unter Einbeziehung der außergerichtlichen Ausgleichs. Ihr muß die Einigung über gewisse Richtlinien vorausgehen. Referent über dieses Thema war Dr. Ernst Ghörgh, Direktor des Ungarischen Landeskrediterschutzesvereines, Budapest.

Resolution VIII lautet: „Der erste internationale Kongress für Gläubigerschutz bittet den Creditoren-Verein, den internationalen

Gläubigerschutzkongreß zu einer ständig wiederkehrenden Einrichtung zu machen." Diese von Dr. Birnbaum, Berlin, und Dr. Goldschmidt (Lebensmittelgroßhändlerverband), Wien, verfaßte Resolution gab dem von zahlreichen Teilnehmern des Kongresses geäußerten Wunsch Ausdruck.

III. Zu keinen Resolutionen hatten folgende Referate geführt: Univ.-Prof. Bartsch über die Schranken des Präventivakkordes. Dieser bekannte Kommentator der österreichischen Ausgleichsordnung bezeichnet es als Voraussetzung des gerichtlichen Ausgleiches, daß sich die Angemessenheit des Ausgleiches erkennen lasse. Der Schuldner hat den Nachweis zu liefern. Die Durchführung des Ausgleiches muß tunlichst gesichert sein. Schließlich muß der erwartete Erfolg auch wirklich das Verfahren lohnen. Aus diesen Forderungen ergeben sich Hindernisse formaler und materieller Art. Die Verweigerung der Eröffnung soll womöglich vermieden werden. Jedenfalls soll aber die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens nicht durch die Prüfung der Lage des Schuldners verzögert werden. Bartsch kommt zum Ergebnis, daß die Würdigkeitsprüfung im Ausgleichsverfahren im Hintergrunde zu bleiben habe. Bartsch ist auch gegen eine Erhöhung der gesetzlichen Mindestquote und erkennt der Mindestquote nur die Funktion zu Verfahren hintanzuhalten, die nicht einmal die Kosten lohnen.

Dr. Mevert, Leipzig, Dr. Prager, Wien, und Dr. Krojza, Reichenberg, referierten über Auskunftsweisen und Kreditewidenz. Prager empfiehlt speziell Kreditwidenzen im Anschluß an Konditionenkartelle oder Gläubigerschutzverbände, Dr. Krojza an internationale Übereinkommen zur Durchsetzung der Konditionen, ferner die Schaffung von Zentralkatastern durch Vereinigung mit dem Auskunftsdiensle.

IV. Es ist zu hoffen, daß die Resolutionen dieses Kongresses nicht auf dem Papiere bleiben, sondern als Antrieb zu einem geistlichen Ausbau des Gläubigerschutzes zum Wohle der Gesamtwirtschaft dienen werden.

## Verband Deutscher Bücherrevisoren.

(20. Verbandstag, Bremen, Juni 1930.)

Die Tagung behandelte unter anderem auch Fragen, die mit geplanten Gesetzesreformen zusammenhängen. Der Verbandsvorsitzende, Bücherrevisor Friedrich Wünger, Leipzig, beantwortete eine Bilanzreform durch Erhöhung der Publizität; die Aufstellung eines Bilanzschemas sei unzweckmäßig; dagegen könnten für einzelne geeignete Gewerbebezweige Bilanzformulare festgelegt werden. Die Bindung stiller Reserven sei grundsätzlich unbedenklich, sofern eine genaue Gliederung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie des Geschäftsberichtes gegeben werde. Eine Angleichung der Bilanzgrundzüge des Handelsrechts an die des Steuerrechts ist nach Ansicht des Vortragenden nicht durchführbar. Unbedingt nötig sei eine regelmäßige Pflichtrevision angesichts der wiederholt zutage getretenen Unzulänglichkeit der Kontrolle durch den Aufsichtsrat.

Dipl. Bücherrevisor Dr. Schourp, Essen, hielt einen Vortrag über die Vergleichsordnung in der Praxis. Er bezeichnete die Vergleichsordnung als reformbedürftig unter besonderem Hinweis auf die Vorschläge der Industrie- und Handelskammer Köln vom 1. Febr. 1930. Da eine Reform einstweilen nicht zu erwarten sei, müsse im Rahmen des geltenden Gesetzes, vor allem von den Möglichkeiten weitgehender Fristgewährung gem. § 19 VerglO. und der vorläufigen Bestellung der Vertrauensperson zur Mitarbeit im Vorverfahren gem. § 9 VerglO. Gebrauch gemacht werden. Die Anwendung des Rechts der Gläubiger nach § 41 VerglO., eine Vertrauensperson vorzuschlagen, müsse unterbleiben und der Schuldner sich der Beaufsichtigung durch die vorläufige Vertrauensperson freiwillig unterwerfen.

Weitere Vorträge behandelten wirtschaftliche Themen.

## Schrifttum.

**Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz nebst Anhang, enthaltend Entlastungsgesetze.** Handkommentar unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen oberster Gerichte. Begonnen von Dr. R. Sydow. Fortgeführt von Dr. L. Busch, Reichsgerichtsrat i. R., demnächst mit Dr. W. Krauß, Landgerichtsdirektor. Neubearbeitete 20. Auflage. Erster Band: Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung §§ 1—703. Berlin und Leipzig 1930. Walter de Gruyter & Co. 872 S. Preis geb. 18 M.

Nachdem seit Herausgabe der 15. Aufl. wegen des großen Umfangs der Erläuterungen schon die Buchform des bekannten Werkes wiederholt erheblich vergrößert worden war, ist die jetzt vorliegende, durchgängig neue Bearbeitung so umfangreich geworden, daß sich die Herausgeber entschlossen haben, das Werk in zwei Bände zu teilen. Der zweite Band von der Zwangsvollstreckung ab soll mit Rücksicht auf die in Aussicht stehenden Änderungen des schiedsrichterlichen Verfahrens (eine Änderung des ZPO. scheidet einweisen wohl aus) erst später veröffentlicht werden. Danach scheinen die Verf. mit einer halbdigen, grundlegenden Umgestaltung des Verfahrensrechts nicht zu rechnen. In der Tat ist die Fülle der finanz- und staatspolitischen Aufgaben, die von der deutschen Gesetzgebung binnen Jahr und Tag zu lösen sind, so groß, daß sich die Durchführung des zivilprozessualen Reformwerkes sicher verzögern wird, zumal die gerichtsverfassungsmäßigen Zusammenhänge noch umstritten und zu prüfen sind, ohne die Erledigung dieser Fragen aber der Wert eines neuen Rechts zweifelhaft erscheinen muß. Die Zweiteilung verteuert das Werk natürlich nicht unerheblich, und das wird von den Beziehern (ebenso wie das Erscheinen der 14. Aufl. des Stein-Jonas'schen Erläuterungsbuchs) mit gemischten Gefühlen aufgenommen werden, da bekannte Justizverwaltungen und Juristen am meisten sparen und zu sparen gezwungen sind. Aber sie ist als unvermeidlich anzuerkennen, obwohl die Belegstellen, namentlich die älteren, zur Verhinderung der Überfülle verringert worden sind. Die Erläuterungen sind über den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung hinaus erweitert. Besonders zu begrüßen ist, daß sich die Verf. bemüht haben, zahlreiche Erläuterungssätze durch Anführung von Beispielen aus der Praxis anschaulich zu machen. Das ist, wie überhaupt die Erläuterung, in der bekannten knappen, klaren Art des Werkes geschehen, die musterergültig und in der Zuverlässigkeit nicht zu übertreffen ist. Ich habe zahlreiche Stichproben vorgenommen und keine einzige Fundstelle angetroffen, deren Übergabe verbesserungsbedürftig gewesen wäre. Die Vorschriften des ArbGG sind jetzt in zweckmäßiger Weise neben der ZPO. an den einschlägigen Stellen gegenübergestellt und die erforderlichen Hinweise

auf die Abweichungen beider Verfahren gegeben. — Es ist selbstverständlich, daß ein Werk, wie das vorliegende, das über ein halbes Jahrhundert lang fortläufig auf das Sorgfältigste durchgesehen und ergänzt worden ist, trotz der ungeheuren Zahl der auftauchenden Fragen kaum je verfallen wird. Es sei aber gestattet, auf einige wenige Lücken hinzuweisen.

1. Nach § 47 ZPO. hat ein abgelehnter Richter vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, die keinen Ausschlag gestatten. Hierfür fehlen Beispiele. Sofern solche in anderen Erläuterungswerken überhaupt angeführt werden (Stein-Jonas, Baumbach, Sellner), werden Arreste, bisweilen auch noch Beweisaufnahmen erwähnt. Wann aber ist die Erledigung einer Beweisaufnahme eine unaufschiebbare Handlung? Schon, wenn die Zeugen erschienen sind und die Nichtvernehmung voraussichtlich übersflüssige Kosten verursachen würde? Stein-Jonas verlangen, der abgelehnte Richter solle prüfen, ob Gefahr im Verzuge vorliegt. Man wird dieser strengeren Auffassung beitreten müssen. Sie umfaßt auch den Erlaß einer Ungebührstrafe. Wenn die Ordnung der Verhandlung in gröblicher Weise gestört, das Gericht vielleicht beleidigt oder verhöhnt wird, darf mit der Verhängung der Ungebührstrafe nicht gewartet werden, bis das vom Störensried erklärte Ablehnungsgesuch erledigt ist.

2. Auch Sydow-Busch-Krauß erläutern den Begriff der Prozeßfähigkeit (§ 51 Anm. 5) dahin, in erster Linie seien die §§ 52—58 anzuwenden. In Wirklichkeit seien nach dem jetzt geltenden Recht hinsichtlich der Prozeßfähigkeit diese erschöpfenden Vorschriften auch allein maßgebend, da das gegenwärtige bürgerliche Recht keine Vorschriften über die „Fähigkeit, vor Gericht zu stehen“ enthalte. Diese Behauptung von der Bedeutungslosigkeit des bürgerlichen Rechts für die Auslegung des § 51 (und damit auch des § 79 ZPO.) trifft nicht zu. Ich verweise auf meine Ausführungen (ZV. 1926, 2412; 1929, 164) und Kümelins Besprechung des Rosenbergschen Lehrbuchs (ArchZivPr. 131, 248 Anm. 7). Die Frage ist keinesfalls ohne praktische Bedeutung, wie die von mir angezogenen Beispiele beweisen.

3. Die Bemerkungen zu § 157 ZPO. sind (wie in den meisten Erläuterungsbüchern) insofern unvollständig, als jede Andeutung über den Zweck fehlt, den der Gesetzgeber mit der Aufstellung des § 157 Abs. 1 ZPO. verfolgt. Das ist um so bedauerlicher, als sich gerade das vorliegende Werk — mit Recht — eines außerordentlich hohen Ansehens bei allen Gerichten erfreut. Vielleicht würde bei rechtzeitiger Ausfüllung der Lücke die Unsicherheit und Ungleichmäßigkeit in der Anwendung des Gesetzes durch die AG. nicht den Umfang erreicht haben, der zur Zeit festzustellen ist. Die anderweitige gesetzliche Regelung ist, wie ich nachzuweisen versucht habe, unvermeidlich. Übrigens ist es zweckmäßig, hervorzuheben, daß sich die Zurückweisung nach geltendem Recht weder auf die Einreichung von Schriftsätzen noch auf

sonstige aus einer Vollmacht herzuleitenden Befugnisse und nicht auf Zustellungen bezieht. In Zusammenhang hiermit s. hier

4. die Frage der Erstattungs-fähigkeit der Gebühren eines geschäftsmäßigen Laienvertreters. Die Herausgeber begnügen sich damit, *ZW.* 1926, 75 (*LG.* III Berlin) anzuführen, und fügen hinzu: Nicht, wenn Anwälte genügend vorhanden. Das ist nicht vollständig. Die ältere Übung des *LG.* III Berlin ist durch den *ZW.* 1927, 1660 abgedruckten Beschl. v. 20. März 1927 aufgegeben (vgl. meine Anm. 2 a. a. D. und jetzt auch den Beschl. des *LG.* Hanau v. 27. Jan. 1930 und meine Ausführungen *ZW.* 1930, 2312<sup>1</sup>).

5. Nach § 357 *ZPO.* ist den Parteien gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen. Daher sind, wie auch die Verf. zutreffend hervorheben, die Parteien von dem Termin so rechtzeitig zu benachrichtigen, daß ihnen die Wahrnehmung des Termins möglich ist. Darüber ist kein Streit. Wie aber hat sich das Gericht zu verhalten, wenn der Termin aus erheblichen Gründen (§ 227 Abs. 1) aufgehoben werden muß? Darf es sich in diesem Falle darauf beschränken, die Verfügung über die Aufhebung des Termins (und die Anberaumung eines neuen Termins) gemäß § 329 Abs. 3 zustellen zu lassen, oder ist, wenn ersichtlich ist, daß die Zustellung die Partei nicht mehr erreichen wird, telegraphische Mitteilung zu erlassen? In der Praxis wird die telegraphische Mitteilung nicht selten unterlassen, und es kommt vor, daß die auswärts wohnenden Parteien oder ihr Anwalt erscheinen und erst jetzt von der Aufhebung des Termins Kenntnis erhalten. In einer Recht 1907 Nr. 3309 (a. a. D. ohne nähere Begründung) abgedruckten Entsch. v. 14. Okt. 1907 hat das *OLG.* Colmar ausgesprochen, der mit der Beweisaufnahme betraute Richter begehre keine Verletzung einer ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht, wenn er es unterlasse, von der Aufhebung des Beweisaufnahmetermins, die er auf ein kurz vor demselben eingelaufenes Gesuch des Prozeßbevollmächtigten der Partei bewilligt habe, den auswärtigen Prozeßbevollmächtigten der anderen Partei telegraphisch zu benachrichtigen. Fände sich dieser in Unkenntnis der erst nach seiner Abreise ihm durch die Post zugestellten Aufhebung des Termins am Orte der Beweisaufnahme ein, so haste der Richter der Partei nicht für die durch die fruchtlose Reise ihres Prozeßbevollmächtigten entstandenen Kosten. Diese Entsch. ist von *Staudinger*<sup>9</sup> (Anm. 5 a a zu § 339 *BGB.*) ohne weiteres übernommen. Mir ist zweifelhaft, ob im gegebenen Falle der auf § 339 a. a. D. gestützte Rückgriffsanspruch wirklich der Begründung entbehrt. Die Benachrichtigungspflicht des Richters nach der einen wie der anderen Richtung steht fest. Er hat sie so zu erfüllen, daß berechnigte Belange des Verkehrs gewahrt werden. Für den Berechtigten ist der Hinweis auf § 329 Abs. 3 *ZPO.* und die Möglichkeit, von dem, vielleicht zahlungsunfähigen Gegner (unter den Voraussetzungen des § 95 *ZPO.*) Ersatz erheblicher Reisekosten zu erlangen, ein geringer Trost. Ich möchte daher grundsätzlich die telegraphische Mitteilung empfehlen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der beauftragte oder ersuchte Richter die Beweisaufnahme für wichtig hält oder nicht; eine dahingehende Prüfung steht ihm nicht zu, die Partei muß sich regelmäßig schlechthin auf die aus § 357 *ZPO.* ergebenden gerichtlichen Maßnahmen verlassen können. Bei offenbaren Kleinigkeiten wird man vielleicht eine Ausnahme zulassen können. Eine Stellungnahme des Erläuterungsbuches zu dieser Frage, die in der Praxis nicht selten auftaucht, wäre wünschenswert.

*OLGPräs.* i. R. Dr. Levin, Berlin.

**Dr. Paul Dertmann**, Professor und Geh. Justizrat in Göttingen: **Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts**. Vierte und fünfte verbesserte Auflage. Leipzig 1930. *M. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung* (Dr. W. Scholl). 313 S. Preis geh. 8 *M.*, geb. 9,80 *M.*

Daß dieser Grundriß jetzt bereits in 4. und 5. Aufl. erscheinen konnte, zeugt von der guten Einführung des Buches. In der Tat ist es dem Verf. in hervorragender Weise gelungen, den vielfach als spröde bezeichneten Lehrstoff des Zivilprozeßrechts in klarer knapper Form und übersichtlicher Gliederung den Studierenden anschaulich darzustellen. Dem Lehrzweck dient namentlich, daß die wesentlichen Grundlagen des Prozeßrechts besonders beleuchtet werden. Zu den Streitfragen von grundsätzlicher Bedeutung ist überall unter Heranziehung der einschlägigen älteren und neueren Literatur Stellung genommen; Zitate aus der *Rspr.* finden sich dagegen weniger. Alles in allem ein Buch, das den Rechtsbesessenen beim Studium des Zivilprozeßrechts warm empfohlen werden kann.

*VizePräs.* des *RG.* i. R. Dr. David, Berlin.

**Weinberg-Manasse: Das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses vom 5. Juli 1927 (Vergleichsordnung)**. 4. Auflage. Berlin und Wien. *Industrie-Verlag Spaeth & Linde*. 247 Seiten. Preis 5 *M.*, gebunden 6,50 *M.*

Unter den Kommentaren zur *VerglD.* nimmt der vorliegende insofern eine eigene Stellung ein, als zu dem Juristen, *N. Dr. Fritz Weinberg*, der Kenner der Wirtschaft und des

Vergleichswesens, *Kommerzienrat B. Manasse*, getreten ist. Dadurch erhält es seinen besonderen Wert als Kommentar der Praxis. Aus ihr entstanden ist es hauptsächlich für sie bestimmt, für den Industriellen, den Gewerbetreibenden jeder Art. Aber auch für den Juristen, nicht zuletzt den Richter, hat es Bedeutung, indem es ihn in die Gedankengänge der Geschäftswelt einführt und mit manchem bekannt macht, was ihm sonst schwer zur Kenntnis kommt. Dem Hauptzwecke entsprechend ist Sprache und Darstellung einfach, sich von theoretischer Erörterung fernhaltend, dabei aber doch auf alle praktisch erheblichen Fragen nach ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung eingehend. Die Verf. sind keine besonderen Freunde der *VerglD.* und sie sparen nicht an Kritik und Änderungsvorschlägen, von denen viele recht beachtlich sind. In der Einführung wird kurz auf die Entstehungsgeschichte der *VerglD.* eingegangen und ein knapper Überblick über das Gesetz gegeben, der sein Verständnis sehr erleichtert. Die Ausführungen zu den Gesetzesbestimmungen selbst sind juristisch gut begründet und dort, wo es erforderlich ist, auch eingehender, stets aber geleitet vom Gesichtspunkte der praktischen Belange. Deshalb sind z. B. die wichtigen Sukzessionsverträge besonders ausführlich behandelt, auch wird des öfteren auf den außergerichtlichen Vergleich eingegangen, seine Bedeutung und sein Unterschied vom gerichtlichen Vergleich hervorgehoben. Die einschlägigen Bestimmungen der *RD.* fehlen nicht. Zahlreiche Beispiele und Muster für Anträge, Verträge und Beschlüsse erhöhen die Brauchbarkeit des Werkes.

Leider haben sich an mehreren Stellen Druckfehler eingeschlichen, so *S.* 49 (§ 22 *Z.* 4 statt 7), *S.* 72/73 (§ 22 *Z.* 6 statt 2; § 23 *Z.* 2 u. 3 statt 3 u. 4; § 22 *Z.* 3 statt 5), *S.* 75 (§ 22 *Z.* 4 statt 6). Die Ausführungen *S.* 61 u. *S.* 155 scheinen in Widerspruch zu stehen, was aufzuklären wäre. Auch *S.* 99 Anm. 1 Abs. 2 zu § 33 bedürfte wohl einer näheren Erläuterung, ebenso wie *S.* 146 oben die Auffassung nicht recht haltbar erscheint. Die *S.* 72/73 (Anm. 2 zu § 13) behauptete Praxis des *LG.* Berlin-Mitte dürfte kaum bestehen.

Abgesehen von diesen kleinen Mängeln, die die Tüchtigkeit des Werkes nicht beeinträchtigen, ist das Buch für alle, die sich mit der Praxis des Vergleichsverfahrens zu befassen haben, ein wertvolles und brauchbares Mittel zum Verständnis und zur Handhabung des Gesetzes.

*ACH. Wunderlich*, Berlin.

**Gesetz über den Vergleich zur Abwendung der Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927**. Erläutert von **Dr. Wilhelm Kiewow**, Geh. Regierungsrat, Ministerialrat im Reichsjustizministerium. (Sammlung Deutscher Gesetze Nr. 130.) 3., neubearbeitete Auflage. Mannheim 1930. **J. Bensheimer**.

Die anerkennende Besprechung, die *ZW.* 1928, 1133 dem Kiewow'schen Werke gewidmet ist, trifft auch in vollem Umfang auf die jetzt vorliegende dritte Auflage zu. In ihr sind Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum bis 31. März 1930 so ausführlich und gründlich berücksichtigt, daß der Umfang des Werkes fast sieben Bogen stärker geworden ist.

Man wird Kiewow's Erläuterungsbuch wirklich als den Kommentar zur *VerglD.* bezeichnen können, der durch seine sorgfältige Bearbeitung ein ausgezeichnetes Ratgeber und zuverlässiger Führer ist.

**Kommerzienrat B. Manasse** und **Rechtsanwalt Dr. Alfred Levi: Vergleichstechnik bei Zahlungsschwierigkeiten**. 2. Auflage. Berlin und Wien. *Industrie-Verlag Spaeth & Linde*. 168 Seiten. Preis 4,80 *M.*, gebunden 6,30 *M.*

Das Werk der beiden Verf., von denen der eine als erfahrener Kenner auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens, der andere als Mitarbeiter angesehenen Wirtschaftsverbände bekannt ist, kann als Ergänzung des von Manasse geschriebenen Buches „Praxis der Geschäftsgründung“ und des von ihm unter Mitarbeit des *H. Weinberg* verfaßten Kommentars zur *VerglD.* gelten. So wie jene Schriften, ist auch das vorliegende Lehrbuch in erster Linie für die Praxis bestimmt, und zwar namentlich für diejenigen, welche sich mit der Sanierung notleidender Schuldner zu befassen haben. Aber auch dem Schuldner selbst und den Gläubigern ist das Buch ein wertvoller Ratgeber. Mit Recht betonen die Verf., daß eine richtige Einstellung dieser beiden Faktoren oft fehlt, wie es überhaupt an einem entwickelten deutschen Insolvenzrecht mangelt. Da einzugreifen und die Wege zur Verhütung und Heilung zu zeigen, ist Aufgabe des Werkes, das nach Form und Inhalt neuartig ist. Als bestes Mittel zur Vorbeugung und Hebung der Folgen des Zusammenbruchs erscheint der Vergleich. Ihn aber befriedigend für Gläubiger und Schuldner zu formen und durchzuführen ist eine Kunst, deren Technik nicht einfach ist. Hier müssen sich Erfahrung des kaufmännischen Praktikers mit Rechtskunde paaren, wollen sie erfolgreich sein. In einer solchen Zusammenarbeit liegt der Wert des Buches. Es wird dazu beitragen, das Vergleichswesen, das dem Bedürfnis der Wirtschaft folgend, sich aus sich selbst gebildet hat — ähnlich wie die Trennhandhaft und Sicherungsüberzeugung —, fester zu gestalten.



Das Werk befaßt sich mit den drei Arten des Vergleichsverfahrens, dem außergerichtlichen Vergleich, dem gerichtlichen der VerglD. und dem Konkursvergleich (Zwangsvergleich), jeden nach seiner Sonderheit behandelnd und diese zu den anderen Arten abgrenzend. Von den Arten des Vergleichs selbst werden Liquidationsvergleich (Privatkonkurs) und Treuhandvergleich, Quoten- und Stundungsvergleich (Moratorium) sowie bei den Vergleichsicherungen die Treuhand- und Bürgschaftsicherung unterschieden. Besonders Gewicht wird auf die Vorbereitung des Vergleichs als dem Kernpunkt der Vergleichstechnik gelegt. Die in Betracht kommenden Rechtsfragen werden überall berücksichtigt und klargestellt, so Sicherungsübereignung und Abtretung, Eigentumsvorbehalt, Kommissionswaren, Kreditbetrug. Auch der Kosten und steuerrechtlichen Bestimmungen ist gedacht. Ein Anhang enthält brauchbare Muster für Schreiben, Anträge und Beschlüsse. Die Sprache ist einfach und plastisch, bisweilen etwas blühend, überall aber gemeinverständlich.

Einzelne Stellen werden der Nachprüfung bedürfen. So ist nicht verständlich, warum die Vorschriften des BGB. für die Bürgschaft weder für die VerglD. noch für den Konkurs gelten sollen (§. 104). Die dreifünftägige Frist (§. 18 Abs. 4) läuft nicht bis zur Eröffnung des Konkurses, sondern bis zur Einreichung des Eröffnungsantrags (§§ 3, 70 VerglD.). § 187 K.O. erlaubt Ablehnung des Zwangsvergleichs nicht schlechthin, sondern nur bei leichtsinnigem Verhalten des Schuldners (§. 79). Nach § 74 VerglD. bestehen Zinsansprüche vom Bestätigungsbeschluss ab (§. 83). Die Bürgschaftserklärung muß im Vergleichsprotokoll (VerglD.) ausdrücklich wiederholt werden; eine Nichtrücknahme genügt nicht (§. 103).

Der Wert derartiger zusammenfassender Lehrbücher wird bisweilen bezweifelt wegen der Gefahr der gedankenlosen Übertragung auf nicht geeignete Fälle. Dem kann wenigstens für das vorliegende Werk nicht zugestimmt werden. Allerdings können nicht alle Einzelfälle berücksichtigt werden, wenn auch vielfache Beispiele gebracht werden. Aber die allgemeinen Grundlinien sind so klar gefaßt, daß auch der ungeübte Laie unterscheiden kann, wo sie anwendbar sind. Jedenfalls ist dem wertvollen Werke das Verdienst nicht abzuspochen, zum ersten Male ein Bademikum geschaffen zu haben auf einem Gebiete, das der Bearbeitung bisher noch entbehrte. Es wird dem Juristen, dem Kaufmann und der gesamten Wirtschaft von größtem Nutzen sein.

AGN. Wunderlich, Berlin.

**Dr. Hugo Cahn: Gesetz über die Pflicht zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens vom 25. März 1930.** J. Schweizer Verlag, München. 28 Seiten. Preis 1 M.

Das neue Gesetz bringt außer der Aufhebung einiger Kriegs- und InflationsW.D. nur der Zeit angepasste Änderungen des BGB., S.O.B., UmbS.G. und GenG. Es sind dies aber so einschneidende Änderungen, daß es unbedingt erforderlich ist, sich mit ihnen vertraut zu machen. Dieser Aufgabe dient der vorliegende kleine Kommentar des bekannten Kenners der VerglD., die für die neuen Gesetzesregelungen ja mitbestimmend war. Wie es für einen Erstkommentar verständlich ist, können Erfahrungen mit der Handhabung des Gesetzes noch nicht verwertet werden. Daher muß sich eine derartige Erläuterung, wie es auch hier geschieht, zunächst an die Gesetzesbegründung anlehnen. Darüber hinaus wird aber das Gesetz im ganzen und in seinen einzelnen Teilen einer gründlichen Erörterung unterzogen, welche in knapper, aber juristisch scharfer Form überall Bedeutung, Ursachen und Wirkungen, sowie die Zwecke der neuen Bestimmungen klarstellt, und zwar unter reichlicher Heranziehung der bisherigen Literatur und Judikatur und unter Herborhebung der Besonderheiten einer jeden Neuerung für die einzelnen davon betroffenen Fälle. Beachtlich sind die kritischen Bemerkungen zu Fassung und Inhalt des Gesetzes, und von besonderem Wert die mancherlei praktischen Ratschläge für zweifelhafte Fälle und Komplikationen. Die Schrift ist für jeden, der sich mit Inhalt und Anwendung der neuen Vorschriften zu befassen hat, von zweifellosiger Bedeutung.

AGN. Wunderlich, Berlin.

**Vergleichsordnung. Gesetz über den Vergleich zur Anwendung des Konkurses v. 5. Juli 1927 unter Berücksichtigung des Gesetzes über die Pflicht zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses v. 25. März 1930.** Erläutert von Rechtsanwalt Dr. Heinrich Eisold in Dresden. Verlag Mitteldeutsche Treuhand-Aktiengesellschaft Dresden-Blasewitz. Preis 5,90 M.

Trotz der bereits reichlichen Anzahl von Erläuterungswerken zur VerglD., über die die Praxis bereits verfügt, ist das Erscheinen des vorliegenden in seiner ganzen Darstellungsform eigenartigen Werkes mit Freude zu begrüßen. In den Erläuterungen zur VerglD. hat der Verf. der Übersichtlichkeit der Stoffanordnung in ganz besonders geschickter Weise dadurch Rechnung getragen, daß jeder einzelnen Anmerkung stichwortartig eine kurze Inhalts-

andeutung vorausgeschickt ist. Die Erläuterungen zeichnen sich vor anderen Sammelwerken zur VerglD. dadurch aus, daß sie auch den nicht gerade wenigen schweren Problemen der VerglD. nicht aus dem Wege gehen, sondern tief in dieselben hineinfeigen und dadurch dem Leser wertvolle Fingerzeige über Rspr. und Literatur bieten. So seien als Beispiel ausgezeichnete Erläuterungen diejenigen über den Kreis der im Verfahren Beteiligten und über die Behandlung der schwebenden Geschäfte hervorgehoben. Bei den letzteren Erläuterungen behandelt auch der Verf. die Jaeger'sche Theorie über die sogenannten Wiederkehrschulverhältnisse bei Entnahmen von Wasser, Gas und Elektrizität, wobei freilich die nicht ganz unbeträchtliche Opposition gegen die Jaeger'sche Anschauung nur etwas knapp angedeutet ist. Dem Werke gerecht es zum Vorteil, daß auch die bisherige, nicht gerade überreichliche Rspr. zur VerglD. überall wiedergegeben ist, insbes. auch die in der Spezialpresse (Konkurs- und Treuhandwesen, Monatschrift für Wirtschaft und Recht) veröffentlichte. Besonders erhöht wird der Wert des Buches durch die beigelegten Anhänge, von denen der eine die Effekten des Bankkurden im Vergleichsverfahren der Bank und der zweite den Liquidations- und Treuhandvergleich behandelt. Hier sind die besonders schwierigen Probleme der Stellung des Treuhänders im Liquidationsvergleich unter Bezugnahme zur einschlägigen Literatur und Judikatur erschöpfend behandelt. Beigelegt und mit großer Sorgfalt ausgearbeitete Musterbeispiele, nicht nur für die alltäglichen Formulare des Vergleichsverfahrens, sondern auch für schwierigere damit im Zusammenhang stehende Rechtsgeschäfte (Gründung einer Sanierungsgesellschaft, Treuhandvertrag) erhöhen den Wert des Buches.

Die deutsche Anwaltschaft hat — das sei auch in dieser Richtung wieder betont — auch für die Kommentierung der VerglD. ihre führende Stellung behauptet.

JR. Dr. Lemberg, Breslau.

**Erich Schwinge: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobilienvollstreckungsrecht.** 7. Heft der von Reich, Mendelssohn Bartholdy und Pagenstecher herausgegebenen Beiträge zum Zivilprozeß. Mannheim 1930. Verlag J. Bensheimer. XV und 115 Seiten. Preis 8 M.

Für die Unterjuchung des fehlerhaften Vollstreckungsaktes und seiner Wirksamkeit hat der Verf. sicher den Zeitpunkt günstig gewählt. Denn auf der einen Seite stellt das Thema der Arbeit ja nur einen Ausschnitt dar aus jenem umfassenderen Problem der Gültigkeit des fehlerhaften Staatsaktes überhaupt, dessen sich gerade in neuerer Zeit unsere publizistische Literatur in immer wachsenderem Maße annimmt (vgl. das Schrifttum bei W. Jellinek, Verwaltungsrecht, § 11 am Anfang). Auf der anderen Seite ist nach der Überwindung der privatrechtlichen Auffassung der Zwangsvollstreckung durch die besonders von Stein geförderte Erkenntnis des rein öffentlich-rechtlichen Charakters der Pfandverpfändung der Weg frei, um an die Ergebnisse der publizistischen Lehre Anschluß zu suchen und die dort geleistete Vorarbeit für das prozeßuale Gebiet der Vollstreckung nutzbar zu machen, die ihrer Struktur nach eine starke Verwandtschaft gerade mit dem Verwaltungsrecht aufzuweisen hat. Daß darüber hinaus der Verf. auch die strafrechtliche Lehre und Judikatur über die tatbestandlichen Voraussetzungen des Pfandbruchs (§ 137 StGB.) in den Kreis der Betrachtung einbezieht, ist im Interesse einer möglichst vielseitigen Behandlung des öffentlich-rechtlichen Problems nur zu begrüßen.

Und nun zur Sache selbst, d. h. der Frage, welche Folgen ein Verstoß gegen die den einzelnen Vollstreckungsakt regelnden Verfahrensvorschriften für dessen Wirksamkeit haben soll. Daß die Antwort des Verf. ausgehen würde von der Regel der bloßen Unfechtbarkeit des fehlerhaften Staatsaktes, der nur ganz ausnahmsweise einer „ipso iure-Nichtigkeit“ verfallen darf, war nicht anders zu erwarten. Die Schwierigkeit beginnt ja erst bei der Entsch. für die eine oder andere der beiden Möglichkeiten im konkreten Falle der Gesetzesverletzung, deren Schwere abzuwägen werden muß. Wenn democh zur Begründung dieser für den Bereich der staatlichen Willensäußerung anerkannten Bevorzugung bloßer Unfechtbarkeit als Folge des Verfahrensverstößes hier ein Wort gesagt werden darf, so ist es dies, daß bei der Herausarbeitung des sich an dieser Stelle aufdrängenden Gegenstandes der Behandlung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Akte der wirklich wesentliche Unterschied in der Literatur zu kurz kommt: daß nämlich die für die Tätigkeit der Staatsorgane erlassenen Vorschriften in aller Regel als „Zulässigkeitsvoraussetzungen“ für die Vornahme des betreffenden Aktes gemeint sind und nur ganz ausnahmsweise auch die Rolle echter Gültigkeitsvoraussetzungen spielen, als welche sie dann überhaupt erst einen Vergleich mit den Gültigkeits- oder Wirksamkeitsvoraussetzungen des privaten Rechtsgeschäfts gestatten. Zu verhindern, daß ein wegen Formlosigkeit nichtiger Grundstückskaufvertrag abgeschlossen wird, hat der Staat kein Interesse. Daß eine Kündigung unter Nichteinhaltung der für sie geltenden Kündigungsfrist „ungulässig“ sei, bedeutet in Wahrheit ja nur, daß die so vorgenommene Kündigung unwirksam ist. Genug, wenn die Rechtsordnung den Privaten die Voraussetzungen bekanntgibt, unter denen sie deren Rechtsgeschäfte mit den gewollten

Wirkungen auszuüben bereit ist (von den verbotenen Rechtsgeschäften und deren Wirksamkeit kann hier abgesehen werden). Daß mit den Akten seiner eigenen Organe der Staat nicht so verfahren kann, daß sich der Schwerpunkt schon auf den ordnungsgemäßen Erlaß derselben, von den Gültigkeitsvoraussetzungen auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen hier verzieht, darauf kommt es an. Der immer wieder gebrachte Hinweis auf die Verkehrs- und Rechtssicherheit, auf die Autorität der staatlichen Willensäußerung allein genügt nicht, um die unterschiedliche Einstellung des privaten und öffentlichen Rechts zur Nichtigkeit seiner Akte zu erklären, wenn nicht zugleich betont wird, daß die Verfahrensvorschriften von vornherein als Zulässigkeitsvoraussetzungen eine ganz andere Funktion haben als die Wirksamkeitsvoraussetzungen des privaten Rechtsgeschäfts.

Woran aber — das Gesetz schweigt ja — ist zu erkennen, welche Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts Gültigkeitsvoraussetzungen enthalten? Wenn der Verf. diese Frage für die Pfandverstrickung und das Pfändungspfandrecht getrennt untersucht, so ist das an sich verständlich. Aber er scheint mir doch bei der Schlussfolgerung, daß für das Pfändungspfandrecht wegen seines privatrechtlichen Charakters „andere Nichtigkeitsgründe Platz greifen müßten, als bei der Pfandverstrickung“, zu wenig der Tatsache Rechnung zu tragen, daß dieses Pfandrecht unbeschadet seines privatrechtlichen Inhaltes aus dem öffentlich-rechtlichen Akt entsteht und deswegen bezüglich seiner Rechtsgültigkeit den allgemeinen Regeln über fehlerhafte Staatsakte unterstellt bleiben muß (vgl. dazu Jakobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 417, von dem ja gerade Schwinge den Begriff des „privatgestaltenden Staatsaktes“ für die Pfändung und das aus ihr erwachsende Pfandrecht übernimmt).

Ob bei der Grenzziehung zwischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen, wie sie im weiteren Verlauf der Untersuchung für den einzelnen fehlerhaften Vollstreckungsakt vorgenommen wird, der Verf. die von der prozessualen und verwaltungsrechtlichen Literatur für verwandte Fälle gewonnenen Ergebnisse und Einteilungen genügend ausgewertet hat, ist mir nicht immer unzweifelhaft. Schwinge hat es vorgezogen, eigene Wege einzuschlagen. Bei der Herausarbeitung der Gültigkeitsvoraussetzungen des Vollstreckungsaktes legt er zunächst den Hauptwert auf den Begriff bzw. Zweck der Pfandverstrickung oder des Pfandrechts, um von ihm aus (nach längerem Eingehen auf das allgemeinphilosophische Problem der Begriffsbildung und unter Anlehnung an Kicker) zu den wesentlichen Merkmalen des Vollstreckungsaktes zu kommen: „Als wesentlich werden die Vorschriften zu bezeichnen sein, deren Befolgung vom Standpunkt des Gesetzes aus für die volle Lösung der sachlichen Aufgabe der Verstrickung als unentbehrlich erscheint.“ Daß dieses Ergebnis sich im letzten Ende nicht allzu weit von den in der Literatur seither unternommenen Lösungsversuchen entfernt, die doch irgenwie alle bei der Wahl zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auf die Wesentlichkeit des Verfahrens mangels und dabei notgedrungen auch auf den Zweck der einschlägigen Vorschriften abstellen, entgeht auch Schwinge nicht. Nur habe ich Bedenken, ob sich alle Wirksamkeitsvoraussetzungen des Staatsaktes wirklich — wie Schwinge meint — aus dessen Begriff ableiten lassen. Gehört wirklich z. B. die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Vollstreckungsorgans, deren Fehlen Schwinge in einem viel zu weitgehenden Umfange als Nichtigkeitsgrund ansieht, zum Begriff des erlassenen Vollstreckungsaktes, weil sie „für die Lösung der der Verstrickung gesetzten sachlichen Aufgabe (Herstellung staatlicher Beschlagnahme) unentbehrlich“ sei? Und ist wirklich „damit zugleich entschieden, daß bei Mangel dieser Zuständigkeit begrifflich nicht mehr von einer gültigen Pfandverstrickung die Rede sein kann, also ein absolutes Nichts vorliegt“? Ich kann mich des Eindruckes nicht erwehren, daß Schwinge durch die Hervorkehrung des für den „Begriff der Prozesshandlung wesentlichen Merkmals“ viel zu sehr in die Gefahr gerät, die Aufmerksamkeit von dem wegen wesentlicher Mängel wichtigen Staatsakt abzulenken und einzuengen auf den „Nicht-“ oder Scheinakt, ja daß er zuweilen den Gegensatz von Nichtprozesshandlung und nichtiger Prozesshandlung vermengt mit dem ihn beschäftigenden Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Vollstreckungsaktes. Darauf deutet schon die oben wiedergegebene Äußerung, daß beim Fehlen der Zuständigkeit (örtlichen oder sachlichen) „ein absolutes Nichts vorliegt“, und dafür spricht erst recht die sich auf S. 26 findende, offensichtliche Gleichsetzung des Gegenfases von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mit dem von Risch, LZ. 1923, 625 behandelten Unterschied von Nichturteil und nichtigem Urteil.

Auf die Hervorkehrung dieser grundsätzlichen Fragen muß sich die Besprechung der Schwingeschen Schrift notgedrungen beschränken und dabei bewußt die den Vollstreckungsmängeln und ihren Folgen im einzelnen geräumten Untersuchungen zu kurz kommen lassen, obwohl gerade auf sie der Verf. viel mühevoller Kleinarbeit und Sorgfalt bei der gewissenhaften Berücksichtigung der Literatur und Rechtsprechung hat verwenden müssen.

PrivDoz. Dr. Böttcher, Gießen.

Sanierung, der außergerichtliche Vergleich, die Sanierungs-treuhand. Mannheim 1930. J. Benschheimer. 205 S.

Die wirtschaftliche Erscheinungsform der Sanierung ist von der Betriebswirtschaftslehre schon mehrfach unter einheitlichen Gesichtspunkten dargestellt (vgl. Mannheim: Sanierung, 1924; Findel: Unternehmungsform, S. 114 ff.; Hannemann: Vierteljahrschrift f. Steuer- und Finanzrecht 1928, S. 665 ff.). Eine zusammenfassende Darstellung der rechtlichen Gesichtspunkte fehlte bisher. Das Material ist in den Kommentaren zur Vergleichsordnung, ferner im aktienrechtlichen Schrifttum für die Teilerklärungen des gerichtlichen Vergleichs und der Kapitalherabsetzung mit folgender Kapitalerhöhung, im übrigen nur sehr verstreut zu finden. Dabei ist der Begriff der Sanierung rechtlich auch dem Gesetzgeber nicht mehr fremd. (Vgl. über die Sanierung des Schichau-Unternehmens v. 11. Mai 1929, RGVl. 1929, 9.)

Emmerich will diese Lücke ausfüllen. Der erste Teil des auf zwei Bände berechneten Werkes, dem mannigfache Vorstudien vorausgegangen sind, liegt vor. Emmerich schließt den gerichtlichen Vergleich und die einzelnen Sanierungsgehalte von der Erörterung aus. Im ersten Teile behandelt er Form und Inhalt der Sanierung, dann in eingehender Erörterung den außergerichtlichen Vergleich, den Liquidationsvergleich, die Verwendung der Treuhandakt bei der Sanierung. Den Schluß dieses Teiles bilden kurze Abhandlungen über strafrechtliche und steuerrechtliche Fragen.

Im zweiten Teile soll die Sanierung der Personal- und Kapitalgesellschaften behandelt werden.

In einem ersten Kapitel werden (S. 1—43) Wesen, Form und Inhalt der Sanierung erörtert. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn diesem systematischen Teile eine der Praxis entnommene Darstellung typischer Sanierungen gefolgt wäre. Bei einer zusammenfassenden Darstellung einer derartigen wirtschaftlichen Erweiterung sind die Rechts Tatsachen für das Verständnis von großer Bedeutung. Auch die Ergebnisse der Betriebswirtschaftslehre, wie sie z. B. in einer auch für rechtliche Erörterungen brauchbaren Systematik in dem erwähnten Aufsatz von Hannemann angeführt werden, hätten zweckmäßig zur Darstellung gelangen müssen.

Unter „Sanierung“ versteht Emmerich (S. 4) die „allgemeine Lösung eines wirtschaftlichen Unternehmens aus finanziellen Schwierigkeiten, die seinem Bestande drohen, durch Hilfe von außen oder Vergleich mit den Gläubigern oder Kapitalherabsetzung“. Emmerich mißt dem so gebundenen Begriffe zunächst systematische Bedeutung zu. Darüber hinaus handelt es sich nach seiner Ansicht (S. 6) um einen Rechtsbegriff, aus dem sich unmittelbare Rechtsfolgen positiver Art ergeben. Ich bin gleicher Ansicht, vermag allerdings den Beweis in den Ausführungen von Emmerich nicht zu erblicken, da er sich damit begnügt, daß es sich um einen „Oberbegriff allgemeiner Art“ handelt. Mit Sägen, wie: „die Sanierung gewährt Rechtsschutz“ und „die Sanierung ist geeignet, als Grundlage einzelner Rechtsgeschäfte zu dienen und ihre rechtliche Anerkennung herbeizuführen“ ist nicht viel anzufangen. Wichtiger erscheint mir die Prüfung, was die Vertragspraxis, die den Begriff nicht selten verwendet, unter einer Sanierung versteht. Man denke an den Fall, daß ein Kartellvertrag oder ein Konzernvertrag vorliegt, daß das Vertragsverhältnis aufgelöst wird oder das betreffende Mitglied ausscheidet, wenn es in Zahlungsschwierigkeiten gerät, daß diese Rechtsfrage jedoch nicht eintritt, wenn binnen einer gewissen Frist das Unternehmen saniert wird. Der Begriff „Sanierung“ wird vorausichtlich auch weiter den Gesetzgeber beschäftigen. Es sei an den Vorschlag der Aktienrechtskommission des Deutschen Anwaltsvereins erinnert, wonach die Beschränkungen von Stimmrechtsaktien im Falle der Sanierung nicht gelten sollen, weil es billig erscheint, dem Geldgeber, der neues Geld in das hilfsbedürftige Unternehmen hineingibt, auch größeren Einfluß zu gewähren. Unter dem Gesichtspunkte der Aktienreform wird auch die weitere Bestimmung erörtert, daß im Falle der Sanierung die Heraussetzung von Anlagewerten zulässig sein soll.

Emmerich sucht dann in den ersten Kapiteln einige allgemeingültige Gesichtspunkte aufzustellen. Er erblickt eine Eigenart der Sanierungsvorgänge (S. 19) in der „Zweideutigkeit und Überspannung der Sanierungsvorgänge“. Er versteht darunter die Erscheinung, daß Rechtsformen, wie die Eigentumsübertragung, zu schwächeren Zwecken (nur zur Sicherung) benutzt werden. Ich glaube, daß dies nicht eine Eigenart der Sanierungsvorgänge ist.

Bedeutungsvoller als die allgemeinen Erörterungen sind die sehr eingehenden Abhandlungen über den außergerichtlichen Vergleich. Hier wird unter sorgfältiger Berücksichtigung von Schrifttum und Spr. eine eingehende Darstellung der Einzelfragen gegeben. Das vorliegende Material wird unter Hervorhebung vieler Beispiele aus der Praxis kritisch gewürdigt. Die eigene Stellungnahme ist gut abgewogen und erscheint meist wohlbegründet. In der Frage der gleichmäßigen Behandlung der Gläubiger beim außergerichtlichen Vergleich (S. 83 ff.) steht Emmerich auf dem Standpunkt, daß eine solche gleichmäßige Behandlung weder kraft rechtlicher Erwägungen, noch nach der Praxis des Wirtschaftslebens notwendiger Inhalt des außergerichtlichen Vergleichsverfahrens ist. Andererseits stellt er fest, daß Verletzungen des Grundsatzes meist nur untergeordnete Erscheinungen sind, während die gleichmäßige Befriedigung die Haupt-

richtlinie bildet. Nach der üblichen Auslegung von Vergleichsvorschlägen ist bevorzugte Befriedigung der kleinen, der bevorrechtigten und der neuen Gläubiger stillschweigend erlaubt.

Emmerich erörtert weiter die Folgen rechtswidriger Gläubigerbegünstigung (Anfechtung wegen Betruges, wegen Gläubigerbenachteiligung, Drohung). In den §§ 50 ff. werden die Formen der alten und neuen Sicherheiten behandelt; § 57 erörtert das Verhältnis von Vergleich zu Konkurs; § 58 den Liquidationsvergleich. In den §§ 62 ff. wird der Treuhandschaft eine eingehende Darstellung gewidmet.

Die, wie bereits erwähnt, am Schlusse gebrachten Erörterungen der steuerrechtlichen Fragen verdienen noch weiteren Ausbau (vgl. Pannemann a. a. D.).

Für den zweiten Teil wäre eine eingehende Erörterung der bei der Sanierung auftauchenden, oft recht schwierigen Bilanzfragen zu wünschen.

Zusammengekommen handelt es sich um ein Werk, das viel Anregungen bietet und der Praxis sicherlich angesichts der Reichhaltigkeit des zusammengetragenen Materials und der sonst erwähnten Vorzüge gute Dienste leisten wird.

Dr. Dr. Heinrich Friedländer, Berlin.

### Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeäfte. Ein- schließlich des Rechts- der Teilzahlungsfinanzierung. Berlin 1930. Verlag von Julius Springer. Preis 26,80 M.

Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeäfte haben in der Nachkriegszeit eine früher ungeahnte Entwicklung genommen. Der Eigentumsvorbehalt, ursprünglich nur von Fall zu Fall gegenüber zweifelhaften Kunden benutzt, hat Eingang in die allgemeinen Lieferungsbedingungen nicht nur der einzelnen Verkäufer, sondern auch der Fabrikanten- und Händlerverbände gefunden. Das Abzahlungsgeäfte, vor dem Kriege auf enge Geschäftszweige beschränkt, hat einen Siegeszug in alle Gebiete des Verkehrs angetreten; wenn gleich die Begeisterung, mit der vor einigen Jahren von der Ausdehnung des Abzahlungsgeäftes nach amerikanischem Vorbild eine gewaltige Absatz- und Produktionssteigerung erwartet wurde, etwas abgekühlt zu sein scheint, ist seine wirtschaftliche Bedeutung gegenüber der Vorkriegszeit doch ganz erheblich gewachsen.

Die Rechtswissenschaft hat mit dieser Entwicklung nicht Schritt gehalten. Nur zu Sonderfragen sind einige Monographien veröffentlicht worden, während eine umfassende Darstellung des gesamten Rechts des Eigentumsvorbehalts fehlt und die Kommen. zum Abzahlungsgeäfte, mit Ausnahme des von Samter verfaßten, veraltet sind. Das ist um so erstaunlicher und bedauerlicher, als die wirtschaftliche Entwicklung eine ganze Reihe Rechtsfragen neu aufgeworfen, die Lösung einiger schon früher erörterter dringlich gemacht hat.

Das Buch Rühls füllt diese Lücke in vorbildlicher Weise aus. Seine Darstellung vereinigt eine umfassende Sammlung und Sichtung der Rechts Tatsachen mit tiefdringender juristischer Durchdenkung aller Rechtsfragen. Der Verf. hat, da die rechtswissenschaftlichen Werke ebenso wie die wenigen juristischen Dokumentensammlungen auf diesem Gebiete versagen, in eigener mühevoller Arbeit ein großes Material an Vertragsformularen, allgemeinen Lieferungsbedingungen, Geschäftsberichten und anderem mehr zusammengetragen und kritisch verwertet. Er ist auf diese Weise in der Lage, nicht nur ein anschauliches Bild der praktischen Auswirkung von Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeäfte sowie ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung zu entwerfen, sondern auch die Wirksamkeit und Tragweite aller jener Zusätze und Modifikationen des Eigentumsvorbehalts, welche die Kautelarjurisprudenz in großem Umfang entwickelt hat, unter die rechtswissenschaftliche Lupe zu nehmen<sup>1)</sup>. Insbes. finden die Probleme, welche sich aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Gestaltung der Verarbeitung oder Weiterveräußerung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Waren ergeben, eine eingehende Erörterung. Darüber hinaus aber gibt das Buch eine nahezu erschöpfende Behandlung aller mit Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeäfte zusammenhängenden Rechtsfragen, die sich ebenso sehr durch Beherrschung der einschlägigen Literatur und Rspr. wie durch selbständige, nicht selten zu neuen Ergebnissen kommende Stellungnahme auszeichnet.

Auch das ausländische Recht wird in weitem Umfang zum Vergleich herangezogen; das gilt insbes. von dem österr. und schweiz. sowie dem engl.-amerik. Recht, während die roman. und skandin. Rechtsordnungen nur gelegentlich erwähnt werden. Besonders wertvoll erscheint die ausführliche Würdigung der schweiz. Registrierungsbestimmungen. Wenn die Darstellung des ausländischen Rechts nicht immer ganz frei von Ungenauigkeiten ist, so erklärt sich das wohl aus der räumlichen Beschränkung, die sich der Verf. hier auf-

<sup>1)</sup> Von den zahlreichen Klauseln, welche als Ergänzung des Eigentumsvorbehalts auftreten, ist, soweit ich sehe, nur die eine unerörtert geblieben, wonach der Käufer sich verpflichtet, bei etwaiger Weiterveräußerung den Eigentumsvorbehalt „weiterzugeben“. Die Rechtslage erscheint hier einigermaßen unklar und einer Erörterung wert.

erlegt hat. Lediglich wegen der praktischen Bedeutung sei darauf hingewiesen, daß nach engl. Recht (vgl. S. 112) — abgesehen vom Fall des „market overt“ — der Vorbehaltskäufer einen gutgläubigen Dritterwerb nur dann zum Eigentümer machen kann, wenn der Vorbehaltskäufer nicht das Recht zur jederzeitigen Rückgabe der Sache besitzt<sup>2)</sup>; mit Rücksicht hierauf entfallen die üblichen Formulare des hire-purchase-agreement, soweit sie sich nicht auf leicht abnutzbare Gegenstände beziehen, eine Klausel, welche den Käufer zur jederzeitigen Rückgabe berechtigt. Der „Bermieter“ unter dem hire-purchase-agreement kann sein Eigentum gegenüber dem Bermieterpfandrecht nicht geltend machen (vgl. S. 233; vgl. Right of distress amendment act, 1908, sec. 4). Erwähnenswert ist vielleicht auch (zu S. 150), daß nach schweiz. Recht im Gegensatz zum deutschen (vgl. RG.: JW. 1901, 382) der Erwerb von Grundpfandrechten auch an Zubehör in gutem Glauben möglich ist, jedoch nach herrschender Ansicht dem Hypothekenerwerber eine Prüfung des Eigentumsvorbehaltsregisters zugemutet wird (vgl. Wieland, Das Sachenrecht des schweiz. ZGB. Art. 805 Anm. 7).

Einen Wegweiser in bisher nur strichweise erforschtes Gebiet bedeutet die von Rühl gegebene Darstellung des Rechts der Finanzierung von Teilzahlungsgeäften. An Hand der gebräuchlichen Vertragsformulare wird zum erstenmal versucht, ein System der in Betracht kommenden Rechtsformen zu geben, wobei der Verf. mit Recht von der Unterscheidung zwischen Kundenfinanzierung, d. h. der Gewährung von Darlehen an den Käufer, und Absatzfinanzierung, d. h. der Gewährung von Darlehen an den Verkäufer, ausgeht. Es sei hervorgehoben, daß nach Ansicht des Verf. das Abzahlungsgeäfte (§ 6) auf Kundenfinanzierungsgeäfte immer dann anwendbar ist, wenn Verkäufer und Finanzierungsinstitut wirtschaftlich identisch sind oder wenn das Finanzierungsinstitut sich auch nur dauernd mit Gewährung derartiger Darlehen befaßt.

Zu einzelnen Ausführungen:

In der praktisch sehr bedeutsamen Frage, inwieweit der Eigentumsvorbehalt an zur Verarbeitung bestimmten Sachen möglich ist, kommt Rühl auf Grund eingehender Untersuchung zu dem Ergebnis (S. 138), daß der Verkäufer dann Eigentum am Arbeitsprodukt erlangt, wenn der Käufer sich verpflichtet hatte, die Verarbeitung „für ihn“ als sein Gehilfe vorzunehmen. So erfreulich es vom Standpunkt der beteiligten Wirtschaftskreise auch ist, daß ein Weg zur Aufrechterhaltung des Eigentumsvorbehalts trotz Verarbeitung eröffnet werden soll, so erscheint mir die vom Verf. gegebene Ableitung doch einigermaßen gezwungen: es geht m. E. nicht an, den Fabrikanten, der unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat, deshalb als „Gehilfen“ des Verkäufers anzusehen, weil nach dem Willen beider Teile das Produkt dem Verkäufer gehören soll. Mit der Auffassung der Beteiligten selbst dürfte diese Betrachtungsweise kaum in Einklang stehen, und warum das Vorliegen der Gehilfenschaft „naturgemäß“ nicht von dem inneren Willen der Beteiligten abhängt, kann ich nicht einsehen. Es scheint mir den tatsächlichen Verhältnissen besser zu entsprechen und mit dem System des BGB. nicht in Widerspruch zu stehen, wenn man die dispositive Natur des § 950 bereits de lege lata anerkennt. Der Verf. selbst hält folgende Abrede für wirksam, obwohl darin eine Gehilfenschaft mit keinem Wort angedeutet wird: „Der Eigentumsvorbehalt bezieht sich auch auf die durch Verarbeitung entstehenden neuen Waren. Der Käufer ist berechtigt, die aus ihr ... entstandenen Sachen im ordnungsmäßigen Geschäftsgang zu verkaufen“. Das kommt doch auf die Anerkennung der Abdingbarkeit des § 950 hinaus. Ich kann (unter diesem Gesichtspunkt) auch keinen Unterschied finden zwischen dieser Klausel und der von Rühl für ungenügend erklärten: Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung auch im verarbeiteten Zustand Eigentum des Lieferers.

Der Verf. billigt die herrschende Meinung, wonach der Verkäufer die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache bei Verzug des Käufers zurückverlangen kann, ohne — mit Ausnahme der von § 5 AbzahlG. erfassten Fälle — vom Vertrag zurückzutreten. Seine Ausführungen erscheinen mir jedoch nicht überzeugend. Entscheidend ist, ob der Käufer ein Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB. geltend machen kann. Nach Ansicht Rühls erlischt dieses Recht, sobald der Verkäufer wegen Verzuges des Käufers die Sache zurückfordert (S. 93, 105). Dieser Rechtsverlust entbehrt m. E. ebenso wie das „persönliche Rückforderungsrecht“ (S. 256) jeder Grundlage im Gesetz. Die Wirkungen, die der Vorbehalt auf die obligatorischen Beziehungen der Parteien hat, ergeben sich aus § 455 BGB., wonach der Verkäufer zum Rücktritt und zu nichts anderem befugt ist; will er mehr als das, so muß er eine ausdrückliche Vereinbarung treffen, was in der Tat nicht selten geschieht. Wenn Rühl den mit seiner und der herrschenden Meinung unvereinbaren Satz der RGEntsch. v. 11. Nov. 1927 (RG. 119, 64 = JW. 1928, 213) als „obiter dictum“ bezeichnet, so ist dies unzutreffend, da die Entsch. gerade auf diesem Satz beruht. Dem Bedauern darüber, daß das RG. trotz der Bedeutung der Frage in keiner Weise die frühere Rspr. erwähnt, geschweige denn eine Klarentsch. herbeiführt, kann ich mich nur anschließen. Rühl selbst empfindet offenbar, daß man zu unbilligen

<sup>2)</sup> Leading case: Kelby v. Matthews 64 L J Q B 465; 1895 A C 471.

Ergebnissen kommt, wenn man dem Verkäufer einen Rückgabeanpruch ohne Rücktritt gewährt. Er will dem Käufer, wenn der Verkäufer die Zahlung der Restkaufpreiszinsen fordert, infoweit ein Verweigerungsrecht geben, „als der Wert der Sache den Kaufpreis erreicht“ (?). Schon um dieses Ergebnis zu erreichen, müssen die §§ 242, 157 bemüht werden. Darüber hinaus soll dem Käufer ein Verweigerungsanspruch zustehen, soweit der Wert zusammen mit den bereits geleisteten Zahlungen den Kaufpreis übersteigt. In beiden Fällen bringe der Käufer durch Geltendmachung dieser Rechte zum Ausdruck, daß er nicht beim Vertrag stehenbleiben wolle, wodurch der Verkäufer von seinen Vertragspflichten frei werde. Es dürfte kaum für die Richtigkeit der von der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung sprechen, wenn man zu derart gezwungenen Hilfsmitteln ohne Anhaltspunkt im Gesetz greifen muß, um zu erträglichen Ergebnissen zu gelangen.

Sehr begrüßenswert ist, daß Rühl (S. 204 ff.) sich gegen die herrschende Lehre wendet, welche bei Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts den § 17 R.O. anwendet. Sie hat in letzter Zeit in den betroffenen Wirtschaftskreisen — insbes. soweit der Konkurs des Verkäufers in Frage kommt — zum Teil erregten Widerspruch gefunden; begreiflich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Eigentumsvorbehalt, der zum Schutz des Verkäufers gegen Zahlungsunfähigkeit des Käufers bestimmt ist, auf Grund dieser Rspr. zu einer schweren Benachteiligung des Käufers im Konkurs des Verkäufers führt. Rühl stützt die Unanwendbarkeit des § 17 auf die Unterscheidung zwischen Leistungshandlung, die auch bei Verzögerung unter Eigentumsvorbehalt völlig abgeschlossen sei, und Leistungserfolg. Seine Ausführungen scheinen mir überzeugend; es wäre zu wünschen, daß seine Auffassung sich durchsetzt.

M. Dr. Günter Stulz, Berlin, zur Zeit London.

**Recht und Praxis.** Leipzig 1930. Verlag Franz Winkler.

a) Heft 1: **Ernst Adolf Helm: Fiskus kontra Treuhand.** 68 Seiten. Preis 3 M.

b) Heft 2: **Bernhard Schwarzkopf: Treuhand als Gesetzgebungsproblem.** 66 Seiten. Preis 2,80 M.

Die neue Sammlung will Zeit- und Streitfragen aus dem Rechtsleben der Gegenwart, insbes. Gesetzgebungsprobleme erörtern, wobei die Behandlung der Themen wissenschaftliche Gründlichkeit mit offenem Sinn für praktische Gestaltung verbinden will. Die Auswahl der in Heft 1 und 2 behandelten Themen ist mit Rücksicht auf die Beratungen des Lübecker Juristentages als glücklicher Griff zu bezeichnen, da beide Aufsätze wertvolle Beiträge zu dem Thema der gesetzlichen Regelung des Treuhänderbegriffs enthalten und zweifellos auch bei dieser Gelegenheit Beachtung finden werden. Beide Aufsätze bilden eine Einheit, insofern die Bearbeitung des Begriffs der fiduziarischen Geschäfte in seine Hauptanwendungsfälle aufgeteilt ist; Helm behandelt das Treuhandgeschäft im Dienst der Kreditversicherung (Sicherungsübereignung), Schwarzkopf die Fragen der Vertretungs- und Verwaltungstreuhand. Auch die Grundtendenz beider Aufsätze ist gleich, da beide Autoren sich als grundsätzliche Gegner einer gesetzlichen Regelung des Treuhandgebankens bekennen; sie können darüber hinaus als äußerste Exponenten betrachtet werden, welche sogar auf wissenschaftlich-theoretischem Gebiet die Geltung eines besonderen Treuhandbegriffs leugnen und bekämpfen. In ihren Augen ist die Treuhandbewegung (es seien nur Namen wie Gerstner, Hein, Göb genannt) eine Modeangelegenheit, Treuhand selbst in jeder Form ein „Trick, Pseudonym, eine Fäulnis, juristische Notlüge, fixe Idee“. Der wissenschaftliche Eru- und das Bemühen um reinliche Begriffsklärung ist den Verf. nicht abzusprechen; beide Aufsätze stellen auch deshalb eine Bereicherung der Fachliteratur dar, weil neue Gesichtspunkte und Berührungspunkte aufgedeckt werden und es ferner stets verdienstvoll ist, einen ausgeprägten Standpunkt deutlich zu kennzeichnen. Sollten daher die Verf. eine starke Gegnerschaft finden, so kann dies allein das Verdienst nicht schmälern, zumal gerade das Treuhandwesen ein Tummelplatz von Unklarheiten und Kontroversen ist; es steht zu erwarten, daß die Lübecker Beratungen, wenn auch nicht eine Einigkeit, so doch eine Feststellung des status controversiae zeitigen werden. Die Verf. haben darin zweifellos Recht, daß die Praxis der berufsmäßigen Treuhänder eine erhebliche Verwässerung und Begriffsverwirrung herbeigeführt hat, indem unter der Flagge „Treuhand“ Vorgänge aufstauden, bei denen auch die entfernteste Berührung mit dem Treuhandvertrag verlorengegangen und nur der ästhetische Reiz und die Reklamierung dieser Bezeichnung ausschlaggebend gewesen ist. Wer es unternimmt, den Treuhandbegriff von allen Schlacken zu befreien und auf sein ursprüngliches Wesen zurückzuführen, muß sich in wissenschaftlicher Behandlung um eine Klärung der juristischen Grundbegriffe bemühen. Hierin besteht der Wert beider Aufsätze, wobei allerdings temperamentvolle Übertreibungen und polemische Kraftausdrücke in den Kauf genommen werden müssen. Im einzelnen folgendes:

a) Helm: In dieser Schrift wird von neuem das bereits auf mehreren Juristentagen behandelte Problem der Sicherungsübereignung aufgerührt. Mag sich auch die Rspr. und Praxis an einen

anscheinend stabilen Zustand gewöhnt haben, so ist eine gewisse Unruhe sehr förderlich, weil die zur Zeit herrschende Auffassung weder den Wissenschaftler noch auch die Wirtschaftskreise als ideale Lösung befriedigen kann. Helms Ausgangspunkt ist die bekannte Kontroverse des R.O. und R.F. über die Rechtsnatur der Sicherungsübereignung, wonach das R.O. das im Wege des Besitzkonstituts erworbene Sicherungseigentum als ein die Veräußerung hinderndes Recht bezeichnet, während der R.F. dem Sicherungsberechtigten Gläubiger nur das Vorbefriedigungsrecht aus dem Erlös zuerkennt. Der Umstand, daß das R.O. kraft seiner Entscheidungsgewalt ein tatsächliches Übergewicht gegenüber dem Gutachten des R.F. auszuüben vermag und demnach in der Praxis die Siegerstellung behauptet, kann den Theoretiker nicht beeinflussen; ebenso muß von vornherein abgelehnt werden, eine verschiedene Konstruktion der Sicherungsübereignung für das Privat- und Steuerrecht als möglich zu unterstellen. Der Zweck der Helmschen Untersuchung ist, die These des R.F. nicht nur als eine „bloß wirtschaftliche, soziologische oder steuerjuristische“ Wahrheit gelten zu lassen, sondern im Wege der zivilistischen Konstruktion zu verteidigen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß das Sicherungseigentum nur ein Pseudonym, in Wahrheit aber nichts als ein Pfandrecht ist. Die mit der Eigentumsübertragung verbundene obligatorische Bindung entzieht dem Eigentümer sämtliche Eigentümerbefugnisse (insbes. alle Verbrauchrechte) und läßt nichts als die Verwertungsbesugnis übrig; daraus ergibt sich die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Pfandrechtbegriff. Helm empfiehlt in Auswirkung der theoretischen Untersuchung eine gesetzgeberische Lösung auf der Grundlage, daß die Sicherungsübereignung als Mobiliarpfandrecht anerkannt wird, bezeichnet insbes. den Reinath'schen Entwurf als geeignete Vorarbeit. Er spricht von vornherein dem Übereignungsvertrag obligatorische Bindung unter den Parteien zu und macht die dingliche, und zwar pfandrechtliche Wirkung gegenüber Dritten abhängig von der die Publizität erzeugende Niederlegung des Vertrages an Gerichtsstelle. Die praktische Durchführung dieses Niederlegungs-systems ist allerdings nur skizzenhaft angedeutet. Helm kann für sich in Anspruch nehmen, daß seine Auffassung sich zweifellos mit der Rechtsanschauung des Wirtschaftsverkehrs deckt; in Laienkreisen wird das Sicherungseigentum nur als ein Pfandjurrogat betrachtet, indem die die Übertragung enthaltenen formaljuristischen Wendungen als unverständene Zauberformeln ohne innere Überzeugung mehr oder weniger geschickt verarbeitet werden, wobei auch heute noch die Entgleisung in dem Gebrauch des Ausdrucks der Verpfändung bezeichnenderweise immer wieder vorkommt. Weitere Folge ist, daß die Sicherungsübereignung in der Praxis nicht nur die bestimmungsmäßige Funktion der Gläubigersicherung ausübt, sondern auch den Schutz des Schuldners gegen den Zugriff dritter Gläubiger bezweckt, der bei einer pfandrechtlichen Ausgestaltung dieser Gebankengänge in Anspruch nehmen kann, so ist sein erneuter Vorstoß gegen die jetzige Praxis durchaus verdienstvoll.

b) Schwarzkopf: Der Charakter dieser Schrift ist erheblich problematischer. Indem der Verf. sich unmittelbar mit der These des Juristentages beschäftigt, bezweifelt er zunächst, daß wirklich ein dringendes Bedürfnis des Rechtslebens nach einer gesetzlichen Regelung besteht. Man wird ihm auch im Ergebnis darin zustimmen, daß eine brauchbare Gesetzesformel überhaupt nicht gefunden werden kann, da die juristischen Begriffsmerkmale der Treuhand durchaus flüchtig sind und nicht in ein festes Schema eingefangen werden können, wie die bisherigen Lösungsversuche (Gerstner, Schulze) ergeben. Das Eigenartige dieser Schrift besteht aber darin, daß sogar die theoretische Möglichkeit einer Übertragung von Treuhandeigentum mit aller Energie bekämpft wird; Schwarzkopf bezeichnet jedes Treuhandeigentum als Scheineigentum, da dem Treuhänder das mit dem Eigentumsbegriff verbundene eigene Interesse fehlt. Wenn Schwarzkopf auch jede andere Deutung mit einem Mangel an juristischer Denkfähigkeit erklärt, so vermag ich mich trotzdem von diesem Radikalismus nicht zu überzeugen. Wer die Rechtsnatur des Treuhandvertrages de lege lata untersuchen will, muß sich mit § 137 Satz 2 BGB. auseinandersetzen, während in den Schwarzkopfschen Ausführungen diese doch vorhandene gesetzliche Vorschrift überhaupt nicht erwähnt wird. In Wirklichkeit läßt sich zwanglos aus dieser Bestimmung der begriffliche Charakter des Treuhandvertrages ableiten. Die Besonderheit des Treuhandvertrages gegenüber allen anderen Vertragstypen besteht in der Kombination dinglicher und obligatorischer Elemente; dem Treuhänder wird mit dinglicher Wirkung Dritten gegenüber eine Rechtsmachstellung eingeräumt, die ihn Dritten gegenüber als Rechtsträger voll legitimiert, während mit dem Fiduzianten eine obligatorische Vereinbarung getroffen wird, welche die Unterlassung der Rechtsausübung oder gewisser Rechtsausübung oder die Rückerstattung zum Inhalt hat. Daß diese obligatorische Übere ein begrifflich der Dinglichkeit (insbes. dem Eigentum) den Boden entziehen soll, leuchtet nicht ein, insbes. im Hinblick auf § 137 BGB. Mit Interesse darf entgegengehalten werden, ob Schwarzkopf auf dem Juristentag Anhängererschaft findet; wie dem aber auch sei, so wird eine Auseinandersetzung mit diesem extremen Standpunkt nicht zu vermeiden sein.

M. Paul Jessen, Kiel.

**Rechtsanwalt Dr. Pfeiffer: Wie sind die Gefahren des Arrestprozesses zu vermeiden?** Verlag Sad & Montanus. 83 Seiten. Preis 3 M.

Das Buch gibt eine klare, für die Praxis brauchbare Darstellung des Arrestverfahrens und des Verfahrens bei Einstw. Verf., unter Berücksichtigung der wesentlichen Entsch. Gut gelungen ist der Abschnitt über die Stellung des Gläubigers im Vollziehungsverfahren.

Die Auffassung auf S. 10, daß die Sicherung eines zukünftigen Kostenerstattungsanspruches zulässig ist, sofern das Unterliegen des Gegners glaubhaft gemacht wird, begegnet erheblichen Bedenken. Stein-Jonas Vorbem. vor § 91 II, 4 vertritt die Ansicht, daß eine Unvorfahrt auf den Kostenertrag nicht durch Arrest gesichert werden kann.

Daß die Einforderung des Gerichtskostenvorschlusses nach § 519 Abs. 6 nicht zulässig ist (S. 21) wird zwar von Stein-Jonas und Schdow-Busch vertreten; die Praxis, nicht nur das RG., steht vielfach auf dem entgegengesetzten Standpunkt.

Auf S. 43 Sp. 2, Ziff. 3 hätte sich ein klarer Hinweis darauf empfohlen, daß durch Berufung gegen das den Arrest aufhebende Ur. nach erfolgter Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen eine Bestätigung oder Wiederherstellung des Arrestbefehls nicht erzielt werden kann.

Ein Hinweis darauf, daß man zweckmäßig unter mehreren zuständigen Gerichten dasjenige zu wählen habe, bei dessen Richtern man eine größere Geneigtheit zum Erlaß von Arresten voraussetzen kann, erscheint überflüssig.

RM. Dr. Robert Fischer, Breslau.

**Dr. Gerd Wedde: Recht und Unrecht im täglichen Leben.** Breslau 1930. Verlag Ferdinand Hirt. Preis 1,40 M.

Wirklich ein treffliches Buch, so recht für das tägliche Leben geschrieben.

Im ersten Teil behandelt es aus dem bürgerlichen Recht die wichtigsten Rechtsbeziehungen und die Verfolgung der Rechte. Es werden da aber nicht etwa die Persönlichkeitsrechte, die einzelnen Rechtsgeschäfte, die unerlaubten Handlungen, aus dem Sachenrecht, dem Familien- und Erbrecht die wichtigsten Bestimmungen trocken aufgeführt, sondern es wird an geistreich erdachten Fällen mit gelungenen Überschriften und spaßhaften Ausführungen der spröde Rechtsstoff klar und jedermann verständlich dargestellt.

Gleich im ersten Fall „Das Pseudonym“ überschrieben, wird ausgeführt, daß eine berühmte Schauspielerin unmöglich unter ihrem bürgerlichen Namen „Dieschen Müller“ auftreten kann. Sie wird sich „Ada Rita“ nennen. Und das darf sie. Die Polizei hindert sie nicht daran, ja das Gesetz schützt sogar unter Umständen den Künstlernamen. Nur vor Gericht muß „Ada Rita“ ihren richtigen Namen offenbaren, und vor dem Standesbeamten muß sie sich als „Dieschen Müller“ zu erkennen geben.

Im Kaffeekränzchen erzählt Frau Meier: „Denken Sie nur, ich habe neulich in Berlin Porzellan gekauft, etwas ganz Besonderes für Sonntag. Ich konnte mich aber doch mit den Sachen nicht schleppen und hat daher den Verkäufer, er sollte mir das Geschirr schicken. Das Paket kommt auch, aber denken Sie sich bloß, alles entzwei.“ Nun, da muß er Ihnen halt neues schicken!“ „Nein, Frau Schulze, eben nicht, das ist ja das Schlimme. Mein Mann hat in einem ähnlichen Fall seinen Prozeß verloren. Denn wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Ware zuschickt, so geht das auf Gefahr des Käufers. Das nächste Mal bin ich klüger, da vereinbare ich mit dem Verkäufer, daß er mir die Sachen auf seine Gefahr zusendet. Dann trifft ihm der Schaden.“

Reizend und sehr belehrend sind die Abschnitte: „Die billigen Schuhe, Der böse Alkohol, Der Fettack, Die Stütze der Hausfrau, Im Skatklub“ usw.

Sehr anschaulich aus der Unfallschronik wird der Fall behandelt, wenn ein Rader von einem Auto überfahren und schwer verletzt wird oder wenn ein Junge mit einem Tesching seines Vaters einen anderen anschießt. Die Rechtsfolgen, die aus solch unerlaubten Handlungen entstehen, sind klar und treffend dargestellt.

Beim Notar will der Vater seinem Sohn sein Besitztum verkaufen. In aller Kürze wird die Stellung des Notars, die Eintragung von Eigentum und Aktenteil und Hypotheken in verschiedenen Abteilungen geschildert.

Der Abschnitt: „Der Treulose“ handelt vom Verlöbniß, der vom Testament: „Wie macht man ein Testament richtig.“

Aus dem Abschnitt B: „Die Verfolgung der Rechte“ sei hervorgehoben: „Der Väterdieb.“ Hier wird gezeigt, ob und wie Selbsthilfe erlaubt ist.

In der Nummer: „Der Zeuge“, „Die Klage“, „Der Gerichtsvollzieher“, wird kurz und bündig dargetan, daß man in der Regel sein Recht im Klagewege geltend machen muß, und daß man nur Erfolg hat, wenn man durch Zeugen oder anderweitig sein Recht

beweisen kann. Vollstrecken lassen muß man das Urteil durch den Gerichtsvollzieher.

Aus dem zweiten Teil das Strafrecht betreffend, seien nur die Titel der häufigsten Straftaten: „Du sollst nicht stehlen“, „Aus Feld und Flur“, „Im Walde“, „Das Fahrrad“, „Der Betrüger“, „Körperverletzung“, „Klatsch“ erwähnt.

Bei der „Abwehr von Straftaten, insbes. Die Notwehr und Bei der Bühne der Straftaten, Die Strafmündigkeit, Die Verhaftung, Vor dem Strafrichter, Die Privatklage und Hinter Schloß und Riegel“ sind die Fälle in einer ganz eigenartigen, doch sehr anschaulichen Weise behandelt.

Die Kollegen werden gewiß ihren Frauen eine große Freude machen, wenn sie ihnen dies Büchlein schenken, denn sie werden daraus viel lernen können.

Ich kann das Büchlein, dem auch ein Sachregister beigelegt ist, allen Juristen auf das Wärmste empfehlen.

Geh. RM. D. Elze, Halle a. d. S.

**Umsatzsteuer Tabellen für die umsatzsteuerpflichtigen Entgelte von 1—4000 RM. nebst Umsatzsteuergesetz für das Deutsche Reich in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Mai 1926 unter Berücksichtigung des Gesetzes vom 15. April 1930.** Herausgegeben von Georg Flicke, Rechtsanwalt am Amts- und Landgericht Stettin. Stettin 1930. Selbstverlag des Verfassers, Stettin, Langebrückstr. 4. Preis 1,50 M.

Ein brauchbares Hilfsbuch für die Anwaltskanzlei!

Erwähnenswert ist, daß der Verf. bei Umsatzsteuerbeträgen, die auf einen Bruchteil eines Pfennigs ausgehen, eine Abrundung nach unten auf einen vollen Pfennig vorgenommen und nicht nach oben auf einen vollen Pfennig aufgerundet hat. Diese Abrundung nach unten erscheint zweckmäßig, da es sich nur um einen Bruchteil eines Pfennigs handelt und dieser auch bei der Gesamtzahl der Kostenrechnungen im Laufe eines Jahres entstandene „Gesamtverlust“ des Anwalts eine nennenswerte Summe nicht ausmachen kann.

Dieser „Verlust“ läßt sich überdies auch dadurch vermeiden, daß nach § 53 Durchf. Best. z. UmfStG. (RGBl. 1926, 335) es zulässig ist: „Zur Abgeltung der zahlreichen kleinen Beträge an durchlaufenden Posten einen Pauschalabzug von 5% der gesamten vereinnahmten Gelder zu machen.“

Infolge dieser gesetzlichen Bestimmung ist es also statthaft, die Gesamtsumme der zu zahlenden Umsatzsteuer um 5% zu ermäßigen. Durch diese Ermäßigung wird sicher der Verlust von Bruchteilen von Pfennigen wieder ausgeglichen.

Eine Frage der Zweckmäßigkeit ist es, ob der Verf. die von anderer Seite bereits gegebene Anregung, bei den einzelnen Umsatzsteuerbeträgen noch die dritte und vierte Dezimalstelle anzugeben, bei einer neuen Auflage des Buches berücksichtigen will.

