

# 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 25 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf.,  $\frac{1}{4}$  Seite M. 325.—,  $\frac{1}{2}$  Seite M. 170.—,  $\frac{1}{8}$  Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Satzungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Mittelplatz 3, Zahlungen auf Postfachkonto Leipzig 10 102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

## Max Hachenburg zum 70. Geburtstag.

Vom Badischen Staatspräsident Dr. Schmitt, Karlsruhe.

Die Juristische Wochenschrift will mit dieser Ausgabe den badischen Altmeister juristischer Wissenschaft und Praxis, Rechtsanwalt Dr. Dr. h. c. Hachenburg in Mannheim, zur Vollendung des siebenten Jahrzehnts seines Lebens ehren. Die Ehrung gilt aber zugleich der Rechtswissenschaft und der Rechtsanwendung im Lande Baden und all den berühmten Männern, die Baden mit Stolz seine Juristen nennen darf.

Haben schon seit Hunderten von Jahren bedeutende Rechtslehrer an den beiden Hochschulen gewirkt und damit den Grund geschaffen für eine juristische Tradition in Wissenschaft und Praxis, so konnten seit Bildung des früheren Großherzogtums und namentlich seit Einführung des einheitlichen Landesrechts die Juristen wertvollste Arbeit in der Rechtslehre und im Leben für den Staat und das Volk leisten. Und so nahm es nicht wunder, daß seit Schaffung des Reiches der Einfluß Badens auf die Rechtsgestaltung und Rechtsanwendung im ganzen Reichsgebiet ein hervorragender geworden ist.

Für das Land Baden ist es eine besondere Freude, den heute die 70 erfüllenden Rechtsanwalt Dr. Hachenburg in der Reihe der glänzenden Juristen Badens begrüßen zu können und ihm einen Glückwunsch zu entbieten für noch viele Jahre rastloser Hingabe an die Berufsarbeit und schließlich für ein otium cum dignitate in Rückschau auf eine an Mühen und Erfolgen gleich reiche Lebensbahn.

## Dr. Hachenburg zum Gruß!

Von Oberlandesgerichtspräsident Buzengeiger, Karlsruhe.

Am 1. Oktober 1930 vollendet Rechtsanwalt Dr. Hachenburg in Mannheim sein 70. Lebensjahr. Mit Stolz rüstet sich die deutsche Anwaltschaft, dieses Tages in ihrem eigenen Heim, der Juristischen Wochenschrift, besonders zu gedenken. Sie hat hierzu Gäste geladen, die in ihrem Hause auch sonst verkehren. Darum darf sie von ihnen annehmen, daß sie aus innerer Verbundenheit auch nicht fehlen möchten, wenn es gilt, ein dankbares Gedenken zu zeigen dem Überlebenden der zwei Männer, die den Zeitgenossen den „Düringer-Hachenburg“ geschenkt haben.

Es ist wohl nicht ein Zufall, sondern in dem für unser Heimatland Baden zur „guten Sitte“ gewordenen „mustergebenden Einklang im Wirken der badischen Richter und Anwälte“ (so Justiz 1929, S. 38) begründet, daß Düringer, der Richter, und Hachenburg, der Rechtsanwalt, ihre Kräfte zur Schaffung ihres Handelsgesetzbuches zusammengeworfen und unter Wahrung ihrer Persönlichkeit und Eigenart als Lebensfreunde ein einheitliches Ganzes von dauerndem Wert in „lauterster Konkurrenz“ zu Staub geschaffen haben. Diese wissenschaftliche Arbeit zu zweien war hier möglich, weil sich zwei gleichgeartete und sich ineinander findende Naturen trafen, wie Hachenburg in seinen „Lebenserinnerungen“ selbst sagt. Beide haben in gleicher Weise für den Richter und den Rechtsanwalt oder richtiger für die Anwendung und Fortentwicklung unseres gesamten Rechtes und der Wirtschaft unter Hintanzugung des Trennenden als „Einheit“ gezeigt, was Einigkeit und zielsicheres Zusammenwirken zu leisten vermag. Das Vorbild, das diese zwei hervorragenden Vertreter des Richter- und Anwaltstandes durch Freundschaft und literarisches Zusammenarbeiten gegeben haben, kann und darf nicht eine Einzelercheinung, eine Ausnahme bleiben. Darum ist es gut, wenn bei Gelegenheit, wie sie gerade der 70. Geburtstag Hachenburgs bietet, Richterschaft und Anwaltschaft in Belätigung ihrer Geschlossenheit gemeinsam feiern. Zwar wird

Hachenburg nach seiner Art den Tag lieber ausschließlich im Kreise der Seinen begehen und von einer besonderen Ehrung durch Dritte nichts wissen wollen. Aber, wie er im öffentlichen Leben steht, muß er sich eben gefallen lassen, daß sein Bild, als der Zeitgeschichte gehörig, öffentlich behandelt wird. Und wenn er auch in seinen Lebenserinnerungen davon spricht, er sei, der ihm eingepflichten geringen Meinung seines eigenen Selbst entsprechend, Lobsprüchen und anerkennenden Worten gegenüber mißtrauisch; weil er sich selbst kritisch zu beurteilen gewohnt sei, könne er sich nicht vorstellen, daß man ihn anders betrachte, so möge er für heute sein Mißtrauen fallen lassen, sich der communis opinio fügen, die ihm hierin nicht folgt und der er selbst mit seinem Lebensbuch das beste Beweismittel gegen sich selbst in die Hand gegeben hat.

Ich habe diese „Lebenserinnerungen eines Rechtsanwalts, von Max Hachenburg“ in diesen Gerichtsferien wieder zur Hand genommen, nicht etwa zur Bekämpfung der Regenstimmung dieses Sommers unseres Mißbergnügens, sondern weil ich das mir in der gemeinsamen Prüfungstätigkeit vertraut gewordene Bild des Menschen und Juristen Hachenburg wieder in mir lebendiger wollte werden lassen. Wenn diese Zeilen den Anstoß dazu geben, daß junge wie alte Juristen dieses Lebensbild erstmals oder von neuem auch auf sich wirken lassen, dann werden sie die Wahrheit des Wortes bestätigt finden, daß der größte Jurist, auch wenn er mit Menschen- und mit Engelszungen redete und hätte der Liebe zu seinen Mitmenschen nicht, ein tönend Erz oder eine klingende Schelle wäre. Wo aber Jurist und Mensch zur vollkommenen Einheit gediehen sind, da wird das gute Zeugnis, das Hachenburg von einem seiner Prüflinge erhalten hat, zum Ereignis: „er stellt (als Jurist) schwere Fragen und bildet sich ein, sie seien leicht. Er ist aber (als Mensch) freundlich im Verkehr und läßt nicht leicht jemand durchfallen.“ Hachenburg bemerkt selbst dazu: „damit konnte ich zufrieden sein.“ Also muß er doch selbst trotz seiner kritischen Einstellung gegen anerkennende Worte Dritter diese Kennzeichnung für richtig ansehen. Dann dürfen wir es erst recht. Freilich gehört der Mensch Hachenburg in erster Linie seiner Familie; sein Leben in ihr „war ihm stets wichtiger als die Betätigung gegenüber Fremden. Das Beste, was man hat, empfängt man durch die Seinen und gibt es ihnen. Das ist aber das eigenste Geheimgut. Darüber läßt sich nichts erzählen . . . Noch weniger als die genaue Erzählung über die Verhältnisse in der Familie konnte eine Schilderung der eigenen Entwicklung des Charakters und Gemüts, des Intellektes und der Moral versucht werden. Wer kennt sich überhaupt selbst?“ (So Hachenburg in seinem Schlußwort.)

Er hat mir einmal bei einem Gespräch über Originale unter den früheren Prüfungsbeamten die Frage erlaubt, ob er nicht selbst in den Augen seiner Kandidaten auch als Original erscheine. Ich meinte damals Originalität im Sinne von Ursprünglichkeit, von Schaffen aus eigener schöpferischer Kraft ohne den Beigeschmack des Seltsamen; denn von letzterem ist bei Hachenburg wirklich nichts zu finden. Und wie er damals meine Worte nachdenklich aufgenommen hat, so mag er die folgenden hinnehmen, die der Vervollständigung seines Bildes als Mensch dienen sollen. Über ihn als Juristen — Wirtschaftsjuristen, wie er sich selbst näher kennzeichnet, ein weiteres Wort zu verlieren, ist den Lesern dieser Zeitschrift gegenüber ein unnötiges Unterfangen.

Die Aufgabe des Rechtsanwalts wie des Examinators zwingt dazu, sich den Menschen anzuschauen, der hinter seinem Falle steht; aus dem Menschen heraus kommen die Antworten auf die an ihn gerichteten Fragen rechtlicher und wirtschaftlicher Natur wie des allgemeinen Wissens. Beim Schauen kann es nicht bleiben, will man tiefer eindringen in die Persönlichkeit. Der Klient und der Prüfling muß die Schleier über menschliche Regungen und Seiten seines Ichs lüften, sich daher fragen lassen und antworten. Er wird dies leichter tun, wenn er sieht, daß keine Neugier auf den Verrat menschlicher Regungen, auf die Auslieferung menschlicher Seelen im Blick seines Gegenübers ist; keine leiseste Lust, ihn zu begaffen oder in ihn einzubringen, seinen Wegner bewegt. (So Rudolf Binding in „Erlebtes Leben“.) Diese feine empfindende Zurückhaltung im Fragen, zu dem Hachenburg sich um der Sache willen entschließt, dabei aber behutet am die Grenzen des unbedingt Gebotenen einhält, ist für ihn ein typischer Zug, den auch sein den „Lebenserinnerungen“ beigegebenes Lichtbild unverkennbar widerspiegelt. Eine glückliche Dosis heiteren Sinnes und schlagfertiges, umfassendes Allgemeinwissen erleichtert ihm den Zugang zum Inneren der Menschen. Daß dessen Erfassung nicht minder eine Aufgabe der Prüfung seitens des Rechtsanwaltes wie des Examinators darstellt, ist für Hachenburg eine Selbstverständlichkeit.

Das 12. Kapitel seiner „Lebenserinnerungen“, in dem er über sich als den Examinator berichtet, zeigt, welche Schwierigkeiten die Prüflinge ihm zum Teil gemacht haben. Mit Recht besteht das Bestreben, die Vorbereitungszeit für die jungen Juristen vor und nach der Referendarprüfung so zweckmäßig zu gestalten, wie das überhaupt erreichbar erscheint. Man beabsichtigt anscheinend jetzt, durch strenge Reglementierung des Studiums, durch eine schulmäßige Ausgestaltung des Rechtsunterrichts, durch Einschaltung von Zwischenprüfungen u. dgl. die Studenten zu einer nutzbringenderen Verwendung ihrer Studienzzeit zu zwingen. Gewiß nötigt die Entwicklung der Verhältnisse dazu, den gewaltig gewordenen Wissensstoff auf die Studienzzeit sachgemäß zu verteilen und für seine vertiefte Erlernung zu sorgen, auch den Rechtsschüler frühzeitig schon Rechtslehrling sein zu lassen. Aber kommt bei einer solchen schulmäßigen Ausgestaltung des Rechtsunterrichts nicht die freie Entwicklung zum Menschen und Charakter zu kurz? Es ist nun einmal eine alte Lebenserfahrung, daß die Jugend selbst ihre Erfahrungen machen muß, sich die Kämpfe um ihr Werden und ihre Zukunft nicht abnehmen lassen will und kann. Das ist auch gut so. Denn nur die Nachschläge, die man selbst bekommt, spürt man. Sie prägen sich ein und zeitigen Frucht, und wer sich nicht frühe auf sich selbst besinnt und sein Schicksal in die Hand nimmt, wird selten in seinem Menschtum ein brauchbares Mitglied der Gesellschaft. Die Jugend, die bis zum 19. und 20. Lebensjahre in den Jügel der Familie und Schule vielfach ohne eigene Selbstbestimmung und -bestimmung sich entwickelt hat, muß nunmehr selbst die Verantwortung für ihr künftiges Schicksal in die Hand nehmen. Der Übergang zum freien Hochschulleben ist kraf und er kostet manchen, dem der nötige Halt fehlt; aber ist es schade um diese für den Lebenskampf von vornherein wenig oder gar nicht Tauglichen, wenn sie rechtzeitig ausscheiden? Was haben sie und die Gesellschaft davon, daß sie durch die Stützungen des fortdauernden, wenn auch gemäßigten Zwanges mehr oder minder mühselig semesterweise, also in Etappen, von einer Prüfungsstation zur anderen geschleppt werden? Ihr schwacher Magen bewältigt zwar die in kleinen Dosen gereichte Kost; am Schlusse der Kur ergibt sich aber doch nur ein lebensuntüchtiges, weil zu schwaches Gebilde. Es wäre nicht kräftig genug gewesen, die Mahlzeiten natürlich und ohne Kurvorschriften einzunehmen und daraus einen Körper aufzubauen, der ein kräftiges, gesundes und leistungsfähiges Ganzes bildet, das genügend Aufnahmefähigkeit für die weitere schwere Kost, die die Vorbereitungszeit bietet, hat. Jeder Mensch hat seine Eigenart, und nicht jede Kost paßt für Jeden. Je ausgeprägter die Individualität eines Menschen ist — und unter den Individualitäten hat man im allgemeinen die Originale, die über die anderen Hinausragenden, zu suchen — desto schwerer ist ihm die Erreichung seines höher gesteckten Zieles gemacht, wenn er durch Entziehung der Freiheit sich zum Trotz der „Mediokritäten“ gezwungen sieht. Dem frei-

gewordenen Schüler muß die Möglichkeit gegeben sein, in dem Rahmen, wie ihn die jetzige Studienordnung vorsieht, seine Weiterbildung selbst zu gestalten, auch wenn er die Wege der Allgemeinheit dabei nicht immer einhält. Er soll nicht nur die vorgeschriebene Fachwissenschaft treiben, damit er Semesterprüfungen bestehen kann: es soll ihm die Möglichkeit gegeben sein, mindestens in seinen ersten Semestern freier bei der Wahl der Fach- und anderen Vorlesungen zu verfahren, wenn seine Neigungen ihn hierzu bestimmen. Ich bin weit davon entfernt, dem Verbummeln der ersten Semester das Wort irgendwie zu reden und meine, daß auch schon für sie das alte Wort gelten muß: *ὁ μὴ δαρείς ἀνδρωπος οὐ παύεται*.

Aber in Freiheit sich selbst schinden soll der Rechtsjünger, nicht durch die Fuchtel des Lehrers und der Zwischenprüfungen gezwungen sein und unfreies Tun als „Schulerbub“ über seine Volljährigkeit fortsetzen! Dann wird er auch ein freier aufrechtiger selbst-sicherer Mensch, der imstande ist, sich und anderen weiterzuhelfen. Was nützt es, abgerichtete Kreaturen zu züchten? Sie werden nie höchster Mensch und höchster Jurist werden. Und das eine wie das andere, am besten beides vereint, tut uns Richtern und Rechtsanwälten heute besonders not!

Man lese doch das 2. Kapitel der „Lebenserinnerungen“ „Universität und Doktorexamen“, nach und beantworte dann die Frage, ob nicht für Hachenburg und seinesgleichen eine freiere Bewegungsfähigkeit in der Durchführung der Studien, so wie sie nach den bisherigen Studien- und Prüfungsordnungen möglich war, das Bessere, das Lebensnotwendige gewesen ist. Nicht jedes Zwangskolleg ist wert, daß es gehört wird, und nicht jedes Zeugnis ist zuverlässig genug, daß es den Kiegel der Eingangspforte zum weiteren Studienbetrieb verschließen dürfte! In der Referendarprüfung allein soll der junge Rechtsbesessene zeigen, daß er die Studienjahre zur Mensch- und Juristenwerdung vernünftig angewendet hat. Sein Schicksal war in seine Hand gelegt. Er muß darauf gefaßt sein, daß er sehr ernst auf sein Wissen, Können und seine Fähigkeiten geprüft und ein strenger Maßstab an ihn gelegt wird, nach meiner Ansicht notwendigerweise künftig wesentlich strenger als bisher. Das ist durch den Zustrom und die nötige Auslese bedingt. Auf Einzelheiten will und kann ich im Rahmen dieses Geburtstagsgrußes für Hachenburg nicht eingehen. Seiner Zustimmung glaube ich im wesentlichen sicher zu sein. Zwar sagt er S. 54: „ich wünschte, man befreite die Referendarprüfung von dem reinen Gedächtniswesen, namentlich in den historischen Fächern. Das Zeugnis des Universitätslehrers, vor dem seine Hörer ihre Kenntnisse von Zeit zu Zeit nachzuweisen hätten, könnte hier genügen.“ Da er aber S. 34 erklärt: „mir scheint, man sollte jedem Neuling die Türe zur Wissenschaft weit offen halten, um die Hindernisse, die ihn verwirren könnten, aus dem Wege zu räumen . . .; eine Studienordnung ist ganz gut. Aber diese Reihenfolge sollte doch nur ein Wegweiser sein, kein Zwang. Wer anders zum Ziele kommt, mag es auf seine Weise versuchen,“ möchte ich ihn dahin verstehen, daß auch er keine förmlichen Etappen- zwischenprüfungen gutheißt, sondern sich mit Zeugnissen der Dozenten über den erfolgreichen Besuch von praktischen Übungen begnügen will. Daß auch die beste Prüfungsordnung nicht sicher die als Juristen und Menschen ausgezeichneten Prüflinge restlos herausholt und alles Untüchtige ausscheidet, ist leider ebenso richtig, wie der Satz, daß jede Prüfung ein notwendiges Übel ist und bleiben muß.

Das gilt auch für die zweite juristische Prüfung. Immerhin bietet nach langjähriger Erprobung der Badischen Vorschriften, wohl auch nach Meinung Hachenburgs, ihre sachgemäße Anwendung eine verhältnismäßig hohe Sicherheit zur richtigen Würdigung der Referendare und ihrer Eignung für eine spätere selbständige Tätigkeit. Fehlerquellen in der Person des Prüflings wie des Examinators sind natürlich nicht auszuschalten. Sie können bei einer Häufung nach der positiven wie der negativen Seite dem Prüfungsergebnis das Zeichen der Zufälligkeit und damit der inneren Unrichtigkeit aufdrücken. Aber bei 12 Klausurarbeiten, dem Vortrag eines nicht leichten, zu Hause bearbeiteten Altensalles und einer zweistündigen mündlichen Einzelprüfung sind die Fälle eines unrichtigen Ergebnisses doch so gut wie ausgeschaltet, zumal auch die Dienstzeugnisse aus der Vorbereitungszeit der Kommission zur Verfügung stehen. Bei dieser Prüfungsgegestaltung ist in dem Prüfling auch der Mensch zu schauen, freilich nicht selten statt in freier ungezwungener Übung ein unter dem Druck der Examennöte beengter. Wie man diese zu bannen oder doch zurückzudrängen vermag, zeigt das Beispiel Hachenburgs.

Die Prüfungsordnungen der Länder werden künftig in größere Übereinstimmung gebracht; eine völlig einheitliche ist noch nicht zu erreichen gewesen. Eine überstürzte Verreichlichung wäre meines Erachtens nur vom Übel. Auch die Zuständigkeit des Reiches für das gesamte Gebiet des Zivilrechts hat sich nicht auf einmal schon 1900 erreichen lassen. Hier wie dort ist die Eigenart der Länder und ihrer Sonderrechte, insbesondere auch auf dem Gebiet des Länder-Staats- und Verwaltungsrechts noch ein Hemmnis. Man konnte auch noch nicht zu einer einheitlichen Reichsprüfungskommission gelangen. Aber ob nicht als Ziel ins Auge zu fassen wäre ein einheitliches Prüfungsamt einerseits für Preußen, andererseits für Süddeutschland oder doch wenigstens Baden, Hessen und Württemberg, daneben für Bayern mit hauptamtlichen Prüfungsbeamten? Lediglich das Landes-Privat-, Staats- und Verwaltungsrecht müßte durch einen landsmannschaftlichen Kommissär behandelt werden. Auch diesen Gedanken weiter auszubauen, ist hier nicht am Platz; die Entwicklung liegt aber nahe.

Vom Ausgangspunkt der gemeinsamen mehrjährigen Prüfungstätigkeit, die Hachenburg und mich zusammengeführt hat, habe ich mich etwas entfernt. Ich lehre zu ihm zurück. Hachenburg ist als Examinator ausgeschieden, ich habe den Vorsitz übernommen. Wie jeder, der mit Hachenburg zusammentrifft, habe ich in ihm den Mann hochachten — und da ich um über ein Jahrzehnt jünger bin, darf ich es ungescheut sagen —, lieben gelernt, der Vielen Vieles gegeben hat. Auch die, die ihn nicht persönlich kennen, werden sich der Wirkung dieser Persönlichkeit, wie sie aus seinen Lebenserinnerungen hervortritt, nicht entziehen können. Ich bedauere es aufs lebhafteste, daß durch das Ausscheiden Hachenburgs die persönlichen Berührungspunkte weggefallen sind. Aber ist er auch nicht mehr als Examinator tätig, so „funktioniert der Alte doch noch“, um den zum geflügelten Wort in seiner Familie gewordenen Ausspruch eines seiner alten Klienten zu gebrauchen. Und dessen freuen wir alle, Richter wie Rechtsanwälte, Freunde und die Seinen uns herzlich an seinem 70. Geburtstage, bewegt von dem Wunsche, Hachenburg möge in alter Frische noch lange in beiderlei Gestalt als Mensch und Jurist „weiter funktionieren“ und Zeugnisse seiner Schaffenskraft uns schenken. Denn es ist wirklich wahr, von Zeit zu Zeit — und zwar möglichst oft — sehe ich den Alten gern. Und, wenn Sie, lieber Herr Doktor, darüber nur so herzlich lachen, wie Sie das gerne tun, dann drücken Sie damit das Siegel unter ihre eigenen Worte: „Das können nur gute Menschen.“

## Der Düringer-Hachenburg.

Von Geheimrat Professor Dr. Endemann, Heidelberg.

Der innere Aufbau des deutschen Handelsrechtes wurde einstens durch eindringliche, wissenschaftliche Forschungen gefördert. In den Lehrbüchern entstand das System; aus ihnen erwuchsen die Grundanschauungen und Lehrsätze, die das Verständnis für die gewaltigen Fortschritte des wirtschaftlichen Lebens erwecken und zum Besinnen auf die richtige, rechtliche Einordnung der neuen Bestrebungen und Gebilde antreiben sollten. Jeder Forscher mußte dabei um die Anerkennung seiner persönlichen Auffassung werben. Er heischte ein geruhames Vertiefen in die auf breiter Grundlage entwickelten Lehren. Dieser Forderung konnte der überlastete Praktiker nur selten genügen. Er braucht für den Tagesbedarf den kurzen und zuverlässigen Bericht über das, was sich als die gegenwärtig anerkannte Rechtsanschauung herausgestellt hat. Das ist das Material, zu dem er dann kritisch Stellung nehmen kann. Dieses ihm zu liefern, ist die bedeutsame und verantwortliche Aufgabe eines Kommentares.

Die beiden Bearbeitungsmethoden stehen nicht im feindlichen Gegensatz zueinander. Es gab Kommentare, wie besonders den von H. Staub und den unvollendeten älteren von F. v. Sahn, deren tiefer wissenschaftlicher Unterbau die höchsten Ansprüche befriedigte. Und umgekehrt ging kein Lehrbuch an den lebendigen Lebensanschauungen und an den bedeutsamen Ergebnissen der heutigen Rechtsprechung vorbei. Gleichwohl war es eine Tat, daß angesichts der Umgestaltung des Handelsgesetzbuches zum ersten Male die Besinnung darauf eingestellt wurde, welche Behandlungsweise die beste Grundlage für das Verständnis des heutigen Rechtszustandes und für die Erringung einer sachgemäßen Ordnung des modernen Handelsverkehrs zu schaffen vermöchte. Hier setzt das unbestreitbare Verdienst von Düringer und Hachenburg ein: sie erschauten die Bedürfnisse des sich entwickelnden Rechtslebens und schritten mit herzhaftem Mute an die Schaffung eines Werkes, in dem der wissenschaftliche Geist eines Lehrbuches mit den praktischen Zielen eines Kommentares zu einer höheren Einheit verbunden wurde.

Diese Gedankeneinstellung tritt bereits in dem äußeren Aufbau hervor. Jedem Buche oder Abschnitt geht voran eine allgemeine Einleitung. Sie schafft die wissenschaftlichen Grundlagen für das einzelne Gebiet: in ihr tritt der Bearbeiter als kritisch prüfender und die rechtlichen Zusammenhänge aufweisender Lehrmeister hervor. Er bringt seine eigene Ansicht zur Geltung. An die lehrbuchartigen Erörterungen schließen sich die Erläuterungen der einzelnen Gesetzesvorschriften an. Hier findet der Rechtsuchende, wie sich die gesetzten Rechtsnormen in ihrer praktischen Anwendung gestalten und bewährt haben und was gegenwärtig als die herrschende Meinung in der Lehre und Rechtsprechung anzusehen ist. Beide Teile durchdringen und vereinigen sich zu einem abschließenden Ganzen.

Die eigenartige Bedeutung des Werkes ist lezthin aus seinem inneren Aufbau zu erkennen. Es setzte ein, als die neue Kodifikation des bürgerlichen Rechtes erschienen war. Ihr konnte sich das Handelsrecht nicht entziehen. Es sollte in seiner Eigenart und Selbständigkeit erhalten bleiben. Zu einem Neuaufbau wurde indessen nicht geschritten. Vielleicht in der richtigen Erkenntnis, daß die in starker Bewegung befindlichen, wirtschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen hier so wenig, wie auf den Gebieten der gewerblichen Schutzrechte und des unlauteren Wettbewerbes, bereits eine abschließende Kodifikation gestattet hätten. Vielleicht auch aus der kritischen Einsicht, daß unserer Zeit weder der Beruf noch die schöpferische Kraft zu einer gesetzgeberischen Neugestaltung der Rechtsgrundlagen unseres Wirtschaftsrechtes gegeben sind. Um so stärker trat die Aufgabe hervor, in einheitlicher Zusammenfassung klarzustellen, welcher Rechtszustand durch das die allgemeingültigen Grundlagen für den bürgerlichen Rechtsverkehr schaffende BGB. nun wirklich für den Handelsverkehr eingetreten war. Die zunächst in dem Kaufmannstand ausgebildeten Grundzüge der Verkehrstreue und der verantwortlichen Selbstbestimmung sind nunmehr

ebenso, wie die beherrschende Geltung der Verkehrssitte und des Gebotes von Treu und Glauben zu den allgemeingültigen Regeln des gesamten Rechtsverkehrs erhoben werden. Die hier, wie bei zahlreichen anderen Rechtsverhältnissen geschaffene breitere Basis muß auch bei der Behandlung der sonst eigenartigen handelsrechtlichen Fragen Beachtung und Geltung finden. Aus der lex generalis ergibt sich die Gedankeneinstellung, die auch die Sondergebiete des Rechtes in ihren Bann zieht. Diese Einheit des inneren Rechtsbaues der getrennt auftretenden Modifikationen zur Erkenntnis zu bringen, das war die bedeutsame Aufgabe, die sich Düringer und Hachenburg gestellt hatten. Sie haben sie in vorbildlicher Weise gelöst. Welcher Anteil dabei auf den einzelnen Bearbeiter entfällt, wurde nicht kenntlich gemacht. Genug, daß das vollendete Werk die volle Übereinstimmung in der Gedankenführung zeigt. Wer den ehernen „Lapidarstil“ Hachenburgs kennt, wird die Spuren seines Schaffens entdecken; ex ungue leonem.

Vorab liegt in der dritten Auflage der erste Band vor. Die Bearbeitung des ganzen Werkes war bereits seit der zweiten Auflage mehreren Mitarbeitern anvertraut worden. Jeder von ihnen stellt nunmehr sein Gebiet selbständig und unter eigener wissenschaftlicher Verantwortung dar. Das wird durch die Namen Geiler, Heniger und Lehmann gekennzeichnet. Voran aber bleiben stehen die Namen Düringer-Hachenburg. Das bedeutet nicht bloß eine pietätvolle Erinnerung. Vielmehr wird damit die Einheit des Werkes bekundet, die in der geistigen Verbundenheit mit der Denkweise und Gestaltungsart der ursprünglichen Meister wurzelt. Es darf auch darauf vertraut werden, daß besonders wichtigen Fragen die hohe Erfahrung und Einsicht Hachenburgs nicht gefehlt hat, noch künftig fehlen wird.

Von dem Inhalte können an dieser Stelle nur einige einzelne Fragen angedeutet werden. Als Mitarbeiter sind Männer gewonnen worden, deren Einblick in die reale Gestaltung des Handelslebens durch lange Erfahrung gereift ist und die durch ihre Schriften bereits gezeigt haben, wie das Gewordene und Erprobte auf eine gediegene wissenschaftliche Grundlage zu stellen ist. Das Recht des Handels baut sich auf als das geordnete Leben der Wirtschaft. Gesetzliche Normen schaffen das feste Gerüst; aber erst die tatsächliche Lebensgestaltung enthüllt, was als wirkliches Recht gilt und wirkt. Damit tritt die hohe Bedeutung der Verkehrssitte und der Handelsgebräuche in den Vordergrund. Geiler kennzeichnet sie als abgeschwächte Rechtsquellen. Damit wird zutreffend hervorgehoben, daß die Handelssitte nicht nur deshalb zu beachten ist, weil und wenn die Vertragsschließenden sie kennen und sie für sich gelten lassen wollen. Die von der Überzeugung ihrer Richtigkeit und allgemeinen Geltung getragene Übung erzeugt für den Verkehr eine norma agendi: wer an dem Verkehrsleben teilnimmt, erklärt damit, daß er sich auf dessen Rechtsgrundlagen stellt; sie bilden für ihn ergänzende Lehrsätze, soweit er sie nicht durch Vertragsabrede ausgeschaltet oder geändert hat. Von dieser Auffassung aus wird die hohe Bedeutung der Lebensgestaltung als der unsere Rechtszustände ordnenden und fortbildenden Macht in das volle Licht gestellt. Wie sich dieser leitende Gedanke auswirkt, ist der Behandlung der einzelnen Gebiete vorbehalten. Gerade in der Gegenwart erhebt sich immer stärker das Problem, wie die Handelssitte oder auf dem Gebiete z. B. des Warenzeichnrechtes die Verkehrsgeltung entsteht und als bestehend nachgewiesen werden kann, und insbesondere auch die Frage, wie weit ein grundsätzlich verbindlicher Handelsgebrauch von einer den Verkehr beherrschenden Gruppe von Kaufleuten eingeführt und durchgesetzt werden könne. Wenn wir mit Geiler überzeugt sind, daß es sich bei dem Handelsgebrauch nicht um die Bildung von eigentlichen Lehrsätzen handelt, so ist auch die etwas anmaßende Theorie widerlegt, die in der einseitigen Festsetzung der „Geschäftsbedingungen“ für das Spediteurgewerbe eine Gesetzgebung ohne Gesetzgeber erblicken möchte. Gelehrte belachend ist die zusammenfassende Darstellung, wie sich die Ordnung des BGB. über die personenrechtliche und die

güterrechtliche Rechtslage der Ehefrau in ihrer Stellung als Kaufmann auswirkt.

Die eigentliche Kommentierung beginnt mit der Entwicklung des heutigen Kaufmannsbegriffes (von Geiser). Über die Führung der Handelsbücher und die Aufstellung der Bilanz bietet Julius Lehmann höchst belehrende Auskunft. Die Darstellung über das Handelsregister wie die Handelsfirma und ferner über das ganze Gebiet der Handlungsvollmacht nebst den verschiedenen Arten der Vertretungsverhältnisse, hat Viktor Hoeniger übernommen. Als kennzeichnend für die weiterschauende Betrachtungsweise greife ich nur zwei Einzelfragen heraus. Zunächst wie das Firmenrecht mit feinem Bedacht in Verbindung gesetzt wird mit dem Namensrechte des BGB., dem Warenzeichenrechte und dem Gebote des lautereren Wettbewerbes; hierbei eröffnen sich Probleme, die nach allen Seiten hin ausstrahlen und für die aus dem weitangelegten Zusammenhange sehr beachtenswerte Lösungen gefunden werden. Praktisch von größter Bedeutung ist sodann die Frage, wie eine Vertretungsmacht geschaffen wird und in welchem Umfange sie wirkt. Die ungeschickliche Fassung des § 56 HGB., wonach der Angestellte als ermächtigt gilt, kann mit einem klaren und brauchbaren

Gedankeninhalt nur erfüllt werden, wenn, wie es hier geschehen ist, die allgemeingültigen Grundlagen der rechtsgeschäftlichen Machtgebung klargelegt sind. Rechtsprechung und Rechtslehre sind hierbei noch nicht zu endgültigen Grundfragen gelangt. Um so mehr ist es zu begrüßen, daß Hoeniger sich von dem unklaren und vielfach mißbrauchten Begriffe einer stillschweigenden Bevollmächtigung abwendet und die Gebundenheit des Geschäftsherrn darauf gründet, daß er den Schein (deutlicher vielleicht wäre: den Rechtschein) der Vollmachterteilung hervorgerufen hat oder bestehen läßt.

Die Neubearbeitung des ersten Bandes eröffnet die Aussicht auf ein Werk, das die Lehre wie die Praxis des gesamten Handelsrechtes auf eine hohe Stufe stellen wird. Unter dem forschenden Blicke wissenschaftlich erprobter Praktiker wird die Erkenntnis dafür reifen, daß der Inhalt des wahrhaft geltenden Handelsrechtes aus den wirtschaftlichen Lebensbeziehungen herauswächst; und damit wird zugleich der Boden bereitet für die schöpferische Arbeit der Rechtsprechung, in der die Gesetzesgedanken zu volkstümlichen und die Verkehrstreue festigenden Rechtsnormen ausreifen sollen. In diesem Sinne wird die neue Ausarbeitung ein würdiges Denkmal setzen für die Führer und Begründer des Werkes.

## Zur Geschichte der Badischen Rechtsanwaltschaft im 19. Jahrhundert.

Von Rechtsanwält Dr. R. Günner, Karlsruhe i. B.

### I. Übersicht.

Das Großherzogtum Baden ist eine Schöpfung der französischen Rheinpolitik. Daß aus den kleinen, seit 1771 unter Carl Friedrich vereinigten altbadischen Stammländern, den beiden Markgrafschaften Baden-Durlach und Baden-Baden in Verbindung mit den zahlreichen säkularisierten, mediatisierten und sonst erworbenen Territorien aller Art am rechten Oberrhein ein Mittelstaat sich bilden, daß in den hierin zusammengesetzten Alemannen, Franken und Rheinpfälzern vom Bodensee bis zum Neckar und Main ein Gefühl gemeinsamer politischer und geistiger Verbundenheit entstehen konnte und den Umsturz von 1918 überdauert hat, ist zum Teil geographisch bedingt, zum Teil das unbestreitbare Verdienst des ersten und des vorletzten Großherzogs, Carl Friedrichs (1746 bis 1811, Kurfürst seit 1803, Großherzog seit 1806) und seines Enkels Friedrichs I. (1852–1907).

Eine allgemeine Rechtsgeschichte des Großherzogtums fehlt<sup>1)</sup>. Darunter leidet naturgemäß die Darstellung eines einzelnen Rechtsinstituts, weil ihm der Hintergrund fehlt, vor dem es sich deutlich genug abzeichnen könnte. Wer die Geschichte der Advokatur erschöpfend behandeln wollte, kann an der Entwicklung mindestens des Prozeß- und des Gerichtsverfassungsrechts, aber auch an der Geschichte des bürgerlichen, des Strafrechts und der Verfassung nicht vorübergehen. In ihnen spiegeln sich die lebendigen Kräfte, die auch die Stellung der Anwaltschaft bestimmen. Für eine solche Darstellung fehlt hier der Raum, vielleicht fehlt auch das allgemeine Interesse. Wir beschränken uns also insoweit auf die summarische Feststellung, daß für die badische Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts der Beginn der 60er Jahre den entscheidenden Wendepunkt, den Übergang zum modernen Rechtsstaat bedeutet. Dieser Umschwung ist an die Namen zweier früheren Advokaten geknüpft, August Lamey<sup>2)</sup>, bis

dahin Professor in Freiburg, und Dr. Anton Stabel, bis dahin Oberhofrichter in Mannheim, des Innen- und des Justizministers seit 2. April 1860. Freilich galt als Zivilgesetzbuch schon seit 1810 das beste Gesetz seiner Zeit, der Code Napoléon mit Zusätzen als badisches Landrecht<sup>3)</sup>, aber bis zum 1. Okt. 1864<sup>4)</sup> galt praktisch der gemeine deutsche Zivilprozeß alten Stils (Obergerichtsordnung von 1803, bürgerliche Prozeßordnung von 1831, Neufassung 1851). An die Stelle des Strafedikts von 1803, welches als „provisorisches Normativ über die Anwendbarkeit der allgemeinen, in der peinlichen Halsgerichtsordnung vorliegenden Reichsstrafgesetzbuch“ erlassen war, traten erst 1851 das bereits 1845 verkündete Strafgesetzbuch und das allgemeine Schwurgericht; die Umstellung der Gerichtsverfassung auf das Kollegialsystem in erster Instanz und die Mainruhen von 1849 hatten die frühere Einführung verhindert. Erst die Gesetze vom 18. März und 19. Mai 1864 brachten den modernen Strafprozeß, die Schöffengerichte und einen erweiterten Wirkungsbereich der Verteidigung<sup>5)</sup>.

Schon das noch im Verband des alten Reiches stehende Kurfürstentum Baden hatte infolge des privilegium de non appellando seine eigene dritte Instanz im Oberhofgericht erhalten, das seinen Sitz zunächst in Bruchsal angewiesen erhielt, 1810 nach Mannheim übersiedelte und dort bis zur Errichtung des OLG. Karlsruhe am 1. Okt. 1879 verblieb. Unter dem OLG. standen seit der endgültigen Landesorganisation die Hofgerichte für die vier Provinzen (seit 1836 Kreise) mit dem Sitz in Meersburg (ab 1836 in Konstanz), Freiburg, Raftatt (ab 1847 in Bruchsal) und Mannheim, seit dem bad. BGB. v. 19. Mai 1864 elf Kreisgerichte, von denen die fünf als Kreis- und Hofgerichte bezeichneten in Konstanz, Freiburg, Offenburg, Karlsruhe und Mannheim zugleich Sitze von Schwurgerichten waren, während Bilingen, Waldshut, Lörrach, Baden, Heidelberg und Mosbach dieser entbehrten. Bei allen diesen Obergerichten bestand Anwaltszwang (§§ 67, 239 ff., 251 OGD., §§ 131 ff. PD. v. 1831). Die Gerichtsbarkeit erster Instanz, der Untergerichte, lag bis 1857 in der Hand der Bezirksverwaltungsbeamten (Amtsvorstände), die Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung ist also in der so wichtigen untersten Instanz bei uns erst sehr spät erreicht worden (in Preußen schon 1808).

<sup>3)</sup> Andreas, Die Einführung des C. N. in Baden. J. Sav. Germ. Abt. 31 S. 182. Das frühere Recht bei Mayer, Beiträge zur Gesch. d. bad. Zivilrechts (1844).

<sup>4)</sup> Vgl. die Einleitung bei v. Freydorf, (Bad.) Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (v. 18. März 1864), 1867.

<sup>5)</sup> Ammann, GerVerf. und StPD. für das Gr. Baden 1865.

<sup>1)</sup> Grundlegend für die von ihr behandelte Zeit jetzt die Geschichte der bad. Verwaltungsorganisation und Verfassung in den Jahren 1802–1818, herausgegeben von der bad. Histor. Kommission, I. Band: Der Aufbau des Staates im Zusammenhang der allgemeinen Politik, von Dr. W. Andreas (1913). Daneben von älterer Literatur nur noch v. Drais, Geschichte der bad. Gerichthöfe (1821). Einzelschriften: Starck, Geschichte des bad. Notariats (1897) und Frank, Geschichte der mittleren Justiz- und Verwaltungsbeamten Badens (1919). — Dem bad. Justizministerium bin ich zu Dank verbunden für die Erlaubnis zur Einsicht seiner Akten. — Ein Nachweis auch nur der wichtigeren Literatur liegt außerhalb des Rahmens dieses Aufsatzes.

<sup>2)</sup> Lewald, August Lamey (1904), Sonderabdruck aus den bad. Biographien Bd. 5.

Die Anwaltsordnung v. 22. Sept. 1864 und ihre Vorbereitung werden wir in den Vordergrund zu rücken haben. Die Überleitung des bad. Gerichtsverfassungs- und Prozeßrechts in das Recht der Reichsjustizgesetze von 1877 vollzog sich reibungslos. Unsere Darstellung wird also ihr Hauptgewicht auf die Zeit bis 1864 legen können; hier drängen die Reime der neuen Gedanken ans Licht, wenn sie auch erst in späterer Zeit sich voll entfalten konnten.

## II. Schriftverfasser und Obergerichtsadvokaten.

1. Grundlagen und Taxordnung. Rechts-Anwaltschaft war im gemeinen deutschen Prozeß nur in der Form möglich, daß dem Gericht Schriften eingereicht wurden. Das Schriftverfassungsrecht war schon im ersten Organisationsedikt v. 4. Febr. 1803 vom Bestehen einer Prüfung, ursprünglich bei den Hofgerichten, seit 1824 beim Justizministerium abhängig gemacht, auf Grund deren der junge Jurist den Titel "Rechtspraktikant" führte und nun, seit 1826 aber erst nach einer mindestens zwei-, meist drei- bis vierjährigen Zeit praktischer Arbeit bei Behörden das Schriftverfassungsrecht durch besondere Signatur verliehen erhielt<sup>6)</sup>. Hier liegt der Ursprung des badischen biennium. Das Schriftverfassungsrecht bedeutete die Befugnis „zu allen Gerichten zu arbeiten“, d. h. Schriftsätze einzureichen, bei den Obergerichten freilich nur mit der Unterschrift und unter passiver Assistenz eines Obergerichtsanwalts als Prokurator. Der Rechtspraktikant als Schriftverfasser war also noch kein richtiger Advokat, er konnte ebenso wie um die Ernennung zum Advokaten auch um die Aufnahme in den Staatsdienst nachsuchen. Alter badischer Übung entsprach es und war vorübergehend durch das fünfte Organisationsedikt v. 24. Febr. 1803 sogar vorgeschrieben, daß, wer zu Amts- oder Ratsstellen kommen wollte, zunächst Anwalt (hier i. S. von Schriftverfasser) gewesen sein mußte. Das Land ist dabei nicht schlecht gefahren, zahlreiche spätere Staatsmänner, hohe Richter, Verwaltungsbeamte und Professoren waren in ihren jungen Jahren Schriftverfasser oder Hofgerichtsadvokaten.

Die Zahl der eigentlichen Advokatenstellen an jedem Hofgericht war festgelegt, insgesamt gab es deren 70 bis 72, davon beim O.H.G. 10 bis 12, doch praktizierten dort auch die Advokaten der H.G., insbes. die Mannheimer, und umgekehrt die Oberhofgerichtsadvokaten auch in den unteren Instanzen bis zum Stadtamt in Mannheim. Bei den Obergerichten bestand die Einrichtung der Prokurator in doppelter Art, nämlich so, daß

a) alle Rechtsgelehrten, welche Anwaltschaftsrechte besitzen (also die Rechtspraktikanten mit Schriftverfassungsrecht, graduierte Juristen, rechtsgelehrte Beamte und Private für sich und nahe Verwandte) und die vom Gerichtssitz abwesenden Anwälte (solche gab es beispielsweise in Karlsruhe für Rastatt, in Heidelberg für Mannheim) ihre „Vorträge“ durch einen Substituten aus der Zahl der Advokaten am Obergericht einreichen und das ihnen Zuzustellende durch solche empfangen müssen. Diese Substituten unterzeichneten aber die Schriften nicht und waren für diese auch nicht verantwortlich.

b) diejenigen, welche sich nicht selbst vertreten dürfen oder keinen zur Anwaltschaft berechtigten Schriftverfasser gewählt hatten, ihre Schriften durch einen Bevollmächtigten aus den bei den Obergerichten angestellten Prokuratoren, der hier für Form und Inhalt verantwortlich ist, unterzeichnen und übergeben lassen müssen.

Die Stellung der Obergerichtsadvokaten war beamtenähnlich, und wiederholt wurde versucht, die Dienerpragmatik (das Beamtengesetz) auf sie anzuwenden, ihnen einen Rang anzuweisen, sie insbes. unter das Beamtendisziplinarrecht zu stellen, weil gerade hier die Rechtslage, von den wenigen Bestimmungen der O.G.D., der Taxordnung und des Strafbefehls abgesehen, besonders unklar war. Das Justizministerium hat diese Anregungen abgelehnt.

Die Obergerichtsadvokaten hatten nach ihrer Ernennung durch das Justizministerium in feierlicher Plenarsitzung des Gerichts eidlich zu geloben, die Pflichten eines Advokaten

und Prokurators in allen Angelegenheiten, sie mögen ihnen von einer Partie oder von Gerichts wegen anvertraut sein, ferner jene eines Verteidigers in peinlichen Straffällen zu erfüllen und sich davon durch keinerlei Vorwand oder Rücksicht abhalten lassen.

Das bevorzugte Wirkungsfeld der Schriftverfasser waren die Untergerichte (Unter), so daß sie sich später selbst als Untergerichtsanwälte bezeichneten und als solche eigene Vereine gründeten. Im Jahre 1844 gab es ihrer im Land etwa 140. Allerdings war ihre Stellung besonders prekär. „Zur Vereinfachung des Geschäftsgangs“ hatte man die schriftlichen Verhandlungen durch Anwälte bei den Ämtern auszuschließen versucht (in Baden-Durlach schon seit 1766). Die Zulassung von Schriften und die Ermäßigung ihrer Kosten war im Einzelfall, der als seltene Ausnahme gedacht war, vom Ermeßen des Unterrichters abhängig gemacht. Da das vorgeschriebene „mündliche Verfahren“ bei den Untergerichten aber fast überall in der Abfassung von Protokollen über die Parteivorträge bestand, dem schlechtesten aller Prozeßverfahren, so hatte sich die Praxis schon bald über diese noch in der P.D. von 1851 festgehaltene anwaltsfeindliche Theorie hinweggesetzt und damit den Beifall der Öffentlichkeit und die Unterstützung der Prozeßrechtswissenschaft gefunden<sup>7)</sup>. Aus der gleichzeitigen Praxis von Advokaten und Schriftverfassern, die insbes. am O.H.G. unangenehm empfunden wurde, ergaben sich Konfliktmöglichkeiten, die an ganz moderne Probleme der heutigen Anwaltschaft (Simultanzulassung und Gebührenteilung) erinnern. Sie werden deutlich, wenn 1843 die Mannheimer Obergerichtsadvokaten in Beantwortung eines „Sendschreibens“ des Rastatter Advokatenvereins bekanntgeben<sup>8)</sup>, daß sie in Zukunft in keinem Fall zum Vorteil eines Advokaten oder Schriftverfassers irgendeine Abtretung oder Teilung der ihnen gesetzlich zukommenden Gebühren bewilligen und auswärtige Obergerichtsadvokaten ihres Bezirks, die bisher in Mannheim Substituten bestellt haben, von nun an behandeln werden wie die Schriftverfasser. Demgegenüber erscheint aber auch eine Petition der Karlsruher Advokaten an die II. Kammer vom Jahre 1849 verständlich, wo um Aufhebung der überholten und teuren Prokurator gebeten wird. Der Verkehr mit den auswärtigen Gerichtshöfen könne ebenfugut durch einen Substituten geleitet werden. Die Konvention der Obergerichtsadvokaten von Mannheim, der sich inzwischen diejenigen von Freiburg und Konstanz angeschlossen und wonach diese alle sich ehrenwörtlich verpflichtet hatten, nicht mehr zu prokurieren, sei ein egoistischer Anflug und nur darauf gerichtet, die Schriftverfasser von der Praxis an den Obergerichten auszuschließen, während umgekehrt die Hofgerichtsadvokaten das unbedingte Vertretungsrecht bei allen Gerichten des Landes, also auch bei den Amtsgerichten besäßen. Aber erst die Anwaltsordnung von 1864 brachte das Ende der Prokurator und verlangte beim auswärtigen Kollegalgericht nur noch einen Zustellungsbevollmächtigten, sehr zum Leidwesen der damaligen Obergerichtsadvokaten, die vergebens wenigstens um Beibehaltung ihres Titels nachsuchten. Der Titel als Advokat war übrigens gelegentlich auch vom Landesherrn als besondere Auszeichnung verliehen worden.

„Damit unsere liebe Untertanen von den Anwälten nicht über Gebühr beschwert werden, befehlen wir hiermit, daß diese allemal unter die von ihnen gefertigten Schriften gleich bei der Übergabe, unten auf der ersten Seite bemerken sollen, wieviel sie dafür in Rechnung gesetzt haben, bei Strafe von 15 Kreuzern“ (§ 237 O.G.D.). Aus diesem Geist ist die als Beilage zur O.G.D. erschienene Taxordnung von 1803 zu verstehen, die in ihrer Grundlage trotz vielfacher Änderungen bis 1867 erhalten blieb. Sie unterschied ursprünglich vier Wertstufen bis 100, 300, 600 und über 600 fl. Zu bezahlen war die Urcha (Haftpfennig) für Information und

<sup>7)</sup> Bericht der Gesetzgebungskommission an den Großherzog vom 15. Nov. 1830, die allgemeinen Motive des Entwurfs der P.D. enthaltend (1831); Annalen 1843, 262 mit offenerherzigen Ausführungen über die Stellung des Unterrichters bei den Ämtern; Zachariae (von Lingenthal), über den Gesetzentwurf betr. die GerVerf. und eine St.P.D. für das Gr. Baden (1844) mit heute noch lesenswerter Begründung. Bemerkungen der O.G. Advokaten zu Mannheim über den gleichen Gesetzentwurf, übergeben der 2. Kammer des L.T. 1843/44.

<sup>8)</sup> Annalen 1843, 100.

<sup>6)</sup> RegBl. 1807, 138; 1810, 125; 1824, 157; 1826, 55 u. 193; §§ 127 ff. P.D. von 1831; RegBl. 1837, 185; 1853, 429.

Belohnung der Akten, abgestuft von 1 bis zu 6 fl., ferner für Hauptchriften je Bogen von 1 bis zu 2 fl. Beim O.H.G. war die Akte um die Hälfte höher, bei den Untergerichten, soweit hier Anwälte überhaupt zugelassen wurden, auf die Hälfte ermäßigt. Bei Defensionen in peinlichen Sachen gab es keine Tage, die Hofgerichte dekretierten aber in analoger Anwendung bei zahlungsfähigen Inquisiten eine Akte von meist 6 fl. und dazu je Bogen 2 fl. Die Obergerichtsadvokatengebühren hatte die unterlegene Partei zu tragen. In den Fällen, wo sich die Partei eines zur Prokuratur nicht berechtigten Schriftverfassers bediente, einigte man sich nach längerem Streit auf die Praxis des O.H.G., wonach der Schriftverfasser die ganzen taxordnungsgemäßen Gebühren, und der Prokurator daneben das gesetzliche Fünftel von der Partei anzusprechen hatte, derart jedoch, daß die Gegenpartei, auch wenn sie in sämtliche Kosten verurteilt wurde, doch nur zur Erstattung der einfachen Gebühren ohne jenes Fünftel verpflichtet war. Die Einzelheiten des Gebührenrechts und seiner Geschichte können wir hier nicht weiter darstellen<sup>9)</sup>.

2. Soziale Lage. Die Stellung der Advokatur wäre durch eine Übersicht lediglich über ihre rechtlichen Grundlagen nur unvollkommen aufgeklärt. Wir müssen deshalb wenigstens versuchen zu zeigen, welche Stellung sie in der Öffentlichkeit einnahm, wie sie von ihren Zeitgenossen und aus ihrer eigenen Mitte heraus beurteilt wurde. Kennzeichnend für die Gedankengänge des vorärzlichen Absolutismus ist der Antrag des O.H.G. vom Jahre 1808, man möge den Advokaten verbieten, sich gegenseitig als Kollegen zu titulieren und ein Advokatenkollegium oder irgendeine korporative Bindung ohne Anordnung des Großherzogs zu statuieren. Oberhofrichter war damals der Freiherr von Draiz, selbst kein gebürtiger Badener, aber einer der besten Vertreter der altbadischen Beamtenerschaft und ein Mann von ruhigem Urteil. In einem ad manus Serenissimi erstatteten Bericht hatte er schon 1805 als Präsident des Hofgerichts Kastatt festgestellt, daß der Advokatenstand in einem Grad leidet, daß bald allgemein nachteilige Folgen für den Staat daraus zu befürchten sind, wenn nicht zeitig und erklecklich remediert würde. Die strenge Kollegialaufsicht (so. der Hofgerichte) habe zwar bisher der Schikane glücklich gewehrt, aber der Hunger werde sich stärker als alle Surveillance zeigen. Es seien zuviel Advokaten aufgestellt, dazu kämen aber noch die Schriftverfasser und darunter unberechtigte, insbes. auch manche jüngere Beamte, die sich dadurch Nebeneinnahmen zu verschaffen suchten. Unter seinen Vorschlägen zur Hebung des Standes ist die auch später wiederholt gegebene Anregung beachtlich, daß die Advokaten der Beamtenwitwenkasse angegeschlossen werden sollen. Noch 1825 beklagt sich von Draiz, seit 1806 an der Spitze des O.H.G., über die mangelnde Zucht der Anwälte und den Mißstand, daß auch beim O.H.G. mittlerweile ganz junge Leute praktizierten; es fehle an einer notwendigen Klasseneinteilung (Trennung der Oberhofgerichts- von der Hofgerichtsprokuratur, als unterste Gruppe eigene Amtsadvokaten) sowie an einer geordneten Dienstaufsicht mit dem Recht zur vorübergehenden Suspension vom Amt.

Was der erfahrene Richter hier schon 1805 beklagte, bekräftigte wenige Jahre später der damalige Hofgerichtsadvokat von Kettenaker aus Freiburg in seinen 1811 erschienenen „Betrachtungen über die Mängel des Advokatenstandes“. Er erkannte besonders deutlich den Mangel einer sicheren Rechtsgrundlage und die Unvollkommenheit der Taxordnung, forderte eine mindestens einjährige Vorbereitungszeit bei einem angestellten Advokaten, das Einschreiten gegen die Winkelagenten und — hier zum erstenmal in der badischen Öffentlichkeit — eine eigene Advokatenordnung. Einzelne seiner Vorschläge sind freilich nur aus der damaligen Prozesspraxis verständlich.

Der Reformeifer unserer ersten Landtage erfaßte demnach mit guten Gründen auch die Advokatur. Die von ihm geforderte gänzliche Trennung der Justiz von der Verwaltung und die Einführung des öffentlichen und mündlichen Verfahrens in bürgerlichen und peinlichen Sachen, so betonte v. Liebenstein bereits 1819 in der II. Kammer, werde die schlechten Sachwalter, die Rabulisten, Gesetzverdrehler und

Winkelschmierer aus den Gerichtssälen verschleichen und dafür sorgen, daß der hochachtbare Stand der Advokaten, aus dessen Schoß in England und Frankreich schon so viele große Staatsmänner hervorgegangen sind, bald auch bei uns die Stufe von öffentlichem Ansehen einnehmen werde, von der er gegenwärtig weniger durch eigenes Verschulden, als durch ganz verkehrte Staatsanstalten sich verdrängt sehe. In der I. Kammer vertrat der grundherrliche Abgeordnete Freiherr v. Baden am 29. Mai 1819 seine „Motion über den höchst notwendigen höheren Standpunkt der Advokaten in Rücksicht einer besseren Justizpflege“. Weil die Hofgerichte nichts taugten, sei auch die von ihnen abhängige Rechtsbeistandschaft heruntergekommen und zur Winkelschreiberei erniedrigt. Erreicht wurde durch alle diese Anträge nicht viel.

Dem ersten Landtag gehörte kein Advokat als Abgeordneter an. Das hat sich später unter dem Druck der unbefriedigenden politischen Verhältnisse<sup>10)</sup> erheblich geändert, so daß die Karlsruher Zeitung im Dezember 1843 regierungsamtlich mit leisem Bedauern feststellte, die Advokaten bildeten bald die Mehrzahl in der Kammer. Übrigens gingen etwa  $\frac{2}{3}$  von ihnen später in den Staatsdienst über. Man müsse zwar das lobenswerte Bestreben der Anwälte anerkennen, die lang entbehrte öffentliche Achtung zu verdienen. Allein die Tatsache bleibe bestehen, daß der Advokat vom Zwiespalt seiner Mitbürger lebe und daß sein Gewerbe ihn häufig in den Dienst der Leidenschaft, der Intrigue und der Rechtschaberei führe. Trotz allen Bestrebens nach Verbesserung des Advokatenstandes höre man von einem Ende des Landes bis zum anderen darüber klagen, daß die Zahl der Schriftverfasser sich mehr und mehr durch Nahrung und Verlängerung, ja durch Anzettelung von Privatwichtigkeiten unter den Bürgern, durch Verhinderung von Vergleichen, durch enorme Verteuerung der Prozesse zur unerträglichen Landplage entwickelt. Allerdings wirke sich bei den meist jugendlichen Männern gar oft eine löbliche Begeisterung für das Recht streitfördernd aus und freilich sei es nicht ihre Schuld, sondern eine unvermeidliche Notwendigkeit der Verhältnisse, daß nicht der Friede, sondern allein der Unfriede sie nähre. Wenn aber dann solche Männer mit der längst sprichwörtlichen advokatorischen Streitsucht, den Stachel des Ehrgeizes in der Brust, in die Ständekammer gelangen, so sei nichts natürlicher, als daß sie sich am liebsten in den ihnen geläufigen Formen des Widerspruchs und der Rechtschaberei bewegen, welche nach dem Zeugnis der Geschichte vorzugsweise geeignet sind, in dieser Laufbahn zu Glanz und Bedeutung zu helfen<sup>11)</sup>. Es war die Zeit starker politischer Spannungen, in welche die Ereignisse von 1848 und 1849 ihre Schatten vorauswarfen, die Zeit als der Justizminister sich überlegte, auf welcher Rechtsgrundlage gegen die mißliebigen radikalen Abgeordneten und Mannheimer Hofgerichtsadvokaten v. Struve und Hefer vorgegangen werden könnte. Daß die Regierung einen Advokaten zu entlassen berechtigt sei, hatte man schon früher als selbstverständlich angenommen, wenn man auch anscheinend davon keinen Gebrauch machte. Jetzt berief sich der Minister Jolly in einem Vortrag an den Großherzog vom Dezember 1845 zur Rechtfertigung dieser Strafbefugnis auf das Organisationsedikt von 1809 betr. die allgemeine Landesverwaltung und der Staatsrat J. W. Beck<sup>12)</sup>, ein ausgezeichnete Jurist, als Staatsmann aber den Stürmen seiner Zeit nicht gewachsen, auf die ehrwürdige Hofratsinstruktion v. 28. Juli 1794. Daß die Advokaten in den Jahren der Unruhe an der Spitze der Unzufriedenen standen, und welche Rolle „die drei Mannheimer“ Brentano, Hefer und v. Struve im badischen Aufstand gespielt haben, mag man bei Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft S. 483 nachlesen. Der Ausgang der Unruhen hat die Lage der

<sup>10)</sup> Vgl. bspw. Gutachten der Advokaten am Appellationsgerichte zu Freiburg über die Frankfurter Bundestagsbeschlüsse v. 28. Juni 1832 (zur Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung und Ruhe im deutschen Bunde).

<sup>11)</sup> Heute am bequemsten nachzulesen in der Anwalt-Zeitung 1844, 465 ff. Dort auch die in der Mannheimer Abendzeitung erschienene sachkundige Antwort und sonst wertvolles Material zu unserem Thema, z. B. über die Untergerichtsanwälte S. 289. Die Zeitung ist leider schon 1848, im Jahr der Gründung des Deutschen Anwaltsvereins, eingegangen. Weißler S. 505.

<sup>12)</sup> Bad. Biogr. 1, 61.

<sup>9)</sup> §§ 157 ff. P.O. von 1831; RegBl. 1832, 355; 1851, 230; 1858, 296; 1867, 149 u. 162; Annalen der bad. Gerichte 1841, 201.

Anwälte nicht verbessert<sup>13</sup>). Durch W. v. 8. Nov. 1849 wurden 33 der Teilnahme an den hochverrätherischen Unternehmungen angeschuldigte Anwälte, darunter 13 Obergerichtsadvokaten, welche sich von ihren Wohnsitzen entfernt und der öffentlichen Aufforderung, zurückzukehren, keine Folge geleistet hatten, aus der Liste der Advokaten und Schriftverfasser gestrichen<sup>14</sup>), eine Maßregel, die erst unterm 23. Juli 1860 wieder aufgehoben wurde.

Die Reaktion brachte eine Verschärfung der Disziplin in den Gerichtssitzungen durch die W. v. 2. Juli 1851<sup>15</sup>), wonach der Voritzende des Gerichts im Wege der Erinnerung, des Verweises, der Fortweisung oder der Festnahme auf 24 Stunden nunmehr auch gegen Anwälte vorgehen konnte, die sich ordnungswidrig benehmen, insbes. die dem Gesetz und dem Gericht schuldige Achtung verletzen, sich offenbar grundlose oder zur Sache nicht gehörige Beschuldigungen gegen öffentliche Beamte bezüglich ihres Dienstes, gegen Geschworene, Ankläger, Zeugen oder Sachverständige erlauben. Außerdem kann das Gericht in schwereren oder Wiederholungsfällen beim Ministerium auf zeitliche oder bleibende Entziehung der Anwaltschaft antragen und dem Anwalt das fernere Auftreten in den Gerichtssitzungen einstweilen untersagen. Als sich die II. Kammer im März 1852 mit dieser W. befaßte, beschloß sie von einer Reklamation Umgang zu nehmen, jedoch solle die Regierung die Frage der Entlassbarkeit der Advokaten in nähere Erwägung ziehen und danach feinerzeit allenfalls eine Vorlage machen. Die folgenden trüben Jahre ließen die Dinge beim alten.

3. Vorbereitung der Anwaltsordnung. „Daß es gut sein würde, wenn jeder Landesherr dafür sorgte, daß die Landesadvokaten sich zu einem Corpus vereinigten, ihre Statuten errichteten und ihre Mitglieder selbst wählen, weil sie dadurch aufmerksamer auf ihre Ehre, empfindlicher auf deren Erhaltung und durch eine Ausstoßung aus diesem Orden hatte härter bestraft werden, als durch irgendeine andere Strafe“ hatte schon der alte Justus Möser, selbst ein Advokat, ausgesprochen<sup>16</sup>). Trotz des benachbarten französischen Vorbilds hat es in Baden lange gedauert, bis diese Erkenntnis sich durchzusetzen vermochte. Als das Justizministerium i. J. 1827 beim DStG. anregte, es solle den Mannheimer Advokaten der Entwurf des Statuts eines der chambre de conseil entsprechenden Ausschusses aufgegeben werden, scheiterte diese Anregung an der Gleichgültigkeit und der mangelnden Erfahrung der zunächst Beteiligten. Ein Vorschlag des Justizministeriums vom Jahre 1830 wollte die Advokaten unter einen Disziplinarrat stellen, der aus dem Gerichtsvorstand, einem weiteren Mitglied des Gerichtshofs und zwei durch die Advokaten aus ihrer Mitte zu wählenden Mitgliedern bestehen sollte. Auch dieser Vorschlag blieb in den Akten stecken. Seit der Prozeßordnung von 1831 bemühten sich aber Regierung, Landtag, die Lehrer des Prozeßrechts, i. J. 1840 auch eine der Regierung empfehlend überwiesene Petition sämtlicher Obergerichtsanwälte an die II. Kammer um ein Landesgesetz für die Anwaltschaft<sup>17</sup>). Damit war die schon oben hervorgehobene Unzulänglichkeit der bestehenden Vorschriften anerkannt. Das StG. von 1845 brachte den Stein ins Rollen. Ein von Ministerialrat Brauer ausgearbeiteter Entwurf verlangte zur Aufnahme als Anwalt (der Titel Advokat und Prokurator wurde aufgegeben) außer der zweijährigen Praktikantenzeit bei Gerichtsstellen, zwei

weitere Jahre Vorbereitung unter der Leitung eines Obergerichtsadvokats und ein Zeugnis über die Befähigung zur Anwaltschaft. Er übertrug die Aufsicht über die Dienstführung der Anwälte und ihr außerdienstliches Verhalten den von den Anwaltskammern jedes Hofgerichtsbezirks zu wählenden Aufsichtsräten, an deren Spitze ein vom Ministerium aus der Mitte des Aufsichtsrats bestimmter Stabträger vorgesehen war. Als höhere Instanz war das Justizministerium beibehalten. Strafmittel waren schriftlicher oder mündlicher Verweis, Geldstrafe und Dienstsperr, äußerstenfalls die Streichung aus der Anwaltsrolle; auf diese und Dienstsperr während vier bis zwölf Monaten konnte nur vom Ministerium erkannt werden, die niederen Strafen verhängte der Aufsichtsrat. Der Entwurf sah eine Mitwirkung des Staatsanwalts vor, der die Anwaltsrolle zu führen, die Einberufung der Anwaltskammern zu genehmigen und freierwerbende Anwaltsstellen auszuschreiben hatte, auch berechtigt war, jeder Versammlung der Anwaltskammer beizuwohnen. Die Zahl der Anwälte wollte das Justizministerium nach dem jeweiligen Bedürfnis festsetzen.

Das Problem schien so wichtig, daß vom Staatsrat ein Gutachten zu Händen des Großherzogs erfordert wurde, ob überhaupt und unter welchen Modalitäten Anwaltskammern und aus ihrer Mitte gewählte Aufsichtsräte der Anwaltsordnung zugrunde zu legen seien. Daß in diesen Gutachten politische Bedenken zum Ausdruck kamen, war nach der Stimmung der Zeit verständlich. Nur der Präsident der Oberrechnungskammer bezeichnete diese politischen Bedenken als leeres Hingespinnst. Aber auch er wollte der Regierung nicht nur die Streichung aus der Anwaltsrolle und die Wahl des Stabträgers, sondern auch die Bestätigung des Aufsichtsrats vorbehalten. Das Stagiatur wünschte er im Interesse der ärmeren Bewerber auf ein Jahr beschränkt. Demnächst wurden die Hofgerichte zur Begutachtung des vertraulich behandelten Entwurfs aufgefordert. Aber noch ehe diese Gutachten vorlagen, erschien im März 1847, herausgegeben von Obergerichtsadvokat v. Soiron<sup>18</sup>), die Denkschrift der vereinigten Obergerichtsadvokaten in Mannheim zu dem Entwurf. Diese Denkschrift hat seinerzeit großes Aufsehen weit über unser Land hinaus erregt, insbes. soweit sie gegen das in § 5 des Entwurfs ausgesprochene Schilaneverbot Sturm lief. Hier war nämlich verlangt, daß die Anwälte Verdrehungen und Entstellungen der Wahrheit, mutwilliges Ableugnen von Tatsachen und Urkunden, sowie ränkevolle Führung und Verzögerung der Rechtsstreitigkeiten strengstens zu vermeiden haben. In dem vorgesehene Eid, der sich an den alten deutschen Advokateneid (Calumnieneid der Kammergerichtsordnung) anlehnte, sollten die Anwälte beschwören, daß sie sich aller Ränke, Verdrehungen und Wahrheitswidrigkeiten in Wort und Schrift enthalten, die Rechtsstreitigkeiten nicht mutwillig verzögern, bei der Verteidigung der Angekl. ohne Anfechtung der Person und ohne Menschenfurcht die Wahrheit sagen, aber auch in Reden und Handlungen nie die den Behörden des Landes schulbige Ehrerbietung außer acht lassen, noch sich Verunglimpfungen gegen Beamte, Zeugen oder Parteien erlauben. Mit diesen Vorschlägen war das alte Problem der Wahrheit und der Lüge im Prozeß ange schnitten. Der damalige Vizkanzler des StG., Stabel, wies in seinem dem Entwurf im allgemeinen zustimmenden Votum, dem er ein kluges Wort des Alpin voransetzte<sup>19</sup>), in Erwiderung auf die Mannheimer Denkschrift darauf hin, daß es doch schon eine Pflicht der Partei sei, im Rechtsstreit bei der Wahrheit zu bleiben. Wenn trotzdem die Advokaten die Lüge für ein gefeglich erlaubtes Mittel der Verteidigung erklären, und wenn dieser Übelstand in der Praxis einen hohen Grad erreicht hat, so sei das sehr bedenklich. Der Prozeß ist aber kein Banditenkrieg, wo alle schlechten Mittel zur Anwendung

<sup>13</sup>) Dem revolutionären Landesausschuß vom Mai 1849 gehörten außer den drei Mannheimern noch weitere fünf Advokaten an. über v. Struve vgl. Bad. Biogr. 2, 331. Die Anklageschrift gegen ihn und Karl Blind wegen Hochverrats (erster bad. Schwurgerichtsprozeß) ist Annalen 1848, 291 veröffentlicht. Im übrigen v. B. Beck, Die Bewegung in Baden (1850) mit Nachtrag (1851); v. Feder, Die Revolution und die Partei des gemäßigten Fortschritts (1850).

<sup>14</sup>) RegBl. 1849, 572.

<sup>15</sup>) RegBl. 1851, 465.

<sup>16</sup>) Patr. Phantasten (1778) Bd. 1 S. 292.

<sup>17</sup>) v. Struve, über die Regeneration des Advokatenstandes in Baden (Annalen 1839, 173); Zentner, Die Verhandlungen der II. Kammer von 1840 über die Einführung von Advokatenkammern (Blätter für Justiz und Verwaltung im Gr. Baden 1842, 61); Rittermaier mehrfach im ArchZivPr. hfw. 1863 (Wd. 46), 275; v. Feder, Grundzüge einer volkstümlichen deutschen Gerichtsverfassung (1862). über v. Feder vgl. Bad. Biogr. 4, 115.

<sup>18</sup>) über v. Soiron, den späteren Vizepräsidenten der Frankfurter Nationalversammlung, vgl. Bad. Biogr. 2, 301.

<sup>19</sup>) Circa advocatos patientem esse proconsulem oportet, sed cum ingenio, ne contemptibilis videatur, nec adeo dissimulare, si quis causarum concinnatores vel redemptores deprehendat. l. 9 § 2 D. de off. proc. 1. 16. Die Gedankengänge seines Votums hat Stabel unter dem Titel „Wahrheit und Lüge im Zivilprozeß“ in den Jahrb. des StG. 1847/48, 1 ff. veröffentlicht. Vgl. Weiskler S. 454.



kommen. Stabel tröstete sich mit der Überzeugung, „daß diese Grundsätze durchaus nicht die aller unserer Advokaten sind; dazu kenne ich viele meiner ehemaligen Kollegen zu gut“. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in der vom Entwurf vorgesehenen Weise wurde von sämtlichen Gutachten abgelehnt.

Auch hier bedeuteten die Ereignisse der Jahre 1848/49 den Abbruch der Arbeit, deren Sorgfalt und Umzicht nicht verkannt werden darf, und die in ihren Grundzügen die spätere Anwaltsordnung von 1864 vorbereitete. Als die II. Kammer des Landtags 1851/52 die Vorlage einer Anwaltsordnung erneut verlangte, schien dem Justizministerium ein dringendes Bedürfnis hierfür nicht mehr vorzuliegen. Vom Geist der Reaktionsjahre gibt der Entwurf einer VO. über die Stellung der Anwälte vom Juli 1858 einen Begriff. Nach dessen § 1 erlangen die Anwälte, welche von nun an nicht für ein Obergericht ernannt werden, in Zivilsachen nur das Recht zur Praxis vor den Amtsgerichten und den Titel Amtsgerichtsanwalt. Ihre Verwendung als Anwälte soll nur so lange stattfinden, als es zu ihrer Ausbildung für den öffentlichen Dienst oder die höhere Advokatur angemessen erscheint. Sie können, wenn ihnen die Anwaltschaft nicht ausdrücklich als eine definitive verliehen worden ist, zu jeder Zeit abgerufen werden und erlangen dadurch kein Recht auf eine andere Verwendung. Eine größere Verkenning des Wesens und der Wichtigkeit der Anwaltschaft gerade in der untersten Instanz, als sie in diesem Entwurf zutage tritt, läßt sich kaum denken. Sie war nur zu erklären aus der Verkenning auch der Stellung des Amtsrichters, den der Entwurf lediglich als einen Friedensrichter betrachtet wissen will, der weniger Recht zu sprechen, als nach Billigkeit zu schlichten habe, und von dem sich die Parteien, wenn damit Kosten erspart werden können, auch ein „Schlichterurteil“ gefallen lassen. Ist der Streitwert appellabel, so komme es, meinte die Begründung, auf das Urteil erster Instanz auch nicht viel an, in diesen Fällen sei die erste Instanz weiter nichts als eine Sühneinstanz. Rechtsausführungen paßten nicht für das Institut der Einzelrichter. Eine gute Rechts- und politische Ordnung verlange für die Zukunft die vollständige Abhängigkeit der Amtsgerichtsanwälte. Die Maßregel bezwecke übrigens auch eine bessere Ausbildung für die jungen Juristen, indem die Beschäftigung in der Advokatur den künftigen Richtern äußerst nützlich wäre<sup>20</sup>). Es ist das bleibende Verdienst der bad. Hofgerichte und insbes. des O.H.G., daß sie, wenn auch zum Teil vorsichtig in der Form, aber um so bestimfter in der Sache, in ihren gutachtlichen Äußerungen die grundlegenden Irrtümer des Verordnungsentwurfs hervorhoben und die wahren Aufgaben des Anwalts ebenso wie die gerichtsverfassungsmäßige Stellung des Unterrichters betonten. Das O.H.G. stand nicht an, es als ein Unglück für die Justizverwaltung zu bezeichnen, wenn die Grundsätze des Entwurfs ihr Programm wären. Zu einem solchen Satz gehörte damals schon einiger Mut. Der politische Umschwung vom April 1860 ließ das Gespenst derartiger „Reformen“ verschwinden.

### III. Die Anwaltsordnung von 1864.

Als im Justizministerium mit Stabel die neue Zeit eingezogen war, ergriffen die Anwälte selbst die Initiative. Im Juli 1861 zeigte der verdiente Advokat Rudolf Kufel<sup>21</sup>) in Bruchsal dem Ministerium an, er sei im Auftrag einer Versammlung der bad. Anwaltschaft mit Vorschlägen wegen Einführung einer Anwaltsordnung beschäftigt und bat um einen Abdruck des Entwurfs vom Jahre 1846. Schon im November des gleichen Jahres überreichte er den vom Ausschuß der vereinigten bad. Anwälte ausgearbeiteten Entwurf einer Anwaltsordnung samt Begründung. Der Entwurf lehnte die vollkommene Freigabe der Advokatur ab, diese Forderung entspreche zwar dem Geist der Zeit und habe auch viel Wahres für sich, liege aber nicht im allgemeinen Interesse. Der von Mannheim befürwortete Vorschlag, bei jedem Gerichtshof nur

die bei ihm angestellten Anwälte zuzulassen, wurde abgelehnt. Wollte man die Prokuratur beibehalten, so müsse sie bei allen Kollegialgerichten eingeführt werden. Aber eine große Zahl der „bad. Anwälte, insbes. die Rechtsanwälte“ befürworteten die Aufhebung der Prokuratur. Es genüge eine Stellvertretung, die die Parteien nicht mit unnötigen Kosten belaste. Die Gebührenvereinbarung müsse nach dem Vorbild der hannoverschen Tagordnung mit dem Vorbehalt einer gerichtlichen Nachprüfung zugelassen werden. Der Entwurf gipfelt in der Forderung, bei jedem Hofgericht eine Anwaltskammer und als oberste Instanz einen Ausschuß dieser Anwaltskammern zu schaffen. Im Ministerium leistete man prompte Arbeit. Schon im Februar 1863 ging der II. Kammer der Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Anwaltsordnung zu, der auf dem Entwurf der Anwaltschaft aufbaute<sup>22</sup>). In der II. Kammer berichtete der Abgeordnete Ministerialrat Schwarzmann, in der I. Kammer der Minister Dr. Jolly. Diese sprach sich für völlige Freigabe der Advokatur an Stelle der zahlenmäßigen Beschränkung aus, wobei sie sich auf die Verhandlungen des 4. deutschen Juristentags in Mainz berufen konnte. Eine dauernde Überfüllung des Standes glaubte sie nicht befürchten zu müssen. Weder der Regierung, noch den Gerichten könne man übrigens die Wahl unter mehreren Bewerbern überlassen, um nicht die Gefahr der inneren Abhängigkeit zu begründen. Wenn der Entwurf das Recht der Anwaltschaft wenigstens noch am O.H.G. von einer besonderen Vorbereitung abhängig mache, so sei das ein Rückschritt, die Privilegien der Oberhofgerichtsanwälte hätten keine Berechtigung, dagegen werde vorgeschlagen, die oberhofgerichtliche Praxis nur solchen Anwälten zu gestatten, welche seit mindestens fünf Jahren die Anwaltschaft bei einem Kollegialgericht ausgeübt haben. Wenn die II. Kammer wegen der Niederlassung der Anwälte bei den Amtsgerichten noch über die Einschränkung des Entwurfs hinausgehe und solche nur bei dringendem Bedürfnis gestatte, so scheine das gegenüber der großen Mehrzahl der Staatsbürger unbillig. Auch bei zahlreichen amtsgerichtlichen Sachen sei die Mitwirkung eines Anwalts tatsächlich unentbehrlich, man bedürfe ihrer auch bei den Administrativstreitigkeiten und in einer Menge von Angelegenheiten, die vor keine Behörde kommen. Schließe man die Anwälte vom flachen Land aus, so werde dort ihre Stelle alsbald von Winkelschreibern ausgefüllt werden. Mit diesen Abänderungen erklärte sich dann auch die II. Kammer einverstanden. Stabel scheint die Bedenken gegen die völlige Freigabe der Advokatur sehr ernst genommen zu haben. In einem Bericht an den Großherzog v. 17. Sept. 1864 beharrt er auf seiner Ansicht, daß es für den Anwaltsstand zuträglich gewesen wäre, wenn man die zahlenmäßige Beschränkung beibehalten hätte. Doch glaubt er diese Änderung gegenüber dem Entwurf nicht für so bedenklich halten zu müssen, um seine Zustimmung zu versagen. Abgesehen davon, daß diese Meinung nun einmal die Mehrheit in der rechtsgelehrten Welt für sich zu haben scheint und auch in einigen Ländern ohne Nachteil verwirklicht ist, sei es voraussichtlich für eine große Reihe von Jahren praktisch völlig gleichgültig, ob der eine oder andere Grundsatz besteht, indem eine Überfüllung des Anwaltsstandes und die daraus drohenden Nachteile keineswegs zu befürchten sind. Der Andrang zum Juristenstand sei noch keineswegs so gestiegen, daß man in Bälde einen Überfluß in demselben zu befürchten hätte. Deshalb erbat er schließlich doch die lh. Bestätigung, mit der das Gesetz unterm 22. Sept. 1864 erging und schon am 1. Okt. des gleichen Jahres in Kraft trat. Es bedeutete den Abschluß der Justizgesetzgebung dieses Jahres. Seither gab es in Baden nur noch eine Klasse von Anwälten. Zur Ausübung der Anwaltschaft berechtigt ist danach jeder Rechtsgelehrte, welcher nach Bestehen der obersten Staatsprüfung zwei Jahre bei Staatsstellen oder unter der Leitung eines Anwalts gearbeitet hat. Verweigerung der Aufnahme ist nur aus solchen Gründen zulässig, welche die Entziehung der Anwaltschaft rechtfertigen würden. Pensionierte Staatsdiener werden nur ausnahmsweise und mit Zustimmung des An-

<sup>20</sup>) Über den unglücklichen Entwurf vgl. Stabel: Jhrb. f. Bad. R. (Fortf. der Jahrb. des O.H.G.) 1867, 1 ff.

<sup>21</sup>) Bad. Blogr. 4, 241, Schriftverfasser in Karlsruhe, seit 1835 Adv. u. Proc. in Rastatt, übersiedelte mit dem dortigen Hofgericht 1847 nach Bruchsal, 1864 nach Karlsruhe, 1861—1870 Abgeordneter, Berichterstatter der 2. Kammer für die ZPD. von 1864, gest. 1890.

<sup>22</sup>) 2. Kammer des L. 1861/63, 4. Beilagenheft S. 782 ff. (Entwurf mit Begründung), 6. Beilagenheft S. 749 (KommBer.) und 963; 1. Kammer Beilage Nr. 593 zum Protokoll der Sitzung v. 4. Juli 1863; das Gesetz selbst RegBl. 1864, 661.

waltsausschusses aufgenommen. Der Anwalt kann sich an jedem Ort niederlassen, an welchem ein Kollegialgericht seinen Sitz hat. Durch B.D. v. 24. Sept. 1864<sup>23)</sup> wurde bestimmt, an welchen anderen Orten sich Anwälte gleichfalls niederlassen dürfen. Jeder Anwalt kann bei allen Gerichten des Landes auch jetzt noch unmittelbar Schriftsätze einreichen und mündlich verhandeln, bei auswärtigen Kollegialgerichten unter der einzigen Bedingung, daß er einen Zustellungsbevollmächtigten bestellt. Nur das Auftreten vor dem O.H.G. ist vom Nachweis einer fünfjährigen Ausübung der Anwaltschaft am Sitze eines Kollegialgerichts abhängig.

Die Anwälte des Bezirks jedes Kreis- und Hofgerichts bilden je einen Anwaltsverein (mit Zwangsmitgliedschaft) und wählen eine Anwaltskammer. Aus den Anwaltskammern des ganzen Landes wird ein Anwaltsausschuß gebildet. Diese Kollegien und das Justizministerium führen die Aufsicht über die Anwälte. Auf Verweis und Geldstrafe bis 300 Gulden erkennt die Anwaltskammer, Dienstsperr bis zu zwei Jahren und gänzliche Entziehung der Anwaltschaft, letztere nur mit einer Stimmmehrheit von zwei Dritteln, ist dem Ausschuß vorbehalten. Der Rekurs gegen die Erkenntnisse der Anwaltskammer geht an das betr. Kreis- und Hofgericht, gegen den Ausschuß an das O.H.G. Rekursberechtigt ist auch der Staatsanwalt, dem aber im Verfahren selbst keine Funktion zugewiesen ist. Die Gerichte können wegen Ordnungswidrigkeiten oder ungebührlichen Benehmens in den Verhandlungen auch jetzt noch auf Verweis, Geld- und Gefängnisstrafen erkennen. Nach vergeblicher Mahnung des Vorstands der Anwaltskammer kann der Staatsanwalt auch ein Disziplinarerkenntnis des Appellationsgerichts beantragen, gegen welches die Berufung an das O.H.G. vorbehalten ist.

#### IV. Die Zeit seit 1864 und die R.N.D. von 1877.

Mit 166 Mitgliedern trat die bad. Anwaltschaft am 1. Okt. 1864 in den neuen Abschnitt ihrer Geschichte. Am 10. Okt. wurden im ganzen Land an den Sitzen der Kreis- und Hofgerichte die Anwaltskammern gewählt, darunter als Vorsitzende in Mannheim Dr. Bertheau, in Karlsruhe Veit Etklinger, in Offenburg v. Feder, in Freiburg A. Schmidt, in Konstanz Molter. Vorsitzender des Anwaltsausschusses wurde v. Engelberg, seit 1867 Vornandt, der schon im gleichen Jahre sich über die seit der neuen Organisation zu beklagende Teilnahmslosigkeit seiner Kollegen beschwerte. Die von den Anwaltsvereinen entworfene und vom Ministerium genehmigte Geschäftsordnung für die Anwaltskammern wurde auch dem Ausschuß zur sinngemäßen Anwendung empfohlen. Auf Vornandt folgte 1871 der inzwischen nach Mannheim übergesiedelte v. Feder, 1872 Dr. Grimm, 1876 Josef Geismar. Dieser ging am 1. Okt. 1879 zum O.H.G. Karlsruhe über und war einer der vier Anwälte, mit denen der neue oberste Gerichtshof die Geschäfte übernahm (außer ihm noch Moritz Fürst, Adolf Zutt und Karl Kah). Schon nach wenigen Tagen folgte Rudolf Kufel, der Vater unseres

heute noch praktizierenden Seniors. Er war der einzige bad. Anwalt, der simultan beim O.G. und O.H.G. zugelassen wurde. Gegen weitere Zulassungsgesuche hat sich das O.H.G. mit Plenarbeschluß v. 16. Okt. 1879 ausgesprochen. Eine Zulassung beim O.H.G. unmittelbar nach dem zweiten Examen erfolgte erstmals 1890.

Von der Reichsjustizgesetzgebung 1877/79 ist mit Recht gesagt worden, daß in ihr unsere Bevölkerung im ganzen die nämlichen Züge wieder erkannte, welche ihre heimatliche und gewohnte Rechtsgesetzgebung bis dahin schon an sich trug. Das gilt auch von der R.N.D. Sie brachte uns keine neuen grundsätzlichen Probleme, sondern nur den Talar und das Barett<sup>24)</sup> an Stelle des alten badischen Tracks, wie er sich bis heute bei unserem W.G. erhalten hat, und den neuen Amtstitel als Rechtsanwalt (statt Anwalt). Das Volk, insbes. auf dem Land, hat sich freilich nicht nehmen lassen, seinen Rechtsfreunde bis heute als den Herrn „Rat“ anzusprechen. Zum Justizrat haben wir es freilich nicht gebracht. Aus der am 8. Dez. 1879 erfolgten ersten Wahl zum Kammer Vorstand ging Rudolf Kufel als Vorsitzender hervor. Ihm folgte 1883 Berthold Baumstark, 1901 Dr. Blum, 1907 Dr. Binz, 1917 Otto Zutt, seit 1924 Dr. Diez. In ihrer Eigenschaft als Vorsitzende des Kammer Vorstands hat Hachenburg, selbst Vorstandsmitglied seit 1896, sie zutreffend und launig geschildert<sup>25)</sup>. Die erste Geschäftsordnung der Kammer datiert v. 11. Jan. 1880. Einen Gegensatz zwischen O.G. und O.H.G. Anwälten gibt es bei uns nicht, weil wir die Simultanzulassung seit langen Jahren haben, vereinzelt sogar (beim O.G. in Börsach) die Zulassung bei zwei O.G. (Freiburg und Waldshut). Wir sind im Gegensatz zu vielen anderen Kammern für die Freizügigkeit der deutschen R.A., obwohl und gerade weil es auch uns seit Jahren nicht mehr gut geht. Von 166 bad. Anwälten i. J. 1864 stieg ihre Zahl auf 214 in 1900, auf 391 in 1910, auf 449 in 1920 und auf 580 zur Feier des 50. Jubiläums der Reichsjustizgesetze! Welches Ende diese Entwicklung nehmen und wie sich die Kritik auswirken wird, die heute nicht nur von außen her, sondern gelegentlich auch aus den eigenen Reihen an der Stellung der Anwälte im Rechtsleben verlaunet, ist keine badische Sonderfrage, sondern eine Aufgabe der gesamtdeutschen Rechtspolitik. Organisatorisch noch heute in der Zeit des liberalen Bürgertums wurzelnd, hat die deutsche Rechtsanwaltschaft nicht nur die allgemeine Krise unserer Zeit zu bestehen, sondern sich auch noch mit der nicht mehr zu leugnenden Gefahr der hemmungslosen Überfüllung des Standes auseinanderzusetzen. Möge es ihr gelingen, durch die kommenden Entscheidungsjahre den Geist zu retten, in dem allein ihre Größe beruht, den Geist der treuen Pflichterfüllung als unabhängige Berater und Sachwalter im Dienste des Rechts und nur des Rechts, den Geist, als dessen besten Vertreter einen wir heute den badischen Anwalt Dr. Max Hachenburg grüßen.

<sup>24)</sup> OBl. 1879, 642.

<sup>25)</sup> Dr. Max Hachenburg, Lebenserinnerungen eines Rechtsanwalts (1927) S. 241.

<sup>23)</sup> RegBl. 1864, 698.

## Die Mannheimer Anwaltschaft.

Von Rechtsanwalt Dr. Florian Waldeck, Mannheim.

Die Mannheimer Anwaltschaft hat eine reiche Geschichte, sogar eine stolze Geschichte. Historisch beginnt diese mit dem Übergang der rechtsrheinischen Kurpfalz an Baden 1803. Aber die Prokuratoren jener Zeit sind vergessen. Erst mit der Entwicklung des badischen Verfassungslebens regt sich der Geist der Mannheimer Advokaten über die Grenzen der Stadt und des Berufes. Im dritten und vierten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts berühren die Namen der Oberhofgerichtsadvokaten in Mannheim die deutsche Nation. Bevor das Jahrhundert sich scheidete, kannte Deutschland diese Namen. Vier Mannheimer Advokaten waren Mitglieder der deutschen Nationalversammlung in der Paulskirche in Frankfurt a. M. Friedrich Hecker, Gustav v. Struve

und Lorenz Brentano waren die Führer der Bewegung von 1848/49. Hecker, der populärste Mann der badischen Revolution, war als Anwalt und Abgeordneter der begeisterte Redner, im wahrsten Sinne der Anwalt seiner Ideen. Eine Erscheinung ganz anderer Art ist Struve gewesen, der Sohn eines russischen Staatsrats, der vom oldenburgischen Gesandtschaftssekretär beim Bundesrat den Weg zum Oberhofgerichtsadvokaten in Mannheim gefunden hat. Daß er heute noch unvergessene Studien über Phrenologie und eine Allgemeine Weltgeschichte im radikalen Sinne geschrieben hat, ist ein Beweis seiner Vielseitigkeit. Lorenz Brentano war geborener Mannheimer. 1848 verteidigte er Hecker und Struve vor den Geschworenen in Freiburg, im

folgenden Jahre stand er an der Spitze des revolutionären Landesausschusses. Der vierte Mannheimer Advokat im Frankfurter Parlament, Alexander von Soiron, gehörte der politischen Richtung Mathys und Friedrich Daniel Wassermann an. Er war Vizepräsident der Nationalversammlung, Vorsitzender des Fünfsigerausschusses und Mitglied der Kaiserdeputation. Soiron hat den Entwurf über das Reichsgericht für die Nationalversammlung ausgearbeitet und in der Paulskirche vertreten. Auch er war geborener Mannheimer.

Im badischen Landtag, dessen Bedeutung für die Entwicklung der politischen Verhältnisse in ganz Deutschland in jenem Jahrzehnt bekannt ist, wurden diese vier Mannheimer Advokaten von einer großen Anzahl badischer Kollegen unterstützt. Von Mannheimern ist Ludwig Weller hervorzuheben, den später Ludwig Uchenbach ablöste, der zuerst Oberhofgerichtsadvokat, später Oberbürgermeister von Mannheim war. Im kommunalpolitischen Leben und überhaupt im öffentlichen Leben der Stadt, standen neben den Genannten Leopold Ladenburg und Heinrich Weller an erster Stelle. Das Jahrzehnt nach 1860 beherrschten in der Mannheimer Anwaltschaft neben den zuletzt Genannten die Namen Friedrich v. Engelberg, Karl Engelhorn, Elias Eller, Moriz Fürst, Christoph Franz Gentil, Michael Gernaude, Karl Wedekind. Vorsitzender der Anwaltskammer Mannheim i. J. 1864 war Fiskalanwalt Theodor Bertheau. Einer Kanzlei von gleichfalls großem Ansehen stand Alexander Barazetti vor, dessen Praxis später von seinem Sohn Casar Barazetti weitergeführt wurde. Bertheau, der erste Anwalt der Stadt, war der einzige Rechtsanwalt, den ein badischer Landesherren aus besonderem Vertrauen in dem Jahrhundert ihres Bestehens in die erste Kammer der Landstände berufen hat.

Auffallend groß ist die Zahl der Rechtsanwälte, die bis etwa 1870 dem dreigliedrigen Komitee des Mannheimer Hof- und Nationaltheaters angehört haben. Durch Jahrzehnte war immer ein Anwalt Mitglied des Kollegiums, das das Theater auch künstlerisch leitete. Die Bedeutung dieser Tatsache ist nur zu verstehen, wenn man berücksichtigt, daß das geistige Leben der damals noch kleinen Stadt traditionsgemäß vollkommen vom Theater beherrscht wurde.

Dem nächsten Jahrzehnt der Mannheimer Anwaltschaft gibt Heinrich v. Feder wohl am stärksten das Gesicht. Neben ihn treten Josef Geißmar und Johann Georg Selb. Es folgen Abraham Staadeder, Isidor Rosenfeld, Joseph Darmstaedter, Wilhelm Koehler. v. Feder war ein Mann von außerordentlicher Vielseitigkeit, Landtagsabgeordneter, Obmann des Bürgersausschusses, eine Zeitlang auch Stadtrat. In seinen Erinnerungen hat Hansjakob den Mann mit dem Sokrateskopf anschaulich beschrieben. Er ist der Verfasser einer zweibändigen Geschichte der Stadt Mannheim. Neben ihm Geißmar, der Mann mit dem tiefen Wissen und scharfen Verstand, alle noch Juristen alter Schule. Georg Selb, der heute im 80. Lebensjahr steht, klug tiefgründig und von glänzender Dialektik, der sich mit Josef Darmstaedter, Isidor Rosenfeld, später Ernst Wassermann, Max Hachenburg und anderen in späterer Art beruflicher Tätigkeit teilte, die die Entwicklung die neue Art beruflicher Tätigkeit teilte, die die Entwicklung der Industrie, eines weitverzweigten Handels und des gesamten Wirtschaftslebens in Mannheim mit sich brachte. Rosenfeld und Wassermann begründeten ihre Praxis als Verteidiger. Rosenfeld wurde der aus ganz Süddeutschland gesuchte Berater; er war eine Anwaltsnatur, wie sie sich in so glücklicher Synthese selten findet. Er verband eine ungewöhnliche Intuition mit Schärfe des Verstandes und persönliche Liebenswürdigkeit mit zäher Willenskraft.

Die Zeiten hatten sich gewandelt. Der Anwalt war nicht mehr der Notable der vergangenen Jahrzehnte, die soziale und wirtschaftliche Entwicklung hatte seine Stellung geändert. Vielleicht ist nichts charakteristischer hierfür als eine Anekdote, die Rosenfeld gerne erzählte. In den siebziger Jahren suchte ihn auf seiner Kanzlei eine Dame auf, die früher von dem gerade verstorbenen Kollegen Bertheau vertreten war. Damals kannte noch jeder jeden Klienten des anderen. Die Klientin holte sich Rat und war im Begriff

zu gehen. Rosenfeld dankte der Klientin. Sie blieb stehen und sagte: „Herr Rat, bei Herrn Dr. Bertheau habe immer ich gedankt, wenn er mich beraten hatte.“ Die Anekdote der Mannheimer Rechtsanwälte, die den Justizrat bei einer Enquete der Regierung beschmäht haben, lautet bis auf den heutigen Tag: „Herr Rat“. Niemand sagt etwa „Herr Rechtsanwalt“.

In der Mannheimer Kollegenschaft wird Wilhelm Koehler, ein Mannheimer Original, immer unvergessen bleiben. Denn zahllos sind die Geschichten, die man von diesem hochgebildeten, von menschlichen Schwächen nicht freien, stadtbekanntem Kollegen, erzählt. Die Alten geben sie den Jungen weiter. Der Humor ist in der Kollegenschaft immer gepflegt worden, er kam auch immer zu seinem Recht. Empfindlich war man nie. Deshalb denkt man auch gerne an Leopold Geißmar, einen Kollegen, der Beruf, Musik und Humor gleichmäßig liebte. Auch an den Kollegen Dührenheimer muß man denken, den Mann mit dem beängstigenden Gedächtnis und an den reichbegabten Tilleffen.

Im deutschen Reichstag saß bald nach seiner Entstehung der Mannheimer Kollege Karl Grimm, später als badischer Minister geadelt. 1893 trat Ernst Wassermann in den Reichstag ein. Er wurde der Führer der nationalliberalen Partei und hat dem Reichstag bis zu seinem Tode 1917 angehört. Wenn die Politik auch Wassermann dem Beruf schließlich immer mehr entzogen hat, so ist die Anwaltschaft doch der Ausgangspunkt seines politischen Wirkens gewesen. Der anwaltschaftliche Beruf war auch eine der Grundlagen der persönlichen Unabhängigkeit und des Hanges zu ihr, die ein Charakteristikum seiner Persönlichkeit war. Neben ihn trat in der Sozialdemokratie Ludwig Frank, der noch wesentlich stärker ein politischer anwaltschaftlicher Schulung gewesen ist. Auch auf der Höhe politischen Ruhms blieb Frank der meisterhafte Verteidiger vor dem Schwurgericht, der glänzende Sprecher, der volkstümliche Anwalt. Er ist im September 1914 als Kriegsfreiwilliger gefallen. Den beiden Mannheimer Rechtsanwälten und Politikern sind in Mannheim Denkmale errichtet, die die Erinnerung an sie nachhalten, Frank ein symbolischer Denkstein mit Porträtrelief, Wassermann ein Standbild von Hugo Lederer.

Acht Mannheimer Kollegen sind im Weltkriege gefallen. Ihre Bilder schmücken das Anwaltszimmer des Landgerichts.

Nach dem Vergangenen das Heute: Namen dürfen sicherlich bei denen genannt werden, die die Verbindung mit dem Vergangenen darstellen, den Senioren der Mannheimer Anwaltschaft. Georg Selb als Rechtsanwalt, als Führer der Standesorganisation und als Kommunalpolitiker gleich erprobt und geachtet, hat sich von der Arbeit zurückgezogen. Friedrich König, Anwalt, Landtagsabgeordneter bis 1920, und ebenfalls in der Stadtverwaltung hervorragend wirkend, gehört noch zu den tätigen Kollegen, ebenso Theodor Alt und Robert Kay, der jugendliche Siebziger, dessen 70. Geburtstagsfeier die Kollegenschaft vor wenigen Monaten festlich beging.

Zu den Siebzigern tritt in diesen Tagen Max Hachenburg, der schon in jungen Jahren den Namen eines Mannheimer Rechtsanwalts im ganzen Reiche und darüber hinaus zu Ruhm und Geltung gebracht hat. Zu seinen Ehren ist hier versucht, die Geschichte der Kollegenschaft seiner Vaterstadt aufzuzeigen. Ihn würdigen heute andere. Aber sein Name gehört in diese Reihe.

Standesmäßig organisiert ist die Mannheimer Anwaltschaft seit 1879. Vorsitzende des Anwaltsvereins waren die Kollegen v. Feder, Georg Selb (dieser durch 35 Jahre), Hachenburg. Gegenwärtiger Vorsitzender ist Kollege Lindeck. Der Vorstand des Mannheimer Anwaltsvereins besteht aus neun Mitgliedern. Vier von ihnen gehören gleichzeitig dem Vorstand der Badischen Anwaltskammer an.

Der Anwaltsverein beschränkt sich nicht auf die Behandlung von Standesfragen. Er pflegt den Geist der Zusammengehörigkeit in der Kollegenschaft. An wissenschaftlichen Vorträgen, die die Gesamtheit der Mannheimer Juristen veranstaltet, nimmt er mitwirkend Anteil. In sozialer Hinsicht hat er in Sterbe- und Hilfskassen vorbildliche Einrichtungen geschaffen.

In der Gegenwart behauptet die Mannheimer Anwaltschaft ihre Stellung im Leben der Stadt. Ihre Bedeutung als Organisation ist sogar gewachsen. Aber über äußerliche Geltung und berufliche Achtung und Beachtung sind die Mannheimer Rechtsanwälte mit Bestrebungen und Regungen fast jeder Art, wie sie eine Stadt mit stark entwickelter Wirtschaft, einem regen geistigen Leben und einer außerordentlich lebhaften und arbeitsfreudigen Bevölkerung kennt, eng verbunden. Dies gilt für Wirtschaftsleben und Wissenschaft, für kulturelle, geistige und künstlerische Aufgaben. Nicht nur im Lehrkörper der Mannheimer Handelshochschule, sondern auch dem der nachbarlichen Heidelberger Universität sitzen Mannheimer Kollegen. Dem Reichswirtschaftsrat gehören zwei Mannheimer Anwälte an, ein Mannheimer Anwalt ist Mitglied des badischen Landtags. In einer Zeit, in der die gesamte deutsche Anwaltschaft über die geringe Beteiligung der Rechtsanwälte am öffentlichen Leben klagt, sind die vier großen Fraktionen des Stadtverordnetenkollegiums (Sozialdemokratie, Zentrum, Deutsche Volkspartei und Demokraten) von Rechtsanwälten geführt worden. Erst durch den Übertritt eines dieser Kollegen in den Stadtverordnetenvorstand hat diese ungewöhnliche Tatsache vor kurzem eine Änderung erfahren. Durch mehr als drei Menschenalter hat das Bild in seinen wesentlichen Zügen sich nicht verändert: die Anwaltschaft ist nicht nur der Helfer und Mittler für den Rechtsuchenden. Über diese, freilich ihre erste Aufgabe, hinaus gehört sie in Mannheim zum Leben und Wesen der Stadt.

Das ist ihre Stärke, die die Sorge um die berufliche Zukunft zwar nicht ausräumt, aber ihr den Mut für die Aufgaben der Zukunft gibt.

\* \*

Ein ungewöhnliches Verhältnis des Vertrauens und gegenseitiger Anerkennung verbindet seit Jahrzehnten die Mannheimer Anwaltschaft mit den Richtern und den Justizbehörden der Stadt. Eine Betrachtung über die Mannheimer Anwaltschaft darf dieses für sie charakteristische Merkmal nicht übersehen. Ebenso wie in der Anwaltschaft standen auch in den Richterkreisen eine große Zahl von Männern, die Richter von hohem Rang und außerordentlicher Bedeutung gewesen sind. Zwei große deutsche Juristen sind Mannheimer Richter gewesen: Joseph Kohler und Adalbert Düringer. Unter den zahlreichen Männern, die in der Politik und in höchsten Staatsämtern später dem Reiche und vor allem dem Lande Baden dienten, sollen außer Düringer nur zwei genannt werden: der Staatssekretär des Auswärtigen Amtes im neuen Kurs und spätere Votschafter in Konstantinopel und London Adolf Freiherr Marschall von Bieberstein, den die Bezeichnung „der Mannheimer Staatsanwalt“ in die Weltpolitik begleitete, und der Zentrumsführer und Reichstagspräsident Rudolf Freiherr von Buol-Verenberg. Die Reihe fortzusetzen würde den Rahmen der Darstellung überschreiten.

## Zur Überfüllung der akademischen Berufe.

Von Professor Günter Müller, Mannheim.

Die allgemeine Arbeitslosigkeit unserer Zeit hat auch die akademischen Berufe mit in ihren Strudel gezogen. J. J. 1927 waren es bei einer Gesamtzahl von etwa 330 000 Akademikern in Deutschland vielleicht 10 000 Akademiker „zu viel“, i. J. 1929 (vgl. Augustheft der Ärztlichen Mitteilungen 1930) schon 16 000, heute entsprechend mehr. Die Not ist groß. Am stärksten von ihr betroffen sind wohl die Juristen, insbes. die Rechtsanwälte, über deren Lage schon 1928 Magnus, Die Notlage der Anwaltschaft (Vortrag im Berliner Anwaltverein) erschütternde Mitteilungen gemacht hat, die in der letzten Abgeordnetenversammlung des Gesamtvereins in Leipzig ihre Bestätigung fanden. Nicht viel besser steht es bei den Diplomaltslandwirten (15% Stellenlose); die Ingenieure und Chemiker melden eine Stellenlosigkeit von 8–10%; seit langem schon klagen die Ärzte, und neuerdings auch die Philologen. Etwa die Hälfte aller akademischen Berufe sind überfüllt. Es ist an der Zeit, die Synthese zu vollziehen und das Problem vom Standpunkt des Akademikers schlechtthin zu behandeln.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß ein gewisser Überschuß von Berufsträgern vom soziologischen Standpunkt aus in jedem Beruf erwünscht ist. Dieser Überschuß soll 1. die Möglichkeit einer Auslese im Beruf selbst offenhalten, die für die davon Betroffenen wohl hart, für die Gesamtheit aber lebensfördernd ist. 2. Stellt er einen Rückhalt in vorworgesehene Bedarfzfälle vor, wie plötzlichen Konjunkturaufschwung u. ä. Als Norm für diese soziologisch wünschenswerte Reserve könnte man die Zahl betrachten, die in den Berufen mit festbegrenzter Stellenzahl etwa einer Wartezeit von 1 Jahr nach Vollendung der Berufsausbildung entspricht. Sie ist gleich der Zahl derer, die infolge Tod, Krankheit, Zerrufesetzung und sonstiger Gründe jährlich aus der Berufstätigkeit ausscheiden. Daß diese Zahl bei den oben angeführten Berufen weit überschritten ist, bedarf keines Beweises. Sie ist es aber auch für den Durchschnitt aller akademischen Berufe. Sehen wir deren Zahl heute gleich 350 000, so ist bei einer durchschnittlichen Lebenserwartung von 42 Jahren mit einem durchschnittlichen jährlichen Abgang von nur rund 9000 zu rechnen, während die verfügbare Arbeitslosenreserve Mitte 1930 die 20 000 wohl schon erreicht hat. Und die Zukunftsaussichten? Wir sind in der Lage, für die nächsten 5 Jahre ziemlich bestimmte Voraussetzungen zu machen, da die Zahl der heute Studierenden genau bekannt ist. Nach der letzten Hochschulstatistik hatten wir im Wintersemester 1929/30 an deutschen

Hochschulen 115 452 Studierende mit deutscher Staatsangehörigkeit (darunter 16 348 weibliche Studierende). Ziehen wir davon als Ausfall während des Studiums 15% ab, so erhalten wir als Rest rund 100 000 junge Menschen, die im Lauf der nächsten 5 Jahre an die Pforten der Berufe klopfen werden. Der Abgang aus den Berufen wird in der gleichen Zeit kaum die Hälfte betragen. Die heutige Zahl der Stellenlosen wird sich also in 5 Jahren um rund 50 000 vermehren.

Aber damit noch nicht genug. Hinter diesen Unglücklichen drängen neue Massen nach; nach Kullnick (Stat. Unterjuch. S. 12) waren es i. J. 1929 im Reich 42 001 Oberprimaner (zum Vergleich 1921: 16 818), 51 928 Unterprimaner und 63 383 Obersekundaner. Wie soll das enden?

Einzelpersonen und Standesorganisationen (insbes. auch der Verband der Ärzte Deutschlands, Syndikus Dr. Hadrich) haben seit langem die aus der allgemeinen Überfüllung drohenden Gefahren erkannt und die zuständigen Stellen immer und immer wieder auf die Notwendigkeit, einzugreifen, hingewiesen. Der Erfolg ließ lange auf sich warten. Zu Beginn des Jahres 1930 hat endlich der Preussische Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung die von vielen Seiten geforderte volkswirtschaftliche Zentralstelle für Hochschulstudium und akademisches Berufswesen gegründet, das die Aufgabe hat, die mit der Überfüllung der akademischen Berufe verknüpften Probleme zu untersuchen. Zu gleicher Zeit etwa erschien die Arbeit von Frau Ministerialrat Dr. G. Bäumer über „Schulbau, Berufsauslese, Berechtigungsverfahren“, deren Ergebnisse in den Richtlinien ihren Niederschlag fanden, die am 2. Juli d. J. in einer Sitzung des R. V. M. unter dem Vorsitz des Reichsministers Dr. Wirth den Vertretern der großen Kommunal- und Wirtschaftsverbände, Schul- und Arbeitsverwaltungen vorgelegt wurden. Diese Richtlinien erstreben vor allem, daß die Gleichwertigkeit einer auf 10 Jahre erweiterten Volksschule, der preussischen Mittelschule und der auf der Volksschule aufbauenden Fachschulen mit der Obersekundarstufe von den Unterrichtsverwaltungen der Länder anerkannt wird. Es steht zu hoffen, daß die Durchführung dieser Maßnahme die Unterstufe der höheren Schule etwas entlasten wird. Allerdings wird eine ganze Reihe von Jahren darüber hingehen, bis diese Maßnahme die Frequenz der Hochschulen beeinflussen kann. Die Hauptarbeit im Kampf gegen die Überfüllung hat nach wie vor die Schule selbst zu leisten. Sie hat es in der

Hand, durch strenge Handhabung der Notengebung und Ver-  
setzung den Zugang zu regeln. Es müßte ihr nur durch klare  
behördliche Anordnungen der Noten gesteuert und ein be-  
stimmtes Ziel gesteckt werden. Die wichtigste Stelle im Schul-  
aufbau, um eine strenge Auslese zu verwirklichen, ist zweifel-  
los der Übergang von U II nach O II, das frühere „Einjährige“.  
Wie kürzlich auch Ministerialrat Dr. Weßner im Deutschen  
Philosophenblatt 1930, 450 f. ausgeführt hat, empfiehlt es sich,  
auf dieser Stufe zwei Zeugnisse einzuführen, ein Abschluß-  
zeugnis der „mittleren Reife“ für den Übergang ins praktische  
Leben und ein Zeugnis mit der „Obersekundareife“ für die  
wenigen Schüler, die zum Besuch der Oberstufe wirklich ge-  
eignet erscheinen. Aber auch diese Maßnahme, so notwendig  
und nützlich sie für die Zukunft erscheint, würde die Frequenz  
und heutige Oberstufe nicht mehr beeinflussen. Um die aus  
der Überfüllung der heutigen Oberstufe drohende Katastrophe  
abzuwenden, ist, da Warnungen nichts nützen, noch eine Not-  
maßnahme erforderlich: Die sofortige zahlenmäßige Beschrän-  
kung des Zugangs zur Hochschule.

Wie ich in den Ärztlichen Mitteilungen a. a. O. ausge-  
führt habe, erhalten nach der heutigen Übung in der Noten-  
gebung etwa  $\frac{1}{4}$  der Abiturienten die Noten 1 und 2. Als  
Notmaßnahme sei vorgeschlagen, von Ostern 1931 an nur

noch solchen Abiturienten die Berechtigung zum Studium zu  
erteilen, die in der Reifeprüfung bei strenger Zensur min-  
destens die Note 2 erhalten. Das werden Ostern 1931 vielleicht  
12 000 sein, von denen, dem dortigen Bedarf entsprechend,  
etwa 3000 sich dem Lehrerberuf zuwenden könnten. Studieren  
könnte der Rest, etwa 9000, eine Zahl, die den tatsächlichen  
Verhältnissen wenigstens einigermaßen gerecht würde.

Diese Notmaßnahme hätte drei große Vorzüge: 1. so-  
fortige Wirksamkeit, 2. verhältnismäßig leichte Durchführbar-  
keit, 3. würde sie die Überfüllung nicht nur rein quantitativ  
bekämpfen, sondern bis zu einem gewissen Grad auch quali-  
tative Auslese für die akademischen Berufe bedeuten. Damit  
wäre für die höheren Schulen die Forderung in die Praxis  
umgesetzt, die K. A. Dr. G. A. G. Goldschmidt, Berlin,  
in seinem Antrag auf der 25. Abgeordnetenversammlung des  
Deutschen Anwaltvereins zu Leipzig aufgestellt hat: „Auf  
Schulen aller Art auf eine wirkungsvolle Auslese unter der  
Jugend in dem Sinne einzuwirken, daß nur besonders Be-  
fähigten der Zugang zu den akademischen Berufen ermöglicht  
wird. Das Wohl des Volkes und das eigene Inter-  
esse der Jugend verlangen Unterdrückung fal-  
scher Nachsicht und erfordern entschlossene Maß-  
nahmen.“

## Eigentumsvorbehalt und Kontokorrent.

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Geiler, Mannheim-Heidelberg.

Es soll im folgenden die Frage geprüft werden, welchen  
Einfluß es auf den Eigentumsvorbehalt hat, wenn der Ver-  
käufer (Vorbehaltseigentümer) und der Käufer (Vorbehaltser-  
werber) im Kontokorrentverkehr stehen und die Kaufpreis-  
forderung einen Posten der laufenden Rechnung bildet. Geht  
hier mit der Saldoanerkennung der Eigentumsvorbehalt unter  
oder bleibt er in entsprechender Anwendung des § 356 HGB.  
oder Sicherheit des Verkäufers insoweit bestehen, als sein Gut-  
haben aus der laufenden Rechnung und die Kaufpreisforde-  
rung sich decken? Das OLG. Düsseldorf hat, wie ich dem  
Schreiben einer Handelskammer entnehme, in einem Urteil  
v. 15. März 1929, dessen nähere Begründung ich nicht kenne,  
sich auf den ersteren Standpunkt gestellt und mit der Saldo-  
anerkennung den Eigentumsvorbehalt für erloschen erklärt.  
Bei der Häufigkeit des Bestehens einer laufenden Rechnung  
zwischen Verkäufer und Käufer würde, wenn diese Ansicht  
richtig wäre, der Eigentumsvorbehalt in seiner Bedeutung  
und Funktion als Kreditsicherungsmittel ganz erheblich ein-  
geschränkt. Auch wäre es dann immerhin zweifelhaft, ob  
durch eine besondere Vertragsbestimmung dahin, daß der  
Eigentumsvorbehalt durch die Saldoanerkennung nicht berührt  
werden solle, das Erlöschen des Eigentumsvorbehalts wirklich  
aufgehalten werden könnte. Man wird sich daher schon aus  
wirtschaftlichen Gründen für einen Untergang des Eigentums-  
vorbehalts durch die Saldoanerkennung nur dann entscheiden  
dürfen, wenn wirklich zwingende Rechtsgründe zu einer solchen  
Regelung führen. Dies ist, wie im folgenden dargelegt werden  
soll, nicht der Fall.

Für Pfandrechte und Bürgschaften bestimmt § 356 HGB.  
ausdrücklich, daß die Gläubiger durch die Anerkennung des  
Salbos nicht gehindert werden, aus der Sicherheit insoweit  
Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden  
Rechnung und die Forderung sich decken. Diese gesetzliche  
Regelung entspricht auch der allgemeinen kaufmännischen Auf-  
fassung. Dabei beschränkt aber der § 356 diese Regelung  
feineswegs nur auf Pfänder und Bürgschaften. Das Gesetz  
spricht vielmehr ausdrücklich von Forderungen, die durch  
Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesichert sind.  
Es kommen daher, abgesehen von Pfand und Bürgschaft, auch  
andere Rechte für die Anwendung des § 356 in Betracht, die  
wirtschaftlich den Charakter von Sicherungsrechten haben.  
So ist z. B. in der Rspr. anerkannt, daß auch das Zurück-  
behaltungsrecht unter § 356 fällt (vgl. RG. 82, 404). Das-  
selbe gilt nach der herrschenden Auffassung auch für die  
Sicherungsübereignung. Die Frage, ob auch der Eigentums-  
vorbehalt unter § 356 fällt, ist in der Literatur verhältnis-  
mäßig wenig behandelt. Auch Rühl nimmt in seiner sehr  
gründlichen Abhandlung über „Eigentumsvorbehalt und Ab-

zahlungs-geschäft“, Verlag Julius Springer 1930, zu dieser  
Frage keine Stellung. Ebensovienig behandelt Stulz in seiner  
Schrift „Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen  
Recht“, Veröffentlichungen des Reichsverbandes der Deutschen  
Industrie Nr. 51, Berlin 1930, das Problem. Von den  
Kommentaren heben nur Düringer-Hachenburg schon  
bisher zu § 356 Anm. 4 hervor, daß zu den nach § 356  
bestehenbleibenden Sicherungsrechten auch das Sicherungs-  
eigentum zu zählen ist, daß durch Eigentumsvorbehalt oder  
Sicherungsübereignung begründet wird, Ausführungen, die  
auch in der neuen im Druck befindlichen Auflage des Kom-  
mentars in gleicher Weise finden werden, ergänzt noch  
durch den Hinweis, daß auch das Absonderungsrecht nach  
§ 51 RD. unter die nach § 356 bestehenbleibenden Rechte  
fällt. Daß diese Auslegung sowohl der weiten Fassung des  
§ 356 wie auch den Bedürfnissen der Wirtschaft entspricht,  
kann nicht bezweifelt werden. Es stehen ihr aber auch keine  
rechtskonstruktiven Bedenken entgegen.

Sie widerspricht zunächst nicht dem Wesen des Eigen-  
tumsvorbehalts. Der Eigentumsvorbehalt ist zwar nicht recht-  
lich als Pfandrecht anzusehen, wie dies wohl im Schrifttum  
verschiedentlich geschieht ist. Denn beim Eigentumsvorbehalt  
wird der Gläubiger durch seine eigene Sache gesichert, bei  
der Verpfändung dagegen durch eine fremde Sache. Auch  
kann in einer Rechtsordnung, die ein besitzloses Pfandrecht ab-  
lehnt, der Eigentumsvorbehalt nicht als Pfandrecht charak-  
terisiert werden. Wohl aber hat der Eigentumsvorbehalt mit  
dem Pfandrecht den Sicherungszweck gemeinsam. In dem er  
die Eigentumsübertragung auf den Erwerber an die auf-  
schiebende Bedingung der Bezahlung des Kaufpreises knüpft,  
will er dem Verkäufer eine dingliche Sicherheit geben. Das  
vorbehaltene Eigentum hat dabei im Verhältnis zwischen  
Verkäufer und Käufer lediglich Sicherungscharakter, was für  
die ganze Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen Vor-  
behaltseigentümer und Vorbehaltserwerber von maßgebender  
Bedeutung ist. Soweit also der Sicherungscharakter in Be-  
tracht kommt, ist daher auch eine gleichgerichtete Behandlung  
mit dem Pfandrecht weitgehend angebracht. Mit Recht wird  
daher in mannigfachen Beziehungen der Eigentumsvorbehalt  
dem Pfandrecht gleich behandelt. So wird z. B. bei der Ab-  
tretung der durch Eigentumsvorbehalt gesicherten Forderung  
als Regel angenommen, daß das zur Sicherung dienende  
Eigentum auf den Zessionar übergeht, wenn sich nichts anderes  
aus der Vereinbarung oder den Umständen ergibt. Es läßt  
sich zwar hier der § 401 BGB., der ausschließlich nur von  
Hypotheken, Pfandrechten und Bürgschaften spricht, nicht ohne  
weiteres auf den Eigentumsvorbehalt anwenden, aber der  
Sicherungscharakter des Eigentumsvorbehalts spricht so stark

für die gleichgerichtete Behandlung mit dem Pfandrecht, daß der Eigentumsübergang auf den Fessionar mangels eines Anhaltspunktes für einen gegenteiligen Willen von den Parteien als gewollt anzusehen ist (so auch Rühl a. a. O. S. 83 und ferner unter analoger Anwendung des § 401 RG. 65, 418; RG.: JW. 1907, 170 und 746; ferner Reichel, Schuldübernahme S. 455, der den Rechtsübergang kraft eines vom Gesetz unterstellten Abkommens i. S. der §§ 931, 399 BGB. [soll wohl § 398 heißen] eintreten lassen will und damit zum gleichen Ergebnis kommt). Auch bei der Verjährung der gesicherten Forderung verdient der Eigentumsvorbehalt richtiger Ansicht nach dieselbe Behandlung wie das Pfandrecht und die Sicherungsübereignung. Für das Pfandrecht ist hier aber im § 223 Abs. 1 BGB. ausdrücklich angeordnet, daß die Verjährung der gesicherten Forderung den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen. Es bestimmt ferner § 223 Abs. 2, daß dann, wenn zur Sicherung eines Anspruches ein Recht übertragen worden ist, die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruches gefordert werden kann. Es soll also die fidejuziarische Übertragung trotz Verjährung der gesicherten Forderung bestehen bleiben, eine Regelung, die zunächst sicherlich für Sicherungsübereignungen gilt. Der Sicherungscharakter ist aber beim Eigentumsvorbehalt genau derselbe, und es kann daher auch für ihn nichts anderes gelten. Es bleibt daher auch bei verjährter Kaufpreisforderung die in dem Eigentumsvorbehalt liegende Sicherung des Gläubigers bestehen, bis der Kaufpreis trotz Verjährung bezahlt wird (so mit Recht auch Rühl a. a. O. S. 83 und das von ihm zitierte Urteil des LG. I Berlin vom Jahre 1908, abgedruckt in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des RG. 1909 S. 10; a. U. LG. Dresden: JW. 1926, 725 mit Anm. von Dertmann, das zu Unrecht aus der Rechtsstellung des Vorbehaltseigentümers als eines Quasi-Pfandgläubigers folgern zu müssen glaubt, daß mit der Verjährung des Anspruches der Eigentumsvorbehalt seinen Zweck und seine Wirksamkeit verliert, während doch im § 223 Abs. 1 und 2 sowohl für das Pfandrecht, wie für die Sicherungsübereignung gerade das Gegenteil bestimmt ist). Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auch noch auf die bekannte steuerrechtliche Behandlung des Eigentumsvorbehalts in dem Gutachten des RFH. vom 8. Juni 1926 (RFH. [5. Sen.] 19, 126), die dahin geht, daß ebenso wie die Sicherungsübereignung auch der Eigentumsvorbehalt für die Beitreibung von Steuerforderungen wie ein nicht mit Besitz verbundenes Pfandrecht wirke, so daß dem Vorbehaltseigentümer kein Widerspruchsrecht aus § 301 RAbgD., wohl aber ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse zusteht. Wenn auch diese Auffassung des RFH. sowohl bezüglich der Sicherungsübereignung wie des Eigentumsvorbehalts sich auf die Besonderheit des Steuerzwecks und die Eigenart des Steueranspruches stützt und wenn sie auch insoweit bei den Zivilgerichtlichen Widerspruch auslöset hat (vgl. hierzu auch Liebisch: JW. 1928, 946), so kommt doch auch darin die Übereinstimmung im Sicherungszweck zwischen Pfandrecht, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt zum Ausdruck, eine Übereinstimmung, die jedenfalls insoweit auch zu einer gleichgerichteten rechtlichen Behandlung führen muß, als nicht zwingende Rechtsnormen entgegenstehen. Vom Wesen des Eigentumsvorbehalts aus gesehen läßt sich also gegen eine Anwendung des § 356 HGB. auch auf den Eigentumsvorbehalt nicht nur nichts einwenden, eine solche Anwendung entspricht vielmehr gerade dem Sicherungscharakter des Eigentumsvorbehalts.

Ergeben sich nun aber etwa aus dem Wesen des Kontokorrents rechtskonstruktive Bedenken gegen eine Fortdauer des Eigentumsvorbehalts über die Saldoanerkennung hinaus? Auch dies ist nicht der Fall. Sicherlich nicht, wenn man den Novationscharakter der Saldoanerkennung bestreitet, wie dies doch noch weitgehend geschieht, und zwar gerade im Hinblick auf § 356 (vgl. z. B. Dernburg II 1, § 120; Lehmann-Ring, HGB. § 356 Anm. 29; Franz Leonhard, Allg. Schuldrecht S. 640). Aber auch wenn man den Novationscharakter der Saldofeststellung bejaht, bietet das Fortbestehen des Eigentumsvorbehalts keine größeren rechtskonstruktiven Schwierigkeiten als die Fortdauer der Pfandrechte und Bürgschaften. Man kann bei den Pfandrechten und Bürgschaften die Fortdauer dieser Sicherheiten entweder aus einem gesetz-

lichen Übergang auf die neuentstehende Saldoforderung erklären, also durch eine Auswechslung der gesicherten Forderung unter Fortbestehen der Sicherheit, ähnlich wie in § 1180 BGB. (so schon Ritter und neuerdings Martin Wolff: Ehrenbergs Handbuch IV 1, § 12, S. 66 und § 162 Note 15 und ihm folgend Staub-Könige § 356 Anm. 1). Oder man kann mit der Denkschrift II S. 214 von der Annahme eines Übergangs der Sicherungen auf die Saldoforderungen absehen und eine Weiterexistenz der gesicherten Forderung, soweit es sich um Geltendmachung der Sicherheit handelt, annehmen (so Düringer-Hachenburg § 356 Anm. 3). Beide konstruktiven Lösungen lassen sich auch für den Eigentumsvorbehalt anwenden. Wenn es auch zunächst die Aufgabe des Eigentumsvorbehalts ist, die Kaufpreisforderung zu sichern, so ist doch auch eine Vereinbarung dahin, daß der Eigentumsvorbehalt auch zur Sicherung anderer Forderungen dienen soll, nach der herrschenden Rspr. zulässig (vgl. RG.: Recht 1909 Nr. 237; RG.: GruchBeitr. 53, 945; RG.: DVG. 33, 271 und Rühl a. a. O. S. 81). Sind aber schon Vereinbarungen solchen Inhaltes zulässig, so ist noch vielmehr eine gesetzliche Regelung und auch eine Gesetzesauslegung dahin möglich, daß der Eigentumsvorbehalt zunächst zur Sicherung der Kaufpreisforderung und nach der Saldoziehung zur Sicherung des Saldoguthabens dienen soll. Bei Zugrundelegung dieser rechtskonstruktiven Lösung würde also eine Anwendung des § 356 auf den Eigentumsvorbehalt dazu führen, daß der Übergang des Eigentums auf den Käufer zunächst bis zur Bezahlung des Kaufpreises, nach erfolgter Saldoanerkennung aber bis zur Bezahlung des Saldos aufschiebend bedingt ist. Nimmt man aber mit der anderen rechtskonstruktiven Lösung die Weiterexistenz der gesicherten Forderung auch nach der Saldoziehung an, soweit es sich um die Geltendmachung der Sicherheit handelt, so läßt sich diese Weiterexistenz ohne weiteres auch für die Kaufpreisforderung geltend machen, so daß dann die aufschiebende Bedingung der Tilgung dieser Forderung nicht eingetreten ist, der Eigentumsvorbehalt also weiterbesteht. Dieses Fortbestehen des Eigentumsvorbehalts auch über die Saldoanerkennung hinaus ist um so mehr mit der Regelung des § 455 BGB. vereinbar, als hiernach durch den Eigentumsvorbehalt der Übergang des Eigentums an die aufschiebende Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises geknüpft ist. Auch wenn man aber in der Saldoanerkennung eine Novation erblickt, liegt kein wirkliches Erlöschen der Forderung durch Zahlung, sondern nur eine Ersetzung der bisherigen Schuld durch eine neue — kausale oder abstrakte — Schuld vor. Dabei ging schon der Grundgedanke der römischen Novation dahin, daß die neue Schuld wirtschaftlich nur eine Fortsetzung der alten bilden soll. Daraus folgt ohne weiteres für die Anwendung des § 455 BGB., daß in der Saldoziehung nicht etwa eine vollständige Bezahlung des Kaufpreises und damit der Eintritt der aufschiebenden Bedingung liegt, daß vielmehr diese aufschiebende Bedingung mangels einer wirklichen Tilgung der Kaufpreisforderung noch nicht eingetreten ist. Aus all dem ergibt sich, daß auch rechtskonstruktiv keine Bedenken dagegen bestehen, den § 356 HGB. auch auf den Eigentumsvorbehalt anzuwenden und also auch den Eigentumsvorbehalt die Saldoanerkennung in derselben Weise überdauern zu lassen, wie dies der § 356 für Pfandrechte, Bürgschaften und andere Sicherungsrechte vorschreibt.

Dabei muß allerdings noch auf eine Problematik hingewiesen werden, die sich bei der Anwendung des § 356 auf den Eigentumsvorbehalt ergibt. Es entsteht nämlich die Frage, wie lange der Eigentumsvorbehalt fortbestehen soll. Bei den Pfandrechten und Bürgschaften nimmt man an, daß das Fortbestehen der Sicherheit auch alle weiteren Kontokorrentperioden überdauert, allerdings mit der Maßgabe, daß die Geltendmachung der Sicherheit auf den niedrigsten Saldo der Folgezeit beschränkt ist. Bei diesen anderen Sicherungsrechten erblickt also die Sicherung des Gläubigers entweder erst mit der Beendigung des Kontokorrentverhältnisses und der Zahlung des Schlußsaldos, oder schon früher dann, wenn der Abschluß einer Kontokorrentperiode überhaupt keinen Aktosaldo zugunsten des gesicherten Gläubigers mehr aufweist. Es fragt sich nun, ob man den Eigentumsvorbehalt auch so lange fortbestehen lassen darf, oder ob dies nicht der wirtschaftlichen Natur des Eigentumsvorbehalts widerspricht, nach welcher

der Übergang des Eigentums doch nicht allzu lange hinausgeschoben werden soll. Es läßt sich aber auch für diese Schwierigkeit eine Lösung finden. Es entsteht nämlich in diesem Zusammenhang zunächst die Frage, ob der Käufer, der mit dem Verkäufer in einem Kontokorrentverhältnis steht, nicht den Eigentumsübergang dadurch herbeiführen kann, daß er den genauen Betrag der Kaufpreisforderung an den Verkäufer bar oder durch Überweisung bezahlt. Eine formalistische Auffassung will zwar auch hier ein Fortbestehen der Sicherheit annehmen, weil die gesicherte Forderung, auch wenn ihr genauer Betrag bezahlt wird, im Kontokorrent nicht getilgt werde. Mit Recht hebt aber Staub-Könige zu § 356 Anm. 6 hervor, daß diese Auslegung der kaufmännischen Auffassung nicht entspricht und daß es dieser unerträglich dünkt, daß eine Sicherheit, die für eine bestimmte Forderung gegeben ist, aus formellen Gründen, obgleich die gesicherte Forderung voll bezahlt ist, unter Umständen noch auf Jahre hinaus für die verschiedenen anderen Forderungen haften soll. Auch halte die Auffassung für richtiger, daß es dem im Kontokorrentverkehr stehenden Schuldner, der für eine bestimmte Schuld eine Sicherung gegeben hat, gestattet sein muß, durch Zahlung bzw. Überweisung des genauen Schuldbetrages die Sicherheit zum Erlöschen zu bringen. Stellt man sich auf diesen, der wirtschaftlichen Auffassung entsprechenden Standpunkt, so ist damit auch die Lösung für die Frage gegeben, wie lange der Eigentumsvorbehalt bei kontokorrentmäßigem Verkehr zwischen Käufer und Verkäufer weiterbestehen soll. Eine Anwendung des § 356 HGB. auf den Eigentumsvorbehalt führt zunächst dazu, daß, wie die anderen Sicherungsrechte, auch der Eigentumsvorbehalt fortbesteht, solange überhaupt die Kontokorrentrechnung fortgeführt wird und mit einem Saldo zugunsten des Verkäufers abschließt. Es hat aber der Käufer einmal schon vor der ersten nach Abschluß des Kaufvertrages erfolgenden Saldoziehung nach Abschluß des Kaufvertrages die Möglichkeit, durch Bezahlung des genauen Kaufpreisbetrages an den Verkäufer den Eigentumsvorbehalt zum Erlöschen zu bringen. In gleicher Weise muß ihm auch späterhin das Recht zuerkannt werden, dadurch,

daß er den zu seinen Lasten festgestellten und anerkannten Saldo oder den Betrag des Kaufpreises bezahlt bzw. überweist, den Eintritt der aufschiebenden Bedingung und damit den Eigentumsübergang herbeizuführen. Diese Auslegung verträgt sich auch durchaus mit der Regelung des § 455 BGB. Denn wenn der anerkannte Saldo von dem Käufer voll oder doch in Höhe der etwa niedrigeren Kaufpreisforderung bezahlt wird, so ist damit auch die Vollbezahlung des Kaufpreises eingetreten, die den aufgeschobenen Eigentumsübergang auslöst, aber auch nicht früher.

Diese letzteren Ausführungen zeigen übrigens, daß, selbst wenn man den § 356 HGB. auf den Eigentumsvorbehalt nicht anwenden wollte, schon eine richtige Auslegung des § 455 BGB. dazu führt, daß die Saldoanerkennung den Eigentumsvorbehalt nicht erlöschen läßt, da sie keine Vollzahlung des Kaufpreises darstellt. Vielmehr tritt bei Kontokorrentverkehr zwischen Verkäufer und Käufer diese Vollzahlung des Kaufpreises und damit die aufschiebende Bedingung, an die die Eigentumsvorbehaltsklausel den Übergang des Eigentums auf den Käufer knüpft, erst in folgenden Fällen ein:

1. wenn der Käufer schon vor der ersten nach Abschluß des Kaufvertrages erfolgenden Saldoziehung nach Abschluß des Kaufvertrages den Kaufpreis voll an den Verkäufer bezahlt,
2. wenn der Käufer späterhin nach Abschluß einer Kontokorrentperiode das Saldoguthaben des Verkäufers oder den Kaufpreisbetrag an diesen voll bezahlt,
3. wenn nach Abschluß des Kaufvertrages ein späterer Rechnungsabschluss überhaupt kein Saldoguthaben zugunsten des Verkäufers ergibt,
4. wenn nach endgültiger Beendigung des Kontokorrentverkehrs zwischen Verkäufer und Käufer sich entweder überhaupt kein Saldoguthaben zugunsten des Verkäufers ergibt oder der Käufer den sich zu seinen Lasten ergebenden Schlussaldo voll oder doch in Höhe der etwa niedrigeren Kaufpreisforderung an den Verkäufer bezahlt.

## Die beschränkte Einkommensteuerpflicht der im Inland ausgeübten „sonstigen selbständigen Berufstätigkeit“ (§ 3 Ziff. 4 Einkommensteuergesetz).

Von Rechtsanwalt Dr. Sigmund Strauß, Mannheim.

### I.

Die praktische Bedeutung der Besteuerungsvorschrift des § 3 Ziff. 4 EinkStG. war bisher eine verhältnismäßig geringe. Sie fand in der Regel Anwendung gegenüber ausländischen Künstlern, namentlich dann, wenn diese tourneemäßig im Inland auftraten. Hier ermöglichte die Öffentlichkeit der Betätigung es ohne Schwierigkeit, den Steueranspruch zur Geltung zu bringen. Im übrigen dürfte die Heranziehung zur Einkommensteuer im Rahmen des § 3 Ziff. 4 EinkStG. nur als Ausnahme erfolgt sein. Die Fälle, auf die die Erläuterungsbücher hinzuweisen pflegen, z. B. im Inland sich betätigende ausländische Ärzte oder Anwälte, waren selten und steuerlich von nicht erheblicher Bedeutung. Namentlich wenn man nur Tätigkeiten von gewisser Dauer als steuerlich beachtlich ansah. Es kommt hinzu, daß die Erfassung derartiger Betätigungen mangels irgendeiner Anzeigepflicht oder Überwachungsmöglichkeit naturgemäß erheblichen Schwierigkeiten begegnet (Rehdanz und Selle, Die Besteuerung der Ausländer im Deutschen Reich, S. 48). Auch Gründe der Zweckmäßigkeit wegen der zu befürchtenden Gegenmaßnahmen des Auslandes rechtfertigten eine besonders vorsichtige Handhabung (Strauß, § 3 Nr. 26; Becker, § 3 Note 6b). Hierin scheint sich eine nicht unerhebliche Änderung anzubahnen. Sie ist durch die neuere Entwicklung der deutschen Wirtschaft begründet. Ihre Verflechtung mit ausländischen Unternehmungen, das Eindringen fremder Kapitalmächte und Industrien in die inländische Produktion haben naturgemäß auch Folgen hinsichtlich der dabei beteiligten Personenkraft nach sich gezogen. Seitende und mitarbeitende Ausländer sind mehr oder minder zahlreich da eingesetzt worden, wo inländische

Unternehmungen in ausländische Hände ganz oder teilweise rechtlich oder wirtschaftlich übergegangen sind oder bei Erhaltung der Selbständigkeit den Betrieb umfassende Interessenverknüpfungen stattgefunden haben. Zu einem erheblichen Teil werden diese Ausländer auch im Inland ihren Wohnsitz oder wenigstens dauernden Aufenthalt nehmen und damit für die unbeschränkte Einkommensteuerpflicht erfassbar werden. Vielfach aber beschränken sich die ausländischen Unternehmungen darauf, von ihrer Zentrale aus die deutschen ihrer Kontrolle unterliegenden Betriebe zu dirigieren oder zu überwachen. Die damit beauftragten Organe der kontrollierenden Gesellschaften oder dritte Personen werden diese Tätigkeit teils im schriftlichen Verkehr, teils aber auch in regelmäßigen oder gelegentlichen persönlichen Besuchen ausüben. Sie erhalten für diese Tätigkeit meist eine den Ertrag der Auslagen übersteigende von Fall zu Fall oder als Pauschale für bestimmte Zeitabschnitte bestimmte Vergütung. In Betracht kommen namentlich Revisoren (Accountants), sachverständige Techniker oder Kaufleute, die prüfend oder beratend dem inländischen Betrieb zur Seite stehen sollen. Auch da, wo diese Tätigkeit die inländische Fortsetzung eines ausländischen Gewerbebetriebes, wie z. B. bei den Bücherrevisoren, Reklameunternehmungen, darstellt, wird man dabei nicht von einem die Steuerpflicht auslösenden inländischen Gewerbebetrieb sprechen können. Es handelt sich um Tätigkeiten, die von vornherein auf eine oder mehrere bestimmte Unternehmungen begrenzt sind und nicht an die Öffentlichkeit treten, also der für den Gewerbebetrieb notwendigen Begriffsferfordernisse ermangeln (Strauß zu § 6 Note 17). Es fehlt vor allem auch die in § 3 Ziff. 2 EinkStG. geforderte inländische Geschäftseinrichtung des ausländischen Unternehmens, in der diese Tätigkeit

ausgeübt wird (RFS. 20, 314 ff.). Auch ein Angestelltenverhältnis dieser für das inländische Unternehmen tätigen und von ihm honorierten Personen und Institute liegt regelmäßig nicht vor. Ohne in den Organismus des inländischen Betriebs eingegliedert und ohne dessen Weisung untergeordnet zu sein, stellen sie nur ihre besonderen Leistungen für gewisse Zeit oder Zwecke vertraglich dem inländischen Unternehmen zur Verfügung (RFS. 2, 340 u. a. m.). Es handelt sich also ausnahmslos um selbständige Tätigkeiten der Ausländer. Damit gewinnt die Klarstellung der für diese Tätigkeit vorgesehenen beschränkten Besteuerung eine erhöhte Bedeutung. Um so mehr, als die regelmäßige Buchprüfung der inländischen Unternehmungen diese Betätigung im weitesten Umfange der Steuerbehörde offenlegt. Zwei Voraussetzungen sind es, von denen das Gesetz die beschränkte Steuerpflicht abhängig macht. Es muß eine sonstige selbständige Berufstätigkeit im Sinne des Gesetzes vorliegen. Sie muß durch ihre Ausübung im Inland ihre besondere örtliche Beziehung aufweisen.

## II.

Im Gegensatz zu der jetzigen Ordnung war in dem EinkStG. v. 29. März 1920 hinsichtlich der Einnahmen aus Arbeit, unter der das Gesetz die selbständige und unselbständige Tätigkeit zusammenfaßt, der Tatbestand für die unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht kein einheitlicher. Für jene kann, sofern man nur die jetzt gesondert behandelten Fälle der selbständigen Tätigkeit berücksichtigt, neben den freien Berufen (§ 9 Ziff. 2) jede Tätigkeit schlechthin in Betracht kommen, und zwar nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes sowohl die einmalige wie die dauernde (§ 9 Ziff. 4). Der beschränkten Steuerpflicht dagegen unterlag nur Erwerbstätigkeit, soweit ihre Ausübung im Inland stattfand (§ 2 II). Damit wurde zum Ausdruck gebracht, daß für sie nicht das Ergebnis einer einmaligen Tätigkeit genügen sollte, sondern nur eine Beschäftigung von gewisser Dauer, wie sie zum Erwerb, zur Erzielung eines Einkommens erforderlich ist (Begründung S. 42).

Das gegenwärtige Gesetz (§ 3 Ziff. 4) läßt für die beschränkte Steuerpflicht den gleichen Tatbestand gelten, der für unbeschränkte in § 6 Ziff. 4, § 35 EinkStG. aufgestellt ist. Er hat allerdings gegenüber der früheren Gestaltung verschiedene Änderungen erfahren. Neu ist, daß die beiden obigen Gruppen, daß § 9 Ziff. 2 und 4 Ges. v. 29. März 1920 als besondere Einkommensart ausgefondert und unter der Bezeichnung als sonstige selbständige Berufstätigkeit zusammengefaßt sind. Neu auch die Einfügung des Begriffs der vorübergehenden Tätigkeit und die Einbeziehung der davon betroffenen Fälle in die Steuerpflicht dieser Einkommensgruppe. Andererseits ist nicht mehr die „einmalige“ Tätigkeit jeder Art als für die Steuerpflicht ausreichend in den Gesetzeswortlaut aufgenommen. Für die beschränkte Steuerpflicht handelt es sich überwiegend um Tätigkeiten nichtdauernder Art. Gerade für sie ist also die Begriffsbestimmung der vorübergehenden Tätigkeit von besonderer Bedeutung.

Es lag nahe, für die Auslegung einerseits von dem Gegensatz zu der einmaligen Tätigkeit auszugehen, auf den das Gesetz selbst durch die Änderung der Wortfassung hinzuweisen schien, andererseits die vom Gesetz gewählte Bezeichnung der Einkommensart als Berufstätigkeit zu beachten. Das führte dazu, auch für die vorübergehende Tätigkeit den Charakter des berufsmäßigen insoweit zu verlangen, daß sie neben einem dauernden Beruf ausgeübt wird und nach der Art der Tätigkeit und der Verwandtschaft mit dem dauernden Beruf wenigstens die Möglichkeit der Wiederholung, und zwar bei der beschränkten Steuerpflicht der Wiederholung im Inland, in sich trägt (Begründung S. 58; Struz, § 3 R. 27, § 35 R. 23).

Der RFS. hat die Auslegung auf eine wesentlich breitere Grundlage gestellt. In den beiden Entscheidungen, in denen er sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt (Urt. v. 7. Juli 1927: StB. 1927, 356, 404), lehnt er die Notwendigkeit des Zusammenhangs mit einer berufsmäßigen Tätigkeit, ebenso wie das Erfordernis der Wiederholungsmöglichkeit oder Wiederholungsabsicht ab. Mit Recht weist er darauf hin, daß § 35

neben der berufsmäßigen Tätigkeit der freien Berufe (Ziff. 1) in Ziff. 2 Tätigkeiten aufführe, denen regelmäßig die Berufsmäßigkeit vollständig mangle, die vielmehr überwiegend vereinzelt in die Erscheinung treten (Testamentsvollstreckung). Daß es sich um eine vereinzelt Tätigkeit handelt, kann danach in Übereinstimmung mit dem Wortbegriff „vorübergehend“ der Steuerpflicht i. S. des § 35 Abs. 2 nicht entgegenstehen. Von Bedeutung erscheint dagegen, daß das Gesetz eine andere Art vereinzelter Tätigkeit, die gelegentliche, in § 42 Ziff. 2 als besondere Einkommensart behandelt und sie der unbeschränkten, nicht aber der beschränkten Einkommenssteuerpflicht unterwirft. Der klarzustellende Gegensatz besteht also nicht zwischen vorübergehender und vereinzelter, sondern zwischen vorübergehender und gelegentlicher Tätigkeit. Eine scharfe Unterscheidung der beiden Begriffe hat auch der RFS. nicht zu finden vermocht. Er konnte nur aussprechen, daß die vorübergehende Tätigkeit gegenüber der gelegentlichen ein Mehr nach Zeit und Umfang darstelle, wie dies z. B. bei der planmäßigen Erfindung oder einer Testamentsvollstreckertätigkeit im Gegensatz zu einer Zufallserfindung oder einer gelegentlichen Vermittlungstätigkeit zutage trete. Auch die Verbundenheit mit einem anderen dauernd ausgeübten Beruf wird die Annahme der Tätigkeit als einer vorübergehenden eher als einer gelegentlichen rechtfertigen. Die einzelne Tätigkeit, auch wenn sie ihrer Art nach verschieden von der sonstigen beruflichen ist, wird hier regelmäßig als ein Bestandteil der gesamten beruflichen Beschäftigung angesehen werden können. Im übrigen wird in beiden Fällen auch nach der Auffassung des RFS. die Lage des einzelnen Falles zu beachten sein. Man wird dieser Auffassung des RFS. beitreten müssen. Sie bietet immerhin für die praktische Rechtsanwendung im Einzelfall eine ausreichende Grundlage. In den weitestwichtigen Fällen wird die inländische Tätigkeit eines Ausländers, wenn sie auch nicht als dauernde gedacht ist, die Ausübung der Tätigkeit als eine berufliche zum Zwecke des Erwerbs darstellen. So wird die Tätigkeit einer ausländischen ärztlichen Autorität, die von einem Inländer zur Behandlung beigezogen wird, die Tätigkeit eines Bücherrevisors, der die Lage eines inländischen Unternehmens untersuchen soll, als vorübergehende der Steuerpflicht unterliegen. Andererseits werden solche Tätigkeiten, auch wenn sie mit der sonstigen beruflichen des Ausländers in Zusammenhang stehen, ausscheiden, wenn sie infolge ihres Umfanges oder den Verhältnissen nach als gelegentliche außerhalb der sonstigen Erwerbstätigkeit erscheinen. Der ausländische Arzt, der in der inländischen Sommerfrische bei einer gerade auftretenden Krankheit Hilfe leistet, der ausländische Aktionär, der im Anschluß an eine Generalversammlung bei einer Einzelfrage als Experte mitwirkt, üben eine gelegentliche Tätigkeit aus. Sie werden auch dann nicht als einkommensteuerpflichtig erachtet werden, wenn sie für diese Tätigkeit Entgelt erhalten.

## III.

Die Voraussetzung der Inlandsverbundenheit bietet begrifflich geringere Schwierigkeit. In der praktischen Anwendung gibt sie aber vielfach nicht weniger zu Zweifeln Anlaß. Sie erfordert, daß die Berufstätigkeit im Inland ausgeübt wird. Es müssen also im Inland die Handlungen persönlich vorgenommen werden, mit denen ein bestimmter Erfolg erzielt werden soll und für die das Entgelt genährt wird. Wo die Tätigkeitsakte wirksam werden, wo die Gegenleistung erfolgt, ist unerheblich. Es scheiden danach alle auf schriftliche, telephonische oder auf andere Weise ins Inland gelangenden vom Ausland ausgehenden Handlungen aus. Die Konstruktionszeichnung eines ausländischen Ingenieurs, die einer inländischen Fabrik überlassen wird, das Konzert des Sängers, der vom Ausland aus durch Radio seine Stimme ins Inland überträgt, haben ebensowenig eine Steuerpflicht nach § 3 Ziff. 4 zur Folge, wie das vom ausländischen Rechtsanwalt erteilte schriftliche Gutachten (Struz, § 3 R. 26; RFS. 14, 194). Zweifel entstehen erst, wenn ein Teil der zur Gesamttätigkeit gehörigen Akte im Inland, ein Teil im Ausland erfolgt, wenn z. B. der Ingenieur neben der Konstruktionszeichnung auch die Erbauung der Maschine und ihre Aufstellung im Inland überwacht, wenn der Sachverständige sein Gutachten zwar schriftlich, aber nach der eingehenden Besichtigung der Anlage



eines Unternehmens im Inland erstattet, wenn der Anwalt einen Vertrag auf Grund einer im Inland stattgehabten eingehenden Beratung entwirft. Man kann der hier vorliegenden Teilung der Tätigkeiten steuerlich insofern gerecht werden, als man einen der Sachlage entsprechenden Anteil des Entgelts dem Inland zuweist. Man kann aber auch davon ausgehen, daß die Gesamttätigkeit als im Inland ausgeübt dann angesehen werden muß, wenn eine der Leistungen, die zu dem beabsichtigten Arbeitserfolg aufzuwenden sind, im Inland, und zwar nicht bloß zufälligerweise, sondern durch die Sachlage geboten vorgenommen wurde. Der letztere Standpunkt wird den Vorzug verdienen. Für ihn sprechen praktische Erwägungen. Ihn stützt auch die Tendenz des Gesetzes, in möglichst weitem Umfange alle Einkommen zu erfassen, die im Inland irgendwie ihre örtlich ersichtliche Grundlage haben (Begründung S. 39). So wird man z. B. nicht die Gebühren eines ausländischen Rechtsanwalts, der einen ausländischen Rechtsstreit führt, deshalb im Inland für einen ausländischen Rechtsstreit führt, deshalb im Inland für steuerpflichtig erachten, weil die Information ihm gelegentlich seiner Anwesenheit im Inland erteilt worden ist, wohl aber das Gutachten des Bücherrevisors, der sein Gutachten nur auf Grund einer im Inland vorgenommenen Prüfung sämtlicher dort befindlichen Belege und Einrichtungen erstattet hat. Anders natürlich, wenn es sich um mehrere teilweise im Inland ausgeübte Tätigkeiten handelt, die an sich selbständig sind, für die aber ein einheitliches Entgelt bezahlt worden ist. Der kaufmännische Berater erteilt seine Einkünfte teils auf schriftliche Anfragen schriftlich vom Ausland aus, teils persönliche bei seinen Besuchen im Inland. Hier wird man davon ausgehen können, daß von dem Gesamteinkommen nur ein Teil auf das Inland entfällt. Nur soweit die einzelne Tätigkeit selbst im Inland ausgeübt wird, ist die Vergütung aus dem Inland herausgewirtschaftet. Es hat, soweit nicht eine andere Teilung durch die Gleichheit und Gleichartigkeit der Handlungen durchzuführen ist, eine der Sachlage entsprechende schätzungsweise Teilung einzutreten.

#### IV.

Eine nicht unwesentliche Änderung in der steuerlichen Behandlung erfährt diese Regelung in den Fällen, in denen internationale Abkommen zur Ausgleichung der in- und ausländischen Besteuerung, zur Vermeidung der Doppelbesteuerung eingreifen. Sie bestehen zur Zeit mit der Tschechoslowakischen Republik (31. Dez. 1921), Österreich (23. Mat 1922), Ungarn (29. Juni 1925), Danzig (19. Nov. 1923), einzelnen Kantonen der Schweiz (24. März 1923), Italien (31. Okt. 1925), Polen (27. März 1923) und Schweden (25. Juli 1928). Dabei lassen sich, von dem Sonderfall des Schweizer Vertrages abgesehen, zwei Regelungsformen erkennen. Das frühere System, dem die in den Jahren 1921 bis Mitte 1925 abgeschlossenen Abkommen zugehören, geht davon aus, daß die Vertragsangehörigen grundsätzlich zu den direkten Steuern nur in dem Staate herangezogen werden sollen, in welchem sie ihren Wohnsitz und in dessen Ermangelung ihren Aufenthalt haben. Ausnahmen bestehen entsprechend der von jeher geltenden Praxis für den inländischen Grundbesitz und den inländischen mit einer Betriebsstätte verbundenen Gewerbebetrieb. Ferner aber soll allgemein bei dem Berufseinkommen der freien Berufe, deren Umkreis in unmittelbarem Anschluß an die Wortfassung des § 35 Ziff. 1

EinkStG. abgegrenzt ist, die Heranziehung auch in dem Staate der Berufsausübung wie beim gewerblichen Einkommen erfolgen, falls und soweit diese im Inland von einem festen Mittelpunkt aus stattfindet. Gedacht ist dabei z. B. an einen ausländischen Arzt, der im Inland an einem Badeort während der Kurzeit die Praxis ausübt. Der durch das Abkommen mit Italien neu geschaffene Typ der Verträge, der seine weitere Anwendung in dem Abkommen mit Schweden gefunden hat, teilt das Einkommen auch für Personalsteuern, die das Gesamteinkommen der Steuerpflichtigen treffen, in seine einzelnen Bestandteile auf, nach dem Gegenstand, der jeweils davon betroffen wird und überläßt die Besteuerung dieser ausschließlich dem Belegenheitsstaat (Dorn, StW. 1926, 98 ff., 112 und 1928, 64 ff.). Eine dieser Gruppen bilden die Sachsteuern, die die Einkünfte aus Arbeit einschließlich der Einkünfte aus freien Berufen treffen. Sie sollen jeweils nur in dem Staat erhoben werden, in dessen Gebiet die persönliche Tätigkeit ausgeübt wird, aus der die Einkünfte herrühren, ohne Rücksicht auf den Wohnsitzstaat des Einkommensbeziehers. Dabei soll die Ausübung eines freien Berufes an einem bestimmten Ort nur dann vorliegen, wenn die Berufstätigkeit an diesem Ort einen festen Mittelpunkt hat. Danach ist beiden Gruppen gemeinsam, in Abweichung von den Bestimmungen des EinkStG. für Besteuerung der im Inland ausgeübten freien Berufstätigkeit eines Ausländers, die Beschränkung, daß die Ausübung von einem festen Mittelpunkt im Inland ausgehen muß. Für die Besteuerung der übrigen reinen Arbeitstätigkeit, mag sie selbständig oder unselbständig sein, ist nach den älteren Abkommen der Wohnsitz des Steuerpflichtigen, nach der neueren der Ort der Ausübung der einzelnen Arbeit maßgebend. Der Vertrag mit einzelnen Kantonen der Schweiz zur Vermeidung der Doppelbesteuerung des Arbeitseinkommens v. 24. März 1923 nimmt neben diesen allgemeinen Abkommen insofern eine Sonderstellung ein, als er nur das Einkommen aus unselbständiger Arbeit, und zwar nach dem Prinzip des Wohnsitzes regelt. Im übrigen sollen im Falle der Doppelbesteuerung zwischen den beteiligten Kantonen unmittelbar Verhandlungen zum Zwecke einer Regelung im Sinne angemessener Verteilung geführt werden. Endlich erscheint wichtig, die allgemeine Anordnung an die Landesfinanzämter zur Beseitigung der Doppelbesteuerung im Verhältnis vom Saargebiet v. 21. Okt. 1921 zu erwähnen. Danach kommt für die Saareinwohner eine beschränkte Besteuerung nur bezüglich ihres Einkommens aus Grundbesitz und Gewerbebetrieb nach Maßgabe des § 3 Ziff. 1 und 2 EinkStG. zur Anwendung.

Aus Vorstehendem ergibt sich, daß das Geltungsgebiet der gesetzlichen Regelung für die beschränkte Besteuerung immer noch ein sehr weites ist. Es umfaßt gerade die Staaten, die mit Deutschland in wirtschaftlicher und kultureller Hinsicht besonders eng verbunden sind und aus deren Beziehungen zu Deutschland in erster Linie die hier in Frage kommenden Anwendungsfälle der beschränkten Besteuerung erwachsen, England, Frankreich und Amerika. Es wird eine der Aufgaben des Völkerbundes sein, auch allgemeine Abmachungen besonders für diese Staaten zu treffen, die eine klare und der modernen Wirtschaftsverbundenheit entsprechende Behandlung ermöglichen. Die Einsetzung eines Sachverständigenausschusses von Staatspraktikern und die Erstattung eines Gutachtens dieses Ausschusses bedeutet bereits ein sichtbares Fortschreiten auf dem Wege zu ihrer Lösung (Dorn a. a. O. S. 69 ff.).

## Die Rechtsprechung des badischen Oberlandesgerichts in Kraftfahrzeugsachen.

Von Rechtsanwalt Dr. Fritz Dppenheimer, Karlsruhe.

Der Schwerpunkt der Rechtsprechung in Kraftfahrzeugsachen liegt bei den Oberlandesgerichten. Bei der verschiedenen Beurteilung einzelner Streitfragen ist für den badischen Juristen die Kenntnis der Rechtsprechung des OLG. Karlsruhe in Kraftfahrzeugsachen unerlässlich, für die übrigen Juristen ist ein Vergleich mit der sonstigen Rechtsprechung instruktiv.

Wenn auch die Verschiedenartigkeit der Rechtsprechung, eine Folge der durch den Gesetzgeber offengelassenen Fragen, der Fortbildung des Kraftfahrzeugsrechts dient, so ist es auf der anderen Seite doch verwirrend, wenn zu einer praktisch absolut unwichtigen Frage, wie der Beleuchtungspflicht stehender Kraftfahrzeuge, mindestens vier Lösungsversuche (StW. 1928, 3161; 1930, 2829<sup>6</sup> Ann. Volkman) vor-

liegen. Das OLG. Karlsruhe (Ra.) (BadApr. 1929, 110<sup>4</sup>) verlangte die Beleuchtung stillstehender Kraftfahrzeuge trotz fremder Lichtquellen. Die Streitfrage war für den badischen Kraftfahrer schon längere Zeit praktisch erledigt, weil durch Erlaß des InnMin. v. 18. Nov. 1929 die Polizei angewiesen war, die Beleuchtung bei fremder Lichtquelle nicht mehr zu verlangen und fehlende Beleuchtung nicht mehr zu beanstanden. Die Streitfrage ist durch Art. I Ziff. 24 Nov. v. 15. Juli 1930 (RGW. I, 270) erledigt (Volkmann: JW. 1930, 2827).

Wichtiger ist die Beleuchtung des fahrenden Fahrzeugs. Der Führer muß während der Fahrt darauf achten, daß seine vorderen Scheinwerfer in Ordnung sind. Das OLG. Ra. (BadApr. 1929, 21<sup>7</sup>) lehnt eine Überspannung dieser Pflicht entschieden ab. Der Führer könne möglicherweise durch die Beobachtung des Verkehrs so stark in Anspruch genommen werden, daß ihm kein Vorwurf zu machen sei, wenn ihm das Versagen der Beleuchtungsanlage in belebten Straßen entgehe. Streitig ist auch, ob bei Bemerkten des Veragens der Beleuchtung noch weitergefahren werden darf. Wenngleich diese Frage nicht grundsätzlich beantwortet wird, hat das OLG. Ra. (BadApr. 1929, 21<sup>7</sup>) doch zum Ausdruck gebracht, daß das Weiterfahren für eine gewisse Strecke bis zur Stelle, wo dem Kraftfahrer die Behebung des Mangels zugemutet werden könne, nicht nur zulässig, sondern eventuell geradezu geboten sei. Noch bestimmter und vielleicht noch etwas weitergehender hat das OLG. Kiel (HöchstRspr. 1928, 1271; RKRaff. 1928, 259<sup>367</sup>) es als zulässig betrachtet, bis zur Stelle weiterzufahren, wo eine Reparatur möglich ist, denn auch das unbeleuchtete Stehenlassen des Kraftfahrzeugs wäre verkehrswidrig. Selbstverständlich darf das Weiterfahren nur unter ganz besonderen Vorsichtsmaßnahmen erfolgen.

Umstritten ist auch, ob ein Wagen mit einem mechanischen Stoppzeichen versehen sein muß, wenn im Hinblick auf den Bau des Wagens die Absicht des Anhaltens durch Hochheben des Armes nicht angezeigt werden kann. Das OLG. Ra. (BadApr. 1930, 92<sup>26</sup>) erklärt mit Müller (5. Aufl., § 26 WD. Anm. 5, S. 611) und Bezold (JW. 1929, 955) mechanische Stoppzeichen auf keinen Fall für erforderlich, da sie im Gesetz nicht vorgeschrieben seien. Diese Auffassung des OLG. Ra. ist umso beachtlicher, als das OLG. Hamburg (DAR. 1930, 12 Nr. 13) und BayObLG. (JW. 1929, 2060<sup>7</sup>) sogar so weit gehen, daß derartige Wagen, die auch eine mechanische Zeichengebung nicht ermöglichen, aus dem Verkehr gezogen werden müssen. Auch das OLG. Dresden (DAR. 1930, 165/66) verlangt erforderlichenfalls einen Stock oder Zeichenstab zur Zeichengebung (vgl. ferner Volkmann: JW. 1930, 2827).

Die theoretisch und praktisch schwierigste Fahrvorschrift ist das Vorfahrtsrecht nach § 24 KraftfVerfVO. So knapp die gesetzliche Regelung ist, so vielseitig sind die Streitfragen und die Lösungsversuche, die sich daran knüpfen. In großen Umrissen lassen sich zwei Anschauungen unterscheiden, die eine, die das Vorfahrtsrecht recht stark und positiv ausgestalten will, während die andere Auffassung es abschwächt (JW. 1930, 1967<sup>26</sup> Anm. Alving). Als Ausgangspunkt für die Behandlung des Vorfahrtsrechts durch das OLG. Ra. muß man seine Entscheidung v. 11. Juli 1929 (BadApr. 1929, 150<sup>46</sup>) bezeichnen. Im Gegensatz zu der vom OLG. Düsseldorf (RKRaff. 1929, 466<sup>522</sup>) früher vertretenen und jetzt wohl endgültig erledigten Auffassung, die Vorfahrtsbestimmungen würden nur Platz greifen, wenn die beiden Kraftfahrer annähernd gleichzeitig auf der Kreuzung eintreffen, vertritt das OLG. Ra. (BadApr. 1929, 150<sup>46</sup>) mit Recht den Standpunkt, daß es nicht etwa darauf ankomme, wer annähernd zuerst an der Kreuzung sei, sondern der von links Kommende habe nur dann ein Vorfahrtsrecht, wenn er einen ganz klaren Vorsprung habe, wobei auch die beiderseitige Geschwindigkeit, vor allen Dingen diejenige des auf dem Hauptverkehrsweg Fahrenden berücksichtigt werden müsse. In allen Zweifelsfällen habe der auf dem Hauptverkehrsweg Fahrende das Vorfahrtsrecht. Diese Auslegung findet sich auch in einem etwa gleichzeitig verkündeten grundlegenden Urteil des RG. (JW. 1929, 2816<sup>3</sup>) und auch in der neuesten Entsch. des RG. v. 3. Febr. 1930 (JW. 1930, 1967<sup>26</sup>) wird nochmals ausdrücklich gesagt, daß die Vorfahrtsbestimmungen

selbst dann Platz greifen, wenn bei zunächst verschiedener Entfernung beider Wagen von der Kreuzung infolge der verschiedenen Geschwindigkeit die Gefahr eines Zusammenstoßes besteht. Besonders schwierig wird die Beurteilung, wenn die Gefahr des Zusammenstoßes nur dadurch besteht, daß ein Fahrzeug eine viel zu hohe Geschwindigkeit hatte. In einem neueren Ur. führt das OLG. Ra. (s. unten S. 2984) aus, daß der in der Hauptverkehrsstraße Fahrende sich auf sein Vorfahrtsrecht dann nicht berufen kann, wenn bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auf beiden Seiten der aus der Nebenstraße Kommende die StraÙe noch vor dem auf der Hauptverkehrsstraße Fahrenden hätte überqueren können. Hat also der von rechts Kommende durch unzulässig hohe Geschwindigkeit das Zusammentreffen auf der Kreuzung herbeigeführt, dann kann er sich auf sein Vorfahrtsrecht nicht berufen. Das RG. (JW. 1929, 2816<sup>3</sup>) hat zu dieser Frage bis jetzt nur ganz allgemein gesagt, daß das Vorfahrtsrecht keinen Freibrief für unzulässige Geschwindigkeit gebe. Wenn das RG. auf dem Standpunkt steht, daß der aus einem Seitenweg Kommende mit unzulässig hohen Fahrgeschwindigkeiten rechnen muß, so ist das kein Widerspruch. Auch wenn der Vorfahrtsberechtigte den Vorfahrtsfall unzulässigerweise durch zu hohe Geschwindigkeit geschaffen hat und daher sich auf sein Vorfahrtsrecht nicht berufen kann, so schließt das auf der anderen Seite nicht aus, daß auch der aus dem Seitenweg Kommende gegen die Verkehrssorgfalt verstoßen hat, weil er mit raschfahrenden Fahrzeugen auf dem Hauptverkehrsweg rechnen mußte. Es ist ja viel umstritten, ob und inwieweit der Vorfahrtsberechtigte sich einfach auf sein Vorfahrtsrecht verlassen darf, oder ob und inwieweit er Rücksicht darauf nehmen muß, ob nicht der andere aus dem Seitenweg oder von links kommende Fahrer das Vorfahrtsrecht für sich in Anspruch nimmt. Zu dieser Frage liegt eine Unmenge von widersprechenden Entscheidungen vor. Das OLG. Ra. (BadApr. 1930, 82<sup>23</sup>) neigt dazu, die Rechte des Vorfahrtsberechtigten abzuschwächen und von ihm trotz seines Vorfahrtsrechts ein immer noch sehr erhebliches Maß von Vorsicht gegenüber Fahrern von links oder aus dem Seitenweg zu verlangen, trotz Vorfahrtsrecht müsse man sein Augenmerk auf die Nebenstraße richten und dürfe nicht auf das Vertrauen des Vorfahrtsrechts sich überhaupt nicht um den dort herauskommenden Verkehr kümmern. Das RG. hat sich mit dieser Frage noch nicht grundsätzlich befaßt, es hat lediglich festgestellt, daß auch das Vorfahrtsrecht nicht die Erlaubnis für zu rasches Fahren bei Straßenkreuzungen gebe. Neuerdings neigt RG. v. 21. Nov. 1929 (JW. 1930, 2866<sup>14</sup>) dazu, den Vorfahrtsberechtigten zu schützen, während RG. v. 17. Juni 1929 (JW. 1930, 2868<sup>17</sup>) den gegenteiligen Eindruck erweckt, auch für Vorfahrtsberechtigte komme ein vorsichtiges bis zur sicheren Verständigung langsame Heranfahren in Betracht! Es ist streitig, ob die Vorfahrtsregelung nur für Kreuzungen im engeren Sinn gilt. Auch die Ausfahrt aus einem Grundstück wird vom OLG. Ra. (BadApr. 1929, 60<sup>27</sup>) i. S. des Vorfahrtsrechts nach § 13 BadStrafVerfO. als Seitenweg betrachtet. Dieser GrundsatZ ist damit auch für die analoge Bestimmung des § 24 KraftfVerfVO. ausgesprochen. Auch das OLG. Hamburg (RKRaff. 1929, 467<sup>525</sup>) hat ebenfalls eine Torausfahrt wie eine Nebenstraße behandelt; anderer Meinung ist jedoch das Kammergericht (RKRaff. 1928, 178<sup>201</sup>). Das OLG. Ra. (BadApr. 1929, 150<sup>47</sup> = RKRaff. 1930, 24<sup>12</sup>) hat mit Müller (5. Aufl., § 24 WD. Anm. 5a) und OLG. Jena (RKRaff. 1929, 464<sup>514</sup> = JW. 1929, 2832<sup>2</sup>) die Anwendung der Vorfahrtsbestimmungen abgelehnt für den Fall, daß zwei Kraftfahrzeuge auf demselben Weg aufeinander zukommen und das eine die Fahrbahn des anderen kreuzen will, um in eine Seitenstraße einzubiegen. Die gegenteilige Auffassung wird vom BayObLG. (RKRaff. 1929, 469<sup>534</sup> = JW. 1929, 2827<sup>3</sup>), ferner OLG. Dresden (DAR. 1929, 334) und OLG. Raumburg (RKRaff. 1930, 21<sup>9</sup>) vertreten (vgl. auch Volkmann: JW. 1930, 2828). Das RG. (RKRaff. 1930, 183<sup>142</sup>) hat die Streitfrage jetzt wohl endgültig dahin entschieden, daß das Vorfahrtsrecht auch in diesem Fall anzuwenden ist. Es wird daher wohl damit gerechnet werden müssen, daß das OLG. Ra. seine Auffassung ändern wird. Für den Fall, daß das den Hauptverkehrsweg benutzende Fahrzeug nicht auf dem Hauptverkehrsweg weiterfahren, son-

bern an der betreffenden Kreuzung in einen Seitenweg abbiegen will, hat das OLG. Ka. (BadMpr. 1929, 150<sup>48</sup>) gegenüber einem aus dem Seitenweg kommenden Fahrer die Anwendung der Vorsfahrtsbestimmungen abgelehnt. In diesem Fall folgt das RG. (DMR. 1930, 10 Nr. 7) in einem etwa einen Monat später verkündeten Urteil der einschränkenden Auslegung des OLG. Ka., weil eben das Vorsfahrtsrecht nur dann Platz greift, wenn zwei Kraftfahrzeuge notwendigerweise sich schneiden müssen. Geklärt hat das OLG. Ka. (BadMpr. 1930, 62<sup>29</sup>) das Vorsfahrtsrecht der Postfahrzeuge. Diese haben allen Fahrzeugen gegenüber ein besonderes Vorsfahrtsrecht, auch wenn sie aus einem Seitenweg oder von links kommen. Verneint hat das OLG. Ka. (BadMpr. 1926, 118<sup>27</sup>) jedoch das Vorsfahrtsrecht der Postkraftfahrzeuge gegenüber der elektrischen Straßenbahn.

Daß eine Abweichung von den Verkehrsvorschriften zur Vermeidung einer Behinderung oder Gefährdung des Verkehrs ausnahmsweise geboten sein kann, hat das OLG. Ka. (BadMpr. 1928, 46<sup>15</sup> = KRraftf. 1928, 231<sup>304</sup>) dadurch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung (DMR. 1930, 10 Nr. 8 = JW. 1930, 2870<sup>18</sup>; Arndt: JW. 1929, 2029) bestätigt, daß es das Rechtsüberholen in besonderen Ausnahmefällen zugelassen hat.

Das OLG. Ka. (DMR. 1928, 344) läßt aber ein Abweichen von den Verkehrsregeln dann nicht zu, wenn es nur aus Bequemlichkeit erfolgt oder durch andere ordnungsmäßige Maßnahmen hätte vermieden werden können. Kommt z. B. ein Fahrzeug plötzlich aus der rechten Seitenstraße, dann darf der auf dem Hauptverkehrsweg Fahrende erst in zweiter Linie nach links ausweichen, zunächst muß er anhalten. Das OLG. Ka. (BadMpr. 1928, 46<sup>15</sup> = KRraftf. 1928, 231<sup>304</sup>) hat aber auch ausgesprochen, daß bei begründeten Abweichungen von den Verkehrsvorschriften eine besonders hohe Vorsicht geboten ist. Auch diese Auffassung entspricht der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (JW. 1927, 2805<sup>9</sup>; KRraftf. 1928, 160<sup>187</sup>).

Bei dem Begriff des geschlossenen Ortsteils folgt das OLG. Ka. (BadMpr. 1928, 59<sup>16</sup>; KRraftf. 1928, 253<sup>359</sup>) der Rechtsprechung der OLG. Dresden, BayObLG. München, OLG. Celle (JW. 1929, 2060<sup>6</sup>; KRraftf. 1928, 252<sup>335-338</sup>). Es hebt darauf ab, daß die Gebäudeteile noch ein gewisses Maß räumlicher Zusammengehörigkeit mit dem Ortsteil haben und sich erkennbar vom offenen Land abgrenzen müssen.

Biel erörtert ist die Frage der verkehrsbehindernden Aufstellung eines Kraftfahrzeugs nach § 28 KraftfVerfBd. Das OLG. Ka. (BadMpr. 1929, 98<sup>36</sup> = JW. 1929, 2630<sup>23</sup>) ist mit Müller (5. Aufl., Anm. 1 zu § 28 B.D., S. 617), der entgegen OLG. Hamburg (JW. 1927, 2069<sup>22</sup>), der Meinung, daß durch Polizeiverordnung nicht allgemein bestimmt werden kann, wann eine verkehrsbehindernde Aufstellung gegeben ist, sondern daß der Richter nur nach § 28 KraftfVerfBd. nach freiem richterlichem Ermessen zu entscheiden habe. Ein wirksames, allerdings auch beschränktes Verbot der Aufstellung von Kraftfahrzeugen im Gegensatz zu einer Auslegung des Begriffs verkehrsbehindernd kann durch polizeiliche Anordnung i. S. von § 21 KraftfG., § 30 KraftfVerfBd. erlassen werden. Streitig ist, was i. S. des § 28 KraftfVerfBd. „verkehrsbehindernd“ ist, ob schon die Eignung der Aufstellung zur Verkehrsbehinderung genügt oder ob eine tatsächliche Behinderung eingetreten sein muß. Mit der herrschenden Rechtsprechung (JW. 1929, 2060<sup>6</sup>) entgegen Müller (5. Aufl., Anm. 1 zu § 28 B.D., S. 617), der eine konkrete Verkehrsbehinderung verlangt, hält das OLG. Ka. (BadMpr. 1929, 98<sup>36</sup>; JW. 1929, 2630<sup>23</sup>) eine abstrakte Verkehrsbehinderung für genügend (siehe auch Volkman: JW. 1930, 2828).

Während Müller (5. Aufl., Anm. 1 zu § 30 B.D., S. 643 und § 6 I a 2, S. 185) die Gültigkeit des § 30 KraftfVerfBd., der Verkehrsbeschränkungen durch die Landespolizeibehörde vorsieht, bezweifelt, hat das OLG. Ka. (BadMpr. 1930, 42 Nr. 11) die Gültigkeit des § 30 entsprechend RG. (RG. 43, 411) und BayObLG. (JW. 1929, 2824<sup>2</sup>; 1930, 1974<sup>1</sup>) und OLG. Jena (JW. 1930, 2834<sup>7</sup>) bejaht. Es ist Streitig, ob § 30 nur einen Vorbehalt für die Landespolizeibehörde (RG. 43, 411) oder eine positive Ermächtigung zur Erlassung von Rechtsvorschriften durch

eben diese enthält. Das BayObLG. stellt sich in einer grundlegenden Entscheidung (JW. 1929, 2824<sup>2</sup>; 1930, 1974<sup>1</sup>) auf den letzteren Standpunkt. Das OLG. Ka. (BadMpr. 1930, 42 Nr. 11) setzt sich mit dieser Entscheidung, da sie wohl erst später durch Veröffentlichung bekannt wurde, nicht auseinander. Es kommt jedoch zum gleichen Ergebnis, indem es ausführt, selbst wenn nach § 6 Abs. 3 KraftfG. zunächst nur die Landeszentralbehörden zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt seien, so sei schon nach basischem Recht eine Subdelegation möglich, so daß also der § 30 lediglich eine Feststellung und Begrenzung einer schon nach Landesrecht bestehenden Subdelegation sei, die durch das InnMin. ausdrücklich vorgenommen sei (vgl. auch Siegert: JW. 1930, 2843).

Die ortsfremden Kraftfahrer wehren sich mit Recht gegen Bestrafung wegen Verletzung polizeilicher Verkehrsbeschränkungen, wenn diese nicht durch Verbotstafeln gekennzeichnet sind. Während das BayObLG. und der 3. Sen. des RG. (DMR. 1930, 135 Die Verbotstafelfrage) die Bestrafung von der Aufstellung von Verbotstafeln nicht abhängig machen, folgt das OLG. Ka. (BadMpr. 1929, 98<sup>36</sup>; JW. 1929, 2630<sup>23</sup>) erfreulicherweise der Auffassung des OLG. Dresden und des 1. Sen. des RG. (DMR. 1930, 135 Die Verbotstafelfrage, ferner Volkman: JW. 1930, 2828) und verlangt als Bedingung der Bestrafung die Anbringung von Verbotstafeln.

Von Bedeutung ist die Stellung der Fahrgäste einer Gefälligkeitfahrt gegenüber Führer und Halter. Die Gefährdungshaftung ist nach § 8 Ziff. 1 KraftfG. ausgeschlossen, ebenso die Vertragshaftung, es bleibt die Haftung aus Grund unerlaubter Handlung, hier ist die Frage, ob der Fahrgast von vornherein auf derartige Schadensersatzansprüche nicht verzichtet hat (Arndt: JW. 1929, 898). Das OLG. Ka. folgt der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (DMR. 1930, 183<sup>171</sup> = JW. 1930, 2854<sup>4</sup>), wonach die Tatsache der Gefälligkeitfahrt allein zum Haftungsausschluss nicht genügt, sondern es müssen noch besondere konkrete Umstände hinzutreten. Einen derartigen „konkreten Umstand“ hat das OLG. Ka. (BadMpr. 1929, 95<sup>39</sup>) selbstverständlich in einer gemütlchen Beifahrt erblickt, bei der man sich bewußt der gleichen Gefahr aussetzt wie der Führer und daraus gegeneinander keine Ansprüche herleiten kann. Nach einer Entsch. des RG. v. 10. März 1930 (DMR. 1930, 136<sup>123</sup>) muß sich aber der Kraftfahrer vor Augen halten, daß an die Annahme des Haftungsausschlusses strenge Anforderungen gestellt werden.

Dem gegenüber steht die strenge Haftung des Halters für Schwarzfahrten. Entsprechend der Rechtsprechung des RG. (JW. 1928, 402<sup>6</sup>) legt das OLG. Ka. in dem noch nicht veröffentlichten Urteil v. 16. April 1930 (12 BR 219/29) an die Haftung des Halters für Schwarzfahrten einen außerordentlich strengen Maßstab. Der Halter muß danach bis zur Grenze des unabwendbaren Zufalls alles tun, um Schwarzfahrten seines Führers zu verhindern.

Sehr streng äußert sich auch das gleiche Urteil zu der Möglichkeit des Halters, durch Führung des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB. seine Haftung einzuschränken. Der Halter darf sich nach dieser Entscheidung bei der Einstellung nicht auf Zeugnisse allein verlassen, da diese erfahrungsgemäß kein zuverlässiges Bild geben.

Die Frage der Haftung für einen Ersatzwagen an Stelle eines durch Zusammenstoß beschädigten Wagens hat das OLG. Ka. (JW. 1929, 2064<sup>6</sup>) dahin entschieden, daß der Autohalter, dessen Auto durch einen Zusammenstoß unbrauchbar wird, sich auf Kosten des Schadensersatzpflichtigen einen Ersatzwagen mieten darf, ohne Rücksicht darauf, ob er zu privaten oder zu beruflichen Zwecken bestimmt ist.

Bei der Tendenz, den vermögenden Halter neben dem oft vermögenslosen Führer auch zur Haftung heranzuziehen, ergibt sich oft die strafrechtliche und zivilrechtliche Frage, inwieweit der mitfahrende Halter die Handlung des Führers als eigene behandeln lassen muß. Das OLG. Ka. (BadMpr. 1926, 69<sup>15</sup>; JW. 1928, 3195<sup>11</sup> Bem. Isaac) ließ die Bestrafung des Eigentümers nur dann zu, wenn eine gewisse Mitwirkung des Halters vorliegt, so, wenn er auf schnelles Fahren durch Bestimmen des Fahrziels und der

Fahrzeit eingewirkt hat. Es brachte weiter zum Ausdruck (RKraftf. 1930, 88<sup>76</sup>), daß der Fahrgast höchstens dann gegen pflichtwidrige Fahrweise einschreiten muß, wenn sie derartig ist, daß eine unmittelbare und dringende Gefährdung der Insassen oder Dritter besteht, während verschiedene OLG. (ZB. 1930, 2876<sup>2</sup> Anm. Proskauer) schon Einschreiten beim Wahrnehmen gefahrwidriger Fahrweise verlangen. Auch das RG. (ZB. 1928, 1723<sup>3</sup>) betrachtet es als Regel, daß der Fahrgast sich nicht um die Führung des Fahrzeugs zu kümmern braucht. Ist der Fahrgast Halter, dann muß er nur einschreiten, wenn Gefahr für Leben eines Dritten droht und der Führer ihm untergeordnet ist.

Streitig ist, ob der Führer schon allein wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht bestraft werden kann, ob nämlich § 17 Abs. 1 KraftVerfW. blankettausfüllende selbständige Strafnorm ist. Das OLG. Ka. (BadRpr. 1928, 46<sup>16</sup>) nimmt mit Müller (5. Aufl., § 17 W. Anm. 1 S. 547) und entsprechend der Auffassung des RG. (DAR. 1929, 381<sup>294</sup>; ZB. 1930, 2870<sup>19</sup>) an, daß § 17 Abs. 1 keinen Straftatbestand darstellt, sondern nur den Grad des Verschuldens bestimmt. Die gegenteilige Auffassung wird vom OLG. Ka. (Lieberz; ZB. 1929, 903; BadRpr. 1930, 83<sup>23</sup>) abgelehnt. Hinsichtlich § 18 Abs. 1 ist das RG. (RGSt. 62, 227) der Meinung, es sei eine selbständige Strafnorm gegeben. Diese Auffassung hat das OLG. Ka. (BadRpr. 1928, 46<sup>16</sup>) in dem etwa ein Jahr früher liegenden

Urteil entsprechend Müller (5. Aufl., Anm. 2 § 18 W. S. 560) abgelehnt.

Wenn auch ein gewisses Bemühen des OLG. Ka. festzustellen ist, die Pflichten des Führers hinsichtlich einzelner Fahrgeregeln nicht zu überspannen, so muß man das Gegenteil bemerken, soweit es sich um die allgemeine Sorgfaltspflicht, und zwar unter strafrechtlichen und zivilrechtlichen Gesichtspunkten handelt. Man wird dem OLG. Ka. daraus keinen Vorwurf machen können, denn es folgt hier nur dem RG., dessen Rechtsprechung zur Frage der Sorgfaltspflicht des Kraftfahrers herbe Kritik erfährt (ZB. 1929, 2840<sup>19</sup> Anm. Louis; ZB. 1930, 65<sup>16</sup> Anm. Alzberg). Wenn das OLG. Ka. (BadRpr. 1927, 22<sup>2</sup>) dem Kraftfahrer die Pflicht, mit Unbesonnenheiten Dritter zu rechnen, auferlegt, so verlangt es damit, auch wenn diese Unbesonnenheiten innerhalb gewisser Lebenserfahrungen liegen müssen, Unmögliches. Alzberg (ZB. 1930, 2865<sup>13-16</sup> Anm.) meint zwar, das RG. habe durch seine neueren Entscheidungen die Pflicht, mit unbesonnenem Verhalten anderer Verkehrsbeteiligter zu rechnen, auf das richtige Maß zurückgeführt. Sind schon die Ansprüche an die Sorgfaltspflicht in strafrechtlicher Beziehung sehr groß, so hat das OLG. Ka. (BadRpr. 1928, 34 = RKraftf. 1928, 363<sup>486</sup>) nochmals besonders betont, daß in zivilrechtlicher Beziehung noch ein strengeres Maß an die Sorgfaltspflicht des Kraftfahrers zu legen ist; auch hier befindet sich das OLG. Ka. in voller Übereinstimmung mit dem RG.

## Die Rückverwandlung der aufgelösten in die werbende Kapital-Gesellschaft.

Von Rechtsanwalt Dr. jur. et rer. pol. Fritz Bing, Mannheim.

In einer längeren Abhandlung in ZHR. 95, 129 ff. greift Wimpfheimer wieder die Frage auf, ob die Auflösung von Kapitalgesellschaften unabänderlich sei. Er kommt zur Bejahung dieser Frage oder, richtiger gesagt, seine Darstellung geht von dieser Unabänderlichkeit aus. Er prüft nicht sowohl das Für und Wider. Er möchte vielmehr allein dargetun, daß, unbeschadet der Änderung von Rechtsprechung und Literatur, heute noch gelten müsse, was er vor mehr als zwanzig Jahren in seiner anregenden Schrift: „Gesellschaften des Handels- und bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation“ niedergelegt hat.

Was er indessen zur Begründung seiner Gedankengänge vorträgt, bleibt an äußeren Umständen haften. Sie übersehen das Grundfähliche und Wesentliche, das in Wahrheit längst zu der Rechtsauffassung hätte führen müssen, die heute mit ungewöhnlicher Schnelligkeit in Rechtsprechung und Wissenschaft die herrschende geworden ist. Geht man den Fragen auf den Grund, so überrascht es eigentlich weniger, daß von der einhelligen Meinung, eine aufgelöste Kapitalgesellschaft sei nicht rückwandelbar, bis zum Gegenteil ein so rascher Übergang erfolgte, als vielmehr die Tatsache, daß die Unwandelbarkeit der Auflösung solange allgemeine Meinung geblieben ist.

Grundquelle der jetzt als irrig erkannten Auffassung war die unklare Vorstellung, die man von der Auflösung hatte. Das Wort, das sich in den Gesetzen wiederholt, ist höchst unglücklich gewählt. Brodmann hat recht, wenn er (Anm. 1 zu § 60 GmbHG.) das Wort „Auflösung“ mehr dynamisch als statisch aufgefaßt wissen will. Das ist der Sinn. Aber dem widerspricht der allgemeine Sprachgebrauch. Es kam dazu die frühere Gierkesche Lehre (in der „Theorie des Genossenschaftsrechts“), daß die Kapitalgesellschaft in Liquidation ihrem Wesen nach etwas anderes sei als die Gesellschaft vor der Liquidation. Das RG. hat diese Lehre allerdings nie angenommen. Aber aus der Gierkeschen Vorstellung in Verbindung mit dem unglücklich gewählten Gesetzeswort ergab sich eine völlige Unklarheit des Begriffs. Richtiges und Unrichtiges lief durcheinander. An Stelle der klaren Erkenntnis traten unklare Gleichnisse (vgl. z. B. Fischer in Ehrenbergs Handb. III, 1, 404 und Staub-Binner, 12./13. Aufl., Anm. 1 zu § 292). Obwohl die Lehre von der Identität der angeblichen beiden Gesellschaften

längst festgestellt war (unter anderem gerade von Wimpfheimer a. a. O.). Obwohl der ganze Lebensvorgang bei den Kapitalgesellschaften zeigt, daß keinerlei Wesensunterschiede zwischen der Gesellschaft vor und der Gesellschaft nach dem Auflösungsbeschluss — oder nach dem Eintritt des statutenmäßigen Auflösungszeitpunktes — bestand (vgl. Brodmann, GmbHG. § 60 Anm. 1, AltG. § 307 Anm. 1; Hachenburg, GmbHG. § 60 Anm. 1). Bedeutet also der Eintritt der Auflösung nichts weiter als eine Änderung im Zweck der Gesellschaft, so ist nicht einzusehen, warum begrifflich nicht abermals eine Änderung des Zwecks in den vorigen Zustand zurück erfolgen könne. Wäre die Liquidationsgesellschaft etwas im Wesen anderes, so könnte man argumentieren: Die Wesensverschiebung von der erwerbenden zur liquidierenden Gesellschaft ist im Gesetz vorgesehen — die Wesensänderung von der liquidierenden in die erwerbende nicht. Also ist sie unzulässig. Da aber in Wahrheit das Wesen der Gesellschaft diesseits und jenseits des Auflösungszeitpunktes das gleiche ist, ist dieser Gedankengang unzutreffend.

Nun spukt immer wieder die Feststellung, das HGB. lasse in § 307 Abs. 1 die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft nur unter bestimmten Voraussetzungen durch Gesellschafterverschluss zu. Man folgert daraus, diese ausdrückliche Namhaftmachung im Gesetz müsse doch einen Zweck haben, es müsse also „per argumentum ex contrario“ die beschlussmäßige Rückverwandlung in allen übrigen Fällen für unzulässig erklärt werden. Hachenburg hat bereits, als er sich nach der ersten Entscheidung des RG. v. 5. Febr. 1925, die die Rückverwandlung grundsätzlich zuließ, noch über das Begriffliche nicht ganz klar war, richtig festgestellt (ZB. 1925, 802), daß der sog. Gegenschluß hier nicht ausschlaggebend sein könne. — Man hat sich weiter auf die Absichten des Gesetzgebers in der Denkschrift zum HGB. berufen (so Wimpfheimer: ZHR. 95, 131; in Bekämpfung der allerdings nicht sehr glücklichen Gedanken zu der gleichen Frage bei Scholz, „Fortsetzung der aufgelösten GmbH. und Alt-Ges.“ in ZHR. 93, 85). Allein auch das, was der Verfasser des Gesetzesentwurfes sich gedacht hat, kann gegenüber dem wirklich Notwendigen nicht als Argument verwendet werden. Es zeigt nur, daß auch die Denkschrift sich über die Struktur der Gesellschaften nach dem Eintritt der Auflösung nicht

klar war. Trotzdem hat die Erwähnung der Sonderfälle in § 60 Ziff. 4 GmbHG. und in § 307 Abs. 1 HGB. auch so ihre Bedeutung. Nur liegt sie auf einem anderen Gebiet. Darüber wird weiter unten das Nötige zu sagen sein.

Die begriffliche Klarstellung hat — das muß immer wieder betont werden — zum erstenmal eigentlich Brodman in Anm. 1 zu § 60 GmbHG. durchgeführt. Nachdem aber einmal der Weg hier gezeigt war, hat die Rechtsprechung und die Literatur rasch den bisherigen Irrtum erkannt. Dachenburg hat in Anm. 1 zu § 60 GmbHG. die Konsequenz der neuen Erkenntnis mit vollkommener Klarheit gezogen. Und da die neue Entwicklung die Logik der Dinge in sich schloß, so mußte — kann man beinahe sagen — das RG. bei dem ersten Fall, der ihm vorgelegt wurde, in seinem Beschl. v. 25. Okt. 1927 (RG. 118, 337 = JW. 1928, 633, dort mit Anmerkung des Verfassers) sich der neuen Stellungnahme anschließen. Man kann, wenn man nicht bewußt „Altrechtler“ sein will (Wimpfheimer: ZHR. 95, 139), wohl nicht anders folgern, als es das RG. getan hat.

Die Bedenken, die Wimpfheimer (a. a. D. 130) in der Exklusivität des Handelsregisters findet, scheinen ganz und gar nicht stichhaltig. Man braucht dabei gar nicht zu so schweren Argumenten zu greifen, wie es Scholz in seiner, im übrigen sehr anregenden und sorgfältigen Arbeit (ZHR. 93, 87 ff.) tut. — Der Eintrag im Handelsregister kann unter Umständen materielle Rechte schaffen. So z. B. bei der Gründung der GmbH. und der AktG. Gleichwohl ist die Eintragung unter allen Umständen ein formeller Vorgang, der den materiellen nur begleitet und um des materiellen Vorgangs willen da ist. Da, wo das Gesetz für bestimmte Rechtsgänge Einträge im Handelsregister nicht vorsieht, können sie auch nicht erfolgen. Das ist das Richtige an dem Begriff der Exklusivität. Aber das Handelsregister darf niemals mit der Wirklichkeit in Widerspruch treten. Es ergeben sich nur bestimmte rechtliche Vorgänge aus dem Register. Aber diese müssen sich auch richtig ergeben. Das ist notwendige Auswirkung des § 15 HGB. Ist die Auflösung eingetragen, aber nachher durch Beschluß der Gesellschafter rückgängig gemacht, so widerspricht die Eintragung, die hier über den Rechtszustand nach dem Willen des Gesetzes Auskunft geben muß, der Wirklichkeit. Sie muß aus diesem Grunde berichtigt werden. Auch wenn diese Berichtigung nicht ausdrücklich im Gesetz genannt wird. Man kann sich demgegenüber nicht auf § 65 Abs. 1 GmbHG. berufen, wie es Wimpfheimer tut. Dort wird nämlich nicht von der Verpflichtung oder Nichtverpflichtung zur Eintragung gesprochen, sondern nur von der Verpflichtung zur Anmeldung. Anmeldung hat im Fall der Auflösung zu erfolgen. Anmeldung hat also auch (selbstverständlicher Weise, wie man dazu sagen) im Fall der Rückverwandlung zu erfolgen. Für diese Vorgänge ist dieselbe Art von Handlung notwendig. Anmeldung zum Handelsregister erfolgt nicht im Fall der Konkurseröffnung. Hier erfolgt die Eintragung von Amts wegen. Wird im Konkursfall der Zustand der Auflösung wiederhergestellt, so muß gleichwohl die Anmeldung erfolgen. Die Rückgängigmachung des Konkurses wird nicht von Amts wegen eingetragen. Hier wird die Eintragung bei der Rückverwandlung auf andere Weise herbeigeführt als bei der Auflösung. Das muß das Gesetz regeln. Das ist der Sinn der Bestimmung in § 65 GmbHG. Wimpfheimer (a. a. D. S. 135) dreht das tatsächliche Verhältnis herum, wenn er sagt, es sei unzulässig und abwegig, einen vom materiellen Gesetz nicht bewilligten Vorgang von der Seite des formalen Registerrechts her einzuführen und zu begründen. Darum handelt es sich ja gar nicht. Richtig würde der Gedanke lauten, ein vom materiellen Recht her zulässiger, ja sogar notwendiger Rechtsvorgang darf nicht um deswillen für unmöglich erklärt werden, weil die formale Begleitung durch das Register im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist.

Die Auswirkungen der neuen Anschauung — das Wort Lehre wird bewußt vermieden — in ihren Einzelheiten darzustellen, geht über den Rahmen dieses Aufsatzes hinaus. Hier soll nur Grundsätzliches erörtert werden. Zu diesem Grundsätzlichem gehört auch die Frage, wie der Beschluß der Rückverwandlung zustande kommt. Mit dem Eintritt des Auflösungszeitpunktes oder mit dem Beschluß auf Auflösung der Gesellschaft entsteht für jeden Gesellschafter das Recht auf

diese Auflösung, der Anspruch, seine Mitgliedschaft zu beenden, der Anspruch auf den Liquidationserlös nach Abwicklung der laufenden Geschäfte. Man kann, da das Recht allen Gesellschaftern zusteht, nicht wohl von einem Sonderrecht reden. Wohl aber ist es ein Recht, das als grundsätzlich unentziehbar gedacht ist, und das darum keinem der Mitglieder gegen seinen Willen durch Beschluß wieder genommen werden kann (vgl. hierzu Dachenburg, GmbHG. Anm. 21 zu § 14). Daraus ergibt sich, daß der Beschluß nur dann wirksam ist, wenn ihm alle Gesellschafter zugestimmt haben. Scholz (a. a. D. S. 94) hat wohl recht, wenn er sagt, daß der Begriff der einstimmigen Abstimmung für die AktG. wie für die GmbH. dem Gesetze fremd sei. Er hält darum eine einstimmige Beschlußfassung nicht für notwendig. Es müsse vielmehr genügen, wenn der Beschluß mit einfacher Majorität gefaßt und ihm nachträglich von allen Gesellschaftern zugestimmt werde. Hier aber wird die Frage nach dem Zeitpunkte der Wirksamkeit und des Beschlusses wesentlich, die Wimpfheimer (ZHR. 95, 150) sehr theoretisch, aber wenig zutreffend behandelt. Der Beschluß wird wie alle Beschlüsse, bei denen die Eintragung im Handelsregister nicht rechtsbegründend ist, mit seinem Zustandekommen wirksam. Es ist daher praktisch unmöglich, die nach Scholz zum Beschluß notwendige Majorität und die Zustimmung der anderen, die zunächst gegen die Rückverwandlung gestimmt haben oder doch mindestens bei der Beschlußfassung nicht anwesend waren, zeitlich und tatsächlich auseinanderzunehmen. Der Beschluß muß entweder, sobald und so, wie er gefaßt ist, wirksam werden. Oder er wird es überhaupt nicht. Und darum ist der Gedanke von Scholz aus den Begriffen heraus abzulehnen. Zudem handelt es sich nicht um einstimmige Beschlußfassung, wie man in demselben Sinn von einer Dreiviertelmehrheit im Gesetz spricht. Die notwendige Einstimmigkeit ergibt sich vielmehr daraus, daß jeder Gesellschafter für sich zustimmen muß, so daß also die Einstimmigkeit, wenn man so sagen darf, sich nicht aus einer speziellen Gesetzesbestimmung, sondern arithmetisch erklärt. Eine solche Art von Einstimmigkeit ist auch in anderen Fällen durchaus denkbar. Lisschik (JW. 1928, 1539) glaubt, die einfache Majorität bei der Abstimmung über die Rückverwandlung deswegen für notwendig ansehen zu müssen, weil sonst die praktische Bedeutung der neuen Anschauung für die AktG. ganz geringfügig sei. Daß dem so ist, ist vollkommen richtig. Allein daraus kann sich keine Änderung der grundsätzlichen Stellung ergeben. Wird für die AktG. die Bedeutung der neuen Anschauung geringer sein als für die GmbH., so liegt das in ihrem Wesen begründet wie die Rückwandlungsmöglichkeit im Wesen der Gesellschaft überhaupt begründet liegt. Abweichungen von den Grundgedanken sind deshalb weder notwendig noch auch möglich (grundsätzlich zustimmend Scholz a. a. D. S. 98; Brodman, Anm. 1 zu § 307 HGB.). Ausnahmsweise wird an die Stelle der einstimmigen Beschlußfassung die nach einfacher Majorität treten. Das sind die Fälle, die vom Gesetz besonders geregelt sind. In § 60 Abs. 1 Ziff. 4 GmbHG. für die GmbH. und in § 307 HGB. für die AktG. Hier liegen vom Gesetz privilegierte Fälle vor. Hier bestimmt es ausdrücklich, daß entgegen dem allgemeinen Grundsatz, nach dem mit Beginn der Auflösung ein unentziehbares Recht der Gesellschafter geschaffen wird, die Gesellschafter auf Grund Mehrheitsbeschlusses mit der Rückverwandlung einverstanden sein müssen. Der Zweck des Gesetzes dabei mag hier dahingestellt bleiben. Die Tatsache der gesetzlichen Bestimmung ist eindeutig. In den an beiden Stellen genannten Fällen genügt die einfache Mehrheit zur Rückverwandlung der Gesellschaft. Auch hier kein „argumentum ex contrario“ gegen die Rückwandlungsmöglichkeit im allgemeinen, sondern nur ein Sonderfall von ihr.

Die Auswirkungen der neuen Anschauung auf die praktisch möglichen Fälle hat Scholz (a. a. D. S. 74 ff.) ausführlich beschrieben. Darauf möchte ich noch verweisen. Man wird seinen Ausführungen nicht in allen Einzelheiten zustimmen. Das beweist schon, was hier über die Abstimmung gesagt ist. Aber das Schema als Ganzes ist von ihm richtig gesehen und sorgfältig durchgeführt. Ob die neue Anschauung nun wirtschaftlichen Strömungen des Augenblicks zu Lust oder zu Leid geschieht, steht durchaus in zweiter Linie. Das vor allem muß Wimpfheimer gegenüber (ZHR. 95, 141 ff.)

betont werden. Er arbeitet allzusehr mit Begriffen der Wirtschaftsmoral, des schutzwürdigen Wirtschaftsinteresses in einer Art von Rechtsethik, über die man, wie die Lektüre seiner Arbeit sofort zeigt, recht verschiedener Auffassung sein kann, und aus der sich deswegen auch, je nach persönlicher Einstellung, recht verschiedene praktische Folgerungen ergeben würden. Aber es ist ja überhaupt das Kennzeichen von Wimpfheimers Darstellung, daß sie nicht sowohl unvoreingenommen an zu lösende Probleme herantritt, als vielmehr die Richtigkeit einer vorhandenen Auffassung nachzuweisen bestimmt ist. Das beweist insbesondere auch die Ausführung über Auflösung von stillen Reserven, Fortsetzung von An- gestelltenverträgen usw. (a. a. O. S. 151), die größtenteils mit den wirklichen Rechtsverhältnissen gar nicht zusammen-

stimmen. Dagegen im einzelnen Ausführungen zu machen, scheint deshalb nicht notwendig. Was hier gezeigt werden sollte, ist dies: Die neue Lehre baut sich nicht etwa, wie Wimpfheimer behauptet, auf einer gewissen Disziplinlosigkeit der Zeit auf. Sie ist vielmehr die endlich in Rechtsprechung und Literatur klar gewordene Folgerung aus der längst vorhandenen, wenn auch nicht richtig gewürdigten Grundanschauung über das Wesen der Gesellschaft im sog. Auflösungszeitraum. Und gerade darum kann es nicht genügen, mit — wenn auch noch so ausführlichen — Kontroversen zu den Einzelfragen Stellung zu nehmen. Es muß vielmehr betont werden, daß es hier um Grundsätzliches geht und daß von dem, was einmal erkannt wurde, ein Weg in die Zeit vor der Erkenntnis nicht mehr zurückführt.

## Internationales Binnenschiffahrtsrecht.

Von Rechtsanwält Lindedt, Mannheim, M. d. RWR.

Das internationale Privatrecht spielt auf den großen Strömen Deutschlands eine sehr bedeutsame Rolle, da diese — die größten wenigstens — nicht nur „internationalisiert“ sind, sondern das Gebiet verschiedener Staaten durchlaufen, und da sich also der Verkehr auf ihnen durchaus international gestaltet. So durchläuft der Rheinstrom auf seiner schiffbaren Strecke von Basel bis zum Meer schweizerisches, französisches, deutsches und holländisches Gebiet, und in seinem Auslauf zum Meere steht er auch mit auf belgischem Gebiet liegenden Wasserläufen in unmittelbarer Verbindung. Rotterdam und Antwerpen sind die großen Ein- und Ausfallstorte für den Überseehandel, und der Hafen in Basel, der in den letzten Jahrzehnten an Bedeutung außerordentlich gewonnen hat, ist derzeitiger Endpunkt der Rheinschiffahrt. Wichtige und weitverzweigte Kanalscheiden auf natürlichen und künstlichen Wasserstraßen sind die Zubringer für die großen Ströme, und der im Bau befindliche Mittellandkanal, der heute schon das Rhein- und Wesergebiet miteinander verbindet, wird den Verkehr auf dem Wasserwege quer durch Deutschland in westöstlicher Richtung und umgekehrt vermitteln und die großen Ströme Mitteleuropas in direkte Verbindung miteinander bringen.

Die in einem der Staaten zur Entstehung gelangenden vertraglichen Rechte und Verpflichtungen wirken auf die Gebiete der anderen über, und Schiffahrtstreibende und Ladungsbeteiligte müssen sich häufig ihr Recht auf fremdem Territorium und unter der Herrschaft fremder Gesetze suchen. Während aber auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts auf allen großen Stromläufen internationale Regelungen getroffen sind, besteht auf dem Gebiete des Privatrechts heute noch völlige Rechtsunsicherheit. Diese Rechtsunsicherheit hat sich umso fühlbarer gemacht, als Deutschland der einzige der Uferstaaten ist, der ein kodifiziertes Privatrecht der Binnenschiffahrt besitzt, und seit dem Ausgang des Weltkrieges haben sich die Verhältnisse noch außerordentlich dadurch verschärft, daß auf allen Stromgebieten das Ausland einen weit stärkeren Einfluß gewonnen hat. Was den Rhein angeht, so ist Frankreich, nachdem ihm das Elsaß zugefallen, wieder in die Reihe der Uferstaaten eingetreten, und zufolge der Bestimmungen des Friedensvertrags war es ihm möglich, sofort nach Friedensschluß in stärkster Aktion im Rheinschiffahrtsverkehr zu treten. Nach jenen Bestimmungen mußte ihm eine ansehnliche Flotte aus deutschem Besitze — Rheinschiffe mit einer Gesamttragfähigkeit von 250 000 t und Schlepper mit beinahe 25 000 PS — abgegeben werden, die es mit geschultem deutschen Personal in Fahrt zu setzen in der Lage war; dem Straßburger Hafen, der unter deutscher Herrschaft zur Blüte gekommen, läßt es außerordentliche Pflege und Sorge angedeihen, und auch in jeder anderen Weise fördert es nach Kräften seine nationale Schiffahrt. In der Schweiz, die infolge des Friedensvertrags als Vertragsstaat in die auf öffentlich-rechtlichem Gebiet liegende internationale Regelung — die Rheinschiffahrtsakte — eingetreten ist, sind Schiffahrtsgesellschaften errichtet worden, die bereits über einen stattlichen Park verfügen, und so prävaliert fast die ausländische Flagge auf dem deutschen Strom.

Die Bestrebungen, das Binnenschiffahrtsrecht zu vereinheitlichen, reichen in die Zeit vor dem Kriege zurück. Bereits der 10. Internationale Schiffahrtkongreß in Mailand im Jahre 1905 hat sich eines Teils dieses Problems, einer einheitlichen Schiffshypothekengesetzgebung angenommen, und einer besonderen Behandlung wurde das Problem in seiner Gesamtheit im Jahre 1913 auf dem in Konstanz abgehaltenen 10. Verbandstag des Deutsch-Österreichisch-Ungarisch-Schweizerischen Verbandes für Binnenschiffahrt unterzogen. Nach eingehenden Referaten von Vertretern der Verbandsländer wurde eine Resolution gefaßt, in der die Schaffung eines einheitlichen Privatrechts der Binnenschiffahrt für die Wasserstraßen der Verbandsländer für erforderlich erklärt und die möglichste Anlehnung an das deutsche Binnenschiffahrtsgesetz empfohlen wurde; dabei erklärte der Kongreß für besonders dringlich die Regelung des Schutzes dinglicher Rechte am Schiff, „da hier im internationalen Schiffsverkehr völlige Rechtsunsicherheit besteht“. In der Tat ist hier auch der wichtigste Punkt herausgestellt, der einer internationalen Regelung bedarf, weil das für das Kreditbedürfnis der Binnenschiffahrt von ganz besonderer Bedeutung ist. Der Kreditgeber muß ausreichende Sicherheit haben, daß das für ihn in seinem Staate bestellte Schiffspfandrecht auch in den anderen Staaten, auf deren Territorien das Schiff verkehrt, respektiert wird, und der Schiffseigner kann nur auf Befriedigung seines Kreditbedürfnisses rechnen, wenn die Gesetze jener Staaten dem Kreditgeber diese Sicherheit bieten. Da diese Sicherheit bisher nicht besteht, waren gerade die deutschen Kreditgeber in der Beleihung von Schiffen außerordentlich zurückhaltend, und Schiffshypothekenbanken hat es bis zum Kriege nur in Holland gegeben. Erst nach dem Kriege sind in Deutschland drei solcher Schiffshypothekenbanken errichtet worden, nachdem ihnen wenigstens das Pfandbriefprivileg verliehen worden ist. Aber nicht nur um die volle Sicherheit für Schiffspfandrechte handelt es sich bei den vordringlichen Aufgaben internationaler Regelung; vor allem handelt es sich auch um die Einrichtung von Schiffsregistern und die Bestimmungen hierüber, da hierdurch erst die Voraussetzungen für jene Sicherung geschaffen werden, und dabei insbesondere wieder um die Vermeidung von Doppelseintragungen, die nur zu vermehrter Rechtsunsicherheit und völliger Verwirrung führen würden; ferner ist es die Regelung der sogenannten Privilegien, die Bestimmungen über den Eigentumserwerb und über die Zwangsvollstreckung.

Die Bestrebungen der obengenannten mitteleuropäischen Verbandsländer — heute im Mitteleuropäischen Binnenschiffahrtsverband zusammengeschlossen — konnten infolge des Ausbruchs des Krieges nicht weitergeführt werden. Aber deutscherseits wurde — freilich erst gegen Kriegsende und zu spät — versucht, die Frage durch Sammlung des Materials der Lösung näherzubringen, weil man gehofft hatte, bei den zum Abschluß des Krieges notwendigen Regelungen auch auf diesem Gebiet — wenigstens für den Rhein — geeignete Vereinbarungen treffen zu können; das dann bald eintretende Ende des Krieges und sein für Deutsch-

land unglücklicher Ausgang haben diese Arbeiten nutzlos erscheinen lassen. Nach dem Kriege hat sich dieser Aufgabe die Zentralkommission für die Rheinschiffahrt angenommen, die auf den Bestimmungen der Rheinschiffahrtsakte beruht und deren Bestreben natürlich zunächst ebenfalls nur dahin ging, eine einheitliche Regelung für das Gebiet der Rheinschiffahrt zu schaffen. Den Arbeiten der Zentralkommission, deren Sitz zufolge der Bestimmungen des Friedensvertrages von Mannheim nach Straßburg verlegt wurde, und die nach diesem Friedensdiktat eine gar wunderliche Zusammensetzung unter französischem Vorsitz erfahren hat, mußten aber gewisse Bedenken entgegengebracht werden; einmal von deutscher Seite das Bedenken, daß hier machtpolitische Einflüsse vorherrschend sein könnten, und ferner allgemein der Gedanke, ob es überhaupt richtig sei, eine solche Frage einer nur lokalen Regelung zu unterziehen. In letzterer Richtung war es besonders der inzwischen verstorbenen Altmeister des Binnenschiffahrtsrechts, der Präsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts Professor Dr. Mittelstein, der seine warnende Stimme erhob und darauf hinwies, daß durch eine solche Regelung rein lokaler Art eigentlich keine Vereinheitlichung, sondern vielmehr eine weitere Vielgestaltigkeit des Rechts geschaffen werde. Der von der Zentralkommission eingesetzte Ausschuß für Privatrecht brachte aber alsdann zwei — wie man sagen muß, durchaus brauchbare — Entwürfe von Übereinkommen heraus; der eine über Eintragung von Binnenschiffen, der andere über die internationale Anerkennung der Hypotheken an solchen. Diese Entwürfe waren erstens Beachtung wert, und es setzte der Zentralverein für deutsche Binnenschiffahrt E. V. in Berlin, die Zentralorganisation der gesamten deutschen Binnenschiffahrt, im Einverständnis und unter Mitwirkung der deutschen Regierung eine Studienkommission ein, die mit der Behandlung der Materie zum Zwecke der Beratung der Regierung betraut wurde. Als Vorsitzender dieser Studienkommission wurde Mittelstein berufen, dem es aber infolge seines zu frühen Todes nur bestimmt war, die ersten Sitzungen zu leiten.

Neuerdings hat sich auch der Völkerbund dieser Materie angenommen, und die von seinem beratenden Sachausschuß für Verkehrswege und Durchgangsverkehr in Gemeinschaft mit der Zentralkommission für die Rheinschiffahrt eingesetzten Sachverständigenausschüsse zur Vereinheitlichung des Binnenschiffahrtsrechts haben

nummehr zwei Entwürfe vorgelegt, die derzeit zur Beratung stehen, und zwar:

1. Entwurf eines Übereinkommens über einige Materien des Binnenschiffahrtsrechts;
2. Entwurf eines Übereinkommens über die Vereinheitlichung gewisser Bestimmungen über den Zusammenstoß in der Binnenschiffahrt.

Damit ist die Behandlung der Materie in ein ganz neues Stadium getreten, und wenn es gelingt, die in den Entwürfen vorgesehene weitgehende Rechtsangleichung in allen den Übereinkommen beitretenden Staaten herbeizuführen, so wird ein erheblicher und bedeutamer Schritt auf dem Gebiete der Vereinheitlichung des Binnenschiffahrtsrechts getan sein.

Der Entwurf Ziff. 1 behandelt die bereits oben erwähnten wichtigsten Materien, nämlich das Schiffsregister, das Eigentum, die Hypotheken (Schiffspandrechte), die Privilegien und die Zwangsvollstreckung, und er ist, was durchaus anerkannt werden muß, unter weitgehender Berücksichtigung des bewährten deutschen Rechtes aufgestellt. Soweit sich Abweichungen hiervon und Bedenken ergeben, muß versucht werden, sie im Wege sachgemäßer Verhandlungen zu ebnet und auszuräumen, was bei allseits gutem Willen — und dieser scheint vorhanden zu sein — nicht allzu schwer sein dürfte. Auch der Entwurf Ziff. 2 schließt sich eng an die deutschrechtlichen Grundsätze an, indem er insbesondere die Schadenersatzpflicht ausschließlich auf dem Verschuldungsprinzip aufbaut und auch bezüglich des konkurrierenden Verschuldens und der Frage der sogen. „nautischen Einheit“ dem deutschen Rechte folgt.

Die vom Zentralverein für deutsche Binnenschiffahrt eingesetzte, oben erwähnte Studienkommission — in der nummehr MinDir. GehR. Dr. Richter vom Reichsjustizministerium den Vorsitz führt — hat sich bereits mit diesen Entwürfen befaßt, und sie wird ihre Stellungnahme der Reichsregierung unterbreiten, die ihrerseits an den weiteren Beratungen des Völkerbundes teilnehmen wird. Bereits am 17. Nov. d. J. tritt eine Europäische Konferenz des Völkerbundes zu diesen Beratungen zusammen. Man wird den Arbeiten dieser Konferenz Erfolg zu wünschen haben, damit in Bälde dieser weitere Fortschritt auf dem Gebiete der Rechtsangleichung, der der Wirtschaft zugute kommt, erzielt und damit auch ein weiterer Schritt im Bereich der Verständigung der Völker getan wird.

### Widerspruchsklage und Aussonderung.

Die Frage, ob der Sicherungseigentümer gegen Zwangsvollstreckungen die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. mit dem Ziel der Aufhebung der Pfändung erheben kann, oder ob er sich mit dem Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös nach § 805 ZPO. bescheiden muß, kommt nicht zur Ruhe. Neuerdings haben Wolff (ZB. 1930, 1470) und Kernert (ZB. 1930, 2763) wiederum versucht, mit voneinander abweichenden Argumentationen zu einer Lösung der Frage im letzteren Sinn zu gelangen. Die Widerlegung, die Kernert dem Wolffschen Gedankengang gibt, ist zu billigen. Wolffs Argumentation ist (abgesehen von anderem) schon zu konstruktiv und rechtstheoretisch, als daß sie Aussicht auf praktische Verwirklichung hätte. Aber auch die Ausführungen Kernerts müssen auf Widerspruch stoßen.

Man geht davon aus, daß mit dem Institut der Sicherungsübereignung Mißbrauch zum Schaden des Pfandgläubigers getrieben wird. Das ist an sich richtig. Es müssen jedoch vorweg verschiedene Fragen gestellt werden:

In erster Linie ist von Interesse, ob eine erhöhte Schädigung des Gläubigers gerade bei der Sicherungsübereignung eintritt, verglichen etwa mit den Rechtsverhältnissen bei Eigentumsverbehalt, Kommissionsware usw., bei denen der Aussonderungsanspruch in keiner Weise in Frage gestellt wird. Schon hier wird sich ergeben, daß der Unwille über die Auswirkungen der Sicherungsübereignung nicht in allen Teilen begründet ist. Sofern nämlich mit der Sicherungsübereignung schiebungsverdächtige Transaktionen vorgenommen werden, ist der geeignete Weg zur Abhilfe nicht die Konstruktion, derzufolge nur der Anspruch nach § 805 ZPO. gegeben werden soll; vielmehr müssen dann ausschließlich die Grundsätze des Anspruchsrechtes oder der Richtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. angewendet werden, wobei dem Gläubiger ja eine im Prinzip für ihn günstige Npr. des RG. zur Seite steht. Das spezifische Odium, dessen sich die Sicherungsübereignung heute erfreut, beruht also in mancher Hinsicht auf einer einseitigen Bläurichtung.

Wenn man jedoch davon ausgehen will, daß die Sicherungsübereignung der Pfändung gegenüber möglichst geringe Rechte gewähren soll, so ergibt sich die weitere Frage, ob die Beschränkung der Befugnisse des Sicherungseigners auf Ansprüche nach § 805 ZPO. den Sachverhalt praktisch in erheblichem Maß ändern könnte. Unbestreitbar ist allerdings, daß die Möglichkeit einer Versteigerung der sicherungsübereigneten Gegenstände die oft verbundene Absicht des Schuldners zu vereiteln. Die Frage aber, ob dem Gläubiger geholfen werden kann, ist damit noch nicht entschieden. Entweder ist der Erlös der betreffenden Gegenstände geringer als die Forderung des Sicherungseigners; dann bleibt dem Gläubiger auch bei Behandlung nach § 805 ZPO. kein Überschuß. Oder die Forderung des Sicherungseigners ist überdeckt, dann besteht schon heute die in der Praxis oft nicht genügend beachtete Möglichkeit der Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe der Gegenstände nach Befriedigung. Dieses Verfahren, das in Fällen, in denen bei einer Versteigerung ein Übererlös verbliebe, dem Gläubiger gleichfalls Befriedigung verschaffen muß, ist zwar kompliziert und nötigt den Gläubiger unter Umständen zu einer Klage gegen den Sicherungseigner; das ist allerdings ein Nachteil. Abgesehen aber davon, daß solche Nachteile bei Abwägung der Interessen zwischen Gläubiger und Sicherungseigner durchaus in Kauf genommen werden müssen, bietet das Verfahren auf der andern Seite dem Gläubiger Vorteile insofern, als er nicht auf den ja meist geringen Versteigerungserlös der Gegenstände angewiesen, sondern nach Herausgabe auf Grund der Pfändung des Rückübereignungsanspruchs wie ein Eigentümer in der Lage ist, die Objekte freifällig zu verwerten.

Diese Ausführungen scheinen nötig, weil Argumentationen, wie man sie bei Wolff und Kernert findet, jeweils für sich in Anspruch nehmen, daß sie ein ohne weiteres wünschenswertes Ziel erstreben. Das ist also schon im Hinblick auf den Gläubiger nicht der Fall. Darüber hinaus ist die Verschlechterung der Rechtsstellung des Sicherungseigners durchaus bedenklich. Schon heute bietet (bei der Npr. des RG. über „Knebelungs- und Gläubigerabsperrungsverträge“) die Sicherungsübereignung so wenig Garantien, daß die Kreditgewährung häufig in Frage gestellt wird.

Wenn nun Kernert zu der Anwendbarkeit des § 805 ZPO. auf einem Weg gelangt, der die Rspr. des RG. über die Behandlung der Sicherungsübereignung im Konkurs ausdehnen will, so ist dabei wohl folgendes übersehen worden:

Das RG. steht — wie gerade die von Kernert zt. Entsch. RG. 124, 73 = JW. 1929, 1878 ausweist — streng auf dem Standpunkt, daß die Sicherungsübereignung volles Eigentum verschaffe. Wenn das RG. im Sonderfall des Konkurses nicht einen Aussonderungsanspruch, sondern nur ein Aussonderungsrecht gewährt, so liegt das ausschließlich daran, daß es mit Recht davon ausgeht, im Konkurs müsse auch das Schuldverhältnis selbst geklärt und gelöst werden. Außerhalb des Konkurses ist das nicht möglich. So geht es etwa nicht an, daß eine vom Sicherungseigner gewährte Stundung ohne weiteres dann gegenstandslos wird, wenn die übereigneten Gegenstände gepfändet werden. Da zudem die Sicherungsübereignung auch für bedingte Forderungen — in der Praxis am häufigsten für Regressansprüche bei Bürgschaft — verwendbar sein muß, läßt sich die Lösung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Sicherungsgegner und Übereigner nicht durchführen. Wenn das Ergebnis dieser Rspr. des RG. ausgemerzt werden wird, so muß dabei vor allem diese dem Konkurs anhaftende Besonderheit berücksichtigt werden. Andernfalls ist für die Konstruktion des RG. kein Raum.