Das Buch wird die geringen Anschaffungskosten durch Zeiterparnis in kürzester Zeit wieder hereinbringen, da gerade jetzt für den Umsatzsteuerertrag von 0,85% bei jeder einzelnen Kostenrechnung eine etwas umständliche Ausrechnung der Steuer erforderlich ist, wenn man nicht ein derartig praktisches Hilfsmittel wie die vorliegenden Tabellen verwendet.

D. S.

**Ernst Ghörgy: Neue Wege des Insolvenzrechts.** Wien. Verlag Moritz Perles. 90 Seiten. Preis 4 M.

Der Verfasser, selbst Wirtschaftler, behandelt nicht juristische Probleme, sondern diejenigen Erscheinungen, die hinter und außerhalb der Gesetznorm sich abspielen und nach einer besonderen gesetzlichen Regelung nicht drängen. Wenn er auch seine Kenntnisse aus dem Bereich seiner ungarischen Heimat schöpft, so wird sofort klar, daß alle aus der gegenwärtigen Wirtschaftsstruktur abgeleiteten Vorgänge bei uns in Deutschland — und sicherlich auch anderwärts — genau so liegen und daher die Eigenart der Allgemeingültigkeit beanspruchen dürfen. Als Verfahrensarten des Insolvenzrechts bestehen in allen zivilisierten Ländern nach Art einer Stufenleiter: der außergerichtliche Vergleich, der gerichtliche Vergleich und das Konkursverfahren (mit und ohne Zwangsvergleich). Vergleicht man diese Verfahren hinsichtlich ihrer juristischen und wirtschaftlichen Eigenart, so ist festzustellen, daß die Verfahren in der genannten Reihenfolge zunehmend an juristischer Fassung gewinnen, an wirtschaftlicher Brauchbarkeit verlieren, weil eine sich steigende Wertzerstörung Begleiterscheinung ist. Dem Verf. ist es darum zu tun, demjenigen Insolvenzverfahren Geltung zu verschaffen, welches das ökonomische Maximum enthält. Es läßt sich nicht verkennen, daß bei einem Konkursverfahren die für die Gläubiger zu erwartende Quote zum Nullpunkt sinkt und daher der Abschluß eines Vergleichs notwendig sei, wenn die Gläubiger einen Bruchteil retten wollen. Wohl gibt es Sonderfälle, in denen ohne Rücksicht auf das private Wohl der Gläubiger aus anderen Gründen das Konkursverfahren unvermeidlich ist, wenn z. B. der Schuldner wegen strafrechtlicher Ver-

fehlungen als Schädling aus dem Wirtschaftsleben entfernt werden muß, oder auch wenn Anfechtungen im Wege der Klage durchzuführen sind. Von diesem Sonderfall ist daher abzusehen. Der Verf. untersucht die Hemmungen, welche der Durchführung des Vergleichsverfahrens entgegenstehen und auch im Konkurs die wirksame Interessenvertretung der Gläubiger behindert. Er erblickt sie darin, daß im Insolvenzfall der Schuldner sich insofern in einer überlegenen Position befindet, als er mit seinen Vorschlägen das Heft in der Hand behält und durch seinen tatsächlichen Einfluß erreicht, daß seine Berater leitende Vertrauensorgane werden und demnach auch weiter in seinem Sinne tätig sind. Die Gläubigerschaft dagegen ist unorganisiert und kraft ihrer Zweipoligkeit unfähig, eine autonome Willensbildung zu gestalten. Ein Teil der Gläubiger ist gedankenlos und stimmt ohne weiteres den Vorschlägen des Schuldners zu; andere sind zwar im ersten Augenblick in begrifflicher Aufwallung, stumpfen aber im Laufe der Zeit — namentlich im Konkurs — bis zur Interessenlosigkeit ab; wieder andere Gläubiger — im außergerichtlichen Vergleichsverfahren genügt einer — sind keinen vernünftigen Erwägungen zugänglich und zerschlagen damit diejenige Lösung, welche objektiv den Gläubigern das Maximum bietet (Akkordbrecher). Daraus ergibt sich der Kern der Arbeit, nämlich die Forderung, daß in allen Insolvenzverfahren die Interessenvertretung von den unorganisierten Gläubigern einer organisierten Gläubigergruppe übertragen wird. Praktisch handelt es sich also um ein Organisationsproblem; die bisherigen Versuche von Gläubigerschutzverbänden haben nicht zum Erfolg geführt, da diese stets nur Teile der Gläubigerschaft umfassen und nicht die Werbekraft zum völligen Zusammenschluß besitzen. Der Verfasser berichtet von einem in Ungarn ins Leben gerufenen Unternehmen, dessen Leiter er selbst ist. Unter der Ägide der Handels- und Gewerbekammern ist ein Landeskreditschutzverein gegründet, dessen Leitung, Tätigkeit und Kontrolle statutenmäßig durch die Kammer beeinflusst wird, so daß durch die Einschaltung eines behördlichen Wirkungskreises auch mittelbar der Einfluß der Regierung erreicht wird. Dieser Verein stellt in allen Insolvenzfällen die organisierte Gläubigerschaft dar, er vertritt die Gläubiger auch im außergerichtlichen Vergleichsverfahren, sorgt für die Vorlage und Prüfung eines ordnungsmäßigen, nach der wirtschaftlichen Ethik gerechtfertigten Vergleichsvorschlages, überwacht vor allem auch die Durchführung des Vergleichs. Der große Vorteil besteht darin, daß diese Organisation kraft der Zusammensetzung der leitenden Persönlichkeiten die wirtschaftlichen Momente der von dem Schuldner gemachten Vor-

schläge sachkundig beurteilen kann. Tragender Gesichtspunkt ist, jede Wertzerstörung zu vermeiden, sowie den willigen Schuldner an einem reibungslosen Ablauf zu interessieren. Dies gelingt fast nie im Falle eines Konkurses, indem die Apathie des Schuldners in der Praxis stets zum Nachteil der Gläubiger ausschlägt. Eine wichtige Rolle spielt die Tätigkeit des Vereins beim Liquidationsvergleich, bei dem es darauf ankommt, durch möglichst günstige Verwertung der Masse die Quote zu steigern. Dem Schutzverein wird ein weitgehender Einfluß auf den Verwertungsvorgang eingeräumt, das Interesse des Schuldners wird ferner dadurch erregt, daß auch bei Liquidationsvergleichen der Schuldner eine bestimmte Quote ohne Rücksicht auf den Ausfall der tatsächlichen Verwertung zu garantieren hat. An Hand von statistischen Tabellen weist der Verf. die erfolgreiche Arbeit seiner Organisation nach; es vermehren sich die vor dem Landeskreditschutzverband abgeschlossenen Privatvergleiche, es bessern sich ständig die Sicherung und die Erfüllung der übernommenen Vergleichspflichten, auch ist mit Hilfe dieser Organisation zunehmend eine Beschleunigung der Konkursverfahren erreicht. Wenn somit der Nutzen einer solchen Organisation nicht nur ziffernmäßig, sondern auch überzeugend durch die Wirkungsweise bewiesen ist, so fragt es sich, wie das Beispiel Ungarns anderweit, insbes. in Deutschland befolgt werden könnte. Der Gedanke einer Zwangsorganisation der Gläubiger scheidet aus, so daß es sich nur um die Schaffung einer Einrichtung handeln kann, die durch autoritative Stellung und unparteiische Arbeitsweise das allgemeine Vertrauen des Publikums erringt. Wenn man daran denkt, daß die Zentrale der Handels- und Industriekammer, der Handels- und Industrietag Träger dieser Idee werden könnte, so liegt insofern ein Anfang vor, als die neue Vergleichsordnung den Handels- und Industriekammern einen gesetzlichen Einfluß eingeräumt hat, der eines weiteren Ausbaues fähig ist. Ebenso gut läßt sich denken, die Anwaltschaft in eine solche Organisation einzugliedern, da hiermit eine geeignete Vertrauensgrundlage geschaffen wird und der organisierte Gläubigerschutz sowohl wirtschaftliche wie rechtliche Qualitäten erfordert. Es würde sich auch für die Anwaltschaft lohnen, der Frage näher zu treten, ob auf diesem Gebiet eine dem Stande und der Wirtschaft förderliche Erweiterung des Tätigkeitsfeldes durchführbar ist. Dem Verf. ist zu danken, in seinem interessanten Buch wertvolle Anregungen geboten zu haben; durch zahlreiche Druckfehler und eine absonderliche Fremdtümelei des sprachlichen Ausdrucks wird die Lesbarkeit etwas beeinträchtigt.

Dr. Paul Jessen, Kiel.

## Rechtssprechung.

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

### A. Ordentliche Gerichte.

#### Reichsgericht.

##### a) Zivilsachen.

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

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

#### I. Materielles Recht.

**\*\*1.** Art. 131 RVerf.; § 839 BGB.; §§ 29, 30 BGB. Die zum Begriff des „Dritten“, dem gegenüber die Amtspflicht dem Richter obliegt. Beim Prozeßrichter sind das nicht nur die eigentlichen Prozeßparteien, sondern auch Dritte, deren Interessen nicht durch Zufall, sondern nach der besonderen Natur des Rechtsgeschäfts durch dieses berührt werden, insbes. die Rechtsnachfolger oder Pfandgläubiger einer Prozeßpartei. †)

Die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Eheleute Schreinermeister Gottfried H. und Anna geborene B. in Chicago sind die Eigentümer des Anwesens Haus Nr. 29 an der Jahnstraße in M. Gottfried H. hatte seinem Schwager

Uhrmacher Sebastian B. in M. am 2. Febr. 1924 in Chicago eine Vollmacht ausgestellt, die diesen ermächtigte, „ihn Privat und Behörden gegenüber in allen Angelegenheiten rechtsverbindlich zu vertreten, die das in seinem Miteigentum stehende Anwesen Haus Nr. 29 an der Jahnstraße betreffen“. Anna H. ist am 12. Sept. 1926 gestorben.

Sebastian B. wollte sich unter Mißbrauch der Vollmacht Geld verschaffen und wandte sich dieserhalb an den ihm befreundeten Händler Hans R. in M. Dieser sagte gegen Teilung der Beute seine Mitwirkung zu. In Ausführung eines gemeinschaftlich verabredeten Planes erwirkte R. am 15. Jan. 1927 gegen „Gottfried und Anna H., M., Jahnstraße 29 I, vertreten durch den Generalbevollmächtigten Sebastian B., Uhrmacher, hier, Jahnstr. 29 I“ einen Zahlungsbefehl des AG. M. auf „2016 RM für ein im Jahre 1923 von Herrn Sebastian B. erhaltenes, spätestens am 1. Jan. 1927 rückzahlbares Darlehen, lautend auf 480 amerikanische Dollar, das der Gläubiger unter Benachrichtigung des Schuldners an den Antragsteller zedierete (1. Juni 1926), und vereinbarte 6% Zinsen hieraus seit 1. Jan. 1924“. Der dem Sebastian B. persönlich zugestellte Zahlungsbefehl wurde auf Antrag des R. am 2. Febr. 1927 für vorläufig vollstreckbar erklärt. Am 14. Febr. 1927 erschienen darauf (gemäß § 500 ZPO.) R. und B. in der Sitzung des AG. (Streitgerichts) M. vor dem OMR. K. und dem Gerichtsschreiber. Es wurde darüber „in Sachen des R., Kl., gegen H., Anna, M., früher Jahnstraße 29, zur Zeit in Amerika, vertreten durch den General-

**Zu 1.** Die Entsch. ist lehrreich nicht wegen der besonderen Schwierigkeit der behandelten Rechtsfrage, sondern weil sie ein vortreffliches Beispiel dafür bietet, einerseits, wie vorsichtig der höchste Gerichtshof

bei der Aufstellung allgemeiner Grundsätze auch in der Begründung sein muß, andererseits wie sorgfältig die Instanzgerichte bei der Verwertung und Nachprüfung einer scheinbar allgemeinen Begrün-

bevollmächtigten Sebastian B. in M., Zahnstraße 29, Bekl., wegen Forderung“ ein Verhandlungsprotokoll aufgenommen. Die Erschienenen schlossen folgenden Vergleich:

I. Die Bekl. verpflichtet sich, an den Kl. den Betrag von 2016 M — zweitausendsechzehn Reichsmark — nebst 6% Zinsen hieraus seit 1. Jan. 1924 zu bezahlen.

II. Die Bekl. übernimmt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Kl. verzichtet auf die Rechte aus dem Vollstreckungsbefehl v. 2. Febr. 1927.

IV. Die Bekl. erklärt hiermit ihre Einwilligung dazu, daß auf dem ihr gehörigen Anwesen Haus Nr. 29 an der Zahnstraße dahier zugunsten der Forderung des Kl. eine Sicherungshypothek von 2400 M an nächst offener Rangstelle eingetragen wird.“

Am 22. Febr. 1927 erschienen K. und B. wiederum vor dem genannten Richter in der Sitzung des Streitgerichts, und es wurde nun eine Verhandlung aufgenommen in Sachen des K., Kl., gegen „S., Gottfried, und Anna, früher Zahnstraße 29 in M., zur Zeit in Amerika, vertreten durch den Generalbevollmächtigten Sebastian B. in M., Zahnstraße 29, Bekl.“. Es wird erwähnt, daß der Kl. persönlich erschienen sei, für die Bekl. Herr B., „unter Vorzeigung einer allgemeinen Vollmacht“. Diese Vollmacht war dieselbe, die auch am 14. Febr. vorgelegt worden war. Es wurde dann beurkundet, daß nach den Erklärungen der Erschienenen bei dem Vergleich v. 14. Febr. 1927 übersehen worden sei, daß neben der Bekl. Anna S. auch der Bekl. Gottfried S. beteiligt ist, und dann der Vergleich dahin erweitert, daß nunmehr Gottfried S. die gleichen Verpflichtungen als Gesamtschuldner mit Anna S. einging, auch in gleicher Weise die Eintragung der Sicherungshypothek bewilligte. Am 11. März 1927 wurde auf Grund der Vergleiche die Sicherungshypothek zu 2400 M auf Antrag des K. im Grundbuch eingetragen. K. trat seine Rechte aus dem Vergleich und der Hypothek am 24. März 1927 vor einem Notar gegen Zahlung von 1500 M an die Kl. ab und wurde mit dem empfangenen Gelde flüchtig. Die Kl. hatte auf Grund der notariellen Urkunde die Abtretung der Hypothek in das Grundbuch eintragen und sich vollstreckbare Ausfertigungen der Vergleiche erteilen lassen. Auf ihren Antrag wurde die Zwangsversteigerung des Anwesens angeordnet, doch erhob Ende Mai 1927 Gottfried S. beim O. G. M. Vollstreckungsgegenklage, weil B. auf Grund der Vollmacht die Vergleiche nicht habe abschließen können. Durch rechtskräftiges Urteil des O. G. v. 15. Mai 1928 ist die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, weil die Vergleiche ohne Vollmacht abgeschlossen und wegen betrügerischen Einvernehmens zwischen B. und K. von Anfang an nichtig gewesen seien. Die Kl. ist der Ansicht, daß der O. G. M. seine Amtspflicht dadurch fahrlässig verletzt habe, daß er bei Aufnahme der Vergleiche die vorgelegte Vollmacht nicht nachgeprüft und gleichwohl dieselben beurkundet habe. Da B. und K. vermögenslos sind, die Kl. also von ihnen keinen Ersatz

erlangen kann, hat sie den bayerischen Staat auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

Der O. G. M. K. und der Protokollführer haben sich bei der Aufnahme der Sitzungsprotokolle v. 14. und 22. Febr. 1927 nicht damit begnügt, den Erfordernissen der §§ 159, 160 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und Abs. 2, §§ 162, 163, 164, 500, 510 a, 794 ZPO. zu genügen, sie haben auch beurkundet, wodurch Sebastian B. ihnen nachgewiesen hatte, daß er von den Eheleuten S. zur Führung des angeblichen Rechtsstreits mit K. und zur vergleichsweisen Beilegung desselben ermächtigt war. Dies ist dadurch geschehen, daß im ersten Protokoll Sebastian B. als Generalbevollmächtigter der Frau S. aufgeführt und angegeben ist, er sei für sie unter Vorzeigung einer Generalvollmacht erschienen. In dem zweiten Protokoll ist er als Generalbevollmächtigter beider Eheleute bezeichnet und angeführt worden, daß er eine allgemeine Vollmacht vorgezeigt habe. Damit war also bezeugt, daß Sebastian B. den gemäß §§ 80, 88 Abs. 2 ZPO. zu führenden Nachweis seiner Bevollmächtigung durch Vorzeigung einer schriftlichen Generalvollmacht bzw. einer allgemeinen Vollmacht erbracht habe, die Beamten also das Vorhandensein einer solchen, den Sebastian B. zur Verwaltung der Vermögensangelegenheiten der Eheleute S. ermächtigenden, die Prozeßvollmacht für alle aus dieser Verwaltung entstehenden Rechtsstreitigkeiten einschließenden Vollmacht wahrgenommen hatten. Diese Tatsache wurde nach § 418 ZPO. durch die Sitzungsprotokolle voll bewiesen. Daß die vorgelegte Urkunde keine Generalvollmacht war, ist vom VerR. zutreffend ausgeführt worden. Es lag also eine unrichtige Beurkundung vor. Die Beurkundung soll dazu geführt haben, daß das O. G. M. bei der Eintragung der Sicherungshypothek, die später mit der Sache besetzten Amtspersonen und die Kl. selbst auf das Vorhandensein der Vollmacht vertraut haben. Ohne die unrichtige Beurkundung wäre es nach der Behauptung der Kl. nicht zur Herstellung der Urkunden gekommen, deren Aushändigung sie zur Hergabe des Geldes an K. veranlaßt haben, die unrichtige Beurkundung soll also die Ursache der Schädigung gewesen sein, und das Verschulden des O. G. M. wird darin gefunden, daß er die falsche Beurkundung vorgenommen hat. Das O. G. hatte angenommen, daß der O. G. M. bei ordnungsmäßiger Prüfung die Unzulänglichkeit der Vollmacht erkannt und dann die Erschienenen gemäß § 139 Abs. 2 ZPO. auf die bestehenden Bedenken aufmerksam gemacht haben würde, daß aber in diesem Falle die vor ihm erschienenen Betrüger B. und K. ihm dargelegt hätten, daß es sich bei dem Darlehen um eine Aufwendung für das Hausgrundstück gehandelt habe, und dann der Richter seine Bedenken hinsichtlich der Vollmacht aufgegeben haben würde. Aus diesem Grunde hatte das O. G. den ursächlichen Zusammenhang des eingetretenen Schadens mit der falschen Beurkundung verneint und die Klage abgewiesen. Das ist vom VerR. mißbilligt worden. Er weist mit Recht darauf hin, daß die Kl. dadurch getäuscht sein will,

den Grundstücks-eigentümer bezeichnet, die es in Wirklichkeit nicht war. Kl. behauptete, im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beurkundung sich an einer Gesellschaft zur Verwertung eines Abbaurechts beteiligt zu haben, das der angebliche Eigentümer in dem Verträge einem anderen bestellt hatte. Das O. G. billigte in sehr sorgfältigen, eingehend begründeten Ausführungen überall die in den Urk. O. G. 58, 298 und 72, 324 = JW. 1910, 157 vertretene grundsätzliche Auffassung und fügte u. a. hinzu: „Es ist nicht gerechtfertigt, den Preis der Personen, deren Interessen die dem Beamten zur Amtspflicht gemachte Tätigkeit unter Berücksichtigung ihrer besondern Art und ihres Zweckes dienen soll, in allen Fällen gleichzustellen mit dem Kreise der Personen, die bei der betreffenden Amtstätigkeit als unmittelbar Beteiligte erscheinen. Diese beiden Kreise können allerdings zusammenfallen, sie können aber auch voneinander verschieden sein. Ob das eine oder das andere der Fall ist, richtet sich nach der Tätigkeit der Beamten, nach ihrer inneren Natur. So fallen die beiden Kreise zusammen bei der Tätigkeit des Prozeßrichters; hier sind nur die Parteien i. S. des 2. Abschnittes des 1. Buches der ZPO., also einschließlich der am Rechtsstreite beteiligten Dritten, die in diesem Sinne Beteiligten. Sie sind aber auch allein die, deren Interesse die dem Prozeßrichter zur Amtspflicht gemachte Tätigkeit nach ihrer besondern Art und ihrem Zweck dienen soll. Dagegen fallen die beiden Kreise nicht zusammen, wenn es sich um die Amtstätigkeit des Grundbuchrichters handelt.“ Die hier gesperrt gedruckten Sätze gehen zu weit und sind dem O. G. im vorliegenden

ding zu verfahren haben. Über die Frage, wann ein Beamter i. S. des § 839 BGB. eine ihm „gegenüber einem Dritten“ obliegende Amtspflicht verletzt hat, besteht eine reichhaltige Spr., aber die allgemeinen Richtlinien stehen seit etwa zwanzig Jahren fest. Schon im O. G. 72, 324 hat das O. G. ausgesprochen, daß sich die gem. § 839 zu stellende Frage, wem gegenüber dem Beamten eine Amtspflicht obliege, der Natur der Sache nach nur im Hinblick auf die besondere Art der dem Beamten zur Pflicht gemachten Tätigkeit unter Berücksichtigung des Zweckes und der Interessen, denen sie dienen solle, beantworten lasse. Den Gegenfuß zu den Amtspflichten, die dem Beamten Dritten gegenüber obliegen, bilden einmal die Ordnungs- und Aufsichtspflichten, die im inneren Verhältnis der Behörden und Beamten zu beachten sind, andererseits auch die Pflichten, die dem Beamten zwar nach außen, aber zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der vermögensrechtlichen Belange des Gemeinwezens auferlegt sind. Hat die Amtspflicht den Zweck, die Belange des einzelnen wahrzunehmen, so liegt sie dem Beamten einem Dritten gegenüber ob (Planck<sup>4</sup>, Ann. 3a; RGRKomm.<sup>6</sup>, Ann. 3 zu § 839 u. a.). Was nun aber den Kreis der Dritten anbelangt, so umfaßt er nach dem schon in O. G. 58, 298 einggenommenen und O. G. 72, 330 = JW. 1910, 157 festgehaltenen Standpunkt nicht nur die bei dem einzelnen Amtsgeschäft unmittelbar Beteiligten, auf deren Antrag das Geschäft vorgenommen ist, sondern alle, „deren Interessen nach der besondern eigenen Natur des Geschäfts durch dieses berührt werden“. Im Falle O. G. 78, 241 = JW. 1912, 349 handelte es sich um die Haftung eines Notars für ordnungsmäßige Herstellung einer Urkunde. Er hatte in der Urkunde eine Person als

daß in den Protokollen von einer Generalvollmacht bzw. einer allgemeinen Vollmacht die Rede war und führt aus, die bloße Möglichkeit, daß der Schaden auch im Falle einer Prüfung der Vollmacht eingetreten wäre, genüge nicht zur Verneinung des ursächlichen Zusammenhanges und damit zum Ausschluß einer gegebenen Haftung. Aber auch der VerN. ist zur Abweisung der Klage gelangt, freilich aus einer ganz anderen Erwägung. Er geht davon aus, daß durch die falsche Beurkundung keine der Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht i. S. des § 839 BGB. verletzt sei, da die Kl. im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung nicht als Dritte angesehen werden könne. Er stützt sich für seine Ansicht auf die Entsch. des erf. Sen. v. 10. Jan. 1912 in RG. 78, 244).

Die sich hiergegen wendende Revisionsrüge ist begründet. Zunächst ist hervorzuheben, daß die Quelle der Staatshaftung für die Amtspflichtverletzungen der Beamten nicht mehr die vom VerN. angeführte Bestimmung des BayAGBGB. sein kann, sondern diese Haftung aus Art. 131 Abs. 1 Satz 1 u. 3 RVerf. folgt, bestehende landesgesetzliche Bestimmungen demgegenüber also nur insoweit in Frage kommen, als sie eine „nähere Regelung“ i. S. des Art. 131 Abs. 2 RVerf. enthalten (RG. 102, 168; 106, 34; 107, 61). Im übrigen bekämpft die Rev. nicht die Auslegung des bay., also des der Rev. unzugänglichen Landesrechts, sondern die vom BG. getroffene Auslegung des § 839 BGB.; sie macht zutreffend geltend, daß der Begriff des Dritten im Sinne dieser Gesetzesbestimmung verkannt sei. Demgegenüber beruft sich der Veff. darauf, daß der Aufgabenkreis des OVR. K. als Prozeßrichter nur die angebliehen Prozeßparteien eingeschlossen habe, nicht aber irgendwelche Personen, die erst von einer der Prozeßparteien hinterher Rechte erwerben wollten und zu erwerben glaubten, sich aber in ihrer Erwartung getäuscht sahen, daß für solche Personen nicht die Amtshandlung des Beamten, sondern eine neue selbständige Ursache den Schaden herbeigeführt habe. Dem Veff. ist zuzugeben, daß der Prozeßrichter es regelmäßig nur mit den Prozeßparteien zu tun hat, eine Amtspflichtverletzung anderen Personen gegenüber also regelmäßig kaum in Frage kommen kann, aber er muß auch die Möglichkeit der Umschreibung der Vollstreckungsklausel für oder gegen Rechtsnachfolger der Prozeßparteien berücksichtigen. Wenn der Prozeßrichter beweiskräftige öffentliche Urkunden nicht nur über die Parteierklärungen (§ 415 ZPO.), sondern auch über eigene Wahrnehmungen und eigene Handlungen i. S. des § 418 ZPO. aufnimmt, deren Ausfertigung zur Eintragung von Rechten in das Grundbuch und zum Nachweise von Rechten dienen sollen, so müssen sie der Wahrheit entsprechen und der Verkehr sich auf ihre Richtigkeit verlassen können. In Rspr. und Schrifttum ist anerkannt, daß auch der Prozeßvergleich ein materiellrechtlicher Vertrag i. S. des § 779 BGB. ist und darin wirksam auch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen über die grundbuchmäßige Sicherstellung einer Geldforderung aufgenommen werden können, die Aufnahme derartiger Erklärungen in den gehörig protokollierten Prozeßvergleich also die gleiche Wirkung hat wie die Beurkundung durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder den Notar. Dazu kommt, daß der so protokollierte Vergleich nach §§ 794 f. ZPO. ein Titel zur Zwangsvollstreckung ist. Wenn aber in dieser Weise vor dem Prozeßrichter

Fälle verhängnisvoll geworden. Das BG. hat sie ohne weiteres auf einen Sachverhalt angewendet, auf den sie nicht passen. Das RG. sieht sich jetzt zu der sehr wesentlichen Einschränkung genötigt, es sei a. a. O. nur an die gewöhnlichen Fälle prozeßrichterlicher Beurkundung gedacht, nicht aber an Fälle, in denen der Prozeßrichter auch Tatsachen bezeuge, die sonst Gegenstand der Beurkundung im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu sein pflegten. Das ist vollkommen zutreffend. Wenn der Prozeßrichter rechtsgeschäftliche Willenserklärungen beurkundet, die die gleichen Wirkungen haben, wie die Beurkundung durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder den Notar, so haftet er, wie diese, allen, die im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit der Beurkundung ein Recht erworben haben. Das gilt insbesondere für den Fall der nicht genügenden Feststellung der Personengleichheit (vgl. hierzu RG. 81, 157 = JW. 1913, 376 und darüber, daß der Vergleich die Formen der gerichtlichen oder notariellen und der öffentlichen Beurkundung und der öffentlichen Beglaubigung nicht nur bei Verträgen ersetzt, Rosenberg<sup>2</sup>, § 134, II 1).

OVGPräf. i. R. Dr. Levin, Berlin.

1) JW. 1912 349.

durch öffentliche Urkunde Rechte begründet werden, dann muß er sich bewußt sein, daß derartige Urkunden nicht nur Bedeutung für die unmittelbaren Prozeßparteien haben, sondern von diesen auch vielfach zur Übertragung oder Verpfändung der darin begründeten Rechte benutzt und also zum Nachweis der beurkundeten Vorgänge Dritten zugänglich gemacht werden, die vermöge der gesetzlich festgelegten Beweiskraft der Urkunde auf die Richtigkeit der Beurkundung vertrauen dürfen. Dritte, denen gegenüber dem Prozeßrichter eine Amtspflicht obliegt, sind in solchem Falle nicht nur die Prozeßparteien einschließlich der im Sinne des zweiten Abschnitts des ersten Buches der ZPO. am Rechtsstreite beteiligten Dritten, sondern alle diejenigen, deren Interessen nach der besonderen eigenen Natur des Rechtsgeschäfts — nicht etwa nur infolge zufälligen Hinzutretens äußerer Umstände — durch dasselbe berührt werden, also insbes. auch der Rechtsnachfolger oder Pfandgläubiger einer Prozeßpartei. Gerade das ist hinsichtlich der Haftung des Notars bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts vom erf. Sen. in der vom VerN. angeführten Entsch. ausgeführt worden. Wenn dort bezüglich der Amtspflicht des Prozeßrichters gesagt ist, daß bei ihm der Kreis der unmittelbar Beteiligten, der Prozeßparteien im angeführten Sinne, mit dem Kreis der Personen, deren Interessen die dem Beamten zur Amtspflicht gemachte Tätigkeit unter Berücksichtigung ihrer besonderen Art und ihres Zweckes dienen soll, zusammenfalle, so ist dabei nur an die gewöhnlichen Fälle prozeßrichterlicher Beurkundung gedacht, nicht aber an Fälle, in denen der Prozeßrichter auch Tatsachen bezeugt, die sonst Gegenstand der Beurkundung im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu sein pflegen. Im letzteren Falle ist, wie auch jene Entsch. bezüglich der Notarhaftung ausführt, die Pflicht zur sorgfältigen Beurkundung nicht auf die Personen zu beschränken, welche die für eine der Vertragsparteien durch den beurkundeten Vertrag erworbenen Rechte von dieser Vertragspartei ihrerseits erworben haben, vielmehr der Kreis dahin zu erweitern, daß er überhaupt alle diejenigen Personen umfaßt, welche im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit der Beurkundung und auf die durch das beurkundete Rechtsgeschäft geschaffene Rechtslage in Beziehung auf diese Rechtslage im Rechtsverkehr tätig werden, so daß dazu auch derjenige gehört, welcher im Vertrauen darauf, daß die eine der Vertragsparteien durch den beurkundeten Vertrag ein Recht erworben hat, sich dieses Recht gegen Entgelt abtreten läßt oder gegen seine Verpfändung der Vertragspartei ein Darlehen gewährt. Erleidet eine in dieser Weise im Rechtsverkehr tätig gewordene Person durch eine Täuschung in jenem Vertrauen unmittelbar einen Schaden, so sind nach jener Entsch. die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 BGB. gegeben. Daraus folgt, daß der Oberamtsrichter K. durch jene falsche Beurkundung eine der Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Das BU., das dies verkannt hat, war daher aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entsch. an das BG. zurückzuverweisen. Dieses wird insbes. auch zu prüfen haben, ob der ursächliche Zusammenhang zwischen dieser Amtspflichtverletzung und der Schädigung der Kl. zu bejahen ist (vgl. auch §§ 29, 30 BGB.; §§ 1445, 1487 BGB.).

(U. v. 13. Mai 1930; 284/29 III. — München.) [Sch.]

2. §§ 18, 19 preuß. Gef. v. 25. Aug. 1876; Art. I § 17a preuß. Gef. v. 10. Aug. 1904; § 10 II 17 ZNR.

1. Sind Ansprüche „aus dem Vertrage“ einem Schiedsgericht unterworfen, so gehören dazu nicht die Ansprüche, die sich aus einem späteren Schiedsspruch ergeben.

2. Bedingungen, die behördlicherseits der Genehmigung einer Siedlung beigelegt und Auflagen, die dem Grundeigentümer von Polizei wegen gemacht werden, sind keine öffentlichen Lasten des Grundstücks; auf das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer findet § 103 BGB. keine Anwendung. †)

(U. v. 16. Mai 1930; 591/29 VII. — Berlin.) [Ru.]

Abgedr. JW. 1930, 2428<sup>37</sup>.

Zu 2. Die Entsch. bietet in prozessualer Hinsicht keinen Anlaß



**\*\*3.** §§ 145 ff., 151 BGB. Rechtsanwaltsdienstvertrag zwischen dem Rechtsanwalt und dem Vertragsgegner seines eigentlichen Klienten, mit dem er in des letzteren Auftrag in Verbindung getreten ist. Erklärung der Annahme des Anwaltsvertragsangebotes durch die Gegenseite nicht unmittelbar an den Anwalt, sondern an dessen Klienten.

S. hat im November 1925 die Kl., deren Handelsvertreter er war, um ein Darlehen von 10 000 M und versprach, ihr dafür eine erstfällige Briefhypothek in derselben Höhe abzutreten. Nachdem ihm das Darlehen unter der angebotenen Bedingung mündlich zugesagt worden war, schrieb er der Kl. am 4. Dez. 1925, er habe die Abtretung bei seinem Notar beurkunden lassen wollen, dabei sei ihm aber der Bescheid geworden, daß der Betrag erst bezahlt sein müsse, bevor die Aushändigung des Briefes vor sich gehe, er bitte daher um Überweisung der 10 000 M, im übrigen habe er seinen Notar gebeten, der Kl. den vorher gekennzeichneten Sachverhalt zu bestätigen. In seinem Auftrage ging bei der Kl. ferner folgendes vom 4. Dez. datierte Schreiben des Bekl. ein: „Nach mir heute gewordener Mitteilung unseres Auftraggebers, des Herrn S., sind Sie bereit, diesem gegen Aushändigung des näher dargelegten Hypothekenbriefes 10 000 M zu überweisen. Wir möchten Sie bitten, diesen Betrag umgehend an Herrn S. auszuhändigen. Wir werden nach dessen Mitteilung vom Eingang des Geldes Ihnen den Hypothekenbrief sofort übermitteln. Sie haben vielleicht die Freundlichkeit, den Betrag auf das Postcheckkonto des Herrn S. direkt zu überweisen.“

Unter dem 5. Dez. 1925 schrieb die Kl. an S. unter Bezugnahme auf seine beiden Briefe, auf die mündliche Aussprache und auf das Schreiben von seinem Notar eingegangene Schreiben, sie habe ihm 10 000 M überwiesen und sehe der Übersendung des Hypothekenbriefes entgegen. Die 10 000 M gingen demnächst auch bei S. ein. Dagegen gelangte der Hypothekenbrief nicht in den Besitz der Kl. Er lag damals noch beim Grundbuchamt, weil der Grundstückseigentümer noch nicht dem Grundbuchamt gegenüber der Aushändigung des Briefes an S. zugestimmt hatte. Am 15. Dez. 1925 erteilte darauf S. in der Kanzlei des Bekl. den Auftrag zur Abfertigung folgenden Schreibens an die Kl., das demnächst, vom Bekl. unterzeichnet, bei ihr einging: „In der Angelegenheit des Herrn S. nehmen wir Bezug auf unser Schreiben vom 4. d. M., auf Grund dessen Sie Herrn S. den Betrag von 10 000 M überwiesen haben. Leider hat sich die Aushändigung des Hypothekenbriefes beim Grundbuchamte dadurch verzögert, daß zunächst noch eine Erklärung des Käufers des Grundstücks beigezogen werden mußte, dieser aber verzeift war. Wir werden die Angelegenheit dauernd im Auge behalten, um Ihnen in aller kürzester Frist den Hypothekenbrief übermitteln zu können.“ In den folgenden Tagen gab der Grundstückseigentümer seine Einwilligung zur Aushändigung des Hypothekenbriefes an S. Sie wurde in der Kanzlei des Bekl. abgegeben und dort an S. am 23. Dez. 1925 ausgehändigt. S. ließ sich hierauf vom Grundbuchamte den Hypothekenbrief übergeben. Er handigte den Brief der

zu besonderen grundsätzlichen Bemerkungen. Sie erklärt für nicht rechtsirrtümlich eine Vertragsauslegung, nach welcher ein Schiedsgericht nur Streitigkeiten aus dem Vertrage entscheiden soll, nicht auch Streitigkeiten, die aus dem erfüllten Schiedssprüche selbst erwachsen. Daß solche Auslegung dem Willen der Parteien entsprechen kann, unterliegt keinem Zweifel. Freilich ist es auch nach Lage der Umstände möglich, daß der Wille der Schiedsparteien darauf gerichtet ist, alle Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, einschließlich derjenigen aus einem dieses Rechtsverhältnis betreffenden Schiedsspruch, der Entsch. des Schiedsgerichtes zu unterwerfen. Also eine reine Auslegungsfrage! Ist die erste der beiden Auslegungen im konkreten Falle am Platze, so darf nicht etwa die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes für den eigenen Spruch betreffenden Streit aus dem Gesichtspunkt abgeleitet werden, daß Schiedsgericht sei die zur Auslegung der eigenen Entsch. zuständige Stelle. Ebensovienig nämlich, wie es im ordentlichen Streitverfahren eine beim Prozeßgericht zu erhebende Klage auf Auslegung des Urteils gibt, ebensovienig gibt es ohne einen dahingehenden Parteiwillen eine Zuständigkeit des Schiedsgerichtes zur Auslegung der von ihm selbst erlassenen Entsch.

Gch. JN. Prof. Dr. W. Risch, München.

Kl. nicht aus, sondern trat ihn an einen gutgläubigen Dritten ab und nahm sich am 8. April 1926 das Leben. In dem über seinen Nachlaß eröffneten Konkurs fiel die Kl. mit ihrer Darlehnsforderung aus.

Die Vorinstanzen haben die Klage auf Ersatz des Schadens zugesprochen, die Rev. des Bekl. hatte keinen Erfolg.

Die Rev. rügt Verletzung der §§ 145 ff., 133, 157, 254 BGB. Sie meint, ein Vertragsverhältnis zwischen der Kl. und dem Bekl. sei überhaupt nicht zustande gekommen, da die Kl. dem Bekl. auf seine Briefe überhaupt nicht geantwortet, sondern nach wie vor ausschließlich mit S. verhandelt und ihm gegenüber niemals zum Ausdruck gebracht habe, daß sie durch Erklärung des Bekl. irgendeine Rechtsposition diesem gegenüber erlangt habe und daß sie im Vertrauen hierauf dem S. das Darlehen gebe. Außerdem treffe die Kl. in jedem Falle ein erhebliches Mitverschulden an der Entstehung des Schadens. In beiden Richtungen ist die Rev. nicht begründet.

Wegen des Vertragsverhältnisses des Bekl. zum Kl. führt das BG. folgendes aus. Wenn die Kl. behauptet, durch die vom Bekl. unterzeichneten Schreiben v. 4. und 15. Dez. 1925 habe sich dieser ihr gegenüber verpflichtet, ihr den Hypothekenbrief zu verschaffen, und im Vertrauen hierauf habe sie S. das Darlehen von 10 000 M ausbezahlt, so könne ihr darin nur recht gegeben werden. Dadurch, daß S. den Bekl. beauftragt habe, diese beiden Schreiben an die Kl. zu richten, seien zunächst allerdings nur Vertragsbeziehungen zwischen ihm und S. entstanden. Es sei aber rechtlich sehr wohl möglich, daß sich der Beauftragte im Rahmen und in Ausführung des ihm erteilten Auftrages einem Dritten gegenüber zu Handlungen oder Leistungen in der Weise verpflichte, daß der Dritte selbständig Ansprüche gegen ihn erlange. Gerade der Anwalt, der vermöge seiner Stellung im Rechtsleben der Vertrauensmann und die Mittelsperson Rechtssuchender sei, werde häufig vor Aufgaben dieser Art gestellt. Verpflichte er sich in der angegebenen Weise einem Dritten gegenüber, dann bleibe sein Auftraggeber zwar derjenige, der ihn zu der Erklärung veranlaßt habe, aber gleichwohl erlange der Dritte auf Grund der ihm gegenüber eingegangenen Bindung das Recht, die in Aussicht gestellte Leistung vom Anwalt zu verlangen. Die späteren Verhandlungen, die die Kl. wegen der Darlehnsangelegenheit nach den Briefen vom 4. und 15. Dez. noch mit S. selbst geführt habe, hätten die von der Kl. bereits übernommene Verpflichtung nicht mehr berührt.

Diese Ausführungen des BG. sind allerdings, soweit sie sich auf Inhalt und Zustandekommen des Vertrages zwischen der Kl. und dem Bekl. beziehen, etwas knapp gehalten, lassen aber doch mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, was das BG. meint. Indem es wiederholt hervorhebt, daß der Bekl. sich „der Kl. (bzw. dem Dritten) gegenüber“ verpflichtet habe, bringt es zum Ausdruck, daß es sich nicht etwa um einen Vertrag zugunsten eines Dritten i. S. der §§ 328 ff. BGB. handle, sondern um eine, kausal allerdings durch einen Auftrag des S. veranlaßte, im übrigen aber selbständige vertragliche Verpflichtung eigener Art, die der Bekl. der Kl. gegenüber einging mit dem Inhalt, „ihr den Hypothekenbrief zu verschaffen“. Diese Auslegung des Briefes v. 4. Dez. 1925 ist rechtlich möglich und verletzt keine Auslegungsgrundsätze, insbes. auch nicht die §§ 133, 157 BGB. Sie liegt im Gegenteil nach dem Wortlaute des in Bezug genommenen Schreibens sogar nahe. Wenn darin der Bekl. die Kl. ausdrücklich bittet, die 10 000 M dem S. direkt auf sein Postcheckkonto zu überweisen, und hinzufügt, daß er (bzw. sein Büro) nach Mitteilung vom Eingange des Geldes der Kl. den Hypothekenbrief sofort übermitteln werde, so konnte die Kl. dieses Dazwischentreten einer bekannten Anwaltsfirma sehr wohl dahin auffassen, daß der Anwalt nunmehr auf Grund eigener Verpflichtung für die Verschaffung des Hypothekenbriefes sorgen wolle. Auch der Brief v. 15. Dez. ist durchaus geeignet, diese Auslegung zu unterstützen. Die Ausführungen des BG. begegnen also insoweit keinem rechtlichen Bedenken. —

Wenn die Rev. dieser Auffassung gegenüber unter Berufung auf Friedlaender, RWD., Erl. vor § 30 Anm. 23, und Bem. zu ZB. 1930, 1193<sup>10</sup> noch ein Bedenken allgemeiner Natur vorbringt und sich gegen die Annahme wen-

det, daß die Kl. als Vertragsgegnerin des S. in ein Vertragsverhältnis zu dessen Anwalt habe treten wollen, so trifft dieses Bedenken den vorliegenden Fall nicht und bedarf daher hier keiner grundsätzlichen Erörterung. Friedlaender wendet sich a. a. O. namentlich gegen die Annahme eines stillschweigenden Anwaltvertrages in solchen Fällen, wo der Vertragsgegner eines Anwaltsklienten den Anwalt um Rat oder Auskunft bittet, z. B. über die Zahlungsfähigkeit des Klienten, mit dem er einen Vergleich zu schließen beabsichtigt. Der vorliegende Fall liegt völlig anders. Hier hat S. selbst seinen Anwalt beauftragt, an die Kl. zu schreiben, und zwar gerade zu dem für alle Beteiligten gleichmäßig erkennbaren Zwecke, daß die Haftungsübernahme durch den Anwalt die Kl. bestimmen sollte, einen Darlehenbetrag auszusahlen, den sie sonst nicht ausgezahlt haben würde.

Zuzugeben ist der Rev., daß der Brief des Bekl. vom 4. Dez. 1925 zunächst allerdings nur als Vertragsangebot anzusehen ist und daher der Annahme bedurfte. Die Annahmeerklärung brauchte aber keine ausdrückliche zu sein und brauchte auch nicht notwendig dem Antragenden persönlich erklärt zu werden, wenigstens dann nicht, wenn aus seinem Angebote erhellt, daß er auch eine an eine andere Stelle gerichtete Annahmeerklärung als ihm gegenüber abgegeben gelten lassen wollte; in diesem Falle hatte er nämlich i. S. des § 151 BGB. auf eine ihm zu eigenen Händen gegenüber abzugebende Erklärung der Annahme der in dem Briefe v. 4. Dez. enthaltenen Verpflichtungserklärung verzichtet. Die Aufforderung, die 10 000 M direkt auf das Postcheckkonto des S. zu übermitteln, konnte und mußte nach den oben erörterten Umständen dahin verstanden werden, daß die Erfüllung dieser Bitte zugleich als Annahme des Vertragsangebots des Bekl. gelten sollte. So meint es auch offenbar die Kl., wenn sie ausführt, der Bekl. habe sich ihr gegenüber verpflichtet, ihr den Hypothekenbrief zu verschaffen, und im Vertrauen hierauf habe sie S. das Darlehen von 10 000 M ausgezahlt; und indem das BG. diese Ausführung am Eingange seiner Entscheidungsgründe ausdrücklich billigt, schließt es sich dieser Auffassung an. Die Ausführungen des Bkl. zu diesem Punkte reichen bei aller Kürze aus und lassen einen Rechtsirrtum, insbes. eine Verkennung der Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vertrages (§§ 145 ff. BGB.) nicht erkennen. Auch die weiteren Ausführungen des BG., daß die folgenden Verhandlungen der Kl. mit S. an diesem Abkommen der Kl. mit dem Bekl. nichts mehr geändert haben, sind von Rechtsirrtum frei. Ein Mitverschulden der Kl. verneint das BG. schon deshalb, weil ihr daraus, daß sie sich zur Aushändigung des Geldes an S. vor Empfang des Hypothekenbriefs entschloß, kein Vorwurf zu machen sei; die Versicherung eines in Rechtsfragen erfahrenen Anwalts habe ihr genügen müssen. Dieser Auffassung des BG. ist lediglich zuzustimmen; der Bekl. kann sich gegenüber dem Vorwurf mangelnder Sorgfalt nicht mit Erfolg darauf berufen, daß das von der Kl. in ihn gesetzte Vertrauen selber einen Mangel an Sorgfalt verrate. Mit Recht fügt das BG. ferner hinzu, daß das Vertrauen auf die Zusicherung des Bekl. es auch erklärlich mache, daß die Kl. noch keinen Verdacht gegen S. geschöpft habe, als sich die Übergabe des Hypothekenbriefs an sie verzögerte, zumal sie bei der Erklärung des Bekl. in dem späteren Schreiben v. 15. Dez. 1925 und bei den, vom BG. noch herangezogenen, Äußerungen des S. selbst habe Beruhigung fassen können. Wenn man angesichts dieser Erklärung vom 15. Dez. der Kl. überhaupt habe ansinnen wollen, selbst auf eine raschere Erledigung der Angelegenheit zu dringen, so wäre doch dafür, wie das BG. zutreffend meint, jedenfalls nur eine Zeit in Betracht gekommen, in der der Schaden schon eingetreten war und somit eine Säumnis der Kl. für diesen Schaden nicht mehr hätte ursächlich werden können. — Auch diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden und verstoßen insbes. nicht gegen § 254 BGB.

(U. v. 20. Mai 1930; 289/29 III. — Dresden.) [Sch.]

**\*\*4.** §§ 198, 201, 208 ff. BGB. Verschiedener Beginn der Verjährungsfrist für den Erfüllungsanspruch aus einem Vertrage und den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Durch eine Pfändung des Gläubigers gegen den Schuldner auf Grund eines Arrestbefehls wird die Verjährung des Arrestanspruchs unterbrochen, jedoch dauert die Unterbrechung nicht so lange fort, als die Vollstreckungshandlung bestehen bleibt. †)

(U. v. 4. April 1930; 437/29 VII. — Frankfurt a. M.)

Abgedr. JW. 1930, 2212<sup>3</sup>.

**5.** §§ 264 Abs. 2, 326 BGB. Bei endgültiger Erfüllungszweigerung des nach seiner Wahl Verpflichteten geht das Wahlrecht auf den Gläubiger über, ohne daß es einer vorherigen Fristsetzung bedarf.

Die Kl. macht geltend, daß der Vertrag über Lieferung von je drei Shaping-Maschinen Muster J2 und J3 und über drei Leifspindelrehbänke schon Ende September 1925 fest abgeschlossen worden sei, mindestens aber die Bekl. auf Grund ihres Schreibens v. 13. Okt. 1925 verpflichtet gewesen sei, in den Monaten November und Dezember 1925 und Januar 1926 je drei Maschinen jener Art nach ihrer Wahl von ihr zu beziehen und daß wegen der Nichtausübung des Wahlrechts seitens der Bekl. sie ihrerseits berechtigt gewesen sei, die Muster der abzunehmenden Maschinen zu bestimmen und bei deren Nichtabnahme den Selbsthilfeverkauf vorzunehmen.

Das die Klage abweisende BU. ist vom RG. aufgehoben. Das BG. stellt in bindender Weise fest, daß der Vertragsschluß zwischen den Parteien nicht vor dem 13. Okt. 1925 zustande gekommen ist (wird ausgeführt).

Dagegen beanstandet die Rev. mit Recht die weiteren Ausführungen des BG., daß die Kl. trotz des Verzugs der Bekl. in der Ausübung des ihr nach dem Vertrage zustehenden Wahlrechts und trotz des unberechtigten Rücktritts der Bekl. vom Vertrage nicht befugt gewesen sei, ohne weiteres den Selbsthilfeverkauf anzudrohen, vielmehr zunächst durch eine befristete Aufforderung zur Vornahme der Wahl den Übergang des Wahlrechts auf sie habe herbeiführen und dann ihrerseits die zu liefernden Maschinen habe bestimmen müssen. Hinsichtlich der Voraussetzungen des Rücktritts von einem gegenseitigen Vertrag oder des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung bei Erfüllungsverzug des Vertragsgegners hat das RG. in ständiger Apr. anerkannt, daß es der im § 326

Zu 4. Es handelt sich um einen Anspruch der Unternehmerin aus der Übernahme der Lieferung einer Ölhärtungsanlage für Sojabohnen. Die Bekl. ist wegen Nichterfüllung von Zugagen vom Vertrage zurückgetreten. Die Kl. hat Kl. auf Zahlung eines Teilbetrages erhoben, weil der Rücktritt unberechtigt und ihr dadurch ein Schaden entstanden sei. Das LG. Wiesbaden hatte durch Teilurteil einen Teil mit Zinsen zugesprochen. In der Berufung hat die Bekl. die Einrede der Verjährung vorgebracht, der das OVG. Frankfurt a. M. stattgegeben hat. Die Revision der Kl. ist zurückgewiesen worden. Der Entsch. wird man beipflichten müssen. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages besteht seinem Wesen nach darin, daß an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile eine einseitige reine Selbstforderung der Ersatzberechtigten tritt, die sich nach der Verschlechterung bemisst, die seine wirtschaftliche Stellung durch das Unterbleiben des Vertragsvollzugs erfahren hat („Differenztheorie“, RG. 127, 248 = JW. 1930, 2041; 102, 89). Der ganze Vertrag muß „endgültig liquidiert“ werden. Der Schadensersatzanspruch ist selbständiger Natur und nicht lediglich eine Fortsetzung, Umbildung, „Surrogat“, des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. Er entsteht zeitlich selbständig infolge der vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen. Der „liquidierte“ Vertrag ist hier nur eine als tatsächliche zu wertende Voraussetzung. Bei Entschließung des Gläubigers für den Nichterfüllungsanspruch scheidet er ja von der Erfüllung ab und greift zu dem neuen, vom Gesetz ihm gewährten Anspruch. Dafür, daß dessen Verjährung sich nach der Verjährung des Erfüllungsanspruchs zu richten habe, liegt nichts vor. Der Standpunkt der Entsch. verdient daher Billigung.

Daß Arrestgesuche und -befehle die Verjährung nicht unterbrechen, wohl aber eine auf Grund eines Arrestes ausgebrachte Arrestpfändung, entspricht der herrschenden Lehre (vgl. Staudinger zu § 209; Kohler, Lehrb. I S. 245; Dertmann, Bem. 2b zu § 209). über eine Dauer dieser Unterbrechung enthält das Gesetz, wie dargelegt, keine Bestimmung. Sie wirkt also lediglich für den Augenblick, d. h. nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung.

GenPräf. Prof. Dr. Graven, Köln.

BGB. vorgeschriebenen Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Vertragsgegner die Erfüllung bestimmt, ernstlich und endgültig verweigert (s. RG. 51, 350; 66, 421)<sup>1)</sup>. Diese Stellungnahme beruht auf der Erwägung, daß nicht angenommen werden kann, der Gesetzgeber wolle vom Rechtsverkehr zwecklose und überflüssige Erklärungen verlangen, und dieser Gesichtspunkt, der sich aus den allgemeinen Anforderungen des Rechtsverkehrs ergibt, muß auch bei der hier in Frage stehenden Auslegung des § 264 Abs. 2 BGB. maßgebend beachtet werden. Es muß zu der Auffassung führen, daß es der dort vorgesehenen befristeten Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger zur Bornahme der ihm zustehenden Wahl dann nicht bedarf, wenn der Gläubiger nicht nur die Ausübung seines Wahlrechts verweigert, sondern die Erfüllung des Vertrags überhaupt ernstlich und endgültig verweigert, denn angesichts einer solchen Weigerung ist nicht abzusehen, welchen Zweck die förmliche Aufforderung zur Ausübung des vertraglichen Wahlrechts innerhalb einer bestimmten Frist noch haben sollte, muß sich diese Aufforderung vielmehr als eine völlig überflüssige Weiterung darstellen. Das BG. durfte deshalb nicht ohne weiteres annehmen, daß „der Rücktritt der Bekl. die rechtliche Beurteilung des Klageanspruchs nicht zu beeinflussen vermöge“, mußte vielmehr zunächst prüfen, ob in dem die Rücktrittserklärung enthaltenden Schreiben der Bekl. v. 21. Nov. 1925 nicht eine bestimmte, ernstliche und endgültige Ablehnung der Vertragserfüllung zu sehen war. Zu dieser Prüfung bestand um so mehr Anlaß, als die Rücktrittserklärung wegen erheblicher, in mehreren früheren Briefen erörterter Preisdifferenzen erfolgte und trotz Klagedrohung in einem weiteren Schreiben der Bekl. v. 30. Nov. 1925 bekräftigt worden war.

Lag eine bestimmte ernstliche und endgültige Erfüllungserweigerung der Bekl. vor, so war ebenso wie die befristete Aufforderung zur Bornahme der Wahl und aus den gleichen Gründen auch eine besondere Bestimmung der Kl. über die von der Bekl. abzunehmenden Waren entbehrlich. Es genügte, wenn bei der Androhung des Selbsthilfeverkaufs die Bestimmung mitgeteilt und die Aufforderung zur Abnahme ausgesprochen wurde. Die in dieser Beziehung in Betracht kommenden Briefe der Kl. begründen das Verlangen nach Abnahme der darin bezeichneten Maschinen nach Feststellung des BG. allerdings nicht mit einer von der Kl. infolge des Überganges des Wahlrechts auf sie getroffenen Bestimmung, sondern — entsprechend dem von ihr im Rechtsstreit eingenommenen Standpunkte — mit der angebotenen festen Bestimmung dieser Maschinen bei den Verhandlungen der Parteien. Aber dieser Umstand hindert nicht, in diesen Briefen eine wirksame Wahl der abzunehmenden Maschinen zu finden, da zu dieser nicht eine zutreffende rechtliche Begründung, sondern nur die bestimmte Bezeichnung der auf Grund der Erklärung zu bewirkenden Leistung und einen Zweifel über die Identität des Anspruchs ausschließende Bezeichnung des Schuldgrundes erforderlich ist. Eine Prüfung, ob aus diesem Gesichtspunkte eine wirksame Bornahme der Wahl anzuerkennen ist und ob auch die Androhung des Selbsthilfeverkaufs ordnungsmäßig stattgefunden hat, ist im BU. unterblieben.

(U. v. 27. Mai 1930; 486/29 VII. — Dresden.) [Ru.]

6. §§ 387, 389 BGB. übersteigt die Passivforderung (Forderung gegen die aufgerechnet wird) die Aktivforderung (Forderung mit der aufgerechnet wird), so kann der Inhaber der Passivforderung, der den Differenzbetrag der beiden Forderungen einlegt, nicht geltend machen, daß die Aufrechnung den nicht eingeklagten Teil der Forderung betreffe, falls die Aufrechnung vor Beginn des Prozesses erfolgt ist. Die in RG. 66, 266 und 80, 393 für die Aufrechnung im Prozesse ausgesprochene gegenteilige Ansicht kann auf den vorliegenden Fall auch nicht entsprechend angewendet werden.

Das BG. verkennt nicht, daß, da die Bekl. die Aufrechnung bereits vor der Erhebung der Klage, mit ihrem Schreiben v. 2. Dez. 1925, erklärt hatte, die Rechtslage von den Fällen wesentlich verschieden ist, in denen die

Aufrechnung gegen einen eingeklagten Teilbetrag erst im Rechtsstreit erklärt wird und für die das RG. (s. RG. 66, 266<sup>1)</sup>; 80, 393) entschieden hat, daß der Kl. den Bekl. mit dessen Gegenforderung nicht auf den noch nicht eingeklagten Teilbetrag verweisen könne. In der Tat ist die Verschiedenheit derart, daß nicht nur eine unmittelbare Anwendung jener Entscheidungen auf den vorliegenden Fall, wie das BG. sagt, ausgeschlossen ist, sondern auch eine entsprechende Anwendung, die es für angängig zu halten scheint. Die erste von den angeführten Entscheidungen ist namentlich auf die Erwägung gegründet, daß durch die Einklagung eines Teilbetrags zwei voneinander in gewissen Grenzen unabhängige Forderungen entstanden seien und die in der Gegenwart sich vollziehende Aufrechnung sich gegen die eingeklagte Forderung richte (s. a. a. O. S. 274). In dem jetzt streitigen Falle ist aber die Aufrechnung lange vor der Klagerhebung, also nicht gegen den eingeklagten Teilbetrag, sondern gegen die gesamte Forderung der Kl. auf den Rest der Vertragspreise erklärt worden. Ebenso gilt nur für die Fälle der Aufrechnung im Prozesse die dem zweiten angeführten Urteil zugrunde liegende Erwägung, daß die Verweisung auf den nicht eingeklagten Teil der Forderung offensichtlich dem Willen des Aufrechnenden widerspreche und geradezu unstatthaft sei wie die Verrechnung einer auf den Klagebetrag zur Erfüllung des Klagebegehrens geleisteten Zahlung auf den nicht eingeklagten Forderungsteil. Der jetzt streitige Fall der Aufrechnungserklärung vor Erhebung der Klage auf einen Teilbetrag ist vielmehr der Leistung einer der aufgerechneten Gegenforderung gleichen Zahlung vor der Klagerhebung gleichzustellen: ebenso wenig wie im Falle einer solchen Zahlung der eingeklagte Teilbetrag dem Kl. deshalb abgesprochen werden könnte, weil die gezahlte Summe ihn übersteigt, ebenso wenig kann die vor der Klagerhebung erklärte Aufrechnung eine Abweisung der Klage auf einen Teilbetrag der Gesamtforderung rechtfertigen, soweit dieser sich innerhalb der Grenze des Überschusses der Gesamtforderung des Kl. über die Gegenforderung des Bekl. hält. Durch die Aufrechnung ist nach § 389 BGB. nicht nur in Höhe der Gegenforderung die Gesamtforderung des Kl. untergegangen, sondern auch die Gegenforderung des Bekl. Dieser kann sie daher bei einer auf die Aufrechnungserklärung folgenden Klage des Kl. nicht zur Aufrechnung verwenden, sofern diese einen anderen als den durch die Aufrechnungserklärung getilgten Teilbetrag zum Gegenstande hat, wie dies für den jetzt streitigen Fall zutrifft.

(U. v. 20. Mai 1930; 558/29 VII. — Oldenburg.) [Ru.]

## II. Aufrechnungsgesetz.

7. § 3 Anfg. Zur Feststellung der Benachteiligungsabsicht des Schuldners genügt nicht die Annahme des Bewußtseins, daß die Gläubiger benachteiligt werden könnten.)

(U. v. 11. April 1930; 559/29 VII. — Breslau.) [Ru.]

Abgedr. JW. 1930, 2055<sup>18</sup>.

<sup>1)</sup> JW. 1907, 171.

Zu 7. A. Dem Urteil des RG. ist ohne Zweifel beizupflichten. § 3 Ziff. 1 Anfg. spricht ebenso wie § 31 Ziff. 1 RD. von einer „Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen“. Es muß also ein Wille des Schuldners vorhanden sein, der auf den Erfolg gerichtet ist, die Gläubiger zu benachteiligen. Damit ist absolut nicht gesagt, daß dieses Ziel ein ausschließliches des Schuldners ist; denn solche Fälle sind äußerst selten, und ein solches extremes Erfordernis würde das Aufrechnungsrecht praktisch nahezu illusorisch machen. Meistens wird der Schuldner noch andere Ziele mit seiner Rechtshandlung erstreben: z. B. Unterhalt seiner Familie. Ebenso genügt ein eventuelles Wollen für einen bestimmten möglichen Fall. Dagegen kann prinzipiell das bloße Bewußtsein, daß die Gläubiger benachteiligt werden oder benachteiligt werden könnten, nicht genügen. Das widerstreitet dem Sinne und Wortlaut des Gesetzes. Nicht Wissen, sondern Wollen ist gefordert. Es kann nicht genügen, daß der Schuldner, der mit seiner Rechtshandlung rechtliche Ziele verfolgt, weiß, daß dadurch seine Gläubiger benachteiligt werden; das wird sich bei Schuldnern in schlechten Vermögenslagen gar nicht umgehen lassen. Es kommt vielmehr darauf an, daß der Schuldner die Gläubigerbenachteiligung als Ziel seiner Rechtshandlung will, entweder ausschließlich oder neben anderen Zielen. Wollte man das bloße Wissen als Aufrechnungsgrund

<sup>1)</sup> JW. 1907, 830.

8. § 3 Nr. 1 AnFG. Die Anfechtung aus § 3 Nr. 1 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der dem Zugriff der Gläubiger entzogene Gegenstand vom Anfechtungsgegner über seinen Wert bezahlt worden ist.

Ohne die Fragen einer etwaigen Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin und ihrer Kennntnis beim Bekl. zu erörtern, hält der VerR. die sowohl auf Nr. 1 wie auch auf Nr. 2 des § 3 AnFG. gestützte Anfechtung des Kaufvertrags v. 24. März 1925 um deswillen für unbegründet, weil dadurch die Gläubiger der Frau Sch., mithin auch die Kl., nicht benachteiligt

gelten lassen, so würde man der Anfechtung einen die Verkehrssicherheit ebenso bedenklich gefährdenden weiteren Spielraum belassen, wie umgekehrt die Beschränkung auf die Fälle ausschließlich gerollter Gläubigerbenachteiligung die Anfechtung praktisch unmöglich machen würde. Früher hat das RG. die Auffassung vertreten, daß „die Absicht vorhanden sei, wenn der Schuldner bei der Vornahme der Handlung sich ihres seine Gläubiger benachteiligenden Erfolges bewußt gewesen ist“ (RG. 9, 75). Diese alte Entsch. des 3. ZivSen. vom 24. April 1883 wurde aber nicht aufrechterhalten und schon ein Urtr. v. 20. Mai 1884 des 2. ZivSen. bildet den Übergang zu der heutigen Ansicht des RG., indem es zwar noch der erstgenannten Entsch. beipflichtet, aber nur „insofern dieses Bewußtsein die Absicht zu benachteiligen notwendig in sich schließt“ (RG. 11, 175)! Daß das bloße Bewußtsein als solches aber nicht genügt, hat das RG. 20, 180 (3. ZivSen. v. 27. März 1888) und dann mit aller Entschiedenheit in einem Urtr. des 6. ZivSen. v. 14. Juni 1894 (RG. 33, 124) ausgesprochen: „es genüge zur Feststellung der Benachteiligungsabsicht nicht das bloße Bewußtsein des Schuldners, daß durch die Befriedigung oder Sicherung des einen Gläubigers den übrigen Gläubigern die Möglichkeit ihrer Befriedigung entzogen werde“. Ebenso die gesamte folgende Nrpr. des RG. und der meisten OLG.

Daß der 11. ZivSen. des OLG. Breslau diese Ansicht nicht vertritt, geht klar aus seiner Begründung hervor, „es läge beim Vater des Bekl. das Bewußtsein, wenn nicht sogar die Absicht der Gläubigerbenachteiligung vor“. Also kann nur — es müßte denn völlig mißverständlich ausgedrückt sein — gemeint sein, daß das Bewußtsein genüge und es nicht als sicher angenommen wird, daß eine Absicht bestand. Daran können nach dieser unzweideutigen Äußerung auch die sonstigen Wendungen des OLG. nichts ändern, wenn es von „bewußt benachteiligen wollen“ oder der „Absicht, sich unspäbar zu machen“, spricht. Für es genügt offenbar der Nachweis des Bewußtseins, während es die Absicht dahin gestellt sein läßt. Und diese Auffassung ist nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes, nach allgemeiner neuerer Nrpr. und der Ansicht fast aller Schriftsteller irrig (mit Ausnahme von W. Risch in seinem Grundriß [5. A.] S. 45, aber ohne nähere Begründung: „gewollt, d. h. vorgestellt, wenn auch nicht bezweckt“).

Dem OLG. mag dabei eine richtige Idee vorgeschwebt haben, die nicht immer klar zum Ausdruck kommt: so ist es irreführend, wenn Franz Mengel in seinem Komm., 6 zu § 31, S. 159 behauptet, es genüge regelmäßig das Bewußtsein des Gemeinschuldners bei Vornahme der Rechtshandlung, daß dadurch notwendig oder doch aller Wahrscheinlichkeit nach die Gläubiger benachteiligt werden. Diese leicht mißverständliche Äußerung wird allerdings sofort dahin korrigiert, daß das Bewußtsein der Gläubigerbenachteiligung der Benachteiligungsabsicht begrifflich gleichzustellen sei, daß aber regelmäßig das Bewußtsein zu dem Schlusse berechtige, daß die Benachteiligung gewollt sei. Dies steht aber auf einem ganz anderem Blatt. Daß praktisch sehr häufig daraus, daß sich der Schuldner der Benachteiligung seiner Gläubiger bewußt war, gefolgert werden kann, daß er diese Benachteiligung gewollt hat, ist lediglich eine Beweisfrage, und ist nicht ein Weg dafür, daß das Bewußtsein genügt, sondern gerade umgekehrt dafür, daß Absicht zur Anspruchsbegründung gehört. Woraus diese in concreto bewiesen wird, ist eine Frage, die davon streng zu trennen ist, aber offensichtlich nicht mit der wünschenswerten Schärfe stets getrennt wird. Das Bewußtsein wird z. B. regelmäßig einen Schluß auf die Absicht zulassen, wenn es sich um ein inkongruentes Deckungsgeschäft handelt, d. h. aber nur, daß der Beweis für die anspruchsbegründende Tatsache der Benachteiligungsabsicht durch Nachweis des Benachteiligungsbewußtseins in allgemeinen erbracht ist, nicht aber, daß das Bewußtsein als solches anspruchsbegründende Tatsache der Anfechtung ist.

Und diese Idee hat dem OLG. wahrscheinlich vorgeschwebt, falsch formuliert, ohne Zweifel, aber im konkreten Fall vielleicht doch zutreffend. Beweiß genügt nicht das vom OLG. festgestellte Bewußtsein der Benachteiligung, aber so wie der Fall liegt, scheint doch aus dem Bewußtsein vielleicht die Folgerung berechtigt, daß auch eine Benachteiligungsabsicht vorhanden war. Dies wäre allerdings näher zu prüfen und in der Begründung klar davon auszugeben, daß die Absicht zwar die Grundlage des Anfechtungsanspruches ist, der Nachweis des Bewußtseins aber hier genüge, um auch diese Absicht, diese notwendige Anspruchsbasis zu beweisen. Insofern mag trotz

worden sein. Er gelangt hierzu auf Grund der Annahme, die vom Bekl. seiner Schwester gewährte Gegenleistung habe den damaligen Wert des ihm verkauften Hausgrundstücks überstiegen.

Mit Recht beanstandet die Rev. diese Stellungnahme des OLG. Sie erschöpft mindestens insoweit nicht die in Betracht zu ziehenden rechtlichen Gesichtspunkte, als der Lagegrund des § 3 Nr. 1 AnFG. in Frage kommt. Hier genügt, wie der erf. Sen. in ständiger Nrpr. annimmt und erst kürzlich wieder im Urtr. v. 11. März 1930, VII 433/29 (Recht 1930 Nr. 1021) hervorgehoben hat, mittelbare Benachteiligung der

Aufhebung des angefochtenen Urteils, die mit volstem Recht erfolgte, die anderweite Entscheidung der Vorinstanz im Endergebnis vielleicht ebenso lauten, wenn auch mit der vom RG. gemiesenen Begründung.

Zu einer Rechtfertigung des Urteils des OLG. kommt man endlich auch nicht, wenn man Absicht = Vorsatz setzt, wie es im StGB. häufig der Fall ist (vgl. §§ 43, 46 Nr. 1, 48); denn nach der heute herrschenden Willentheorie genügt für den Vorsatz nicht das Bewußtsein, das Wissen und Kennen allein, sondern ist ein bestimmtes geartetes Wollen erforderlich, so daß selbst bei dieser für die R.D. und das AnFG. sicher nicht angebrachten Interpretation des Wortes „Absicht“ das bloße Bewußtsein den Anfechtungsanspruch nicht begründen kann, wie das OLG. offensichtlich und mit Unrecht annahm.

Prof. Dr. Theo Süß, Breslau.

B. Fahrlässig handelt, wer den schädlichen Erfolg nicht voraussieht, aber ihn voraussehen sollte und könnte. Mit eventuellem Vorsatz handelt, wer den Eintritt des schädlichen Erfolges für möglich hält, aber sich durch dieses Bewußtsein nicht von seiner Tätigkeit abhalten läßt. § 3 Nr. 1 AnFG. gestattet die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teil bekaunten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. Was man nun auch unter Absicht verstehen mag, niemals kann darunter eine nur schlafällige Benachteiligung fallen. Dagegen genügt nach ständ. Nrpr. eventueller Vorsatz. Nach der Feststellung des OLG. hatte der Vater des Bekl. bei der Überlassung der Grundstücke an diesen das Bewußtsein, daß dadurch seine Gläubiger benachteiligt werden könnten; auch sonst sprach das OLG. von dem Bewußtsein des Vaters des Bekl., daß der Kl. durch die Grundstücksübertragung einen Nachteil haben könne. Aus dem sonstigen Inhalt des Urteils ergab sich offenbar, daß der Vater des Bekl. trotz dieses Bewußtseins die Grundstücke seinem Sohn, dem Anfechtungsgegner überließ und daß letzterem dieses Bewußtsein bekannt war. Aus dem Bewußtsein der Gläubigerbenachteiligung ergibt sich nach ständ. Nrpr. (von kongruenten Deckungsgeschäften abgesehen) die Vermutung, daß auch die Absicht auf die Gläubigerbenachteiligung gerichtet war. Damit wäre die Anfechtbarkeit dargetan. Vgl. RG. 24, 26: „Haben aber S. u. L., die Schuldner des Bekl., bei Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung die für einen bestimmten Fall eintretende, den Bekl. schädigende Wirkung derselben sich zum Bewußtsein gebracht und sie, wenn auch nur eventuell in ihren Willen aufgenommen, so müssen sie diesen ihren ganzen Willen vertreten und können nicht, wenn das auch nur eventuell gewollte eintritt, die Verantwortlichkeit dafür ablehnen“; weiter RG.: JW. 1913, 439<sup>19</sup>: „Danach bestanden jedenfalls bei den an der angefochtenen Abtretung beteiligten Personen Zweifel darüber, ob der Nachlaß zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen würde. Es wäre deshalb ... Sache des VerR. gewesen, auch Stellung dazu zu nehmen, ob nicht der Wille der Witwe R., die trotz dieser Zweifel dazu schritt, einen ... sehr erheblichen Teil des Nachlasses zur Befriedigung einer einzelnen Gläubigerin ... zu verwenden, darauf gerichtet war, auch für den tatsächlich gegebenen Fall der Überschuldung des Nachlasses diese ... Person vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen und letztere dadurch zu benachteiligen; ein solcher, auch nur für einen bestimmten, als möglich vorausgesehenen Fall bestehender Benachteiligungswille reicht aus, um die Anfechtbarkeit aus § 31 Ziff. 1 zu begründen“; RG.: JW. 1917, 718<sup>15</sup>: „In jedem Falle aber ist der Revision darin beizupflichten, daß der den Bekl. obliegende Beweis auch den Nachweis umfaßt, daß sie auch von einer etwaigen bloß eventuellen Benachteiligungsabsicht des Schuldners keine Kenntnis gehabt haben“; RG.: LZ. 1925, 870: „Sie (die Liquidatoren) waren sich also der Möglichkeit einer Überschuldung des Gesellschaftsvermögens bewußt, als sie zum Zweck der Durchführung der Liquidation die Veräußerungsgeschäfte mit der Bekl. schlossen; wenn sie aber mit diesem Bewußtsein und mit dem Willen, aus dem Erlös der Veräußerungen einen Teil der Gläubiger zu befriedigen, die angefochtenen Rechtshandlungen vornahmen, so ist dem RG. nicht entgegenzutreten, wenn es aus diesem Bewußtsein auf die Absicht der Gläubigerbenachteiligung schließt. Nach ständ. Nrpr. des RG. (es folgen die oben angeführten Entsch.) reicht ein nur für einen bestimmten, als möglich vorgegebenen Fall bestehender Benachteiligungswille zur Anfechtung aus § 31 Nr. 1 R.D. aus.“

RM. Dr. Wassertrübinger, Nürnberg.

Gläubiger durch die anzufechtende Rechtshandlung. Von entscheidender Bedeutung ist demnach die Vermögenslage des Schuldners zur Zeit der Anfechtung, nicht aber diejenige zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung, welche der Vordichter allein ins Auge gefaßt hat. Eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger liegt schon vor, wenn vom Standpunkt zur Zeit der Anfechtung aus anzunehmen ist, das ihren Gegenstand bildende Geschäft habe die Möglichkeit einer Befriedigung der Gläubiger verschlechtert; namentlich ist dies dann der Fall, wenn an die Stelle des aus dem Vermögen des Schuldners infolge der angefochtenen Rechtshandlung ausgeschiedenen Gegenstandes kein Wert getreten ist, der dem Zugriff der Gläubiger ebensogut zugänglich ist. Auch diese Grundsätze hat der erf. Sen. schon wiederholt ausgesprochen; es sei besonders auf die Urte. v. 27. April 1915, VII 500/14, v. 5. Jan. 1917, VII 284/16 und v. 12. Febr. 1918, VII 281/17 hingewiesen (vgl. auch RG. 116, 137/38<sup>1)</sup>).

Sonach hätte im vorliegenden Falle geprüft werden müssen, ob nicht die Kl., als sie im September 1925 die Anfechtungsklage erhob, dadurch in der Möglichkeit, aus dem Vermögen ihrer Schuldnerin Sch. Befriedigung wegen ihrer Forderung von 7000 RM zu suchen, beeinträchtigt worden war, daß diese im März 1925 ihr Mülheimer Hausgrundstück an den Bekl. verkauft und aufgelassen hatte. Diese Frage erledigt sich nicht mit der Feststellung des BG., daß die Gegenleistung des Bekl. dem damaligen Werte des Grundstücks voll entspricht habe. Insbes. wäre im vorliegenden Falle zu erörtern, ob der Kl., wenn das angefochtene Rechtsgeschäft unterblieben wäre, die von ihr behauptete spätere Wertsteigerung des Grundstücks irgendwie zustatten gekommen sein würde. Wenn demnach eine mittelbare Benachteiligung der Kl. in objektiver Hinsicht zu bejahen sein sollte, dann würde zu prüfen sein, ob die subjektiven Voraussetzungen des § 3 Nr. 1 AnfG. erfüllt sind.

(U. v. 16. Mai 1930; 553/29 VII. — RÖln.) [Ru.]

### III. Geschäftsaufsichtsverordnung und Vergleichsordnung.

**\*\*9.** §§ 59, 64, 65 Abs. 2 GeschAuffV.D.; § 313 B.G.B. Der Zwangsvergleich im Geschäftsaufsichtsverfahren kann nur mit prozessualen Rechtsbehelfen, nicht aber deshalb angefochten werden, weil darin ohne die Form des § 313 B.G.B. Verabredungen über ein Grundstück enthalten sind. †)

BG. und RG. haben die Klage abgewiesen.

Die Kl., die als Gläubigerin der Bekl. an dem über deren Vermögen angeordneten Geschäftsaufsichtsverfahren mit Einschluß des Zwangsvergleichs teilgenommen hat, kämpft mit ihrer Klage gegen die Wirksamkeit des Zwangsvergleichs an. Ein solches Vorgehen ist grundsätzlich für unstatthaft zu erachten. Nach § 59 Abs. 2 GeschAuffV.D. v. 14. Dez. 1916 und 14. Juni 1924 stand der Kl. gegen den BG-Beschl. v. 10. Aug. 1926, durch den der Vergleich v. 4. Aug. 1926 bestätigt wurde, die sofortige Beschwerde zu; von diesem Rechtsmittel, zu dessen Begründung sie das jetzt im Rechtsstreit von ihr vorgebrachte hätte anführen können, hat sie keinen Gebrauch gemacht. Der rechtskräftig bestätigte Vergleich war nach § 60 Abs. 1 Satz 1 GeschAuffV.D. für und gegen die Kl. wirksam geworden. Nach Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses ist den beteiligten Gläubigern eine Anfechtung des

<sup>1)</sup> JW. 1927, 1150.

Zu 9. Die Entscheidung behält auch nach der Aufhebung der GeschAuffV.D. ihre Bedeutung schon wegen der nahezu völlig gleichartigen Rechtslage im Konkursverfahren und im Verfahren nach der Vergl.D. Entspricht doch insbes. der § 77 Vergl.D. inhaltlich trotz des nicht ganz übereinstimmenden Wortlauts dem Inhalt des § 64 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 GeschAuffV.D. v. 14. Dez. 1916/14. Juni 1924. Der Entsch. kann auch inhaltlich nur in vollem Umfange zugestimmt werden.

Daß im allgemeinen der Zwangsvergleich nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilen ist (vgl. die in der Entsch. zitierte Rpr. und Kommentarliteratur), ändert nichts daran, daß durch die Notwendigkeit der gerichtlichen Bestätigung auch öffentlich-rechtliche Verträge in Frage kommen, die zu berücksichtigen sind. Es wäre ein unerträglicher Rechtszustand, wenn ein rechtskräftig bestätigter Zwangs-

vergleichsmäßigen Erlasses (oder der vergleichsmäßigen Stundung) ihrer Forderungen nur in den beiden Fällen gestattet, die § 64 Abs. 1 GeschAuffV.D. anführt. Die dort erforderlichen Voraussetzungen werden in der Klage nicht behauptet. Die Kl. will aber auf Grund eines anders gearteten Vorbringens ebenso vorgehen, wie es im § 64 a. a. O. vorgesehen ist, nämlich unbeschadet der ihr durch den Zwangsvergleich gewährten Rechte der vergleichsmäßigen Erlaß ihrer Forderung anfechten; denn sie hat ausdrücklich erklärt, daß sie Zahlung eines Teils der restlichen 20% verlange, die im Vergleich der Bekl. erlassen waren. Ein solcher Anspruch findet im Gesetz keine Stütze und widerspricht den Rechtsgrundsätzen über die Wirksamkeit des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs.

Diese Auffassung steht auch mit der Rspr. des RG. im Einklang. Die von ihr für den Zwangsvergleich im Konkursverfahren entwickelten Grundsätze dürfen unbedenklich auch auf den Zwangsvergleich im Geschäftsaufsichtsverfahren angewendet werden (vgl. RG. 119, 395<sup>1)</sup>; 122, 363<sup>2)</sup>; 125, 410), soweit nicht Abweichungen der Regelung in der GeschAuffV.D. eine besondere Beurteilung erheischen, was hier nicht der Fall ist. Zum konkurstmäßigen Zwangsvergleich hat der 1. ZivSen. in seinem Urte. v. 3. März 1904 (RG. 57, 270) mit eingehender, die Entscheidungsgeschichte der §§ 195 bis 197 R.D. (§§ 181 bis 183 a. F.) würdiger Begründung ausgesprochen, daß ein rechtskräftig bestätigter Zwangsvergleich wegen Irrtums nicht angefochten werden kann. Im Sinne dieses Urteils liegt die Annahme, daß auch aus sonstigen Gründen, abgesehen von den zugelassenen und besonders geregelten Fällen der §§ 196, 197 R.D. und der diesen entsprechenden §§ 64, 65 GeschAuffV.D., ein Gläubiger einen rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich nicht nachträglich zu Falle bringen oder auch nur in seiner Wirksamkeit mindern kann. Daß dies der Absicht des Gesetzgebers entspricht, ergeben auch die Vorschriften im § 196 Abs. 2 GeschAuffV.D., welche die Anfechtung eines Zwangsvergleichs wegen Betrug nur dann zulassen, wenn der Gläubiger ohne Verschulden außerstande war, den Anfechtungsgrund im Verfahren über den Zwangsvergleich geltend zu machen.

Dieser Auffassung steht nicht entgegen, daß im allgemeinen der Zwangsvergleich nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilen ist (vgl. RG. 77, 404<sup>3)</sup>; 92, 187; 119, 395<sup>4)</sup>; 125, 410; RGWarn. 1911 Nr. 353; Menzel, R.D., 3. Aufl., S. 493 Anm. 5 zu § 173; RGRKomm., Vorbem. vor § 779); denn es wird durchweg anerkannt, daß hinsichtlich seines Zustandekommens und seiner Wirksamkeit der Zwangsvergleich besonderen Vorschriften folgt, bei denen öffentlich-rechtliche Belange ausschlaggebend sind. Die Sonderregelung der Wirksamkeit des Zwangsvergleichs — im Konkursverfahren wie auch im Geschäftsaufsichtsverfahren — schließt es aus, hier privatrechtlichen Rechtsbehelfen Raum zu geben, die eine Durchbrechung jener Sonderregelung mit sich bringen würden.

Allerdings hat RG. 122, 361<sup>5)</sup> angenommen, wer als Vergleichsbürge in Anspruch genommen wird, sei befugt, das wirksame Zustandekommen der von ihm für die Durchführung des Zwangsvergleichs — im Geschäftsaufsichtsverfahren — angeblich geleisteten Bürgschaft zu bestreiten. Allein daraus folgt nicht, daß es auch einem Gläubiger gestattet sein müßte, gegen die Verbindlichkeit des Zwangsvergleichs für ihn nachträglich anzukämpfen. Im Eingang der Gründe des Urteils (RG. 122, 362/63<sup>6)</sup>) ist gesagt: „Hätte

vergleich hinterher nach Ablauf der Rechtsmittelfrist deshalb angefochten werden könnte, weil privatrechtliche Vorschriften im Zwangsvergleichsverfahren nicht oder nicht richtig berücksichtigt worden sind. Mit Recht weist auch die Entsch. darauf hin, daß aus RG. 122, 361 nichts Gegenteiliges hergeleitet werden kann. Der Vergleichsbürge ist zwar auch am Zwangsvergleichsverfahren beteiligt, hat aber kein selbständiges Beschwerderecht. Deshalb muß ihm der Weg der ordentlichen Klage freigelassen werden, wenn er die Nichtigkeit seiner Bürgschaft aus privatrechtlichen Gründen geltend machen will. Hieraus kann aber nicht das gleiche für den Gläubiger gefolgert werden, der im Zwangsvergleichsverfahren seine Rechtsmittel hat, diese aber nicht ergreift, sondern wie im vorliegenden Falle den Vergleich zunächst bestätigen läßt, sich die Zwangsvergleichsquote auszahlen läßt und

<sup>1)</sup> JW. 1928, 1140. <sup>2)</sup> JW. 1929, 512. <sup>3)</sup> JW. 1912, 253.

<sup>4)</sup> JW. 1928, 1140. <sup>5)</sup> JW. 1929, 512. <sup>6)</sup> JW. 1929, 512.

die Kl. die Bestätigung des Zwangsvergleichs mit ihrer Bürgschaft durch ein Rechtsmittel bekämpfen können, so wäre dies für sie der Weg gewesen, dem bestätigten Zwangsvergleich zu widersprechen. Da aber ihr als Bürgin nach § 59 Abs. 2 GeschAussWD. die Beschwerde gegen den die Bestätigung aussprechenden Beschluß nicht zustand, so blieb ihr nur der Weg der Klage übrig, um das Nichtbestehen eines Zwangsvergleichs mit ihrer Bürgschaft gerichtlich feststellen zu lassen". Derartige Erwägungen können aber der Kl. des gegenwärtigen Rechtsstreits nicht zugute kommen; ihr war vielmehr durchaus zuzumuten, von dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde, das ihr zustand, Gebrauch zu machen. Waren ihre Einwendungen gegen das Zustandekommen des Zwangsvergleichs v. 4. Aug. 1926 gerechtfertigt, so ist anzunehmen, daß das Beschwerdegericht ihnen Rechnung getragen haben würde. Jedenfalls heißt aber grundsätzlich die Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses etwa vom Gericht übersehene Mängel (vgl. RG. 57, 275; Menzel a. a. O. S. 508, Anm. 1 zu § 184 RD. und S. 524, Anm. 1 zu § 196 RD.).

(U. v. 21. März 1930; 340/29 VII. — Hamm.) [Ru.]

**10.** § 4 VerglD. Stehen bei einem Sukzessivlieferungsvertrag noch eine oder mehrere Raten und ein Teil des Kaufpreises aus, so nimmt der Verkäufer auch mit der Kaufpreisforderung für die bereits gelieferten Waren an dem Vergleichsverfahren nicht teil. †)

Die Kl. lieferte der Bekl. auf Grund eines am 10. Febr. 1928 zustande gekommenen, in der Zeit v. 1. April 1928 bis 31. März 1929 in Teillieferungen zu vollziehenden Kaufvertrags über 7000 t Niederlausitzer Braunkohlenbriketts vom 31. Juli bis 15. Sept. 1928 960 t, welche unbezahlt geblieben sind. Sie fordert dafür den an sich unstrittigen Betrag von 12 104,37 RM. Geliefert sind im ganzen 2135 t. Die Bekl. hat nach Empfang der letzten Teillieferung ihren gesamten Betrieb stillgelegt und das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses über ihr Vermögen beantragt, das nach dem Tatbestand des Bll. am 20. Sept. 1928 eröffnet worden sein soll. Die Kl. betrachtet sich als hieran gemäß § 4 VerglD. nicht beteiligt und fordert unter Vorbehalt aller weiteren Rechte Bezahlung der gelieferten Teilmengen.

Das LG. hat abgewiesen, OLG. und RG. verurteilt.

1. Die Rev. rügt Verletzung des § 4 VerglD., der §§ 139, 268 BPO. sowie des sachlichen Rechts, besonders der §§ 133, 157, 320, 326 BGB. Sie verlangt in erster Linie unter Bezugnahme auf Bendix: JW. 1928, 1125 Nachprüfung der Anschauung des Vorderrichters, daß sog. Sukzessivlieferungsverträge auch im Vergleichsverfahren, gleichwie nach feststehender Rspr. bei Anwendung des § 17 RD. im Konkurse (RG. 39, 57; 51, 281; 62, 201; 85, 221<sup>1)</sup> [222]; 98, 136 [137]), nach § 4 VerglD. nicht in zwei Teile mit besonderem rechtlichen Schicksal zerlegt werden dürfen, den vor der Eröffnung des Verfahrens einseitig erfüllten Teil und den übrigen Teil. Folge der Vornahme einer solchen Zerlegung wäre nach dem Sinne der Rev., daß die Kl. wegen ihrer allein in diesem Rechtsstreit befangenen Forderung auf Kaufpreiszahlung für den von ihr bereits erfüllten Teil am Vergleichsverfahren beteiligt, also auf die Ausschüttung nach Maßgabe des geschlossenen Vergleichs beschränkt und mit ihrer Klage abzuweisen wäre. Die Rev. geht nicht so weit,

dann wegen angeblicher Nichtigkeit des Vergleichs noch den Restbetrag seiner Forderung ausbezahlt haben will.

JR. Dr. Lemberg, Breslau.

**Zu 10.** Daß der Ausdruck in § 17 RD. „zweiseitiger Vertrag“ in § 4 VerglD. durch das Wort „gegenseitiger Vertrag“ ersetzt ist, behauptet, wie ich schon in meiner VerglD. Bem. 4 zu § 4 hervorgehoben habe, nur auf einer Anpassung an den Sprachgebrauch des BGB., enthält aber keinen sachlichen Unterschied; auch die Hinzufügung des Wortes „noch“ ist nur eine sprachliche Verbesserung.

Wie ich ferner schon in meiner VerglD. Bem. 16 zu § 4 und Bem. 8 zu § 28 hervorgehoben habe, ersetzt, soweit das Wahlrecht des Schuldners in Betracht kommt, § 28 VerglD. für das Vergleichs-

auch für den Konkursfall eine rechtliche Selbständigkeit des in der angegebenen Weise erfüllten und des noch von keiner Seite erfüllten Teiles aufzustellen, wie dies Bendix in Gleichstellung beider Verfahren a. a. O. tut. Als die — in seinem Sinne hier vorliegende — Voraussetzung dieser Zerlegbarkeit bezeichnet Bendix, daß die Erfüllung des gegenseitigen Vertrags nach Art und Eigenschaft des Leistungsgegenstandes jeder Vertragsseite teilbar ist und nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien nur in Teilen stattfinden soll. Ist aber die Rspr. zu § 17 RD. festzuhalten, so ist sie auf den § 4 VerglD. zu übertragen. § 4 VerglD. paßt sich hinsichtlich der von seiner Vorschrift betroffenen Verträge in seiner Ausdrucksweise an § 17 RD. und die Rspr. dazu genau an. Er spricht nicht von einem „zweiseitigen“, sondern von einem „gegenseitigen“ Vertrag nach der Auslegung, die jenes Wort in RG. 100, 2 erfahren hat, und fordert vom Vertragszustand, daß er im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens von dem Schuldner und dem anderen Teile „noch nicht oder noch nicht vollständig“ erfüllt ist. Dabei ist in beiden Wahlfällen das Wort „noch“ zu dem Wortlaut des § 17 RD. hinzugesetzt; dies macht aber keinen Unterschied aus gegenüber dem auch in § 17 RD. aufgestellten Erfordernis des Unerfülltseins auf beiden Seiten und der Wirkung, daß dann auch bei unvollständiger Nichterfüllung „der Vertrag“ als Einheit behandelt wird. Daß, wie die Rev. und Bendix bemerken, hinsichtlich der Zuteilung des Wahlrechts zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung keine Gleichordnung vorliegt, berührt die Frage nicht, ob hinsichtlich der unter die Vorschrift fallenden Verträge und ihrer sachlichen Behandlung das gleiche gemeint ist. Die verschiedene Zuteilung des Wahlrechts, im Konkursfall einseitig an den Konkursverwalter, im Vergleichsverfahren sowohl an den Schuldner als auch an den Vertragsgegner, jedoch je nur mit der Ermächtigung des Gerichts (§ 28 Abs. 2 Satz 1 VerglD.), und beim Schuldner unter Einschränkung ihrer Erteilung nach § 28 Abs. 2 Satz 3, beruht auf der Verschiedenheit des Ausbaus und Endziels des Verfahrens. Der Konkurs wird durch einen Amtsträger unter gerichtlicher Aufsicht durchgeführt und endet für die Regel mit dem Aufhören der bisherigen geschäftlichen Existenz des Schuldners. Dagegen berücksichtigt das Vergleichsverfahren die Ermöglichung ihrer Fortdauer und läßt die Geschäftsführung in der Hand des Schuldners, der grundsätzlich von seinen Verpflichtungen gegenüber den nicht am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubigern nicht entbunden wird. Diesen Gläubigern soll aber doch auch die Möglichkeit der Teilnahme am Vergleichsverfahren mit gerichtlicher Zulassung eröffnet werden. Daß bei Ablehnung der Erfüllung auch im Vergleichsverfahren keine Zerlegung des nicht schon beiderseits erfüllten Vertrags in zwei Teile eintreten soll, folgt aus der Entstehungsgeschichte des § 4, wonach die Einführung einer anderen Ordnung im Vergleichsverfahren, als sie im Konkursgesetz ist, zwar angeregt, aber gegenüber ablehnenden Erörterungen fallengelassen worden ist. Von der zu § 17 RD. festgehaltenen Rspr. abzugehen, besteht aber kein Anlaß. Sie kehrt, wie auch sonst bei § 326 BGB. (RG. 58, 419; 61, 130; 65, 153; 97, 136) das Wesen des Sukzessivlieferungsvertrags als einheitlicher Vertrag hervor. Die Teilbarkeit der Leistungen ergibt nicht, daß der Teil schon die verhältnismäßige völlige Befriedigung des Gegners in sich trägt; nur die Leistung aller Teile vermag dem Gegner voll Genüge zu tun. Hierauf beruht die Vorschrift des § 266 BGB., die dem Schuldner das Recht zu Teilleistungen ver-

verfahren die Bestimmung in § 17 RD., wonach der Schuldner von dem Wahlrecht nur mit Ermächtigung des Gerichts Gebrauch machen darf.

Es ist deshalb die Rspr. des RG., wonach bei Sukzessivlieferungsgeäften auch die vor Eröffnung des Konkursverfahrens entstandenen Forderungen des Gläubigers für die bereits erfolgten Teillieferungen Masseschuld sind, wenn der Konkursverwalter die weitere Erfüllung nicht ablehnt, auf das Vergleichsverfahren anzuwenden, so daß diese Forderungen vom Verfahren nicht betroffen werden, wenn nicht der Schuldner die weitere Erfüllung mit Ermächtigung des Gerichts ablehnt. Diesen Standpunkt habe ich ebenfalls schon in meiner VerglD. Bem. 14 zu § 4 eingenommen; auch Riefow, VerglD., Bem. 18 zu § 4 teilt gegenüber Bendix den gleichen Standpunkt.

Der Entsch. ist deshalb durchweg beizutreten.

Geh. JR. Dr. Bernhard Mayer, München.

<sup>1)</sup> JW. 1914, 1036.

sagt. Soweit bei Sukzessivlieferungsverträgen durch Vereinbarung der Vollziehung in Abschnitten hieran eine Änderung bewirkt wird, reicht auch diese Änderung nicht an die Tatsache heran, daß nur die Summe aller vereinbarten Einzelleistungen die Vertragsleistung ausmacht. Wirtschaftliche Interessen des Warenabfahes, der Verfügungsmöglichkeit über Geld zur gegebenen Zeit spielen eine Rolle. Dies übersieht Wendig. Daß eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zwischen dem Konkursverwalter und dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners dahin möglich ist, das Wahlrecht nur hinsichtlich des beiderseits ausstehenden Vertragsrestes auszuüben, so daß bezüglich des einseitig vollzogenen Teils für den Gläubiger nur mehr die Teilnahme am Verfahren bleibt (Wendig a. a. D. mit Anführung von RG-Urt. v. 21. Febr. 1906 II 258/06 und Menzel: RD. § 17 A 4), beruht auf dem nachgiebigen Charakter des einschlägigen Gesetzesrechts. Für die Auslegung des Ges. ist daraus nichts herzuleiten.

(Urt. v. 17. Juni 1930; 528/29 II. — Dresden.) [Ru.]

#### IV. Zivilprozessordnung, Gerichtsverfassung und Kosten.

**\*\* 11.** §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 724, 725, 727 ZPD.; Art. 49 PrFGG. Ausfertigung einer einfachen Ausfertigung der Schuldburkunde und Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar an den Gläubiger: 1. Die vollstreckbaren Urkunden des § 794 ZPD. geben dem Gläubiger die gleichen Rechte wie vollstreckbare Urteile, also auch einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ohne Bewilligung des Schuldners. Ob gegen die Erteilung einer weiteren Ausfertigung rechtliche Bedenken gemäß Art. 49 Abs. 3 PrFGG. bestehen, ist dem pflichtmäßigen Ermessen des Notars anheimgegeben. 2. Keine abschließende Stellungnahme des RG. zu den Streitfragen: a) inwieweit Art. 51 Abs. 2 PrFGG. Anwendung findet bei Ablehnung der Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen durch den Notar; b) ob der Anspruch des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zugleich das Recht einschließt, eine Ausfertigung des notariellen Protokolls als solchen zu fordern und ob die Zwangsvollstreckung unzulässig ist, wenn der Notar zwar die Vollstreckungsklausel, nicht aber die einfache Ausfertigung hätte erteilen dürfen. †)

Der Kl., Gläubiger der Hypothek durch Abtretung, beantragte bei dem Bekl. die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Schuldburkunde; der verklagte Notar entsprach diesem Antrag. Die Vollstreckungsklausel enthält die Feststellung, die Rechtsnachfolge des Kl. sei dem Notar durch

Zu 11. Der Entscheidung ist zuzustimmen. Mit Recht wird die Frage, ob der Gläubiger einen Anspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel hatte, von der weiteren Frage getrennt, ob ihm eine Ausfertigung des notariellen Protokolls zu erteilen war. Denn die erste Frage ist nach der ZPD. zu entscheiden, die andere aber nach Landesrecht. Daß nach § 794 ZPD. der Gläubiger einer vollstreckbaren notariellen Urkunde oder der Rechtsnachfolger dieses Gläubigers den Anspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel hat, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß eine solche Urkunde einem vollstreckbaren Urteil gleichsteht. Was die Erteilung der Ausfertigung anbetrifft, so ist die Entsch. zutreffend aus Art. 49 Abs. 3 PrFGG. gefunden worden, wonach es vom pflichtmäßigen Ermessen des Notars abhängt, ob er eine zweite Ausfertigung erteilen darf. Es werden besondere Bedenken vorliegen müssen, wenn die Erteilung abzulehnen ist, z. B. wenn es sich um die Erteilung einer zweiten Ausfertigung einer Vollmacht an den Bevollmächtigten ohne vorherige Zustimmung des Machtgebers handelt. Daß der Notar das Ermessen pflichtgemäß hat walten lassen, wird so lange anzunehmen sein, als nicht ganz besondere Umstände vorliegen, welche in ihm Bedenken hervorzurufen mußten.

Die vom RG. offen gelassene Frage, ob Art. 51 Abs. 2 PrFGG. darüber entscheidet, welche Rechtsmittel dem Gläubiger gegen eine etwaige Ablehnung des Notars zuzustehen, wird in Übereinstimmung mit dem RG. und den meisten Kommentaren dahin zu beantworten sein, daß der § 51 Abs. 2 auch dann anzuwenden

Vorlegung des Hypothekenbriefes, in welchem die Abtretung vermerkt ist, nachgewiesen worden. Auf Grund dieser Urkunde beantragte der Kl. die Zwangsvollstreckung des verpfändeten Grundstücks. Durch Beschluß des RG. wurde auf Erinnerung des Schuldners hin die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Bekl. für unzulässig erklärt mit der Begründung, daß die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung an den Kl. gegen Art. 49 des preuß. Ges. über die freiwillige Gerichtsbarkeit v. 21. Sept. 1899 (PrFGG.) verstoße. Eine Aufsehung dieses Beschlusses, der dem Kl. die Kosten des Rechtsstreits auferlegte, ist nicht erfolgt; die eingeleitete Zwangsvollstreckung wurde für unzulässig erklärt.

Für die ihm durch den Zwangsvollstreckungsantrag entstandenen Kosten macht der Kl. den Bekl. verantwortlich; im ersten Rechtszug mit Erfolg; das BG. wies die Klage ab. Die Rev. hatte keinen Erfolg.

Nach den getroffenen Feststellungen handelt es sich bei dem notariellen Protokoll um eine einseitige, ohne Zustimmung des Gläubigers aufgenommene Schuldburkunde i. S. des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPD., in der sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Aus solchen Urkunden findet nach den Eingangsworten des § 794 die Zwangsvollstreckung statt. — Bei Beurteilung der Rechtslage hält der VerR. mit Recht die beiden Fragen auseinander, ob der Notar berechtigt war, dem Kl. als Gläubiger eine einfache Ausfertigung der Schuldburkunde auszuhändigen, und andererseits ob er befugt war, ihm eine Vollstreckungsklausel zu erteilen. Die erste Frage ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit und findet ihre Beantwortung in Art. 49 PrFGG. Für die Prüfung der Frage, wann, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form der Notar die Vollstreckungsklausel zu erteilen hat, sind dagegen die Bestimmungen der ZPD. maßgebend. Denn hierbei handelt es sich um die Vorbereitung und Einleitung der Zwangsvollstreckung, und diese ist, als zu der streitigen Gerichtsbarkeit gehörend, im 8. Buch der ZPD. geregelt, während die Gesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit und namentlich das PrFGG. bezüglich der Erteilung der Vollstreckungsklausel und vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Protokolle keine Bestimmungen treffen (§ 797 ZPD.; RGZ. 26, A 179; Oberneck, Das Notariatsrecht, 8/10. Aufl., S. 293; Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 3. Aufl., Bd. 1 S. 70 Anm. 9; DVGMRp. 23, 210).

Da der Kl. von dem Bekl. eine vollstreckbare Ausfertigung des notariellen Protokolls verlangt hat, und einer solchen auch bedurfte, um seine Absicht, die Zwangsvollstreckung des dem Schuldner gehörigen Grundstücks herbeizuführen, erreichen zu können, so sind im vorl. Falle in erster Reihe die Bestimmungen der ZPD. ins Auge zu fassen. Im Anschluß an § 704 ZPD., der die Zwangsvollstreckung stattdessen läßt aus „Endurteilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind“, bestimmt § 794, die

ist, wenn es sich um Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung handelt. In der Kommission des Abgeordnetenhauses war der Antrag gestellt worden, dies ausdrücklich auszusprechen. Der Antrag ist aber zurückgezogen worden, ohne daß der Kommissionsbericht (S. 42) etwas darüber ergibt, aus welchem Grunde die Zurückziehung erfolgt ist (vgl. J a r t o n, PrNotRcht, Note 20 zu Art. 51). Da eine besondere Bestimmung für den Fall einer solchen Ablehnung durch den Notar weder im Reichsrecht noch sonst im Landesrecht gegeben ist, so wird anzunehmen sein, daß der Gesetzgeber bei dieser Bestimmung unter Ausfertigung eine jede, auch die vollstreckbare Ausfertigung, verstanden wissen wollte.

Die weitere Frage, ob der Anspruch des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zugleich das Recht einschließt, eine Ausfertigung des notariellen Protokolls zu fordern, läßt das RG. gleichfalls dahingestellt und konnte sie dahingestellt sein lassen, weil sie für die Entsch. des Rechtsstreites belanglos war. Das RG. erklärt aber die Frage für sehr zweifelhaft und nimmt an, daß sie bisher noch unerörtert und unentschieden ist. Letzteres ist deswegen erklärlich, weil die Frage nicht so leicht praktisch werden dürfte. Wer die Vollstreckungsklausel fordern darf, wird in der Regel auch Ausfertigung des notariellen Protokolls, auf welchem die Vollstreckbarkeit beruht, verlangen dürfen. Denn er wird regelmäßig zu denjenigen Personen gehören, welche nach Art. 49 Abs. 1 PrFGG. als Gläubiger oder Rechtsnachfolger des Gläubigers zu diesem Verlangen berechtigt sind. Wenn es sich da-

Zwangsvollstreckung finde „ferner“ statt . . . und führt unter Nr. 5 die hier in Betracht kommenden vollstreckbaren Schuldurkunden auf. Nach § 795 finden auf die Zwangsvollstreckung aus den in § 794 erwähnten Schuldtiteln die Bestimmungen der §§ 724—793 entsprechend Anwendung, soweit nicht in den §§ 795 a—800 abweichende Vorschriften enthalten sind. Nach § 724 erfolgt die Zwangsvollstreckung auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils (vollstreckbare Ausfertigung), die Fassung dieser Klausel ergibt sich aus § 725, und § 727 regelt die Voraussetzungen für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Gläubigers. Da hinsichtlich der notariellen Urkunden abweichende Vorschriften nur in § 797 gegeben sind, so folgt aus den vorerwähnten gesetzlichen Bestimmungen, daß, wie der VerR. mit Recht annimmt, die vollstreckbaren Urkunden des § 794 dem Gläubiger die gleichen Rechte wie die vollstreckbaren Urteile gewähren, nämlich einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, ohne daß es einer dahingehenden Ermächtigung oder Bewilligung des Schuldners bedarf, der sich in der Urkunde der Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Hiernach kann das PrZGG. insoweit keine Anwendung finden, als es sich um die Frage handelt, wem, unter welchen Voraussetzungen, in welcher Form und von welcher Stelle die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden zu erteilen ist. Dagegen bedarf es keines Eingehens auf den in der Rspr. und im Schrifttum bestehenden Meinungsstreit, ob nicht die landesrechtlichen Vorschriften über die freiwillige Gerichtsbarkeit, insbes. Art. 51 Abs. 2 PrZGG. ergänzend dann heranzuziehen sind, wenn zu entscheiden ist, welche Rechtsbehelfe dem Gläubiger gegen die Ablehnung einer Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen notarieller Protokolle durch den Notar zustehen, nachdem die Reichsgesetzgebung keine dahingehenden Bestimmungen erlassen hat (für Anwendung des Art. 51 PrZGG. in solchem Falle: Schlegelberger a. a. D. Ann. 2 zu Art. 51, 3. Aufl., Bd. 2 S. 1045; DVGRRspr. 5, 446; 10, 42; 14, 166; 31, 102; 42, 36; RGZ. 33, A 3; 42, A 4; 43, B 358; 44, 13; 46, A 22; RheinArch. 105, 170 und 108, 258; dagegen: DVGRRspr. 20, 347; 23, 210 und 383). Da der Fall einer Ablehnung durch den Notar nicht vorliegt, kann diese Streitfrage, mit der sich ein Teil der im BL. angezogenen Entsch. befaßt, unentschieden bleiben.

Sehr zweifelhaft ist auch die — soweit ersichtlich bis jetzt noch unerörterte und unentschiedene — Frage, ob der Anspruch des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zugleich das Recht einschließt, eine Ausfertigung des notariellen Protokolls als solchen zu fordern, und ob die Zwangsvollstreckung unzulässig ist, wenn der Notar zwar die Vollstreckungsklausel, nicht aber die einfache Ausfertigung hätte erteilen dürfen. Der Befl. vertritt den Standpunkt, die ZPD. (§§ 732, 797 Abs. 3) kenne nur Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel, nicht aber Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Erteilung von einfachen Ausfertigungen der Urkunde (vgl. RG.: JW. 1895, 520<sup>12</sup>), und dies müsse unter allen Umständen zur Abweisung der Klage führen. Die Sach- und Rechtslage des zur Entsch. stehenden Falles nötigt jedoch auch nicht zu einer grundsätzlichen Stellungnahme in dieser Frage, weil das BG. die Berechtigung des Notars zur Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde, als solcher an Hand des Art. 49 PrZGG. geprüft hat und im Gegenfatz zu dem Beschluß des AG. zu dem Ergebnis gelangt ist, daß ein Verstoß des Befl. gegen diese gesetzliche Bestimmung nicht vorliege. Der VerR. geht hierbei

von der Tatsache aus, daß der Kl., als er von dem Befl. die Vollstreckungsklausel forderte, bereits im Besitze der mit dem Hypothekenbrief verbundenen Ausfertigung des notariellen Protokolls war. Von dem Boden dieser, das RevG. bindenden Feststellung aus gelangt der VerR. ohne Rechtsirrtum zu der Annahme, daß der Art. 49 Abs. 1 PrZGG., der den Kreis derjenigen Personen abgrenzt, die berechtigt sind, Ausfertigungen und Abschriften der notariellen Protokolle zu verlangen, vorliegend überhaupt nicht einschlägt, sondern Abs. 3 daselbst (vgl. Berner a. a. D.). Art. 49 Abs. 3 bestimmt aber, daß, wenn derjenige, welcher eine Ausfertigung fordert, sein Rechtsvorgänger oder sein Rechtsnachfolger schon eine Ausfertigung erhalten hat, die Erteilung einer weiteren Ausfertigung zu verweigern ist, wenn ihr rechtliche Bedenken entgegenstehen. Ohne Rechtsverstoß nimmt der VerR. an, daß die Prüfung, ob solche Bedenken bestehen, dem pflichtmäßigen Ermessen des Notars anheim gegeben ist, und ebensowenig ist der Ausspruch rechtlich zu beanstanden, der Sachverhalt biete keine Unterlagen dafür, daß der Befl. bei Verneinung des Vorhandenseins solcher Rechtsbedenken nicht nach pflichtmäßigem Ermessen gehandelt habe.

Es ist hiernach unzutreffend, wenn die Rev. unter Außerachtlassung dieser Rechtslage und zwar einmal der gebotenen Anwendung der Bestimmungen der ZPD. über die Zwangsvollstreckung und andererseits der getroffenen Feststellung, daß die Voraussetzungen des Art. 49 Abs. 3 PrZGG. vorliegen, geltend macht, dem Gläubiger hätte von dem Schuldner in der Urkunde ausdrücklich das Recht zur Erwirkung einer vollstreckbaren Ausfertigung eingeräumt werden müssen, und wenn sie behauptet, das BL. stelle nicht fest, ob der Befl. das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel geprüft habe. Die Erteilung einer „weiteren“ vollstreckbaren Ausfertigung, von der die Rev. spricht, kommt nach den getroffenen Feststellungen überhaupt nicht in Frage. Es mag unveranlaßt gewesen sein, daß der Befl. die Vollstreckungsklausel nicht auf die in Händen des Kl. befindliche Ausfertigung setzte, sondern eine nochmalige Ausfertigung erteilt und diese mit der Vollstreckungsklausel versehen hat, allein dieses Vergehen verstieß gegen keine Gesetzesvorschrift und jedenfalls ist hierdurch der von dem Kl. behauptete und zum Gegenstand des Rechtsstreits gemachte Schaden nicht entstanden.

Ob der Schadenersatzanspruch auch an der Bestimmung des § 839 Abs. 3 BGB. wegen Nichteinlegung eines Rechtsmittels gegen den amtsgerichtlichen Beschluß, oder an der Rspr. des erl. Sen. über Nichthaftbarkeit des Beamten, dessen Rechtsansicht von Kollegialgerichten geteilt wird, scheitern müßte, kann nach der Sachlage dahingestellt bleiben.

(Urt. v. 30. Mai 1930; 310/29 III. — Berlin.) [Sch.]

12. §§ 117, 115, 62 BGB. Voraussetzung der Feststellung, daß eine dauernde, nicht nur vorübergehende Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden vorliegt. Stellungnahme zu den verschiedenen Urteilen der reichsgerichtlichen Senate zu dieser Frage.†)

In der Rspr. des RG. ist der Rechtsfatz anerkannt, daß ordentlicher Vorsitzender eines Senats nur der DVGPräs. oder ein SenPräs. sein kann. § 117 i. Verb. m. §§ 66, 62 BGB. gestattet nicht, daß der dienstälteste DVGR. dauernd zum ständigen ordentlichen Vorsitzenden eines Senats wird. Sein Vorstoß kann i. S. des Gesetzes immer nur ein vorübergehender, aushilfsweiser sein (RG. 119, 283<sup>1</sup>); 119, 286<sup>2</sup>); 126, 98<sup>3</sup>); 126, 246<sup>4</sup>); 127, 100<sup>5</sup>)). Nun hat der

bei um eine zweite Ausfertigung handelt, wird der Notar gem. Abs. 3 desselben Artikels zu prüfen haben, ob Bedenken bestehen. Es wird also die Sache in der Regel so zu entscheiden sein, wie im vorliegenden Rechtsstreite.

Endlich läßt das BG. dahingestellt, ob der gegen den Notar geltend gemachte Schadenersatzanspruch nicht auch an der Bestimmung des § 839 Abs. 3 BGB. scheitern müßte. Die Frage wäre zu bejahen, da die Ablehnung der Vollstreckungsklausel durch Einlegung des zulässigen Rechtsmittels zu beseitigen war und nach Lage der Sache ohne weiteres anzunehmen ist, daß bei Einlegung des Rechtsmittels die Entsch. des AG. aufgehoben worden wäre.

Zn. Dr. Albert Breslau, Breslau.

<sup>1</sup>) JW. 1928, 658.

<sup>2</sup>) JW. 1928, 658.

<sup>3</sup>) JW. 1930, 63.

<sup>4</sup>) JW. 1930, 550.

<sup>5</sup>) JW. 1930, 705.



ordentliche Vorsitzende des 9. ZivSen. des BG. in der Zeit vom 1. März 1928 bis zum 15. Juni 1929 tatsächlich niemals den Vorsitz in diesem Senat geführt; ob auf Grund der Regelung der Geschäfte, die im Anschluß an den Beschluß des Präsidiums des OLG. v. 24. April 1929 erfolgt ist, die Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden nach letzterem Zeitpunkt noch als dauernde anzusehen war, braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls ist für die Zeit bis zum 24. April 1929 eine dauernde Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden, den Vorsitz zu führen, im Rechtsinne anzunehmen. Der Grund der Verhinderung war die Belastung des Vorsitzenden mit anderen Dienstgeschäften; wenn auch in dem ersten Teil des Zeitraumes, in dem der Sen-Präs. den Vorsitz im 2. ZivSen. hatte, noch nicht zu übersehen gewesen sein mag, wie sich seine Arbeitslast im ganzen gestalten würde, so ist doch mindestens nach Ablauf einiger Monate erkennbar geworden, daß die Überlastung nicht eine vorübergehende sein werde, sondern für unbestimmte Zeit bestände. Jüngstem Anhaltspunkt dafür, daß die Belastung des Vorsitzenden mit anderen Dienstgeschäften und damit seine Stellvertretung im 9. ZivSen. durch das dienstälteste Senatsmitglied nur vorübergehend sein würde, ist wieder aus den amtlichen Auskünften des OLG. noch aus dem Sachverhalt zu entnehmen. Die Übernahme der Geschäfte im 9. ZivSen. durch den ordentlichen Vorsitzenden hing damals von einer völlig ungewissen Entwicklung ab. Danach widersprach die von der Rev. gerügte Regelung des Vorsitzes im 9. ZivSen. des BG. zur Zeit des Erlasses des Ur. v. 20. März 1929 den Vorschriften der §§ 117, 115, 62 OBG. Diese Beurteilung der Sachlage entspricht auch dem Gedanken des RGes. v. 30. März 1928 zur Ergänzung der Vorschriften über den Vorsitz bei den Kollegialgerichten (RGBl. I, 134). Indem der Gesetzgeber für die Zeit vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eine Revisionsrüge der hier in Rede stehenden Art ausschloß, um eine Beunruhigung derjenigen Prozeßparteien zu verhüten, welche an den früher erlassenen und in der angegebenen Richtung der Beanstandung ausgesetzten Urteilen beteiligt waren, gab er zu erkennen, daß künftig — im Zusammenhang mit der etwa vorzunehmenden Vermehrung der Richterkräfte — den auf wohlervogenen Gründen beruhenden Gesetzesbestimmungen auch in dieser Frage Rechnung getragen werden sollte und Änderungen des Geschäftsverteilungsplanes der Kollegialgerichte, die sich aus dieser Erwägung heraus als notwendig ergeben würden, alsbald zu erfolgen hätten.

Zwar ist der Begriff der dauernden oder vorübergehenden Verhinderung ein rechtlicher; es hängt jedoch von der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalles ab, ob jener Rechtsbegriff nach der einen oder der anderen Seite erfüllt ist. Daraus erklärt es sich, daß die Stellungnahme

geholtene amtlichen Auskünfte nicht zur Seite stehen, ist also auf das Ratskollegium angewiesen und es ist mehr oder weniger Lotteriespiel, ob der Angriff gegen die unregelmäßige Befegung des Gerichts durchgeht oder nicht.

Solche Zustände sind nicht geeignet, das Ansehen unserer Rechtspflege zu stärken.

Überraschend ist dann, daß das Ur. des RG. (1. Str.Sen. v. 17. April 1930 = JW. 1930, 1504 prüfen will, ob „eine beabsichtigte Umgehung des Gesetzes“ vorliege. Darauf kommt es nicht an; absichtliche Umgehung wird die Partei, selbst wenn sie daran denken sollte, kaum der Justizverwaltung vorzuwerfen wagen. Die Absicht der Umgehung ist auch nicht erforderlich, um einen Verstoß gegen das Gesetz anzunehmen.

Neu und zutreffend ist der Hinweis des RG. darauf, daß die Behinderung durch Überlastung mit anderen Geschäften nicht herbeigeführt werden darf, wenn sie als Behinderung i. S. § 66 OBG. gelten soll. Andernfalls wäre es ja dem Ermessen des Präsidenten überlassen, die gesetzliche Bestimmung unwirksam zu machen.

Überaus bedenklich ist dagegen die Entsch. des RG., soweit sie von der Befugnis der Zurückverweisung aus § 539 ZPO. keinen Gebrauch macht. Freilich ist die Zurückverweisung dem Ermessen des Gerichts überlassen, und gegenüber der Erwägung, daß die Partei eine Instanz verliert, scheidet die andere Erwägung, daß die Zurückverweisung die Kostenlast vermehrt. Die Frage, ob im Falle der Nichtigkeit des ersten Ur. (§ 579 Nr. 1 ZPO.) eine Zurückverweisung geboten ist, ist durchaus streitig (RG. 37, 248; Stein-Jonas, § 539 II 1; Baumbach ebd. Anm. 2, andererseits Mann, § 539 Anm. 5). Angesichts der Fassung des § 539 wird man m. E. dem Gericht vollständig freies Ermessen einräumen müssen. Daher wird

der einzelnen Senate des RG. zu dieser Frage nicht eine einheitliche gewesen ist. So weicht die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse im Ur. des 7. ZivSen. v. 13. März 1928: RG. 119, 284<sup>6)</sup> von der Entsch. des 3. ZivSen. vom 20. Dez. 1927: RG. 119, 280<sup>7)</sup> ab; andererseits gelangt die Entsch. des 7. ZivSen. v. 26. Nov. 1929: RG. 126, 245<sup>8)</sup> zu einem anderen Ergebnis als die des jetzt erst. Sen. vom 13. Jan. 1930: RG. 127, 100<sup>9)</sup>. Allein, da über den Rechtsgrundsatz als solchen zwischen den einzelnen Senaten des RG. keine Meinungsverschiedenheit besteht, kommt der Weg des § 136 OBG., wie RG. 119, 284<sup>10)</sup> (7. ZS.) mit Recht annimmt, nicht in Frage. Dazu kommt, daß für die jetzige Entsch., die sich auf den 9. ZS. des BG. bezieht, während es sich in RG. 126, 245<sup>11)</sup> um den 8. ZS. desl. Gerichts handelt, die erst nach jenem Urteile erteilte Auskunft des OLG. von wesentlicher Bedeutung ist.

Ist hiernach das angefochtene Teilverteil v. 20. März 1929 aufzuheben, so gilt das gleiche für das Schlußurteil v. 12. Juni 1929, das sich nur über die Kosten verhält. Die Entscheidung über die Kosten war aber eine notwendige Ergänzung der von der Rev. gleichfalls bekämpften sachlichen Entscheidung. Wird in solchem Falle das Schlußurteil rechtzeitig mit der Rev. angefochten und das Rechtsmittel vorschriftsmäßig begründet, so umfaßt die Entscheidung über die Rev. gegen das Teilverteil notwendig auch das Schlußurteil (RG. v. 7. Febr. 1922, III 323/21; v. 29. Okt. 1910, V 13/10<sup>12)</sup>; RG. v. 22. Sept. 1924, IV B 2/24). Es bedarf daher keiner Stellungnahme zu der Frage, ob das Prozeßgericht zur Zeit des Erlasses des Schlußurteils vorschriftsmäßig besetzt war.

(U. v. 10. April 1930; 346/29 VI. — Celle.)

[Sch.]

**13.** § 74 Abs. 1 OBG.; § 193 RD. Behandlung der Gerichtsgebühren, wenn nach Revisions-einlegung über das Vermögen des Revisionsklägers Konkurs eröffnet, in ihm ein Zwangsvergleich geschlossen und ohne daß der Verwalter aufgenommen hätte, später der Prozeß fortgeführt wird. †)

Die von der Revkl. zu zahlende Prozeßgebühr von 510 RM ist mit Stellung des Antrags, durch den das Verfahren bedingt wurde, also mit der Revisionseinlegung fällig geworden (§ 74 Abs. 1 OBG.). Da es sich um eine nicht bevorrechtigte Forderung handelt, ist sie durch den rechtskräftig gewordenen Zwangsvergleich im Verfahren gegen die Schuldnerin auf die Vergleichsquote beschränkt worden (§ 193 RD.). Die ursprüngliche Forderung lebte auch nicht dadurch wieder auf, daß nach Beendigung des Konkurses der Rechtsstreit fortgesetzt wurde, da die Fortsetzung des Rechtsstreits

auch von einer Nichtigkeit des Kammergerichtlichen Ur. aus § 583 ZPO. nicht gesprochen werden können.

Geh. RR. Dr. Heilberg, Breslau.

Vgl. RG., Ur. v. 18. Febr. 1930, 1 D 1224/29, unten S. 2793 Nr. 25.

D. S.

Zu 13. Die Entsch. will mir nicht zutreffend scheinen.

Daß Gerichtsgebühren, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind, oder schärfer ausgedrückt, solche, durch die vor der Konkurseröffnung liegende prozessuale Vorgänge abgegolten waren, unter den Zwangsvergleich fallen, steht außer Streit; ebenso, daß Gebühren, durch die nach der Konkurseröffnung liegende Vorgänge abgegolten werden, von der durch den Zwangsvergleich eingetretenen Reduktion nicht betroffen werden. In Frage steht, wie es in den Fällen zu halten ist, wo der prozessuale Vorgang, den die Gebühr abgegolten bestimmt ist — hier das Verfahren im allgemeinen — sich auf die Zeit vor und nach dem Konkurs erstreckt. Das RG. nimmt an, daß die durch den Zwangsvergleich eingetretene Minderung der Gebührenschuld fortbestehe. Der als Begründung gegebene Satz, daß die Fortsetzung des Rechtsstreits kein neuer selbständiger Entstehungsgrund für die Prozeßgebühr sei, ist im Grunde nichts weiter als das thema probandum, und der Hinweis auf den Fälligkeitzeitpunkt, § 74 Abs. 1 OBG., würde nur dann etwas besagen, wenn man so weit ginge, aus der Regelung der Fälligkeit den Schluß zu ziehen,

<sup>6)</sup> JW. 1928, 1304. <sup>7)</sup> JW. 1928, 658. <sup>8)</sup> JW. 1930, 550.

<sup>9)</sup> JW. 1930, 705. <sup>10)</sup> JW. 1928, 1304. <sup>11)</sup> JW. 1930, 550.

<sup>12)</sup> JW. 1911, 46.

kein neuer, selbständiger Entstehungsgrund für den Anspruch des Reiches auf Leistung einer Prozeßgebühr ist. Dies hätte die Revkl. schon geltend machen können, als ihr die Verfügung über Bestimmung der Frist zum Nachweis der Leistung der Prozeßgebühr zugestellt wurde. Sie hat nunmehr Anspruch auf Rückerstattung des nachgezählten Betrags von 408 RM. Unrichtig ist dagegen die Annahme der Kl., daß auch die Entscheidungsgebühr durch den Zwangsvergleich betroffen wurde; diese wurde nach ausdrücklicher Vorschrift des § 74 DGB. erst mit der Entscheidung fällig. Das Urteil des Sen. ist aber erst nach rechtskräftiger Beendigung des Konkursverfahrens ergangen. Danach sind von dem Betrag, den die Revkl. nach der endgültigen Kostenverteilung zu tragen hat, 408 RM abzuziehen.

(U. v. 20. Mai 1930; 532/28 II.)

[Ru.]

### V. Stempelrecht.

**14. TarSt. 12 Abs. II 2 PrStempStG.** Der ins notarielle Protokoll neben der Erklärung der dinglichen Einigung aufgenommene Antrag, daß die Eigentumseintragung des Käufers im Grundbuche bewilligt und beantragt werde, unterliegt dem Protokollstempel. †)

Der Kl. sind zu notariellem Prot. des Notars F. M. in B. v. 16. Juli 1927, 9. August 1927 und 15. Okt. 1927 verschiedene Grundstücke von den Eigentümern aufgelassen

die Prozeßgebühr sei nichts weiter als eine an die Klagerhebung geknüpfte Akt-, gewissermaßen eine Klageeinreichungsgebühr. Damit würde man sich aber zu § 20 Nr. 1 GKG., der die Prozeßgebühr „für das Verfahren im allgemeinen“ vorgesehen hat, in offenen Widerspruch setzen. Wenn eine Gebühr als Pauschale für ein Verfahren erhoben wird, so wird das m. E. nicht wohl anders als dahin verstanden werden können, daß sie das Entgelt für jede einzelne zu dem Verfahren gehörende Etappe ist und in voller Höhe zur Hebung gelangen soll, wenn in irgendeinem Abschnitt des betr. Verfahrens die Voraussetzungen für sie gegeben sind. Die Gebühr lebt also, bildlich gesprochen, in jedem Augenblick in dem Sinne von neuem auf, daß, wenn sie vorher aus irgendeinem Grunde nicht zur Entfaltung gelangt oder wieder weggefallen war, beim Fortfall dieser Gegenstandsstände wieder in voller Höhe zur Entfaltung gelangt. Bei der den Geschäftsbetrieb im ganzen abgeltenden annualischen Prozeßgebühr ist dies niemals in Zweifel gezogen, und ein Grund, bei der gerichtlichen Prozeßgebühr etwas anderes anzunehmen, scheint mir nicht ersichtlich.

Vom Standpunkte des RG. würde, wenn im vorliegenden Falle der Prozeß nicht von dem ehemaligen Gemeinschuldner selbst, sondern, nach seinem inzwischen erfolgten Tode, von einem Rechtsnachfolger aufgenommen wäre, letzterer auch nicht in Höhe der vollen Prozeßgebühr haften. Man denke weiter an den Fall, daß die Klage von einer persönlichen Gebührenfreiheit genießenden Partei erhoben worden war und der Prozeß hernach von einem des Gebührenprivilegs nicht teilhaftigen Rechtsnachfolger fortgeführt wird (z. B. die von dem Reichsverkehrsfiskus eingeleiteten, von der Deutschen Reichsbahngesellschaft fortgeführten Prozesse) — folgerichtig müßte das RG. auch hier den Rechtsnachfolger von der Prozeßgebühr der betr. Instanz freilassen. Und ferner der Fall der Kostenniederschlagung: dem Kl. sind die Gerichtskosten, die durch einen von ihm nicht weiter verfolgten, ruhen gebliebenen Prozeß entstanden waren, erlassen; hernach nach seinem Tode beliebt es dem Erben, den Prozeß aufzunehmen — auch hier müßte der Rechtsnachfolger als von der Prozeßgebühr befreit angesehen werden. Die Frage kann übrigens in gleicher Weise wie bei der Prozeßgebühr bei der Beweis- und Urteilsgebühr auftauchen: wenn diese Gebühren vor Konkursöffnung bereits entstanden waren und in dem nach dem Konkurs aufgenommenen Verfahren ein weiterer Beweisbeschluß oder ein weiteres Urteil ergeht; ich weiß nicht, ob das RG. auch hier die Folgerung ziehen würde, die Gebühr sei vor dem Konkurs bereits entstanden und für ein Neuerstehen derselben Gebühr ohne die durch den Zwangsvergleich erfolgte Reduktion sei kein Raum.

Selbstverständlich kommt der Frage keine sonderliche Bedeutung zu: auch wenn sich andere Gerichte auf denselben, dem Fiskus ungünstigen Standpunkt stellen sollten, würden die Rechtsuchenden es wohl zu tragen wissen. Das, was aber betont werden muß, ist, daß es keinesfalls angehe, die vom RG. vertretene Ansicht etwa auf das Gebiet der Anwaltsgebühren dahin zu übertragen, daß im vorliegenden Falle der Anwalt, der den Gemeinschuldner vor Konkursöffnung vertreten hatte und ihn nach dem Zwangsvergleich in dem aufgenommenen Prozeß weiter vertritt, hinsichtlich der Prozeßgebühr auf den reduzierten Gebührenbetrag beschränkt wäre. Gerade vom Standpunkte

worden. Neben der beiderseitigen Erklärung, daß das Eigentum an den Grundstücken auf die Kl. übergehen solle, enthalten die Protokolle auch die Erklärung, daß die Eigentumseintragung der Kl. im Grundbuche bewilligt und beantragt werde. Mit Rücksicht auf die letzterwähnte Beurkundung ist von der Kl. ein Protokollstempel von je 3 RM für jede Urkunde, zusammen der Betrag von 18 RM, erforderlich worden, den sie auch bezahlt hat. Sie ist der Meinung, daß auf Grund der TarSt. 12 Abs. II 2 PrStempStG. die Protokolle von der Stempelabgabe befreit gewesen seien und verlangt deshalb von dem Bfll. den gezahlten Stempelbetrag nebst 4% Zinsen seit der Klagezustellung zurück.

Das LG. hat den Bfll. nach diesem Antrage verurteilt. Auf Sprungrevision des Bfll. hat das RG. die Klage abgewiesen.

Der Senat hat die strittige Rechtsfrage bereits in dem Urteil v. 13. Mai 1930 in der Sache K. wider den Preuß. Staat VII 585/1929 entschieden und angenommen, daß der in einer notariellen Urkunde neben der Auflassungserklärung gestellte Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels dem Protokollstempel unterliege. An dieser Auffassung war festzuhalten.

Die Auflassung ist die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 BGB. erforderliche Einigung des Veräußerers und Erwerbers über den Eigentumsübergang, enthält also sachlich-rechtliche Erklärungen. Der Antrag auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer bildet aber das Erfordernis für die Eintragung der Eigentumsänderung ins

der Argumentation des RG., die letzten Endes darauf hinausläuft, Fälligwerden der Gebühr mit Entstehung zu identifizieren, würde sich hier die grundlegende Verschiedenheit der Rechtslage daraus ergeben, daß die Anwaltsgebühren nach § 85 RAGebD. erst bei Beendigung der Instanz fällig werden.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Zu 14. Dem Urteil kann nicht beigetreten werden. Es war zu entscheiden, ob die Befreiungsvorschrift der TarSt. 12 II Abs. 2 PrStempStG. auf den Streitfall Anwendung findet. Dazu bedurfte es der Auslegung der Tarifstelle. Dieser Aufgabe hat sich aber das RG. nicht unterzogen und statt dessen nur geprüft, ob der Umschreibungsantrag im vorliegenden Falle Bestandteil der Auflassung sei. Auch hier ist die Untersuchung eine unvollkommene. Denn die Darlegungen des RG. gestatten nur den Schluß, daß der Umschreibungsantrag nicht Bestandteil der Auflassung sein muß, während es darauf ankommt, ob er ein solcher Bestandteil sein kann. Daß eine derartige Möglichkeit besteht, ist vom RG. in der vom RG. zitierten Entsch. (S. 204 oben) bejaht; ob er im Einzelfall vorliegt, ist Sache der tatsächlichen Feststellung, also der Interpretation der Parteierklärung. Doch kam dies erst in zweiter Reihe in Betracht. Zuwürdevoll hätte die Tragweite der Befreiungsvorschrift erörtert werden müssen. Sie spricht kurz von der „Auflassung“. Dieser Wortlaut schließt nicht aus, daß der Umschreibungsantrag darunter fällt. Es mußte daher Sinn und Zweck der Befreiung geprüft werden. Was der Gesetzgeber gemeint hat, ist zunächst nach der Auffassung des Rechtsverkehrs zu beurteilen. Er aber versteht unter Auflassung alle Erklärungen, die abgegeben werden, um den Übergang des Eigentums grundbücherlich herbeizuführen. Dazu gehört auch der Umschreibungsantrag. In dem gewöhnlichen Falle, daß der Käufer Zahlung Zug um Zug gegen die Auflassung verspricht, besteht kein Zweifel, daß dazu auch der Umschreibungsantrag gehört. Auf demselben Standpunkt stehen die preuß. Formulare zur GbD., wie bereits D h e r n e c k: DNotW. 1929, 624 hervorhebt. Auch die FinR. selbst haben über Jahr und Tag keine andere Auffassung vertreten, bis ein findiger Finanzbeamter die steuerliche Unterscheidung zwischen Auflassung und Umschreibungsantrag ausgeklügelt hat.

Bestände nach alledem noch ein Zweifel, so würde er durch die Entstehungsgeschichte und den ausgesprochenen Zweck der Bestimmung beseitigt werden. Das RG. führt selbst an, daß die Bestimmung den Zweck haben sollte, die notarielle Auflassung der gerichtlichen steuerlich gleichzustellen, und daß dieser Zweck bei seiner Auslegung vereitelt wird. Sicherlich hat der Gesetzgeber nicht gewollt, daß sein Zweck erst durch das Hintertürchen eines nebenher privatschriftlich gestellten Umschreibungsantrages erreicht wird. Dann wäre ja das Gesetz überhaupt nicht nötig gewesen, da dieser Umweg auch ohne das Gesetz und schon vor ihm möglich war. Es war also eine Auslegung geboten, die dem gesetzgeberischen Zwecke entsprach, wenn eine solche Auslegung auch nur möglich war. Sie war aber nicht nur möglich, sondern allein sachgemäß.

Aus dieser Auslegung ergibt sich zwangsläufig auch die Auslegung des Parteiwillens. Der Umschreibungsantrag war als Be-

Grundbuch und ist damit eine formalen Zwecken dienende Willenserklärung.

Es mag sein, daß die Erklärung der Auflassung auch genügend zum Ausdruck kommt, wenn der Veräußerer lediglich bewilligt, daß der Erwerber als neuer Eigentümer eingetragen werde, und der Erwerber seine Eintragung beantragt (RG. 54, 381). Aber daraus folgt nicht, daß, wenn die Vertragsbeteiligten die Einigung in dieser Form nicht zu erkennen gegeben haben, sondern wortdeutlich erklärt haben, daß sie darüber einig seien, daß das Grundstück oder ein Grundstücksanteil auf den Erwerber übergehen solle, die im Anschluß daran abgegebene Erklärung des Veräußerers, daß er die Eintragung der Eigentumsveränderung bewillige, und die des Erwerbers, daß er sie beantrage, wie die Revision meint, lediglich Bestandteile der Auflassungserklärung sind. Denn daß dies nicht richtig ist, geht schon daraus hervor, daß einerseits die letzt erwähnten Erklärungen zur Auflassung nicht notwendig gehören, und andererseits auf Grund der dinglichen Einigungserklärung über den Eigentumsübergang allein die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch nicht erfolgen kann, sondern gemäß § 13 G.B. auch noch der Antrag auf die Eintragung des Erwerbers hinzukommen muß (RG. 43, 203). Ebensovienig darf aber daraus, daß in der Bewilligung und Beantragung der Eigentumseintragung des Erwerbers eine hinreichende Auflassungserklärung der Beteiligten zu sehen ist oder gesehen werden kann, entnommen werden, daß die neben diesen Erklärungen noch verlaublich ausdrückliche Einigung über den Eigentumswechsel nur ein unschädliches Zubiel ist (vgl. Obermed.: DNotB. 29, 627). Denn damit wäre den Erklärungen der Vertragsparteien Zwang angetan, nur um die Folgen der Urkundenfassung für die Stempelsteuer zu vermeiden, würde außerdem aber auch der Ausspruch des RG. in RG. 54, 381 ins Gegenteil verkehrt sein. Wenn die Einigung über die Eigentumsübertragung an erster Stelle mit ausdrücklichen Worten erklärt worden ist, besteht kein Anlaß, sie erst aus den nachfolgenden Erklärungen über die Bewilligung und Beantragung der Umschreibung zu entnehmen, und wenn in der Entsch. RG. 54, 381 ausgesprochen ist, daß zu Auflassungserklärung nicht solenne Worte gehören und deshalb auch in der Bewilligung und Beantragung der Eigentumsänderung die Einigung über den Eigentumsübergang zu finden ist oder gefunden werden kann, so ist damit nicht gesagt, daß in diesen Erklärungen auch nicht mehr als die erforderliche Einigung über die Eigentumsübertragung liegt.

Es muß also an sich an dem Unterschied zwischen der sachlich-rechtlichen Einigung und den formalen Erklärungen, die Voraussetzung der grundbuchlichen Eintragung sind, festgehalten werden und darum, wenn beide verlaublich sind, auch angenommen werden, daß in der Urkunde nicht die Auflassung ausschließlich, sondern auch eine darüber hinausgehende Erklärung zu Grundbuchzwecken beurkundet ist. Ob die Voraussetzung der Befreiungsvorschrift vorliegen würde, wenn die Bewilligung und Beantragung der Eigentumseintragung allein erklärt worden wäre und in ihnen auch die Auflassung gesehen werden müßte, bedarf nicht der Entscheidung, da ein solcher Fall nicht vorliegt. Auch daß nach TarSt. 19 Abs. 7 b Auflassungsvollmachten stempelfrei sind, wenn das der Einigung zugrunde liegende Rechtsgeschäft von einem Notar oder einer Behörde beurkundet und die Vollmacht in der Urkunde erteilt ist, kann beiseite bleiben, da in dieser Vorschrift die Befreiung ausdrücklich angeordnet ist.

Wichtig ist, daß es der gesetzgeberische Zweck der Bestimmung in der TarSt. 12 II Abs. 2 PrStempStG. gewesen ist, die notarielle Auflassung der gerichtlichen gleichzustellen, und namentlich jede Beeinträchtigung der Notare dadurch ver-

hinderlich der Auflassung gewollt. An den Umschreibungsantrag als Sondererklärung dachten die Parteien sicherlich nicht, sie dachten freilich auch nicht an den Protokollstempel, schon deswegen nicht, weil damals kein Mensch an ihn dachte. Wenn er aber vermeidbar war, wollten sie ihn natürlich vermeiden. Dieser ihr stillschweigender oder unbewußter Wille ist zu unterstellen. Den Erklärungen der Vertragsparteien wird nicht hierdurch, sondern durch die Auslegung des RG. „Zwang angetan“.

Nach alledem ist die Entsch. des RG. bedauerlich, da sie weder den anerkannten Auslegungsregeln entspricht, noch den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht wird.

Dr. Albert Breslauer, Breslau.

mieden werden sollte, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamt durch die Freistellung vom Auflassungstempel sich billiger stellte, als die vor dem Notar. Da aber die Auflassung vor dem Grundbuchamt, auch wenn der Antrag auf Umschreibung des Eigentums auf den Erwerber gestellt ist, nach TarSt. 12 III b von jedem Stempel befreit ist, so wird diese Gleichstellung nicht erreicht, wenn der Protokollstempel erhoben wird, sobald in der notariellen Urkunde neben der Auflassung auch noch der Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels enthalten ist. Aber diese Folge kann vermieden werden, wenn der Antrag auf Umschreibung des Eigentums nicht in die notarielle Urkunde aufgenommen wird, sondern von dem beteiligten Erwerber oder dem Notar beim Grundbuchamt gemäß § 15 G.B. besonders gestellt und eingereicht wird, was formlos geschehen kann. Und dies gleicht die Unbilligkeit der verschiedenen Behandlung zwischen dem Notariats- und grundbuchamtlichen Akt befriedigend aus.

(U. v. 3. Juni 1930; 565/29 III. — Münster.) [Ru.]

## b) Strafsachen.

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

### I. Materielles Recht.

#### 1. Strafgesetzbuch.

15. § 137 StGB. Pfandentziehung durch Täuschung des Vollstreckungsbeamten über das Vorhandensein des Pfandstücks. †)

Eine gepfändete Sache wird dadurch der Verstrickung entzogen (§ 137 StGB.), daß die durch die Pfändung begründete tatsächliche Verfügungsgewalt der Behörde über die Sache, wenn auch nur zeitweise, aufgehoben wird. Erforderlich ist dazu eine Änderung des äußeren Verhältnisses des Gewalthabers zur Sache. Eine solche liegt nicht vor, wenn ohne Änderung dieses äußeren Verhältnisses nur eine Täuschung, d. h. eine irrige Vorstellung im Innern des Gewalthabers, hervorgerufen wird. Wie schon in RGSt. 15, 205 und insbes. vom erf. Sen. in seinem Urte. v. 9. Jan. 1928 (3 D 761/27) ausgeführt ist, liegt die Sache aber dann anders, wenn der Fregeführte infolge der Täuschung zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen veranlaßt wird.

Das ist hier nach den Urteilsfeststellungen der Fall. Der Angekl. hat dem Gerichtsvollzieher, der die gepfändete Sache im Auftrage des Gläubigers in Verwahrung nehmen wollte, vorgespiegelt, sie befände sich nicht mehr in seinem Besitze. Eine Durchsuchung der Wohnung des Angekl. nach dem Pfandstück blieb erfolglos. Infolgedessen hat sich der Gerichtsvollzieher unverrichteter Dinge entfernt und von weiteren Nachforschungen nach dem gepfändeten Mantel Abstand genommen. Tatsächlich befand sich dieser damals noch in der Wohnung des Angekl. Durch seine unwahren Angaben über den Verbleib des Pfandstücks hat der Beschw. wie die StrR. feststellt, den Gerichtsvollzieher „bewußt und gewollt“ getäuscht, „um die Auffindung und Mitnahme des Mantels durch den Gerichtsvollzieher zu verhindern und die Fortsetzung der Vollstreckung zu vereiteln“, was ihm auch gelungen ist.

In dieser Unterlassung der pflichtmäßigen Ausübung der sich aus der Verstrickung ergebenden Rechtsbefugnis seitens des Vollstreckungsbeamten kann ein Beweiszeichen dafür erblickt werden, daß das Pfandstück seiner Verfügungsgewalt tatsächlich entfallen war, nämlich dadurch, daß er die Wohnung des Angekl. in dem Glauben verließ, der Mantel befände

Zu 15. Nicht nur in den in der Entsch. zit. Fällen, sondern auch in anderen Urteilen des RG. (vgl. Ebermayer, Komm., Anm. 4 zu § 137 StGB.) ist der Standpunkt vertreten, daß „Täuschung des Gerichtsvollziehers“ zur Feststellung des Tatbestandsmerkmals der „Entziehung“ i. S. des § 137 genügen kann. Man wird also insoweit von einer herrschenden Praxis sprechen müssen. Immerhin aber werden die tatsächlichen Umstände des einzelnen Falles bei der Beurteilung der Frage, ob in concreto eine so extensive Interpretation des Begriffs der „Entziehung“ geboten ist, eine Rolle spielen. Im vorliegenden Falle, in welchem der in der Wohnung des Schuldners gepfändete Mantel tatsächlich in der Wohnung verblieben war — ein „Verstecken“ in dieser ist nicht festgestellt —,

sich nicht mehr dort. Daß der Beschw. solchenfalls zwar nicht die Sache von dem Beamten, sondern diesen von der Sache entfernt hat, ändert, wie in 3 D 761/27 dargelegt, nichts an dem Ergebnis.

(3. Sen. v. 13. März 1930; 3 D 132/30.) [D.]

16. §§ 153, 43 StGB.; § 807 ZPO.; § 518 BGB. Ein Schuldner, der den Offenbarungseid nach § 807 ZPO. leistet, kann sich des vollendeten Meineids nur schuldig machen, wenn er einen ihm rechtlich zustehenden Vermögensgegenstand nicht angibt. Glaubt der Schuldner irrigerweise an eine rechtlich begründete Vermögenszugehörigkeit, so kann verurteilter Meineid in Frage kommen. †)

Der kinderlose Angekl. hat, nachdem durch den Tod der Mutter die nach dem vorherigen Ableben ihres Ehemannes zwischen ihr und ihren sechs Kindern fortgesetzte allgemeine Gütergemeinschaft beendet war, alsbald und vor der Auseinandersetzung rechtsgültig auf seinen Anteil am Gesamtgut verzichtet; drei seiner Geschwister haben ihm aber mündlich zugesagt, daß er trotz dieses Verzichts bei der Auseinandersetzung seinen Anteil erhalten werde; sie und wohl auch der Schwager R. als Vertreter eines weiteren Geschwisteranteils waren zur Zeit der Leistung des Offenbarungseides durch den Angekl. auch noch bereit, ihm den Anteil zukommen zu lassen, und der Angekl. glaubte damals bestimmt, daß er trotz des Verzichts, den er in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung erklärt hatte, seinen Anteil später erhalten werde und daß er zum mindesten gegen den einen Bruder auf Grund der von ihm gegebenen Zusage einen Anspruch habe, sei es auf seinen bei der Auseinandersetzung festzustellenden Anteil am Gesamtgut, sei es mindestens auf eine angemessene Ausgleichung. Diesen „Anspruch“ hat der Angekl. beim Offenbarungseid absichtlich verschwiegen. Das SchwG. hat den Tatbestand des Meineids nicht als erfüllt angesehen, weil der Angekl. objektiv nichts Unwahres beschworen habe; denn durch den rechtsgültigen Verzicht habe er seine Rechtsansprüche auf das Gesamtgut verloren; werde ihm trotzdem von den Geschwistern oder von einzelnen von ihnen sein Anteil oder eine Entschädigung gewährt, so würde darin eine Schenkung liegen; die nur mündliche Zusage solcher Zuwendungen habe darum mangels der in § 518 BGB. vorgeschriebenen Form keinen Rechtsanspruch des Angekl. begründet, eine (klagbare) Forderung auf unmittelbare oder mittelbare Leistungen aus dem Gesamtgut habe somit z. B. der Eidesleistung nicht zum Vermögen des Angekl. gehört und sei insoweit von ihm auch nicht als Vermögensbestandteil anzugeben gewesen.

Hiergegen wendet die Rev. der Staatsanwaltschaft ein, in das Vermögensverzeichnis seien, wie sich aus § 807 ZPO. ergebe, auch unsichere Forderungen aufzunehmen, ganz gleich, ob ihre Beitreibbarkeit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen zweifelhaft sei; entscheidend sei nicht, ob die Forderung mit Erfolg eingeklagt werden könne, sondern, daß sie vom Schuldner für sich in Anspruch genommen werde, wenn sie nur trotz ihrer rechtlichen Zweifelhaftheit einen gewissen Vermögenswert besitze; besonders wegen der Erfüllungsbereitschaft der Geschwister hätte hier ein wirtschaftlicher

in welchem ferner der Gerichtsvollzieher auch eine Durchsuchung der Wohnung vornahm und sie nur im irrigen Glauben, der Mantel sei nicht in der Wohnung, für erfolglos ansah, kann man zweifelhaft sein. Man müßte denn mit Dppenhoff schon das bloße Abkneipen des Gerichtsvollziehers gegenüber für ausreichend zur Erfüllung des Tatbestandes des § 137 erachten. Dies ist aber bedenklich, weil die, wenn auch nur als Beispiele für die Art der Entziehung im Gesetz angeführten Formen („vorsätzlich beiseite schaffen“ und „zerstören“) deutlich darauf hinweisen, daß an eine körperliche Einwirkung auf den gepfändeten Gegenstand gedacht ist.

R. Dr. Mamroth, Breslau.

Zu 16. Das Urteil beruht auf der v. Buri'schen Theorie über die Strafbarkeit des völlig untauglichen Versuchs, hier des Versuchs an einem untauglichen Objekt. Der Angekl. hat nach Annahme des RG. eine nicht bestehende Forderung für bestehend gehalten und in seinem beschworenen Vermögensverzeichnis verschwiegen. Da die Forderung nicht bestand, brauchte er sie nicht anzugeben. Er handelte also nicht rechtswidrig. Aber weil er sich die Forderung eingebildet

Wert der rechtlich zweifelhaften Forderungen kaum verneint werden können, wenn das SchwG., wie erforderlich, den Sachverhalt in diesen Richtungen geprüft hätte.

Diesen Ausführungen der Rev. ist zwar, wenigstens teilweise beizutreten (vgl. RGSt. 60, 37, RGArt. 2 D 556/24 v. 30. Juni 1924, sie treffen aber nicht den vorliegenden Fall. Denn hier stand nicht eine überhaupt oder hinsichtlich ihrer Beitreibbarkeit rechtlich zweifelhafte Forderung in Frage, vielmehr war nach den rechtlich unbedenklichen Darlegungen des SchwG. außer Zweifel, daß objektiv in der fraglichen Richtung eine Forderung im Rechtssinne, eine Forderung, die dem Zugriffe der Gläubiger an und für sich zugänglich gewesen wäre, nicht bestand. Durch den irrigen Glauben des Angekl., ihm stehe ein Rechtsanspruch sicher oder möglicherweise zu, wurde der vermeintliche Anspruch nicht zum Bestandteile seines Vermögens i. S. des § 807 ZPO. Die Frage, ob eine Sache oder Forderung wirtschaftlich als Vermögensbestandteil, als verwertbares Vermögensstück anzusehen ist, kann beim Offenbarungseid erst dann in Betracht kommen, wenn zugleich feststeht, daß sie rechtlich zum Vermögen des Schwörenden gehört. Die erste Voraussetzung einer Verurteilung wegen vollendeten Meineids, daß etwas objektiv Unrichtiges beschworen ist, war hier also nicht gegeben.

Dagegen ist der Rev. zuzugeben, daß das SchwG. bei dem als erwiesen angesehenen Sachverhalt hätte prüfen müssen, ob Meineidsversuch vorliegt. Eines solchen kann der Angekl. sich schuldig gemacht haben, wenn zwar eine Forderung jener Art nicht bestand, der Angekl. aber glaubte, sie stehe ihm von Rechts wegen zu, oder doch mit der Möglichkeit ihres Bestehens rechnete und auch für diesen Fall sei bei der Eidesleistung verschwiegen wollte (RGSt. 61, 159). Die Gründe des angefochtenen Urteils, die sich mit dieser Frage nicht befassen, decken also insoweit nicht die Freisprechung.

(FerSen. v. 22. Juli 1929; 1 D 644/29.) [A.]

17. §§ 185, 193, 240 StGB. Die rechtskräftige Freisprechung des Haupttäters steht der strafrechtlichen Verfolgung des Gehilfen nicht im Wege. Die Drohung, im Falle der Nichtzahlung einer geschuldeten Geldsumme eine wahre, ehrenrührige Tatsache über den Schuldner Dritten mitzuteilen, stellt sich jedenfalls dann als versuchte Nötigung dar, wenn die in Aussicht gestellte Mitteilung lediglich zum Zwecke der Schädigung des Schuldners beabsichtigt war. Der Rechtsanwalt, der in einer Zahlungsaufforderung an den Schuldner auf das diese Drohung enthaltende Schreiben seines Auftraggebers Bezug nimmt, macht sich der Beihilfe schuldig. Erfordernisse des subjektiven Tatbestands. Bedeutungslosigkeit eines Rechtsirrtums über die Strafbarkeit der angedrohten Mitteilung.

Der Kaufmann H. wollte seinen Schwager R. zur Zahlung des von ihm verlangten Aufwertsbetrages zwingen. Zu diesem Zwecke drohte er ihm, er werde, wenn bis zum Ablauf der gesetzten Frist die Zahlung nicht erfolgt sei, allen Banken in G. und allen Getreidehändlern die wahre Tatsache

hatte, soll er durch die Beschwörung des sie nicht enthaltenden Vermögensverzeichnisses einen Meineid verübt haben. Diese Auffassung des RG. wird auf absehbare Zeit bestritten bleiben.

Im vorliegenden Falle gefellte sich ein weiteres Bedenken gegen die Auffassung der Handlung des Angekl. als Versuch hinzu. Wenn der Angekl. auf die Forderung verzichtet hatte und dies wußte, so wußte er auch zwangsläufig, daß sie nicht bestche. Die Zusage des einen Bruders, ihm gleichwohl einen Ausweg zu geben, könnte die Vorstellung eines Anspruchs erst dann erzeugen, wenn die Zusage erst nach dem Verzicht abgegeben wurde. Denn dann kann der Angekl. an einen neuen Rechtsittel geglaubt haben. Wenn dagegen die Zusage vor der Verzichts Erklärung erfolgte, so begab sich der Angekl. damit wissentlich aller Ansprüche auf seinen Anteil. Wie er dann glauben konnte, er behalte die Ansprüche dennoch, wenn er feierlich erklärte, er verzichte auf sie, bleibt ungeklärt. Logisch kann er da nur gedacht haben, eine Ehrenschuld bestche fort; eine solche Vorstellung aber wäre unschädlich für ihn.

Prof. Dr. Köhler, Erlangen.

mitteilen, daß R. wegen Wechselfälschung mit Zuchthaus bestraft sei. Nach der Überzeugung des BG. wollte H. durch die in Aussicht gestellte Mitteilung die anderen Geschäftsleute nicht lediglich warnen. Er verfolgte vielmehr damit nur den Zweck, R. in den Augen seiner Mitmenschen als einen unzuverlässigen Geschäftsmann und in seiner Ehre nicht mehr einwandfreien Menschen hinzustellen, um ihn wirtschaftlich zu schädigen. Ohne Rechtsirrtum hat die Strk. in solchem Bestreben den Ausdruck der Mißachtung und damit den Tatbestand der Beleidigung gefunden. Die Drohung sei auch widerrechtlich gewesen, da H. kein Recht gehabt habe, seine angeblichen Ansprüche durch den von ihm ausgeübten Zwang durchzusetzen.

Da die Aufforderungen H.s erfolglos blieben, wandte er sich an den Angekl. in der Hoffnung, daß die Schreiben eines Rechtsanwalts auf R. einen größeren Eindruck machen würden. Nach Ansicht des BG. hat der Angekl. durch seine Schreiben, mittels derer er den ihm bekannten Drohungen H.s Nachdruck verleihen wollte, diesem zur versuchten Nötigung wissentlich Hilfe geleistet. Er könne sich nicht darauf berufen, daß ihm bei der Abfassung und Zustellung der Briefe das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit seines Tuns gefehlt habe, weil er auf Grund der Nachprüfung der einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen an der Hand von Kommentaren zu der Rechtsansicht gekommen sei, daß die von H. angedrohte und von ihm in seinem Schreiben in Bezug genommene Mitteilung, R. habe wegen Wechselfälschung im Zuchthaus gesessen, keine strafbare Handlung H.s darstelle. Demgegenüber vertritt das angegriffene Urteil die Auffassung, daß dieser Irrtum des Angekl. nur ein solcher über eine Strafnorm sei, nämlich über die Strafbarkeit der von ihm dem H. geleisteten Hilfe, weil er die von H. angedrohten Mitteilungen für keine Beleidigungen gehalten habe. Dieser Irrtum könne den Angekl. nicht schützen.

Das Urteil ist, wenn auch nicht überall frei von rechtlichen Bedenken, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Die Verurteilung des Angekl. wegen Beihilfe zur versuchten Nötigung hängt zunächst von der Feststellung ab, daß sich der Haupttäter H. der versuchten Nötigung schuldig gemacht hat. Dieser Feststellung stand die Tatsache nicht entgegen, daß H. in einem anderen Strafverfahren von der Anklage der versuchten Nötigung freigesprochen ist.

Wird die Nötigung durch Bedrohung mit dem Vergehen der Beleidigung begangen, so setzt die Anwendbarkeit des § 240 StGB., wie der erf. Sen. bereits in dem Urteil vom 16. Sept. 1926, 2 D 581/26 ausgesprochen hat, voraus, daß die Strafbarkeit der angedrohten Beleidigung nicht durch die Vorschrift des § 193 StGB. ausgeschlossen ist. Dieser Strafausschließungsgrund steht dem Täter nicht zur Seite, wenn das Interesse, das er verfolgt, den guten Sitten zuwiderläuft und daher als ein berechtigtes nicht anzuerkennen ist, oder aber, wenn er zwar zum Zwecke der Wahrnehmung berechtigter Interessen handelt, jedoch aus der Form der Äußerung oder aus den begleitenden Umständen eine auf Beleidigung gerichtete Absicht zu entnehmen ist.

Die Feststellung des BG., H. habe mit der angedrohten Mitteilung der Vorstrafe „nur“ den — sittenwidrigen — Zweck verfolgt, worüber sich auch der Angekl. klar gewesen sei, R. in den Augen seiner Mitmenschen als einen unzuverlässigen Geschäftsmann und in seiner Ehre nicht mehr einwandfreien Menschen hinzustellen, um ihn wirtschaftlich zu schädigen, rechtfertigte die Veragung des Schutzes des § 193 StGB. Den Einwand, H. habe lediglich die anderen Geschäftsleute warnen wollen, hat die Strk. für widerlegt erachtet. Der von der Rev. behauptete Widerspruch ist in diesen Feststellungen nicht zu finden.

Für die Widerrechtlichkeit der Nötigung ist lediglich die Rechtswidrigkeit des von dem Täter angedrohten Mittels entscheidend (RGSt. 54, 156; 60, 4). Falls H. anderer Ansicht war, befand er sich in einem die Strafbarkeit seiner Handlung nicht ausschließenden Irrtum über die Tragweite des Strafgesetzes. § 59 StGB. findet auf solchen Irrtum keine Anwendung. Für den Vorsatz des H. genügte es, daß er die Tatumstände in sein Wissen und in seinen Willen aufgenommen hat, aus denen sich für die richterliche Beurteilung das Vorliegen einer Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen ergibt. Dagegen erforderte sein Vor-

satz nicht das Bewußtsein, daß die angedrohte Beleidigung als ein Vergehen sich darstellt (RG. 55, 266).

Auf Seiten des Angekl. war der Nachweis erforderlich und ausreichend, daß er durch die beanstandeten Schreiben den widerrechtlichen Nötigungsversuch seines Auftraggebers wissentlich unterstützt hat. Die dahingehende Überzeugung der Strk. ist der Urteilsbegründung, die das Bewußtsein des Angekl. von der Widerrechtlichkeit seines Tuns ausdrücklich und für das RevG. bindend feststellt, mit genügender Sicherheit zu entnehmen. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils war sich der Angekl. aller Umstände bewußt, die eine Ausführung der Drohung durch den Haupttäter H. zu einer strafbaren Beleidigung gemacht haben würden, welcher der Schutz des § 193 StGB. nicht zur Seite stand. Wenn er glaubte, H. dürfe zum Zwecke der Durchführung eines zivilrechtlichen Anspruchs mit einer strafbaren Beleidigung drohen und er ihn dabei unterstütze, so würde darin, wie schon ausgeführt, ein Irrtum über das Strafrecht liegen. Durch den Ausspruch der Strk., der Angekl. habe nicht geglaubt, daß H. die Drohung wahr machen werde, wird der Gehilfenvorsatz nicht ausgeschlossen, da es nur darauf ankommt, daß er in dem Bedrohten Furcht vor der Verwirklichung der Drohung erwecken wollte.

(2. Sen. v. 27. Jan. 1930; 2 D 1183/29.)

[M.]

**\*\*18.** § 270 StGB. Rechtswidrige Absicht bei Urkundensfälschung erfordert, daß der zu Täuschende zu einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmt werden soll.