De lege lata muß es wohl bei der feststehenden Rspr. bleiben, die dem Sicherungseigner den Anspruch auf Aufhebung der Pfändung verleiht. De lege ferenda stehen verschiedene Möglichkeiten offen, deren eine — mit dem Ziel einer Kompromißlösung — ich in ZJP. 55, 179 ff. dargelegt habe. Wollte man darüber hinaus die Alternative zwischen der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. und der Befugnis nach § 805 ZPO. stellen, so spräche in Anbetracht der eingangs gemachten Ausführungen vieles dagegen, daß der bisherige Zustand im Sinne der Bestrebungen Wolffs und Kernerts geändert wird.

RA. Dr. R. Bauer-Mengelberg, Heidelberg.

### Verrechnung von Baudarlehen und Mietzins.

Es ist heute allgemein üblich, daß von Mietern von Neubauwohnungen Baudarlehen oder entsprechende Zahlungen verlangt werden. Diese Gelder dienen regelmäßig zur Deckung von Kreditbedürfnissen, für die dem Hauseigentümer am Kapitalmarkt keine Mittel mehr zur Verfügung stehen, weil er ausreichende dingliche Sicherung hierfür nicht gewähren kann. Die Mieter erblicken ihre Sicherung gewöhnlich in dem mehrjährigen Mietvertrag, den sie gleichzeitig abschließen und worin eine ratenweise Zurückzahlung des gegebenen Kapitals durch Verrechnung mit dem Mietzins vereinbart ist. Es ist deshalb wichtig, einmal zu prüfen, wieweit diese Sicherung eigentlich reicht.

1. Ohne weiteres versagt sie, wenn der Mietvertrag vorzeitig endet. Trotzdem wird sich der Vermieter regelmäßig nicht bereifinden, in jedem Falle der vorzeitigen Endigung des Mietverhältnisses auch das rückständige Kapital vorzeitig zurückzubezahlen, insbes. nicht im Falle der Kündigung wegen Vertragsverletzung des Mieters. Er käme sonst in die Zwangslage, zwischen der Duldung der Vertragswidrigkeiten des Mieters und der sofortigen Rückzahlung von größeren möglicherweise schwer zu beschaffenden Geldmitteln wählen zu müssen. Diese Bedenken sprechen vom Standpunkt des Vermieters gegen die Verrechnung der Kapitalzahlungen als Vorauszahlungen auf den Mietzins, da mit der Beendigung der Miete normalerweise nicht verbrauchte Vorauszahlungen sofort zur Rückzahlung fällig werden. Mindestens erfordert das Vermieterinteresse die Vereinbarung einer Klausel, wonach die nicht verbrauchten Vorauszahlungen erst im normalen Endigungstermin des Mietverhältnisses zur Rückzahlung fällig werden, wenn die Miete aus Gründen, die der Mieter zu vertreten hat, vorzeitig endigt.

Ist die Kapitalzahlung des Mieters als Darlehen gegeben worden, so empfiehlt sich umgekehrt die Vereinbarung einer Klausel, daß das Darlehen fällig wird, wenn die Mieter aus Gründen, die der Vermieter zu vertreten hat, oder infolge einer Zwangsversteigerung des Grundstücks vorzeitig endigt.

2. Im Falle des Verkaufs des Hauses behalten Vorauszahlungen auf die Miete oder Verrechnungsabreden auch dem Käufer gegenüber ihre Wirksamkeit, wenn sie im Mietvertrag selbst vereinbart wurden. So die herrschende Praxis vgl. RG. 94, 281; OLG. Hamm: JW. 1929, 3257; OLG. Karlsruhe v. 14. Juli 1930, IV ZBR 152/30; OLG. I Berlin: RWL. 1929, 119. Wegen der Stellungnahme der Literatur vgl. Staudinger, § 574 Anm. II 1 b, und Warner, § 573 Fußnote 10. Nach herrschender Meinung stellt § 574 BGB. lediglich einen Schutz gegen Überraschungen dar, er erklärt nachträgliche Verfügungen über den Mietzins für unwirksam, weil diese im Zweifel mit Rücksicht auf die Veränderungen der Eigentumsverhältnisse und zur Schädigung des neuen Eigentümers vorgenommen wurden. Eine solche Vermutung besteht nicht bezüglich der im Mietvertrag selbst vereinbarten Vorauszahlungen und Verrechnung.

Ebenso wie § 574 BGB. ist auch § 57 ZroVerfG. auszulegen, der ja ausdrücklich auf § 574 BGB. verweist. Der Steigerer hat also insofern dieselbe Stellung wie der freihändige Käufer.

3. Aber auch dem Zwangsverwalter und den Hypothekengläubigern gegenüber bleiben Vorauszahlungen und Verrechnungsabreden, die im Mietvertrag vereinbart sind, wirksam (so OLG. Karlsruhe a. a. O.). Dieses Urteil legt sich auch mit den Bedenken auseinander, die von Stillschweig: JW. 1930, 769 geäußert wurden. Daß durch solche im Mietvertrag vereinbarte Vorauszahlungen eine Schädigung des Realgläubigers eintreten kann, ist richtig. Nur kann man diese Schädigung nicht durch eine andere Entsch. der vorwürflichen Frage unmöglich machen. Solange der Grundstückseigentümer das Recht hat, die Höhe des Mietzins frei und mit Wirkung gegenüber den Realgläubigern zu bestimmen, nutzt es nichts, ihm das Recht zu bestreiten, im Mietvertrag die Verrechnung des Mietzins auf Vorauszahlungen oder Darlehen zu vereinbaren und solche Vereinbarungen den Realgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären. Das ist ein Minus gegenüber dem Rechte des Vermieters, den Mietzins herabzusetzen. Die Realgläubiger sind außerdem ohnedies nicht schutzlos. Durch Zwangsversteigerung können sie den vollen Nutzungswert des Grundstücks realisieren; denn der Steigerer, der sich durch Kündigung von jedem unbequemen Mietvertrag lösen kann, braucht bei seinem Gebot auf ungünstige Mietverträge keine Rücksicht zu nehmen. Da außerdem die Baudarlehen regelmäßig zu Investitionen im Grundstück verwendet werden, wird hierdurch auf der anderen Seite die Sicherung der Realgläubiger verstärkt. Gegen unläutere Ausnutzung dieser Möglichkeit der Vorauszahlung sind die Realgläubiger durch das AufG. geschützt. Auch erscheint eine analoge Anwendung von §§ 1133, 1135 BGB. zulässig.

Stillschweig will die Interessen an der Förderung des Wohnungsbaues durch Unterfützung des Instituts des durch Verrechnung mit der Miete gesicherten Baudarlehen bei der Gesetzesauslegung außer Betracht lassen, weil diese Interessen zur Zeit der Schaffung des BGB. noch nicht bekannt waren. Diese Ansicht ist nur von einem methodischen Standpunkt aus richtig, der nicht der herrschende ist. Wir fragen nach dem Sinn eines Gesetzes ohne Rücksicht darauf, ob seine Verf. diesen Sinn erkannt haben oder hätten erkennen können, und wir bejahen deshalb die Möglichkeit, daß bei Auftreten neuer praktischer Bedürfnisse sich frühere Auslegungen als unrichtig erweisen und sich ein neuer Sinn des Gesetzes zeigt.

4. Ebenso wie die vorerörterten Bestimmungen wird auch § 21 Abs. 2 RD. auszulegen sein mit Rücksicht auf die Übereinstimmung dieser Bestimmung mit den vorgenannten. § 21 Abs. 2 RD. ist als Ausnahmebestimmung eng auszulegen. Auch sie will die Konkursmasse nur davor schützen, daß der Vermieter nachträglich und im Zweifel mit Rücksicht auf den drohenden Konkurs Vorauszahlungen über den Mietzins vornimmt, die nicht schon im Mietvertrag selbst vorgesehen waren.

5. Selbst dann, wenn man § 21 Abs. 2 RD., wie hier gesehen, auslegt, bleibt es jedoch noch zweifelhaft, ob die Vereinbarung, wonach ein Baudarlehen durch Verrechnung mit dem Mietzins ratenweise zurückzuzahlen ist, im Konkurs wirksam bleibt. Das RG. hat in einer Entsch. v. 5. Jan. 1898: RG. 40, 120 ff. ausgesprochen, daß eine solche Abrede gegen § 55 Ziff. 1 RD. verstoße, der unabhängiges öffentliches Recht enthalte, und daß deshalb eine solche Abrede im Konkurs unwirksam sei. Mit dieser Begründung ging diese Ansicht auch in die Komm. über (vgl. Jäger, § 55 Anm. 2; Wenzel, § 55 Anm. 1). In der Rspr. sind allerdings dagegen Zweifel geäußert worden. Die RGEntsch. selbst erging im Gegensatz zur Entsch. der Vorinstanz, die offenbar aus Billigkeitsgründen zur entgegengesetzten Ansicht kam. Vgl. auch OLG. Hamburg: LZ. 1911, 82, wonach es einen Unterschied machen soll, ob der ganze Vertrag, durch den der Gemeinsschuldner Ansprüche erwirbt, berart von der Aufrechnungsvereinbarung abhängig gemacht wurde, daß er ohne dieselbe gar nicht abgeschlossen worden wäre, oder ob eine solche Abhängigkeit nicht bestand.

Die Frage, ob Verrechnungsvereinbarungen über künftige Forderungen im Konkurs wirksam bleiben, ist allgemein, losgelöst von der speziellen Frage der Baudarlehen zu stellen.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß expressis verbis diese Frage durch das Gesetz nicht geregelt ist. § 55 Ziff. 1 RD. erklärt gewisse Aufrechnungen für unzulässig, d. h. das durch einseitige Willenserklärung herbeigeführte Erlöschen zweier gleichartiger fälliger Forderungen. Hier dagegen steht zur Erörterung, ob die vertraglich vereinbarte Verrechnung zweier noch nicht fälliger Forderungen wirksam bleibt.

Auch das Argument des RG., § 55 Ziff. 1 RD. enthalte unabhängiges öffentliches Recht zum Schutze der Gläubiger, führt nicht weiter. Denn es kommt auf die Vorfrage an, was § 55 Abs. 1 unabhängigbar verbieten wollte, daß sich ein Gläubiger durch einseitige Willenserklärung befriedigt, nachdem er den Vermögensverfall des Schuldners erfahren hat und erst nach der Konkursöffnung etwas schuldig geworden ist, oder daß allgemein erst nach Konkursöffnung entfallende Massenforderungen der Gesamtgläubigerschaft entzogen werden. Stellt man die Frage so, so erscheint die RGEntsch. als unrichtig. Der Gemeinsschuldner kann vor Konkursöffnung in jeder Weise vertraglich über seine künftigen Forderungen verfügen und



ste insbes. mit Wirkung gegen den Konkursverwalter abtreten. § 55 Ziff. 1 KO. bezweckt also nicht, der Masse alle erst nach Konkursöffnung entstehenden Forderungen zu erhalten, sondern er will verhüten, daß diese Forderungen durch einseitige Erklärung eines Gläubigers nach Konkursöffnung der Masse entzogen werden. Ein Gläubiger soll dadurch, daß er nach Konkursöffnung etwas zur Masse schuldig wird, nicht nachträglich eine bessere Stellung erhalten können, als er zur Zeit der Konkursöffnung inne hatte. Daß ihm aber Rechte, die er vor Konkursöffnung an künftigen Forderungen bereits erworben hat, entzogen werden sollen, davon steht in § 55 Ziff. 1 KO. nichts. Eine vor Konkursöffnung getroffene Verrechnungsvereinbarung verstößt deshalb nicht gegen den Zweck des § 55 Ziff. 1 und enthält keine Umgehung dieser Bestimmung. Es gibt keinen vernünftigen Grund, warum es zwar im Konkurs wirksam sein soll, daß der Gemeinschuldner vor Konkursöffnung einem Gläubiger eine künftige Forderung zur Sicherung abtritt, daß aber andererseits die Verrechnungsvereinbarung über eine künftige Forderung unwirksam sein soll. Welchen Mißbräuchen man mit einer solchen lediglich Verrechnungsabreden treffenden Unwirksamkeit vorbeugen will, ist nicht zu sehen. Eine Gesetzesauslegung, bei der es lediglich von der zufälligen Formulierung der Verträge abhängt, ob ein und dasselbe wirtschaftliche Geschäft im Konkurs wirksam bleibt oder nicht, sollte man, wenn irgend möglich, vermeiden. Man glaube auch nicht, mit dem konstruktiven Einwand, eine Sicherungsabtretung wirke dinglich, die Verrechnungsabrede nur obligatorisch, die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen zu können. Solche Argumente sind nichtsfugend, sie enthalten im Vordersatz in anderer Formulierung lediglich dasselbe, was bewiesen werden soll. Mit demselben Recht wie die Behauptung, die Verrechnungsabrede wirke nur obligatorisch, läßt sich behaupten, sie wirke dinglich, die künftige Schuld des Gläubigers werde mit sofortiger Wirkung dem Gläubiger zur Verrechnung auf seine Forderung überlassen. Welche Konstruktion richtig ist, richtet sich danach, welche besser geeignet ist, die von der praktischen Vernunft geforderten Entsch. unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu begreifen, und nicht umgekehrt. Eine vor Konkursöffnung in unanfechtbarer Weise getroffene Verrechnungsabrede über bestimmt bezeichnete künftige Forderungen des Gemeinschuldners bleibt also trotz § 55 Ziff. 1 KO. im Konkurs wirksam. Handelt es sich dabei um Mietforderungen für Grundstücke des Gemeinschuldners, dann gilt dies im Hinblick auf § 21 Abs. 2 KO. nur, wenn die Verrechnung im Mietvertrag selbst vereinbart ist.

6. Die vorerörterte Frage der Wirksamkeit der Verrechnungsabrede trotz § 55 Ziff. 1 KO. wird auch praktisch im Vergleichsverfahren des Vermieters. Die VerglD. kennt keine dem § 21 Abs. 2 KO. entsprechende Bestimmung. Dagegen ist die Aufrechnungsbezugnahme in § 36, entsprechend der KO. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 55 KO. eingeschränkt, so daß es allein von der hier erörterten Frage abhängt, ob der Vaudarlehensgeber mit seiner Forderung dem Vergleich unterworfen ist, oder sie in voller Höhe zur Tilgung laufender Mietzinsen benutzen kann. Wollte man sich der hier vertretenen Auffassung über die Wirksamkeit der Verrechnungsabrede trotz § 55 Ziff. 1 KO. nicht anschließen, dann behielte im Vergleichsverfahren die Kapitalzahlung des Mieters und ihre Anrechnung auf den Mietzins ihre Wirksamkeit, wenn sie als Vorauszahlung auf den Mietzins bezeichnet wurde, die Verrechnung wäre aber unzulässig, wenn die Kapitalzahlung als Darlehen gegeben worden wäre, ein Ergebnis, das gewiß gleichfalls nicht befriedigend kann.

7. Falls nicht vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens eine Abrede über die Verrechnung von Vaudarlehen und Miete getroffen wurde, kann dann der Mieter trotz § 55 Ziff. 1 KO. wenigstens den Mietzins des laufenden Vierteljahres und, wenn das Vergleichsverfahren im letzten halben Monat eines Kalendervierteljahres eröffnet wurde, auch den Zins des folgenden Vierteljahres zur aufrechnungsweisen Tilgung seiner Darlehensforderung benutzen? In der KO. ist dies durch § 21 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Die VerglD. enthält keine entsprechende Bestimmung. Die Entstehungsgeschichte des § 36 VerglD. zeigt jedoch, daß dies lediglich auf einem Versehen beruht. In § 2 Abs. 2 des Entw. zur VerglD. (RD-Druckf. Nr. 2340, 1924/26) war eine spezielle, von der KO. abweichende Regelung der Aufrechnungsfrage vorgesehen gewesen. Man hat dann im Rechtsauschuß den jetzigen § 36 geschaffen zu dem ausgesprochenen Zweck, die Aufrechnungsfrage im Vergleichsverfahren ebenso wie im Konkurs zu regeln (vgl. Bericht des Rechtsauschusses RD-Druckf. Nr. 3430, 1924/27). Dabei übersah man jedoch, daß nicht nur der 6. Titel der KO. von der Aufrechnung handelt und daß im § 21 Abs. 2 eine Unterausnahme von § 55 Ziff. 1 enthalten ist. Es erscheint deshalb unbedenklich, auch § 21 Abs. 2 Satz 2 KO. im Vergleichsverfahren anzuwenden, obwohl darüber in der VerglD. nichts steht. Eine sachliche Begründung für eine unterschiedliche Behandlung läßt sich nicht finden.

N. Dr. Karl Abenheimer, Karlsruhe.

## Vereinigungen.

### Darmstädter Juristische Gesellschaft.

N. Prof. Dr. Karl Geiler, Mannheim-Heidelberg:  
„Grundzüge der neuesten Entwicklung des deutschen Privatrechts.“

Die Rechtsentwicklung eines Volkes ist nichts Selbständiges, ist nicht ganz auf sich gestellt. In ihr wird die gesamte Dynamik des kulturellen und sozialen Daseins einer Volksgemeinschaft wirksam und deutlich. So führt zu der Problematik unserer Zeit die Linie von der einheitlichen Geistes- und Kulturwelt des Mittelalters, die im Rechte sich als eine Periode starker gewissenshafter Gebundenheit, als die Zeit des durch die Einführung in die Gemeinschaft storken Gemeinschaftsmenschen darstellt, über die mit Renaissance und Humanismus einsetzende Epoche einer Individualisierung der Rechtsverhältnisse. Die mittelalterlichen Gestaltungsprinzipien weichen mehr und mehr. Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts setzen sich auf rationalistischer und liberalistischer Grundlage die Grundätze der Vertrags-, Gewerbe- und Konkurrenzfreiheit endgültig durch. Die heutige Zeit zeigt eine Auflockerung der ausschließlichen Geltung dieser individualistischen Prinzipien. Das Individualrecht entwickelt sich zum Sozialrecht. Der einzelne tritt in eine Sphäre neuer Gebundenheiten. Zugleich wird durch die Ausdehnung der staatlichen Macht und die natürliche Entwicklung der sozialen und kulturellen Verhältnisse die Freiheitsphäre des Einzelnen auch von außen her immer mehr eingebremst.

Daraus ergibt sich das Auftauchen gänzlich neuer Rechtsgebiete, insbes. auf dem Gebiet des Verbandsrechts, wie Konzernrecht oder Kartellrecht. Zum weiteren folgt daraus in einzelnen eine Beschränkung der Gültigkeit der oben erwähnten drei Grundätze. Die Vertragsfreiheit muß in weitem Umfang dem Organisationszwang weichen. Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag sind umstrittene Probleme. Die wirtschaftliche Ellenbogenfreiheit des Einzelnen findet immer mehr ihre Grenze in der Rücksichtnahme auf Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft; sie lernt in stärkerem Maße, zumal im Wettbewerbsrecht, die Entfaltungsmöglichkeit des anderen achten. In gleicher Weise äußert sich die Einschränkung der Prinzipien der Gewerbe- und der Konkurrenzfreiheit. Völlig neue sozialrechtliche Probleme tauchen auf. Die Frage der Auswirkung der wirtschaftlichen Machtstellung, insonderheit der privaten Monopolmacht, das Beherrschungsproblem im Verbandsrecht werden bedeutsam. Eine neue

Ethisierung der Rechtsauffassung gibt dem Ganzen zudem dank der Berücksichtigung der Gemeinschaftsinteressen eine besondere Note. Der Eigentumsbegriff wandelt sich (vgl. Art. 153 ABer.). Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts spiegeln sich im Recht der Betriebsvertretung und im Recht des Tarifvertrags und der Zwangsschlichtung die gleichen Entwicklungsgänge. Der Übergang vom Individualrecht zum Sozialrecht, der allem zugrunde liegt, führt auch zu neuer Verteilung der rechtsgebenden Funktionen. Sie liegt nicht mehr allein bei dem Gesetzgeber oder der staatlichen Verordnungsgewalt, in wachsendem Umfang ist sie dem Verband verliehen; auch dem Richter fließt sie zu, dessen Macht bei der Komplizierung der Verhältnisse gestärkt wird und gestärkt werden muß.

Zu verzeichnen ist als zweites eine Entnationalisierung des Rechts. Die Zusammengehörigkeit von Leben und Kultur, ihr gegenseitiges Sichern wird neu erkannt. Rechtsstatistenforschung und größeres Achten auf die tatsächliche Feststellung im konkreten Fall des einzelnen Rechtsstreits machen die Rechtspraxis lebensnäher und lebens echter. Eine weitgehende Entformalisierung des Rechts wirkt zunächst aus dem Steuerrecht herüber. Sie droht allerdings auch eine gewisse Rechtsunsicherheit hervorzubringen, weil sozialökonomische, -ethische und -politische Momente hereinspielen. Aus allem ergibt sich die Übergangsfähigkeit unseres heutigen Rechts, die verschiedensten Prinzipien und Entwicklungsreihen stoßen aufeinander. Der Richter muß auswählen und einen Ausgleich suchen, so daß seine Entsch. oft mehr einem Verwaltungsakt als einem Urte. ähneln.

All das wirkt sich selbstredend auch in der Rechtsmethodik und der Rechtsphilosophie aus. Die starre Scheidung zwischen der Seinswelt und der Rechtswelt, wie sie etwa noch Kelsen vertrat, weicht einer rechtssoziologischen Auffassung, die sich des Zueinanderstehens beider bewußt ist. Nur um das Maß der Stoffbestimmtheit der Rechtsidee ist letzten Endes noch Streit. Aus allem ergibt sich aber weiterhin die Notwendigkeit grundlegender Umstellung der Ausbildung unserer Juristen. Einblick in die wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhänge der Zeit müssen ihnen bei ihrer wirtschaftlichen und praktischen Ausbildung in ganz anderer Weise wie früher zuteil werden.

(Mitgeteilt von N. Dr. S. Neuschäffer, Darmstadt.)

# Schrifttum.

## **Hag Hachenburg: Lebenserinnerungen eines Rechtsanwalts.** Neue-Brücke-Verlag GmbH., Düsseldorf.

I. Bgl. JW. 1927, 2612.

II. Karl Marx hat i. J. 1845/46 in seinen Thesen über den Philosophen Ludwig Feuerbach den berühmt gewordenen Satz formuliert: „Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert, es kommt aber darauf an, sie zu verändern.“ Hachenburg, über dessen vorbildliches juristisches Wirken das Ehrendoktoratdiplom der Heidelberger staatswissenschaftlichen Kommission v. 22. Nov. 1929 feststellt, daß er „mit seinem Verständnis für die Bedürfnisse der Wirtschaft das Handelsrecht tief durchforscht hat und die gesellschaftlichen Vorgänge und Tatsachen mit überlegener Weisheit beobachtet und beleuchtet“, hat in seinen „Lebenserinnerungen“ in seiner bescheidenen und vornehm zurückhaltenden Art wertvolle und interessante Einblicke in die juristische Konzeption und Ausarbeitung seiner wissenschaftlichen Hauptwerke gegeben, gewissermaßen einen persönlichen Kommentar zum sachlichen Kommentar. Mit am bedeutungsvollsten sind dabei die Ausführungen über das Grundprinzip, das ihn von jungen Jahren an durch seine ganze Praxis und seine wissenschaftliche wie öffentlich-rechtliche Tätigkeit hindurch, vor Gericht wie bei der literarischen Arbeit, im Vorstand von Anwaltskammer und Anwaltsverein wie im juristischen Examinatorium und im Reichswirtschaftsrat geleitet hat, nachdem er es einmal auf Grund seiner juristischen, historischen und philosophischen Studien als das Richtige erkannt hatte, daß nämlich „das Recht sich darstellt als die geordnete Wirtschaft, das nur aus ihr verstanden werden kann, und daß daher das Zivilrecht nur von dem erklärt werden kann, der selbst im Wirtschaftsleben steht... Wenn ich mich selbst in eine bestimmte Gruppe einreihen müßte, so würde ich mich als Wirtschaftsjuristen bezeichnen“ (Lebenserinnerungen S. 160 ff.). Hachenburg war damit auf Grund seiner selbständigen Forschungen und Feststellungen zu dem gleichen wissenschaftlichen Ergebnis gelangt, wie es Karl Marx 1859 in dem Vorwort „zur Kritik der politischen Ökonomie“ in den bekannten Worten zusammengefaßt hatte, daß die Wirtschaft, d. h. „die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis bildet, worauf sich der juristische und politische Überbau erhebt... und daß mit der Veränderung der ökonomischen Grundlage sich der ganze ungeheure Überbau langsamer oder rascher umwälzt“ (Marx, Stuttgarter Ausgabe 1897 S. XI). Hachenburg kleidet diese Erkenntnis in die Worte: „Unsere Wirtschaft war fortgeschritten. Sie forderte, daß das Gesetz ihr folge... Unwillkürlich ergab sich das Gebot, das Alte wie das Neue mit den Anforderungen des Lebens in Verbindung zu setzen. Ich erkannte immer mehr, daß das ganze Zivilrecht nicht Selbstzweck, sondern Ordnung des Verkehrs sein muß. Andernfalls bleibt es ein toter Buchstabe“ (Lebenserinnerungen S. 162 und 163).

Auf diese Weise ist Hachenburg einer der ersten und hervorragendsten Führer der deutschen juristischen Welt auf dem Wege der neuen Rechtsentwicklung geworden, aber damit gleichzeitig auch ein Führer auf dem Gebiet der Wirtschaftsentwicklung, nicht nur durch eine den Bedürfnissen des Verkehrs und der Wirtschaft entsprechende, rückständige Anschauungen und Hemmnisse aus dem Wege räumende moderne Interpretation der vorhandenen Rechts- und Wirtschaftsinstitutionen, sondern vor allem auch durch das Aufzeigen neuer Wege und neuer Möglichkeiten veränderter Betätigung und veränderter Gestaltung, und damit die Veränderung und Modernisierung der Wirtschaft selbst unmittelbar fördernd. „Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert, es kommt aber darauf an, sie zu verändern.“

Hachenburg hat so den Beweis geliefert, daß er als Rechtsanwalt und Mann der Wissenschaft nicht nur ein hervorragender „Wirtschaftsjurist“ ist, wie er sich selbst nennen wollte, sondern gleichzeitig ein Führer auf dem Gebiete der fortschreitenden Wirtschaftspolitik und der schaffenden Technik, insofern gerade die letztere ebenfalls ständig daran arbeitet, die Welt nicht nur zu interpretieren, sondern sie zu verändern, und täglich und stündlich die ökonomische Struktur der Weltwirtschaft, die reale Basis, auf der sich der juristische und politische Überbau erhebt, tatsächlich umarbeitet und verändert. Hierin liegt ja schon dem historischen Ursprung nach die Urbedeutung des Wortes Technik: Die griechische „techné“ bedeutet ja keineswegs bloß, wie wir gemeinlich annehmen, den Inbegriff der künstlerischen und kunstfertigen Reproduktions- und Umgestaltungstätigkeit in mechanischen und wissenschaftlichen Dingen, sondern in ihr wohnt, entsprechend ihrer griechischen Sprachwurzel „tek“ (vgl. Wenseler, 6. Aufl., 1879, S. 817), der Wille und die Kraft

des „Erzeugens“, des Neuschaffens von Kindern („tekna“) aller Art, materiellen und geistigen, der Wille und die Kraft zu einer ständigen Veränderung und Neugestaltung der Welt, wie dies auch Hachenburg selber speziell auf dem Gebiete der künstlerischen und Gestaltung mit der Vergleichen der Werke der Architektur und des Kunsthandwerks einerseits, der Kunstwerke juristischer Tätigkeit in wissenschaftlichen Aufsätzen, Rechtsgutachten, Verträgen, Prozeßschriften andererseits an der „Technik“ rühmt (Lebenserinnerungen S. 173). Der „Techniker“ ist daher begrifflich nicht nur ein kunst- und fachverständiger Mann seines Faches, sondern der „Erzeuger“, der Erschaffer des Neuen auf allen Gebieten des Lebens. So gehen Neues schaffende Technik und Neues schaffende Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung seit Jahrtausenden den gleichen Menschheitsweg nebeneinander, und es ist kein Zufall, sondern nur ein Zeichen der tiefen inneren Zusammengehörigkeit, daß das älteste Weisheitskollegium, von dem wir bestimmte Kunde haben, das altrömische collegium pontificum, ein Kollegium von Technikern und Juristen war, wobei die Ersteren, die Wege- und „Brückenbauer“ des römischen Überstromlandes, dank der Wichtigkeit ihres Amtes und der Bedeutung ihres technischen, naturwissenschaftlichen und volkswirtschaftlichen Wissens und Könnens sogar dem ganzen Kollegium dauernd ihren eigenen technischen Namen auftragen konnten (vgl. Mommsen, Röm. Geschichte, I, 9. Aufl., 1903, S. 169).

Heute erst recht gibt es kein Gebiet des Lebens, wo nicht Technik und Rechtswissenschaft sich durchdringen, die Technik ständig dabei, die Gestaltungen für die Grundlagen des Wirtschaftslebens zu verändern, die Rechtswissenschaft die Hindernisse und Hemmnisse für die fortschreitende wirtschaftliche Entwicklung zu beseitigen und den juristischen „Überbau“ seiner sich ständig verändernden realen Basis entsprechend umzugestalten und neu zu gestalten. In diesem Sinne ist auch der schaffende Jurist, insbes. der Rechtsanwalt, dazu berufen, ein „Techniker“ zu sein, nicht nur als ein kunst- und fachverständiger Mann seines Faches, sondern als ein Erzeuger, ein Neuschaffender neuer Gestaltungen und neuer Wege des Rechts- und Wirtschaftslebens. Als ein solcher Mittler zwischen Technik und Rechtswissenschaft, als Führer auf dem Wege der Wirtschafts- und Rechtsentwicklung wird Hachenburg seinen ruhmvollen Platz in der wissenschaftlichen Welt und im Gedächtnis der kommenden Generationen sich bewahren.

RM. Dr. Diez, Karlsruhe.

**Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs.** I. Band: Allgemeine Einleitung und §§ 1—104. 3. Auflage, erläutert von Dr. Karl Geiler, Rechtsanwalt in Mannheim und Universitätsprofessor in Heidelberg; Dr. Viktor Hoeniger, Reichsgerichtsrat in Leipzig; Dr. Julius Lehmann, Rechtsanwalt und Universitätsprofessor in Frankfurt a. M. Mannheim 1930. Verlag J. Bensheimer. Preis 30 M., geb. Halbl. 36 M.

Siehe Aufsatz Endemann oben S. 2892.

**Dr. Walter Hamel: Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft.** Bonn 1928. Verlag Röhrscheid.

Der Verf. sucht die altumstrittene Frage zu lösen, ob die OHG eine Gesellschaft oder eine juristische Person ist. Er meint, sie sei beides: seinem Ergebnis kann ich nicht beistimmen.

Nach einer kritischen Auseinandersetzung mit Gierke (Vertreter der Gesellschaftstheorie), Kohler (OHG ist juristische Person), Wieland, Jaeger, Gaff und Schönfeld (Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit) erstellt Verf. seine Konstruktion.

Er geht aus vom Gegensatz zwischen dem verschlachten, nach außen stets als Einheit hervortretenden und als Subjekt anerkannten Betrieb des Handelsgewerbes und der Vielheit der Gesellschafter der OHG.

Für eine einwandfreie Beantwortung des von ihm gestellten Problems sieht er die Hauptschwierigkeit in den gegensätzlichen Tendenzen der §§ 124 I u. 105 HGB; während § 124 I klar die Rechtsfähigkeit der OHG anerkennt, betone ebenso eindeutig § 105 ihren Charakter als Gesellschaft. Verf. erblickt in § 105 die Norm, in § 124 die Ausnahme davon. Um eine Synthese zu finden, will er den Sinn und Inhalt des § 124 einschränken: Die OHG könne wohl als Subjekt Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen; was sie aber erwirbt oder wozu sie sich verpflichtet, das gehe zugunsten oder zu Lasten der Gesellschafter. § 124 übertrage also der

D.Ö. ein eigenes Verwaltungsrecht hinsichtlich des fremden Vermögens der Gesellschafter und verleihe ihr in diesem Umfang Rechtssfähigkeit, soweit es sich allgemein um die rechtsgeschäftliche Betätigung handle.

Eine weitere Ausnahme von dem Charakter der D.Ö. als einer Gesellschaft erblickt Verf. in der Regelung der Haftung der Gesellschaft neben der D.Ö. für die Verbindlichkeiten der letzteren. Auch aus § 128 HGB. folgert er als Ausnahme von der Grundregel, daß die D.Ö. in bestimmten Fällen rechtsfähig sein kann.

Diese Spaltung der D.Ö., daß sie normal als Gesellschaft, ausnahmsweise aber als Rechtssubjekt anzusehen sei, sucht Verf. mit vielen Analogien zu stützen. Er verweist auf § 50 II ZPO., auf die Verwaltung fremder Vermögensmassen, auf Fideikomisse; aus der gesetzlichen Behandlung der D.Ö. im Grundbuchverkehr, Konkurs und Prozeß meint er ebenfalls keine Ansicht fördern zu können. Da- bei verkennt er nicht, daß die beigezogenen Analogien oft nicht auf den von ihm abgehandelten Fall passen; er lehnt manchmal ausdrücklich, aber rechtlich aus jenen analogen Fällen die Neuanwendung auf die D.Ö. zu ziehen.

Besonders stark verteidigt Verf. seine Konstruktion mit dem Hinweis, daß sie der Verkehrsauffassung entspreche, weil diese im „Betrieb“ stets ein verächtliches Subjekt sehe, soweit es sich um die Tötung von Rechtsgeschäften handle; auch die Urteile des RG. 106, 172 (Teilstreik) und 108, 20 = JW. 1924, 681 (Kartellakt) zieht er bei.

Aber man kann dem Verf. nicht folgen bei diesem Versuch einer Spaltung der rechtlichen Natur der D.Ö. Nur der Gesetzgeber kann ihr Rechtsfähigkeit verleihen. Wenn das Gesetz sie deutlich als Gesellschaft behandelt, so geht es nicht an, sie durch Klitterung einzelner dem Verkehrsbedürfnis entsprossener Bestimmungen in diesen Fällen zum Rechtssubjekt zu stempeln. Wenn der geniale Josef Kohler die D.Ö. als juristische Person betrachtet und den entgegengegesetzten Willen des Gesetzgebers als ganz gleichgültig bezeichnet, so wird ihm vom Verf. tabelnd gesagt, solche Vernachlässigung des Gesetzes könne nicht zu einer klaren Erkenntnis des Rechts führen.

Verf. selbst nähert sich stark der Wielandschen Theorie, deren Gesetzesauslegung er verwirft.

Aber auch sein Weg kommt an den Schranken des geltenden Gesetzes nicht vorbei, ohne daß er gewaltsam Teile davon so lange lockert und anders einfügt, bis sie seiner Richtung Raum geben.

Deshalb scheint mir der — logisch erdachte und folgerichtig durchgeführte — Untergrund der Konstruktion ebensowenig annehmbar wie das Ergebnis, zu dem er gelangt. Einen Zwitter künstlich zu schaffen, besteht kein Anlaß.

Aber trotzdem: Die Arbeit Hamels als solche ist von Interesse und von Wert.

M. Dr. Max Homburger, Karlsruhe.

**Otto Mainzer: Gleichheit vor dem Gesetz. Gerechtigkeit und Recht.** Entwickelt an der Frage: welche Gewalten bindet der Gleichheitssatz in Art. 109 I RVerf.? Berlin 1929. Julius Springer. VII, 126 S. Preis 6,90 M.

Das vorliegende Buch behandelt, wie der sachkundige Leser schon aus dem Titel ersieht, ein sehr aktuelles Problem; eines, das zu den am hellsten brennenden Fragen der heutigen Staatsrechtswissenschaft gerechnet werden muß. Art. 109 I RVerf. proklamiert: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.“ Dieser Satz war, als ihn die Nationalversammlung in ihren Verfassungstext aufnahm, nicht neu. Er ist eines der vielen Stücke des altliberalen Gedankengutes, die man damals, in unverminderter Hochschätzung ihres Wertgehaltes in die neue Ordnung der Dinge mit hinübernahm. Der Grundsatz der Gleichheit aller „vor dem Gesetze“ erscheint schon in fast allen konstitutionellen Verfassungen des 19. Jahrh., den deutschen und ausländischen. Was bedeutet der Satz in Art. 109 I? Ist er so aufzufassen, wie ihn die deutsche Wissenschaft und Staatspraxis der Vorkriegszeit und noch in den ersten Jahren der Republik einstimmig aufgefaßt hat: als eine Vorschrift, die sich lediglich an die gesegamwendenden Faktoren — Gerichte und Verwaltungsorgane — richtet, indem sie dieselben zu willkürfreier, unmaßstächtiger („ohne Ansehen der Person“), in diesem Sinne „gleicher“ Anwendung des Gesetzes verpflichtet? Oder bedeutet er noch mehr und anderes: wendet er sich nicht nur an den, der das Gesetz vollzieht, sondern auch an den, der es gibt, an den Gesetzgeber, derart, daß er ihm verbietet, Normen zu schaffen, die in irgendeiner Hinsicht das Merkmal der „Ungleichheit“ an sich tragen? Bedeutet Art. 109 I Rechtsanwendungsgleichheit, oder, weiter ausgreifend, materielle Rechtsgleichheit, d. h. ein den Gesetzgeber bindendes Verbot aller Ausnahmegesetze, Privilegien, Sonderrechtsbildungen? Fordert er „gleiches Recht für alle“?

Die Rechtswissenschaft (es ist hier nur von der deutschen die Rede) vertrat noch vor wenigen Jahren, wie angedeutet, einhellig den ersten dieser Standpunkte. Dem zweiten erwuchs (aus Anlaß eines konkreten Rechtsfalles) erst 1924 in Heinrich Triepel ein Verteidiger, der mit seiner Ansicht, daß Art. 109 I auch den Gesetzgeber (nicht nur den Landes-, sondern auch den

Reichsgesetzgeber) binde, indem er ihm verbiete, Gleiches ungleich zu behandeln, in überragendem Maße Schule machte. Dies so sehr, daß einer der eifrigsten und beredtesten dieser Schüler, Gerhard Leibholz, schon behauptet (ArchStR. 18, 254), die von ihm und anderen für richtig gehaltene Meinung sei nunmehr „herrschend geworden“. Ob das zutrifft, lasse ich dahingestellt. Ob eine Meinung „herrschend“ ist, bemißt sich nicht nach der bloßen Zahl ihrer Anhänger. Wenn man aber, nach berühmten Rezept, die Stimmen nicht zählen, sondern wägen will, wäre zu fragen, wie und von wem hier gewogen werden soll. Und schließlich: muß eine wissenschaftliche Meinung schon deshalb, weil sie „herrscht“, richtig sein? Ich meinerseits kann das im vorliegenden Falle — geleht, daß die behauptete Herrschaft tatsächlich vorhanden wäre — nicht zugeben, bekenne mich vielmehr auch heute noch zu der von mir an anderer Stelle (Komm. z. RVerf., 10. Aufl., S. 461 ff.; Veröffentl. b. Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Bd. 3 S. 47 ff.) vertretenen, jetzt angeblich überwundenen „alten Meinung“ (Rechtsgleichheit, keine Bindung des Gesetzgebers durch Artikel 109 I), freue mich über die gleichgerichtete Einstellung des StGH. für das Deutsche Reich (RG. 122, Anh., 35, 36; 127, Anh., 43) und begrüße es mit Genugtuung, daß dieser alten Meinung in Gestalt des Verf. der hier zu besprechenden Schrift ein neuer, jugendlicher, aber deshalb und auch sonst nicht gering zu schätzender Verteidiger erstanden ist.

Mainzers Schrift ist eine Anfängerarbeit (Frankfurter Dissertation, von der dortigen Fakultät, wie ich feststellen konnte, mit einem für den Verf. sehr ehrenvollen Urteil approbiert), die für eine künftige wissenschaftliche Tätigkeit viel Gutes erhoffen läßt. Ihr Hauptverdienst besteht, vorweggenommen, darin, daß Mainzer alles, was sich auf die zahlreichen, z. T. zweifellos gewichtigen Argumente der „neuen Meinung“ (so möchte ich sie nennen, nicht, mit Leibholz, die „herrschende“) erwidern lassen, zusammenfaßt. An einer solchen Zusammenfassung, einer erschöpfenden Apologie der alten Meinung hatte es bisher gefehlt, und schon deshalb ist das Buch, gleichviel, wie man sich zu der großen Streitfrage stellt, als eine Verbollständigung, somit als eine Bereicherung der Literatur zu bezeichnen.

Daß das Buch im Lager der Gegner keine Freude erregen würde, war zu erwarten. Der Verf. mußte sich auf scharfe Erwidrerungen gefaßt machen, die dann auch nicht ausgeblieben sind (vgl. insbes. die umfangreiche Besprechung von Leibholz: ArchStR. 18, 254 ff.). In einem Punkte muß ich Leibholz zustimmen: insofern, als diese sich über Mainzers Kampfweise und über den Ton, der an manchen Stellen des Buches angeschlagen wird, beschwert. Mainzer liebt es (was ihm auch schon von anderer Seite gesagt worden ist: Schiffer: DZ. 35, 635), sich in Kraftausdrücken zu ergehen, in Wendungen, die auf den Gegner mehr aufreizend als überzeugend wirken dürften (einige Proben: „unreine Denkart“ [S. 6], „vielleicht gutgläubige Erschleichung“ [S. 14], „dem Positivisten wird einfach vorgemacht . . .“ [S. 55], „pseudowissenschaftlich“ [S. 106], „Gänsefüßchenrecht“ [S. 114]). Nicht unbedenklich darf ferner bleiben, daß Mainzer oft nicht sowohl die Ansicht seiner Gegner als deren Absicht sählt, indem er ihnen bewußt verfassungsfeindliche gegenrevolutionäre Gesinnungen unterschiebt (vgl. S. 112, 119 u. a.). Verf. würde sich nichts vergeben und seiner Sache nur genützt haben, wenn er an den bezeichneten und anderen Stellen seines Buches das suaviter in modo mehr als geschehen beherzigt hätte.

Indessen sind diese formalen Mängel für das Gesamturteil über den gedanklichen Inhalt und Wert der Arbeit selbstverständlich nicht entscheidend. Zusammenfassend ist zu sagen, daß es Mainzer gelungen ist, die juristische Unhaltbarkeit und die politische Bedenklichkeit der neuen Lehre überzeugend darzutun. Vom juristischen Standpunkt aus ist gegen die neue Meinung namentlich folgendes einzuwenden: 1. Die von Mainzer sorgfältig dargestellte Entstehungsgeschichte läßt in keiner Weise erkennen, daß man mit Art. 109 I irgend etwas anderes gewollt habe, als das, was bis dahin allgemein als Sinn der „Gleichheit vor dem Gesetze“ angesehen wurde, d. h. eben die Rechtsanwendungsgleichheit. An die von Triepel und seinen Anhängern aufgebrachte neue Meinung hat in Weimar niemand gedacht. Wie will man beweisen, daß der Gleichheitssatz seitdem einen „Bedeutungswandel“ in der Richtung der neuen Meinung erfahren habe? Soll sich etwa ein die neue Meinung stützendes Gewohnheitsrecht gebildet haben? Dafür müßten doch Tatsachen angeführt werden. Das ist bisher nicht geschehen. 2. Wo die RVerf. nicht bloße Gleichheit vor dem Gesetze, sondern Gleichheit des Gesetzes, materielle Rechtsgleichheit fordert, da hat sie es ausdrücklich gesagt (vgl. Art. 17, 22, 105, 106, 109 II, III, 110 II, 113, 119 I, 121, 128 I, II, 134, 136, 146 I usw. [Anschütz, Komm., S. 460]). Diese Einzelvorschriften wären völlig überflüssig, wenn sie nichts anderes enthielten als bestätigende Spezialisierungen des Art. 109 I. 3. Betrachtet man die neue Meinung und ihre Begründungen genauer, so zeigt sich, daß man sich da vielfach nur äußerlich und formal auf den — irrtümlich ausgelegten — Art. 109 I stützt. Die eigentliche Operationsbasis ist nicht Art. 109 I, also ein positiver

Rechtssatz, sondern eine von den meisten (nicht allen) Anhängern der neuen Meinung geglaubte (es handelt sich in der Tat nicht um Wissen und Erkenntnis, sondern um einen Glauben) überpositive Norm, einen Naturrechtssatz, der besagen soll, daß Gesetze nur gültig sind, wenn sie nicht sowohl dem Gedanken der „Gleichheit“ als dem der Gerechtigkeit und zwar einer absoluten Gerechtigkeit: Mainzer S. 25 ff., 48) entsprechen. In rechtslogisch unzulässiger Weise wird die Idee der Gleichheit mit einer anderen, allgemeineren „Gerechtigkeit“ vertauscht und unterstellt, daß mit „gleich“ i. S. des Art. 109 I „gerecht“ gemeint sei. Der Gleichheitssatz wird mit erstaunlicher Bedenkenlosigkeit so gedeutet, als lautete er etwa: „alle Gesetze müssen gerecht sein.“ Und zur Begründung dieses Nüssens braucht man Art. 109 I im Grunde gar nicht — das „Naturrecht“ genügt! Sapienti sat: dem Kundigen ist das Wesen dieser ganzen Argumentation sofort ersichtlich. Die neue Meinung ist nichts anderes als ein Wieder-aufleben von Rechtsanschauungen, die man noch vor kurzem tot geglaubt hatte: eine Wiedergeburt des Naturrechts. Mainzer sieht das, und zwar sehr klar. Er geht in der Kritik seiner Gegner sozusagen aufs ganze, er sucht ihre Operationsbasis zu vernichten, und so wird sein Buch von selbst zu einer ebenso energiegelassen wie gründlichen und m. E. erfolgreich durchgeführten Polemik gegen die neunaturrechtliche Gedankenrichtung, die wir hier vor uns sehen. Daß diese Polemik vielfach mit Geisteswaffen arbeitet, die schon vor Jahrzehnten Bergbohm in seinem bekannten Kampf gegen die naturrechtliche Ideologie verwendet hatte, wird man Mainzer nicht vorwerfen wollen, denn Bergbohm war „ein guter Meister“, und sein glänzendes Buch „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ (1892) verdient mehr gelesen zu werden als es der Fall ist; es ist heute wieder recht aktuell geworden. Immer wieder muß auf den Grundirrtum aller Naturrechtsdoktrinen (alten und neuen Stils) hingewiesen werden: auf die Verwechslung von Recht und Rechtsidee (Gerechtigkeit), von Wirklichkeit und Wunsch. Mainzer besorgt diesen Hinweis gründlich, und wenn er die von jenem Irrtum beherrschte Ideologie als „Wunschrechte“, „Wunschrechtseinbruch“ (in das positive Recht) bezeichnet, so ist gegen diese drastischen Ausdrücke nichts einzuwenden, denn sie treffen den Kern der Sache.

Die neue Meinung unterliegt, wie bereits angedeutet, auch politisch — rechts- und staatspolitisch — den schwersten Bedenken. Würde sie sich in der Rpr. (was vorerst nicht zu befürchten ist) durchsetzen, so müßte darauf gebrungen werden, sie durch eine entsprechende authentische Auslegung des Art. 109 I wieder zu enturzeln. Was die neue Meinung bedeutet und worauf sie hinausläuft, ist von Mainzer scharf erkannt. Der Richter (jeder Richter!) soll befugt sein, nicht nur Landesgesetze, sondern — vermittelt des vom RG. leider anerkannten richterlichen Prüfungsrechts — auch Reichsgesetze auf ihre „Gerechtigkeit“ zu prüfen und Gesetze, die diese Prüfung nicht bestehen, für nichtig zu erklären. Damit wäre der Diener des Gesetzes zu dessen Herrn gemacht, und es müßte gefragt werden, welchen Sinn der Verfassungssatz (Art. 102), der den Richter dem Gesetz unterwirft, dann noch haben soll. Die rechtssetzende Gewalt wäre unter die Kontrolle der rechtsanwendenden gestellt — eine Kontrolle, deren Schrankenlosigkeit nicht verschleiert werden dürfte durch „beruhigende“ Behauptungen, wie die, daß sie ja nicht willkürlich, sondern nur nach „objektiven Maßstäben“ gehandhabt werden dürfe. Solche objektiven Maßstäbe sind ja in Wahrheit gar nicht vorhanden; wer das Gegenteil behauptet, setzt sich, um einen Ausdruck Thomas (S. d. Staatsrechtslehre a. a. O. S. 59) aufzunehmen, mit einer befremdlichen „Harmlosigkeit“ über die Tatsache hinweg, „mit welcher unverföhnlichen Gegensätzlichkeit sich heute alle Wertmaßstäbe gegenüberstehen“. Der von der neuen Meinung bekämpfte „Absolutismus des Gesetzgebers“ würde einfach durch einen anderen Absolutismus ersetzt werden: durch den des Richters. Und die staatsnotwendige Eindämmung dieses Absolutismus würde weiterhin, unausbleiblich, zu einer höchst unerfreulichen und beklagenswerten Erscheinung führen: zur Politisierung der Justiz, d. h. zur Befestigung der richterlichen, insbes. der höchstgerichtlichen Ämter nach politischen Gesichtspunkten. Dränge die neue Meinung durch, dann müßte die Staatsleitung bei Ernennung der Richter sich dreimal überlegen, wessen sie sich von dem zu Ernennenden zu versehen hat. Das Endergebnis wäre nicht sowohl die Erhöhung des Richters über das Gesetz, als seine Erniedrigung zu einem willfähigen politischen Organ, die tatsächliche Vernichtung seiner Unabhängigkeit. Auch dies ist von Mainzer treffend hervorgehoben (S. 120, 121). Caveant consules!

Ges. JK. Prof. Dr. Gerhard Anschütz, Heidelberg.

**Martin David: Studien zur heredis institutio ex re certa im klassischen römischen und justinianischen Recht.** Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 44. Leipzig 1930. Theodor Weicher.

Der bereits durch andere Arbeiten im Gebiete der antiken Rechtsgeschichte bekannte Verf. zeichnet in seiner Studie die Linien

der Behandlung nach, die in der römischen und justinianischen Zeit die (fehlerhafte) Einsetzung zum Erben unter Beschränkung auf bestimmte Nachlassfachen gefunden hat. Die nur aus der Eigenart des römischen Rechtes erklärbare Schwierigkeit, die eine solche in sich widerspruchsvolle Einsetzung macht, hat in den verschiedenen Epochen des römischen Rechtes zu verschiedenen Lösungen geführt. Da eine Einzelfrage, die heute nicht mehr gestellt werden kann, die Leser der JK. nicht nahe angeht, ist die Besprechung an dieser Stelle nur deswegen zu rechtfertigen, weil allgemeine Gedanken dabei zutage treten. In der Tat macht die Abhandlung in erfreulicher Weise die besondere Art deutlich, in der einerseits die klassischen Juristen, andererseits die Spät Römer eine derartige fehlerhafte testamentarische Bestimmung anfassen; zugleich ist die geschickte und vorsichtige Methode, mit der hier unter Anwendung aller modernen Mittel und doch ohne jede Übertreibung gearbeitet wird, bezeichnend für die Arbeitsweise der romanistischen Jugend und die gute Schule Koschakers.

Die Erbeinsetzung auf ein Vermögensstück oder eine bestimmte Vermögensmasse ist fehlerhaft, weil sie mit dem Sätze: nemo pro parte testatus . . . unvereinbar ist. In dem einfachsten Falle der Einsetzung eines Alleinerben auf eine einzelne Sache ist das ohne weiteres klar. Da nach klassischem Recht ein Testament ohne Erbeinsetzung unwirksam ist, kann auch nicht von den beiden sich widersprechenden Stücken der Anordnung (heredis institutio-ex re certa) das zweite (ex re certa) betont und das erste (heredis institutio) vernachlässigt werden, so daß das Testament nur die Zuwendung eines einzelnen Gegenstandes enthielte. Es bleibt vielmehr der republikanischen Jurisprudenz nur übrig, das erste Stück allein wirksam sein zu lassen und das zweite (ex re certa) zu streichen. Streicht man die Erwähnung der Sache und erklärt damit den allein auf eine bestimmte Sache eingesetzten Erben zum Alleinerben des gesamten Vermögens, so ist damit dem Willen des Erblassers nicht Genüge geschehen. Diese etwas grob zupackende Lösung ist so eng mit den Anschauungen der römischen Jurisprudenz verbunden, daß auch Justinian sie beibehält. Trotzdem er innerlich der Regel unseres § 2087 Abs. 2 BGB. (Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er Erbe sein soll, auch wenn er als solcher bezeichnet ist.) sehr nahesteht, ist er doch zu stark an die Überlieferung gebunden, um sich zu dem letzten Schritte zu entschließen; denn bei einer Mehrheit von Erben hat allerdings eine Entwicklung von der frühklassischen Periode bis zu Justinian hin stattgefunden.

Sind mehrere Erben auf res certa eingesetzt, so wurde ursprünglich dieselbe Regel angewandt wie bei der Alleinerbensetzung: Nichtbeachtung der Einsetzung auf res certae und insolge dessen Quoten der Miterben. In der spätklassischen Zeit zeitigte jedoch das Bestreben, nach Möglichkeit den Willen des Erblassers durchzusetzen, eine eigentümliche Konstruktion. Schon in der hochklassischen Epoche war das Soldatentestament (wie von vielen anderen Beschränkungen) von der Regel: nemo pro parte . . . frei; hier war es deshalb möglich, dem einen Erben die bona castrensia, dem anderen das übrige Vermögen zu hinterlassen. Indem man diese Möglichkeit, über das ganze Vermögen durch ershöpfende Zuwendung von Vermögensmassen zu verfügen, auf das Ziviltestament ausdehnte, kam man zu dem Gedanken, auch bei einer Verfügung über das ganze Vermögen durch Einzelzuwendungen im Ziviltestament den einzelnen Zuwendungen zur Wirkung zu verhelfen. Nur blieb man dabei stehen, daß die Erbeinsetzung universal bleiben müsse. Man sah aber die Einzelzuwendungen als Teilungsanordnung an, ließ also durch den Teilungsrichter die einzelnen Gegenstände dem Erben, dem sie zugewendet waren, zuweisen. So näherte sich die institutio ex re certa in einem solchen Falle der Behandlung von Vermächtnissen (insbes. der von Präzeptionslegaten). Man erkennt die eigenartig gebundene und doch auf das Ziel mutig losgehende Art der römischen Jurisprudenz: Erhaltung der institutio ex re certa, indem man zunächst die res certae überließ, zugleich aber Erreichung dessen, was der Erblasser gewollt hatte, auf dem Umwege über die Konstruktion einer Teilungsanordnung: Nichtbeachtung der res certa und doch wieder Beachtung, Interpretation als Erbeinsetzung und doch wieder Behandlung nach Art von Vermächtnissen.

Erschöpfen die Einzelzuwendungen die Erbschaft nicht, so gab es für die klassische Jurisprudenz keine Möglichkeit, die Zuwendungen dem Willen des Erblassers gemäß zur Wirkung zu bringen; vielmehr blieb es bei der Erbeinsetzung nach Quoten ohne Rücksicht auf den Wert der zugewendeten Einzelfachen; war ja doch auch ein unzweideutiger Wille des Erblassers wenigstens bezüglich der unvergebenen Nachlassfachen nicht zu erkennen. Justinian versuchte jedoch hier wie sonst oft, den unausgesprochenen Willen durchzusetzen, indem er durch Interpretationen die Regel aufstellte, daß in jedem Falle der Wille des Erblassers Beachtung finden sollte, vermutlich auf dem Wege, daß mit Hilfe einer Bewertung der res certae eine Quotenberechnung vorgenommen werden sollte, nach der der ganze Nachlaß zu verteilen war, die res certae aber dann nach Art von Voransvermächtnissen bei der Auseinandersetzung zugewiesen wurden.

Stand ein heres ex re certa neben ordnungsgemäß eingesetzten Erben, so war zunächst das Ergebnis dasselbe. Seit Gordian aber erhielt der ex re certa Ernaunte bei der Teilung nur die ihm bestimmte Sache und nicht mehr seine Dote, und innerhalb ihrer die re certa; vielleicht geht auch diese Regel bereits auf die spätklassische Jurisprudenz zurück. Daß trotzdem ein solcher heres Erbe bleibt und nicht Legatar wird, ist eine widerspruchsvolle Lösung. Justinian führt die Entwicklung weiter, indem er einerseits die Quarta Falcidia den Miterben eines solchen Erben vorbehielt, andererseits ihn an den actiones hereditariae nicht teilnehmen ließ. Damit war der heres ex re certa praktisch zu einem Vermächtnisnehmer geworden; aber Justinian nennt ihn noch nicht so; er bleibt auch hier im Banne des klassischen Rechtes.

Auch auf diesem Teilgebiete gilt also, daß die Klassiker zwar das Ziel hatten, den Willen des Erblassers wirksam zu machen, daß sie aber durch alte Anschauungen und strenge Grundsätze verhindert wurden, dieses Ziel geradeswegs und vollkommen zu erreichen. Ohne konstruktive Bedenken und mit großem juristischen Takt kamen sie ihm so nahe wie sie konnten. Justinian, der auf ganz anderem Boden steht, für den die alten Grundsätze nicht mehr gelten, vermag sich doch von der festen und durchdachten Regelung der klassischen Zeit nicht ganz freizumachen. Was er ändert, bleibt Stückwerk. Und doch tritt sein Wunsch klar hervor, ohne Rücksicht auf Wort und erklärten Willen auf die innere Absicht des Erblassers die Entscheidung zu gründen.

Seit Konstantin scheint die klare Scheidung zwischen heres und Legatar verwischt und damit die Möglichkeit eröffnet zu werden, daß der heres ex re certa nunmehr einfach als Vermächtnisnehmer angesehen werde (§ 2087 Abs. 2 BGB.). David vertritt das an der Geschichte der Kodizillarklausel deutlich zu machen, die im letzten Kapitel seiner Arbeit dargestellt wird. Hierauf kann nicht näher eingegangen werden; nur ein Punkt sei herausgegriffen: sicherlich konnte das Kodizill ursprünglich nur die Vermächtnisse anordnen, aber keine Erbeinsetzung enthalten; das soll durch eine Konstitution Konstantins vom Jahre 326 anders geworden sein; hatte dieser Kaiser schon vorher bestimmt, daß „bei der Wertung aller letztwilligen Verfügungen lediglich der Wille des Erblassers, unabhängig von den gebrauchten Worten, entscheidend sein sollte“ (S. 57), so dürfte nunmehr das Kodizill auch Erbeinsetzung enthalten. Damit war ein Weg beschritten, der zu der Herabdrückung des Testamentes zum Kodizill und damit zu der Beseitigung des Grundsatzes: nemo pro parte ... führen konnte; auf diesem Wege hätte auch die Umdeutung einer institutio ex re certa in ein Vermächtnis erreicht werden können. Konstantins Verordnung soll jedoch durch ihn selbst i. J. 332 rückgängig gemacht worden, die Zulässigkeit von Erbeinsetzungen im Kodizill beseitigt worden sein. Damit habe auch der Gedanke nicht zur Entfaltung gelangen können, daß der heres ex re certa ein bloßer Vermächtnisnehmer sei; und so sei es erklärlich, daß Justinians Regelung der klassischen noch so nahe stehe. Gegen diese Erklärung erheben sich mancherlei ernste Bedenken. Es ist nicht recht glaubhaft, daß derselbe Kaiser (dessen kühne Neuerungen wir mehr und mehr erkennen) innerhalb von sechs Jahren entgegengesetzte Ordnungen getroffen haben sollte, und dies, ohne in seiner zweiten Konstitution auch nur mit einem Worte die erste zu erwähnen. Zwar wissen wir, daß die Entwicklung der römischen Rechtsinstitute in nachklassischer Zeit häufig Schwankungen durchgemacht hat; und es wäre durchaus nicht verwunderlich, wenn etwa Justinian eine Neuerung Konstantins beseitigt und zu dem früheren Rechtszustand zurückgekehrt wäre. Aber daß derselbe Kaiser, der die Erbeinsetzung im Kodizill gestattet und dadurch den wesentlichen Unterschied zwischen Kodizill und Testament beseitigt hat, sechs Jahre später eine Konstitution mit den Worten beginnen soll: „Si idem codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur...?“, das müßte durch stärkere Gründe erwiesen werden, als Verf. sie vorbringt. Insbes. müßte glaubhaft gemacht werden, warum Konstantin an seiner Neuerung nicht festhielt; daß „die römische Tradition sich wohl zu stark erwies, als daß sie eine derartige Erschlüpfung der wesentlichsten Prinzipien des Erbrechts hingenommen hätte“; daß sie es „nicht duldet, daß der Unterschied zwischen Testament und Kodizill beseitigt würde“, kann ich als überzeugende Erklärung nicht anerkennen. Vielmehr meine ich, daß die erste Konstitution (C. Theod. 4, 4, 1) anders ausgelegt werden muß. Trotzdem bleibt die Darstellung aufrecht, daß Vermächtnis und Erbeinsetzung sich in nachklassischer Zeit näherten; nur geschah das, wie ich glaube, nicht auf dem Wege der Zulassung von Erbeinsetzungen im Kodizill, sondern, wie David selbst einleuchtend nachweist, durch die „stillschweigende Kodizillarklausel“. Diese ist allerdings erst das Werk Justinians. Seit Theodosius konnte der in einem Testament mit Kodizillarklausel eingesetzte Erbe entweder als Vermächtnisnehmer auftreten. Damit war in der Tat der Unterschied zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer verwischt. Noch größere Bedeutung bekam diese Auswechslungsmöglichkeit, als Justinian bestimmte, daß im Zweifel jeder Erblasser sein Testament als Kodizill aufrechterhalten wolle, und daß ein solcher Wille Beachtung zu

finden habe, auch wenn er nicht in Worten zum Ausdruck gekommen sei. Im stärksten Gegensatz zur klassischen Jurisprudenz wird damit ein innerer Wille zur Grundlage der Entscheidung gemacht. Die „stillschweigende“ Kodizillarklausel tritt neben eine Reihe anderer „stillschweigender“ Willenserklärungen, die seit dieser byzantinischen Zeit bis heute die Klarheit und Gerechtigkeit der Rechtsanwendung erschüttern. Justinian verläßt das Reich der Wirklichkeit, indem er einen Willen füngiert, wenn kein Gegenwille festzustellen ist. Konnte somit jedes Testament (mit oder ohne Kodizillarklausel) als Kodizill behandelt werden, konnte also jede Erbeinsetzung auch als Vermächtnis gedeutet werden, so war allerdings die Möglichkeit geschaffen, den heres ex re certa als Vermächtnisnehmer anzusehen. Und es bleibt nur kennzeichnend für die bewahrende und zaghafte Art Justinians, daß er von dieser Möglichkeit nicht durchgreifend, sondern zaudernd und fragmentarisch Gebrauch gemacht hat.

Wie so häufig, zeigt das Corpus iuris bereits klar den Weg an, der zum Ziele führt: der auf einzelne Gegenstände eingesetzte Erbe ist in Wahrheit Vermächtnisnehmer. Nur dieser letzte Schritt blieb zu tun. Doch wäre es verfehlt, anzunehmen, daß mit diesem letzten Schritte nun alle Schwierigkeiten beseitigt und die Gedanken der römischen Juristen wertlos geworden seien. Jedes erste Problem ist zeitlos, kein fruchtbarer Gedanke sterblich. Man braucht nur einen Kommentar zu § 2087 aufzuschlagen, um alle Arbeitsmittel der Römer wiederzufinden, deren sich auch die heutige Rechtsprechung noch bedient: „Die Ausführung der einzelnen Stücke bei der Zuwendung wird als Teilungsanordnung zu gelten haben...“; die Erbteile sind nach dem Verhältnis des Wertes des Zugewendeten zum Werte des ganzen Nachlasses zu bestimmen“ usw. (Planck = Flad § 2087, 2a).

So möge auch diese Besprechung die dem heute Gefeierten geläufige Anschauung bestätigen, daß selbst die Beschäftigung mit den Einzelheiten des römischen Erbrechts lebendige Eindrücke für die Betrachtung des geltenden Rechtes vermittelt.

Das Bild, das David entwirft, ist im ganzen glaubhaft; wieweil er älteren, insbes. italienischen Forschungen verdankt, wie weit er über sie hinausgekommen ist, wo im einzelnen Zweifel bleiben, wie oft knappe Darstellung und keine Beobachtung erfreuen, das kann an dieser Stelle nicht ausgeführt werden. Die ehrliebe Arbeit, die keine Schwierigkeit verschweigt und es sich nirgends leicht macht, ist eine reife und wirksame Leistung.

Prof. Dr. Fritz Pringsheim, Freiburg i. Br.

**Quellen zur Geschichte der Eheschließung II**, ausgewählt von **Claudius Frh. v. Schwerin**. (Juristische Texte für Vorlesungen und Übungen, herausgegeben von Fritz Schulz und Cl. Frh. v. Schwerin, Heft 4.) Berlin 1930. Walter de Gruyter & Co. 59 S. Preis 3,50 M.

Das vorliegende Heft bildet die Fortsetzung einer Sammlung, die darauf ausgeht, dem akademischen Lehrer und dem rechtsgeschichtlich interessierten Studierenden eine Reihe bequem lesbarer, handlicher Texte zur Verfügung zu stellen. Schon vor einigen Jahren hatte der Herausgeber — worauf übrigens weder im Vorwort noch an anderer Stelle hingewiesen wird — im Verlage von Bensheimer einen ersten Teil erscheinen lassen, der ausgewählte Quellen zur Geschichte der Eheschließung aus dem spätantiken, kanonischen und westeuropäischen Rechtskreise zusammengestellt hatte. Jetzt verfolgt er denselben Plan auf dem Gebiete des skandinavischen, insbes. westnordischen Rechtes. Es ist sehr zu begrüßen, daß der Herausgeber seine längst anerkannte reiche Erfahrung auf dem Gebiete der nordischen Rechtsgegeschichte einem solchen Unternehmen dienstbar gemacht hat. Er hat damit ein vorbildliches Hilfsmittel für den rechtshistorischen Unterricht geschaffen, wodurch es mit einem Schlage möglich geworden ist, auch solche Studierende, die nicht über sprachliche Spezialkenntnisse verfügen, in die so eigenartige Rechtskultur des Nordens einzuführen. Ein vorzüglich angelegtes Wortverzeichnis und geschickt redigierte kurze Anmerkungen geben auch dem Anfänger die ersten Hilfen für die Durcharbeitung, die dann freilich nur unter Leitung eines sprach- und sachkundigen Dozenten vollen Erfolg versprechen wird. Daß die Stellen selbst vorzüglich ausgewählt sind und eine Fülle des Interessanten bergen, bedarf kaum der Erwähnung.

Prof. Dr. G. Mitteis, Heidelberg.

**Dr. J. Feig und Dr. F. Siskler: Das neue Arbeitsrecht** in erläuterten Einzelausgaben. 11. Bd. Der Kündigungsschutz für Angestellte mit eingehender Erläuterung des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten (Kündigungsschutzgesetz) von Dr. F. Siskler, Ministerialdirektor, und G. Goldschmidt, Ministerialrat im Reichsarbeitsministerium. Berlin 1930. Verlag von Franz Vahlen. 154 Seiten. Preis kart. 4,20 M.

Die schwierige wirtschaftliche Lage nach Überwindung der Inflation und die dadurch bedingte starke Arbeitslosigkeit in den Jahren

1925/26 hatte die älteren Angestellten besonders hart getroffen. Denn ihnen gegenüber tritt bekanntlich immer wieder das Bestreben hervor, sie durch jüngere, billigere und vielleicht auch weniger unequivalente Arbeitskräfte zu ersetzen; einmal stellenlos geworden, ist es aber für sie zumeist mit ganz außerordentlichen Schwierigkeiten verbunden, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Diesem Notstand suchte das RündSchG. in etwa abzuhelfen; und wenn es natürlich bei dem Erstsenkzampfs, den unsere Wirtschaft zu führen gezwungen ist, nicht möglich war, jenen besonders schutzwürdigen Arbeitnehmern einen Arbeitsplatz dauern zu sichern, so sollte die zwingende Festlegung längerer Kündigungsfristen wenigstens doch erreichen, daß ihnen genügend Zeit zur Verfügung steht, sich im Falle der Auflösung des Arbeitsvertrags nach einer anderen Stelle umzusehen. Das Gesetz, das auf einem Gutachten des sozial-politischen Ausschusses des Reichswirtschaftsrates v. 26. Febr. 1926 aufbaut, ist auf Drängen des R.L. am 1. Juli 1926 diesem im Entwurf vorgelegt und am 2. Juli 1926 einstimmig angenommen worden. Bei dieser durch die Reichstagsferien bedingten überhasteten Verabschiedung nimmt es nicht wunder, daß sich für die Folgezeit bei der Anwendung dieser Kündigungsfristvorschriften eine Fülle von Zweifelsfragen ergeben haben. Die Vereinheitlichung der Arbeitsgerichtsbarkeit hat sich aber auch hier als segensreich erwiesen, und die meisten Unstimmigkeiten in diesem Gesetz können nunmehr durch die Mpr. der Arbeitsgerichtsbehörden für die Praxis als behoben gelten. Die allg. Richtlinien, die das RArbG. für die Lösung der hier strittigen Probleme aufgestellt hat und die die Verf. des gefälligen Erläuterungsbuches sich ebenfalls zu eigen gemacht haben, beruhen auf dem Gedanken, daß das RündSchG. keine Ausnahmebestimmungen enthalte, sondern ein Fürjorgegesetz mit Sondervorschriften sei, die nur eine Etappe in der Rechtsentwicklung auf dem Weg zu einem einheitlichen und gerechten Arbeitsrecht bedeute. Dem entspricht es dann auch nur, wenn versucht wird, die vorhandenen Lücken in einem den älteren Angestellten möglichst günstigen Sinn auszufüllen. So wird, um nur einiges aus dem reichen Inhalt der gediegenen Arbeit zu erwähnen, der Anwendung des Gesetzes auf Angestellte ausländischer Zweigniederlassungen deutscher Arbeitgeber nach Möglichkeit das Wort geredet (§ 45 ff.), so wird dargetan, daß die Voraussetzungen des RündSchG. schon dann gegeben sind, wenn ein Arbeitgeber in einem Unternehmen regelmäßig mehr als zwei Angestellte beschäftigt, auch wenn dies mehrere Betriebe umfaßt (§ 52). Selbstverständlich ist von dieser Einstellung aus auch die Forderung, daß für die Berechnung der Beschäftigungsdauer des § 2 Arbeiterjahre in Ansatz gebracht werden (§ 58), wiederholte Beschäftigung grundsätzlich zusammengerechnet (§ 62) und die Unterbrechung selbst (Krankheit, Urlaub, Krieg) als Beschäftigung angesehen wird, sofern keine formelle Lösung des Arbeitsverhältnisses erfolgte (§ 65). Auch die bekannte Auslegung des Begriffs der Rechtsnachfolge durch das RArbG. wird von den Verf. übernommen. — Das Gesetz kann natürlich die von ihm verfolgten Ziele nur erreichen, wenn seine Schutzvorschriften nicht abdingbar sind; darum ist es zu billigen, wenn diese Normen als beschränkt zwingendes Recht in dem Sinn angesehen werden, daß einerseits Abweichung zugunsten der Angestellten für zulässig erachtet werden und daß andererseits bei Verstößen, die Nichtigkeit der Vereinbarung nach § 134 BGB. begründen, nicht der ganze Arbeitsvertrag nach § 139 BGB. unwirksam werden, sondern an Stelle der nichtigen Kündigungsvereinbarungen die gesetzlichen Vorschriften treten sollen (§ 68 ff.). Im Gegensatz zu der von der Prozeßrechtswissenschaft, vor allem von Jaeger, vertretenen Auffassung wird dargetan, daß gerade im Konkurrenz- und Vergleichsverfahren der Schutz der Angestellten dringend ist und es deshalb nur der Tendenz des Gesetzes entspräche, daß es auch für die Fälle der hier möglichen Auflösung des Arbeitsvertrags unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen Geltung haben müsse.

Die außerordentlich klare, übersichtliche und sorgfältige Kommentierung, die Literatur und Judikatur erschöpfend zu Rat zieht, beschränkt sich aber nicht auf die Behandlung der speziellen Fragen des AngRündSchG., sondern erörtert darüber hinaus auch eine Reihe von Problemen allgemeinerer Bedeutung, wie den Begriff des Arbeitgeber, des Angefallten, des Lehrlings, des Volontärs, die einzelnen Angestelltengruppen, die Kündigung, das Verhältnis des RündSchG. zur Dienstenthebung des Schiffers, zum BetrRG., zur StillegebV., zum SchwBesch., Mutterchutz, ABahnG. und zur Lohnsteuer. Schließlich findet man auch Auszüge aus sonstigen Gesetzen, die einen besonderen Kündigungsschutz enthalten, im Wortlaut wiedergegeben, so daß dieser wohlgeordnete Komm. als umfassende Darstellung des gesamten Kündigungsschutzes für Angestellte bei Wissenschaft und Praxis in gleicher Weise willkommen sein wird.

Prof. Dr. Groh, Heidelberg.

Dr. Paul Thomas Fischer, Regierungsrat a. D., und Dr. Gortl Wagenführ, Assistent am Institut für Wirtschaftsbeobachtung, Nürnberg: **Kartelle in Europa** (ohne Deutschland). Nürnberg 1929. Verlag der Hochschulbuchhandlung Krifische & Co. Ferner: **Bericht über die Sitzung des Großen**

**Ausschusses der Kartellstelle** vom 10. April 1930, erschienen als Heft Nr. 7 der Schriften der Kartellstelle des Reichsverbandes der deutschen Industrie. Ferner: **Die Rechtsnatur des Lieferungsvertrages im Verkaufshandikat**. Eine kartellrechtliche Untersuchung von Dr. Albrecht Aschoff, Rechtsanwalt in Berlin. Berlin 1930. Carl Heymanns Verlag. Preis brosch. 12 M., geb. 14 M.

Während bereits eine Reihe von Schriften existieren, die über die rechtliche Behandlung der Kartelle in einzelnen ausländischen Staaten Aufschluß geben, fehlte es an Werken, die in systematischer Weise eine zusammenfassende Orientierung über die Kartelle und das Kartellrecht der wichtigsten Auslandsstaaten geben. Diese Lücke wenigstens für Europa auszufüllen, ist der Zweck des erstgenannten Buches von Fischer und Wagenführ. Es ist von den Verf. als ein für die praktischen Bedürfnisse bestimmtes Nachschlagewerk gedacht, das einen Überblick über die europäische Kartellbewegung geben soll, und erfüllt diese Aufgabe sehr gut. Der Stoff ist nach Ländern geordnet und wird für jedes Land nach folgenden Gesichtspunkten behandelt: Industrielle Spitzenorganisationen (I.), geschichtliche Entwicklung des Kartellwesens und die jeweiligen nationalen Eigentümlichkeiten der Organisationsverhältnisse (II.), Ausführung der Kartelle der einzelnen Wirtschaftszweige nach einem einheitlichen Unter-schema in elf Gruppen geordnet (III.), Beteiligung des einzelnen Landes an der internationalen Kartellierung (IV.), die kartellgesetzlichen Bestimmungen jedes Landes, und zwar de lege lata und de lege ferenda (V.), und das Schrifttum (VI.). In einem Anhang (VII.) sind dann jeweils Kartellgesetze, Vorschläge, amtliche Berichte und zum Teil auch Satzungen abgedruckt, so z. B. bei Frankreich die Satzung der einflußreichen Spitzenorganisation des Comité des Forges de France (C. d. F.). Eine Tabelle über die Beteiligung des europäischen Auslandes an der internationalen Kartellierung sowie eine Anzahl weiterer Erleichterungen, wie z. B. Bemerkungen über die Kartellterminologie eines Landes und in Verbindung damit ein Register über die fachtechnischen Ausdrücke, ferner ein Register der kartellierten Waren erhöhen noch die praktische Brauchbarkeit des Buches. Es handelt sich also hier in erster Linie um eine Materialsammlung, in der in geschickter und übersichtlicher Weise der erreichbare Stoff zusammengetragen ist. Auch Sowjetrußland ist miteinbezogen, allerdings nur recht knapp behandelt. Als Literatur wäre hier auch noch auf die 1929 erschienene Schrift von Dr. Magnus Feitelberg, Staatliche und gemischte Kart. im Sowjetrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Heidelberg 1929, Verlag Carl Winter, zu verweisen. Was aber das Buch über seinen eigentlichen Charakter als Nachschlagewerk hinaus gerade auch für den Juristen besonders lehrwert macht, ist die Vermittlung eines Gesamtbildes der europäischen Kartellbewegung, das zugleich auch zu einer Rechts- und Wirtschaftsvergleichung veranlaßt, wie sie auch von den Verf. im Schlußwort kurz vorgenommen wird. Wir sehen, wie der Kampf um den Absatz heute in Europa die Formen und das Ausmaß der Kartellierung bestimmt und wie dabei jedes Land seine wirtschaftlichen und organisationstechnischen Eigentümlichkeiten aufweist, wie sie z. B. in manchen Staaten in einem starken Bankeneinfluß auf die Kartellierung oder in einem mehr genossenschaftlichen Charakter der Zusammenschlußbewegung oder in der Schaffung wichtiger Ausfuhrorganisationen oder in dem Entstehen staatlicher Zwangshandikate oder in der verschiedenartigen Bedeutung der Spitzenorganisationen zum Ausdruck kommen. Mit Recht heben daher die Verf. hervor, daß kartellpolitische Maßnahmen nur auf Grund der geschichtlichen Bedingtheit, der wirtschaftlichen Struktur und der Wirtschaftsauffassung eines jeden Volkes beurteilt werden können. Auch die Art der Kartellierung zeigt innerhalb der einzelnen Länder die verschiedensten Ausprägungen, so daß der Kartellbegriff vielerlei Formen umfaßt. Die Verf. selbst haben mit Recht diejenigen Organisationen in die Übersicht aufgenommen, welche die Merkmale der Zusammenfassung selbständig bleibender Unternehmer zum Zwecke der Regulierung des Marktes aufweisen, ohne dabei zu unterliegen, ob im Einzelfalle der Verband eine monopoloiden Stellung hat oder nicht. Höchst interessant ist dabei die verschiedenartige Einstellung der einzelnen Länder zu dem Kartellgedanken überhaupt, insbes. zu der Problematik des Verhältnisses der Gewerbe- und Handlungsfreiheit auf der einen und der Vertragsfreiheit auf der anderen Seite. Außer Deutschland hat nur Norwegen ein besonderes Kartellgesetz geschaffen. Die anderen Länder suchen entweder mit alten koalitionsrechtlichen oder der Gewerbefreiheit dienenden Bestimmungen das Kartellproblem zu meistern oder sie überlassen der Mpr. die Stellungnahme. Auch soweit dabei in den einzelnen Ländern das individualistische Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit noch den Ausgangspunkt bildet, wird es doch fast überall dahin abgeschwächt, daß zwar dem Staate gegenüber der einzelne frei in seiner gewerblichen Tätigkeit sein soll, daß aber im Verhältnis der einzelnen Unternehmer untereinander vertragliche Bindungen gerade als Ausfluß der Vertragsfreiheit grundsätzlich als zulässig anerkannt werden und nur gewissen Schranken unterworfen werden, wobei neben unfittlichen Beschränkungen der Freiheit des einzelnen in zunehmendem Maße der Verstoß gegen das öffentliche Wohl zur normativen Grenze wird. In einigen Ländern bildet die Organisation bereits die Regel, die Nichtorganisation die

Ausnahme. Bei ihnen ist gar nicht mehr die individuelle Gewerbetreiberei der Ausgangspunkt, sondern es ist bereits die organisierte Wirtschaft das Grundprinzip. So ist diese Schrift nicht nur ein sehr brauchbares Nachschlagewerk zur Orientierung der Kartellbewegung in den einzelnen europäischen Ländern, sondern sie verdient auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsvergleichung besonderes Interesse.

Die zweite, von der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie veröffentlichte Schrift enthält als Bericht über die Sitzung des Großen Ausschusses der Kartellstelle v. 10. April 1930 ein Referat des RWiR. Dr. Wiedersum über die Sperrrechtspredung des Kartellgerichts und ein Referat von Prof. Dr. Vershofen über Kalkulation und Verbände, insbesondere Kartelle, jeweils mit anschließender Diskussion. Wiedersum hebt in seinem sehr lebendigen Referat zunächst einleitend mit Recht die Schwierigkeit hervor, bei der Kartellrechtspredung zu festen, rechtssicheren Grundätzen zu kommen, eine Schwierigkeit, die sich bei der jetzigen gesetzlichen Regelung gar nicht überwinden läßt und aus der allein sich m. E. schon die Reformbedürftigkeit des jetzigen Rechtszustandes im Sinne der Beschlüsse des Salzburger Juristentages ergibt. Die neuen Vorschriften der Novverordnung über die Wahrung des öffentlichen Interesses wählen daher für die Wahrung des öffentlichen Interesses mit Recht den Weg des verwaltungsmäßigen Einschreitens seitens der für die Wirtschaftspolitik verantwortlichen Reichsregierung, leiden aber an dem höchst bedenklichen Mangel, daß kein verwaltungsmäßiger Rechtsschutz gegen die ergriffenen Maßnahmen vorgehen ist. In dem Hauptteil seines Vortrages bestimmt dann Wiedersum zunächst den für die Präventivzensur des § 9 KartW. in erster Linie maßgebenden Begriff der Sperre im Anschluß an das Gutachten des KartG. v. 27. April 1929 Nr. 118 als eine nach außen erklärte Maßnahme des Organisationszwanges, welche die betroffene Firma von dem üblichen, d. h. von einem solchen Geschäftsverkehr ausschließt, der anderen nach Art und Umfang ihres Betriebes und nach ihrer wirtschaftlichen Funktion und gleichartigen Firmen üblicherweise zugänglich ist. Diese, m. E. zutreffende Begriffsbestimmung erfährt dann aber noch mehreren Richtungen hin eine Klarstellung. Einmal hebt Wiedersum mit Recht hervor, daß, sofern es sich um eine Maßnahme gegen den Abnehmer handelt, der Sperrbegriff erfüllt ist, wenn der Abnehmer vom Geschäftsverkehr mit der Ware des Kartells ausgeschlossen wird, daß dagegen die Frage, ob der Abnehmer etwa anderweitig, also außerhalb des Kartells noch Ware bekommen kann, mit dem Sperrbegriff selbst nichts zu tun hat, sondern erst bei Nachprüfung der Billigkeit oder Unbilligkeit der Sperre zu berücksichtigen ist, und daß entsprechendes auch für die Sperre des Außenleiters durch Differenzierung der Abnehmer gilt. Derselbe Gedanke muß dann aber auch auf die Geschäftsperre angewendet werden. Sie liegt vor, wenn ein Kartell einen Außenleiter bekämpft, dessen Aufnahme in den Verband wegen moralischer Minderwertigkeit oder geschäftlicher Unzuverlässigkeit abgelehnt wird. Hier hat sich, worauf Wiedersum hinweist, das KartG. neuerdings auf den Standpunkt gestellt, daß eine solche Geschäftsperre der Präventivzensur nicht unterliege. Dies scheint mir, so sehr ich an sich ein Gegner der jetzigen Präventivzensur bin, nicht konsequent zu sein. Schließt ein Kartell einen solchen unzuverlässigen Außenleiter vom üblichen Geschäftsverkehr aus, so ist der Sperrbegriff an sich erfüllt, und die Frage, ob dem Kartell die Ausnahme des Außenleiters zugemutet werden kann oder nicht, kommt erst in Betracht bei Nachprüfung der Unbilligkeit oder Billigkeit der Sperre. Mit Recht hebt dann Wiedersum noch hervor, daß eine Maßnahme nur dann unter § 9 KartW. fällt, wenn sie auf Grund eines Kartellvertrages verhängt ist, also ein Mittel des Organisationszwanges ist. Hinter der Maßnahme muß ein Verband mit seinen Machtmitteln stehen. Fehlt dieses Moment, wie z. B. bei einem Exklusivvertrage zwischen zwei Einzelfirmen, so liegt keine Sperre vor. Wiedersum erhebt deshalb auch berechtigte Bedenken gegen die Auffassung des KartG., das dazu neigt, auch einen Treuarbeiter ohne ausdrückliche Treuverpflichtung des Abnehmers als eine Maßnahme nach § 9 gegenüber dem Außenleiter anzusehen. M. E. kommt es in solchen Fällen auf die Höhe des Treuarbattes an. Ist er so hoch, daß dadurch der Außenleiter vom üblichen Geschäftsverkehr praktisch ausgeschlossen wird, so liegt eine genehmigungspflichtige Sperrmaßnahme i. S. des § 9 vor, aber auch nur dann. Dies führt aber überhaupt zu der grundsätzlichen Frage der Preisdifferenzierung, die auch den eigentlichen Kern des Wiedersumschen Vortrages bildet. Wiedersum benutzt mit Recht die Gelegenheit, um das vielfach angegriffene, inzwischen veröffentlichte Gutachten des KartG. in der Frage der Differenzierung der Bezugsgemeinschaften zu erörtern und in seinem berechtigten Inhalt darzulegen. Hatte das KartG. früher schon jede wirtschaftserhebliche Preisdifferenzierung als genehmigungspflichtige sperrähnliche Maßnahme i. S. des § 9 angesehen, so schränkt es in dem genannten Gutachten diese Auffassung dahin ein, daß es nur in einer Preisdifferenzierung, die in der Wirkung auf einen Ausschluß vom üblichen Geschäftsverkehr hinausläuft, einen sperrähnlichen Nachteil i. S. des § 9 erblickt und der Präventivzensur unterwirft, während für eine sonstige Preisdifferenzierung die Einholung der Einwilligung des KartG. nicht mehr erforderlich ist. Wiedersum hebt einmal die Gründe der Auslegungslitik hervor,

die das KartG. zu dieser neuerlichen Auffassung bestimmt haben. Wenn die KartW. in § 9 der eigentlichen Sperre den Nachteil von ähnlicher Bedeutung gleichstellt und nicht wie in § 4 noch die Preisdifferenzierung besonders hervorhebt, so kann als sperrähnlicher Nachteil i. S. des § 9 nur eine Maßnahme in Betracht kommen, die zwar äußerlich keine Sperre ist, weil sie nicht ausdrücklich verhängt ist, die aber in ihrer Bedeutung einer Sperre gleichkommt, weil sie praktisch wie eine solche wirkt. Es kann also auch eine Preisdifferenzierung nur dann unter § 9 fallen, wenn sie praktisch wie eine Sperre wirkt, d. h. den Ausschluß vom üblichen Geschäftsverkehr zur Folge hat. Dazu kommt aber die vom KartG. betonte und auch von Wiedersum unterstrichene wirtschaftliche Erwägung, daß, wenn schon jede wirtschaftserhebende Preisdifferenzierung unter die Präventivzensur des § 9 fielen, dann durch den § 9 eine Reglementierung des gesamten Geschäftsverkehrs des Kartells und damit eines erheblichen Teiles unserer Gegenwartswirtschaft statuiert und in die Hand eines Gerichts, nämlich des KartG., gelegt wäre, was sicher nicht die Absicht bei der Schaffung des § 9 war. Für ein solches wirtschaftspolitisches Einschreiten gegen eine volkswirtschaftlich ungesunde Preisdifferenzierung gibt die KartW. dem RWiR. die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 4 oder nach § 10. Für die Präventivzensur nach § 9 kommen dagegen nur solche Preisdifferenzierungen in Betracht, die praktisch wie eine Sperre wirken. Können im Einzelfalle Zweifel darüber bestehen, ob eine Preisdifferenzierung eine solche Sperrwirkung hat, so wird das Kartell zweckmäßigerweise eine Entsch. des KartG. hierüber herbeiführen, um sich keiner Ordnungsstrafe nach § 17 KartW. auszusetzen. Auf den zweiten Teil des Gutachtens, in dem das KartG. die Frage behandelt, inwieweit Handel und Genossenschaften einander hinsichtlich der Preisfestsetzung gleichzustellen sind, geht Wiedersum in dem Vortrag nicht ein. Es soll deshalb auch hier nur auf die Ausführungen verwiesen werden, die in dem genannten Gutachten des KartG. auch hierüber enthalten sind. In der sich an das Referat anschließenden Diskussion fanden die Ausführungen Wiedersums im wesentlichen volle Zustimmung. Mit Recht wurde dabei noch das Verhalten des KartG. in dem Fall der Zuckerrübenfabrik in der Form einer GmbH., den jetzt KG. 128, I ff. entschieden hat, von Flechtheim in einer Kritik unterzogen. Hier hatte zunächst das ordentliche Gericht das Verfahren ausgesetzt, bis das KartG. die Frage entschieden habe, ob hier ein Kartell i. S. des § 1 KartW. vorliege oder nicht. Das KartG. hat daraufhin den ganz unverständlichen Beschluß gefaßt, das Verfahren seinerseits auszusetzen, bis das ordentliche Gericht entschieden habe, während es doch nach § 12 KartW. die Möglichkeit gehabt hätte, die Frage, ob ein Kartell vorliegt oder nicht, bindend für die ordentlichen Gerichte zu entscheiden. Auch das zweite Referat, das der Bericht enthält, ist für den Juristen sehr lesenswert. Vershofen zeigt einleitend die Kalkulation in ihrer möglichst Hand in Hand gehenden Doppelfunktion, einmal den tragbaren Angebotspreis festzustellen, sodann aber auch den Aufwand an jeder Kostenstelle nachzuprüfen und auf ein möglichstes Minimum herabzudrücken. Gerade in dieser letzteren Funktion ist eine genaue, exakte und wissenschaftlich durchgeführte Kalkulation für unsere Gegenwartswirtschaft besonders wichtig, in der die sog. festen Kosten einen immer größeren Umfang erreichen. Bei der Pflege der Kalkulation in den Verbänden gewinnt nun dieser zweite Kalkulationszweck noch besondere Wichtigkeit dadurch, daß er zum Betriebsvergleich führt, d. h. die einzelnen Betriebe instandsetzt, ihre eigene Kalkulation mit der vom Verband auf Grund der einzelnen Betriebskalkulationen gewonnenen Durchschnittskalkulation für die ganze Branche zu vergleichen und Anreize für Betriebsänderungen, Ersparungen u. dgl. daraus zu entnehmen. Einzelne Gruppen der Industrie sind auf dem Wege des kalkulatorischen Betriebsvergleichs schon sehr weit, andere noch zurück. Soweit die Kalkulation dem anderen Zweck der Preisfestsetzung dient, führt sie verbandlich dazu, daß die Kalkulation der einzelnen Betriebe der verbandlichen Preispolitik zugrunde gelegt wird, wobei nach Vershofen verschiedene Methoden in Betracht kommen, die sich in zwei Gruppen ordnen. Einmal die Feststellung von Verbandspreisen auf Grund von Kalkulationen, die in den einzelnen Betrieben vorgenommen werden, wobei man entweder die Kalkulationen unmittelbar zur Preisstellung benützt oder darauf mittelbar auf Grund kalkulatorischer Schematas die Verbandslistenpreise aufbaut. Die unmittelbare Art kommt vor allem in Fällen in Betracht, in denen es sich um eine große Fülle von Objekten handelt, so daß es praktisch nicht mehr möglich ist, auf Grund von Listenvereinbarungen die Preise zu normieren. Vershofen weist überhaupt mit Recht darauf hin, daß es bei den Verbandszusammenfassungen oft nicht so sehr auf die Unterscheidung in große und kleine Unternehmungen ankommt, wie darauf, ob eine bestimmte Industriegruppe vertretbare Objekte herstellt, was die verbandliche Organisation erleichtert, oder ob sie weniger vertretbare, individuelle und differenzierte Waren produziert, wodurch die verbandliche Organisation schwieriger wird. Gerade für die Industriegruppen der letzteren Art wird nun die zweite Methode, d. h. der Typ des Kalkulationsverbandes, bedeutsam, bei dem keine Listenpreisvereinbarungen stattfinden, wohl aber die individuelle Preisbildung auf Grund einer verbandlich normalisierten und geregelten Kalkulation erfolgt. Dazu bedarf es in kalkulationstechnischer Be-

ziehung der auf Grund eines sorgfältigen Studiums des Produktionsganges vorgenommenen Aufstellung eines Kontenplanes, eines Kalkulationschemas, in das alle kostentragenden Faktoren aufzunehmen sind, und zwar für jede Phase des Produktionsvorganges, zugleich aber auch unter Berücksichtigung der allgemeinen Unkosten. Nach diesem Schema haben nun alle angeschlossenen Betriebe die von ihnen hergestellten Artikel zu kalkulieren. Eine solche Art von Preispolitik in Verbindung mit dem erwähnten Betriebsvergleich führt dann allmählich zu einem sehr wenig nach oben und unten variierenden Durchschnittspreis bei sämtlichen Betrieben des Kartells und damit zu einer Preispolitik des Kartells, gegen die sich nicht mehr der Vorwurf erheben läßt, daß die Preise nach der Norm der am wenigsten leistungsfähigen Betriebe gestellt werden. Darin liegt neben der privatwirtschaftlichen Bedeutung zugleich die volkswirtschaftliche günstige Wirkung einer solchen Verbandskalkulation. Es entsteht ferner insbesondere durch den Betriebsvergleich eine gewisse Konkurrenz unter den Betrieben, so daß dann das Kartell die Konkurrenz unter den Betrieben nicht so sehr aushebt, als auf dieses Gebiet verschiebt. Gerade durch die richtige verbandliche Pflege der Kalkulation werden die Kartelle zu Produktionsförderern, zu volkswirtschaftlich gesunden Wirtschaftlichkeitsgemeinschaften, eine Entwicklung, die nur zu begrüßen und zu fördern ist. Im Anschluß an die Ausführungen Vershofens sprach dann in der Diskussion namentlich das geschäftsführende Vorstandsmitglied des Reichskuratoriums für Wirtschaftlichkeit (R.W.), Herr Schäfer, über die Arbeiten dieses Kuratoriums. Sie bestehen namentlich darin, daß das R.W. auf Einladung von Verbänden branchenmäßige Betriebsuntersuchungen vornimmt, die sich sowohl auf das Gebiet der Fertigung wie auf das Gebiet der Verwaltung erstrecken, und dann in einem Bericht die Fehlerquellen, die den untersuchten Betrieben der Branche gemeinsam sind, darlegt und Vorschläge zur Abstellung der Fehler macht. Die Kalkulationspflege der Kartelle findet also gerade durch die Tätigkeit des R.W. eine wertvolle Unterstützung. Zudem so der Bericht sowohl wichtige Kartellrechtsfragen wie die wirtschaftlich so wesentliche Kalkulationsfrage behandelt, ist er in jeder Beziehung lesenswert und die Veröffentlichung nur zu begrüßen.

Die dritte Schrift von Aschoff ist zunächst aus einem persönlichen Grunde zu einer Besprechung in dieser Hachenburg gewidmeten Nummer der JW. besonders geeignet. Sie ist Wilhelm Nahl, dessen Enkel der Verf. ist, gewidmet, und damit einem Manne, mit dem mannigfaches gemeinsames Wirken auch Hachenburg verbindet. Die Schrift behandelt eine Frage der privatrechtlichen Kartellproblematik, nämlich die Rechtsnatur des Lieferungsvertrages beim Verkaufshyndikat. Der Verf. untersucht zunächst die Rechtsnatur des Kartellvertrages bei den bekannten drei Typen der Verkaufshyndikate, nämlich der Doppelgesellschaft, der als Verbands-einrichtung organisierten Verkaufsstelle ohne die Form einer selbständigen Gesellschaft und der Einheitsgesellschaft. Er schließt sich dabei der herrschenden Auffassung an, daß, abgesehen von den Fällen, in denen eine vereinsmäßige Organisation vorliegt, grundsätzlich ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Kartellmitgliedern besteht, und zwar bei der Doppelgesellschaft eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit der als juristischen Person organisierten Verkaufsstelle als geschäftsführendem Organ, ohne daß dieses Organ selbst Mitgliedsgesellschafterin ist, bei dem zweiten Typ ebenfalls regelmäßig eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die einem Mitglied oder einem Dritten die Funktion der Verkaufsstelle überträgt, während bei der Einheitsgesellschaft das Kartell eine einheitliche AktG. oder GmbH. ist mit den Kartellbindungen als Nebenleistungspflichten. Hinsichtlich der entscheidenden Frage, welchen Rechtscharakter das Lieferungsverhältnis hat, sucht nur der Verf. zwischen der herrschenden Auffassung einerseits, die ein einheitliches Gesellschaftsverhältnis annimmt, in das auch das ganze Lieferungsverhältnis eingebettet ist, und der Gegenmeinung, die in dem Lieferungsverhältnis ein selbständiges Rechtsverhältnis (Kauf oder Kommission oder Agenturverhältnis) erblickt, eine Art Mittelmeinung zu begründen. Danach soll der Kartellgesellschaftsvertrag hinsichtlich der Lieferungsverträge nur eine Art Vorvertrag, ein pactum de contrahendo, enthalten, auf Grund dessen dann die einzelnen Lieferungsverträge mit der Verkaufsstelle als selbständige Verträge abgeschlossen werden. Für den Vorvertrag sollen rein gesellschaftsrechtliche Vorschriften gelten. Die einzelnen Lieferungsverträge sollen dagegen grundsätzlich als gewöhnliche Lieferungsverträge nach den Vorschriften des bürgerlichen und Handelsrechts zu beurteilen sein, dabei aber insoweit eine Sonderstellung einnehmen, als auf sie doch in gewissen Umfang auch gesellschaftsrechtliche Bestimmungen Anwendung finden sollen, weil sie ihre Wurzel und Basis in einem Vorvertrage haben, der selbst gesellschaftsrechtlicher Natur ist. Sogar auch das Bemühen des Verf. um eine Durchdringung des Problems des Lieferungsverhältnisses anzuerkennen ist, so kann ich seiner Auffassung doch nicht zustimmen. Abgesehen davon, daß die Spaltung zwischen Lieferungsverhältnis als gesellschaftsrechtlichem Vorvertrag und den einzelnen auf Grund dieses Vorvertrages konkretisierten Lieferungsverträgen schon rein rechtskonstruktiv m. E. keine glückliche ist, wird die vom Verf. versuchte Lösung vor allem dem wirtschaftlichen Wesen der Kartellierung nicht gerecht. Der Annahme selbständiger Lieferungsverträge steht doch gerade die für den Kartell-

gedanken so wichtige Tatsache entgegen, daß die Verkaufsstelle, wie sie auch immer organisiert sein mag, wirtschaftlich kein Dritter ist, an den geliefert wird, keine Fremdwirtschaft, die die Ware kauft, sondern das gesellschaftliche Organ, über das zwecks Durchführung der Kartellierung die Mitglieder ihre Produkte in den Verkehr bringen und dessen sie sich auf Grund der Kartellbindung bei Abfluß ihrer Produkte zu bedienen haben. Die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung der Mitglieder eines Verkaufshyndikats besteht daher auch nicht darin, daß sie durch einen gesellschaftlichen Vorvertrag sich verpflichten, selbständige Lieferungsverträge mit der Verkaufsstelle abzuschließen, sondern sie verpflichten sich, ihre Produkte, statt sie unmittelbar an die Kundenschaft abzugeben, zunächst der Verkaufsstelle zur Verfügung zu stellen, die sie dann für Rechnung der Mitglieder in den Verkehr bringt. Diesem wirtschaftlichen Grundinhalt der Verkaufskartellierung widerspricht die Annahme selbständiger Lieferungsverträge, auch wenn man diese, wie der Verf., in einem gesellschaftsrechtlichen Vorvertrage wurzeln lassen will. Die Konstruktion des Verf. widerspricht auch dem gesellschaftsrechtlichen Einlagebegriff, der gerade beim kartellrechtlichen Gesellschaftsvertrag wieder nur durch das wirtschaftliche Wesen der Kartellierung bestimmt werden kann. Wirtschaftlich gesehen besteht nun aber der wesentliche Inhalt jeden Kontingentierungskartells darin, daß das einzelne Mitglied zwecks gemeinsamer Regelung des Marktes den seiner Kapazität entsprechenden Marktanteil der Kartellgemeinschaft zur Verfügung stellt und dafür die Quote, d. h. einen Bruchteil des Gesamtmarktanteils aller Mitglieder, zur Ausnützung zugewiesen bekommt. Jedes Mitglied ist berechtigt und verpflichtet, an der Befriedigung des Marktbedürfnisses im Verhältnis seiner Quote teilzunehmen. Darin liegt der wesentliche Inhalt seiner gesellschaftlichen Einlageverpflichtung, die insofern eine Dauerverpflichtung ist, als das Mitglied verpflichtet ist, seine Produktionsanlagen so zu halten, daß es jederzeit der auf ihn quotenmäßig entfallenden Lieferverpflichtung nachkommen kann. Gerade dieser Dauercharakter der Einlageverpflichtung des Kartellmitglieds verträgt nicht die Zerlegung in getrennte und in sich selbständige Lieferungsverträge. Dem ganzen Wesen der Kartellierung wird vielmehr nur die Auffassung gerecht, die ein einheitliches Gesellschaftsverhältnis annimmt, in das auch das Lieferverhältnis eingebettet ist. Man kann wohl innerhalb des Gesamtkartellverhältnisses die Kartellbindung bis zu einem gewissen Grade verfestigen, indem man z. B. eine Kündigung der Kartellbindung für sich allein zuläßt, ein Weg, den das RG. nun auch bezüglich der Nebenleistungspflichten bei der nicht als Kartell betrachteten Zuckerrübenfabrik in der Form der GmbH. in der bereits oben zitierten Entscheidung gegangen ist. Man darf aber nicht die Kartellbindung selbst auseinanderreißen, wie es der Verf. tut, indem er sie in einen gesellschaftsrechtlichen Vorvertrag und selbständige Einzellieferungsverträge zerlegt. So scheint mir der Wert der Schrift des Verf. darin zu liegen, daß er durch seine Ausführungen doch nur die Nichtigkeit der herrschenden Auffassung von der Einheitlichkeit des Kartellverhältnisses und des Lieferverhältnisses bestätigt hat.

RA. Prof. Dr. Geiler, Mannheim-Heidelberg.

**Sozialrechtliches Jahrbuch.** Herausgegeben von den Direktoren des Forschungsinstitutes für Sozialwissenschaften der Stadt Köln: Brauer, Gärt, Lindemann, v. Wiese. **Verichte, Materialien, Untersuchungen zum werdenden Sozialrecht, vornehmlich über Berufsorganisationswesen, Industriepädagogik und Lohngestaltung.** Band I. Mannheim 1930. J. Benzheimer. 219 S. Preis geb. 12,50 M.

Arbeitsrecht ist Arbeitnehmerschutz im weitesten Sinne und verwaltungsmäßige Fürsorge (Jacobi, Grundrissen des Arbeitsrechts, 1927, 6). „Ein Kennzeichen der gesamten, unter dem Einfluß der sozialreformatorischen Idee stehenden Rechtsentwicklung ist die Tatsache, daß die gesetzliche Regelung anfangs meist auf einzelne besonders schutzwürdige Arbeitnehmergruppen beschränkt wird, daß spätere Ausdehnungen des Geltungsbereichs stattfinden, bis schließlich jeder Arbeitnehmer, ja möglicherweise ein noch darüber hinausgehender Personenkreis erfaßt wird“ (Jacobi 15). Man kann dies wohl als herrschende Ansicht bezeichnen. Welche Personen noch vom Arbeitsrecht erfaßt werden sollen, kann man zur Zeit noch nicht beurteilen, es werden aber in der Regel doch wohl Arbeitnehmer sein oder Menschen, die es waren oder werden wollten.

Brauer lehnt in seinem Geleitwort die Gleichsetzung von Sozialrecht und Arbeitsrecht ab. „Das Arbeitsrecht ist Sozialrecht, aber nicht das Sozialrecht: einmal erfaßt es nur eine einzige Volksschicht; sodann aber bietet es selbst auf diesem Einzelgebiete einstweilen nur spärliche Ansätze. Die Identifikation von Arbeitsrecht und Sozialrecht ist also mindestens unstatthaft.“ Solange noch nicht genau gesagt ist, inwieweit das Arbeitsrecht erweitert werden soll — es ist erweiterungsfähig, wie ja auch Jacobi zugeht — decken sich m. E. die Begriffe Arbeitsrecht und Sozialrecht. Bei den Juristen dürfte nicht viel Neigung bestehen, das Wort Arbeitsrecht, an das sie gewöhnt sind — vgl. dazu Hueck-Ripprecht, Lehr-



buch des Arbeitsrechts Bd. 1, 2 mit dem Hinweis auf Art. 7 Ziff. 9, 157 Abs. 2 RVerf. —, gegen das Wort Sozialrecht einzutauschen. Wenn aber die Sozialwirtschaftler auf eine Trennung dieser Begriffe Wert legen, so ist das ihre Sache, der Wert des Jahrbuches wird dadurch nicht beeinträchtigt. Es will ein „sozialrechtlicher Wegweiser“ sein, es will der Gesetzesvorbereitung dienen. Der Gesetzgeber soll auf Fragen hingewiesen werden, die der gesetzlichen Regelung noch bedürfen. Und es sollen zunächst drei Gebiete erörtert werden: Berufsorganisationswesen, Industrie-  
pädagogik und Lohngestaltung. Man will sich dabei nicht auf die Gewerkschaften und ähnliche Gebilde der Organisations-  
tätigkeit unter den Arbeitern beschränken, tut es aber zunächst, indem man nur eine Abhandlung über das soziale Schicksal des  
altersnden Arbeitnehmers bringt. Was der Gesetzgeber hier tun kann, ist Ausdehnung des Arbeitnehmerschutzes und der verwal-  
tungsmäßigen Fürsorge, also Ausgestaltung des Arbeitsrechtes. Die  
Industriepädagogik soll Volkserziehung und Erwachsenenbildung in  
sich begreifen. Die Abhandlungen von Brauer über Sozial-  
wissenschaft und Erwachsenenbildung und von Rosenstock über  
Erwachsenenbildung und Betriebspolitik verdienen besondere Be-  
achtung. Auch die Abhandlungen der Abteilung Lohnforschung  
geben dem Gesetzgeber noch keine Anweisungen. Dafür werden aber  
wohl die folgenden Jahrgänge sorgen. Nachdem auf diese Fragen  
so nachdrücklich hingewiesen ist, wird man sie im Auge behalten.  
Das Jahrbuch ist zweifellos ein verdienstvolles Unternehmen.

Prof. Dr. Dohow, Heidelberg.

**Dr. Th. Eichauer und W. Friedländer: Das Recht der  
Jugend.** Berlin 1930. Verlag J. S. W. Diez Nachf.  
107 S.

Die beiden Verf. sind bereits durch eine Reihe von Schriften  
aus dem Gebiete des Jugendwohlfahrtsrechts und des Jugendstrafrechts  
vorteilhaft bekannt. In dem vorliegenden kleinen Büchlein unter-  
nehmen sie nun den Versuch, die sämtlichen rechtlichen Sonder-  
bestimmungen für Kinder und Jugendliche, sowohl aus dem Gebiete  
des bürgerlichen Rechts, insbes. des Familienrechts, wie des Strafrechts  
und des öffentlichen Wohlfahrts- und Fürsorgerechts, in einer gemein-  
verständlichen Bearbeitung zusammenzustellen und in einer auch dem  
Laiken verständlichen Sprache wiederzugeben. Sofern und soweit das  
Buch keine höhere wissenschaftliche Aufgabe sich stellt, ist der Versuch  
als gelungen zu bezeichnen. Dem geschulten Juristen wird es freilich  
nichts zu sagen haben, zumal die zum Gesetzestext gegebenen Er-  
läuterungen wenig umfangreich und noch weniger tiefgründig sind,  
und soweit sie eine Kritik des geltenden Rechts enthalten, einseitig  
und ohne nähere wissenschaftliche Begründung die landläufigen Urteile,  
wie sie in den politisch sozialdemokratisch gerichteten Arbeiterwohlfahrts-  
kreisen verbreitet sind, lediglich wiederholen. In der Hand der zahl-  
reichen, in der öffentlichen Jugendwohlfahrt und Jugendfürsorge  
tätigen Laien wird das Buch jedenfalls gute Dienste leisten und  
freudig begrüßt werden, auch dem Studierenden kann es als erste  
Einführung in das Gebiet des Jugendrechts gute Dienste leisten. Ein  
auch höheren wissenschaftlichen Anforderungen gerecht werdendes „Recht  
der Jugend“ ist das Buch aber nicht und sollte es wohl auch nicht  
sein; ein solches muß erst noch geschrieben werden. Wertvoll für den  
Studierenden, aber auch für den Praktiker, ist das am Schluß bei-  
gelegte Literaturverzeichnis, wenngleich es auf Vollständigkeit keinen  
Anspruch machen kann.

Geh. H. Diefenbach, Heidelberg.

**Werner Sombart: Die drei Nationalökonomien.** Geschichte  
und System der Lehre von der Wirtschaft. München 1930.  
Verlag von Dunder & Humblot. 352 S. Preis geh. 12 M.,  
geb. 15 M.

Als den „Katalog“ seines Lebenswerkes bezeichnet Werner  
Sombart dieses Buch. Es führt den Leser in die Werkstatt eines  
Forschers und Lehrers und läßt ihn dort eine geradezu spannen-  
de Einsicht gewinnen in die logischen Prinzipien — in des Wortes  
eigentlichem Sinne — und in den Zusammenhang der verfahrensmä-  
ßigen Handgriffe eines Architekten und Baumeisters im Reiche  
des Geistes und der geistig-gesellschaftlichen Wirklichkeit. Denn das  
erhebt dieses Werk zu so außerordentlichem Wert und verleiht ihm  
eine besondere Überzeugungskraft, daß es sich hier nicht etwa handelt  
um eine Methodologie eines Nur-Logikers und Nur-Methodologen,  
sondern daß es das Fazit dessen enthält, was für die Logik und die  
Methodologie der Nationalökonomie einer selbst erprobt hat,  
der auf diesem Gebiet so Besonderes geleistet. (Die Bezeichnung  
„Nationalökonomie“ wählt Sombart gerade deshalb, weil sie  
„bühlig sinnlos“, d. h. gleichzeitig „am wenigsten mit methodologischen  
Ansprüchen belastet ist“ [S. 18].) Und der Eindruck vom Architekten  
und Baumeister, von dem oben gesprochen wurde, wird nicht erst  
erweckt, er wird lediglich bestätigt, wenn wir erfahren, daß bei der  
Umgestaltung eines Wissensaggregates zu einer Wissenschaft Som-  
bart, an Kant orientiert, sich leiten läßt von dem „schönen Bilde

eines Gebäudes“, das aus einzelnen Bestandteilen aufgeführt wird,  
aber nach einem einheitlichen Plane, der schon die Einheit des Ganzen  
in sich enthält: „dieser Bauplan ist das System“ (S. 178). Dieses  
System wird mit Hilfe von bestimmten Ideen (Ideen im logischen,  
nicht ontologischen Sinne, „Begriffsbegriffe“, nicht „Urbilder“) klar  
und einleuchtend entworfen. Damit aber nach ihm gebaut werden  
könne, gefeilt sich dem Architekten der Baumeister, der, nachdem  
er erfahren, was gebaut werden soll, weiß, wie gebaut werden kann.  
Ist aber erst die Orientierung da, wonach zu fragen ist (gerade  
daraüber herrscht in dem fraglichen Wissensgebiet von jeher größte  
Unklarheit), und ist aus der Natur des klargestellten Erkenntnis-  
objektes abzuleiten, wie erkannt werden kann, dann, aber erst dann  
und nur dann kann weitergeschritten werden zur Vereitung des Bau-  
materials, zu der dem Objekt und der Methode des Erkennens an-  
gepaßten Begriffsbildung. Wenn irgendwo sonst, so hat Sombart  
ganz gewiß hier, im Kern seines Werkes, benutzt gehandelt nach dem  
Motto, das er diesem Buch vorangestellt: Qui bene distinguit,  
bene docet. Denn wohl selten finden wir einen so klaren Aufriß,  
wie er hier gegeben wird, über Baustyem, Bauweise und Baumaterial  
einer Wissenschaft. Es zeigt sich nicht nur, daß und wie National-  
ökonomie Wissenschaft sein kann, sondern die Darlegungen dienen  
der Wissenschaft an sich zur Ehre.

Als Mittelpunkt dieser und damit „der gesamten in diesem  
Buche angestellten Erörterungen“ findet sich die Rechenchaft über  
die Erkenntnisweise (Methode), die Sombart als seinem Gegen-  
stand gerecht herausarbeitet: „das Verstehen“. Diese Art des Er-  
kennens, für die der Verf. auf dem Züricher Soziologentag 1928  
eingetreten ist und bei deren Verjection er namhafte Bundes-  
genossen in philosophischen und soziologischen Lagern hat, scheint  
der mächtige Hebel, aus dem heraus das große gleichermäßen  
wirtschaftsgeschichtliche wie wirtschaftstheoretische<sup>1)</sup> Werk dieses Mei-  
sters geleitet worden ist. „Das Verstehen“ ist Wesenserkennntis,  
d. h.: „wir erfassen eine Erscheinung, die wir ‚verstehen‘, in ihrer  
Gänge ... Wir sehen ein, warum sie so und nicht anders sein muß,  
und begreifen, warum sie immer so sein muß, solange sie an dem  
Sinn teilnimmt, aus dem heraus wir sie ‚verstanden‘ haben“ (S. 196).  
Das hat nun ebensowenig mit Sinnbeutung oder gar Sinngebung  
wie mit der Suche etwa nach einer generellen Gesetzmäßigkeit zu  
tun. Gerade hierin stellt sich Sombarts „verstehende“ National-  
ökonomie den beiden anderen der „drei Nationalökonomien“  
gegenüber.

Die Auseinandersetzung mit diesen, die — nach einer sehr klaren  
Charakterisierung am Anfang — sich durch das ganze Werk hin-  
durchzieht, ergibt gerade dies: Die „richtende“ Nationalökonomie,  
die es als ihre Aufgabe ansieht, letzte Werte zu erkennen (z. B. die  
„richtige“ Wirtschaft), ist zwar Erkenntnis, aber kein bloßes „Ver-  
stehenserkennen“ mehr, sondern „Gefühls- und Willenserkenntnis“ —  
also Metaphysik und keine Wissenschaft (S. 78); sie treibt Sinn-  
beutung, ja selbst Sinngebung, sie setzt Zwecke und Ziele, aber ein  
wissenschaftliches Sinnverstehen ist ihr verbaut, denn sie geht über  
Erfahrung und Evidenz hinaus. Die „ordnende“ Nationalökonomie  
leistet im Rahmen ihrer naturwissenschaftlichen Einstellung, der Ge-  
bietseinschränkung, Methode und Begriffsbildung entsprechen, Verzicht  
darauf, die Totalität zu erfassen, zu „verstehen“; sie beschränkt sich  
darauf, äußerlich zu begreifen und in Teilen, in je exakter und  
vollendeter die Wissenschaft ist, desto kleineren Teilen zu erkennen  
(S. 112 u. passim); die „ordnende“ Nationalökonomie ist zwar Wissen-  
schaft, aber kann, ja will keine Wesenserkennntis treiben. Damit  
wird sie aber ihrem Objekt, d. h. der geistig-gesellschaftlichen Kultur  
in einem bestimmten Betrachte, nicht gerecht. Deshalb fordert und  
übt Sombart „das Verstehen“, das — ohne den Wissenschafts-  
charakter einzubüßen — die Nationalökonomie über kann. Denn  
hier ist „der Erkennende und sein Gegenstand selbst (identisch)“  
(S. 197); denn „alles, was in der Kultur ist, war einmal im Men-  
schen“ (S. 199). So erkennen wir hier, „von innen“, wir stehen  
„hinter den Kulissen“ (S. 197) und können, ohne wissenschafts-  
transzendent zu werden, „verstehen“. Denn es ist ja nur die Welt des  
Menschen, die es zu verstehen gilt und von der wir Menschen sagen  
können, daß eigentlich „nichts dahinter (vor mir gesperrt) ist“  
— während etwa „hinter dem Duft einer Rose, hinter dem Gleisflug  
eines Vogels, hinter der Bildung eines Kristalls“ eine für unsere  
blinden Augen verhüllte „Welt von Wundern“ liegt (S. 196). In einer  
solchen Erklärung der „unermesslichen Überlegenheit“ derartiger  
Wesenserkennntis, des Verstehens, liegt also gleichzeitig ihre deutliche  
Beschränkung.

Wenn nun aber Sombart auch in dieser Möglichkeit solchen  
der Kulturwissenschaft eignenden Ganzheitserkennens gleichsam den  
Imperativ empfindet (und befolgt), dergestalt zu verfahren, so löst  
er trotzdem in wissenschaftlicher Objektivität die Aufgabe, die beiden  
anderen Nationalökonomien in ihren Hauptvertretern und Haupt-  
zügen zu zeichnen, und stellt schließlich die Frage: „Können, müssen,  
sollen andere Erkenntnisweisen als die verstehende Methode in der  
Nationalökonomie Verwendung finden?“ Dies nachdem er zu Beginn

<sup>1)</sup> Hierzu sehr aufschlußreich die Ausführungen Sombarts  
auf S. 317.

des letzten Teiles seines Werkes als „wichtige Aufgabe einer fruchtbareren Erkenntnistheorie“ erklärt hat, „die besonderen Aufgaben der verschiedenen Erkenntnisarten zu bezeichnen und nach Möglichkeit scharf voneinander abzugrenzen. Vor allem gilt es, die drei Erkenntnisweisen, die sich der Verstandeskategorien als ihrer Hilfsmittel bedienen: die Metaphysik, die ordnende und die verstehende Wissenschaft in ihrer Eigenart und in ihrer Unterschiedlichkeit richtig zu erfassen und ihnen ihren Anwendungsbereich zuzuweisen.“ Immerhin kommt er dann zum Schluß: „Da wird es dann nun darauf hinauslaufen, daß wir die Metaphysik als die dem Bereich des Absoluten, die ordnende Wissenschaft als die dem Bereich der Natur und die verstehende Wissenschaft als die dem Bereiche der Kultur angemessene (adäquate) Erkenntnisweise gelten lassen“ (S. 277). Trotzdem gibt er zu, daß für gewisse Fragen das bloß ordnende Verfahren angewandt werden muß, nämlich überall da, „wo wir nicht verstehen können“, z. B. Naturerscheinungen (Mißernten) gegenüber (S. 291). Daß sowohl „richtende“ wie „ordnende“ Nationalökonomie getrieben werden kann, erweist die Tatsache, daß sie getrieben werden. Auf die Frage nach dem „Sollen“ antwortet Sombart beidemal mit „nein“, und zwar gegenüber dem „richtenden“ Verfahren als Wissenschaftler, gegenüber dem „ordnenden“ als Kulturwissenschaftler, „aus der Erwägung heraus, daß wir bei einem Verzicht auf die verstehende Methode unnötig den Bereich unserer Erkenntnis einengen und diese in unerwünschter Weise verflachen“ (S. 292).

Denn es sind sowohl in der Tiefe wie in der Breite große Aufgaben, die Sombart der Gesamtlehre von der Wirtschaft in ihren Zweigen Wirtschaftsphilosophie, Wirtschaftswissenschaft und Wirtschaftskunstlehre stellt. Und so bewußt und erfolgreich er die Verwehung metaphysischer Fragen mit denen der Wissenschaft, seiner Wissenschaft vermeidet, so pulsiert doch eine große geschlossene Weltanschauung (die, wie Sombart empfindet, immer mehr ist als „Anschauung“) hinter dem Ganzen. Und mir will scheinen, daß die Ablehnung der Metaphysik als kulturwissenschaftlicher Erkenntnisweise keiner Geringschätzung, daß sie vielmehr einer großen Ehrfurcht gegenüber aller Philosophie entspringt. Metaphysik ist eine Angelegenheit des Genies — Genie aber „ist Gnade. Und Gnade ist selten“ (S. 329; hierzu aber vor allem auch S. 78 ff.).

Ein großes Verdienst des Werkes ist bisher nur zwischen den Zeilen erwähnt, nämlich dies: daß in das Chaos der bunt durcheinander gewürfelten Auffassungen über den Gegenstand und die Erkenntnisweisen in der Nationalökonomie Ordnung gebracht und erwiesen wird, daß es „zu unserem Gegenstande — der menschlichen Wirtschaft — ... wie zu allen übrigen Bestandteilen der Kultur“ drei Grundeinstellungen gibt und nur drei (von mir gesperrt): eben die metaphysische, naturwissenschaftliche und kulturwissenschaftliche (S. 19). Eine Dreiteilung, die an sich schon andersorts in ähnlicher Weise vollzogen wurde; wobei aber hier die Spannweite kulturwissenschaftlicher Erkenntnis für die Lehre von der Wirtschaft vielleicht zum erstenmal in so bewußter und überzeugender Klarheit so weit gefaßt ist. Denn Sombart geht dabei über das, was etwa die südwestdeutsche Schule, was etwa Troeltsch dazu aufgestellt hat, hinaus. Es muß indessen Berufeneren überlassen bleiben, zu prüfen, ob Sombarts Auffassung gerade der

Lehre der südwestdeutschen Schule ganz stichhaltig ist. — Bescheiden, aber innerlich fest von der Unrichtigkeit der entsprechenden Behauptung überzeugt, möchte ich es lediglich ablehnen, daß „die Theologie, die Jurisprudenz, die Medizin im wesentlichen (von mir gesperrt) aus ... Kunstlehren“ bestehen (S. 324).

Dr. phil. Elisabeth Heinsheimer, Berlin (früher Heidelberg).

**Kollmann, Regierungsrat in Dortmund: Das Reichsversorgungsgesetz, Altrentnergesetz und Kriegspersonenschädengesetz i. d. Fass. v. 22. Dez. 1927, und das Verfahrensgesetz i. d. Fass. v. 20. März 1928 nebst Ausführungsvorschriften.** Berlin 1928. Verlag Reimar Hobbing. 165 S. Preis 4,80 M.

Die neuen Ergänzungen und Änderungen der vorbezeichneten Gesetze und ihrer Ausführungsvorschriften haben auch eine neue Textausgabe nebst Ausführungsvorschriften für die Praxis der Versorgungsbehörden und für die Bedürfnisse der zu Versorgenden wünschenswert erscheinen lassen. Diese liegt nun in der Kollmannschen Ausgabe in guter Ausstattung und mit einem die Benutzung erleichternden Sachverzeichnis vor und sie wird wohl bald, auch wegen ihrer Handlichkeit, weiteste Verbreitung finden. Wissenschaftlichen Wert beansprucht das Werkchen nicht; der Praxis aber wird es gute Dienste leisten. Geh. J. R. Dieffenbach, Heidelberg.

**Dr. Walter le Coutre, Professor an der Handelshochschule Mannheim: Literatur und Quellenachweis zur Betriebswirtschaftslehre.** Berlin. Verlag von Leopold Weiss. Preis 3,20 M.

Je komplizierter das Wirtschaftsleben sich gestaltet, desto schwieriger ist es für den Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt, sich in den verzweigten Gängen der Betriebswirtschaft zurechtzufinden, Zusammenhänge zu erkennen und zu Geschehnissen einen richtigen kritischen Maßstab zu finden. Die Wissenschaft, welche sich mit den Zusammenhängen der Erzeugung und dem Vertrieb von Gütern befaßt und über diese Frage Aufschluß geben kann, die Betriebswirtschaftslehre, ist jung und in tatkräftiger Entwicklung begriffen. Es mangelt aber noch an zusammenhängenden Arbeiten. Deshalb ist es ein begrüßenswertes Unternehmen des Verf., in der Form kurzgefaßter Repertorien das reiche Gebiet der Betriebswirtschaftslehre darzustellen. Gerade die knappe, übersichtliche und vollständige Darstellung ermöglicht in vorzüglicher Weise, rasch und erschöpfend einen Überblick über das gewünschte Gebiet zu erlangen. In erster Reihe für die Studierenden gedacht, wird es auch dem Praktiker gute Dienste leisten. Der erschienene erste Teil behandelt das Gebiet der allgemeinen Betriebslehre. Ein zweiter Teil soll der allgemeinen Betriebslehre und ein dritter der besonderen Betriebslehre und dem Genossenschaftswesen gewidmet sein. Der niedere Preis ermöglicht weiteste Verbreitung.

UGDir. Dr. Rey, Mannheim.

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

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

#### I. Materielles Recht.

##### 1. Bürgerliches Gesetzbuch.

##### 1. §§ 133, 157, 249, 251 B G B.

1. Die Verpflichtung, über eine bestimmte Ausdehnung hinaus nicht zu bauen, kann nicht nur einen Anspruch auf Unterlassung und nach

der Verletzung auf Schadensersatz, sondern im letzteren Falle auch auf Erfüllung (Beseitigung) begründen.

2. Wird die Beseitigung als Schadensersatz gefordert, so ist, wenn der Verletzte die Wiedergutmachung durch Geld als sein Recht beansprucht, bei der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen auch auf das Verhalten des Schädigers vor und bei der Vertragsverletzung Rücksicht zu nehmen. †)

Das BG. stellt fest, daß der Befl. sowohl durch die Höherziehung des Neubaus um etwa 1 1/2 Stockwerke, wie auch durch die Anbringung der drei vordringenden Ausbauten an der K. Straße gegen die Bestimmung in § 3 des Kauf-

Zu 1. Das Urteil bemüht sich der Vertragsbestimmung gerecht zu werden, daß der Befl. sich Baubeschränkungen zugunsten des Nachbarn unterworfen hat. Es sucht einen Weg, die Wiederherstellung des alten

vertrages, der ihm ein Bauen nur in bestimmten Grenzen gestattete, verstoßen hat. Es ist jedoch der Meinung, es handle sich bei dieser Vertragsbestimmung nur um eine einmalige Unterlassungspflicht des Bekl. in dem Sinne, daß er bei Errichtung eines Baues auf dem angekauften Grundstück die Überschreitung einer bestimmten Höhe und die Ausgestaltung der Front in vertragswidriger Form zu unterlassen habe; eine Erfüllung dieser Pflicht sei infolge der Zuwiderhandlung nicht mehr möglich. Der Rev., die demgegenüber Verletzung der §§ 157, 242 BGB., § 286 ZPO. rügt, ist zuzugeben, daß das Ur. mit der bisherigen Begründung nicht aufrechtzuhalten ist. Das BG. rechnet mit der von ihm für widerlegt erachteten Möglichkeit, die Bestimmung des Vertrages könne darauf abgestellt sein, daß der Bekl. kein diesen Bestimmungen zuwider ausgestaltetes Gebäude haben dürfe. In einem solchen Falle kann es sich demnach darum handeln, daß der Bekl. das Grundstück dauernd nicht in bestimmter Richtung benutzen darf und darf, mithin um eine Belastung, die an sich nach § 1018 BGB. den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden, aber auch ohne Begründung einer solchen förmlichen Grunddienstbarkeit durch schuldrechtlichen Vertrag mit Wirksamkeit nur für die Vertragsparteien vereinbart werden und die dem Schuldner obliegende Leistung darstellen kann (RGKomm. Erl. 8 und 1 zu § 1018 BGB., S. 392, 386 d. 6. Aufl.). Die so in Gestalt des Nichtgebrauchs der eigenen Sache geschuldete Leistung (vgl. Planck-Siber, Erl. 2 zu § 241 BGB.) ist nach Umständen, wenn es sich dabei um einen dauernden oder zum mindesten längeren Nichtgebrauch handelt, begrifflich nicht lediglich vom Gesichtspunkt der Unterlassung aus zu beurteilen, sondern positivem Tun angenähert, so daß eine Unmöglichkeit der Leistung nicht durch eine in der Vergangenheit liegende Zuwiderhandlung schlechthin bewirkt wird, sondern vielmehr trotz dieser die Möglichkeit der Erfüllung für die Zukunft noch verbleibt, und zwar auch und gerade dann, wenn aus der Zuwiderhandlung ein vertragswidriger Zustand, wie ihn hier die Kl. in dem Bestehen und etwaigen Bestehenbleiben des vertragswidrigen Bauwerks erblicken, entstanden ist. Der von den Kl. in erster Linie geltend gemachte Anspruch auf Beseitigung der vertragswidrigen Teile ist demnach rechtlich als Erfüllungsanspruch aus dem Vertrage möglich. Der Rev. ist zuzugeben, daß der VerKl. bei der Prüfung der Frage, ob eine Verpflichtung des Bekl. in dem oben erörterten Sinne vereinbart ist oder nur eine einmalige Unterlassungspflicht, wie sie in dem angefochtenen Ur. zugrunde gelegt ist, das Vorbringen der Parteien, insbes. der Kl., nicht erschöpfend erörtert und gewürdigt hat. Das Vorbringen der Kl. ging dahin, daß es ihnen ausgesprochenenmaßen darauf angekommen sei, durch die streitige Vertragsbestimmung eine für die Dauer berechnete Regelung zu erreichen durch dauernde Verhütung eines Zustandes, wie ihn der Bekl. nach der Feststellung des VerKl. geschaffen und zu vertreten hat. Das Interesse der Kl. an einer derartigen Regelung, das nach ihren Darlegungen an sich durchaus einleuchtend erscheint, hätte von dem VerKl. auch an Hand der von den Kl. dargelegten Verhandlungen, wie sie sowohl vor Abschluß des Vertrages selbst wie auch vor Beginn und während der Bauarbeiten stattgefunden haben sollen, erörtert und geprüft werden müssen. Der in der Nichtbeachtung dieses Vorbringens liegende Verstoß gegen § 286 ZPO. muß in

Zustands herbeizuführen. Es ist offenbar der Meinung, daß mit dem Unterlassungsanspruch hier nicht gelöst werden kann und will daher den Anspruch auf Unterlassung in einen solchen auf eine positive Leistung umdeuten. Man kann dem Ur. aber kaum darin folgen, daß ein Anspruch auf dauernden oder längeren Nichtgebrauch den auf ein positives Tun enthalten soll. Tun und Unterlassen sind konträre Wegensätze, auch in der Rechtsprache, wie gerade § 241 Satz 2 BGB. ergibt. Der höhere gemeinsame Begriff ist der der Leistung. Wie sich nun Unterlassung dem positiven Tun nähern kann, wird nicht dargelegt und ist eben begrifflich nicht möglich. Bei längerem Gebrauch oder Nichtgebrauch kann der Oberbegriff auch als Sichverhalten bezeichnet werden. Solches kann dann von der positiven oder negativen Seite angesehen werden. Eine Verpflichtung zu bauen ist z. B. die zur Unterlassung, einen Platz leer zu lassen. Daß ein Unterlassen sich auch auf einen Dauerzustand beziehen kann, ergibt gerade der Hinweis der Entsch. auf gleichinhaltliche Dienstbarkeiten, die eben nicht in einmaligen Unterlassungen bestehen können, sondern einen Zustand, ein dauerndes oder längeres Sichverhalten zum Inhalt haben

Verbindung mit §§ 133, 157 BGB. zur Aufhebung des angefochtenen Ur. führen.

Die Rev. rügt weiter mit Recht, daß der VerKl. dem Bekl. auch im Falle des Vorliegens eines Erfüllungsanspruchs in entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB. grundsätzlich das Recht zubilligt, die Kl. durch eine Geldentschädigung abzufinden. Gegenüber dem auf Vertrag beruhenden Erfüllungsanspruch ist für eine Anwendung dieser Vorschrift, auch für eine entsprechende Anwendung, kein Raum.

Die Rev. rügt endlich mit Recht eine unrichtige Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB. i. Verb. m. § 286 ZPO. für den Fall, daß die in erster Linie geforderte Beseitigung der vertragswidrigen Teile des Neubaus nicht auf Grund des Erfüllungsanspruchs, sondern nur aus dem Gesichtspunkt der Schadensersatzforderung gegeben sein sollte. Der der Bestimmung in § 251 Abs. 2 BGB. zugrunde liegende Rechtsgedanke beruht auf einer Anwendung des in § 242 BGB. für die Erfüllung festgelegten Grundsatzes von Treu und Glauben. Voraussetzung für die aus Billigkeitserwägungen dem Schuldner eingeräumte Befugnis ist demnach die Feststellung einer Unverhältnismäßigkeit der für die Herstellung erforderlichen Aufwendungen. Diese Frage der Unverhältnismäßigkeit ist im wesentlichen tatsächlicher Natur. Sie kann aber rechtlich nur beurteilt werden unter Beachtung aller in Betracht kommenden Umstände. Zu diesen gehört nicht nur der angerichtete Schaden nach Art und Umfang, sondern auch ein etwaiges besonders geartetes Verhalten des Schädigers. Nach dieser Richtung ist das Vorbringen der Parteien, insbes. der Kl., nicht ausreichend erörtert und gewürdigt. Insbes. ist es unerlässlich, daß der den Kl. entstandene volle Schaden (vgl. RGKomm. Erl. 3 zu § 251 BGB.) abschließend festgestellt wird, unter Beachtung des gesamten Parteivorbringens, da andernfalls eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB. nicht möglich ist. Soweit das von den Kl. behauptete besondere Verhalten des Bekl. in Betracht kommt, ist nicht entscheidend, ob es die Voraussetzungen des § 286 BGB. erfüllt. Auch ohne eine dahingehende Feststellung kann ein solches Verhalten nach doppelter Richtung von Bedeutung sein. In erster Linie wird im Falle der Feststellung eines Vergehens des Bekl., wie es die Kl. unter Heranziehung des Briefwechsels vor Beginn und während der Ausführung der Bauarbeiten sowie des Verhaltens des Bekl. im Verfahren über die EinstwVerf. einschließlich ihrer Zustellung im einzelnen dargelegt und unter Beweis gestellt haben, zu erörtern und zu prüfen sein, ob der Bekl. nach Treu und Glauben einen Anspruch auf Beibehaltung eines unter Verletzung dieses Grundsatzes errichteten Baues auf dem in § 251 Abs. 2 eröffneten Wege überhaupt geltend machen kann. Falls diese Frage nicht grundsätzlich zu verneinen ist, für deren Entscheidung auch die dem Bekl. durch eine Herstellung erwachsenden Aufwendungen zu berücksichtigen sein werden, wird es sich weiter um die Prüfung und Entscheidung der Unverhältnismäßigkeit selbst handeln. Auch dabei wird das besondere Verhalten des Bekl. bei der Prüfung der einzelnen Aufwendungen nicht außer acht zu lassen sein. Unter den Herstellungsaufwendungen in § 251 Abs. 2 BGB. sind vorliegend an sich nur die für die Beseitigung der vertragswidrigen Teile erforderlichen Aufwendungen zu verstehen, da die Herstellung in dieser Be-

müssen. Andererseits können sie kein Tun zum Inhalt haben. Als Vertragsinhalt kann daher hier, ohne den Anspruch in das Positive umzudrehen, ein solcher auf dauerndes Nichtausgestalten des Gebäudes in der verbotenen Weise angesehen werden. Hieraus folgt dann der Anspruch auf Beseitigung des vertragswidrigen Zustands. Auch bei dieser Betrachtungsweise käme § 251 Abs. 2 BGB. nicht in Betracht.

Erfreulich ist die Schärfe, die bei Prüfung der Frage der Anwendbarkeit des § 251 Abs. 2 BGB. im Falle einer Verletzung von Treu und Glauben verlangt wird. Ein starker Schutz der Vertragstreue ist insbes. dann erwünscht, wenn, wie hier offenbar gesehen, ein immaterieller Schaden (Einbuße der ästhetischen Wirkung eines Bauwerks und Beeinträchtigung einer Aussicht) entstanden ist, der sonst nicht gutzumachen ist. Zutreffend ist die Ausschaltung der Beinträchtigung, die der Bekl. erfährt, wenn der alte Zustand wiederhergestellt wird. Andernfalls würden ja die Geschädigten dem Schädiger noch einen Teil der Auslagen seiner Schädigung zu vergüten haben.

DRK. Traumann, Karlsruhe.

feitigung besteht. Dagegen können hierunter nicht fallen die Kosten, die der Bekl. hat aufwenden müssen, um den vertragswidrigen Zustand erst zu schaffen, und ebensowenig der Verdienst, den er durch Bestehenbleiben des vertragswidrigen Zustandes erzielen, im Falle der Beseitigung aber verlieren würde. Unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB. wird es zu beurteilen sein, ob der an dem Neubau im Falle der Beseitigung der vertragswidrigen Teile etwa entstehende besondere Schaden, der in einer Verminderung der Standfestigkeit oder in ähnlichen Folgen bestehen würde, in die nach § 251 Abs. 2 zu berücksichtigenden Aufwendungen einzubeziehen ist oder ob der Bekl. an ihrer Geltendmachung infolge seiner Vertragsuntreue, insbes. auch bei Berücksichtigung einzelner Bauabschnitte, gehindert sein möchte.

(U. v. 19. Mai 1930; 558/29 VI. — Celle.) [Ru.]

\*\*2. §§ 185, 2040, 2241 BGB.

1. Die von der Rspr. des RG. zugelassene Beseitigung offenerbarer Versehen in einer an sich vorhandenen Zeitangabe kann nicht angewandt werden in der Form einer Ergänzung einer völlig fehlenden Zeitangabe.

2. Gemeinschaftliche Verfügung der Erben über einen Nachlaßgegenstand liegt — im Gegensatz zu dem Falle der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) — vor, wenn sie mit vorheriger Zustimmung (Einwilligung) getroffen wird.†)

Der am 12. April 1918 verstorbene Gastwirt F., Vater der Bekl. zu 1, hatte mit seiner Ehefrau am 16. Juli 1909 ein gemeinschaftliches Testament gemäß §§ 2231 Ziff. 1, 2238 BGB. vor dem N. durch mündliche Erklärung errichtet, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzten. Seine Witwe verkaufte das auf den Namen des Erblassers eingetragene Grundstück durch notariell beurkundeten Kaufvertrag v. 28. Juli 1919 an den Kl., und dieser wurde auf Grund der von ihr erklärten Auflassung v. 23. Sept. 1919 am 6. Okt. 1919 als Eigentümer eingetragen. Die Bekl. zu 1 erwarb am 20. Okt. 1924 einen Erbschein dahin, daß Erben des Verstorbenen geworden seien seine Witwe zu  $\frac{1}{4}$ , sie selbst zu  $\frac{3}{4}$ . Das Testament wurde als nichtig angesehen, da in dem Protokoll über seine Errichtung die Angabe über den Tag der Verhandlung fehlte. Am 21. Okt. 1924 wurde zu ihren Gunsten ein Widerspruch gegen die Eintragung des Eigentumsübergangs auf den Kl. eingetragen. Der Kl. behauptete mit der Behauptung, das Testament sei gültig, da das richtige Datum auf dem Briefumschlag, in dem das Protokoll verschlossen war, angegeben war, die Bekl. seien auch bei der Veräußerung zugegen und mit ihr einverstanden gewesen, von der Bekl. zu 1 die Einwilligung in die Löschung des Widerspruchs, weiter gegen sie die Feststellung, daß er Eigentümer des Grundstücks sei, ferner hilfsweise gegen sie die Feststellung, daß der Kaufvertrag zu Recht bestehe und

ihre Verurteilung zur erneuten Auflassung des Grundstücks, gegen den Bekl. zu 2 die Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut. Die Bekl. vertraten die Auflassung, das Testament sei ungültig, und behaupteten, sie seien mit der Veräußerung des Grundstücks an den Kl. nicht einverstanden gewesen. Die Witwe F. ist im ersten Rechtszuge verstorben und von der Bekl. zu 1 allein beerbt worden. Der Kl. folgerte daraus hilfsweise das Wirksamwerden ihrer Verfügung gemäß § 185 Abs. 2 BGB.

Das O. verurteilte die Bekl. zu 1, das Grundstück an den Kl. aufzulassen, und den Bekl. zu 2 zur Duldung der Zwangsvollstreckung. Im zweiten Rechtszuge beantragte die Bekl. zu 1 die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß ihrer Mutter. Der Antrag wurde mangels Vorhandenseins ausreichender Masse abgelehnt. Sie machte hilfsweise geltend, daß demnach die Voraussetzung des § 185 Abs. 2 — ihre unbeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten ihrer Mutter — nicht gegeben sei. Die Berufung der Bekl. wurde zurückgewiesen, und auf die Anschlußberufung des Kl. wurde die Bekl. zu 1 zur Einwilligung in die Löschung des Widerspruchs und der Bekl. zu 2 zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt, und es wurde ferner festgestellt, daß der Kl. Eigentümer des streitigen Grundstücks sei. Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Das O. geht zutreffend davon aus, daß das Testament v. 16. Juli 1909 wegen Verstoßes gegen die zwingende Formvorschrift des § 2241 Ziff. 1 BGB. nichtig ist, da in dem Protokoll über seine Errichtung jede Angabe über den Tag der Verhandlung fehlt. Die von der Rspr. des RG. zugelassene Berichtigung offenerbarer Versehen in einer an sich vorhandenen Zeitangabe (RG. 109, 368/70<sup>1</sup>) kann nicht ausgedehnt und angewandt werden in der Form einer Ergänzung dieses völlig fehlenden Teiles (RG. 109, 368/74; RGRKomm., Erl. 1 zu § 2241 BGB.).

Nach den Feststellungen des O. hat der Kl. das Grundstück von der Witwe des Erblassers erworben, ohne daß diese zuvor selbst als Eigentümerin eingetragen war, sowie ohne Vorlegung eines sie als Erbin ausweisenden Erbscheins nach dem Erblasser. Auf die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs oder des Erbscheins kann sich mithin der Kl. nicht berufen (RGRKomm., Erl. 4 Abs. 3 zu § 892, Erl. 1, 6 zu § 2366 BGB.), und es war daher die Prüfung geboten, ob die Verfügung der Witwe des Erblassers, die demnach an sich allein nicht zur Verfügung befugt war (§ 2040 BGB.), nach Maßgabe der Vorschriften in § 185 BGB. dennoch rechtswirksam war (RGRKomm., Erl. 4 zu § 185 BGB.). Das O. stellt fest, daß sowohl die Witwe des Erblassers, wie auch die beiden Bekl. bereits vor Abschluß des Kaufvertrags v. 28. Juli 1919 wußten, das Testament sei nichtig, mithin seien die Witwe und die Bekl. zu 1 Miterben des Erblassers, und es bedürfe zur Veräußerung des Grundstücks der Mitwirkung beider Miterben. Die Rev. bemängelt die von dem O. aus der Feststellung,

Zu 2. Die Entsch. beruht im wesentlichen auf der tatsächlichen Feststellung, daß die Veräußerung des zum Nachlaß gehörenden Grundstücks durch die Mutter mit Einwilligung der Tochter (und ihres Ehemannes) erfolgt ist. Die von der Mutter vollzogene Auflassung war deshalb rechtswirksam, gleichviel ob sie Alleinerbin oder nur Miterbin mit ihrer Tochter geworden war. Die Einwilligung der Tochter bedeutete, wenn sie Miterbin war, daß sie mit der Rechtsänderung an dem ganzen Grundstück einverstanden war und ihre an dem Grundstück bestehenden Rechte auf den Erwerber übertragen wollte. Insofern lag mithin die vom Gesetz geforderte gemeinschaftliche Verfügung der Miterben vor. Vgl. dazu auch RG. 125, 132 = JW. 1929, 3295.

Besondere Hervorhebung verdient die Stellung, die das vorl. Urteil zu der Frage der Formgültigkeit des Testaments einnimmt, in dem die Eltern sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. In dem hierüber errichteten gerichtlichen Protokoll fehlt jede Angabe über den Tag der Verhandlung. Wird dieser Mangel dadurch ausgeglichen, daß das richtige Datum auf dem Briefumschlag, in dem das Protokoll verschlossen war, angegeben war? Das vorl. Urteil bejaht kurz die Formnichtigkeit des öffentlichen Testaments unter Hinweis auf RG. 109, 368/75 = JW. 1925, 954. Angesichts der Unsicherheit, die über die Beurteilung der Formgebote in der Rspr. besteht, erscheint es bedeutsam, auf diese Frage genauer einzugehen. In dem angeführten Urteil hat der 5. ZivSen. eingehend die zwischen dem 3. und dem 4. ZivSen. ursprünglich bestehende Meinungsverschiedenheit erörtert. Der 3. ZivSen. hatte in RG. 74, 421 = JW.

1911, 183 entschieden, daß die auf Versehen beruhende unrichtige Protokollangabe über den Ort und den Tag der Verhandlung bei einem Testamente gem. § 2241 Nr. 1 BGB. und dem damit übereinstimmenden § 176 I 1 ZGB. die Nichtigkeit nicht zur Folge habe. Der 4. ZivSen. dagegen war in RG. 81, 95 = JW. 1913, 264 und 84, 164 = JW. 1914, 525 und JW. 1917, 466 und 926 für die Nichtigkeit eingetreten und hatte die sachliche Unrichtigkeit jener Protokollangaben nur dann für unschädlich erklärt, wenn die aus dem Protokoll hervortretenden Zweifel sich unmittelbar aus den weiteren gesetzlich vorgeschriebenen Beurkundungsvorgängen klarstellen lassen. Nachdem der 3. ZivSen. seinen früheren Standpunkt aufgegeben hatte, konnte der 5. ZivSen. aussprechen, daß die Unrichtigkeit der Angaben über Ort und Tag der Verhandlung die Nichtigkeit der beurkundeten Erklärungen zur Folge hat. Das wird mit überzeugenden Gründen dargelegt, die eine viel größere Beachtung verdienen, als dies bisher geschieht. Das Urteil bezeugt, daß den zwingenden Gesetzesgeboten die erste und gewissenhafte Achtung gebührt. Die Angaben über den Ort und die Zeit der Verhandlung sind keine nebensächlichen Feststellungen, und sie werden nicht aus schulmeisterlicher Formelsucht gefordert, sondern sie haben eine wichtige, sachliche Bedeutung. Und deshalb ist bei der öffentlichen Beurkundung ebenso wie bei dem eigenhändigen Testament auf der richtigen Datierung und Ortsbezeichnung zu bestehen. „Das unrichtig Beurkundete gilt als nicht beurkundet“ und

1) JW. 1925, 954.

daß die Befl. bei der Beurkundung des Kaufvertrages zu- gegen gewesen sind und keinen Widerspruch erhoben haben, gezogene Schlußfolgerung, daß die Befl. damit ihre Zu- stimmung zu der Veräußerung gegeben haben und letztere damit wirksam sei. Diese auf RG. 93, 292/95 gestützte Rüge ist jedoch ebenfalls nicht begründet. In dieser Entsch. hat das RG. ausgesprochen, daß die entgegen der Vorschrift in § 2040 BGB. nur von einem der Miterben getroffene Verfügung nicht nach § 185 Abs. 2 BGB. durch nachträgliche Ge- nehmigung der übrigen Miterben wirksam werden kann. Ein derartiger Fall steht aber hier nach der Feststellung des BG. nicht zur Entscheidung; vielmehr ist zu der von dem einen Miterben im eigenen Namen vorgenommenen Verfügung von dem anderen Miterben vorher die Zustimmung erteilt, mithin die Einwilligung (vgl. § 183) erklärt worden, die nach § 185 Abs. 1 BGB. die Verfügung des Nichtberechtigten von vornherein wirksam sein läßt, wenn im übrigen die Voraus- setzungen erfüllt sind. In § 2040 BGB. wird eine gemein- schaftliche Verfügung der Miterben erfordert. Daß die Zu- stimmung zur Verfügung, hier die Einwilligung in die Ver- fügung der Witwe, der Verfügung regelmäßig gleichsteht, kann nicht zweifelhaft sein (Planck, Erl. 1 zu § 2040 BGB.). Die von dem Gesetz erforderte Mitwirkung aller Miterben liegt demnach in einem solchen Falle vor. Daß sie nach außen hin in einem einheitlichen Vorgang sich äußert, ist an sich nicht erforderlich (RG. 111, 338/39; 112, 129/32<sup>o</sup>). Die Einwilligung des § 185 Abs. 1 BGB. kann nach § 182 BGB. mit Rechtswirksamkeit sowohl dem verfügenden Miterben gegenüber, wie auch gegenüber dem Vertragsgegner dieses Miterben erklärt werden. Daß die Einwilligung durch die Befl. gegenüber dem Kl. erklärt worden ist, stellt das BG. ohne Rechtsirrtum fest. Diese Einwilligung nach § 185 Abs. 1 BGB. bedarf gemäß § 182 Abs. 2 BGB. nicht der für das Rechtsgeschäft erforderlichen Form. Das Rechtsgeschäft war hier die Auflassung nach § 925 BGB., die von der Witwe des Erblassers im eigenen Namen mit Einwilligung der Befl. in der Form der §§ 20, 29 G.B.D. erklärt und damit gemäß § 185 Abs. 1 BGB. als gemeinschaftliche Verfügung der Miterben nach § 2040 BGB. wirksam ist. Für die Gültigkeit dieser Verfügung, des dinglichen Rechtsgeschäfts, auf dem im Zusammenhang mit der Eintragung in das Grundbuch das Eigentum des Kl. beruht, ist es an sich ohne Belang, ob das schuldrechtliche Geschäft, das zugrunde liegt, rechtswirksam ist. Der Rev. gegenüber, die auch nach dieser Richtung einen Angriff vorbringt, sei jedoch darauf hin- gewiesen, daß die Witwe des Erblassers auch das Grund-

rechtsgeschäft, den Kaufvertrag, mit nach § 182 Abs. 2 BGB. formlos gültiger Einwilligung der Befl. abgeschlossen hat, so daß auch hinsichtlich des Grundrechtsgeschäfts eine rechts- wirksame Mitwirkung der gesamten Miterben vorliegt.

(U. v. 19. Juni 1930; 535/29 VI. — Oldenburg.)

[5.]

**\*\*3.** § 276 BGB. Haftung des Veranstalters eines Motorradrennens für das Verschulden eines Rennfahrers.†)

Der Befl. veranstaltete auf der von ihm zu diesem Zwecke gemieteten Radrennbahn in R. ein Motorradrennen, zu dem er gegen Eintrittsgeld Zuschauer zuließ. Bei dem Rennen stieß der daran teilnehmende Rennfahrer W. mit seiner Maschine gegen die aus Maschendraht hergestellte Umwehrung der Fahrbahn und wurde durch die Wucht des Anpralls über den Draht hinweg unter die Zuschauer geschleudert, von denen mehrere verletzt wurden. Der Kl., der sich an dieser Stelle als Zuschauer befunden hatte und zu den Verletzten gehörte, beanspruchte von dem Befl. Ersatz des ihm hierdurch erwachsenen Schadens. Das BG. hat ver- urteilt, die Rev. des Befl. ist zurückgewiesen.

Die Rev. beanstandet zu Unrecht die Auffassung des BG., daß der Befl. den von ihm gegen Eintrittsgeld zum Motorradrennen zugelassenen Zuschauern für Verschulden der Rennteilnehmer bei der Ausführung des Rennens auf Ersatz der dadurch verursachten Beschädigungen hafte. Das durch die Lösung der Eintrittskarten begründete Vertrags- verhältnis erschöpfte sich nicht in der entgeltlichen Über- lassung eines Platzes, hatte vielmehr die Herstellung eines Wertes, nämlich die Veranstaltung, genauer die Vorführung eines von dem Plage aus sichtbaren Motorradrennens zum Gegenstande. Dies tritt bei derartigen Verträgen namentlich bei nachträglicher Verhinderung der Schaustellung in dem Anspruch auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes zutage, der den Schauberechtigten i. S. des Vertrags nicht versagt werden kann. Zur Erfüllung seiner Verpflichtung auf Vorführung des angekündigten Rennens bediente sich der Befl. nun des W. und der anderen Rennteilnehmer, die die ihm ob- liegende Leistung, die Vorführung des Rennens, durch ihr Zusammenwirken den Zuschauern gegenüber ausführten. Ob sie hierbei zugleich eine Verpflichtung gegenüber dem Befl. erfüllten, und wie diese ihre Verpflichtung gestaltet war, ist für die Frage, ob sie als seine Erfüllungsgehilfen mit Bezug auf seine Verpflichtung gegenüber den Schauberechtigten

„das nicht richtig Beurkundete gilt als nicht erklärt“ (S. 372 u. 373). Und durchaus überzeugend wird hinzugefügt, daß der Beamte jene sehr einfachen Feststellungen bei Anwendung auch nur geringer Sorgfalt zuverlässig treffen kann. Auch die Beteiligten selbst können und müssen diese Angaben nachprüfen; denn welchen Sinn und Zweck hätte es sonst, daß das Protokoll ihnen vor- gelesen und von ihnen genehmigt werden muß. Haben sie die hier- nach geforderte Aufmerksamkeit mißachtet, so trifft sie nach Verdienst und Recht die Nichtigkeit der tatsächlich unrichtigen Beurkundung. Der in dem vorl. Urteil vorangestellte Lehrsatz, daß der 5. ZivSen. die Berichtigung offener Versehen in einer vorhandenen Zeit- angabe zugelassen habe, findet sich in der Mitteilung über die An- sicht des 4. ZivSen. (S. 370); er ist aber, soviel zu sehen ist, vom 5. ZivSen. nicht aufgenommen worden. Im Gegenteil wird mit aller Entschiedenheit der Versuch einer Richtigstellung der fehlerhaften Beurkundung etwa nach der Methode, mit der eine falsche Beurkundung des Vertragsgegenstandes (eine falsa demonstratio) durch Ansetzung verbessert werden kann, nachdrücklich als verfehlt abgewiesen (S. 372). Die tatsächliche Angabe des beurkundenden Beamten oder Notars ist eben keine aus seiner subjektiven Bestimmung geschaffene und danach auszuliegende rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine öffentlich-rechtliche Feststellung des wirklichen Sachverhaltes: ist sie unrichtig, so darf sie nicht anders beurteilt werden, als wenn sie im Protokoll nicht enthalten ist (S. 372). Das heißt: die vom Gesetz gebotene richtige Angabe fehlt, und folglich ist kein gültiges Testament errichtet worden. Nur wenn wir uns entschließen, auf der getreuen und zuverlässigen Erfüllung der klaren Gebote des Gesetzes zu bestehen, können wir gegenüber den verbreiteten Ver- schiebungen, die Formvorschriften möglichst bedeutungslos zu machen und jede Nachlässigkeit wohlwollend auszubessern, endlich zu einer volkszeriehenden und Rechtsgewißheit schaffenden Gesetzesanwendung gelangen.

Geh. Rat Prof. Dr. Ende mann, Heidelberg.

Zu 3. Der Klub für Motorsport hat ein Motorradrennen ver- anstaltet und damit den das Eintrittsgeld bezahlenden Zuschauern die Bewirkung einer Schaustellung versprochen. Als Erfüllungsgehilfen dienten die Motorrennfahrer; wie etwa der Führer des zu einer Ausfahrt gemieteten Automobils oder der bei einer Vorstellung mit- wirkende Jongleur. Das von diesen Hülfspersonen in der Ausführung der vertraglich versprochenen Leistung begangene Verschulden hat der Veranstalter nach § 278 BGB. wie eigenes Verschulden zu vertreten. Fraglich ist nur, ob den Rennfahrer W. der Vorwurf eines Ver- schuldens treffe, weil er bei dem Rennen die Umwehrung der Fahr- bahn durchbrochen und dabei den unter den Zuschauern befindlichen Kl. körperlich schwer verletzt hatte.

Das OLG. erblickt unter Zustimmung des RG. das Verschulden des W. darin, daß er bei dem Überholen eines am Rennen mit- beteiligten Fahrers nach diesem seinen Kopf umgedreht hatte. Infolge- dessen habe er die Fahrriehtung verloren, und das sei die Ursache dafür gewesen, daß er in den Zuschauerraum geschleudert wurde. Zu solchem Umwenden des Kopfes habe keine Notwendigkeit be- standen, und ein erprobter Rennfahrer wie W. habe sich der damit verbundenen Gefahr bewußt sein müssen.

Das bedarf einer praktischen Überlegung. Ich nehme an, daß die Motorfahrer die Bahn in einem dem Laufe des Uhrzeigers ent- gegengesetzten Richtung um einen elliptisch gestalteten Innenraum um- fahren, so daß sich die Zuschauer zur rechten Hand der Rennfahrer befinden. Diese benutzen natürlich die kürzere, also die linke Seite der Fahrbahn. Wenn nun W. seinen Mitbewerber überholen wollte, konnte das nur so geschehen, daß er zunächst nach der Mitte der Fahrbahn auswich, und dann mußte er versuchen, so schnell und so knapp wie möglich vor dem Voranfahrenden wieder auf die kürzere Innenbahn einzubiegen. Es ist damit zu rechnen, daß der bedrohte Vordermann sich gegen das Überholen wehrt, indem er auch seiner- seits etwas nach der Mitte abbiegt und dadurch dem Vordringenden den Weg abzuschneiden versucht. Die Folge mußte sein, daß W. immer mehr nach der Außenseite der Bahn, also nach den Zuschauern hin

<sup>o</sup>) ZB. 1926, 1544.

anzusehen waren, nach der ständigen Rspr. des RG. unerheblich (f. RG. 108, 221; 118, 41).

Das BG. stellt nun fest, das Anfahren W. gegen die Umwehrgung mit der Folge, daß er in den Zuschauerraum geschleudert wurde, sei dadurch verursacht worden, daß er nach Überholung des gleichfalls am Rennen beteiligten F. seinen Kopf nach diesem umdrehte, und es sieht in diesem Verhalten ein Verschulden, da zu dem Umwenden keine Notwendigkeit bestanden habe und ein alter und erprobter Rennfahrer wie W. sich der damit verbundenen Gefahr habe bewußt sein müssen.

Der Rev. kann auch nicht zugegeben werden, daß eine Verkenngung des Verschuldensbegriffs darin liegt, daß in dem an jene Ausführung unmittelbar anschließenden Satze des Bl. dahingestellt gelassen wird, ob das Umsehen „aus überflüssiger Neugier oder aus einer augenblicklichen Verwirrung“ geschehen sei. Das BG. geht in diesem Satze nicht von der Ansicht aus, daß jede, auch die durch Versagen der Nerven verursachte Verwirrung schuldhaft sei, vielmehr will es mit dem Ausdruck „augenblickliche Verwirrung“, indem es eine solche im Gegensatz zu dem unmittelbar vorher abgelehnten „unwillkürlichen Zusammenzucken“ als vielleicht vorliegend unterstellt, einen bei voller Herrschaft über Nerven und Willen eintretenden augenblicklichen Mangel an ruhiger Überlegung kennzeichnen. In einem solchen Aussetzen der ruhigen Überlegung bei einem Rennfahrer während des Rennens kann ohne Rechtsirrtum ein Verschulden gefunden werden, da von einem Rennfahrer in seinem eigenen Interesse wie in dem der anderen Rennteilnehmer und der Zuschauer gefordert werden muß, daß er während des Rennens bei Vorfällen, die, wie das Schleudern oder selbst der Sturz eines Rennteilnehmers, keineswegs zu den Seltenheiten gehören, die

abgebrängt wurde. Der Spielraum, der dem W. zwischen seinem Gegner und den Zuschauern belassen war, verengte sich damit bis auf ein Minimum. So ist es zu verstehen, daß der kurze Augenblick, in dem das Überholen sich vollzog, genügte, um die Maschine des W. in den Zuschauerraum hineinfahren zu lassen.

Die Gerichte legen nun alles Gewicht darauf, daß W. sich bei diesem Vorfahren nach dem überholten Wettbewerber oder nach seiner eigenen Maschine umgesehen hat. Ob ihm dieses Verhalten wirklich so ohne weiteres als Verschulden angerechnet werden darf, erscheint zweifelhaft. Um zu einer gerechten Beurteilung zu gelangen, muß die besondere Eigenart des Motorradfahrens und der dabei benutzten Maschinen in Rechnung gezogen werden. Wer mit seinem Pferde oder seinem Automobile den Mitbewerber überholt, dreht sich niemals nach diesem herum. Anders liegt die Sache bei dem Rennen mit Fahrrädern. Hier ist ein Überholen nur möglich, indem der Rennfahrer seine Maschine zu einer ganz außerordentlichen Geschwindigkeit antreibt. Bei Motorrädern kann dies nur auf kurze Zeit erfolgen, indem man auf den Vergaser drückt und damit die Brennstoffzufuhr übermäßig steigert. Die Maschine rast jetzt weg und der Explosionsmotor saugt mehr Brennstoff an, als der Vergaser hergeben kann. Die notwendige Folge ist, daß der Motor nach dieser Überlastung auf kurze Zeit ein an Brennstoff zu armes Gemisch erhält, das sich im Innern des Zylinders nicht entzündet, sich erst in der Auspuffleitung verdichtet, sich hier entzündet und den Auspuff mit explosionsartigem Knall verläßt. Nun ist aber klar, daß der Rennfahrer in diesem kritischen Augenblick seine höchste Aufmerksamkeit auf zwei Tatumsstände richten muß: erstens kann das plötzliche Krachen auch darin die Ursache haben, daß infolge der ungeheuren Überanstrengung ein Pneumatik geborsten ist. Damit muß immer gerechnet werden. Der Fahrer muß darauf ganz besonders achten, weil bei dem Weiterfahren auf den pneumatiskschlaffen Rädern unvermeidlich ein lebensgefährlicher Sturz erfolgen wird. Die Prüfung, ob nicht ein Pneumatik zerplatzt sei, muß bei der rasenden Fahrt auf die Sekunde erfolgen und sie kann nur vorgenommen werden durch das Umwenden des Kopfes. Zweitens fordert das Einbiegen in die kurze Kurve notwendig die schärfste Beobachtung heraus, ob die eigene Maschine wirklich die des Vordermannes überholt habe und ob nicht etwa, womit zu rechnen ist, der Vordermann ebenfalls auf seinen Vergaser drückt und die höchste Geschwindigkeit herausholt. Um das drohende verhängnisvolle Zusammenstoßen zu vermeiden, war es einfach die Pflicht des W., sich nach dem überholten Motorfahrer halb seitwärts und halb rückwärts umzuwenden.

Nach diesen technischen Erwägungen kann ich nicht zugeben, daß die Feststellungen des Gerichts ausreichen für den Vorwurf, W. habe die erforderliche Sorgfalt verlehrt. Unzweifelhaft ist, daß der Motorfahrer die sichere Führung und Richtung verliert, wenn er nicht unentwegt und scharf den Blick geradeaus auf seine Fahrbahn gerichtet hält. Aber die besonderen Verhältnisse können, wie gezeigt wurde, ein kurzes Zurückblicken geradezu erzwingen und sie beschwören damit

nötige Überlegung und Selbstbeherrschung mit äußerster Anspannung wahr.

W. hat das ihm hiernach mit Recht zur Last gelegte Verschulden nach dem vom BG. festgestellten Sachverhalt nicht bloß gelegentlich seiner Beteiligung an dem vom Bekl. veranstalteten Rennen, sondern bei dieser Beteiligung, bei seiner Mitwirkung zu der vom Bekl. vorzuführenden Leistung begangen. Denn sein Verschulden betraf die ordnungsmäßige Ausführung dieser Mitwirkung, und die Verpfligung des Bekl. wurde nur durch eine ordnungsmäßige Ausführung des Rennens erfüllt, nicht durch eine, wenn auch nur zeitweise, ordnungswidrige, die im Interesse der Rennteilnehmer und der Zuschauer gebotene Vorsicht außer acht lassende Art des Rennfahrens.

(U. v. 4. März 1930; 397/29 VII. — Köln.) [Ru.]

4. §§ 823, 824 BGB.; § 21 UnlWG. An der bisherigen Rspr. des RG., daß die kurze Verjährungsfrist auf solche Ansprüche keine Anwendung finde, die aus einer zu Wettbewerbszwecken begangenen unerlaubten Handlung hergeleitet werden, der Kl. sich aber nicht auf der Schutz des UnlWG. berufen hat, wird festgehalten. Keine Schadenersatzpflicht wegen fahrlässiger Tatsachenbehauptung, wenn die Behauptung zwar geeignet ist, den Absatz eines Artikels zu erschweren, aber keine Kredit- oder Fortkommensgefährdung für das Unternehmen des angeblich Geschädigten als Ganzes zur Folge hat.)

(U. v. 25. März 1930; 515/29 II. — Berlin.) [Ru.]  
Abgedr. JZ. 1930, 1732<sup>39</sup>.

die Gefahr des Anfahrens der Umzäunung herauf. Der eingetretene Unfall steht in adäquater ursächlicher Zusammenhänge mit dem Überholen eines voranfahrenden Rennfahrers. Mit der hieraus sich entwickelnden Gefährdung Dritter muß überall gerechnet werden; sie ist mit jedem Wettrennen, bei dem Explosionsmotoren benutzt werden, verbunden. Das Überholen selbst kann nicht verboten werden, weil sonst das Wettrennen jeden Sinn verlieren würde.

Es ergibt sich danach, daß der Tatbestand von einer anderen Seite aus zu betrachten ist. Wer eine Rennbahn einrichtet und sie zur Benutzung von Motorfahrzeugern bereitstellt, hat sich mit den hierdurch herausgeforderten Gefahren vertraut zu machen. Die Pflicht des Vermieters der Radrennbahn ist, daß er Vorrichtungen schafft, durch die die Zuschauer ausreichend geschützt werden gegen die bei dem Rennerlaufe eintretenden und nach allgemeiner Erfahrung voraussehbaren Gefahren. Das ist im vorliegenden Falle offenbar nicht geschehen. Eine Umwehrgung aus Mähdendracht ist für das Auge da; sie kann aber unmöglich dem Anpralle der dahinfahrenden Motorräder Widerstand leisten. Man kann auch an ein Verschulden des das Rennen veranstaltenden Klubs oder der zur Fürsorge für die öffentliche Sicherheit verpflichteten Polizeibeamten denken. Aber hierzu bedürfte es einer viel genaueren Aufklärung des Tatbestandes.

Geh. Rat Prof. Dr. F. Endemann, Heidelberg.

Zu 4. Fragt man nach der Bedeutung des RGArt., soweit sie über die Entsch. des Einzelsfalls hinausgeht, so wird sie nicht sowohl in den die Entsch. tragenden Gesichtspunkten (ihnen kann nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen unbedenklich zugestimmt werden) als vielmehr in den obiter dicta zu suchen sein.

Die Kl. hat die auf §§ 823 ff. BGB. gestützte Klage gegen den Branddirektor, der die Gefährlichkeit des Tetraäthers in einer Fachzeitung zu erweisen versucht hatte, erst erhoben, nachdem ein halbes Jahr vom Augenblick ihrer Kenntniserlangung verstrichen und dementsprechend etwaige wettbewerbsrechtliche Ansprüche gem. § 21 UnlWG. verjährt waren. Die Kl. sieht das deliktische Verhalten des Bekl. darin, daß er trotz mangelnder Sachkenntnis im Interesse der Konkurrenzfirma, mit der er in Beziehungen gestanden sei, sich dazu hergeben habe, einen wissenschaftlich aussehenden Artikel zu verfassen. Der Vorwurf unerlaubter Handlung wird also unter anderem gestützt auf die Behauptung, Bekl. habe als Interessenwahrer der Konkurrenzfirma, d. h. im Rahmen geschäftlichen Verkehrs und zu Wettbewerbszwecken, gehandelt.

Damit wird ein Eingehen möglich auf die Frage nach der Auslegung des § 21 UnlWG. Gegenüber der festbegründeten reichsgerichtlichen Rspr. und der einhelligen Auffassung des neueren Schrifttums hat Baumbach in seinem Kommentar des Wettbewerbsrechts die These verfolgt, daß die verkürzte Verjährungsfrist des § 21 UnlWG. auch für Ansprüche aus §§ 823 ff. und insbef. § 826 BGB. zu gelten habe, wenn es sich der Sache nach

## 5. §§ 676, 31, 30, 831, 138 BGB.

1. Wann liegt der Erteilung einer Auskunft ein Vertragsverhältnis zugrunde? Haftung für eine Auskunft, die nicht unmittelbar in der Erfüllung der eigentlichen Vertragspflicht, wohl aber im Zusammenhang mit einer Geschäftsverbindung erfolgt.

2. Rechtsverhältnis zwischen Bank und ihren Depositionskassen. Haftung einer Bank für den Leiter der in der Satzung vorgesehenen Depositionskasse.

3. Zur Verpflichtung des Geschäftsherrn zur allgemeinen Beaufsichtigung und Überwachung der Angestellten bei längerer Dauer der Anstellung.

4. Zur Annahme einer Sittenwidrigkeit einer Sicherungsübereignung der gesamten

um wettbewerbsrechtliche Ansprüche handle. Das RG. ist ihm als Verzicht im vorliegenden Rechtsstreit gefolgt.

Ganz scharf ist die Frage vom RG. nicht formuliert, obgleich gerade der zu entscheidende Fall solche Formulierung nahegelegt hätte. Das RG. sagt: „Bleibt eine unerlaubte Handlung auch dann noch als dargetan übrig, wenn man von dem Handeln des Bekl. zu Wettbewerbszwecken abzieht, so ist nicht einzusehen, warum dann eine Verurteilung unzulässig sein sollte, weil sie verächtlich wäre, wenn es auf den Wettbewerbszweck ankäme.“ Daraus könnte man im vorliegenden Fall schließen: Darauf, daß es gegen die guten Sitten verstößt (§ 826 BGB.), wenn im Interesse und (möglichstweise) gegen Entgelt einer Konkurrenzfirma ein strengeren wissenschaftlichen Anforderungen nicht gerecht werdender Artikel geschrieben wird, darf sich die Kl. nach der Verjährung der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche nicht mehr berufen. Sondern nur darauf, daß ein wissenschaftlich nicht vollwertiger (möglichstweise objektiv unrichtiger) Artikel — gleichgültig, aus welchem Grunde — geschrieben wurde. Das würde verbieten, bei der Frage nach der Anwendung des § 826 BGB. den Gesamtatbestand zu berücksichtigen, und das RG. würde sich entfernen von seiner bisherigen Rspr., nach der eben der § 21 UrtW.G. die Verjährungseindeutung nur bei Ansprüchen aus dem Wettbewerbsgesetz, nicht bei solchen aus anderen Gesetzen begründete. Freilich: Es ist eine Sondererscheinung des vorliegenden Falls, daß eine solche Tatbestandszergliederung möglich erscheint. In aller Regel, etwa bei Aneignung fremder Kennzeichnungsmittel würde, wenn man vom Wettbewerbszweck absehen wollte, der Tatbestand zum unverständlichen Torso. Nämlich ein Hotel die Etablissementbezeichnung eines anderen nach, und darf man nicht berücksichtigen, daß von dieser Nachahmung zum Zwecke geschäftlicher Werbung Gebrauch gemacht wird, dann bleibt nur eine offenbar grundlose Handlung übrig, die möglichstweise den Regeln der Vernunft, aber nicht den guten Sitten widerspricht. Es hieße Baumbach zustimmen, wenn man der Formulierung des RG. folgen wollte. In Wahrheit will das RG. offenbar von seiner früheren Rspr. nicht abweichen. Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB. sollen — gleichgültig, ob sie sich auf einen gleichzeitig dem Wettbewerbsrecht angehörenden Tatbestand beziehen — erst in drei Jahren verjähren. Nun ist Baumbach zuzugeben, daß damit das Anwendungsgebiet und die Bedeutung des § 21 UrtW.G. sehr stark eingeengt wird. Ein Tatbestand, auf den § 1 UrtW.G. zutrifft, wird fast stets auch unter § 826 BGB. fallen. Auch die Verwirklichung der wettbewerbsrechtlichen Einzeltatbestände enthält zumeist gleichzeitig eine gegen die guten Sitten verstößende vorfällige Vermögensbeschädigung. Ausschließlich auf dem Klagebewerbsrecht beruht etwa die im § 13 UrtW.G. verordnete Klageberechtigung der Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, und es hat nicht viel Sinn, für solche Verbände die Klagefrist kürzer zu bemessen, als für die geschäftigen Gewerbetreibenden selbst. Unrichtig ist dagegen, daß der rechtspolitische Zweck des § 21 UrtW.G. vereitelt wird (man müßte denn den rechtspolitischen Zweck aus dem objektiven Sinn erschließen wollen): Die Entstehungsgeschichte (über die in RG. 74, 436 berichtet wird) zeigt, daß man in der Kommissionsberatung sich der Konkurrenz des § 826 BGB. mit wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen bewußt war und die kurze Verjährungsfrist eben nur für Ansprüche aus dem UrtW.G. verordnen wollte. — Entscheidend aber dürfte sein: Es ist vom Standpunkt geltender Rechtsauffassung aus ein UrtW.G., aus dem Kreise aller i. S. des § 826 BGB. gegen die guten Sitten verstößenden Handlungen diejenigen herauszunehmen, die durch den Wettbewerbszweck charakterisiert werden, und ihre Verfolgung einer kürzeren Verjährungsfrist zu unterstellen. Das RG. bemerkt treffend, daß das dazu führen muß, daß der Bekl. sich selbst des Wettbewerbszweckes zeilt oder rühmt, um die Verjährungseindeutung vorzujagen zu können; wie einst als Folge der Rspr. des 6. Zivilsen. zur Unterlassungsklage der auf Unterlassung Verklagte gut daran tut, sich selbst einer strafbaren Handlung zu beschuldigen. Besser ist es,

Vermögenswerte ist die Absicht der Gläubigerschädigung nicht erforderlich, es genügt das Bewußtsein der Möglichkeit der Schädigung. f)

Von den gegen das Urt. erhobenen Revisionsrügen würde das für den Kl. rechtlich günstigste Ergebnis die Rüge haben, welche sich darauf stützt, daß die Auskunftserteilung Bestandteil eines zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrags geworden sei. Die Rev. führt hierzu aus: Die beklagte Bank habe in engster Beziehung zu der Firma K. gestanden, über welche die Auskunft eingeholt worden sei. Sie habe ein erhebliches Interesse daran gehabt, daß dieser Firma Holz geliefert würde. Die Firma habe die Bank mit deren Wissen als Referenz aufgegeben. Der Kl. habe sich also an die Bank innerhalb der zwischen ihr und der Firma bestehenden geschäftlichen Beziehungen gewandt. Von der Auskunftserteilung habe er es abhängig gemacht, ob er an ein von der Bekl. finanziertes Geschäft liefern wolle. Die

man findet sich mit der eingeschränkten Bedeutung des § 21 UrtW.G. ab. Was für § 21 UrtW.G. gilt, muß, wie das RG. hervorhebt, auch für § 24, die beschränkte Gerichtsbarkeit in Wettbewerbsachen, gelten. Und wir stimmen zu, daß diese eingeschränkte Bedeutung jedenfalls des § 24 UrtW.G. nicht zu dauern ist.

Gaben wir gegen dieses erste obiter dictum Bedenken wegen der Formulierung durch das RG., so haben wir gegen das zweite sachliche Bedenken ersterer Art. Die Anwendung des § 824 BGB. wird abgelehnt mit der Begründung, die beanstandeten Behauptungen könnten nicht das Unternehmen der Kl. als Ganzes, deren Erwerbsstellung als solche gefährden, sondern höchstens den Absatz eines der Erzeugnisse der Kl. erschweren oder beeinträchtigen. Daß es beim § 824 BGB., der von Kreditgefährdung oder sonstigen Nachteilen für den Erwerb oder das Fortkommen spricht, auf die Erwerbsstellung ankommen soll, das ist, wenn ich recht sehe, zum erstenmal ausgesprochen worden in einer Entsch. des RG. (OVG-Mspr. 28, 276 f.). Dort hatte der Bekl. behauptet, daß er eine Hypothekenabtretung als absichtlich zum Nachteil der Gläubiger bewirkt und wegen Betrugs ansuchen werde. Er hatte damit die Veräußerung der Hypothek erschwert. Das beurteilte das RG. nicht als Beeinträchtigung des Erwerbs i. S. des § 824 BGB.: „Erwerb ist hier nicht die einzelne Erwerbs Gelegenheit etwa auf das Abtretungsentgelt, sondern die Erwerbsstellung des Kl.“ Diesem Urteil wird man sicherlich zustimmen. Die Verhinderung eines einzelnen Geschäftes genügt nicht; notwendig ist, daß Hand angelegt wird an die Quelle, aus der fortlaufend Einnahmen fließen. Doch wird man nicht abstellen dürfen auf die Frage, ob dabei die wirtschaftliche Gesamtergebnis bedroht wird. Wird die Abzähnmöglichkeit eines einzelnen Artikels untergraben, dann mag dem einen Unternehmen damit der finanzielle Rückhalt genommen werden, für den anderen mag es im Gesamtergebnis nur eine Minderung seiner Einnahmen bedeuten. Diese Auswirkung aber muß für die Frage der Anwendung des § 824 BGB. gleichgültig sein. Sonst läuft die Rspr. auf eine Bevorzugung des kleineren gegenüber dem größeren, umfassenderen Unternehmen hinaus. Man wittert die Gefahr, daß der Begriff der „Eristenzvernichtung“ auch in den § 824 BGB. hineingetragen werden soll. Und wie gefährlich die zu ausgeübte Handhabung dieses Begriffs durch den Richter wird, das hat das vielbeachtete Urteil des OVG. Düsseldorf: JW. 1930, 1746 (s. auch Rudolf Jfab: GenRsch. 1929, 1368 ff.) zur Genüge gezeigt. Nur bei einem bestimmten Typus von Wettbewerbshandlungen bei Boykott, Sperre und ähnlichen Maßnahmen ist die Folge der Existenzvernichtung wettbewerbsrechtlich relevant. Im übrigen ist die Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung von diesem ihrem letzten Erfolg unabhängig. Es ist das Verdienst von Ripperdey, in seiner kürzlich erschienenen Schrift über „Wettbewerb und Existenzvernichtung“, die engen Grenzen klargestellt zu haben, innerhalb deren das Merkmal der Existenzvernichtung nur rechtliche Beachtung verdienen kann.

Prof. Dr. Eugen Ulmer, Heidelberg.

Zu 5. Das Urt. ist in mehrfacher Hinsicht interessant. Es wirft die Frage der Auskunftserteilung durch Referenzen auf. Es nimmt zu der Rechtsstellung der Vorsteher von Depositionskassen ausschließlich Stellung. Es führt die Rspr. fort, die sich gegen Überspannung der Sicherungsübereignung wendet.

1. Der erste Teil des Urt. behandelt die Auskunftserteilung durch den als „Referenz“ Aufgegebenen. Es wird nur außervertragliche Haftung angenommen. Eine Geschäftsverbindung des Kl. mit der bekl. Bank bestand nicht. Hieraus kann also eine vertragliche Auskunftspflicht nicht hergeleitet werden. Das Urt. sagt weiter: Eine Geschäftsverbindung zwischen der Bank und der Firma, über welche Auskunft erteilt werden soll, reiche nicht aus, um ein Vertragsverhältnis zwischen der Bank

Bank habe also die Auskunft im Rahmen der zwischen ihr und der Firma A. bestehenden Geschäftsbeziehungen erteilt, indem sie es geduldet habe, daß der Kl. in Ausnutzung dieser Beziehungen zu ihr in Verbindung getreten sei. Die Rechtslage könne daher nicht anders beurteilt werden, wie wenn die Bank die Auskunft auf Grund schon bisher zwischen ihr und dem Kl. bestehender Geschäftsbeziehungen erteilt hätte. Die Rüge ist nicht begründet. Wer einem anderen einen Rat erteilt, ist nach § 676 BGB. unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates entstandenen Schadens nicht verpflichtet. Darunter fällt auch die Erteilung einer Auskunft. Bei der Erteilung einer solchen Auskunft seitens einer Bank kann ein Vertragsverhältnis nach der Rspr. in Betracht kommen, wenn sich die Auskunft als Nebenleistung eines anderen Vertrages darstellt, den der Anfragende mit der Bank abschließt oder wenn — abgesehen von einem solchen Einzelvertrage — sich bei einer bestehenden, namentlich kaufmännischen Geschäftsverbindung ein Vertrauensverhältnis herausgebildet hat, in dem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfang als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur Übung wird. In solchem Falle kann eine Haftung nach Vertragsgrundlagen auch für Handlungen, wie eine Auskunftserteilung, begründet sein, die nicht unmittelbar in Erfüllung der eigentlichen Vertragspflicht, aber im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung erfolgt (RG. 65, 141; 67, 395; Recht 1910 Nr. 3169; 1911 Nr. 2870; JW. 1911, 809; RGHrt. v. 11. Juli 1929, VI 89/29). Daß eine Geschäftsverbindung zwischen den Parteien vor der Erteilung der hier in Frage stehenden Auskunft bestanden hat, ist nicht behauptet. Die Rev. steht anscheinend auf dem Standpunkt, daß die Geschäftsbeziehungen zwischen der Bank und der Firma, über welche die Auskunft erteilt sei, ausreiche, um ein Vertragsverhältnis zwischen der Bank und der antragenden Stelle begründen zu können. Das ist rechtsirrtümlich. Die Rev. kann sich für ihre Auffassung auch nicht auf die Entscheidung des RG. v. 17. Okt. 1925, I 31/25 (JZ. 1926, 225) und die Entsch. v. 22. Okt. 1929, VII 147/29<sup>1)</sup>, die zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt ist, berufen, da in jenen Fällen andere Tatbestände zu beurteilen waren. Im ersten Falle hatte nach der Behauptung der Kl. eine Depotitenkasse dem Anfragenden die Auskunft erteilt, daß eine Firma ihr einen Betrag überwiesen habe, der in Wirklichkeit nicht überwiesen war; im Anschluß an die Entsch. in RG. 101, 297 war hier angenommen, daß sich die Bank so behandeln lassen müsse, als wenn sie die Auskunft vertraglich übernommen habe. Das Gewicht wurde darauf gelegt, daß sich die Bekl. darauf verlassen durfte, die Bank selbst habe eine für die Kl. bestimmte Geldsumme im Besitz. Aus der dahingehenden Bestätigung der Bank wurde die unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen

den Parteien entnommen. Im zweiten Falle bestand zwischen den Parteien selbst eine Geschäftsverbindung. Es kann hier nur eine außervertragliche Haftung der beklagten Bank in Betracht kommen. Hier kommt in erster Linie die Haftung aus § 31 BGB. in Frage. Der von der Rev.Bekl. angeregte Zweifel, ob diese Gesetzesbestimmung auf AktG. überhaupt angewendet werden kann, ist nicht begründet. § 31 BGB. bezieht sich auf alle juristischen Personen (vgl. auch Art. 163 GG/BGB.). Mit Recht bemängelt die Rev., daß die Ausführungen des BG. über die Anwendbarkeit der Bestimmung im vorliegenden Falle nicht frei von Rechtsirrtum seien. Nach § 31 BGB. ist eine juristische Person für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied eines Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. Wer als anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter anzusehen ist, ist nach § 30 BGB. zu beurteilen. Danach kann durch die Satzung bestimmt werden, daß neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind. Das BG. nimmt an, daß der Bekl. zu 2 als Vorsteher der Depotitenkasse nicht als satzungsmäßiger Vertreter der beklagten Bank anzusehen sei. Es führt hierzu aus: Zur Anwendbarkeit des § 31 BGB. sei es erforderlich, daß die Stellung des Bekl. zu 2 als Leiter der Depotitenkasse sich unmittelbar auf die Satzung der Bekl. zurückführen lasse. Es genüge dazu, daß die Satzung der Bank überhaupt die Errichtung von Depotitenkassen vorsehe, da sie hierdurch die Kassen für satzungsmäßige Einrichtungen erklären würde. In der Satzung der Bekl. sei aber weder die Einrichtung der Depotitenkassen vorgesehen noch lasse sich aus den sonstigen Bestimmungen der Satzung etwas für eine satzungsmäßige Vertreterstellung der Vorsteher der Depotitenkassen herleiten. § 3 der Satzung sehe nur die Errichtung von Zweigniederlassungen, Agenturen und Kommanditen vor. Unter diese Begriffe falle jedoch eine Berliner Depotitenkasse nicht. Unter den Zweigniederlassungen seien nur Niederlassungen in einer anderen Stadt als der des Hauptunternehmens zu verstehen. Da der Sitz der Bekl. sich in Hamburg befinde, würde die Berliner Zentrale mit darunter zu rechnen sein. Auch als eine Agentur könne eine Berliner Depotitenkasse nicht angesehen werden; darunter seien nur solche kleinere Bankstellen in wirtschaftlich wenig bedeutenden Orten zu verstehen, die von selbständigen Kaufleuten betrieben würden. Der Ausführung des Kl., daß nach der hamburgischen kaufmännischen Gepflogenheit die Agenturen auch Depotitenkassen umfassen, könne nicht gefolgt werden; aus dem Umstand, daß die neue Satzung der Bekl. vom Jahre 1927 die Fassung der früheren Satzung beibehalten habe, die Depotitenkassen aber mit keinem Wort erwähne, ergebe sich unzweideutig, daß die Bekl. auch jetzt den Depotitenkassen nicht die Bedeutung einer satzungsmäßigen

und dem antragenden Kl. zu begründen. Das ist sicher zutreffend. Andererseits würdigt aber diese Erwägung den Sachverhalt in einem m. E. entscheidenden Punkte nicht genügend. Kl. hat nämlich weiter vorgetragen: Die Firma habe die bekl. Bank mit deren Wissen als Referenz aufgegeben. Bekl. hat also zunächst der Firma gegenüber eingewilligt, daß sie dem Kl. als Referenz aufgegeben werde. Sie hat dann dem Kl. als solche aufgegeben Referenz die Auskunft erteilt. Schließt sich hier nicht die Kette der Einwilligungen, obwohl sie über die Drittfirma führt, zu einem Vertragschluß zwischen Kl. und Bekl.?

Der Kl. verlangt Referenzen. Die Drittfirma bittet die bekl. Bank als solche Referenz dem Kl. Auskunft zu geben. Die bekl. Bank erklärt sich der Drittfirma gegenüber zu dieser Auskunft an den Kl. bereit. Die Drittfirma teilt dies dem Kl. mit. Dieser holt bei der als Referenz aufgegebenen Bank die Auskunft ein. Kl. wird an die Drittfirma nur liefern, wenn ihm eine Referenz aufgegeben wird. Die Drittfirma findet die Referenz bei ihrer Bank. Die Bank weiß, daß sie dem Kl. als Referenz dienen muß. Wenn sie sich dazu bereit erklärt, als Referenz zu dienen, schließt sie damit nicht einen Vertrag zugunsten eines Dritten? Wer Referenzen verlangt, will doch, daß sich der Dritte um diese Referenzen bemüht. Er will, daß der Referenz gefragt wird, wenn sie Auskunft geben soll. Der Anfragende will nicht von der Referenz eine Gefälligkeit ihm gegenüber. Er überläßt es vielmehr dem Dritten, ihm die auskunftsbereite Referenz zu ver-

schaffen. Wer sich als Referenz ausgeben läßt, erklärt sich bereit, dem Aufragenden Auskunft zu erteilen. Diese Bereiterklärung erfolgt zwar der Drittfirma gegenüber, aber doch zugunsten des die Referenz Verlangenden.

Auskunftserteilung durch Banken, die mit ihrem Wissen als Referenz aufgegeben werden, ist für das Wirtschaftsleben ein ungemein wichtiger Tatbestand (vgl. auch des Verf. Ausführungen im Magazin der Wirtschaft 1930, 919 u. 1080). Es ist bedauerlich, daß gerade dieses Tatbestandsmoment in den Gründen des Urts. so gut wie gar nicht gewürdigt ist. In der Frage der Haftung der Auskunft durch eine solche Referenz dürfte daher mit vorliegendem Urts. noch nicht das letzte Wort gesprochen sein.

Sachlich mag das Urts. deswegen genügen, weil es die deliktische Haftung verhältnismäßig weit spannt. Zu erwägen aber ist, ob nicht vertragliche Haftung hier zu einem zweckmäßigeren Ziele führt.

2. In ausführlicher Weise werden die Möglichkeiten für die Beurteilung der Rechtsstellung des Vorstehers einer Depotitenkasse erörtert. Aus diesem Fragenkreise, der ja schon mehrfach behandelt worden ist (vgl. zuletzt Silberschmidt: JW. 1928, 1540 und Marquardt: JW. 1928, 2603), seien zwei Punkte von m. E. besonderer Wichtigkeit hervorgehoben.

a) Umstritten ist die Frage, ob der Vorsteher der Depotitenkasse verfassungsmäßig berufener besonderer Vertreter nach § 30 BGB. sein kann, auch wenn die Satzung der Bank Depotitenkassen als satzungsmäßige Einrichtungen nicht besonders erwähnt. Das wird vom BG. mit Recht bejaht. Was satzungsmäßige Ein-

<sup>1)</sup> JW. 1930, 254.



Einrichtung habe beimessen wollen. Das BG. beruft sich für seine Auffassung auf RG. 94, 318 und 91, 1<sup>2</sup>). In der ersten Entscheidung handelte es sich um einen Fall, in dem die Errichtung von Depositentkassen nicht ausdrücklich in die Satzung aufgenommen war. In der zweiten Entscheidung handelte es sich um eine unstreitig als Zweigniederlassung angeordnete Niederlassung einer Gasmotorenfabrik. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von dem ersten Fall allerdings dadurch, daß die Depositentkassen nicht ausdrücklich in der Satzung als ein Geschäftszweig der beklagten Bank aufgeführt ist. Dieser Umstand schließt aber nicht ohne weiteres aus, daß die Depositentkassen gleichwohl in eine der in der Satzung aufgeführten Kategorien einzubeziehen sind. Im Zweifelsfalle ist der Inhalt der Satzung durch Auslegung zu ermitteln, und der so ermittelte Inhalt muß die Grundlage der Feststellung bilden (R. Urt. v. 26. Febr. 1917, VI 2/17). Von diesem Gesichtspunkt aus können die Darlegungen des BG. nicht als erschöpfend angesehen werden, weil es am buchstäblichen Sinne der Satzung haftet. Das BG. meint, daß unter den Zweigniederlassungen nur Niederlassungen in einer anderen Stadt als der Hauptunternehmens zu verstehen sei. Das würde die Einreihung der Depositentkassen unter die genannten drei Klassen nicht ausschließen, da die beklagte Bank S. ist. Das BG. fährt dann aber fort, da der Sitz der Bekl. sich in S. befinde, würde die Bezeichnung der Zentrale darunter zu rechnen sein. Ob die Auslegung der Satzung nicht zu eng sein würde, wenn unter dem Gesichtspunkt des § 30 BGB. der Begriff der Zweigniederlassung nur aus § 13 HGB. entnommen würde, kann dahingestellt bleiben; denn der Umstand, daß etwa die Bezeichnung als Zweigniederlassung anzusehen ist, würde das Vorhandensein weiterer Zweigniederlassungen in B. nicht ausschließen. Es kann vielmehr nur darauf ankommen, ob das als Depositentkassen bezeichnete Unternehmen nach der Art und dem Umfang seiner Geschäfte ein solches ist, daß es unter den Begriff einer Zweigniederlassung oder einer Agentur gebracht werden könnte. Das BG. hat in einem anderen Falle, welcher der rechtlichen Nachprüfung in RG. 118, 234 ff.<sup>3</sup>) unterlag, in Übereinstimmung mit dem BG. in bezug auf B. er Depositentkassen folgendes ausgeführt:

„Von den Depositentkassen der Großbanken in B. würden täglich die umfangreichsten Bank- und Börsengeschäfte aller Art abgewickelt. Die Großbanken unterhielten diese Depositentkassen in allen Stadtteilen und forderten in ihren Bekanntmachungen das Publikum zur Abwicklung aller solchen Geschäfte von diesen Kassen aus öffentlich auf. Das Publikum könne daher damit rechnen und rechne damit, daß in diesen Depositentkassen doch mindestens ein verantwortlich zeichnender Vertreter der betr. Bank vorhanden sei. Wenn es davon ausginge, daß die in den Depositentkassen tätigen Angestellten der Bank nur untergeordnete Organe seien, die allenfalls in der Lage seien, eine Quittung auszustellen, so würde es nicht daran denken, sich mit diesen Depositentkassen in Geschäfte einzulassen, aus denen in zahlreichen Fällen auch umfangreiche Verpflichtungen der Bank gegen den Kunden erwüchsen. Es sei gerichtsbeamt, daß alle Bank- und Börsen-

richtung ist, das entscheidet sich nicht nur nach dem Wortlaut der Satzung, sondern nach der tatsächlich nach außen sich kundgebenden Gebarung einer Korporation. Das ist ein sehr wichtiger Satz von allgemeiner Bedeutung. Es sei auf eine Parallele aus dem Arbeitsrecht hingewiesen. RG. und R. Urt. G. lehnen ständig die sog. gewillkürte Tarifunfähigkeit eines Verbandes ab, der tatsächlich Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbelange vertritt. Die tatsächliche Gebarung des Verbandes hat größere Bedeutung als ein Auspruch der Satzung. Hier wird sogar gegen den Wortlaut der Satzung die Tarifunfähigkeit angenommen. Es ist von großer Bedeutung, daß das RG. den durchaus richtigen Satz allgemein durchführt: Bei Verbänden und insbes. bei juristischen Personen ist Dritten gegenüber als satzungsmäßige Einrichtung anzusehen, was sich aus der Gebarung des Verbandes oder der Korporation bei objektiver Auslegung als solche ergibt.

b) Depositentkassenvorsteher haben oft Handlungsvollmacht, unter Umständen Kollektivvollmacht. Können sie trotzdem die Stellung der besonderen Vertreter nach § 30 BGB. haben? Das RG. bejaht dies mit Recht. Es hebt, wie schon in den früheren Urteilen, darauf ab, daß diese Vollmacht nur für das innere Ver-

geschäfte kleineren und größeren Umfangs von solchen Kassen täglich in großen Mengen vorgenommen würden. Die Verkehrsauffassung gehe auch dahin, daß die Kundschaft bei den Depositentkassen alle bankmäßigen Geschäfte abschließen könne.“

Von dem RG. wurden in jener Entscheidung Äußerungen einer Anzahl von Schriftstellern herangezogen, die sich mit der gleichen Frage befaßten. So wurde auf Rießer, Die deutschen Großbanken, hingewiesen, der ausführt, daß die Depositentkassen nach und nach zu Wechselstuben geworden seien, die alle Bankgeschäfte gleich der Zentrale und gleich den Filialen betreiben — abgesehen von Konjunktalgeschäften und Effekengeschäften auf eigene Rechnung. Es wurde ferner auf Müller, BankArch. 8. Jahrg. S. 117, hingewiesen, der dort Wechselstuben und Depositentkassen bespricht und ohne Unterscheidung ausführt, daß sie in ihrer heutigen Auffassung vollständige Bankgeschäfte seien und alle Zweige des Bankgeschäfts mit Ausnahme von Konjunktalgeschäften betrieben. Es kann noch auf die Äußerungen von Schacht in den Beiträgen zu staats- und rechtswirtschaftlicher Fortbildung Heft 4 S. 1 ff. und S. 24, 25 hingewiesen werden. Er führt dort aus, daß es sich bei den Depositen unferer Großbanken nur zum allerkleinsten Teil um Spargroschen handele; die Bezeichnung Depositen in den Bankbilanzen sei, wenn man darunter Spareinlagen verstehe, irreführend. Es handele sich dabei zum größten Teile um nichts anderes, als um die in einer anderen Bilanzpost ausgewiesenen Kontokorrentkreditoren. Der Kl. hatte im vorliegenden Rechtsstreit vorgetragen, daß die beklagte Bank seit vielen Jahren etwa 50 Depositentkassen eingerichtet habe und daß in der hier in Rede stehenden Depositentkasse etwa 30—35 Angestellte vorhanden seien. Der Zeuge M., der sich als Leiter der Depositentkassen bezeichnet, hat von etwa 100 Depositentkassen vorstehen gesprochen. Es wird bei der Prüfung der Frage, ob die Depositentkassen als satzungsmäßige Einrichtungen anzusehen sind, nicht an der tatsächlichen Entwicklung der Dinge vorübergegangen werden dürfen, und es wird von der Würdigung aller Umstände abhängen, ob bei Anlegung eines objektiven Maßstabes die Depositentkassen als unter die Satzung fallende Einrichtungen angesehen werden können. Der Umstand, daß etwa der Wille der Bekl. dieser Beurteilung nach einem objektiven Maßstabe entgegenstehe, wofür indessen kein Anhalt gegeben ist, würde die Anwendung dieses Maßstabes nicht ausschließen. Auch die Behauptung des Kl., daß nach der Gepflogenheit S. Kaufleute von den Agenturen auch Depositentkassen umfaßt werden, kann hiernach nicht ohne weiteres ausgeschaltet werden. Ob es möglich wäre, im Gegensatz zu den tatsächlichen Verhältnissen der Satzung eine Fassung zu geben, die den Zweck hat, die Haftung der Gesellschaft einzuschränken, kann im vorliegenden Falle unerörtert bleiben, und es braucht deshalb auch auf den Inhalt der Anmerkung zu der Entsch. in JW. 1918, 84 nicht eingegangen zu werden.

Falls nach erneuter Prüfung durch das BG. die Depositentkassen der Bekl. in B. als satzungsmäßige Einrichtungen anzusehen wären, würde es sich weiter fragen, ob die Leiter

hältnis Bedeutung habe. Die Begründung dieses durchaus richtigen Ergebnisses läßt sich auch wie folgt formulieren: Dritten gegenüber entscheidet die weitergehende Vertretungsmacht. Ist ein Organ, das nach § 30 BGB. kraft objektiver Auslegung besonderer Vertreter ist, überflüssigerweise noch eine Vollmacht erteilt, so kommt es eben auf diese eigentlich überflüssige Vollmacht dem Dritten gegenüber nicht an.

3. Das RG. bemüht sich seit einiger Zeit, die von ihm zugelassene Sicherungsübereignung von Warenlagern mehr und mehr zu sanieren. Ungültigkeit der Sicherungsübereignung ist schon dann gegeben, wenn der Sicherungsnehmer das Bewußtsein der Möglichkeit hat, daß die übrigen Gläubiger durch die Sicherungsübereignung geschädigt werden. Die für Dauerkredit Sicherungsübereignung nehmenden Banken müssen sich also davon überzeugen, ob genügende Mittel zur Befriedigung der Warenlieferanten übrig bleiben (vgl. auch Urt. v. 11. Febr. 1930: Warn. 1930, 129 Nr. 67). Wird dieser von der R. pr. jetzt mehr und mehr angenommene Gedanke durchgeführt, dann darf man bald mit einer Einschränkung der Sicherungsübereignungen, die die Warenlieferanten schädigen, rechnen.

<sup>2</sup>) JW 1918, 84.

<sup>3</sup>) JW. 1927, 2999

dieser Klassen besondere Vertreter i. S. des § 30 BGB. sind. Das würde davon abhängen, ob sie in der Satzung selbst bestellt oder auf Grund einer Bestimmung der Satzung zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Bank für einzelne oder alle Geschäfte berufen und ermächtigt sind (RG. 91, 4; 117, 64<sup>4</sup>). Ob die Erwägung, daß eine satzungsmäßige Zweigniederlassung regelmäßig die Bestellung eines Leiters notwendig machen wird, der damit zu einem in der Organisation der Bank vorgesehenen, also einem verfassungsmäßigen wird (LJ. 1915, 129; RGWarn. 1915 Nr. 317), auf die Organisation der Bank in B. zutrifft, bedarf tatsächlicher Prüfung. Die Erteilung einer Handlungsvollmacht, die in erster Linie nur für das innere Verhältnis zwischen dem Bevollmächtigten und dem Machtgeber von Bedeutung ist, schließt die Eigenschaft eines Vertreters nicht aus (RG. 91, 3<sup>5</sup>; 94, 320); die Vorsteher müssen nur nach außen hin eine selbständige Stellung für einen gewissen Geschäftskreis haben, wenn auch die Selbständigkeit allein für die Anwendbarkeit des § 30 noch nicht entscheidend ist (RG. 121, 387). Darüber, ob diese Voraussetzungen vorliegen, wird das BG. tatsächliche Feststellungen zu treffen haben.

Nach dem vom BG. auch herangezogenen § 15 Abs. 3 der Satzung kann der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats einzelnen Angestellten Vollmacht zum Betrieb des gesamten Handels und Gewerbes oder zur Vornahme von bestimmten Arten von Rechtsgeschäften erteilen derart, daß sie zur Vertretung der Gesellschaft entweder zu zweien oder einzeln mit einem Mitglied des Vorstandes oder einem Prokuristen berechtigt sind. Das BG. beschränkt sich auf die Ausführung, daß dieser Fall in keiner Weise vorliege; es ist nicht ganz klar, was damit gemeint ist. Der Kl. hatte ausdrücklich völlige rechtliche Selbständigkeit der Depositenkasse behauptet. Bestand eine jahrelange, den Bedürfnissen der Bank entsprechende Übung, daß zwei Angestellte der Depositenkasse diese vertreten, so würde auch eine Billigung des Vorstandes und eine stillschweigende Zustimmung des Aufsichtsrats rechtlich möglich sein. Falls dem Bekl. zu 2 nur das Recht zur Kollektivzeichnung zugestanden hätte, würde diese nach feststehender Rspr. nicht der Haftung der Bank aus unerlaubter Handlung des Bekl. zu 2 entgegenstehen (RG. 117, 64<sup>6</sup>) und dort angeführte).

Für den Fall, daß eine Haftung der beklagten Bank auch aus § 31 BGB. nicht festzustellen ist, würden die Voraussetzungen des § 831 BGB. zu erörtern sein. Auch hier ist das BU. nicht frei von Rechtsirrtum. Es führt aus: § 823 Abs. 1 BGB. sei im vorliegenden Falle nicht anwendbar, weil kein besonderes unter diese Bestimmung fallendes Rechtsgut des Kl. verletzt worden sei, sondern nur eine allgemeine Vermögensschädigung des Kl. vorliege. § 823 Abs. 2 oder § 826 BGB. könnten nicht angewendet werden, weil der Beklagten ein gegen die guten Sitten verstößendes Verhalten nicht zur Last gelegt werden könne. Der Entlastungsbeweis der beklagten Bank aus § 831 habe sich lediglich auf die Bestellung des Bekl. zu 2 zum Vorsteher einer Depositenkasse zu beschränken. Dagegen falle eine etwaige Vernachlässigung der späteren Aufsichtspflicht der beklagten Bank nicht unter § 831 BGB., vielmehr sei diese allgemeine Aufsichtspflicht nur nach § 823 BGB. zu beurteilen. Nachdem das BG. so dann die für die Zeit der Bestellung des Bekl. zu 2 zum Depositenkassenvorsteher in Betracht kommenden Verhältnisse erörtert hat, kommt es zu dem Ergebnis, daß die beklagte Bank ihrer Entlastungspflicht aus § 831 für die Zeit der Bestellung genügt habe; insbes. kämen Ausführungen des Bekl. deshalb nicht in Betracht, weil sie nichts mit der Anstellungsfrage zu tun hätten. Diese Ausführungen beurteilen die Rechtslage nicht erschöpfend. Zwar kann die Überwachungspflicht der Regel nach nur aus § 823 BGB. gefolgert werden (RG. 53, 56 und 125; JW. 1907, 674; 1911, 403; 1913, 203). Aber in feststehender Rspr. ist vom RG. anerkannt, daß unter Umständen jene Regel eine Ausnahme erleidet und die Verpflichtung des Geschäftsherrn zur allgemeinen Beaufsichtigung des Angestellten auch aus § 831 BGB. abgeleitet werden kann (RG. 78, 107<sup>7</sup>; 79, 105<sup>8</sup>; 87, 1<sup>9</sup>); JW. 1920, 492; RGUrt. v. 9. Jan. 1928, VI 222/27 und vom

15. Nov. 1928, VI 76/28 u. a.<sup>10</sup>). Denn da der Angestellte nicht nur zur Zeit seiner Anstellung die Befähigung und Eignung zur Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen besessen und der Geschäftsherr nicht nur zu dieser Zeit die ihm in § 831 BGB. auferlegte Sorgfaltspflicht geübt haben muß, so folgt aus dem Grundsatz, daß nur ein wohlbeachtliches Personal als ein wohlausgewähltes gelten kann, bei längerer Dauer der Anstellung die Pflicht des Geschäftsherrn, sich über die allgemeine Dienstführung seines Angestellten auf dem laufenden zu erhalten. In solchen Fällen hat sich, zumal wenn zwischen der Anstellung und der Zeit der Schadenszufügung, wie im vorliegenden Falle, ein längerer Zeitraum verstrichen ist, der dem Geschäftsherrn obliegende Entlastungsbeweis von selbst auf eine regelmäßige Überwachung des Angestellten zu erstrecken. Diese Grundsätze müssen auf das Verhältnis zwischen der Bank und dem Depositenkassenvorsteher Anwendung finden. Denn die Art, wie ein Depositenkassenvorsteher seinen Dienst verrichtet, berührt einen großen Kreis von Personen, die in den verschiedensten Arten in eine Beziehung zu der Bank treten. Eine dauernde, den Umständen angepaßte Kontrolle ist hier zu erfordern. Der Kl. hatte überdies Ausführungen gemacht, die eine mangelhafte Beaufsichtigung des Bekl. durch die Bank erweisen sollen, und über die das BG. nicht hätte hinweggehen dürfen.

Auch die Ausführungen des BG., mit denen es das Vorliegen eines Knebelungsvertrags zwischen der beklagten Bank und der Firma A. verneint, werden von der Rev. mit Recht bemängelt. Das BG. führt hierzu aus: Eine Sicherungsübereignung der gesamten Vermögenswerte der genannten Firma könne nur dann als sittenwidrig angesehen werden, wenn der Vertrag sich als ein Knebelungsvertrag darstelle und darauf abziele, sämtliche Vermögenswerte des Schuldners dem Zugriff seiner anderen Gläubiger zu entziehen. Für diese Annahme liege aber kein ausreichender Anhalt vor. Aus dem Umstände, daß die beklagte Bank nach dem Abschluß des Übereignungsvertrages noch weitere Kredite in beträchtlicher Höhe gewährt habe, ergebe sich bereits, daß die Sicherungsübereignung nur den wirtschaftlich erlaubten Zweck verfolgt habe, die beklagte Bank für die Kreditgewährung zu decken. Es ist nach feststehender Rspr. in einem solchen Falle nicht erforderlich, daß die Absicht der Gläubigerschädigung auf seiten desjenigen, dem die Gegenstände zur Sicherung übereignet werden, vorgelegen hat. Es reicht nach der subjektiven Seite das Bewußtsein der Möglichkeit aus, daß die übrigen Gläubiger durch die Sicherungsübereignung geschädigt werden (vgl. RG. 118, 363). Selbst die Absicht, bei Abschluß eines Knebelungsvertrages dem Schuldner aufzuhelfen, schließt das Handeln gegen die guten Sitten nicht aus, wenn nur der Schädigungsvorsatz in dem eben bezeichneten Sinne vorliegt (RGWRomm., Bem. 5c zu § 826). In objektiver Beziehung kommt es wesentlich darauf an, ob der Schuldner seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit beraubt und die anderen Gläubiger über die wahre Geschäfts- und Kreditlage des Schuldners getäuscht werden. Vgl. für dieselbe Unterscheidung nach der subjektiven und objektiven Richtung in bezug auf § 826 BGB. RG. 123, 277/78<sup>11</sup>) und dort Angeführte.

(U. v. 9. Dez. 1929; 142/29 VI. — Berlin.) [Sch.]

6. § 823 BGB. Wer eine Autoreparaturwerkstätte betreibt, muß durch Anordnung und Überwachung dafür sorgen, daß in seinem Betriebe kein Kraftwagen auf der Straße durch einen nicht im Besitz eines Führerscheines befindlichen Angestellten mittels Motorkraft bewegt wird. Er muß insbesondere auch der Möglichkeit Rechnung tragen, daß ein solcher Angestellter Motorschlüssel besitzt.)

Am 12. Juni 1928 verkaufte die Bekl. (R. G. GmbH.) durch den Kaufmann Sch., der nicht ihr Angestellter war,

<sup>10</sup>) JW. 1929, 912. <sup>11</sup>) JW. 1929, 1462.

Zu 6. Die Entsch. ist zutreffend. Ob der Unternehmer der Autoreparaturwerkstätte Halter war, ist offengelassen (vgl. hierzu JW. 1929, 2063<sup>3</sup>; 1930, 2861<sup>9</sup>). Die Entsch. wird vielmehr allein

<sup>4</sup>) JW. 1927, 1682. <sup>5</sup>) JW. 1918, 84. <sup>6</sup>) JW. 1927, 1682.  
<sup>7</sup>) JW. 1912, 240. <sup>8</sup>) JW. 1912, 638. <sup>9</sup>) JW. 1915, 510.

sondern nur gegen Provision Geschäfte für sie vermittelte, in ihrem Geschäftslokal in F. an den Nebenintervenienten einen neuen Kraftwagen. Während der Verhandlungen hatte der Nebenintervenient wiederholt erklärt, er lege Wert darauf, daß die Bekl. seinen alten Kraftwagen (Marke Apollo) in Anrechnung auf den Kaufpreis für den neuen Wagen übernehme. Welche Vereinbarungen über den alten Wagen schließlich getroffen sind, ist streitig. Die Kl. behauptet, die Bekl. habe den kommissionsweisen Verkauf übernommen; die Bekl. dagegen gibt an, daß es sich hierbei lediglich um eine Abmachung zwischen dem Nebenintervenienten und Sch. persönlich gehandelt habe, letzterer auch gar nicht befugt gewesen sein würde, eine solche Vereinbarung für sie einzugehen. Am 15. Juni 1928 brachte der Nebenintervenient seinen Apollowagen auf den neben dem Geschäftslokal belegenen Garagenplatz der Bekl. und übergab ihn dort an Sch., der ihm auf einem Quittungsformular mit dem Aufdruck der Firma der Bekl. mit der Unterschrift: „K. G. GmbH. Sch.“ den Empfang des Wagens „zum Verkauf“ bestätigte. Seitdem stand der Wagen auf dem Garagenplatz der Bekl. oder vor diesem auf der M. er Landstraße. Am 5. Juli 1928 stellten die Arbeiter der Bekl. vor Arbeitsbeginn den Apollowagen wie auch sonst jeden Werktag und ferner auch einige andere auf dem Garagenplatz untergebrachte Wagen auf die Straße, um auf dem benetzten Platz, auf dem auch eine Kraftfahrzeugreparaturwerkstätte betrieben wurde, freien Raum zu schaffen. Gegen Ende der Arbeitszeit beauftragte der Betriebsmeister der Bekl., K., den Monteur Z., die auf der Straße stehenden Wagen zusammen mit zwei anderen Arbeitern hereinzuschaffen. Z., der keinen Kraftfahrzeugführerschein besaß und erst am 26. Juni 1928 ohne Vorlegung von Papieren von der Bekl. eingestellt worden war, schickte sich an, den Apollowagen mit Benutzung des Motors, zu dem er sich mittels eines seiner Schlüssel Zugang verschafft hatte, zum Garagenplatz zu fahren. Dabei geriet der Wagen auf den Bürgersteig und erfaszte die dort gehende Kl., die hierdurch schwer verletzt wurde. Die Kl. hatte mit ihrer Schadensklage gegen die K. G. GmbH. in der Ver. Inst. Erfolg. Die Rev. der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Unstreitig waren K. und Z. Angestellte der Bekl., und ebenso ist es unstreitig, daß der Apollowagen teils auf dem Garagenplatz der Bekl., teils — während der Arbeitszeit — auf der Straße vor dem Platz von Mitte Juni bis zum 5. Juli 1928 aufgestellt war. Wie der Ver. R. auf Grund der Aussagen der Zeugen feststellt, wurde der Apollowagen, der ebenso wie auch andere Wagen, gewöhnlich morgens auf die Straße gebracht und gegen Abend wieder auf den Garagenplatz geschafft; die Bewegung der Wagen erfolgte teils durch Schieben, teils unter Benutzung motorischer Kraft. Die Entfernung der Wagen von dem Hofe geschah, damit Platz im Hofe gewonnen wurde, also im Interesse der Bekl. und überdies auf Anweisung des R.; insbes. war die Rückschaffung des Apollowagens auf den Garagenplatz am Unfalltag von R. angeordnet worden. Der hiermit beauftragte Z. hat in Ausführung dieser Verrichtung widerrechtlich, übrigens unstreitig auch schuldhaft, der Kl. Schaden zugefügt. Es mag dahinstehen, ob die übrigen Voraussetzungen des § 831 BGB. für vorliegend zu erachten sind und daher schon aus dieser Bestimmung die Schadensersatzpflicht der Bekl. abzuleiten ist. Denn jedenfalls läßt die Auffassung des BG., daß die Haftung der Bekl. aus § 823 BGB. folgt, keinen Rechtsverstoß erkennen.

Dem § 823 BGB. getragenen. Der § 831 BGB. regelt nur die spezielle Aufsichtspflicht, die Leitung der Beaufsichtigung einer einzelnen Arbeitsleistung eines Angestellten. Dem steht die generelle Aufsichtspflicht gegenüber, die eine Ergänzung der allgemeinen Verkehrspflichten ist. Die Verletzung dieser allgemeinen Pflicht der Aufsicht oder besser der Pflicht der allgemeinen Aufsicht durch den Unternehmer eines Betriebs ist nach § 823 BGB. eine unerlaubte Handlung. Die praktische Bedeutung dieses Rechtszuges liegt vor allen Dingen darin, daß die Übertragung der Aufsichtspflicht auf andere Personen den Geschäftsherrn im allgemeinen nicht gänzlich befreit. Das ist ständige Rpr. des RG., die zweifellos dem Rechtsbedürfnis entspricht. Ebenso ist völlig klar, daß diese Pflicht im vorliegenden Fall bei einer GmbH. nach §§ 31, 40 BGB. dem Geschäftsführer zukommt. Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung nur mit Verletzung dieser allgemeinen Aufsichtspflicht begründet. Während der Rechtsgrundsatz der generellen Aufsichtspflicht keinen Schwierig-

keiten zutreffend leitet das angefochtene Urteil aus der unstreitigen Tatsache, daß die Bekl. neben einem Kraftwagenverkaufsunternehmen eine Autoreparaturwerkstätte betreibt, auf Grund des § 823 BGB. die allgemeine Pflicht der Bekl. her, diese Betriebe zu überwachen, namentlich ihre Angestellten zu beaufsichtigen und sie insbes. mit den erforderlichen Anweisungen zu versehen, durch welche die Gefährdung dritter Personen infolge ihres Betriebes nach Möglichkeit ausgeschlossen wurde. Der beschränkte Raum auf ihrem Garagenhofe machte es erforderlich, daß die dort aufgestellten Kraftwagen auf der Straße vor dem Hofe während der Arbeitszeit untergebracht und zu diesem Zweck über den Bürgersteig geschafft wurden. Benutzte so die Bekl. die Straße einer Großstadt wie F., wobei es ohne Belang ist, ob die Straße in unmittelbarer Nähe des Güterbahnhofes liegt oder nicht, als Lagerplatz für ihre Kraftwagen, so mußte ihr Geschäftsführer, für dessen Handlungen und Unterlassungen sie gemäß §§ 31, 40 BGB. einzustehen hat, mit Rücksicht auf die öffentliche Verkehrssicherheit die Angestellten der Bekl. anweisen, bei der Heraus- und Hineinschaffung der Kraftwagen mit der gebotenen Vorsicht zu Werke zu gehen und insbes. die Bewegung der Wagen unter Benutzung motorischer Kraft nur durch Personen vornehmen zu lassen, die im Besitz des entsprechenden Führerscheins waren. Und weiter mußte er sich auch in dem gebotenen Umfang davon überzeugen, daß seine Anweisungen auch befolgt wurden, wozu er um so leichter in der Lage war, als der Garagenplatz neben dem Geschäftslokal der Bekl. lag. Dem Z. gegenüber lag um so mehr alle Veranlassung zur Erfüllung aller dieser Pflichten ob, als Z. ohne Vorlegung irgendwelcher Papiere und erst am 26. Juni 1928, mithin etwa zehn Tage vor dem Unfall, in den Betrieb eingestellt worden war. Daß ihr Geschäftsführer irgendeine dieser Pflichten erfüllt hätte, hat die Bekl. nicht behauptet; im Gegenteil stellt sich ihre Rev. auf den Standpunkt, die Bestellung des angeblich zuverlässigen und bei der Bekl. seit einer Reihe von Jahren beschäftigten Betriebsmeisters K. zur Ausübung der Beaufsichtigung habe genügt. Diese Rechtsauffassung ist verfehlt und steht mit der ständigen Rpr. des RG. (vgl. RGRKomm., 6. Aufl., Erl. 6 e zu § 823 Bd. II S. 557, 558), an der festzuhalten ist, in Widerspruch. Hiernach kommt es darauf nicht an, ob der Geschäftsführer wahrgenommen hat, daß die Kraftwagen zum Teil unter Benutzung motorischer Kraft über den Bürgersteig bewegt wurden; bei auch nur einiger Aufmerksamkeit hätte ihm dies übrigens auch gar nicht entgehen können. Den Einwand der Bekl., sie habe nicht damit rechnen können, daß der Apollowagen mit motorischer Kraft in Bewegung gesetzt werden würde, obwohl der Schlüssel zum Anlasser im Besitz des R. sich befunden habe, hat der Ver. R. mit der tatsächlichen und den Lebenserfahrungen zum mindesten nicht widersprechenden Erwägung zurückgewiesen, daß es der Bekl. nicht habe unbekannt sein dürfen, daß Automonteurs sich im Besitz der erforderlichen Schlüssel zu befinden pflegen, die den Zugang zum Motor ermöglichen. Daß K. dem Z. nicht verboten hat, den Apollowagen mit motorischer Kraft in den Hof zu fahren, ihn vielmehr nur beauftragt hat, den Wagen in den Hof zurückzuschaffen, scheidet das angefochtene Urteil auf Grund der Aussage des R. als erwiesen an. Die Schlussfolgerung des Urteils, daß der dem Z. erteilte Auftrag, den Apollowagen zurückzuschaffen, obwohl dem Z. noch zwei Leute zu diesem Zweck beigegeben waren, nicht dahin ausgelegt werden mußte, daß der Wagen zurückgeschoben

keiten begegnet, ist außerordentlich schwer die Frage, wie weit diese Aufsichtspflicht geht. Unser heutiges Dasein inmitten der Industrie, Technik und Verkehr bringt jeden ständig in erhebliche Gefahr, die auch durch die größten Anforderungen an die Aufsichtspflicht nicht verhindert werden kann. Es besteht die Gefahr, daß die Erfordernisse, die an die Aufsichtspflicht gestellt werden, überspannt werden und damit von den betroffenen Wirtschaftskreisen mit Recht als eine Unbilligkeit und reine Gefährdungshaftung betrachtet werden müssen. Im vorliegenden Fall sind die Erfordernisse der Aufsichtspflicht zweifellos nicht überspannt. Es hätte nach der sonstigen Rpr. in Kraftfahrzeugsachen nahegelegen, die Verletzung der Aufsichtspflicht auch damit zu begründen, daß es sich um ein Kraftfahrzeugunternehmen handelt, das durch die Gefährlichkeit des Kraftfahrzeugbetriebs eine besondere allgemeine Aufsicht verlangt. Es ist erfreulich, daß darauf nicht abgehoben wird. Nach RG. 120, 161; DRZ. 1929 Nr. 1062 sind an die allgemeine Aufsichtspflicht gegen-

werden sollte, ist rechtlich nicht zu beanstanden; denn außer dem Apollowagen sollten auch noch andere Wagen in den Hof gebracht werden. Endlich hat der Vorderrichter ausgesprochen, daß seiner Überzeugung nach der Unfall vermieden worden wäre, wenn die Befl. ihrer Aufsichtspflicht nachgekommen wäre; damit ist der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Unfall der Kl. und der pflichtwidrigen Unterlassung der Befl. rechtsbedenkensfrei festgestellt.