Der Angekl. hat der Zeugin zwei Bestellscheine in die Hände gespielt, die, wie er wußte, von den angeblichen Bestellern mit falschen Namen unterschrieben waren. Er wollte die Zeugin nicht etwa nur über die Namen, sondern über die Personengleichheit der Urheber täuschen. Somit hat er von den Bestellscheinen — beweiserheblichen Privaturlunden —, wissend, daß sie falsch waren, der Zeugin gegenüber zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht. Daß die Scheine in deren Gegenwart unterschrieben worden waren, ist bedeutungslos (RGSt. 30, 43; 48, 238).

Das Tatbestandsmerkmal des § 270 StGB., daß der Täter beim Gebrauchmachen „in rechtswidriger Absicht“ handelt, ist nicht schon dadurch erfüllt, daß der Täter von der Urkunde Gebrauch macht, um über ihre Echtheit zu täuschen. „Rechtswidrig“ ist die Absicht vielmehr nur dann, wenn sie dahin geht, mit der Urkunde im Rechtsleben zu täuschen. Dies setzt zwar den Willen voraus, mit ihr den zu Täuschenden in einen Irrtum über Rechte oder Rechtsverhältnisse zu versetzen, erschöpft sich aber nicht darin. Vielmehr wird, wie das RG. wiederholt entschieden hat, darüber hinaus erfordert, daß der zu Täuschende zu einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmt werden soll (RGSt. 47, 199). Daran fehlt es hier nach den bisherigen Feststellungen. Denn die Strk. schenkt dem Beschw. darin Glauben, daß er den Zweck verfolgt habe, die Zeugin aufzuhalten, damit sie, wie das Ur. ersichtlich weiter annimmt, genötigt sei, die Nacht bei ihm zu verbringen. Wäre dies der einzige Zweck des Angekl. gewesen, so hätte er nicht in „rechtswidriger Absicht“ gehandelt; sein Tun wäre vielmehr nur darauf gerichtet gewesen, auf die außerhalb der Rechtssphäre liegende Gemütsstimmung der Zeugin einzuwirken.

Anders wäre es, wenn diese ermächtigt gewesen wäre, durch Entgegennahme der Austragsurkunden die Verträge abzuschließen, und das Tun des Angekl. neben seinen sonstigen Zwecken auch auf dieses Ziel gerichtet gewesen wäre. Das scheint die Strk. indessen nicht anzunehmen; jedenfalls ist es nicht ausreichend festgestellt.

Ein rechtlich erhebliches Verhalten der Zeugin wäre auch darin zu erblicken, daß sie die gefälschten Bestellscheine dem Inhaber oder Vertreter der Tiefesfirma übermittelt hätte. Das ist zwar auch in der Tat geschehen, aber gerade darauf war, wie die Strk. annimmt, die Absicht des Beschw. nicht gerichtet. Er hat die Zeugin zwar auch nicht am nächsten Morgen aufgeklärt; dies kann jedoch darauf zurückzuführen sein, daß er gleichgültig geworden war, nachdem er seinen Zweck, die Zeugin die Nacht über bei sich zu behalten, erreicht hatte. Hierauf kommt es indessen nicht an, sondern nur darauf, von

welchen Absichten der Beschw. zur Zeit der Tat bestimmt wurde.

(3. Sen. v. 31. März 1930; 3 D 176/30.)

[D.]

## 2. Konkursstrafrecht.

19. §§ 239, 240 R.D.; §§ 73, 74 StGB. Ob zwischen Bankrott (Verheimlichen von Vermögensstücken) und nachfolgendem Offenbarungseid Tateinheit oder Tatmehrheit besteht, hängt von den Besonderheiten der Sachlage ab.†)

Das SchwG. nimmt an, daß die Angekl. den betrügerischen Bankrott und den nachfolgenden Meineid durch zwei verschiedene selbständige Handlungen begangen hat. Eine nähere Begründung ist für diese Annahme in dem angegriffenen Urteil nicht enthalten. Anscheinend hat das Gericht sie nicht als erforderlich erachtet. Diese Ansicht wäre rechtswidrig. Es hängt vielmehr, wie der 1. Str.Sen. bereits in dem Ur. v. 18. Okt. 1929, 1 D 845/29 ausgesprochen hat, von den Besonderheiten der Sachlage ab, ob zwischen dem Bankrott und dem Meineid Tateinheit oder Tatmehrheit besteht. Tateinheit kommt beispielsweise dann in Frage, wenn ein Gemeinschuldner im Laufe eines Konkursverfahrens von dem Konkursverwalter oder einem Konkursgläubiger zur Leistung des Offenbarungseides geladen worden ist und den Zweck verfolgt, auch durch den Meineid zum Nachteil seiner Gläubiger Vermögensstücke zu verheimlichen. Im vorliegenden Falle ist festgestellt, daß die Angekl. auf Veranlassung einer einzelnen Gläubigerin am 7. Juli 1927 den falschen Offenbarungseid geleistet hat, nachdem sie Ende März oder Anfang April 1927 ihr gehöriges Geld verheimlicht und beiseitegeschafft hatte. Zu prüfen war daher, ob sie auch durch Leistung des falschen Offenbarungseides damals vorhandene Vermögensstücke verheimlichen und dadurch ihre Gläubiger insgesamt benachteiligen wollte oder aber, ob sie bei Leistung des Eides einer unvorhergesehenen Zwangslage gegenüberstand und auf Grund eines neuen Vorsatzes sich entschlossen hat, die Befriedigung der die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigerin zu vereiteln und sich der Bestrafung wegen bereits begangener Verheimlichung und Beiseiteschaffung von Vermögensstücken zu entziehen. In dieser Hinsicht läßt das angegriffene Urteil, das die von dem SchwG. als selbständig erachteten Verbrechen — betrügerischer Bankrott und Meineid — nicht nach der Zeitfolge der Begebenheiten, sondern in umgekehrter Reihenfolge behandelt, einen klaren Ausdruck vermissen. Zu Zweifeln gibt insbes. die Bemerkung des Urteils Anlaß, die Angekl. habe von Anfang an bis zur Hauptverhandlung bewußt die Unwahrheit gesagt, zunächst um die Gläubiger um ihr Geld zu bringen, dann aber „auch“, um sich und ihren Ehemann von allen Vorwürfen reinzuwaschen. Diese Wendung schließt die Annahme nicht aus, legt sie sogar nahe, daß die Angekl. auch bei Leistung des Offen-

barungseides den Zweck verfolgt habe, ihre Gläubiger überhaupt durch fortdauernde Verheimlichung von Vermögensstücken zu benachteiligen.

(2. Sen. v. 9. Jan. 1930; 2 D 1082/29.)

[D.]

\*\*20. § 239 Nr. 1 und 2 R.D.; § 264 StGB.; § 73 StGB. Grundsatz des ne bis in idem. Durch die Verurteilung des Gemeinschuldners wegen Verbrechen nach § 239 Nr. 1 R.D. wird die Strafklage auch hinsichtlich der durch Ableistung eines falschen Offenbarungseides nach § 125 R.D. begangenen strafbaren Handlungen (Meineid, Verbrechen nach § 239 Nr. 2 R.D.) verbraucht.

Der Angekl., über dessen Vermögen am 24. Okt. 1925 das Konkursverfahren eröffnet worden ist, hat am 17. Febr. 1926 in der von ihm gemäß § 125 R.D. beschworenen Vermögensaufstellung angegeben, er habe durch Vertrag vom 25. April 1925 sein Warenlager dem Fr. und durch Vertrag v. 1. Sept. 1925 sein Geschäft mit sämtlichen Außenständen dem D. übertragen. Unter der Feststellung, daß diese Verträge erdichtet waren, ist der Angekl. am 15. März 1928 wegen Verbrechen gemäß § 239 Nr. 1 R.D. rechtskräftig verurteilt worden. Auf die weitere Anklage, den Offenbarungseid wissentlich falsch beschworen zu haben, hat das Schwurgericht mit Ur. v. 24. Okt. 1929 das Verfahren wegen rechtskräftig entschiedener Sache für unzulässig erklärt. Der Rev. der Staatsanwaltschaft mußte der Erfolg verjagt bleiben.

Wenngleich gemäß § 260 StGB. formell auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen ist, liegt doch in dem Auspruch „das Verfahren wird für unzulässig erklärt“ keine Verletzung des § 260 StGB., da die gewählte Formel sachlich dasselbe bedeutet.

Auch über den Verbrauch der Strafklage sowie über die dabei in Betracht kommende Tateinheit zwischen dem jetzt zur Aburteilung stehenden Meineid und dem rechtskräftig abgeurteilten Konkursverbrechen hat das Schwurgericht rechtlich nicht geirrt.

Ob darin, daß der Angekl. die Scheinveräußerungen über sein Warenlager und über sein Geschäft mit Außenständen als in Wirklichkeit erfolgte Übereignungen beschwor, ein Verheimlichen i. S. des § 239 Nr. 1 R.D. gefunden werden konnte, obwohl das Dasein und der Verbleib dieser Vermögensgegenstände bekannt waren, mag auf sich beruhen (vgl. RGEntsch. I 845/29 v. 18. Okt. 1929). Denn jedenfalls enthielt der wissentlich falsche Eid zugleich den äußeren und inneren Tatbestand des Aufstellens erdichteter Rechtsgeschäfte, durch die der Konkursmasse das Warenlager und das Geschäft mit Außenständen entzogen wurden (§ 239 Nr. 2 R.D.; RGSt. 2, 337; RGEntsch. I 845/29). Bei dieser Sachlage besteht gegen die Annahme von Tateinheit zwischen § 239 Nr. 2 R.D. und § 153 StGB. kein rechtliches Bedenken. Dann aber erstreckt sich diese Tateinheit auch auf das früher abgeurteilte Verbrechen nach § 239 Nr. 1 R.D., welches mit jenem nach § 239 Nr. 2 R.D., durch den Rahmen einer und derselben Konkursöffnung verbunden, nach ständiger Rspr. des RG. nur eine einzige, einheitliche strafbare Handlung bildet.

(3. Sen. v. 20. Febr. 1930; 3 D 1293/29.)

[U.]

## II. Verfahren.

### 1. Strafprozeßordnung.

21. § 74 StGB. Die beamtete Stellung eines Sachverständigen rechtfertigt im Verfahren wegen Amtsunterschlagung auch vom Standpunkt des Angekl. aus nicht die Befangenheit der Befangenheit.

Was die Ablehnung der beamteten Sachverständigen angeht, so hat das LG. das Ablehnungsgeuch des Angekl. mit der Begründung verworfen, daß das Beamtenverhältnis der Sachverständigen eine Befangenheit auch vom Standpunkte des Angekl. aus nicht rechtfertige. Ob eine Befangenheit anzunehmen sei, und ob insbes. der Angekl. bei verständiger Würdigung Grund habe, die Unparteilichkeit der Sachverständigen anzuzweifeln, hatte das LG. nach seinem pflichtmäßigen

Zu 19. Dieses Urteil beleuchtet in besonders wirksamer Weise die Hinfälligkeit der jetzt geltenden Scheidung zwischen realem und idealem Zusammentreffen. Sehr deutlich tritt zutage, daß unter allen Umständen der Gehalt der beiden ganz verschiedenen Normen, des betrügerischen Bankrotts und des Meineids, Berücksichtigung verdient, daß die beiden gegen verschiedene Rechtsgüter verstoßenden Gesetzesverletzungen vollständig sachlich gewürdigt werden müssen, mag man die Betätigung mit verkehrten, außergesetzlichen Handlungsbegriffen beliebig zergliedern. Auf alle Fälle ist der Maßstab des § 74 der richtige, der eine sachgemäße Berücksichtigung des in den beiden verletzten Normen enthaltenen kriminellen Gehaltes ermöglicht; jedenfalls ist, das zeigt dieser Fall besonders klar, § 73 sachwidrig und ungerecht, der nur das strengste Gesetz zur Anwendung beruft, die mildere beiseite läßt.

Ein wahres Glück also, daß uns das neue Strafgesetz von dieser nicht etwa nur unnützen, scholastisch sinnlosen, sondern — wie insbes. der vorliegende Fall zeigt — in hohem Maße inhaltlich verfehlten, ungerechten, konstruktiv geradezu perversen Mißbildung des § 73 befreit; es wird dann in Rspr. und Literatur der einfache, selbstverständliche Grundsatz leben, daß allemal eine gegen verschiedene Gesetze verstoßende Betätigung nach allen Normen, mit denen der Gesetzgeber sie verboten und mit Strafe bedroht hat, beurteilt werden muß. Auch als Gedankenübung für Doktorarbeiten kann dieses Gebiet entarteter Konstruktionsjurisprudenz dann nicht mehr empfohlen werden.

Prof. Dr. Coenders, Köln.

Ermeßen zu entscheiden. Die von ihm getroffene Entsch. läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die von der Rev. angezogene Entsch. des erf. Sen. v. 8. Juli 1924 (RGSt. 58, 262) betrifft einen völlig anders gelagerten Fall. Dort handelte es sich um einen Sachverständigen, der Angestellter der geschädigten Firma und am Reingewinne dieser Firma beteiligt war. Hier aber stehen Staatsbeamte in Frage. War schon auf Grund des Umstandes, daß es sich um eine staatliche Kassen- und Rechnungsführung handelte, die Zuziehung von Sachverständigen geboten, die mit diesem Rechnungswesen vertraut sind, so steht vor allem der Beamte dem Staate, von dem er angestellt ist, anders und selbständiger gegenüber, als es bei privaten Angestellten zuweilen der Fall ist. Der Staat, der selbst das Recht schützt, hat das Interesse, daß ein Beamter nur dann bestraft wird, wenn seine Schuld voll erwiesen ist, und ordnet fiskalische Interessen dem der Wahrung des Rechts unter. Staatliche Beamte, die in einem Strafverfahren vernommen werden, haben infolge ihrer gesetzlich gesicherten Stellung keinerlei Nachteile zu befürchten, wenn sie nach Pflicht und Gewissen ihre Auffassung kundgeben, und zwar auch dann nicht, wenn diese Auffassung der der Anklage entgegensteht. Da der Angekl. selbst Beamter ist und die im Beamtentum herrschenden Auffassungen von Recht und Pflicht kennt, so konnte das LG. annehmen, daß auch von seinem Standpunkt aus eine Besorgnis der Befangenheit nicht anzuerkennen sei.

(1. Sen. v. 16. Mai 1930; 1 D 411/30.) [A.]

22. §§ 140, 141, 115 d StPD. In den Fällen des § 140 Abs. 3 StPD. reicht ein vor Beginn des Laufes der in Abs. 4 daselbst bezeichneten Frist gestellter Antrag auf Verteidigerbestellung zur Wahrung dieser Frist nicht aus. Die Nichtbescheidung eines solchen Antrags begründet die Revision nicht, weil das Urteil auf ihr nicht beruht. Ob ein Verteidiger auf Grund des § 141 StPD. zu bestellen ist, unterliegt dem Ermessen des Gerichts bzw. des Vorsitzenden. Die Ablehnung der Bestellung enthält in diesem Fall keine unzulässige Beschränkung der Verteidigung. †)

Der Angekl., der in Rückfall begründender Weise verurteilt ist, wurde Ende Dezember 1928 beschuldigt, gemeinschaftlich mit einem anderen zwei Einbruchsdiebstähle begangen zu haben; Anfang Januar 1929 wurde er hierwegen vom LG. Hanau verhaftet; eine Voruntersuchung wurde nicht geführt. Bereits im Laufe des Ermittlungsverfahrens, am 11. Febr. 1929, beantragte er in einer an das LG. gerichteten Eingabe die Bestellung eines Verteidigers. Der StA. gab dem „Vor-

sitzenden des SchöffG.“ anheim, einen Verteidiger zu bestellen. Ein Bescheid ist auf den Antrag nicht ergangen. Die Anklageschrift, in der gegen den Angekl. die Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem SchöffG. Hanau wegen zweier Verbrechen des schweren Diebstahls im Rückfall beantragt war, wurde dem Angekl. am 21. Febr. 1929 „zur Erklärung innerhalb fünf Tagen“ mitgeteilt. Der Angekl. hat eine Erklärung nicht abgegeben und insbef. einen Antrag auf Bestellung eines Verteidigers innerhalb der im § 140 Abs. 4 Satz 2 StPD. vorgesehenen dreitägigen Frist nicht gestellt. Am 27. Febr. 1929 wurde das Hauptverfahren eröffnet und am 26. März 1929 die Hauptverhandlung vor dem SchöffG. durchgeführt, ohne daß der Angekl. auf seinen früheren Antrag zurückgekommen wäre. Erst im Anschluß an die Einlegung der Berufung beantragte er nochmal die Bestellung eines Verteidigers; dieser Antrag wurde von der StrR. durch den Beschluß v. 24. April 1929 mit der Begründung abgelehnt, daß der Fall einer notwendigen Verteidigung wegen Versäumung der im § 140 Abs. 4 StPD. bestimmten Frist nicht gegeben sei und zur Bestellung eines Verteidigers gemäß § 141 StPD. besondere Gründe nicht vorlägen. In der Hauptverhandlung vor dem BG. ist der Antrag nicht wiederholt worden.

Die Rev. ist unter anderem damit begründet, daß der Angekl. vor der schöffengerichtlichen Hauptverhandlung die Beordnung eines Verteidigers beantragt habe und durch die Nichtbescheidung dieses Antrags in seinen Rechten verkürzt worden sei.

Die Rüge ist unbegründet. Nach § 140 StPD. ist in den vor dem SchöffG. zu verhandelnden Sachen die Verteidigung notwendig, wenn eine Tat den Gegenstand der Untersuchung bildet, die nicht nur wegen Rückfalls ein Verbrechen ist und der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter binnen einer Frist von drei Tagen, nachdem er zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist, die Bestellung eines Verteidigers beantragt. Die erste Voraussetzung war hier erfüllt, da schwere Diebstähle den Gegenstand der Untersuchung bildeten. Dagegen fehlt es an der zweiten Voraussetzung, der Stellung eines Antrags innerhalb der vorgeschriebenen Frist. Ein vor Beginn der Frist gestellter Antrag reicht, wie der 1. StrSen. im Urte. I 70/24 v. 11. März 1924 (RGSt. 58, 102) näher ausgeführt hat, nicht aus, um die Verteidigung zu einer notwendigen zu machen. Soweit aber die Verteidigung nicht notwendig ist, unterliegt nach § 141 StPD. die Frage, ob dem Angekl. ein Verteidiger zu bestellen ist, dem Ermessen des Gerichts bzw. des Vorsitzenden. Die Ablehnung der Bestellung enthält in solchem Falle keine unzulässige Beschränkung der Verteidigung. Dies gilt auch für den Beschluß der StrR. v. 24. April 1929. Die Nichtbescheidung des

Zu 22. Mir scheint die Auslegung, die das LG. in der vorliegenden und auch in anderen Entsch. dem § 140 StPD. gibt, allzu engherzig. Sie berücksichtigt nicht, daß grundsätzlich der Gesetzgeber dem eines Verbrechen beschuldigten Angekl. einen Anspruch auf Bestellung eines Verteidigers gewährt und daß die verhältnismäßig kurze Frist zur Stellung dieses Antrages offenbar auf der Erwägung beruht, daß nicht der Angekl. durch fahrlässige oder absichtliche Verzögerung des Antrages das Verfahren verschleppe. Andererseits wird auch nicht genügend dem Umstand Rechnung getragen, daß die im § 140 Abs. 4 gesetzte Frist für den Antrag dem rechtsunkundigen Angekl. in der Regel unbekannt sein wird und daß daher eine einengende Auslegung des Gesetzes schwerlich dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann. Daraus ergibt sich m. E., daß ein vor Beginn der gesetzlichen Frist auf Bestellung des Verteidigers gestellter Antrag, solange ein Bescheid auf ihn nicht ergangen ist, ebenso beachtlich sein muß, wie ein innerhalb der Frist gestellter Antrag, da weder dem Wortlaute des Gesetzes und noch weniger dem Willen des Gesetzgebers zu entnehmen ist, daß ein vor Beginn der Frist ordnungsmäßig gestellter Antrag unbeachtlich bleiben soll. Die Ausführungen in RG. 58, 103, daß bei dieser Auslegung des Gesetzes der Vorsitzende genötigt wäre, alle Eingaben, die der Angekl. im Laufe des Vorverfahrens dem Gericht eingereicht hat, sorgfältig und genau zu prüfen und daß alsdann das Übersehen einer vielleicht schwer lesbaren Stelle, in der ein Verteidiger verlangt wird, zur Aufhebung des Urts. führen könne, ist nicht überzeugend. Der Angekl. kann erwarten, daß die von ihm an das Gericht gerichteten Eingaben auch vom Richter gelesen und, soweit sie sachliche Anträge enthalten, auch beachtet werden. Der Antrag schiebt, solange ein Bescheid auf ihn nicht erfolgt ist. Zutreffend führt das RG. a. a. O. aus, daß ein Beschuldiger, der unter Berufung auf sein gesetzliches Recht die Beordnung eines Verteidigers verlange,

auch erfahren müsse, aus welchem Grunde die Anerkennung seines Rechts verweigert werde. Warum, wenn ein gesetzliches Recht ausbleibt, eine besondere Berufung auf dieses Recht gefordert wird, ist nicht wohl verständlich. Aber der Satz, daß, wer ein Recht geltend macht, erfahren müsse, daß und aus welchem Grunde die Anerkennung verweigert werde, bleibt auch für den hier vorliegenden Fall bestehen. Damals hat das RG. auf die Rev. des Angekl. das Urte. aufgehoben, weil er ohne seine Schuld die Frist aus § 140 Abs. 4 veräußert habe. M. E. muß das gleiche gelten, wenn ein vor Beginn der Frist ordnungsmäßig gestellter Antrag bei Ablauf der Frist noch nicht entschieden ist. Noch bedenklicher als die vorliegende Entsch. scheint das Urte. III 859/12: DZ. 18, 291, wo der Antrag vom Angekl. rechtzeitig bei der Staatsanwaltschaft eingereicht, von dieser aber erst nach Ablauf der Frist an das Gericht weitergegeben war. Ob die dreitägige Frist nicht schon durch Einreichung des Antrages bei der Staatsanwaltschaft gewahrt war, läßt sich dem Gesetz mit Sicherheit nicht entnehmen. Sicher aber ist, daß es kein Versehen des rechtsunkundigen Angekl., der erst einen Verteidiger erhalten soll, darstellt, wenn er irrtümlich auf die Anklage den Antrag bei derjenigen Behörde, die die Anklage erhoben hat, einreicht. Im Sinne vorstehender Ausführungen hat auch das RGSt. 33, 302 das Vorliegen einer revisionsbegründenden Rechtsverletzung angenommen, weil der wegen Vergehens Angekl. erfolglos die Bestellung eines Verteidigers aus § 141 StPD. beantragt hatte, demnächst aber wegen Vergehens verurteilt wurde, obgleich er trotz Hinweis auf die Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes und obgleich jetzt erst die Notwendigkeit der Bestellung eines Verteidigers auf Antrag des Angekl. in Frage kam, einen dahingehenden Antrag nicht gestellt und deshalb einen Verteidiger nicht erhalten hatte.

M. Dr. Löwenstein, Berlin.

Antrags v. 11. Febr. 1929 aber vermag die Rev. deshalb nicht zu begründen, weil das Urteil hierauf nicht beruhen kann. Das UG wäre, da ein Haftprüfungsverfahren (§ 115 d Abs. 4 StPD.) nicht in Frage stand und eine Anklage noch nicht erhoben war, gar nicht in der Lage gewesen, einen Verteidiger zu bestellen, hätte also den Antrag ablehnen müssen, ohne daß der Angekl. hiergegen mit Aussicht auf Erfolg hätte ankämpfen können. Andererseits hatte der Angekl. nach Zustellung der Anklageschrift die Möglichkeit, seinen Antrag zu wiederholen und hierdurch die Verteidigung zu einer notwendigen zu machen; er hat hiervon aber keinen Gebrauch gemacht. Die Gründe, die in dem oben erwähnten, vom 1. StrSen. entschiedenen Fall zur Aufhebung des Urteils geführt haben, treffen für den gegenwärtigen Fall nicht zu. (StrSen. v. 22. Juli 1929; 1 D 686/29.) [L.]

23. 1. § 331 StPD. In den Fällen, in denen das erste Ur., z. B. wegen Annahme eines Sammelverbrechens, einer Fortsetzungstat oder von Tateinheit, nur eine einheitliche Strafe ausgesprochen hat, die Strk. aber infolge der Annahme mehrerer unter sich selbständiger Straftaten mehrere Einzelstrafen für verwirkt erklären und auf eine Gesamtstrafe erkennen muß, ist nur diese Gesamtstrafe mit der Einheitsstrafe des ersten Ur. zu vergleichen.

2. § 265 StPD. Auf den Wegfall eines straf erhöhenden Umstandes braucht nur dann hingewiesen zu werden, wenn mit seinem Ausscheiden eine darüber hinausgehende Umgestaltung des strafbaren Tatbestandes verbunden ist. f)

Verfahrensrechtlich besteht kein durchgreifender Mangel.

1. § 331 StPD. ist nicht verletzt. Er verbietet nur die Verschärfung der erkannten Strafe nach Art und Maß. Eine Verschärfung der Strafe der Art nach scheidet hier von vornherein aus. Das SchöffG. hatte auf Zuchthaus, die Strk. hat auf Gefängnis erkannt. Von beiden Strafarten ist Gefängnisstrafe die mildere (§§ 14–16, 31, 32 StGB.; RGSt. 40, 411, 412). Es fragt sich daher nur, ob die von der Strk. verhängte Gefängnisstrafe dem Maße nach härter ist als die vom SchöffG. ausgesprochene Zuchthausstrafe. Bei der Prüfung dieser Frage ist — entgegen der Meinung der Rev. — von dem Wertverhältnis auszugehen, das § 21 StGB. für Zuchthaus- und Gefängnisstrafe untereinander aufgestellt hat (RGSt. 40, 411, 412, 413). Das SchöffG. hatte wegen eines Verbrechens der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Hehlerlei nach §§ 259, 260 StGB. die einzige Strafe von 1 Jahr 6 Monaten Zuchthaus ausgesprochen, die Strk. hat wegen dreier unter sich selbständiger Vergehen der Hehlerlei gemäß §§ 259, 74 StGB. drei Einzelstrafen von 1 Jahr + 8 + 8 Monaten Gefängnis für verwirkt erklärt und auf die Gesamtstrafe

von 2 Jahren Gefängnis erkannt. Nach dem Umrechnungsmaßstab des § 21 StGB. ist die Zuchthausstrafe von 1 Jahr 6 Monaten einer Gefängnisstrafe von 2 Jahren 2 Monaten gleichzuachten. Die Gesamtstrafe von 2 Jahren Gefängnis ist somit auch ihrer Dauer nach nicht härter, sondern milder als die Einheitsstrafe von 1 Jahr 6 Monaten Zuchthaus. Die Summe der von der Strk. für verwirkt erklärten Einzelstrafen beträgt allerdings 28 Monate Gefängnis. Sie wäre also härter als die einer Gefängnisstrafe von nur 27 Monaten gleichzuerachtende Zuchthausstrafe von 1 Jahr 6 Monaten. Aber sie kann hier der Vergleichung nicht zugrunde gelegt werden. Sie ergibt sich nur aus dem zweiten Ur., dem der Strk. Bei der Prüfung, ob § 331 StPD. beachtet ist, muß aber von dem ersten Ur., also hier dem des SchöffG., ausgegangen werden. Seine Strafe ist Grundlage und Maßstab für die nach § 331 StPD. notwendige Vergleichung der beiden Strafen untereinander. Das schöffengerichtliche Ur. kennt aber nur eine, einheitliche Strafe, keine Einzelstrafen, und deshalb auch keine Summe von Einzelstrafen. Demgemäß konnte dem Angekl. auch kein Recht auf die Nichtverschärfung von Einzelstrafen oder ihrer Summe erwachsen. Infolgedessen war die Strk. bei ihrem Ur. auch an keine Einzelstrafen gebunden, sondern bei deren Bemessung frei, auch soweit ihre Summe der Dauer nach die schöffengerichtliche Einheitsstrafe überstieg. In den Fällen, in denen das erste Ur., z. B. wegen Annahme eines Sammelverbrechens, einer Fortsetzungstat oder von Tateinheit, nur eine einheitliche Strafe ausgesprochen hat, die Strk. aber infolge der Annahme mehrerer unter sich selbständiger Straftaten mehrere Einzelstrafen für verwirkt erklären und auf eine Gesamtstrafe erkennen muß, ist nur diese Gesamtstrafe mit der Einheitsstrafe des ersten Ur. zu vergleichen. Auch sie ist ja nur zu vollstrecken, wie es die Einheitsstrafe ebenfalls wäre. In diesen Fällen ist § 331 StPD. immer dann beachtet, wenn die Gesamtstrafe des zweiten Ur. nicht härter ist als die Einheitsstrafe des ersten. Das ist sie aber hier nicht.

§ 331 StPD. ist auch nicht dadurch verletzt, daß die Strk. in Abweichung von dem schöffengerichtlichen Ur. die Untersuchungshaft nicht angerechnet hat. Diese Haft hatte vom 27. Aug. 1928 15 Uhr bis 13. Okt. 1928 17½ Uhr, also 47 Tage und 2½ Stunden, gedauert. Rechnet man, wie es dem Gef. entspricht, diese Zeit von der Strafe von 1 Jahr 6 Monaten Zuchthaus ab, so verbliebe nach dem schöffengerichtlichen Ur. noch eine Zuchthausstrafe von mindestens 1 Jahr 4 Monaten und 12 Tagen zu verbüßen. Sie ist härter als die von der Strk. ausgesprochene Strafe von 2 Jahren Gefängnis, die einer Zuchthausstrafe von 1 Jahr 4 Monaten nur gleichsteht. Gerade aber deshalb, weil die von ihr ausgesprochene Strafe auch dann noch milder ist als die vom Schöffengericht verhängte, wenn man von dieser die Untersuchungshaft abrechnet, hat die Strk. die Unrech-

Zu 23. Die in der Theorie überwiegende, in der Mpr. herrschende Meinung geht dahin, daß die Wendung in § 331 StPD. das Ur. dürfe nicht zum Nachteil des Angekl. abgeändert werden, das Gleiche bedeute wie die Worte der §§ 358, 373 StPD., nämlich das neue Ur. dürfe eine härtere Strafe als die in dem ersteren erkannte nicht verhängen (vgl. Löwe-Rosenberg, § 331 N. 2; Gerland, Strafpr. 413; Feisenberger, StPD. § 358 N. 5; RGSt. 25, 397 [99]; umgekehrt Veling, Strafpr. 340. Auch bei Anschluß an die erstere Ansicht ist das vorliegende Ur. nicht bedenkenfrei. Das BG. hatte ein Urteil, demzufolge der Angekl. 1 Jahr 4 Monate 12 Tage Zuchthaus zu verbüßen hatte, in ein Ur. verwandelt, nach welchem er 2 Jahre Gefängnis zu verbüßen hätte. Wenn man die Gleichung, die StGB. § 21 aufstellt, in jeder Hinsicht für übertragbar auf die StPD. hält, so ist eine Gefängnisstrafe im 1½fachen Betrage einer früher erkannten Zuchthausstrafe nicht härter als diese Zuchthausstrafe. Es wäre dann auch keine reformatio in peius, wenn jemand Berufung wegen einer ausgesprochenen zweijährigen Zuchthausstrafe einlegt und dann vom BG. 4 Jahre 6 Monate Festungshaft bekommt, weil die Tat nicht aus ehroloher Gefinnung hervorgegangen sei. Eine solche Möglichkeit zeitlicher Strafverlängerung unter Veränderung der Strafart steht mit dem Sinn des Verbotes der reformatio in peius nicht im Einklang. Denn es ist klar, daß es für manche Angekl. sehr auf das Zeitmaß der Freiheitsentziehung ankommt, unter anderem bei Personen in vorgerücktem Alter, denen es nicht gleichwertig erscheinen kann, ob sie 6 Jahre 8 Monate im Zuchthaus oder 15 Jahre in Festungshaft festgehalten werden.

Eine solche Erhöhungsmöglichkeit entspricht auch nicht der Auf-

fassung der preußischen StPD. v. 1867 § 368 III, die insoweit als Vorbild der deutschen StPD. erachtet werden kann: „Ein Ur., das nur von dem Angekl. angefochten worden ist, behält zu dessen Gunsten die Wirkung, daß ihm in keinem anderen Ur. in derselben Sache eine Strafe auferlegt werden kann, welche die in jenem Erkenntnisse festgesetzte der Art oder der Höhe nach überschreitet.“

Die Frage, ob eine Strafe härter ist als die andere, richtet sich nach dem tatsächlichen Uebelgehalt, der einer Strafe nach ihrem rechtlichen Inhalt zukommt. Der Name der Strafe ist dafür nicht entscheidend. Wenn daher durch neue Strafvollzugsgrundsätze der Inhalt der langzeitigen Gefängnisstrafe dem Inhalt der Zuchthausstrafe sehr angeglichen ist und sich nur noch unbedeutend von ihr unterscheidet, so läßt es sich nicht mehr aufrechterhalten, daß für einen Angekl. 2 Jahre Gefängnis keine härtere Strafe sind, als 1 Jahr 4 Monate Zuchthaus. Anderenfalls wäre für den Ausdruck der härteren Strafe i. S. der §§ 358, 373 StPD. nicht der Inhalt, sondern der Name maßgebend. Das ist seinerzeit ausdrücklich für § 73 StGB. so festgesetzt worden, der in erster Linie die formell schwerere Strafart für die Wahl des anzuwendenden Strafgesetzes entscheidend sein läßt. Für das Verbot der reformatio in peius ist aber ein gleichwertiger Wortlaut, wie ihn § 73 StGB. enthält, nicht gewährt.

Die Ausführungen des RG. über die Überflüssigkeit eines Hinweises des Angekl. nach StPD., wenn lediglich ein Tatbestandsmerkmal ausgeschieden wird, entsprechen der herrschenden Auffassung und sind nicht zu beanstanden.



nung der Untersuchungshaft abgelehnt. Dagegen ist nichts zu erinnern (RGSt. 59, 231).

2. Die Klage, § 265 StPD. sei verfehlt, greift nicht durch. Wegen den Angekl. war das Hauptverfahren wegen dreier, sachlich zusammentreffender Straftaten eröffnet, nämlich wegen zweier Diebstähle und eines Vergehens der Hehlerei nach §§ 242, 243, 244, 259, 74 StGB.). In den beiden Fällen, in denen der Eröffnungsbeschluß Diebstahl annahm, hat das SchöffG. nur Hehlerei gefunden und den Angekl. wegen des Sammelverbrechens der Hehlerei nach §§ 259, 260 StGB. verurteilt, da er in den festgestellten drei Einzelfällen gewerbs- und gewohnheitsmäßig gehandelt habe. Die StrL. hat diesen Straferhöhenden Umstand verneint und den Angekl. wegen dreier selbständiger Vergehen der Hehlerei gemäß §§ 259, 74 StGB. verurteilt, ohne daß er auf diese Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen war. Die Unterlassung ist hier unschädlich. Daß der dritte Einzelfall ein selbständiges Vergehen der Hehlerei sei, hatte der Eröffnungsbeschluß schon angenommen. Für diesen Fall war somit der Hinweis auf §§ 259, 74 StGB. unnötig. Daß auch die beiden anderen Fälle den Tatbestand der Hehlerei nach § 259 StGB. begründen können, ergab sich aus dem schöffengerichtlichen Urteil. Deswegen war auch für sie der Hinweis auf §§ 259 StGB. nicht mehr erforderlich (vgl. RGSt. II v. 4. Jan. 1926, 2 D 694/25). Fraglich könnte sein, ob nicht darauf hätte hingewiesen werden müssen, daß der Straferhöhende Umstand der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit der Hehlerei wegfallen und dann das Verhältnis der drei Einzelfälle auch bei ihrer Auffassung als Hehlerei sich nach § 74 StGB. richten könne. Auf den Wegfall eines Straferhöhenden Umstandes braucht nur dann hingewiesen zu werden, wenn mit seinem Ausschneiden eine darüber hinausgehende Umgestaltung des strafbaren Tatbestandes verbunden ist (RGSt. 53, 100; 59, 423, 424). Das ist aber hier nicht der Fall, da schon der Eröffnungsbeschluß gemäß § 74 StGB. die drei Einzelfälle als selbständige Straftaten angesehen hat, wenn auch zwei davon als Diebstähle, und da das Sammelverbrechen der Hehlerei sich aus mehreren, unter sich selbständigen Einzelfällen der Hehlerei zusammensetzen kann (vgl. RGSt. II v. 17. Jan. 1924, 2 D 1141/23). Aber auch für den Fall, daß man den Hinweis auf § 74 StGB. für nötig hielt (vgl. RGSt. IV v. 20. Mai 1924, 4 D 328/24), wäre seine Unterlassung hier unschädlich. Es ist nicht zu erkennen, wie bei der gegebenen Sachlage sich der Angekl. anders hätte verteidigen können, als er es getan hat, so daß das Urteil auf der Unterlassung nicht beruhen kann (§ 337 Abs. 1 StPD.). Dasselbe hat zu gelten für die Unterlassung des Hinweises, daß in dem dritten Hehlereifalle der Angekl. als Alleintäter verurteilt werden könnte. Nur für diesen Fall hatte der Eröffnungsbeschluß Hehlerei in Mittäterschaft mit der Frau des Angekl. angenommen.

(1. Sen. v. 1. Nov. 1929; 1 D 825/29.) [A.]

24. § 244 StPD. Ein nur „fürsorglich“ gestellter Beweis Antrag kann in den Urteilsgründen beschieden werden. Eine solche Bescheidung liegt vor, wenn in den Urteilsgründen ausgeführt wird, daß die Tatsache, die durch den Beweis Antrag bewiesen werden sollte, nach der Überzeugung des Gerichts zur Führung des Schuldbeweises nicht ausreicht.

(1. Sen. v. 26. Nov. 1929; 1 D 1034/29.) [A.]

## 2. Gerichtsverfassungsgesetz.

\*25. §§ 59, 62, 66 GVG.; § 338 Nr. 1 StPD. Vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts. Ist der Landgerichtspräsident in den Ruhestand versetzt worden, so kann mit der Neubesetzung der Stelle gewartet werden, wenn infolge einer vermeintlich nahe bevorstehenden Änderung der Gerichtsorganisation die Aufhebung des Landgerichts wahrscheinlich ist. Die bloße Möglichkeit, daß in ungewisser Zukunft die Aufhebung des Landgerichts erfolgen könne, vermag dagegen die Nichtbesetzung der Stelle des Land-

gerichtspräsidenten auf unbestimmte Zeit nicht zu rechtfertigen. †)

(1. Sen. v. 18. Febr. 1930; 1 D 1224/30.) [A.]

Abgedr. JW. 1930, 1504<sup>15</sup>.

26. § 66 GVG. Eine „Verhinderung“ kann auch dann angenommen werden, wenn der bisherige Stelleninhaber in den Ruhestand versetzt ist, sofern nicht mit der Unterlassung der Besetzung der Stelle die Schaffung eines ungesetzlichen Dauerzustandes beabsichtigt ist.

Der erf. Sen. hat sich in seinem in RGSt. 62, 273 abgedr. Urteil mit der Frage befaßt, unter welchen Voraussetzungen eine „Verhinderung“ i. S. des § 66 Abs. 1 Satz 1 GVG. bei dem ordentlichen Vorsitzenden einer Kammer angenommen werden kann, wenn sich nach dessen Übertritt in den Ruhestand die Wiederbesetzung seiner Stelle verzögert. Dort wird im Anschluß an die frühere Rspr. ausgeführt, der Begriff der Verhinderung sei da, wo er in dem GVG. und in der StPD. vorkomme, vom Gesetz nirgends näher bestimmt und daher in keinem anderen, insbes. nicht in einem eingeschränkteren als dem verkehrszüblichen Sinne gebraucht, nach dem jede tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit, in der gegebenenfalls erforderlichen Weise tätig zu werden, ausreiche. Auch beim Ausschneiden des ordentlichen Vorsitzenden infolge seines Übertritts in den Ruhestand oder infolge seines Todes könne von einer Verhinderung i. S. der genannten Vorschrift gesprochen werden und eine Vertretung in Frage kommen. Verzögere sich in einem solchen Falle die Wiederbesetzung einer Stelle, so müsse bei der Prüfung der Frage, ob eine Verletzung des § 66 Abs. 1 Satz 1 GVG. vorliege, immer den Gründen der Verzögerung nachgegangen und die Entscheidung von den jeweiligen besonderen Umständen abhängig gemacht werden. Handle es sich um die Schaffung eines nur vorübergehenden, nicht eines dauernden Zustandes, so sei eine Verhinderung und damit die Zulässigkeit einer Vertretung zu bejahen. Zu verneinen sei ihr Vorliegen nur dann, wenn die Prüfung ergeben sollte, daß mit der Verzögerung oder sogar mit der Unterlassung der Wiederbesetzung der Stelle aus irgendeinem Grunde eine Umgehung der §§ 62, 66 GVG. beabsichtigt sei. An den Grundätzen, die diese Entscheidung für die Zulässigkeit einer Vertretung des infolge seiner Versetzung in den Ruhestand oder infolge seines Todes ausgeschiedenen Kammervorsitzenden aufgestellt hat, hält der Senat fest. Das RevG. hat also nach der besonderen Gestaltung jedes einzelnen Falles zu entscheiden, ob aus ihr auf eine beabsichtigte Umgehung des Gesetzes zu schließen ist. Je länger die Wiederbesetzung einer Stelle sich verzögert, und je mehr der dadurch geschaffene Zustand tatsächlich einer Umgehung der §§ 62, 66 GVG. nahekommt, um so gewichtiger müssen die für die Verzögerung maßgebenden Gründe sein, wenn nicht die Annahme gerechtfertigt sein soll, daß mit der Unterlassung der Besetzung der Stelle die Schaffung eines ungesetzlichen Dauerzustandes beabsichtigt werde. Diese Grundätze sind auch für die hier zu entscheidende Frage maßgebend, inwieweit nach dem Ausschneiden eines LGPräs. aus dem Amte bis zur Wiederbesetzung seiner Stelle eine Vertretung nach Maßgabe des § 66 Abs. 2 GVG. als mit dem Gesetz vereinbar anzusehen ist. Auch hier kommt es darauf an, ob die Nichtbesetzung der Stelle noch als eine vorübergehende betrachtet werden kann, oder ob die Umstände darauf hindeuten, daß die Schaffung eines Dauerzustandes beabsichtigt ist, der mit der Vorschrift des § 59 Abs. 1 Satz 1 GVG. unvereinbar sein würde. Der Rev. ist zuzugeben, daß der ungewöhnlich lange Zeitraum, während dessen die Stelle des Präsidenten beim LG. A. unbesetzt geblieben ist — bis zum Erlaß des angefochtenen Urteils fast zwei Jahre —, gegen die Annahme zu sprechen scheint, daß es sich bei der Unterlassung der Besetzung nur um eine vorübergehende Maßnahme handle. Der Senat verkennt auch nicht, daß es in hohem Maße unerwünscht ist, wenn ein Gericht für längere Zeit in einer Weise besetzt ist, daß zum mindesten Zweifel darüber auf-

Zu 25. Vgl. hierzu RGUrt. v. 10. April 1930, VI 346 und 430/29 mit Anm. Heilberg oben S. 2784 Nr. 12.

tauchen können, ob der bestehende Zustand dem Gesetze entspricht. Er ist aber unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles zu der Überzeugung gelangt, daß hier eine Umgehung des Gesetzes nicht beabsichtigt war. Der Erste Staatsanwalt in A. hat sich in seiner Gegenerklärung auf die Revisionsbegründung dahin geäußert: Bei Beginn der Geschäftsjahre 1928 und 1929 habe nicht festgestanden, daß die Stelle des OGPf. während der einzelnen Geschäftsjahre unbesetzt bleiben solle. Es habe vielmehr jederzeit damit gerechnet werden können, daß sofort ein Präsident ernannt werde, und damit werde auch jetzt noch gerechnet. Eine Anordnung oder auch nur die Absicht des thüringischen Ministeriums, das LG. A. in Zukunft mit keinem Präsidenten zu besetzen, bestehe nicht. Es handle sich nicht um einen dauernden, sondern nur um einen vorübergehenden Zustand, weil sich das thüringische Ministerium über die Besetzung der Stelle noch nicht habe schlüssig werden können. Über die Gründe, die es erklärlich machen, daß das thüringische Ministerium während des erwähnten langen Zeitraumes noch zu keiner Entschliebung gelangt ist, spricht sich der als Vertreter des OGPf. tätige LGDir. Dr. S. in seiner dienstlichen Erklärung v. 26. Nov. 1929 aus. Daß sich das LG. zur Zeit ohne Präsidenten behelfen müsse, sei nach seiner Auffassung ein Übergangszustand, der sich über die ursprüngliche Erwartung hinaus in die Länge gezogen habe und sein Ende finden sollte und solle, sobald sich in Thüringen die Verhältnisse hinsichtlich der Organisation der Gerichte, der Eingehung von Verwaltungsgemeinschaften mit Nachbarländern usw. hinreichend geklärt hätten. Schließlich hat der Senat bei Prüfung der Frage, aus welchen Gründen die Besetzung der fraglichen Stelle sich verzögert habe, einen in JW. 1930, 11 abgedruckten Aufsatz berücksichtigt, da dieser aus der Feder einer für ihre Beantwortung maßgeblichen Persönlichkeit, des Präsidenten des Thür. LG. in Jena, stammt. Nach seiner Darstellung ist die Besetzung hinausgeschoben worden, um das Gutachten des Reichsjustizkommissars abzuwarten, da man mit der Möglichkeit einer Aufhebung des LG. A. gerechnet habe. Die Erstattung dieses Gutachtens habe sich länger als vorgesehen hingezogen, sei aber nunmehr erfolgt. Der Senat entnimmt aus diesen Äußerungen, daß die Nichtbesetzung der Stelle des OGPf. in A. nicht als eine dauernde, sondern lediglich als eine vorübergehende Maßnahme gedacht war, die beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses, den man ursprünglich als in näherer Zeit bevorstehend angenommen, der sich aber dann verzögert hatte, enden sollte. Trifft das aber zu, dann hat der LGDir. Dr. S. die in den §§ 83 Abs. 2, 86, 87 i. Verb. m. §§ 84 Abs. 1, 77 Abs. 3 OVG. dem OGPf. zugewiesenen Geschäfte gemäß § 66 Abs. 2 Satz 1 a. a. O. als dessen im Gesetz bestimmter Vertreter wahrgenommen, und es war das SchwG., das das angefochtene Urteil erlassen hat, vorschriftsmäßig besetzt. Anders könnte freilich künftig die Rechtslage dann zu beurteilen sein, wenn sich ergeben sollte, daß nach dem Eingang des Gutachtens des Reichsjustizkommissars die Entscheidung über das Fortbestehen des LG. A. nicht mit der nach den Umständen möglichen Beschleunigung betrieben und gleichwohl die Besetzung der Stelle des OGPf. unterlassen werde. Die bloße Möglichkeit, daß in ungewisser Zukunft eine Änderung der Gerichtsorganisation die Aufhebung des LG. A. zur Folge haben könnte, vermöchte nach Ansicht des Senats die Nichtbesetzung der Stelle des OGPf. auf weitere unbestimmte Zeit nicht zu rechtfertigen.

(1. Sen. v. 18. Febr. 1930; 1 D 1224/29.)

**\*\* 27.** § 193 OVG. Diese Vorschrift verbietet die Anwesenheit jedes unbeteiligten Dritten, deshalb auch des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei der Beratung, sofern er nicht zu seiner juristischen Ausbildung bei demselben Gericht beschäftigt ist. Die Frage, ob auf einer derartigen Verletzung des § 193 OVG. das Ur. beruht, ist in der Regel zu bejahen, weil die Möglichkeit besteht, daß einzelne Richter durch die Anwesenheit des Dritten beeinflusst wurden.

Die Rev. rügt als Mangel des Verfahrens: an der Beratung des Gerichts hätten nicht nur die drei Richter und die sechs Geschworenen, sondern auch der Justizpraktikant Kr.,

der Urkundsbeamte der Verhandlung, teilgenommen. Dem Verteidiger sei dies von einem Beamten des LG. Zwickau während der Beratung des Gerichts mitgeteilt worden. Der betr. Beamte habe sich auch, wie er dem Verteidiger ausdrücklich versichert habe, nochmals davon überzeugt, daß der Justizpraktikant Kr. an der Beratung teilnehme.

Auf Erfragen der Staatsanwaltschaft hat sich der Vorsitzende des Schwurgerichts dienstlich dahin geäußert: „Justizpraktikant Kr. ist tatsächlich mit im Beratungszimmer gewesen. Er hat sich aber in keiner Weise an der Beratung beteiligt und keinen Einfluß auf die Art der Abstimmung gehabt. Der Tisch, an dem er Platz genommen hatte, stand schräg hinter meinem Platz; daher habe ich die Anwesenheit Kr. erst bemerkt, als nach der Beratung aufgestanden wurde.“

Trotz dieser Erklärung des Vorsitzenden besteht die Möglichkeit, daß das Ur. auf einer Verletzung des Ges. beruht. Eine solche Verletzung, nämlich ein Verstoß gegen den § 193 OVG., liegt zweifellos vor. Zwar mag die Fassung dieser Vorschrift zunächst bezweckt haben, dem Beratungszimmer die die Dienstaufsicht führenden Justizbeamten fernzuhalten, weil sie als autoritative Personen schon durch ihre Anwesenheit die Richter, wenn auch ganz unabsichtlich, beeinflussen könnten (RG. Npr. 10, 640). Nach dem unzweideutigen Wortlaut des § 193 OVG. ist aber auch die Anwesenheit des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle verboten, wenn dieser, wie der Justizpraktikant Kr., nicht zu seiner juristischen Ausbildung bei demselben Gericht beschäftigt ist. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die Anwesenheit Kr.s, die einen absoluten Revisionsgrund i. S. des § 338 StPD. nicht bildet, auf das Ur. irgendeine Wirkung ausgeübt hat. Aus der dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden ergibt sich zwar, daß sich der Justizpraktikant Kr. in keiner Weise an der Beratung und Abstimmung beteiligt hat, und daß seine bloße Anwesenheit auf den Vorsitzenden selber ohne jeden Einfluß geblieben ist. Das schließt aber nicht aus, daß die anderen beiden Richter und besonders die Geschworenen durch die Anwesenheit Kr.s irgendwie beeinflusst worden sind, schon weil sie vielleicht besorgten, durch ihn könne über die Vorgänge im Beratungszimmer etwas nach außen dringen. Gerade in dieser Hinsicht schlägt der Zweckgedanke des § 193 OVG. durch. Wie die Autorität des Vorgesetzten bei der Beratung und Abstimmung ausgeschaltet werden soll, so soll auch keine andere „Autorität“ wirksam werden, wie dies etwa dadurch geschehen könnte, daß die Beratung und Abstimmung nicht solchen Kreisen gegenüber geheim bleibt, die einem der Richter oder Geschworenen irgendwie — z. B. aus politischen Gründen — als maßgeblich erscheinen. Selbst weitere Erhebungen vermöchten im vorliegenden Falle nicht die volle Überzeugung zu begründen, daß die Anwesenheit des Justizpraktikanten Kr. das Ur. in keiner Weise beeinflusst hat. Angesichts der großen Bedeutung, die gerade dem § 193 OVG. für die Freiheit und Unabhängigkeit richterlicher Urteilsfindung zukommt, ist bei Verstößen gegen ihn ein besonders strenger Maßstab am Platze.

Diese Entsch. steht bei der Besonderheit des vorliegenden Falles nicht im Gegensatz zu den Erkenntnissen des RG., die für die ihnen zugrunde liegenden Fälle verneint haben, daß das Ur. auf der Verletzung des § 193 OVG. beruhte. Sie entspricht dem Antrage des DRN.

(1. Sen. v. 9. Mai 1930; 1 D 401/30.)

[A.]

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

### 1. Preußen.

**1.** § 8 GrVerfG. v. 10. Febr. 1923. Gegen die Verfüzung der Beschwerdefrist hinsichtlich der Verfüzung der Genehmigung ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gegeben. — Eine die Wiedereinsetzung gewährenden Entscheidung der für die Beschwerde zuständigen Verwaltungsbehörde ist für das Grundbuchamt nicht bindend. †)

Der Beschwerf. hat sein in Berlin belegenes Grundstück laut notarieller Urkunde v. 24. März 1923 an R. verkauft und aufgelassen. Zu der Veräußerung hat das zuständige Bezirksamt die Ge-

Zu 1. Die Entsch., deren praktische Bedeutung wegen der erfreulicherweise allmählich fortschreitenden Liquidierung der leidigen

Genehmigung zunächst verjagt, weil die Sicherstellung der durch den Eigentumswechsel fällig werdenden Steuern nicht erfolgt war. Dieser Beschl. war dem Antragsteller am 17. April 1923 zugestellt worden. Am 1. Mai 1923 hob das Bezirksamt, weil inzwischen die geforderte Sicherheit geleistet worden war, seinen Verfügungsbescheid auf. Im Juli 1923 ist R. im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden. Am 28. Juni 1929 trug das GWA. in Abt. II gegen die Eintragung des R. als Eigentümer zugunsten des Beschw. einen Amtswiderspruch ein, weil die nachträgliche Aufhebung des Verfügungsbescheides durch das Bezirksamt nach RG.: JW. 1928, 61 ungesetzlich sei.

Auf einem im Sept. 1929 von R. beim Oberpräsidenten gestellten Antrag erteilte dieser dem R. gegen die Veräumung der Beschw. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, hob den Verfügungsbescheid des Bezirksamts auf und erteilte die Genehmigung. Hierauf gestützt legte R. gegen die Eintragung des Beschw. Widerspruch ein. Das LG. wies daraufhin das GWA. zur Löschung des Widerspruchs an. Die Löschung ist noch nicht erfolgt. Der von dem Beschw. gegen den landgerichtlichen Beschl. eingelegten weiteren Beschwerde wurde stattgegeben.

Die Löschung des Amtswiderspruchs könnte nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen für seine Eintragung von vornherein nicht gegeben waren oder nicht mehr gegeben sind. Voraussetzung für die Eintragung des Amtswiderspruchs war einmal, daß die Umschreibung des Eigentums auf R. unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt und sodann, daß durch diese Eintragung das Grundbuch unrichtig geworden ist. Zutreffend ist das GWA. bei der Eintragung des Widerspruchs davon ausgegangen, daß das Bezirksamt rechtlich nicht in der Lage war, seinen Verfügungsbescheid wieder aufzuheben (vgl. außer der bereits angeführten Entsch. JW. 1928, 61 noch RG. 103, 104<sup>1</sup>); 106, 146<sup>2</sup>); JW. 1927, 1856; Glad., Sachenrecht, 202). Zur Zeit der Eintragung des Eigentumswechsels lag also eine ordnungsmäßig genehmigte Veräußerung nicht vor. Da die Gesetzesverletzung i. S. des § 54 Abs. 1 GBD. nach der Zeit der Vornahme der Eintragung zu beurteilen ist, ist hier die Eigentumsumschreibung unter Gesetzesverletzung erfolgt (§§ 1, 10 GrVerkG.). Dadurch ist das Grundbuch auch unrichtig geworden. Der Amtswiderspruch kann aber Bestand nur behalten, wenn die Eintragung auch noch zur Zeit unrichtig ist. Da das Beschw. bei seiner Entsch. neue Tatsachen zu berücksichtigen hat (§ 74 GBD.), kommt es darauf an, ob zur Zeit der Entsch. des Beschw. auf Grund der ihm zugänglich gemachten Unterlagen die Unrichtigkeit des Grundbuchs noch glaubhaft erschien. Deshalb war das LG. verfahrensrechtlich berechtigt und verpflichtet, den erwähnten Bescheid des Oberpräsidenten zu berücksichtigen.

Nach einem allgemeinen Grundsatz haben inländische Behörden gegenseitig die innerhalb ihres gesetzlichen Zuständigkeitsbereichs getroffenen Entsch. anerkennen (RG. 70, 376<sup>3</sup>); DLG. 42, 191). Die Abgrenzung des Begriffs Zuständigkeitsbereich i. S. dieser Rspr. kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Eine Festlegung dieses Begriffs nach allgemeinen, alle Fälle deckenden Merkmalen wird kaum möglich sein. Für das Anwendungsgebiet der GrVerkG. (BundRW. v. 15. März 1918 und Gesetz v. 10. Febr. 1923) hat jedoch das RG. in ständiger Rspr. (vgl. besonders RG. 103, 104<sup>4</sup>); 106, 146<sup>5</sup>))

Schwarzkäufe nicht allzu groß ist, behandelt theoretisch interessante Probleme und bietet in ihrem von der Wiedereinsetzung handelnden Teil zugleich einen Beleg für die Notwendigkeit, die einzelnen Verfahrensarten miteinander wissenschaftlich zu vergleichen.

I. Im Anschluß an die Rspr. des RG. geht der Beschl. davon aus, daß das GWA. zur Nachprüfung der Rechtswirklichkeit der vom Oberpräsidenten erteilten Genehmigung befugt sei. Die Begründung dafür ist — ebenso wie bei den in Bezug genommenen Entsch. des RG. — nicht ganz zutreffend. Anknüpfend an den Ausspruch (RG. 70, 376 = JW. 1909, 229), daß inländische Behörden gegenseitig die innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs getroffenen Entsch. zu berücksichtigen hätten, wird geprüft, ob sich der Beschl. des Oberpräsidenten im Rahmen seiner Zuständigkeit gehalten habe. Dabei wird aber nicht von dem üblichen Zuständigkeitsbegriff ausgegangen, sondern (was das RG. mit erfreulicher Deutlichkeit hervorhebt) von demjenigen Begriff, den verschiedene Urte. des RG. für die Frage der Bindung des ordentlichen Gerichts an Verwaltungsentscheidungen entwickelt haben: wenn eine Verwaltungsbehörde eine Entsch. getroffen habe, die sie nicht zurücknehmen könne, so fehle ihr die Zuständigkeit zu einer abändernden zweiten Entsch. (so besonders klar RG. 103, 316 = JW. 1922, 581 betr. Entsch. des RW.). Letztere sei dann unwirksam.

I. Diese Begründung des Beschl. läßt sich schwer in die Lehre von der Nachprüfbarkeit der Verwaltungsakte und in die über deren Unwirksamkeit entwickelten Rechtsätze einfügen (vgl. auch PrDVG.: JW. 1927, 2551 sowie [für das österreichische Recht] neuestens Wahle: Zentralbl. f. d. jur. Praxis 1930, 1 ff.). Das Ergebnis, daß die Genehmigung oder ihre Verjagung nach deren Wirksamwerden unwiderruflich sei (zustimmend M. Wolff, Sachenrecht, 8. Bearb. S. 182 Anm. 16 und Josef, Verwaltungsarchiv 32, 45),

die Frage für nachprüfbar erachtet, ob das Bezirksamt in der Lage ist, von Amts wegen oder auf Angehör der Beteiligten seine einmal getroffene Entsch. abzuändern, insbes. den zunächst erlassenen Verfügungsbescheid aufzuheben und die Genehmigung nachträglich zu erteilen. Dieses Prüfungsrecht ist für berechtigt erachtet, obwohl die Bezirksämter bei dem Erlaß derartiger, ihren früheren Bescheid abändernder Entsch. sich auf einem Verwaltungsgebiet betätigen, das grundsätzlich zu ihrer Zuständigkeit gehört. Das RG. hat also den Begriff des Zuständigkeitsbereichs für die Frage der Bindung anderer Behörden jedenfalls im Anwendungsgebiet der GrVerkG. insofern eingegrenzt, als es dahin nur Entsch. rechnet, zu denen die betreffende Behörde nach den im Einzelfalle maßgebenden Gesetzen überhaupt in der Lage ist. Ob diese Voraussetzung für die bindende Wirkung einer Entsch. der Verwaltungsbehörde gegeben ist, kann und muß also vom GWA. geprüft werden, wenn eine solche Entsch. als Grundlage von Grundbucheintragungen dienen soll. Ebenso wie deshalb bei der Abänderung einer Entsch. des Bezirksamts durch dieses selbst die Gerichte des Grundbuchverfahrens zu prüfen haben, ob die Befugnis der Verwaltungsbehörde zu einer solchen Entsch. in den Gesetzen begründet ist, muß auch bei einer Entsch. der verwaltungsrechtlichen Beschwerdeinstanz (hier des Oberpräsidenten) die Prüfung zulässig sein, ob eine Entsch. der betreffenden Art von der Beschwerdebehörde nach den maßgebenden Verwaltungsgesetzen überhaupt erlassen werden darf oder ob eine solche nicht vielmehr gesetzlich ausgeschlossen ist, die obere Verwaltungsbehörde also im Einzelfalle ihre Zuständigkeit überschritten hat.

Im vorliegenden Falle hat der Oberpräsident, obwohl er in seinem erwähnten Bescheid selbst feststellt, daß die Zustellung des Verfügungsbescheides am 17. April 1923 erfolgt und deshalb die in § 8 GrVerkG. bestimmte Beschwerdefrist seit Jahren abgelaufen war, die Entsch. des Bezirksamts aufgehoben und sich die verfahrensrechtliche Möglichkeit dazu dadurch verschafft, daß er dem R. gegen die Veräumung der Beschwerde die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilte. Ob er zu einer solchen Wiedereinsetzung gesetzlich befugt war, mußte also geprüft werden. Das GrVerkG. selbst enthält eine ausdrückliche Bestimmung hierüber nicht. Auch die Begründung des Aufreises ergibt darüber nichts. Da das im GrVerkG. geregelte Genehmigungsverfahren eine Angelegenheit der inneren Landesverwaltung ist, finden grundsätzlich zwar die Bestimmungen des allgemeinen VWG. v. 30. Juli 1883 Anwendung, welches in § 52 Abs. 2 hinsichtlich aller Ausschlußfristen außerhalb des eigentlichen Verwaltungstreitverfahrens die Wiedereinsetzung zuläßt, und zwar im Gegensatz zu den Fristen des Verwaltungstreitverfahrens (§§ 52 Abs. 3, 112) zeitlich unbegrenzt (Kunze, Verwaltungstreitverfahren S. 139; Friedrichs, VWG. Anm. 23 zu § 52, DVG. 49, 155, 159). Diese Vorschrift greift aber nur da Platz, wo das für die betreffende Angelegenheit maßgebende Sondergesetz nicht die Wiedereinsetzung ausschließt. Ein solcher Ausschluß kann ausdrücklich bestimmt sein oder sich aus Gesamtkontext und Zweck des Gesetzes ergeben. Eine ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand enthält das GrVerkG., wie bereits erwähnt, zwar nicht. Aber sein Gesamtkontext und Zweck

ist rechtspolitisch erwünscht und steht (soweit der Zivilprozessualist diese verwaltungsrechtliche Frage zu überblicken vermag) mit der herrschenden Ansicht im Einklang. Der Satz von der freien Widerruflichkeit der Verwaltungsakte ist zwar vom RG. wiederholt ausgesprochen worden (vgl. RG. 106, 145 = JW. 1923, 752 und RG. 103, 317 = JW. 1922, 581), in der zweiten Entsch. sogar für den Fall, daß die Verwaltungsbehörde mit ihrer Entsch. in die Rechtslage des einzelnen Bürgers eingegriffen hatte. RG.: JW. 1927, 439 macht dann eine Einschränkung (betr. Entsch. des RfM., daß ein bestimmter Anspruch unter der AbgeltD. falle). Das verwaltungsrechtliche Schrifttum geht in der Zulassung des Widerrufs weniger weit (vgl. etwa D. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> S. 263, Jellinek, Verwaltungsrecht S. 271 ff. und wegen der Rspr. des PrDVG. Schoen in der Fests. für das DVG. [1925] S. 118 ff.). Auch die Praxis pflegt, ohne dies bisher ganz klar herauszuarbeiten, denjenigen Verwaltungsakten, die eine Gefaltungswirkung im Gebiet des öffentlichen oder des Privatrechts ausüben, eine Sonderstellung einzuräumen (über die Einteilung der auf das Privatrecht einwirkenden Staatsakte vgl. schon Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 27 ff. und Siber, Buchrechtsgeschäft S. 125 ff.). Im allgemeinen wird von der herrschenden Lehre gegenwärtig angenommen, daß die Rücknahme eines Verwaltungsaktes, der rechtsgestaltend wirkt, grundsätzlich unzulässig sei (so betr. Zuteilung einer Wohnung durch das WohnU.) ein Rechtsentscheid des RG.: JW. 1927, 2859 und [für den Spezialfall des sog. „Erfolgsgeschäftes“] Heine mann in Grundbeir. 69, 555). Für den — hier nicht vorliegenden — Fall, daß ein Beteiligter den Verwaltungsakt durch unlaute Mittel erzielt hat, greift freilich der allgemeine Rechtsgedanke des § 78 RWbGd. ein (vgl. auch RWersU.: JW. 1926, 734 sowie RG. 118, 63 = JW. 1927, 2918).

Im Gegensatz zu § 18 FGG. mit seinem Grundsatz der freien Widerruflichkeit schließen ja auch z. B. die §§ 55, 62 FGG. den Widerruf der Entsch. des VormGer. über Erteilung oder Verjagung

<sup>1</sup>) JW. 1922, 624. <sup>2</sup>) JW. 1923, 752. <sup>3</sup>) JW. 1909, 229.

<sup>4</sup>) JW. 1922, 624. <sup>5</sup>) JW. 1923, 752.

lassen erkennen, daß die Wiedereinsetzung gegen eine Versäumung der Beschwerdefrist des § 8 nicht zugelassen werden sollte. In § 7 Abs. 3 und 4 ist für die Behörde eine Entscheidungsfrist von drei Wochen seit Eingang des Antrags bestimmt mit der Folge, daß nach Ablauf der Frist, wenn bis dahin eine Entsch. der Behörde nicht ergangen ist, die Genehmigung als erteilt gilt. In § 8 Abs. 1 ist gegenüber einer Entsch., durch welche die Genehmigung erteilt wird, kein Rechtsmittel zugelassen, in Abs. 2 für die Beschwerde gegen die Versagung eine Auschlussfrist von drei Wochen angeordnet und die von der Beschwerdeinstanz erlassene Entsch. für endgültig erklärt, also dem Verwaltungsstreitverfahren nicht zugänglich gemacht. Alle diese Bestimmungen lassen den Willen des Gesetzgebers erkennen, daß im Interesse der öffentlichen Wohnungswirtschaft alsbald Klarheit über die Wirksamkeit einer Veräußerung und über die Eigentumsverhältnisse an dem betreffenden Grundstück geschaffen werde. Der zunächst eintretende Zustand schwebender Wirksamkeit sollte möglichst bald beendet werden. Die Versagung der Genehmigung hat nach Ablauf der Beschwerdefrist die materiellrechtliche Wirkung, daß die Beteiligten von den im Kaufvertrage vereinbarten Verpflichtungen befreit werden und daß eine in Erfüllung des genehmigungspflichtigen Verkaufs erfolgte Auflassung und Eintragung des Käufers im Grundbuch den Eigentumsübergang nicht bewirkt hat, das Eigentum vielmehr dem Veräußerer verblieben ist. Diese materiellrechtlichen Wirkungen können durch einen Verwaltungsakt der oberen Verwaltungsbehörde nicht wieder beseitigt werden (Friedrichs, a. a. O. Anm. 26). Sonst würde der Schwebestand ins Ungewisse verlängert werden und bei bereits erfolgter Auflassung und Eintragung würden die Eigentumsverhältnisse auf unabsehbare Zeit ungeklärt bleiben, was eine unerträgliche Rechtsunsicherheit zur Folge hätte.

Auf Grund aller dieser Erwägungen muß angenommen werden, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, gegen den Ablauf der Beschwerdefrist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuzulassen, daß vielmehr mit Ablauf der Beschwerdefrist endgültig die Unwirksamkeit der in Frage stehenden Veräußerungsvorgänge als feststehend gelten sollte und daß die beabsichtigte Eigentumsübertragung nur durch erneute Vornahme des Verkaufs und eine in dessen Vollziehung erneut vorgenommene Auflassung sollte erreicht werden können (vgl. JW. 1927, 2513; 1928, 1387, 2515, auch Flad: ZurRdch. 1929, 201 mit weiteren Entsch.). Der Ausschluß einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Fällen wie der vorliegende, wo die Versäumung der Beschwerdefrist in dem ungegesetzlichen Verfahren des Bezirksamts seinen Grund hat, mag unbillig

der Genehmigung aus, sobald diese Entsch. Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Für die gerichtliche Ermächtigung zur Ablehnung der (weiteren) Erfüllung (§ 28 VerglD.) wird dasselbe angenommen.

Daß eine dennoch erfolgende Abänderung des unwiderruflichen Aktes als unwirksam angesehen werden müßte, wird meist nicht begründet, sondern einfach unterstellt (vgl. auch die beachtliche Kritik der herrschenden Lehre bei Hein, JW. 1927, 2859).

2. Aber: die ganze Fragestellung erscheint unrichtig. Für die Gerichte kommt es weniger auf die Frage der Wirksamkeit des nachträglichen Genehmigungsaktes der Verwaltungsbehörde, als vielmehr darauf an, ob dieser Akt die privatrechtlichen Willenserklärungen beeinflussen konnte, ob der Genehmigungsakt noch auf eine Schwebelage traf, die er gestalten konnte. Sehr deutlich sagt RG. 118, 233: „Durch endgültige Versagung der Genehmigung wurde der Vertrag unwirksam, und es konnte daher von nun an eine Genehmigung dieses Vertrages nicht mehr in Frage kommen.“ Diese Erwägung paßt auch hier. Im vorliegenden Falle war der Versagungsbescheid des Bezirksamts am 17. April 1923 zugestellt und wegen Ablaufs der Beschwerdefrist rechtskräftig geworden. Damit war endgültig die bis dahin schwebend wirksame Auflassung unwirksam geworden. An dieser privatrechtlichen Lage konnte weder die Genehmigung des Bezirksamts v. 1. Mai 1923, auf die anscheinend die Verwaltungsbehörde mit Rücksicht auf die bekannte reichsgerichtliche Mpr. nicht mehr zurückgekommen ist, noch der Beschwerdebescheid des Oberpräsidenten etwas ändern. Das Problem liegt also nicht in der Frage der Bindung des Gerichts an Verwaltungsentscheidungen und der Frage der Widerprüflichkeit von Verwaltungsakten, sondern vielmehr darin, inwieweit eine Abänderung des Verwaltungsaktes die auf Grund des ersten Aktes eingetretenen Privatrechtswirkungen verändern kann. Es handelt sich in Wahrheit um die Frage nach den Grenzen der Rückwirkung. Dieses Problem muß im Interesse der Rechtsicherheit dahin gelöst werden, daß die Abänderung des Staatsaktes die zivilrechtliche Lage nicht berührt. Im Ergebnis ist somit dem Beschluß durchaus beizutreten.

II. Das RG. prüft (von seinem grundsätzlichen Standpunkte aus mit Recht), ob der Oberpräsident zulässigerweise die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilt und dadurch rückwirkend die Rechtskraft der vom Bezirksamt erteilten Genehmigung beseitigt habe. Dadurch würde dann, wie das RG. (obwohl gegen diese Annahme stärkste Bedenken sprechen) offenbar unterstellt, auch wieder die materiellrechtliche Schwebelage eingetreten sein, so daß durch die Genehmigung des Oberpräsidenten die Auflassung hätte Wirksamkeit erlangen können. Diese Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den

erscheinen. Diese für einen Beteiligten im Einzelfalle unbillige Folge muß aber gegenüber den im Falle der Zulassung einer Wiedereinsetzung eintretenden, die Allgemeinheit treffenden Gefahren für die Rechtsicherheit des Grundstücksverkehrs zurücktreten.

Ist hiernach davon auszugehen, daß der Wiedereinsetzungsbescheid des Oberpräsidenten ungegültig und deshalb die durch ihn erteilte Genehmigung unwirksam ist, so besteht die durch die Umschreibung des Grundstückseigentums auf R. verursachte Grundbuchunrichtigkeit auch jetzt noch fort. Die Voraussetzungen für den mit der Beschwerde angefochtenen Amtswiderspruch sind also auch zur Zeit noch gegeben.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Nov. 1929, 1 X 679/29.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Heymann, Berlin.

## 2. Bayern.

2. Vergleichsverfahren über die O&G. und vorher eingetragene Sicherungshypotheken auf den Grundstücken der Gesellschafter. †)

Die Antragstellerin brachte eine Löschungsbevollmächtigung v. 11. Dez. 1929 bei dem Grundbuchamte Nürnberg in Vorlage, wonach sie wegen erfolgter Zahlung von 11 000 französischen Franken und 30,63 RM Wechselunkosten die Löschung des Teilbetrags von 1850 RM der Höchstbetragshypothek zu 3700 RM bewilligte.

Unterm 2. Jan. 1930 gaben die Eigentümer des in Betracht kommenden Anwesens ihre Einwilligung zu der Löschung.

Das O&G. faßte diese Löscherklärung im Zusammenhalte mit einem Beschl. des BayObLG. v. 20. Nov. 1929 dahin auf, daß nunmehr die beiden Teilbeträge zu 1850 RM jener Hypothek löscherweis seien und vollzog die Löschung der ganzen Hypothek in der Weise, daß es folgende Eintragungsbefehle faßte:

1. Die Hypothek unter Nr. 21/VIII wird gelöscht, soweit sie den Betrag von 1850 RM übersteigt. Im übrigen wird die Eintragung unter Nr. 21/VIII dahin berichtigt, daß die Forderung von 1850 RM erst am 1. Mai 1929 fällig ist; eingetragen auf Grund des Beschl. des BayObLG. v. 20. Nov. 1929.

2. Die Resthypothek zu 1850 RM unter Nr. 21/VIII wird gelöscht, wobei auf die oben angeführte Löscherbevollmächtigung Bezug genommen wurde.

Die von den Vertretern der Gläubigerin hiergegen eingelegte Beschwerde wies das Ob. Nürnberg mit Beschl. v. 23. Jan. 1930 als

vorigen Stand wird verneint. Mit Recht führt das RG. aus, daß § 52 des preuß. WGG. immer da ausgeschlossen sei, wo sich dies kraft ausdrücklicher Vorschrift oder aus dem Wesen der betreffenden Entsch. ergibt (die Rechtslage ist hier erheblich anders als in den Fällen, welche § 68 RWGG. mittels der „Rücksicht“ regelt). Zum Vergleiche sei darauf hingewiesen, daß beispielsweise § 68 FGG. für den die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausdrücklich ausschließt und daß bis zur W.D. v. 10. Sept. 1914 im Erteilungsverfahren das Patentamt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zuließ (Risch, Handbuch des deutschen Patentrechts S. 320 Anm. 2). Auch Herrnit betont, daß das Verwaltungsverfahren der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand seiner ganzen Struktur nach „nicht günstig“ sei (Grundlehren des Verwaltungsrechts S. 500). Auf einem verwandten Rechtsgedanken beruht es, wenn das KartG. im Interesse der Rechtsicherheit eine Wiederaufnahme des Verfahrens für unzulässig erklärt (JW. 1924, 1207).

PrivDoz. DR. Dr. Rühl, Berlin.

Zu 2. Die Entsch. ist im Zusammenhang mit dem früheren Beschl. des Sen. v. 10. Febr. 1930 zu würdigen. Soweit die Entsch. die Ausführung begründet, daß die Löscherbevollmächtigung bezüglich des Teilbetrages von 1850 M der Höchstbetragshypothek von 3700 M sich nur auf denjenigen Teil der Hypothek beziehen kann, bezüglich dessen der Sen. bereits im Beschl. v. 20. Nov. 1929 sich auf den Standpunkt gestellt hatte, daß die Löschung auf Grund der Tilgung der Vergleichsraten zu erfolgen habe, ist sie unbedingt zutreffend und bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Die Entsch. bietet aber die erfreuliche Gelegenheit, auf eine mißverständliche Auffassung des Senatsbeschlusses v. 20. Nov. 1929 seitens des Unterzeichneten zurückzukommen. Der Unterzeichnete hatte den Senatsbeschl. auf Grund der Ausführungen am Schlusse desselben: JW. 1930, 1507 dahin verstanden, daß die Löschung von 50% der Hypothek auf Grund des Vergleichsabschlusses und des durch ihn herbeigeführten Erlasses zu erfolgen habe. Wie die jetzige SenEntsch. ganz klar erkennen läßt, war dies ein Mißverständnis. Der Sen. hat vielmehr offensichtlich auf dem gegenteiligen Standpunkt gestanden, daß im Verhältnis der §§ 73 zu 89 Abs. 4 VerglD. der § 73 VerglD. den Vorzug verdient und daß der Vergleich selbst die Sicherungshypothek in ihrer Rechtswirksamkeit nicht berührt.

Die Frage des Verhältnisses des § 73 Abs. 2 VerglD. zu § 89 Ziff. 4 VerglD., die sich schneiden, mußte nunmehr einer erneuten

unbegründet zurück. Das BeschwG. teilte die Rechtsauffassung des O.V. vollständig.

Wegen dieser Entscheidung haben die Vertreter der Gläubiger weitere Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den landgerichtlichen Beschl. aufzuheben und das O.V. anzuweisen, gegen die Löschung der Höchstbetragshypothek von 3700 RM, soweit sie den Betrag von 1850 RM übersteigt, von Amts wegen einen Widerspruch nach § 71 Abs. II mit § 54 O.V. einzutragen, eventuell hilfsweise die Eintragung der Löschung der Hypothek unter Nr. 21/VIII hinsichtlich des Teilbetrags von 1850 RM von Amts wegen zu kassieren.

Das Rechtsmittel geht formell in Ordnung, es ist aber auch sachlich-rechtlich als begründet zu erachten:

Der Sen. ist in seinem Beschl. v. 20. Nov. 1929 davon ausgegangen, daß einerseits der Vollstreckungsakt der Antragstellerin — Eintragung der Höchstbetragshypothek in Höhe von 3700 RM — an sich einwandfrei zu erachten ist, daß aber andererseits infolge des Vergleichsverfahrens und der Bezahlung der ausgetragenen Vergleichsraten die Gläubigerin an ihrer in das Vergleichsverfahren mit einbezogenen Forderung sich die Abgleichung der Vergleichsraten zu 50% an ihrer Forderung und damit auch an der Hypothek, die zufolge ihrer Rechtsnatur als Sicherungshypothek sich nach der Forderung zu richten hat, gefallen lassen muß.

In letzterer Hinsicht sagt der Beschl. am Schlusse der Begründung klar und deutlich:

„Der Vergleich hat aber hier 50% der Forderung getilgt, so daß als Grundlage der Hypothek nur mehr der Rest der Forderung in Betracht kommen kann. Eine andere Auffassung würde eine ungerechtfertigte Bereicherung der Gläubigerin in sich schließen.“

Mit anderen Worten: An der mit 3700 RM eingetragenen Hypothek wurde der eine Hälftebetrag mit 1850 RM infolge des Vergleichs und der Bezahlung der vereinbarten Raten löschungsfähig, während der andere Hälftebetrag als aufrechtbleibend zu gelten hätte. Wenn bei solcher Sach- und Rechtslage die Gläubigerin in der Folge die Löschung hinsichtlich eines Teilbetrags zu 1850 RM erklärte, so kann diese Erklärung folgerichtig doch nur auf jenen Hälftebetrag der Hypothek bezogen werden, der durch den Vergleich und seine Auswirkung als getilgt zu gelten hat, keineswegs aber auf den weiteren aufrecht gebliebenen Hälftebetrag. Es muß als selbstverständlich erachtet werden, daß die Gläubigerin doch nicht den Fortfall ihrer ganzen Hypothek beabsichtigen konnte. Letzteren Falles könnte man wahrlich von einer „ungerechtfertigten Bereicherung der Gläubigerin“ i. S. des Senatsbeschlusses nicht mehr sprechen!

O.V. und BeschwG. haben sich in dem Beschl. v. 19. Febr. 1930, III 17/30.)

Mitgeteilt von J.R. Goldstein, Nürnberg.

Prüfung unterzogen werden. Bei dieser Prüfung wird die Frage der persönlichen Haftung des Gesellschafters getrennt werden müssen von der Frage des Fortbestandes der dinglichen Sicherheit. Soweit es sich um den Fortbestand der persönlichen Haftung des Gesellschafters handelt, wird kaum irgendwo in Zweifel gezogen, daß der § 89 Ziff. 4 sedes materiae ist und die persönliche Haftung des Gesellschafters durch den zustande gekommenen Vergleich der Gesellschaft ihre Begrenzung erfährt. Anders aber liegt die Sache mit den dinglichen Sicherheiten, wie sie auch im Tatbestand des vorliegenden Beschl. bestanden. Für diese dinglichen Sicherheiten gibt § 73 Abs. 2 VerglO. die generelle Vorschrift, daß sie fortbestehen. Ebenso wie nun, worüber irgendein Zweifel nicht besteht und nicht bestehen kann, die dinglichen Sicherheiten auf dem Gesellschaftsgrundstück und die dinglichen Sicherheiten auf dem Grundstück eines Dritten fortbestehen, müssen auch die dinglichen Sicherheiten auf dem Grundstück eines der Teilnehmer fortbestehen, weil hier § 73 Abs. 2 in der Tat den spezielleren Tatbestand enthält. Auch der akzeptatorische Charakter der Hypothek ist kein Gegengrund für diese Stellungnahme; hier muß auf dem von Lucas, VerglO. Erläuterungen IV a zu § 73 vorgezeichneten Wege der Annahme einer Naturalobligation geholfen werden.

Die nunmehrige richtige Erkenntnis der Entsch. des BayObO. und die Billigung des von ihm bezüglich der Sicherungshypothek eingenommenen Rechtsstandpunktes führen noch in verstärktem Maße dazu, daß bei Veratung einer O.V. als Vergleichsschuldnerin es dringend im Interesse der Schuldnerin geboten ist, auch als bald neben dem Vergleichsverfahren über die O.V. ein Vergleichsverfahren über die Gläubiger zu beantragen.

Weiterhin lehrt die Entsch., daß es der Anwalt eigentlich nie versäumen sollte, bei Klagen gegen eine O.V. die in der Regel keinerlei Unbequemlichkeiten verursachende Mitverklagung der Gläubiger vorzunehmen.

J.R. Dr. Lemberg, Breslau.

### Bayerisches Oberstes Landesgericht.

#### Strafsachen.

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

I. §§ 348 Abs. 1, 267 StGB. Eine bloße Verwaltungsanweisung oder eine bloße Übung vermag einer amtlichen Urkunde Beweiskraft für und gegen Jedermann nicht beizulegen. — Eine inhaltlich falsche Urkunde ist kein fälschliches Anfertigen einer Urkunde.

§ 348 Abs. 1 StGB. setzt voraus, daß der zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugte Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit vorzüglich eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet hat. Hierzu ist erforderlich, daß die Beurkundung ihrer äußeren Form nach den für die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde gegebenen Vorschriften entspricht, daß objektiv eine vollgültige, beweiskräftige öffentliche Urkunde hergestellt worden ist (vgl. DIschhausen, StGB., 11. Aufl., § 348 Anm. 4, und die dortigen Verweisungen). Die Strk., die selbst hervorhebt, daß den über die Errichtung eines Protokolls in § 311 RVO. gegebenen Vorschriften nicht genügt ist, glaubt der von dem Angekl. getroffenen Feststellung die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde deshalb beimessen zu können, weil „die durch Übung eingeführte Form der Urkunde gewahrt sei“. Diese Ausführung ist rechtlich nicht haltbar. Der Charakter einer Beurkundung kommt nur denjenigen Beamten eines zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugten Beamten zu, die dazu bestimmt sind, unter der Autorität des öffentlichen Glaubens für und gegen jedermann ein authentisches beweisendes Schriftstück herzustellen, nicht aber jeder schriftlichen Bemerkung, die ein Beamter nach einer für ihn maßgebenden Dienstanweisung über eine dienstliche Tätigkeit, insbes. nur für den innerdienstlichen Verkehr zu machen hat; der Beamte muß innerhalb seiner Zuständigkeit eine vor ihm oder einem anderen abgegebene Erklärung oder eine von ihm in seiner amtlichen Eigenschaft gemachte Wahrnehmung zum Zwecke des urkundlichen Beweises zu öffentlichem Glauben für und gegen jeden Dritten feststellen (DIschhausen, a. a. O. § 348 Anm. 6 a; RGSt. 42, 161; 52, 268; RG.: LZ. 1923, 405?). Eine bloße Verwaltungsweisung allein bringt nie die rechtliche Wirkung hervor, einer amtlichen Bekundung Beweiskraft für und gegen jedermann beizulegen (RG.: LZ. 1923, 405?); um so weniger kann diese Wirkung durch bloße „Übung“ herbeigeführt werden. Der Vermerk, den der Angekl. auf den Vollstreckungsauftrag setzte, ist keine Beurkundung, sondern bloß eine für den inneren Dienst bestimmte Aktenfeststellung. Angekl., der am 27. Sept. 1926 als Vollziehungsbeamter von R. 247,98 RM Grund- und Haussteuer erhoben und quittiert, aber nur 147,75 RM abgeliefert und den Rest von 100,23 RM für sich behalten hatte, hat am 26. Nov. 1926 diese 100,23 RM nachträglich an die Kasse abgeführt und hierbei in seinem Durchschreibequittungsblock eine auf diesen Betrag ausgestellte Quittungsbuchstift fälschlich angefertigt und zur Abgabe bereit gehalten. In ähnlicher Weise hat er am 14. Juni 1927 als Vollziehungsbeamter bei Sch. 23,30 RM Grund- und Haussteuer — ohne Ausstellung einer Quittung — erhoben und nicht abgeliefert und dann nachträglich am 21. Juni 1927 einen gleich hohen Betrag an die Finanzkasse abgeführt und hierbei in seinem Durchschreibequittungsblock eine Quittungsbuchstift über diesen Betrag fälschlich angefertigt und mit vorgelegt. Wie sich aus dem an anderer Stelle des Ur. enthaltenen Feststellungen ergibt, hatte die Quittungsbuchstift für die von dem Angekl. als Vollziehungsbeamten vereinnahmten Beträge durch Verwendung von Durchschreibequittungsbüchern zu erfolgen, die er an der Kasse erhielt; er hatte für die an ihn als Vollziehungsbeamten geleisteten Zahlungen Durchschreibequittungen herzustellen und in der Weise zu verwenden, daß der Zahler die Quittungsbuchstift erhielt, während die Durchstift am Blocke verblieb und mit diesem bei der Geldablieferung und Abrechnung dem Kassenbeamten vorzulegen war.

Zu Unrecht erblickt die Strk. in der nachträglich fälschlichen Anfertigung der sachlich unrichtigen Quittungsbuchstiften ein Vergehen der Fälschung öffentlicher Urkunden i. S. des § 267 StGB. Der Tatbestand dieser Bestimmung setzt u. a. das „fälschliche Anfertigen“ einer öffentlichen Urkunde voraus. Fälschliches Anfertigen einer Urkunde erfordert eine Tätigkeit, wodurch der Urkunde der Schein verliehen wird, als sei sie von einem anderen ausgestellt worden als von dem, der sie wirklich ausgestellt hat; es muß eine Täuschung über die Identität der Person des Ausstellers bezweckt werden und vorliegen. Das hat der Angekl. nach den Feststellungen der Strk. nicht getan. Er hat vielmehr nach dem festgestellten Sachverhalt eine inhaltlich falsche Urkunde ausgestellt; ein falscher Aussteller der öffentlichen Urkunde ist in ihr nach dem festgestellten Sachverhalt nicht angegeben. Das Verhalten des Angekl. fällt daher nicht unter § 267 StGB., wohl aber unter § 348 Abs. 1 StGB. Angekl. hat nach dem dem Ur. zugrunde liegenden Feststellungen als ein zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugter Beamter innerhalb seiner Zuständigkeit vorzüglich eine rechtserhebliche Tatsache falsch be-

urkundet (vgl. §§ 306 Abs. 1 und 2, 318 Abs. 2, 463 ABGD.; §§ 2, Abs. 2 40, 41 Abs. 1 und 2<sup>10</sup> der Beitreibungsordnung; RMinBl. 1923, 395).

(BayObLG., Urf. v. 24. Mai 1928, RevReg. II Nr. 182/28.)

## Oberlandesgerichte.

### a) Zivilsachen.

#### I. Bürgerliches Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch.

Berlin.

1. §§ 946 ff. BGB. Ein Eigentumsvorbehalt an Halb- und Fertigwaren ist zulässig. f)

In den Schlüssen der Antragstellerin mit der Antragsgegnerin ist folgende Bedingung entfallen:

„Bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises und Einlösung der Wechsel und Schecks bleibt dem Verkäufer das Eigentum an der gelieferten Ware vorbehalten, und zwar auch dann, wenn diese vom Käufer bearbeitet oder verarbeitet wird.“

Die Wirksamkeit dieses Eigentumsvorbehalts auch für den Fall der Be- und Verarbeitung kann begründeten Bedenken nicht unterliegen. Die Bestimmungen des BGB. über den Eigentumserwerb zufolge Verbindung usw. (§§ 946 ff.) stellen keineswegs zwingendes Recht dar. Der Be- und Verarbeiter ist danach auch in der Lage, auf die an sich aus dem Gesetz sich ergebende Folge des Eigentumserwerbs zu verzichten (s. RGRKom., Bd. 3 S. 282 Bem. 2 zu § 950, 6. Aufl.). Eine andere Frage ist es, ob dieser Eigentumsvorbehalt auch dann zu gelten hat, wenn etwa die gelieferte Ware mit anderen Waren zu einem einheitlichen neuen Stoffe verarbeitet wird. Allein auch dies ist zu bejahen. Schon das Gesetz sieht für die Fälle der Verbindung usw. unter bestimmten Voraussetzungen die Entstehung von Miteigentum vor. Die Verarbeitung der gelieferten Waren mit anderen Materialien zusammen muß als eine der üblichsten Arten der Verarbeitung der gelieferten Ware angesehen werden. Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß die branchekundigen Parteien die Antragstellerin auch für diesen Fall durch den Eigentumsvorbehalt haben sichern wollen. Demzufolge hat die Antragsgegnerin auch für diesen Fall auf den Erwerb des Eigentums verzichtet, so daß Miteigentum der Antragstellerin, sei es mit der Antragsgegnerin, sei es mit anderen unter gleichen Bedingungen abschließenden Lieferanten zusammen, entstanden ist.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 27. Mai 1930, 8 W 4405/30.)

Mitgeteilt von N. Friz Salomon, Guben.

\*

Zu 1. In Frage steht die Auslegung des Eigentumsvorbehalts, wie er nach dem Berichte Salomons unter zehn der allgemeinen Lieferungsbedingungen des Wollhandels gefaßt ist.

„Bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises und Einlösung der Wechsel und Schecks bleibt dem Verkäufer das Eigentum an der gelieferten Ware vorbehalten, und zwar auch dann, wenn diese vom Käufer bearbeitet oder verarbeitet wird.“

Es ist bemerkenswert, daß das RG. in Gegensatz tritt zu der Rsf. des O. Guben. Im Gegensatz zu dieser erklärt jenes den Eigentumsvorbehalt auch von Halb- und Fertigwaren für wirksam.

Zur richtigen Kritik des vorstehenden Beschl. des RG. wäre vielleicht die Kenntnis der Erwägungen der sachverständigen Rsf. von Vorteil. Folgt man grundsätzlich dem RG., so sind doch jedenfalls Eigentümergemeinschaften vorstellbar, deren Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der Zahl der Vorbehalts Eigentümer, des Maßes ihrer Beteiligung an den Halb- oder Fertigwaren und anderer sich aufräugernder möglicher Umstände recht verwickelt werden kann. Waren es praktische Schwierigkeiten der Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts in dem beantragten Umfange, die die Rsf. diese Wirksamkeit verneinen ließ? Andererseits möchte man vermuten, daß, ehe die fragliche Klausel in die allgemeinen Lieferungsbedingungen aufgenommen wurde, die Beteiligten die praktische Ausgestaltung in den in Betracht kommenden Richtungen erwogen haben. Freilich fällt es demgegenüber auf, daß z. B. noch Heitland, Die Praxis der Verkaufs- und Einkaufsbedingungen, Stuttgart 1929, S. 94, 186 solchen Eigentumsvorbehalten recht zweifelnd gegenübersteht. „Eigentumsvorbehalt sollte nur da vorgesehen werden, wo er tatsächlich praktisch durchführbar ist und nicht dort, wo es sich um Waren handelt, die zur sofortigen Verarbeitung und Verbrauch bestimmt sind“ (a. a. O. S. 186).

Es wäre daher erwünscht, wie auch Salomon andeutet, daß die Bedeutung der Klausel auf Grund umfassender tatsächlicher Unterlagen, als sie anscheinend im Streitfalle vorlagen, schließlich auch vom RG. geprüft werden könnte.

N. Dr. Plun, Köln.

Frankfurt a. M.

2. §§ 19, 7 GmbHG. Einer Kapitaleinlageverpflichtung kann dadurch genügt werden, daß der Einlagebetrag bei der allgemein kundgegebenen Bankverbindung der GmbH auf deren Konto eingezahlt wird. Es ist unerheblich, ob die Bankverbindung den erhaltenen Betrag zur Abdeckung eines Schuldsaldos der GmbH verwendet.

Der Bekl. ist Gesellschafter der im März 1929 in Konkurs gefallenen F. er W.-GmbH. in F. Der Kl. ist gerichtlich bestellter Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin.

Das Gesellschaftskapital betrug ursprünglich 20 000 RM. Davon besaß der Bekl. einen Geschäftsanteil von 14 000 RM. Durch Beschl. der GenVers. v. 11. Juli 1928 wurde eine Erhöhung des Stammkapitals um 20 000 RM. beschlossen. Hieron übernahm der Bekl. eine weitere Stammeinlage von 14 000 RM.

Die Gemeinschuldnerin stand damals mit der F. er G.-Bank-AktG. in F. in Geschäftsverkehr und verschuldete ihr einen Betrag, der über den Kapitalerhöhungsbetrag noch hinausging. Diese Bank war gleichzeitig die Bank des Beklagten.

Der Bekl. hat die Zahlung auf die neu übernommene Stammeinlage derart geleistet, daß er die G.-Bank anwies, von seinem Guthaben der Gemeinschuldnerin 14 000 RM. zu vergüten. Die G.-Bank hat daraufhin der Gemeinschuldnerin auf ihrem laufenden Konto diesen Betrag gutgebracht. Zur Ermöglichung seiner Überweisung von 14 000 RM. auf das Konto der Gemeinschuldnerin hatte der Bekl. vorher für sich bei der G.-Bank ein Guthaben auf Separatkonto in Höhe von 14 000 RM. geschaffen. Dieses entstand durch bare Einzahlung auf dieses Konto in Höhe von 8500 RM. und Übertragung von 5900 RM. zu Lasten des laufenden Kontos. Hierdurch entstand auf dem laufenden Konto des Bekl. bei der G.-Bank eine Schuld von 4600 RM.

Die Leistung des Bekl. will der Kl. nicht als eine zur Tilgung der Einlageverpflichtung geeignete Zahlung ansehen, da der Betrag niemals der Gesellschaft zur freien Verfügung gestanden habe, indem die F. er G.-Bank AktG. diesen Betrag sofort zur teilweisen Deckung des Schuldsaldos der Gemeinschuldnerin bei ihr benutzte habe.

Mit der Klage wird Zahlung der 14 000 RM. verlangt.

Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Der Kapitaleinzahlungsanspruch der Gemeinschuldnerin ist durch die von dem Bekl. bewirkte Leistung getilgt worden. Die Tilgungswirkung kann nicht aus §§ 19, 7 GmbHG. in Frage gestellt werden. Die von der Rfpr. entwickelten Grundzüge der Aufrechnungsvoraussetzungen, die vorliegen müssen, um eine Aufrechnung gegen die Einlageverpflichtung als rechtserheblich erscheinen zu lassen, haben für die Entsch. keine Bedeutung. Der Bekl. hat nicht aufgerechnet, er hat gezahlt, zwar nicht in bar und nicht an die Gemeinschuldnerin, sondern an die F. er G.-Bank AktG. als die bankmäßige Zahlstelle der Gemeinschuldnerin für deren Rechnung im Überweisungswege. Daß die Einzahlung statt in bar im Überweisungswege erfolgt ist, ist bedeutungslos, da so tatsächlich ein gleichwertiges Guthaben geschaffen worden ist, wie es sich als Folge einer baren Leistung an die G.-Bank für die Gemeinschuldnerin ergeben haben würde. Zu erörtern ist nur, ob die an sich vollwertige Leistung an die G.-Bank, also einen Dritten, die Kapitaleinlageverpflichtung zum Erlöschen gebracht hat. Die für den Fall der Leistung an einen Dritten zum Zweck der Erfüllung auf § 185 BGB. verweisende Vorschrift des § 362 Abs. 2 BGB. ergibt, daß im Regelfall die Leistung Tilgungswirkung hat, wenn sie in dieser Weise mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt oder der Berechtigte sie genehmigt. Nun war die G.-Bank als die von der Gemeinschuldnerin allgemein kundgegebene Bankverbindung die Stelle, bei der ihre Schuldner Zahlungen für sie bewirken konnten. Bei Leistungen gewöhnlicher Schuldner an diesen Dritten hätte die Gemeinschuldnerin ihre Kundgebung als allgemeine Einwilligung gegen sich gelten lassen müssen. Wenn auch § 19 GmbHG. unmittelbar nichts darüber sagt, so könnte doch nach dem rechtlichen Sinne der Einlageverpflichtung, wie ihn §§ 7, 19 des Ges. erkennen lassen, Bedenken aufkommen, ob auch im vorliegenden Falle die Gemeinschuldnerin die G.-Bank als Zahlstelle gegen sich gelten lassen muß. Nach den Motiven (S. 21) soll „nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung allgemeiner Verkehrsgewohnheiten entschieden werden, was als Einzahlung zu betrachten ist. Jedenfalls muß dieselbe eine derartige sein, daß der eingezahlte Betrag zur freien Verfügung der Geschäftsführer steht“ (vgl. Staub, GmbHG. [1903] § 7 Anm. 15). Der Bekl. wußte nun, daß die Gemeinschuldnerin bei der G.-Bank in Schuld stand und seine Leistung zur Schuldentilgung in Überweisungswege führen, nicht aber ein zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehendes Guthaben schaffen würde. Das könnte Zweifel darüber erwecken, ob die Gemeinschuldnerin dem einzahlungsverpflichtigen Gesellschafter gegenüber nicht darauf verweisen könnte, daß infolge dieser Umstände ihm gegenüber die allgemeine Einwilligung zur Auszahlung an die G.-Bank entfällt.

Hierauf kann es aber im vorliegenden Falle nicht ankommen, da die Gemeinschuldnerin die Überweisungsmitteilung hingenommen und dem Bekl. seine Leistung in ihren Büchern gutgebracht hat. Damit hat sie seine Leistung an die Bank mindestens genehmigt.

Ob sie vorher durch ihren Geschäftsführer den Bekl. schon zur Leistung an die G.-Bank aufgefordert hat, kann daher dahinstehen.

Daß einer solchen Verfügungshandlung des Geschäftsführers rechtliche Schranken entgegenstünden, dafür ergibt das Gesetz nichts. Es ist auch nicht einzusehen, inwiefern der Geschäftsführer im Rahmen des GmbHG. in der Art der Verwendung der Einzahlung gebunden sein sollte. Es unterliegt seiner Entschliebung, ob er die Einzahlung für diese oder jene Bedürfnisse der Gesellschaft verwendet, diese oder jene Schuld damit tilgt. Irgendein Anspruch dritter Gläubiger, daß die Einzahlung gerade für ihre Forderung oder für alle Gläubiger quotenmäßig verwendet wird, besteht nicht.

(O. G. Frankfurt a. M., 4. ZivSen., Ur. v. 29. Nov. 1929, 4 U 200/29.)

Mitgeteilt von N. Dr. Lorsch, Frankfurt a. M.

\*

### Rötn.

3. §§ 241, 249 HGB. Haftung des Aufsichtsrates einer in Konkurs geratenen Versicherungsgesellschaft. Umfang der Klageberechtigung des Konkursverwalters. f)

Kl. ist Konkursverwalter über das Vermögen der Versicherungsgesellschaft M. Der Bekl. war Vorsitzender des Aufsichtsrates. Die M. hatte mit der Firma W. & Co. einen Kreditversicherungsvertrag gegen Verluste einer Versicherung von Fahrern abgeschlossen. Kl. machte gegen den Bekl. wegen Verletzung seiner Pflichten als Vorsitzender des Aufsichtsrates den Schaden geltend, der der Firma W. & Co. dadurch entstanden sei, daß die M. infolge des Konkurses W. & Co. dadurch entständen sei, daß die M. infolge des Konkurses ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht habe erfüllen können. Die Klage ist in beiden Rechtszügen abgewiesen worden.

Nach § 249 Abs. 1 HGB. haben die Mitglieder des Aufsichtsrates bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften nach § 249 Abs. 2 HGB. der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden. Nach § 249 Abs. 3 Satz 1 HGB. sind sie insbes. zum Ersatz verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten die im § 241 Abs. 3 HGB. bezeichneten Handlungen vorgenommen werden. Nach § 249 Abs. 3 Satz 2 i. Verb. m. § 241 Abs. 4 HGB. entsteht aus den im § 241 Abs. 3 HGB. hervorgerufenen hauptsächlichlichen Pflichtverletzungen nicht nur ein Ersatzanspruch für die Gesellschaft, sondern auch für die Gläubiger der Gesellschaft, soweit diese von der Gesellschaft ihre Befriedigung der Gesellschaft, soweit diese von der Gesellschaft ihre Befriedigung der Gläubiger gegen die Gefahr zu schützen, daß die Gesellschaft selber unter dem Einfluß ihrer verantwortlichen Vertreter die Verwirklichung der Ersatzansprüche unterläßt (Jaeger, R. D., 5. Aufl. 1414, § 208, 30).

Es soll daher nach § 241 Abs. 4 Satz 2 HGB. die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben werden, daß die schädigende Handlung auf einem Befehl der GenVers. beruht.

Diesen den Gläubigern der Gesellschaft ausnahmsweise nur für die besonderen Fälle des § 241 Abs. 3 HGB. gegebenen

Zu 3. Die Entsch. behandelt vier grundsätzliche Fragen:

1. Im Streite der Meinungen, wer im Konkurs einer AktG. die den Gläubigern nach § 249 i. Verb. m. § 241 HGB. zustehenden Ansprüche geltend zu machen hat, tritt es der bei weitem herrschenden Ansicht bei, monach die Geltendmachung dieser Rechte ausschließlich dem Konkursverwalter zusteht. Das HGB. hat in den rechtsähnlich liegenden Fällen der §§ 171 und 217 ausdrücklich dem Konkursverwalter die alleinige Verfügungsbefugnis zuerkannt. Ob man mit Staub-Pinner (§ 241 Anm. 16) sowie den von ihm zitierten Stellen der Jubikatur und Literatur die Vorschriften der §§ 171 und 217 wegen ihrer innerlichen Verwandtschaft analog anwenden will, ob man mit Jaeger (R. D. § 208 Anm. 30) es auf die Gleichbehandlung aller Gläubiger im Konkurs abstellt oder ob man mit Brodmann (R. D. § 241 Anm. 4e) in einer Geltendmachung durch die Gläubiger die unzulässige Geltendmachung eines Aussonderungsrechts erblickt, in jedem Fall muß man die ausschließliche Zuständigkeit des Konkursverwalters bejahen. Zu bemerken ist noch, daß auch Cojacks seine bei Staub-Pinner a. a. D. zitierte gegenteilige Ansicht (6. Aufl. § 121 Anm. 29) bereits von der 7. Aufl. an aufgegeben hat (so jetzt 10. u. 11. Aufl. § 236 III 2c). Der Ansicht des O. G. ist daher unbedenklich beizutreten.

2. Des ferneren beschäftigt sich die Entsch. mit der Frage, ob § 241 Abs. 3 HGB. eine neue selbständige Haftungsbestimmung darstellt, ob also, wenn einer der Tatbestände des § 241 Abs. 3 verwirklicht ist, damit ohne jede weitere Voraussetzung die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber gegeben ist oder ob § 241 Abs. 3 nur einen Unterfall von § 241 Abs. 2 darstellt, also des weiteren zur Voraussetzung hat, daß durch die im Abs. 3 erwähnten Handlungen ein Schaden entstanden ist. Während in der zu 1 behandelten Frage heute nahezu völlige Übereinstimmung i. S. der Ausführungen des O. G. besteht, ist der Streit der Meinungen über die hier behandelte Frage noch sehr lebhaft. Das O. G. hat sich mit Recht der letzt-

erwähnten Auffassung angeschlossen. Das Gesetz will durch die Bestimmungen der §§ 241, 249 HGB. den Gläubigern unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit geben, sich am Vorstand und Aufsichtsrat schadlos zu halten. Hierdurch soll für sie der Schaden ausgeglichen werden, der durch die Handlungen dieser Organe entstanden ist. Ein Mehr zuzubilligen, liegt nicht die geringste Veranlassung vor. Hat die Handlungsweise des Organs, mag sie auch unerlaubt gewesen sein, aus bestimmten Gründen nicht zu einer Schädigung der Gesellschaft geführt, so fehlt es an jedem Grund, weshalb seitens der Organe Ersatz geleistet werden soll. Die gegenteilige Ansicht verweist auf den sprachlichen Unterschied zwischen den Worten „Haftung für den entstandenen Schaden“ und den Worten „Verpflichtung zum Ersatz“. Ein derartiger Unterschied ist aber nicht anzuerkennen. Nach dem Sprachgebrauch bedeutet Ersatz nicht etwa, daß irgend etwas ohne weiteres zu zahlen ist, sondern vielmehr nur, daß etwas zu ersetzen ist, d. h. dann zu zahlen ist, wenn durch die Handlung etwas verloren gegangen ist. Ist aber im Einzelfall nichts verloren gegangen, so kann auch nichts ersetzt werden. Zum Überschuß deutet auch das in Abs. 3 gewählte Übergangswort „insbesondere“ an, daß Abs. 3 nur einen Unterfall des Abs. 2 bildet. Die einzige Folge der sprachlichen Verschiedenheit ist die, daß während im Falle des Abs. 2 der Kl. den Eintritt des Schadens zu beweisen hat, es im Falle des Abs. 3 Sache des Bekl. ist, zu beweisen, daß kein Schaden entstanden ist. So auch R. G. 80, 110 = J. W. 1913, 49; Staub-Pinner, § 241 Anm. 9; Könige-Teichmann, § 241 Anm. 2; Staub-Hachenburg, § 43 Anm. 19; Neukamp, § 43 Anm. 6; im Resultat übereinstimmend Lehmann-Ring, § 241 Anm. 5; Goldmann, § 241 Anm. 10, 11, die zwar im § 241 Abs. 3 einen selbständigen Haftungsgrund ohne Rücksicht auf den eingetretenen Schaden erblicken, dem beklagten Organ aber doch das Recht zusprechen, den Nachweis zu führen, daß kein Schaden entstanden ist und in diesem Falle eine Haftung verneinen. Anderer Ansicht mit der Wirkung, daß die Haftung

Ersatzanspruch kann jeder einzelne Gläubiger, jedoch nur in Höhe seiner Forderung geltend machen (Staub-Pinner, § 241, 11, 15; Goldschmit, Die AktG., 1927, § 241, 16, 17; Könige-Teichmann-Roehler, 1929, § 241, 2).

Im Konkurs der AktG. ist der Konkursverwalter berechtigt, diesen Ersatzanspruch für den einzelnen Gläubiger gegen die haftenden Gesellschaftsorgane geltend zu machen.

Eine besondere gesetzliche Vorschrift, die dem Konkursverwalter dieses Recht zur Verfolgung des den Gläubigern zustehenden Ersatzanspruches zuspricht, gibt es nicht. Da aber das HGB. in den rechtsähnlichen Fällen der §§ 171 Abs. 2 und § 217 Abs. 2 HGB. bestimmt, daß während der Dauer des Konkurses das den Gläubigern zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt wird, so erscheint es in Übereinstimmung mit der Rspr. des R. G. gerechtfertigt, auch im Falle des § 241 Abs. 4 HGB. die Geltendmachung des Gläubigerrechts dem Konkursverwalter zu übertragen (R. G. 39, 64; 74, 428; 76, 249). Das R. G. verweist zur Begründung seiner Ansicht auf den gesetzgeberischen Grund für die in § 241 Abs. 4 HGB. den Gesellschaftsmitgliedern eingeräumte Rechtsstellung. § 241 Abs. 4 HGB. solle die Gläubiger gegen die ihren Interessen widersprechenden Einflüsse innerhalb der Gesellschaft schützen; dieser Grund falle mit der Eröffnung des Konkurses und mit der damit verbundenen Auflösung der Gesellschaft fort; ein von den Interessen der Gläubiger verschiedenes Gesellschaftsinteresse sei dann nicht mehr vorhanden. Der Konkursverwalter sei kraft seines Amtes verpflichtet, ohne Rücksicht auf die Person der Schuldner bei der Verwirklichung des Gesellschaftsvermögens das berechtigte Interesse der Gläubiger in jeder Hinsicht wahrzunehmen; ihm dürfe daher auch die Geltendmachung des Gläubigerrechts aus § 241 Abs. 4 HGB. übertragen werden (zustimmend: Staub-Pinner, § 241, 16; Goldschmit, § 241, 23; Goldmann, HGB., 1905, § 241, 18; Könige-Teichmann-Roehler, § 241, 2; Hagen: „Über die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft“ in GruchBeitr. 42, 333 ff. [356]). Demgegenüber hält Jaeger (R. D. § 208, 30) im Konkurs der Gesellschaft nicht jede Gefahr einer Beeinflussung des Konkursverwalters durch die Gesellschaftsorgane für ausgeschlossen, weil der Verwalter sich ihrer Einwirkung insofern nicht völlig entziehen könne, als er häufig auf ihre Auskunft angewiesen sei. Dennoch kommt Jaeger zu demselben Ergebnis wie das R. G., indem er mit Recht den obersten Grundsatz des Konkursverfahrens, die Gleichbehandlung aller Gläubiger, ausschlaggebend sein läßt. Diesem Grundsatz widerspricht es, so führt Jaeger aus, daß auf Grund von Rechts handlungen des nachmaligen Gemeinschuldners oder seiner Vertreter, die zu einer Verkürzung der Zugriffsmasse geführt haben, noch nach der Konkurseröffnung von einzelnen Gläubigern Ersatzansprüche sollten erhoben werden können. Es müsse vielmehr dem Konkursverwalter vorbehalten bleiben, die Ausgleicheung des Schadens für gemeinschaftliche Rechnung der Benachteiligten, also für Rechnung der Konkursmasse zu betreiben. Schließlich hat noch Brodmann (Aktienrecht, 1928, § 241, 4e) mit Recht darauf hingewiesen, daß der Gläubiger, dessen Ersatzanspruch nach § 241 Abs. 4 neben einem Ersatzanspruch der Gesellschaft gegeben ist, wenn auch nicht der Form nach, so doch der Sache nach einen Vermögensgegenstand der Gesellschaft

erwähnten Auffassung angeschlossen. Das Gesetz will durch die Bestimmungen der §§ 241, 249 HGB. den Gläubigern unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit geben, sich am Vorstand und Aufsichtsrat schadlos zu halten. Hierdurch soll für sie der Schaden ausgeglichen werden, der durch die Handlungen dieser Organe entstanden ist. Ein Mehr zuzubilligen, liegt nicht die geringste Veranlassung vor. Hat die Handlungsweise des Organs, mag sie auch unerlaubt gewesen sein, aus bestimmten Gründen nicht zu einer Schädigung der Gesellschaft geführt, so fehlt es an jedem Grund, weshalb seitens der Organe Ersatz geleistet werden soll. Die gegenteilige Ansicht verweist auf den sprachlichen Unterschied zwischen den Worten „Haftung für den entstandenen Schaden“ und den Worten „Verpflichtung zum Ersatz“. Ein derartiger Unterschied ist aber nicht anzuerkennen. Nach dem Sprachgebrauch bedeutet Ersatz nicht etwa, daß irgend etwas ohne weiteres zu zahlen ist, sondern vielmehr nur, daß etwas zu ersetzen ist, d. h. dann zu zahlen ist, wenn durch die Handlung etwas verloren gegangen ist. Ist aber im Einzelfall nichts verloren gegangen, so kann auch nichts ersetzt werden. Zum Überschuß deutet auch das in Abs. 3 gewählte Übergangswort „insbesondere“ an, daß Abs. 3 nur einen Unterfall des Abs. 2 bildet. Die einzige Folge der sprachlichen Verschiedenheit ist die, daß während im Falle des Abs. 2 der Kl. den Eintritt des Schadens zu beweisen hat, es im Falle des Abs. 3 Sache des Bekl. ist, zu beweisen, daß kein Schaden entstanden ist. So auch R. G. 80, 110 = J. W. 1913, 49; Staub-Pinner, § 241 Anm. 9; Könige-Teichmann, § 241 Anm. 2; Staub-Hachenburg, § 43 Anm. 19; Neukamp, § 43 Anm. 6; im Resultat übereinstimmend Lehmann-Ring, § 241 Anm. 5; Goldmann, § 241 Anm. 10, 11, die zwar im § 241 Abs. 3 einen selbständigen Haftungsgrund ohne Rücksicht auf den eingetretenen Schaden erblicken, dem beklagten Organ aber doch das Recht zusprechen, den Nachweis zu führen, daß kein Schaden entstanden ist und in diesem Falle eine Haftung verneinen. Anderer Ansicht mit der Wirkung, daß die Haftung

schaft zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen, und daß daher jede weitere Rechtsverfolgung des einzelnen Gläubigers nach der Konkursöffnung über das Vermögen der AktG. auf eine Aussonderung herausliefe.

Danach ist also dem Kl. als Konkursverwalter die Sachberechtigung — und zwar die ausschließliche (RG. 74, 430; Staub-Pinner, § 241, 16; Goldschmit, § 241, 23) — zu einem Anspruch aus § 241 Abs. 3 und 4 HGB. zuzusprechen.

Der allein in Betracht kommende Erklärungsanspruch nach § 241 Abs. 3 Nr. 6 HGB. ist aber nicht begründet.

Es wird zwar in der Rechtslehre (vgl. Goldmann, § 241, 10, 11; Brodmann, § 241, 3b, dieser sowie Hagen: GruchBetr. 42, 346, 353 unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte; Goldschmit, § 241, 11 mit weiteren Nachweisungen) und in der Rpr. (vgl. RG.: JW. 1904, 43<sup>19</sup>; OLG. [Dresden] 12, 435) die Auffassung vertreten, § 241 Abs. 3 sei eine neue selbständige Haftungsvorschrift, die die Haftung über die Schadenshaftung hinaus ohne weiteres auf den Ertrag, d. h. die Erstattung der gesetzwidrig erfolgten Zahlungen gehen lasse, ohne daß es darauf ankomme, ob und inwieweit durch jene Zahlungen ein Schaden entstanden sei. Nach dieser Ansicht, die schon in der bloßen Vornahme der in Abs. 3 aufgezählten Handlungen eine die Haftung der Gesellschaftsorgane begründende Verletzung ihrer Obliegenheiten erblickt, genügt es, wenn der Gläubiger, der ein Gesellschaftsorgan in Anspruch nimmt, dargetut, daß ein unter die Vorschrift des § 241 Abs. 3 HGB. fallender Tatbestand vorliegt, daß ein Erklärungsanspruch der Gesellschaft gegen ihr Organ gegeben ist, und daß er, der Gläubiger, seine Befriedigung von der Gesellschaft nicht erlangen kann. Von diesem Standpunkt aus müßte der Klageanspruch beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 241 Abs. 3 HGB. ohne weiteres stattgegeben werden, ohne daß zu prüfen wäre, ob und inwieweit ein Schaden durch die von dem Kl. gerügten Zahlungen entstanden und ob der etwa entstandene Schaden auf eine Pflichtverletzung des Bekl. zurückzuführen ist.

Der Sen. ist jedoch der Ansicht, daß der dem Gläubiger im § 241 Abs. 3 und 4 HGB. gegebene Erklärungsanspruch wie jeder Schadenserklärungsanspruch voraussetzt, daß durch eine der in Abs. 3 aufgeführten Handlungen ein Schaden entstanden ist und daß dieser Schaden auf eine Verletzung der den Gesellschaftsorganen nach §§ 241 Abs. 1, 249 Abs. 1 HGB. obliegenden Sorgfaltspflicht zurückzuführen ist (so auch Staub-Pinner, § 241, 9; Könige-Teichmann-Roehler, § 241, 2; RG.: Recht 1909 Nr. 576; RG.: Recht 1920 Nr. 2927; letztere Entsch. behandelt allerdings nur die rechtsähnlichen §§ 34, 99 GenG.). Der Anspruch aus § 241 Abs. 3 und 4 HGB. soll dazu dienen, die Folgen eines pflichtwidrigen Verhaltens der Gesellschaftsorgane zu beseitigen; er ist damit seinem Wesen nach ein Schadenserklärungsanspruch; als solcher wäre er mit § 249 BGB. nicht vereinbar, wenn er eine Ertragspflicht der Gesellschaftsorgane auch für den Fall begründen würde, daß aus einer der in § 241 Abs. 3 HGB. aufgeführten Handlungen ein Schaden nicht entstanden ist. Dem Gesetz ist nur soviel zu entnehmen, daß die Gläubiger von den Gesellschaftsorganen Ertrag verlangen können, ohne genötigt zu sein, zur Begründung ihres Anspruches die Entstehung eines Schadens nachzuweisen, daß es aber den in Anspruch genommenen Gesellschaftsorganen freistehen muß, einzuwenden, daß aus einer der in Abs. 3 aufgeführten Handlungen ein Schaden nicht entstanden sei (RG.: Recht 1920 Nr. 2927; Goldmann, § 241, 11; Staub-Pinner, § 241, 9 mit weiteren Nachweisungen).

auf alle Fälle eintritt und der Gegenbeweis, daß Schaden nicht entstanden ist, unzulässig und bedeutungslos ist, sind Goldschmit, AktG. 242 Anm. 11; Hagen bei Gruchot, S. 42, 346. Wenn Brodmann, AR. § 242 Anm. 3 b sich grundsätzlich Hagen und Goldschmit anschließt, dann aber folgert, daß auch oder sogar gerade nach seiner Ansicht ein Erklärungsanspruch nicht gegeben ist, wenn nachweisbar ein Schaden nicht entstanden ist, so ist das nicht verständlich und erscheint in sich widerspruchsvoll. Gerade die in dem zur Entsch. gelangten Prozeß in Rede stehende Ziff. 6 des § 241 Abs. 3 beweist die Richtigkeit der Ansicht des OLG. Nirgends im Gesetz ist eine Vorschrift gegeben, nach der es den Organen verboten ist, nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Zahlungen zu leisten. Wenn dies geschieht, liegt daher die Verletzung einer Gesetzesvorschrift nicht vor; es kann vielmehr in einer derartigen Zahlung lediglich unter gewissen Umständen eine Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht, wie sie die §§ 241 Abs. 2 und 249 vorsehen, liegen, d. h. § 241 Abs. 3 Ziff. 6 kann begriffsmäßig nur ein Unterfall des § 241 Abs. 2 sein. Er kann also keine selbständige Haftungs- oder Ertragsverpflichtung darstellen, vielmehr nur dann und insofern zu Ansprüchen gegen die Organe führen, als diese durch die Zahlung die ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt haben und ein Schaden entstanden ist, wobei allerdings im Hinblick auf den Wortlaut des § 241 Abs. 3 der Beweis, daß kein Schaden entstanden ist, ihnen obliegt. Wenn Brodmann (AR. § 241 Anm. 3a) die Ansicht vertritt, daß § 241 Abs. 3 auch das Verbot der Leistung von Zahlungen nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung enthält, so ist nicht zu ersehen, wie eine solche Folgerung begründet werden könnte. Es dürfte ein *petitio principii* vorliegen, da man zu den von Brod-

Für die hier vertretene Auffassung spricht, worauf Staub-Pinner (a. a. O.) hinweist, insbes. der Zusammenhang der Abs. 2 und 3. Während Abs. 2 allgemein anordnet, daß die Vorstandsmitglieder bei Pflichtverletzungen „für den daraus entstehenden Schaden“ haften (§ 249 Abs. 2 HGB. bestimmt daselbe für die Mitglieder des Aufsichtsrates), gibt Abs. 3 eine Aufzählung der Fälle, in denen „sie insbes. zum Ertrag verpflichtet sind“. Mit Recht beruft sich Staub-Pinner (a. a. O.) ferner auf den Sprachgebrauch des Lebens und der Gesetzgebung, der unter dem „Ertrag“ nichts anderes versteht, als die Hergabe dessen, was ein anderer verloren hat, oder was ein anderer erlangen konnte, aber nicht erlangt hat. Schließlich findet die hier vertretene Meinung, daß nur ein auf eine Pflichtverletzung der Gesellschaftsorgane zurückzuführender Schaden eine Ertragspflicht dieser Organe begründet, ihre Bestätigung in dem durch das Gef. v. 25. März 1930 (RGBl. I, 93) in § 241 Abs. 3 Nr. 6 angefügten Satz 2. Nach diesem Satze tritt auch beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung eine Ertragspflicht der Gesellschaftsorgane dann nicht ein, wenn die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Wenn auch diese neue Gesetzesvorschrift auf die in den Jahren 1924/25 angeblich erfolgten Zahlungen nicht angewendet werden kann, so ist sie doch insofern von Bedeutung, als sie gerade die Rechtsauffassung zum Ausdruck bringt, die der Sen. schon nach bisherigem Recht für die richtige hält.

Ist aber davon auszugehen, daß nur ein auf eine Pflichtverletzung des Bekl. zurückzuführender Schaden einen Schadenserklärungsanspruch der Firma W. & Co. aus § 241 Abs. 3 Nr. 6 HGB. herbeizuführen geeignet ist, dann können die vom Kl. gerügten Gehaltszahlungen (Angestelltengehälter und Aufsichtsratsvergütungen) einen derartigen Anspruch nicht begründen.

Eine gesetzliche Vorschrift, die den Mitgliedern des Vorstandes grundsätzlich verbietet, nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft Zahlungen zu leisten, und die den Mitgliedern des Aufsichtsrates gebietet, gegen derartige Zahlungen einzuschreiten, gibt es nicht. Es kann Brodmann (§ 241, 3a) nicht darin zugestimmt werden, daß eine solche Vorschrift in § 241 Abs. 3 (§ 249 Abs. 3 Satz 1) HGB. aufgestellt ist. Es kommt vielmehr nach der oben dargelegten Auffassung des Sen. in jedem Falle darauf an, ob eine nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geleistete Zahlung eine Verletzung der den Gesellschaftsorganen obliegenden Sorgfaltspflicht darstellt. Dies trifft insbes. für die von dem Kl. behaupteten Gehaltszahlungen nicht zu. Selbst wenn solche Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit erfolgt sein sollten, dann müssen diese Zahlungen als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar angesehen werden. Die W. war nämlich verpflichtet, auf Grund der mit ihren Angestellten abgeschlossenen Dienstverträge die Angestelltengehälter fortlaufend bis zur Eröffnung des Konkurses zu zahlen. Den Mitgliedern des Aufsichtsrates wäre für jede Sitzung neben freier Fahrt 20 RM. zu vergüten. Es ist nicht zu erkennen, daß über die beschlossenen Vergütungen hinaus den Aufsichtsratsmitgliedern Gelder ausbezahlt worden sind. Danach kann in den vom Kl. gerügten Zahlungen keine Pflichtverletzung des Bekl. erblickt werden. Es ist überdies zu berücksichtigen, daß Gehaltsforderungen im Konkurs der W. nach § 61 Nr. 1 RD. einer Konkursforderung der Firma W. & Co. bevorrechtigt gewesen waren, so daß aus den vom Kl. behaupteten Gehaltszahlungen der Firma W. & Co. auch kein Schaden entstanden ist.

man gezogenen Folgerungen nur kommen kann, wenn irgendwo im Gesetz ein derartiges Verbot aufgestellt wäre. Mit Recht weist schließlich auch das OLG. auf das Gef. v. 25. März 1930 hin, das die von ihm vertretene Auffassung zu bestätigen geeignet ist.

3. Das OLG. beschäftigt sich sodann mit der Frage, ob es über die Fälle der §§ 241 Abs. 3 und 249 hinaus einen allgemeinen direkten Schadenserklärungsanspruch der Gläubiger gegen die Organe wegen der Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht gibt. Es entspricht der herrschenden Ansicht, wenn das OLG. dies verneint (Staub-Pinner, § 241 Anm. 20; Brodmann, AR. § 241 Anm. 6).

4. Schließlich entscheidet das OLG. die Frage, ob der Konkursverwalter auch legitimiert ist, Ansprüche der Gläubiger gegen die Organe, die sie aus einer außervertraglichen Haftung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen herleiten, geltend zu machen hat, dahin, daß dies nicht der Fall ist. Auch in dieser Beziehung ist dem Ur. beizutreten. Das Klagerrecht des Konkursverwalters findet seine Grenzen in den dem Konkursverwalter durch die RD. gesetzten Aufgaben, insbes. in der Pflicht, die Masse zugunsten aller Gläubiger zu verwalten und zu verwerten. Die im § 241 Abs. 3 vorgesehenen Ansprüche sind gemeinschaftliche Ansprüche aller Gläubiger, deren Verfolgung im Konkurs zur Erhöhung der Masse und damit zur Erhöhung der auf jeden Gläubiger entfallenden Quote führen soll. Demgegenüber sind die auf die Vorschriften der §§ 823 ff. BGB. gestützten Ansprüche solche einzelner Gläubiger, deren Verfolgung nur ihnen zugute kommt. Für sie fehlt es daher an jeder Legitimation des Konkursverwalters zur Prozeßführung.

RM. Dr. Heinz Pinner, Berlin.



Da somit der Kl. keine eine Pflichtverletzung des Bekl. darstellende Zahlungen genügend substantiiert gerügt hat, so mußte dem auf § 249 Abs. 3 i. Verb. m. § 241 Abs. 3 und 4 HGB. gestützten Klageanspruch der Erfolg versagt bleiben, ohne daß es der Erörterung bedürfte, ob auch die übrigen Voraussetzungen des § 241 Abs. 3 und 4 HGB. (Zahlungsunfähigkeit der Kl. zur Zeit der Zahlungen, Erklärungsanspruch der Kl. gegen den Bekl., Unmöglichkeit für die Firma W. & Co. von der Kl. ihre Befriedigung zu erlangen) gegeben sind.

Einen über die Fälle des § 241 Abs. 3 HGB. hinausgehenden allgemeinen Schadenersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Organen der Gesellschaft wegen Verletzung ihrer gesetzlichen Sorgfaltspflicht (§§ 241, 249 HGB.) gibt es nicht. RG. 36, 27 hat allerdings im Falle des Konkurses einer AktG. den Gläubigern einen über die Fälle des § 241 Abs. 3 HGB. hinausgehenden Schadenersatzanspruch zugestimmt. Diese Auffassung, die das RG. inzwischen selbst aufgegeben hat (vgl. RG. II 620/28 v. 20. Sept. 1929), kann nicht als richtig anerkannt werden, weil der § 241 HGB. die Schadenersatzpflicht den Gläubigern gegenüber ausschließlich regelt (Staub-Pinner, § 241, 20). Aus § 249 HGB. ergibt sich überdies unzweifelhaft, daß die dort den Mitgliedern des Aufsichtsrates auferlegte allgemeine Sorgfaltspflicht diesen nur der Gesellschaft gegenüber obliegt, nicht aber gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Dieser gesetzlichen Bestimmung ist zu entnehmen, daß die Organe der Gesellschaft zu den Gläubigern der Gesellschaft nicht für sich, sondern für die Gesellschaft in Rechtsbeziehung treten. Die Gläubiger können daher aus den Erklärungen und Handlungen der Organe nur die Gesellschaftsvertraglich oder außervertraglich haftbar machen. Dagegen trifft die Organe selbst keine vertragliche Verantwortung (Staub-Pinner, § 241, 24).

Stehen also die Gläubiger der AktG. mit den Organen der Gesellschaft überhaupt nicht in einem vertraglichen Verhältnis, dann bedarf die Frage keiner Prüfung, ob der Konkursverwalter im Konkurs der Gesellschaft zur Geltendmachung eines solchen Vertragsanspruches für den einzelnen Gläubiger klageberechtigt wäre.

Es kommt somit nur eine außervertragliche Haftung des Bekl. gegenüber der Firma W. & Co. nach den allgemeinen Vorschriften des HGB. über unerlaubte Handlungen (§§ 823, 826 HGB.) in Frage. Insofern ist aber der Kl. in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter nicht berechtigt, einen solchen Anspruch für die Firma W. & Co. gegen den Bekl. geltend zu machen (RG. 76, 249<sup>1)</sup>; OLG. Hamburg: LZ. 1917, 823 Nr. 9; RG. II 620/28 v. 20. Sept. 1929; Staub-Pinner, § 241, 16).

Das OLG. hat mit Recht angenommen, daß die Klageberechtigung des Konkursverwalters aus § 241 Abs. 4 HGB. auf der Eigenart des dort gegebenen Anspruches beruhe, daß sie aber nicht auf Ansprüche anderer Art ausgedehnt werden dürfe. Ein außervertraglicher Schadenersatzanspruch eines Gläubigers gegen ein Gesellschaftsorgan kann nicht wie der ausnahmsweise gegebene Anspruch aus § 241 Abs. 4 HGB. im Konkurs der Gesellschaft als zum Gesellschaftsvermögen gehörig angesehen werden. Die Geltendmachung dieses Anspruches kann somit dem Konkursverwalter nicht zustehen, weil dessen Rechtshandlungen ihre gesetzliche Schranke in seiner Aufgabe finden, das Gesellschaftsvermögen zu verwirklichen und die Konkursmasse zur Befriedigung aller Gläubiger zu verwerten. Handlungen, die diesem Zweck des Konkurses ihrer Natur nach widersprechen, weil sie nicht dem Interesse aller Gläubiger, sondern dem eines einzelnen dienen, liegen außerhalb des Machtbereiches des Konkursverwalters; sie sind für die Konkursmasse rechtlich unwirksam (vgl. RG. 76, 249<sup>2)</sup>).

OLG. Köln, Ur. v. 12. Mai 1930, 1 U 150/29.)

Mitgeteilt von H. Dr. Ernst Plum, Köln.

## Nürnberg.

4. § 119 BGB. Wenn der Genosse eine Beitrittserklärung nicht abgeben will, so ist er befugt, die von ihm angeblich abgegebene Beitrittserklärung anzufechten.

Ein Genosse kann die von ihm angeblich abgegebene Beitrittserklärung anfechten, wenn er eine Beitrittserklärung nicht abgeben wollte (vgl. hierzu Staub, Komm. z. BGB., § 189 Anm. 25 Abs. 3). Dieser Anschauung stehen die vom RG. 123, 102 ff., 107 entwickelten Rechtsgrundsätze nicht entgegen. Mit Recht hebt aber das OLG. hervor, daß es auf diese Rechtsfrage nicht ankommt, weil der Kl. seinen Beitritt zur Genossenschaft in der Tat erklären wollte und erklärt hat. Der Einwand des Kl., er habe nicht seinen Beitritt erklären, sondern lediglich seinen Namen in eine „Anwesenheitsliste“ eintragen wollen, ist an sich so wenig glaubhaft, daß er schon nach der Erfahrung des Lebens nicht standhält. Er ist aber auch durch das nachfolgende Verhalten des Kl. widerlegt.

OLG. Nürnberg, 2. ZivSen., Beschl. v. 2. Mai 1930, L 153/30.)

Mitgeteilt von H. Dr. Franz Eahn IV, Nürnberg.

## Berlin.

### II. Zivilprozessrecht.

5. § 224 ZPO. Auch der vor Gericht geschlossene Vergleich bleibt eine Parteihandlung, deren Bestand, Aufhebung oder Abänderung in jeder Richtung der Parteidisposition unterliegt.

Der Kl. war Mieter des Bekl. Vor Auszug des Kl. erklärte der Bekl., aus verschiedenen Gründen Ansprüche gegen den Kl. zu haben. Zur Abfindung des Vermietersanspruches hinterlegte der Kl. hierauf mehrere Beträge. Mit der gegenwärtigen Klage verlangt er die Feststellung, daß dem Bekl. keinerlei Ansprüche mehr gegen ihn zustünden und die Einwilligung des Bekl. in die Rückzahlung der Sicherheit. Am 31. Mai 1929 haben die Parteien unter Zuziehung des gegenwärtigen Mieters der Räume einen gerichtlichen Vergleich geschlossen, durch den der Kl. in die Auszahlung eines Teils der hinterlegten Beträge an den Bekl., der Bekl. in die Auszahlung eines anderen Teils an den Kl. willigte und ferner der neue Mieter sich zur Zahlung eines Betrages verpflichtete. In diesem Vergleich haben die Parteien sich den Widerruf durch schriftliche Anzeige bis zum 10. Juni 1929 vorbehalten. Durch Schreiben v. 7. Juni 1929, das beim Gericht am 10. Juni 1929 eingegangen ist, haben die Parteivertreter — und zwar unstreitig mit Zustimmung des neuen Mieters — dem Gericht angezeigt, daß sie übereinstimmend die Frist zum Widerruf des Vergleichs bis zum 20. Juni 1929 verlängerten. Am 20. Juni 1929 zeigte der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. dem Gericht an, daß noch Verhandlungen schwebten, daß er aber vorsichtshalber den Vergleich v. 31. Mai 1929 widerrufe. Am 24. Okt. 1929 hat das Gericht den Parteien mitgeteilt, daß es den Vergleich trotz des Widerrufs für rechtskräftig erachte. In dem darauf anberaumten Verhandlungstermin hat der Kl. erklärt, er halte den Rechtsstreit durch den Vergleich für erledigt; für den Fall, daß das Gericht den Vergleich für aufgehoben ansehen sollte, hat er den Antrag aus der Klageschrift gestellt. Der Bekl. hat Abweisung beantragt.

Durch das angefochtene Urteil ist der Rechtsstreit in der Hauptsache und wegen der bis zu dem Vergleich entstandenen Kosten für erledigt erklärt worden.

Die Berufung ist begründet.

Das angefochtene Urteil geht davon aus, daß die in dem Vergleiche bestimmte Widerrufsfrist eine richterliche Frist sei, die gem. § 224 Abs. 1 ZPO. durch Parteivereinbarung zwar abgekürzt, mangels einer besonderen Vorschrift aber nicht verlängert werden könne. Dieser Ansicht konnte nicht beigetreten werden. Richterliche Fristen sind nur solche Fristen, die durch eine Verfügung des Richters in Lauf gesetzt werden. Im vorliegenden Falle fehlt es an einer solchen richterlichen Verfügung; die Frist beruht vielmehr auf einer Vereinbarung der Parteien. Daran ändert die Tatsache nichts, daß die Vereinbarung der Parteien in der Form eines gerichtlichen Vergleichs getroffen worden ist. Nun spricht allerdings § 224 Abs. 1 ZPO. nicht von richterlichen oder gesetzlichen Fristen; vielmehr ist dort allgemein bestimmt, daß durch Vereinbarung der Parteien Fristen abgekürzt werden können. Wollte man nun annehmen, daß die Widerrufsfrist zwar nicht eine richterliche Frist, wohl aber allgemein eine Frist i. S. des § 224 Abs. 1 ZPO. ist, so würde § 224 Abs. 1 ZPO. sich auch auf sie beziehen. Trotz dieser Fassung des § 224 Abs. 1 ZPO. ist jedoch die Auffassung, das Gesetz komme außer den richterlichen und gesetzlichen Fristen noch eine weitere Art von Fristen, auf die sich die gedachte Gesetzesbestimmung beziehen könnte, § 224 Abs. 2 ZPO. behandle also nur besondere Arten, § 224 Abs. 1 ZPO. dagegen alle Arten von

Zu 5. Die Frage, ob der Entsch. beizutreten ist oder nicht, hängt davon ab, ob der gerichtliche Vergleich trotz des Abschlusses vor Gericht eine reine Parteihandlung darstellt, die in ihrem Rechtsbestande der freien Herrschaft der Partei unterliegt, oder ob man wegen der Mitwirkung des Gerichts dem gerichtlichen Vergleichsabschluß den Charakter einer gerichtlichen Handlung beimißt, deren Fristen dann wohl auch als richterliche Fristen zu gelten hätten. Die Lösung dieser Frage kann mit dem RG. wohl nur auf dem ersten Wege erfolgen. Auch der vor Gericht geschlossene Vergleich bleibt eine Parteihandlung, deren Bestand, Aufhebung oder Abänderung in jeder Richtung der Parteidisposition unterliegt. Hieran wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß, wie auch im vorliegenden Falle, häufig der Widerruf durch schriftliche Anzeige zu den Gerichtsakten erfolgen soll. Diese Bestimmung enthält nichts weiter als die Festsetzung einer Empfangsstelle für den Widerruf. Die Festsetzung einer solchen Empfangsstelle kann nichts daran ändern, daß es sich um reine Parteierklärungen handelt, bei denen eine gerichtliche Mitwirkung oder gerichtliche Entscheidungsbefugnis nicht mehr in Betracht kommt. Ob, wenn man der Auffassung des RG. nicht beitreten würde, die am Schlusse der Entsch. gemachte Unterscheidung zwischen materiellrechtlichen und prozessualen Wirkungen zutreffend wäre oder nicht, mag dahingestellt bleiben; sie erscheint nicht unbedenklich.

H. Dr. Lemberg, Breslau.

<sup>1)</sup> ZB. 1911, 721.

<sup>2)</sup> ZB. 1911, 721.

Fristen, ungerechtfertigt. In Wahrheit kennt die ZPO. nur gesetzliche und richterliche Fristen; eine dritte Art von Fristen ist im Gesetz nicht vorgesehen (so auch Förster-Kann, Vorbem. vor § 221; Sydow-Busch, Anm. 1 vor § 221). Deshalb kann sich § 224 Abs. 1 ZPO. nur auf diese beiden vom Gesetz vorgesehenen Arten der prozessualen Fristen beziehen. Das ergibt auch der Zweck des Gesetzes. Die Bedeutung dieser durch die Neufassung vom Jahre 1924 an geänderten Bestimmung besteht darin, daß — im Gegensatz zur alten Fassung der ZPO. — die Parteien hinsichtlich der Prozeßleitung nicht mehr so frei, wie bis dahin, stehen sollten; wird durch Gesetz oder durch das Gericht eine Frist angeordnet, so können sie die Parteien zwar abkürzen, nicht aber verlängern. Die neue Fassung des Gesetzes gibt jedoch keinen Anhalt dafür, daß nicht nur die Herrschaft der Parteien über die gerichtlichen und gesetzlichen Anordnungen ausgeschlossen, sondern darüber hinaus die Parteien auch auf einem Gebiete behindert sein sollten, das stets ihrer freien Willensbestimmung unterstand und auf dem sie in der Lage sind und waren, Fristen selbst zu bestimmen. Auf Fristen, die die Parteien selbst vereinbaren können, kann die Bestimmung daher nicht angewendet werden. Das muß um so mehr in einem Falle, wie dem vorliegenden, gelten, in dem es sich um eine Frist von im wesentlichen materieller Natur handelt. Denn der zwischen den Parteien geschlossene Prozeßvergleich ist ein vor dem Gericht aufgenommenem Parteivortrag und die in ihm vereinbarte Frist eine auf Parteivereinbarung beruhende Frist. Nach materiellem Recht besteht kein Zweifel, daß die Parteien diesen Vortrag einschließlich der Fristbestimmung ganz oder teilweise jederzeit zu ändern in der Lage sind. Es handelt sich daher um keine der Beschränkung des § 224 Abs. 1 unterliegende Frist, sondern um eine Frist, die zwar prozessual nicht bedeutungslos, hauptsächlich aber materieller Natur ist. Ihre Verlängerung durch Parteivereinbarung ist daher ebenso zulässig, wie jede andere den Vergleich abändernde Vereinbarung.

Hieraus ergibt sich, daß der Widerruf rechtzeitig eingegangen und der Prozeßvergleich unwirksam geworden ist.

Wollte man aber selbst annehmen, die von den Parteien vereinbarte Widerrufsfrist falle unter die Fristen des § 224 Abs. 1, so würde trotzdem die Vereinbarung ihrer Verlängerung materiell wirksam, der Vergleich also seiner Wirkung durch den Widerruf entkleidet sein. Denn auf die materiellen Rechtsbeziehungen könnte diese ausschließlich prozessuale Bestimmung keinen Einfluß haben. Der Vergleich wäre dann aufgehoben, soweit seine materiellen Wirkungen reichen, würde aber fortbestehen, soweit er ein prozessuales, den Rechtsstreit beendendes Ereignis darstellt. Die Frage würde dann letzten Endes darauf hinauslaufen, ob die materielle Aufhebung des Vergleichs im gegenwärtigen Rechtsstreit zu berücksichtigen ist oder ob sie erst durch eine neue Klage geltend gemacht werden kann. Die Frage ist streitig und auch vom RG. nicht einheitlich beantwortet worden. Im vorliegenden Fall würde, wenn man annimmt, die von den Parteien vereinbarte Verlängerung der Widerrufsfrist und der innerhalb der verlängerten Frist eingegangene Widerruf sei für das Prozeßgericht unbeachtlich, das Ergebnis eintreten, daß der Rechtsstreit beendet ist, obwohl er den von den Parteien bezweckten Erfolg — eine Entsch. in der Sache oder eine sonstige wirksame Erledigung, etwa durch einen auch materiellrechtlich gültigen Vergleich — nicht herbeigeführt hat. Dieses Ergebnis mag theoretisch zu rechtfertigen sein; praktisch und vom Standpunkt der Prozeßökonomie gesehen, ist es unzutreffend. Der Senat erblickt daher in der vom LG. seiner Entsch. zugrunde gelegten Annahme, der Widerruf sei unwirksam und der Prozeßvergleich nach wie vor wirksam, einen wesentlichen Mangel des Verfahrens.

(RG., 17. ZivSen., Urt. v. 26. Mai 1930, 17 U 1430/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Wilhelm Guttmann, Berlin.

**6. § 279 ZPO.** Die Ausübung des freien Ermessens durch das Gericht des ersten Rechtszuges bei Zurückweisung verspätet vorgebrachter Verteidigungsmittel unterliegt der Nachprüfung durch das Berufungsgericht.

Das LG. sieht vor allem eine grobe Nachlässigkeit des Bekl. darin, daß er, wenn er wegen Erkrankung das Bett nicht verlassen konnte, seinen Anwalt nicht schriftlich zur Sache unterrichtet hat. Dafür, daß der Bekl. dies sachgemäß habe tun können, fehlt es aber an jedem Anhalt. Im Gegenteil hat der Bekl. mitteilen lassen, daß mit ihm wegen Erkrankung nicht verhandelt werden könne. Diese Behauptung ist durch das Zeugnis des Gerichtsarztes bestätigt. Das LG. hat das freie Ermessen somit ohne ausreichende tatsächliche Unterlagen ausübt und dadurch eine wesentliche Vorschrift über das Verfahren verletzt (vgl. RG. 103, 111); es hat dem Bekl. das rechtliche Gehör versagt. Da die Entsch. des LG. auf dieser Verletzung des Verfahrens beruht, es auch nicht zulässig erschien, dem Bekl. für seine Verteidigung einen Rechtszug zu nehmen, ist die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens gem. § 539 ZPO. an das LG. zurückverwiesen worden.

(RG., 17. ZivSen., Urt. v. 14. Okt. 1929, 17 U 8207/29.) [D.]

\*

**7. § 349 ZPO.** In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann der Einzelrichter keine Entscheidung nach Lage der Akten erlassen.

Zwar kann der Einzelrichter nach § 349 Abs. 1 Ziff. 4 u. 5 ZPO. unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfange Entsch. nach Lage der Akten erlassen, wie die ZR. Ein Unterschied zwischen vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird in diesen Vorschriften nicht ausdrücklich gemacht. Hieraus wird im Schrifttum überwiegend gefolgert, daß der Einzelrichter auch nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten, wie Ehesachen, durch ein Urteil nach Lage der Akten entscheiden könne (Stein-Jonas, Anm. VI 5; Baumhach, Anm. 8 zu § 349 ZPO.; Püschel, Der Einzelrichter S. 49).

Diese Auffassung hält sich aber allein an den Wortlaut des Gesetzes; sie wird seinem Sinn und Zweck nicht gerecht. Nach § 349 Abs. 3 ZPO. kann der Einzelrichter auch außerhalb der Voraussetzungen einer Entsch. nach Lage der Akten den Rechtsstreit durch Urteil entscheiden, wenn beide Parteien damit einverstanden sind. Diese Befugnis ist aber ausdrücklich auf Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche eingeschränkt. Der Einzelrichter darf also in einem nichtvermögensrechtlichen Rechtsstreit ein Urteil nicht erlassen, auch wenn beide Parteien es nach mündlicher Verhandlung übereinstimmend beantragen. Dann wäre es aber widerspruchsvoll und ohne jeden Sinn, wenn der Einzelrichter die Befugnis hätte, in einem derartigen Rechtsstreit ein Urteil nach Lage der Akten zu erlassen, das, ohne die gleiche Gewähr für die Güte der Entsch. zu bieten, einem auf Grund mündlicher Verhandlung ergehenden Urteil in seinen Wirkungen völlig gleichsteht. Die Einschränkung der Entscheidungsbefugnis des Einzelrichters auf vermögensrechtliche Ansprüche in Abs. 3 des § 349 ZPO. würde ihre Bedeutung verlieren, wenn sie nicht auch für Entsch. nach Lage der Akten gelten würde. Die Parteivertreter könnten dann unter offensichtlicher Umgehung des Ges. die Entsch. durch den Einzelrichter dadurch herbeiführen, daß sie absichtlich die Voraussetzungen für eine Entsch. nach Lage der Akten schaffen. Das kann nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Vielmehr muß aus der Vorschrift des § 349 Abs. 3 ZPO. gefolgert werden, daß der Einzelrichter in einem Rechtsstreit, den er nicht einmal im Einverständnis beider Parteien entscheiden darf, erst recht nicht zu einem Urteil nach Lage der Akten befugt ist. Der Sinn des Gesetzes kann nur der sein, daß nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten wegen ihrer besonderen Bedeutung schlechthin nur vom Prozeßgericht, nicht auch vom Einzelrichter entschieden werden dürfen (übereinst. Reinberger: Recht 1924, 496).

(RG., Urt. v. 25. April 1930, 28 U 1440/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Braß, Berlin.

\*

**8. § 771 ZPO.** Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens werden Wohnungseinrichtungsgegenstände, wie das hier gepfändete Klavier, regelmäßig von den Eltern zu persönlichem Eigentum angeschafft, auch wenn sie vorwiegend oder ausschließlich den Kindern zur Benutzung dienen oder zu deren späteren Ausstattung bestimmt sind.

(RG., 15. ZivSen., Beschl. v. 10. Mai 1930, 15 W 4874/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Leonhard Kirsch, Berlin.

\*

**9. § 850 Abs. 4 ZPO.** Bei der Entscheidung über den Antrag des unehelichen Kindes auf Pfändung des Arbeitslohnes des Erzeugers sind für den in Berlin wohnenden Schuldner 30 M wöchentlich und für seine Ehefrau weitere 10 M wöchentlich als unpfändbar anzusehen. (Brutto- oder Netto-Lohn.)

Der beschließende Senat hat allerdings im Beschl. v. 31. Okt. 1929: ZB. 1930, 416 ausgeführt, daß bei der Berechnung des pfändbaren Teiles des Arbeitslohnes der Bruttolohn zugrunde zu legen sei.

**Zu 9. 1.** Der Beschluß ist in seinem Aufbau verfehlt. Denn er erweckt den Anschein, als sei es notwendig, eine Ausnahme von der eingangs erwähnten Entsch. ZB. 1930, 416 zu machen. In Wirklichkeit liegt aber kein Ausnahmefall vor, vielmehr scheidet in den Fällen des § 850 Abs. 4 ZPO. die ganze Streitfrage, Bruttolohn oder Nettolohn, völlig aus. Denn wenn überhaupt keine Pfändungsbeschränkungen bestehen, wie bei den Verwandten und Ehegatten, ist diese Frage völlig gleichgültig. Genau so ist es aber bei dem Pfändungsvorrecht des unehelichen Kindes. Hier ist lediglich zu ermitteln, welcher Betrag dem Schuldner als notwendiger Unterhalt belassen werden muß, und hierfür ist die Höhe des Gesamteinkommens ganz gleichgültig.

**2.** Ob der Beschluß für den Einzelfall im Ergebnis das Richtige trifft, ist aus dem kurzen Auszug nicht mit Sicherheit zu ersehen. Bedenklich erscheint aber der aus dem vorletzten Satz zu entnehmende Grundsatz, regelmäßig für Berliner Verhältnisse, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, einen festen Satz von wöchentlich 30 R.M. zuzubilligen. Diese grundsätzliche Gleichbehandlung ist

Dieser Beschluß bezog sich aber nur auf Pfändungen, die gemäß § 850 Ziff. 1 ZPO. erfolgen. Im vorliegenden Fall ist Gläubiger ein uneheliches Kind des Schuldners. Gemäß § 850 Abs. 4 ZPO. muß in diesem Sonderfall dem Schuldner der Arbeitslohn insoweit belassen werden, als er ihn zur Bestreitung seines eigenen notwendigen Unterhalts und zur Erfüllung der ihm seiner Ehefrau gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht braucht. In solchem Fall ist der Senat nicht von dem Bruttolohn ausgegangen, sondern hat es darauf abgestellt, welchen Betrag netto der Schuldner für seinen eigenen notwendigen und für den standesmäßigen Unterhalt seiner Frau braucht. Unter den gegenwärtigen Wirtschaftsverhältnissen billigt der Senat, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, für Berlin dem Schuldner wöchentlich 30 RM für den notwendigen Unterhalt und einen Betrag von 10 RM als Beitrag zu dem standesmäßigen Unterhalt der Ehefrau zu.

(RG., 8. Zivilsen., Beschl. v. 3. Juni 1930, 8 W 5053/30.)

Mitgeteilt von Justizinspektor Proft, Berlin.

\*

**10.** § 857 ZPO. Eine zum Patent angemeldete Erfindung ist ein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensrecht. †)

Der Ansicht des OLG., daß es sich bei der noch nicht zum Patent angemeldeten gewerblichen Erfindung um kein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensrecht handelt, kann nicht beigetreten werden. Vielmehr ist mit Isay, PatG., 4. Aufl.,

gefehwidrig. Wenn man auch selbstverständlich den Unterschied zwischen dem notwendigen und dem standesgemäßen Unterhalt nicht verwechseln darf, so kann man nicht an der Tatsache vorbeigehen, daß der notwendige Unterhalt je nach den Lebensverhältnissen ganz verschieden zu bewerten ist. Die Rechtslehre (vgl. Stein-Jonas II, 3 zu § 850; Dertmann, Die Gesetzgebung über Lohn- und Gehaltsbeschlagnahme, 1922, S. 77; Meyer, Beschlagnahme, 1927, S. 125/26; Langenbach: ZW. 1928, 924<sup>6</sup> Anm.) stimmt darin überein, daß unter Ausschreibung von Standesansehungen auf die Lebensweise, die Lebensgewohnheiten, körperliche und geistige Beschaffenheit, Rücksicht genommen werden muß. Mit Recht sagt z. B. Dertmann a. a. O., daß der Schuldner keinesfalls Anspruch darauf hat, in einer höheren Wagenklasse zu fahren oder sich nach der Mode zu kleiden. Man wird aber nicht um die Tatsache herumkommen, daß z. B. ein Handarbeiter schließlich auch eine Zeitlang mit einem stark gestickten Rock über die Straße gehen kann, während dies eben für einen Arzt unmöglich ist. Man wird auch darauf Rücksicht nehmen müssen, in welcher Wohnung der Schuldner lebt. Denn selbst, wenn man einem bisher Gutgewöhnten wird annehmen können, in eine höchst bescheidene Wohnung umzuziehen, so wird dies bei der augenblicklichen Lage des Wohnungsmarktes vielfach auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen.

3. Das gleiche grundsätzliche Bedenken steigt auf, wenn das OLG. ebenfalls allgemein für den Regelfall einen festen Beitragssatz von 10 RM für den standesgemäßen Unterhalt der Ehefrau aufstellt. Wenn man schon bei der Bestimmung des notwendigen Unterhalts Unterschiede machen muß, wieviel weniger darf man bei dem standesmäßigen Unterhalt der zu schützenden Unverwandten diese Unterschiede verwischen und alles über einen Kamm scheren wollen. Es kann ja sein, daß das OLG. jeweils in den Einzelfällen unter Berücksichtigung der „besonderen Umstände“ zu einem angemessenen Ergebnis kommt, dies ändert aber nichts daran, daß seine Begründungsweise verfehlt ist.

RM. Ernst Langenbach, Darmstadt.

Zu 10. In Rechtslehre und Spr. ist unbestritten, daß das Patentrecht der Zwangsvollstreckung unterliegt. Ebenso hat das RG. 52, 227 ff. mit Recht dargelegt, daß der aus der Anmeldung entspringende Anspruch auf Patenterteilung gepfändet werden kann. Vorliegende Entsch. ist nun insofern interessant, als sie m. W. die erste ist, welche die Pfändbarkeit des Erfinderrechts als solchen bejaht. Die entgegengesetzte Meinung wurde vertreten durch OLG. Köln: OLG. Spr. 5, 133, und ist auch in dem Schrifttum die bei weitem vorherrschende. Nur wenige Schriftsteller hatten bisher die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in das Erfinderrecht selbst angenommen (vgl. außer den in der Entsch. Angeführten noch Risch, Handb. des Patentr. S. 56; Wertheimer: ZJ. 1908, 279, 282, 352; Stern-Dyppenheimer, Komm. z. PatG. Nr. 31, 10; Kent, § 1 Nr. 271; Cantor, Gebr. Mus. G., § 4 Nr. 30d). In neuester Zeit hat sich mit ausführlicher Begründung für die gleiche Ansicht ausgesprochen Risch, Das Recht der Erf. 1930, 91 ff., wofür der Stand der Frage vollständig dargelegt wird.

Diese Ansicht scheint mir in der Tat den Vorzug zu verdienen. Daß schon auf Grund der Erfindung und schon vor der Anmeldung ein Recht des Erfinders besteht, dürfte wohl mit Sicherheit anzunehmen sein. Daß dieses Recht schon jetzt einen Vermögenswert haben kann, ist ebenso sicher. Weiterhin steht fest, daß dieses Recht an die Person des Erfinders nicht gebunden ist. Es geht

Auf § 1 und 2, Anm. 19 und Klein: Ztschr. f. Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1908, 210 das Gegenteil anzunehmen. Daß der Anspruch des Erfinders nach der Patentanmeldung, wie er sich aus den §§ 3, 6 PatG. ergibt, dem Zugriff der Gläubiger unterliegt, hat RG. 52, 227 ff. mit überzeugender Begründung ausgesprochen. Über die Frage, ob ein solcher Zugriff auch schon vor der Patentanmeldung zulässig ist, verhält sich die Entsch. nicht. Die Zulässigkeit der Vollstreckung hängt davon ab, ob es sich auch in diesem Stadium schon um ein wenigstens der Ausübung nach übertragbares Vermögensrecht handelt (§ 857 ZPO.). Diese Frage ist jedenfalls für den Fall einer Erfindung, die nicht mehr lediglich im Kopf des Erfinders existiert, sondern die bereits in eine äußere Erscheinungsform (Zeichnungen, Modelle) gebracht ist, welche die Absicht der Verwertung erkennen läßt, zu bejahen.

(RG., Ur. v. 2. Mai 1930, 6 U 86,30.)

\*

### Breslau.

**11.** § 109 ZPO. ist nicht anwendbar, wenn die zunächst nur gegen Sicherheitsleistung bewilligte Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 707, 719 ZPO. später schlechthin erfolgt.

Die Veranlassung zur Sicherheitsleistung ist nicht dadurch weggefallen, daß nunmehr auf Antrag des Bekl. die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem angefochtenen Urteil, die zunächst nur

auf dessen Erben über. Es unterliegt schon in diesem Stadium einer Verwertung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden: Es können mit Bezug auf dasselbe Kaufverträge, Lizenzverträge u. dgl. geschlossen werden. Weiterhin könnte es doch wohl mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belastet werden. Nach alledem liegt es nahe, anzunehmen, daß es auch von einem Gläubiger des Erfinders gepfändet werden kann. Übrigens wäre für die Statthaftigkeit der Vollstreckung in das Recht nicht einmal die Übertragbarkeit dieses Rechtes selbst erforderlich, vielmehr würde genügen, daß die Ausübung auf einen anderen übertragen werden kann, was doch wohl zweifellos bei dem Erfinderrechte zutrifft.

Man hat sich demgegenüber berufen auf das höchst persönliche Element in dem Erfinderrechte; allein mit demselben Argumente könnte man auch die zweifellos zulässige Pfändung des erteilten Patentes für unstatthaft erklären wollen. Ebenjowenig schlägt der Gesichtspunkt durch, daß die persönliche Tätigkeit des Schuldners der Zwangsvollstreckung nicht unterliege (OLG. Köln a. a. O.); denn es handelt sich nicht um diese allgemeine Tätigkeit, sondern um ein Produkt derselben, nämlich um ein wohlervorbereitetes konkretes Vermögensrecht des Schuldners an der Erfindung. Wenn man ferner die Unantastbarkeit der Geheimnisse des Erfinders ins Feld führt, so ist zu bemerken, daß dieser Gesichtspunkt jedenfalls dann ausscheiden müßte, wenn der Gläubiger auf irgendeinem Wege von dem Inhalt der Erfindung Kenntnis erlangt hat. Erst recht würde dieses Bedenken wegfallen, wenn man mit Isay, Risch u. a. annimmt, daß sich der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung diese Kenntnis zu verschaffen vermag, sei es durch Erzwingung der Herausgabe etwa vorhandener körperlicher Unterlagen (schriftliche oder zeichnerische Darstellungen, Modelle usw.), sei es durch Erzwingung von Mitteilungen nach den Regeln der Vollstreckung unvertretbarer Handlungen (§ 888 ZPO.). Daß der Erfinder die Entsch. darüber behalten soll, ob seine Erfindung geheim bleiben oder veröffentlicht werden soll (OLG. Köln a. a. O.), kann gegenüber dem Interesse des Gläubigers an der Befriedigung aus dem schuldenrechtlichen Vermögen nicht durchgreifen; auch sonst muß das Interesse des Schuldners an der Geheimhaltung seiner Vermögensobjekte zurücktreten hinter dem Vollstreckungsinteresse des Gläubigers. Daß die Urheberrechte an Schriftwerken, Tonwerken, Bildwerken, solange sie dem Urheber selbst zustehen, nur mit dessen Einwilligung der Vollstreckung unterliegen, ist eine singuläre Vorschrift, die zudem die Vollstreckbarkeit lediglich einschränkt und gerade dadurch ihre grundsätzliche Möglichkeit bestätigt.