(U. v. 3. Juli 1930; 43/30 VI. — Frankfurt a. M.) [S.]

7. § 839 BGB.; Art. 40 PrFGG. Erfüllung der Amtspflicht durch einen preuß. Notar niemals Gegenstand vertraglicher Bindung. Belehrungspflicht des Notars über die rechtlichen Bedenken eines zu beurkundenden Vertrages. Voraussetzungen eines Knebelungsvertrages. Nichthaftung des Notars wegen belehrungsloser Beurkundung eines Knebelungsvertrages, weil die geschädigte Bank von ihrem gesetzlichen Vertreter, der selbst wissen mußte, daß der Vertrag gegen die guten Sitten verstieß, Ersatz verlangen kann.†)

Wie die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, ist die Klage, soweit sie sich auf vertragliches Verschulden stützt, unbegründet, da die Erfüllung einer Amtspflicht durch einen preuß. Notar nach ständiger Rspr. des erf. Sen. niemals Gegenstand vertraglicher Bindung sein kann. Aber auch der Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung kann die Klage nicht zum Erfolge führen.

Allerdings ist mit dem BG. davon auszugehen, daß der Befl. durch Beurkundung der beiden Sicherungsverträge vom April 1925 eine ihn der Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Das BG. gelangt in Übereinstimmung mit den Entscheidungen, die in den beiden Vorstreiten der Firmen M. & S. gegen die Kl. ergangen sind, zu dem Ergebnis, daß die beiden Verträge als sog. Knebelungsverträge nichtig sind. Es stellt auf Grund des unstreitigen Sachverhalts in Verbindung mit der Beweisaufnahme fest, daß M. seinen ganzen gegenwärtigen und künftigen Warenbestand und alle seine gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Kl. übereignet hat, und schließt aus den gesamten Umständen, daß M. in Folge der Übertragung seines ganzen Vermögens auf die Kl. nur noch den Schein eines selbständigen Kaufmanns bot und daß durch diesen der Geschäftswelt verheimlichter Inhalt der Abkommen diejenigen, die M. weiterhin Waren lieferten, über dessen Kreditwürdigkeit auf das schwerste getäuscht wurden. Diese

über dem Chauffeur besonders strenge Anforderungen zu stellen. Nach diesen beiden Entsch. des RG. kann gegenüber dem Kraftfahrzeugführer die allgemeine Aufsichtspflicht auch ausnahmsweise aus § 831 BGB. abgeleitet werden, weil eine besonders gefährliche Tätigkeit vorliegt, die im öffentlichen Interesse eine ständige Kontrolle verlangt. Über die Haftung des Halters bei Schwarzfahrten unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der allgemeinen Aufsichtspflicht siehe BezOId II 2 Nr. 2929, 319.

RA. Dr. Fritz Oppenheimer, Karlsruhe.

Zu 7. Die vorstehende Entsch. ist nicht nur für die Notare, sondern auch für das Rechtsleben überhaupt von Bedeutung.

Es handelt sich um die Tragweite des allgemeinen Satzes in § 138 BGB.: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

Hebemann, „Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert“ führt — 1910 — dazu aus:

Neu ist eine Fülle von Tatbeständen, die unter diese Formel gestellt werden. Es hat sich mindestens die Tragweite dieses Satzes beträchtlich erweitert. Hierher zählen die vielen Schattenseiten, die der große wirtschaftliche Aufschwung der letzten Jahrzehnte mitgebracht hat, raffinierte Verträge, die auf die Düpierung des Publikums berechnet sind, unlautere Ausnützung des modernen Zwangsversteigerungsverfahrens usw. —

Der Rechtsverkehr ist seitdem viel schwieriger geworden, die Schattenseiten haben sich vermehrt, die Sicherungsübereignung zählt besonders zu diesen und ist zu einem wahren Kreuz der Praxis geworden. Das zeigt der Inhalt der obigen Entsch.

Der bekl. Notar hat am 4./6. April 1925 einen Vertrag beurkundet, worin der Kl. von einem Schuldner das Warenlager einschließlich des späteren Zugangs zur Sicherung ihrer Ansprüche aus Kreditgewährung in Höhe von 10 000 RM übertragen wurde.

Feststellungen rechtfertigen die rechtliche Folgerung, daß der Vertragschluß gegen die guten Sitten verstößt. Denn die Sicherung eines einzelnen Gläubigers in dieser Art, die allein auf Kosten der im Dunkel gelassenen und getäuschten Dritten geschieht, widerspricht, wie das RG. in ständiger Rspr. ausgeführt hat, dem Anstandsgefühl jedes rechtlich Denkenden, insbes. dem eines redlichen Geschäftsmannes. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Täuschung durch den Gläubiger beabsichtigt war oder nicht, und ob er mit seiner Hilfeleistung einen besonders hohen Gewinn erstrebt oder sich mit dem üblichen Nutzen aus Barkredit und Warenlieferungen begnügt hat (vgl. hierzu RG. 85, 343<sup>1</sup>); ferner u. a. JW. 1914, 83<sup>15</sup>; 1917, 460<sup>2</sup>; 1921, 1363<sup>6</sup>).

Der Befl. war auch verpflichtet, die Kl. über diese von der Rspr. ständig bejahte Nichtigkeit derartiger Verträge zu belehren. Nach Art. 40 PrFGG. hat der Notar, wenn er bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts Wahrnehmungen macht, welche Zweifel an der Gültigkeit des Geschäfts begründen, diese Zweifel den Beteiligten mitzuteilen und den Inhalt der Mitteilung sowie die von den Befl. darauf abgegebenen Erklärungen zu Protokoll zu nehmen. Dabei ist davon auszugehen, daß dem Notar die erforderliche Rechtskenntnis innewohnt. Soweit sie ihm fehlt, hat er sie sich im einzelnen Falle anzueignen (Recht 1917 Nr. 407). Auch ist es seine Pflicht, etwa auftauchenden Zweifeln von sich aus nachzugehen (vgl. auch Recht 1911 Nr. 502). Im vorliegenden Falle war er hierzu, wie das BG. zutreffend ausführt, um so mehr verpflichtet, als M. selbst, bevor er den Vertrag am 25. April 1925 unterschrieb, dem Befl. gegenüber Bedenken äußerte, ob er seine gesamten Aktiven überhaupt übereignen dürfe. Daß der Befl. es dennoch unterließ, in eine sorgfältige Prüfung der von M. ausdrücklich aufgeworfenen Rechtsfrage einzutreten und sich notfalls die erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen, sondern dem Fragesteller leichtthin erwiderte, dieser könne mit seinem Vermögen machen was er wolle, bedeutet — auch darin ist dem VerN. zugustimmen — eine erste Verletzung der ihm in seinem Amte als Notar der Kl. gegenüber obliegenden Sorgfaltspflicht. Den Befl. trifft somit mit Recht der Vorwurf der fahrlässigen Amtspflichtverletzung.

Gegenüber der ihm gesetzlich obliegenden Belehrungspflicht kann der Befl. sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß er gemeint habe, die Vorstandsmitglieder der Kl. müßten als Kaufleute wissen, was sie zu verantworten hätten. Denn eben daraus, daß die beiden Direktoren zum Abschluß des Vertrages bereit waren, ersah er, daß sie einer besseren Belehrung bedurften. Es handelte sich für den

Er hat alsdann am 25. April 1925 einen weiteren Vertrag beurkundet, wonach der Kl. zur Sicherung des auf 25 000 RM erweiterten Kredits vom Schuldner seine gegenwärtigen und künftigen Forderungen, seine Wagen, Pferde und Pferdegeschirre übereignet wurden.

„Die weiteren Erhöhungen auf 40 000 RM und zuletzt auf 70 000 RM sind nachträglich privatchriftlich erfolgt.“

Der Schuldner äußerte, bevor er den Vertrag v. 25. April 1925, also den zweiten Vertrag unterschrieb, Bedenken, ob er seine gesamten Aktiven überhaupt übereignen dürfe. Der Notar ging aber auf die Prüfung dieser Rechtsfrage nicht ein, sondern erwiderte dem Fragesteller, dieser könne mit seinem Vermögen machen, was er wolle.

Darin lag ohne Zweifel eine Verletzung der dem Notar obliegenden Amtspflicht, die seine Haftbarkeit nach § 839 BGB. begründete, aber nur im Rahmen der Schutzvorschrift des Abs. 1 Satz 2.

Der Notar als Beamter hafet nicht nur aus Hilfsweise. Zur Begründung der Klage gehört der Nachweis, daß ein Ersatz sonst nicht zu erlangen ist (RG. 81, 430 = JW. 1913, 598).

Die gesetzliche Regelung der Landesgesetze über das Amt des Notars führt dazu, daß die Erfüllung der Amtspflicht durch den Notar niemals Gegenstand vertraglicher Bindung sein kann. Diese ist mit dem Amtscharakter unverträglich. Der preussische Notar darf nach Art. 83 PrFGG. seine Dienste nicht ohne triftigen Grund verweigern, er soll bei Zweifeln an der Gültigkeit des Geschäfts diese den Beteiligten mitteilen und diese Mitteilung mit der Antwort der Beteiligten im Protokoll feststellen.

Nach Oberneck, Notariatsrecht, hat der Notar im gewissen Sinne auch auf Klarstellung des wirtschaftlichen Sachverhältnisses einzugehen, ohne aber in die wirtschaftlichen Motive einzudringen. Auch das BadLFGG. schreibt in § 55 eine solche Belehrungspflicht vor;

<sup>1</sup>) JW. 1915, 30.

Notar nicht nur darum, die Vertragsschließenden darüber aufzuklären, daß die Verträge gegen die guten Sitten verstießen, sondern auch weiter darum, daß sie auf Grund dieses Verstoßes nach Gesetz und Rpr. ungültig waren.

Die weitere Frage, ob der Kl. durch die dem Befl. zur Last fallende Verletzung dieser Amtspflicht der eingeklagte Schaden entstanden ist, kann auf sich beruhen. Denn die Rev. weist mit Recht darauf hin, daß es an einer anderen Klagevoraussetzung fehlt. Wie auch das BG. nicht verkennet, kann die Kl. den Befl., dem nach den vorstehenden Ausführungen die nur eine fahrlässige Amtspflichtverletzung zur Last fällt, nur dann in Anspruch nehmen, wenn sie auf andere Weise nicht Ersatz zu erlangen vermag (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Diese Darlegung gehört zur Klagebegründung (vgl. RG. 81, 430<sup>2</sup>); 86, 286; 91, 234; auch RG. v. 9. April 1919, V 370/18). Nun hatte der Befl. bereits darauf aufmerksam gemacht, daß die Kl. sich in erster Linie an ihre Vorstandsmitglieder halten müsse, die die wichtigen Verträge abgeschlossen haben. Die Kl. hatte erwidert, eine Haftung der Vorstandsmitglieder komme nicht in Frage, weil sie kein Verschulden träge. Das BG. stimmt dieser Auffassung zu. Es führt aus, die Kl. sei nach ihrer unwidersprochen gebliebenen Angabe ein Bankunternehmen kleineren Umfangs. An die Erfahrung und an die eigenen Rechtskenntnisse ihrer Vorstandsmitglieder dürften daher nur wesentlich geringere Anforderungen gestellt werden als an die leitenden Personen von Großbanken, die zumeist über voll ausgebildete Juristen verfügten. Die Vorstandsmitglieder der Kl. hätten nicht die Geschäftserfahrung und den Überblick besessen, die nötig seien, um beurteilen zu können, daß die beiden Verträge vom April 1925 in ihrer Gesamtheit als Knebelungsverträge wichtig seien. Sie hätten sich deshalb darauf verlassen dürfen, daß der Notar die Verträge richtig abfasse und nur dann beurkunde, wenn der beabsichtigte Erfolg damit zu erreichen sei.

Wie die Rev. mit Recht rügt, sind diese Ausführungen nicht frei von einer Vermengung rechtlicher und tatsächlicher Gesichtspunkte. Es mag der Kl. zugegeben werden, daß ihre Direktoren über die Rpr. des RG. zur Frage der Wichtigkeit der sog. Knebelungsverträge nicht unterrichtet sein mochten. Wohl aber mußten sie in der Lage sein, sich auf der Grundlage des allen anständig und gerecht Denkenden gemeinsamen sittlichen Empfindens und im Rahmen ihrer geschäftlichen Aufgabe der Kreditgewährung ein Urteil darüber zu bilden, daß solche Knebelungsverträge gegen die guten Sitten verstießen. Auch bei einem kleinen, genossenschaftlichen Kreditunternehmen gehört die Prüfung der Frage, in welcher Weise der Kredit im Falle des wirtschaftlichen Zusammenstehens des Kreditgebers mit anderen Gläubigern zu sichern ist, zum unmittelbaren Aufgabenkreis der leitenden Angestellten des Unternehmens. Die Gefahr, daß durch un-

genügende Sicherung ein zugebilligter Kredit verloren gehen kann und der Wettbewerb mit anderen Gläubigern, die dem Kreditgeber in der Vollstreckung zuvorkommen, oder umgekehrt, wenn der Kreditgeber rascher zugreift, das Nachsehen haben könnten, sind Gesichtspunkte, die im Geschäftsverkehr auch eines kleineren Kreditunternehmens ständig eine wesentliche und entscheidende Rolle spielen. Alle die Tatbestandsmerkmale, aus denen das BG. den Schluß zieht, daß die Sicherungsverträge gegen die guten Sitten verstießen, waren den Direktoren der Kl. bekannt. Dann bedurfte es aber für sie, die im geschäftlichen Leben stehen, nur eines sehr einfachen Nachdenkens, um denselben Schluß zu ziehen, den die geschädigten Gläubiger, die Gerichte in den Vorstreiten und das BG. gezogen haben, nämlich eben den Schluß, daß der Vertragsschluß durch Knebelung des Schuldners und durch Täuschung der anderen Gläubiger gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstieß. In dem sie gleichwohl in Kenntnis aller Umstände, sei es bewußt, sei es die gebotene sorgfältige Abwägung unterlassend, die Verträge abgeschlossen, haben sie pflichtwidrig das Interesse ihrer Dienstherren gefährdet und sind ihr aus dem Dienstverhältnisse wegen des ihr durch die Wichtigkeit der Verträge entstandenen Schadens ersatzpflichtig.

Hiernach hatte die Kl. die Pflicht, zunächst ihr Rückgriffsrecht gegen ihre damaligen Vorstandsmitglieder zu verfolgen, bevor sie den Befl. in Anspruch nahm. Die rechtlichen Voraussetzungen für den Erfolg eines solchen Rückgriffs sind, wie soeben dargelegt, gegeben. Dafür, daß die Rückgriffsfrage aus einem anderen Grunde (etwa wegen Zahlungsunfähigkeit der Vorstandsmitglieder) nicht zum Erfolge zu führen vermöchte, liegt nichts vor. Eine dahingehende Behauptung hat die Kl., der die volle Darlegungspflicht obliegt, auch nicht aufgestellt. Da es mithin an der klagebegründenden Voraussetzung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. mangelt, ist die Klage unbegründet, ohne daß es noch darauf ankäme, ob das Verschulden der Vorstandsmitglieder, das dem Befl. gegenüber der Kl. zugleich als eigenes Verschulden zuzurechnen ist, nicht auch derart überwiegt, daß gemäß § 254 BGB. die dem Befl. zur Last fallende Fahrlässigkeit als Schadensursache völlig zurücktritt.

(U. v. 8. Juli 1930; 273/29 III. — Kiel.)

[Sch.]

**\*\*8.** §§ 883, 894, 899 BGB. Rechtslage infolge einer zu Unrecht erfolgten Löschung einer Vormerkung. Hiergegen ist, wenn auch die Vormerkung kein auch nur bedingtes dingliches Recht am Grundstück ist, doch Eintragung eines Widerspruches und Grundbuchberichtigungsanspruch gegeben. †)

Die für den Befl. eingetragen gewesene Auflassungsvormerkung ist zu Unrecht gelöscht worden. Denn sie war

nicht unmittelbare Folge sein. Liegt aber eine schädigende Handlung des Gläubigers gegenüber einem Dritten vor, so tritt die Haftbarkeit i. S. des § 826 BGB. ein, und hier kann den Notar eine Ersatzpflicht nicht treffen.

Das Schweiz. ZGB. schreibt in der Einleitung Art. 2 vor: Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Dieser Grundsatz gilt auch für das deutsche Recht ohne eine positive Gesetzesbestimmung, und zwar für den ganzen Rechtsverkehr, auch den Gemeinschaftsgegenständen gegenüber.

Da nach der Entscheidung die gesetzlichen Vertreter der geschädigten Bank selbst wissen mußten, daß der Vertrag, d. h. die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen mit ihrem Schuldner, gegen die guten Sitten verstieß, so kann die Bank infolge der obigen Schutzbestimmung von dem beklagten Notar vorerst keinen Ersatz verlangen. In Wirklichkeit kann es auch darauf nicht ankommen. Würde der Geschädigte eine Privatperson sein, so könnte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Ersatzpflicht des Notars auch nicht in Frage kommen. Die Gestaltung des Gemeinschaftslebens fordert, daß jedermann im Geschäftsverkehr für seine Handlungen eintreten muß und nicht eine Hilfsperson des Rechtsverkehrs zur Garantie von geschäftlichen Risiken heranzieht.

J. Kellner, Mannheim.

Zu 8. Dem RG. ist zuzustimmen. Es hat m. W. erstmals Stellung genommen zu der viel umstrittenen Frage, ob das Grundbuch durch die zu Unrecht erfolgte Löschung einer Auflassungsvormerkung unrichtig wird, so daß die Wiedereintragung mit Hilfe des § 894

außerdem dürfen die Notare keine Verhandlung aufnehmen, deren Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Diese Voraussetzungen kommen praktisch kaum vor und waren auch bei der Verhandlung v. 4./6. April 1925 nicht gegeben.

Die Vorinstanzen haben in dem obigen Sachverhalt und aus den gesamten Umständen geschlossen, daß der Vertragsschluß gegen die guten Sitten verstöße. Das RG. hat gegen diese Schlußfolgerungen nichts einzuwenden, obwohl es in RG. 118, 363 selbst ausführte: „Ein Vertrag dieses Inhalts ist keineswegs unter allen Umständen sittenwidrig“, es müssen besondere Umstände hinzukommen, z. B. bei Knebelungsverträgen. Von einem Vertrag dieser Art kann aber nach dem vorliegenden Tatbestand nicht gesprochen werden. Der Schuldner, der von einem Kredit von 10 000 RM auf 25 000 RM, dann der von einem Kredit auf 70 000 RM bei seinem Gläubiger genommen ist, hat nach dem Geschäftsgrundsatz gehandelt: Je mehr Bankschulden, desto mehr muß die Bank mich halten. Eine wirtschaftliche Knebelung kann man diese Geschäftsbeziehungen wirklich nicht nennen. Die Grenze des unsittlichen Rechtsgeschäfts und des Knebelungsvertrags insbes. ist flüchtig. Wenn der Notar unter den obigen Verhältnissen haftbar sein soll für den Gesamtbestand, so ist aber nicht ihm eine Haftbarkeit aufgebürdet, die weder im Gesetz begründet, noch im Geschäftsleben nach Treu und Glauben tragbar ist. Liegt aber später nach dem Ermessen des Gerichts auf Grund der Beweisaufnahme ein unsittliches Rechtsgeschäft und damit die Wichtigkeit vor, so ist die Folge, daß die Sicherungen als nicht gegeben betrachtet werden müssen. Eine Schadenersatzpflicht kann

<sup>2</sup>) ZB. 1913, 598.

durch die Eintragung des Bekl. als Eigentümer nicht erledigt, da Zwischeneintragen i. S. des § 883 Abs. 2 BGB. erfolgt waren. Die Löschung hätte auch nicht von Amts wegen vorgenommen werden dürfen, da die Voraussetzungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBD. nicht gegeben waren. Den von dem Grundbuchrichter gegen die zu Unrecht erfolgte Löschung der Vormerkung (V.) eingetragenen Amtswiderspruch hält der Verkl. im Anschluß an die Rspr. des RG. (RGZ. 43, 209; 50, 173; RZA. 13, 142; 15, 238) für unzulässig und daher für rechtlich unbeachtlich, weil durch die versehentliche Löschung der V. das Grundbuch nicht unrichtig geworden sei. Dieser Meinung kann indessen nicht beigetreten werden. Der erkl. Sen. hält zwar in ständiger Rspr. daran fest, daß die V. kein auch nur bedingtes dingliches Recht am Grundstück ist (RG. 65, 261<sup>1)</sup>; 83, 437<sup>2)</sup>; 113, 403<sup>3)</sup>; 116, 239<sup>4)</sup>; 118, 230<sup>5)</sup>; 120, 13<sup>6)</sup>). Immerhin geht die Bedeutung der V. über die eines bloßen Grundbuchvermerks hinaus. Sie ist vielmehr ein besonders geartetes Sicherungsmittel, das dem geschützten Rechte in gewissem Umfange dingliche Wirkungen verleiht (vgl. RG. 113, 409<sup>7)</sup>). Namentlich folgt aus § 883 Abs. 2 mit § 888 BGB. die sich gegen den Dritterwerb richtende relative Unwirksamkeit einer den vorgemerkten Anspruch vereitelnden oder beeinträchtigenden Verfügung. Diese Wirkung ist allerdings davon abhängig, daß die V. im Grundbuch eingetragen ist. Ohne Eintragung kann eine V. nicht zur Entstehung gelangen und keine Rechtswirkungen hervorrufen. Hieraus folgt jedoch nicht, daß eine V., die eingetragen war und bereits die relative Unwirksamkeit ihr widersprechender Verfügungen begründet hatte, ohne weiteres dadurch hinfällig wird, daß sie ohne Rechtsgrund, durch ein bloßes Versehen oder durch eine widerrechtliche Handlung im Grundbuch gelöscht wird. Wenn auch durch die unrechtmäßige Löschung der V. der Inhalt des Grundbuchs nicht hinsichtlich eines dinglichen Rechts oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs. 1 BGB. bezeichneten Art unrichtig geworden ist, so ist doch hinsichtlich der von der relativen Unwirksamkeit betroffenen Rechte eine mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehende Änderung eingetreten. Der den §§ 894, 899 BGB. und dem § 54 GBD. zugrunde liegende Zweckgedanke gebietet aber, den Grundbuchberichtigungsanspruch und die Eintragung eines Widerspruchs auch in diesem Falle zum Schutze der dem sachlichen Rechte entsprechenden Lage zuzulassen. Ist hiernach der Amtswiderspruch gegen die Löschung der V. zu Recht

eingetragen, so kann sich der Kl. gemäß § 892 Abs. 1 BGB. nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen. Seinem gutgläubigen Erwerb stand vielmehr der eingetragene Widerspruch entgegen. Da die Grundschuld dem Bekl. gegenüber gemäß § 883 Abs. 2 BGB. unwirksam ist, so ist die Klage unbegründet. Umgekehrt ist der Widerklageantrag gemäß § 888 BGB. gerechtfertigt.

(U. v. 4. Juni 1930; 45/29 V. — Hamburg.)

[Sch.]

### 9. § 906 BGB.

1. Wenn auch Klage und Urteil allgemein auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen oder auf Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhinderung solcher Einwirkungen gerichtet und die sich daraus ergebenden Fragen der Zwangsvollstreckungsinstanz überlassen werden können, so muß das Gericht doch zu der Frage Stellung nehmen, in welchem Umfang eine den Grund der Klageerhebung bildende Einwirkung vorliegt.

2. Bei Beurteilung der „gewöhnlichen“ Benutzung ist die Verschiedenheit der einzelnen Teile einer Großstadt zu beachten.

3. Auch ist zu prüfen, ob das gesteigerte Maß der Benutzung ortsüblich ist.

4. Für die Zulässigkeit der Einwirkung ist der Einwirkende beweispflichtig.<sup>†)</sup>

Die Kl. erwarb vor einigen Jahren ein Villengrundstück in der F.straße in St. Das Grundstück grenzt an ein Gartenrestaurant, dessen Eigentümer Du. ist und das der Bekl. seit mehreren Jahren in Pachtbesitz hat. Er veranstaltet in der warmen Jahreszeit im Garten Konzerte.

Die Kl., die das Grundstück bewohnt, hält die Einwirkungen, welche die Musik auf ihr Grundstück ausübt, für unzulässig.

Das BG. erkannte unter Abweisung weitergehende Ansprüche:

Der Bekl. wird verurteilt, es zu unterlassen, auf dem von ihm gepachteten Grundstück im Freien

1. die dort tätigen Musiker in einem geringeren Abstand von der Grenze des Grundstücks der Kl. als 15 Meter musizieren zu lassen, solange er keine Einrichtung trifft, die den Schall in einer der Auswirkung dieser Entfernung gleichwertigen Weise von dem Grundstück der Kl. abhalten,

BGB. oder § 22 GBD. erlangt werden kann. Gütthe stellt in Grundb. 57, 95 das Schrifttum über diese Frage zusammen und vermag darin eine herrschende Meinung nicht zu erkennen. Verneint wird die Unrichtigkeit des Grundbuchs u. a. von Wartenberger, § 883 Note 1 und § 886 Note 1, vom RGRKomm., § 883 Note 8 Abs. 2 und § 886 Note 3, bes. in den oben zit. Entsch. d. RG., welches im Beschl. v. 21. Juni 1917 (RGZ. 50 Nr. 51) die m. E. überzeugend begründeten Bedenken von Gütthe a. a. D. zurückweist und an seinem Standpunkt festhält, daß die Vormerkung durch die Löschung völlig wirkungslos wird. Gütthe beruft sich für seine Meinung neben §§ 883 und 888 auf §§ 891 Abs. 1 und 2, 884 BGB. und § 48 ZwVerfG. und folgert hieraus, daß eine der wahren Rechtslage widersprechende Löschung einer Vormerkung diese nicht erlöschen läßt, sondern das Grundbuch unrichtig macht, bis ein gutgläubiger Erwerb die Wirkungen der Vormerkung vernichtet. Auch Staubinger, § 886 Note II c bejaht die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus praktischen Gründen (vgl. auch Gütthe-Triebel, GBD., 5. Aufl., § 22 Note 7).

Dieser Meinung hat sich jetzt das RG. angeschlossen. Es sieht wie bisher eine Vormerkung zwar nicht als dingliches Recht an, mißt ihr aber doch eine über einen Grundbuchvermerk (Gütthe a. a. D.) hinausgehende Bedeutung bei und erklärt sie für ein besonders geartetes Sicherungsmittel mit dinglichen Wirkungen. Diese können zwar nur durch Grundbucheintrag entstehen, sie erlöschen aber für die von der relativen Unwirksamkeit betroffenen Rechte nicht durch eine unzulässige Löschung der Vormerkung, wenn dadurch eine mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehende Änderung eingetreten ist. Zum Schutze dieser Rechtslage gebiete der Zweckgedanke des § 894 die Zulassung der Grundbuchberichtigung und des Widerspruchs. Diese Entsch. ist für den Rechtsverkehr zu begrüßen. Das Bestehen und der Rang des durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs werden in Frage gestellt, wenn durch Versehen

eines GBA. die Vormerkung zu Unrecht gelöscht wird und hierdurch ihre Wirksamkeit auch dem Vormerkungsberechtigten gegenüber verlieren soll. Der Rechtsverkehr erfordert Schutz gegen solche Gefahren. Das Ur. des RG. gewährt diesen Schutz, indem es die Eintragung eines Amtswiderspruchs für zulässig erklärt. Das Ur. wird auf Vormerkungen jeglicher Art anwendbar sein. Die weiteren vom RG. zur Begründung aufgestellten Sätze über die Unzulässigkeit der Löschung einer Auflassungsvormerkung vor Beseitigung schädigender Zwischeneintragen und überhaupt ohne Löschantrag eines Beteiligten sind in Schrifttum und Rechtsprechung nicht bestritten. Das RG. führt in Bd. 50 Nr. 51 S. 173 mit Recht aus, daß der Anspruch aus einer Auflassungsvormerkung nicht schon durch den Eintrag des Eigentumsübergangs, sondern erst durch Beseitigung der nach der Vormerkungseintragung eingetragenen dinglichen Rechte zur Erfüllung gelange, weil der Anspruch des Vormerkungsberechtigten hier nicht auf Auflassung schlechthin, sondern auf Auflassung ohne die nachträglich eingetragenen Rechte gerichtet sei.

OGDir. i. R. Dr. Walz, Freiburg i. Br.

Zu 9. 1. Die Nichtigkeit des vom RG. aufgestellten Grundsatzes, daß die Möglichkeit, daß Klage und Urteil auf Unterlassung übermäßiger Einwirkung oder auf Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhütung solcher Einwirkungen gerichtet werden können, die Feststellung nicht entbehrlich macht, ob und in welchem Umfange ein den Grund der Klageerhebung bildende Einwirkung vorliegt und ob sie als nicht wesentlich anzusehen ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Das Vorliegen einer Einwirkung ist ja Voraussetzung einer Beurteilung wie andererseits, falls der Bekl. bestrittet, daß die Einwirkung eine wesentliche Beeinträchtigung i. S. des § 906 BGB. darstellt, der Umfang der Einwirkung festgestellt werden muß.

Aus der Fassung des Tenors des Ur. könnte — die Gründe sind nicht bekannt — angenommen werden, daß das BG. zum Ausdruck bringen wollte, daß es in dem Musizieren des Bekl., wie es zur Zeit geübt wird, eine unzulässige Beeinträchtigung der

<sup>1)</sup> ZB. 1907, 256. <sup>2)</sup> ZB. 1914, 411. <sup>3)</sup> ZB. 1926, 2621.

<sup>4)</sup> ZB. 1927, 1828. <sup>5)</sup> ZB. 1927, 246. <sup>6)</sup> ZB. 1928, 1366.

<sup>7)</sup> ZB. 1926, 2621.

2. öfter als Sonntags und an zwei Werktagen jeder Woche andere musikalische Veranstaltungen als solche stattfinden zu lassen, in denen lediglich unaufdringliche Musik hervorgebracht wird.

Die Rev. der Kl. hatte Erfolg.

Das BG. stellt zunächst fest, daß die Stadtgegend, in der sich beide Grundstücke befinden, keine Besonderheit der Beschaffenheit darbieten, welche die Entscheidung beeinflussen könnten. Es handele sich nicht um eine Gegend, in der Restaurationsgärten mit Musikveranstaltungen irgendwie hervorgetreten seien. Andererseits erfordere die Beschaffenheit der Gegend nicht die Anwendung eines besonders strengen Maßstabes bei der Beurteilung der in ihr von den Bewohnern zu erwartenden Geräusche. Es handele sich nicht um ein sogenanntes Villenviertel. Wenn die F.straße auch in einem von der Stadt her bis an das Grundstück der Kl. reichenden Teil vorzugsweise mit Villen bebaut sei, so handele es sich doch bei ihr um eine Ausfallstraße erster Ordnung, deren Verkehr, insbes. der Kraftfahrzeugverkehr, um so stärker sei, als die Straße die bevorzugte Verbindungslinie nach dem nahegelegenen umfangreichen Waldgebiet bilde. Es schließt hieran Ausführungen über Gebäude in der Nähe des Grundstücks der Kl. und in den Nebenstraßen.

1. Auf dieser Grundlage erörtert das BG. gem. § 906 BGB. zunächst, ob die Einwirkung des Bekl. die Benutzung des Grundstücks der Kl. nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Es könne niemand zugemutet werden, längere Zeiträume hindurch täglich solche Musik zu ertragen, die durch ihre Stärke oder durch die besondere Beschaffenheit des Tones die Aufmerksamkeit des Zuhörers in besonderer, ihn von der Beschäftigung mit anderen geistigen Dingen ablenkender und darum störender Art in Anspruch nehme. Musik dieser Art sei in der Entscheidung als aufdringliche Musik bezeichnet. Unaufdringliche Musik sei demgegenüber eine solche, die in Anbetracht von Art und Stärke ihres Tones nicht in dieser Weise fessle, andere geistige Betätigung in unbeeinträchtigter Weise zulasse. Unterscheidungsmerkmale nach der Art der Hervorbringung der Musik zu geben, erweise sich in Bezug auf die Mannigfaltigkeit der verschiedenen zusammenwirkenden Umstände als untunlich. Das Nähere in dieser Hinsicht könne nur von Fall zu Fall im Wege der Vollstreckung des Urteils entschieden werden. Jedoch sei zu berücksichtigen, daß auch Musik, die im Freien an sich nicht aufdringlich sei, zu einer aufdringlichen werde, wenn sie von einer zu geringen Entfernung ausgehe. Danach müsse der Bekl. eine gewisse Entfernung von der Grenze der Kl. innehalten.

Mit Recht wendet sich hiergegen die Rev. Das BG. befaßt sich mit den Behauptungen der Kl., die das Maß des von ihr behaupteten Geräusches auf dem Grundstück des Bekl. betreffen, im einzelnen nicht. Die Kl. hatte auf die vom Bekl. in neuester Zeit vorgenommene Verstärkung der Kapelle und ferner insbes. auf die Verwendung von Blasinstrumenten, von Jazzschlagzeug und vor allem eines Saxophons hin-

gewiesen. Sie hatte hervorgehoben, daß der Vorpächter früher eine Kapelle von drei Musikern auf der Plattform vor dem Restaurationsgebäude, also in einer Weise habe spielen lassen, daß der Schall nach der Straße, aber nicht nach dem Nachbargrundstück geworfen worden sei. Der Bekl. habe durch eine bauliche Veränderung das Spielen auf der Plattform unmöglich gemacht, die Kapelle auf mindestens sechs Musiker verstärkt, und dadurch sowie durch die Anwendung anderer Musikinstrumente, durch die Ausdehnung der für die Musik bestimmten Zeit und durch die Wahl anderer Standorte der Kapelle das Maß der durch die Musik verursachten Geräusche zu einem unerträglichen gemacht. Ganz besonders gelte das aber für den Zustand, bei dem eine auf 17—18 Musiker verstärkte Kapelle Blechmusik unmittelbar an der Grenze in dem akustisch völlig unzulässigen Holzschuppen aufführe. Die Geräusche seien so stark, daß man sie selbst bei geschlossenen Doppeltüren in den am weitesten abgelegenen Räumen hören müsse. Dadurch sei die angemessene Benutzung ihres eigenen Hauses und dessen Verkauf unmöglich geworden. Das BG. geht hierauf im einzelnen nicht ein, sondern spricht den Grundsatz aus, daß aufdringliche Musik unstatthaft sei, und beschränkt sich dann auf eine Umschreibung dieses Begriffs. Abgesehen davon, daß dieses Verfahren auf eine Ersetzung des gesetzlichen Begriffs der wesentlichen und unwesentlichen Störung auf musikalischem Gebiet durch den Begriff der aufdringlichen Musik ersetzt wird, geschieht damit den Interessen beider Parteien nicht Genüge. Der Streit der Parteien wurde dem Gericht zu dem Zweck der Entscheidung unterbreitet, ob die Geräusche, die auf dem Grundstück des Bekl. jetzt stattfinden und von ihm als dauernde Einrichtung beabsichtigt werden, nach dem Gesetz zulässig sind oder nicht. Von dieser Grundlage aus waren die von der Kl. gestellten Anträge zu prüfen, soweit der in § 906 BGB. zunächst geregelte Tatbestand — wesentliche oder unwesentliche Beeinträchtigung — in Betracht kommt. Anscheinend hat das BG. die von ihm herangezogene Rspr. des RG. mißverstanden, die sich darauf bezieht, daß Klage und Urteil allgemein auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen oder auf Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhinderung solcher Einwirkungen gerichtet werden können (RGKomm., 6. Aufl., Bem. 13 zu § 906). Die Verweisung dieser Fragen in die Zwangsvollstreckungsinstanz macht nicht die Feststellung entbehrlich, in welchem Umfange eine den Grund der Klageerhebung bildende Einwirkung vorliegt und ob sie nicht als wesentlich anzusehen ist, wofür der Bekl. die Beweislast hat (RGKomm., Bem. 8 zu § 906 und dortige Nachweisungen). Ob andererseits die Festsetzung einer Grenze von 15 m, wie sie das angefochtene Urteil ohne Angabe der für die Ortlichkeit sonst in Betracht kommenden Maße festsetzt, unter diesen Umständen nicht gegen den von ihm aufgestellten, die Zwangsvollstreckung betreffenden Grundsatz verstoßen würde, kann mangels genügender Feststellungen dahingestellt bleiben. Die auf § 286 ZPO. gegründete Rüge der

Benützung des klägerischen Grundstückes sieht. Dennoch wird dies Urteil zu beanstanden sein.

Durch ein Urteil, das die jetzt geübte Art des Musizierens verbietet, würde allerdings der Kl. nicht gedient sein. Denn der Bekl. könnte sich durch unwesentliche Änderungen in der Art des Musizierens der Wirkung des Urteils entziehen, die Kl. aber will erreichen, daß dem Bekl. verboten wird, so zu musizieren, daß eine wesentliche Beeinträchtigung im genannten Sinne verursacht wird. Um dies zu erreichen, hat sie in erster Linie beantragt, dem Bekl. das Musizieren ganz zu verbieten. Dadurch aber, daß sie ein- und geschränkte (nach der Zusammensetzung der Kapelle und deren Standort) Anträge fürsorglich stellte, hat sie zu erkennen gegeben, daß sie das genannte Ziel verfolgte.

Das BG. hat nun dem Bekl. bestimmte Maßregeln vorgeschrieben, die eine wesentliche Beeinträchtigung verhüten sollen. Damit wird aber tatsächlich beiden Teilen nicht gedient sein. Die Kl. wird, wenn sich herausstellt, daß diese Maßregeln nicht ausreichen, durch die Rechtskraft des Urteils gehindert sein, dem Bekl. weitere Beschränkungen auferlegen zu lassen und der Bekl. wird gehindert sein, andere, ihm weniger lästige Maßnahmen zu treffen, die eine Störung der Kl. in gleichem Maße verhindern. Daß dies nicht allgemein zulässig ist, hat das BG. mehrfach ausgesprochen (vgl. RGKomm. Anm. 13 zu § 906 BGB. und dort angeführte Urteile); in gegebenen Fälle liegt keine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel vor. Es wird also nötig sein, wenn die vom BG. verlangten Feststellungen getroffen sind, allgemein auszusprechen, daß

dem Bekl. untersagt wird, auf seinem Grundstück in einer Weise musizieren zu lassen, die die Benützung ihres Grundstückes durch die Kl. wesentlich beeinträchtigt. Eines neuen Antrages der Kl. wird es nicht bedürfen.

2. Die hinsichtlich der Frage, ob die Benützung seines Grundstückes durch den Bekl. eine nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnliche ist, aufgestellten Grundsätze entsprechen der bisherigen, in der Literatur soweit ersichtlich nicht angegriffenen Rspr. des RG.

Von besonderer Bedeutung ist, was das Urteil des RG. über die Einwirkung der Tatsache, daß die Kl. an einer verkehrreichen und deshalb geräuschvollen Straße wohnt, auf die zu entscheidende Frage ausführt. Diese Lage des Grundstückes könnte nur in Frage kommen bei der Entscheidung darüber, ob die Musik des Bekl. die Benützung des klägerischen Grundstückes wesentlich beeinträchtigt, denn für die Frage der Ortsüblichkeit des Musizierens des Bekl. kann nicht herangezogen werden, ob die betreffende Straße verkehrreich ist. Das Straßengeräusch aber kann nicht Anlaß dazu geben, der Kl. ein größeres Maß von Lärm aus einem Nachbargrundstück zuzumuten, als sie erdulden müßte, wenn sie an einer ruhigen Straße wohnte. In Betracht könnte der Straßelärm wohl nur dann gezogen werden, wenn er die vom Bekl. erzeugten Geräusche derart überdecken würde, daß von diesen nichts oder nichts Wesentliches zu bemerken wäre, auch nicht in Form einer Verstärkung des allgemein herrschenden Lärmes.

Rev. ist als begründet zu erachten. Auch ist aus demselben Grunde des Mangels geeigneter Feststellungen nicht zu erkennen, ob § 906 BGB. ohne Rechtsirrtum vom BG. beurteilt worden ist.

2. Die Rev. ist aber auch insoweit begründet, als sie das angefochtene Urteil unter dem Gesichtspunkt des zweiten Tatbestandes des § 906 bekämpft. Hiernach muß die Einwirkung auf das eine Grundstück geduldet werden, wenn sie durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Auch diese Annahme hat der Bekl. in vollem Umfange zu beweisen (RG. 105, 217; 64, 365). Das BG. geht davon aus, daß Grundstücke, die in derselben Weise benutzt werden, wie das Grundstück des Bekl., zum Vergleiche nicht herangezogen werden können; es hebt hervor, daß die Lageverhältnisse der anderen Stätten, zumal im Hinblick auf die Nähe von Wohnungen, die Zusammenfassung oder Verteilung der Schallwirkungen im einzelnen durchweg verschieden seien. Es fügt aber hinzu, die Bevölkerung entnehme doch dem Umstand, daß überhaupt solche gleichartigen Veranstaltungen stattfänden, ein Urteil darüber, was in dieser Beziehung nicht über ein von den Anwohnern zu ertragendes Maß hinausgehe. Die Ausführungen des BG. leiden in diesem Zusammenhange an erheblicher Unklarheit. Anscheinend will das BG. trotz der Verschiedenheit der Gastwirtschaften aus dem Vorhandensein solcher ganz allgemeinen Schluß auf den Umfang der i. S. des § 906 gewöhnlichen Benutzung ziehen. Das ist schon insofern bedenklich, als erfahrungsmäßig eine Verschiedenheit der einzelnen Teile einer Großstadt — und um eine solche handelt es sich im vorliegenden Falle — auf diesem Gebiete sehr wohl in Betracht kommen kann (Gruch. 48, 605). Es wäre verfehlt, daraus, daß es in einer Großstadt eine Anzahl von Gartenwirtschaften gibt, in denen musiziert wird, nun ohne weiteres auf eine Einheitslichkeit der Beurteilung in dem nach den örtlichen Verhältnissen Gewöhnlichen zu schließen, bevor nicht festgestellt wird, wie die Dinge bei den einzelnen Wirtschaften liegen. Darüber läßt sich das BG. nicht aus, sondern es läßt diese Frage offen; auch gegenüber den umfangreichen Darlegungen der Kl. in bezug auf die Verschiedenheit der Verhältnisse in den einzelnen Wirtschaften. Von dem Maß der Verschiedenheit hängt es ab, ob von einer gewöhnlichen Einwirkung im allgemeinen gesprochen werden kann, die sich auch auf das Grundstück des Bekl. auswirkt und die dieser nachzuweisen hat. In der Rspr. des RG. ist bei Auslegung des § 906 stets daran festgehalten worden, daß die die Einwirkung herbeiführende Benutzung des einen Grundstücks eine der Benutzung anderer Grundstücke in der Umgebung gleiche oder doch im wesentlichen gleichartige sein muß und daß hierbei, wie auf die Art und Weise, so auch auf das Maß der Benutzung zu sehen ist (Gruch. 58, 1025, 1026). Eine freie Auslegung der Gesetzesbestimmung, wie sie aus den allgemeinen Erwägungen des BG. hervorgeht, scheint, ist dort ausdrücklich abgelehnt. Es ist hiernach mit der Möglichkeit zu rechnen, daß für die Frage des „gewöhnlichen“ Gebrauchs allein das Grundstück des Bekl. und hier der lange Zeit hindurch geübte Gebrauch zugrunde gelegt werden muß. Dann kommt aber, wie in der Rspr. besonders betont worden ist, in Betracht, daß, selbst wenn die Statthaftigkeit der Einwirkung für einen bestimmten Zustand nachgewiesen ist, das Gleiche nicht etwa ohne weiteres für etwaige Veränderungen angenommen werden darf. Auf das Maß der Benutzung ist auch in diesem Zusammenhange mit entscheidendes Gewicht gelegt worden. Der Betriebsinhaber muß nachweisen, daß das gesteigerte Maß ebenfalls ortsüblich ist (Gruch. 47, 955; JW. 1911, 326; 1913, 491; 1908, 12; JurRdsch. 1926 Nr. 2225 und 1357; RG. 64, 365). Gerade eine solche Steigerung nach den verschiedensten Richtungen hat die Kl., wie zu 1 dieses Urteils dargelegt ist, zur Begründung der Klage angeführt. Nicht ohne Bedeutung für die Unzulässigkeit der jetzigen Einwirkungen könnte hierbei auch die Behauptung der Kl. sein, es sei nach der eigenen Äußerung des Bekl. schon längst geplant, an der Stelle des jetzigen Holzgebäudes einen ordnungsmäßigen Musikpavillon in Muschelform zu errichten; diese Muschel koste aber 7000 RM und das Geld sei noch nicht zur Verfügung gestellt.

Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur andertweitigen Verhandlung und Entscheidung an

das BG. zurückzuberweisen. Die Aufhebung des angefochtenen Urteils in vollem Umfang war nicht zu vermeiden, wiewohl sein Inhalt zu einem Teil nach der Absicht des BG. den Belangen der Kl. dienen sollte. Allein die erforderlichen Anordnungen können nur einheitlich getroffen werden, und bei der Sachlage, mit der zur Zeit gerechnet werden muß, erscheinen die zugunsten der Kl. getroffenen Maßnahmen so unzulänglich, daß dem BG. auf Grund neuer Verhandlung die Möglichkeit nicht nur zusätzlicher, sondern auch anders gearteter Anordnungen gegeben sein muß. Rechtlich würde für die Wahrnehmung der Belange der Kl. nötigenfalls der Weg der EinstwVerf. offenstehen.

Die neue Verhandlung wird auch Gelegenheit zu erneuter Prüfung der Art der Ortslage bieten. Das BG. stellt fest, daß die F.-straße von der Stadt her vorzugsweise mit Billen besetzt ist. Wenn der Umstand, daß ein starker Kraftwagenverkehr und auch Straßenbahnverkehr auf der Straße herrscht, zu einer Minderbewertung des Grundstücks in der hier zu beurteilenden Frage führen soll, wird es der Ausführung besonderer Gründe dafür bedürfen. Regelmäßig hat die hier zu entscheidende Frage mit jenem Verkehr nichts zu tun. Es wird sich auch fragen, inwiefern das Bestehen einer vereinzelt an Kartonnagenfabrik schräg gegenüber dem Grundstück und die Verhältnisse in Nebenstraßen in der angegebenen Richtung verwertet werden können. Gegenüber der Ausführung des BL., daß nach einem ausgearbeiteten Bebauungsplan gegenüber dem Grundstück der Kl. Mietkafernen errichtet werden sollen, würde an dem Beweisanspruch der Kl. im Schriftsatz v. 20. Juni 1928 nicht vorüberzugehen sein. Nach dieser Behauptung liegt ein Bebauungsplan der Deutschen Verwaltung vor, welcher die Bebauung dieses noch offenen Teils der F.-straße nach beiden Seiten mit Billengrundstücken vorsieht.

(U. v. 16. Juni 1930; 822/29 VI. — Stettin.) [H.]

**\*\*10.** § 930 BGB. Nichtigkeit eines Sicherungsübereignungsvertrages wegen mangelnder Bestimmtheit der zu übereignenden Gegenstände. Bei Übertragung eines Warenlagers, das für ein Ladengeschäft gehalten wird, genügt nicht die Angabe, daß der Eigentumsübergang an sämtlichen vorhandenen Waren vereinbart wird, weil die Waren dauernd wechseln.)

Durch § 5 des Vertrags v. 25. Juli 1925 hat die Gemeinschuldnerin das in T. befindliche Zweiggeschäft mit sämtlichen Warenbeständen, soweit sie im Eigentum der

**Zu 10. A.** Allgemeine Bemerkungen. Die Entsch. über Sicherungsübereignungen mehren sich mit steigender Ungunst der Wirtschaftslage. Das erschreckende Maß der Sicherungsübereignungen in unserer Wirtschaft tritt in solcher Zeit besonders eindrucksvoll zutage. Konkursabwicklung ist heute in der Hauptsache gleichbedeutend mit dem Kampfe um die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Sicherungsübereignungen. Dabei muß man noch eines beachten. Zahlreiche höchst zweifelhafte Sicherungsübereignungen können im Rechtswege nur deswegen nicht bekämpft werden, weil der Konkursmasse die Mittel für die Prozeßkosten fehlen.

Mehr als zwanzig Jahre ist nunmehr die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande ein von der Rspr. anerkanntes Institut. In dieser Zeit, so sollte man meinen, müßten die rechtlichen Grund- und Grenzlinien dieses Rechtsinstitutes so gefestigt sein, daß Zweifel über die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Sicherungsübereignungsverträgen nahezu nicht mehr bestehen. Das Gegenteil trifft jedoch zu. Die weit überwiegende Zahl aller Prozesse um Sicherungsübereignungen betrifft deren Gültigkeit. Urteile, die die Ungültigkeit von solchen Übereignungen aussprechen, sind häufig. Das durch Rechtssprechungsrecht praeter legem — vielleicht sogar contra legem — geborene Institut der Sicherungsübereignung von Warenlagern hat zwar manche Kinderkrankheiten überwunden, seinen Geburtsfehler aber wird es nicht los. Ungültigkeiten sind häufig. Nur der sehr erfahrene Praktiker — der Spezialist — wird sie mit einiger Sicherheit vermeiden können.

**B.** Das vorstehende Urteil (RG. 129, 61 Nr. 13) vermehrt die Ungültigkeitsgründe und schafft weitere Unsicherheit auf diesem Gebiete. Zusammen mit einer Reihe von anderen Urteilen umschreibt es das Erfordernis der Bestimmtheit der zu übereignenden Sachen genauer. Der vom BG. entwickelte Grundsatz zeigt zunächst eine gewisse theoretische Korrektheit. Dies sicher so lange, als man sich im Rahmen der vom Gesetz selbst



Firma standen, der Befl. zur Sicherheit für ihre Forderungen übereignet. Das BG. erachtet die Übereignung für nichtig, weil es an jeder Substantiierung der übereigneten Ware fehle, so daß die im Interesse der Rechtssicherheit erforderliche Bestimmtheit des zu übereignenden Gegenstands nicht vorhanden sei. Die Rev. macht hierzu geltend, das BG. habe das Fragerecht nach der Richtung ausüben müssen, ob irgendwelche Waren von der Übertragung ausgeschlossen sein sollten, alsdann würden die Befl. behauptet haben, daß solche Gegenstände nicht vorhanden gewesen seien. Die Meinung des BG. ist indessen nicht durch eine solche Behauptung zu entkräften. Der Vertrag ermangelt schon deshalb einer hinreichenden Bestimmung der zu übereignenden Gegenstände, weil er voraussetzt, daß in dem Lager sich Waren befanden, die einem anderen, als der Firma der Gemeinschuldnerin zustanden, und nicht angibt, wie sich die der Gemeinschuldnerin gehörige Waren, die allein veräußert werden sollten, von den übrigen unterscheiden. Dieser Mangel des Vertrags würde nicht behoben, wenn die Behauptung der Rev. zuträfe, daß es sich in Wirklichkeit nur um der Gemeinschuldnerin gehörige Waren gehandelt habe, daß also von der Übertragung

geschaffenen Sicherungsrechte hält. Ob er noch vollkommen folgerichtig ist, nachdem einmal die Sicherungsübereignung von Warenlagern anerkannt worden ist und das gesetzliche System durchbrochen oder wenigstens erweitert wurde, kann zweifelhaft erscheinen. Jedenfalls wird durch dieses Erfordernis die Reihe der Unsicherheitsfaktoren vermehrt. Es wird ferner — was bedenklicher erscheint — die Sanierung der Sicherungsübereignung erschwert.

I. Die Rspr. hat sich wie folgt entwickelt: Zunächst wurde die entsprechende Frage bei der Verpfändung eines nur quantitativ bestimmten Teiles eines Lagers entschieden. Eine Anzahl von Tonnen Teer aus dem Gesamtbestande, der für den Verpfänder auf einem Teerhofe lagerte, sollte im Wege der Abtretung des Herausgabeanspruches einem Gläubiger lombardiert werden. RG. 52, 335 (2. Sen., Art. v. 28. Okt. 1902) lehnt die Zulässigkeit einer solchen Lombardierung ab. Nur an tatsächlich bestimmten Gegenständen, nicht an ideellen Teilen einer Sachgesamtheit lasse sich ein Pfandrecht bestellen. In dem gegebenen Falle hätte dem Erfordernis der konkreten Bestimmung der Pfandfachen ohne besondere Schwierigkeit entsprochen werden können. Der Verwalter des Teerhofes hätte nur angewiesen werden müssen, jeweils die entsprechende Anzahl von Tonnen für den Lombardgläubiger gesondert zu lagern. — Sodann ist derselbe Grundsatz auf den Liefererschein angewendet worden. Durch solche Liefererscheine werden Lagerhalter vom Verkäufer angewiesen, die verkaufte Menge von dem gelagerten Warenbestande dem Käufer auszuliefern. Es kann zweifelhaft sein, ob sich mit dem Liefererschein immer eine Abtretung des Herausgabeanspruches verbindet. Möglich ist jedenfalls die Vereinbarung einer solchen Abtretung sicher dann, wenn individuell bestimmte Einzelsachen durch den Verwahrer ausgeliefert werden sollen. Nicht zugelassen wird vom RG. 103, 151 (2. Sen., Art. v. 7. Nov. 1921) eine Übereignung durch Liefererschein im Wege der Abtretung des Herausgabeanspruches, wenn es sich wiederum nur um einen ideellen Teil einer Sachgesamtheit handelt, also um eine Quote einer eingelagerten Warenmenge (zur ganzen Frage der Liefererscheine vgl. Redak: Liefererscheine und Effektencheck, Abhandlungen zum bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht, herausgegeben vom Verf. Heft 2 1927). — Schließlich wird der gleiche Grundsatz in dem vielbeachteten Art. v. 9. März 1926 (6. Sen., RG. 113, 57 = JW. 1926, 2681) auf eine Sicherungsübereignung besonderer Art angewendet. Von Mehl- und Getreidevorräten, die bei einem Treuhänder lagerten, wurde im Wege der Abtretung des Herausgabeanspruches eine bestimmte Quantität zur Sicherung übereignet. Auch in diesem Falle hätte es sich durch eine entsprechende Vertragsgestaltung wahrscheinlich erreichen lassen, dem Erfordernis der konkreten Bestimmtheit der übereigneten Gegenstände zu genügen. Es hätte auch hier wieder nur dem Treuhänder die getrennte Verwahrung der zur Sicherung übereigneten Quantitäten vorgeschrieben werden müssen. In diesem letzten Falle kommt aber eine weitere Besonderheit hinzu. Es wurden in dem Gesamtvorrat, der beim Treuhänder lagerte, später auch Waren unter Eigentumsvorbehalt geliefert. Auf diese Besonderheit wird nachher näher einzugehen sein (vgl. unten II b und III). Einen weiteren solchen Fall entschied der 7. Sen. durch Art. v. 2. Dez. 1927 (Warn. 1928, 23 Nr. 11). Aus den bei einem Dritten eingelagerten Eierbeständen sollten eine bestimmte Anzahl von Kisten einer Bank zur Sicherung übereignet sein. Auch hier wird Ungültigkeit der Sicherungsübereignung wegen ungenügender Bestimmtheit angenommen.

In allen bisher aufgeführten Fällen handelt es sich um Verpfändung, Abereignung oder Sicherungsübereignung von Waren, die bei einem Dritten lagern. Das Besondere des vorl. Art. besteht darin, daß nun der gleiche Grundsatz auch auf den normalen Fall der Sicherungsübereignung angewendet wird, in dem die

ausgeschlossene Waren nicht vorhanden gewesen seien. Dieser Umstand würde nur dahin führen, daß die übereigneten Waren auf Grund einer außerhalb des Vertrags liegenden Tatsache nachträglich festgestellt werden können, eine solche Bestimmtheit genügt aber nicht den Erfordernissen der Sicherungsübereignung (RG. 113, 62<sup>1</sup>).

Die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung ergibt sich aber auch aus einem anderen Grunde. Bei Übertragung eines Warenlagers, das, wie hier, für ein Ladengeschäft gehalten wird, und dessen Bestand daher dem täglichen Wechsel durch Ab- und Zugänge unterworfen ist, ist das Erfordernis der Bestimmtheit nicht schon erfüllt, wenn der Eigentumsübergang an sämtlichen vorhandenen Waren ohne Angabe von Individualisierungsmerkmalen vereinbart wird. Da der Vertrag die Bestimmung, daß die nach Vertragschluß in das Lager gelangenden Waren der Gemeinschuldnerin auch in das Eigentum der Befl. gelangen sollten, nicht enthält, müßten die Eigentumsverhältnisse schon nach kurzer Zeit undurchsichtig werden, weil Unterscheidungsmerkmale für die zur Zeit des Vertrags vorhandenen Waren nicht im Vertrag festgelegt sind. Deshalb hätte es einer Bezeichnung der zu

Ware beim Sicherungsgeber verbleibt und die Übereignung nicht nach § 931 BGB., sondern nach § 930 durch constitutum possessorium erfolgt ist. Der gleiche 7. Sen. hat kurz vorher schon in einem anderen Ur. (Art. v. 4. März 1930: RG. 127, 340 = JW. 1930, 2298) sich auf denselben Standpunkt gestellt. Zugunsten des Steuerfiskus waren gewichtmäßig bezeichnete Quantitäten von Tabak und eine nach Stückzahl bezeichnete Zigarettenmenge im Wege des constitutum possessorium zur Sicherung übereignet. Wenn diese Quantitäten nicht den gesamten Bestand des Sicherungsgebers darstellen, dann soll die Sicherungsübereignung wegen nicht genügender konkreter Bestimmtheit der übereigneten Sachen nichtig sein.

II. Im Falle RG. 127, 340 = JW. 1930, 2298 war zweifelhaft, ob das ganze Lager übereignet worden ist. Würden die genannten Quantitäten das ganze Lager ausmachen, so scheint der 7. Sen. die Gültigkeit des Vertrages anzunehmen. Es ist dann aber nach diesem Ur. auch dem Steuerfiskus gegenüber die Frage zu prüfen, ob nicht ein Kredittauschungsvertrag und damit Nichtigkeit der Sicherungsübereignung nach § 138 BGB. vorliegt. Das BG. hatte dies angenommen. In obigen Ur. wird die mangelnde Bestimmtheit in zwei Punkten erblickt. Es sollten zwar sämtliche Warenbestände übereignet werden, aber nur soweit sie sich im Eigentum des Sicherungsgebers befinden. Sodann war nur das gegenwärtige Warenlager übereignet und nicht auch im Wege des antizipierten Konstituts die Ersatzware.

a) Knüpft man an den letzten Punkt an, so erscheint das Ergebnis wenig erfreulich. Gerade gegen das antizipierte Konstitut und die Einbeziehung aller später angeschafften Ersatzware in die Sicherungsübereignung richten sich die wichtigsten Bedenken, die gegen das ganze Institut der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande erhoben werden. Nun wird ein Ungültigkeitsgrund für eine Sicherungsübereignung gerade darin gesehen, daß sie sich nur auf die zur Zeit des Vertragschlusses vorhandene Ware und nicht auf die späteren Ersatzstücke beziehen soll. Für den einfacheren und weniger gefährlichen Fall der Sicherungsübereignung nur des vorhandenen Bestandes werden erschwerte Gültigkeitserfordernisse aufgestellt. Es wird verlangt, daß dieser vorhandene Bestand individualisiert angegeben sein muß. Für den komplizierteren und wirtschaftlich bedenklicheren Fall der Sicherungsübereignung des ganzen Lagers mit allem künftigen Ersatz gilt eine ähnliche Erschwerung nicht. Das Interesse des Gläubigerschutzes wird als Grund dafür angegeben. Es ist aber ein sehr formaler und eigentümlicher Gläubigerschutz, den das RG. hier im Auge haben muß. Wenn der Sicherungsgeber sein gesamtes Lager mit allem künftigen Ersatz den Gläubigern entzieht, dann bedarf es dieser Individualisierung im Interesse der Gläubiger nicht. Wenn er aber den Gläubigern die künftigen Ersatzanschaffungen als Befriedigungsobjekt belassen will, dann werden strengere Erfordernisse an den für die Gläubiger weniger schädlichen Sicherungsübereignungsvertrag gestellt.

b) Bedenklicher noch ist der andere Ungültigkeitsgrund. Der Sicherungsgeber hat im vorl. Falle nur die Ware zur Sicherung übereignen wollen, die sein wirkliches Eigentum ist. Wahrscheinlich war unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware in seinem Bestande. Der Sicherungsgeber hat also den Übereignungsvertrag in einer durchaus Treu und Glauben entsprechenden Weise abgeschlossen. Daraus erwächst der Ungültigkeitsgrund. Die übereigneten Waren müßten auf Grund einer außerhalb des Vertrages liegenden Tatsache festgestellt werden. Das soll nicht zulässig sein. Es müßten vielmehr in diesem Falle wiederum die übereigneten Waren individuell bezeichnet werden. Das vorstehende Ur. verweist ausdrücklich auf

<sup>1</sup>) JW. 1926, 2681.

übereignenden Waren im Verträge bedurft, die es ohne weiteres ermöglichte, diese Waren jederzeit von dem übrigen Bestand des Lagers zu trennen. Nur in einem solchen Falle läge die zur Eigentumsübertragung erforderliche Bestimmtheit vor. Namentlich bei Sicherungsübereignungen muß im Interesse des Gläubigerschutzes genaueste Bestimmtheit der übereigneten Gegenstände im Verträge gefordert werden.

Mit demselben Mangel ist die im Verträge v. 1. Mai 1925 vereinbarte Sicherungsübereignung behaftet. Er bestimmt, daß der gesamte Lox Warenbestand der Gemein-schuldnerin auf die beklagte Ehefrau zu Eigentum übertragen werde, ohne die veräußerten Waren näher zu bezeichnen. Mit Recht hat das RG. auch diese Eigentumsübertragung wegen mangelnder Bestimmtheit der übereigneten Gegenstände für unwirksam erachtet.

(U. v. 20. Mai 1930; 500/29 VII. — Breslau.) [Rn.]

## 2. Handelsgesetzbuch und GmbH.-Gesetz.

**\*\* 11.** §§ 250, 294, 303, 305, 307, 321, 322 Abs. 3 HGB. Eine Umwandlung der AktG. in eine KommGes. auf Aktien ist ohne Auflösung und Neugründung nicht zulässig. †)

Der Streit der Parteien dreht sich vorab um die Frage, ob die „Umwandlung“ einer AktG. in eine KommGes. auf Aktien im Weg der Satzungsänderung — d. h. ohne Auflösung und Neugründung — überhaupt möglich ist. Der VerN. hat dies bejaht. Er ist der Meinung, der Umstand, daß § 332 HGB. wohl den Fall der Umwandlung einer KommGes. auf Aktien in eine AktG. zulasse und des näheren regle,

RG. 113, 63. Dort handelt es sich um den Fall, daß nachträglich Ware unter Eigentumsvorbehalt geliefert wird.

Die Frage der Gültigkeit von Sicherungsübereignungen scheint sich nach diesen neuen Entsch. sehr zu komplizieren. Übereignung eines Teilbestandes erfordert Individualisierung. Bei Übereignung des ganzen Lagers mit allem künftigen Ersatz droht Ungültigkeit, wenn unter Eigentumsvorbehalt stehende Ware im Anfangsbestande vorhanden ist (so obiges Ur.). oder nachträglich hinzukommt (so RG. 113, 63 — JW. 1926, 2631). Gültig ist dann die Sicherungsübereignung nur, wenn der im freien Eigentum des Sicherungsgebers stehende Teil der Ware im Sicherungsvertrage selbst genügend konkretisiert ist. Bestimmtheit durch „außerhalb des Vertrags liegende Tatsachen“ wird nicht als genügend angesehen.

Gibt es bei Sicherungsübereignungen von Warenlagern mit wechselndem Bestande, bei denen nicht Einlagerung bei Dritten vorgeesehen ist, überhaupt eine Möglichkeit, eine wirkliche Konkretisierung innerhalb des Vertrages selbst gegenüber solchen Lieferungen von Ersatzware unter Eigentumsvorbehalt herbeizuführen? Wird das RG. den hier aufgestellten Satz wirklich streng und folgerichtig durchführen? Wenn ja, dann stehen wir möglicherweise vor einem Wendepunkt auf dem Gebiete der Sicherungsübereignung. Bei der zunehmenden Verbreitung des Eigentumsvorbehaltes würden dann zahllose Sicherungsübereignungen nichtig sein. Ehe man klar sieht, wird man weitere Entsch. abwarten müssen. Vorläufig aber bringen diese Entsch. einen ungewöhnlich großen Unsicherheitsfaktor in das ganze Gebiet der Sicherungsübereignung.

III. Verf. hat die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande energisch bekämpft, solange für die Rpr. noch Zeit zur Umkehr war. Nun ist diese Sicherungsübereignung durch Rechtsprechungsrecht ein Institut unseres Wirtschaftslebens geworden. Man muß sich mit ihr abfinden. Man muß ihr sichere Grenzen und ein sicheres Anwendungsgebiet geben, nicht etwa ihre Unsicherheitsfaktoren vermehren. Man muß auch andererseits ihre ärgsten Übelstände zu beseitigen suchen. Erheblichster Übelstand bei der Sicherungsübereignung ist, daß sie Sicherung von Dauerkredit mit unbezahlter Ware ermöglicht (vgl. des Verf. Ausführungen: JW. 1927, 625 und Bankarchiv XXVI, 265). Abwehrmittel gegen diesen Übelstand ist der Eigentumsvorbehalt. Sicherungsübereignung von bezahlter und im Vollen Eigentum des Sicherungsgebers stehender Ware ist wirtschaftlich sicher am wenigsten zu beanstanden. Aber gerade solchen Sicherungsverträgen scheint die neueste Rpr. Schwierigkeiten bereiten zu wollen. Man sieht hier die große Linie der wirtschaftlichen Interessenabwägung nicht. Das RG. hebt auf Grundsätze ab, die für das Faustpfandrecht gefunden wurden. Es hat die Grenzen des Faustpfandrechts durch die Sicherungsübereignung gesprengt. Nun verlangt diese Sicherungsübereignung aber auch Beurteilung nach großen wirtschaftlichen Linien und Interessenabwägungen, nicht aber nach formalen Gesichtspunkten der Rechtsinstitute, deren Fesseln sie gesprengt hat.

Prof. Dr. Heinrich Hoening, Freiburg i. Br.

nicht aber auch den umgekehrten Fall erwähne, rechtfertige noch nicht die Annahme, daß eine solche Umwandlung unzulässig sei. Die §§ 332 ff. HGB. gingen auf Art. 206 a des Ges. v. 18. Juli 1884 zurück, laut dessen die KommGes. auf Aktien in eine AktG. habe umgewandelt werden können, wenn dies im Gesellschaftsvertrage vorgeesehen gewesen sei; damals sei die AktG. noch als eine Unterart der KommGes. angesehen und deshalb zu den Personalgesellschaften gerechnet worden. Der Übergang von einer Personalgesellschaft zu einer Kapitalgesellschaft habe i. J. 1884 ohne entsprechende gesetzliche Bestimmung als unmöglich gegolten. Art. 206 a habe aber gerade einen solchen Fall betroffen, nämlich die Umwandlung der KommGes. auf Aktien als einer Unterart der KommGes. in eine Kapitalgesellschaft, sei also vom Gesetzgeber als eine keiner Verallgemeinerung zugängliche Sondervorschrift angesehen worden. Dieser Sondercharakter sei aber der Vorschrift der §§ 332 ff. HGB. nicht mehr beizumessen; die AktG. sei ersichtlich nach dem späteren Standpunkt des Gesetzgebers eine Kapitalgesellschaft; bei der durch § 332 HGB. vorgeesehenen Umwandlung der AktG. in eine AktG. unter Aufrechterhaltung der „Identität“ der Gesellschaft handle es sich demgemäß nur mehr um die „Umorganisation“ einer Kapitalgesellschaft in eine ebensolche wenn auch anders geartete Gesellschaft. Das folge insbes. aus § 320 HGB. Die Umwandlung gleichartiger Handelsgesellschaften sei aber ohnehin dem Gesetz nicht fremd; auf ähnlichen Gedankengängen beruhten die in §§ 143 ff. GenG. vorgesehenen Möglichkeiten der Umwandlung von Genossenschaften; ob die §§ 80, 81 GmbHG. hierher einzureihen seien, könne auf sich beruhen. Begriffliche Bedenken beständen daher gegen die Umwandlung einer AktG. in eine AktG. nicht. Das HGB. habe die früheren

Zu 11. Der Entsch. ist m. E. nicht beizutreten.

Das RG. schließt sich der herrschenden Meinung an, wonach eine Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. im Wege der Satzungsänderung — d. h. ohne Auflösung und Neugründung — nicht zulässig sein soll.

Die herrschende Meinung beruft sich in der Hauptsache darauf, daß der Gesetzgeber, wenn er eine solche Umwandlung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft im Wege eines Satzungsändernden Beschlusses für zulässig gehalten haben würde, „sicher nicht für den umgekehrten Fall in den §§ 332 ff. besondere Vorschriften gegeben hätte“. Zum Teil wird erklärt, daß sich eine solche einfache Umwandlung durch den weisensverschiedenen Aufbau der AktG. und der KommGes. a. A. verbiete (vgl. Staub-Binner, Anm. 6 zu § 334 HGB.; Brand, Anm. 4 zu § 332 HGB.; Ritter, Anm. 1 zu § 332 HGB.; Makower, Anm. 1 zu § 332 HGB.; Lehmann, Anm. 1 zu § 332 HGB.; Goldschmidt, AktG., Anm. 21a zu § 305 HGB.; Königer-Teichmann-Köhler zu § 332 HGB.; Schreiber, Die KommGes. a. A. S. 244; Predari, Anm. 13a zu § 20 GenG.; Biermann, Sachenrecht, Anm. 8c zu § 925; Fund: JheringsZ. 77, 297 ff.; a. A. Ritter, Recht 1923, 156; Wieland, Handelsrecht S. 802; Fromm; Welt des Kaufmanns' 1929, 341; Mittelstein ebenda S. 343; Klaußing, Gesellschaftsrecht § 58 C III, 2).

Die Argumentation der herrschenden Meinung ist nicht zwingend. Aus dem Schweigen des Gesetzes kann für sich allein kein entscheidendes Bedenken gegen die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. im Wege der Satzungsänderung hergeleitet werden. Das gilt um so weniger, als für den umgekehrten Fall der Umwandlung einer KommGes. a. A. in eine AktG. besondere Vorschriften schon um deswillen geboten waren, weil die persönlich haftenden Gesellschaftler wegfallen und infolgedessen die Gläubigerinteressen eine Schädigung erfahren (vgl. Fromm a. a. D. S. 242). Bedenken könnten nur dann bestehen, wenn besondere Gründe dafür sprächen, daß die Bestimmungen der §§ 332 ff. HGB. vom Gesetzgeber gewollte Sondervorschriften wären, die eine analoge Anwendung auf den umgekehrten Fall der Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. nicht gestatteten.

Das ist aber nicht der Fall.

Zunächst bestehen begriffliche Bedenken — wie sie das RG. hat — nicht. Das RG. erklärt: „Begrifflich kann von einer Satzungsänderung nur dann die Rede sein, wenn die beschlossenen Änderungen den rechtstypischen Charakter der Gesellschaft unberührt lassen, wenn sie nicht auf die Beseitigung der nach geltendem Recht für die Wesenseigenschaft der bestehenden Gesellschaft unerlässlichen und insofern zwingenden Merkmale und deren Ersatz durch eben solche einer anderen Gesellschaftsform abzielen.“ Das RG. legt dann weiter dar, daß die Gesellschaftsformen der AktG. und der KommGes. a. A. in ihrem rechtlichen Aufbau weisensverschieden seien und daß diese Wesensverschiedenheiten an und für sich allein schon die Möglichkeit einer Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. durch Satzungsändernden Beschluß ausschließen. Daß Wesensverschiedenheiten

Bestimmungen der Art. 174, 180 b III, 181a HGB. nicht übernommen; von Gesetzes wegen brauche sich jetzt der Geschäftsinhaber weder mit einer Vermögenseinlage noch durch Aktienübernahme an der Gesellschaft zu beteiligen und habe nur persönlich für die Gesellschaftsschulden zu haften; nach § 320 HGB. seien sodann auf die AktG. die für die AktG. geltenden Vorschriften anwendbar soweit nichts anderes im Gesetz bestimmt sei oder sich aus der Eigenart der AktG. ergebe. Aus alledem sei zu folgern, daß das Fehlen einer dem § 332 HGB. entsprechenden Vorschrift für den Fall der Umwandlung einer AktG. in eine AktG. nicht auf den Gedanken zurückzuführen sei, eine solche Möglichkeit zu erschweren oder zu verhindern. Aus dem Schweigen des Gesetzes lasse sich deshalb nichts gegen die Zulässigkeit einer solchen „Umwandlung“ herleiten. Sonach handle es sich vorab darum, ob die Änderung der Gesellschaftsform einer Kapitalgesellschaft unter Aufrechterhaltung ihrer Identität auch ohne „positive“ Gesetzesvorschrift möglich sei. Dies hänge von einer Prüfung der Interessenlage ab, eine solche ergebe aber, daß keinerlei beachtliche Interessen entgegenstünden, und zwar weder öffentlicher noch privatrechtlicher Natur; in letzterer Hinsicht kämen die Interessen der Gläubiger und der Aktionäre als Gesellschaftler in Frage. Gläubigerinteressen würden aber überhaupt nicht berührt; anders liege es allerdings bezüglich der Aktionäre; denn nicht nur ihre Beteiligung an dem Geschäftsergebnis, sondern auch die Art der Geschäftsleitung und ihr Einfluß darauf werde durch eine solche Umwandlung erheblich betroffen; allein grundsätzlich verhalte es sich damit nicht anders als bei jedem anderen Generalversammlungs- (= GenVers.) Beschluß, der die Aktionäre und deren Rechte berühre; soweit ein solcher Beschluß nicht zwingenden Gesetzesvorschriften widerspreche und nicht in Sonderrechte eingreife, sei derselbe für die Aktionäre bindend; Sonderrechte kämen hier aber nicht in Betracht; es handle sich um eine alle Aktionäre gleichmäßig treffende Änderung ihrer Mitgliedschaftsrechte; fowenig die allgemeine Beschränkung der Dividende auf einen gewissen Satz oder die „Pooling“ des Reingewinns mit dem Gewinn anderer Gesellschaften einen Eingriff in ein Sonderrecht darstelle, fowenig treffe dies auf die mit der Umwandlung in eine AktG. verbundene Änderung in der Gewinnverteilung oder des Übergangs der gesetzlichen Vertretung von dem Vorstand auf die Komplementäre zu. Wenn die GenVers.Beschlüsse mit der erforderlichen Mehrheit unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften gefaßt wurden, seien sie für den Einzelaktionär bindend; der Umstand, daß durch Umwandlungsbeschluß die Interessen der Aktionäre betroffen worden seien, könne deshalb nicht dazu führen, die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses überhaupt zu bezweifeln; nur darum könne es sich handeln, welche Mehrheit hierfür zu erfordern sei; keineswegs sei Einstimmigkeit nötig; bei der Möglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses müsse es sein Bewenden haben; hier sei der Beschluß mit mehr als 99% der vertretenen und mehr als 75% der gesamten Stimmen gefaßt worden; während nur 0,0479% der vertretenen Stimmen sich dagegen erklärt hätten; die Mehrheit sei also größer als irgendeine der sonst im Gesetz erforderlichen erhöhten Mehrheiten. Ein solcher Beschluß müsse notwendig die Gesamtheit binden. Der Umwandlungsbeschluß als solcher sei demnach rechtsgültig.

Die Rev. rügt hierher im besonderen Verletzung der §§ 250, 294, 303, 305, 307, 321, 322 Abs. 3 HGB.; sie

der beiden Gesellschaftsformen bestehen, ist nicht zu bestreiten. Trotzdem geht die Argumentation des RG. völlig fehl. Würde ihr ein entscheidendes Gewicht beizumessen sein, so hätte der Gesetzgeber aus diesem Grunde auch im umgekehrten Falle die Umwandlung einer KommGes. a. N. in eine AktG. im Wege eines Satzungsändernden Beschlusses nicht zulassen können. Daß der Gesetzgeber in den §§ 332 ff. HGB. dies doch getan hat, zeigt mit voller Deutlichkeit, daß er in den Wesensverschiedenheiten im rechtlichen Aufbau der beiden Gesellschaftsformen kein Hindernis für die Umwandlung erblickte. Dazu kommt, daß — wie auch das RG. zugibt — in anderen Fällen eine Umwandlung von Gesellschaften bzw. Genossenschaften ohne Auflösung und Neugründung möglich ist (Umwandlung einer OHG. in eine KommGes. und umgekehrt, Umwandlung einer GenmbH. in solche mit unbeschränkter Haftung oder Nachschußpflicht).

Weiter läßt sich im besonderen — wie auch das RG. zugibt — aus der Entstehungsgeschichte der in Betracht kommenden Vorschriften kein zwingender Beweisgrund gegen die Möglichkeit der Um-

wandlung einer AktG. in eine AktG. geltend, aus dem Umstand, daß die AktG. jetzt in einem besonderen Abschnitt des zweiten Buches des HGB. behandelt sei, lasse sich kein Beweisgrund dafür herleiten, daß nunmehr im Gegensatz zu dem früheren Rechtszustand die Umwandlung einer AktG. durch bloße Satzungsänderung unter Ausschluß der Liquidation und Wahrung der Identität der Gesellschaft ohne weiteres habe zugelassen werden sollen; die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften sei dem Gesetz fremd und aus diesem angebliehen Gegensatz könnten keine so weitreichenden Forderungen entnommen werden, wie das BG. es tun wolle. Im übrigen ergebe sich aus §§ 303—305, 307 HGB. und § 80 GmbHG., daß es dem Gesetzgeber ferngelegen habe, solche Umwandlungen durch einfache Satzungsänderungen ohne Liquidation zuzulassen. § 80 GmbHG. schließe im besonderen die Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. ohne Auflösung aus. Die Gründung von AktG. und AktG. sei im öffentlichen Interesse durch eine Reihe zwingender Vorschriften geregelt, ohne deren Beachtung könne — soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme zulasse — weder eine AktG. aufhören noch eine AktG. entstehen.

Die Revisionsangriffe sind im Ergebnis begründet.

Die von dem BG. grundsätzlich bejahte Möglichkeit der „Umwandlung“ einer AktG. im Wege der Satzungsänderung in eine AktG. wird im Schrifttum ganz überwiegend verneint (s. Staub-Pinner, Anm. 6 zu § 334 HGB.; Brand, Anm. 4 zu § 332 daselbst; Ritter Anm. 1; Makower Anm. 1; Lehmann Anm. 1 je ebenda; Goldschmit, AktG., Anm. 21 a zu § 305 HGB.; Könige-Teichmann-Röhler zu § 332 HGB.; anscheinend auch Feine bei Ehrenberg Bd. III S. 677 und Schreiber, Die KommGes. auf Aktien S. 244; Predari, Anm. 13 a zu § 20 HGB.; Biermann, Sachenrecht, Anm. 8 c zu § 925 BGB.; ferner Jund: JheringsZ. 77, 297 ff. [301]; a. M.: z. B. Ritter: Recht 1923, 156 und Wieland, Handelsrecht S. 802). Die herrschende Ansicht stützt sich im wesentlichen auf die Erwägung, daß der Gesetzgeber, wenn er eine solche einfache Umwandlung für zulässig erachtet hätte, sicher nicht für den umgekehrten Fall in §§ 332 ff. HGB. besondere Vorschriften gegeben haben würde; von anderer Seite wird auf die Verschiedenheit in dem Aufbau der AktG. und der AktG. hingewiesen. — Dem BG. ist nun ohne weiteres zuzugeben, daß sich aus der Entstehungsgeschichte der in Betracht kommenden Vorschriften kein durchschlagender Beweisgrund gegen die Möglichkeit einer solchen Umwandlung herleiten läßt; insbes. läßt sich nicht sagen, daß das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung für den Fall der Umwandlung einer AktG. in eine AktG. etwa in einer besonderen Einstellung des Gesetzgebers gegenüber der AktG. seine Ursache hätte. In der Begründung zu dem Entw. des HGB. S. 158 ist darauf hingewiesen, daß schon bei den Beratungen über die Aktiennovelle v. 11. Jan. 1870 und v. 18. Juli 1884 die Frage aufgeworfen worden sei, ob bei der geringen Bedeutung, welche der KommGes. auf Aktien nach der Beseitigung des Erfordernisses der staatlichen Genehmigung für die Errichtung der AktG. noch zukomme, es überhaupt angezeigt sei, diese Gesellschaftsform beizubehalten; eine erhebliche Vermehrung habe nicht stattgefunden; trotzdem sei aber von einer Beseitigung der AktG. abzusehen. Die Beibehaltung einer Gesellschaftsform, die auf dem an sich berechtigten Gedanken der Vereinigung eines Aktienkapitals mit der persönlichen

wandlung einer AktG. in eine KommGes. a. N. im Wege der Satzungsänderung herleiten.

Schließlich ist auch aus der Interessenlage ein durchschlagendes Argument gegen die hier in Rede stehende Umwandlung nicht zu entnehmen. Zunächst stehen die Rücksichten auf die Interessen der Gläubiger einer solchen Umwandlung nicht entgegen. Die Gläubiger werden durch eine derartige Umwandlung günstiger gestellt. Während in dem umgekehrten Fall der Umwandlung einer KommGes. a. N. in eine AktG. die Gläubiger auf alle Fälle durch den Fortfall der persönlichen Haftung der Komplementäre benachteiligt werden, wird gerade bei der Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. N. die Lage der Gläubiger durch die Begründung der persönlichen Haftung der Komplementäre und möglicherweise auch durch deren Einlagehaftung erheblich verbessert. Anders steht es freilich mit der Lage der Aktionäre. Es ist dem RG. zuzugeben, daß die Aktionäre hinsichtlich der Herrschafts- und Mitverwaltungrechte, sowie der Gewinn- und Liquidationsansprüche schlechter gestellt werden.

Haftung einzelner der Gesamtheit der Aktionäre gleichberechtigt und unabhängig gegenüberstehender Mitinhaber des Unternehmens beruhe, sei wünschenswert. Demgemäß ist dann auch im HGB. die AktG., trotzdem sie im Wirtschaftsleben an Bedeutung weit hinter die AktG. zurückgetreten war, beibehalten und im übrigen weitbin den aktienrechtlichen Bestimmungen unterworfen worden. Daraus läßt sich keineswegs entnehmen, daß das Gesetz grundsätzlich die AktG. vor der AktG. begünstigt und etwa auf eine Verdrängung oder Zurückdrängung dieser Gesellschaftsform abzielt. Im Gegenteil ist aus der durchgreifenden Vereinfachung der gesetzlichen Bestimmungen, der Beseitigung zahlreicher Sondervorschriften und deren Ersatz durch die aktienrechtlichen Vorschriften viel eher der Schluß zu ziehen, daß damit die Bedingungen für die Benutzung dieser Gesellschaftsform im Wirtschaftsleben günstiger gestaltet werden sollten. Wichtig ist ferner, daß das Gesetz selbst gerade in §§ 332—334 HGB. die Verwandlung einer AktG. in eine AktG. im Weg der Satzungsänderung unter Wahrung der Identität der Körperschaft zuläßt. Sicher kann sodann in gleichem Sinn eine OHG. in eine KommGes. und umgekehrt letztere in eine OHG. umgewandelt werden. Ob aber schlechthin alle die Fälle der §§ 143—145 GenG. hierher zu rechnen sind, kann schon zweifelhaft sein. Denn die „Umwandlung“ einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht in eine solche mit unbeschränkter Nachschußpflicht bzw. mit beschränkter Haftpflicht ist nach § 143 Abs. 1 und 2 GenG. den für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Fall der Auflösung geltenden Vorschriften unterstellt (siehe auch RG. 74, 6 ff.). Unbedenklich ist allerdings die Umwandlung einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht in eine solche mit unbeschränkter Haftpflicht oder Nachschußpflicht als „echte“ Umwandlung anzuspochen. Schon anders verhält es sich mit den §§ 80, 81 GmbHG., welche die „Umwandlung“ einer AktG. in eine GmbH. zum Gegenstand haben.

Dieser Rechtsvorgang ist Auflösung der bestehenden und Neugründung einer anderen Gesellschaft (F.W. 1910, 720; Scholz, Anm. 3 zu § 80 GmbHG.; Brodman ebenda Anm. 1). Er ist also rechtlich ganz anders geordnet als der Fall des § 332 HGB., der eben eine Auflösung vermeidet und die Umwandlung in der Form der Satzungsänderung der bestehenden Gesellschaft, wenn auch unter besonderen Sicherungen, zuläßt. Daß die Umwandlung der Personal- in Kapitalgesellschaften und umgekehrt sich nur im Weg der Auflösung und Neugründung vollziehen kann, ist unzweifelhaft. Aus alledem ergibt sich zunächst soviel mit Sicherheit, daß der wirtschaftliche Tatbestand der Umwandlung einer Gesellschaft in eine solche anderer Rechtsform rechtlich ganz verschieden geregelt ist, mit anderen Worten, daß nach dem geltenden Recht die Umwandlung wohl ein wirtschaftlicher, aber kein Rechtsbegriff ist. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, daß §§ 80 ff. GmbHG. nur den Fall der „Umwandlung“ einer AktG. in eine GmbH. behandelt, nicht aber umgekehrt auch die Umwandlung einer GmbH. in eine AktG. Im Schrifttum besteht, soweit ersichtlich, Einigkeit darüber, daß die §§ 80 ff. GmbHG. auf letzteren Fall nicht entsprechend anwendbar sind und die Umwandlung nicht anders als im allgemeinen sonst auch auf dem Weg der Auflösung und der Neugründung vor sich gehen kann (siehe auch RG. 74, 6 ff.; Scholz, Anm. 12 zu § 80 GmbHG.; Brodman ebenda Anm. 1; desgl. Staub-Sachenburg Anm. 1 ebenda). Die AktG. ist sodann wirt-

schaftlich und rechtlich eine Gesellschaft eigener Art. Sie hat zufolge der Vereinigung eines Aktienkapitals mit der persönlichen und unbeschränkten Haftung einzelner in gewissem Sinn einen „gemischtwirtschaftlichen“ Charakter, und dieser wirtschaftliche Aufbau prägt sich auch in ihrer rechtlichen Struktur aus in der Vereinigung aktienrechtlicher Vorschriften mit solchen über die Kommanditgesellschaft, verbunden mit einer Anzahl von Sondernormen. Dies führt zu den für die Entscheidung ausschlaggebenden Gesichtspunkten. Begrifflich kann von einer Satzungsänderung nur dann die Rede sein, wenn die beschlossenen Änderungen den rechtstypischen Charakter der Gesellschaft unberührt lassen, wenn sie nicht auf die Beseitigung der nach dem geltenden Recht für die Wesenseigenschaft der bestehenden Gesellschaft unerlässlichen und insofern zwingenden Merkmale und deren Ersatz durch ebensolche einer anderen Gesellschaftsform abzielen. Andernfalls gehen die Beschlüsse weit über das hinaus, was unter Satzungsänderung noch verstanden werden kann. Beschlüsse der letzteren Art entkleiden vielmehr die Gesellschaft ihrer bisherigen Rechtsform, setzen an deren Stelle eine völlig neue und stellen sich so gesehen rechtlich als Neugründung dar. So verhält es sich aber in der Tat auch mit den hier in Frage stehenden Beschlüssen. Nach einer der Grundregeln der AktG. ist die GenVers. die Versammlung der Gesellschafter überhaupt; sie ist das oberste Organ der Gesellschaft als solcher, in dessen Händen letzten Endes allein das Schicksal der Gesellschaft liegt. Gewiß kann sie durch die Satzung ihre gesetzliche Machtvolle hinsichtlich dieser oder jener Angelegenheit zugunsten eines anderen Gesellschaftsorgans in gewissen Richtungen beschränken. Sie kann aber grundsätzlich auf dem Weg der Satzungsänderung auch solche Gegenstände des gesellschaftlichen Lebens wieder an sich ziehen. In allen lebenswichtigen Fragen kann sie sich überhaupt nicht ausschalten. Ganz anders bei der AktG. Die GenVers. ist bei ihr überhaupt nicht eine Versammlung der Gesellschafter schlechthin, sondern nur der Kommanditisten. Eben deshalb ist sie Organ der letzteren, nicht aber der Gesamtgesellschaft. Darum steht ihr grundsätzlich auch nur das Recht zu, über solche Dinge allein zu beschließen, welche die Rechte der Kommanditisten zum Gegenstand haben. Beschlüsse, welche Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist, bedürfen dagegen der Zustimmung der Geschäftsinhaber (i. a. § 327 HGB.). Insofern ist, und zwar gerade in den für das gesellschaftliche Leben wichtigsten Fragen, die Macht der GenVers. ganz außerordentlich eingeschränkt; sie ist auf die Zustimmung der Geschäftsinhaber angewiesen, die als solche außerhalb der GenVers. und ihr überdies rechtlich gleichgeordnet und unabhängig gegenüberstehen. Erst im Fall der Übereinstimmung beider Teile kommt eine für die Gesellschaft als solche beachtliche Willensentscheidung zustande. Jede AktG. muß sodann einen Vorstand haben, der sie gerichtlich und außergerichtlich vertritt, dessen Bestellung ferner jederzeit widerruflich ist (§ 231 HGB.). Auch insofern handelt es sich um ein rechtswesentliches Merkmal der AktG. Die AktG. hat dagegen keinen Vorstand. Ihr Vertretungsorgan sind die persönlich haftenden Gesellschafter, deren Vertretungsbefugnisse sich grundsätzlich nach den §§ 161, 125—127 HGB. richten. Ihre rechtliche Stellung wurzelt in dem Gesellschaftsvertrag; sie sind und müssen sein Gesellschafter und damit sind sie

Allein hieraus kann nicht zwingend der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. U. für unzulässig gehalten und deshalb nur den umgekehrten den Interessen der Aktionäre günstigeren Fall in den §§ 332 ff. HGB. geregelt habe. Wie das BG., das OLG. Hamburg, zutreffend ausführt, verhält es sich bei dem Beschluß über die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. U., insofern er die Rechte der Aktionäre berührt, nicht anders als bei jedem anderen Generalversammlungsbeschluß, durch den in die Rechte der Aktionäre eingegriffen wird. Ein in der vorgeschriebenen Form und mit der erforderlichen Mehrheit gefaßter Beschluß, der — wie hier — nicht in Sonderrechte einzelner Aktionäre eingreift, sondern alle Aktionäre betrifft, ist für die sämtlichen Aktionäre bindend. Danach kann die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. U. durch satzungsändernden Beschluß — also ohne Auflösung und Neugründung — nicht als unzulässig bezeichnet werden.

Zweifelhaft kann m. E. nur sein, welche Mehrheit für diesen

Beschluß zu erfordern ist. Jedes aus der Benachteiligung der AktG. hergeleitete Bedenken würde dann beseitigt sein, wenn man Einstimmigkeit erfordern würde. Dieser Standpunkt wird von Mittelstein (zit. bei Fromm a. a. O. S. 343) vertreten. Allein diese Auffassung ist zu weitgehend. Wenn man einmal eine Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. U. durch satzungsändernden Beschluß ohne Auflösung und Neugründung für zulässig erklärt, so muß ein Mehrheitsbeschluß genügen. Es muß freilich die für satzungsändernde Beschlüsse vorgesehene Mehrheit vorhanden sein. Weiter wird man m. E. fordern müssen, daß zu dieser Mehrheit die persönlich haftenden Komplementäre gehören, denn man kann nicht einem Aktionär ohne weiteres eine persönliche Haftung mit seinem ganzen Vermögen ohne die Übernahme einer besonderen Verpflichtung hierzu auferlegen.

Der hier vertretene Standpunkt ist der allein praktisch zweckmäßige. Das Unternehmen wird erhalten und es wird sogar noch in seiner Kreditgrundlage günstiger gestellt. Auch werden die mit einer

zugleich vertretungsberechtigt. Sie werden nicht durch Wahl bestellt, können nicht jederzeit abberufen werden; § 231 Abs. 3 HGB. gilt für sie nicht. Was in Betracht kommt, ist unter Umständen ihre Ausschließung als Gesellschafter (i. a. § 330 Abs. 4 HGB.). Eine Rechtsgestaltung dieser Art ist bei der AktG. rechtlich ausgeschlossen. GenVers.Beschl., die dahin abzielen, wären, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, schlechthin und unheilbar nichtig. Eine AktG. mit einem oder mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern, mit einem Vertretungsorgan nach Art der Geschäftsinhaber der KG. ist eine rechtliche Unmöglichkeit. Daß endlich auch Stellung und Aufgaben des Aufsichtsrats zum Teil andere sind, ergibt sich aus § 328 HGB.

Diese Wesensverschiedenheiten im rechtlichen Aufbau der beiden Gesellschaftsformen schließen an und für sich allein schon die Möglichkeit der Umwandlung einer AktG. in eine KG. durch Satzungsändernden Beschluß aus. Dies verkennt das BG. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus stellt sich allerdings die Vorschrift des § 332 HGB. als eine positiv rechtliche Sondervorschrift dar, deren Ausdehnung im Wege der entsprechenden Anwendung auf andere Fälle, insbesondere den umgekehrten Fall der Umwandlung einer AktG. in eine KG. von vornherein schon bedenklich erscheint. Sie wäre allenfalls möglich dann, wenn die zu berücksichtigenden Interessen im wesentlichen in beiden Fällen gleichgelagert wären.

Dem BG. kann nun darin beigetreten werden, daß Rücksichten auf die Belange der Gläubiger nicht im Wege stünden. Ihnen wird durch die Umwandlung der AktG. in die KG. kein Haftungs- und Zugriffsgegenstand genommen, im Gegenteil ihre Rechtslage durch den Hinzutritt der persönlichen Haftung der Geschäftsinhaber, gegebenenfalls verstärkt noch durch eine etwaige Einlage, verbessert; insofern liegen die Verhältnisse für die Möglichkeit einer solchen Umwandlung sogar noch erheblich günstiger, als in dem vom Gesetz geregelten Fall der Verwandlung einer AktG. in eine AktG., bei welcher in der Tat die Rechtslage sich wesentlich zugunsten der Gläubiger verschiebt, denn für sie fällt in Zukunft die persönliche und eine etwaige sachliche (Einlage?) Haftung der Komplementäre weg. Bei Umwandlung einer AktG. in eine AktG. wird aber andererseits die Rechtslage der Aktionäre nach verschiedener Richtung hin wesentlich verbessert. Dies gilt einmal für die Herrschafts- und Mitverwaltungsrechte, sofern nunmehr die GenVers. der Aktionäre das höchste und in letzter Linie allein entscheidende Gesellschaftsorgan ist, sodann hinsichtlich der Gewinn- und Liquidationsrechte, da der Reingewinn und Liquidationsüberschuß nunmehr den Aktionären ganz zur Verfügung steht. Auf diese besondere Interessenlage sind ersichtlich auch die Bestimmungen der §§ 332 ff. HGB. zugeschnitten. Umgekehrt werden nun aber auch die bezeichneten Interessen der Aktionäre im Fall der Umwandlung einer AktG. in eine KG. rechtlich grundlegend sehr viel empfindlicher und einschneidender betroffen, als bei der Umwandlung einer AktG. in eine AktG. Gewiß erfährt die Kreditgrundlage der Gesellschaft durch den Hinzutritt der persönlichen Haftung und einer allenfallsigen Einlage der Geschäftsinhaber — abstrakt gesehen — eine Verbreiterung, mit der auch eine tatsächliche Stärkung der finanziellen Kräfte der Gesellschaft verbunden sein kann. Dies ändert aber daran nichts, daß die Herrschafts-, Gewinn- und Liquidationsrechte der Aktionäre rechtlich durch eine solche Umwandlung sehr viel mehr betroffen und beeinträchtigt werden, als in dem umgekehrten Fall. Die

Auflösung und Neugründung verbundenen Umständenlichkeiten und Kosten vermieden (vgl. Wieland a. a. D. S. 802).

Diese Zweckmäßigkeitsbeträgungen sind es auch offenbar, die das Reichsjustizministerium bei der Abfassung des Entwurfes eines neuen deutschen Gesetzes über AktG. und KommGes. a. N. geleitet haben. Im § 226 dieses Entwurfes ist die Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. N. durch einen Beschluß der GenVers. unter besonders geregelter Mitwirkung der persönlich haftenden Gesellschafter für zulässig erklärt. Nach der hier vertretenen Auffassung läßt sich die Zulässigkeit schon vom Standpunkte der bestehenden Gesetzgebung aus begründen. Immerhin erscheint aber im Hinblick auf die herrschende Meinung eine ausdrückliche Regelung in dem neuen Aktiengesetz sehr zweckmäßig.

Prof. Dr. W. Ludwig, Mannheim.

Regelung der Umwandlung der AktG. in eine AktG. ist demnach erfolgt auf Grund einer anderen Interessenlage, als sie hier gegeben ist. Eben deshalb ist es vollends nicht angängig, die Vorschriften des § 332 ff. HGB. hierher entsprechend zur Anwendung zu bringen.

Demnach ist auf Grund des geltenden Rechts die Umwandlung einer AktG. in eine AktG. auf dem hier versuchten Weg des Satzungsändernden Mehrheitsbeschlusses rechtlich nicht möglich. Ob sie mit Zustimmung aller Aktionäre, also nicht nur der in der GenVers. vertretenen hätte erfolgen können, kann auf sich beruhen. Die grundsätzlichen Bedenken wären auch insoweit geltend zu machen. Hier war zu allem hin in der GenVers. weder das gesamte Aktienkapital vertreten, noch haben alle Aktionäre zugestimmt, ein Teil hat vielmehr widersprochen und Kl. seinen Widerspruch im Wege der Klage weiterverfolgt.

Im übrigen mag noch darauf hingewiesen werden, daß für Beschlüsse von solcher Tragweite, wie sie hier in Frage stehen, die gewöhnliche Satzungsändernde Mehrheit keinesfalls ausreichen könnte. Auf § 332 Abs. 3 HGB. kann, weil er den umgekehrten Fall und, wie schon dargelegt, eine ganz andere Interessenlage zum Gegenstand hat, nicht zurückgegriffen werden. Andererseits liegt auf der Hand, daß, wenn die grundsätzliche Frage der Zulassung einer Umwandlung der Art, wie sie hier in Rede steht, durch Mehrheitsbeschuß zu bejahen wäre, dies nur unter gleichzeitiger Festlegung der besonderen Erfordernisse einer solchen Mehrheit zu geschehen hätte. Letzteres ist aber nicht Aufgabe der Rechtspredung, sondern der Gesetzgebung. Was nach dem dormaligen Rechtszustand allein in Betracht käme, wäre immer nur das Erfordernis der Zustimmung der Aktionäre in ihrer Gesamtheit.

Den Besl. kann zugegeben werden, daß die Rechte der Aktionäre einer AktG. unmittelbar und mittelbar weithin der Mehrheitsherrschschaft unterworfen sind, daß so unter Umständen z. B. durch Schaffung von „kapitallosen“ Vorzugsaktien mit hohem Stimmrecht und Vorzugsrecht hinsichtlich der Gewinnbeteiligung und der Beteiligung am Liquidationserlös für die Stammaktionäre wirtschaftlich Verhältnisse geschaffen werden können, welche diese Gattung von Aktionären noch sehr viel ungünstiger stellen, als nach der gesetzlichen Regel bei der AktG. Die Kommanditisten gegenüber den Geschäftsinhabern gestellt sind. Allein das ändert daran nichts, daß bei der AktG. nach wie vor die GenVers. der Aktionäre das oberste Organ der Gesellschaft als solcher ist und von sich aus und allein, falls nur die nötige Aktionäremehrheit sich findet, jene Vorzugsrechte wieder beseitigen kann. Es mag sodann sein, daß sich im Zug der wirtschaftlichen Entwicklung nunmehr in größerem Umfang das Bedürfnis herausgestellt hat nach einer erleichterten Form der Umwandlung einer AktG. in eine AktG. Die insoweit im Gesetz vorhandene Lücke kann aber nach dem dormaligen Rechtszustand von der Rspr. nicht ausgefüllt werden. Hier Abhilfe zu schaffen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. In dem Fragebogen VII und IX des RM. zur Reform des Aktienrechts ist übrigens unter Teil IX Ziff. IV Nr. 2 gerade auch diese Frage aufgegriffen.

Nach alledem mußte der Anfechtungsklage gegen die angegriffenen GenVers.Beschl. in vollem Umfang stattgegeben werden.

(U. v. 27. Juni 1930; 70/30 II. — Hamburg.) [Ru.]

11a. § 19 GmbHG.; § 242 BGB. Grundsätze für die Bemessung der Höhe der Aufwertung von Einlageverbindlichkeiten der Gesellschafter einer GmbH. f)

Der von der Rev. vertretenen Ansicht, es müsse die Aufwertung in der Weise erfolgen, daß der Maßstab für die „Aufwertung“ der rückständigen Einlageverbindlichkeiten der Wertveränderung des Vermögens der Gesellschaft selbst entnommen werde so zwar, daß der Goldmarkwert der bisher geleisteten Einzahlungen dem der Gesellschaft verbliebenen Reinvermögen, ausschließlich der Ansprüche auf die restlichen

Zu 11a. Die Judikatur zu den Aufwertungsfragen nimmt ihr Ende. Ein abschließendes Studium der vielen nach allen Seiten wirkenden Entscheidungen wird erst klar werden lassen, einen wie tiefen

Stammeinlagen, gegenübergestellt werde, kann nicht gefolgt werden. Ganz abgesehen davon, daß hierbei, wie die Rev. in der mündlichen Verhandlung selbst vorgetragen hat, im vorliegenden Fall das Endergebnis kein wesentlich anderes würde, stehen dem ähnliche Bedenken entgegen, wie sie in dem eine aktienrechtliche Sache betreffenden Urteil des 1. Sen. RG. 120, 363 ff. (371 ff.<sup>1)</sup>) dargelegt sind. Wie sich die Verhältnisse gestaltet hätten, wenn die restlichen Stammeinlagen vollwertig einbezahlt worden wären, ist nicht abzusehen; im übrigen ist die Tatsache nicht auszuräumen, daß die Einlageforderung ein Vermögensposten der Gesellschaft ist, der dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger offen steht, gerade in deren Interesse mit besonderen Sicherungen umkleidet ist und für die Gläubiger eben dann von Bedeutung ist, wenn das übrige Gesellschaftsvermögen nicht zu ihrer Befriedigung ausreicht. Die Höchstgrenze der Aufwertung bildet und kann nur bilden der Goldwert der ursprünglichen Einlage Schuld. Die Rechtslage ist insofern grundsätzlich keine wesentlich andere als bei der Aufwertung noch ausstehender in Papiermark begründeter Einzahlungen auf Aktien. Wie dort, so ist auch hier insbes. die sog. Quotentheorie abzulehnen (s. a. RG. 122, 339 ff.<sup>2</sup>); 120, 372/73<sup>3</sup>). — Damit erledigt sich dieser Revisionsangriff.

Gewiß ist sodann richtig, daß der Senat in dem Urteil v. 17. Mai 1929 zu der Frage keine Stellung genommen hat, wie es sich mit der Aufwertung kraft Rückwirkung hinsichtlich Einlagerückstände auf Aktien verhält. Diese Frage stand nicht zur Entscheidung, und das Urteil hat sich demgemäß auf den Hinweis beschränkt, daß sich insoweit aus der Eigenart des aktienrechtlichen Verhältnisses gerade gegen eine Aufwertung kraft Rückwirkung überhaupt besondere Bedenken erheben ließen. Das RG. hat aber aus den von ihm angezogenen Urteilen RG. 113, 152<sup>4</sup>); 119, 228<sup>5</sup>) nun den Grundsatz entnommen, daß wie bei der AktG., so auch bei der GmbH. die Aufwertung „schematisch“ erfolgen müsse; dabei kann es selbstverständlich keinen Unterschied machen, ob es sich um gewöhnliche oder Aufwertung kraft Rückwirkung handelt. Im übrigen ist schon ausgeführt, daß das RG. durchaus mit Recht sich hier für eine „schematische“ Behandlung der Aufwertungsansprüche entschieden hat, sachlich übrigens insofern in Übereinstimmung mit der Rev. der Beflagten, als letztere eine Umwertung nach dem Verhältnis der schon geleisteten Einzahlungen zu dem der Gesellschaft verbliebenen Reinvermögen verlangt, ein Verfahren, das ganz von selbst zu einem für alle Gesellschafter gleichmäßigen Aufwertungsmaß führen müßte.

Das RG. geht sodann rechtlich zutreffend bei weiterer Prüfung von Grund und Höhe des Aufwertungsanspruchs von den Verhältnissen der Gesellschaft und der Ge-

sellschafter aus. — Auf die Verhältnisse der Gesellschaftsgläubiger kommt es bei der Bemessung der Aufwertung der Einlage Schuld der Gesellschafter an und für sich überhaupt nicht an. Die Gläubigeransprüche spielen hierher nur insofern eine Rolle, als sich danach und der sonstwie verfügbaren Masse bestimmt, wieviel die Liquidatoren von den rückständigen Einlageforderungen zur Schuldenbereinigung einfordern müssen und im Hinblick auf den Liquidationszweck auch einfordern dürfen. — Damit erledigt sich der weitere Angriff der Rev., daß das RG. mit Unrecht auch dem Gesichtspunkt Rechnung tragen wolle, daß die Aufwertungsansprüche zufolge der Aufwertungsgefeßgebung ihrer Ansprüche in Höhe von 85% verlustig gegangen seien. Darauf kommt es im Verhältnis der jetzigen Parteien zueinander nicht an. Im übrigen handelt es sich hierbei nur um eine Hilferwägung des RG.

Wenn das RG. im Lauf seiner weiteren Ausführungen auf § 19 GmbHG. zu sprechen kommt und darauf hinweist, daß nach § 19 Abs. 2 GmbHG. die Einlage Schuld den Gesellschaftern nicht erlassen werden könne, so ist dies nach dem Zusammenhang der Gründe offensichtlich nur so gemeint, daß die Gesellschaft hinsichtlich der Frage, ob und in welcher Höhe aufzuwerten sei, ihren Gesellschaftern gegenüber nicht freie Hand habe, daß das Absehen von einer solchen oder das Anfordern eines niederen Satzes als es nach § 242 BGB. gerechtfertigt wäre, sachlich auf einen — rechtsunwirksamen — Erlaß hinausliefe. Keineswegs kann aber das Urteil dahin verstanden werden, daß § 19 Abs. 2 GmbHG. sonstwie im Rahmen der gemäß § 242 BGB. unter Berücksichtigung der Belange beider Teile und der Gesamtsituation des Falls vorzunehmenden Aufwertung eine Rolle spiele. Nicht zu beanstanden ist es auch, wenn das RG. dem Umstand keine Bedeutung beimißt, daß die Befl. bei Erhöhung des Stammkapitals i. J. 1908 nicht mit der Möglichkeit einer Inanspruchnahme auf dessen Vollerzahlung gerechnet habe. — Wenn übrigens die Befl. nicht in Aussicht genommen hätte, daß die Zwecke und Bedürfnisse der GmbH. weitere Geldmittel erfordern könnten, wäre nicht abzusehen, weshalb i. J. 1908 eine Kapitalerhöhung in dem tatsächlich geschienenen Ausmaß beschlossen worden wäre. Es kann auch nicht als rechtsirrtümlich angesehen werden, wenn das RG. in diesem Zusammenhang auf das Urteil des 4. ZivSen. v. 13. Dez. 1928, IV 211/28: Aufw. Rsp. 1929, 78; Zeiler Nr. 1505 (s. ferner auch Zeiler Nr. 1850) verweist. Die Schuld der Gesellschaft gegenüber den Aufwertungsgläubigern besteht zunächst in Höhe des Satzes von 15%; ob die Kl. im Aufwertungsverfahren mit den Gläubigern eine Ermäßigung durchsetzt, ist z. Z. jedenfalls ungewiß. Die Verteidigung der Befl. läuft im Kern hier darauf hinaus, daß sie im Hinblick auf den son-

Einblick in die innere Struktur aller Rechtstypen die Aufwertungsproblematik uns gegeben hat.

Die Entsch. behandelt drei Fragen:

- Wie ist die Aufwertung — insbes. die kraft Rückwirkung — einer Einlage Schuld gegenüber einer GmbH. zu errechnen?
- Kommt es auf die Verhältnisse der Gesellschaftsgläubiger oder nur auf die der Gesellschaft und der Gesellschafter an?
- Wie kann mit Wirkung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern über die Aufwertungsforderung der Gesellschaft verfügt werden?

Bei der Beantwortung dieser Fragen folgt die Entsch. schon früher — insbes. für die entscheidende Frage bei der Einlage Schuld gegenüber einer AktG. — aufgestellten Grundsätzen. Sie nimmt unter Ablehnung jeder Quotentheorie als Höchstmaß der Aufwertung, die für alle Gesellschafter schematisch errechnet werden muß, den Goldwert der Forderung am Tage des Eingehens der Verpflichtung an. Sie will wohl die Verhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter berücksichtigen wissen, der Situation der Gesellschaftsgläubiger dagegen grundsätzlich keinen Einfluß einräumen. Sie gibt den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nur einem richterlichen Urte. die Wirkung, die Aufwertungsforderung zu erledigen, es sei denn, daß voll aufgewertet wird.

Die Beantwortung der ersten und dritten aufgeworfenen Frage ist zu billigen, mit der Lösung der zweiten dagegen kann man sich nur schwer befreunden. Die Einlage Schuld eines Gesellschafter (gleichgültig, ob es sich um eine AktG. oder eine GmbH. handelt), ist ganz anders als alle anderen Rechtsverpflichtungen zu beurteilen. Sie ist die Grundlage des Kredits der Gesellschaft. Mit ihr haften — im wirtschaftlichen Sinne — die Gesellschafter den Gläubigern der

Gesellschaft. Mit ihr kann mit Rücksicht auf die Gläubiger nicht aufgerechnet, noch weniger auf sie verzichtet werden. Bei der Regelung der Einlageverpflichtung denkt das Gesetz in allererster Linie an die Interessen der Gesellschaftsgläubiger. Auf ihre Gestaltung muß — sobald überhaupt Billigkeitsgrundsätze für Inhalt und Höhe der Verpflichtung von Bedeutung werden — die Lage der Gläubiger entscheidend einwirken. Nur wenn die Aufwertungssumme im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gesellschafter schon festgesetzt ist, kann es nicht noch einmal auf die Lage der Gesellschaftsgläubiger ankommen. Der hier vertretene Standpunkt ist im Grunde nur eine Konsequenz aus den gleichen Prinzipien, wie die schon oben betonte Ansicht des Urte., daß über die Aufwertung der Einlage Schuld nicht durch eine Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, sondern nur durch richterliches Urte. entschieden werden kann: Jede Beurteilung der Einlage Schuld muß von den Interessen der Gesellschaftsgläubiger ausgehen.

Ja, man wird noch weiter gehen und zum Ergebnis kommen müssen, daß es — soweit Schulden der GmbH. zu befriedigen sind — auf die Lage der Gesellschafter überhaupt nicht ankommt. Es liegt im Wesen einer Einlageverpflichtung als der Kreditgrundlage einer Gesellschaft, daß sich die Gläubiger der Gesellschaft unter allen Umständen darauf verlassen können, daß die Forderung bis zur äußersten Möglichkeit verwirklicht werden kann. Nicht auf die Entwicklung des Vermögens der Gesellschaft darf es für die Gläubiger ankommen, sondern lediglich darauf, ob im ordentlichen Betriebsverfahren etwas zu bekommen ist. Das Urte. nähert sich diesem Standpunkt insofern etwas, als es wenigstens eine Rücksichtnahme auf den Verlust der Gesellschafter durch die Beteiligung an der Gesellschaft selbst ablehnt.

<sup>1</sup>) ZB. 1928, 2852. <sup>2</sup>) ZB. 1929, 632. <sup>3</sup>) ZB. 1928, 2852.

<sup>4</sup>) ZB. 1928, 624.

<sup>5</sup>) ZB. 1928, 630.

rigen Vermögensstand der GmbH. eine Forderung auch noch der Einlageforderungen zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger nicht habe in Aussicht nehmen können. — Insofern liegt die Verteidigung der Befl. tatsächlich ähnlich wie in den angeführten, sich mit der Bürgenhaftung beschäftigten Fällen, in denen ausgeführt ist, daß der Bürge die Entwertung anderweiter Sicherheiten und die Folgen der späteren Aufwertungsgeßgebung mit in Kauf nehmen müsse.

Das RG. hat sodann damit recht, daß die Befl. ihre Aufwertungsspflicht gegenüber der Kl. nicht mit dem Hinweis auf Ursache und Umstände des Verlusts des Gesellschaftsvermögens bekämpfen kann. — So, wie dieses Vermögen angelegt war, handelt es sich letzten Endes um die Auswirkung von geschäftlichen Maßnahmen der Kl., die mit Zustimmung der Gesellschafter getroffen waren und im Endergebnis zufolge des Aufw. zum Verlust des größten Teils des Gesellschaftsvermögens geführt haben. Diese Umstände sprechen aber nicht gegen, sondern umgekehrt gerade für eine Aufwertungsspflicht der Befl. Zuzugeben ist nur, daß die Befl. durch ihre Beteiligung an der Kl. selbst erhebliche Verluste erlitten hat. Diesem Umstand hat aber das RG. Rechnung getragen; es hat nur erwogen, daß er nicht dazu führen könne, die Befl. von der Aufwertungsspflicht überhaupt freizustellen und in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß die Verluste der Kl. noch sehr viel größere gewesen seien. Dies ist vollends im Hinblick auf die in anderem Zusammenhang getroffene Feststellung des RG., daß die Verhältnisse der Befl. selbst keineswegs einen vollständigen Ausschluß der Aufwertung begründen würden, vom Rechtsstandpunkt aus nicht zu bemängeln. Diese Erwägungen tragen für sich allein schon hierher das Urteil. — Dem Hinweis auf die Verhältnisse der Gläubiger, die allerdings außer Betracht bleiben müssen, kommt demgegenüber eine Bedeutung nicht zu; auf ihm beruht das Urteil nicht.

Schon dargelegt ist, daß das Höchstmaß der an sich möglichen Aufwertung auch hier durch den Goldmarkwert der ursprünglichen Forderung bestimmt wird. Wie ferner schon in dem Urteil v. 17. Mai 1929 abschließend ausgeführt ist, kann der Streit zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern über Bestehen oder Nichtbestehen der Aufwertungsansprüche nur im Prozeßweg ausgetragen werden. Die Gesellschafter lehnen sie ab; die Gesellschafterversammlung hat sie, weil angeblich nicht bestehend, bei der Umstellung nicht berücksichtigt; sie hat hieran in der Gesellschafterversammlung v. 14. Sept. 1927 festgehalten. Bei dieser Sachlage bleibt hier im Hinblick auf die Gläubigeransprüche nur die Klärung der Streitfrage im Prozeßweg.

Der Höhe nach erscheint eine Aufwertung von nur 6% ohne weiteres als gerechtfertigt, auch wenn von den Verlusten der Gläubiger ganz abzusehen ist. Das RG. wäre auch ersichtlich im Hinblick auf die sonstigen Umstände des Falls ohnehin zu keiner niederen Aufwertung gelangt.

(U. v. 8. Juli 1930; 525/29 II. — Berlin.) [Ru.]

**12.** § 73 GmbHG. Fortbestehen der bereits im Handelsregister gelöschten GmbH., wenn sie trotz der beendeten Liquidation noch Vermögen besitzt. Ein Schadenersatzanspruch gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 GmbHG. besteht nur dann, wenn die Forderung dem Liquidator dem Grunde und Betrage nach im wesentlichen bekannt ist; Kennenmüssen genügt nicht. Können bei Beobachtung der Vorschriften des § 73 Abs. 3 Abs. 1 Abs. 2 Abs. 3 Abs. 4 Abs. 5 Abs. 6 Abs. 7 Abs. 8 Abs. 9 Abs. 10 Abs. 11 Abs. 12 Abs. 13 Abs. 14 Abs. 15 Abs. 16 Abs. 17 Abs. 18 Abs. 19 Abs. 20 Abs. 21 Abs. 22 Abs. 23 Abs. 24 Abs. 25 Abs. 26 Abs. 27 Abs. 28 Abs. 29 Abs. 30 Abs. 31 Abs. 32 Abs. 33 Abs. 34 Abs. 35 Abs. 36 Abs. 37 Abs. 38 Abs. 39 Abs. 40 Abs. 41 Abs. 42 Abs. 43 Abs. 44 Abs. 45 Abs. 46 Abs. 47 Abs. 48 Abs. 49 Abs. 50 Abs. 51 Abs. 52 Abs. 53 Abs. 54 Abs. 55 Abs. 56 Abs. 57 Abs. 58 Abs. 59 Abs. 60 Abs. 61 Abs. 62 Abs. 63 Abs. 64 Abs. 65 Abs. 66 Abs. 67 Abs. 68 Abs. 69 Abs. 70 Abs. 71 Abs. 72 Abs. 73 Abs. 74 Abs. 75 Abs. 76 Abs. 77 Abs. 78 Abs. 79 Abs. 80 Abs. 81 Abs. 82 Abs. 83 Abs. 84 Abs. 85 Abs. 86 Abs. 87 Abs. 88 Abs. 89 Abs. 90 Abs. 91 Abs. 92 Abs. 93 Abs. 94 Abs. 95 Abs. 96 Abs. 97 Abs. 98 Abs. 99 Abs. 100 Abs. 101 Abs. 102 Abs. 103 Abs. 104 Abs. 105 Abs. 106 Abs. 107 Abs. 108 Abs. 109 Abs. 110 Abs. 111 Abs. 112 Abs. 113 Abs. 114 Abs. 115 Abs. 116 Abs. 117 Abs. 118 Abs. 119 Abs. 120 Abs. 121 Abs. 122 Abs. 123 Abs. 124 Abs. 125 Abs. 126 Abs. 127 Abs. 128 Abs. 129 Abs. 130 Abs. 131 Abs. 132 Abs. 133 Abs. 134 Abs. 135 Abs. 136 Abs. 137 Abs. 138 Abs. 139 Abs. 140 Abs. 141 Abs. 142 Abs. 143 Abs. 144 Abs. 145 Abs. 146 Abs. 147 Abs. 148 Abs. 149 Abs. 150 Abs. 151 Abs. 152 Abs. 153 Abs. 154 Abs. 155 Abs. 156 Abs. 157 Abs. 158 Abs. 159 Abs. 160 Abs. 161 Abs. 162 Abs. 163 Abs. 164 Abs. 165 Abs. 166 Abs. 167 Abs. 168 Abs. 169 Abs. 170 Abs. 171 Abs. 172 Abs. 173 Abs. 174 Abs. 175 Abs. 176 Abs. 177 Abs. 178 Abs. 179 Abs. 180 Abs. 181 Abs. 182 Abs. 183 Abs. 184 Abs. 185 Abs. 186 Abs. 187 Abs. 188 Abs. 189 Abs. 190 Abs. 191 Abs. 192 Abs. 193 Abs. 194 Abs. 195 Abs. 196 Abs. 197 Abs. 198 Abs. 199 Abs. 200 Abs. 201 Abs. 202 Abs. 203 Abs. 204 Abs. 205 Abs. 206 Abs. 207 Abs. 208 Abs. 209 Abs. 210 Abs. 211 Abs. 212 Abs. 213 Abs. 214 Abs. 215 Abs. 216 Abs. 217 Abs. 218 Abs. 219 Abs. 220 Abs. 221 Abs. 222 Abs. 223 Abs. 224 Abs. 225 Abs. 226 Abs. 227 Abs. 228 Abs. 229 Abs. 230 Abs. 231 Abs. 232 Abs. 233 Abs. 234 Abs. 235 Abs. 236 Abs. 237 Abs. 238 Abs. 239 Abs. 240 Abs. 241 Abs. 242 Abs. 243 Abs. 244 Abs. 245 Abs. 246 Abs. 247 Abs. 248 Abs. 249 Abs. 250 Abs. 251 Abs. 252 Abs. 253 Abs. 254 Abs. 255 Abs. 256 Abs. 257 Abs. 258 Abs. 259 Abs. 260 Abs. 261 Abs. 262 Abs. 263 Abs. 264 Abs. 265 Abs. 266 Abs. 267 Abs. 268 Abs. 269 Abs. 270 Abs. 271 Abs. 272 Abs. 273 Abs. 274 Abs. 275 Abs. 276 Abs. 277 Abs. 278 Abs. 279 Abs. 280 Abs. 281 Abs. 282 Abs. 283 Abs. 284 Abs. 285 Abs. 286 Abs. 287 Abs. 288 Abs. 289 Abs. 290 Abs. 291 Abs. 292 Abs. 293 Abs. 294 Abs. 295 Abs. 296 Abs. 297 Abs. 298 Abs. 299 Abs. 300 Abs. 301 Abs. 302 Abs. 303 Abs. 304 Abs. 305 Abs. 306 Abs. 307 Abs. 308 Abs. 309 Abs. 310 Abs. 311 Abs. 312 Abs. 313 Abs. 314 Abs. 315 Abs. 316 Abs. 317 Abs. 318 Abs. 319 Abs. 320 Abs. 321 Abs. 322 Abs. 323 Abs. 324 Abs. 325 Abs. 326 Abs. 327 Abs. 328 Abs. 329 Abs. 330 Abs. 331 Abs. 332 Abs. 333 Abs. 334 Abs. 335 Abs. 336 Abs. 337 Abs. 338 Abs. 339 Abs. 340 Abs. 341 Abs. 342 Abs. 343 Abs. 344 Abs. 345 Abs. 346 Abs. 347 Abs. 348 Abs. 349 Abs. 350 Abs. 351 Abs. 352 Abs. 353 Abs. 354 Abs. 355 Abs. 356 Abs. 357 Abs. 358 Abs. 359 Abs. 360 Abs. 361 Abs. 362 Abs. 363 Abs. 364 Abs. 365 Abs. 366 Abs. 367 Abs. 368 Abs. 369 Abs. 370 Abs. 371 Abs. 372 Abs. 373 Abs. 374 Abs. 375 Abs. 376 Abs. 377 Abs. 378 Abs. 379 Abs. 380 Abs. 381 Abs. 382 Abs. 383 Abs. 384 Abs. 385 Abs. 386 Abs. 387 Abs. 388 Abs. 389 Abs. 390 Abs. 391 Abs. 392 Abs. 393 Abs. 394 Abs. 395 Abs. 396 Abs. 397 Abs. 398 Abs. 399 Abs. 400 Abs. 401 Abs. 402 Abs. 403 Abs. 404 Abs. 405 Abs. 406 Abs. 407 Abs. 408 Abs. 409 Abs. 410 Abs. 411 Abs. 412 Abs. 413 Abs. 414 Abs. 415 Abs. 416 Abs. 417 Abs. 418 Abs. 419 Abs. 420 Abs. 421 Abs. 422 Abs. 423 Abs. 424 Abs. 425 Abs. 426 Abs. 427 Abs. 428 Abs. 429 Abs. 430 Abs. 431 Abs. 432 Abs. 433 Abs. 434 Abs. 435 Abs. 436 Abs. 437 Abs. 438 Abs. 439 Abs. 440 Abs. 441 Abs. 442 Abs. 443 Abs. 444 Abs. 445 Abs. 446 Abs. 447 Abs. 448 Abs. 449 Abs. 450 Abs. 451 Abs. 452 Abs. 453 Abs. 454 Abs. 455 Abs. 456 Abs. 457 Abs. 458 Abs. 459 Abs. 460 Abs. 461 Abs. 462 Abs. 463 Abs. 464 Abs. 465 Abs. 466 Abs. 467 Abs. 468 Abs. 469 Abs. 470 Abs. 471 Abs. 472 Abs. 473 Abs. 474 Abs. 475 Abs. 476 Abs. 477 Abs. 478 Abs. 479 Abs. 480 Abs. 481 Abs. 482 Abs. 483 Abs. 484 Abs. 485 Abs. 486 Abs. 487 Abs. 488 Abs. 489 Abs. 490 Abs. 491 Abs. 492 Abs. 493 Abs. 494 Abs. 495 Abs. 496 Abs. 497 Abs. 498 Abs. 499 Abs. 500 Abs. 501 Abs. 502 Abs. 503 Abs. 504 Abs. 505 Abs. 506 Abs. 507 Abs. 508 Abs. 509 Abs. 510 Abs. 511 Abs. 512 Abs. 513 Abs. 514 Abs. 515 Abs. 516 Abs. 517 Abs. 518 Abs. 519 Abs. 520 Abs. 521 Abs. 522 Abs. 523 Abs. 524 Abs. 525 Abs. 526 Abs. 527 Abs. 528 Abs. 529 Abs. 530 Abs. 531 Abs. 532 Abs. 533 Abs. 534 Abs. 535 Abs. 536 Abs. 537 Abs. 538 Abs. 539 Abs. 540 Abs. 541 Abs. 542 Abs. 543 Abs. 544 Abs. 545 Abs. 546 Abs. 547 Abs. 548 Abs. 549 Abs. 550 Abs. 551 Abs. 552 Abs. 553 Abs. 554 Abs. 555 Abs. 556 Abs. 557 Abs. 558 Abs. 559 Abs. 560 Abs. 561 Abs. 562 Abs. 563 Abs. 564 Abs. 565 Abs. 566 Abs. 567 Abs. 568 Abs. 569 Abs. 570 Abs. 571 Abs. 572 Abs. 573 Abs. 574 Abs. 575 Abs. 576 Abs. 577 Abs. 578 Abs. 579 Abs. 580 Abs. 581 Abs. 582 Abs. 583 Abs. 584 Abs. 585 Abs. 586 Abs. 587 Abs. 588 Abs. 589 Abs. 590 Abs. 591 Abs. 592 Abs. 593 Abs. 594 Abs. 595 Abs. 596 Abs. 597 Abs. 598 Abs. 599 Abs. 600 Abs. 601 Abs. 602 Abs. 603 Abs. 604 Abs. 605 Abs. 606 Abs. 607 Abs. 608 Abs. 609 Abs. 610 Abs. 611 Abs. 612 Abs. 613 Abs. 614 Abs. 615 Abs. 616 Abs. 617 Abs. 618 Abs. 619 Abs. 620 Abs. 621 Abs. 622 Abs. 623 Abs. 624 Abs. 625 Abs. 626 Abs. 627 Abs. 628 Abs. 629 Abs. 630 Abs. 631 Abs. 632 Abs. 633 Abs. 634 Abs. 635 Abs. 636 Abs. 637 Abs. 638 Abs. 639 Abs. 640 Abs. 641 Abs. 642 Abs. 643 Abs. 644 Abs. 645 Abs. 646 Abs. 647 Abs. 648 Abs. 649 Abs. 650 Abs. 651 Abs. 652 Abs. 653 Abs. 654 Abs. 655 Abs. 656 Abs. 657 Abs. 658 Abs. 659 Abs. 660 Abs. 661 Abs. 662 Abs. 663 Abs. 664 Abs. 665 Abs. 666 Abs. 667 Abs. 668 Abs. 669 Abs. 670 Abs. 671 Abs. 672 Abs. 673 Abs. 674 Abs. 675 Abs. 676 Abs. 677 Abs. 678 Abs. 679 Abs. 680 Abs. 681 Abs. 682 Abs. 683 Abs. 684 Abs. 685 Abs. 686 Abs. 687 Abs. 688 Abs. 689 Abs. 690 Abs. 691 Abs. 692 Abs. 693 Abs. 694 Abs. 695 Abs. 696 Abs. 697 Abs. 698 Abs. 699 Abs. 700 Abs. 701 Abs. 702 Abs. 703 Abs. 704 Abs. 705 Abs. 706 Abs. 707 Abs. 708 Abs. 709 Abs. 710 Abs. 711 Abs. 712 Abs. 713 Abs. 714 Abs. 715 Abs. 716 Abs. 717 Abs. 718 Abs. 719 Abs. 720 Abs. 721 Abs. 722 Abs. 723 Abs. 724 Abs. 725 Abs. 726 Abs. 727 Abs. 728 Abs. 729 Abs. 730 Abs. 731 Abs. 732 Abs. 733 Abs. 734 Abs. 735 Abs. 736 Abs. 737 Abs. 738 Abs. 739 Abs. 740 Abs. 741 Abs. 742 Abs. 743 Abs. 744 Abs. 745 Abs. 746 Abs. 747 Abs. 748 Abs. 749 Abs. 750 Abs. 751 Abs. 752 Abs. 753 Abs. 754 Abs. 755 Abs. 756 Abs. 757 Abs. 758 Abs. 759 Abs. 760 Abs. 761 Abs. 762 Abs. 763 Abs. 764 Abs. 765 Abs. 766 Abs. 767 Abs. 768 Abs. 769 Abs. 770 Abs. 771 Abs. 772 Abs. 773 Abs. 774 Abs. 775 Abs. 776 Abs. 777 Abs. 778 Abs. 779 Abs. 780 Abs. 781 Abs. 782 Abs. 783 Abs. 784 Abs. 785 Abs. 786 Abs. 787 Abs. 788 Abs. 789 Abs. 790 Abs. 791 Abs. 792 Abs. 793 Abs. 794 Abs. 795 Abs. 796 Abs. 797 Abs. 798 Abs. 799 Abs. 800 Abs. 801 Abs. 802 Abs. 803 Abs. 804 Abs. 805 Abs. 806 Abs. 807 Abs. 808 Abs. 809 Abs. 810 Abs. 811 Abs. 812 Abs. 813 Abs. 814 Abs. 815 Abs. 816 Abs. 817 Abs. 818 Abs. 819 Abs. 820 Abs. 821 Abs. 822 Abs. 823 Abs. 824 Abs. 825 Abs. 826 Abs. 827 Abs. 828 Abs. 829 Abs. 830 Abs. 831 Abs. 832 Abs. 833 Abs. 834 Abs. 835 Abs. 836 Abs. 837 Abs. 838 Abs. 839 Abs. 840 Abs. 841 Abs. 842 Abs. 843 Abs. 844 Abs. 845 Abs. 846 Abs. 847 Abs. 848 Abs. 849 Abs. 850 Abs. 851 Abs. 852 Abs. 853 Abs. 854 Abs. 855 Abs. 856 Abs. 857 Abs. 858 Abs. 859 Abs. 860 Abs. 861 Abs. 862 Abs. 863 Abs. 864 Abs. 865 Abs. 866 Abs. 867 Abs. 868 Abs. 869 Abs. 870 Abs. 871 Abs. 872 Abs. 873 Abs. 874 Abs. 875 Abs. 876 Abs. 877 Abs. 878 Abs. 879 Abs. 880 Abs. 881 Abs. 882 Abs. 883 Abs. 884 Abs. 885 Abs. 886 Abs. 887 Abs. 888 Abs. 889 Abs. 890 Abs. 891 Abs. 892 Abs. 893 Abs. 894 Abs. 895 Abs. 896 Abs. 897 Abs. 898 Abs. 899 Abs. 900 Abs. 901 Abs. 902 Abs. 903 Abs. 904 Abs. 905 Abs. 906 Abs. 907 Abs. 908 Abs. 909 Abs. 910 Abs. 911 Abs. 912 Abs. 913 Abs. 914 Abs. 915 Abs. 916 Abs. 917 Abs. 918 Abs. 919 Abs. 920 Abs. 921 Abs. 922 Abs. 923 Abs. 924 Abs. 925 Abs. 926 Abs. 927 Abs. 928 Abs. 929 Abs. 930 Abs. 931 Abs. 932 Abs. 933 Abs. 934 Abs. 935 Abs. 936 Abs. 937 Abs. 938 Abs. 939 Abs. 940 Abs. 941 Abs. 942 Abs. 943 Abs. 944 Abs. 945 Abs. 946 Abs. 947 Abs. 948 Abs. 949 Abs. 950 Abs. 951 Abs. 952 Abs. 953 Abs. 954 Abs. 955 Abs. 956 Abs. 957 Abs. 958 Abs. 959 Abs. 960 Abs. 961 Abs. 962 Abs. 963 Abs. 964 Abs. 965 Abs. 966 Abs. 967 Abs. 968 Abs. 969 Abs. 970 Abs. 971 Abs. 972 Abs. 973 Abs. 974 Abs. 975 Abs. 976 Abs. 977 Abs. 978 Abs. 979 Abs. 980 Abs. 981 Abs. 982 Abs. 983 Abs. 984 Abs. 985 Abs. 986 Abs. 987 Abs. 988 Abs. 989 Abs. 990 Abs. 991 Abs. 992 Abs. 993 Abs. 994 Abs. 995 Abs. 996 Abs. 997 Abs. 998 Abs. 999 Abs. 1000

Zutreffend (vgl. RG. 92, 77; 109, 387) geht das RG. davon aus, daß die schon vor der Klagerhebung im Handels-

**Zu 12.** Die Liquidation der GmbH. endet normalerweise mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter. Die Verteilung darf nicht erfolgen, bevor die Schulden der Gesellschaft getilgt oder sichergestellt sind und überdies nicht früher als ein Jahr seit dem Tag, an dem die Aufforderung an die Gläubiger-Gesellschaft, sich zu melden, zum dritten Male erfolgt ist. Weiter muß der Betrag, der einem bekannten Gläubiger geschuldet wird, auch ohne, daß dieser sich meldet, hinterlegt werden (§ 73 Abs. 1 und 2 GmbHG.). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so geht die Verteilung des Vermögens zur Beendigung der Liquidation rechlich in Ordnung.

register gelöschte Befl. dann, aber auch nur dann, noch fortbesteht und folgeweise parteifähig (§ 50 Abs. 1 ZPO.) ist, wenn sie trotz der — nur scheinbar — beendeten Liquidation noch Vermögen besitzt. Diese Voraussetzung soll nach der Behauptung der Kl. deshalb erfüllt sein, weil der Befl. Schadenersatzansprüche aus § 73 Abs. 3 GmbHG. gegen ihren ehemaligen Liquidator, Ansprüche aus §§ 30, 31 daf. gegen ihre Gesellschafter und endlich Ansprüche aus § 812 BGB. gegen ihre Gesellschafter zuständen.

Was zunächst den Anspruch gegen den Liquidator D. anlangt, so stellt das O. fest, daß D. die Vorschriften des § 65 Abs. 2 GmbHG. über die Veröffentlichung der Auflösung und des § 73 Abs. 1 daf. über das Sperrjahr beobachtet hat. Insofern werden auch von der Rev. Bedenken nicht erhoben. Dagegen vermißt die Rev. die weitere Feststellung, daß die AktG. die Aufwertungs-schuld der Befl. in vollem Umfang mit befreiender Wirkung für die ursprüngliche Schuldnerin übernommen habe. Einer solchen Feststellung bedurfte es nicht. Denn der Anspruch gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 a. a. O. wäre nur dann gegeben, wenn ihm bekannt gewesen wäre, daß die Kl. Gläubiger der Befl. waren (Abs. 2 daf.). Diese Frage hat der VerSt. verneint. Bei ihrer Prüfung hat er sich auf den zutreffenden (RG. 92, 80) Standpunkt gestellt, daß ein Gläubiger bekannt i. S. des § 73 Abs. 2 GmbHG. nur dann ist, wenn seine Forderung dem Grunde und dem Betrage nach dem Liquidator im wesentlichen bekannt ist; daß sie ihm hätte bei gehöriger Aufmerksamkeit bekannt sein müssen, genügt nicht.

Ist hiernach die Liquidation ordnungsmäßig erfolgt, so entfällt damit auch jeder Anspruch der Befl. aus §§ 30, 31 GmbHG. gegen die Gesellschafter.

Was endlich die Bereicherungsansprüche der Befl. gegen ihre Gesellschafter betrifft, so ist zwar das Bestehen solcher trotz ordnungsmäßiger Beendigung der Liquidation in RG. 92, 82 von dem früheren 6. ZivSen. anerkannt (ebenso in RG. 109, 392 vom 2. ZivSen. für den Fall gesetzwidriger Vermögensverteilung). Dagegen ist der 2. ZivSen. in RG. 124, 210, übrigens in einem Fall, der mit dem vorliegenden Fall gewisse Ähnlichkeiten aufweist, der im handelsrechtlichen Schrifttum überwiegenden Rechtsansicht beigetreten, daß bei Beobachtung der Vorschriften des § 73 GmbHG. auch ein Bereicherungsanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter nicht gegeben ist. Der vorliegende Fall nötigt den erf. Sen. nicht zu einer Stellungnahme zu der in RG. 124, 210 vertretenen Rechtsauffassung. Denn selbst wenn an dem in RG. 92, 82 eingenommenen Standpunkt festzuhalten sein sollte, so würde damit im Ergebnis für die Rev. nichts gewonnen sein. Zwar wäre dann ein Bereicherungsanspruch der Befl. gegen ihre ehemaligen Gesellschafter und damit die Parteifähigkeit der Befl. gegeben; aber dann würde die Erwägung, daß den Kl. Aufwertungsansprüche gegen die Befl. nicht zustehen, zur Abweisung der Klage führen müssen. (Wird näher ausgeführt.)

(U. v. 12. Mai 1930; 343/29 VI. — Berlin.) [Sch.]

### 3. Kraftfahrzeuggesetz.

#### 13. §§ 8 Nr. 1, 12, 17, 18 KraftfG.

1. Der bei einem Zusammenstoß von Kraftfahrzeugen verletzte Halter des einen Fahrzeugs muß sich bei der Geltendmachung seines Schadens die von seinem Fahrzeug ausgehende für den Schaden ursächliche Betriebsgefahr auch ohne Vorliegen eines Verschuldens auf seiner Seite zur Ausgleichung auch dann anrechnen

Die Beendigung der Liquidation ist zum Handelsregister anzumelden (§ 31 HGB.; Hachenburg, GmbHG. Ann. 15 zu § 65). Die daraufhin erfolgende Eintragung zum Handelsregister ist jedoch lediglich deklaratorisch (Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Vorbemerkung zu § 8 Ann. 3 HGB.). Es ist also rechlich möglich, daß trotz der Löschung die GmbH. materiell weiter besteht. Sie besteht weiter, wenn sich nachträglich ergibt, daß ein Vermögensstück nicht verteilt wurde. Sei es, daß es zur Zeit der Eintragung noch nicht vorhanden war, sei es, daß man nur seine Existenz nicht kannte. Hierüber besteht nach der Rspr. und nach der Literatur keinerlei Zweifel.

Für die vorl. Entsch. war die Frage von Bedeutung: Inwiefern kann aus der Durchführung der Liquidation selbst eine Forderung

lassen, wenn er selbst mit dem Fahrzeug befördert wurde oder bei seinem Betriebe tätig war (gegenteilige Ansicht wird aufgegeben).

2. Bei der Ausgleichung im Rahmen des KraftfG. kann die festgestellte übermäßige Geschwindigkeit des einen Fahrzeugs zu einer Mehrbelastung des Halters dieses Fahrzeugs nicht führen, wenn sich die Geschwindigkeit des anderen Fahrzeugs nicht feststellen läßt

entstehen, die den Fortbestand der Gesellschaft für den Prozeßfall bedeutet? Eine solche Forderung kann sich daraus ergeben, daß sich die Liquidatoren nicht den Vorschriften des § 73 Abs. 1 u. 2 GmbHG. entsprechend verhalten haben. Die Haftung der Liquidatoren ergibt sich dann unmittelbar aus dem Gesetz (§ 73 Abs. 3 GmbHG.). Es besteht dabei kein Zweifel, daß die Vorschriften von § 73 Abs. 1 u. 2 strikt aufzufassen sind. Für den Gläubiger ist ein Betrag zu hinterlegen, wenn er „bekannt“ ist. Dabei handelt es sich unbestrittenermaßen mehr um das Recht als um die Person des Gläubigers (vgl. Hachenburg, § 73 Anm. 5 GmbHG.). Ein Gläubiger ist schon dann bekannt, wenn nur die Tatsache einer Forderung feststeht. Die wirtschaftliche, nicht die persönliche Beziehung zur GmbH. ist für die Hinterlegung Voraussetzung. Aber der Gläubiger, oder vielmehr seine Forderung, muß wirklich bekannt sein. Es genügt nicht, daß bei entsprechender Sorgfalt der Gläubiger dem Liquidator hätte bekannt sein können. Hierüber bestand schon bisher in Rspr. und Literatur kein Zweifel. Eine Forderung, die dem Liquidator zwar nicht bekannt war, aber hätte bekannt sein können oder müssen, bildet daher nicht die Grundlage eines Regreßanspruchs gegen den Liquidator. Sogar auch nicht die Grundlage für die weitere Existenz der GmbH. nach der Löschung. Auch darin folgt die Entsch. bekannten Wegen.

Zweifelhaft bleibt sie in einer anderen Frage: Inwieweit können nach Ausschüttung des Vermögens auch Forderungen einer GmbH. gegen ihre Gesellschafter noch bestehen und somit ihre tatsächliche Fortsetzung begründen? Vorausgesetzt ist, daß sich nach der Ausschüttung des Vermögens zeigt, daß noch eine Forderung gegen die GmbH. bestand, sohin also eigentlich die Vermögensausschüttung an die Gesellschafter nur unter Benachteiligung eines Gläubigers stattfinden konnte. Daß ein solcher Anspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter nicht auf die §§ 30 und 31 GmbHG. sich stützen konnte, ist — auch vor der Entsch. — wohl zweifelsfrei gewesen. Brodmann hat die Begründung dafür (§ 73 Anm. 2 S. 251) am präzisesten gefaßt: „Denn dann (bei Beendigung der Liquidation) ist, wenn die Verteilung erfolgt, der Zeitpunkt gekommen, wo nach dem Gesetz erlaubt ist, was § 30 verbietet.“ § 30 bezweckt die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens für die Gläubiger. § 73 regelt den Schutz der Gläubiger bei der Liquidation und vor Ausschüttung an die Gesellschafter. Wird § 73 befolgt, so fällt der gesetzgeberische Grund für den § 30 weg.

bleibt noch die Haftung der Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber aus § 812. Hier ist zweifelsfrei: Der Bestand der Forderung wird nicht dadurch beeinflusst, daß der § 73 die Ausschüttung ohne Berücksichtigung der Forderung ermöglicht. Das Forderungsrecht des Gläubigers endet nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen. Es wird nicht dadurch verkürzt, daß die Forderung sich gegen eine GmbH. wendet, die in Liquidation tritt. Aber trotz des Bestandes dieser Forderung und obwohl an und für sich an die Gesellschafter Vermögen der Gesellschaft so lange nicht ausgeschüttet werden durfte, als Forderungen der Gesellschaft bestehen, hat doch aus praktisch zwingenden Erwägungen heraus das Gesetz Ausschüttungen unter bestimmten Sicherungen erlaubt. Das eben ist der Inhalt der Abs. 1 und 2 des § 73. Ausschüttungen, die unter Beobachtung dieser Bestimmungen erfolgen, haben in ihnen ihren Rechtsgrund. Die ungerechtfertigte Bereicherung, die den Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB. zur Voraussetzung hat, ist nicht gegeben. Darüber besteht in der handelsrechtlichen Literatur längst kein Zweifel (vgl. die Aufzählung RG. 124, 214). In der dortigen Entsch. hat der 2. ZivSen. auch ganz klar diese Auffassung für sich akzeptiert. Er ist damit ebenso klar von der Auffassung abgewichen, die er noch in der Entsch. RG. 109, 391 vertreten hatte — wenn dort auch nicht die Stellungnahme die schließliche Entsch. begründete. Er ist ebenso klar abgewichen von der Entsch. des früheren 6. ZivSen. (RG. 92, 82), dessen Aufhebung allerdings den 2. ZivSen. von der Notwendigkeit der Anrufung des Plenums befreite. Der neue 6. ZivSen. nun läßt es in der vorl. Entsch. unentschieden, welcher Auffassung er sich anschließen will, der in der Literatur allgemein und auch in RG. 124 vertretenen oder der vereinzelt dastehenden Auffassung in RG. 92 und 109. Der Senat läßt es unentschieden, weil er nach der Lage des konkreten Falles nicht genötigt ist, sich für eine der beiden Ansichten zu entscheiden. Es ist im Interesse der Sicherung der Rspr. bedauerlich. Man muß aber annehmen, daß eine neuere Entsch. nicht wieder in die inzwischen aufgegebene Auffassung zurückfallen wird.

RM. Dr. Fritz Bing, Mannheim.

3. Die Höchstätze des § 12 können voll zuerkannt werden, auch wenn die Schadenersatzpflicht nur für einen Bruchteil anerkannt wird.†)

Der Kl. befuhr am 20. April 1927 mit seinem Motorrad eine Landstraße. Vor ihm fuhr ein Postautobus, der in einen rechts abweigenden, zu einem Bahnhof führenden Weg abbog. In entgegengesetzter Richtung fuhr auf der Landstraße der Personkraftwagen der Bekl. zu 1, in dem

Zu 13. 1. wird ein Satz ausgesprochen, der angesichts der gegebenen gesetzlichen Vorschriften und der feststehenden Rspr. nicht mehr streitig ist. Wenn die Ausgleichungspflicht des Kraftwagenführers in seinem Verhältnis zu Führern oder Haltern anderer beteiligter Fahrzeuge oder zu einer Eisen- oder Straßenbahn in Frage steht, ist ausschließlich § 18 Abs. 3 KraftfG. anwendbar. Die in §§ 17, 18 aufgestellten Ausgleichungsgrundsätze gelten nicht nur für solche Fälle, in denen die Haftung des Fahrzeughalters oder -führers gegenüber dem Verletzten auf dem KraftfG. beruht, sondern für alle Fälle, in denen die beteiligten Fahrzeughalter oder -führer „Kraft Gesetzes“ zum Schadenersatz verpflichtet sind, d. h. in denen das Gesetz, und zwar gleichgültig welches Gesetz, einen unmittelbaren Schadenersatzanspruch gegen den Fahrzeughalter oder -führer erzeugt, also auch da, wo — wie dies im Falle des § 8 Nr. 1 KraftfG. der Fall sein kann — die Haftbarkeit lediglich ihren Grund in §§ 823 ff. BGB. ihren Grund hat. Nur für solche Fälle regeln die §§ 17, 18 KraftfG. die Ausgleichungspflicht nicht, in denen die für den Unfall haftbaren Personen nicht „Kraft Gesetzes“, sondern auf Grund eines Vertrags haftbar sind (RG. VI, v. 3. Mai / 7. Juni 1915, 7/15; Recht 1915 Nr. 2149, 2152 = JW. 1915, 1018).

Wer nur als Führer eines Kraftwagens ausgleichspflichtig ist, dem steht trotz der ausschließlichen Anwendbarkeit der Vorschriften des § 17 der leichtere Entlastungsbeweis nach § 18 Satz 2 zur Seite; denn die Vorschriften des § 17 finden in diesem Falle eben nur entsprechende Anwendung. Wer aber zugleich Führer und Halter ist, der kann sich selbstverständlich durch den leichteren Entlastungsbeweis, wonach ihn kein Verschulden treffe, nicht von der schärferen Haftung als Halter nach § 7 und dem schwächeren Entlastungsbeweis nach § 7 Abs. 2, daß ein unabweisbares Ereignis vorliege, befreien. Wenn sich die Entsch. gegen die Bev. des Kl. mit dem Satz wendet: „So weit demgegenüber in den Urk. des erk. Sen. (RG. 96, 69 = JW. 1919, 731) und v. 14. April 1930, VI 578/29, für solche Fälle aus der Beschränkung der Haftung des Halters nach § 8 Nr. 1 KraftfG. die Verneinung der Ausgleichungspflicht entnommen worden ist, weil er selbst mit dem, von ihm gehaltenen, Kraftfahrzeug befördert wurde oder bei seinem Betriebe (wie hier zugleich als Führer) tätig war, wird diese Einschränkung bei nochmaliger Prüfung nicht aufrecht erhalten, sondern fallen gelassen“, so wäre dazu, von der nicht sehr klaren Fassung abgesehen, zu bemerken, daß in der Entsch. (RG. 96, 69 = JW. 1919, 731) eine solche Einschränkung gar nicht ausgesprochen wurde. Vielmehr hat dort das RG. gerade diese vom OVG. vorgenommene Einschränkung abgelehnt. Ob die neuerliche Entsch. v. 14. April 1930, VI 578/29, einer solchen Einschränkung oder mißverständlichen Auffassung Raum gibt, entzieht sich der Beurteilung, weil nicht angegeben wird, wo diese Entsch. veröffentlicht ist.

2. Eine ganz erhebliche praktische Bedeutung käme der Entsch. dann zu, wenn in ihr ausgesprochen wäre, daß bei der Ausgleichung im Rahmen des KraftfG. die festgestellte übermäßige Geschwindigkeit des einen Fahrzeugs zu einer Mehrbelastung des Halters dieses Fahrzeuges nicht führen könne, wenn sich die Geschwindigkeit des anderen Fahrzeuges nicht feststellen läßt.

Ein solcher Ausspruch ist aber auch in dem mit „Auch insoweit“ beginnenden letzten Satze des drittlezten Absatzes der Entsch. nicht zu finden, wenn man ihn im Zusammenhang der ganzen Entsch. liest. Sie lehnt es vielmehr nur ab, die hälftige Schadensverteilung durch das OVG., welche auf der Berücksichtigung aller Umstände, insbes. auch der beiderseits nicht erwiehenen Vorsicht und Sorgfalt — langsamer Fahrt wegen Verhinderung des Überblicks durch die Staubwolke, Abgabe von Warnungssignalen, strenger Einhaltung der rechten Seite der Fahrbahn — beruht, um deswillen als auf Rechtsirrtum beruhend zu erklären, weil zwar auf der Seite des Personkraftwagens der Bekl., nicht aber auf der Seite des klägerischen Krafttrads auch eine übermäßige Geschwindigkeit festgestellt wurde. Eine Rechtsauffassung, wie die in der Überschrift unter 2 aufgestellte, müßte freilich Bedenken erwecken. Es läge vielleicht nahe, sie damit zu begründen, daß Kraftwagen nach der allgemeinen Erfahrung in der Regel mit einer verbotenen oder den Umständen nach zu großen Geschwindigkeit fahren, und daß dies namentlich dann gilt, wenn ein Zusammenstoß erfolgt ist. Aber auch hier wird ein Verschulden nicht vermutet werden dürfen, vielmehr von dem bewiesen werden müssen, der daraus einen Anspruch oder eine Minderung der eigenen Haftpflicht ableiten will. Andernfalls müßte gerade im Kraftfahrzeugbetrieb die von Rümelin befürchtete Folge einer Überspannung



deren Mitinhaber der Befl. zu 2a saß. Der Wagen wurde von dem Befl. zu 3 gelenkt. Der Postwagen hatte eine erhebliche Staubwolke aufgewirbelt, infolge deren der Kl. und der Befl. zu 3 sich gegenseitig nicht erblickten, als sie sich einander mit ihren Fahrzeugen näherten. Kurz vor der Abzweigung des Weges zum Bahnhof, vom Kl. aus gesehen, gerieten die beiden Fahrzeuge aneinander. Der Kl. wurde von dem linken Kotflügel des Kraftwagens am linken Oberschenkel erfaßt und mit dem Motorrad zur Seite geschleudert. Er erlitt Verletzungen, die eine Amputation des linken Beines oberhalb des Knies zur Folge hatten. Für den Unfall macht er die Befl. zu 1 und 2 als Halter, den Befl. zu 3 als Führer des Kraftwagens verantwortlich. BG. und OLG. erklärten den Anspruch dem Grunde nach zur Hälfte für gerechtfertigt. Die Rev. der Befl. und die Anschlußrevision des Kl. blieben ohne Erfolg.

Zutreffend geht der VerR. davon aus, daß die Ausgleichsvorschriften in §§ 17 Abs. 1 Satz 2, 18 Abs. 3 KraftfG. vorklegend anzuwenden sind. In der Rspr. des RG. ist anerkannt, daß der bei einem Zusammenstoß von Kraftfahrzeugen verletzte Halter des einen Fahrzeuges sich bei der Geltendmachung seines Schadens gegen Halter und Führer des anderen die von seinem Fahrzeug ausgehende, für den Schaden ursächliche Betriebsgefahr auch ohne Vorliegen eines Verschuldens auf seiner Seite entgegenhalten und zur Ausgleichung nach §§ 17, 18 KraftfG. anrechnen lassen muß, soweit er, falls nicht er selbst, sondern ein Dritter verletzt worden wäre, diesem Schadenersatzpflichtig sein würde (RG. 79, 312/18<sup>2</sup>); 90, 290/94<sup>3</sup>); [vgl. auch 96, 133]; 114, 73/76<sup>4</sup>); 123, 164<sup>5</sup>); RGUrt.: JW. 1915, 200/01; 1929, 1462<sup>6</sup>]; vgl. auch Heucke, Verkehr mit Kraftfahrzeugen, 3. Aufl., Erl. 2—4 zu § 17, S. 115 ff. sowie Müller, Automobilgesetz, 5. Aufl., Erl. A II b und B II 2 zu § 17, S. 343, 344, 351, 352 mit weiteren Nachweisungen). Soweit demgegenüber in den Urteilen des erf. Sen. (RG. 96, 69<sup>6</sup>) und v. 14. April 1930, VI 578/29) für solche Fälle aus der Beschränkung der Haftung des Halters nach § 8 Nr. 1 KraftfG. die Verneinung der Ausgleichspflicht entnommen worden ist, weil er selbst mit dem (von ihm gehaltenen) Kraftfahrzeug befördert wurde oder bei seinem Betriebe (wie hier zugleich als Führer) tätig war, wird diese Einschränkung bei nochmaliger Prüfung nicht aufrechterhalten, sondern fallen gelassen.

Der Rev. und der Anschlußrevision ist zwar zuzugeben, daß der Kl. und der Befl. zu 3 der Staubwolke gegenüber nicht in der gleichen tatsächlichen Lage sich befanden, da der Befl. zu 3 aus staubfreiem, übersichtlichem Gelände in sie hineinfuhr, während der Kl., der von dem Postwagen überholt worden war, sich in der von diesem aufgewirbelten Staubwolke befand. Allein rechtlich ist die Lage der beiden Teile gleichmäßig zu beurteilen. Für beide war infolge der Staubwolke der Überblick über die Fahrbahn behindert, da nach der Feststellung des BG. beiden jede Möglichkeit genommen war, die vor ihnen liegende Fahrbahn zu übersehen. Für beide war damit im Interesse der Sicherheit des Verkehrs einmal nach § 18 Abs. 2 KraftfG. die Verpflichtung gegeben, so langsam zu fahren, daß das Fahrzeug zum Stehen gebracht werden konnte, ferner aber auch nach § 19 Abs. 1 KraftfG. auf kürzeste Entfernung die weitere Verpflichtung, durch deutlich hörbare Warnungssignale rechtzeitig auf das Nähen des Kraftfahrzeugs aufmerksam zu machen, sowie endlich die Verpflichtung, die nach § 21 Kraftf-

VerfG. ohnehin schon gebotene Einhaltung der rechten Seite des Weges sorgfältigst zu betätigen. Da die Ursächlichkeit auch der von dem Kraftfahrzeug des Kl. ausgehenden Betriebsgefahr für den Schaden nicht bestritten ist, gehört zu dem demgemäß nach § 7 Abs. 2 KraftfG. von dem Kl. und dem Befl. zu 1 und 2, nach § 18 Abs. 1 von dem Befl. zu 3 zu führenden Entlastungsbeweis auch der Nachweis der Einhaltung dieser sämtlichen durch das Interesse der Verkehrssicherheit gebotenen Verpflichtungen. Der Nachweis ist aber nach den Feststellungen des BG. von beiden Teilen nicht erbracht und auch nicht zu erbringen. Der auf §§ 286, 475 ZPO. gestützte Angriff der Anschlußrevision gegen diese Feststellungen ist nicht begründet. Der VerR. hält die Geschwindigkeit des Kl. keineswegs, wie die Anschlußrevision meint, für unerheblich, sondern für nicht mehr feststellbar, auch bei Berücksichtigung der weiteren Beweisstritte des Kl. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO. ist dabei nicht erkennbar, zumal es sich bei den weiteren Darlegungen des Kl. nicht um greifbare tatsächliche Behauptungen handelte, sondern um Schlussfolgerungen auf der unzureichenden Unterlage der nicht mehr feststellbaren Geschwindigkeit des Postwagens und des ebenfalls nicht feststellbaren jeweiligen Abstandes des Kl. von diesem Postwagen. Auch ein Verstoß gegen § 475 ZPO. kommt bei dieser Sachlage nicht in Betracht. Die Feststellung des BG., daß auch der Kl., wenn bei dem Unfall nicht er selbst, sondern ein Dritter verletzt wäre, diesem Dritten nach Maßgabe des KraftfG. haftbar sein würde, ist demnach, da die Ursächlichkeit auch der von dem Kraftfahrzeug des Kl. ausgehenden Betriebsgefahr an sich nicht bestritten ist, nicht zu beanstanden. Die Anwendung der Ausgleichsvorschriften in §§ 17, 18 KraftfG. ist damit gegeben.

Bei der Anwendung dieser Vorschriften hat der VerR. ebenfalls alle in Betracht kommenden Umstände des Falles berücksichtigt, ohne daß dabei ein Rechtsirrtum erkennbar wird. Daß die von dem Kraftwagen der Befl. ausgehende Betriebsgefahr gegenüber den Verstößen des Kl. außer Betracht zu bleiben habe, kann der Rev. schon deswegen nicht zugegeben werden, weil solche Verstöße des Kl. von dem BG. nicht festgestellt sind, während zu Lasten der Befl. die nach Lage der Sache übermäßige Geschwindigkeit von 40—50 km postitiv feststeht. Unbegründet ist auch in diesem Zusammenhang die Meinung der Anschlußrevision, daß der VerR. die Fahrgewindigkeit des Kl. außer acht gelassen habe, insbes. hinsichtlich der Schwere der Unfallfolgen. Auch insoweit ist vielmehr die Ablehnung der festgestellten hohen Geschwindigkeit des Kraftwagens der Befl. als überwiegender Ursache für diese Schwere der Unfallfolgen deswegen rechtlich nicht zu beanstanden, weil es an der Möglichkeit einer Feststellung der Geschwindigkeit, die der Kl. selbst eingehalten hat, fehlt und damit auch eine Abwägung der mutmaßlichen Wirkungen und Folgen der Eigengeschwindigkeit des Kl. auch bei Einhaltung einer geringeren Geschwindigkeit der Befl., wie sie von der Anschlußrevision an sich mit Recht gefordert wird, nicht möglich ist.

Unbegründet ist endlich die Meinung der Rev., wenn eine Feststellung dem Grunde nach nur zur Hälfte getroffen werde, müsse zugleich eine Verurteilung nur zur Hälfte der Sätze des § 12 KraftfG. ausgesprochen werden. Die Höchstsätze dieser Bestimmung stellen zahlenmäßig den Geldbetrag dar, der die nach den Vorschriften des KraftfG. ausgesprochene Schadenersatzpflicht begrenzt, und zwar unabhängig davon, ob diese Schadenersatzpflicht die Erstattung des ganzen Schadens oder nur eines Bruchteiles umfaßt. Die Wirkung dieser Höchstsätze tritt erst dem sich danach ziffernmäßig ergebenden Kapital- oder Rentenbetrage gegenüber ein (vgl. Heucke, Erl. 4 zu § 12; Müller, Erl. B IV zu § 12).

Rev. und Anschlußrevision sind hiernach als unbegründet zurückzuweisen, erstere jedoch mit der in der Formel ausgesprochenen Maßgabe, daß die Befl. nur nach den Vorschriften des KraftfG. haften.

(U. v. 23. Juni 1930; 569/29 VI. — Hamburg.) [S.]

14. § 17 KraftfG.; §§ 18, 21c KraftfVerfG.; § 254 BGB.

1. Die Abwägung des Maßes der Verurteilung ist auch nach obigem § 17 grundsätzlich Sache der patriarchalischen Würdigung.

der Sorgfaltspflicht eintreten, daß der Vorsichtige seines Lebens nicht mehr froh, der Leichtfertige aber erst recht leichtsinnig würde.

3. Daß die Höchstbeträge des § 12 KraftfG. auch dann zuerkannt werden können, wenn die Schadenersatzpflicht nur für einen Bruchteil zuerkannt wird, daß m. a. W. wegen der Anwendbarkeit von § 254 BGB., §§ 17, 18 KraftfG. eine weitere Verminderung des gesetzlichen Höchstbetrags etwa auf diesen Bruchteil nicht in Betracht komme, das hat das RG. auf Grund von Wortlaut, Sinn und Entstehungsgeschichte des Gesetzes bereits in RG. 87, 402, Entsch. v. 20. Dez. 1915, ausgeführt. Eine derartige ausdehnende Auslegung der Ausnahмовorschrift des § 12 KraftfG. wäre nicht zulässig.

OLG. Dr. Fromherz, Mannheim.

<sup>2</sup>) JW. 1912, 808. <sup>3</sup>) JW. 1917, 853. <sup>4</sup>) JW. 1927, 891.

<sup>5</sup>) JW. 1929, 917. <sup>6</sup>) JW. 1919, 731.

2. Der zur Vorfahrt Berechtigte muß nötigenfalls auf die Ausübung seines Rechtes verzichten. Solcher Verzicht kann insbesondere nötig werden, wenn der andere ersichtlich das Vorfahrtsrecht nicht achtet.

3. Überschreitet die auf Hauptverkehrsstraßen zur Nachtzeit übliche Geschwindigkeit die nach obigem § 18 zulässige Geschwindigkeit, so kann ein Fahren mit ersterer eine Mitverschuldung verursachen.†)

In der Nacht vom 18. zum 19. März 1928 zwischen 3 und 4 Uhr fuhr der Chauffeur K. mit einer der Kl. gehörenden Kraftdroschke in S. aus der Richtung vom Hauptbahnhof kommend auf der rechten Seite des Fahrdammes der Großen Allee in der Richtung zum Berliner Tor. Zur gleichen Zeit kreuzte der Bekl. mit seinem Personenkraftwagen aus der, von der Fahrtrichtung der Kraftdroschke der Kl. gesehen, links einmündenden Straße Pulverteich kommend die Große Allee, um in den rechts abzweigenden Nagelsweg hineinzufahren. Dicht vor der Abzweigung des Nagelsweges stieß der Personenkraftwagen des Bekl. mit der Kraftdroschke der Kl. zusammen.

BG. und VG. legten den Schaden dem Bekl. allein zur Last. RG. hob das Urteil auf.

Nach dem unstreitig vorliegenden Sachverhalt ist der Unfall durch den Zusammenstoß der beiden Kraftfahrzeuge verursacht worden. Die Frage sowohl des Erfasses des der Kl. entstandenen Schadens als auch der Verpflichtung zum Erfasse des den Nebenintervenienten (Zusassen der Kraftdroschke) entstandenen Schadens im Verhältnisse der Parteien zueinander hängt deshalb nach § 17 Abs. 1 KraftfG. von den Umständen, insbes. davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. Das VG. hat auf Grund eigener Kenntnis der örtlichen Verhältnisse und auf Grund des Ergebnisses der in erster Instanz erfolgten Beweisaufnahme angenommen, daß der Unfall allein durch das Verschulden des Bekl. verursacht worden sei. Es hat erwogen, der Wagen der Kl. habe nach § 21c KraftfVerfW. v. 28. Juli 1926 das Vorfahrtsrecht gehabt, weil er eine Hauptverkehrsstraße befahren und der Wagen des Bekl. die Hauptverkehrsstraße auf einer Nebenstraße gekreuzt habe, und weil er ferner der von rechts kommende Wagen gewesen sei. Der Bekl. habe daher die Kreuzung mit erhöhter Vorsicht befahren und unter allen Umständen dem ihm von rechts aufrückenden Fahrzeuge der Kl. ausweichen müssen. Es könne auch als richtig unterstellt werden, daß der Bekl., wie er behaupte, sich dem Punkt des Zusammenstoßes mit erheblich niedrigerer Geschwindigkeit genähert habe als der Wagen der Kl. und daß dieser, zu der Zeit, als der Wagen des Bekl. aus dem Pulverteich kommend die Linie der Häuser der Großen Allee passiert habe, vom Orte des Zusammenstoßes erheblich weiter entfernt gewesen sei als der Wagen des Bekl. Das andere aber nichts daran, daß die Lage die Möglichkeit eines Zusammenstoßes auf der Kreuzung mit sich gebracht habe und daß der Bekl. deshalb die bestehenden Ausweichregeln hätte beachten müssen. Anders hätte es nur dann sein können, wenn der Wagen der Kl. mit einer so hohen Geschwindigkeit gefahren wäre, daß mit ihr im Verkehr nicht hätte gerechnet zu werden brauchen; denn dann hätte der Bekl. nicht damit rechnen müssen, daß der Wagen der Kl. mit ihm zugleich auf den Kreuzungspunkt gelangen werde. Aber die Sachlage sei nicht so gewesen. Zwar sei anzunehmen, daß der Wagen der

Kl. die Große Allee mit demjenigen Tempo befahren habe, das auf Hauptverkehrsstraßen, insbes. in nächtlicher Zeit, üblich sei; es liege aber nichts dafür vor, daß die Geschwindigkeit eine übermäßige gewesen sei.

Die Abwägung des Maßes der Verursachung einschließlich der Betriebsgefahr und des Verschuldens ist auch nach § 17 KraftfG. grundsätzlich Sache der tatrichterlichen Würdigung. Die Rev. kann daher nur dann Erfolg haben, wenn das VG. aus rechtsirrümlichen Erwägungen die Abwägung unrichtig vorgenommen hat oder wenn wenigstens mit der Möglichkeit eines Rechtsirrtums bei der Abwägung zu rechnen ist. Der Rev., welche rügt, daß das VG. den Begriff des Vorfahrtsrechtes verkannt habe, ist aber zuzugeben, daß die Ausführungen des BU. zum mindesten zu Zweifeln Anlaß geben, ob die Auffassung des VG., den Führer des Wagens der Kl. treffe kein Verschulden an dem Zusammenstoße, auf rechtlich einwandfreien Erwägungen beruht. Allerdings läßt die Begründung des BU. dafür, daß die Große Allee gegenüber dem Pulverteich als der Hauptverkehrsweg zu gelten habe, einen Rechtsirrtum nicht erkennen, und das VG. ist deshalb zutreffend davon ausgegangen, daß nach § 21c KraftfVerfW. in der z. B. des Unfalls geltenden Fassung v. 28. Juli 1926 dem Wagen der Kl. sowohl, weil er sich auf dem Hauptverkehrsweg bewegte, als auch, weil er das von rechts kommende Fahrzeug war, grundsätzlich das Vorfahrtsrecht zustand. Indessen ist auch dieses Recht kein unbedingtes. Der erf. Sen. hat bereits im Ur. v. 8. Juli 1929, VI 754/28 (RG. 125, 207<sup>1</sup>) zum Ausdruck gebracht, daß bei der Frage, unter welchen näheren Voraussetzungen das Vorfahrtsrecht in Anspruch genommen werden könne, von dem Zwecke, den die KraftfVerfW. mit der Einräumung des Vorfahrtsrechtes verfolgt habe, auszugehen sei. Dieser Zweck, so ist dort ausgeführt, gehe dahin, Zusammenstöße von Kraftfahrzeugen an Straßentrennungen und -einmündungen, an den Stellen, wo sie sich besonders ereignen, nach Möglichkeit zu verhindern. Er erfordere keineswegs, daß das aus dem Seitenweg oder von links kommende Fahrzeug die Überquerung der Kreuzungsstelle etwa schon dann unterlassen müßte, wenn irgendwo auf einem Hauptverkehrsweg oder von rechts ein anderes Fahrzeug sichtbar werde. Andererseits hänge das Vorfahrtsrecht auch nicht davon ab, daß die beiden Fahrzeuge gleichzeitig oder auch nur annähernd gleichzeitig am Kreuzungspunkt anlangten. Der Zweck der Vorschrift erfordere vielmehr, daß der Führer des an sich zur Gestattung der Vorfahrt verpflichteten Fahrzeugs nur dann vorfahren dürfe, wenn er nach Lage der gesamten Umstände mit Gewißheit annehmen könne, daß er die Kreuzungsstelle bereits zu dem Zeitpunkt überquert haben werde, in dem das andere Fahrzeug den Schnittpunkt der Fahrtrassen erreicht habe. Im vorliegenden Falle ist nun zugunsten des Bekl. dessen Behauptung als richtig zu unterstellen, daß die Große Allee eine Breite von 35 m hat, die also beim Überqueren der Straße von ihm zurückzulegen waren, während der Nagelsweg nur 10 m breit ist, und der Wagen der Kl. nur diese erheblich kürzere Entfernung zurückzulegen hatte, um die Straßentrennungsstelle zu passieren. Es ist weiter von dem VG. als richtig unterstellten Tatsachen auszugehen, daß der Bekl. mit erheblich niedrigerer Geschwindigkeit gefahren ist als der Wagen der Kl. und daß, als er aus dem Pulverteich kommend die Linie der Häuser der Großen Allee bereits passiert hatte, der Wagen der Kl. vom Orte des Zusammenstoßes noch erheblich weiter entfernt war als er selbst. Wenn das VG. angenommen hat, der Bekl. habe auch bei Berücksichtigung dieser tatsächlichen Verhält-

Zu 14. Die Entsch., die in vollem Umfang zu billigen ist, entspricht der bisherigen Rspr. des RG. sowohl in Zivilsachen, wie auch in Strafsachen. Die Bedeutung der Entsch. liegt darin, daß sie zwei wichtige Punkte klar heraussticht:

a) Die Voraussetzungen für das Vorfahrtsrecht sind in der Entsch. des 6. Sen. v. 8. Juli 1929 sehr klar dargelegt, und zwar in dem Sinne, daß der Führer des an sich zur Gestattung der Vorfahrt verpflichteten Fahrzeuges nur dann vorfahren darf, wenn er nach Lage der gesamten Umstände mit Gewißheit annehmen kann, daß er die Kreuzungsstelle bereits zu dem Zeitpunkt überquert haben wird, in dem das andere Fahrzeug den Schnittpunkt der Fahrtrasse erreicht hat. Es war früher von verschiedenen Gerichten versucht worden, gewisse Entfernungen festzulegen und bestimmte Maße anzugeben. Diese Versuche sind wohl als endgültig erledigt zu betrachten.

b) Weiter ist früher schon ausgesprochen und in dieser Entsch. bestätigt, daß das Vorfahrtsrecht dem Vorfahrtsberechtigten keinen Freibrief gibt, sich dem Vorfahrtspflichtigen gegenüber über die Vorschriften des Kraftfahrverkehrs hinwegzusetzen, insbes. bezüglich der Fahrtgeschwindigkeit. In der neuen Entsch. ist dies ebenfalls bestätigt und ausgesprochen, daß das Vorfahrtsrecht von dem Vorfahrtsberechtigten mit der durch die besonderen Umstände des einzelnen Falles gebotenen Vorsicht auszuüben und nötigenfalls die Ausübung des Vorfahrtsrechtes ganz zu unterlassen ist. Im vorl. speziellen Falle bietet die Anwendung dieser Grundsätze keine Schwierigkeit, da es sich um eine ausnahmsweise übersichtliche Stelle gehandelt hat.

KL. Dr. Gerhard, Mannheim.

1) JW. 1929, 2816.

nisse nicht vorfahren dürfen, da die Lage die Möglichkeit eines Zusammenstoßes auf der Kreuzung mit sich gebracht habe, so ist das angesichts dieser letzteren tatsächlichen Feststellung rechtlich nicht zu beanstanden; die Auffassung steht vielmehr im Einklang mit der wiedergegebenen Auffassung des RG.; insbes. kann auch die Auffassung der Rev. nicht als richtig anerkannt werden, daß der Befl. deshalb habe vorfahren dürfen, weil er als erster die Kreuzungsstelle der beiden Straßen erreicht habe. Hat hiernach der Befl. die Vorschriften über das Vorfahrtsrecht verletzt und war er auch weiterhin verpflichtet, beim Überqueren der Großen Allee mit der durch die Umstände gebotenen Sorgfalt zu verfahren, so ergab sich daraus noch nicht ohne weiteres das unbedingte Recht für den Führer des Wagens der Kl., das Vorfahrtsrecht auszuüben, als er seinerseits die Kreuzungsstelle erreicht hatte. Vielmehr ist die Ausübung des im § 21c KraftfVerfVO. geregelten Vorfahrtsrechts bedingt durch die Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles. Der nach dieser Vorschrift zur Vorfahrt Berechtigte muß das Vorfahrtsrecht auch seinerseits mit der durch die besonderen Umstände des Einzelfalles gebotenen Vorsicht ausüben und nötigenfalls ganz auf die Ausübung verzichten, wenn diese infolge der besonderen Umstände des Einzelfalles die Erreichung des Zweckes, der mit der für den Regelfall getroffenen Ordnung des Vorfahrtsrechts beabsichtigt ist, etwa vereiteln würde. Im vorliegenden Falle legt nun die Feststellung des BG., daß der Wagen des Befl. eine erheblich geringere Geschwindigkeit als der der Kl. hatte, in Verbindung mit der Tatsache, daß der Zusammenstoß dicht bei der Einmündung des Nagelzweges in die Große Allee erfolgt ist, bei den zu unterstellenden Entfernungsmaßnahmen die Annahme nahe, daß der Wagen des Befl. die Kreuzungsstelle bereits zu einem sehr erheblichen Teile passiert haben und in der Fahrt auf die Einmündung des Nagelzweges erheblich weit vorgeschritten sein mußte, als der Wagen der Kl. überhaupt erst an dem von ihm zu überquerenden Teile der Kreuzungsstelle anlangte. Trifft diese Annahme zu, so dürfte der Führer des Wagens der Kl., wenn er sah, daß der Befl. unter Verletzung der Vorschriften über das Vorfahrtsrecht im Begriff war, die Kreuzungsstelle zu überqueren und diese bereits zu einem erheblichen Teile überquert hatte, von dem ihm an sich zustehenden Vorfahrtsrecht nur noch dann Gebrauch machen, wenn er seinerseits mit Gewißheit annehmen konnte, daß er die Kreuzungsstelle noch vor dem Befl. ohne die Gefahr des Zusammenstoßes werde passieren können. Er durfte angesichts dieser Sachlage auch nicht mehr unbedingt damit rechnen, daß der Wagen des Befl. auf der Kreuzungsstelle selbst noch halten oder ihn durch weitere Verlangsamung der Fahrt vorfahren lassen werde. Ob der Befl. dazu überhaupt noch in der Lage gewesen wäre, hing von den Verhältnissen ab. — Die Ausführungen des angefochtenen Urteils lassen nicht erkennen, ob das BG. das Verhalten des Führers des Wagens der Kl. hinsichtlich der Ausübung des Vorfahrtsrechtes auch von diesem Gesichtspunkt aus einer Prüfung unterzogen hat.

Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückzuverweisen. Bei der erneuten Verhandlung wird das BG. auch Gelegenheit haben, zu der Frage genauere Stellung zu nehmen, ob der Wagen der Kl., wenn er auch die auf Hauptverkehrsstraßen zur Nachtzeit übliche Geschwindigkeit nicht überschritten hat, doch, wie der Befl. behauptet, mit einer das nach § 18 KraftfVerfVO. zulässige Maß überschreitenden Geschwindigkeit gefahren ist und ob er etwa auch dadurch den Unfall mitverursacht hat.

(U. v. 27. März 1930; 397/29 VI. — Hamburg.) [H.]

#### 4. Aufwertungsgesetz.

15. § 20 Abs. 2 AufwG.; §§ 1143, 1144 BGB. Ist die vom Gläubiger erteilte Löschungsbewilligung, in der er zugleich erklärt, ein Dritter habe die Post an ihn bezahlt, zusammen mit der Löschungszustimmung des Grundstückseigentümers geeignet, die Löschung der Hypothek zu er-

reichen? § 20 Abs. 2 AufwG. stellt nur darauf ab, daß im maßgeblichen Zeitpunkt der Gläubiger Löschungserklärung erteilt hat, verlangt nicht, daß alle sonstigen zur Löschung etwa noch erforderlichen Unterlagen vorliegen.†)

Das seit 1905 für die Kl. mit einer Briefdarlehenshypothek belastete Grundstück erwarb 1922 Sch. Am 17. Aug. 1923 stellte die Kl. eine „löschungsfähige Quittung“ genannte Urkunde aus, worin sie bekannte, „das Kapital von M. bezahlt erhalten zu haben“ und die Löschung im Grundbuche bewilligte. Als bevollmächtigter Vertreter von Sch. schloß M. mit dem Befl. einen notariellen Vertrag am 18. Jan. 1924, in dem das Grundstück dem Befl. verkauft und aufgelassen wurde. Für die Veräußerer versicherte darin M., die Hypothek sei bezahlt, und der Befl. erklärte, er beantrage gleichfalls die Löschung der Post. Den Antrag des Sch., auf Grund der Löschungsurkunde die Hypothek zu löschen, beanstandete das Grundbuchamt, weil eine andere Person als die Eigentümer, nämlich M., die Hypothek bezahlt habe, deshalb sei auch dessen Zustimmung erforderlich. Diese Zustimmungserklärung des M. vom 3. April ging am 17. April 1924 beim Grundbuchamt ein und enthielt den Zusatz, daß M. die Zahlung in seiner Eigenschaft als Vertreter des Sch. geleistet habe. Vorher war aber schon der Antrag auf Umschreibung des Grundeigentums auf den Befl. beim Grundbuche eingegangen, das Eigentum wurde am 20. März 1924 umgeschrieben, die Hypothek am 19. April 1924 gelöscht.

Nach dem Inkrafttreten der AufwGNov. begehrte die Kl. Aufwertung, bestritt dem Befl. das Recht, sich auf § 20 Abs. 2 AufwG. zu berufen, weil zur Zeit des Eigentumsüberganges noch keine zur Löschung geeignete Quittung vorgelegen habe. Das BG. sprach der Kl. die Aufwertung der eingetragenen Hypothek zu. Die Rev. des Befl. hatte Erfolg.

Das RG. ist der Ansicht, der Befl. könne sich der schlüssigen Klage gegenüber nicht auf die Vorschrift des § 20 Abs. 2 AufwG. berufen, da die Urkunde v. 17. Aug. 1923 dazu nicht ausreiche. Ihr Inhalt besage, daß M. die Zahlung geleistet habe, und ergebe die Möglichkeit, daß er als ein Dritter die Forderung und damit die Hypothek erworben habe. Die Wahrscheinlichkeit, daß er in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter der Eigentümer bezahlt habe, sei vom Grundbuchrichter mit Recht als nicht ausreichend erachtet worden. Die Urkunde sei daher keine Löschungsbewilligung i. S. von § 29 GBD., § 20 AufwG. gewesen. Die gleichzeitige Löschungsbewilligung sei um deswillen ohne Bedeutung, weil aus der Urkunde hervorgehe, daß die Kl. besriedigt und nicht mehr Gläubigerin sei.

Die Rev. hält dies für rechtsirrig. Unter Berufung auf RGKRomm. Erl. 4 zu § 1144 BGB. betont sie, daß eine Löschungsbewilligung zusammen mit der Zustimmung des Eigentümers gemäß §§ 27, 19 BGB. ausreiche, um eine Löschung einer Hypothek zu erreichen. Dies wird jedoch ersichtlich auch vom BG. nicht bezweifelt. In solchem Falle wird sich der Grundbuchrichter mit der Erklärung des Gläubigers neben der Zustimmung des Eigentümers begnügen, weil der Gläubiger grundbuchmäßig noch als Berechtigter erscheint. Damit ist aber noch nicht der hier vorliegende, vom RGKRomm. a. a. D. weiterhin erörterte Fall entschieden, in dem der Gläubiger nicht nur die Löschung einfach ohne Grundangabe bewilligt, sondern weiterhin erklärt hat, die Post sei an ihn gezahlt, so daß aus der Urkunde zu entnehmen ist, er sei nicht mehr der Berechtigte (vgl. Sitthe-Triebel, Erl. 17 zu § 27 GBD.; Duassowski, Aufwertung S. 301; Mügel S. 764). Eines näheren Eingehens auf diese in der einschlägigen Entscheidung des RG. v. 27. Mai 1929 (VI 631/28; AufwRspr. 1929, 769) nicht

Zu 15. Die Auslegung von § 20 AufwG. wird durch die Entsch. nicht gefördert. Wohl wird der Satz bestätigt, daß am Stichtag von § 20 Abs. 2 nur die ordnungsmäßige Löschungserklärung des Gläubigers vorliegen müsse, und daß für die übrigen Löschungsunterlagen nicht das Gleiche gelte. Aber es wird aus diesem bereits bekannten Grundsatze keinerlei Konsequenz gezogen, denn das Urteil beruht ausschließlich auf der Feststellung, daß im maßgeblichen Zeitpunkt die ausreichende Löschungserklärung vorlag. Wie entschieden worden wäre, wenn nicht das RG. im Gegensatz zum BG. die am Stichtag vorliegende Löschungserklärung für ausreichend erachtet hätte, ist nicht

entschiedene Frage bedarf es nicht, weil eine löschungsfähige Quittung beim Grundbuchamte schon am 1. März 1924, also vor dem am 11. März 1924 eingegangenen Antrag auf Umschreibung des Eigentums vorlag. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Wie schon außer im angeführten RGUrt. VI 631/28 auch in der Entsch. des erf. Sen. vom 8. März 1930, V 561/28 ausgeführt worden ist, stellt § 20 Abs. 2 AufwG. darauf ab, ob im maßgeblichen Zeitpunkte der Gläubiger seine Löschungserklärung ordnungsmäßig erteilt hat, verlangt aber nicht, daß alle sonstigen zur Löschung etwa noch erforderlichen Unterlagen bereits vorliegen. Stände nun in der Quittung der N. v. 17. Aug. 1923, die Zahlung sei von den Eigentümern oder für sie in ihrem Namen erfolgt, so würde auch die N. kein Bedenken gegen die Annahme haben, daß spätestens am 1. März 1924 die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 a. a. D. erfüllt waren. In der Quittung ist jedoch lediglich gesagt, die Gläubigerin habe von M. das Geld bezahlt erhalten. Beachtet man nur die Quittung für sich allein, so konnte immerhin in Frage kommen, ob M. dinglich Berechtigter geworden wäre (RGKomm. Erl. 3 zu § 1143 BGB.). Die am 1. März 1924 von den Eigentümern eingereichten Urkunden ergeben jedoch ausreichend, daß dies nicht der Fall war, daß vielmehr M. nur im Auftrage der Eigentümer und für sie gezahlt hat, wie sie auch im Rechtsstreite stets betont haben. Bei der Einreichung befanden sich die Quittung und der Hypothekenbrief in der Hand der Eigentümer; beide Urkunden hatte die N. an M. und dieser an die Eigentümer übergeben; in der gleichfalls eingereichten Vollmachtsurkunde hatten sie erklärt, M. sei berechtigt, u. a. alle zur Durchführung eines Grundstücksverkaufs erforderlichen Erklärungen in ihrem Namen abzugeben. Im Kaufvertrage v. 18. Jan. 1924 hat dann auch M. unter Vorlage dieser Vollmacht im Namen der Eigentümer erklärt, die Hypothek sei bezahlt, es beständen keine Belastungen in Abt. III des Grundbuchs, und der Befl. hat im Anschluß daran erklärt, er beantrage gleichfalls die Löschung. Diese Sachlage ergibt, daß spätestens am 1. März 1924 ausreichende löschungsfähige Unterlagen vorhanden waren, es also unerheblich ist, ob schon am 17. Aug. 1923 das gleiche bejaht werden könnte.

(U. v. 12. Juli 1930; 356/29 V. — Berlin.) [Sch.]

16. § 66 AufwG.; § 422 BGB. Bei Gesamtschuldnern kann sich der Nichtbankier nicht auf das seinem Mitschuldner als Bankier zustehende Privileg berufen; er wird auch nicht durch dessen Papiermarkzahlung befreit, da sie keine Vollerfüllung ist. †)

Die Befl. war niemals Mitinhaberin des Bankunternehmens. Mag sie auch ihr Vermögen ihrem Manne zur

angedeutet. — Die Ausführungen dagegen, mit denen die Löschungsurkunde für ausreichend erklärt wird, sind über das Gebiet von § 20 AufwG. hinaus von allgemeiner Bedeutung für den Grundbuchverkehr. Die bisherige Praxis hat die Bedeutung der Quittung als Löschungsurkunde verneint, wenn nicht Zahlung vom Eigentümer oder wenn Zahlung von einem Dritten bekannt ist. Dies führt um so leichter zu Schwierigkeiten, als der Löschungsbewilligung des Gläubigers neben der Quittung jede Bedeutung abgesprochen wird (vgl. die Zusammenfassung in RGKomm. N. 4 zu § 1144). Das Urteil erklärt es nun ausdrücklich als nicht entschieden, ob dieser Ansicht beizutreten ist, und schränkt ihre Bedeutung für die Praxis zugleich wesentlich ein, indem es den Nachweis dafür, daß die Rechtsfolgen aus § 1164 der Löschung nicht entgegenstehen, aus der Sachlage zuläßt. Eine Quittung über Zahlung durch einen Dritten wird also in Zukunft als Löschungsurkunde ausreichen, wenn Quittung und Brief sich in der Hand der Eigentümer befinden, und wenn die Urkunden ergeben, daß der Dritte als Bevollmächtigter der Eigentümer mitgewirkt hat. Die Konsequenz wird wohl unabwieslich sein, daß eine Quittung, in der nicht ausdrücklich Zahlung durch den Eigentümer bekannt ist, als Löschungsurkunde ausreicht, wenn Quittung und Brief sich in der Hand der Eigentümer befinden. Noch weiter zu gehen, wäre bedenklich. Die Sicherheit des Grundbuchverkehrs steht höher als seine Bequemlichkeit.

RGK. Dr. Jordan, Mannheim.

Zu 16. Ich halte die Entsch. für richtig. Wenn auch unterstellt werden muß, daß das Darlehn für den bankgeschäftlichen Betrieb des Ehemanns der Befl. bestimmt war und in diesen gestossen ist und daß die Mitverpflichtung der Ehefrau den wirtschaftlichen Zweck der

Verwendung im Bankgeschäft überlassen gehabt haben, so hat sie doch nicht selbst das Bankgeschäft betrieben. Schon deshalb kann ein von ihr aufgenommenes Darlehn nicht unter § 66 AufwG. fallen. Das hier streitige Hypothekendarlehn hat sie als Gesamtschuldnerin neben ihrem Mann aufgenommen, nicht etwa hat sie sich nur als Bürgin für die Schuld ihres Mannes verpflichtet. Bei Gesamtschulverhältnissen bestimmt sich die Höhe der Aufwertung für jeden einzelnen Gesamtschuldner getrennt nach seinen besonderen Verhältnissen (Mügel, 5. Aufl., S. 213). Auch auf § 66 AufwG. kann sich nur derjenige Gesamtschuldner berufen, in dessen Person die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind. Für die Befl. in ihrer Eigenschaft als Darlehnsnehmerin fehlt es an diesen Voraussetzungen. Es kann ihr nichts nützen, wenn diese etwa in der Person eines Mitschuldners gegeben sind. Ohne Belang ist es auch, daß sie nach dem Tod ihres Mannes, also erst 1927, Mitinhaberin des Bankunternehmens geworden ist, für das ihr Mann seinerzeit das Kapital aufgenommen hat.

Nicht beizutreten ist der Ansicht Neukirch's (§ 66 Anm. 6 AufwG.), daß das Gesetz die Papiermarkzahlung eines Bankiers im Gegensatz zu der eines Nichtbankiers als Vollerfüllung gelten lasse und daß demzufolge durch seine Zahlung gemäß § 422 BGB. auch seine Gesamtschuldner befreit worden seien. Es ist kein Anhalt dafür gegeben, daß das Gesetz der Zahlung eines Bankiers eine besondere, anderen Papiermarkzahlungen nicht innewohnende Tilgungswirkung hätte beilegen wollen. Vielmehr hat das Gesetz die Aufwertungsfreiheit der Bankunternehmungen als deren besonderes Vorrecht deshalb festgestellt, weil ihnen aus besonderen Gründen, die in der Art ihres Geschäftsbetriebes und in ihrer volkswirtschaftlichen Aufgabe erblickt wurden, die alle anderen Schuldner treffende Aufwertungsspflicht nicht zugemutet werden sollte.

(U. v. 14. Mai 1930; 147/29 V. — Kassel.) [Sch.]

Sicherung der Schuld des Ehemanns erfüllen sollte, so liegt doch rechtlich nicht die Übernahme einer Bürgschaft für eine fremde Schuld, sondern eine selbständige Verpflichtung der Befl. als Gesamtschuldnerin vor. Die Gesamtschuld ist nach der Gestaltung, die ihr das BGB. gegeben hat, keine einheitliche Korrealschuld im engeren Sinne, sondern es bestehen so viele einzelne Verpflichtungen, als Schuldner vorhanden sind, und das Schicksal einer jeden von ihnen kann sich verschieden gestalten, mit der einzigen Maßgabe, daß, wenn der Gläubiger von einem von ihnen die Leistung erhält, die er nur einmal zu fordern hat, dadurch die Verpflichtung auch der übrigen Schuldner erloschen ist. Deshalb kann auch die Forderung gegenüber den einzelnen Gesamtschuldnern, je nach ihren Verhältnissen, in verschiedener Höhe aufgewertet und gegenüber einem oder einigen von ihnen die Aufwertung überhaupt ausgeschlossen sein, ohne daß dadurch die Schuld der anderen berührt wird. Mit Recht hat das RG. auch die Ansicht von Neukirch abgelehnt, daß das AufwG. die Papiermarkzahlung eines Bankiers als Vollerfüllung gelten lasse und deshalb durch eine solche Zahlung auch die mitverpflichteten Gesamtschuldner befreit seien. Das Gesetz hat lediglich den Bankunternehmungen selbst aus ganz besonderen, nur für sie zutreffenden Gründen ein persönliches Privileg verliehen in dem Sinne, daß sie nicht mehr als den Nennbetrag zu zahlen angehalten werden können; einer Leistung des Nennbetrags durch sie die objektive Wirkung einer Vollerfüllung beizulegen, lag ganz außerhalb seiner Absichten. Privilegien dürfen aber nicht ausdehnend interpretiert werden. Durch die Papiermarkzahlung ist der Zweck des Gesamtschulverhältnisses, das auf Befriedigung des Gläubigers durch einmalige Leistung des insgesamt geschuldeten Betrags gerichtet ist, nicht erreicht; deshalb konnte diese Leistung die Verpflichtung des anderen Gesamtschuldners für den von ihm geschuldeten Restbetrag nicht zum Erlöschen bringen.

Dieses Ergebnis würde allerdings bedenklich sein, wenn daraus, wie Mügel (5. Aufl., S. 214 ff.; vgl. namentlich Fußnote 1 zu S. 215) anscheinend tut, gefolgert werden müßte, daß der Nutzungsanspruch des zur Aufwertung Verpflichteten nach dem vollen Umfange des von ihm Geleisteten auch gegenüber dem nicht oder in geringerer Höhe Aufwertungs verpflichtigen über den von diesem geschuldeten Betrag hinaus geltend gemacht werden könnte. Dadurch würde dieser auf einem Umwege dennoch gegen den Willen des Gesetzes zur Aufwertung überhaupt oder zu einer höheren Aufwertung herangezogen werden können. Das muß ausgeschlossen sein. Es mag dahingestellt sein, ob das mit Lehmann-Boesebeck und Quasowski dadurch rechtlich begründet werden kann, daß eine Schuld nur in der Höhe des von mehreren Schuldnern geschuldeten Be-

## 5. Deutsch-schweizerisches Goldhypothekenabkommen.

17. Deutsch-schweizerisches Goldhypothekenabkommen; Art. 153, 109, 105 RVerf.

1. Das Abkommen verstößt nicht gegen die RVerf.

2. Besondere die Anwendung des Abkommens ausschließende Vereinbarung der Parteien i. S. Art. 5 des Abkommens liegt nicht schon in einer gewöhnlichen Prolongationsabrede.†)

Zugunsten der Kl. war seit 1905 eine Darlehenshypothek von 125 000 M eingetragener. In der ihrer Eintragung zugrunde liegenden Schuldburkunde war bestimmt: „Kapital und Zinsen sind franko Zürich in deutscher Reichswährung zahlbar, und zwar auf spezielle Anordnung der Gläubigerin in deutschen Reichsgoldmünzen.“ Die Bekl. hat die belasteten Grundstücke 1917 erworben und im Kaufvertrage die erwähnte Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis als Schuldner übernommen. Nach dem Inkrafttreten des deutsch-schweizerischen Goldhypothekenabkommens übermittelte die Kl. der Bekl. eine Erklärung des in Art. 2c dieses Abkommens bezeichneten Inhalts und beantragte, nachdem das Zusatzabkommen zu diesem Abkommen in Kraft getreten war, die Vornahme der den Art. 6 und 7 des Zusatzabkommens ent sprechenden Eintragungen, die aber vom OBL in Hinblick auf Art. 5 dieses Abkommens abgelehnt wurden, weil das Rechtsverhältnis der Parteien durch besondere Vereinbarung anderweit besonders geregelt sei. Nach dem Inkrafttreten des AufwG. hat das OBL zunächst auf Antrag der Bekl. die Aufwertung auf 31 250 Goldmark und sodann auf Anregung der Kl. von Amts wegen einen Widerspruch gegen diese Eintragung in das Grundbuch eingetragen. Mit der im März 1927 erhobenen Klage hat die Kl. beantragt, festzustellen, daß die zu ihren Gunsten eingetragene Hypothek von 125 000 M dem Abkommen und dem Zusatzabkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft unterliege und daß sie deshalb berechtigt sei, auf ihren ein-

trags eine Gesamtschuld sei, auf welche die Vorschriften des § 426 BGB. Anwendung finden könnten. Jedenfalls greifen diese Vorschriften nur insoweit Platz, als nicht „ein anderes bestimmt ist“, sei es ausdrücklich durch Gesetz oder Vertrag, sei es stillschweigend durch die Natur des Rechtsverhältnisses (RWR. Komm. zu § 426 Anm. 2). Das Vorliegen dieser Ausnahme ergibt sich hier daraus, daß ihre Anwendung mit der sondergesetzlichen Regelung der Aufwertung durch das AufwG. in Widerspruch stehen würde. Mägel will übrigens die aus seinem Standpunkte sich ergebenden Folgerungen dadurch mildern, daß der Umstand, daß der zur höchsten Aufwertung Verpflichtete die niedriger Verpflichteten über ihre Verpflichtung hinaus zum Ausgleich heranziehen kann, bei der Bestimmung der Höhe der Aufwertung jenen gegenüber berücksichtigt werden solle. Danach würde der Gläubiger dadurch benachteiligt sein, daß ihm außer dem zu höherer Aufwertung verpflichteten Schuldner noch ein weiterer Schuldner mit niedrigerer oder ohne Aufwertung verpflichtet ist. Ein solches Ergebnis dürfte aus dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben oder Billigkeit sich nicht rechtfertigen lassen.

In dem vom RG. entschiedenen Falle hat die Frage des Ausgleichsanspruchs keine Rolle gespielt, weil die beklagte Gesamtschuldnerin Erbin des anderen Gesamtschuldners, ihres Ehemanns, geworden ist. Dadurch erklärt es sich wohl, daß das RG. zu dieser Frage keine Stellung genommen hat.

RG. i. R. Michaelis, Freiburg i. Br.

Zu 17. Zum Urteil des RG. V 549/28 v. 19. Febr. 1930 äußere ich mich wie folgt:

a) Die Entsch., daß die die beiden Staatsverträge betreffenden RVerf. nicht verfassungswidrig sind, zerstört eine alte Schuldnerhoffnung, die ich selbst jedoch von Anfang an als trügerisch ansehen mußte. Man wird auf der Schuldnerseite auch nicht damit rechnen dürfen, daß das RG. künftighin von seiner jetzigen Entsch. wieder abweicht, und wird sich entsprechend einzurichten haben.

b) Der Auffassung des Gerichts, daß ein Fall des Art. 5 des Zusatzabkommens gegeben sei, ist beizupflichten. Ich wüßte nicht, wann man den Art. 5 einmal zur Anwendung zu bringen hätte, wenn nicht im vorliegenden Fall. Die Ausführungen des RG. treffen m. E. gerade das, was bei der Schaffung des Art. 5 beabsichtigt war.

c) Weiber hatte das Urteil keinen Anlaß, zu der Frage Stellung zu nehmen, die jetzt für die Beteiligten, aber auch für weitere Kreise wichtig ist. Die Parteien haben nach den Ausführungen des RG. vereinbart, daß die Gläubigerin der Bekl. erst kündigen dürfe, wenn

seitigen Antrag vom OBL die Löschung dieser Hypothek und gleichzeitig die Eintragung einer Grundschuld für sich in Höhe von 154 312,50 Schweizer Franken und für die Bekl. die Eintragung einer im Range gleichstehenden Eigentümergrundschuld von 30 862,50 Schweizer Franken zu verlangen.

Weide Vorinstanzen haben der Klage willfahrt.

Das RG. wies die Klage ab.

1. Die Bedenken, die von der Bekl. im gegenwärtigen Rechtszuge gegen die Verfassungsmäßigkeit der die hier in Rede stehenden Abkommen betr. RVerf. erhoben worden sind, sind nicht begründet. Zunächst liegt ein Verstoß gegen Art. 153 RVerf. nicht vor. Denn wenn selbst die in den Abkommen hinsichtlich der darin bezeichneten Goldhypotheken getroffene Regelung eine Enteignung der von ihr betroffenen Grundeigentümer enthielte, so stünde sie doch nicht in Widerspruch zu Art. 153, da sie durch RVerf. getroffen ist und der Inhalt der Abkommen auch zur Genüge erkennen läßt, daß den beteiligten Grundeigentümern nur die in den Abkommen bestimmten Rechte, nicht dagegen eine Entschädigung gewährt werden sollte. Ebensovienig ist in den Abkommen eine Verletzung des die Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Ges. anordnenden Art. 109 RVerf. zu erblicken. Ob diese Vorschrift nur als eine Norm für Justiz und Verwaltung, nicht für den Gesetzgeber aufzufassen ist, und ob sie sich nur auf reine Persönlichkeitsrechte, nicht auch auf Vermögensrechte bezieht, bedarf hier ebenso wie in dem vom Senat: RG. 111, 320<sup>1)</sup> entschiedenen Falle nicht der Erörterung. Denn der Grundsatz der Gleichheit vor dem Ges. kann nur die Bedeutung haben, daß Tatbestände vom Ges. als gleich zu behandeln sind, die ungleich zu behandeln Willkür bedeuten würde. Davon kann aber hier nach dem Anlaß und Zweck der mit der schweizerischen Regierung auf deren Wunsch getroffenen Abkommen keine Rede sein.

Schließlich läßt sich auch die Rechtsgültigkeit des Zusatzabkommens nicht deshalb beanstanden, weil die Art. 5 und 21 dieses Abkommens mit dem in Art. 105 RVerf. enthaltenen Grundsatz in Widerspruch stünden, daß niemand

die deutsche Währung eine gewisse Relation zum Schweizer Franken, nämlich ein Verhältnis von 100 Mark = 100 Franken erreicht habe. Ist dieser Zeitpunkt infolge der Einführung der Reichsmarkwährung heute schon eingetreten, oder wann tritt er ein? Die Frage liegt ähnlich wie die alle unter die Goldhypothekenabkommen fallenden Schuldner berührende Frage, ob die Voraussetzungen von Art. 2 lit. a des Hauptabkommens für eine weitere Stundung der früheren Goldhypotheken bis 1935 erfüllt sind oder nicht. Nach dieser Bestimmung haben ja die Gläubiger Ende 1930 eine weitere Stundung von fünf Jahren zu gewähren, wenn in diesem Zeitpunkt „die Mark in der Schweiz auf 65 Cts. oder darunter stehen sollte“. Man kann in dieser Frage entweder den Standpunkt einnehmen, daß unter Mark im Sinne der Bestimmung die damalige Papiermark gemeint ist, und daß diese — weil sie nicht mehr besteht — auch nicht mehr 65 Cts. erreichen könne (bzw. daß im vorliegenden Fall 100 Pfl. nicht mehr gleich 100 Schweizer Franken werden können). Gerade bei dem hier vorliegenden Einzelvertrag der Parteien spricht vieles für diese Auslegung, insbes. der Ausdruck, daß die Relation zwischen Mark und Franken wieder 100:100 erreicht haben müßte. Es war also offensichtlich von den Parteien beim Vertragsabschluss an eine langsame Deflation der damaligen Währung gedacht. In beiden Fällen — in den Staatsverträgen und im hier vorliegenden Parteivertrag — ist — das liegt auf der Hand — der Rechtszustand überhaupt nicht geregelt, der eintreten sollte, wenn Deutschland eine ganz neue Währung schuf, denn an diese Möglichkeit wurde bei den Vertragsabschlüssen noch nicht gedacht. Will man diese Lücke schließen, so ist es das richtigste, auf den allgemeinen Rechtsgedanken zurückzugreifen, der im Art. 1 SchwBVG. einen so schönen Ausdruck gefunden hat.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung. Bei der Auslegung der genannten Bestimmung des deutsch-schweizer. Hauptabkommens kann dieser Rechtsgrundsatz unmittelbar angewendet werden. Bei der Auslegung des hier in Frage stehenden Einzelvertrags kommt man ihm am nächsten (vgl. auch Art. 2 SchwBVG.), wenn man die Natur des Geschäfts und den mutmaßlichen Parteivillen unterjucht. Der Parteiville beim Abschluß des Einzelvertrags ging offenbar dahin, daß dem Schuldner die Schuld so lange gestundet bleiben sollte, bis die Rückzahlung wirtschaftlich wieder tragbar ist. Nach diesem Parteivillen wird im Streitfall der Richter festzusetzen haben, wann dieser Zeitpunkt gekommen ist. In der gegenwärtigen schweren wirtschaftlichen Depression Deutschlands ist er sicher noch nicht da.

RG. Dr. Wilhelm Pfeifferle, Mannheim.

<sup>1)</sup> JW. 1926, 145.

seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Ein solcher Widerspruch ist in Art. 5 schon deshalb nicht zu finden, weil die in dieser Vorschrift bestimmte Vertrauensstelle nur auf Anrufen beider Teile zur Entscheidung berufen ist, dagegen für den Fall, daß die Parteien sich nicht auf die Vertrauensstelle als Schiedsgericht einigen, die Anrufung der ordentlichen Gerichte vorbehalten bleibt. Aber auch die in Art. 21 vorgeordnete Zuweisung der Entsch. eines einzelnen Streitpunkts (Festsetzung der Höhe des Reinertrags) an die Vertrauensstelle kann nicht als Verletzung des Grundsatzes angesehen werden, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Es kann daher unerörtert bleiben, inwieweit durch eine Ungültigkeit der Bestimmung des Art. 21 die Gültigkeit der übrigen Vorschriften des Zusatzabkommens beeinträchtigt werden könnte.

2. Mit Recht wendet sich dagegen die Rev. gegen die Annahme des VerK., daß hier die Voraussetzungen für die Anwendung der der Klage zugrunde liegenden Vorschriften des Zusatzabkommens gegeben seien. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anwendung dieser Vorschriften, wie die Vekl. meint, schon daran scheitern muß, daß hier eine Schweizer Goldhypothek nach dem Inhalt der vereinbarten Goldklausel deshalb nicht vorliege, weil die Kl. vor dem Inkrafttreten der BundRW. v. 28. Sept. 1914 nicht Zahlung in Gold verlangt habe, und ferner daran, daß auch die von der Kl. auf Grund des Art. 2c des Hauptabkommens der Vekl. gegenüber abgegebene Erklärung um deswillen unwirksam sei, weil die Vekl. mangels wirksamer Schuldübernahme nicht Schuldnerin der Kl. geworden sei. Denn auch wenn diese Einwendungen der Vekl. nicht begründet sind, kann sich die Kl., wie die Rev. mit Recht geltend macht, auf das Zusatzabkommen doch nicht berufen, weil dessen Anwendung hier nach Art. 5 dieses Abkommens ausgeschlossen ist. Nach dieser Vorschrift behält es, wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Grundstückseigentümer oder zwischen dem Gläubiger und dem gewöhnlichen Schuldner in seinen wesentlichen Beziehungen durch besondere Vereinbarung selbständig oder i. Verb. m. dem Hauptabkommen geregelt worden ist, bei dieser Regelung sein Bewenden und findet das Zusatzabkommen — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Vorschriften der Art. 13 und 14 —, soweit nicht etwa Abweichendes vereinbart worden ist, keine Anwendung. Die erwähnte Voraussetzung trifft aber hier zu. Allerdings ist eine einfache Prolongationsabrede gemäß Art. 3 des Zusatzabkommens nicht als eine Vereinbarung der in Art. 5 bezeichneten Art zu betrachten. Aber hier liegt mehr vor als eine solche einfache Prolongation. Denn hier haben die Parteien, abgesehen von der über die Zinsen getroffenen Vereinbarung, die Goldklausel ihrer für die Vekl. ruinösen Wirkung durch die Abrede entkleidet, daß die Kl. von ihrem Kündigungsrecht erst Gebrauch machen dürfe, wenn die deutsche Währung eine gewisse Relation zum Schweizer Franken, nämlich ein Verhältnis von 100 M = 100 Franken, erreicht habe. Auch haben sie im Zusammenhang damit Vereinbarungen hinsichtlich einer anderen der Kl. von der Vekl. bereits zurückbezahlten Hypothek getroffen. In diesen Abmachungen sind besondere Vereinbarungen zu erblicken, durch die die Parteien vor dem Inkrafttreten der Abkommen eine Regelung getroffen haben, die den Zweck verfolgte, ihre infolge der Außerkraftsetzung der Goldklausel durch die BundRW. v. 28. Sept. 1914 und die Geldentwertung in Widerspruch geratenen Interessen auszugleichen. Diese Abmachungen verfolgten im wesentlichen denselben Zweck, der durch die nachher zwischen dem Deutschen Reich und der schweizerischen Eidgenossenschaft abgeschlossenen Abkommen erreicht werden sollte. Sie sind daher als besondere Vereinbarungen i. S. des Art. 5 des Zusatzabkommens anzusehen. Hiernach war das BU. aufzuheben und die Klage abzuweisen.

(Urt. v. 19. Febr. 1930; 549/29 V. — Celle. [Sch.]

### 6. Preussisches Grundstücksverkehrsrecht.

\*\*18. PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923; §§ 185, 894, 985 BGB.

1. Zwar liegt regelmäßig in der Auflassung zugleich die Einwilligung, daß der Erwerber

als Nichteigentümer das Eigentum überträgt; zwar bedürfen Zustimmungserklärungen lediglich ergänzender und vervollständigender Art zu einem rechtswirksam geschlossenen und behördlich genehmigten Veräußerungsgeschäft keiner besonderen Genehmigung. Aber i. S. des GrVerkG. sind eine Kette von Kaufverträgen und Auflassungen ebenso viele selbständige Veräußerungsgeschäfte, die alle, namentlich das erste, der behördlichen Genehmigung bedürfen.

2. Zulässigkeit der Einrede der allgemeinen Arglist auch bei einem nichtgenehmigten, formwidrigen Kaufvertrage unter besonderen Umständen.)

Der Kl. verkaufte 1922 sein Haus an B. Der Kaufpreis war auf 360 000 M vereinbart, aber nur mit 300 000 M beurkundet. Die Auflassung wurde am 19. Okt. 1922 notariell erklärt. Ohne daß B. sich als Eigentümer hatte eintragen lassen, verkaufte er Dezember 1922 das Grundstück weiter an M.; die Auflassung erfolgte gleichzeitig. Auch M. ließ sich nicht als Eigentümer eintragen, sondern verkaufte April 1923 das Haus für 950 000 M an den Vekl. und ließ es ihm zugleich auf. Dieser Vertrag wurde gemäß § 7 Abs. 4 PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923 stillschweigend behördlich genehmigt, der Vekl. dann auf Grund der drei Auflassungen Juli 1923 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Auf die Klage wurde der Vekl. zur Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs verurteilt. Seine Rev. hatte keinen Erfolg.

Das BG. stützt seine Ansicht, daß der Kl. noch Eigentümer des Grundstücks sei, auf folgende Erwägungen: Der Erwerb des Vekl. habe nicht allein auf der Auflassung vom April 1923, sondern auch auf den beiden früheren Auflassungen, insbes. der des Kl. an B. vom Oktober 1922 beruht. Der in dieser Auflassung erwähnte beurkundete Vertrag vom September 1922 sei wegen Scheines (§ 117 BGB.), der ihr in Wahrheit zugrunde liegende mündliche Vertrag wegen Formmangels (§ 313 BGB.) nichtig gewesen. Bis zum 1. Jan. 1923 sei es zu keiner Heilung des Formmangels durch Eintragung des Eigentumswechsels in Grundbuch gekommen. Nach § 15 Satz 2 PrGrVerkG. habe daher das Veräußerungsgeschäft des Kl. mit B. der behördlichen Genehmigung bedurft. Diese Genehmigung fehle. Sie sei nach dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes für den Eigentumserwerb des Vekl. auch dann unentbehrlich, wenn man in der Auflassung des Kl. an B. zugleich die Zustimmung des Kl. zu beliebiger Weiterveräußerung des Grundstücks durch B. ohne dessen vorangehende Eintragung als Eigentümer erblicke.

Vergeblich sucht die Rev. einen Rechtsirrtum in diesen Ausführungen.

Wird die Rechtslage zunächst ohne Berücksichtigung der Weiterveräußerungsgeschäfte zwischen B. und M. und zwischen M. und dem Vekl. lediglich auf Grund des Veräußerungsgeschäfts zwischen dem Kl. und B. geprüft, so ergibt sich folgendes: B. konnte nach dem Inkrafttreten des PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923 auf Grund der Auflassung vom Oktober 1922 nicht mehr rechtswirksam als Eigentümer eingetragen werden, wenn nicht zuvor entweder der zwischen ihm und dem Kl. mündlich geschlossene Kaufvertrag zum wahren Preise von 360 000 M oder die Auflassung vom Oktober 1922 als solche behördlich genehmigt war. Das ergibt sich aus § 15 Satz 2 GrVerkG., an dessen Rechtsgültigkeit und rückwirkender Kraft das RG. seit der Entsch. des erl. Sen. in RG. 108, 356 in ständiger Rspr. festhält. Zwischen dem Kl. und B. fehlte bis zum 1. Jan. 1923 ein gültiger Kaufvertrag. Der beurkundete Vertrag vom September 1922 war als Scheingeschäft nichtig (§ 117 BGB.). Der in Wirklichkeit verein-

Zu 18. Die eingehenden Ausführungen zur Auslegung des PrGrVerkG. bieten m. E. weder zur kritischen Stellungnahme Anlaß, noch scheinen sie der Ergänzung zu bedürfen. Ich muß mich daher auf Zustimmung beschränken. Ebenso halte ich es für richtig, daß Kl. den Berichtigungsanspruch nach § 894 und den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB. hat und daß es der Kondition der Auflassung nicht bedarf.

Seit dem Urt. v. 30. Nov. 1927 (RG. 115, 41 = JW. 1927, 765) hält das RG. an dem Satze fest, daß die Einrede der Arglist

barte Vertrag entbehrte der Form des § 313 Satz 1 BGB. Dieser Formmangel hätte freilich nach § 313 Satz 2 BGB. durch eine gültige Auflassung und Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch geheilt werden können. Zu beiden ist es aber nicht gekommen. Mangels der behördlichen Genehmigung nach den §§ 1 Abs. 1 Satz 3, 15 Satz 2 GrVerkG. war die Oktober 1922 erklarte Auflassung seit dem 17. Febr. 1923 als unwirksam zu behandeln und deshalb ungeeignet, den Formmangel des ihr zugrunde liegenden Vertrags zu heilen (RG. 111, 244<sup>1)</sup>; 115, 40<sup>2)</sup>); eine Eintragung des B. als Eigentümer hat überhaupt nicht stattgefunden. Mit dem 17. Febr. 1923 war die Rechtslage also die: das schuldrechtliche Kaufgeschäft zwischen dem K. und B. war nichtig; die Auflassung zwischen ihnen war unwirksam; wäre B. auf dieser Grundlage als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden, so hätte der K. gegen ihn den Berichtigungsanspruch des § 894 BGB. und den Herausgabeanspruch des § 985 BGB. gehabt (RG. 115, 35; 117, 367<sup>3)</sup>). Die Gesetzesnovelle v. 20. Juli 1925 änderte diesen Rechtszustand nicht (RG. 114, 234).

Es fragt sich weiter, ob die Ansprüche, die der K. gegen B. gehabt hätte, wenn dieser sich nach dem 16. Febr. 1923 als Grundstückseigentümer hätte eintragen lassen, nunmehr auch gegen den Bekl. gerichtet werden können oder ob sie durch die Weiterveräußerungen gegenstandslos geworden sind, insbes. nachdem der Bekl. auf Grund seines behördlich genehmigten Erwerbsgeschäfts mit M. als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden ist. Der 1. ZivSen. des RG. hat in einem Beschluß v. 22. Okt. 1925 (JurAbsh. 1926 Bd. 2 Sp. 119 Nr. 169) die Frage in letzterem Sinne entschieden. Auch das BG. hat in einem früheren Ur. v. 11. Mai 1926 (auszugsweise abgedr. bei Mfch, Grundstückskauf, 2. Aufl., S. 113 Nr. 52) diesen Standpunkt geteilt. Ihm ist zunächst D. Cohn (JurAbsh. 1927 Bd. 3 Sp. 339 ff.) und nunmehr das BU. mit Recht entgegengetreten.

Die Begründung der abgelehnten Ansicht durch den 1. ZivSen. des RG. knüpft an die allseits gebilligte Auflassung an, daß regelmäßig in einer Auflassung zugleich die Einwilligung des Veräußerers in weitere Verfügungen des Erwerbers liege und daß deshalb, wenn der Erwerber, ohne sich einzutragen zu lassen, das Grundstück an einen Dritten weiter veräußere, dieser Dritte unmittelbar als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden dürfe (RG. 54, 368; RG.: JW. 1929, 742<sup>4)</sup>; RGZ. 47, 158 und 53, 144; JW. 4, 311; RGRRomm. 3, 236; Gütthe-Triebel, Ab. 1 S. 551). Sofern nicht im Einzelfalle besondere Umstände für das Gegenteil sprechen, wird in der ersten Auflassung die im § 185 Abs. 1 BGB. vorgesehene, gemäß § 873 Abs. 2 BGB. unwiderruflich bindende Einwilligungserklärung des ursprünglichen Eigentümers dazu gefunden, daß der Erwerber als Nichteigentümer dem Dritten Eigentum übertrage. Auf dieser Grundlage folgert nun der 1. ZivSen. des RG. weiter, daß dann, wenn mehrere dem PrGrVerkG. unterliegende Auflassungen sich aneinanderreihen, aber nur der letzte Erwerber ins Grundbuch eingetragen wird, auch nur die letzte Auflassung der behördlichen Genehmigung bedürfe. Denn die früheren Einigungen, so meint er, würden nicht mehr als Auflassungen im eigentlichen Sinne, sondern nur noch als Einwilligungserklärungen gemäß § 185 Abs. 1 BGB. „verwertet“. Als solche seien sie aber keine Rechtsgeschäfte, welche „die Veräußerung eines

auch gegenüber dem im PrGrVerkG. aufgestellten Erfordernis der behördlichen Genehmigung des Kaufvertrages durchbringen könne. Dieser Satz wird hier wiederholt, seine Anwendung auf den vorf. Fall aber verneint. Es handelt sich um einen interessanten Anwendungsfall der *exceptio doli*. Das Ur. des 3. Sen. v. 15. Nov. 1907 (Warn. 1908 Nr. 38; SeuffArch. 63, 349; Gruch. 52, 1044) hat dieses ganze Gebiet zum ersten Male angechnitten. Es war in seinen Formulierungen wohl noch nicht einwandfrei (vgl. dazu Hoeningcr, Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit, MotZ. 1909, 673). Inzwischen sind die Voraussetzungen dieser Einrede der Arglist durch weitere Ur. geklärt worden (vgl. namentlich 5. Sen., Ur. v. 14. Nov. 1923; RG. 107, 180 = JW. 1924, 535). Heute haben wir in den Grundsätzen klares Rechtssprechungsrecht in dieser Frage.