Nur eines ist zuzugeben: Wenn die Erfindung nicht irgendwie in einer sachlichen Unterlage verkörpert ist, kann die Vollstreckung mancherlei tatsächlichen Schwierigkeiten unterworfen sein. Aber daraus folgt keineswegs ihre rechtliche Unzulässigkeit. Auch ist selbstverständlich eine fertige Erfindung vorausgesetzt. Denn erst mit ihr ist ein Erfinderrecht entstanden. Schließlich ist zu beachten, daß die Form der Pfändung die gewöhnliche ist (nur, daß der Pfändungsbeschluß schon mit dem gerichtlichen Verfügungsverbot an den Schuldner wirksam wird, § 857 ZPO.), und daß ebenso die Verwertung des gepfändeten Erfinderrechtes den allgemeinen Regeln der ZPO. unterliegt: also je nachdem Überweisung auf den Gläubiger oder, wenn dies mit besonderen Schwierigkeiten verbunden wäre, irgendeine andere vom Gerichte beliebte Form, etwa Veräußerung oder Einsetzung einer Zwangsverwaltung (§ 844).

Geh. RM. Prof. Dr. W. Risch, München.

gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 200 M angeordnet worden war, schließlich erfolgt ist. Denn die Veranlassung zur Sicherheitsleistung besteht in der Möglichkeit des Schadens, der dem Gegner aus der Durchführung einer vorläufigen Maßregel, hier der Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile, erwachsen kann, wenn diese sich als ungerechtfertigt erweist (vgl. Stein-Jonas, Anm. III zu § 109). Dies ist aber nur der Fall, wenn das Urteil selbst, dessen Vollstreckung durch die Einstellung abgewendet werden soll, aufgehoben wird. Von der Leistung einer Sicherheit ist der Bekl. nicht deshalb befreit worden, weil für den Kl. aus der Einstellung der Zwangsvollstreckung kein Nachteil entstehen kann, sondern weil der Bekl. sich zur Leistung einer Sicherheit außerstande erklärt hat und ihm bei der Vermögenslosigkeit des Kl. die Vollstreckung einen nicht wieder zu ersetzenden Schaden verursachen würde. Nachdem der Bekl. aber bereits vor Erlass dieses Beschlusses die festgesetzte Sicherheit geleistet hatte, kann er nicht auf Grund des zweiten Beschlusses, welcher die Einstellung ohne Sicherheit anordnete, die Einwilligung des Kl. in die Rückzahlung der Sicherheit verlangen.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 19. Mai 1930, 17 U 1423/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

\*

### Karlsruhe.

**12.** § 929 Abs. 2 ZPO. Auch nach Ablauf der Einmonatsfrist muß der Schuldner den Offenbarungseid leisten. †)

Das OLG. K. hat, nachdem die auf Grund eines am 2. Jan. 1930 erlassenen Arrestbefehls des OLG. K. am 6. Jan. 1930 vorgenommene Fahrnispfändung ungenügend ausfiel, den Schuldner am 29. Jan. 1930 zur Leistung des Offenbarungseides auf 6. Febr. 1930 geladen. Der Widerspruch des Schuldners wurde verworfen.

„... Der Senat schließt sich der vom OLG. bekämpften Entsch. des 2. Zivilsen. ZBS 72/25 v. 16. Juli 1925: BadNbr. 1927, 6 an. Die Leistung des Offenbarungseides kann auch nach Ablauf der Frist des § 929 ZPO. erfolgen. Die Annahme des OLG., die Leistung des Eides könne von dem Gläubiger nicht mehr nach Ablauf der Frist ausgemertet werden, trifft nicht zu. Denn anfänglich der Vollstreckung eines in der Hauptsache zugunsten des Gläubigers ergehenden Ur. kann diese Auswertung sehr wohl erfolgen. Daß sie für die Arrestvollstreckung ohne praktische Bedeutung ist, trifft zu, ist aber unerheblich. Denn in der Arrestvollstreckung kann der Gläubiger auch mit einem unmittelbar vor Ablauf der Frist nach Ansicht des OLG. zulässigerweise erzwungenen Offenbarungseides praktisch nichts anfangen. Gegen die Auffassung des OLG. spricht auch, daß nach ihr die Zulässigkeit der Eideserzwingung davon abhängig wäre, auf wann das Vollstreckungsgericht den Eidesleistungstermin ansetzt und die Zulässigkeit nicht davon abhängig sein kann, ob es der Gläubiger mit einem viel beschäftigten oder mit einem weniger beschäftigten OLG. zu tun hat.“

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 4. Juni 1930, IV ZBS 90/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Frix Oppenheimer, Karlsruhe.

\*

**Zu 12.** Die Entsch. ist sicherlich praktisch erwünscht. Freilich wird die Meinung vertreten, die Zufstellung der Ladung genüge nicht (vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen im Schrifttum und der Rechtspredung bei Stein-Jonas: § 929 Anm. 16). Aber es liegt im Interesse der Praxis, die Möglichkeit der Vollziehung nicht davon abhängig zu machen, auf welchen Tag Termin angelegt wird und ob der Schuldner der Eidesleistungspflicht genügt. Freilich mag dann der Gläubiger nicht mehr in der Lage sein, in Vermögensbestanteile, die durch die Eidesleistung ermittelte sind, aus dem Arrestbefehl zu vollstrecken; aber die Eidesleistung selbst ist eine Vollstreckungsmaßnahme.

Geh. RA. Dr. Heilberg, Breslau.

**Zu 13. A.** Anm. Dertmann, ebenda.

**B.** Anm. Buchmann: JW. 1930, 1090.

**C.** Anm. OLG. Münzel: JW. 1930, 2234.

**D. 1.** Es ist richtig, daß die Vergünstigungen des § 811 dem Schuldner aus Gründen öffentlichen Wohles und zur Vermeidung von Kaufpfändungen mit der Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz gegeben sind. Der Zweck des öffentlichen Interesses aber gibt noch kein öffentlich-rechtliches Recht des Schuldners auf Gebrauch und Benützung der unentbehrlichen Pfandsache, das von dem privatrechtlichen Recht auf Benützung und Gebrauch vollkommen getrennt ist.

Es ist allerdings richtig, daß das Zwangsvollstreckungsrecht der ZPO. in der Pfändung durch den staatlichen Vollstreckungsbeamten auch einen Staatsakt, also etwas Öffentlich-rechtliches darstellt und in der Wirkung der staatlichen Vollstreckung etwas Öffentlich-

### Königsberg.

**13.** § 811 ZPO. Die Unentbehrlichkeit des Pfandstücks kann auch gegenüber dem pfändenden Eigentümer geltend gemacht werden. †)

(OLG. Königsberg, 5. Zivilsen., Beschl. v. 30. Mai 1929, 7 W 472/29.)  
Abgedr. JW. 1930, 177<sup>18</sup>.

\*

rechtliches neben der privatrechtlichen Wirkung des Verfügungs- und Veräußerungsverbotens für den Schuldner erzielt (Stein-Jonas § 803 II 1), aber das Recht des Schuldners aus § 811 ZPO. ist rein prozessrechtlicher Natur (ebenda § 811 Anm. I). Der Schuldner kann über die unentbehrliche Sache frei verfügen und also kann er auch auf das Recht der Unpfändbarkeit Verzicht leisten, das ja nur die Entziehung eines bürgerlich-rechtlichen Pfandrechtes und eines staatlichen Gewaltaktes gegen den Willen des Schuldners verhindern soll. Das ist heute anerkanntes Recht (für § 811 Ziff. 1 nur in RG. 72, 184 = JW. 1910, 88 bestritten, im übrigen auch vom RG. anerkannt; vgl. Stein-Jonas § 811 A. 1 und Note; Sydow-Busch § 811 A. 2). Diese prozessrechtliche Vergünstigung kann und muß aber automatisch mit dem Nichtvorhandensein oder Wegfall seiner materiellen Grundlage fallen, welche für unsere Frage den Angelpunkt im Recht oder Nichtrecht auf Gebrauch und Benützung einer unentbehrlichen Sache hat, denn der Inhalt des geschützten Rechtes ist das privatrechtliche Recht auf Gebrauch und Benützung der unentbehrlichen Sache, nicht etwa die Unentbehrlichkeit der Sache „an sich“. Ist dem Schuldner aber das Recht auf Gebrauch und Benützung privatrechtlich entzogen, so kann er auch prozessrechtlich das Recht auf Benützung und Gebrauch dem Gläubiger gegenüber nicht geltend machen, der ihm rechtmäßig dieses Recht entzogen hat.

2. Es ist richtig, daß ein Vollstreckungstitel auf Zahlung eines Kaufpreises nicht von selbst in einen Anspruch auf Grund Rücktrittes vom Vertrage oder auf Schadensersatz sich umwandelt. Aber das formelle Recht, auf Grund eines einmal erwirkten Vollstreckungstitels auf Zahlung des Kaufpreises pfänden zu lassen, besteht so lange, als nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage (nach § 767 ZPO.) bei rechtskräftigen Urteilen, der Berufung oder des Einspruches bei nichtrechtskräftigen Urteilen die Einwendungen gegen den urteilsmäßigen Anspruch geltend gemacht und durchgesetzt worden sind.

Der Gläubiger kann daher auf Grund seines Vollstreckungstitels auf den Kaufpreis so lange vollstrecken, als nicht durch Vollstreckungsgegenklage, Einspruch oder Berufung mit Zwischenwirkung einer Prozeßverordnung die Zwangsvollstreckung gehemmt wird, auch wenn tatsächlich das Urteil auf den Kaufpreis keine materiellrechtliche Grundlage mehr hat. Dagegen entfällt mit der materiellen Grundlage des Rechtes auf Gebrauch und Benützung einer Sache, wenigstens gegenüber dem pfändenden Eigentümer, auch das prozessrechtliche Recht auf Geltendmachung der Unpfändbarkeit, zunächst auf dem Wege der Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach § 766 ZPO. Das OLG. München entscheidet aber nur über die Frage auf Grund des § 766 ZPO. und wird daher durch die Ausführungen Münzels nicht widerlegt.

Ob es für den Schuldner zweckmäßig ist, Einwendungen gegen den Klageanspruch selbst zu erheben, auch wenn die Kaufpreisforderung weggefallen ist, dürfte die Zweckmäßigkeit des einzelnen Falles entscheiden, denn dem Schuldner ist (in der Regel wenigstens) damit nicht gebietet, daß seine Vollstreckungsgegenklage usw. zwar dem Grunde nach anerkannt wird, an Stelle seiner Verpflichtung aber dem Gläubiger ein Schadensanspruch oder ein Herausgabeanspruch oder beides zusammen zugebilligt wird, denn der Gläubiger hat in diesem Falle das Recht einer zulässigen Klageänderung der ursprünglichen Klage nach diesen Richtungen.

3. Diese objektive Zweckmäßigkeit und das berechtigte Interesse richtet sich natürlich nach dem wirtschaftlichen Interesse, das auch für den dritten Punkt der Ausführungen Münzels über den Fall der Abzahlungsgehalte und der exceptio doli gilt. Die quaestio facti wird auch bezüglich der Beurteilung der Entsch. in JW. 1929, 1508 (OG. Gera) eine Rolle spielen müssen, worin ein Eigentumsvorbehalt oder Rücktritt vom Vertrag nicht gefordert ist, sondern ganz allgemein die Arglist angenommen wird, wenn gegen die Kaufpreisforderung die Unentbehrlichkeit der gepfändeten Sache geltend gemacht wird. Über diese Fragen müssen die Ansichten Münzels geteilt werden.

Die exceptio doli kann dem Einwand des Pfandschuldners nur entgegengehalten werden, wenn er kein berechtigtes Interesse haben kann, den Einwand zu bringen. Ein solches berechtigtes Interesse ist natürlich vorhanden, wenn etwa bei einem Abzahlungsgehalt nach Rücktritt vom Vertrag ein überwiegender Rückgewahranpruch für bereits geleistete Zahlungen besteht, nicht aber, wenn beispielsweise der ganze oder überwiegende Teil des Kaufpreises ungetilgt ist. Daß es in diesem Punkte auch Grenzfälle geben kann, ist klar.

RA. Dr. Buchmann, Regensburg.

## München.

14. § 1042 ZPO. Die österreichischen Börsenschiedsgerichte sind Sondergerichte, keine Schiedsgerichte. Ausländische Schiedsprüche können nicht im Beschlußverfahren für vollstreckbar erklärt werden.

Die Vollstreckbarerklärung durch Beschl. gem. § 1042 ZPO ist auf Schiedsprüche beschränkt. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Spruch des Börsenschiedsgerichts in Triest als Schiedspruch zu erachten ist. Die Einrichtung beruht auf dem österreichischen BörG. v. 1. April 1875 und ist durch Art. XIII des EinG. zur österr. ZPO. v. 1. Aug. 1895 nach Maßgabe der dort getroffenen Bestimmungen aufrecht erhalten worden. Die Zuständigkeit ist teilweise auf Grund gesetzlicher Ermächtigung durch das Statut zwingend vorgeschrieben, teilweise kann sie gem. Art. XIV ÖZPO. auf Geschäfte bestimmter Art ausgedehnt werden, wenn sich beide Teile beim Abschluß oder vor Abwicklung des Geschäfts in einem schriftlichen Schiedsvertrag dem Ausspruch des Schiedsgerichts unterworfen haben (vgl. Reumann, Komm. zu den österr. Zivilprozeßgesetzen S. 329 ff.). Um einen Fall dieser erweiterten Zuständigkeit hat es sich beim Spruch v. 24. Juni 1929 gehandelt. Der Antragsteller hat die erforderliche schriftliche Unterwerfung behauptet. Die Antragsgegnerin hat hiergegen Einwendungen erhoben. Das Schiedsgericht hat diesen Einwand gerühmt und seine Zuständigkeit angenommen.

Die rechtliche Natur der österr. Börsenschiedsgerichte ist bestritten (wird ausgeführt).

Sonach kann die Anschauung, daß die österr. Börsenschiedsgerichte Sondergerichte sind, als die herrschende bezeichnet werden. Der Sen. trägt kein Bedenken, sich dieser Auffassung, die insbes. auch von der österr. Bundesregierung und vom BayObLG. vertreten ist, anzuschließen, und zwar auch soweit es sich um die erweiterte Zuständigkeit handelt, weil die schriftliche Unterwerfungserklärung der Parteien nur eine Voraussetzung für die auf Gesetz und Statut beruhende Zuständigkeit ist und daher höchstens mit der Vereinbarung einer Zuständigkeit, aber nicht mit der Schiedsgerichtsabrede verglichen werden kann.

Trotzdem Triest nunmehr zum italienischen Staatsgebiet gehört, bleiben unbefristeternormen die österr. Vorschriften bis zum 1. Juli 1929 unverändert in Kraft. Der Schiedspruch wurde aber schon am 24. Juni erlassen und am 27. Juni 1929 registriert. Das Wesen der Einrichtung, das sich aus der rechtlichen Regelung ergibt, hat daher bis zum 1. Juli 1929 keine Änderung erfahren. Das Börsenschiedsgericht in Triest war mindestens bis zu diesem Zeitpunkt ein italienisches Sondergericht, ebenso wie es vorher ein österr. war. Nur der Vertrag über Rechtsschutz und Rechtshilfe mit der Republik Österreich v. 21. Juni 1923 (RGBl. 24 II, 55), insbes. dessen Art. 19 Abs. I und II kann keine Anwendung auf Ansprüche dieses Schiedsgerichts finden, weil er sich nur auf das österr. Staatsgebiet erstreckt.

Nach dem Dargelegten ist also für die Anwendung des § 1042 ZPO. kein Raum.

Die Beschwerde ist auch aus einem weiteren Gesichtspunkt begründet: RG. 116, 193<sup>1</sup>) hat grundsätzlich ausgesprochen, daß gegen ausländische Schiedsprüche die Aufhebungsklage nicht zulässig ist. Es hat in seiner Entsch. v. 7. Febr. 1928 (ZB. S. 1223) an dieser Auffassung festgehalten, selbst auf die Gefahr hin, daß sie eine Einschränkung der Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedsprüche zur Folge haben sollte. Ein Abgehen von dieser Rechtsauffassung ist wohl kaum zu erwarten, mindestens muß ihr inzwischen Rechnung getragen werden. Stein-Jonas (Anm. IX 3 zu § 1042 ZPO.) hat hieraus die Folgerung gezogen, daß wegen des engen inneren Zusammenhangs der Aufhebungsklage mit dem Beschlußverfahren dieses dann ebenfalls nicht angewendet werden könne, weil es unbillig wäre, dem Gläubiger Schutz zu gewähren, ihn aber dem Schuldner zu versagen. Jonas hat diesen Standpunkt in ZB. 1927, 1297 noch eingehend begründet. Auch Sauerländer (ZB. 1928 Sp. 521) muß den inneren Zusammenhang beider Vorschriften und die Möglichkeit von Schwierigkeiten, wenn das ausländische Recht keine entsprechenden Rechtsbehelfe kennt, zugeben. Es ist jedoch bedenklich, die Zulässigkeit des Beschlußverfahrens von letzterem Gesichtspunkt abhängig zu machen. Einen vollen Erfolg für § 1041 ZPO. werden die ausländischen Rechtsbehelfe nahezu niemals bieten. Namentlich die Frage, ob die Bornahme einer Handlung verboten ist (§ 1041 ZPO.) wird, auch wenn das ausländische Recht eine gleichlautende Vorschrift enthält, nicht nach deutschem, sondern nach ausländischem Recht entschieden. Auch bei der Beurteilung der übrigen Aufhebungsgründe kann es von Bedeutung sein, ob sie nach den deutschen rechtlichen, sittlichen und wirtschaftlichen Anschauungen gewürdigt werden. In den allermeisten Fällen wäre es zumindest zweifelhaft, ob die ausländischen Rechtsbehelfe als gleichwertig zu erachten sind. Der Gläubiger wäre also vor die schwierige Frage gestellt, ob er den Weg des Beschlußverfahrens oder den der Leistungsklage zu wählen hat. Er müßte in hohem Maße mit der Gefahr rechnen, daß ihm unnötige Kosten erwachsen und daß sich durch die Wahl eines falschen Weges die Vollstreckung erheblich verzögert. Mit Recht weist deshalb

Steiner in der Zeitschrift für Schweiz. Recht (47, 320) darauf hin, daß die von Jonas vertretene Auffassung auch deshalb zu billigen ist, weil sie den Vorzug der Klarheit und Einheitslichkeit hat. Demgemäß richten sich die Ausführungen Sauerländers auch mehr gegen die Rpr. des RG. als gegen die von Jonas hieraus gezogene Folgerung. Leo (ZB. 1928, 1453) muß einräumen, daß vom Standpunkt der reichsgerichtlichen Rpr. aus die Vollstreckbarerklärung nicht möglich sei, weil der Schuldner keinen genügenden Schutz genießt. Er bekämpft deshalb die Rechtsauffassung des RG. Er bemerkt mit Recht, daß eine Aufhebungsklage unter Umständen im Auslande ausgeschlossen sein kann, weil der Schiedspruch nach ausländischem Recht sogar nichtig ist. Risch zieht in ZB. 1928, Sp. 1375 zwar nicht die Folgerung, daß die beschlußmäßige Vollstreckbarerklärung unzulässig sei, hebt jedoch ebenfalls die bedenkliche Lage hervor, in die der Schuldner kommen kann. Mahn (ZB. 55, 114) wird den Schwierigkeiten nicht gerecht. Ruffbaum (Intern. Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen I, 29) konnte der Rpr. des RG. noch nicht Rechnung tragen. Meurer geht in seiner Abhandlung zum Problem der ausländischen Schiedsprüche (ZAusl-ZurPr. N. 3, 49 ff.) von der Ablehnung der reichsgerichtlichen Rpr. aus. Nord (HansRZ. 1928, 91) erkennt die Ablehnung des Beschlußverfahrens als eine — allerdings unerwünschte — Folge der Rpr. des RG. an. Der Beschl. des RG. v. 30. März 1928 (ZB. S. 1871) geht ebenfalls davon aus, daß das Beschlußverfahren nach § 1042 ZPO. zum Schutz des Schuldners nicht ausreicht. Seine Auffassung, daß die Aufhebungsgründe des § 1041 im Beschlußverfahren zu prüfen seien, findet im Gesetz keine Stütze und benachteiligt insofern den Schuldner, als diesem die Rechtssicherheiten des Prozeßverfahrens und die gegen den Urteilspruch zustehenden Rechtsmittel verloren gehen, ein Nachteil, der durch die Beschwerde nicht voll ausgeglichen wird.

Der Sen. erachtet für notwendig, daß dem Schuldner bei der Vollstreckbarerklärung von Schiedsprüchen der volle Schutz des § 1041 ZPO. gewährt bleibt. Durch die Einführung des Beschlußverfahrens sollten seine Rechte nicht verkürzt werden. Die allenfallsige Möglichkeit, bei ausländischen Gerichten Einwendungen gegen den Schiedspruch geltend zu machen, ist kein vollwertiger Ersatz der Aufhebungsklage. Wenn die deutschen Gerichte dem Gläubiger nach deutschem Recht zur Vollstreckung in Deutschland die Hand reichen, so müssen sie auch dem Schuldner nach Maßgabe der deutschen ZPO. Schutz gewähren. Es kann daher, wie schon dargelegt, nicht genügen, wenn das ausländische Recht ähnliche Rechtsbehelfe vorsieht. Die Frage kann vielmehr nur grundsätzlich und nicht nach der Lage des einzelnen Falles entschieden werden. Der Vergleich der Rechtsbehelfe miteinander wäre meist schwierig; die Grenze wohl immer flüchtig. Dadurch würde auch für den Gläubiger eine unerwünschte Unsicherheit geschaffen. Der Ausschluß des Beschlußverfahrens beeinträchtigt daher — von Ausnahmefällen abgesehen — auch nicht die Belange der Gläubiger. Die Erfüllungsklage wird, wenn gegen den Schiedspruch kein Bedenken besteht, meist schnell zum Ziele führen. Werden jedoch Einwendungen gegen den Schiedspruch vorgebracht, so können die berechtigten Interessen des Schuldners, da ihm die Aufhebungsklage versagt ist, nur auf diesem Wege gewahrt werden. Die Zuverlässigkeit der ausländischen Schiedsprüche darf nicht überschätzt werden (vgl. Nord a. a. O.). Gegen den Schiedspruch des Triester Börsenschiedsgerichts v. 24. Juni 1929 ist eingewendet, daß er unzulässig war. Die Nachprüfung dieser Frage kann der Antragsgegnerin nicht abgeschnitten werden. Daß das ausländische Schiedsgericht seine Zuständigkeit angenommen hat, kann für die Vollstreckung in Deutschland nicht maßgebend sein. Der auf § 1042 ZPO. gestützte Antrag ist daher auch aus diesem Grunde abzuweisen.

Das Genfer Protokoll v. 24. Sept. 1923 über die Schiedsklauseln im Handelsverkehr (RGBl. 25 II S. 47) regelt in Nr. 3 nur die Vollstreckung inländischer Schiedsprüche. Die weiteren zwischenstaatlichen Verhandlungen haben noch zu keinem abschließenden Ergebnis geführt. Die aus der Rpr. des RG. sich ergebende Folgerung mag für den zwischenstaatlichen Verkehr wenig erwünscht sein. Das RG. hat sich damit abgefunden. Allenfallsige Zweckmäßigkeitserwägungen müssen zurücktreten, wenn es gilt, Gläubiger und Schuldner gleichzustellen und dem Schuldner den ihm nach Recht und Billigkeit zukommenden Schutz zu gewähren. Die zwischenstaatlichen Belange werden am besten durch den Abschluß eines Abkommens gewahrt. Dieser Weg ist schon beschritten und wird voraussichtlich weiter verfolgt.

(Ostb. München, 1. 3ten Sen., Beschl. v. 4. Juni 1930, Beschw. Neg. 652/30 I)

Mitgeteilt von M. Koblenzer, München.

## Rauenburg.

15. §§ 103, 788 ZPO. Zuständigkeit des Prozeßgerichts zur Festsetzung der Kosten der Zwangsvollstreckung.

Die Kl. hat bei dem Prozeßgericht die Festsetzung von Kosten beantragt, die ihr in dem auf Grund des vollstreckbaren Urk. v. 5. April 1929 gegen die Bevl. betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren entstanden sind. Der Urkundsbeamte hat den Antrag ab-

1) ZB. 1927, 1311.

gelehnt, weil „die Kosten eines Zwangsversteigerungsverfahrens nicht den Vorschriften der ZPD. unterliegen, auf sie die landesgesetzlichen Gebührenvorschriften Anwendung fänden und deshalb ihre Festsetzung im Prozeßverfahren nicht erfolgen könne“. Die Erinnerung hat das LG. unter Hinweis auf Baumbach, Kostengesetz, Anm. zu § 31 und Friedlaender, RWGed., Anm. 18 zu § 23 mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Festsetzung der Versteigerungskosten nicht im Prozeßverfahren stattfindet. Die Beschwerde ist begründet.

Streitig ist hiernach, ob für die Festsetzung der Kosten der Zwangsvollstreckung — für die Zwangsversteigerung bestehen insoweit keine Sondervorschriften — das Prozeßgericht zuständig ist. Die Frage ist entgegen der sich für die ausschließliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts aussprechenden Meinung (RG. [11. ZivSen.]: DLGRspr. 13, 192; DLG. Königsberg: PofJurMchr. 1907, 135) im Anschluß an RG. 85, 132 und die jetzt wohl überwiegende Meinung (s. dazu RG. [20. ZivSen.]: ZW. 1928, 2153<sup>4</sup> und weiter Stein-Jonas, ZPD.<sup>4</sup> § 103 II 3 und III, § 788 III; Baum-bach, ZPD.<sup>4</sup> § 788 Anm. 4; Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren<sup>10</sup> XIII B I 1 u. I 4 S. 173 u. 175) grundsätzlich in bejahendem Sinn zu beantworten.

Für die Zuständigkeit ist es entgegen der vom Urkundsbeamten in seinem Bescheid gegebenen Begründung, der sich das LG. anzuschließen scheint, ohne Belang, welche gebührenrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der zur Festsetzung und Erstattung geforderten Kosten zur Anwendung zu kommen haben. Sie sind lediglich für die Gebührenberechnung selbst von Bedeutung. Etwas anderes besagen auch nicht die vom LG. angeführten Schriftstellen. Maßgebend sind vielmehr allein die über die Zuständigkeit bestehenden verfahrensrechtlichen Vorschriften.

Grundlegend dafür ist § 103 ZPD. Danach ist das Kostenfestsetzungsgeſuch bei der Geschäftsstelle des Gerichts erster Instanz anzubringen. Aus der Stellung dieser Vorschrift im ersten Buch der ZPD., das die allgemeinen Bestimmungen für alle in der ZPD. geregelten Verfahrensarten enthält, ergibt sich, daß sich diese Vorschrift nicht auf das eigentliche Prozeßverfahren beschränkt, sondern daß sie auch für die anderen in der ZPD. behandelten Verfahren, also auch für das in ihrem achten Buche geregelte Zwangsvollstreckungsverfahren gilt, soweit nicht für einzelne Verfahren abweichende Sondervorschriften gegeben sind. Eine solche Sondervorschrift besteht für die Zwangsvollstreckung nicht. Insofern ist sie nicht in dem von der Gegenmeinung hauptsächlich herangezogenen § 788 Abs. 1 Satz 1 enthalten. Mit dessen erstem Halbsatz, nach welchem — unabhängig von einer in der Hauptsache ergangenen Kostenentscheidung — der Schuldner die Kosten der Zwangsvollstreckung zu tragen hat, ist eine materielle Kostenvorschrift, keine Verfahrensvorschrift gegeben. Durch die Bestimmung im zweiten Halbsatz, daß die Kosten der Zwangsvollstreckung zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben sind, ist die Art und Weise der Einziehung der Zwangsvollstreckungskosten dahin geregelt, daß es dazu einer besonderen Kostenfestsetzung nicht erst bedürfen soll; das Vollstreckungsorgan hat sie zu berechnen — nicht i. S. der ZPD. festzusetzen —, so daß ihre gleichzeitige Beitreibung erfolgen kann. Die Vorschrift besagt aber nicht, daß eine förmliche Kostenfestsetzung darum unzulässig sein solle; durch sie wird dem Gläubiger eben nur ein gesetzliches Recht auf Einziehung der Zwangsvollstreckungskosten auch ohne besondere Festsetzung gegeben. Noch weniger besagt sie etwas darüber, durch welche Stelle etwa die Festsetzung zu erfolgen hat. Es bleibt danach bei der allgemeinen Vorschrift des § 103, nach der ein Festsetzungsgeſuch also auch in solchem Fall bei der Geschäftsstelle des Gerichts der ersten Instanz anzubringen ist. Und das ist bei vorangegangener Rechtsstreit die Geschäftsstelle des Prozeßgerichts. Daß unter Umständen im Einzelfall daneben oder sogar anstatt seiner — so, wenn ein Prozeßgericht nicht vorhanden ist oder wenn es sich um ein selbständiges Verfahren innerhalb der Vollstreckung handelt — das Vollstreckungsgericht zuständig ist (vgl. dazu Stein-Jonas a. a. O. § 103 III; ZW. 1928, 2153<sup>4</sup>; auch SeuffArch. 62, 171), schließt jedenfalls im vorliegenden Fall, in dem ein Rechtsstreit vorangegangen war, die Zuständigkeit des angerufenen Urkundsbeamten des LG. als Prozeßgerichts erster Instanz zur Kostenfestsetzung nicht aus.

Der angefochtene Beschluß und der Bescheid des Urkundsbeamten waren deshalb aufzuheben und der Urkundsbeamte hat nimmehr sachlich über das Kostenfestsetzungsgeſuch zu entscheiden. Er wird dabei, worauf jetzt schon hingewiesen sein mag, auch zu prüfen haben, ob — was sich aus den dem Beschw. vorliegenden Unterlagen nicht übersehen läßt — ein besonderes Kostenfestsetzungsverfahren als i. S. der §§ 91, 788 ZPD. notwendig gewesen anzusehen ist und welche Partei danach dessen Kosten zu tragen hat; denn mit der Bejahung der Zuständigkeit des Prozeßgerichts ist selbstverständlich nicht auch die weitere Frage der Notwendigkeit des Kostenfestsetzungsverfahrens und damit der Kostenpflicht dafür entschieden.

(DLG. Raumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 21. März 1930, 7 W 87/30.)

Mitgeteilt von DLG. Biedermann, Raumburg.

\*

## Nürnberg.

16. § 542 ZPD. Eine Befugnis zur Erhebung einer Leistungsklage wegen desselben Anspruchs besteht für einen Gläubiger, der bereits einen Vollstreckungstitel besitzt, nur dann, wenn ein die Erwirkung eines Urteils neben dem vorhandenen Titel begründetes Rechtsschutzinteresse vermöge besonderer Gründe besteht. Folge der Versäumnis des im Berufungsverfahren nicht vertretenen Beklagten.)

In der bestrittenen Frage, ob und inwieweit einem Gläubiger, der bereits einen Vollstreckungstitel besitzt, das Recht zusteht, eine Leistungsklage wegen desselben Anspruchs zu erheben, oder ob eine solche Klage am Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses scheitern muß, hat sich das LG. in dem angefochtenen Urteil auf den Standpunkt gestellt, daß eine Befugnis zur Erhebung solch neuer, auf Beurteilung gerichteter Klage nur dann besteht, wenn ein die Erwirkung eines Urteils neben dem vorhandenen Titel begründendes Rechtsschutzinteresse vermöge besonderer Gründe besteht. Das LG. billigt diese Anschauung, welche zur Zeit wohl auch als die herrschende bezeichnet werden kann (vgl. auch Warn. ErgBd. 1926, 286 Nr. 199). Das LG. hat unter Prüfung der Sachlage sodann verneint, daß im gegebenen Falle dem Kl. solche besondere Gründe zur Seite standen, vermöge deren er zur Herbeiführung der Räumung des von ihm ersteigerten Anwesens nicht auf den vollstreckbaren Zuschlagsbeschluß beschränkt war, sondern besondere Klage auf Räumung erheben konnte und durfte. Der Kl. hat nichts dafür beibringen können, daß er zu seiner Klage durch die begründete Annahme veranlaßt wurde, der Bekl. werde einer Vollstreckung des Zuschlagsbeschlusses Einwendungen entgegensetzen oder mit einer Vollstreckungsklage zu begegnen suchen. Die Bekl. hat allerdings in seiner Klagebeantwortung im gegenwärtigen Rechtsstreit gegen den Räumungsanspruch des Kl. eine Reihe von Einwendungen erhoben, bevor er die Unzulässigkeit der Klage geltend machte und sich auf diesen Einwand zurückzog. Allein diese Einwendungen waren solche, denen das Bestreben, lediglich Zeit zu gewinnen, offensichtlich an die Stirne geschrieben war: So rügte der Bekl. trotz der Vorschr. des § 89 ZivVerfG., daß der Zuschlagsbeschluß nicht zugestellt sei, er berief sich darauf, daß der Kl. zwei Verwandten des Bekl. die ihnen geschuldeten Hypothekkapitalien noch nicht bezahlt habe, mit deren Betrag sie ein neues, auch dem Bekl. Unterkunft ermöglichendes Anwesen gekauft hätten, er nahm die Bestimmungen des MietSchG. für sich in Anspruch, obwohl er das Anwesen nicht als Mieter, sondern als Eigentümer bewohnt hatte, und machte endlich zugunsten einer ihm angeblich zustehenden Lohnforderung zu im ganzen 35 RM ein Zurückbehaltungsrecht am Anwesen geltend. Daß der Bekl. mit solchen Einwänden einer Vollstreckung aus dem Zuschlagsbeschluß nicht entgegengetreten wäre, nicht entgegnet hätte und nicht einmal eine Einstellung der Zwangsvollstreckung erzielt hätte, liegt auf der Hand. Der

Zu 16. I. Im Anschluß an die herrschende Lehre will das Urteil wegen eines bereits rechtskräftig zuerkannten Anspruchs eine neue Leistungsklage nur dann zulassen, wenn für die Erwirkung eines neuen Vollstreckungstitels ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis besteht (vgl. die Zusammenstellung der Judikatur in ZW. 1930, 148 mit Anm. von L. Rosenbergl; dazu noch RG. 88, 269 = ZW. 1916, 1125 und RG.: ZW. 1930, 202). Ein solches besonderes Rechtsschutzbedürfnis verneint die Entsch. im vorliegenden Falle, jedoch m. E. mit Unrecht. Der Bekl. hat Einwendungen gegen den urteilsmäßig festgestellten Anspruch erhoben. Ob vor oder nach Klageerhebung, ist für die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses unerle. (Anderes für die hier nicht zu erörternde Frage, ob der Bekl. i. S. des § 93 ZPD. Veranlassung zur Klage gegeben hat.) Daß diese Einwendungen solche waren, „denen das Bestreben, lediglich Zeit zu gewinnen, offensichtlich an die Stirn geschrieben war“, schließt nicht aus, daß der Kl. mit der Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage (mindestens hinsichtlich der noch vom Bekl. bewohnten drei Zimmer) rechnen mußte. Für diesen Fall aber hat die Rspr. stets die Erhebung einer neuen Klage zugelassen. Der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie muß hier hinter dem Interesse des Kl. zurücktreten. Und würde ja durch eine Vollstreckungsgegenklage dem Gericht und den Parteien eine nicht minder große Last aufgebüdet.

Das Urteil mutet dem Kl. eine viel zu schwierige Prüfung zu. Wenn der Beurteilte gegen den rechtskräftig festgestellten Anspruch Einwendungen erhebt, so tut er dies auf sein Risiko. Dieses darf nicht auf den Kl. abgewälzt und ihm auferlegt werden, festzustellen, ob es sich um offensichtlich zu Verschleppungszwecken vorgebrachte Einwendungen handelt oder nicht. Woher soll der Kl. diese Rechtskenntnis nehmen?

II. Die Säumnis des VerBekl. hat nach § 542 ZPD. nur zur Folge, daß in dem dort vorgeschriebenen Umfange das tatsächliche mündliche Vorbringen des VerKl. als zugestanden gilt. Vom Standpunkte des Urteils aus, daß im vorliegenden Falle der VerKl. das besondere Rechtsschutzbedürfnis nicht schlüssig behauptet habe, war daher die Zurückweisung seiner Berufung durch sog. „unrechtes Versäumnisurteil“ folgerichtig.

PrivDoz. Dr. R. Hüßl, Berlin.

Kl. hat denn auch gar nicht behauptet, daß der Bekl. diese Einwände ihm schon vor der Klagestellung als Gründe für seine Weigerung zur Räumung des Anwesens entgegengehalten und ihn hierdurch auf den Weg der Klage gebrängt hätte.

Der Kl. hat überhaupt nicht dargetan, daß und welche Einwendungen der Bekl. gegen den Räumungsanspruch vor der Klageerhebung geltend gemacht und angekündigt hätte, und welches Verhalten des Bekl. ihm das Bedürfnis einer gesonderten Beurteilungsklage gegeben erscheinen ließ. Wenn der Kl. vorgetragen hat, er habe im Bekl. „einen hartnäckigen Gegner“ gehabt, so ist hiermit nichts weiter gesagt, als daß der Bekl. das Anwesen eben nicht freiwillig geräumt hat. Den bloßen Widerstand des Bekl. zu brechen, war aber der Zuschlagsbeschuß hinreichend und es bedurfte hierzu keines weiteren Vollstreckungstitels. Hierzu kommt, daß nach den eigenen Erklärungen des Kl. der Bekl. bereits im Augenblicke der Klagezustellung den weitaus größten Teil des versteigerten Grundbesitzes geräumt hatte und nur mehr drei Zimmer im ersten Stock des Anwesens S. 3 Nr. 21 in W. mit seinen Angehörigen bewohnte, allerdings nach Behauptung des Kl. sich auch Brennholz, Hühner, Milch und Eier aneignete, den Anordnungen des vom Kl. eingekerkerten Hausverwalters sich nicht fügte und sich als Herr im Hause auführte. Angesichts der hiernach bereits stattgehabten weitgehenden Räumung des Besitzes durch den Bekl. stand doch fest, daß der Bekl. Einwendungen gegen den Zuschlag und seinen Bestand gar nicht erheben wollte, wie er denn auch tatsächlich in der Folgezeit solche Einwendungen gar nicht erhob, sondern das Anwesen am 8. Jan. 1930 freiwillig geräumt hat. Die im Augenblicke ihrer Einlegung (19. Dez. 1929) zulässige Berufung — die Räumung ist erst am 30. Dez. 1929 erfolgt — war daher unbegründet.

(OLG. Nürnberg, 1. ZivSen., Ur. v. 29. April 1930, L 772/29.)

Mitgeteilt von H. Dr. Otto Stein, Nürnberg.

### Stuttgart.

17. § 808 Abs. 2 ZPO. Über die Art, wie die Pfändung ersichtlich zu machen ist, läßt sich für den Einzelfall keine Vorschrift treffen. Es genügt ein gewisses Maß von Haltbarkeit und Auffälligkeit des Platats. †)

Der Konkursverwalter hat gem. § 766 ZPO. die Pfändung von drei Haufen Ziegelsteine beanstanden, weil sie nicht gem. § 808 ZPO. genügend ersichtlich gemacht worden sei. Der Gerichtsvollzieher hatte an jedem der Steinhaufen an der von der Strafe abgewendeten Seite einen Zettel in der Größe von 22×15 cm vor einen Backstein gestellt und die Ränder des Papiers links und rechts in den Zwischenraum zum nächsten Stein geschoben. Dies hielt die ZK. für ungenügend, weil der Zettel ohne Lösung eines Zusammenhangs entfernt werden konnte, auch durch einen mäßigen Wind, und weil es auch an einer symbolischen Zusammenfassung der gepfändeten Steine fehle. (In SeuffArch. 50, 478 und OLG. 31, 111 wird sogar eine körperliche Zusammenfassung in ähnlichem Falle gefordert.) Auf die

Zu 17. Die Entsch. verdient keinen Beifall. RG. 118, 276 = JW. 1928, 114 hat die Anforderungen geprüft, die notwendig zu stellen sind, wenn der Gerichtsvollzieher körperliche Sachen in Besitz nimmt, und als obersten Grundsatz aufgestellt, daß „eine die Verfügungsmacht des Schuldners ausschließende tatsächliche Gewalt über die Sachen“ auf Seiten des Gerichtsvollziehers herbeigeführt werden müsse. Der Gerichtsvollzieher muß die Pfandstücke zunächst in seinen unmittelbaren Besitz nehmen, und die Befassung im Gewahrsam des Schuldners ist nur eine Wiedereinträumung des Besitzes verbeigelt, daß der Gerichtsvollzieher jetzt mittelbarer Besitzer wird. Wird die Verfügungsgewalt des Schuldners bei der Pfändung nicht beseitigt, so liegt keine wirksame Pfändung vor (anders beim rechtsgeschäftlichen Fahrnispfandrecht). Für die Frage, ob die Pfändung in ausreichender Weise ersichtlich gemacht ist, muß entscheidend sein, daß der Gläubiger in seinen Rechten an den Pfandstücken nicht gefährdet werden darf. Dieser allgemein anerkannte Rechtsgrundsatz wird in der Entsch. des OLG. verkannt. Wenn das OLG. in § 808 ZPO. und in der Württ. Dienstanweisung für Gerichtsvollzieher genauere Vorschriften vermisst, so führt das Gesetz bei richtiger, aus dem Zwecke der Bestimmung geschöpfter Auslegung zur Ablehnung der in der Entsch. zugelassenen Kennzeichnung, und die Preuß. Geschäftsanweisung, die ja bekanntlich einen vollständigen Leitfaden des gesamten Vollstreckungsrechts gibt, läßt auch hier den Beamten nicht im Stich, indem sie in § 71 bestimmt, daß ein gemeinschaftliches Pfandzeichen für eine Mehrzahl von Pfandstücken, insbes. eine Menge von Waren nur dann genügt, wenn es so angelegt wird, „daß ohne dessen Zerstörung kein Stück aus dem Behältnisse, der Umhüllung oder dem Raume entfernt werden kann“. Im Falle des RG. war die Pfändung unwirksam, weil der Schuldner zu dem vom Gerichtsvollzieher verschlossenen Raume auf der anderen Seite durch eine zweite Tür Zugang finden konnte; in dem hier entschiedenen Falle hat nicht einmal eine Zusammenfassung der gepfändeten Steine stattgefunden. In einer Zeit, in der die Schuldner kein Mittel zur Vereitelung der Vollstreckung unerzucht lassen, müssen die Anforderungen an eine ordnungsmäßige Pfändung besonders streng sein.

JR. Georg Emil Meyer, Berlin.

weitere Beschwerde des pfändenden Gläubigers erklärte das OLG. die Art, wie der Gerichtsvollzieher die Pfändung ersichtlich machte, für ausreichend. Zwar hätte sich empfohlen, die Besitzergreifung noch in einer mehr in die Augen springenden Form kenntlich zu machen, welche gleichzeitig eine größere Gewähr für Haltbarkeit geboten und Zahl und Art der Steine näher bezeichnet hätte. Jedoch sind darüber, wie im Einzelfall die Ersichtlichmachung zu erfolgen hat, weder in § 808 Abs. 2 ZPO. noch in § 79 der Württ. Dienstanweisung für Gerichtsvollzieher bestimmte Vorschriften getroffen und sie konnten nach der Natur der Sache für derartige Fälle auch nicht getroffen werden. Es genügt, daß die Plakate beim Herumgehen um die Steinhaufen von einer Seite in die Augen fielen, daß sie sich von der Masse der Steine abhoben und daß ihre Anbringung mit einer gewissen Gewähr für Haltbarkeit geschah.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 3. Okt. 1929, W 591/29.)

\*

18. § 923 ZPO.; § 70 VerglD. Das an dem zur Abwendung des Arrestvollzuges hinterlegten Betrag erlangte Pfandrecht wird durch Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens nicht berührt.

Ob § 70 VerglD. i. Verb. m. § 3 Abs. 2 zuträfe und der Arrestvollzug hiernach mit der Bestätigung des Vergleichs unwirksam geworden wäre, kann dahingestellt bleiben, da es hierauf nach RG. 39, 349 (vgl. auch Stein-Jonas, § 923 I) angeht, die Hinterlegung des Bekl. aus der für die Kl. ein vom Arrest unabhängiges Pfandrecht erwuchs, nicht ankommt).

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Ur. v. 12. Juni 1930, U 1442/29.)

\*

### Zweibrüden.

19. § 336 ZPO. Wird entgegen einem Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils eine Vertagung ausgesprochen, so geht die Partei, welche das Versäumnisurteil beantragt hat, des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde nach § 336 Abs. 1 ZPO. verlustig, wenn sie in dem neuen Termin, in dem der Gegner ordnungsgemäß vertreten ist, eine Vertagung beantragt. †)

(OLG. Zweibrüden, 1. ZivSen., Beschl. v. 28. Mai 1929, RR 120/29.)

Abgedr. JW. 1930, 2069.

1) Vgl. zu der Frage eingehend RG.: JW. 1930, 653 (entgegengesetzter Ansicht) und Mayer, ebenda (gegen das RG.).

Zu 19. Die Entsch. ist im Ergebnis zutreffend, jedoch halte ich die Begründung nicht für stichhaltig. Das Gericht erblickt den entscheidenden Gesichtspunkt für die Unzulässigkeit der Beschwerde darin, daß der Kl. auf das Rechtsmittel verzichtet hat. Der Verzicht kann in diesem Falle — wie auch sonst in den meisten Fällen — nur als Hilfsbegriff angesehen werden, um das als richtig erkannte Ergebnis zu begründen. Dies zeigt sich schon daran, daß bei der Feststellung des Verzichtswillens das Gericht entgegen der Angabe der Partei das Vorhandensein des Verzichtswillens bejaht und sozusagen den Verzichtswillen fingiert. Darin liegt das Gewalttame in der Begründung der Entsch. Der entscheidende Gesichtspunkt liegt auf rein prozeduralem Gebiet. Er ist der Lehre von den Prozeßhandlungen zu entnehmen, für welche die vorliegende Entsch. einen außerordentlich interessanten und lehrreichen Beitrag liefert.

Das Ziel, das jeder Kl. mit seiner Prozeßführung erstrebt, ist das Urteil. Die Form des Urteils, ob Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil oder ob kontradiktorisches Urteil, richtet sich nach der Art und Weise, wie sich der Bekl. auf den Prozeß einläßt. Im vorliegenden Falle hatte der Bekl. durch sein Nichterscheinen im ersten Termin die Voraussetzungen für ein Versäumnisurteil geschaffen. Im zweiten Termin, zu dem er offenbar geladen war, ließ er sich durch Stellung eines Prozeßbevollmächtigten sachlich auf die Klage ein und begehrte damit ein kontradiktorisches Urteil. Diese veränderte Einstellung auf die Klage ist an sich ein Fall, der zu ungezählten Malen täglich sich wiederholt und in den Regelfällen auch keinerlei Schwierigkeiten in der rechtlichen Beurteilung bietet. Die Regel ist dann aber auch die, daß im ersten Termin die Folgen der Säumnis des Bekl. durch Erlaß eines Versäumnisurteils ausgesprochen werden; dann muß der Bekl. durch Einlegung des zulässigen Rechtsmittels die Folgen seiner Säumnis beseitigen und kann erst so die sachliche Einstellung auf die Klage vorbereiten. Es ist also deutlich eine Säsur in dem Verfahren zu erkennen: Der Einspruch beendet den ersten Abschnitt des Prozesses, nämlich das Versäumnisverfahren und leitet es gleichzeitig in den zweiten Prozeßabschnitt, das Streitverfahren, hinüber. Der vorliegende Fall hatte gegenüber diesem Regelfall die Besonderheit, daß das Gericht trotz Antrags des Kl. im ersten Termin nicht die Folgen der Säumnis des Bekl. durch Erlaß des Versäumnisurteils ausgesprochen hatte, obwohl die Voraussetzungen für den Erlaß des Versäumnisurteils, wie das BeschwG. ausdrücklich fest-

## III. Gebühren und Kosten.

## 1. Rechtsanwaltsgebührenordnung.

Berlin.

20. § 13 Nr. 4 RA-GebD. 1. Beweisgebühr auch bei Einholung amtlicher Auskunft über von Amts wegen zu berücksichtigende Umstände. 2. Keine besondere Gebühr für selbständige Berufung gegen Kostenurteil nach Berufung gegen Teilurteil zur Hauptsache. †)

1. Die Erinnerung ist insoweit begründet, als dem Erinnerungsführer die Beweis- und die weitere Verhandlungsgebühr abgesetzt worden sind. In zweiter Instanz ist durch Einholung einer Auskunft des Vorsitzenden der 9. Kammer für Handelsachen des RG. I Berlin Beweis erhoben worden. Die Beweisaufnahme hat nicht bloß in Vorlegung der in den Händen des Beweisführers oder des Gegners befindlichen Urkunden bestanden; ferner ist der Erinnerungsführer in dem Beweisaufnahmeverfahren tätig geworden. Daß die Beweisaufnahme von Amts wegen zu berücksichtigende Umstände zum Gegenstand gehabt hat, hindert nicht, daß dem Erinnerungsführer die Beweisgebühr des § 13 Nr. 4 RA-GebD. erwachsen ist.

steht, gegeben waren. Im zweiten Termin war der Antrag des Kl. auf Erlaß des Versäumnisurteils noch unerledigt. Gegenüber der Vertagung, welche als Ablehnung des Antrages auf Versäumnisurteil anzusehen war, hatte der Kl. die Möglichkeit, die sofortige Beschwerde einzulegen und auf diese Weise den Erlaß des Versäumnisurteils zu erzwingen. Diese Möglichkeit war, da die Frist noch lief, im zweiten Termin dem Kl. noch nicht benommen. Der Kl. war mithin in der Lage, den ersten durch die Säumnis des Bekl. eingeleiteten Prozeßabschnitt durchzuführen und das Versäumnisurteil zu erstreben. In diesem noch nicht zu Ende geführten Prozeßabschnitt fällt nun die völlig veränderte Einlassung des Bekl. im zweiten Termin, welche auf ein kontradiktorisches Urteil abzielt. Die Klärung dieser verwickelten Prozeßlage lag jetzt lediglich in den Händen des Kl. Er allein war in der Lage, zu entscheiden, welcher Prozeßabschnitt nunmehr durchgeführt werden sollte. Wünßchte er das Versäumnisverfahren durchzuführen, so mußte er eine sachliche Einlassung vermeiden und durch Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen den Vertagungsbeschluß das Versäumnisverfahren zu Ende führen. Dann blieb es dem Bekl. überlassen, die Folgen der Säumnis, die er zunächst auf sich nehmen mußte, durch das zulässige Rechtsmittel zu beseitigen. Wählte dagegen der Kl. den anderen Weg, nämlich die sachliche Einlassung auf das Vorbringen des Bekl., so leitete er damit das Verfahren bereits in das Streitverfahren über und verschloß sich selbst den Weg, das Versäumnisverfahren durchzuführen. Seine sachliche Einlassung bedingte es, daß der Prozeß nur noch durch kontradiktorisches Urteil beendet werden konnte. Der Kl. erbat nun im zweiten Termin Vertagung, um sich auf den Schriftsatz des Bekl. zu erklären. Gerade diese Begründung zeigt, daß er die sachliche Einlassung, also das Streitverfahren, wählte. Würde er die Vertagung damit begründet haben, daß die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde noch nicht abgelaufen sei und er dieses Rechtsmittel einlegen wolle, dann würde in diesem Vertagungsantrag die Fortsetzung des Versäumnisverfahrens zu erblicken sein, und der Beschwerde hätte vom Beschw. abgeholfen werden müssen. Der Kl. hat aber den anderen Weg gewählt, indem er eine sachliche Erklärung in Aussicht stellte. Sein Vertagungsantrag ist mithin prozessual nur so zu werten, daß er selbst das Versäumnisverfahren in das Streitverfahren übergeleitet hat. Das Streitverfahren schließt aber das Versäumnisverfahren aus, weil beide Verfahrensarten auf ein Urteil abzielen, jedoch gegensätzlichen Charakters, und es undenkbar ist, daß der Kl. in demselben Prozeß gleichzeitig zwei Urteile erstreben kann. Aus dieser Ausschließlichkeit der beiden Verfahrensarten ergibt sich dann auch die Unzulässigkeit der Beschwerde des Kl. Hatte der Kl. selbst durch seine Prozeßhandlung das Versäumnisverfahren bereits beendet und das Streitverfahren begonnen, so war die sofortige Beschwerde, welche ja den Lauf des Versäumnisverfahrens voraussetzt, unzulässig und mußte zurückgewiesen werden.

Der Kl. hat nun erklärt, daß er bei Stellung seines Vertagungsantrages zur Einlegung der sofortigen Beschwerde entschlossen gewesen sei, und lehnt die Bewertung seines Vertagungsantrages in dem Sinne, wie das Beschw. sie vornimmt, ausdrücklich ab. Die Frage, vor die das Beschw. angeht, ist die Frage, ob die Erklärung des Kl. gestellt war, konzentrierte sich nunmehr darauf, ob und inwieweit der Kl. an seine unzweideutige Prozeßhandlung, nämlich die Überführung des Prozesses in den zweiten Verfahrensabschnitt, das Streitverfahren, gebunden war. Die Annahme des Beschw., daß in dieser Prozeßhandlung ein Verzicht auf die sofortige Beschwerde liege, ist ein schiefer rechtlicher Gesichtspunkt. Er nötigt das Gericht zu unfruchtbareren Erörterungen. Nämlich einmal dazu, ob es sich überhaupt um ein verzichtbares Recht handle, wobei es die Selbstverständlichkeit ausdrücklich feststellt, daß auf ein Rechtsmittel verzichtet werden kann. Sodann ist das Gericht genötigt, den Verzichtswillen festzustellen, wobei es, wie bereits eingangs ausgeführt, zu einer Fiktion greifen muß. Geht man bei der Entscheidung demgegenüber von der Lehre der

2. Dagegen ist die Erinnerung ungerechtfertigt, soweit mit ihr beanstandet wird, daß der Urkundsbeamte die Prozeßgebühr des Erinnerungsführers für die Berufung v. 8. Nov. 1929 abgesetzt hat. In Fällen, wie dem hier vorliegenden, in denen zunächst das die Hauptsache betreffende Teilurteil und erst später das die Kosten betreffende Schlussurteil in die Berufung gelangt, hält der Senat dafür, daß die Kosten nicht als verfahrensbedingt betrachtet werden können. Gerade wegen des zwischen dem Hauptsachenteilurteil und dem Kostenurteil bestehenden Zusammenhangs ist gegen das Kostenurteil das Rechtsmittel der Berufung gegeben. Bei diesem Sachverhalte ist aber eine Verfahrensänderung der Kosten nicht anzunehmen, zumal nur in Ausnahmefällen die Kosten als selbständige Forderung anzusehen sind.

RG., Beschl. v. 24. April 1930, 20 Wa 71/30.)

Celle.

21. § 17 RA-GebD. Anfall der weiteren Verhandlungsgebühr.

Die Berufsungsverhandlung hat sich in einem einzigen Termine abgespielt. Es sind dabei zum Beweise streitiger Behauptungen ohne besonderen Beweisbeschluß Akten vorgelegt und demnach ist in einem

Prozeßhandlungen aus, so kann man die Entsch. ganz ungezwungen finden. Prozeßhandlungen sind Willenserklärungen, die darauf gerichtet sind, einen bestimmten prozessualen Erfolg herbeizuführen, den Prozeß in einem bestimmten Sinne zu gestalten. Ein Widerruf von Prozeßhandlungen ist unbeschränktermaßen unzulässig, ebenso wie ihre Anfechtung wegen Willensmängel. Im Prozeß wird grundsätzlich die Partei an der Willenserklärung, die sie einmal abgegeben hat, festgehalten (vgl. Förster-Kann, Bd. I Allg. Dem. vor § 128 S. 388; Stein-Jonas, Bd. I Vorbem. vor § 128 S. 379). Es wäre mit einer ordnungsmäßigen Prozeßführung schlechterdings unvereinbar, wenn es einer Partei freistehen würde, ihre Prozeßhandlungen einseitig zu widerrufen. Gerade der vorliegende Fall ist hierfür ein typisches Beispiel. Es würde dann dem Kl. ja die Möglichkeit gegeben sein, vom Versäumnisverfahren in das Streitverfahren überzugehen und dann durch Widerruf seiner Prozeßhandlung wieder in das Versäumnisverfahren zurückzuspringen. Damit wäre sowohl für das Gericht wie auch für die Gegenpartei ein unerträglicher Zustand geschaffen. Wenn überhaupt ein Widerruf für zulässig erachtet würde, müßte auch der Zeitpunkt des Widerrufs dem Kl. freigestellt sein. Dann würde also noch im weiteren Verlauf des Prozesses ein Überspringen auf den ersten Prozeßabschnitt möglich sein. Schon diese Konsequenzen lassen die Unmöglichkeit des Widerrufs einer Prozeßhandlung erkennen. Der Kernpunkt der Entsch. liegt mithin darin, daß der Kl. an seine Prozeßhandlung, nämlich die Überführung des Prozesses aus dem Versäumnisverfahren in das Streitverfahren durch die Stellung seines Vertagungsantrages zwecks Erklärung auf den gegnerischen Schriftsatz, gebunden ist und nunmehr im Streitverfahren eine sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung des Versäumnisurteils unzulässig ist.

RA. Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Zu 20. Zu 1: In der mündlichen Verhandlung war zweifelhaft geworden, ob überhaupt ein richtig verkündetes Urteil vorlag. Hierüber wurde eine Auskunft des Vorsitzenden der Kammer eingeholt, die im ersten Rechtszuge entschieden hatte.

Zu 2: Das VG. hatte durch Teilurteil den Bekl. zu 1 unter Vorbehalt der Kostenentscheidung verurteilt. Im Schlussurteil wurde sodann die Sache gegenüber dem Bekl. zu 2 für erledigt erklärt und über die Kosten des Rechtsstreits, auch soweit sie gegenüber dem Bekl. zu 1 entstanden waren, entschieden. Gegen das Teilurteil war bereits früher Berufung eingelegt. Gegen das Schlussurteil wurde sodann ebenfalls selbständig Berufung eingelegt, soweit es den Bekl. zu 1 betraf. Über beide Berufungen ist später einheitlich verhandelt und entschieden worden. Der Anwalt des Bekl. berechnete neben den Gebühren für die erste Berufung auch eine Prozeßgebühr für die zweite Berufung, wobei er den Betrag der Kosten als Streitwert annahm. Der Urkundsbeamte setzte diese Gebühr ab, da es sich hierbei lediglich um einen Nebenanspruch handle. Der Prozeßbevollmächtigte führte demgegenüber in seiner Erinnerung folgendes aus:

„Die Kosten des Rechtsstreits sind nur so lange bei der Streitwertfestsetzung nicht zu berücksichtigen, als die Kostenentscheidung gemeinsam mit der Hauptsache behandelt wird. Zudem das VG. jedoch die Hauptsache durch Teilurteil erledigte, die Kostenentscheidung dagegen vorbehielt, wurde der Betrag der Kosten ersten Rechtszuges selbständig Gegenstand eines besonderen Verfahrens. Er blieb es so lange, bis dieses Verfahren wieder mit dem Verfahren über die Hauptsache verbunden wurde. Dies konnte aber erst geschehen, nachdem auch gegen das Kostenurteil Berufung eingelegt war. Die Berufung selbst mußte deshalb zunächst noch in dem selbständigen Verfahren als selbständiges besonderes Rechtsmittel eingelegt werden. Für sie wurde der Streitwert der Betrag der Kosten ersten Rechtszuges, erst nach Einlegung dieser Berufung konnte die Verbindung mit der Hauptsache vorgenommen werden, was auch tatsächlich, wenn auch ohne förmlichen Beschluß, geschah.“



Verkündungstermine das Urteil verkündet worden. Das LG. hat auf dieser Grundlage dem Armenanwalt des Bekl. zwar die Beweisgebühr zugebilligt, aber die Gebühr für die weitere mündliche Verhandlung mit der Begründung verweigert, daß nach Vorlegung der Akten eine weitere streitige Verhandlung über den Inhalt dieser Akten nicht stattgefunden habe. Diese Feststellung genügt aber nicht, um den Anspruch auf die Gebühr für die weitere mündliche Verhandlung zu verweigern. Denn für ihren Anfall ist es ausreichend, wenn die Parteien nach Vorlegung der Akten, also nach Erhebung des Urkundenbeweises, ihre widerstreitenden Anträge aufrechterhalten haben. Das letztere ist aber geschehen, weil anderenfalls das vom LG. verkündete streitige Urteil nicht hätte ergehen können. Es war nicht erforderlich, daß die Anwälte ihre Anträge ausdrücklich wiederholten, sondern es genügte, wenn ihre sonstige Stellungnahme erkennen ließ, daß sie für die gerichtliche Entscheidung von diesen Anträgen ausgingen. Da diese Voraussetzung aber vorliegt, steht dem Armenanwalt die Gebühr für die weitere mündliche Verhandlung gem. § 17 RVGebD. zu.

(OLG. Celle, 1. ZivSen., Beschl. v. 22. Mai 1930, 2 I W 181/30.)

Mitgeteilt von OLG. Granzow, Celle.

\*

**22. § 28 Abs. 2 RVGebD.** Der Aufhebungsantrag aus § 927 ZPO. begründet keine neuen Gebührenansprüche des Anwalts.

Im Ehescheidungsprozeß der Parteien wurde während ob-schwebenden Berufungsverfahrens dem Ehemann durch Beschluß im Wege der EinstwVerf. die Zahlung einer Unterhaltsrente an seine Ehefrau aufgegeben. Auf Widerspruch des Ehemannes wurde durch Urteil entschieden. Im weiteren Verlaufe des Rechtsstreites beantragte der Ehemann sodann auf Grund der §§ 927, 936 ZPO. die Aufhebung der EinstwVerf. oder mindestens die Herabsetzung der Unterhaltsrente. Der Antrag wurde durch Urteil zurückgewiesen. Nach Beendigung des Berufungsverfahrens beanspruchte der Armenanwalt der Ehefrau für die Bearbeitung des letzteren Antrages besondere Gebühren aus der Staatskasse. Der Urkundsbeamte hat dies abgelehnt. Die Erinnerung des Armenanwalts kann keinen Erfolg haben.

Nach § 28 Abs. 2 RVGebD. bildet das Verfahren über einen Antrag auf Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer EinstwVerf. mit dem Verfahren über den Antrag auf Anordnung des Arrestes oder der EinstwVerf. eine Instanz. Hierbei ist nicht unterschieden zwischen dem Widerspruch i. S. des § 924 ZPO. und dem Aufhebungsantrage nach Bestätigung des Arrestes oder der EinstwVerf. i. S. des § 927 ZPO. Es wird also in keinem Falle durch ein dem Erlaß des Arrestes oder der EinstwVerf. nachfolgendes Verfahren gebührenrechtlich ein neuer Rechtszug eröffnet. Der Leitgedanke ist der, daß die Gebühren für die gesamte einen Arrest oder eine EinstwVerf. betreffende Tätigkeit des Anwalts nur einmal anfallen sollen. Von diesem Gesichtspunkte aus bleibt es gebührenrechtlich auch dasselbe Verfahren, wenn nacheinander Widerspruch erhoben und dann der Antrag aus § 927 ZPO. gestellt wird. Auch der letztere Rechtsbehelf gehört in den Rahmen der den Arrest oder die EinstwVerf. betreffenden Anwalts-tätigkeit hinein und vermag den wiederholten Anfall von Gebühren, die bereits in den früheren Verfahren angefallen sind, nicht zu begründen.

Hierbei ist jedoch noch eine den eben entwickelten Grundsatz einschränkende Voraussetzung zu beachten, daß nämlich die Anwalts-tätigkeit auf einem einheitlichen Parteauftrage beruht. Im Streit-falle ist das ohne weiteres anzunehmen. Denn das die EinstwVerf. betreffende Verfahren hat sich unter Einschuß des Widerspruchs und des Aufhebungsantrages im Rahmen des Berufungsverfahrens über die Hauptsache abgespielt und erscheint somit lediglich als eine das letztere begleitende Nebenhandlung.

(OLG. Celle, 1. ZivSen., Beschl. v. 28. April 1930, 2 I U 38/29.)

Mitgeteilt von OLG. Granzow, Celle.

\*

### Jena.

**23. § 18 RVGebD.** Zur Erstattung von Reisekosten eines auswärtigen Anwalts. †)

Die Verkl. wollen einen Teil der Mehrkosten erstattet haben, die ihnen dadurch entstanden sind, daß ihre Anwälte nicht in G. am Orte des LG., sondern in Z. wohnen. Diese Mehrkosten sind nach § 18 Abs. 5 RVG. grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Eine

Zu 23. Die Frage der Erstattungsfähigkeit von Reisekosten hat seit der Einführung der Simultanzulassung durch das RVG. v. 7. März 1927 eine erhebliche Bedeutung gewonnen. Wenn früher Kostenentsch. darüber nur für vereinzelte Gebiete maßgebend waren, so sind sie jetzt in weit zahlreicheren Fällen zu beachten. Der 1. ZivSen. des OLG. Jena hält in Übereinstimmung mit seiner ständ. Nspr. an der sowohl vom RG. 14, 377 als auch von anderen OLG., wie Dresden und Darmstadt, ausgesprochenen Ansicht fest, daß der Simultananwalt Gebühren in der Höhe berechnen kann, in der sie dem am Orte des LG. wohnenden Anwalt gewährt werden. Die Frage ist im Anwaltsblatt mehrfach in diesem Sinne erörtert

Ausnahme gilt aber dann, wenn eine Partei dadurch, daß sie sich von einem nicht am Orte des LG. ansässigen Anw. vertreten läßt, Kosten spart. Der Vorteil davon gebührt ihr und nicht dem Gegner. Diese Ansicht hat der Senat ständig vertreten, wenn es sich darum handelte, ob eine Partei im Falle einer Beweisaufnahme am Wohn-sitze ihres nicht beim LG. ansässigen Anwalts ihre Mehrkosten in dem Umfange erstattet verlangen konnte, in dem ein am Orte des LG. wohnender Anwalt Kosten für die Reise zum auswärtigen Beweisaufnahmeterrain hätte beanspruchen können (Beschl. v. 19. Sept. 1925 = ZB. 1925, 2369<sup>34</sup>, 1 W 1387/28, 1 W 1396/28, 1 W 375/30, 1 W 487/30; gleicher Ansicht Walter-Joachim-Fried-laender, 8. Aufl., § 78 N. 24). Den in diesen Fällen erfolgten Grundsatz auch im vorliegenden anzuwenden, bestehen keine Bedenken (ebenso 1 W 502/30). Sätten die Verkl. einen in G. ansässigen Anwalt mit ihrer Vertretung beauftragt, so hätte einer von ihnen, wenn er den Anwalt mündlich unterrichten wollte, nach G. fahren müssen, und mit Rücksicht auf die nicht gerade einfache Rechts-lage wären die Kosten für eine Informationsreise erstattbar gewesen. 7 RM sind für eine Reise angemessen. Die Verkl. können also die Reisekosten, die sie den Anw. für die Wahrnehmung der Termine in G. haben zahlen müssen, in Höhe von 7 RM erstattet verlangen.

(OLG. Jena, 1. ZivSen., Beschl. v. 30. April 1930, 1 W 621/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Jeunert, Weimar.

\*

### Stuttgart.

**24. § 13 RVGebD.** Die Vergleichsgebühr des Anwalts ist auch bei Abschluß eines auflösend bedingten Vergleichs verdient. †)

Die Parteien hatten folgenden Vergleich abgeschlossen: Die Verkl. zahlen . . . RM. Die Summe ist fällig bis Montag. Falls sie bis dahin nicht bezahlt ist, ist der Vergleich hinfällig.

Der Armenanwalt der Verkl. fordert mit Recht die Vergleichs-gebühr aus der Staatskasse, obwohl die Vergleichssumme von den Verkl. nicht bezahlt und der Vergleich somit hinfällig geworden war.

„Die ZR. behandelt den zwischen den Parteien vor dem beauftragten Richter zu Protokoll genommenen Vergleich mit Unrecht

worden (vgl. Heiling, 1929, S. 66 u. 96, und Lind, 1929, S. 159; ferner ZB. 1929, 3186<sup>25</sup> und Rad. Rechtspraxis 1915, 317).

ZB. 1930, 2073<sup>26</sup> bringt einen ähnlichen Fall, in dem das OLG. Breslau dieselben Grundsätze angewendet hat. In der Anmerkung zu dieser Entsch. weist Fessen weitere Nspr. und Schrift-tum zu dieser Frage nach. Darüber hinaus billigt der Beschl. des OLG. Dresden: ZB. 1930, 2309 derartige Gebühren als fingierte Reisekosten sogar dem Armenanwalt zu, was Geiershöfer in seiner Anmerkung nicht anerkennen will. Er tritt zwar für die Festsetzung solcher Gebühren als erstattungspflichtig ein, meint aber, daß die Staatskasse nicht verpflichtet sei, dem Armenanwalt sie zu bezahlen, worin ihm nicht gefolgt werden kann.

Ein Beschl. des RG. ist noch nicht bekannt; es muß sich aber in nächster Zeit mit dieser Frage beschäftigen. Die Zubilligung der Gebühren ist bereits als herrschend anzusehen, so daß damit zu rechnen ist, daß auch von dieser Stelle die Ansicht angenommen wird. Alsdann werden diejenigen OLG., die vereinzelt dieser Ansicht noch nicht gefolgt sind, ihren Widerstand aufgeben. Die Nspr. auf diesem Gebiet wird einheitlich werden.

Dies ist um so mehr zu begrüßen, als dadurch eine verschiedene Berechnung der Kosten vermieden wird, die sonst eintreten würde, je nachdem die Vertretung im Rechtsstreit einem OLGAnwalt oder einem simultan zugelassenen Anwalt übertragen wird. Die Gefahr für die OLGAnwälte, daß sie bei einer anderen Auslegung, infolge der Gesetzeslage, durch die Simultananwälte naturgemäß unterboten werden müssen, wird dadurch vermieden.

RA. Dr. Sawitzky, Forst (Lausitz).

Zu 24. Das OLG. hält sich eng an den Wortlaut von Nr. 3 des Vergleiches und erachtet ihr als endgültig abgeschlossen, jedoch als auflösend bedingt durch Nichtzahlung der Vergleichs-summe bis zu einem bestimmten Termin. Ob eine Bedingung als aufhebend oder auflösend gemeint ist, ist Auslegungsfrage. Natürlicher Betrachtungsweise entspricht im vorstehenden Falle m. E. eher die Annahme, daß die Erfüllung von Nr. 1 und 2 des Vergleiches zugleich Bedingung für sein Wirksamwerden überhaupt sein sollte. Da Zahlung nicht erfolgt und somit die Bedingung ausgefallen ist, ist auch die Vergleichsgebühr nicht erwachsen. Die Bemühungen des Anwalts werden durch die Prozeß-gebühr abgegolten.

Wollte man dem OLG. folgen, so müßten die Verkl. ihre Einwendung gegen eine etwa erteilte Vollstreckungsklausel, wie folgt, begründen: sie seien deshalb nicht mehr verpflichtet, gemäß dem Vergleich zu zahlen, weil sie bis zum 9. Dez. nicht gezahlt hätten. — Eine nicht gerade einleitende Verteidigung!

Anderz wäre bei Abschluß eines Teilzahlungen vorsehenden

als widerruflichen. Es war kein Widerrufsrecht der Parteien ausbedungen, vielmehr war bestimmt, daß der Vergleich hinsichtlich der Vergütung nicht bis zu einem bestimmten Termin von den Bekl. bezahlt sei. Nun kann bei einem widerruflichen Vergleich überhaupt noch nicht von einem Vergleichsabschluß gesprochen werden, solange die Widerrufsfrist läuft. Hier aber war der Vergleich endgültig abgeschlossen, nur war sein Bestand von der auflösenden Bedingung der Zahlung der Bekl. abhängig. Deshalb konnte im vorliegenden Fall die Kl. auch Erteilung der Vollstreckungsklausel verlangen, denn es war Sache der Bekl., den Eintritt der auflösenden Bedingung zu behaupten und zu beweisen (Stein-Jonas, *JPD.*, § 726 II 2 bei N. 7). Der Fall liegt daher gebührenrechtlich nicht anders als der, wenn die Parteien einen von ihren Anwälten geschlossenen Vergleich nachträglich wieder aufheben. In beiden Fällen ist die Vergleichsgebühr verbüßt (Walter-Joachim-Friedlaender, *RAGebD.*, 8. Aufl., § 13 N. 61; *RG.*: *JW.* 1926, 1610<sup>2</sup>).“

(*OV.* Stuttgart, Beschl. v. 6. Juni 1930, W 373/30.)

Mitgeteilt von *RA.* Ost, Schwab.-Hall.

## 2. Zeugengebührenordnung.

### Stettin.

**25.** §§ 3, 4 ZeugGebD. Vergütung eines Bücherfachverständigen, der dem Verbands wissenschaftlicher Wirtschafts- und Steuerfachverständiger angehört. f)

Der Sachverständige, dem die von dem Bekl. überreichten Kontoblätter und Belege zur Begutachtung vorlagen, ist Mitglied des Verbandes wissenschaftlicher Wirtschafts- und Steuerfachverständiger; er hat unter Bezugnahme auf die GebD. seines Verbandes für Studium der Akten, Prüfung der Konten und Belege sowie Ausarbeitung des Gutachtens jede Stunde mit 7,50 *RM.*, für eine Hilfskraft jede Stunde mit 3 *RM.* und 10% Zuschlag für Schreibgebühren sowie Portoauslagen berechnet. Das *OV.* hat die Vergütung auf Grund des § 3 ZeugGebD. auf 6 *RM.* je Stunde der aufgewendeten Zeit festgesetzt, da die Leistung als besonders schwierig anzusehen sei. In seiner Beschwerde macht der Sachverständige geltend, daß er nach der GebD. seines Verbandes über die liquidierten 7,50 *RM.* hinaus sogar einen Stundenlohn von 10 *RM.* in Ansatz bringen könnte und daß seine Liquidation mit den Sätzen der GebD. des Verbandes der Bücherrevisoren übereinstimme.

Nach § 3 der ZeugGebD. erhält der Sachverständige für seine Leistung nach Maßgabe der erforderlichen Zeitverräumnis eine Vergütung, die bis zu 3 *RM.* beträgt und bei besonderer Schwierigkeit bis zu 6 *RM.* je Stunde erhöht werden kann. Besteht für die aufgetragene Leistung ein üblicher Preis, so ist dieser auf Verlangen dem Sachverständigen zu gewähren (§ 4 a. a. D.). Der Beschwz. beansprucht nun den von ihm liquidierten, über die Sätze des § 3 ZeugGebD. hinausgehenden Betrag als den üblichen Preis. Er muß also darlegen, daß nach Art und Umfang der ausgeübten Tätigkeit ihm eine gleich hohe Vergütung im freien Verkehr ohne Beanstandung gewährt werden würde. Hierzu reicht der Hinweis auf eine GebD. eines Interessentenverbandes nicht aus, und zwar auch dann nicht, wenn sich die Forderung des Sachverständigen unter den Sätzen jener GebD. hält. Eine solche GebD. ist zunächst nur der Ausdruck der Auffassung eines bestimmten Preises von Fachgenossen darüber, welche Vergütung sie für ihre Dienstleistungen als angemessen und wünschenswert halten. Ob sich diese einseitige Bestimmung im Verkehr durchsetzt, indem das Publikum die Gebührensätze im allgemeinen anstandslos bewilligt, womit dann die Bildung des üblichen Preises vollzogen ist, hängt von den verschiedensten Umständen ab. In Zeiten aufsteigender wirtschaftlicher Konjunktur ist der Verkehr geneigter, Gebührensätze hinzunehmen, die von einem Verbands aufgestellt sind,

Bergleiches mit Verwirkungsklausel zu entscheiden. Einen solchen Fall behandelt das *RG.*: *JW.* 1926, 1610<sup>2</sup>. Die Abgrenzung eines durch Zahlung der Vergleichssumme bedingten gegen einen echten, die Vergleichsgebühr nach § 13 Ziff. 3 *RAGebD.* begründenden sog. „Zwischenvergleich“ mag im Einzelfalle freilich oft nicht leicht sein (vgl. Walter-Joachim-Friedlaender, Anm. 61 Abs. 1, 62 zu § 13 *RAGebD.*).

*OV.* Dr. Bibergeil, Dessau.

Zu 25. § 13 ZeugGebD. behandelt, wie anerkannten Rechts ist, nur amtliche Tarvorschriften. Die neuzeitliche Entwicklung der Zahl und Macht der Verbände von Interessenten führt in immer steigendem Maße dazu, daß auch solche Verbände GebD. aufstellen und es ist begreiflich, daß diese GebD., in dieser Beziehung verwandt mit den Vorschriften von Tarifverträgen, eine gewisse Tendenz haben, die Gebühr zu berechnen nach der Leistung des besonders qualifizierten und tüchtigen Mitgliedes. Schon daraus ergibt sich, daß die Festsetzung der GebD. durch den Interessentenverband noch nicht ohne weiteres die Möglichkeit der dort festgesetzten Gebühren beweist.

Dem Beschlusse wird man aber auch darin zustimmen müssen, daß

weil solche leicht als allgemein gültig aufgefaßt werden; eine schlechte Wirtschaftslage nötigt dagegen zur Einschränkung der Unkosten, so daß die Gebührenforderungen kritischer geprüft werden und unter dem Einfluß der eigenen Konkurrenz der Sachverständigen untereinander gegenüber den Sätzen der GebD. zurückbleiben, so daß sie dann nicht mehr den üblichen Preis darstellen. Während die GebD. meist für das ganze Reich aufgestellt sind, wird das Maß der Vergütung durch die örtlich verschiedenen Verhältnisse beeinflusst. So können in Gegenden mit lebhafter Wirtschaftstätigkeit und in Industriebezirken die Sätze einer GebD. als angemessen und üblich erscheinen, während die Vergütung in anderen Gegenden, wo die Wirtschaft daniederliegt, wie es zur Zeit in den östlichen landwirtschaftlichen Bezirken der Fall ist, hinter diesen Sätzen zurückbleibt. Von Bedeutung für die Preisbildung ist endlich, daß eine große Zahl der in Frage kommenden Geschäfte einfacherer Art ist, für deren Erledigung — auch unter dem Einfluß des Wettbewerbs — eine geringere Vergütung als in der GebD. vorgesehen durchaus angemessen und im Verkehr üblich sein kann. Von diesen Erwägungen aus ist es unerheblich, wenn zur Rechtfertigung eines Gebührenansatzes aus einer GebD., wie es vielfach geschieht, darauf hingewiesen wird, daß diese in Entsch. verschiedenster Gerichte über die Festsetzung von Sachverständigengebühren als den „üblichen Preis“ enthaltend „anerkannt“ sei. Denn alle diese gerichtlichen Festsetzungen sind, wie oben erörtert, zeitlich und örtlich bedingt und nicht zuletzt von der Schwierigkeit des erstatteten Gutachtens im Einzelfalle, das entsprechend zu honorieren ist, beeinflusst. Dem Sen. ist aber andererseits bekannt, daß allenthalben Sachverständige, insbesondere auch Buchsachverständige, im Verkehr mit dem Publikum wie den Behörden gegenüber, auch unter den Sätzen ihrer GebD. arbeiten.