Prof. Dr. Heinrich Hoeningcr, Freiburg i. Br.

Grundstücks zum Gegenstande haben“, und deshalb seien sie nicht genehmigungspflichtig. Auch der Zweck des Gesetzes spreche für diese Auslegung.

Mit Recht steht das BG. auf einem anderen Standpunkt. Die Auslegung des 1. ZivSen. des RG. entspricht weder der Fassung noch dem Zweck des Gesetzes.

Zwar hat auch das RG. (RG. 118, 113) anerkannt, daß bloße Zustimmungserklärungen aus § 185 Abs. 1 BGB. zu einem rechtswirksam geschlossenen und behördlich genehmigten Veräußerungsgeschäft keiner besonderen Genehmigung bedürfen (ebenso Hagelberg-Friedlaender, GrVerkG. S. 26). Dabei ist indessen nur an solche Rechtsgeschäfte gedacht, die lediglich ergänzend und vervollständigend zu einem in sich einheitlichen Veräußerungsgeschäft hinzutreten, nicht aber an solche Erklärungen, die rechtlich und wirtschaftlich schon für sich allein selbständige Veräußerungsgeschäfte darstellen. Liegt nun eine Kette von Kaufverträgen und Auflassungen vor, so sind i. S. des GrVerkG. ebenso viele selbständige Veräußerungsgeschäfte gegeben, als die Kette Glieder hat. Das entspricht der natürlichen wirtschaftlichen Betrachtung, der zweiten Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 1, 3 des Gesetzes und vor allem auch dem Gesetzeszweck. Der Gesetzgeber wollte in den Zeiten des fortgeschrittenen Währungsverfalls möglichst verhindern, daß das Eigentum am Grund und Boden in ungeeignete Hände gerate, und wollte jede Umgehungsmöglichkeit, die den zu verhindernden Erfolg dennoch herbeiführen konnte, tunlichst ausschließen (RG. 121, 366<sup>4)</sup>). Der Genehmigungszwang sollte insbes. der Behörde die Handhabe dazu bieten, jedes Veräußerungsgeschäft daraufhin zu prüfen, ob es den ursprünglichen Eigentümer unbillig drücke und ob es der Grundstücksspekulation diene (§ 4 Ziff. 3, 4). Diesem Zweck genügt im Falle von Kettenauflassungen nur eine Auslegung des Gesetzes, die es der Behörde ermöglicht, gerade das erste Glied der Kette zu prüfen und, wenn gewichtige Allgemeininteressen seiner Anerkennung entgegenstehen, ihm die Genehmigung zu verweigern und damit die ganze Kette zu zerreißen. Die Umdeutung einer Auflassung in eine Einwilligungserklärung nach § 185 Abs. 1 BGB. ist eine juristische Konstruktion, die unnötige Zwischeneintragen in das Grundbuch vermeiden und damit der Erleichterung des formalen Grundbuchverkehrs dienen soll und darf. Sie kann aber nicht dazu führen, über diesen rein formalen Zweck hinaus die Abwicklung von Grundstücksveräußerungsgeschäften durch Ausschaltung eines materiellen Erfordernisses für den Eigentumsübergang, insbes. des im öffentlichen Interesse aufgestellten Genehmigungszwangs zu fördern. Würde der Behörde nur das letzte Glied der Kette von Kaufverträgen und Auflassungen zur Genehmigung zu unterbreiten sein, so könnte sie die ihr vom Gesetzgeber übertragene Aufgabe nicht sachgemäß erfüllen. Eine Gesetzesauslegung, die es im Ergebnis dem Belieben der Beteiligten oder dem Zufall überläßt, ob ein Veräußerungsgeschäft genehmigungspflichtig ist — je nachdem ob die einzelnen Glieder der Kette zu Eintragungen der Zwischenerwerber führen oder nicht —, nimmt dem Gesetz in einer seinem Wortlaut und Sinn widersprechenden Weise die erstrebte praktische Wirkung. Hiernach bedurfte trotz der Weiterveräußerungen durch B. und M. auch die Auflassung des K. an B. noch der behördlichen Genehmigung. Ohne diese Genehmigung ist die Auflassung unwirksam und enthält deshalb auch keine rechtsgültige Einwilligung des K. in das Geschäft zwischen M. und dem Bekl. Dieser hat also ohne rechtlich wirksame Zustimmung des K. dessen Grundstück vom Nichteigentümer M. erworben und kann sich weder auf § 185 noch auf § 892 BGB. berufen, um einen rechtsbeständigen Eigentumswerb für sich zu begründen. Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB., die zunächst zu seinen Gunsten spricht, ist durch den Sachverhalt widerlegt. Der Berichtigungsanspruch und der Herausgabeanspruch des K. gegen den Bekl. sind nach den §§ 894, 985 BGB. begründet. Der K. braucht auch, um die Ansprüche geltend zu machen, nicht erst seine auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags abgegebene, ohnehin unwirksame Auflassungserklärung zurückzufordern. Die Ausführungen der Rev., die sich mit den §§ 812 ff. BGB. beschäftigen, würden nur dann rechtserheblich sein, wenn eine wirksame Auflassung

<sup>1)</sup> JW. 1925, 2234.

<sup>2)</sup> JW. 1927, 765.

<sup>3)</sup> JW. 1927, 2512.

<sup>4)</sup> JW. 1929, 770.

vorläge. Da das nicht der Fall ist, braucht auf sie nicht eingegangen zu werden.

Ohne Rechtsirrtum hat das BG. dem Bekl. die Einrede verweigert, daß der Kl. angesichts eigenen Verschuldens beim Vertragschluß mit B. und arglistigen Verhaltens gegenüber dem Bekl. die Klagenansprüche nicht geltend machen dürfe. Der Bekl. hatte in dieser Richtung vorgetragen, der Kl. habe zur Steuerersparnis aus eigener Veranlassung oder doch im Zusammenwirken mit B. die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises im Vertrag vom September 1922 herbeigeführt und später zugelassen, daß der Bekl. ohne Kenntnis dieses Sachverhalts das Grundstück von M. erworben habe. Zwar weiß die Rev. zutreffend darauf hin, daß auch bei einem nicht genehmigten formwidrigen Kaufvertrage unter besonderen Umständen die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber der Klage des Veräußerers auf Grundbuchberichtigung Platz greifen könne (RG. 115, 41 ff.<sup>5</sup>) unter 3; 119, 166<sup>6</sup>). Das tatsächliche Vorbringen des Bekl. in den Vorinstanzen reicht aber nicht aus, um im vorl. Falle ein arglistiges Verhalten des Kl., sei es gegenüber B., sei es gegenüber dem Bekl. darzutun. Insbes. fehlt ein Anhalt dafür, daß etwa der Kl. wider besseres Wissen dem B. die Gültigkeit des unrichtig beurkundeten Vertrags vorgepiegelt hätte, um sich später doch auf die Ungültigkeit zu berufen, oder daß der Kl. Schritte unterlassen hätte, die er nach Treu und Glauben hätte unternehmen können und müssen, um den Bekl. von dem Geschäft mit M. abzuhalten. Die Klage der Rev., das BG. habe unter Verletzung des § 139 ZPO. den Sachverhalt in dieser Hinsicht nicht genügend aufgeklärt, scheidet schon daran, daß der Bekl. nicht darlegt, was er denn bei Ausübung des Fragerechts noch vorgebracht hätte.

(U. v. 28. Mai 1930; 282/29 V. — Berlin.) [Sch.]

## 7. Reichsverfassung.

19. Art. 128 Abs. 2 RVerf. Die Zustimmung der zu Unrecht wegen ihrer Verheiratung entlassenen Lehrerin zu der Entlassungsverfügung in Unkenntnis deren Rechtsunwirksamkeit ist rechtlich belanglos. Nach der Klärung der Rechtslage durch die Rechtssprechung des RG. hatte die Unterrichtsverwaltung die Amtspflicht, die zu Unrecht ergangenen Entlassungen in Ordnung zu bringen. Das Warten der Lehrerinnen hierauf kann keine Verwirkung ihrer Ansprüche herbeiführen. †)

(U. v. 29. April 1930; 253/29 III. — Berlin.) [Sch.]  
Abgebr. ZW. 1930, 2216<sup>9</sup>.

## II. Verfahren.

20. §§ 460, 322 ZPO. Abnahme des Eides vor dem Eintritt der Rechtskraft des bedingten Endurteils ist unzulässig und muß zur Aufhebung des Läuterungsurteils führen. Ein bedingtes Endurteil ist erst dann rechtskräftig, wenn es in allen seinen Teilen, also sowohl hinsichtlich der Eidesnorm als auch hinsichtlich der Folgen der Eidesleistung oder der Eidesverweigerung unangreifbar ist. †)

Die Rev. rügt mit Recht Verletzung des § 460 Abs. 2 ZPO. Nach dieser Gesetzesbestimmung erfolgt die Leistung

Zu 19. Das Urteil liegt im Zuge der bisherigen Rpr., nach der sich der Dienstherr bei Entlassung eines Beamten auf dessen der Entlassung zustimmende Erklärung nicht berufen darf, wenn er hiermit seine dem Beamten gegenüber bestehende Fürsorgepflicht verletzen würde. In diesem Sinne entschied der 3. ZivSen. schon am 10. Okt. 1919 (RG. 96, 302) und am 22. Nov. 1929 (RG. 126, 243; ZW. 1930, 1188 mit Anm. von mir).

Prof. Dr. Walter Sellinek, Heidelberg.

Zu 20. Man muß sich vergegenwärtigen, wie das Urteil des RG. auf die Beteiligten gewirkt hat, und man wird ohne weiteres der Bedenken gewahr werden, die der Entsch. entgegenstehen. Auch

<sup>9</sup>) ZW. 1927, 765.

<sup>9</sup>) ZW. 1928, 168.

des Eides erst nach Eintritt der Rechtskraft des bedingten Endurteils. Die Vorschrift ist zwingend; eine Abnahme des Eides vor der Rechtskraft des Urteils ist unzulässig und muß zur Aufhebung des Läuterungsurteils führen (ebenso Stein-Jonas, Anm. II zu § 460 ZPO.). Das Ur. v. 15. Nov. 1927 war aber z. B. der Abnahme des Eides noch nicht rechtskräftig. Ein bedingtes Endurteil, in dem nach § 462 ZPO. die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als auch der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen sind, ist erst dann rechtskräftig, wenn es in allen seinen Teilen, also sowohl hinsichtlich der Eidesnorm, als auch hinsichtlich der Folgen der Eidesleistung bzw. Eidesverweigerung endgültig feststeht, und in keiner dieser Richtungen mehr mit dem zulässigen Rechtsmittel angefochten ist oder angefochten werden kann. Nun war zwar durch den Beschluß des erf. Sen. v. 12. Juli 1928 die von dem Kl. eingelegte Rev. insoweit als unzulässig verworfen worden, als nicht durch den Beschl. v. 15. Dez. 1927 das Armenrecht bewilligt worden war. Dagegen war die Rev. nicht für unzulässig erklärt, soweit sie sich dagegen richtete, daß in dem bedingten Endurteile des RG. für den Fall der Nichtleistung des Eides die Verpflichtung des Bekl. zur Einwilligung in die Eintragung der Kl. als Eigentümer und zur

wer von jenen Wirkungen nichts erfahren hat, kann sie sich vorstellen. Man mache sich klar: unabänderlich steht fest, daß ein Eid geleistet werden muß. Der Eidespflichtige war zur Leistung bereit und hat geschworen. Die Folge der Eidesleistung steht außer Zweifel. Trotzdem soll der Rechtsstreit weitergehen, weil über die Folgen einer Eidesverweigerung noch zu entscheiden ist; hierüber Klarheit zu schaffen, kann eine schwierige Aufgabe sein, die lange Zeit beansprucht und erhebliche Kosten verursacht. Und dazu kommt, daß der Gegner des Schwurpflichtigen das Armenrecht besitzt, so daß der Schwurpflichtige nicht auf Ersatz seiner weiter erwachsenden Kosten zu rechnen vermag. Sollte der Eidespflichtige, dem sein Prozeßsieg ebenso zweifellos erscheinen muß, wie die Bedeutungslosigkeit des weiteren Verfahrens, es nicht als unbegreiflich ansehen, daß man ihm zumutet, vielleicht noch jahrelang zu prozessieren und ohne Aussicht auf Ersatz erheblichste Aufwendungen zu machen? Tatsächlich hat unter dem Druck dieser Sachlage, in dem vom RG. entschiedenen Falle, der Schwurpflichtige sich entschlossen, sich zu vergleichen und dabei dem Gegner einen Betrag von vielen Tausenden zu zahlen, den Betrag nämlich, den er bei Fortführung des Rechtsstreites durch Bestreitung von Kosten — selbst im Falle seines Sieges — vorausichtlich eingebüßt hätte.

Es leuchtet hiernach ohne weiteres ein, daß das Ur. des höchsten Gerichtshofs praktisch nicht befriedigt; und doch sprechen für es schwerwiegende theoretische Gründe. Das Gesetz sagt eindeutig, der durch bedingtes Endurteil auferlegte Eid dürfe erst nach Rechtskraft abgenommen werden (§ 460 Abs. 2 ZPO.), und rechtskräftig ist das Ur. nicht, ehe jede Anfechtung durch ein ordentliches Rechtsmittel ausgeschlossen ist. Geht man sonach vom Gesetzeswortlaut aus, so war die Eidesleistung in dem entschiedenen Falle sicher nicht rechtswirksam. Freilich war das bedingte Ur. zum Teil unabänderlich geworden. Unabänderlich stand fest, daß der Eid zu leisten sei und daß bei seiner Leistung der eidespflichtige Bekl. das streitige Mittergut behielt, während bei der Eidesverweigerung das Gut gegen Zahlung eines bestimmten Betrags herauszugeben war. Unentschieden war nur, wie hoch dieser Betrag sei. Nur für den Streit hierüber nämlich hatte das RG. das Armenrecht bewilligt, und für den vom Armenrecht nicht berührten Teil des BU. war die Rev. als unzulässig verworfen; eine neue Rev. konnte — nach Ablauf der sechsmonatigen Frist des § 552 ZPO. — aber nicht mehr eingelegt werden. Sonach stand einzig und allein über den Betrag der Gegenforderung die Entsch. noch aus. Freilich hat das RG., wie es scheint, in Zweifel gezogen, daß die teilweise Verwerfung der Rev. zulässig gewesen sei. Mit Unrecht. Im Streit stand ein Herausgabeanpruch und, für den Fall seiner Verwerfung, ein Zug um Zug zu erfüllender Gegenanspruch. Hier konnte das berufsgerichtliche Ur. über den Herausgabeanpruch vom RevG. gewilligt und jeder weiteren Anfechtung entzogen werden, wenn auch wegen der Gegenforderung die Sache an den BerKl. zurückverwiesen wurde. Entsprechend konnte auch die Rev. gegen jenen ersten Urteilsteil verworfen, diejenige gegen den zweiten Urteilsteil weiter verfolgt werden. Geschäft dies, so trat eine Rechtslage ein, bei der von einer teilweisen Rechtskraft im eigentlichen Sinn gegeben ist. Gegen diese Annahme spricht der Umstand, daß die Entsch. über den Anspruch keine abschließende Erledigung gefunden hat, solange nicht auch die Entsch. über die Zug um Zug zu erfüllende Gegenforderung endgültig geworden ist. Dieses Umstandes wegen bestand in dem vom RG. behandelten Falle zwischen dem erledigten und dem unerledigten Teile des Rechtsstreites eine Abhängigkeit. Und noch eine zweite Abhängigkeit ist hier



Herausgabe des Rittergutes von einer Zug-um-Zug-Leistung der Kl. in Höhe von 42 253,55 M abhängig gemacht war, und ebenso hatte der Bekl. auf seine Anschlussrevision insoweit nicht verzichtet, als er für den Fall der Nichtleistung des Eides eine Erhöhung der Zug-um-Zug-Leistung der Kl. erstrebte. Das bedingte Endurteil stand also jedenfalls hinsichtlich der Folgen der Nichtleistung keinesfalls endgültig fest, war vielmehr insoweit mit Rev. und Anschlussrevision angegriffen. Solange aber das bedingte Endurteil nicht hinsichtlich der Folgen sowohl der Eidesleistung als auch hinsichtlich der Eidesverweigerung endgültig feststand, war das Eidesleistungsverfahren unzulässig. Die Zulässigkeit konnte auch nicht durch die einseitige Erklärung der eidespflichtigen Partei, daß sie zur Leistung des Eides bereit sei, herbeigeführt werden. Die Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens ergibt sich schon aus der Erwägung, daß das BG. gar nicht in der Lage gewesen wäre, das Läuterungsurteil zu erlassen, wenn der Bekl. entgegen seiner vorher abgegebenen Erklärung die Leistung des Eides verweigert haben würde.

Das BG. hat hiernach den § 460 Abs. 2 ZPO. verletzt, indem es die Eidesleistung des Bekl. zuließ, bevor das bedingte Endurteil rechtskräftig geworden war. Da nicht nur das von dem BG. erlassene Läuterungsurteil, sondern auch das ihm vorangegangene Eidesleistungsverfahren auf diesem Rechtsversuche beruht, war neben dem Läuterungsurteil auch das Eidesleistungsverfahren selbst aufzuheben (§ 564 ZPO.).  
(U. v. 2. Mai 1929; 730/28 VI. — Berlin.) [Ru.]

festzustellen, auf die das RG.-Urteil mit gutem Grunde abhebt. Erst im Eidestermine entscheidet sich, ob der Eid geleistet wird oder nicht; bei Abhaltung des Termins muß also grundsätzlich mit beiden Möglichkeiten gerechnet werden; solange also nicht klar steht, welche Folgen sowohl in einem wie in andern Falle zu ziehen sind, ist die Abhaltung des Schwurtermins bedenklich. Es muß darum dem RG. angegeben werden, daß, solange jene Klarstellung fehlt, vom Standpunkte des § 460 aus gewichtige Gründe dafür sprechen, die Termins-abhaltung für unzulässig zu erklären. Ist es doch angesichts der aufgezeigten Abhängigkeiten, in denen die verschiedenen Urteile voneinander stehen, sicher das nächstliegende anzunehmen: solange das bedingte Urteil nicht in vollem Umfang rechtskräftig sei, fehle es an der Rechtskraft, welche die genannte Vorschrift zur Voraussetzung der Eidesleistung macht. Der Gesetzeswortlaut scheidet also durchaus die vom RG. vertretene Ansicht. Führt aber auch der Zweck des Gesetzes zum gleichen Ergebnis? Er wird einmal darin zu erblicken sein, daß der Heiligkeit des Eides Rechnung getragen werden soll; ein Eid soll nicht abgenommen werden, solange nicht endgültig feststeht, daß es auf ihn ankommt. Von diesem Standpunkt aus würde auch vor Rechtskraft des Urteils eine Eidesleistung zugelassen werden dürfen, sobald ihre Notwendigkeit außer Frage stünde. In dem vom RG. beurteilten Falle konnte hiernach die Eidesabnahme keinem Bedenken unterliegen. Die Vorschrift, daß der Eid erst nach Urteilsrechtskraft geleistet werden dürfe, kann nun aber auch darin ihre Begründung finden, daß der Schwurpflichtige vor Leistung des Eides die Folgen der Leistung und der Verweigerung genau sollte überblicken können. Dies schon deshalb, weil er sonst nicht abschließend beurteilen kann, ob er nicht unter Berücksichtigung der Heiligkeit des Eides etwas, was er beschwören könnte, unbeschworen lassen will, da die Folgen der Eidesverweigerung für ihn keinen erheblichen Nachteil bedeuten. Unter diesem Gesichtspunkte konnte es in dem vom RG. behandelten Rechtsstreit für den Schwurpflichtigen bedeutsam sein, zu wissen, was er als Gegenleistung zu erhalten hatte, wenn ihm die Herausgabe des Rittergutes oblag. Darum hat es auch eine gewisse innere grundsätzliche Berechtigung, wenn das RG. eine Eidesleistung insoweit für unwirksam erklärte, als die streitige Gegenforderung noch nicht festgesetzt war. Dessenungeachtet bleibt die reichsgerichtliche Entsch. unbefriedigend. Es hat zwar nach dem Dargelegten keinen guten Grund, wenn man den Schwurpflichtigen zu einer Stellungnahme erst zwingt, wenn er die Folgen der Leistung und der Verweigerung des Eides genau kennt. Sofern er aber auf diese Kenntnis gar keinen Wert legt, ist nicht einzusehen, weshalb man ihm verwehrt, sich über die Eidesleistung oder Eidesverweigerung alsbald zu entscheiden, sofern nur die Folgen seiner Entscheidung unabänderlich festgelegt sind. Die durch eine solche vorzeitige Entschließung des Eidespflichtigen erreichbare Prozessverkürzung und Prozessverbilligung sollten doch mit allen Kräften angestrebt werden. So wird eine freie Auslegung des Gesetzes verteidigt werden können, die dahin geht: Vor Rechtskraft des bedingten Urteils kann der Eidespflichtige zwar nicht gezwungen werden, über die Eidesleistung sich entscheidend zu entscheiden. Es steht ihm aber offen, unter gleichzeitiger bestimmter Erklärung darüber, ob er den Schwur leisten oder verweigern will, zu einem Termine zu laden, und das Gericht kann im Termine die angekündigte Eideserklärung prozessual wirksam entgegennehmen, wenn unabänderlich und abschließend feststeht, 1. daß die Eides-

21. §§ 518, 130 Nr. 6 ZPO. Bei gleichzeitiger Einreichung einer nicht mit Unterschrift versehenen Berufungsschrift und einer mit dem Beglaubigungsvermerk des Prozeßbevollmächtigten versehenen Abschrift davon ist diese zweite als Berufungsschrift anzusehen. †)

Das BG. hat sowohl den Ersatz der unter der Berufungsschrift fehlenden Unterschrift des Prozeßbevollmächtigten der Kl. und Berufungskl. durch den eigenhändig unterschriebenen Beglaubigungsvermerk der gleichzeitig mit der nicht unterschriebenen Berufungsschrift bei ihm eingereichten beglaubigten Abschrift der letzteren, wie auch den frist- und formgerecht gestellten Antrag der Kl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsschrift abgelehnt.

Die Rüge aus §§ 518, 130 Nr. 6 ZPO. ist begründet. Nach der ständigen Rspr. des RG. müssen die Urschriften derjenigen Schriftsätze, mit deren Einreichung eine wesentliche, den Gang des Rechtsstreits bestimmende Prozedurhandlung vorgenommen wird, zu denen in erster Linie Rechtsmittelschriften gehören, vom Prozeßbevollmächtigten handschriftlich unterzeichnet werden. Denn die ZPO. bezweckt überall da, wo sie die „Unterschrift“ fordert, die Ausschließung jedes Zweifels für das Gericht, daß die Unterschrift von dem Unterzeichner herrühre und daß dieser die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernehme; demgegenüber sei auf den Ausdruck „sollen“ in § 130

aufzulegen nicht zu umgehen ist, und 2. welche Folgen sich an die vom Schwurpflichtigen gewählte Stellungnahme anknüpfen. Diese Folgen sind dann auszusprechen, und damit wird das ganze Verfahren abgeschlossen. Auf solche Weise wird den Absichten des § 460 ZPO. in jeder Hinsicht Rechnung getragen und zugleich dem allgemeinen Gebote der Prozesssparsamkeit gebührend Genüge geleistet. Freilich kann die Regelung der Kostenfrage gewissen Schwierigkeiten begegnen. Der vom RG. behandelte Fall zeigt dies. Denn das Läuterungsurteil wird hier nicht ohne weiteres über die Kosten der Rev. befinden dürfen; über sie müßte das RevG. — nach Erledigung der Sache im übrigen — noch Entscheidung treffen.

Will man der entwickelten Anschauung nicht folgen, weil ihr im Wortlaute des Gesetzes jede Grundlage fehlt, dann wird man doch für den vom RG. entschiedenen Fall folgendes zu erwägen haben: Der aufgelegte Eid war geleistet. Seine Leistung hätte unterbleiben sollen. Aber später muß es, wie unabänderlich feststeht, auf die Eidesleistung ankommen. Dann braucht der Schwurpflichtige den Eid nicht noch einmal leisten; er kann sich auf seinen früheren Schwur berufen (Stein-Jonas § 533 N. 11; Kann § 461 Anm. 3; Walzmann in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 6, 237). Der schon geleistete Eid muß dann, wie gleichfalls unabänderlich feststeht, zur Klageabweisung führen. Ist danach an der späteren Abweisung der Klage nicht zu zweifeln, ohne daß eine neue Eidesleistung erforderlich wäre, dann darf man die Frage aufwerfen: Sollte der alsbaldigen Klageabweisung ein durchschlagendes Bedenken im Wege stehen? Dies etwa deshalb, weil der Schwurpflichtige sterben kann, ehe er zum Schwure kommt und dann — ganz gegen die Absicht des unabänderlichen bedingten Urteils — die Eidesleistung unmöglich wird? Weder diese, noch sonst eine Erwägung scheinen mir zu rechtfertigen, die Klageabweisung aufzuheben, die dem allgemeinen Rechtsempfinden ebenso entsprechen dürfte, wie den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit. Es wäre deshalb, nachdem der Schwur einmal geleistet war, das RG. wohl für alle Fälle in der Lage gewesen, ungeachtet der Berechtigung seiner Überlegungen das kammergerichtliche Urteil aufrechtzuerhalten. Ist doch, um mit dem RG. (RG. 102, 278) zu reden, das Prozeßgesetz als Zweckmäßigkeitsnorm zu betrachten, so daß auch die Form- und Mispfortschriften einer freien Auslegung zugänglich sind. SenPräs. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

Zu 21. Das RG. bezeugt, daß seine ständige Rspr. dahin gehe, es müßten Rechtsmittelschriften und andere den Prozeßbogen bestimmende Schriftsätze handschriftlich vom Prozeßbevollmächtigten unterzeichnet werden. Stein-Jonas (§ 129 N. 7) befreit nicht nur die Berechtigung dieser Praxis, er zieht auch in Zweifel, daß sie folgerichtig durchgeführt werde. Die Zulassung der Rechtsmittelinreichung durch Telegramm, die der reichsgerichtlichen Auffassung entsprechen, widerstreite jener Praxis. Inbezug muß man beachten, daß das RG. bei dem Telegramm die handschriftliche Unterzeichnung der Urschrift fordert (siehe z. B. JW. 1921, 527). Freilich wird es auch für genügend erklärt (RGSt. 38, 283), wenn in anderer Weise als durch die Unterzeichnung die Richtigkeit des Ausstellers eindeutig zu ersehen ist. Aber darum ist doch stänbig abgelehnt worden, eine Stempelunterchrift oder ähnliches als genügend anzusehen. Diese Praxis ist gerechtfertigt; sonst können bei wesentlichen, die Verfahrensentwicklung bestimmenden Erklärungen

Nr. 6 ZPD. kein entscheidendes Gewicht zu legen (RG. 46, 375; ZW. 1914, 98<sup>20</sup> und 834<sup>11</sup>; RG. 119, 62<sup>1</sup>). Diese Auffassung schließt jedoch, wie schon in dem Beschluß des 3. ZivSen. v. 11. Nov. 1927, III B 17/27, in zit. RG. 119, 62 mit Recht ausgesprochen wird, nicht aus, daß eine beglaubigte Abschrift die Urschrift ersetzen und dieselben Rechtswirkungen wie diese äußern kann, wenn der Beglaubigungsvermerk vom Prozeßbevollmächtigten eigenhändig unterschrieben ist. Das war in dem den Gegenstand jener Entsch. bildenden Fall nicht geschehen, vielmehr war dort der Beglaubigungsvermerk nur mit dem Namen des Prozeßbevollmächtigten unterstempelt, ein Verfahren, das mangels einer Vorchrift des § 170 Abs. 2 ZPD. über die Form der Beglaubigung zwar zur Herstellung einer beglaubigten Abschrift als solcher ausreichte (RG. 7, 372; 14, 335), nicht aber zur Herstellung einer beglaubigten Urschrift, die als Ersatz der formgerechten Urschrift dienen könnte (zit. Beschluß des 3. ZivSen. in RG. 119, 63 a. E. und S. 64).

Im vorl. Falle besteht dieses Bedenken dagegen nicht, vielmehr ist hier der Beglaubigungsvermerk nach der Feststellung des BG. von dem Prozeßbevollmächtigten der Kl. und der Berufungskl. eigenhändig unterzeichnet.

Nun meint das BG., der Fall liege hier insofern „etwas anders“, als hier neben der beglaubigten Abschrift die nicht unterschriebene Berufungsschrift, dort lediglich die beglaubigte Abschrift (der Berufungsbegründung) bei Gericht eingereicht worden sei. Aus der Einreichung der beiden Urkunden im vorl. Fall will das BG. entnehmen, daß der Prozeßbevollmächtigte der Kl. die Abschrift nur als solche, d. h. eben als Abschrift einreichen wollte, während für das Gericht die eingereichte Berufungsschrift gelten sollte, die aber keine rechtliche Wirkung wegen des Fehlens der Unterschrift hatte.

Diese Art der Behandlung der Frage ist rechtsirrig. Wollte man dem Gedankengang des BG. folgen, so müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß in jenem Falle der unterlassenen Einreichung einer für das Gericht bestimmten Urschrift eine solche auch nicht eingereicht werden sollte, woraus sich ergäbe, daß eine Berufung überhaupt nicht eingelegt wäre. Weiter ist es auch ausgeschlossen, daß eine Partei, die eine Berufungsschrift in Urschrift überhaupt nicht einreicht, sondern nur eine solche in beglaubigter Abschrift günstiger gestellt sein soll als eine andere Partei, die eine inhaltlich vollständig ordnungsmäßige und mit dem Ausdruck des Namens eines Anwalts im Kopf versehene, aber nicht unterschriebene Berufungsschrift eingereicht hat. Schließt man sich der in der oben behandelten Entsch. des 3. ZivSen. (RG. 119, 62) ausgesprochenen Auffassung über die grund-

fähliche Zulässigkeit des Ersatzes der fehlenden Unterschrift unter der Urschrift einer Rechtsmittelschrift durch den vom Prozeßbevollmächtigten eigenhändig vollzogenen Beglaubigungsvermerk der gleichzeitig bei Gericht eingereichten beglaubigten Abschrift jener Schrift an, wie durchaus angebracht erscheint, so ist allein maßgebend, ob die Absicht der Berufungseinlegung im vorl. Fall durch eine eigene schriftliche Erklärung des Prozeßbevollmächtigten genügend klar zum Ausdruck gekommen ist. Darüber, ob das geschehen ist, entscheidet die freie richterliche Würdigung. Danach muß nach Lage des Falles jeder Zweifel an der Absicht des Prozeßbevollmächtigten der Kl., für diese Berufung einzulegen, ausbleiben. Diese Absicht ergibt sich deutlich aus seiner eigenhändigen Unterschrift unter dem Beglaubigungsvermerk der beglaubigten Abschrift der Rechtsmittelschrift i. Verb. m. der Einreichung derselben und der nicht unterschriebenen Urschrift, da anderenfalls diese Akte, als Ganzes gesehen, sinnlos wären. (U. v. 17. Juni 1930; 179/30 II. — Berlin.) [Ru.]

22. § 519 ZPD. Wenn eine Berufung zunächst unbeschränkt eingelegt, dann nach Bewilligung des Armenrechts für einen Teilbetrag der Berufungsantrag nur für diesen Teil genommen, aber der für den anderen Teil angeforderte Gerichtskostenvorschuß nicht fristgerecht bezahlt wird, dann ist eine nachträgliche Erweiterung des Berufungsantrages ausgeschlossen. †)

Der Kl. hatte eine Schadensklage erhoben mit dem Antrage, die Bekl. zu verurteilen, ihm 3713 RM nebst Zinsen zu zahlen und ihn von seiner Schuld gegenüber einem Arzte in Höhe von 150 RM zu befreien, sowie festzustellen, daß die Bekl. verpflichtet sei, ihm allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm noch erwachsen sei oder künftig entstehen werde, war jedoch vom LG. abgewiesen worden. Gegen dieses Urteil legte er Berufung ein mit dem Antrage, in Abänderung des angefochtenen Urteils nach dem Klageantrage zu erkennen. Unter dem 27. Juli 1929 wurde ihm darauf die Aufforderung zugestellt, binnen einem Monat den Nachweis der Zahlung der für die Berufung erforderlichen Prozeßgebühr zu erbringen, und, nachdem ihm auf ein am gleichen Tage gestelltes Gesuch durch Beschluß v. 26. Sept. 1929 das Armenrecht für die Berufung in Höhe der Hälfte seiner Ansprüche bewilligt, im übrigen aber verurteilt worden war, zugleich mit der Zustellung dieses Beschlusses am 26. Okt. 1929 mitgeteilt, daß an Prozeßgebühr nur 89,25 RM fristgemäß zu zahlen seien. In einem der Bekl. am 8. Nov. 1929 in beglaubigter Abschrift zugestellten und am selben Tage beim Gericht eingereichten Schriftsatz v. 7.

Zweifel erwachsen, ob sie vom zuständigen Prozeßorgane abgegeben worden sind. Mit Recht hat sich in diesem Sinne auch Buzengeiger (ZW. 1921 a. a. O.) ausgesprochen. Man darf auch nicht einwenden, die reichsgerichtliche Auffassung widerspreche der in der Rspr. durchgedrungenen Ansicht, derzufolge bei Privaturkunden die Unterschrift durch Stempelaufdruck gegeben werden kann (neuestens RG. 125 R. 14). Einmal bezieht sich diese Rspr. nur auf die vertraglich, nicht auch auf die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform; und sodann ist zu beachten, daß die Verkehrsauffassung wohl für privatrechtliche, nicht aber für prozeßrechtliche Urkunden von der handschriftlichen Unterzeichnung abzuweichen geneigt ist. Für wesentliche Prozeßschriften bleibt also die handschriftliche Unterzeichnung notwendig. Der Satz ist aber nicht weiter auszudehnen, als die Prozeßsicherheit es fordert. Steht darum trotz des Fehlens der handschriftlichen Unterzeichnung in anderer Weise eindeutig fest, daß die Schrift vom Prozeßbevollmächtigten herrührt, so muß dies ausreichen. Hat etwa der Anwalt des Rechtsmittelklägers auf die nichtunterzeichnete Berufungsschrift den handschriftlich unterzeichneten Vermerk gesetzt: „Ich ersuche um umgebende Angabe der in dieser Sache vorzunehmenden Gerichtsgebühr“, so stellt die Unterschrift unter diesem Vermerk außer Zweifel, daß der Prozeßbevollmächtigte die Verantwortung für die Berufungsschrift trägt; die Berufung ist darum wirksam eingelegt. Entsprechend lag es in dem vom RG. beurteilten Falle. Hier hatte der Anwalt zwar nicht die Urschrift der Berufung unterzeichnet, wohl aber den Beglaubigungsvermerk der Berufungsabschrift. Durch diese seine eigenhändige Unterschrift übernahm er eindeutig die volle Verantwortung für den Berufungsinhalt. Dem RG. kann darum nur beigetreten werden, wenn es aus diesem Grunde die Berufung als wirksam erklärte.

SenPräs. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

Zu 22. Die Einlegung eines Rechtsmittels hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Urts. in vollem Umfange, und zwar auch dann, wenn die Rechtsmittelanträge die nur teilweise Änderung der Entsch. verlangen. Die §§ 534, 560 ZPD. ergeben dies; zeigen sie doch, daß die spätere Ausdehnung einer zunächst nur in beschränktem Umfange eingelegten Berufung und Rev. möglich sein muß. Darf hieraus gefolgert werden, daß die Urteilskraft auch dann in vollem Umfange gehemmt bleibt, wenn das Rechtsmittel teilweise zurückgenommen wurde (vgl. Skonieczki-Gelpke § 525 N. 2)? Mit Recht verneint das RG. diese Frage. Das Gesetz läßt die Rechtskrafthemmung nur für diejenigen Teile des Urts. eintreten, zu denen die Partei noch keine endgültige Stellung eingenommen hat. Schon für diese Vorschrift läßt sich die innere Berechtigung bezweifeln. Vieles scheint dafür zu sprechen, daß die Streitteile gezwungen werden, innerhalb kurzer Fristen endgültig klarzustellen, nicht nur ob ein Urts. bekämpft werde, sondern auch in welchem Umfange dies geschehen solle. Gerade dieser — der Prozeßbeschleunigung dienenden — Auffassung werden wohl die Vorschriften der §§ 519, 554 ZPD. über den Begründungszwang Rechnung tragen wollen. Und es steht mit diesem Begründungszwange gewiß nicht in vollem Einklange, daß das Urts. über den durch Berufungs- oder Revisionsbegründung gezogenen Rahmen hinaus später noch angefochten werden kann. Um so mehr Grund besteht, eine solche Ausdehnung der Aufhebung nicht weitergehend zuzulassen, als das Gesetz es unbedingt erfordert. Mit vollem Recht sagt das RG.: „Es ist genug, daß die herrschende Meinung dem Rechtsmittelkläger die Möglichkeit gibt, zunächst einen beschränkten Berufungsantrag zu stellen und diesen auch noch nach Ablauf der Begründungsfrist . . . auf den ganzen Umfang seiner Beschwerde auszudehnen.“ In diesem Falle war wenigstens das Rechtsmittelgericht mit der Nachprüfung des erst nachträglich bekämpften Urteilsteiles zunächst gar nicht befaßt. Hat aber eine solche Befassung in irgendeiner Form schon einmal stattgefunden, dann würde

b. M. erklärte nicht mehr der Kl., daß er den Berufungsantrag lediglich dahin stellen werde, in Abänderung des angefochtenen Urteils zur Hälfte nach dem Klageantrage zu erkennen. Nur diesen beschränkten Antrag verlas er auch in der mündlichen Verhandlung v. 19. Dez. 1929. Die geforderte Prozeßgebühr zahlte der Kl. nicht. Unter dem 2. April 1930 bat er, ihm zur Weiterverfolgung seines Anspruches auf vollen Schadenersatz das Armenrecht für die BerInst. zu bewilligen, und später, ihm nach Beschlußfassung über dieses Gesuch noch vor einem anberaumten Verkündungstermine Gelegenheit zu geben, den Klageantrag auf den vollen Umfang aus der ersten Instanz zu erweitern, und zwar auch für den Fall der Ablehnung des Armenrechtsgesuches. Durch Beschluß v. 8. Mai 1930 hat das BG. mit der Begründung, die Prozeßgebühr sei nicht bezahlt, die Berufung des Kl. insoweit als unzulässig verworfen, als ihm nicht durch den Beschluß v. 26. Sept. 1929 das Armenrecht bewilligt worden war. Seine sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Der im ersten Rechtszuge abgewiesene Kl. hatte Berufung eingelegt mit dem Antrage, abändernd nach dem Klageantrage zu erkennen. Wenn er dann nachher vor der mündlichen Verhandlung in einem der Bevl. zugestellten Schriftsatz erklärte, daß er den Berufungsantrag lediglich dahin stellen werde, abändernd zur Hälfte nach dem Klageantrage zu erkennen, so konnte das einen doppelten Sinn haben: entweder den, daß das Verfahren über den Rest der Berufung vorläufig ruhen solle, oder aber den, daß er die Berufung, sei es unter Verzicht auf das Rechtsmittel überhaupt, sei es ohne solchen, insoweit zurücknehme. Welche dieser beiden möglichen Auslegungen nach den Umständen als zutreffend anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben, da in jedem Falle sich die Berufung als unzulässig erweist.

Indem der Kl. Berufung einlegte mit dem Antrage, abändernd nach dem Klageantrage zu erkennen, war gemäß § 74 ORG. die Prozeßgebühr i. S. der §§ 20, 28 ORG. nach dem vollen Streitwerte der Klage fällig geworden. Durch die Bewilligung des Armenrechts für eine auf die Hälfte des Klageanspruches begrenzte Berufung wurde die Gebührenpflicht nicht aufgehoben, sondern nur auf den dem halben Streitwerte der Klage entsprechenden Betrag beschränkt.

Durch die bloße Erklärung, daß der durch das Armenrecht nicht gedeckte Teil der Berufung vorläufig ruhen solle, konnte der Kl. seine Gebührenpflicht für diesen Teil des Rechtsmittels nicht beseitigen. Auch seine Verpflichtung, den Nachweis der Zahlung der erfallenen Gebühr binnen der ihm hierfür gemäß § 519 Abs. 6 ZPO. gesetzten Frist zu führen, wenn anders er die Verwerfung des Rechtsmittels wegen Unzulässigkeit vermeiden wollte, blieb bestehen. Keiner von beiden aber hat er genügt. Hatte seine Erklärung in dem Schriftsatz v. 7. Nov. 1929 also jenen Sinn, wie das BG. angenommen hat, so ist seine Berufung, soweit sie nicht durch die Armenrechtbewilligung gedeckt ist, mit Recht wegen Nichtzahlung der Prozeßgebühr als unzulässig verworfen worden.

Durch eine Zurücknahme des Teiles der Berufung, für den das Armenrecht nicht gewährt war, andererseits konnte der Kl. zwar seine Gebührenpflicht auf die Hälfte des sonst geschuldeten Betrages ermäßigen und der Fristsetzung gemäß § 519 Abs. 6 ZPO. ihre Bedeutung nehmen; aber zugleich ging er der Berufung insoweit gemäß § 515 Abs. 3 ZPO. verlustig und wurde das OUrT., da die Berufungsfrist für beide Parteien längst verstrießen war, unter allen Umständen insoweit rechtskräftig. Angehts des Versuches des Kl., gleichwohl auch diesen Teil des Rechtsstreits wieder vor das BG. zu bringen, würde dieses auch dann allen Anlaß gehabt

es in der Tat aller Prozeßökonomie widersprechen, wollte man dem Rechtsmittelkläger erlauben, je nach seinem Belieben den Verhandlungsstoff wieder einzuschränken und dann wieder auszudehnen. Dies wäre ein Verfahren nach dem Leitsatz: ordre, contordre, désordre. Daß es vom RG. abgelehnt wird, kann nur lebhaft begrüßt werden. Auch darin ist dem RG. beizutreten, daß die Einschränkung eines Rechtsmittelantrags einen doppelten, aber nur einen doppelten Sinn haben kann: entweder das Rechtsmittel soll teilweise zurückgenommen oder das Verfahren soll teilweise zur Ruhe gebracht werden. Im ersten Falle erlischt die Verpflichtung des Gerichtskostenvorschusses (§ 519 Abs. 6 ZPO.). Diese Verpflichtung bleibt hingegen bestehen, wenn — mit Zustimmung des Gegners auf Anordnung des Gerichts — das Verfahren ruhen bleibt.

SenPräf. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

haben, die Zulässigkeit einer solchen Ausdehnung des Verfahrens zu prüfen und ihre Verneinung durch einen Beschluß gemäß § 519 b ZPO., lautend auf Verwerfung der Berufung zu diesem Teile wegen Unzulässigkeit, auszusprechen; vgl. hierzu Stein-Jonas, ZPO. § 519 b Bem. II 1 e sowie das UrT. des RG. v. 23. Febr. 1925 (RG. 110, 230) IV 495/24.

Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß nur eine Zurücknahme der Berufung im ganzen den Verlust des Rechtsmittels zur Folge habe, bei einer bloßen nachträglichen Beschränkung der Berufung dagegen immer die Möglichkeit offen bleibe, sie später durch stets statthafte Erweiterung des Antrags wieder auf den vollen Umfang der Beschwerde auszuweihen, und daß entsprechend wegen der offenbleibenden Möglichkeit der Erweiterung des Rechtsmittels auf den vollen Umfang der Beschwerde auch eine teilweise Verwerfung der Berufung wegen Unzulässigkeit nicht statthafte sein könne. Dieser Standpunkt wird nicht nur in der Rechtslehre mißbilligt, sondern ist auch unvereinbar mit der Rspr., vor allem auch der des RG., das in zahlreichen Entsch. von einer gegen teiligen Auffassung ausgegangen ist; vgl. die Beschlüsse v. 11. Juli 1925, VI B 21/25 (RG. 111, 253<sup>1</sup>) und v. 26. Juni 1926, II B 17/26<sup>2</sup>) (Warn. 1926 Nr. 194), das UrT. v. 8. Dez. 1926, III 587/25 (ZB. 1927, 845), die Beschlüsse v. 12. Juli 1928, VI B 17/28 (ZB. 1928, 2129<sup>3</sup>) und v. 21. Sept. 1928, VII B 41/28 (Warn. 1928 Nr. 157 und das UrT. v. 9. Jan. 1930, VIII 427/29 (HöchstRspr. 1930 Nr. 750); siehe auch das UrT. des OLG. Hamburg v. 4. Dez. 1911 (OLGRspr. 25, 120), sowie Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., § 514 Note 19, § 515 bei Note 3 sowie Anm. III vorletzter Absatz, § 519 Anm. III 1 und Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 450, 454. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb der im ersten Rechtszuge Unterlegene nicht auch bloß für einen Teil des Rechtsstreits auf eine Nachprüfung durch die höhere Instanz endgültig verzichten können, sei es dadurch, daß er das Rechtsmittel von vornherein auf den Rest des Streitwertes beschränkt, sei es, daß er das zunächst unbeschränkt eingelegte nachher für jenen Teil wieder zurücknimmt. Die Rechtslage wird dann ähnlich, wie wenn die Berufung durch Teilurteil hinsichtlich eines Teiles der Beschwerde zurückgewiesen worden ist.

Ebenso wenig wie in diesem Falle ist in jenem eine nachträgliche Erweiterung des Restes des Rechtsmittels auf den erledigten Teil des Rechtsstreites mehr statthafte. Will der Berufungskl. diese Folge nicht, so bleibt ihm, nachdem er einmal einen weitergehenden Antrag gestellt hat, nur die andere Möglichkeit, statt die Berufung für jenen Teil zurückzunehmen, lediglich das Verfahren über den Teil des Rechtsstreits vorläufig ruhen zu lassen, wobei er allerdings, was aber nur sachgemäß ist, an das Einverständnis des Gegners und die Zustimmung des Gerichtes gemäß § 251 ZPO. gebunden ist. Damit ist allen praktischen Bedürfnissen genügt. Dem Rechtsmittelkläger die Befugnis einzuräumen, auch gegen den Willen des Gegners und ohne Zustimmung des Gerichts im Laufe des zweiten Rechtszuges das Verfahren im Rahmen seiner Beschwerde beliebig oft einzuschränken und wieder auszuweihen, würde aller Prozeßökonomie widersprechen und läßt sich durch keine vernünftige Erwägung rechtfertigen. Es ist genug, daß die herrschende Meinung ihm die Möglichkeit gibt, zunächst einen beschränkten Berufungsantrag zu stellen und diesen auch noch nach Ablauf der Begründungsfrist im Laufe des Rechtszuges nach seinem Belieben allmählich auf den ganzen Umfang seiner Beschwerde auszudehnen. In diesem Falle wird eben das BG. zunächst mit der Nachprüfung des Restes der erstinstanzlichen Entsch. noch gar nicht befaßt. Soweit dies dagegen einmal durch die Stellung eines Berufungsantrages, sei es auch nur in der Berufungs- oder Begründungsschrift, geschehen ist, ist es durchaus angebracht, daß es nur unter den Voraussetzungen der Zurücknahme der Berufung oder des Ruhenlassens des Verfahrens rückgängig gemacht werden kann.

Damit sind aber auch alle Gründe hinfällig, die sich gegen eine teilweise Verwerfung der Berufung wegen Unzulässigkeit anführen ließen.

(B. v. 13. Juni 1930; IX B 5/1930. — Dresden.) [H.]

<sup>1</sup>) ZB. 1925, 2133.

<sup>2</sup>) ZB. 1926, 2685.

23. § 519 ZPO. Wenn auch in dem Falle, daß nach erfolgter Setzung einer Frist gemäß § 519 Abs. 6 ZPO. das Armenrecht für einen Teilbetrag bewilligt worden ist, Unklarheiten über die Höhe des nunmehr zu zahlenden Vorschusses beseitigt werden müssen, damit die Frist ihre Wirkung üben kann, so muß es doch genügen, wenn die mitgeteilte Berechnung klar ergibt, daß die jetzige Anforderung der teilweisen Bewilligung des Armenrechts Rechnung trägt.)

Die zur Zahlung von 1975,55 RM verurteilte Bekl. hat unbeschränkt Berufung eingelegt. Der Vorsitzende des BG. hat Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr durch die am 28. Febr. 1930 dem Prozeßbevollmächtigten der Bekl. zugestellte Verfügung bis zum 25. März 1930 gesetzt. Gleichzeitig ist der Bekl. selbst die Anforderung der nach dem Beschwerdewert 1900/2000 RM berechneten Prozeßgebühr zugegangen. Am 15. März ging ein Armenrechtsgesuch der Bekl. ein, das der VerR. durch Beschluß v. 10. April 1930 in Höhe von 220 RM bewilligt, im übrigen aber wegen Ausichtslosigkeit der Rechtsverfolgung zurückgewiesen hat. Dieser Beschluß ist am 16. April an den Anwalt der Bekl. zugestellt worden; am 23. April hat die Geschäftsstelle des RG. mit Rücksicht auf die teilweise Bewilligung des Armenrechts die Anforderung der Prozeßgebühr um 13,50 RM auf 61,50 RM und 46 Pfg. Porto ermäßigt. Auf dem Vordruck Nr. 118, unterzeichnet von dem Senatsvorsitzenden, ist diese Berechnung an den Prozeßbevollmächtigten der Bekl. mit dem Druckvermerk zugestellt worden: „In Sachen . . . hat die Berufungsklägerin umgehend den Nachweis zu erbringen, daß die für die VerZnst. erforderliche Prozeßgebühr gezahlt ist.“ Danach steht:

Ausgefertigt mit der Aufforderung zur Zahlung der Prozeßgebühr im Betrage von 61,96 RM nach einem angenommenen Streitwert von 1975,55 RM. Eine entsprechende Zahlungsaufforderung ist an die Berufungsklägerin persönlich abgesandt worden.

An dem Tage dieser Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten, dem 24. April 1930 hat auch die Bekl. die Neuberechnung und Anforderung (ohne Fristangabe) zugestellt erhalten.

Durch Beschluß v. 20. Mai 1930 hat das BG. die Berufung wegen Ablaufs der zum Nachweis der Prozeßgebührzahlung gesetzten Frist, bis auf den Betrag, für den das Armenrecht bewilligt ist, als unzulässig verworfen.

Zu 23. Die Entsch. entspricht den strengen Anforderungen, die das RG. an die Wahrung der Frist des § 519 Abs. 6 ZPO. stellt. So geht sie nicht über die äußerst rigorose Entsch. des 8. ZivSen. (ZB. 1930, 2704) hinaus. Vom Standpunkt dieser Rspr. aus ist die Entsch. daher konsequent.

In der Ausfertigung der Neuberechnung der Frist ist ein Fehler unterlaufen. Das RG. hat ihm Bedeutung nicht bemessen. Das ist nur deshalb möglich gewesen, weil der Neuberechnung, wie sie in der Entsch. vorlag, nach der zit. Entsch. der VerZivSen. nicht die Bedeutung der formellen Neusetzung einer Frist zukommt. Wenn der Irrtum in der Fristsetzung selbst unterlaufen wäre, hätte das RG. wohl anders entschieden. Immerhin ist dem Gericht ein Fehler vorgekommen. Deshalb scheint das Ergebnis der Entsch., wonach trotz eines solchen Fehlers Parteirechte präkludiert sind, zunächst befremdlich.

Das liegt an der Begründung. Die Entsch. ist nur zu billigen, sofern sie eindeutig jede Kausalität zwischen dem Fehler und der Fristverkümmung verneinen kann. Man vermisst in der Begründung Ausführungen darüber, daß und warum die Möglichkeiten eines solchen Zusammenhanges ausgeschlossen werden. Folgende Argumentation wäre m. E. unumgänglich gewesen: Entweder hat der Anwalt den Irrtum gar nicht bemerkt, so daß man erst ex post auf den Fehler in der Ausfertigung zurückgegriffen hat. Dann allerdings wäre die Entsch. nicht nur im Rahmen der einschlägigen Rspr., sondern absolut zu billigen. — Oder dem Anwalt ist die Unklarheit zum Bewußtsein gekommen. Dann ergibt sich die Frage, ob er es darauf ankommen lassen durfte, daß diese Anforderung des Vorschusses unerheblich war, oder ob er nicht vielmehr (zum mindesten in vorsorglicher Wahrung des Parteiinteresses) die Unklarheit durch Rückfrage beseitigen mußte. (Wäre eine solche Rückfrage gestellt worden und daraufhin Aufklärung erfolgt, dann allerdings hätte die Berufung nicht verworfen werden dürfen.) Wenn das RG. dieses Problem auf-

Die dagegen rechtzeitig erhobene sofortige Beschwerde ist unbegründet. Unter Berücksichtigung der Fristhemmung durch das Armenrechtsverfahren hat das BG. in Übereinstimmung mit den Grundsätzen, die das RG. für diesen Fall aufgestellt hat (RG. [VerZivSen.] 120, 1 ff.), unterstellt, daß das Fristende sich zum 10. Mai 1930 erstreckt hatte.

Die von der sofortigen Beschwerde vertretene Meinung, es hätte einer erneuten Fristsetzung bedurft (die allerdings in der Aufforderung v. 23. April, den Nachweis umgehend zu erbringen, nicht liegt), steht mit jenen Grundsätzen nicht im Einklang. Durch die Bewilligung des Teilarmenrechts und die daraus folgende Ermäßigung des prozeßgebührenpflichtigen Streitgegenstandes konnte eine Unklarheit nicht über den Fristenlauf, sondern nur über die Höhe des zu zahlenden Betrages entstehen. Solche Unklarheiten sind allerdings zu beseitigen, wenn die Frist ihre Wirkung üben soll (RG.: ZB. 1925, 2767<sup>20</sup>; 1926, 2685). Die Neuberechnung v. 23. April stellt aber im vorl. Fall die Höhe der Zahlungspflicht ganz außer Zweifel. Mißverständnis konnte zunächst in der an den Prozeßbevollmächtigten am 24. April zugestellten Aufforderung die Angabe des nunmehr zugrunde gelegten Streitwerts mit 1975 RM, dem gesamten ursprünglichen Betrag, erscheinen. Die darunter stehende Berechnung und eine Vergleichung mit der ersten Zahlungsaufforderung mußten aber klarstellen, daß die jetzige Anforderung der teilweisen Bewilligung des Armenrechts Rechnung trug.

Danach hat der VerR. die Nachweisfrist mit Recht als versäumt angesehen und die nach § 519b ZPO. gebotene Folgerung gezogen.

(Beschl. v. 26. Juni 1930; VIII B 17/30. — Berlin.)

[5.]

24. § 565 Abs. 2 ZPO. Im Falle der Zurückweisung einer Sache in die VerZnst. ist das BG. an den Sachverhalt, wie er in dem früheren Urteil festgelegt war, nicht gebunden; es kann vielmehr neues Tatsachenvorbringen geprüft werden. Eine die Sache in die VerZnst. zurückverweisende Entscheidung entscheidet über den Sachverhalt regelmäßig nicht abschließend.)

Im Betriebe des D. wurde ein Arbeiter dadurch verletzt, daß man versuchte, eine schwere Last ohne Flaschenzug zu heben. Die Berufsgenossenschaft nahm den D. und seinen Maurerpolier B., der die Arbeit geleitet hatte, auf Schadensersatz in Anspruch. Ein erstes Ur. des BG., das die Klage abwies, wurde vom RG. unter Zurückweisung in die VerZnst.

geworfen und in dem Sinne entschieden hätte, daß der Anwalt die Unklarheit nicht untätig hätte hinnehmen dürfen, so wäre dem wohl in dem der Entsch. zugrunde liegenden Fall beizupflichten.

RM. Dr. R. Bauer-Mengelberg, Heidelberg.

Zu 24. Die Entsch. behandelt die alte, viel erörterte Streitfrage, wie weit im Falle des § 565 Abs. 2 ZPO. das BG. an die tatsächlichen Feststellungen seines früheren Urteils und die darauf beruhende rechtliche Würdigung des RevG. gebunden ist. Das RG. hat schon in RG. 94, 14 (früherer 6. ZivSen.) die Nichtbindung im allgemeinen bejaht, und hat nur dahingestellt gelassen, ob im Anschluß an Urteile des 3. ZivSen. eine Bindung des BG. dann anzunehmen sei, wenn das RevG. eine bestimmte Frage abschließend regeln wollte. Die jetzige Entsch. kann einen Schritt weiter gehen; denn der 3. ZivSen. hat inzwischen in seinem Ur.: ZB. 1926, 1806 seine Auffassung über das Vorliegen einer abschließenden Regelung dahin eingeschränkt, daß eine solche nur für den Fall gelten solle, daß sich in der zweiten Berufungsverhandlung keine anderen tatsächlichen Momente ergeben sollten. Deshalb kann die jetzige Entsch. es dahingestellt sein lassen, ob es überhaupt Fälle gibt, in denen eine abschließende und erschöpfende Regelung des ersten RevG. vorliegt, und es kann ausgesprochen, daß jedenfalls in der Regel eine solche nicht vorliegt. Die Entsch. ist zu begrüßen, weil sie eine für den VerR. unangenehme Divergenz in der Rspr. der Revisionssenate beseitigt, und weil sie nunmehr im wesentlichen eine einheitliche Rspr. feststellen kann. Denn die Entsch. darüber, ob das RevG. eine Frage endgültig geregelt hat und regeln wollte, ist in der zweiten Berufungsverhandlung häufig schwer zu treffen. Sie wird ja auch endgültig erst durch das zweite Urteil des RevG. entschieden, und auch für dieses ist die Auslegung des ersten RevG. recht zweifelhaft, wenn bei Erlaß des zweiten RevG. die Tatsachenlage erheblich anders aussieht, als bei Erlaß des ersten RevG.

DOG. Dr. Jolly, Karlsruhe.

aufgehoben. Das neue Ur. erklärt beiden Bekl. gegenüber den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt und entspricht dem die künftigen Aufwendungen betreffenden Feststellungsantrag. Die Rev. des B. hatte Erfolg.

Das BG. hat bezüglich des Bekl. B. folgendes ausgeführt:

Nach dem Inhalt des Ur. des RG. habe der Bekl. B. seine Anordnung, bei Aufstellung des Pfeilers den Flaschenzug zu benutzen, nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit gegeben; er habe ferner den Arbeitern nicht gesagt, daß er bei der Aufrichtung des Flaschenzuges zugezogen werden sollte, und er habe schließlich nicht dafür gesorgt, daß das zur Aufrichtung erforderliche Material auf der Baustelle sei. Der Bekl. erbielte nun Gegenbeweis gegen den vom RG. seiner Entsch. zugrunde gelegten Sachverhalt. Indessen dürfe auf diesen Beweis nicht mehr eingegangen werden; denn aus dem Ur. des RG. ergebe sich, daß dieses auf Grund des ihm vorliegenden Sachverhalts über die Frage der den Unfall verursachenden Fahrlässigkeit des Bekl. B. abschließend entschieden habe. Das BG. habe somit diese rechtliche Beurteilung des RG. auch seiner Entsch. nach § 565 Abs. 2 ZPO. zugrunde zu legen. Es dürfe hierüber auch nicht auf Grund neuer Tatsachen anders entscheiden.

Diese Rechtsauffassung des BG. ist nicht zu billigen. Wie bereits in zahlreichen Entsch. des RG. ausgedrückt ist (vgl. insbes. die Entsch. des erf. Sen. in RG. 94, 14 und die darin enthaltene Nachweise über die frühere Rspr. aller Senate), hat die Vorschr. des § 565 Abs. 2 ZPO. nicht die Tragweite, die ihr vom BG. beigemessen wird. Nach dieser Vorschr. hat das BG. die rechtliche Beurteilung, die das RevG. der Aufhebung des Ur. zugrunde gelegt hat, der neuen Entsch. auch seinerseits zugrunde zu legen. Hiervon abgesehen wird aber durch die Verweisung der Sache an das BG. zur anderweiten Verhandlung und Entsch. das Verfahren vor dem BG. in der Lage wieder eröffnet, in der es sich zur Zeit der Schließung der Verhandlung vor Erlass des aufgehobenen Ur. befand. Die Parteien können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen und neue Beweismittel angeben. Das neue Tatsachenvorbringen muß geprüft werden, soweit nicht in einzelnen Fällen die Voraussetzungen des § 529 ZPO. im zweiten und in den folgenden Absätzen gegeben sind. Mit dieser Vorschr. hat der Gesetzgeber den Weg eröffnet, auf dem einem Mißbrauch der Befugnis zum Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel begegnet werden kann. Die Prüfung des RevG., ob die Entsch. des BG. auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe (§§ 549, 550 ZPO.), kann nur derjenige Sachverhalt zugrunde gelegt werden, der ihm vom BG. unterbreitet worden ist. Verschiebt sich die tatsächliche Grundlage des Ur. in der neuen Verhandlung vor dem BG., so ist aus dem Inhalt und dem Zweck der gesetzlichen Bestimmung kein Anhaltspunkt zu entnehmen, der dazu führen könnte, die frühere rechtliche Beurteilung einem Sachverhalt aufzuzwingen, für den sie nicht gegeben war und nicht gegeben werden konnte.

Diese Auslegung des § 565 Abs. 2 ZPO. ist auch in der neueren, nach der Entsch. in RG. 94, 14 liegenden Rspr. für zutreffend erachtet worden; so vom 1. ZivSen. im Ur. v. 23. Dez. 1918, I 190/18; vom 2. ZivSen. in JW. 1926, 2435 (vgl. auch die im Anschluß an dieses Ur. dort geäußerte Auffassung von Dispeker) und in ZJ. 1927, Sp. 647; vom 4. ZivSen. in dem Ur. v. 30. Juni 1919, IV 96/19 sowie in ZJ. 1921, Sp. 109 und in JW. 1928, 907; vom 5. ZivSen. in den Ur. v. 4. Febr. 1925, V 241/24 und v. 17. Okt. 1928, V 119/28. Vgl. auch Stein-Jonas, Bem. II zu § 565; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, § 149 III 1 b; Förster-Kann, Bem. 2 c bb zu § 565; Sellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts I § 239 III 4 b. Zum Teil sind in den angeführten Entsch. bereits die Bedenken geltend gemacht, die gegen die in den Entsch. RG. 90, 231) und 91, 134 zum Ausdruck gekommene Auffassung des 3. ZivSen. bestehen, daß, falls das RevG. eine bestimmte Frage auf Grund des ihm vorliegenden Sachverhalts abschließend bejaht hat, das BG. sie nicht mehr und auch nicht auf Grund neuer Tatsachen in Zweifel ziehen kann. Es kann dahingestellt bleiben, ob es Fälle gibt, in denen die er-

schöpfende rechtliche Beurteilung eines vom BG. in vollem Umfange geprüften Vorbringens und eines daraufhin festgestellten Sachverhalts eine Ausnahme von dem in dem jetzigen Ur. aufgestellten Grundsatz rechtfertigen könnte. Der Begriff der abschließenden Beurteilung verliert jedenfalls dann für die zu entscheidende Frage die praktische Tragweite, wenn er in einem Sinne ausgelegt wird, wie dies in dem neueren Ur. des 3. ZivSen. in JW. 1926, 1806 geschehen ist. Danach hatte das RevG. im ersten RevUr. ausgeführt, daß nach den Ergebnissen der streitigen Verhandlung in den Vorinstanzen kein Anhalt für eine endgültige Zurückweisung des Begehrens der Bekl. nach Preiserhöhung zu entnehmen sei und daß es deshalb an einer Grundlage für die Loslösung der Bekl. vom Vertrage fehle; am Schlusse der Gründe des ersten RevUr. hieß es, daß es bei der Beurteilung der Bekl. sein Bewenden habe und daß nur noch die Festsetzung des Betrages übrig bleibe. Das zweite RevUr. erläutert die Bedeutung dieser Sätze dahin, sie seien dahin zu verstehen, daß sich auch in der anderweiten Verurteilung keine tatsächlichen Unterlagen für den Rücktritt ergeben sollten; vom RevG. sei in seinem ersten Ur. nur derjenige Sach- und Streitstand beurteilt worden, der ihm damals vorgelegt worden sei. Etwa die Beschreibung des in § 136 GVG. vorgeschriebenen Weges zu erwägen, lag — selbst abgesehen von der sonst gleichmäßigen Rspr. der Senate — im vorliegenden Falle um so weniger Anlaß vor, als auch aus dem ersten in der vorliegenden Sache erlassenen RevUr. nicht zu entnehmen ist, daß die Parteien in ihren künftigen Darlegungen beschränkt werden sollten, insbes. in bezug auf den vom BG. festgestellten Sachverhalt, aus dem vom RevG. ein Verschulden des Bekl. B. abgeleitet wurde. Deshalb wurde das Ur. auch insoweit, als es die Klage gegen B. abgewiesen hatte, aufgehoben und die Sache in vollem Umfang an das BG., auch bezüglich des Bekl. B. nicht an das BG. zurückverwiesen, das über den Betrag zu urteilen gehabt hätte, wenn nur noch dieser als im Streit befindlich angesehen worden wäre. Eine anderweite Auslegung des früheren RevUr. wäre mit der ständigen Rspr. des erf. Sen. nicht zu vereinigen. Hiernach war der Rev. des Bekl. B. stattzugeben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entsch. an das BG. zurückzuverweisen.

(U. v. 16. Juni 1930; VI 775/1929. — Köln.) [5.]

25. Die Rückforderung einer nicht vom Steuerpflichtigen selbst, sondern von seinem Schuldübernehmer angeblich zu Unrecht erhobenen und gezahlten Steuer kann im Rechtswege verfolgt werden.†)

(U. v. 20. Mai 1930; VII 569/29.)

Abgedr. JW. 1930, 2300<sup>6</sup>.

Zu 25. Die Entsch. gilt an sich nur für das Gebiet des preuß. Rechts. Sie wird aber auch für das Gebiet des Reichsrechts und für das Gebiet der meisten Landessteuerrechte zur Anwendung kommen. Sie erscheint durchaus richtig und auch richtig begründet. Allerdings wird auf dem Gebiete des Wertzuwachssteuerrechts ihre praktische Auswirkung nur gering sein, denn in den meisten WZuWStW. wird wohl neben dem eigentlichen Steuerschuldner, dem Veräußerer, die Mithaftbarkeit oder subsidiäre Haftbarkeit des Erwerbers festgelegt sein. Soweit in der SteuerD. selbst eine derartige Haftbarkeit primär oder subsidiär ausgesprochen ist, ist für die Anwendung des bürgerlichen Rechts kein Raum. Die Rückforderung der Steuer ist in all diesen Fällen der Entsch. der Gerichte entzogen. Das entscheidende ist ja, daß im vorliegenden Falle irgendeine steuerrechtliche Haftbarkeit der Kl. gar nicht in Frage kommt, sondern die Forderung der Steuerbehörde sich einzig und allein auf den privatrechtlichen Vertrag und die darin enthaltene Schulübernahme gründet. Die steuerrechtliche Haftbarkeit und die privatrechtliche sind aber, wie das RG. mit vollem Recht ausführt, zwei ganz verschiedene Akte, die eben durch ihre Natur verschiedene Gerichtszuständigkeiten begründen. Ganz ähnlich hat ja die RWGd. auch scharf die rein steuerrechtliche Haftbarkeit und die zivilrechtliche geschieden. Der § 100 Abs. 2 RWGd. setzt ganz klar fest, daß, wenn jemand sich durch Vertrag verpflichtet hat, die Steuerschuld eines andern zu bezahlen, der Anspruch des Reichs nur nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu verfolgen ist. Diese Bestimmung schafft einen ganz klaren Gegensatz zu der Mithaftbarkeit oder subsidiären Haftbarkeit, die sich auf steuerrechtliche Vorschriften oder sonstige gesetzliche Vor-

1) JW. 1917, 547.

## b) Strafsachen.

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

## I. Materielles Recht.

26. Voraussetzungen einer Nötigung nach § 52 Abs. 1 StGB. Notstand nach § 54 StGB, insbesondere bei Begründung eines dauernden Gefahrenzustandes. †)

Die Beurteilung der Angekl. wegen Vergehens gegen § 218 Abs. 1 StGB. ist nicht rechtlich einwandfrei begründet. Die Angekl. war im zweiten Monat schwanger. Auf das Verlangen ihres Mannes, die Frucht abzutreiben, ging sie „trotz vieler Schläge, die sie deswegen erhielt“, nicht ein. Als die Angekl. sich auch weiterhin weigerte, kaufte der Ehemann eine Spritze und machte mit dieser Einspritzungen mit Seifenwasser. Zur Beschleunigung des Fruchtabgangs „nötigte“ er die Angekl. zu heißen Sitzbädern und legte ihr heiße Steine auf, bis schließlich die Fehlgeburt eintrat. Die Annahme der Strf., daß gleichwohl die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 StGB. nicht gegeben seien, findet in den Feststellungen keine

Schriften gründet (vgl. § 100 Abs. 1 RAbgD. i. Verb. m. § 3 RAbgD.). Die Entsch. entspricht also durchaus auch dem System des Reichsrechts, wie sie in der RAbgD. niedergelegt ist.

W. S. Straub, Freiburg i. B.

Zu 26. Das Urteil gibt eine sehr brauchbare Grundlage für Beurteilung der leider nicht seltenen Fälle der Nötigung durch Begründung eines dauernden Gefahrenzustandes für den zu Nötigenden. Diese Fälle sind oft belastet mit erbarmungswürdig viel menschlichem Leid, das meist erst dem nachträglichen Blick Dritter sich erschließt, bis zur Tat aber stumm oder verschwiegen über die Grenze des durchschnittlich Ertragbaren erduldet wurde. Schaupläze vor allem ehelicher oder verwandtschaftlicher Brutalität und Rohheit (RSt. 60, 318), die die Nerven überspannt, die Nervenkraft bis zum letzten ausschöpft, das Opfer zermürbt, bis der Gequälte dann die zugemutete, seinem sonstigen Wesen meist fremde Tat vollbringt oder sich in einem brutalen Angriff des Peinigers und der Peinigung entledigt.

1. Die forensische Behandlung solcher Fälle durch die Tatsacheninstanz ist oft recht unbefriedigend. Die Schwierigkeiten liegen sowohl auf der juristischen wie auf der Tatsachenseite.

In rechtlicher Hinsicht wird gelegentlich die mit der Nötigung gegebene Beschränkung der Willensfreiheit durch die vom Nötigenden gesetzte Zwangslage fälschlich auf den Vorsatz des Genötigten erstreckt. Das führt dann dazu, bei Annahme der Nötigung den Vorsatz des Genötigten irrtümlich zu verneinen. Ein klassisches Beispiel hierfür bietet neuerdings der in RSt. 64, 30 erörterte Fall, in dem die Vorinstanz den Tötungsvorsatz verneint hatte, weil der durch Drohung eingeschüchterte Täter infolge der Zwangslage nicht „willensfrei, also ohne Vorsatz gehandelt habe“.

Jeder beschäftigte Verteidiger wird aus seiner Praxis ähnliche Fälle oder solche melden können, bei denen umgekehrt das Verdict mit der Feststellung, der Genötigte habe vorsätzlich gehandelt, die Frage des Entschuldigungsgrundes des § 52 oder § 54 zu Ungunsten des Angekl. als erledigt erachtete; d. h. den Entschuldigungsgrund der Nötigung verneinte. Und zwar obwohl das RG. in ständiger Rspr. (siehe z. B. RSt. 28, 164 [167]; 61, 242, 249 f.; 64, 30 f.) daran festgehalten hat, daß durch die Zwangslage der Nötigung an sich nur eine Beschränkung der Willensfreiheit, nicht aber deren Ausschluß entsteht. Die Handlung des Genötigten geschieht zwar in Unterordnung unter den fremden Willen, aber gleichwohl in Betätigung des eigenen Willens. Die Vorsätzlichkeit seines Handelns bleibt also an sich unberührt (RSt. 64, 31).

Zu dieser rechtsirrtümlichen Verwechslung des subjektiven Nötigungstatbestandes mit der Vorsatzfrage verleitet nach meiner Erfahrung gelegentlich auch das in der Hauptverhandlung gehörte psychiatrische Gutachten. Die Tat des Genötigten erscheint, gemessen an seinem Wesen und sonstigen Verhalten, oft wie eine zunächst unverständliche Eruption dunkler, bisher an ihm ungekannter Kräfte. Die Erklärung wird dann z. T. durch Annahme eines Daueraffektzustandes mit Bewußtseinsstrübung im Moment der Tat gesucht. Eine solche Bewußtseinsstrübung kann natürlich vorliegen, muß es aber nicht.

Dazu kommt, daß bei Dauergefährdung oder Daueruntersagung die Ausdeutung und Anwendung des Rechtsbegriffes der „Gegenwärtigkeit der Gefahr“ Schwierigkeiten zu bieten vermag. Die letzte Nötigungshandlung liegt oft Stunden zurück und der Genötigte schreitet sozusagen in einem scheinbaren Vakuum zur Tat (siehe hierzu den aufschlußreichen Fall RSt. 60, 318). Der Angekl., der seinen Vater vorsätzlich durch Erschießen getötet hatte, wurde wegen Notstands i. S. des § 54 freigesprochen, weil er zur Rettung seiner

ausreichende Stütze. Das Urteil nimmt zuungunsten der Angeklagten an, daß sie dem Verlangen ihres Mannes einen ernstlichen Widerstand nicht entgegengesetzt habe. Sie folgert das u. a. aus dem Umstande, daß sie täglich Schläge erhalten und Mißhandlungen erduldet habe und daß deshalb die Angst vor Schlägen sie nicht zur Duldung der Abtreibung veranlaßt haben könne. Hiermit im Widerspruch sagt das Urteil an anderer Stelle, daß die Angekl. sich nicht heftig gestraubt habe, möge zum Teil auf die Angst vor Schlägen zurückzuführen sein. Hiernach muß es zweifelhaft erscheinen, ob die Strf. die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 StGB. rechtlich bedenkenfrei geprüft hat, zumal da die Angekl., wie bei der Abwägung der Strafzumessungsgründe betont wird, sich zur Zeit der Tat „in einem körperlich sehr elenden Zustande“ befand. Wenn die Angekl. infolge der andauernden Mißhandlungen so zermürbt war, daß sie nicht mehr die Willenskraft ausbringen konnte, dem hartnäckigen Verlangen ihres Mannes zu widerstehen, so konnte die Angst vor weiterer und vielleicht noch schlimmerer Mißhandlung unter Umständen trotz der im Urteil hervorgehobenen Bedenken zu der Annahme einer Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben und somit einer Nötigung i. S. des § 52

Mutter und Schwester vor der ihnen aus Gewalttätigkeiten des Vaters drohenden Leibes- oder Lebensgefahr gehandelt hatte, obwohl „der letzte tätliche Angriff des Vaters gegen die genannten Angehörigen schon etwa 20 Stunden zurück und der Vater im Moment der Tötung zu Bett lag, den Kopf gegen die Wand geneigt und mit dem Hund spielend“.

Zu diesen rechtlichen Schwierigkeiten häufen sich die tatsächlichen. Besonders bei den sog. Familien- und Ehe tragödien ist in der Gerichtsverhandlung der unheimliche Vorgang der langsamen, aber steten Nervenzertrüttung nur schwer darstellbar. Dazu kommt, daß die Peiniger sich oft nur individuell abregieren, im Verus ihren Mann stellen, unter Freunden und am Stammtisch passable, oft recht amüsante Gesellen sind. Auch in den alten SchwG. hat man, wenn die StA. solche Leumundszeugen des getöteten Peinigers ausmarschieren ließ, Überraschungen erleben können.

2. Prüfen wir nun, wie die sog. Dauernötigung (wie wir sie oben nannten), die, wie unsere REntsch. zeigt, sowohl den Tatbestand des § 52 wie auch den des § 54 StGB. an sich erfüllen könnte (siehe aber meine Ausführungen am Schluß), sich zu den Begriffen und Begriffselementen dieser gesetzlichen Tatbestände verhält.

a) Bringt der Begriff Dauergefahr (der auch für den § 53 StGB. eine Rolle spielen kann) gegenüber dem Begriffsinhalt Gefahr i. S. der §§ 52 und 54 StGB. rechtlich irgend etwas Neues oder eine Abwandlung dieses Begriffes? Gefahr für Leib und Leben i. S. dieser Tatbestände ist = Wahrscheinlichkeit des Eintritts der betreffenden Verletzung. Der Dauergefahr ist demgegenüber zunächst eigentümlich nicht nur die Zeitdauer, sondern auch die Möglichkeit unterschiedlicher Evidenz, die Unberechenbarkeit spontaner Auswirkungen, ferner die Allmählichkeit der Entstehung mit regelmäßig nicht genau bestimmbarer Anfangsbeginn und vor allem die Wahrscheinlichkeit der Fortdauer auch über die nächste Zukunft hinaus. Sie ist in all dem ein Zustand mit regelmäßig ungewissem Anfangs- und regelmäßig ungewissem Endpunkt; begrifflich unabhängig von dem Zuersttreten eines einzelnen Eingriffsaktes in eine fremde Sphäre als spontane Auswirkung der Dauergefahr. Derartige Eingriffe sind vielmehr lediglich eines der tatsächlichen Indizien für den Gefahrenzustand (und seine Präsenz). Aber nur eines neben den anderen mindestens ebenso wichtigen, wie Unberechenbarkeit des Charakters überhaupt, Naturanlage und Gesamtverhalten des Nötigenden u. dgl. m. (ähnlich so RSt. 60, 321).

Man sieht also, daß bei der Dauergefahr das Begriffselement „Wahrscheinlichkeit“ des Eintritts der Verletzung zwar nicht einen anderen Gehalt bekommt, aber auf eine besondere Sachlage angewandt wird.

b) Gegenwartigkeit des Dauerzustandes.

Es ist oben unter 1 bereits darauf aufmerksam gemacht, daß die insoweit typische, psychologische Eigenart einer Reihe von Dauernötigungsfällen aus dem Gebiet der Ehe- und Familientragödien auf Seiten des Nötigenden darin besteht, daß die in seinem Gesamtverhalten, in der Unberechenbarkeit seines Charakters und seiner Naturanlage begründete Dauergefahr auch bei intermittierendem Verhalten des Nötigers besteht; also daß die Dauergefahr auch fortbestehen kann in Zeiten, in denen er sich ruhig verhält und an sich keine Anzeichen einer plötzlichen Aktivität äußerlich darbietet. Ferner daß auf Seiten des Genötigten die Kumulierung der Wirkungen der Dauergefahr und des damit verbundenen Nervenverbrauchs gerade oft in diesen kürzeren oder längeren Ruhezuständen zu der Tatauslösung führen kann.

Der Gesichtspunkt, daß es für die Gegenwartigkeit der Gefahr auf die zur Zeit der Tat am Tatort gegebenen Verhältnisse

Abf. 1 StGB. zwingen. Das Urteil läßt in dieser Hinsicht eine zweifelsfreie Feststellung vermessen. Ebenso kann die Erwägung, daß die Angekl. durch Rückkehr zu ihren Eltern die drohende Gefahr abwenden können, den Einwand der Nötigung nicht ausräumen. Als der Ehemann die Spritze einkaufte, war eine Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben der Angekl. noch nicht gegeben. Wenn die Angekl. auch wußte, für welchen Zweck die Spritze bestimmt sein sollte, so konnte sie doch zu diesem Zeitpunkt immer noch mit der Möglichkeit rechnen, daß es zur Ausföhrung nicht kommen werde oder sie dem ihr drohenden Eingriff sich werde entziehen können. Ist die Drohung unmittelbar vor dem Eingriffe nach der Vorstellung der Angekl. ernstlich gewesen, daß sie im Falle ihrer Weigerung mit erheblicher Mißhandlung rechnen mußte, dann läßt sich die Annahme der Strk., die Angekl. habe sich durch Flucht zu ihren Eltern der drohenden Gefahr entziehen können, nicht mehr aufrechterhalten. Anscheinend hat die Strk. verkannt, daß es nach § 52 StGB. allein auf den Zeitpunkt der „gegenwärtigen“ Gefahr, im vorliegenden Falle demnach auf den Zeitpunkt unmittelbar vor dem Eingriff ankommt.

Da hiernach Bedenken bestehen, ob nicht die Verurteilung der Angekl. von rechtsirrtümlichen Erwägungen über die Voraussetzungen einer Nötigung i. S. des § 52 Abs. 1 StGB. beeinflusst ist, mußte das angefochtene Urteil aufgehoben werden.

Mit Recht macht auch die Rev. geltend, daß bei Ablehnung einer Nötigung i. S. des § 52 Abs. 1 StGB. hätte geprüft werden müssen, ob nicht ein Notstand gemäß § 54

ankommt (RGSt. 64, 102), darf nicht formell überspißt werden. Er führt bei Dauernötigung zu richtigen Ergebnissen nur, wenn er für die praktische Anwendung durch die Formel ergänzt wird: „Unter Berücksichtigung des nach der Gesamtsituation, insbes. nach der Eigenart und nach dem bisherigen Verhalten des Nötigers von seiner Seite für die alternäcste Zukunft zu erwartenden, auch wenn der Nötiger zur Zeit noch keine unmittelbaren Anstalten zu einer neuen, einzelnen Nötigungshandlung getroffen hat.“ Treffend sagt daher RGSt. 60, 321: „Gegenwärtigkeit der Dauergefahr genügt.“ Sie fällt schon begrifflich nicht zusammen mit dem Beginn oder unmittelbaren Bestehen eines bestimmten, einzelnen Angriffs. Sie kann auch in einem möglicherweise länger dauernden sog. Vakuum zwischen mehreren Erzeßen gegeben sein, währenddessen der Peiniger sich ruhig verhält. Sofern zur seiner Eigenart und seinem bisherigen Verhalten jeden Augenblick mit plötzlichen, grundlosen oder aus den geringsten Anlässen entspringenden Erzeßen zu rechnen ist, wogegen dann Abwehr oder Widerstand für den Bedrohten nicht mehr möglich oder verständigerweise ihm nicht mehr zumutbar ist.

c) Die Gefahr i. S. der §§ 52 und 54 StGB. muß „auf andere Weise nicht abwendbar oder zu beseitigen sein“. Wie wirkt sich das bei der Dauergefahr aus?

Daß auch hier, wie bei den Fällen der nicht dauernden Gefahr, falls dem Genötigten verschiedene Auswege oder Rettungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, nur der Weg mit dem kleineren Übel gewählt werden darf, ist klar und bietet nichts Besonderes. Schwierigkeiten kann nur die Frage der Ergreifung legaler Mittel zur Beseitigung der Gefahr bieten, wie z. B. Flucht, Anrufung der Polizei oder Trennung der Hausgemeinschaft (RGSt. 60, 322) u. dgl. Hier hängt natürlich alles, wie auch sonst, zunächst von den konkreten, im Urteil festzustellenden Umständen ab. Insbes. auch wieder von der Eigenart und dem Charakter des Nötigenden usw. Eine Besonderheit liegt jedoch auch hier in der ungewiß wie langen Fortdauer der Dauergefahr, also in ihrer Wirkung in die Zukunft hinein. Gibt die Anrufung der Polizei, die Trennung der Hausgemeinschaft auch wirklich einen Dauerschutz vor der gegenwärtigen Dauergefahr? Das ist die Kernfrage, die im forensischen Stadium der Tatsacheneinstanz leicht zu kurz kommen kann.

Das zu besprechende Urteil trägt diesem Ergebnis nicht genügend Rechnung (seine Ausführungen gelten freilich nur für den § 52 StGB.). Ob die Genötigte bei dem durch die fortgesetzten brutalen Mißhandlungen offenkundigen hartnäckigen Entschluß ihres Mannes, ihr die Frucht abzutreiben, wirklich noch mit der „Möglichkeit rechnen konnte“, daß der Mann die doch zu Abtreibungszwecken gekaufte Spritze bei ihr nicht anwenden werde (!), scheint mehr wie fraglich; desgleichen ob ihr bei ihrem im Urteil festgestellten „körperlich sehr elenden Zustande“ und ihrer „Zermürbtheit infolge der andauernden Mißhandlungen“ noch die Vorstellung zu zumuten war, in einer Flucht zu ihren Eltern ihr Heil zu suchen und den zu dieser Flucht erforderlichen aktiven Entschluß zu fassen und durchzuführen. Im Ergebnis kommt das besprochene Urteil ebenfalls zur Anwendung des Entschuldigungsgrundes, freilich nur für den Zeitpunkt der eobl. (noch festzustellenden) ernstlichen Drohung unmittelbar vor dem Eingriff. Hier hat das RG. nach

StGB. gegeben war. Allerdings konnte ein solcher Notstand nach den Feststellungen der Strk. nicht auf eine durch die Schwangerschaft selbst für Leib oder Leben der Angekl. drohende Gefahr gestützt werden. Denn die Angekl. hat nach dem angefochtenen Urteil die Abtreibung ihrer Leibesfrucht überhaupt nicht gewollt. Nach ihrer Vorstellung hat für sie eine solche Gefahr zum mindesten zur Zeit der Tat noch nicht bestanden. Es konnte also für sie bei Zulassung der Abtreibungstätigkeit ihres Ehemannes ein Handeln zur Rettung aus einer derartigen Gefahr gar nicht in Frage kommen. Dagegen könnte bei Verneinung einer unmittelbaren persönlichen Nötigung der Angekl. durch ihren Ehemann bei dem Eingriffe selbst doch unter Umständen ein Notstand gemäß § 54 StGB. durch das gesamte Verhalten des Ehemannes in der Zeit vor der Tat hervorgerufen sein. Die Angekl. war, wie es in dem Urteile heißt, durch die vielen Schläge und Drohungen eingeschüchtert worden und hat deshalb den Maßnahmen ihres Mannes keinen ernstlichen Widerstand entgegengefezt. Bei dieser Sachlage hätte es einer Prüfung bedurft, ob sich nicht die Angekl. infolge des rohen und gewalttätigen Verhaltens ihres Ehemannes in einem dauernden Gefährzustand befunden hat, der sich schließlich bis zur Unetraglichkeit steigerte. In Fällen solcher Art kann — wie das in RGSt. 60, 318 näher dargelegt ist —, sofern die Merkmale der §§ 52, 53 StGB. nicht vorliegen, die einen Notstand rechtfertigende Gefahr auch durch schuldhafte Verhalten anderer Menschen, nicht nur durch Naturkräfte, begründet sein.

(2. Sen. v. 3. März 1930; 2 D 1421/29.)

[D.]

meiner Meinung von der Sonderlage der Dauergefahr abgesehen und sich lediglich auf den Normalfall des § 52 StGB. eingestellt.

Dem durch Dauergefahr Zermürbten wird auch Notwehr nach § 53 StGB. — selbst wenn sie sich objektiv als Ausweg böte — regelmäßig schwerlich zumutbar sein. Auch in diesem Punkt dürfte generell eine Sonderbehandlung gegenüber dem Normalfall des § 52 StGB. gutgeheißen werden können, bei dem Böfller: ZStW. 21, 540 und Frank, II 2 zu § 52 StGB. die Möglichkeit der Notwehr zur Beurteilung der Frage der Unabwendbarkeit der Gefahr regelmäßig beachtet wissen wollen.

3. Wann fällt Dauernötigung unter § 52, wann unter § 54 StGB.? Ppzkomm. 4, Note 4 zu § 54 sieht den Gegensatz der Notstandsgefahr in § 54 zu § 52 darin, daß die Gefahr nicht unmittelbar durch die aggressive Handlung eines zurechnungsfähigen oder unzurechnungsfähigen Menschen hervorgebracht ist wie in § 52, sondern auf einem Naturereignis, einer Gefährdung durch die bloße Naturkraft beruht. Das RG. hat diese Theorie schon in RGSt. 60, 319 verworfen. Auch der Unterscheidungsversuch von Frank nach der Art und Richtung der Handlung des Genötigten und dem Vorhandensein einer Zumutung auf seiten des Nötigenden („bei § 52 tut der Genötigte, was ihm zugemutet wird, während es bei § 54 an einer Zumutung fehlt und der Genötigte regelmäßig der auf ihn eindringenden Kraft ausweicht“) dürfte schon angesichts der Fälle der sog. Dauernötigung widerlegt sein. Es geht nicht an, von dem § 54 StGB. die auf fortgesetzten ernstlichen Drohungen für Leib und Leben des Genötigten beruhenden Dauergefahrzustände schon begrifflich auszuschließen. Bei ihnen kann aber für eine realistische Bewertung die in dem Verhalten des Nötigers liegende Zumutung nicht übersehen werden; zumal sie offensichtlich zu dem zugemuteten Erfolg führt; d. h. der Genötigte „tut, was ihm zugemutet wird“. Auf diesem Standpunkt scheint auch die besprochene Entsch. zu stehen.

Unbefriedigend ist auch der Lösungsversuch in RGSt. 60, 319, dem auch die zu besprechende Entsch. offenbar folgt. Diese Urteile sehen den Unterschied der Notstandsgefahr des § 54 StGB. von den in §§ 52, 53 berücksichtigten Zwangslagen des Handelnden in der Entstehungsurache der Gefährdung und wollen die Fälle der Dauergefahr in besbes. bei fortgesetzten Drohungen und Mißhandlungen von Familienangehörigen begrifflich dem § 54 unterordnen. Sie seien durch den Schutz der §§ 52 und 53 nicht gedeckt. Das würde dann darauf hinauslaufen, ob im Falle einer Dauernötigung, die zu einer Zermürbung des Nötigenden geführt hat, seiner Tat unmittelbar eine persönliche Drohung des Nötigers i. S. des § 52 vorausgegangen ist (siehe die zu besprechende Entsch.); ein Gesichtspunkt, der gegenüber der Struktur der Dauergefahr ein an und für sich unwesentliches Element und damit gekünstelt erscheint. Das Ergebnis ist also, daß für die Dauernötigung die Grenzen zwischen § 52 und § 54 StGB. vielfach völlig fließend sind. In solchen Fällen wird man, und zwar lediglich weil dem § 54 nach der Idee des Gesetzes Bedeutung nur außerhalb des Anwendungskreises von § 52 und § 53 StGB. zukommen soll, nur den § 52 StGB. anzuwenden haben.

RM. Dr. Ditto Pfeiffenberger, Mannheim.

27. § 114 StGB. Als Drohung i. S. des § 114 StGB. kommt auch die Ankündigung von solchen Nachteilen in Betracht, die den Beamten nur mittelbar treffen, etwa wenn sie in erster Linie die Allgemeinheit schädigen, in ihren weiteren Auswirkungen aber dem Beamten die Durchführung seiner Amtsgeschäfte erschweren. Zum Begriff der Amtshandlung im Sinne dieser Vorschrift. †)

Unter einer Drohung versteht der § 114 StGB. die Ankündigung eines Übels, durch dessen Befürchtung der Beamte nach der Auffassung und dem Willen des Täters in seiner freien Willensbestimmung beschränkt und zu dem von dem Täter verlangten Verhalten gezwungen werden soll. Das Übel braucht nicht notwendig in Nachteilen zu bestehen, die unmittelbar und in erster Linie den Beamten persönlich treffen würden; vielmehr kommen auch solche Nachteile in Betracht, durch die das Wohl und die Sicherheit der Allgemeinheit geschädigt oder gefährdet wird, und zwar jedenfalls dann, wenn sich die Wirkung der Schädigung oder Gefährdung auf den Amtskreis des Beamten erstrecken, dem Beamten die Durchführung der ihm obliegenden Dienstgeschäfte erschweren würde (RGSt. 46, 106/107; 55, 37/38; 56, 47). Ohne Rechtsirrtum konnte daher die Strk. in der Ankündigung von Enthüllungen aus der Aufstands- und Befazungszeit Oberschlesiens durch den Angekl. eine Drohung i. S. von § 114 StGB. erblicken. Denn nach ihrer tatsächlichen Feststellung bezog sich diese Erklärung des Angekl. auf Enthüllungen über angebliche Mißhandlungen polnischer Aufständiger durch deutsche Polizeibeamte und war von derartigen Enthüllungen eine Erregung und Beunruhigung der Öffentlichkeit sowie eine Erschütterung des Vertrauens in die Erklärungen und Handlungen der deutschen Behörden, und damit auch der des Polizeipräsidiums in Breslau zu erwarten.

Zu 27. Das Urteil hält sich durchaus im Einklang mit der sonstigen Rpr. des RG. in Strafsachen. „Übel“, das Unterelement des Tatbestandsmerkmals „Drohung“ i. S. des § 114, ist, abgesehen davon, daß es sich um ein Übel im Rechtssinne handeln muß (also um Einbuße an Rechtsgütern, oder Beeinträchtigung von rechtlichen Interessen, RGSt. 39, 269; 46, 106) nach keiner Seite umschrieben und daher auch nicht beschränkt (RGSt. 39, 268; 55, 38). Also weder der Art, oder dem Gegenstand nach (wie z. B. in § 113: Drohung mit Gewalt, siehe auch § 339 Abs. 1, § 176 und hierzu RGSt. 58, 78); noch nach seinem dynamischen Anfaß, Verlauf und seiner nächsten Einbruchsstelle (nächsten Zielpunkt). Sowohl die Richtung, wie das unmittelbare nächste Ziel des Übels können daher — alles von der Auffassung des Drohenden aus beurteilt — völlig außerhalb der Person des Bedrohten, seiner Angehörigen, oder sonstwie mit ihm Verbundenen liegen. Ja, auch außerhalb des Kreises seiner Rechtsgüter, oder der ihm anvertrauten rechtlichen Interessen. Es genügt eine Weiter-, Rück- oder Reserverwirkung auf Person, Rechtsgüter, oder rechtliche Interessen des Bedrohten, deren Beforgnis nach dem Gesetz der psychischen Kausalität den Bedrohten in seiner freien Willensbestimmung zu beschränken vermag. Es kann daher i. S. des § 114 auch mit einem Übel gedroht werden, das sich zunächst gegen das Wohl und die Sicherheit der Allgemeinheit in sie schädigender oder gefährdender Weise richtet, wenn sich nur hieraus Weiter- oder Rückwirkungen auf die Person des Bedrohten, seine Rechtsgüter, oder rechtlichen Interessen einschließlich der dem Beamten anvertrauten oder ihm obliegenden dienstlichen Interessen ergeben.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Grund für diese Rückwirkung rechtlicher oder rein tatsächlicher, wirtschaftlicher Natur ist wie in der besprochenen Entsch. Zwischen der öffentlichen Meinung im allgemeinen und ihrer generellen Haltung gegenüber Erklärungen und Handlungen der deutschen Behörden einerseits und einer konkreten öffentlichen Meinungsbildung über solche Erklärungen und Handlungen des Polizeipräsidiums in Breslau andererseits bestehen i. S. des Tatbestands des § 114 keinerlei rechtliche, vielmehr nur tatsächliche Beziehungen. Ebenso ist die Rückwirkung der erwähnten konkreten Meinungsbildung auf Amtshandlungen des Polizeipräsidiums als rein tatsächlicher Art in unserem Falle anzunehmen und angenommen.

Mit Recht haben daher schon RGSt. 46, 107; 55, 38 bei Drohungen mit Übeln für die Allgemeinheit den § 114 nicht nur angewandt, wenn zwischen der anzugreifenden Allgemeinheit und der (amtlichen) Sphäre des Bedrohten ein rechtlicher Zusammenhang besteht; d. h. wenn die bedrohten Allgemeininteressen von der bedrohten Behörde oder dem bedrohten Beamten zu wahren sind. Sondern auch dann, wenn „die Gefährdung der Allgemeininteressen irgend-

Unter einer Amtshandlung i. S. von § 114 StGB. ist eine jede Maßnahme zu verstehen, hinsichtlich deren der Beamte das Recht und die Pflicht zu ihrer Vornahme durch das ihm übertragene Amt erhält. Auf ihren Inhalt kommt es nicht an. Sie muß nicht notwendig einen Ausfluß der Staatshoheit darstellen, kann vielmehr auch rein wirtschaftlicher Natur sein. Sie braucht auch nicht ein Dienstgeschäft zu betreffen, das der Beamte oder die Behörde, der er zugehört, dem Publikum gegenüber wahrzunehmen hat, vielmehr gehören zu den Amtshandlungen auch alle Maßnahmen, welche die Errichtung, Zusammensetzung, Beaufsichtigung und Wiederaufhebung einer Behörde von seiten der zuständigen Amtsstelle zum Gegenstande haben. Eine Amtshandlung hätte somit auch die von dem Angekl. unter der angegebenen Drohung verlangte Zurücknahme der erfolgten Kündigung durch das Polizeipräsidium in Breslau gebildet.

(2. Sen. v. 26. Mai 1930; 2 D 383/30.)

[A.]

28. § 123 StGB. Ausübung des Hausrechts durch die Ehefrau des anwesenden Wohnungsinhabers.

Die Bestrafung wegen Hausfriedensbruchs wird vom BG. damit begründet, daß Ferdinand L. unberechtigt in die Wohnung der M. eingedrungen sei, während Johann L. und Th. ihm nachgegangen sein möchten, um ihm Beistand zu leisten, dann aber der Aufforderung der Bertha M. zum Verlassen der Wohnung keine Folge geleistet hätten. Der Angriff in der Revisionsbegründung des Angekl. Th., Bertha M. sei in Gegenwart ihres Ehemannes als des Wohnungsinhabers zur Geltendmachung des Hausrechts überhaupt nicht berechtigt gewesen, scheidet an der Feststellung, daß der Ehemann Andreas M. gerade auf das Bett geworfen war und von den Angekl. geschlagen war. Bei einer solchen Lage ihres Ehemannes, in der ihm eine ruhige Überlegung unmöglich

eine benachteiligende Wirkung innerhalb des Amtskreises der Behörde oder des Beamten zu äußern vermag“.

Man kann daher zusammenfassend sagen, daß bei mittelbarer Drohung i. S. des § 114 es genügt, wenn rein tatsächlicher Natur sind: a) die Beziehungen zwischen fremder Sphäre als Trägerin der nächsten Einbruchsstelle einerseits und der persönlichen (amtlichen oder privaten) Sphäre des Bedrohten andererseits; b) Die Rückwirkungen dieser Sphäre auf die Willensentscheidung des Bedrohten.

Dabei kommt es in all dem nach RGSt. 42, 269; 56, 226 — die Rpr. des RG. ist in diesem Punkt freilich nicht einheitlich — nicht auf objektive Geeignetheit (Kausalität oder Beziehung), sondern auf Geeignetheit nach Vorstellung des Täters an.

Auch bei Ausdeutung des Begriffes Amtshandlung hält sich die besprochene Entsch. im bewährten Rahmen der bisherigen Rpr. Der Staat verfolgt Staatszwecke auch in Form wirtschaftlicher Unternehmungen. Daß diesbezügliche Dienstleistungen der Beamten Amtshandlungen i. S. des § 114 StGB. darstellen, kann daher nicht zweifelhaft sein. Ebensovienig, daß der Tatbestand der Amtshandlung sich auch bezieht auf Tätigkeiten, die sich mit der Organisation der Behörde (des Amtes) beschäftigen, also das Publikum nur mittelbar berühren (Einstellung, Entlassung von Beamten und dergleichen).

RA. Dr. Otto Pfeiffenberger, Mannheim.

Zu 28. Der Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Ehefrau ist für ihren behinderten genau so wie für ihren abwesenden Ehemann zur Wahrung des Hausrechts berechtigt. Diese Berechtigung dürfte sich aber den Eindringlingen gegenüber schon aus ihrer Stellung als Ehefrau, nicht erst daraus ergeben, was die Ehefrau selbst und was die Eindringlinge sich über das Einverständnis des Ehemannes dachten — ebensowenig wie im Falle der Abwesenheit des Ehemannes Eindringlinge, die von der Ehefrau zum Verlassen der Wohnung vergeblich aufgefordert wären, sich damit entschuldigen könnten, sie hätten mangelndes Einverständnis des Ehemannes mit dieser Aufforderung angenommen. Der zur Wahrung des Hausrechts Berechtigte muß, soll dem Zweck des § 123 Genüge geschehen, durch Merkmale, die im Außenverhältnis des Berechtigten zu anderen Personen unzweideutig hervortreten, gekennzeichnet sein, nicht durch Merkmale, die sich aus dem Innenverhältnis des Berechtigten zu dem primären Träger des Hausrechts, für Dritte leicht mißverständlich, ergeben. Wenn freilich der anwesende Ehemann seinem mangelnden Einverständnis mit der Aufforderung der Ehefrau Ausdruck gegeben hätte, würde ihre Aufforderung nicht „Aufforderung des Berechtigten“ — aber auch die Voraussetzung der obigen rechtlichen Feststellungen: Behinderung des Ehemannes, gar nicht gegeben sein.

Prof. Dr. Radbruch, Heidelberg.



gemacht oder wenigstens sehr erschwert war, konnte Bertha M. davon ausgehen, daß ihr Ehemann mit ihrer Stellvertretung einverstanden sein werde, und auch die Angekl. konnten dies erkennen.

(2. Sen. v. 17. Okt. 1929; 2 D 404/29.) [D.]

29. § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB.; §§ 64, 62 MilStGB. Auf eine disziplinarische Verfolgung

Zu 29. A. Ann. Geh. Rat Wagner, ebenda.

B. Die Entsch. gibt Anlaß zu erneuter Nachprüfung der Rspr. zu § 157 Abs. 1 Ziff. 1 StGB.

Ein Soldat hatte als Junge unter Eid der Wahrheit zuwider wiederholte nächtliche Abwesenheit von der Truppe abgeleugnet. Die mehreren Fälle lagen teils vor, teils nach dem Datum des 1. Aug. 1926. Bis zum 1. Aug. 1926 möglicherweise kriminelles Vergehen, war die Tat von da an gemäß dem am 1. Aug. 1926 in Kraft getretenen sog. Vereinfachungsgesetz nur noch disziplinarisch zu ahnden; kriminell wurde sie straflos nach § 2 MilStGB., § 2 Abs. 2 StGB., damit als fortgesetzte Tat auch für die vor dem 1. Aug. 1926 gelegenen Fälle. Die Eidesleistung erfolgte nach dem 1. Aug. 1926; das RG. schließt daraus, daß § 157 Abs. 1 Ziff. 1 keine Anwendung finden kann, weil rein objektiv zur Zeit der Eidesleistung ein kriminell verfolgbares Vergehen nicht mehr vorlag, disziplinarische Verfolgbarkeit aber die Anwendung dieser Gesetzesstelle nicht begründet.

Der Schluß ist logisch richtig. Tatsächlich muß der Delinquent mit einem Jahr Zuchthaus statt mit vier Monaten Gefängnis bestraft werden, weil ein Gesetz mit Absicht gemildert worden ist. Der schwächliche und unvolkstümliche Eindruck einer derartigen Entsch. zwingt zur Frage, ob hier auch wirklich alle Prämissen richtig sind. Der Fehler dürfte zu finden sein in der Außerachtlassung des subjektiven Moments in der ganzen Entsch. (soweit abgedruckt) und in der unzulänglich begründeten Rspr. des RG. zu diesem Punkte bei § 157 Abs. 1 Ziff. 1. Es ist kaum anzunehmen, daß der Soldat gewußt hat, daß eine Gesetzesänderung eingetreten und dadurch nun alle seine Taten, auch die früheren, kriminell straflos geworden waren. Das würde aber nach der Meinung des RG. auch ohne Einfluß sein. Denn das RG. spricht der irrigen Annahme des Vorhandenseins der Voraussetzungen des § 157 Abs. 1 Ziff. 1 in dauernder Praxis jede Wirkung ab. Der Erfolg dieser dem Laien unverständlichen Rspr. erscheint um deswillen allzu teuer erkauft, weil die Gründe des RG. nicht hinreichend stichhaltig sind.

Von nahezu dem gesamten Schrifttum aufs schärfste bekämpft (vgl. Frank und Ditzhausen zu § 157 I; Mittermaier: JW. 1926, 2178, mit historischer Übersicht; Merkel: JW. 1927, 896 und 1929, 2720; Lisberger: JW. 1927, 2574; Weber: JW. 1928, 2221, mit ausführlicher Literaturangabe; Coenders: JW. 1928, 2223; Engelhard: JW. 1928, 2980; Aschkenasy: JW. 1929, 592), hat das RG., ohne auch nur einen dieser Angriffe einer Widerlegung zu würdigen, in fortdauernder Rspr. (RGSt. 23, 149; 43, 68; neuerdings 59, 61 u. 89; 60, 57; 61, 271, 310 u. 373; 62, 56; 63, 174) die Ansicht vertreten, daß § 157 Abs. 1 Ziff. 1 die objektive Gefahr einer Strafverfolgung erfordere, daß es gleichgültig sei, ob der Täter sich durch Kenntnis und Furcht vor der Strafverfolgung zum Meineid habe verleiten lassen oder nicht; vielmehr soll umgekehrt auch dann die Strafermächtigung eintreten, wenn der Täter die Verfolgungsgefahr gar nicht gekannt hatte.

Man fragt sich, wie dieser Satz, der den Willen des Gesetzgebers mißachtet, begründet werden kann. Es ist allgemein anerkannt, daß im deutschen Strafrecht das Schuldprinzip herrscht (mit vereinzelten und unerfreulichen Ausnahmen). Dieser, der herrschenden Ethik immanente Grundlag ist übergegangen in das natürliche Empfinden der Allgemeinheit (keineswegs etwa angeboren). Dieses Schuldprinzip darf aber heute nicht ohne zwingende Not angetastet werden. Es findet im Gesetz an vielen Stellen Ausdruck, sedes materiae ist § 59 StGB. Es ist herrschende Meinung, daß, dem Schuldprinzip entsprechend, der Unkenntnis einzelner Tatbestandsmerkmale die irrige Annahme strafmindernder oder strafaufhebender Umstände gleichsteht. Freilich wird dabei die Einschränkung gemacht, daß nur diejenigen Fälle in Betracht kommen, bei denen, falls die irrige Annahme des Täters zuträfe, die Widerrechtlichkeit oder die Schuldhaftigkeit (im Sinne der Milder- und Pflichtenabwägung) gemindert oder ausgeschlossen wären (z. B. Putativnotwehr und Putativnotstand). Anders in den Fällen, in denen das Gesetz Widerrechtlichkeit und Schuld bejaht, den Strafanspruch aber mindert oder fallen läßt aus Gründen, die nicht in der Person des Täters, sondern in seiner sozialen Umgebung liegen. Während also in den beiden ersten Fällen überhaupt kein oder ein geringerer Strafanspruch des Staates entsteht, ist in den letztgenannten Fällen ein solcher Anspruch entstanden, wird aber aus ganz objektiven Gründen wieder fallen gelassen, nicht ganz ohne einen Beigeschmack von Gnade.

Welcher dieser Fälle aber vorliegt, ob die irrige Annahme des Vorhandenseins der betreffenden Voraussetzungen dem Täter zuzurechnen ist oder nicht, das steht nicht im Gesetz, sondern ist aus

findet § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. keine Anwendung. Bestand die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung infolge der Einführung eines milderen Strafgesetzes zur Zeit der Ablegung der falschen eidlichen Aussage nicht mehr, so ist § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. unanwendbar.)

(1. Sen. v. 11. Febr. 1930; 1 D 86/30.) [A.]

Abgedr. JW. 1930, 2134<sup>10</sup>.

dem Sinne des Gesetzes, seinen Gründen und Zwecken zu schließen. Deshalb ist die Begründung der reichsgerichtlichen Entsch. in RGSt. 43, 68 unrichtig. Sie lautet:

„Die Bezugnahme darauf, daß § 59 StGB. allgemein auch auf die Fälle sinngemäße Anwendung leiden müsse, wo vom Gesetz vorgesehene Tatumstände die Strafbarkeit vermindern, versagt, der Stellung des § 59 im System des StGB. entsprechend, jedenfalls da, wo das Gesetz zur Anwendung der verminderte Strafbarkeit bestimmenden Vorschriften nicht die Kenntnis von den betreffenden Tatumständen voraussetzt, die mildere Strafe nicht an die Kenntnis solcher Tatumstände knüpft, sondern objektiv an die Tatsache ihres Vorhandenseins. Um eine Vorschrift der letzteren Art handelt es sich hier.“

Der hervorgehobene Satzteil findet sich wörtlich an der vom RG. zitierten Stelle bei Finger (Lehrb. d. deutschen Strafrechts S. 250). Dagegen will der ebenfalls zitierte Binding (Grundriß d. deutschen Strafrechts S. 110) danach unterscheiden, ob die Straf-minderung ihren Grund in einer Tatsache des Gemüts habe oder rein objektiv gedacht sei.

Diese Meinung Bindings ist ganz richtig. Aber auch das RG. hat vollkommen recht mit seinem allgemeinen Obersatz. Der Denkfehler liegt darin, daß § 157 Abs. 1 Ziff. 1 den erstgenannten Fällen zuzurechnen ist, während das RG. ihn unrichtigerweise den letztgenannten zugählt. Es wird also mit großer Mühe ein kompliziert konstruierter, aber richtiger Obersatz in Form einer Gegenüberstellung zweier möglicher Fälle aufgestellt, und dann wird ohne jede weitere Begründung als den dürftigen Wortlaut des Gesetzes die betreffende Vorschrift unrichtig subsumiert. Die verhängnisvolle Wirkung ist, daß zahlreiche Meineidige ein Jahr ins Zuchthaus statt vier Monate ins Gefängnis müssen, weil sie sich durch die Vorstellung betrogen, etwas falsch aussagen zu müssen, um nicht ins Gefängnis zu kommen, während schließlich gelehrte Juristen herausfinden — vielleicht erst in letzter Instanz —, daß diese vermeintliche Tat nur mit sechs Wochen Haft hätte bestraft werden können.