Die Frage, welches der übliche Preis für die Leistung eines Sachverständigen ist und ob er sich mit dem Ansatz aus einer GebD. deckt, ist hiernach nicht allgemein gültig zu beantworten, sondern meist nur mit Vorbehalten und unter Beschränkung auf ein begrenztes Wirtschaftsgebiet. Erforderlich wäre hierzu streng genommen eine Offenlegung des Umfangs der geschäftlichen Tätigkeit der Sachverständigen in ihrer Allgemeinheit und der Höhe der dafür gewährten Entgelte. Eine solche Feststellung scheitert jedoch an praktischen Schwierigkeiten. Das Gericht ist deshalb für seine Entsch. auf die Auskunft der zu seiner Unterstützung berufenen Organe von Handel, Industrie und Gewerbe angewiesen.

Die Industrie- und Handelskammer in Stettin hat sich auf Ersuchen des Sen. am 1. Mai 1930 zunächst über die GebD. des Verbandes wissenschaftlicher Wirtschafts- und Steuerfachverständiger dahin geäußert, daß diese als üblich i. S. des § 4 ZeugGebD. nicht anerkannt sei. Dem ist unbedenklich zu folgen. Zweck des Verbandes ist nach der Satzung die Zusammenfassung der akademisch gebildeten Berufsangehörigen und die Wahrung ihrer gemeinsamen Interessen. Die dem Sen. vorliegende GebD. erstrebt deshalb eine Steigerung der Vergütung als Differenzierung gegenüber nicht gleichartig vorgebildeten Berufsangehörigen (z. B. §§ 2, 4 des Nachtrags) und setzt die zu liquidierende Stundenvergütung auf 10 *RM.* fest. Der Verband umfaßt etwa 70 Mitglieder, davon in Berlin etwa 10, in Stettin 3. Wenn der Beschwz. (zugleich als Geschäftsführer des Verbandes) erklärt, es könne unterstellt werden, daß die GebD. des Verbandes in mindestens 10000 Fällen jährlich zur Anwendung gelange, so mag damit zwar der Umfang der Tätigkeit der Verbandsmitglieder zum Teil gekennzeichnet sein, keineswegs aber die übliche Höhe der Vergütung; denn der Beschwz. hat sich selbst nicht an die GebD. gehalten. Ob die Wirtschaftskreise im allgemeinen geneigt sind, den Sachverständigen für Leistungen gleicher Art bloß auf Grund ihrer akademischen Vorbildung eine höhere Vergütung als anderen Sachverständigen zuzubilligen, oder ob nicht die Schwierigkeit und die Bedeutung der zu begutachtenden Frage und der Ruf und die Tüchtigkeit des Sachverständigen entscheidende Bedeutung hat, muß nach der Erfahrung des Sen. bezweifelt werden.

dasjenige, was der übliche Preis ist, zeitlich und örtlich verschieden sein kann. § 4 der GebD. spricht von den üblichen Preisen; Preise aber schwanken je nach Zeit und Ort. Und die Sachverständigen selbst halten die Preise der GebD. nicht immer inne (*JW.* 1926, 1611).

Grundsätzlich ist daher dem Beschlusse durchaus zuzustimmen. Er entspricht auch den über dieselbe Frage von anderen Gerichten gefällten Entsch. (*RG.* [für Bücherrevisoren]: *JW.* 1926, 1611; 1927, 366; vgl. *Nemnich*, *JW.* 1929, 93; für Architekten und Eisen ebenda 1929, 827).

Wenn die Verbandsgebührenordnungen als maßgebend angesehen worden sind, geschah es auf Grund der Annahme, daß die Sätze üblich seien (*RG.*: *JW.* 1923, 1527; für Chemiker und die Zusammenstellung von Fischer, *JW.* 1929, 2928; für Bücherrevisoren und für Architekten einerseits Düsseldorf, *JW.* 1930, 768; andererseits Breslau, *JW.* 1930, 195 und Kiel, *JW.* 1930, 280).

Gerade aber weil die Übung zeitlich und örtlich wechseln kann, ist der Präjudizienkult für die hier in Rede stehende Frage noch weniger angebracht als anderwärts.

*OV.* Dr. Heilberg, Breslau.

Zedenfalls bestätigt ein Gutachten der Industrie- und Handelskammer Frankfurt a. M. (vgl. Beschl. des OLG. Frankfurt a. M. v. 14. Nov. 1928 4 W 101/28), daß eine solche Unterscheidung zwischen akademisch und nicht akademisch gebildeten Buchsachverständigen im allgemeinen nicht gemacht wird.

Der Beschw. hält aber seine Liquidation mindestens auch deshalb für gerechtfertigt, weil sie mit der GebD. des Verbandes deutscher Bücherrevisoren übereinstimme. Diese Begründung nötigt zu der Prüfung und Entsch. der weiteren Frage, ob die Sätze jener GebD. etwa als üblicher Preis im Wirtschaftsgebiet Stettin sich durchgesetzt haben und zur Zeit als solche bestehen. Auch diese Frage ist jedoch zu verneinen. Die Industrie- und Handelskammer Stettin hat, wie sie in dem Gutachten v. 6. März 1930 in 2 W 308/29 = 5 W 4/30 und v. 1. Mai 1930 in dieser Sache auf Grund neuerlicher Untersuchungen mitteilt, als üblichen Preis für die Tätigkeit eines Buchsachverständigen folgende Sätze festgestellt und anerkannt: Tagesatz: 40 RM; Stundenatz: Für die erste Stunde 10 RM; für jede weitere Stunde 5 RM; Übersundenatz: Für jede Stunde 15 RM. Bei schwierigen Fällen wird ein Zuschlag zu diesen Gebühren bis zu 50% als angemessen anerkannt. Der Pauschatz für die Bürounkosten (sogenannte Schreibgebühr) beträgt 10% der obigen Gebühren. Für die Inanspruchnahme einer Hilfskraft wird ein Tagesatz bis zu 20 RM als angemessen und üblich bezeichnet, sofern die Heranziehung der Hilfskraft anerkanntermaßen notwendig war. Mit dieser Feststellung der verkehrsüblichen Vergütungen steht die Handelskammer, wie sie in ihrem Gutachten mitteilt, in Übereinstimmung mit dem Verbands mitteldeutscher Handelskammern, der die gleichen Sätze seit dem Jahre 1927 unverändert als üblich bezeichnet habe. Der Gebührentarif des § 18 der GebD. des Verbandes der Bücherrevisoren (Tagesatz 60 RM; Stundenatz 7,50 RM uff.) stellt sich hiernach nicht als üblicher Preis i. S. des § 4 ZeugGebD. für das Stettiner Wirtschaftsgebiet dar. Dem Beschw. waren als üblich nur die von der Industrie- und Handelskammer mitgeteilte Vergütung zuzubilligen, und zwar, da die aufgetragene Leistung einen weniger schwierigen Fall darstellt mit einem Zuschlage von 10%.

(OLG. Stettin, Beschl. v. 22. Mai 1930, 5 W 2/30.)

Mitgeteilt von OLG. Fischer, Stettin.

### 3. Prozeßkosten.

#### München.

26. § 91 ZPO. Die Kosten für die Erwirkung eines Zahlungsbefehls durch einen nicht am Prozeßgericht zugelassenen Bevollmächtigten sind erstattungsfähig.

Es ist herrschende Meinung, daß die Partei den örtlichen Anwalt ihres Vertrauens mit Erwirkung eines Zahlungsbefehls beauftragen darf, auch wenn dieser bei Widerspruch und Notwendigkeit der Verweisung an ein anderes Gericht die Vertretung nicht weiterführen kann, sondern hierdurch die Bestellung eines anderen beim Gerichte des Streitverfahrens zugelassenen Anwalts notwendig wird. Die solcher Art entstehenden Mehrkosten gelten als notwendige i. S. von § 91 ZPO. Mit der Einlegung eines unbegründeten Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl, wie sie hier erfolgte, braucht der Gläubiger nicht zu rechnen (s. Willenbücher S. 170 Z. 1; Baumbach, Anm. 3D zu § 91; Anm. 4 zu § 697 ZPO; Anm. 6 zu § 38 RWGebD.; Friedlaender, Anm. 25 und 26 zu § 38 RWGebD.). Bei dieser Sachlage ist dem Gläubiger auch nicht zu verwehren, daß er, statt einen RM. im Bezirk seines Sitzes zu beauftragen, den billigeren Weg wählt und sich der Hilfe einer Organisation, wie hier des Vereins C. in dem seinem Sitze zunächst gelegenen Orte A., bedient. Die angemessene Vergütung für die Tätigkeit einer solchen Organisation bzw. ihres Geschäftsführers muß auch als ersatzfähig angesehen werden. Jedoch erschien als angemessen nicht der geforderte Betrag von 30 M., der der halben Anwaltsgebühr entspricht, sondern nur ein Betrag von 20 M. gleich dem dritten Teil der Anwaltsgebühr.

(OLG. München, 4. Zivilsen., Beschl. v. 23. April 1930, BeschwReg. Nr. 470/30, IV.)

Mitgeteilt von Geh. RA. Dr. Wilhelm Zimmermann, München.

### IV. Armenrecht.

#### Berlin.

27. §§ 115ff. ZPO.; § 36 RWG. Ein Armenanwalt kann auf Grund ihm von der Partei zugefügter Ehrenfränkungen fordern, daß er aus seiner Stellung als Armenanwalt entlassen wird. †)

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 14. Juni 1930, 29 W 2448/30.)

Abgebr. ZB. 1930, 2076<sup>30</sup>.

\*

Zu 27. Die Entsch. deutet auf ein wichtiges Problem hin, welches, soweit ich sehe, bisher kaum behandelt worden ist. Der An-

#### Dresden.

28. § 127 ZPO. Die Beschwerde gegen die Ablehnung eines Antrags auf Nachzahlungsanordnung gemäß §§ 125, 126 ZPO. ist unzulässig. †)

Man kann bezweifeln, ob das LG. einen Nachzahlungsbeschuß hätte erlassen können, oder ob nicht vielmehr das BG., bei dem der Rechtsstreit noch anhängig ist, zum Erlaße zuständig ist (vgl. hierzu Stein-Jonas, § 125 bei Note 4; ferner: Mann Anm. 3 [für

walt ist grundsätzlich berechtigt, sein Mandat bei ernstlicher Störung des Vertrauensverhältnisses niederzulegen. Der Anspruch auf Bezahlung der bisher entstandenen Gebühren bleibt gem. § 50 RWGebD. unberührt. Aus dem Rechte zur Mandatsniederlegung kann im Einzelfalle eine Standespflicht des Anwaltes hierzu gefolgert werden (vgl. hierzu meine Schrift „Haftungsbeschränkungen, Honorarvereinbarungen und Honorarklagen des Rechtsanwaltes“ S. 9ff.). Es entsteht nun die Frage, ob diese Rechtsposition des Anwaltes irgendwie dadurch beeinträchtigt wird, daß er zum Armenanwalt bestellt worden ist. Der Kostenrat des RG. hat den Umstand, daß der Mandant dem Armenanwalt den Vorwurf der Befangenheit gemacht hat und ihm ohne hinreichenden Grund mit einer Anzeige bei der Anwaltskammer gedroht hat, für ausreichend erachtet, um die von dem Prozeßbevollmächtigten verlangte Enthebung von seinem Amte zu gewähren. Den Hinweis des LG. auf die durch die Bestellung eines neuen Anwaltes dem Staate entstehenden Mehrkosten hat das RG. nicht für durchschlagend erachtet. Der Auffassung des RG. dürfte im vorl. Falle auch um so mehr zuzustimmen sein, als auch der Mandant ein RM. war und daher die von ihm gegen den Kollegen erhobenen Vorwürfe um so schwerer wogen.

Es bleibt aber die grundsätzliche Frage, ob jeglicher unberechtigte Angriff eines Mandanten den Armenanwalt schon berechtigen kann, die Enthebung von seinem Amte zu fordern. Das ist nicht zuzugeben, und man wird in der Tat den vom LG. gegebenen Hinweis auf die dem Staate entstehenden Mehrkosten grundsätzlich nicht für belanglos erachten dürfen. Es ist zunächst die Frage, wie überhaupt in einem Falle zu verfahren ist, wo ein Mandant durch gänzlich unbegründete Angriffe gegen seinen Armenanwalt diesen zum Antrag auf Enthebung von seinem Amte befugt. Hat in einem solchen Falle der arme Mandant einen Anspruch darauf, daß ihm ein neuer Armenanwalt seitens des Gerichtes bestellt wird? Diese Frage wird grundsätzlich zu verneinen sein, es sei denn, daß der arme Mandant die dem Staate entstehenden Mehrkosten begleicht. Da der Armenanwalt vom Staat Gebührenbeiträge erhält, so kann es jetzt nur dem Sinne des § 115 ZPO. entsprechen, daß dem Mandanten „ein“ RM. zum Armenanwalt bestellt wird, und daß ein Anwaltswechsel von der Staatskasse nur insoweit übernommen wird, als dieser Wechsel ohne Verschulden des Mandanten notwendig wird. Unmöglich kann man aber einer böswilligen oder querulantenhaften Partei die Befugnis gewähren, durch unberechtigte Angriffe gegen ihren bisherigen Anwalt die Bestellung einer beliebigen Anzahl von neuen Anwälten erforderlich zu machen. Diese Auffassung wird dadurch bestätigt, daß nach § 114 ZPO. der Anspruch auf Armenrecht nicht nur insoweit abgelehnt wird, als die Rechtsverteidigung aussichtslos ist, sondern auch insoweit, als sie mutwillig erscheint. Eine Partei aber, die durch unbegründete Angriffe gegen ihren Anwalt einen Wechsel des Prozeßbevollmächtigten herbeiführt, handelt mutwillig.

Erkennt man dies an, so ergibt sich meiner Überzeugung folgende wichtige Schlussfolgerung: Da die Enthebung des Armenanwaltes für die Partei außerordentlich schwere Rechtsfolgen hat, so muß man von dem Anwalte verlangen, daß er der armen Partei gegenüber eine größere Nachsicht beweist, als gegenüber anderen Mandanten. Dies ist die Rehrseite der vom Staate dem Anwalt gewährten Gebührenersatzung bei Armenmandaten. Ein Angriff, der den Anwalt ohne weiteres berechtigen würde, sein Mandat niederzulegen und die Zahlung der bisher entstandenen Kosten zu verlangen, braucht durchaus noch nicht als ausreichend erscheinen, um den Armenanwalt zu berechtigen, ein verantwortungsvolles Amt preiszugeben, das ihm vom Staat unter Zubilligung von Gebühren übertragen worden ist.

Eine Reaktion also, die beim gewöhnlichen Mandanten gerade als Zeichen anwaltlichen Ehrgefühles von der Mpr. zu respektieren ist, kann beim armen Mandanten als Überspannung erscheinen. Der Anwalt darf und mag also unberechtigten Bemängelungen des armen Mandanten zunächst durch sachgemäße Belehrungen entgegenzutreten. Verharrt freilich der Mandant querulantenhaft bei seiner Meinung, greift er leichtfertig oder gar böswillig den Anwalt an, so gibt es Grenzen, bei deren Überschreitung man dem Armenanwalt die Befugnis nicht streitig machen kann, die Enthebung von seinem Amte zu verlangen, und es muß dann der Mandant die hiermit verbundenen Folgen in Kauf nehmen. Aus diesem Grunde wird also der Beschuß des RG. im Hinblick auf die dort gegebenen besonderen Umstände zu billigen sein.

RA. Dr. Ernst Emil Schweitzer, Berlin.

Zu 28. Die Unzulässigkeit der Beschwerde folgert das OLG. mit der bisherigen Mpr. und Rechtslehre aus § 127 ZPO. Grund-

die Zuständigkeit der jeinerzeit befaßten Instanz; andererseits Walter-Joachim-Friedlaender, RWObD. § 1 Anm. 16 [für die Zuständigkeit der ersten Instanz auch bei anhängigem Rechtsstreit]. Auch wenn man das BG. für zuständig erachtet und die Beschwerde des N. als einen an das BG. gerichteten Antrag, nach §§ 125, 126 zu verfahren, behandelt, kann dem Beschwerf. nicht geholfen werden — aus folgenden Erwägungen:

Mit dem Tode der Kl. ist nach § 122 ZPO. zwar deren Armenrecht erloschen. Damit ist noch nicht ohne weiteres eine Nachzahlungspflicht des Nachlasses entstanden; es bedarf, und zwar möglicherweise auch wegen der Anwaltskosten (anders Walter-Joachim-Friedlaender § 1 Note 11), eines gerichtlichen Beschlusses, der die Nachzahlung anordnet. Zum Erlaß eines derartigen Beschlusses reicht die Tatsache allein, daß die Kl. da verstorben, keinen Unterhalt mehr benötigt, noch nicht aus. Auch die Tatsache, daß Konkurs über den Nachlaß eröffnet und somit eine Vermögensabsonderung eingetreten ist, wird für sich allein zum Erlaß des Nachzahlungsbeschlusses noch nicht ausreichen. Die Folge hiervon ist gewiß, daß der N. hinsichtlich seiner Nachforderung den sonstigen Konkursgläubigern gegenüber im Nachteil ist; diese Folge würde aber auch eintreten, wenn über das Vermögen der Kl. bei Lebzeiten Konkurs eröffnet worden wäre.

Der Nachzahlungsbeschuß ist aber zu erlassen, wenn die Verhältnisse des haftenden Vermögens eine wesentliche Verbesserung erfahren. Eine solche Verbesserung ist zur Zeit noch nicht eingetreten.

(OLG. Dresden, 11. Zivilsen., Beschl. v. 1. April 1930, 11 C Reg 123/30.)

Mitgeteilt von N. Mothes, Leipzig.

## Frankfurt a. M. V. Konkursrecht.

29. §§ 16, 51, 109 RD.; §§ 138, 131 HGB.; §§ 1981, 1976, 733 BGB. Einwirkung der Nachlaßverwaltung auf ein durch Erbgang erloschenes Gesellschaftsverhältnis. Sonderkonkurs über den Nachlaß.†)

Heinrich und Paul E. waren die einzigen Inhaber der OHG. Heinrich E. in Frankfurt a. M. Beim Tode eines Gesellschafters sollte die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden. Paul E. wurde der alleinige Erbe des Heinrich E. Auf Antrag eines Gesellschafters wurde Nachlaßverwaltung angeordnet. Über das Vermögen des Erben wurde das Konkursverfahren eröffnet.

Der Gesellschaftsgläubiger und der Nachlaßverwalter haben die Eröffnung des Sonderkonkurses über das Vermögen der OHG. Heinrich E. beantragt. Der Konkursrichter hat die Anträge abgewiesen. Auf sofortige Beschwerde hat ihn das BG. angewiesen, von seinen bisherigen Bedenken gegen die Konkursöffnung abzugehen. Diese Bedenken betrafen die örtliche Zuständigkeit des Konkursgerichts und das Fortbestehen der OHG.

Der Beschl. des BG. ist prozessrechtlich einem Konkursöffnungsbeschuß gleichzustellen. Die weitere Beschwerde steht daher nur dem Gemeinschuldner zu (§ 109 RD.). Gemeinschuldner im Konkurs der OHG. sind die Gesellschafter. Zu der hier fraglichen Beschwerde ist auch der einzelne Gesellschafter befugt (Wenzel zu § 209 Anm. 2 S. 548 RD.). Da die Konkursöffnung die persönlichen und zugleich die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters berührt, so ist neben ihm selbst auch der Verwalter seines Privatkonkurses zur Beschwerde gegen die Eröffnung des Gesellschafts-

sächlich müßte sie aus § 567 ZPO. zulässig sein, und die Gleichstellung eines Beschlusses, durch den das Armenrecht bewilligt wird, mit dem Beschuß, der die Anordnung der Nachzahlung von Kosten ablehnt, ist nicht ohne weiteres zwingend.

Entgegengetreten werden muß aber auch den an sich nicht mehr erforderlich gewesenen sachlichen Erwägungen des OLG. Wenn die ZPO. mit der Einrichtung des Armenrechts einen durch den Anwaltszwang erforderlich gemachten Ausgleich geschaffen hat, so besteht kein Anlaß, die Auswirkungen des Armenrechts über das durch seinen gekennzeichneten Zweck gebotene Maß hinaus auszudehnen. Aus welchem Grunde der Erbe die gem. § 115 ZPO. nur gestundete Kostenschuld der armen Partei nicht aus dem Nachlaß zu tilgen verpflichtet sein soll, ist nicht abzusehen. Dasselbe gilt von dem Fall des Konkurses, denn auch hier kommt die Wohltat des Armenrechts nicht mehr dem zugute, der ihrer bedarf, sondern stellt sich als ein zufälliger Gewinn der Gläubiger dar, und zwar auf Kosten eines anderen Gläubigers, der durch die m. E. rechtstrittige Auslegung des Gesetzes an der Geltendmachung seiner Forderung im Konkurs gehindert wird.

N. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig.

Zu 29. Die Entsch. behandelt einen Fall, wie er nicht gerade häufig sein wird, und bietet die Möglichkeit zur Erörterung interessanter Probleme aus dem Grenzgebiet zwischen dem Konkursrecht und dem Recht der Nachlaßverwaltung. Ob der Begründung der Entsch. in allen Punkten beizutreten sein wird — es handelt sich

konkurs befugt. Um so unbedenklicher ist die hier von beiden gemeinschaftlich eingelegte Beschwerde zuzulassen. Form und Frist sind gewahrt. Sachlich ist die Beschwerde indessen unbegründet.

Daß die örtliche Zuständigkeit des Frankfurter Konkursgerichts an sich gegeben ist, wird von keiner Seite bezweifelt. Die Zuständigkeit ist auch nicht dadurch weggefallen, daß der Konkurs über das Vermögen P. E. rechtskräftig in Berlin eröffnet worden ist. Der Berliner Konkurs betrifft nur das Privatvermögen. Freilich nimmt der dortige Konkursrichter an, daß der Privatkonkurs auch das ehemalige Gesellschaftsvermögen mitbetreffe. Jedoch nimmt die Annahme des Berliner Konkursrichters über den Umfang der Masse des Privatkonkurses an der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses nicht teil. Sie wollte und konnte der gegenwärtigen Entsch. nicht vorgreifen.

Der Anteil Heinrich E. an der OHG. gehört zu seinem Nachlaß. Der Fall des § 138 HGB., daß bei Tode eines Gesellschafters die übrigen die Gesellschaft fortsetzen, liegt hier nicht vor. Vielmehr war ausdrücklich und wirksam (§ 131 Nr. 4 HGB.) bestimmt worden, daß die Gesellschaft mit den Erben fortzusetzen sei. Daß Paul E. der alleinige Erbe würde, war in keiner Weise vorauszusetzen; darauf deutet auch die Mehrzahlform: „... mit den Erben fortgesetzt.“ Es hat also nicht Anwachsung, sondern Vererbung stattgefunden.

Die beiden Anteile haben sich in der Hand Paul E. zu einem Vollrecht vereinigt, so daß zunächst kein konkursfähiges Gesellschaftsvermögen mehr bestand. Durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist die Vereinigung indessen wieder rückgängig gemacht worden. Der Nachlaß wurde wieder zum Sondervermögen. Nur so kann der Schutz der Nachlaßgläubiger (§ 1981 BGB.) erreicht werden. Die Bestimmung des § 1976 (keine confusio und keine consolidatio) ist nur eine Folge der Trennung und nicht einzige. Es würde dem Zweck der Nachlaßverwaltung strikt zuwiderlaufen, wenn das Vollrecht im Privatvermögen des Erben verbliebe und der Nachlaß sich mit einem schuldrechtlichen Bereicherungsanspruch begnügen müßte. So hat das OLG. Stuttgart entschieden, daß die beim Erben vereinigten Eigentumsbruchteile wieder zu trennen sind (Recht 1912 Nr. 1818. Dies Ur. ist un widersprochen geblieben. Wenn das RG. (RGZ. 48, A 125) die Wiederherstellbarkeit eines Vollmachtsverhältnisses zwischen verwaltem Nachlaß und Erbe verneint, so betrifft dies ein ganz anderes Rechtsgebiet und beeinträchtigt auch nicht den Schutz der Nachlaßgläubiger. Ob dem RG. zu folgen wäre, braucht daher nicht entschieden zu werden.

Was für die Mitberechtigung nach Bruchteilen gilt, muß erst recht für die gesellschaftliche Gesamthand beachtet werden; denn weit mehr als die bloße Gemeinschaft wird die Gesellschaft von schuldrechtlichen Bindungen beherrscht, und ihre Wiederherstellung gebietet § 1976 BGB. ausdrücklich.

So sind Nachlaß und Erbe, zumal nach Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen des Erben, einander verpflichtet, das Gesamthandvermögen zu liquidieren (§ 145 HGB.) und zwar unter Vorwegbefriedigung der Gesellschaftsgläubiger (§ 733 BGB., auch §§ 16, 51 RD.). Diesem Recht der Gesellschafter entspricht bei der OHG. das eigene Recht der Gesellschaftsgläubiger auf Vorwegbefriedigung (§§ 124, 135 HGB.). Die Konkursfähigkeit der OHG. (§ 209 RD.) ist nur die schlichte Folge dieses Rechts. Nun ist es freilich nicht undenkbar, daß nicht die Gläubiger selbst, sondern nur die Gesellschafter das Recht auf Vorwegbefriedigung der Gläubiger haben (RG. 42, 103 ff.). Die Befriedigung der Gläubiger hinge dann vom Zufall ab. Für die bürgerliche Gesellschaft mag das allenfalls erträglich sein; dem Sinn des auf klare Abgrenzung der Kreditunterlagen bedachten Handelsgesellschaftsrechts ließe es durchaus zuwider. Auch erschiene eine solche Regelung unnützlich verwickelt, während

teilweise um Probleme von außergewöhnlicher Schwierigkeit —, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird man im Ergebnis der Entsch. dahin beitreten müssen, daß eine Konkursöffnung über das Vermögen der OHG. möglich sei. Die Ansicht steht auch vollständig im Einklange mit dem Standpunkt, den Düringer-Hachenburg Bd. IV S. 181 Anm. 218 vertreten. Auch Düringer-Hachenburg nehmen an, daß, wenn die Nachlaßverwaltung angeordnet wird, die Vereinigung von Rechten und Pflichten wieder aufgehoben wird, diese nicht als erloschen gelten und nunmehr zwar eine Gesellschaft bestehe, bei der beide Gesellschafter dieselbe Person seien, mit der Maßgabe jedoch, daß die Rechte des einen durch einen Dritten, den Nachlaßverwalter, ausgeübt werden, daher könne der andere Gesellschafter von diesem rückständige Einlagen und sonstige Leistungen des Erblassers gleich jedem anderen Gläubiger fordern, er könne die Auflösung mit dem Nachlaßverwalter vereinbaren und die Auseinandersetzung vornehmen.

Tritt man dieser Ausführung, die durch den § 1976 BGB. zwingend geboten wird, bei, so wird auch klar, daß die Eröffnung des Konkurses über die OHG. trotz der Identität der Gesellschafter zulässig bleiben muß. Wie freilich eine etwaige Aufhebung der Nachlaßverwaltung während der Dauer des Konkurses der OHG. auf diesen Konkurs einwirkt, ist eine weitere überaus schwierige Frage, deren Erörterung nicht im Rahmen der Besprechung der Entsch. liegen kann.

JR. Dr. Lemberg, Breslau.

bei einem Wiederaufleben der inneren und äußeren Gesellschaftsstruktur klare Verhältnisse entständen. Rechtstechnische Bedenken bestehen somit nicht, wie die Beschw. meinen, gegen die Ausdehnung, sondern weit eher gegen eine Einschränkung der Trennungsfiktion.

Schwerer wiegt der Einwurf, daß die Nachlassverwaltung die Nachlassgläubiger und nicht die Gesellschaftsgläubiger schützen solle. Dazu ist zu erwägen: Wenn die Gesellschaftsgläubiger ihr Recht auf Vormegbefriedigung dadurch verlieren, daß sich die Gesellschaftsanteile in einer Hand vereinigen, so trifft sie zum Vorteil der Privatgläubiger ein Unglück, das jeder inneren Rechtfertigung ermangelt. Wird nun durch Anordnung der Nachlassverwaltung ein Gesellschaftsvermögen als besonderes Zugriffsobjekt wiederhergestellt, so mag auch dies, vom Standpunkt der Gesellschaftsgläubiger gesehen, ein blinder Zufall sein. Doch gleicht hier ein Zufall den anderen aus, und das Endergebnis entspricht einer dringenden Forderung der Billigkeit.

Es erscheint daher geboten, in den zwischen dem Nachlassverwalter und den Erben noch auseinanderzusetzenden Aktiven nichts anderes als das frühere kraft Nachlassverwaltung fortbestehende Gesellschaftsvermögen zu erblicken; übereinstimmend Düringer-Sachenburg, *W.B.* Bd. IV Einl. Anm. 218. Bis zur völligen Aufteilung eines Gesellschaftsvermögens aber bleibt der Gesellschaftskonkurs zulässig (*W.B.*: *J.W.* 1897, 307<sup>20</sup>).

(*O.L.G.* Frankfurt a. M., 2. ZivSen., Beschl. v. 21. März 1930, 2 a W 78/30.)

Mitgeteilt von *RA.* Arthur Kauffmann, Frankfurt a. M.

## Dresden. VI. Vergleichsordnung.

**30.** §§ 3, 70 *Bergl.O.* beziehen sich nur auf den Fall der Befriedigung eines Gläubigers aus der Durchführung der eigentlichen Zwangsvollstreckung, nicht auch auf die Zahlung des Schuldbetrags zur Abwendung einer bevorstehenden Pfandversteigerung. †)

Die Frage, ob eine zur Abwendung einer bevorstehenden Pfandversteigerung geleistete Zahlung als freiwillige Leistung anzusehen ist, oder dem Gläubiger als eine durch Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung zuzieht, ist in Schrifttum und *Rspr.* bestritten. Während das *O.L.G.* München (*J.W.* 1929, 1676) in letzterem Sinne entscheidet, hat das *O.L.G.* Frankfurt (*J.W.* 1929, 1674) den Standpunkt eingenommen, daß als „durch Zwangsvollstreckung erlangt“ nur gelten könne, was dem Gläubiger durch eine den gesetzlichen Vorschriften gemäß durchgeführte Zwangsmaßnahme zuziehe. Der Senat schließt sich dieser letzteren Auffassung an. Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung stellt einen gegen den Schuldner gerichteten unmittelbaren staatlichen Zwang mit dem Ziele der Bewirklichung des zu vollstreckenden Anspruches dar, der ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners erfolgt. Seine Leistungsbereitschaft kommt für ihre Zulässigkeit und ihre Durchführung nicht in Frage, und es liegt außerhalb ihres gesetzlichen Zweckes, eine solche herbeizuführen. Sie erfolgt nicht, um den Schuldner erfüllungsbereit zu machen

Zu 30. Die obige *Entsch.* behandelt wiederum die bereits häufig erörterte Frage, ob i. S. der §§ 3, 70 *W.O.* eine zur Abwendung der Versteigerung des gepfändeten Gegenstandes geleistete Zahlung als freiwillige oder durch Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung zu gelten hat. Es kann schon jetzt gesagt werden, daß es bei dem Wortlaut des Gesetzes eine eindeutige und zweifelsfreie Lösung der Streitfrage niemals geben wird und daß es somit Aufgabe der *Rspr.* sein wird, eine einheitliche Meinung der Praxis herauszubilden. Deswegen wäre es wünschenswert, daß das *RG.* einmal Gelegenheit hätte, seinerseits zu der Frage Stellung zu nehmen; leider sind aber die Ausichten hierfür aus praktischen Gründen mit Rücksicht auf die Oeringfügigkeit der in Frage kommenden Objekte nicht sehr groß.

Das obige *Urt.* des *O.L.G.* Dresden stellt sich auf den Boden der von dem *O.L.G.* Frankfurt vertretenen, im Text zitierten *Entsch.* Es kann hinzugefügt werden, daß das *O.L.G.* München in der *Entsch.* v. 30. Nov. 1929 (*J.W.* 1930, 668/69) sich ebenfalls dem *O.L.G.* Frankfurt angeschlossen hat. Ob allerdings mit Rücksicht auf die entgegengesetzte Stellungnahme des *O.L.G.* München (!) diese Stellungnahme eine bleibende sein wird, steht dahin. Die Argumente all dieser *Entsch.*, welche eine zur Abwendung der Versteigerung geleistete Zahlung als freiwillig ansehen wollen und in ihr nicht eine durch Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung erblicken, scheinen mir aber durchaus nicht zwingend zu sein. Ich habe mich hierzu bereits ausführlich in der Anmerkung zu der erwähnten *Entsch.* des *O.L.G.* München (*J.W.* 1930, 668/69) geäußert und möchte mit Rücksicht auf obige *Entsch.* nur folgendes hinzufügen:

Es kommt natürlich vor, daß ein Schuldner, nachdem der Gläubiger bei ihm eine Pfändung hat vornehmen lassen, den geschuldeten Betrag direkt dem Gläubiger überweist und dieser daraufhin den Gerichtsvollzieher beauftragt, den Versteigerungstermin auf-

und seinen etwaigen Widerwillen gegen die Befriedigung des Gläubigers zu beugen, sondern um den Gläubiger durch unmittelbare zwangsweise Durchführung seines Anspruches zu seinem Rechte zu verhelfen. Zahl der Schuldner vor Beendigung des Vollstreckungsverfahrens an den Gerichtsvollzieher, so führt dies zwar infolge der Befriedigung des Gläubigers zu einer Beseitigung bereits erfolgter Vollstreckungsmaßnahme und zu einer Bewahrung vor weiterer Vollstreckung, liegt aber nicht im Rahmen des Inhaltes, den das Gesetz dem Vollstreckungsverfahren als solchem beilegt. Läßt sich deshalb aus dem Begriffe der Zwangsvollstreckung nichts dafür gewinnen, daß eine im Vollstreckungsverfahren bewirkte Leistung des Schuldners als eine Befriedigung des Gläubigers durch Zwangsvollstreckung anzusehen sei, so ist auch keineswegs immer der Schluß gerechtfertigt, daß eine solche Leistung zur Abwendung der drohenden Pfandverwertung erfolge. Es wäre durchaus denkbar, daß den Schuldner völlig andere, außerhalb des eingeleiteten Vollstreckungsverfahrens liegende Gründe veranlassen, den Gläubiger zu befriedigen. Daß es aber dem Zwecke des an kurze Fristen gebundenen Vergleichsverfahrens zuwiderläuft, unter Umständen zeitraubende Erörterungen über die Bedeutung einer nach begonnener Zwangsvollstreckung erfolgten Befriedigung des Gläubigers anzustellen, hebt das *O.L.G.* Frankfurt a. a. O. mit Recht hervor.

(*O.L.G.* Dresden, 11. ZivSen., *Urt.* v. 21. Febr. 1930, 11 O 126/29.)

Mitgeteilt von *RA.* Dr. Fritz Richter, Dresden.

## Karlsruhe.

### 31. § 33 Abs. 2 *Bergl.O.*

Das *Bergl.O.* hatte eine Forderungspfändung aufgehoben, die zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens bereits vom Drittschuldner erfüllt war. Das *LG.* hat die Beschwerde zurückgewiesen. Der Gläubiger legte weitere Beschwerde ein, es habe das *Bergl.O.* eine *Entsch.* erlassen, zu der es, da die Vollstreckungsmaßnahme zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens bereits erledigt gewesen sei, nicht befugt gewesen sei. In diesem Falle sei trotz § 14 *Bergl.O.* die Beschwerde gegeben, weil das *Bergl.O.* überhaupt nicht zu einer *Entsch.* befugt war. Das *O.L.G.* hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde erweist sich im Hinblick auf § 14 Abs. 2 Satz 4 *Bergl.O.* als unzulässig. Danach findet eine weitere Beschwerde im Vergleichsverfahren überhaupt nicht statt. Im übrigen mag sachlich bemerkt werden:

Die Frage, ob die Beschwerde gegen die *Entsch.* eines Gerichts immer da gegeben ist, wo die Voraussetzungen für die Erlassung einer solchen *Entsch.* nicht vorliegen, ist hier nicht allgemein zu erörtern. Die Beschwerde ist jedenfalls dann nicht durchführbar, wenn ein rechtliches Interesse des Beschw. an der Einlegung des Rechtsmittels nicht dargetan ist. Dies trifft hier zu. Wenn die Voraussetzungen, von denen der Beschw. ausgeht, zutreffen, liegt die Sache so: der Beschw. hat vor Beginn des Vergleichsverfahrens die ganze Forderung, für welche Forderungspfändung erfolgt war, vom Drittschuldner erhalten. Damit war die Zwangsvollstreckung beendet. Wenn das

zuheben. In diesem Fall kann vielleicht der Standpunkt vertreten werden, daß die Zahlung freiwillig erfolgt ist und somit zugunsten des Gläubigers auch wirksam bleibt. Ich persönlich halte aber auch dies nicht für richtig, denn auch hier muß davon ausgegangen werden, daß der Schuldner nur unter dem Drucke der Zwangsvollstreckung Zahlung leistet.

Liegt aber die Sache so, daß der Schuldner die Zahlung an den zum Zwecke der Abholung des gepfändeten Gegenstandes auf die Pfandkammer erscheinenden Gerichtsvollzieher zahlt oder dem Gerichtsvollzieher den geschuldeten Betrag unmittelbar vor der Versteigerung zum Zwecke der Abführung an den Gläubiger überbringt, so kann von einer freiwilligen Befriedigung schlechterdings überhaupt nicht die Rede sein. Denn hier erfolgt die Zahlung zweifelslos zur Abwendung der Zwangsvollstreckung. Die anderweitigen Gründe, welche den Schuldner in diesem Stadium veranlassen könnten, den Gläubiger zu befriedigen, sind schlechterdings nicht ersichtlich und müßten mindestens von dem dargetan werden, der sich bei einem derartigen Tatbestand auf sie berufen will.

Die Begründung der obigen *Entsch.* bringt also keinen Gesichtspunkt, der zur Klärung der Streitfrage in der einen oder anderen Richtung beitragen könnte. Sie wie die früheren auf dem gleichen Boden stehenden *Urt.* halten sich mehr oder minder an den Wortlaut des Gesetzes. Wer aber dem Gesichtspunkt Beachtung schenkt, daß es i. S. der Vergleichsordnung liegt, Befriedigungen der Gläubiger kurze Zeit vor Eröffnung des Verfahrens durch unmittelbare oder mittelbare Zwang beim Zustandekommen des Vergleiches nicht wirksam sein lassen zu wollen, der wird dieser am Wortlaut haftenden Auslegung der Bestimmung keinesfalls Gefolgschaft leisten.

*RA.* Dr. Richard Salomon, Berlin.

Bergl. Ger. gleichwohl auf Grund des § 33 Abs. 2 Bergl. O. die Zwangsvollstreckung aufgehoben hat, so war das ein bedeutungsloser Akt, da keine Vollstreckung mehr anhängig war, die durch die Anordnung getroffen werden konnte. Daß dieser bedeutungslose Akt in die Rechtsphäre des Gläubigers eingreifen konnte, ist nicht ersichtlich. Demnach wäre für eine Entsch. durch das Beschw. G. kein Raum gewesen."

(OLG. Karlsruhe, Entsch. v. 30. Juni 1930, 1 ZBS 112/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Friß Oppenheimer, Karlsruhe.

## Berlin. VII. Zwangsversteigerungsgesetz.

**32.** §§ 83, 100 ZwVerfG. Eine allgemeine Rüge der Verletzung des § 83 ZwVerfG., „weil die materiellen und formellen Voraussetzungen der Zwangsversteigerung fehlen“, genügt nicht. Der Beschwerdegrund muß, sofern es sich nicht um einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfassungsgrund handelt, bestimmt angegeben sein.)

Gegen den Zuschlagsbeschl. v. 14. Juni 1929 hat der Eigentümer sofortige Beschwerde eingelegt.

Die Beschwerdebegründung enthält den einleitenden Satz: „Die Beschwerde wird auf § 83 ZwVerfG. gestützt.“ Zu den weiteren Ausführungen heißt es allgemein, der Zuschlagsbeschl. unterliege der Aufhebung, weil die materiellen und formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung überhaupt fehlten. Im einzelnen macht der Schuldner geltend, daß die Stadtgemeinde Berlin wegen der rückständigen Steuerbeträge befriedigt sei und alle übrigen Gläubiger ihre Anträge zurückgenommen hätten. Zum Nachweis dafür, daß die Stadtgemeinde Berlin befriedigt sei, hat sich der Eigentümer auf die seiner Beschwerdefrist beigegebenen Urkunden berufen.

Die Verletzung der Vorschriften bei der Feststellung des geringsten Gebotes bildet nach § 83 Ziff. 1 ZwVerfG. einen Grund für die Verfassung des Zuschlags. Während das Vollstreckungsgericht bei der Erteilung des Zuschlags diese Vorschriften von Amts wegen zu beachten hat, darf das Beschw. G. seine Entsch. auf § 83 Ziff. 1 ZwVerfG. i. Verb. m. den weiteren Vorschriften für die Feststellung des geringsten Gebotes nur stützen, wenn in der Beschwerdefrist deren Verletzung gerügt ist. Nach § 100 Abs. 3 ZwVerfG. kann das Beschw. G. nur die in § 83 Ziff. 6 und 7 bezeichneten Verfassungsgründe von Amts wegen berücksichtigen. Hieraus folgt, daß die anderen Verfassungsgründe vom Beschw. G. nur dann verwertet werden dürfen, wenn die Beschwerde i. S. von § 100 Abs. 1 ZwVerfG. ausdrücklich darauf gestützt ist (vgl. Reinhard-Müller, Komm. z. ZwVerfG. 1929, § 100 Bem. IV). Es kann aber der Auslegung des OLG., was die Voraussetzungen einer solchen „Rügepflicht“ aus § 100 ZwVerfG. anbetrifft, nicht beigegeben werden. Eine allgemeine Rüge der Verletzung der für das Zwangsversteigerungsverfahren geltenden Vorschriften genügt nicht, der Beschwerdegrund muß bestimmt bezeichnet sein. Ausreichend ist auch nicht die bloße nach dem Gesetzestext vorgenommene Aufzählung der möglicherweise verletzten Verfahrensvorschriften (vgl. Jaekel-Gütke, Komm. z. ZwVerfG. 1929, § 100 Bem. I, 1; Reinhard-Müller, Komm. z. ZwVerfG. 1929, § 100 Bem. I, der insbef. auf die Entstehungsgeschichte des § 100 zur Begründung verweist). Hier hat der Eigentümer aber nur den § 83

Zu 32. Das Beschw. G. hat, wie sich aus § 100 Abs. 3 ZwVerfG. ergibt, nur die im § 83 Nr. 6, 7 bezeichneten Verfassungsgründe von Amts wegen zu berücksichtigen, dagegen andere Gründe, wie z. B. denjenigen des § 83 Nr. 1 im Gegensatz zum Vollstreckungsgericht nur dann, wenn die Beschwerde ausdrücklich darauf gestützt worden ist (Fraeb, Handausgabe, § 100 IV 2). Wichtig ist auch, daß es nicht genügt, alle möglicherweise verletzten Verfahrensvorschriften lediglich nach dem Gesetzestext aufzuführen (Fraeb, § 100 I 2).

Zutreffend führt das OLG. aus, daß die Bestimmung des § 775 ZPO. als eine allgemeine Bestimmung des Zwangsvollstreckungsrechts auch für die Zwangsversteigerung von Grundstücken gilt. Nach § 775 ZPO. ist aber bei Vorliegen der Voraussetzungen der Ziff. 4 oder 5 die Zwangsvollstreckung einzustellen. Nach der gegebenen Sachdarstellung hat der beschwerdeführende Eigentümer die Urkunden, aus denen sich die Befriedigung der einzigen noch betreibenden Gläubigerin der Stadtgemeinde Berlin ergibt, seiner Beschwerdefrist beigegeben, sie mithin dem OLG. „vorgelegt“. Auf diese Urkunden, da sie neue Tatsachen enthielten, konnte nach der herrschenden Ansicht die Beschwerde dann nicht gestützt werden, falls sie vorgebracht wurden, um das Vorliegen eines Verfassungsgrundes zu beweisen, der von Amts wegen nicht zu berücksichtigen war (Fraeb, § 100 I 3; Jaekel-Gütke, 6. Aufl., § 100 I 1).

Die Bestimmung des § 775 ZPO. ist durch die §§ 28—31, 33, 75—77, 161 ZwVerfG. erweitert und modifiziert (Fraeb: ZBP. 54, 310; Jaekel, § 30 Anm. 1; Stein-Jonas, § 775 V). Der § 775 ZPO. enthält von Amts wegen zu beachtende Zuschlagsverfassungsgründe i. S. des § 83 Ziff. 6 ZwVerfG., die in jeder Lage des Verfahrens bis zur Ausführung des Teilungsplanes zu berücksichtigen sind (Fraeb, § 115 V 4). Nach dem Schlusse der Versteigerung, der ja nach § 73 Abs. 2 ZwVerfG. vom Gericht zu verkünden ist, darf, wenn ein Grund zur Aufhebung

ohne Zusatz einer besonderen „Rüge“ in seiner Beschwerdefrist aufgeführt. Diese Angabe bietet deshalb gar keinen Anhaltspunkt dafür, welche der einzelnen in § 83 ZwVerfG. bezeichneten Vorschriften nach der Annahme des Eigentümers verletzt sein sollen.

Der Zweck der Bestimmung des § 100 ZwVerfG. ist, daß der einmal erteilte Zuschlag aufrechterhalten werden soll, wenn nicht schwerwiegende Gründe entgegenstehen. Die Verletzung der meisten des Versteigerungsverfahrens im einzelnen betreffenden Vorschriften des § 83 Ziff. 1—5 ist nach dem in § 100 ZwVerfG. zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers nicht der genügende Grund zu einer von Amts wegen zu erfolgenden Verfassung des einmal erteilten Zuschlags. Sofern der Eigentümer die „allgemeine Unzulässigkeit des Versteigerungstermine“ erbracht, und diese Tatsache in der Versteigerungssache nach §§ 100, 83 Ziff. 6 ZwVerfG. ein Verfassungsgrund vorliegt. Daraus folgt, daß eine allgemeine Formel, wie sie in der Beschwerdefrist des Eigentümers enthalten ist, niemals die Verfassungsgründe umfassen kann, die das Verfahren im einzelnen betreffen, mithin auch nicht die Verletzung der Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebotes i. S. des § 83 ZwVerfG. Diesen Verfassungsgrund durfte das OLG. daher mangels der erforderlichen Rüge nicht erörtern und auch nicht zur Grundlage der Entsch. machen. Mithin enthält der angefochtene Beschl. eine Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 100 ZwVerfG.

Andere Gründe, die den Zuschlag verweigende Entsch. des OLG. tragen könnten, sind auch nicht vorhanden. Insbes. ist das Versteigerungsverfahren nicht unzulässig i. S. der von Amts wegen zu beachtenden Vorschrift des § 83 Ziff. 6 ZwVerfG. Es kann hierbei dahingestellt bleiben, ob die Stadtgemeinde Berlin bereits wegen aller Forderungen aus dem Beitrittsbeschl. v. 22. Mai 1929 befriedigt ist. Auf die in dieser Richtung vom Eigentümer angetretenen Beweise kann jetzt nicht eingegangen werden, da dieser Nachweis nicht gemäß der Vorschrift des § 775 ZPO., die als eine allgemeine Bestimmung des Zwangsvollstreckungsrechts auch für die Zwangsversteigerung von Grundstücken gilt (vgl. § 869 ZPO.), im Versteigerungstermine erbracht und diese Tatsache in der Versteigerungsniederschrift auch nicht beurkundet ist. Da das Versteigerungsprotokoll demnach keine Auskunft über diese Vorgänge gibt, können sie auch bei der Entsch. über den Zuschlag nicht berücksichtigt werden (§§ 78, 80 ZwVerfG.; vgl. RG. 12. ZivSen., Beschl. v. 3. April 1929: ZB. 1929, 1670).

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 27. Nov. 1929, 12 W 9533/29.)

Mitgeteilt v. OGR. Dr. Kämmerer, Berlin.

## b) Strafsachen.

### Dresden.

#### I. Materielles Recht.

**33.** § 193 StGB. Revisionsgerichtliche Nachprüfung, ob eine Behauptung zur Wahrnehmung eines berechtigten Interesses aufgestellt worden sei.)

(OLG. Dresden, 1. StrSen., Urf. v. 26. Febr. 1930, 1 Ost 8/30.)

Abgebr. ZB. 1930, 2236<sup>o</sup>.

oder zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens vorliegt, die Entsch. nach § 33 ZwVerfG. nur durch Verfassung des Zuschlags gegeben werden. Es kommt nicht darauf an, ob der Grund zur Aufhebung usw. erst nach dem Schlusse der Versteigerung entstanden ist, sondern maßgebend ist allein, ob das Vollstreckungsgericht ihn als einen sie erheischenden erst nach dem Schlusse der Versteigerung erkennt. Das Vollstreckungsgericht, das den Zuschlag aber schon erteilt hat, kann einen danach ihm bekannt gewordenen Aufhebungsgrund nicht mehr berücksichtigen; das ist vielmehr Sache des OLG., wenn die Sache auf erhobene Beschwerde an dieses gelangt (vgl. Reinhard-Müller, § 33 Anm. 1 und 2; SeuffArch. 56, 484; Fraeb: ZBP. 54, 311 und 315 o.; zu allgemein Jaekel-Gütke, § 33 Anm. 1 Abs. 3). Das OLG. Celle: ZB. 1927, 2155<sup>13</sup> irrt, wenn es meint, bei noch nicht rechtskräftig gewordenem Zuschlag käme eine Verfassung des Zuschlags nicht mehr in Frage, weil dieser bereits erteilt und gem. § 89 ZwVerfG. wirksam geworden sei (vgl. Reinhard-Müller, § 89 Anm. 5; Fraeb, §§ 102 und 96 VII 3). Richtig ist vielmehr, daß das Beschw. G. in der Sache selbst zu entscheiden, d. h. unter entsprechender Aufhebung des angefochtenen Beschlusses den Zuschlag zu verhängen hat, nicht anders, wie wenn es selbst an Stelle des Vollstreckungsgerichts zu entscheiden hätte (OLG. Kassel: Rpr. 13, 11; Fraeb, § 83 Ziff. 6 II 1 und § 97 II 5 a; § 100 II 2 und IV 2).

Das OLG. mußte also im vorliegenden Fall den Zuschlag wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 775 Ziff. 4 ZPO. verhängen. OGR. Dr. Fraeb, Hanau.

Zu 33. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob nicht die Begründung des Urteils einen Übergreif des OLG. auf das seiner Einwirkung entzogene Gebiet tatsächlicher Feststellungen darstellt; denn der Vorderrichter hat als einzigen Zweck der Äußerung die Herab-

## Berlin.

## II. Verfahren.

**34.** §§ 374, 381, 388, 384 verb. mit § 266 StPD. Zur Zulässigkeit der Erweiterung von Privatklage und Widerklage wegen Straftaten, die erst im Laufe des Verfahrens begangen oder zwar früher begangen, dem Kläger bzw. Widerkläger aber erst im Verfahren bekannt geworden sind. †)

Zwar ist es an sich in den sachlichen und zeitlichen Grenzen, in denen eine Widerklage überhaupt erhoben werden kann, dem Widerkläger auch unbenommen, seine Widerklage im Laufe des Verfahrens zu erweitern. Für solche Erweiterungen kann aber hinsichtlich der Frage, ob sie gleichfalls zum Gegenstande des Verfahrens zu machen sind, nur das gleiche gelten wie für entsprechende Erweiterungen der Privatklage. Denn auch die Widerklage stellt ihrer rechtlichen Natur nach nur eine Privatklage dar. Die Frage aber, ob Anschuldigungen, die erst im Laufe eines Privatklageverfahrens erhoben werden, gleichfalls zum Gegenstande des Verfahrens zu machen sind, kann in Ermangelung einer besonderen für das Privatklageverfahren gegebenen Vorschrift unter Berücksichtigung des § 384 StPD. nur auf Grund des § 266 StPD. entschieden werden. Danach kann, sofern der Angekl. im Laufe der Hauptverhandlung noch einer anderen Tat beschuldigt wird, als wegen welcher das Hauptverfahren gegen ihn eröffnet worden ist, auch diese andere Tat auf Antrag des Anklägers (StM.) und mit Zustimmung des Angekl. zum Gegenstande derselben Aburteilung gemacht werden. Die Vorschrift, die ihren Grund darin findet, daß Weitläufigkeiten vermieden werden sollen, wie sie eine neue Anklage notwendig mit sich bringt, muß unbedenklich auch für das Privatklageverfahren gelten, und zwar gem. § 385 StPD. dergestalt, daß an Stelle des Antrags der StM. der Antrag des Privat- oder Widerklägers tritt. Der Antrag kann aber in der Berufsst. überhaupt nicht mehr gestellt werden (RSt. 42, 91).

(RG., Ur. v. 12. Mai 1930, 4 V 104/30.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Boehm, Berlin.

\*

würdigung und Bloßstellung der Partei bezeichnet, und dieser einzige Zweck würde, wie auch das R.-Urteil nicht bezweifelt, mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen unvereinbar sein. Aber mit Recht hat der R.-Richter weiter geprüft, ob nicht diese Feststellung auf Verletzung von Denkgesetzen beruht; denn tatsächliche Feststellungen, die gegen allgemeingültige Gesetze des Denkens, der Logik, der Erfahrung und der Sprache verstoßen, verletzen das materielle Recht in gleicher Weise wie Verstöße gegen geschriebenes oder ungeschriebenes Gesetzesrecht (vgl. Löwenstein, Revision in Strafr., 2. Aufl., S. 115 ff.). Allerdings ist hier in Ermangelung positiver Normen die Grenze zwischen tatsächlicher Würdigung des festgestellten Tatbestandes und den aus ihm gezogenen logischen Schlüssen oft schwer zu ziehen. Aber die neuere Rspr. neigt dazu, den R.-Gerichten nach dieser Richtung hin ein immer weiteres Feld zu eröffnen; sicherlich nicht zum Schaden der Rechtspflege und des Vertrauens in die Zuverlässigkeit höchstgerichtlicher Rspr., das schwer darunter leidet, wenn Urteile, die auf offenbar sinnwidrigen Feststellungen beruhen, in Rechtskraft erwachsen. Von diesem Standpunkt verdient das obige Urteil, dessen Logik sich niemand wird verschließen können, volle Billigung.

JK. Dr. Siegfried Löwenstein, Berlin.

Zu 34. I. Der Entsch. kann nur teilweise zugestimmt werden. Zutreffend ist, daß die Beantwortung der Frage, auf Grund welcher Rechtsnorm die Zulässigkeit einer Erweiterung der Privatklage zu beurteilen sei, mangels einer anderweitigen gesetzlichen Vorschrift aus den §§ 266 i. Verb. m. §§ 384, 385 StPD. gewonnen werden muß. Hieraus ergibt sich zunächst, daß die Erweiterung der Privatklage bis zum Erlaß des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 383 StPD.) unbeschränkt zulässig ist. Nach diesem Zeitpunkt ist gem. § 266 StPD. eine Erweiterung der Strafklage, d. h. die Einbeziehung einer weiteren Übertretung oder eines weiteren Vergehens in den Gegenstand der Aburteilung von der Zustimmung beider Prozeßparteien, genauer gesagt, von dem Antrag der StM. und der Zustimmung des Angekl. abhängig gemacht, im übrigen auch dann noch in das Ermessen des Gerichts gestellt, das also auch, wenn beide Parteien die Einbeziehung wünschen, den Antrag aus Zweckmäßigkeitsgründen ablehnen kann. Im Privatklageverfahren tritt an die Stelle der StM. der Privatkl. (§ 385 StPD.). Der Privatbekl. braucht sich somit auf eine Erweiterung der Privatklage nach Eröffnung des Verfahrens ohne seine Zustimmung nicht mehr einzulassen.

II. Wenn die Entsch. jedoch diese Regel ohne weiteres auch auf die Widerklage anwenden will, indem sie die Widerklage der Privatklage völlig gleichsetzt, so kann ihr insoweit nicht gefolgt werden. Denn bereits die Erhebung der Widerklage ist vom Gesetz in von der Privatklage völlig abweichender Weise geregelt. Nach § 388 StPD. kann, wenn der Verletzte die Privatklage erhoben

## Dresden.

**35.** §§ 158 Abs. 2, 159 Abs. 2 GBG.; § 233 StPD. Das ersuchte Amtsgericht kann die Ausführung eines Rechtshilfegesuchs nicht deshalb ablehnen, weil seiner Ansicht nach § 233 StPD. verletzt wurde.

Der Eröffnungsbeschluß des AG. B. legt dem Angekl. zwei Verbrechen nach §§ 242, 243 Ziff. 3 StGB. zur Last. Zur Hauptverhandlung v. 11. April 1929 ist der Angekl. nicht erschienen. Durch Beschl. v. 3. Jan. 1930 hat das AG. B. im Einverständnis mit der StM. den Angekl. von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung befreit und das AG. J., in dessen Bezirk der Angekl. wohnt, um Vernehmung des Angekl. zur Anklage ersucht, falls er einen Antrag aus § 233 StPD. stelle. Das AG. J. hat die Vernehmung des Angekl. abgelehnt, weil dem Angekl. ein Verbrechen zur Last gelegt ist, das nicht nur wegen Rückfalls Verbrechen ist, und daher § 233 StPD. keine Anwendung finden könne. Das AG. B. hat darauf die Entsch. des OLG. Dresden gem. § 159 Abs. 2 GBG. erbeten.

Das AG. J. hat ohne berechtigten Grund die nachgesuchte Rechtshilfe verweigert. Nach § 158 Abs. 2 GBG. kann das Ersuchen um Rechtshilfe nur dann abgelehnt werden, wenn dem ersuchten Gericht die örtliche Zuständigkeit mangelt oder die vorzunehmende Handlung nach dem Recht des ersuchten Gerichts verboten ist. Keiner dieser beiden Ausnahmefälle liegt hier vor. Zu Unrecht beruft sich das AG. J. zur Rechtfertigung seiner Ablehnung auf § 233 StPD. Es ist von dem AG. B. nicht darum ersucht worden, den Angekl. von seiner Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung zu entbinden, sondern nur darum, den Angekl. über die Anklage zu vernehmen, falls dieser einen Befreiungsantrag stellt. Diese Befragung und Vernehmung des Angekl. ist aber für das ersuchte Gericht auch dann nicht verboten, wenn man der vom AG. J. vertretenen herrschenden Auslegung des § 233 StPD. folgt. Die Vernehmung eines Angekl. und die Entgegennahme seiner Anträge im Wege der Rechtshilfe ist stets zulässig. Die Verantwortung für eine etwaige Verletzung des § 233 StPD. durch eine nach dieser Vorschrift nicht zulässige Befreiung des Angekl. von der Verpflichtung zur Teilnahme

hat, der Beschuldigte bis zur Beendigung der Schlussvorträge erster Instanz Widerklage erheben, wenn er vom Privatkl. „gleichfalls durch ein Vergehen verletzt worden ist, das im Wege der Privatklage verfolgt werden kann und die Tat mit dem den Gegenstand der Klage bildenden Vergehen im Zusammenhang steht“. Vier Voraussetzungen bedingen also die Zulässigkeit der Widerklage: Der Verletzte, nicht etwa sein gesetzlicher Vertreter, muß die Privatklage erhoben haben. Er muß den Privatbekl. seinerseits durch eine im Wege der Privatklage verfolgbare Handlung verletzt haben. Diese Tat muß mit derjenigen, wegen deren Privatklage erhoben ist, im Zusammenhang stehen. Schließlich muß die Privatklage vor Beendigung der Schlussvorträge erster Instanz erhoben werden. Hiermit sind aber auch alle Voraussetzungen einer Widerklage gegeben. Es sind also z. B. die §§ 379, 380 StPD., die unter Umständen eine Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten bzw. einen Sühnetermin vorschreiben, auf die Widerklage nicht anwendbar (Loewe-Rosenberg, § 388 Anm. 1b). Insbes. erscheint aber hiernach nicht anwendbar auf die Widerklage die Vorschrift des § 266 StPD. Denn da die Widerklage jederzeit, selbst noch während der Schlussvorträge, erhoben werden kann, da irgendwelche Formvorschriften für sie nicht gegeben sind (Loewe-Rosenberg a. a. O. Anm. 5), und da das Gesetz dem Privatkl. keine Einlassungsfrist zur Verteidigung gegen die Widerklage eingeräumt hat, ist nicht einzusehen, warum die einmal erhobene Widerklage nicht auch sollte erweitert werden können, selbstverständlich nur, wenn auch für die Erweiterung die oben aufgezählten vier Voraussetzungen gegeben sind. Denn die Erweiterung der Widerklage ist nichts anderes als eine neue, zweite Widerklage, die als solche bis zur Beendigung der Schlussvorträge erster Instanz unzweifelhaft zulässig ist.

Der Unterschied der hier vertretenen Auffassung von der besprochenen Entsch. des RG. beruht darin, daß hiernach der Widerkl. zur Erweiterung der Widerklage nicht der Zustimmung des Privatkl. bedarf und daß die Zulassung der Erweiterung nicht dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt ist: Die erweiterte Widerklage muß vielmehr zugelassen werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Dieses Ergebnis erscheint auch zutreffend: Der Gesetzgeber ist bei der Ausgestaltung der Widerklage offensichtlich davon ausgegangen, daß es im Interesse einer möglichst schnellen und billigen Rechtspflege geboten sei, durch denkbar größte Vereinfachung des für die Widerklage gegebenen Verfahrens und Befreiung jeden formellen Apparates einen besonderen Anreiz zur gleichzeitigen Erledigung derartiger Strafsachen von geringer Bedeutung zu geben. Dieser grundsätzlichen Erwägung trägt die Entsch. des RG. weniger Rechnung als die vorliegend vertretene Auffassung, die zudem in einer unbefangenen Auslegung des § 388 StPD. die beste Stütze findet.

JK. Dr. Hugo Stern, Frankfurt a. M.

an der Hauptverhandlung trägt allein das erziehende AG. als erkennendes Gericht. Die Vornahme der erbetenen Rechtshilfsbehandlung ist daher anzuordnen, ohne daß es einer Entsch. der Frage bedarf, ob auf die Beachtung der Vorschriften in § 233 StPD, soweit sie die Möglichkeit der Befreiung des Angekl. von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung einschränken, von den Prozeßbeteiligten verzichtet werden kann.

(OAG. Dresden, Beschl. v. 28. Febr. 1930, 2 OstReg. 90/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

### Königsberg.

**36.** § 345 Abs. 2 StPD. Wirkung des Fehlens der Unterschrift des Urkundsbeamten unter der Revisionsrechtspflichtung. †)

(OAG. Königsberg, RevSen., Ur. v. 3. März 1930, S 502/29.)

Abgedr. JW. 1930, 1526.

## Landgerichte.

### Zivilsachen.

#### Banken.

#### I. Materielles Recht.

**1.** § 419 BGB.; VergleichsD.; § 59 RD. Im außergerichtlichen (vertraaglichen) Ausgleichsverfahren ist die das notleidende Geschäft zwecks gleichmäßiger Befriedigung der Gläubigerschaft einzuweilend fortführende Vertrauensperson nicht Bevollmächtigte des früheren Betriebsinhabers, wenn sie auch als Treuhänder nur fiduziarischer Betriebsinhaber wird und innenrechtlich verpflichtet bleibt, die Betriebsgegenstände nach Erledigung ihres Auftrags wieder an den früheren Betriebsinhaber zurück zu übertragen. Durch Weiterlieferung von Gas und Strom aus den städtischen Werken entsteht daher ein neuer Lieferungsvertrag mit dem Treuhänder und die Lieferung darf nunmehr nicht kündigungslos eingestellt werden, weil der Treuhänder auch den städtischen Werken nur quotenmäßige Befriedigung, nicht aber volle Befriedigung wegen der Rückstände des früheren Betriebsinhabers gewährt. †)

Mit dem Geschäftsübernahmevertrag v. 1. Febr. 1928 übernahm der Antragsteller nicht die Haftung für die bis dahin ent-

Zu 36. Eine ebenso unerfreuliche wie leider richtige Entsch. Ein vom Urkundsbeamten nicht unterschriebenes Protokoll ist eben kein Protokoll. Ebenso ist es im Zivilprozeß und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die an sich nicht ganz zu beseitigende Notwendigkeit von Formvorschriften hat die traurige Wirkung, daß unter Umständen unter dem Mangel der Form der Unschuldige leidet.

Gef. JN. Dr. Heilberg, Breslau.

**Zu 1. I.** Der obigen Entsch. liegt offenbar folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Schuldner H. war in Zahlungsschwierigkeiten geraten und zur Befriedigung aller seiner Gläubiger nicht in der Lage. Er schloß deswegen mit dem Antragsteller und seinen Gläubigern einen Treuhandliquidationsvergleich des Inhalts, daß der Antragsteller den Geschäftsbetrieb mit dem verbundenen Inventar und Warenlager übernahm und sich verpflichtete, die Gläubiger des H. in Höhe einer bestimmten Quote zu befriedigen. Nach Übernahme des Geschäfts durch den Antragsteller verlangte dieser von der Antragsgegnerin die Weiterbelieferung des Betriebes mit Strom und Gas. Zunächst kam die Antragsgegnerin diesem Verlangen auch nach. Dann aber stellte sie sich auf den Standpunkt, daß sie zur Weiterlieferung nicht verpflichtet sei, sofern nicht der Antragsteller ihre rückständigen Forderungen aus der Lieferung von Strom und Gas gegenüber dem Schuldner H. im vollen Umfange befriedigte. Der Antragsteller hält diesen Standpunkt für ungerechtfertigt und hat, offenbar im Wege einer EinstvoBerf., Weiterlieferung von der Antragsgegnerin verlangt. Die Entsch. hat den Standpunkt des Antragstellers für berechtigt gehalten. Ihr ist im Ergebnis, jedoch nicht in der Begründung, im vollen Umfange beizutreten.

II. Es ist zunächst zutreffend, daß eine Zuanpruchnahme des Antragstellers auf Bezahlung des vollen Rückstandes nicht aus § 419 BGB. hergeleitet werden kann, denn nach dem Tatbestande hat er nicht das gesamte Vermögen des H. übernommen; vielmehr waren Grundstücke und das Privatvermögen des H. von der Übernahme ausgeschlossen. Bei dieser Sachlage bedurfte es keiner Erörterung, ob beim Treuhandliquidationsvergleich der Treuhänder,

standenen Schulden H.s. nach dem Inhalte dieses Vertrages übertrag H. nur den Betrieb mit dem vorhandenen Inventar und Warenlager, dagegen wurde das private Vermögen und das Grundvermögen H.s. von dem Vertrag überhaupt nicht betroffen. Wurde aber ein Teil des Vermögens von der Übertragung ausgeschlossen, so kann die Bestimmung des § 419 BGB., nach der der Übernehmer eines Vermögens im ganzen für die bestehenden Ansprüche gegen den bisherigen Vermögensinhaber haftet, hier nicht herangezogen werden. Aber nur in diesem Falle, abgesehen von dem des § 25 BGB., der hier nicht herangezogen werden kann, haftet der Rechtsnachfolger eines Kaufmanns, der dessen Betrieb übernimmt und fortführt, für die bis dahin entstandenen Schulden des Betriebs.

Ebenso wenig haftet der Antragsteller für die Rückstände H.s. aus dem Grunde, weil seine Stellung eine dem Konkursverwalter ähnliche sei und deshalb die Anwendung der Vorschriften des § 59 RD. gerechtfertigt erschiene. Denn die Antragsgegnerin hat es mit voller Absicht unterlassen, den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu stellen. Die Vorschrift des § 59 Ziff. 2 RD. kann aber nur im Falle des Konkursverfahrens Anwendung finden. Nur dann wäre es möglich gewesen, vom Konkursverwalter nach dieser Vorschrift bevorzugte Befriedigung zu fordern, vorausgesetzt, daß man den zwischen H. und der Antragsgegnerin bestehenden Gas- und Stromlieferungsvertrag als nicht erfülltes Einheitschuldverhältnis i. S. dieser Vorschrift ansehen will. Eine entsprechende Anwendung der Konkursvorschriften auf die Treuhänderstellung des Antragstellers ist nicht angängig. Mag auch diese Stellung wirtschaftlich der eines Konkursverwalters ähnlich sein, so ist sie doch rechtlich völlig verschieden von ihr.

Dafür, daß die Vertragsparteien nicht ernsthaft den Übergang der Betriebsgegenstände auf den Antragsteller gewollt haben, fehlt jeder Anhalt. Wenn dieser auch als Treuhänder nur fiduziarischer Betriebsinhaber wurde und nur ein fiduziarisches Verfügungsrecht über die Betriebsgegenstände erwarb, so wurde er damit doch nicht weniger verfügungsberechtigt. Daß er innenrechtlich verpflichtet blieb, die Betriebsgegenstände nach Erledigung seines Auftrags wieder an den früheren Betriebsinhaber zurückzuübertragen, machte ihn nicht zu einem Bevollmächtigten, der nur im Namen H.s. handelte. Er betrieb vielmehr das H.sche Geschäft im eigenen Namen, wenn auch auf fremde Rechnung. Daß der Vertrag v. 1. Febr. 1928 von den Vertragsschließenden fälschlicherweise als Pachvertrag bezeichnet worden ist, kann daran nichts ändern. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß die Geschäftsüberlassung an den Antragsteller gegen Treu und Glauben verstöße. Die Vereinbarung einer außergerichtlichen gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger und die Einsetzung eines Treuhänders zu diesem Zwecke ist nicht verboten und entspricht einer verbreiteten Übung in Handelskreisen. Zudem lag es jederzeit in der Macht der Antragsgegnerin, durch Stellung eines Antrags die

selbst wenn er das gesamte Vermögen des Schuldners übernimmt, dem nicht zustimmenden Gläubiger aus der Vorschrift des § 419 BGB. im vollen Umfange haftet (vgl. zu dieser Streitfrage Emmerich, Die Sanierung, § 55 S. 118).

III. Die Entsch. nimmt weiterhin zutreffend an, daß eine Haftung des Antragstellers für die vollen Rückstände nicht schon dadurch begründet worden sei, daß er nach Übernahme des Geschäfts seinerseits Weiterlieferung von Strom und Gas von der Antragsgegnerin verlangte. Denn wenn er auch im Verhältnis zum Schuldner als Treuhänder das Geschäft weiterführte, so trat er doch nach außen hin im eigenen Namen auf. Er schloß also einen neuen Lieferungsvertrag auf seinen Namen und nicht nur als Bevollmächtigter des Schuldners. Dies auch und deswillen nicht, weil er ja nicht nur als Treuhänder für den Schuldner, sondern auch als Treuhänder für die Gläubigerschaft tätig wurde und das Geschäft auch in ihrem Interesse weiterführte. Stand aber der Antragsteller der Antragsgegnerin als Vertragskontrahent gegenüber, so konnte diese ihm gegenüber die Weiterbelieferung nicht von der Bezahlung der in der Person des H. entstandenen Rückstände abhängig machen.

IV. Es kann jedoch die Frage aufgeworfen werden — und das hat die obige Entsch. nicht geprüft —, ob eine Haftung des Antragstellers für die Rückstände etwa aus der von ihm übernommenen Verpflichtung der Gläubiger des H. quotenmäßig zu befriedigen, hergeleitet werden kann. Die Antragsgegnerin hatte sich zwar mit einer quotenmäßigen Befriedigung nicht einverstanden erklärt. Das aber steht der Möglichkeit, volle Bezahlung der Rückstände von dem Antragsteller zu verlangen, nicht entgegen. Denn gewöhnlich erfolgt der Abschluß eines Liquidationsvergleichs unter Beobachtung der konkursrechtlichen Befriedigungsvorschriften. Die quotenmäßige Befriedigung erhalten demnach nur diejenigen Gläubiger, die im Falle des Konkurses und des gerichtlichen Vergleichsverfahrens Konkurs- bzw. Vergleichsgläubiger sein würden, während die Massegläubiger und bevorrechtigten Gläubiger vorher befriedigt werden müßten (vgl. hierzu Emmerich a. a. O. § 58 S. 136).

Wenn also die Antragsgegnerin Massegläubigerin wäre, so könnte ihr Verlangen auf volle Bezahlung der Rückstände aus dem Gesichtspunkt hergeleitet werden, daß die zur Befriedigung der ge-



Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens herbeizuführen.

Auch dadurch, daß der Antragsteller v. 1. Febr. 1928 an von der Antragsgegnerin die Weiterlieferung von Strom und Gas beehrte, übernahm er nicht die Schulden H. 3 aus den bisherigen Lieferungen der Antragsgegnerin. Vielmehr schloß diese damit, daß sie dem Antragsteller v. 1. Febr. 1928 an lieferte, einen neuen Lieferungsvertrag mit dem Treuhänder ab, dessen sofortige Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nur aus den in den §§ 6, 7 ihrer Lieferungsbedingungen angegebenen Gründen möglich war. Daß der Antragsteller die Forderung der Antragsgegnerin auf volle Befriedigung ablehnte, war kein Grund zur kündigungslosen Einstellung der Lieferungen. Denn der Antragsteller war nicht zu einer vollen Bezahlung, sondern nur zu quotenmäßiger Befriedigung der Antragsgegnerin, wie er sie in der Gläubigerversammlung vom 1. Febr. 1928 gegenüber allen Gläubigern H. 3 zugejagt hatte, verpflichtet. Daß die Vertreter der Antragsgegnerin in dieser Gläubigerversammlung ihr Einverständnis mit der Einsetzung des Treuhänders und der quotenmäßigen Abzahlung der Schulden H. 3 nicht

erklärt haben, ist unerheblich. Denn auch wenn die Antragsgegnerin mit der Einsetzung des Treuhänders nicht einverstanden war, so kann daraus nicht die Haftung des Antragstellers für ihre volle Befriedigung hergeleitet werden.

(RG. Bauz. 3. ZR., Beschl. v. 22. Juni 1928, 3 B C 21/28.)  
Mitgeteilt von M. Dr. W. Fuchs, Sebnitz i. S.

## Berlin.

## II. Verfahren.

2. § 807 ZPO.; § 60 KO. Offenbarungseidspflicht des Konkursverwalters gegenüber Massegläubigern. †)

Den Gegenstand des Rechtsstreits bildete die Verpflichtung des aus § 767 ZPO. klagenden Masseforderers den Offenbarungseid zu leisten. Nach § 60 KO. erfolgt, sobald sich herausstellt, daß die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht, eine verhältnismäßige Befriedigung derselben. Es ist zweifelhaft, welcher Zeitpunkt als Feststellung der Unzulänglichkeit gilt. Jedenfalls ist erforderlich, daß der Konkursverwalter die Massegläubiger von der Unzulänglichkeit der Masse in Kenntnis setzt, und zwar durch eine genaue Mitteilung über die einzelnen Aktiva der Masse. Die einfache Mitteilung, daß eine Masse nicht vorhanden sei, genüge hier, wo noch Prozesse um ausstehende Forderungen schweben, nicht.

Die Offenbarungseidspflicht des Konkursverwalters besteht trotz der Vorschriften des § 60 KO. selbst dann, wenn die Masse unzulänglich ist, sofern, wie im vorliegenden Falle, der Konkursverwalter der Massegläubigerin eine ausreichende Aufklärung über den Massebestand nicht gibt.

(RG. II Berlin, 17. ZR., Beschl. v. 8. Febr. 1930, 29 T 158/29.)

Mitgeteilt von OGD. Dr. Gernsheim, Berlin.

\*

3. §§ 899 ff. ZPO. Langfristige Vertagung der Abnahme des Offenbarungseides ist unzulässig.

In dem zur Abnahme des Offenbarungseides bestimmten Termine v. 17. März 1930 ist lediglich der Schuldner erschienen und hat ausweislich des Verhandlungsprotokolls erklärt, er möchte den Offenbarungseid nicht leisten, weil er Teilzahlungen auf die

Zu 2. Massegläubiger sind keine Konkursgläubiger, deshalb auch nicht den Vollstreckungsbeschränkungen nach §§ 12 ff. KO. unterworfen. Sobald sich aber herausstellt, daß die Masse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht, tritt die verhältnismäßige Befriedigung ein; von da an kann kein Massegläubiger eine Vollstreckung vornehmen, also auch den Verwalter nicht zum Offenbarungseid laden (RG. 61, 261 ff.; 66, 326 ff. — ZW. 1907, 679; ZW. 1927, 2644 15; OLGPr. 10, 204; 19, 214; Jaeger, KO., Anm. 8 zu § 60).

Wann und wie aber die Feststellung erfolgt, daß die Masse zur Befriedigung aller Massegläubiger unzureichend ist, ist nach der Rspr. streitig.

Sicher ist, daß die Feststellung nicht durch das Konkursgericht, sondern durch das Prozeßgericht erfolgt, und zwar bei Vollstreckung gegen den Verwalter durch Vollstreckungsgegenklage nach § 771 ZPO., außerdem durch Verteilungsstreit zwischen den einzelnen Massegläubigern.

Gerade beim Rechtsstreit nach § 60 KO. ist die Offenbarungseidspflicht bedeutsam, die dem Verwalter als gesetzlichem Vertreter des Schuldners der Massegläubiger obliegt; als gesetzlichem Vertreter des Schuldners als Masseobjektes obliegt dem Verwalter auch die Pflicht des Offenbarungseides auf Grund §§ 807, 883 ZPO. (Jaeger, KO., Anm. 8 zu § 60, Anm. 10 zu § 57). An sich besteht deshalb die Verpflichtung des Verwalters zur Leistung des Offenbarungseides.

Behauptet der Konkursverwalter, daß wegen Unzulänglichkeit der Masse seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nicht bestehe, so hat er dies nach § 767 ZPO. durch Klage gegen die Vollstreckung geltend zu machen; das Prozeßgericht hat alsdann nach den allgemeinen Beweisregeln darüber zu entscheiden, ob die Unzulänglichkeit der Masse genügend dargetan ist.

Wenn das Prozeßgericht die Behauptungen des Verwalters nicht als genügend glaubhaft erachtete, konnte es den Antrag auf einstweilige Einstellung der Vollstreckung nach § 769 ZPO. zurückweisen.

War die Vollstreckungsgegenklage des Verwalters bereits zurückgewiesen, was aus dem Tatbestand nicht erkennbar ist, und bestritt der Verwalter trotzdem auf Ladung des Gläubigers zum Offenbarungseid seine Verpflichtung zur Eidesleistung, weil er als Konkursverwalter dazu überhaupt nicht verpflichtet sei, so konnte der Widerspruch nach § 900 ZPO. zurückgewiesen werden.

Dem Beschluß ist deshalb beizutreten.

Gef. FR. Dr. Bernhard Mayer, München.

wöhnlichen Konkursgläubiger vorhandenen Werte diesen erst dann zur Verfügung gestellt werden dürfen, wenn die Massegläubiger und bevorrechtigten Gläubiger Befriedigung erhalten haben. Es hätte also noch die Frage geprüft werden müssen, ob die Antragsgegnerin wegen der Rückstände für die an den Schuldner H. bewirkten Lieferungen Massegläubigerin war. Dies ist zu verneinen. Denn auch dann, wenn über das Vermögen des H. das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet worden wäre und H. selbst Weiterlieferung von Strom und Gas verlangt haben würde, würde die Antragsgegnerin nach der herrschenden Meinung hinsichtlich ihres Anspruchs auf Bezahlung der Rückstände gewöhnliche Konkursgläubigerin gewesen sein. Es handelt sich nämlich bei den Gas- und Stromlieferungsverträgen nicht um sog. Sukzessivlieferungsverträge, bei denen der Konkursverwalter nach § 17 KO. oder der Schuldner nach § 28 VerglD. mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts die Erfüllung ablehnen muß, wenn er die Forderung bezüglich der Rückstände nur als Konkursforderung behandeln will; vielmehr liegt bei diesen Verträgen eine große Anzahl sich mit den einzelnen Rechnungsabchnitten immer wieder erneuernder Verträge vor, wofür Jaeger den Ausdruck „Wiederkehrschuldverhältnis“ geprägt hat (vgl. hierzu Jaeger, Anm. 18 b zu § 17 KO.). Nach dieser von Jaeger vertretenen Auffassung über die Rechtsnatur der angeführten Verträge ist also das Lieferwerk für die Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens aufgelaufenen Rückstände auf eine gewöhnliche Konkursforderung selbst dann angewiesen, wenn die Masse noch nach Eröffnung des Verfahrens Weiterlieferung beansprucht. Von diesem Standpunkt aus würde das Verlangen der Antragsgegnerin auf volle Bezahlung der Rückstände auch im vorliegenden Fall unbegründet sein, da sie nicht Massegläubigerin wäre. Diejenigen allerdings, welche im Gegensatz zu Jaeger auch den Stromlieferungsvertrag als Sukzessivlieferungsvertrag ansehen, verlangen, daß Erfüllung des alten Vertrages abgelehnt und Abschluß eines neuen Vertrages gefordert wird, um auf diese Weise zu erreichen, daß die Forderung wegen der Rückstände nur eine gewöhnliche Konkursforderung ist. Sie suchen den Bedenken, die sich gegen ein derartiges Vorgehen erheben, mit dem Gesichtspunkt zu begegnen, daß die Stromlieferungswerke auf Grund des für die Monopolbetriebe statuierten Kontrahierungszwanges den Abschluß neuer Verträge nicht ablehnen dürfen, wenn sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen wollen (vgl. hierzu Jaeger a. a. D.). Dabei bleibt aber durchaus die Frage zweifelhaft, ob nicht der Konkursverwalter und der Vergleichsschuldner, der die Erfüllung des alten Vertrages ablehnt in der festen Absicht, den Abschluß eines neuen Vertrages zu verlangen, und diese Machination nur deswegen vornimmt, um der Forderung des Vertragsgegners hinsichtlich der Rückstände den Charakter der Masseforderung zu nehmen, nicht etwa seinerseits gegen die guten Sitten verstößt. Die Entsch. des RG. v. 3. Jan. 1930 (KonkTrW. 1930, 49) hält die Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens in einem derartigen Vorgehen für durchaus möglich und hat nur deswegen nicht hierzu abschließend Stellung genommen, weil es nach dem zu entscheidenden Tatbestande hierauf nicht ankam. Im vorliegenden Falle würden sich aber, auch wenn man der Ansicht Jaegers nicht folgt, Schwierigkeiten um deswillen nicht ergeben, weil die Antragsgegnerin nach dem Tatbestande zunächst nach Übernahme des Geschäfts durch den Antragsteller diesem Strom geliefert hat und die Einstellung der Stromlieferung unter Verlangen der vollen Bezahlung der Rückstände erst in einem späteren Zeitpunkt vorgenommen oder angedroht hat. Hierzu war sie, nachdem sie einmal mit dem Antragsteller einen neuen Vertrag abgeschlossen hatte, wegen der in der Person des H. aus dem früheren Vertragsverhältnis entstandenen Rückstände nicht berechtigt. Sie hatte also wegen dieser Rückstände nur eine gewöhnliche Konkursforderung, nachdem die Weiterlieferung von Strom an den Antragsteller auf Grund eines mit diesem abgeschlossenen neuen Vertrages erfolgt war. Sie durfte also die Stromlieferungen dem Antragsteller gegenüber nicht einstellen oder die Einstellung androhen, weil H. seine Verpflichtungen nicht erfüllt hatte.

RM. Dr. Richard Salomon, Berlin.

Schuld in Höhe von 1000 M bis zum 14. April 1930 leisten wolle. Das W. hat daraufhin neuen Termin auf den 14. April 1930 anberaunt und dem Schuldner aufgegeben, in diesem Termine eine Quittung der Gläubigerin über die Zahlung von 1000 M vorzulegen, da andernfalls Haftbefehl ergehen werde. Gegen diese neue Terminanberaumung richtet sich die Beschwerde der Gläubigerin, der der Erfolg nicht zu versagen war. Die Anberaumung eines Termines gehört zwar in der Regel nicht zu den nach §§ 567, 793 ZPO. mit der Beschwerde anfechtbaren Beschlüssen, denn eine bloße Terminanberaumung stellt grundsätzlich noch keine Entsch. des Gerichts dar, sondern bereitet eine solche nur vor. Im vorliegenden Falle ist die Sachlage jedoch eine andere. Denn die hier beschlossene Terminanberaumung auf einen nahezu einen vollen Monat entfernten Zeitpunkt kommt, ihrem Ergebnis nach, einer Aussetzung des Offenbarungsverfahrens gleich. Es liegt also hier ausnahmsweise bereits in der Terminanberaumung des Gerichts eine „Entscheidung“ i. S. des § 793 ZPO., die mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann.

Die Beschwerde der Gläubigerin ist auch der Sache nach begründet. Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, wonach das Gericht im Offenbarungsverfahrensverfahren auf einseitigen Antrag des rechtzeitig und ordnungsmäßig geladenen Schuldners befugt wäre, einen neuen Termin zur Eidesabnahme anzuberaunen. Ein solches Verfahren entspricht nicht den Bestimmungen der Prozessordnung. Vielmehr konnte das Gericht, falls es zuvor noch der Gläubigerin Gelegenheit zur Stellungnahme geben wollte, die Entsch. über den bereits mit dem ursprünglichen Offenbarungsverfahrensantrage v. 8. Okt. 1928 gestellter Haftantrag zunächst aussetzen und der Gläubigerin von dem Protokollinhalt Kenntnis geben, um alsdann seine Entsch. erst nach dem Eingang der daraufhin zu erwartenden Äußerung zu treffen. Reinesfalls aber war das Gericht befugt, über den vorliegenden Haftantrag der Gläubigerin einfach hinwegzugehen und ohne deren Einverständnis einen neuen Termin zur Eidesleistung anzuberaunen. Der angefochtene Beschluß mußte deshalb der Aufhebung unterliegen. Einer erneuten Terminanberaumung bedarf es nicht mehr, vielmehr wird das Gericht, da das Vorbringen des Schuldners im Termin v. 17. März 1930 nicht als ein Widerspruch gegen seine Verpflichtung zur Eidesleistung aufgefaßt werden kann, nunmehr unmittelbar über den Haftantrag der Gläubigerin zu entscheiden haben.

(OG. III Berlin, Beschl. v. 4. April 1930, 2 T 1619/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Leopold Samolewicz, Berlin.

\*

#### Erfurt.

4. § 811 Ziff. 5 ZPO. Der Inhaber eines stehenden Gewerbebetriebs (Ladengeschäft) kann nicht den Schutz des § 811 Ziff. 5 ZPO. für ein ihm gehöriges Motorrad in Anspruch nehmen, weil es bei der Beitreibung von Forderungen verwendet wird.

Das BeschwG. trägt Bedenken, den Minderkaufleuten grundsätzlich den Schutz des § 811 Ziff. 5 ZPO. zu versagen; vielmehr wird es immer auf den Einzelfall ankommen. Hier liegen aber die Verhältnisse jedenfalls so, daß die Schuldner durch die Pfändung des Motorrades in der persönlichen Fortsetzung ihrer Erwerbstätigkeit nicht oder nur ganz unwesentlich beeinträchtigt werden. Erfahrungsgemäß sind für die Erwerbstätigkeit in einem offenen Ladengeschäft ganz andere Verrichtungen wesentlich wie der Besuch der Landkundschaft zu Werbe- und Beitreibungszwecken. In diesen für die Fortsetzung der Erwerbstätigkeit wesentlichen Verrichtungen wie dem Heranschaffen, der Aufstellung, den Anbieten, dem Verkauf der Waren würden die Schuldner durch die Wegnahme des Motorrades nicht beeinträchtigt. Auch unter den heutigen schwierigen Geldverhältnissen kann für den Inhaber eines stehenden Gewerbebetriebs, ein Motorrad nicht schon deshalb, weil es bei der Beitreibung von fälligen Forderungen verwendet wird, als unentbehrlich angesehen werden, da dazu genügend andere Wege zur Verfügung stehen.

(OG. Erfurt, 1. ZR., Beschl. v. 8. April 1930, 1 T 71/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Backhaus, Eisenach.

\*

#### Frankenthal.

5. § 811 Ziff. 5 ZPO. ist bei der Pfändung von Inventarstücken (Ladentisch, Warenregal) eines kleinen Ladengeschäfts nicht anwendbar.

Die Schuldnerin betreibt ein offenes Ladengeschäft mit Kolonialwaren und Lebensmitteln. Der kaufmännische Warenvertrieb ist für ihren Erwerb die Hauptsache, während der persönlichen Leistungen demgegenüber nur von untergeordneter Bedeutung sind. Da § 811 Ziff. 5 nur den Schutz solcher Personen bezweckt, die ihren Erwerb aus körperlicher Arbeit oder sonstigen Dienstleistungen ziehen, die persönliche Tätigkeit der Schuldnerin aber hinter der sachlichen Ausnützung des in Waren angelegten Kapitals zurücktritt, fällt sie nicht

unter die durch § 811 Ziff. 5 ZPO. geschützten Personen (vgl. Sydow-Busch-Franz, Anm. 7 zu § 811 ZPO. und OLG. 5, 134; 22, 374).

(OG. Frankenthal, Beschl. v. 6. Juni 1930, BeschwReg. II 134/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Heinrich Ebertsheim, Mannheim.

#### Kassel.

#### Gebühren und Kosten.

##### 6. § 91 ZPO. Vergütung der Prozeßagenten.

Die Parteien streiten darüber, ob dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. zu Recht Prozeß- und Vergleichsgebühr in Höhe von je  $\frac{3}{4}$  der Sätze eines N. zugebilligt worden sind. Die Bekl. ist der Ansicht, daß der Vertreter des Kl. nicht mehr als die Hälfte der Sätze eines N. zu beanspruchen hat. Die Frage, welche Sätze ein Rechtsbeistand zu erhalten hat, ist gesetzlich nicht geregelt. Die entscheidende Kammer hat sich in ständiger Rspr. unter Aufgabe des früher vertretenen entgegengesetzten Standpunktes dahin ausgesprochen, daß ein Prozeßagent mit Rücksicht auf seine geringere Vorbildung auch bei kleinen Objekten niemals die gleichen Sätze zu beanspruchen habe, die einem N. zustehen. Die Kammer billigt dem Prozeßagenten grundsätzlich eine Vergütung in Höhe der Hälfte der Gebühren eines N. zu. Die Kammer hat aber ausgesprochen, daß bei kleineren Objekten, deren Bearbeitung besondere Schwierigkeiten gemacht hat, dem Prozeßagenten eine Vergütung bis zu  $\frac{3}{4}$  der Sätze eines N. zugebilligt werden kann. In diesem Standpunkt ist festzuhalten. Vorliegend handelt es sich um ein kleineres Objekt. Aus den von dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. vorgelegten Handakten ergibt sich auch, daß die Bearbeitung der Sache erhebliche Mühe und Schwierigkeiten gemacht hat. Es ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, daß dem Prozeßbevollmächtigten des Kl.  $\frac{3}{4}$  der Gebühren eines N. zugesprochen worden sind.

(OG. Kassel, Beschl. v. 11. Juli 1930, 1a T 399/30.)

Mitgeteilt von OGD. Dr. Becker, Kassel.

#### Hannover.

#### Armenrecht.

7. § 1 ArmAnwG. Der Anwalt, der sich im Verhandlungstermin vor dem Amtsgericht durch einen Referendar vertreten läßt, kann trotzdem Erstattung der vollen Verhandlungsgebühr fordern. †)

N. Dr. S., Hannover, der dem Kl. als Armenanwalt beigeordnet worden war, hat in dem einzigen Verhandlungstermin vor dem W. G. sich durch den ihm zur Ausbildung überwiesenen und länger als ein Jahr und drei Monate im Vorbereitungsdienst beschäftigten Referendar vertreten lassen. Er fordert Kostenersatzung aus der Staatskasse, darunter auch die volle Verhandlungsgebühr.

Die Vorinstanz hat abgelehnt.

Die Beschwerde ist begründet. Das OLG. Celle vertritt zwar in seiner Entsch. v. 5. Nov. 1929, 2 I W 290/29 (ZB. 1930, 573), ebenso wie die dort in Bezug genommene Entsch. des RG. 31, 425 ff. den Standpunkt, daß der Anspruch auf die in der NAGebD. bestimmte Verhandlungsgebühr dem N. nicht zustehe, wenn der Verhandlungstermin von einem zwar ein Jahr drei Monate im Vorbereitungsdienst beschäftigten, aber nicht gem. § 25 Abs. 1 u. 2 NAG. von dem Rechtsanwalt als Vertreter bestellten Referendar wahrgenommen sei. Sie begründen diese Ansicht damit, daß die durch die NAGebD. zugebilligten Vergütungen mit Rücksicht auf die persönliche Tätigkeit des N. bemessen seien. Der N. könne daher die Verhandlungsgebühren nur dann liquidieren, wenn er selbst tätig gewesen sei oder durch einen anderen N. oder einen mindestens ein Jahr drei Monate im Vorbereitungsdienst stehenden Referendar sich habe vertreten lassen (§ 25 Abs. 1 NAG.); der gemäß § 25 Abs. 2 NAG. von der Landesjustizverwaltung zu seinem Stellvertreter bestellt sei. Dieser Ansicht kann sich das Gericht nicht anschließen. Der Wortlaut des

Zu 7. Der Entsch. ist in allen Punkten vollauf beizutreten. Die Begründung entspricht der bei Walther-Joachim-Friedlaender, Baumbach, RKostG., 3. Aufl., Anm. 2E zu § 1 NAGebD.; Carlebach, Ie zu § 1 NAGebD. vertretenen Auffassung. Der entgegengesetzte Standpunkt, der leider unter Bezugnahme auf RG., 5. Zivilsen., 21, 350 in der Praxis häufig eingenommen wird, verkennt den Sinn des Anwaltsvertrages und das Bedürfnis nach einer Rationalisierung des Anwaltsbetriebes. Wenn die gleichen Gerichte Rechtskonsultenten Verhandlungsgebühren zusprechen, Anwälten aber bei der Kostenfestsetzung streichen, weil sie im Veräumnisverfahren vor dem W. G. sich durch einen Stationsreferendar vertreten lassen, so ist der tiefere Grund für ein derartiges Verfahren in der noch immer herrschenden Anwaltsfeindlichkeit vieler Gerichte zu suchen.

N. Dr. Carlebach, Berlin.

§ 1 RVGebD. spricht nicht für, sondern gegen die in den gen. Entsch. vertretene Auffassung. Weder im § 1 RVGebD. noch in einer anderen Bestimmung dieses Gesetzes ist ausgesprochen, daß eine persönliche Tätigkeit des RL vorliegen muß. Der RVGebD. ist nicht unmittelbar die Entsch. der Frage zu entnehmen, ob der RL durch Stellvertretung eines ihm zur Ausbildung überwiesenen Referendares vergütungswidrig gehandelt habe. Denn die RVGebD. setzt nur das Entgelt für die Tätigkeit des Anwalts fest, nicht aber hat sie das zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten bestehende Vertragsverhältnis geregelt. Der Anwaltsvertrag unterliegt daher den allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts (Walter-Joachim-Friedlaender, 1925, Anm. 7 u. 8 zu § 1 RVGebD.; Baumbach, 1929, Anm. 2 zu § 1 RVGebD.). Danach beruht der Anspruch des RL auf Vergütung regelmäßig auf einem Dienstvertrag i. S. der §§ 611 ff. BGB. Die Berufstätigkeit des Anwalts hat die Gewährung rechtlichen Beistands zum Gegenstand. Dabei ist es gleichgültig, daß im vorliegenden Falle RL Dr. S. dem RL als Armenanwalt beigeordnet ist. Denn diese Beordnung begründet für den RL nur einen Kontrahierungszwang, d. h. die Verpflichtung, den Dienstvertrag mit der armen Partei abzuschließen und zu erfüllen. Vertragsgegner des Armenanwalts ist in diesem Falle der RL. Gegen diesen entsteht der vertragsmäßige Vergütungsanspruch, der allerdings bedingt und beantragt ist.

Gem. § 613 BGB. hat der RL seine Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Durch diese Vorschrift ist also nicht eine Stellvertretung des RL ausgeschlossen. Für die Entsch. der Frage, ob auch die Dienstleistung eines Stellvertreters als Erfüllung des Vertrages angenommen werden kann, ist aber allein der Parteiwille maßgebend. Im vorliegenden Falle hat sich RL Dr. S. durch einen ihm zur Ausbildung überwiesenen Referendar vertreten lassen, der bereits mindestens ein Jahr drei Monate im Vorbereitungsdienst beschäftigt worden ist. Der Referendar besitzt also die allgemeine Qualifikation zur Ausübung der Anwaltschaft i. S. des § 25 Abs. 1 und 2 RVG. Es muß daher als Parteiwille unterstellt werden, daß der Prozeßvollmächtigte des RL den Referendar, der ihn als Generalsubstitut hätte vertreten können, auch als einfachen Substituten zuzieht. Anerkennt der RL aber die Tätigkeit des Referendars als Erfüllung des Vertrages, so ist die Verhandlungsgebühr auch aus der Staatskasse dem RL Dr. S. zu zahlen.

(O. Hannover, I. R., Beschl. v. 29. April 1930, 1 T 615/30.)  
Mitgeteilt von RL Dr. P. Siegel, Hannover.

## B. Arbeitsgerichte. Reichsarbeitsgericht.

Bericht von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden.

**I.** §§ 64, 69 ArbGG. Neufestsetzung des Streitwerts durch das Landesarbeitsgericht nur bei Änderung des Wertes, nicht zur Richtigerstellung der erstinstanzlichen Festsetzung.

In der Verhandlung vor dem ArbG. hat der Kl. von den fünf Ansprüchen, die er ursprünglich erhoben hat, nur drei in Höhe von 4500, 480 und 1148,30 RM, also im Gesamtbetrag von 6128,30 RM, geltend gemacht. Das ArbG. hat durch angebliden Teilurteil dem Kl. die 4500 RM zuerkannt, die beiden anderen Ansprüche aber abgewiesen. Den Wert des Streitgegenstandes hat es auf 6128,30 RM festgesetzt. Beide Parteien haben Berufung erhoben. Das ArbG. hat durch Teilurteil über die Berufung der Bekl. entschieden und in deren Beachtung die Klage auch wegen der 4500 RM abgewiesen. Wegen der anderen beiden Ansprüche hat es die Entsch. dem künftigen Schlusurteil vorbehalten. Den Streitwert hat es neu festgesetzt, und zwar in Übereinstimmung mit dem ArbG., auf 6128 RM. In den Urteilsgründen hat es hierzu ausgeführt: „Nach § 69 ArbGG. braucht der Wert des Streitgegenstandes nur neu festgesetzt zu werden, wenn er sich von dem vom ArbG. festgesetzten Wert von 6128,30 RM unterscheidet. Mit Rücksicht auf die Bedenken des Kl. jedoch hinsichtlich des jetzt erlassenen Teilurteils und die in erster Instanz nicht klare Entsch. über das damalige Teilurteil erschien es zweckmäßig, den Wert des Streitgegenstandes in zweiter Instanz nochmals ausdrücklich festzusetzen.“

Diese Begründung legt die Annahme nahe, daß das ArbG., welches gem. § 69 Abs. 2 ArbGG. nur wegen Änderung des Wertes des Streitgegenstandes neu festsetzen konnte, eine solche Änderung nicht für vorliegend erachtet hat und zur Neufestsetzung nur geschritten ist, um dem Kl. die Möglichkeit der Rev. zu erschließen. Mit einer Neufestsetzung aus diesem Grunde würde

das ArbG. seine Zuständigkeit überschritten haben. Sie würde für das ArbG. unverbindlich sein. Es kann indessen unentschieden bleiben, ob die Neufestsetzung für das RevG. maßgebend ist. Ist sie es nicht, so ist auf die Wertfestsetzung des ArbG. zurückzugreifen (vgl. NArbG. 4, 46<sup>1)</sup> und das Urteil des NArbG. in der Sache RAG 576/28: ArbRspr. 1929, 170<sup>2)</sup>), und die Zulässigkeit der Rev. ist gemäß letzterem Urteil zu bejahen. Der Umstand, daß das BL über nur einen der drei Ansprüche entscheidet, dessen Betrag die Revisionssumme von 6000 RM nicht erreicht, während das ArbG. über alle drei Ansprüche anerkannt hat, ist bedeutungslos, da es für die Revisionsfähigkeit eines Urteils nicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes, sondern nur auf den Wert des Streitgegenstandes ankommt. Sollte dagegen die Neufestsetzung des NArbG. das ArbG. binden, so wäre, da auch sie über 6000 RM hinausgeht, die Zulässigkeit der Rev. ebenfalls gegeben (vgl. das Urteil in den Sachen RAG 618/28 und 44/29 v. 29. Mai 1929<sup>3)</sup>).

(NArbG., Ur. v. 19. März 1930, RAG 424/29. — Berlin.) [D.]

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

Bericht von Reichsfinanzrat Dr. Boelcke, Reichsfinanzrat Art und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

#### I. Bedeutung des § 90 Abs. 2 S. 2 RVG.

Wie Becker in seinem Erläuterungsbuch zu § 90 Anm. 4 (vgl. auch StR. 1928, 482) darlegt, ist die Fassung der Vorschrift in der Eile entstanden und daher nicht einwandfrei. Der bloße Wortlaut kann daher hier noch weniger entscheidend sein als bei anderen Gesetzesbestimmungen. Bei der Prüfung nach Anlaß, Sinn und praktischer Bedeutung der Vorschrift ergibt sich, wie Becker überzeugend dargetut, daß Abs. 2 nicht einen neuen Haftungsgrund neben Abs. 1 einführt. Abs. 2 setzt vielmehr voraus, daß eine Haftung nach Abs. 1 besteht; er schränkt aber zugunsten der Rechtsanwälte diese Haftung ein, und zwar zunächst sachlich, indem er die Haftung nur zuläßt, wenn eine Verletzung rechtsanwaltlicher Berufspflicht vorliegt und ferner auch hinsichtlich des Verfahrens, indem diese Frage nicht die Steuerbehörden entscheiden, sondern auf Antrag des FFinV. das Ehrengericht.

Der Senat folgte den weiteren Ausführungen Beckers auch darin, daß die Vorschrift praktisch bedeutungslos wäre, wenn sie sich beschränkte auf berufliche Handlung bei der Beratung in Steuerfragen, die der Wortlaut allein namhaft macht; der Zweck der Bestimmung, die Anwälte im Interesse der Steuerrechtspflege bei ihrer Tätigkeit in Steuerfragen gegen eine Überspannung ihrer Haftpflicht nach Abs. 1 zu schützen, kann vielmehr nur erreicht werden, wenn die in Abs. 2 vorgesehene Haftungsbeschränkung auf alle Fälle angewendet wird, wonach Abs. 2 eine Haftung des Anwalts gegeben ist; das trifft insbes. zu auf den vorliegenden Fall, wo der Anwalt kraft seines anwaltlichen Berufes als Konkursverwalter tätig war.

Das FinGer. lehnt demgegenüber die Beschränkung ab, weil der Konkursverwalter nicht als RL tätig werde, sondern ein vom Rechtsanwaltsberuf ganz getrenntes, besonderes Amt verwalte, das auch Personen übertragen werden könne, die nicht RL sind. Dieser Grund ist indessen schon deshalb nicht stichhaltig, weil er auch auf die bloße Beratungstätigkeit zutreffen würde, die gerade in Abs. 2 ausdrücklich genannt wird. Tatsächlich hat das Gericht bei der Ernennung des Konkursverwalters dessen Eignung zu prüfen und eine Persönlichkeit zu wählen, die für den betreffenden Fall nach Vorbildung und beruflicher Erfahrung besonders befähigt erscheint. Ist demnach nach der besonderen Lage des einzelnen Falles rechtswissenschaftliche Vorbildung sowie Gewandtheit und Fertigkeit im rechtsgeschäftlichen Verkehr erwünscht, so ernannt das Gericht einen Anwalt zum Konkursverwalter, nicht indem es von diesen beruflichen Fähigkeiten des Ausgewählten absieht, sondern gerade, indem diese Fähigkeit bei ihm deshalb voraussetzt, weil er als Anwalt zugelassen ist. Damit entfällt auch das zweite Bedenken des FinGer., i. S. des Gesetzes könne nicht liegen eine verschiedene Behandlung der Haftung des Konkursverwalters nach § 90 Abs. 1, je nachdem er Anwalt sei oder nicht. Denn die Beschränkung der Haftung nach Abs. 2 soll nach dem Geagten bei der Befähigung auf dem Gebiete des Steuerrechts allein zufallen dem Anwalt, dem dadurch im Interesse der Steuerrechtspflege eine Vorzugsstellung eingeräumt ist vor anderen Personen, die die gleiche Tätigkeit ausüben.

Die Vorentscheidungen waren daher wegen unzutreffender Aus-

1) JW. 1929, 2645. 2) JW. 1929, 1759. 3) LZ. 1930, 331.

legung des § 90 Abs. 2 RVerfG. ebenso wie der Haftungsbescheid ersatzlos aufzuheben. Damit ist für das KFinA. die Bahn frei, den Antrag auf Einleitung des ehrengerichtlichen Verfahrens zu stellen, falls es eine Verletzung der anwaltlichen Berufspflicht durch eine grobe Fahrlässigkeit des Beschw. für gegeben und dementsprechend die Geltendmachung des Anspruchs nach Recht und Billigkeit für angebracht hält (vgl. Becker a. a. O. Anm. 3 sowie RZf. 20, 201; 22, 285).

(RZf., Urtr. v. 18. Juli 1930, V A 1011/29 S.)

## Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Präsident Dr. v. Olshausen, Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

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

### 1. Großer Senat.

\*\* 1. Ein wesentlicher Verfahrensmangel (§ 1697 Nr. 2 RVO. liegt vor, wenn das OVerfA. auf Grund eines mündlich erstatteten Gutachtens entscheidet, dieses Gutachten aber in schriftlicher Fassung erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung zu den Akten gegeben wird (§ 30 Abs. 2 Nr. 3 Abs. 3 OVerfA. v. 24. Dez. 1911).

(RVerfA., Großer Sen., Urtr. v. 7. Mai 1930, IIa 3293/28<sup>a</sup>.) [R.]

### 2. Einzelne Senate.

2. Die Einlegung eines Rechtsmittels lediglich zu dem Zweck, einen im ersten Rechtszuge nicht geltend gemachten Anspruch durchzusetzen, ist unzulässig.

Der Kl. hat die Gewährung der Invalidenrente beantragt und auf die Anfrage, von wann ab er die Zahlung der Rente verlange, um Zahlung der Rente v. 1. April 1929 ab gebeten, weil er erst am 31. März 1929 aus dem Gehaltsbezug ausscheide. Durch Bescheid v. 13. April 1929 ist ihm die Rente v. 1. April 1929 zuerkannt worden. Gegen diesen Bescheid hat der Kl. Berufung eingelegt mit dem Antrage, ihm die Invalidenrente v. 24. Sept. 1928, dem Tage des Eintritts seiner dauernden Invaliderung, zu gewähren. Die Bekl. hat die Zurückweisung dieses Antrags begehrt, da dem ursprünglichen Antrag des Kl. in vollem Umfang entsprochen worden sei. Das Knappschäftsoberversicherungsamt Dortmund hat die Sache zur grundsätzlichen Entsch. dem RVerfA. vorgelegt. Dieses hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Nach der ständigen Rspr. des RVerfA. kann der Kl. gegen den Bescheid der Bekl. kein Rechtsmittel lediglich zu dem Zweck einlegen, einen im ersten Rechtszuge nicht geltend gemachten Anspruch durchzusetzen, weil er durch die Entsch. der Bekl. nicht beschwert ist (vgl. Entsch. v. 5. März 1925, IIa Kn 17/25<sup>b</sup>; 1056 II: RVerfA. Nachr. 1903, 391).

(RVerfA., 3. RevSen. [Knappsch. Sen.], Urtr. v. 27. Juni 1930, IIIa Kn 961/29<sup>a</sup>.) [R.]

## Reichsverfürgungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

[\*\* Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsverfürgungsgerichts abgedruckt.]

\*\* 1. § 147 VerfG. ist nicht anwendbar, wenn die Verfürgungsbehörden zur sachlichen Entscheidung über den Verfürgungsanspruch nicht berufen sind, insbes. wenn der sachlichen Nachprüfung der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensteht.

(RVerfürgGer., Urtr. v. 15. Juli 1930, M Nr. 37903/28, 15, Grbf. C.)

\*

2. Leistungen auf Grund einer Entscheidung, die im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben worden ist, sind zwar zu Unrecht empfangen (RVerfürgGer. VIII, 290 Nr. 70), sind aber seit dem 1. Okt. 1927 nicht zurückzuzahlen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist (RVerfürgGer. IX, 74 Nr. 21), es sei denn, daß er den Mangel des Rechtsgrundes kannte (§ 819 BGB).

(RVerfürgGer., Urtr. v. 28. Mai 1930, M Nr. 17924/29, 1.)

## II. Länder.

### 1. Oberverwaltungsgerichte.

#### Preußen.

#### Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von OVR. Geh. RegRat v. Fries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. § 10 OVG. Grundsätzliches zur Frage der Kostenersatzpflicht, wenn die obliegende Partei durch einen Prozeßagenten vertreten war.

Nachdem durch Urtr. des Bezirksauschusses in R. der Rechtsstreit zuungunsten der Bekl. entschieden worden war, beantragte der Streitbevollmächtigte des Kl., Syndikus des Haus- und Grundbesitzervereins R., D., der die mündliche Verhandlung vor dem Bezirksauschuß wahrgenommen hatte, die dem Kl. von der Bekl. zu erstattenden baren Auslagen an Prozeß-, Verhandlungs- und Kostenfestsetzungsgebühr sowie Umsatzsteuer auf zusammen 9,30 RM festzusetzen.

Der Vorsitzende des Bezirksauschusses lehnte eine Kostenfestsetzung mit der Begründung ab, daß nur Gebühren eines RA. erstattungsfähig seien.

Die Beschwerde wies das OVG. zurück.

Es besteht kein Zweifel, daß in der Kostenrechnung die baren Auslagen des Kl. für die Wahrnehmung der mündlichen Verhandlung durch den Syndikus D. gemäß § 103 Abs. 1 Satz 2 a. a. O. in Ansatz gebracht sind. Es fragt sich also zunächst, ob und gegebenenfalls inwieweit diese Bestimmung analog auf Bevollmächtigte, die nicht Verwaltungsrechtsrat oder Rechtsanwalt sind, wie Prozeßagenten, Beauftragte von Organisationen usw., anzuwenden ist, ob also die Begründung der Beschwerde zutrifft. Dies ist zu verneinen. Der § 103 Abs. 1 Satz 2 a. a. O. lautete früher: „Die Gebühren eines RA. des obliegenden Teiles usw.“ Er wurde durch das Gef. v. 25. Mai 1926 über die Vertretung vor den Verwaltungsgerichten (GS. 163) dahin abgeändert: „Die Gebühren eines Verwaltungsrechtsrats oder Rechtsanwalts des obliegenden Teiles usw.“ Daß dem Gesetzgeber i. F. 1926 die Existenz von Prozeßagenten usw. unbekannt gewesen sei, ist ausgeschlossen; daraus folgt, daß er Vergütungen für sie nicht als unter § 103 Abs. 1 Satz 2 fallend erachtete. Andernfalls wäre die Abänderung im Gef. v. 25. Mai 1926 überflüssig gewesen. Denn wenn Satz 2 auf irgendwelche anderen Terminsvertreter, als RA., analog hätte angewendet werden können oder sollen, so wäre dies in erster Linie bezüglich der Verwaltungsrechtsräte der Fall gewesen. Auch die Vorschrift des § 103 Abs. 1 Satz 3 kommt für sich allein hier nicht in Betracht, da unter persönlicher Wahrnehmung eines Termins nur die Wahrnehmung durch die Partei selbst zu verstehen ist.

Vielmehr ist die Frage, inwieweit der unterliegende Teil bare Auslagen, die an einen Prozeßagenten usw. als Vertreter in der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind, zu erstatten hat, aus § 103 Abs. 1 Satz 1 a. a. O. zu beurteilen. Was „erforderliche“ bare Auslagen i. S. dieser Vorschrift sind, ist vom Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden. Doch sind dabei die Sätze 2 und 3 des § 103 Abs. 1, die wichtige Bestimmungen über einzelne einer Partei erwachsenen Auslagen enthalten, zu beachten. Daraus ergibt sich zunächst zwingend, daß nicht einmal alle baren Auslagen, die einer Partei durch die Wahrnehmung des ihr zustehenden Rechtes, sich in der mündlichen Verhandlung vertreten zu lassen oder selbst zu vertreten, erwachsen, erforderliche bare Auslagen i. S. des § 103 Abs. 1 Satz 1 sind. Seinen Grund hat dies darin, daß für das Verwaltungsstreitverfahren sowohl der Grundfaß des Offizialbetriebs, als der der Mündlichkeit gilt. Einerseits klärt das Gericht die Sache von Amts wegen auf, andererseits ist die Partei zur Mitwirkung dabei zwar berufen, aber der Gegner darf durch letzteres nicht übermäßig, d. h. nicht über die durch die Sätze 1—3 des § 103 Abs. 1 gezogenen Grenzen hinaus belastet werden.

Soweit durch Satz 2 a. a. O. Auslagen für die Inanspruchnahme eines Verwaltungsrechtsrats oder Rechtsanwalts für nicht erforderlich erklärt sind, können es auch Auslagen nicht sein, die für die entsprechende Inanspruchnahme eines Prozeßagenten entstanden sind, weil bei der Kostenersatzung der Gegner nicht dadurch schlechter gestellt werden darf, daß eine Partei statt eines Verwaltungsrechtsrats oder Rechtsanwalts einen anderen Vertreter annimmt. Aus Satz 3 a. a. O. hat das OVG. in ständiger Rspr. gefolgert, daß auch in dem Falle, daß die Partei die mündliche Verhandlung nicht selbst wahrnimmt, sondern durch einen Bevollmächtigten, der nicht Verwaltungsrechtsrat oder Rechtsanwalt ist, wahrnehmen läßt, sie jedenfalls Erstattung der Auslagen in der Höhe verlangen kann, in der sie ihr selbst durch die persönliche Wahrnehmung erwachsen und zu erstatten wären.

Trotzdem ist es nicht ausgeschlossen, daß über den Betrag der bei persönlicher Terminswahrnehmung entstehenden Kosten hinaus Auslagen der Partei für die Vertretung durch einen Prozeßagenten zur Erstattung festgesetzt werden können, sofern die weiteren Auslagen nach § 103 Abs. 1 Satz 1 erforderlich waren. Dies trifft dann

zu, wenn die Partei (wegen Krankheit oder aus sonst einem Grunde) nicht in der Lage war, oder wenn ihr (wegen der Schwierigkeit einer Sache oder aus sonst einem Grunde) nicht zugemutet werden konnte, die mündliche Verhandlung selbst wahrzunehmen. In diesem Falle kann sie die Erstattung der ihr durch die Inanspruchnahme eines Prozeßagenten usw. erwachsenen Auslagen, soweit diese nach § 103 Abs. 1 Satz 1 erforderlich waren, in der Begrenzung des Satzes 2 verlangen. Ist aber eine nicht durch einen Verwaltungsrechtsrat oder Rechtsanwalt vertretene Partei in der Lage und kann ihr zugemutet werden, eine mündliche Verhandlung vor dem Bezirksauschuß oder dem OVG. selbst wahrzunehmen, so bleibt es ihr zwar unbenommen, sich durch einen anderen Bevollmächtigten (Prozeßagenten usw.) vertreten zu lassen; die ihr dadurch erwachsenden baren Auslagen kann sie aber nur in der Höhe erstattet verlangen, in der sie ihr bei persönlicher Wahrnehmung des Termins und in der Begrenzung des § 103 Abs. 1 Satz 3 a. a. O. erwachsen wären.

Im vorliegenden Falle handelte es sich um eine Sache, deren Wahrnehmung nicht besonders große Rechtskenntnisse voraussetzte. Tatsachen, daß der Kl., welcher Hausbesitzer in K., also am Orte des Bezirksauschusses wohnhaft ist, die mündliche Verhandlung nicht selbst wahrnehmen konnte oder daß ihm die Wahrnehmung nicht zumuten war, sind nicht zutage getreten. Daß ihm, wenn er den Termin wahrgenommen hätte, Auslagen entstanden wären, ist weder behauptet, noch nach Lage der Verhältnisse anzunehmen, wobei zu bemerken ist, daß Entschädigungen für Zeitverschwendung, entgangenen Gewinn, und die Kosten der Vertretung im Gewerbe nicht zu erstatten sind (Brauchitsch, Verwaltungsges., I. Bd., 24. Aufl., S. 170 Anm. 5b). Hiernach können die in der Kostenrechnung aufgeführten Beträge als erforderliche bare Auslagen des Kl. nicht angesehen werden, und die Beschwerde gegen den Beschl. des Vorstehenden des Bezirksauschusses, der eine Kostenfestsetzung abgelehnt hat, war zurückzuweisen.

(PrOVG., 3. Sen., Beschl. v. 10. April 1930, III ER 124/29.)

## 2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### Bayern.

#### Bayerisches Landesversorgungsgesetz.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

2. Die Anerkennung von VB., die in einem Versorgungsgebührenbescheid enthalten ist, kann nicht widerrufen werden.

(BayVerfOrgGer., Urf. v. 11. Jan. 1930, II MV Nr. 2019/29.)

\*

3. Die Feststellungsklage setzt nicht ein selbständiges Leiden voraus.

(BayVerfOrgGer., Urf. v. 24. April 1930, II MV Nr. 2515/29, 7.)

## D. Ausländische Gerichte.

### Schweiz.

#### Schweizer Bundesgericht.

1. Verarrestierung einer dem Arrestschuldner zustehenden Forderung. Wenn der Arrestschuldner im Ausland wohnt, so kann die Forderung am schweizerischen Wohnsitz des Drittschuldners verarrestiert werden, gleich-

viel, ob der Arrestgläubiger in der Schweiz oder im Ausland wohnt.

Auf Gesuch von N. & F. in Grenoble hat das Beitreibungsamt Genf am 23. Nov. 1929 eine bei Pictet & Co., Bankgeschäft in Genf, befindliche, dem Schuldner zustehende Forderung von unbekanntem Betrage verarrestiert.

Der Rekurrent scheidet die Rechtsgültigkeit des Arrestes der Forderung an, indem er ausführt, die verarrestierte Forderung sei kein Vermögensstück, welches sich i. S. von Art. 272 SchKG. in der Schweiz „befinde“.

Grundsätzlich werden gewöhnliche Forderungen, für die kein Titel ausgestellt ist, als Vermögenswerte betrachtet, die sich am Wohnsitz des Inhabers der Forderung befinden, und sie können daher nur an dessen Wohnsitz verarrestiert werden. Immerhin hat die Rechtswissenschaft, in Abweichung von dieser Regel, stets angenommen, daß der Arrest am schweizerischen Wohnsitz des Drittschuldners nachgesucht und angeordnet werden kann, wenn der Inhaber der Forderung im Ausland domiziliert ist (OVG. 47 III S. 75).

Diese Abweichung von der Regel drängte sich auf. Man konnte von Gläubigern, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben, nicht verlangen, daß sie die Betreibung im Ausland durchführen, um eine Forderung, deren Schuldner sich in der Schweiz befindet, zu verwerten. Man kann sich lediglich fragen, ob diese Abweichung nicht bloß hinsichtlich und im Interesse der im Inland wohnhaften Gläubiger berechtigt sei und ob man nicht zur Regel zurückkehren müsse, wenn der arrestbegehrende Gläubiger, wie der Schuldner, seinen Wohnsitz im Ausland habe. Das wird vom Rekurrenten behauptet, doch bringt er keine triftigen Gründe vor.

Wenn die Zwangsvollstreckung eine Forderung zum Gegenstand hat, so wird die Wirksamkeit der Vollstreckung durch eine Mitteilung an den Drittschuldner gesichert, er habe an das Beitreibungsamt zu zahlen. Falls er seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, kann ihm eine solche Mitteilung nur dann zugestellt werden, wenn die Vollstreckung in der Schweiz stattfindet, und zwar nur durch das vollstreckende Amt. Eine im Ausland durchgeführte Betreibung könnte kein in der Schweiz offiziell anzuzeigendes Zahlungsverbot zur Folge haben und dem Gläubiger niemals erlauben, seine Rechte in Konkurrenz mit in der Schweiz domizilierten Gläubigern zur Geltung zu bringen. Der Gläubiger, der seinen Wohnsitz im Ausland hat, besitzt ein ebenso berechtigtes Interesse, wie ein in der Schweiz domizilierter Gläubiger, die Betreibung dort anzustrengen, wo dies wirksam geschehen kann, d. h. eher am schweizerischen Wohnsitz des Drittschuldners, als im Ausland, selbst wenn es sich dabei um seinen eigenen Staat handeln würde. Es gibt keine triftigen Gründe, um ihm die Rechtswohltat zu versagen, die den Arrest am Wohnsitz des Drittschuldners der Forderung zuläßt, wenn der Betreibende seinen Wohnsitz im Ausland hat, vor allem da das Gesetz den Arrest keinesfalls an die Bedingung knüpft, daß der betreibende Gläubiger in der Schweiz domiziliert sei.

Die Praxis und die Doktrin (vgl. Meili, Internationales Konkursrecht, S. 188, ebenso OVG. 24 I, S. 691) haben in der Tat immer angenommen, daß das Gesetz die Verarrestierung körperlicher Gegenstände, die sich in der Schweiz befinden, zugunsten eines im Ausland domizilierten Gläubigers (schweizerischer oder anderer Nationalität) gegen einen, den gleichen oder einen anderen Staat bewohnenden Schuldner (schweizerischer oder anderer Nationalität) gestatte. Eine andere Lösung wäre übrigens unzulässig nicht nur im Hinblick auf das Gesetz, sondern auch aus praktischen Gründen.

Anstatt für den Fall, daß sich der Arrest gegen eine Forderung richtet, in der Anwendung des Art. 272 eine Unterscheidung von zweifelhaftem Wert einzuführen, ist es angezeigt, dahin zu entscheiden, daß sich diese Anwendung nicht nach dem Wohnsitz des arrestbegehrenden Gläubigers ändern soll, eine Lösung, die implizite von der Rechtswissenschaft schon bekräftigt worden ist (OVG. 40 III Nr. 66).

(Bundesgericht, Konkurskammer, Urf. v. 11. März 1930. Abgedr. in OVG. Bd. 56 III Nr. 12.)

Mitgeteilt von N. Meyer-Wild, Zürich.

# Übersicht der Rechtssprechung.

## A.

### Privatrecht.

#### 1. Materielles Recht.

##### Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 119 BGB. Wenn der Genosse eine Beitrittserklärung nicht abgeben will, so ist er befugt, die von ihm angeblich abgegebene Beitrittserklärung anzurechnen. OLG. Nürnberg 2801<sup>4</sup>

§§ 145 ff., 151 BGB. Rechtsanwaltsdienstvertrag zwischen dem Anw. und dem Vertragsgegner seines eigentlichen Klienten,

mit dem er in des letzteren Auftrag in Verbindung getreten ist. Erklärung der Annahme des Anwaltsvertragsangebotes durch die Gegenseite nicht unmittelbar an den Anwalt, sondern an dessen Klienten. RG. 2777<sup>3</sup>

§§ 198, 201, 208 ff. BGB. Verschiedener Beginn der Verjährungsfrist für den Erfüllungsanspruch aus einem Vertrage und den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Durch eine Pfändung des Gläubigers gegen den Schuldner auf Grund eines Arrestbefehls wird die Verjährung des Arrestanspruchs unterbrochen, jedoch

dauert die Unterbrechung nicht so lange fort, als die Vollstreckungshandlung bestehen bleibt. RG. 2778<sup>4</sup>

§§ 264 Abs. 2, 326 BGB. Bei endgültiger Erfüllungsverweigerung des nach seiner Wahl Verpflichteten geht das Wahlrecht auf den Gläubiger über, ohne daß es einer vorherigen Fristsetzung bedarf. RG. 2778<sup>5</sup>

§§ 357, 359 BGB. Übersteigt die Passivforderung (Forderung gegen die aufgerechnet wird) die Aktivforderung (Forderung mit der aufgerechnet wird), so kann der Inhaber der Passivforderung, der den Differenzbetrag der beiden Forderungen ein-

lagt, nicht geltend machen, daß die Aufrechnung den nicht eingeklagten Teil der Forderung betreffe, falls die Aufrechnung vor Beginn des Prozesses erfolgt ist. Die in RG. 66, 266 und 80, 393 für die Aufrechnung im Prozesse ausgesprochene gegenteilige Ansicht kann auf den vorliegenden Fall auch nicht entsprechend angewendet werden. RG. 2779<sup>6</sup>

§ 419 BGB.; Vergl. D.; § 59 RD. Im außergerichtlichen (vertraglichen) Ausgleichsverfahren ist die das notleidende Geschäft zwecks gleichmäßiger Befriedigung der Gläubigerschaft einstweilen fortführende Vertrauensperson nicht Bevollmächtigte des früheren Betriebsinhabers, wenn sie auch als Treuhänder nur fiduziarischer Betriebsinhaber wird und inwettlichlich verpflichtet bleibt, die Betriebsgegenstände nach Erledigung ihres Auftrags wieder an den früheren Betriebsinhaber zurück zu übertragen. Durch Weiterlieferung von Gas und Strom aus den städtischen Werken entsteht daher ein neuer Lieferungsvertrag mit dem Treuhänder, und die Lieferung darf nunmehr nicht kündigungslos eingestellt werden, weil der Treuhänder auch den städtischen Werken nur quotenmäßige Befriedigung, nicht aber volle Befriedigung wegen der Rückstände des früheren Betriebsinhabers gewährt. LG. Barmen 2816<sup>1</sup>

§§ 812 ff. BGB. Leistungen auf Grund einer Entscheidung, die im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben worden ist, sind zwar zu Unrecht empfangen (RVerf. RG. VIII, 290 Nr. 70), sind aber seit dem 1. Okt. 1927 nicht zurückzuführen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist (RVerf. RG. IX, 74 Nr. 21), es sei denn, daß er den Mangel des Rechtsgrundes kannte (§ 819 BGB.). RVerf. RG. 2820<sup>2</sup>

§ 839 BGB.; Art. 131 RVerf.; §§ 29, 30 GBD. Zum Begriff des „Dritten“, dem gegenüber die Amtspflicht dem Richter obliegt. Beim Prozeßrichter sind das nicht nur die eigentlichen Prozeßparteien, sondern auch Dritte, deren Interessen nicht durch Zufall, sondern nach der besonderen Natur des Rechtsgeschäfts durch dieses berührt werden, insbes. die Rechtsnachfolger oder Pfandgläubiger einer Prozeßpartei. RG. 2774<sup>1</sup>

§§ 946 ff. BGB. Ein Eigentumsvorbehalt an Halb- und Fertigwaren ist zulässig. RG. 2798<sup>1</sup>

§§ 1981, 1976, 733 BGB.; §§ 16, 51, 109 RD.; §§ 138, 131 BGB. Einwirkung der Nachlassverwaltung auf ein durch Erbgang erloschenes Gesellschaftsverhältnis. Sonderkonkurs über den Nachlass. OLG. Frankfurt 2812<sup>29</sup>

### Handelsgesetzbuch.

§§ 138, 131 BGB.; §§ 16, 51, 109 RD.; §§ 1981, 1976, 733 BGB. Einwirkung der Nachlassverwaltung auf ein durch Erbgang erloschenes Gesellschaftsverhältnis. Sonderkonkurs über den Nachlass. OLG. Frankfurt 2812<sup>29</sup>

§§ 241, 249 BGB. Haftung des Aufsichtsrates einer in Konkurs geratenen Versicherungsgesellschaft. Umfang der Klageberechtigung des Konkursverwalters. OLG. Köln 2799<sup>3</sup>

### Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung.

§§ 19, 7 GmbHG. Einer Kapitaleinlageverpflichtung kann dadurch genügt werden, daß der Einlagebetrag bei der allgemeinen fundgegebenen Bankverbindung der GmbH auf deren Konto eingezahlt wird. Es ist unerheblich, ob die Bankverbindung den erhaltenen Betrag zur Abdeckung eines Schuldsaldos der GmbH verwendet. OLG. Frankfurt 2798<sup>2</sup>

## 2. Verfahren.

### Zivilprozeßordnung.

§ 91 ZPO. Vergütung der Prozeßagenten. OLG. Kassel 2818<sup>6</sup>

§ 91 ZPO. Die Kosten für die Erwirkung eines Zahlungsbefehls durch einen nicht am Prozeßgericht zugelassenen Bevollmächtigten sind erstattungsfähig. OLG. München 2811<sup>26</sup>

§§ 103, 788 ZPO. Zuständigkeit des Prozeßgerichts zur Festsetzung der Kosten der Zwangsvollstreckung. OLG. Naumburg 2805<sup>15</sup>

§ 109 ZPO. ist nicht anwendbar, wenn die zunächst nur gegen Sicherheitsleistung bewilligte Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 707, 719 ZPO. später schließlich erfolgt. OLG. Breslau 2803<sup>11</sup>

§§ 115 ff. ZPO.; § 36 RAO. Ein Armenanwalt kann auf Grund ihm von der Partei zugesügender Ehrenkündigungen fordern, daß er aus seiner Stellung als Armenanwalt entlassen wird. RG. 2811<sup>27</sup>; siehe JW. 1930, 2076<sup>36</sup>

§ 127 ZPO. Die Beschwerde gegen die Ablehnung eines Antrags auf Nachzahlungsanordnung gemäß §§ 125, 126 ZPO. ist unzulässig. OLG. Dresden 2811<sup>28</sup>

§ 224 ZPO. Auch der vor Gericht geschlossene Vergleich bleibt reine Parteihandlung, deren Bestand, Aufhebung oder Veränderung in jeder Richtung der Parteibisposition unterliegt. RG. 2801<sup>5</sup>

§ 279 ZPO. Die Ausübung des freien Ermessens durch das Gericht des ersten Rechtszuges bei Zurückweisung verspätet vorgebrachter Verteidigungsmittel unterliegt der Nachprüfung durch das Berufungsgericht. RG. 2802<sup>6</sup>

§ 336 ZPO. Wird entgegen einem Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils eine Vertagung ausgesprochen, so geht die Partei, welche das Versäumnisurteil beantragt hat, des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde nach § 336 Abs. 1 ZPO. verlustig, wenn sie in dem neuen Termin, in dem der Gegner ordnungsgemäß vertreten ist, eine Vertagung beantragt. OLG. Zweibrücken 2807<sup>19</sup>; siehe JW. 1930, 2069

§ 349 ZPO. In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann der Einzelrichter keine Entscheidung nach Lage der Akten erlassen. RG. 2802<sup>7</sup>

§ 542 ZPO. Eine Befugnis zur Erhebung einer Leistungsklage wegen desselben Anspruchs besteht für einen Gläubiger, der bereits einen Vollstreckungstitel besitzt, nur dann, wenn ein die Erwirkung eines Urteils neben dem vorhandenen Titel begründetes Rechtsschutzinteresse vermöge besonderer Gründe besteht. Folge der Versäumnis des im Berufungsverfahren nicht vertretenen Beklagten. OLG. Nürnberg 2806<sup>16</sup>

§ 771 ZPO. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens werden Wohnungseinrichtungsgegenstände, wie das hier gepfändete Klavier, regelmäßig von den Eltern zu persönlichem Eigentum angeschafft, auch wenn sie vorwiegend oder ausschließlich den Kindern zur Benutzung dienen oder zu deren späteren Ausstattung bestimmt sind. RG. 2802<sup>8</sup>

§§ 791 Abs. 1 Nr. 5, 724, 725, 727 ZPO.; Art. 49 PrFGG. Aushändigung einer einfachen Ausfertigung der Schulburtunde und Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar an den Gläubiger: 1. Die vollstreckbaren Urkunden des § 791 ZPO. geben dem Gläubiger die gleichen Rechte wie vollstreckbare Urteile, also auch einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ohne Bewilligung des Schuldners. Ob gegen die Erteilung einer weiteren Ausfertigung rechtliche Bedenken

gemäß Art. 49 Abs. 3 PrFGG. bestehen, ist dem pflichtmäßigen Ermessen des Notars anheimgegeben. 2. Keine abschließende Stellungnahme des RG. zu den Streitfragen: a) inwieweit Art. 51 Abs. 2 PrFGG. Anwendung findet bei Ablehnung der Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen durch den Notar; b) ob der Anspruch des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zugleich das Recht einschließt, eine Ausfertigung des notariellen Protokolls als solchen zu fordern und ob die Zwangsvollstreckung unzulässig ist, wenn der Notar zwar die Vollstreckungsklausel, nicht aber die einfache Ausfertigung hätte erteilen dürfen. RG. 2783<sup>11</sup>

§ 807 ZPO.; § 60 RD. Offenbarungseidespflicht des Konkursverwalters gegenüber Massegläubigern. LG. II Berlin 2817<sup>2</sup>

§ 808 Abs. 2 ZPO. über die Art, wie die Pfändung erichtlich zu machen ist, läßt sich für den Einzelfall keine Vorschrift treffen. Es genügt ein gewisses Maß von Haltbarkeit und Auffälligkeit des Pfandtags. OLG. Stuttgart 2807<sup>17</sup>

§ 811 ZPO. Die Unentbehrlichkeit des Pfandstücks kann auch gegenüber dem pfändenden Eigentümer geltend gemacht werden. OLG. Königsberg 2804<sup>13</sup>

§ 811 Ziff. 5 ZPO. ist bei der Pfändung von Inventarstücken (Labentisch, Warenregal) eines kleinen Ladengeschäfts nicht anwendbar. LG. Frankfurt 2818<sup>6</sup>

§ 811 Ziff. 5 ZPO. Der Inhaber eines stehenden Gewerbebetriebs (Ladengeschäft) kann nicht den Schutz des § 811 Ziff. 5 ZPO. für ein ihm gehöriges Motorrad in Anspruch nehmen, weil es bei der Vertreibung von Forderungen verwendet wird. LG. Erfurt 2818<sup>4</sup>

§ 850 Abs. 4 ZPO. Bei der Entscheidung über den Antrag des unehelichen Kindes auf Pfändung des Arbeitslohnes des Erzeugers sind für den in Berlin wohnenden Schuldner 30 M wöchentlich und für seine Ehefrau weitere 10 M wöchentlich als unpfändbar anzusehen. Brutto- und Nettoohn. RG. 2802<sup>9</sup>

§ 857 ZPO. Eine zum Patent angemeldete Erfindung ist ein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen. OLG. 2803<sup>10</sup>

§§ 899 ff. ZPO. Langfristige Vertagung der Abnahme des Offenbarungseides ist unzulässig. LG. III Berlin 2817<sup>3</sup>

§ 923 ZPO.; § 70 Vergl. D. Das an dem zur Abwendung des Arrestvollzuges hinterlegten Betrag erlangte Pfandrecht wird durch Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens nicht berührt. OLG. Stuttgart 2807<sup>18</sup>

§ 927 ZPO.; § 28 Abs. 2 RAO. Der Aufhebungsantrag aus § 927 ZPO. begründet keine neuen Gebührenansprüche des Anwalts. OLG. Celle 2809<sup>22</sup>

§ 929 Abs. 2 ZPO. Auch nach Ablauf der Einmonatsfrist muß der Schuldner den Offenbarungseid leisten. OLG. Karlsruhe 2804<sup>12</sup>

§ 1042 ZPO. Die österreichischen Börsenchiedsgerichte sind Sondergerichte, keine Schiedsgerichte. Ausländische Schiedsprüche können nicht im Beschlußverfahren für vollstreckbar erklärt werden. OLG. München 2805<sup>14</sup>

### Gerichtsverfassungs-gesetz.

§§ 59, 62, 66 BGB.; § 338 Nr. 1 StPO. Vorschriftenmäßige Besetzung des Gerichts. Ist der OVP. in den Ruhestand versetzt worden, so kann mit der Neubesetzung der Stelle gewartet werden, wenn infolge einer vermeintlich nahe bevorstehenden Änderung der Gerichtsorganisation die Aufhebung des LG. wahrscheinlich ist. Die bloße Möglich-

keit, daß in ungewisser Zukunft die Aufhebung des LG. erfolgen könne, vermag dagegen die Nichtbesetzung der Stelle des LGPräs. auf unbestimmte Zeit nicht zu rechtfertigen. RG. 2793<sup>25</sup>

§ 66 BGB. Eine „Verhinderung“ kann auch dann angenommen werden, wenn der bisherige Stelleninhaber in den Ruhestand versetzt ist, sofern nicht mit der Unterlassung der Besetzung der Stelle die Schaffung eines ungeleglichen Dauerzustandes beabsichtigt ist. RG. 2793<sup>25</sup>

§§ 117, 115, 62 BGB. Voraussetzung der Feststellung, daß eine dauernde, nicht nur vorübergehende Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden vorliegt. Stellungnahme zu den verschiedenen Urteilen der reichsgerichtlichen Senate zu dieser Frage. RG. 2784<sup>12</sup>

§§ 158 Abs. 2, 159 Abs. 2 BGB.; § 233 StPD. Das eruchte AG. kann die Ausführung eines Rechtshilfesuchts nicht deshalb ablehnen, weil seiner Ansicht nach § 233 StPD. verletzt wurde. OLG. Dresden 2815<sup>95</sup>

§ 193 BGB. Diese Vorschrift verbietet die Anwesenheit jedes unbeteiligten Dritten, deshalb auch des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei der Beratung, sofern er nicht zu seiner juristischen Ausbildung bei demselben Gericht beschäftigt ist. Die Frage, ob auf einer derartigen Verletzung des § 193 BGB. das Ur. beruht, ist in der Regel zu bejahen, weil die Möglichkeit besteht, daß einzelne Richter durch die Anwesenheit des Dritten beeinflusst wurden. RG. 2794<sup>27</sup>

#### Konturordnung.

§§ 16, 51, 109 RD.; §§ 138, 131 HGB.; §§ 1981, 1976, 733 BGB. Einwirkung der Nachlassverwaltung auf ein durch Erbgang erloschenes Gesellschaftsverhältnis. Sonderkonturs über den Nachlass. OLG. Frankfurt 2812<sup>29</sup>

§ 59 RD.; § 419 BGB.; BerglD. Im außergerichtlichen (vertraglichen) Ausgleichsverfahren ist die das notleidende Geschäft zwecks gleichmäßiger Befriedigung der Gläubigerschaft einstweilen fortführende Vertrauensperson nicht Bevollmächtigte des früheren Betriebsinhabers, wenn sie auch als Treuhänder nur fiduziarischer Betriebsinhaber wird und innerrechtlich verpflichtet bleibt, die Betriebsgegenstände nach Erledigung ihres Auftrags wieder an den früheren Betriebsinhaber zurück zu übertragen. Durch Weiterlieferung von Gas und Strom aus den städtischen Werken entsteht daher ein neuer Lieferungsvertrag mit dem Treuhänder, und die Lieferung darf nunmehr nicht kündigungslös eingestellt werden, weil der Treuhänder auch den städtischen Werken nur quotenmäßige Befriedigung, nicht aber volle Befriedigung wegen der Rückstände des früheren Betriebsinhabers gewährt. OLG. Wauzen 2816<sup>1</sup>

§ 60 RD.; § 807 ZPD. Offenbarungseidespflicht des Kontursverwalters gegenüber Massegläubigern. LG. II Berlin 2817<sup>2</sup>

§ 193 RD.; § 74 Abs. 1 DRAG. Behandlung der Gerichtsgebühren, wenn nach Revisionseinlegung über das Vermögen des Revkl. Konkurs eröffnet, in ihm ein Zwangsvergleich geschlossen und ohne daß der Verwalter aufgenommen hätte, später der Prozeß fortgeführt wird. RG. 2785<sup>13</sup>

§ 239 Nr. 1 u. 2 RD.; § 264 StPD.; § 73 StGB. Grundlag des ne bis in idem. Durch die Verurteilung des Gemeinschuldners wegen Verbrechen nach § 239 Nr. 1 RD. wird die Straflage auch hinsichtlich der durch Ableistung eines falschen Offenbarungseides nach § 125 RD. begangenen strafbaren Handlungen (Meineid, Verbrechen nach § 239 Nr. 2 RD.) verbraucht. RG. 2790<sup>20</sup>

§§ 239, 240 RD.; §§ 73, 74 StGB. Ob zwischen Bankrott (Verheimlichung von Vermögensgegenständen) und nachfolgendem Offenbarungseid Tateinheit oder Tatmehrheit besteht, hängt von den Besonderheiten der Sachlage ab. RG. 2790<sup>19</sup>

#### Vergleichsordnung

f. auch RD. § 59.

§§ 3, 70 BerglD. beziehen sich nur auf den Fall der Befriedigung eines Gläubigers aus der Durchführung der eigentlichen Zwangsvollstreckung, nicht auch auf die Zahlung des Schulbetrags zur Abwendung einer bevorstehenden Pfandversteigerung. OLG. Dresden 2813<sup>30</sup>

§ 4 BerglD. Stehen bei einem Eufzestlieferungsvertrag noch eine oder mehrere Raten und ein Teil des Kaufpreises aus, so nimmt der Verkäufer auch mit der Kaufpreisforderung für die bereits gelieferten Waren an dem Vergleichsverfahren nicht teil. RG. 2782<sup>10</sup>

§ 70 BerglD.; § 923 ZPD. Das an dem zur Abwendung des Arrestvollzuges hinterlegten Betrag erlangte Pfandrecht wird durch Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens nicht berührt. OLG. Stuttgart 2807<sup>15</sup>

§§ 73 Abs. 2, 89 Ziff. 4 BerglD. Vergleichsverfahren über die OHG. und vorher eingetragene Sicherungshypotheken auf den Grundstücken der Gesellschafter. BayObLG. 2796<sup>2</sup>

#### Geschäftsaufsichtsverordnung.

§§ 59, 64, 65 Abs. 2 GeschäftsaufV.D.; § 313 BGB. Der Zwangsvergleich im Geschäftsaufsichtsverfahren kann nur mit prozessualen Rechtsbehelfen, nicht aber deshalb angefochten werden, weil darin ohne die Form des § 313 BGB. Verabredungen über ein Grundstück enthalten sind. RG. 2781<sup>9</sup>

#### Anfechtungsgesetz.

§ 3 AnfG. Zur Feststellung der Benachteiligungsabsicht des Schuldners genügt nicht die Annahme des Bewußtseins, daß die Gläubiger benachteiligt werden könnten. RG. 2779<sup>7</sup>

§ 3 Nr. 1 AnfG. Die Anfechtung aus § 3 Nr. 1 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der dem Zugriff der Gläubiger entzogene Gegenstand vom Anfechtungsgegner über seinen Wert bezahlt worden ist. RG. 2780<sup>8</sup>

#### Arbeitsgerichtsgesetz.

§§ 64, 69 ArbGG. Aufsetzung des Streitwerts durch das Landesarbeitsgericht nur bei Änderung des Wertes, nicht zur Richtigmstellung der erstinstanzlichen Festsetzung. NArbG. 2819<sup>1</sup>

#### Preuß. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Art. 49 PrZGG.; §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 724, 725, 727 ZPD. Ausständigung einer einfachen Ausfertigung der Schuldurkunde und Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar an den Gläubiger: 1. Die vollstreckbaren Urkunden des § 794 ZPD. geben dem Gläubiger die gleichen Rechte wie vollstreckbare Urteile, also auch einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ohne Bewilligung des Schuldners. Ob gegen die Erteilung einer weiteren Ausfertigung rechtliche Bedenken gemäß Art. 49 Abs. 3 PrZGG. bestehen, ist dem pflichtmäßigen Ermessen des Notars anheimgelassen. 2. Keine abschließende Stellungnahme des RG. zu den Streitfragen: a) inwieweit Art. 51 Abs. 2 Pr-

ZGG. Anwendung findet bei Ablehnung der Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen durch den Notar; b) ob der Anspruch des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zugleich das Recht einschließt, eine Ausfertigung des notariellen Protokolls als solchen zu fordern und ob die Zwangsvollstreckung unzulässig ist, wenn der Notar zwar die Vollstreckungsklausel, nicht aber die einfache Ausfertigung hätte erteilen dürfen. RG. 2783<sup>11</sup>

#### Zwangsversteigerungsgesetz.

§§ 83, 100 ZwVerfG. Eine allgemeine Rüge der Verletzung des § 83 ZwVerfG., „weil die materiellen und formellen Voraussetzungen der Zwangsversteigerung fehlen“ genügt nicht. Der Beschwerdegrund muß, sofern es sich nicht um einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Veräußerungsgrund handelt, bestimmt angegeben sein. RG. 2814<sup>32</sup>

#### Deutsches Gerichtskostengesetz.

§ 74 Abs. 1 DRAG.; § 193 RD. Behandlung der Gerichtsgebühren, wenn nach Revisionseinlegung über das Vermögen des Revisionsklägers Konkurs eröffnet, in ihm ein Zwangsvergleich geschlossen und ohne daß der Verwalter aufgenommen hätte, später der Prozeß fortgeführt wird. RG. 2785<sup>13</sup>

#### Rechtsanwaltsgebührenordnung.

§ 13 RAGebD. Die Vergleichsgebühr des Anwaltes ist auch bei Abschluß eines auflösenden bedingten Vergleichs verdient. OLG. Stuttgart 2809<sup>24</sup>

§ 13 Nr. 4 RAGebD. 1. Beweisgebühr auch bei Einholung amtlicher Auskunft über von Amts wegen zu berücksichtigende Umstände. 2. Keine besondere Gebühr für selbständige Berufung gegen Kostenlußurteil nach Berufung gegen Teilurteil zur Hauptsache. RG. 2808<sup>20</sup>

§ 17 RAGebD. Anfall der weiteren Verhandlungsgebühr. OLG. Celle 2808<sup>21</sup>

§ 18 RAGebD. Zur Erstattung von Reisekosten eines auswärtigen Anwaltes. OLG. Jena 2809<sup>23</sup>

§ 28 Abs. 2 RAGebD.; § 927 ZPD. Der Aufhebungsantrag aus § 927 ZPD. begründet keine neuen Gebührenansprüche des Anwaltes. OLG. Celle 2809<sup>22</sup>

#### Rechtsanwaltsordnung und Armenanwalts-gesetz unter D.

#### Zeugengebührenordnung.

§§ 3, 4 ZeugGebD. Vergütung eines Bücherfachverständigen, der dem Verbands wissenschaftlicher Wirtschafts- und Steuerfachverständiger angehört. OLG. Stettin 2810<sup>25</sup>

#### B.

#### Strafrecht.

##### 1. Materielles Recht.

##### Strafgesetzbuch.

§ 137 StGB. Pfandentstreichung durch Täuschung des Vollstreckungsbeamten über das Vorhandensein des Pfandstücks. RG. 2787<sup>16</sup>

§§ 153, 43 StGB.; § 807 ZPD.; § 518 BGB. Ein Schuldner, der den Offenbarungseid nach § 807 ZPD. leistet, kann sich des vollendeten Meineids nur schuldig machen, wenn er einen ihm rechtlich zustehenden Vermögensgegenstand nicht angibt. Glaubt der Schuldner irrtümlicherweise an eine rechtlich begründete Vermögenszugehörigkeit, so kann versuchter Meineid in Frage kommen. RG. 2788<sup>16</sup>

§§ 185, 193, 240 StGB. Die rechtskräftige Freisprechung des Haupttäters steht der strafrechtlichen Verfolgung des Gehilfen nicht im Wege. Die Drohung, im Falle der Nichtzahlung einer geschuldeten Geldsumme eine wahre, ehrenrührige Tatsache über den Schuldner Dritten mitzuteilen, stellt sich jedenfalls dann als versuchte Nötigung dar, wenn die in Aussicht gestellte Mitteilung lediglich zum Zwecke der Schädigung des Schuldners beabsichtigt war. Der Rechtsanwalt, der in einer Zahlungsaufforderung an den Schuldner auf das diese Drohung enthaltende Schreiben seines Auftraggebers Bezug nimmt, macht sich der Beihilfe schuldig. Erforderliche des subjektiven Tatbestands. Bedeutungslosigkeit eines Rechtsirrtums über die Strafbarkeit der angedrohten Mitteilung. RG. 2788<sup>17</sup>

§ 193 StGB. Revisionsgerichtliche Nachprüfung, ob eine Behauptung zur Wahrnehmung eines berechtigten Interesses aufgestellt worden sei. DLG. Dresden 2814<sup>33</sup>; siehe JW. 1930, 2236<sup>5</sup>

§ 270 StGB. Rechtswidrige Absicht bei Urkundenfälschung erfordert, daß der zu Täuschende zu einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmt werden soll. RG. 2789<sup>19</sup>

§§ 348 Abs. 1, 267 StGB. Eine bloße Verwaltungsanweisung oder eine bloße Übung vermag einer amtlichen Urkunde Beweiskraft für und gegen Jedermann nicht beizulegen. — Eine inhaltlich falsche Urkunde ist kein fälschliches Anfertigen einer Urkunde. BayObLG. 2797<sup>1</sup>

## 2. Verfahren.

### Strafprozeßordnung.

§ 74 StPO. Die beamtete Stellung eines Sachverständigen rechtfertigt im Verfahren wegen Amtsunterschlagung auch vom Standpunkt des Angekl. aus nicht die Besorgung der Befangenheit. RG. 2790<sup>21</sup>

§§ 140, 141, 115 d StPO. In den Fällen des § 140 Abs. 3 StPO. reicht ein vor Beginn des Laufes der in Abs. 4 daselbst bezeichneten Frist gestellter Antrag auf Verteidigerbestellung zur Wahrung dieser Frist nicht aus. Die Nichtbescheidung eines solchen Antrags begründet die Revision nicht, weil das Urteil auf ihr nicht beruht. Ob ein Verteidiger auf Grund des § 141 StPO. zu bestellen ist, unterliegt dem Ermessen des Gerichts bzw. des Vorsitzenden. Die Ablehnung der Bestellung enthält in diesem Fall keine unzulässige Beschränkung der Verteidigung. RG. 2791<sup>22</sup>

§ 233 StPO.; §§ 153 Abs. 2, 159 Abs. 2 StGB. Das ersuchte AG. kann die Ausföhrung eines Rechtshilfesuches nicht deshalb ablehnen, weil seiner Ansicht nach § 233 StPO. verletzt wurde. DLG. Dresden 2815<sup>35</sup>

§ 244 StPO. Ein nur „fürsorglich“ gestellter Beweisanzug kann in den Urteilsgründen beschieden werden. Eine solche Bescheidung liegt vor, wenn in den Urteilsgründen ausgeführt wird, daß die Tatsache, die durch den Beweisanzug bewiesen werden sollte, nach der Überzeugung des Gerichts zur Führung des Schuldbeweises nicht ausreicht. RG. 2793<sup>24</sup>

§ 264 StPO.; § 239 Nr. 1 u. 2 RD.; § 73 StGB. Grundsatz des ne bis in idem. Durch die Verurteilung des Gemeinschuldners wegen Verbrechens nach § 239 Nr. 1 RD. wird die Strafklage auch hinsichtlich der durch Ableistung eines falschen Offenbarungseides nach § 125 RD. begangenen strafbaren Handlungen (Meineid, Verbrechen

nach § 239 Nr. 2 RD.) verbraucht. RG. 2790<sup>20</sup>

1. § 331 StPO. In den Fällen, in denen das erste Urteil, z. B. wegen Annahme eines Sammelverbrechens, einer Fortsetzungstat oder von Tateinheit, nur eine einheitliche Strafe ausgesprochen hat, die Straf. aber infolge der Annahme mehrerer unter sich selbständiger Straftaten mehrere Einzelstrafen für verwirkt erklären und auf eine Gesamtstrafe erkennen muß, ist nur diese Gesamtstrafe mit der Einheitsstrafe des ersten Urteils zu vergleichen. 2. § 265 StPO. Auf den Wegfall eines strafershöhen- den Umstandes braucht nur dann hingewiesen zu werden, wenn mit seinem Ausscheiden eine darüber hinausgehende Umgestaltung des strafbaren Tatbestandes verbunden ist. RG. 2792<sup>23</sup>

§ 338 Nr. 1 StPO.; §§ 59, 62, 66 StGB. Vorschriftsmäßige Befehung des Gerichts. Ist der LGPräs. in den Ruhestand versetzt worden, so kann mit der Neubefehung der Stelle gewartet werden, wenn infolge einer vermeintlich nahe bevorstehenden Änderung der Gerichtsorganisation die Aufhebung des LG. wahrscheinlich ist. Die bloße Möglichkeit, daß in ungewisser Zukunft die Aufhebung des LG. erfolgen könne, vermag dagegen die Nichtbefehung der Stelle des LGPräs. auf unbestimmte Zeit nicht zu rechtfertigen. RG. 2793<sup>25</sup>

§ 345 Abs. 2 StPO. Wirkung des Fehlens der Unterschrift des Urkundebeamten unter der Revisionsrechtfertigung. DLG. Königsberg 2816<sup>36</sup>; j. JW. 1930, 1526

§§ 374, 381, 388, 384 verb. m. § 266 StPO. Zur Zulässigkeit der Erweiterung von Privatklage und Widerklage wegen Straftaten, die erst im Laufe des Verfahrens begangen oder zwar früher begangen, dem Kl. bzw. Widerkläger aber erst im Verfahren bekannt geworden sind. RG. 2815<sup>34</sup>

## C.

### Steuerrecht.

#### Reichsabgabenordnung.

Bedeutung des § 90 Abs. 2 Satz 2 AbgD. RFH. 2819<sup>1</sup>

#### Preussisches Stempelsteuergesetz.

Art. 12 Abs. II 2 PrStempStG. Der ins notarielle Protokoll neben der Erklärung der dinglichen Einigung aufgenommene Antrag, daß die Eigentümerscheintragung des Käufers im Grundbuche bewilligt und beantragt werde, unterliegt dem Protokollstempel. RG. 2786<sup>14</sup>

## D.

### Sonstiges öffentliches Recht.

#### 1. Reich.

#### Reichsverfassung.

Art. 131 BVerf.; § 839 StGB.; §§ 29, 30 StGB. Zum Begriff des „Dritten“, dem gegenüber die Amtspflicht dem Richter obliegt. Beim Prozeßrichter sind das nicht nur die eigentlichen Prozeßparteien, sondern auch Dritte, deren Interessen nicht durch Zufall, sondern nach der besonderen Natur des Rechtsgeschäfts durch dieses berührt werden, insbes. die Rechtsnachfolger oder Pfandgläubiger einer Prozeßpartei. RG. 2774<sup>1</sup>

#### Reichsversicherungsordnung.

Die Einlegung eines Rechtsmittels lediglich zu dem Zweck, einen im ersten Rechts-

zuge nicht geltend gemachten Anspruch durchzusetzen, ist unzulässig. BVerf. 2820<sup>2</sup>

§ 1697 Nr. 2 ABG. Ein wesentlicher Verfahrensmangel liegt vor, wenn das BVerf. auf Grund eines mündlich erstatteten Gutachtens entscheidet, dieses Gutachten aber in schriftlicher Fassung erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung zu den Akten gegeben wird (§ 30 Abs. 2 Nr. 3 Abs. 3 BVerfABG. v. 24. Dez. 1911). BVerf. 2820<sup>1</sup>

### Berföhrungsrecht f. S. 2820—2821.

#### Rechtsanwaltsordnung.

§ 36 ABG.; §§ 115 ff. ZPO. Ein Armenanwalt kann auf Grund ihm von der Partei zugefügter Ehrenkränkungen fordern, daß er aus seiner Stellung als Armenanwalt entlassen wird. RG. 2811<sup>27</sup>; j. JW. 1930, 2076<sup>36</sup>

#### Armenanwaltsgesetz.

§ 1 ArmAnwG. Der Anwalt, der sich im Verhandlungstermin vor dem Amtsgericht durch einen Referendar vertreten läßt, kann trotzdem Erstattung der vollen Verhandlungsgebühr fordern. LG. Hannover 2818<sup>7</sup>

## 2. Länder.

### Preußen.

#### Allgemeines Landrecht.

Gesetze vom 25. Aug. 1876 und 10. Aug. 1904.

§ 10 II 17 ALN.; §§ 18, 19 preuß. Gef. v. 25. Aug. 1876; Art. I § 17 a preuß. Gef. v. 10. Aug. 1904. 1. Sind Ansprüche „aus dem Verträge“ einem Schiedsgericht unterworfen, so gehören dazu nicht die Ansprüche, die sich aus einem späteren Schiedspruch ergeben. 2. Bedingungen, die behördlicherseits der Genehmigung einer Siedlung beigefügt und Auflagen, die dem Grundeigentümer von Polizei wegen gemacht werden, sind keine öffentlichen Lasten des Grundstücks; auf das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer findet § 103 BGB. keine Anwendung. RG. 2776<sup>2</sup>

#### Landesverwaltungsgezet.

§ 10 LG. Grundsätzliches zur Frage der Kostenersatzpflicht, wenn die obliegende Partei durch einen Prozeßagenten vertreten war. PrOvG. 2820<sup>1</sup>

#### Grundstückverkehrsgezet.

§ 8 GrVerfG. Gegen die Verfümung der Beschwerdefrist hinsichtlich der Befehung der Genehmigung ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gegeben. — Eine die Wiedereinsetzung gewährende Entscheidung der für die Beschwerde zuständigen Verwaltungsbehörde ist für das Grundbuchamt nicht bindend. RG. 2794<sup>1</sup>

## E.

### Ausländisches Recht.

#### Schweiz.

Verarrestierung einer dem Arrestschuldner zustehenden Forderung. Wenn der Arrestschuldner im Ausland wohnt, so kann die Forderung am schweizerischen Wohnsitz des Drittschuldners verarrestiert werden, gleichviel, ob der Arrestgläubiger in der Schweiz oder im Ausland wohnt. Schweiz. Bundesgericht 2821<sup>1</sup>