Verleitet zur unrichtigen Subsumption (in allen späteren Entsch. fehlt eingehende Begründung) wird das RG. durch den Wortlaut des Gesetzes (vgl. RGSt. 23, 149; 43, 68), in dem nach seiner Meinung der Wille des Gesetzgebers nicht hinreichend Ausdruck gefunden habe. Darin liegt zunächst ein Verstoß gegen den Grundsatz unserer gesamten Rechtsordnung, wie er im § 133 BGB. Ausdruck gefunden hat, daß nämlich der Sinn der Rede gilt und nicht am Wort gefastet werden darf.

Der Buchstabe tötet, aber der Geist macht lebendig. Wenn also selbst der Wille des Gesetzgebers unvollkommen Ausdruck gefunden hätte, so dürfte das Gesetz doch nur aus zwingenden Gründen so ausgelegt werden, daß es dem allgemein geltenden Schuldprinzip widerspräche. Grundlage der gesamten Strafrechtsordnung und Wille des Gesetzgebers, sie müßten vereint auch über eine unvollkommene Gesetzesfassung triumphieren. Es gibt jedenfalls Beispiele für sehr viel weitergehende Auslegungen auch seitens des RG., die der guten Sache dienen.

Aber es bedarf hier nicht eines solchen Umwegs. Den angeführten äußeren Unterschied, ob der Wortlaut des Gesetzes die Straf-minderung an die Kenntnis des Täters von den betreffenden Umständen knüpft oder nicht, gibt es nämlich gar nicht. Die strafmindernden Tatbestände sind nahezu alle objektiv gefaßt. In § 217 z. B. bezieht sich das Wort „vorsätzlich“ nur auf das Töten. Die Annahme der Unehelichkeit, der strafmindernde Umstand gegenüber §§ 211 und 212, zweifellos ein negatives Tatbestandsmoment i. S. der analogen Anwendung von § 59, ist ganz objektiv gefaßt. Die Fassung des § 248a (Notdiebstahl) ist ebenso rein objektiv, und niemand wird behaupten wollen, daß jemand diese Vergünstigung nicht genieße, weil er etwa nichts von einer kurz vorher angefallenen Erbschaft gewußt hatte. Es kann also allein aus dem Wortlaut des Gesetzes überhaupt nichts geschlossen werden. Die Auslegung muß, vom Wortlaut ausgehend, den Sinn zu erfassen trachten, wie das auch sonst in unzähligen Fällen geschieht. Damit aber entfällt der einzige Grund für die unrichtige und den Grundsätzen der Rechtsordnung widerstrebende Subsumption des RG.

Seinem Sinne nach will nämlich § 157 Abs. 1 Ziff. 1 einen minder schweren Fall des Meineids ausnehmen, diejenigen Fälle treffen, in welchen mit der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, die Rücksicht auf die eigene Gefahr in Kollision tritt (Mot. zum StGB. f. d. Nordd. Bund, StenVer. 1870 zu Art. 155). Es soll also der Zwangslage des Schwurpflichtigen Rechnung getragen werden (daher keine

## 30. § 222 StGB.

1. Ist durch eine Handlung ein Erfolg verursacht worden, so genügt die entfernte Möglichkeit, daß bei Wegfall der Handlung derselbe Erfolg infolge anderweitiger Ursachen trotzdem eingetreten wäre, nicht zur Verneinung des Kausalzusammenhanges.

2. Ist durch eine menschliche Handlung eine Bedingung für einen schädigenden Erfolg — den Tod eines anderen — gesetzt, so wird der ursächliche Zusammenhang nicht dadurch ausgeschaltet, daß der andere vor dem Tode — ohne daß sein Wille auf dessen Herbeiführung gerichtet war, sondern weil er hoffte, auch ohne dies wieder gesund zu werden — eine — im Ausgang übrigens zweifelhafte — Operation verweigerte. †)

1. Im angefochtenen Urteil ist festgestellt, daß der tödliche Unfall des Beifahrers N. dadurch herbeigeführt worden ist, daß, wie der Angekl. wußte oder schuldhafterweise übersehen hatte, der von ihm geführte Kraftwagen ungefähr 120° Totgang hatte und deshalb nicht hinreichend sicher und rasch regiert und von dem Baum abgelenkt werden konnte. Damit ist die Überzeugung des Gerichts zum Ausdruck gekommen, daß es aller Voraussicht nach dem Angekl. gelungen wäre, den Wagen in die freie Fahrbahn zurückzuführen und damit den für den tödlichen Absturz N.s ursächlichen Anprall an den Baum zu vermeiden, wenn die Steuerung in Ordnung gewesen wäre. Zur Begründung dieser Überzeugung brauchten Beweisstatistiken im Urteil nicht angeführt zu werden. Die entfernte Möglichkeit, daß der Anprall an den Baum auch

entsprechende Vorschrift beim Parteieide). Angesichts der besonderen Güter- und Pflichtenkonflikte, wie sie neuerdings auch vom RG. als eine Grundlage der Strafrechtsordnung anerkannt wird, erscheint in diesem Falle der Meineid weniger strafwürdig. Das führt zu dem ganz und gar subjektiven Charakter der Gesetzesstelle; sie trifft den Eidesnotstand, in dem der Widerstand des Täters gegen den Anreiz zur Tat aus entschuldigen Gründen geschwächt ist. Das geringere Maß von Schuld läßt einen geringeren Strafanspruch entstehen. Dieser Sinn des Gesetzes wird durch die nur scheinbar objektive Fassung, wie oben dargelegt, keineswegs beeinträchtigt. Diesem Sinne muß entsprochen werden und es darf nicht durch unbegründeten Kult des Wortes der sinnfällige Wille des Gesetzes ins Gegenteil gewandelt werden.

Der Hinweis des RG. auf die anscheinend subjektivere Fassung des § 157 Abs. 1 Ziff. 2 führt ebenfalls nicht weiter; auch Ziff. 2 ist so objektiv gefaßt, wie das zum Ausdruck des gesetzlichen Willens nur irgend möglich war. Außerdem aber wäre dieser einzige Grund, nirgends aus den Motiven ersichtlich, mit dem an sich schon schwachen Schluß e contrario gegenüber den triftigen gegenteiligen Erwägungen höchst unzulänglich.

Kann somit kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß § 157 Abs. 1 Ziff. 1 den Eidesnotstand in der Brust des Täters, nicht in dem Kopf des Richters berücksichtigen will (vgl. sogar RGSt. 60, 57; 63, 174), so folgt daraus, daß das Bewußtsein dieses Notstandes Tatbestandsmoment ist für den Eintritt der Strafminderung, die irdige Annahme des Vorhandenseins dieses Tatbestandsmoments aber in analoger Anwendung des § 59 (genau wie beim Putativnotstand) denselben Erfolg, Strafminderung herbeiführen muß. Weniger Schuld, weniger Strafe.

Das führt nun weiter. Bestandteile dieses Tatbestandsmoments sind die Verfolgungsgefahr und der Begriff „Verbrechen und Vergehen“. Der Notstand muß darin bestehen, daß der Täter fürchtet, durch Angabe der Wahrheit eine Tat zu verraten, die Verbrechen oder Vergehen ist und strafrechtlich verfolgt werden kann. Diese Annahme ist rein subjektiv zu verstehen. Bei der Annahme der Verfolgbarkeit wird das kaum je Schwierigkeiten bereiten, höchstens bei im Ausland begangenen oder verjährten Delikten. Nicht ganz so einfach liegt es bei dem Begriff „Verbrechen und Vergehen“. An sich braucht bei einem Delikt der Täter die strafrechtliche Gesetzesstelle niemals zu kennen. Hier aber wird verlangt, daß er eine so schwere Tat begangen zu haben glaubt, daß er sie für ein Verbrechen oder Vergehen einschätzt. Die juristische Kenntnis des Gesetzes ist ihm nicht zuzumuten. Der vom Gesetz berücksichtigte Willenskonflikt ist aber dann gegeben, wenn der Täter die unter Eid abgelegene Tat für eine mit Zuchthaus, Gefängnis oder höhere Geldstrafe bedrohte hält. Die Gefahr, daß ein Angekl. eine Übertretung oder Disziplinarübertretung für ein kriminelles Vergehen gehalten haben will, ist gering; Simulation ist hier leicht nachzuweisen. In den übrigen Fällen aber soll § 157 Abs. 1 Ziff. 1 mit Recht Platz greifen.

Daraus ergibt sich: Wenn der Täter die Eigenschaft der unter

aus irgendwelchen, nicht feststellbaren Gründen erfolgt sein könnte, wenn der Wagen den Totgang nicht gehabt hätte, genügt nicht zur Verneinung des ursächlichen Zusammenhanges.

2. Die Rev. meint, da der Verletzte die ihm als erforderlich bezeichnete Operation, durch die er möglicherweise am Leben hätte erhalten werden können, bei klarem Bewußtsein abgelehnt habe, so habe sich jedenfalls zwischen die fahrlässige Handlung des Angekl. und den eingetretenen Erfolg — den Tod des Verletzten — eine von einem anderen als dem Täter vorgenommene vorsätzliche Handlung eingeschoben, die in einem bewußten Willensvorgang ihre Ursache habe, damit sei der Ursachenzusammenhang unterbrochen. Dabei ist aber übersehen, daß die vorsätzliche Handlung des Verletzten, die Verweigerung der Operation, nicht auf Herbeiführung seines Todes gerichtet war, sondern auf der Hoffnung des Verletzten beruhte, „auch ohnedies wieder gesund zu werden“. Er könnte also höchstens durch Fahrlässigkeit den Tod mitverursacht haben. Daneben wirkte aber, wie das BG. mit Recht ausführt, der vom Angekl. herbeigeführte Sturz N.s als hauptsächlichste Ursache seines Todes bis zu dessen Eintritt fort, zumal auch der Erfolg einer Operation nach dem Urteil „durchaus zweifelhaft“ gewesen wäre. Eine Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhanges kommt also nicht in Frage.

(2. Sen. v. 7. Okt. 1929; 2 D 1185/28.)

[N.]

31. § 292 StGB. Nach § 292 StGB. strafbar kann nicht nur sein, wer an dem Orte, an dem er die Jagd ausübt, überhaupt nicht jagdberechtigt ist, sondern auch, wer dort bloß ein sach-

Eid gelugneten Tat als eines Verbrechens oder Vergehens oder wenn er die strafrechtliche Verfolgbarkeit irrtümlich annahm, so muß in analoger Anwendung des § 59 die Strafminderung des § 157 Abs. 1 Ziff. 1 eintreten. War umgekehrt der Tatbestand des § 157 Abs. 1 Ziff. 1 dem Täter nicht bewußt, so kann ihm diese Strafminderung nicht zugute kommen. Mit Recht, denn dachte er nicht daran, daß die gelugnete Handlung ihm die Verfolgung wegen eines von ihm für ein Verbrechen oder Vergehen gehaltenen Delikts zuziehen konnte (das Gesetz selbst braucht er natürlich auch hier nicht zu kennen), so bestand bei ihm die Schuld des Meineidigen in vollem Umfange. Es liegt kein Grund zu einer Strafminderung vor, bei der das Gesetz geringerer Schuld Rechnung tragen will. Trägt man aber hier — unbegründete — Bedenken wegen des Wortlauts des Gesetzes, so möge man lieber in diesen seltenen Fällen dem Sinne des Gesetzes Gewalt antun, als in den zahlreichen umgekehrt gelagerten Fällen.

Es bleibt zu hoffen, daß das RG. bald Gelegenheit finden möge, seine Rspr. zu § 157 Abs. 1 Ziff. 1 zu revidieren.

Ger.-Rat. Dr. Jordan, Mannheim.

Zu 30. Bei Ziff. 1 handelt es sich zunächst nur um eine Beweisfrage, nicht um eine Frage materielrechtlicher Natur: das Gericht hat die Überzeugung gewonnen, daß ohne den starken Totgang der Anprall nicht erfolgt wäre. Gegen diese Annahme bestehen keine Bedenken, ebensowenig wie gegen die Begründung der Fahrlässigkeit.

Die Ausführungen unter Ziff. 2 stehen mit der bisherigen Rspr. des RG. in Einklang, als sie Ausfluß der von den Strafgerichten des RG. in steter Praxis festgehaltenen Bedingungslehre sind. Dabei hält die Entsch. an der Möglichkeit einer Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhanges (b. h. an einer juristischen Neubewertung gewisser Bedingungen) im Prinzip fest und verneint sie lediglich für den Einzelfall; sie spricht mit Recht der Weigerung des Verletzten, sich operieren zu lassen, die Wirkung einer solchen „Unterbrechung“ ab, weil der Verletzte durch diese Weigerung seinen Tod nicht herbeiführen gewollt, also den tatbestandsmäßigen Erfolg nicht vorsätzlich (bewußt und gewollt) selbst herbeigeführt hat. Mit dieser ihrer Begründung stellt sich die Entsch. in einen gewissen Gegensatz zu anderen neueren Entsch. des RG., nämlich zu der Entsch. des 2. Str.Sen. v. 3. Nov. 1924 (RGSt. 58, 366, insbes. 368) und zu der Entsch. des 1. Str.Sen. v. 14. Juni 1927 (RGSt. 61, 318), die von Röhler: JW. 1927, 2804 angegriffen, dagegen von Feiler: JStW. 1929, 230 verteidigt und von v. Hippel II, 142 z. T. gebilligt werden. In diesen Entsch. wird sogar bei vorsätzlichem Eingreifen eines anderen in den Kausalverlauf eine „Unterbrechung“ des Kausalzusammenhanges abgelehnt und damit die Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges überhaupt preisgegeben. Vom Standpunkte dieser Lehre aus wäre natürlich im vorliegenden Fall eine Verurteilung erst recht begründet.

Prof. Dr. Kern, Freiburg i. Br.

liches beschränktes Jagdrecht hat und die Grenzen seines Jagdrechts bewußt überschreitet.)

Täter i. S. des § 292 StGB. kann nicht nur sein, wer an dem Orte, an dem er die Jagd ausübt, überhaupt nicht zu jagen berechtigt ist, sondern auch, wer dort bloß in sachlich beschränkter Weise jagen darf. Dem Angekl. war nur ein sachlich beschränktes Jagdrecht eingeräumt. Ihm war die Jagdausübung lediglich in dem Sinne gestattet, daß er den Jagdpächtern meldete, was er geschossen hatte, und darüber mit ihnen wegen der Geldforderungen, die er an sie hatte, abrechnete, dagegen nicht in dem Sinne, daß er mit dem erlegten Wild für eigene Rechnung Geschäfte machte. Er hat aber von Anfang an in der Absicht gejagt, die Jagd für sich selbst auszuüben, das erlegte Wild in eigenem Nutzen zu verwenden und über es mit den Jagdpächtern überhaupt nicht abzurechnen. Gleichgültig ist es somit, ob er, wie die Rev. geltend macht, nicht verpflichtet war, den Abschluß des Wildes den Jagdberechtigten sofort zu melden und darüber mit ihnen sofort abzurechnen, und ob er eine höhere Forderung an sie hatte, als das von ihm erlegte Wild wert war.

(1. Sen. v. 16. Mai 1930; 1 D 483/30.) [A.]

32. §§ 15, 25 SchußwG.; §§ 293, 117 StGB. Tateinheit und Tateinheit beim Zusammentreffen von Waffenführung, Jagdvergehen und Forstwiderstand.)

Die Tatbestände des unerlaubten Führens einer Schusswaffe (§§ 15, 25 SchußwG.), des erschwerten Jagdvergehens

Zu 31. Der Angekl. war nicht selbst Jagdpächter, sondern Jagdgast; er hatte kein eigenes, sondern nur ein von den Jagdpächtern abgeleitetes Jagdausübungsrecht. Er jagte also nur insoweit rechtmäßig, als er sich in den Grenzen der ihm von den Jagdberechtigten erteilten Erlaubnis hielt. Diese war aber an die Bedingung geknüpft, daß er über das erlegte Wild mit den Jagdpächtern abrechnete. Solche Bedingungen — die sich als Einschränkungen der Erlaubnis darstellen — sind unbedenklich als rechtswirksam anzusehen (daß für § 292 nur örtliche Begrenzungen der Jagderlaubnis beachtenswert seien, ist unzutreffend; vgl. hierzu die Anm. JW. 1927, 1437). Wenn der Angekl. nun schon beim Jagen die Absicht gehabt hat, das Wild nicht zu verrechnen, so hat er damit die Bedingung nicht eingehalten, von der seine Berechtigung zur Jagdausübung auf fremdem Jagdgebiet abhängig gemacht worden war; er hat also fremdes Jagdrecht widerrechtlich verletzt und sich damit nach § 292 StGB. strafbar gemacht. Daß damit die Rechtswidrigkeit eines Tuns von seelischen Momenten abhängig gemacht wird, darf nicht irremachen.

Die Entsch. ist also zutreffend. Sie steht auch durchaus in Einklang mit der bisherigen Rpr. — insbes. mit der Entsch. RGSt. 9, 431, die genau die gleiche Sachlage behandelt; und mit RMitG. 10, 127 — sowie mit der in der Wissenschaft herrschenden Lehre; vgl. Lis-Hausen, 9 zu § 292; Frank, III zu § 292; PzKomm., VII zu § 292. Prof. Dr. Kern, Freiburg i. Br.

Zu 32. A. Daß das verbotene Waffentragen mit dem Jagdvergehen hier eine Tateinheit bildet, ist zutreffend und in Übereinstimmung mit RGSt. 49, 272 dargetan. Die Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Schusswaffentragens ist zwar möglicherweise schon vor Beginn des Jagdvergehens, nämlich vor dem Betreten des fremden Jagdgebiets, begangen und als vollendete Handlung strafbar; sie setzt sich aber während der verbotenen Jagdausübung fort und bildet mit dieser infolge des einheitlichen, auf Begehung des Jagdvergehens mit dieser Schusswaffe gerechneten Willens eine natürliche und damit auch eine rechtliche Einheit. — Jagdwilderei und Forstwiderstand bilden keine natürliche Handlungseinheit, sind also im Verhältnis zueinander auch rechtlich selbständig. — Das gleiche gilt hier von verbotenen Waffentragen und Forstwiderstand, da die Waffe nicht von vornherein zum Zweck des Forstwiderstandes mitgeführt worden war. Zwar begeht der Täter des Forstwiderstandes während dieser Handlung immer noch das Dauerdelikt des verbotenen Waffentragens; die gleichzeitige Erfüllung zweier Tatbestände ist aber zur Annahme einer Tateinheit allein noch nicht ausreichend. Steht sonach der Forstwiderstand mit dem Waffentragen in Realkonkurrenz, so kann der Umstand, daß das Waffentragen mit Wilderei in Tateinheit steht, an diesem Ergebnis selbstverständlich nichts ändern.

Der Entsch. ist also zuzustimmen.

Prof. Dr. Kern, Freiburg i. Br.

B. Diese Entsch. beleuchtet wiederum die Hinsässigkeit der scholastischen Scheidungen zwischen dem „idealen“ und dem „realen“ Zusammentreffen von mehreren Verstoßen gegen Strafnormen. Öffentlich befreit das neue Strafgesetz von diesen sachlich nicht nur

(§ 293 StGB.) und des Forstwiderstandes (§ 117 Abs. 2 StGB.) sind in dem angefochtenen Urteil einwandfrei nachgewiesen. Zu rechtlichen Bedenken Anlaß gibt jedoch die Annahme dreier selbständiger Handlungen (§ 74 StGB.). Für das Verhältnis zwischen dem Führen der Waffe und dem Forstwiderstand ist allerdings nach den in RGSt. 59, 359, 361 aufgestellten Grundsätzen nicht zu beanstanden, daß die Strk. Tateinheit als gegeben erachtet hat. Denn es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß der Angekl. schon bei Beginn der Zuwiderhandlung gegen das SchußwG. den Vorfall gehabt habe, mit der mitgeführten Waffe einem Forstbeamten Widerstand zu leisten. Dagegen muß den Feststellungen des angefochtenen Urteils entnommen werden, daß der Angekl. jeweils die Schusswaffe nur zum Zwecke der Verübung eines Jagdvergehens mit sich geführt, dabei mit dem einheitlichen auf Begehung eines Jagdvergehens mit Hilfe dieser Schusswaffe gerichteten Vorfalle gehandelt hat. Dann bestand aber zwischen dem unerlaubten Waffenführen und dem Jagdvergehen Tateinheit nach § 73, nicht Tateinheit nach § 74 StGB. (vgl. RGSt. 49, 272; ferner ROLrt. v. 25. Juni 1929, I 562/29 und v. 6. Jan. 1930, II 1398/29, letztere beide das tateinheitliche Zusammentreffen von Waffenführen mit schwerem Diebstahl nach § 243 Abs. 5 StGB. betr.). Für diese beiden Straftaten hätte deshalb nur eine Freiheitsstrafe festgesetzt werden dürfen. Da das nicht geschehen ist, muß das angefochtene Urteil unter entsprechender Berichtigung des Schuldspruchs im Strafausspruch insoweit aufgehoben werden, als wegen des Jagdvergehens und wegen des Vergehens gegen das SchußwG. auf zwei Strafen er-

wertlosen, sondern die tatsächliche und gerechte Würdigung geradezu irreführenden Untersuchungen. Es ist eigentlich eine ganz banale Selbstverständlichkeit, daß derjenige, der verbotene Gesetze verlegt hat unter Anwendung, Würdigung aller verletzten Gesetze bestraft werden muß, daß es unrichtig und ungerecht ist, einen Teil der verletzten Normen nach Art des § 73 im geltenden Gesetz zu ignorieren, das Werturteil und das Strafgebot des Gesetzgebers nur zum Teil zu beachten.

Auch nach dem geltenden Gesetz ist das obige Ur. in diesem Punkte verfehlt. Wenn der Täter auch die Schusswaffe in der Absicht der Jagdausübung mit sich genommen und getragen hat, so hat doch offenbar das Mitführen der Schusswaffe „außerhalb seiner Wohnung, seiner Geschäftsräume oder seines befriedeten Besitztums“, der strafbare Tatbestand der §§ 15, 25 SchußwG., eine erhebliche Selbständigkeit gegenüber dem Jagdrevell des § 292. Nur ein Teil des Vergehens gegen das SchußwG. fällt mit dem des § 292 StGB. zusammen. Zum Teil steht jene strafbare Handlung ganz selbständig, in sich vollendet da. Die Einheit des zugrunde liegenden Vorfalles ist ohne Bedeutung, da sie allein eine Deliktseinheit nicht begründen kann. Wer einen anderen etwa mehrere Tage einperrt, um ihn körperlich zu mißhandeln, ist nach §§ 239 und 223 strafbar, mag auch die Freiheitsberaubung nur zu dem Zwecke der Mißhandlung erfolgt. Die Anwendung der scholastischen begrifflich, ethisch, rechtspolitisch gleich verfehlten Norm des § 73 sollte in der Auslegung nicht über das gesetzlich unbedingt notwendige Maß hinaus erweitert werden. Nur zum Teil fällt das Dauerdelikt der Waffenführung mit Einzelhandlungen der hier fraglichen Art zeitlich zusammen. Es kann nur reales nicht ideales Zusammentreffen angenommen werden; zutreffend Lis-Hausen zu § 243 Ziff. 5 und die dort angeführten Entsch. Auch die in dem obigen Ur. für die Annahme einer Tateinheit bei Waffenführung und Forstwiderstand gegebene Begründung ist nach dem Gesagten verfehlt. Ein von Anfang an gegebener Vorfall, mit der mitgeführten Waffe einem Forstbeamten Widerstand zu leisten, könnte eine Tateinheit nicht begründen. Nach dieser Auslegung des RG. wäre etwa auch ein Angekl., der eine Waffe lange Zeit mitgeführt hat, um Drohung, Nötigung, Erpressung, Körperverletzung zu begehen, wegen Tateinheit nur nach den Normen dieser Vergehen zu beurteilen. In solchen Fällen haben die Verträge gegen verschiedene strafgesetzliche Normen in Vorfall und Ausführung eine weitgehende Selbständigkeit. Es geht nicht an, den § 73 über seinen Bereich hinaus auf sie anzuwenden, und damit einem Teil der verletzten Normen die Anwendung zu versagen. So sind etwa auch der bekanntlich an sich strafbare Besitz von Sprengstoffen und mit ihnen begangene gemeine Verbrechen selbständige Delikte, obwohl der Besitz, der strafbare Tatbestand des einen Delikts, auch während der Begehung der übrigen andauert, und der Besitz im Willen des Täters vielleicht nur diesen sonstigen Delikten dienen mag. Nicht hier in Frage steht die Anwendbarkeit des § 153 StGB. hinsichtlich der Waffenführung.

Auch die Ausführungen der zitierten Entsch. RGSt. 59, 359 können hiernach nicht anerkannt werden. Die begrifflich zutreffende und praktisch gerechtfertigte Auslegung ist: niemals kann ein zugrunde liegender einheitlicher Plan die objektiv und subjektiv vollständig gegebene Verwirklichung mehrerer gesetzlicher Tatbestände, die „Ver-

kann und aus diesen und der — bestehen bleibenden — Strafe wegen des Fortwiderstands eine Gesamtsstrafe gebildet worden ist.

(1. Sen. v. 11. März 1930; 1 D 200/30.) [D.]

**\*\*33.** § 21 KraftfG.; § 18 Abs. 2 KraftfVerkV.D.; §§ 66—68, 222 StGB.; §§ 346, 347 StPD.

1. Die Verjährung wird durch jede richterliche Handlung unterbrochen, die bestimmt und geeignet ist, die Erledigung der Strafsache zu fördern, und die damit der Verfolgung der zur Untersuchung stehenden Straftat dient. Dazu gehört auch ein Sichtvermerk des Strafammervorsitzenden in den Akten, der die Bedeutung hat, festzustellen, daß er die nach § 346 Abs. 1 StPD. erforderliche richterliche Prüfung, ob die Förmlichkeiten der Rev. gewahrt sind, vorgenommen hat.

2. Der ursächliche Zusammenhang zwischen einer Handlung und einem eingetretenen Erfolg wird nicht schon durch die bloße Möglichkeit ausgeschlossen, daß der gleiche Erfolg auch ohne das schuldhaftes Verhalten eingetreten wäre.)

1. Das angefochtene Ur. unterliegt schon deshalb in vollem Umfange der Aufhebung, weil die Strk. zu Unrecht angenommen hat, daß die von ihr ohne Rechtsirrtum festgestellte Übertretung nach § 18 Abs. 2 KraftfVerkV.D. i. Verb.

übung mehrerer Delikte“ zu einer sachwidrig nur nach einer Norm zu würdigenden Handlungseinheit zusammenfassen, so z. B. nicht in dem Falle RGSt. 54, 246 den Diebstahl und den daraufhin begangenen Schmuggel. Auch die auf Grund eines einheitlichen Planes selbständig begangenen Delikte, etwa Diebstahl, Betrug, Körperverletzung, Beleidigung behalten vielmehr ihre nach § 74 sachlich gerecht zu wertende Selbständigkeit. Das RGSt. 49, 273 hervorgekehrte unwesentliche Moment des teilweisen Zusammenfallens, dergestalt, „daß mindestens dieser Teil gleichzeitig den Tatbeständen der mehreren in Betracht kommenden Strafgesetze angehört“, kann diese Kfr. gleichfalls nicht begründen. Es geht nicht an, eine sachliche und rechtliche Bedeutung etwa dem Umstand beizumessen, daß eine acht Tage währende Freiheitsberaubung auch noch die wenigen Minuten, Sekunden aufrechterhalten wurde, in denen der Gefangene körperlich mißhandelt wurde, daß ein wochenlang geübtes Waffenführen auch in dem Moment gleichfalls noch andauerte, in dem der Täter einem von Anfang an begetzten Plane gemäß einen Mitmenschen mißhandelte, tötete, eine fremde Sache beschädigte, ein jagdbares Tier in fremdem Jagdbezirk erlegte.

Prof. Dr. Coenders, Köln.

Zu 33. 1. Die Entsch. gehört in ihrem ersten Teil zu dem Komplex von Fragen, welche entstanden sind, weil nach unserem geltenden Recht die Strafverfolgung trotz eines anhängigen Verfahrens verjähren kann. Nur einzelne richterliche Handlungen können die Verjährung unterbrechen, weshalb das Bestreben dahin geht, solche Handlungen zu konstruieren. Fast alle Entsch. auf diesem Gebiete haben etwas Gezwungenes. Es wäre zu wünschen, wenn die Reformbestrebungen der Entwürfe, welche die Verjährung ruhen lassen wollen, solange ein Verfahren gegen den Täter bei Gericht anhängig ist, recht bald von Erfolg gekrönt sein werden. Die vorliegende Entsch. erblickt nun eine solche die Verjährung unterbrechende richterliche Handlung in einem Sichtvermerk eines Vorsitzenden auf einer Revisionseinlegung. Die übrige Judikatur läßt erkennen, daß die Auslegung des § 68 StGB. eine ziemlich enge ist. Sie wird u. a. nur eine Handlung gelten lassen, welche sich gegen einen bestimmten Täter richtet. Es genügt nicht, wenn sich die Handlung auf ihn bezieht, sondern nur, wenn sie mit der Absicht seiner Verfolgung vorgenommen wird. Es muß dabei der Wille des Verfügenden erkennbar sein, wegen einer bestimmten Handlung gegen einen bestimmten Täter das Verfahren einzuleiten oder fortzusetzen. Die Handlung kann zugunsten eines Angekl. erfolgen sein, wenn es sich nur um eine Förderung des Fortgangs des Verfahrens handelt.

Was nun den vorliegenden Sichtvermerk anlangt, so stellt das RG. zunächst fest, daß üblicherweise das Ergebnis der richterlichen Prüfung, ob die Revision rechtzeitig und formgerecht eingelegt ist, dadurch aktenkundig wird, daß der Vorsitzende die Akten der Staatsanwaltschaft übersendet. Hier erfolgte nun diese Übersendung offenbar durch die Geschäftsstelle, und der Sichtvermerk des Vorsitzenden soll nach dem Urteil „nichts anderes bedeuten, als daß die der Übersendung vorhergehende Prüfung erfolgt ist“. Ob der Sichtvermerk im vorliegenden Fall diese Auslegung zuläßt, ist aus dem Urteil nicht ersichtlich, weil der Wortlaut des Vermerks nicht feststeht. Solchen Vermerken allgemein die Bedeutung einer verjährungsunterbrechen-

mit § 21 KraftfG. verjährt sei. Daß das RevG. auf erhobene sachlich-rechtliche Rüge die Frage der Verjährung auch ohne ausdrückliche hierauf gerichteten Revisionsangriff nachzuprüfen und bei der Entsch., ob die Verjährung rechtswirksam unterbrochen worden ist, den Inhalt der Akten zu berücksichtigen hat, ergibt sich aus RGSt. 12, 434. Das angefochtene Ur. führt aus, es sei in der Zeit seit der ersten Berufungsverhandlung v. 16. Okt. 1928 bis zur ersten, auf die frühere Rev. des Staatsanwalts beim RG. ergangenen richterlichen Handlung v. 16. Jan. 1929 die dreimonatige Verjährungsfrist abgelaufen gewesen. Dabei ist übersehen, daß der auf der früheren Revisionsbegründung v. 14. Nov. 1928 befindliche Sichtvermerk des Vorsitzenden der Strk. von demselben Tage eine die Verjährung unterbrechende Handlung i. S. des § 68 Abs. 1 StGB. darstellte. Zur Unterbrechung der Verjährung geeignet ist jede Handlung des Richters, die bestimmt und geeignet ist, die Erledigung der Strafsache zu fördern, und die damit der Verfolgung der zur Untersuchung stehenden Straftat dient. Der Sichtvermerk auf der Revisionsbegründung hat offensichtlich die Bedeutung, festzustellen, daß der Vorsitzende die nach § 346 Abs. 1 StPD. erforderliche richterliche Prüfung, ob die Förmlichkeiten der Rev. gewahrt waren, oder ob Anlaß zur Verwerfung des Rechtsmittels durch Beschl. für das BG. bestand, vorgenommen habe. Mit dieser Prüfung war der Weg für das weitere Verfahren nach § 347 StPD. eröffnet, das dann von der Geschäftsstelle der Strk. und von der Staatsanwaltschaft betrieben worden ist. Bei der überwiegenden Zahl der Gerichte ist es üblich,

den Handlung beizulegen, erscheint mir nicht unbedenklich. Ich weiß, daß bei anderen Gerichten ein derartiger Sichtvermerk nur die Bedeutung hat, daß der Vorsitzende von einem eingelegten Rechtsmittel in Kenntnis gesetzt ist. Ich verweise dabei auf die RGEntsch. v. 6. Febr. 1891 (RGSt. 21, 308), welche Reproduktionsverfügungen die Wirkung einer Verjährungsunterbrechung abspricht mit der Begründung, daß der Erfolg einer solchen Verfügung derselbe wäre, wenn der Richter ohne irgendwelche schriftliche Äußerung die Akten neben seiner Arbeitsstätte hätte liegen lassen (vgl. auch Dishaufen, Note 9 zu § 68). Ähnlich bezüglich des Eingangsvermerks das OLG. Berlin v. 30. Nov. 1875 (Oppenhoff 16, 764), und insbes. die Entsch. v. 13. Mai 1907: DZ 12, 1030, nach welcher der Hinweis des Richters an den Gerichtsschreiber, die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Weitergabe an das BG. zu übersenden, keine die Verjährung unterbrechende Verfügung ist.

2. In der Frage des Kausalzusammenhangs stehen die Strafgesetze des RG. bekanntlich auf der alten, auf v. Buri (1873) zurückgehenden Äquivalenztheorie, wonach jede *conditio sine qua non* als gleichwertig und als Ursache anzusehen ist. Daß als Ursache jede Handlung oder Unterlassung gilt, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß dadurch der rechtswidrige Erfolg entfielen, hat das RG. schon in seiner grundlegenden Entsch. v. 25. Jan. 1917 ausgeführt. In einer früheren Entsch. v. 20. Dez. 1886 (RGSt. 51, 151) wurde daselbe negativ dahin ausgesprochen, daß eine Handlung nicht kausal ist, wenn der konkrete Erfolg auch ohne sie eingetreten wäre, und es wurde ausgeführt, daß zur Beseitigung des Kausalzusammenhangs nicht die bloße Möglichkeit einer Ursache genügt, welche die gleiche Wirkung hätte haben können, wenn die tatsächliche Ursache nicht vorhanden gewesen wäre, sondern nur die Sicherheit oder ein an Gewißheit grenzender Grad von Wahrscheinlichkeit. Auf diesen, später oft wiederholten Grundsätzen baut das RG. seine obige Entsch. auf, welche leider die sonst gewohnte Klarheit und Leichtverständlichkeit vermissen läßt. Das RG. will sagen: Nach der Äquivalenztheorie gelten die Sätze:

1. Schnell gefahren ... Todesfolge, oder die Umkehrung
2. Langsam gefahren ... keine Todesfolge, also die Bejahung des Kausalzusammenhangs, a priori, wenn überhaupt Schnellfahren und Todesfolge festgestellt sind. Der Satz aber:
3. Langsam gefahren ... auch Todesfolge, also die Verneinung des Kausalzusammenhangs, gilt nur, wenn eine Gewißheit oder eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit vorliegt. Das Untergericht sagte aber, der Satz:
2. Langsam gefahren ... keine Todesfolge, also die Bejahung des Kausalzusammenhangs, gilt nicht a priori, sondern nur, wenn Gewißheit usw. für den Satz: „Langsam gefahren ... auch Todesfolge“ (3) vorliegt.

Das Untergericht belastet also entgegen dem RG. die Bejahung des Kausalzusammenhangs mit Voraussetzungen, welche das RG. nur für die Verneinung gelten lassen will. Mit anderen Worten: Das Untergericht verneint den Kausalzusammenhang nicht, weil Gewißheit usw. gegeben ist, daß bei langsamem Fahrt die Todesfolge auch eingetreten wäre, sondern, weil es nicht weiß, ob nicht evtl. diese Ge-

und es ist auch empfehlenswert, das Ergebnis der richterlichen Prüfung, daß die Voraussetzungen des § 346 Abs. 1 StPD. nicht gegeben seien, in der Form attestkundig zu machen, daß der Vorsitzende, nicht, wie hier, die Geschäftsstelle, die Akten der Staatsanwaltschaft zwecks Abgabe an das RevG. übersendet. Daß eine solche richterliche Vfg. zur Unterbrechung der Verjährung geeignet ist, hat das RG., soweit ersichtlich, der Verjährung in Zweifel gezogen. Dasselbe muß von jenem Sichtvermerk des Vorsitzenden gelten, der sachlich nichts anderes bedeutet als diese Übersendungsverfügung, nämlich die Kundgebung, daß mangels der Voraussetzungen des § 346 Abs. 1 StPD. die Entsch. des RevG. über das Rechtsmittel herbeigeführt werden solle. War hiernach die Übertretung bei Verjährung des jetzt angefochtenen Ur. v. 12. Juni 1929 noch nicht verjährt, da das Vorliegen rechtswirksamer Unterbrechungshandlungen für die übrige Zeit außer Zweifel steht, so scheint auch seither Verjährung noch nicht eingetreten zu sein. Die erste richterliche Handlung beim RG. nach dem erneuten Eingang der Akten ist zwar erst am 18. Sept. 1929 ergangen. Jedoch würde der Sichtvermerk auf der Revisionsbegründung v. 17. Juli 1929, wenn er, wie anzunehmen, von dem Vorsitzenden der FerStrk. herrührt, ebenfalls eine die Verjährung unterbrechende richterliche Handlung darstellen.

2. Nicht frei von Rechtsirrtum ist aber auch die Begründung, mit der die Strk. den Tatbestand der fahrlässigen Tötung verneint hat. Es wird zwar festgestellt, daß der Angekl. der Vorschrift des § 18 Abs. 2 KraftfVerfW. durch zu schnelles Fahren zuwidergehandelt hat. Es soll jedoch nicht genügend nachgewiesen sein, daß dieses fahrlässige Verhalten die Ursache des tödlichen Unfalls gewesen sei, und zwar deshalb nicht, weil „es an der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit fehle, daß bei langsamerer Abfahrt der Unfall vermieden worden wäre“. Damit hat die Strk. zu strenge Anforderungen an den Nachweis des Ursachenzusammenhangs gestellt. Nach der Mpr. des RG. in Strafsachen ist als Ursache eines rechtswidrigen Erfolges jede Handlung oder Unterlassung anzusehen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiel. Liegt aber im einzelnen Falle der Nachweis vor, daß ein schädigendes Ereignis tatsächlich als Wirkung eines menschlichen Verhaltens eingetreten ist, dann genügt zur Verneinung des Ursachenzusammenhangs nicht schon die bloße, schwer oder gar nicht zu berechnende Möglichkeit einer Ursache, die die gleiche Wirkung hätte haben können, wenn jene tatsächlich wirksam gewordene Verbindung nicht vorhanden gewesen wäre. Nur wenn die Gewißheit oder eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür vorläge, daß das schädigende Ereignis auch, und zwar auch in derselben Schwere, eingetreten sein würde, wenn das schuldhafte Verhalten nicht vorausgegangen wäre, so würde damit der Beweis geliefert sein, daß dieses

Verhalten jenen Erfolg nicht verursacht habe (RGSt. 63, 211 und die dort angeführten Entsch.). Hier verlangt die Strk. für die Bejahung des Ursachenzusammenhangs eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür, daß bei langsamerem Fahren des Angekl. der tödliche Unfall vermieden worden wäre. Damit läßt sie für die Verneinung des Ursachenzusammenhangs schon die bloße Möglichkeit genügen, daß auch bei pflichtmäßigem Verhalten des Angekl. dasselbe schädigende Ereignis eingetreten wäre. Das ist, wie sich aus vorstehenden Ausführungen ergibt, rechtsirrig.

(1. Sen. v. 12. Nov. 1929; 1 D 915/29.) [A.]

## II. Verfahren.

\*\*34. I. § 267 StPD. Zur Feststellung des fehlerischen Vorsatzes i. S. von § 259 StGB. ist erforderlich die dem Erwerber der Sachen nachgewiesene Kenntnis von Umständen, nach welchen er beim Erwerb den strafbaren Vorerwerb annehmen „mußte“, solange nicht das Gericht für erwiesen hält, daß der Erwerber ungeachtet der ihm bekannten verdächtigen Umstände den strafbaren Vorerwerb weder gekannt noch mit ihm gerechnet habe.

II. §§ 1, 16 (früher 17) UnedelMetG. v. 23. Juli 1926 i. d. Fass. des Gef. v. 28. Juni 1929. 1. Zur Auslegung des Begriffs „ein Gewerbe betreiben“ nach § 16 (früher § 17). 2. Zur Auslegung der Begriffe „gewerbsmäßige Weiterveräußerung“ und „Stellvertreter“ in § 1 f.)

I. Bei den durch W. vermittelten Kupferankäufen des Angekl. Ja. kommt folgendes in Betracht:

1. Von dem Kupfer, das der frühere Mitangeklagte G. bei den S.-Sch.-Werken, seiner Arbeitgeberin, gestohlen hatte, hat der Angekl. W. zunächst 30 kg angekauft und dem Angeklagten Ja. gebracht, in dessen Namen und für dessen Rechnung er als sein Kutscher Altmetall aufzukaufen hatte. W. hat diesen Erwerb „nicht beanstandet“, also gebilligt, obwohl es sich um Kupferplatten und kupferne Leitungsklammern handelte, von denen sowohl er als auch W. nach der in der Schlußfeststellung zusammengefaßten Beweiswürdigung des BG. den Umständen nach annehmen mußte, daß das Kupfer mittels einer strafbaren Handlung erlangt war.

Als solche Umstände, „die die Angekl. kannten und sie notwendig zu der Überzeugung — von dem strafbaren Vorerwerb — drängten“, bezeichnet das Urteil die Art und die Menge der Kupferstücke; es seien, selbst für einen Laien erkennbar, „Fertigprodukte“ gewesen, die nur aus einem Groß-

Zu 34. I. Indem das RG. mit der h. L. daran festhält, daß es sich in § 259 StGB. bei den Worten „den Umständen nach annehmen muß“ um eine Vorsatzvermutung handelt, lehnt es implizite die Aufassung ab, daß an dieser Stelle die Fahrlässigkeit dem Vorsatz gleichgestellt werden sollte (Liszt-Schmidt S. 702 f. mit Zit.). Gegen letztere Auffassung ist mit Recht geltend gemacht worden, daß dies den Grundprinzipien unseres Strafrechts widerspreche und im Hinblick auf §§ 261, 262 StGB. eine nicht zu verantwortende Härte darstelle (vgl. Binding, Lehrb. I S. 392 f.; Liszt-Hausen, § 259 R. 21 mit Zit.). Aber auch Autoren, welche früher der abgelehnten Ansicht waren, halten die Frage nunmehr durch § 19 (jetzt § 18) UnedelMetG., § 17 (jetzt § 5) EdelMetG. von 1923 (1926) für positivrechtlich entschieden: Da hier besondere Fahrlässigkeitsatbestände aufgestellt werden, so erhelle, daß nach Auffassung des Gesetzgebers die Fahrlässigkeit nicht bereits unter § 259 StGB. falle; es liege somit eine authentische Interpretation vor (so Gerland: DZS. 1930, 174 f.; Frank, 17. Aufl., § 259 V 1; vgl. auch Wegner: JW. 1927, 909 32). Zu Unrecht macht Heck: DZS. 1930, 427 f. gegen diese Argumentation geltend, es handle sich bei ihr nicht um eine Auslegung geltenden Rechts, sondern nur um ein „Postulat“ systematischer Einheit. Wenn der Gesetzgeber in ganz unzweifelhafter Weise auf eine bestimmte Auslegung einer bestehenden Norm eine neue Norm gründet, so kann das sehr wohl die Bedeutung haben, daß er jene Auslegung in seinem Willen mit aufnimmt, und es ist dann ebenso, wie wenn er jene Norm in dem von ihm anerkannten Sinne neu geschaffen hätte. Sonst würde ja auch unter Umständen das neue Gesetz in seinem Sinn entfallen. So jedenfalls hier: § 19 (18) UnedelMetG., § 17 (5) EdelMetG. würden nach der gegnerischen Auffassung eine Privilegierung gerade derjenigen Fälle bedeuten, welche der Gesetzgeber

ntlichkeit oder hohe Wahrscheinlichkeit gegeben ist, also wegen einer bloßen Möglichkeit.

Das RG. hat damit seine Grundsätze bis zur letzten Konsequenz ausgeschöpft.

Es fragt sich nur, ob hier die Begriffe wirklich so weit auseinanderliegen, daß sich noch ein wesentlicher praktischer Unterschied ergibt und ob nicht gegen einen anderen Grundsatz, in dubio pro reo, verstößen ist. Das Untergericht konnte sich nicht davon überzeugen, daß die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß bei langsamer Fahrt der Todesfall nicht eintreten würde, das RG. verlangt, es hätte sich überzeugen müssen, daß dieselbe an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür vorlag, daß der Todesfall auch bei langsamer Fahrt eingetreten wäre. In beiden Fällen also eine richterliche Überzeugung, daß der Kausalzusammenhang fehlt, im einen Fall wegen des Fehlens der hohen Wahrscheinlichkeit seines Vorliegens, im anderen Fall wegen des Vorhandenseins der hohen Wahrscheinlichkeit seines Fehlens. Im ersten Fall rügt das RG., daß dem Untergericht die Möglichkeit des Wegfalls des Kausalzusammenhangs an Stelle der hohen Wahrscheinlichkeit genügte, im anderen Fall aber genügt die Möglichkeit des Vorhandenseins des Kausalzusammenhangs an Stelle einer hohen Wahrscheinlichkeit. Das ist der Punkt, an welchem die Frage einsetzt, ob der Grundsatz „in dubio pro reo“ beachtet ist. Es sei übrigens auch auf die Entsch. v. 25. Juni 1917: RGSt. 51, 127 hingewiesen, in welcher das RG. für die Bejahung eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügen läßt, so daß, nach obiger Deduktion, für die Verneinung eine Möglichkeit genügte, was der Auffassung des Untergerichts doch etwas, nicht absolut, nahekommt.

RGDir. Dr. Reyl, Mannheim.

betrieb stammen konnten, und von denen besonders die Leitzungsclammern im „Handel“ nur selten vorkämen. „Auf jeden Fall“ hätte es Ja. stutzig machen müssen, daß derartige Stücke, „noch dazu in solchen Mengen“, im Kleinhandel auftreten. W. und er hätten daher annehmen müssen, daß G. sie nur durch eine strafbare Handlung erlangt haben konnte.

In soweit stützt sich also das Urteil in rechtlich einwandfreier Weise auf die Beweisvermutung des § 259 StGB., indem es die beim Erwerb des Kupfers erkennbaren und erkannten Umstände (vgl. RGSt. 55, 204, 206, 207) angibt, die den Angekl. ohne weiteres die Überzeugung von einem strafbaren Vorerwerb ausdrängen und sie zur Annahme eines solchen nötigen mußten. Ob hierzu die erwähnten Umstände geeignet waren, ist eine Tatfrage, deren Entscheidung als von der gegebenen Sachlage abhängig vom BG. zu treffen war und der Nachprüfung durch das RevG. entzogen ist. Ist aber die Kenntnis von „Umständen“ solcher Art festgestellt, so steht sie nach § 259 StGB. dem erwiesenen Kennen des strafbaren Vorerwerbs gleich; sie begründet die gesetzliche Vermutung des hehlerischen Vorsatzes und macht die Feststellung entbehrlich, daß das Gericht zu der Überzeugung gelangt sei, die Angekl. hätten um den strafbaren Vorerwerb gewußt oder sie hätten mit ihm gerechnet, aber gleichwohl auch für diesen Fall die verdächtigen Sachen an sich bringen wollen (vgl. RGSt. 55, 204, 205 und 214, 215).

2. Jene gesetzliche Vermutung wird allerdings hinfällig, wenn zwar Umstände vorliegen, deren Kenntnis an sich geeignet ist, dem Erwerber einer Sache die Annahme auszu- drängen, daß die Sache mittels einer strafbaren Handlung erlangt sei, das Gericht jedoch für erwiesen hält, daß der Erwerber ungeachtet der ihm bekannten verdächtigen Umstände den strafbaren Vorerwerb weder erkannt noch mit ihm

durch Pönalisierung vor den übrigen — von ihm als straflos gewürdigten — Fällen fahrlässiger Hehlererei auszeichnen wollte.

Was nun die Annahme einer Vorsatzvermutung in § 259 StGB. anlangt, so ist zunächst zu bemerken, daß das RG. in anderen Entsch. (z. B. RGSt. 55, 204 [206]; 64, 4) von „Beweisregel“ spricht, ohne etwas anderes zu meinen (ebenso Frank a. a. D., Dischhausen a. a. D., Löwe-Rosenberg, § 267 N. 5). Es empfiehlt sich jedoch, an folgender Terminologie festzuhalten: Die Beweisregel legt die Beweiskraft bestimmter Kategorien von Beweismitteln in abstracto fest, bedeutet also eine Einschränkung der freien Beweiswürdigung, während die widerlegliche gesetzliche Vermutung sagt, was bei zweifelhaftem Beweisergebnis anzunehmen ist, sich also auf die Beweislast bezieht und somit im Strafprozeß eine Einschränkung des Saßes „in dubio pro reo“ bedeutet (vgl. Glaser, Handb. d. Strafproz. I, 349, 359 ff.; Weling, DRSt. 240, 531; Rosenfeld, DRSt. 1, 13, II, 13 ff.; Gerland, D. d. Straßpr. 169, 190). Die Beweisregel bindet also den Richter bei der Bewertung von Beweismitteln, die Vermutung bei der Bewertung von Indizien (vgl. Graf zu Dohna, Straßpr. 111 f.), und zwar die widerlegliche bis zum Gegenbeweis, während die unwiderlegliche jeden Beweis abschneidet, also weder für eine Beweisregel noch für die Frage der Beweislast Raum läßt.

Es ist klar, daß für § 259 nur eine widerlegliche Vermutung — nämlich des Vorsatzes — in Frage kommen kann. Eine solche liegt aber nur der Form nach vor. Der Sache nach ist der Grundsatz „in dubio pro reo“ gar nicht durchbrochen, sondern nur ein für den Vorsatzbeweis überhaupt typischer Gedankengang wiedergegeben: Wenn dem Täter Umstände bekannt waren, deren Kenntnis jedem vernünftigen Menschen den Schluß auf die Tatbestandsverwirklichung aufzwingt, so wird der Richter stets annehmen, daß auch der Täter diesen Schluß gezogen hat (vgl. PzKom., § 259 N. 5 a), d. h. sich der Tatbestandsverwirklichung bewußt war, falls nicht im Einzelfall besondere Umstände dieser Annahme entgegenstehen. Auch im vorliegenden Fall war die Strk. vom Vorsatz des Täters offenbar ohnehin überzeugt und hat sich nur zur noch größeren Sicherheit in der Schlußfeststellung auf die gesetzliche Vermutung zurückgezogen. Prozeßual bedeutet dies im allgemeinen übrigens keine Erleichterung, sondern eher eine Erschwerung: Die „Umstände“, welche die gesetzliche Vermutung im Einzelfall rechtfertigen, müssen im Ur. dargelegt werden, da es sich um die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen handelt (RGSt. 55, 207; Löwe-Rosenberg a. a. D.), während bei unmittelbarer Annahme des Vorsatzes lediglich Indizien in Frage kommen, die nur angegeben werden sollen (§ 267 StPD.; vgl. RGSt. 55, 214). Vorliegendensfalls scheinen die Feststellungen der Strk. für beides ausgereicht zu haben. Verurteilt hätte die Strk. also auch ohne die gesetzliche Vermutung. Und so wird es in vielen Fällen liegen — freilich nicht in allen. Es läßt sich nicht leugnen, daß die Untergerichte nicht selten die Stelle mißverstanden und „ein qualifiziertes Fahrlässigkeitsmoment zum dolus gestempelt“ haben

gerechnet habe. Solange solche Gutgläubigkeit aber nicht feststeht, genügt kraft gesetzlicher Vermutung zur Feststellung des hehlerischen Vorsatzes die dem Erwerber der Sache nachgewiesene Kenntnis von Umständen, nach welchen er beim Erwerb den strafbaren Vorerwerb annehmen „mußte“. Demgemäß ist es mit der auf die Beweisvermutung des § 259 StGB. gestützten Feststellung des hehlerischen Vorsatzes der Angekl. durchaus vereinbar, daß das angefochtene Urteil bei Ja. auch die ganze Art seines Geschäftsbetriebs als eine Tatfrage würdigt, aus der sich die Überzeugung des Gerichts ergeben konnte, daß bei W. der nach den erwähnten „Umständen“ nur gesetzlich zu vermutende hehlerische Vorsatz erweislich, wenn auch nur als bedingter Vorsatz, bestanden habe.

3. Ob das BG. diesen Nachweis als geführt ansieht, kann zweifelhaft erscheinen, weil es in der Schlußfeststellung nur das „Annehmenmüssen“ erwähnt und deshalb nicht ausgeschlossen ist, daß nur dieses der Entscheidung zugrunde gelegt werden sollte. Aber auch dann würden die Schlüsse, die aus der Art, wie Ja. sein Geschäft betrieb, auf seine Vorstellung von der Möglichkeit, daß durch strafbare Handlungen erlangte Sachen in Frage ständen, gezogen werden, nichts weniger als eine Entkräftung der durch die ihm bekannten Umstände begründeten gesetzlichen Vermutung seines hehlerischen Vorsatzes bedeuten.

II. Der Angekl. W. ist eines in Tateinheit mit Hehlererei begangenen Vergehens gegen §§ 1 und 17 UnedelMetG. vom 11. Juni 1923 (RGBl. I, 366) schuldig befunden worden. Das BG. nimmt an, die Weiterveräußerung an Ja. sei im Rahmen einer auf Erwerb gerichteten und von ihm als Händler berufsmäßig ausgeübten Tätigkeit erfolgt und deshalb gewerblich i. S. des § 1 gewesen. Diese Feststellung

(Abg. Bell im Strafrechtsausschuß, 115. Sitzung, S. 5). Es ist daher zu billigen, daß der Entw. in § 350 auf die (scheinbare) gesetzliche Vermutung verzichtet und einfach den (direkten oder eventuellen) Vorsatz schlichtweg voraussetzt (vgl. auch die Ausmerzung der entsprechenden Vermutung aus §§ 5, 6 GeschlStG. durch Art. 146 Entw. GG. z. DRStGB.). Daneben wird dann in § 352 der neue Tatbestand der jahrlässigen Hehlererei mit niederem Strafrahmen geschaffen. Durch diese Regelung wäre jedenfalls die Gefahr gebannt, daß eine nur fahrlässige Hehlererei mit der Strafe der vorsätzlichen Hehlererei belegt wird. Andererseits bedeutet die allgemeine Pönalisierung der fahrlässigen Hehlererei gegenüber dem heutigen Zustand eine Verschärfung, über deren Berechtigung im Strafrechtsausschuß die Meinungen sehr auseinandergingen; § 352 blieb schließlich bestehen mit der geänderten Überschrift: „Erwerb verdächtiger Sachen.“ Seine Funktion dürfte hauptsächlich darin bestehen, die Fälle sehr wahrscheinlich, aber doch nicht reißlos nachgewiesenen Vorsatzes aufzufangen. Den Einwand, daß es sich hierbei um eine Verdachtsstrafe handle, hat Abg. Wun- derlich im Strafrechtsausschuß, 116. Sitzung, S. 7, mit Recht zurückgewiesen: Die Fahrlässigkeit wenigstens muß ja positiv festgestellt werden. Das Bedenken kann nur dahin gehen, ob die Gerichte bei dieser Feststellung dem Einzelfall genügend Rechnung tragen und nicht schematische Anforderungen an die Prüfungspflicht stellen werden. In dieser Hinsicht müßten die Erfahrungen ins Gewicht fallen, die mit § 19 (18) UnedelMetG., § 17 (5) EdelMetG. gemacht wurden. Hierüber besteht aber noch keine Klarheit, wie sich auch im Strafrechtsausschuß gezeigt hat.

II. Daß unter „Gewerbe betreiben“ in § 17 (16) Ziff. 1 UnedelMetG. entgegen dem vulgären und gesetzlichen Sprachgebrauch auch einmalige Handlungen zu verstehen seien, begründet das RG. einmal damit, daß die übrigen Strafdrohungen des § 17 (16) sich ebenfalls auf Einzelhandlungen beziehen. Dies trifft aber nur zu auf Ziff. 7 i. Verb. m. § 5; alle übrigen setzen ihrem Wesen nach einen Gewerbebetrieb im gewöhnlichen Sinn voraus. Wenn das RG. ferner geltend macht, daß bei anderer Auslegung nicht jeder Verstoß gegen § 1 bestraft werden könne, so ist dieses Argument allerdings nicht zwingend; immerhin dürfte die Auslegung des RG. im Ergebnis das Richtige treffen. Es wäre aber zu wünschen, daß der Gesetzgeber nicht ohne Not von einer feststehenden Terminologie abweicht.

III. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gewerbliche Weiterveräußerung“ in obiger Entsch. deckt sich mit dem Sprachgebrauch und entspricht der ratio legis. — Daß unter „Stellvertreter“ i. S. des § 1 Abs. 1 Satz 2 UnedelMetG. nur ein Stellvertreter i. S. des § 45 GewD. gemeint ist, ist in RGSt. 58, 103 ff. überzeugend dargelegt.

IV. Auf die Frage der Anwendbarkeit des UnedelMetG. a. F. soll nicht eingegangen werden, da das RG. diesen Punkt hier nicht erörtert hat und sich auch aus der Bezugnahme auf RGSt. 61, 183 und 214 nichts ergibt.

Prof. Dr. Engelhard, Heidelberg.

reicht nicht aus. Denn § 1 setzt voraus, daß das Altmetall zur gewerblichen Weiterveräußerung erworben wird, daß also die Weiterveräußerung mit Gewinn bereits der Zweck des Erwerbes gewesen ist. Die Rev. Begr. verneint das Vorliegen dieser Voraussetzung, weil es sich nur um einen gelegentlichen Erwerb zur Sicherheit für ein bereits verfallenes Darlehn gehandelt habe. Ob es sich hier um eine Sicherheit für das Darlehn gehandelt hat, bedarf keiner Prüfung. Denn das schließt nicht den Erwerb innerhalb des Gewerbebetriebs aus, und dann ist es auch unerheblich, ob Be. außer von Ga. noch von anderen Personen oder von Ga. noch in anderen Fällen Altmetall angekauft hat. Der nach und nach erfolgte Ankauf der 7 kg innerhalb des Gewerbebetriebes wäre zum Zwecke des Weiterverkaufs mit Gewinn auch dann vorgenommen, wenn damit ein sonst eintretender Vermögensschaden verhütet werden sollte. Da es sich um ein einzelnes Geschäft handelt und dem Angekl. Be. weitere derartige Zuwiderhandlungen gegen das in § 1 aufgestellte Verbot nicht nachgewiesen worden sind, so muß nachgeprüft werden, ob er sich schon allein durch diese einzige Zuwiderhandlung nach § 17 Nr. 1 des Gef. strafbar gemacht hat. Diese Vorschrift bedroht denjenigen mit Strafe, der vorsätzlich ohne die vorgeschriebene Erlaubnis oder nach dem Erlöschen oder der Zurücknahme einer erteilten Erlaubnis oder nach Unterfügung (§ 11) ein Gewerbe i. S. des § 1 betreibt. Zwar wird in der Regel ein Gewerbebetrieb nur dann angenommen, wenn eine gewerbliche Tätigkeit mit der Absicht des Erwerbs fortgesetzt ausgeübt wird. Hier kommt aber infolge der Bezugnahme auf den § 1 dem Ausdruck „ein Gewerbe betreiben“ eine andere Bedeutung zu. Durch die Worte: „im Sinne des § 1“ hat zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß jeder Erwerb von Altmetall usw. zur Weiterveräußerung in einem Gewerbebetriebe, soweit er nach § 1 Abs. 1 verboten ist, auch hat unter Strafe gestellt werden sollen. Das ergibt sich zunächst aus dem Zwecke des Gesetzes, durch das dem Überhandnehmen von Diebstählen an Gegenständen aus unedlen Metalle wirksam entgegengetreten werden sollte. Ein Verbot ohne Strafandrohung wäre nicht geeignet diesem Zwecke zu dienen. Es wäre aber auch nicht verständlich, wenn das Gesetz in § 1 ein Verbot aufstellen, seine Übertretung aber in weitem Umfange straflos lassen würde, während es in den anderen Strafvorschriften des § 17 einzelne Zuwiderhandlungen gegen Bestimmungen des Gesetzes und der zu ihm erlassenen Ausf. V. mit der gleichen Strafe bedroht, wie Nr. 1, obwohl sie nicht schwerer zu bewerten sind, als die in § 1 verbotenen, bei anderer Auslegung des § 17 Nr. 1 aber straflosen Einzelhandlungen.

Die Anwendung dieser Strafvorschrift auf den gegen Be. festgestellten Sachverhalt ist deshalb, wenn auch die Begründung des BG. nicht einwandfrei ist, doch rechtlich nicht zu beanstanden.

III. Die Rev. der angeklagten Eheleute W. rügen zunächst, daß vom BG. der Begriff der „gewerblichen Weiterveräußerung“, wie er in § 1 UedelMetG. v. 11. Juni 1923 aufgestellt wird, verkannt worden sei. Sie legen diesen Begriff so aus, wie nach der Msp. das Wort „Gewerbmäßigkeit“ im § 260 StGB. und in anderen Bestimmungen angewendet wird. Das ist rechtsirrig. Hier ist vielmehr Gewerbe i. S. der GewD. gebraucht und jeder Erwerb zur Weiterveräußerung in diesem Gewerbebetrieb von der vorgeschriebenen Erlaubnis abhängig gemacht. Dieser Erlaubnis bedarf also auch der Händler, der sonst mit anderen Waren handelt, wenn er nur ausnahmsweise innerhalb seines Gewerbebetriebes einen der im § 1 aufgeführten Gegenstände erwerben will. Der Angekl. Theodor W. hat nach den Urteilsfeststellungen wiederholt Altmetall, das weder aus den Schuttalabdeplätzen herausgesucht war noch von Automobilausbesserungen oder dazu bestimmten Beständen herrührte, von unbekanntem Personen angekauft und im Rahmen seines Handelsbetriebs weiterverkauft. Die hierzu nach § 1 erforderliche Erlaubnis hatte er nicht. Da auch sonst die Anwendung des Strafgesetzes auf den festgestellten Sachverhalt keinen Rechtsirrtum erkennen läßt, insbes. die Anwendung der Vorschriften des Gef. v. 11. Juni 1923 trotz seiner in- zwischen erfolgten Abänderung geboten ist (wie das RG. bereits in den teilweise in RGSt. 61, 183 und 214 abgedr. Entsch. v. 3. Febr. und 24. Febr. 1927, III 980/26 und

II 103/27, dargelegt hat), so erweist sich die Rev. dieses Angekl. als unbegründet.

Dagegen kann dem Rechtsmittel seiner mitangeklagten Ehefrau der Erfolg nicht versagt bleiben. Das BG. nimmt an, daß sie mehrfach als Stellvertreterin ihres Ehemannes den Ankauf und Verkauf von Altmetall vorgenommen habe. Wenn in § 1 der Erlaubniszwang für den Fall, daß ein Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter ausgeübt werden soll, auch auf diesen ausgedehnt worden ist, so wird damit eine Stellvertretung i. S. des § 45 GewD. gemeint. Denn der Vorchrift liegt derselbe Gedanke zugrunde, wie dem 2. Halbsatz des § 45, daß, wenn die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetriebe durch Stellvertreter ausgeübt werden, diese den für das in Rede stehende Gewerbe, insbes. vorgeschriebenen Erfordernissen genügen müssen. Zu den Stellvertretern in diesem Sinne zählen aber nicht die Gewerbsgehilfen (vgl. RGSt. 58, 103), und zwar auch dann nicht, wenn sie einzelne gewerbliche Rechtsgeschäfte für den Geschäftsinhaber selbständig abzuschließen befugt sind, sondern nur solche Personen, die das ganze Gewerbe oder einzelne Zweige für Rechnung und im Namen des Geschäftsinhabers, im übrigen aber selbständig verwalten und den Gewerbsinhaber nach außen vertreten, dabei auch die in das Gewerbe oder dessen Geschäftszweig einschlagenden Rechtsgeschäfte in ihrer Gesamtheit für ihn abschließen, ohne dabei der Aufsicht oder Leitung des Gewerbeinhabers zu unterstehen (vgl. RGSt. 2, 321). Über die Tätigkeit der Angekl. Katharina W. ist aber nur festgestellt, daß sie öfters im Auftrage ihres Ehemannes, wenn er anderweitig beschäftigt war, den Einkauf von Altmetallen und auch deren Weiterverkauf vorgenommen und daß sie insoweit selbständig Abschlußvollmacht gehabt habe. Dies reicht nicht zu der Annahme aus, daß sie nicht nur als Gewerbsgehilfin, vielmehr als Stellvertreterin ihres Ehemannes in dem erörterten Sinne tätig geworden sei, wenn auch, da insbes. die selbständige Abschlußvollmacht hervorgehoben wird, ihre Stellvertretereneigenschaft nicht ausgeschlossen wird. Deshalb muß die gegen sie ergangene Verurteilung aufgehoben und die Sache insoweit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

(2. Sen. v. 24. Okt. 1929; 2 D 1095/28.)

[A.]

**\*\*35.** § 270 StPD. Der nach dieser Vorschrift zu erlassende Verweisungsbeschuß setzt nicht voraus, daß die Beweisaufnahme erschöpft worden ist, sondern hat zu erfolgen, sobald sich in der Verhandlung ein die höhere Zuständigkeit begründender Verdacht ergibt. †)

Die Führung einer Voruntersuchung ist deshalb unterblieben und das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht eröffnet worden, weil sowohl die StA. als auch der Vorsitzende des SchöffG. entgegen der Vorschrift der §§ 24 Nr. 3a, 80, 134 GG. die Zuständigkeit dieses Gerichts annahmen, obwohl die Abtreibungshandlung ohne Einwilligung der Schwangeren vorgenommen worden sein sollte (§ 218 Abs. 4 StGB.). Das SchöffG. hat die Sache, nachdem in die Hauptverhandlung eingetreten und der Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens verlesen war, gemäß § 270 StPD. an das SchwG. verwiesen; die Behauptung, das SchöffG. sei gar nicht in die Verhandlung eingetreten, trifft somit nicht zu. Für die Anordnung einer Voruntersuchung war in diesem Zeitpunkt kein Raum mehr (RGSt. 3, 311 [313 ff.]; 5, 243 [246]). Dafür, daß die Verteidigung des Angekl. solchenfalls nicht beeinträchtigt werde, ist im § 270 Abs. 4 StPD. Vorfrage getroffen. Die Rev. scheint dies auch nicht zu verkennen, behauptet aber, der Angekl. sei dadurch in seiner Verteidigung beschränkt worden, daß die Verhandlung nicht, wie

Zu 35. Die in obiger Entsch. behandelte Frage hat wegen der erweiterten Zuständigkeit des SchöffG. und der verminderten des SchwG. nicht mehr die Bedeutung wie früher. Nur noch einzelne Schwurgerichtsbefugnisse werden erfahrungsgemäß ungern als solche angeklagt, weil sie schwer zu beweisen sind und der große Apparat des SchwG. deshalb nicht gern in Bewegung gesetzt wird. Zu diesen gehört neben dem Meineid auch die Abtreibung ohne Zustimmung nach § 218 Abs. 4 StGB. Hier ruht der Beweis meist lediglich in der Person, welcher abgetrieben wurde, und deren Aussagen sind oft von Motiven beeinflusst, welche der Wahrheitsforschung unzugänglich

es der § 270 Abs. 1 StPD. vorschreibe, vor der Verweisung vollständig durchgeführt worden sei. Nur wenn dies geschehen wäre, hätte der Angekl., wie die Rev. meint, das Fehlen der nach § 178 Abs. 1 StPD. vorgeschriebenen Voruntersuchung „verschmerzen“ und seine Verteidigung für die künftige Schwurgerichtsverhandlung sachgemäß vorbereiten können.

Über die — insbes. von Voituz, Kontroversen betr. die StPD. und das StGB., Bd. I S. 310 ff., und Traut im GerS. 59, 193 ff. eingehend erörterte — Frage, bis zu welchem Punkte die Verhandlung gediehen sein müsse, ehe die Verweisung nach § 270 StPD. erfolgen könne, herrscht Streit; auch darüber, ob etwa Verschiedenes zu verfahren sei, je nachdem erst in der Hauptverhandlung ein die höhere Zuständigkeit begründender Umstand hervortritt, oder ob er zwar, wie hier, schon früher bekannt war, aber unter Außerachtlassung der Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit das Hauptverfahren vor dem Gericht niederer Ordnung eröffnet worden ist.

Der Senat ist der Ansicht, daß der § 270 Abs. 1 StPD. nicht die vorherige Erhebung aller für die Beurteilung der Schuld des Angekl. zu Gebote stehenden Beweismittel erfordert, daß das Gericht sich vielmehr für unzuständig zu erklären und die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen hat, sobald sich in der Verhandlung ein die höhere Zuständigkeit begründender Verdacht ergibt. Dies gilt auch für die Fälle, in denen die Sache an das SchwG. verwiesen wird und eine Voruntersuchung nicht stattgefunden hat. In welchem Zeitpunkt der Verweisungsbeschuß hiernach im Einzelfall zu erlassen ist, hängt von dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters ab. Ergibt sich die höhere Zuständigkeit schon aus dem Inhalt des Eröffnungsbeschlusses, und ist das Hauptverfahren nur aus Versehen vor dem Gericht niederer Ordnung eröffnet worden, so hat sich dieses schon nach Verlesung des Eröffnungsbeschlusses (§ 243 Abs. 2 StPD.) für unzuständig zu erklären (vgl. hierzu RGSt. 8, 248 [251]; 9, 324 [327]; 41, 408).

sind, und ihre Ursache oft nicht einmal in der Person des Abtreibers, sondern der des anstiftenden oder helfenden Schwängerers haben. Erziehungsgemäß wird in solchen Fällen oft an Stelle der erschwerten Abtreibung auf einfache Abtreibung erkannt, und die Staatsanwaltschaft kommt einem solchen Ergebnis entgegen und klagt von vornherein nur wegen einfacher Abtreibung an. Wird in einem solchen Fall verwiesen, so lautet das schwurgerichtliche Urteil, trotzdem meist wieder der ersten Anklage gemäß, wie auch der vorliegende Fall zeigt.

Zur Erörterung steht die Frage, in welchem Stadium der schöffengerichtlichen Verhandlung verwiesen werden kann, erst nach der Beweisaufnahme oder schon nach der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses. § 270 StPD. sagt, „wenn nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung“ sich die Unzuständigkeit ergibt. Das RG. meint, „sobald sich in der Verhandlung die Unzuständigkeit ergibt“, eventuell schon nach Verlesung des Eröffnungsbeschlusses. Das RG. hat sich schon sehr frühe mit dieser Frage beschäftigt und hat seit der Entsch. v. 2. Febr. 1881 (RGSt. 3, 313) ständig dieselbe Stellung eingenommen. In RGSt. 41, 410 ist die Stellungnahme noch damit begründet, daß für die Zuständigkeitsfrage offenbar belanglose Beweise zu erheben das Gericht unmöglich verpflichtet werden könne.

In der Literatur ist die Frage bestritten. Der (31 Seiten lange) in der Entsch. zitierte Aufsatz von Traut (GerS. 59, 193) behandelt eingehend fast alle Ansichten. Die Materialien sind widersprechend, wenn sie das RG. auch selbst (RGSt. 3, 313) dahin zitiert, daß in den Kommissionsberatungen geltend gemacht wurde, daß dem Angekl. die ihm durch die Voruntersuchung dargebotenen Schutzmittel nicht entzogen werden dürften, und daß daher die Beweisaufnahme durchgeführt werden müsse, um durch die Verhandlung dem Angekl. das sonstige Verfahren (gemeint die Voruntersuchung) zu ersetzen. Daß die Verweisung nach einem Eröffnungsbeschuß, aus welchem sich die Unzuständigkeit ohne weiteres ergibt, also in Fällen des Kompetenztritts, sofort ausgesprochen werden kann, wird anscheinend von den meisten zugegeben.

In der Praxis kann man wohl sagen, daß man von einem Ergebnis der Hauptverhandlung erst spricht, wenn mindestens der Angekl. gehört ist. Doch ist dies ziemlich belanglos, denn „zu Ende geführt“ zu werden braucht die Verhandlung sicherlich auch nicht, um ein „Ergebnis“ zu haben und nur dies läge im Interesse des Angekl., welcher sich aus den Zeugenaussagen über eventuelle Anträge nach § 270 Abs. 4 StPD. orientieren will, um einen Ersatz für die unterlassene Voruntersuchung zu haben. Hier liegt der Angelpunkt der ganzen Frage, denn die Beweiserhebung nach § 270 Abs. 4 gibt dem Angekl. nur einen unvollkommenen Ersatz der Voruntersuchung. Es ist hier eine Lücke im Gesetz, welche durch die Subdikatur nicht ausgefüllt werden kann.

Wäre man aber auch anderer Meinung, so würde sich im vorliegenden Falle am Ergebnis nichts ändern, denn auf Verstöße, die bei der Erlassung des Verweisungsbeschlusses oder in dem vorherigen Verfahren (§ 336 StPD.) etwa unterlaufen sind, könnte die Rev. nur dann wirksam gestützt werden, wenn die Verurteilung auf ihnen beruhte. Unter den gegebenen Umständen könnte dies nur dann der Fall sein, wenn dadurch die Verteidigung des Angekl. in einem für die Entsch. wesentlichen Punkte beschränkt worden wäre (RGSt. 41, 408 [410, Schluffatz]). Das trifft hier nicht zu. Der Angekl. hat nicht einmal Veranlassung gehabt, von dem ihm nach § 270 Abs. 4 StPD. zustehenden Rechtsbehelf Gebrauch zu machen. Weder vor noch in der Schwurgerichtsverhandlung hat er es für erforderlich gehalten, auch nur irgendeinen Beweis Antrag zu stellen. Vielmehr hat er sich ausdrücklich mit dem Schluß der Beweisaufnahme einverstanden erklärt, da der Sachverhalt hinreichend aufgeklärt sei. Auch jetzt vermag er nicht anzugeben, in welchem Punkte eine weitere Klarstellung hätte erfolgen sollen und inwiefern er überhaupt beschwert sein könnte, zumal er nur der Abtreibung in der leichteren Form des § 218 Abs. 2 StGB. schuldig erkannt ist, zu deren Aburteilung an sich das SchwG. zuständig gewesen wäre (vgl. hierzu § 269 StPD. sowie RGSt. 16, 39 und 62, 265 [270 ff.]).

(3. Sen. v. 19. Mai 1930; 3 D 285/30.)

[M.]

### Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. §§ 54, 57, 58 GmbHG. Keine Eintragung einer gleichzeitigen Herabsetzung und Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH. †)

(RG., RivSen. 1b, Beschl. v. 19. Dez. 1929, 1b X 750/29.)

Abgedr. JW. 1930, 2718

Beachtenswert ist die Ansicht Doewe-Rosenbergs zu § 270, daß die Verhandlung tatsächliche Momente zutage fördern könne, welche zu einer Aufrechterhaltung der in dem Eröffnungsbeschuß angegebenen Qualifikation führen könnten.

Unbedingt zuzustimmen ist dem obigen Urteil in seinem Schlußabsatz, wonach im vorliegenden Fall die Frage ohne sonderliche Bedeutung für den Angekl. ist, und ähnlich wird es in einer großen Reihe anderer Fälle sein. Das mindert aber nicht die prinzipielle Bedeutung der unverkennbaren Tatsache, daß dem Angekl. durch einen willkürlichen Akt der Staatsanwaltschaft das Recht auf Voruntersuchung genommen werden kann. Daß dies ohne diesbezügliche Absicht geschieht, tut nichts zur Sache.

AGDr. Dr. Leh, Mannheim.

Zu 1. A. Anm. FR. Fischer, ebenda.

B. Das RG. stützt seine Entscheidung auf den Willen der Beteiligten. Die beantragte Eintragung der Erhöhung entspreche der Sachlage nicht. Eine Erhöhung des ursprünglichen Stammkapitals, dessen Herabsetzung beschlossen, aber infolge des Sperrjahres noch nicht durchgeführt ist, sei „überhaupt“ nicht beschlossen, sondern nur eine solche des herabgesetzten Stammkapitals. Damit wird man aber dem wirtschaftlichen Zwecke des Vorgangs nicht gerecht. Auf diesen und nicht auf den etwa gewählten Wortlaut kommt es an. Es besteht ein Bedürfnis, bei einer Sanierung einer GmbH. zugleich das Stammkapital herabzusetzen und durch dessen Erhöhung neues Kapital zu beschaffen. Das ist bei der AktG. möglich. Bei der GmbH. steht die Vorschrift des Sperrjahres entgegen. Die Praxis muß aber Abhilfe schaffen. Die Gesellschaft kann meist nicht warten. Daher schreitet man zu der sofortigen Erhöhung. Es genügt, daß die Herabsetzung beschlossen, wenn auch nicht wirksam ist. Dem Zwischenstadium dient die Beschränkung der dem früheren Kapitale entsprechenden Geschäftsanteile in bezug auf Stimmrecht und Gewinnbezug. Nach Ablauf des Sperrjahres wird das Stammkapital um den beschlossenen Betrag herabgesetzt. Diesen wirtschaftlichen Erfolg wollen die Beteiligten. Im Endergebnis soll das Stammkapital die Summe des herabgesetzten alten und des neuen Kapitals betragen. Wenn aber die Gesellschafter die sofortige Anmeldung der Erhöhung und der in der Zwischenzeit bis zu der Durchführung der Herabsetzung des Stammkapitals erforderlichen Satzungsänderungen beschließen, so wollen sie damit auch die einstweilige Erhöhung des alten nicht herabgesetzten Kapitals. Gerade das entspricht „der Sachlage“. Die Parteien können die Erhöhung des herabgesetzten Stammkapitals und doch bis zur Durchführung der Herabsetzung eine solche des ursprünglichen Stammkapitals wollen.

RA. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim.



## Rechtsentscheide in Miet- und Pacht Sachen.

Berichtet von Kammergerichtsräten Dahmann u. Dr. Günther, Berlin.

1. § 42 Abs. 1 MietSchG. Wird die Rechtsbeschwerde zurückgenommen, bevor das Mieteinigungsamt darüber entschieden hat, ob es ihr abhelfen will, so ist für die Entscheidung über die Kosten der Rechtsbeschwerde und die Kostenerstattungspflicht die Beschwerdestelle zuständig. (†)

Die Beschwerdestelle meint, daß das M. E. zuständig sei, weil nach § 22 Abs. 2 Verf. u. i. Verb. u. § 515 Abs. 3 Z. P. D. die Antragstellerin die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten tragen müsse und sich aus dem R. E. v. 21. Dez. 1929, 17 Y 82/29, auch ergebe, daß die Beschwerdestelle erst dann zuständig sei, wenn die Sache an sie gelangt sei. Der Sen. hat dem nicht beitreten können. Grundtätlich ist für die Entsch. über die Rechtsbeschwerde nicht das M. E., sondern die Beschwerdestelle zuständig; diese aus dem Gesetze ergebende Regelung entspricht dem Zweck der Rechtsbeschwerde, sich ergebende Regelung der Entsch. des M. E. durch eine andere Stelle nachprüfen zu lassen. Eine beratige Nachprüfung durch eine andere Stelle ermöglicht sich nur dann, wenn das M. E. der Rechtsbeschwerde in erheblichem Umfang abhilft. In diesem Falle bestehen keine Bedenken, auch die zweitinstanzliche Entsch. dem M. E. zu überlassen. In allen anderen Fällen soll das M. E. nicht als Beschw. Inst. tätig werden, weil sonst der Zweck der Rechtsbeschwerde, die Nachprüfung der Entsch. durch eine neue, bisher mit dem Sachverhalt noch nicht befaßt gewesene und daher unbefangene Stelle, nicht erreicht werden würde. Schon hieraus ergibt sich die Beantwortung der gestellten Frage; denn nach der Zurücknahme der Beschwerde kann der Fall der Abhilfe durch das M. E. nicht mehr eintreten. Im übrigen würde, wenn nach Zurücknahme der Rechtsbeschwerde das M. E. als Beschw. Inst. zu entscheiden hätte, das eintreten, was gerade verhindert werden soll: Das M. E. würde in einem Falle, in dem es nicht abhilft, weil es nicht mehr abhelfen kann, als zweite Instanz über einen Punkt, — hier den Kostenpunkt, — entscheiden, über den es bereits im ersten Rechtszuge befunden hat. Gegen dieses Ergebnis läßt sich nicht einwenden, daß nach § 22 Abs. 2 Verf. u. § 515 Abs. 3 Z. P. D. entsprechende Anwendung findet. Wäre aus dieser Bestimmung zu entnehmen, daß im Falle der Zurücknahme der Beschwerde nur eine einzige Entsch. über die Kosten möglich sei, so wäre es unbedenklich, dem M. E. diese Entsch. zu überlassen. § 22 ergibt daher nur, daß die entfallenden Gebühren dem Beschw. aufzulegen sind; nur bezüglich dieses Teiles der Kostenentscheidung wäre das M. E. somit durch § 22 gebunden; eine abweichende Entsch. über die Frage der Kostenerstattungspflicht (§ 15 Verf. u. D.) wird durch § 22 nicht gehindert. Würde dem M. E. die Entsch. darüber überlassen bleiben, so würde der bereits oben gekennzeichnete unerwünschte Zustand eintreten, daß es insoweit als erste Instanz entscheiden und seine Entsch. alsdann als zweite Instanz endgültig nachzuprüfen haben würde. Da die Kostenentscheidung somit jedenfalls zum Teil dem freien Ermessen der entscheidenden

Stelle unterliegt, kann nicht das M. E., das sich bereits durch die in der Sache getroffene erste Entsch. festgelegt hat, sondern nur die mit der Sache bisher noch nicht befaßt gewesene Beschwerdestelle hierüber entscheiden. Gegen diese Auffassung spricht auch nicht § 21 Abs. 2 Satz 2 Verf. u. D. Hier ist lediglich der Ausnahmefall behandelt, in dem eine zulässige Beschwerde überhaupt nicht vorliegt; in diesem Falle hat das Gesetz dem M. E. die Entsch. über die Verwertung überlassen.

(R. G., 17. JivSen., R. E. v. 12. April 1930, 17 Y 18/30.) [D.]

## Bayerisches Oberstes Landesgericht.

### Strafsachen.

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

#### I. Materielles Recht.

1. § 222 St. G. B. Zum Begriffe der fahrlässigen Tötung. (†)

Der Eigentümer einer Kiesgrube ist für eine vorschriftswidrige und den Anforderungen an die Verkehrssicherung widersprechende Ausbeutung der Grube nicht unter allen Umständen strafrechtlich verantwortlich. Verpachtet er beispielsweise die Grube oder überläßt er sie auf Grund eines sonstigen Rechtsverhältnisses einem anderen zur ausschließlichen Ausbeutung und geschieht dies an Personen, von denen er überzeugt sein kann, daß sie die pflichtmäßigen Sicherungsmaßnahmen, unter welchen die Kiesgewinnung zu betätigen ist, kennen und sie auch beachten werden, so ist er von jener Verantwortlichkeit frei. Anders liegt aber die Sache, wenn er einem anderen oder einer Mehrheit von Personen nur die gelegentliche oder vorübergehende Entnahme von Kies aus der Grube gestattet, namentlich wenn er auch noch selbst für seinen Bedarf Kies gewinnt. In diesen Fällen verbleibt die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Betrieb der Grube, abgesehen von der Frage, inwieweit sie auch die anderen trifft, bei ihm. Denn er behält die Verfügungsgehalt über die Grube und bleibt Unternehmer.

Aber diese Frage des ursächlichen Zusammenhangs hatte der Tatrichter zu entscheiden. Überrigens ließe sich die Verneinung des ursächlichen Zusammenhangs nicht schon durch die bloße Möglichkeit, daß es zu dem Unfall auch bei Anwendung aller gebotenen Sicherungsmaßnahmen gekommen wäre, rechtfertigen. Denn nach ständiger R. Spr. kann, wenn im Zusammenhange mit einer Pflichtwidrigkeit ein rechtswidriger Erfolg eingetreten ist, die Ursächlichkeit jener für diesen nur dann als nicht gegeben erachtet werden, wenn die Gewißheit oder doch eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit besteht, daß auch bei Einhaltung der pflichtmäßigen Sorgfalt der Erfolg nicht hätte angewendet werden können (R. St. 63, 211).

(BayObL. G., Str. Sen., Ur. v. 17. Juli 1930, RevReg. I Nr. 348/30.)

\*

der Entsch. der ersten Instanz dieser nur ausnahmsweise übertragen ist und daß in allen den Fällen, in denen sie der Beschwerde nicht abhilft, die zweite Instanz zur Entsch. berufen ist, damit die erste Instanz nicht die Möglichkeit hat, in Nachprüfung einer von ihr erlassenen Entsch. endgültig gegen den zu erkennen, der sich mit ihrem Spruch nicht zufriedengeben will. Nach alledem wird man dem R. E. des R. G. nur zustimmen können.

Prof. Dr. Groh, Heidelberg.

Zu 1. Der Entsch. ist beizutreten.

1. Mit Recht wird für eine der Verkehrssicherheit widersprechende Ausbeutung einer Kiesgrube derjenige als verantwortlich bezeichnet, der tatsächlich die Verfügung über die Ausbeutung der Grube hat, gleichgültig ob als Eigentümer, Pächter oder sonstiger Nutzungsberechtigter. Auf ein zivilrechtlich gültiges Pacht- oder sonstiges Rechtsverhältnis kann es dabei für die strafrechtliche Beurteilung nicht ankommen. Durch die tatsächliche Verfügungsgehalt wird den in der Grube Beschäftigten und der Allgemeinheit gegenüber die Rechtspflicht begründet, den Anforderungen der Verkehrssicherheit bei der Kiesgewinnung zu genügen.

Überträgt der Eigentümer die ausschließliche Ausbeutung einem Dritten, von dessen Zuverlässigkeit hinsichtlich der pflichtmäßigen Sicherungsmaßnahmen er nicht überzeugt sein kann, so liegt schon in einer solchen Übertragung an eine unzuverlässige Person eine strafrechtlich relevante Fahrlässigkeit.

2. Der Angekl. hat bei dem Betrieb der Grube die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen unterlassen. Der Unfall hätte sich, wie der Tatrichter feststellt, nicht ereignet, wenn der Angekl. seiner Pflicht genügt hätte. Damit ist der Ursachenzusammenhang zwischen der pflichtwidrigen Unterlassung und dem rechtserhebenden Erfolg gegeben; die Unterlassung konnte nicht hinweggedacht werden, ohne daß damit der eingetretene Erfolg wegfiel (R. St. 63, 392). Ist aber, wie in vorl. Falle, ein solcher Zusammenhang dargetan, so kann

Zu 1. Der R. E. gibt Veranlassung zu einigen Bemerkungen grundsätzlicher Art über die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens und das für dieses Rechtsmittel in den Verfahrensordnungen zum meist zugelassene Abhilfevermögen der ersten Instanz. Dadurch, daß dieser Stelle ähnlich der Befugnis des Imploranten zur Gegenvorstellung gegen ein einfaches abschlägiges Dekret im gemeinen Prozeß die Möglichkeit gegeben ist, die Beschwerde auf ihre Begründetheit nachzuprüfen und ihr abzuhelfen, um die höhere Instanz zu entlasten, wird die erstinstanzliche Behörde insoweit mit den Aufgaben der zweiten Instanz betraut, allerdings unter Verzicht auf den Devolutiveffekt des Rechtsmittels. Wie schon das R. G. in einer Plenarentsch. v. 29. April 1880 (R. G., 1, 431) feststellt hat, ist bei der einfachen Beschwerde bald das Untergericht, bald das Obergericht Beschwerdegericht (vgl. auch Richard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1910, S. 814 Anm. 2), je nachdem, ob das Rechtsmittel beim Index a quo oder beim Index ad quem eingelegt wird. Noch weiter geht die hier in Frage kommende Verf. v. 19. Sept. 1923, denn nach ihr ist für die Überprüfung der Entsch. des M. E. zunächst dieses selbst berufen. Bei ihm allein ist die Rechtsbeschwerde einzulegen, ihm obliegt zuvörderst die Nachprüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen und die Entsch. über die Begründetheit des Rechtsmittels, diese allerdings nur insoweit, als das M. E. der Beschwerde gegen seine Entsch. abhelfen will. Hiergegen sprechen auch keine prinzipiellen verfahrensrechtlichen Bedenken, die man bei einem so geordneten Rechtsgang vielleicht darin erblicken könnte, daß eine Behörde über die Beschwerde gegen ihre eigene Entsch. zu befinden hat. Aber hier besteht keine Gefahr, denn über die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rechtsbeschwerde liegt überhaupt noch kein Erkenntnis vor und zu einer Wanderung des Inhaltes der Entsch. ist die erste Instanz nur i. S. des Rechtsmittels selbst befugt. Ist sie von deren inhaltlichen Unrichtigkeit nicht zu überzeugen, so bleibt es nicht hierbei, sondern nimmere ist für die Nachprüfung allein die Beschwerdestelle zuständig. Daraus ergibt sich aber weiter, daß auch hier die Kontrolle über die Richtigkeit

2. § 243 StGB. Benützung fremder Geldstücke zum Abspielenlassen eines Musikautomaten. †)

Die in der Schublade des Musikautomaten liegenden eingeworfenen Geldstücke standen im Eigentum des Eigentümers und Aufstellers des Automaten Sch. und in dessen Gewahrsam; sie waren für den Angekl. fremde bewegliche Sachen. Der Angekl. hat diese dem Eigentümer aus dessen Gewahrsam weggenommen, allerdings nicht, um sie ihm dauernd zu entziehen und sie dauernd für sich zu behalten, sondern, um sie wieder in den Automaten einzuwerfen und dadurch die Leistung des Automaten, das Abspielen von Musikstücken, auszulösen. Die Meinung der Revision, daß in dieser Verwendung der Geldstücke lediglich eine Gebrauchsannahme, aber keine Zuneigung zu erblicken sei, ist verfehlt. Der Angekl. hat die dem Automat entnommenen Münzen als Gegenwert für eine Leistung hingegeben, die ohne Übereignung eines solchen Gegenwertes nicht verabsolgt wurde. In dieser Verwendung des Geldes zur Verschaffung der Leistung des Automaten liegt nicht ein bloßer Gebrauch, sondern die Zuführung des Sachwerts der fremden Geldstücke in das eigene Vermögen genau so, wie sie in der Verwendung weggenommenen Geldes zum käuflichen Erwerb eines Gegenstandes liegt. Daß hier diese Verwendung gegenüber dem Eigentümer selbst und nicht gegenüber einem Dritten stattgefunden hat, begründet keinen Unterschied (vgl. RGSt. 40, 10).

(BayObLG., StrSen., Urtr. v. 1. Okt. 1929, RevReg. I Nr. 675/29.)

\*

3. § 308 StGB. Begriff der Früchte auf dem Felde. †)

Das OLG. befindet sich in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. und der überwiegend in Schrifttum vertretenen Meinung, wenn es annimmt, daß Feldfrüchte mit ihrer Trennung vom Grund und Boden allein die Eigenschaft von „Früchten auf dem Felde“ i. S. des § 308 StGB. noch nicht verlieren (RG.: GoldbArch. 49, 140; LpzKomm., Anm. 8; Dsghausen, Anm. 3g und Frank, Anm. II, 7 zu § 306 StGB.). Diese Eigenschaft bleibt vielmehr so lange bestehen, als sich die von Grund und Boden getrennten Früchte noch auf dem Felde befinden und dort nicht zur Aufbewahrung auf längere Zeit aufgestapelt sind. Die von der Rev. für ihre Meinung angeführte Entsch. des RG.: JW. 1929, 780<sup>54</sup> sagt nichts Gegenständliches, sie spricht vielmehr nur aus, Früchte auf dem Felde zu sein, hörten die Pflanzen im allgemeinen erst frühestens im Zeitpunkte ihrer Trennung vom Boden auf; Zweifel könnten aber dann ent-

die bloße Möglichkeit, daß auch ohne die pflichtwidrige Unterlassung das gleiche schädigende Ereignis hätte eintreten können, nicht zur Verneinung des Ursachenzusammenhangs genügen. Grundföhllich muß aber die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis des Ursachenzusammenhangs zu stellen sind, der Beweiswürdigung des einzelnen Falles vorbehalten bleiben. RGSt. 63, 211 will nicht in diese freie Beweiswürdigung durch Aufstellung allgemeingültiger Beweisregeln eingreifen, sondern nur einer Überspannung der Anforderungen an den Nachweis des Ursachenzusammenhangs entgegen-treten. Eine andere Auffassung vertritt auch die vorl. Entsch. nicht.

OStA. Dr. Heinzheimer, Karlsruhe.

Zu 2. Daß der Täter das Geld aus dem Automaten mit Zuneigungsabsicht entnommen hat, ist einwandfrei damit begründet, daß er die Geldstücke ihrem wirtschaftlichen Wert nach erlangen wollte, und daß es gleichgültig ist, ob er dafür (wie in dem Biermarkenfall RGSt. 40, 10) Sachgüter oder geldwerte Leistungen eintauschen wollte. Für das Gefühl ist das Ergebnis nicht ganz befriedigend. Es ist aber nicht zu vermeiden, solange das Gesetz beim Diebstahl Zuneigungsabsicht genügen läßt (Vereicherungsabsicht wäre wohl zu verneinen).

Prof. Dr. Kern, Freiburg i. B.

Zu 3. Das Urteil entspricht der herrschenden Meinung. Felder sind landwirtschaftlich nutzbare Grundstücke, die nicht Wald oder Obstand sind. Wann eine Fläche schon oder nicht mehr als Wald anzusehen ist, muß von Fall zu Fall entschieden werden. Obland ist ein Grundstück dann, wenn es für landwirtschaftliche Verwendung noch nicht nutzbar gemacht ist oder nicht nutzbar gemacht werden kann. Grünland (Wiesen, Weiden und Feldfutterbau) rechnet man zweckmäßig den Feldern zu (vgl. Dsghow, Landwirtschaftsrecht, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929, Bd. 4 S. 68). — Früchte sind der Ertrag von Feldern, Bodenerzeugnisse, nicht Bodenbestandteile. Das vom Boden getrennte Getreide bleibt Frucht auf dem Felde, es gehört aber nicht mehr zum Feldinventar, sondern schon zum Hofinventar, wenn es sich auch nicht auf dem Hofe befindet. Für das Strafrecht ist diese Unterscheidung übrigens ohne Bedeutung, sie ist aber von Wichtigkeit für das Steuerrecht (vgl. Piffel-Koppe, EinkStG.<sup>3</sup>, 1930, S. 99).

Zur Ergänzung der Erläuterungen in den im Urteil angeführten Kommentaren zum § 308 kann auf die Bemerkungen zum § 15 PreßbPolG. v. 21. Jan. 1926 in Komm. von Wagemann-Kranold, 1926, und von Rasch-Eggert<sup>2</sup>, 1926, verwiesen werden.

Prof. Dr. Dsghow, Heidelberg.

sehen, wenn die Pflanzen auf dem Boden stehen bleiben und allmählich ihrem natürlichen Verderben anheimfallen. Es kann, mit dem RG. in der Entsch. v. 20. März 1902: GoldbArch. 49, 140, dahingestellt bleiben, ob schon die Inbrandsetzung eines einzelnen, noch auf dem Felde befindlichen Getreidebals oder einer ganz geringen Mehrheit von solcher zur Erfüllung des Tatbestands in § 308 StGB. ausreicht oder ob dieser nicht die Inbrandsetzung einer nicht ganz unbedeutlichen Menge verlangt. Denn bei einem aus mehreren Farben bestehenden Kornmandel handelt es sich immerhin um eine größere Menge von Getreide.

(BayObLG., StrSen., Urtr. v. 28. Jan. 1930, RevReg. I Nr. 975/29.)

\*

4. Zum inneren Tatbestande des § 361 Nr. 6 StGB. †)

Das OLG. hat als nicht erwiesen bezeichnet, daß die Angekl. irgenwie damit gerechnet hat, der durch das Dirnenviertel wandelnde Mann werde die „stereotype Dirnenaufforderung“ als Belästigung empfinden. Damit ist zwar der Vorsatz verneint, aber nicht die zur Anwendung der Bestimmung ausreichende Fahrlässigkeit. Die Angekl. handelte fahrlässig, wenn sie sich bei Anwendung der ihr zumutenden Aufmerksamkeit und Überlegung der belästigenden Eigenschaft ihrer Handlungsweise in dem erörterten Sinn hätte bewußt werden können und müssen. Wollte das OLG. auch ein solches Verschulden verneinen, so könnte das nicht gebilligt werden; denn es wären damit die Anforderungen, die auch an eine Lohndirne und auch bei den hier vorliegenden besonderen Umständen gestellt werden müssen, zu gering bemessen. Auch einer Dirne wird, wenn nicht etwa besondere Umstände in ihrer Persönlichkeit vorliegen, bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit und Überlegung erkennbar sein, daß eine unter den gegebenen Verhältnissen erfolgende Aufforderung zur Unzucht als Belästigung empfunden werden kann.

(BayObLG., StrSen., Urtr. v. 6. Juni 1930, RevReg. I Nr. 334/30.)

\*

Zu 4. Die Meinungen darüber, ob die Übertretung nach § 361 Ziff. 6 StGB. nur vorsätzlich oder auch fahrlässig begangen werden kann, sind geteilt. Während die Kommentare (vgl. z. B. Schäfer-Lehmann, Anm. 23 zu § 16 GeschlStGB.; Dsghausen, Anm. 6 zu § 361 Ziff. 6) Voratz als ausschließlich Schuldsform annehmen, hat sich die Rspr. z. T. auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Die Wahrheit liegt wohl, wie übrigens auch ein Urteil des OLG. Dresden (JW. 1928, 3264<sup>6</sup>) ausgeführt hat, in der Mitte: Der äußere Tatbestand des Aufforderns oder Sichanbietens kann sicher nur vorsätzlich verwirklicht werden. Dagegen ist sehr wohl denkbar, daß der Täter fahrlässig verkennt, daß sein Verhalten Sitte oder Anstand verletzt oder den Charakter einer Belästigung hat; er wird in diesem Falle gleichwohl zu bestrafen sein. Das ergibt sich aus der nahen Verwandtschaft der Gesetzesbestimmung mit § 360 Ziff. 11 StGB., nach der auch derjenige strafbar ist, der bei gehöriger Überlegung hätte erkennen müssen, daß seine Handlungsweise eine Belästigung des Publikums darstellt. Das ergibt sich weiter aus dem Sinne und Zweck der Bestimmung, die das unbedeutliche Publikum vor der Verührung mit der Prostitution schützen will.

Das Urteil hätte sich aber möglicherweise seine Ausführungen über die subjektiven Voraussetzungen des § 361 Ziff. 6 StGB. ersparen können, wenn es nicht offenbar von der Überzeugung ausgegangen wäre, daß jedes Ansprechen eines Nichtinteressenten durch eine Dirne in der Öffentlichkeit den objektiven Tatbestand der Strafbestimmung verwirklichte. Diese Ansicht klingt schon in dem Urteil des gleichen Gerichts JW. 1928, 2996<sup>4</sup> an, ist aber m. E. unrichtig.

In dem konkreten Fall hatte die Angekl. an einen durch das Dirnenviertel wandelnden Mann lediglich die „stereotype Dirnen-aufforderung“ gerichtet. Nach der herrschenden Meinung genügt es zur Anwendung des § 361 Ziff. 6, wenn das Auffordern objektiv geeignet ist, als Belästigung empfunden zu werden (so zuletzt OLG. Hamm: JW. 1930, 285<sup>21</sup>). Nun belästigt schließlich jede Aufforderung zur Unzucht den, der ihr nicht zu folgen geneigt ist, ebenso wie sie stets Sitte und Anstand verletzt. Das wurde schon bei den Kommissionsberatungen (vgl. Schäfer-Lehmann, Anm. 21 zu § 16) mit Recht hervorgehoben. Das Gesetz erhebt aber diese Wirkungen zu besonderen Tatbestandsmerkmalen. Damit zwingt es zu der Annahme, daß die Aufforderung zur Unzucht nicht schon an sich, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände als „in andere belästigender Weise“ erfolgt anzusehen ist. Dies um so mehr, als das gleiche Gesetz ja andererseits die Gewerbsunzucht gewissermaßen legitimiert und das Ansprechen stets eine übliche Form des Kontrahierens mit der Klientel der Prostitution gewesen ist.

Solche besonderen Umstände, die hinzukommen müssen, um die Aufforderung zur Unzucht zu einer belästigenden zu machen, können in der Form, in der sie erfolgt, liegen; so wenn die Prostituierte in obzöner Weise oder auch nur besonders laut den Passanten anspricht. Sie können gesehen werden in anderen Momenten, etwa im Ansprechen in einer verkehrsreichen Straße auf auffällige Art. Die Ausführungen des Urteils lassen aber nicht erkennen, daß solche Umstände in diesem Falle gegeben sind.

Staatsanwalt Dr. Flad, Karlsruhe.

5. Art. 46 Abs. 2 Bay. Gef. über die Erschließung von Baugelände im Verhältnis zu Art. 153 Abs. 2 RVerf. +)

Die Vorschrift des Art. 46 Abs. 2 BaugelG. ist rechtsgründlich; sie verstößt insbes. nicht gegen Art. 153 Abs. 2 RVerf., wonach eine „Enteignung“, soweit nicht ein RVerf. etwas anderes bestimmt, nur gegen angemessene Entschädigung erfolgen darf. Denn die Vorschrift des Art. 46 Abs. 2 BaugelG. bedeutet keine „Enteignung“ i. S. des Art. 153 Abs. 2 RVerf.

Allerdings kann nach der Rspr. des RG. (vgl. u. a. RG. 103, 200; 107, 261; 109, 310; 111, 123), die auch vom StGB. vertreten wird (RG. 124 Anh. S. 19, 33), auch ein Gesetz — nicht bloß ein Verwaltungsakt — eine Enteignung i. S. des Art. 153 Abs. 2 RVerf. darstellen. Aber das Gesetz, das unmittelbar zum Wohl der Allgemeinheit das Recht des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, zugunsten eines Dritten beeinträchtigt, bedeutet, wie der erk. Sen. annimmt, eine Enteignung in jenem Sinne nur dann, wenn es sich als ein Einzelakt darstellt, als ein Eingriff, der nicht alle im Geltungsgebiet des Gesetzes befindlichen und von der gesetzlichen Norm betroffenen Sachen gleichmäßig, sondern nur einzelne von ihnen oder einen engen Kreis von ihnen trifft und so nur einzelnen Sacheigentümern oder einem engen Kreis von ihnen ein besonderes Opfer zugunsten eines Dritten oder der Allgemeinheit auferlegt. In dieser Hinsicht schließt sich der Sen. der Rechtsauffassung an, die vom RG., vom StGB. und von Vertretern des Schrifttums zum Ausdruck gebracht worden ist (RG. 116, 268; Art. des RG. v. 28. Febr. 1930: DJZ. 1930, 699; RG. 124 Anh. S. 19; Anschuß, RVerf., 9. Aufl., Anm. 7—9 zu Art. 153; siehe auch Dr. Walter Felleinek, Entschädigung für baurechtliche Eigentumsbeschränkungen [Schriftenreihe des Deutschen Städtetages, Heft 7], 2. Aufl.; Sölling: JurRdsch. 1928, 40; Pollwein: LZ. 1929, 977).

In Ansehung des Art. 46 Abs. 2 BaugelG. handelt es sich nicht um einen solchen Eingriff. Das beschränkte Verfügungsverbot dieser gesetzlichen Bestimmung bezieht sich nicht auf einzelne bestimmte Grundstücke oder auf einen verhältnismäßig engen Kreis von solchen, sondern auf alle in Bayern gelegenen Grundstücke, sofern sie für die Erschließung von Baugelände in Betracht kommen, also auf eine sehr große und unbeschränkte Anzahl unbestimmter Grundstücke. Unerheblich ist es, daß nicht alle in Bayern gelegenen Grundstücke ohne Ausnahme von der Verfügungsbeschränkung betroffen werden. Wesentlich ist, daß das Gesetz gleichmäßig den Inhalt des Eigentums regelt an allen Grundstücken, für die die Voraussetzungen der gesetzlichen Norm vorliegen (vgl. RG. 116, 268, 271, 273; RG.: DJZ. 1930, 699, 700).

Danach stellt der Art. 46 Abs. 2 BaugelG. lediglich eine zulässige Beschränkung des Eigentums dar, die nach Art. 153 Abs. 1 RVerf. durch ein Gesetz erfolgen kann, und zwar auch durch ein Landesgesetz, soweit die Regelung des Inhalts des Eigentums, die Festsetzung der Schranken des Eigentums, nach Reichsrecht der Landesgesetzgebung überlassen ist. Im gegebenen Falle wird das bay. Landesgesetz gedeckt durch Art. 11 StGB., weil durch die Bestimmung des Art. 46 Abs. 2 BaugelG. „im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränkt“ wird.

Der Rahmen einer bloßen Beschränkung des Eigentums ist im gegebenen Fall auch nicht überschritten. Durch das Verbot, Veränderungen der Erdoberfläche, durch welche die Ausschließung von Baugelände erschwert werden kann, ohne Genehmigung der Baupolizeibehörde vorzunehmen, wird keineswegs das Eigentum völlig ausgehöhlt und inhaltsleer gemacht, vielmehr nur eine bestimmte Nutzungsart an die Erteilung solcher Genehmigung geknüpft, im übrigen aber die Verfügungsberechtigten nicht beeinträchtigt.

Auch gegen die ortspolizeiliche Vorschrift des Gemeinderats Art. v. 21. März 1928 besteht kein rechtliches Bedenken. Sie hat ihre

Zu 5. Der Entsch. ist vollinhaltlich beizupflichten. Nach Art. 46 Abs. 2 BayBaugelG. v. 4. Juli 1923 sind „die Gemeinden . . . berechtigt, durch ortspolizeiliche Vorschriften anzuordnen, daß Veränderungen der Erdoberfläche, insbes. die Anlegung von Ries-, Sand-, Kalk-, Lehm-, Ton- und Mergelgruben sowie von Schlacken- und Müllbergen, durch welche die Ausschließung von Baugelände erschwert werden kann, der Genehmigung durch die Baupolizeibehörde bedürfe“.

Das Gericht folgt zunächst der — herrschenden — Einzelaktstheorie, wonach eine Eigentumsbeschränkung nur dann eine Enteignung ist, wenn sie durch Einzelakt, nicht, wenn sie durch eine allgemeine Vorschrift, einen Rechtsakt angeordnet wird (vgl. hierzu mein Gutachten für den 36. Deutschen Juristentag 1930 S. 292 ff.). Das Gericht empfindet aber selbst das Ergänzungsbedürfnis dieser Theorie und fragt, ob nicht das Maß des Eingriffs so bedeutend sei, daß man trotz Allgemeinheit der Vorschrift von einer Enteignung sprechen müsse, nähert sich also hierbei der sog. Schwunwürdigkeitstheorie. Mit Recht berneint es aber eine enteignungsmäßige Stärke des Eingriffs.

Auch die Ausführungen über die örtliche Zuständigkeit der Ortspolizeibehörde verdienen Beifall. Offenbar wollte das BaugelG. die Ausschließung von Baugelände im ganzen Lande fördern. Da aber nach bay. Recht die Ortspolizeibehörde nur solche Anordnungen erlassen kann, deren Wirksamkeit sich auf den Bereich ihres Bezirkes

gesetzliche Grundlage in Art. 46 Abs. 2 BaugelG., ist Gesetz im weiteren Sinne und widerspricht weder dem Reichsrecht noch dem Landesrecht (Art. 10 PolStGB.). Von ihr gilt die Ansehung ihrer Vereinbarkeit mit Art. 153 Abs. 2 RVerf. entsprechend das gleiche, was oben für die Gültigkeit und Wirksamkeit des Art. 46 Abs. 2 BaugelG. ausgeführt worden ist. Insbes. bezieht sich auch die ortspolizeiliche Vorschrift nicht auf einzelne bestimmte Grundstücke oder einen verhältnismäßig engen Kreis von solchen, sondern auf alle im Gemeindebezirk M. gelegenen Grundstücke, sofern sie für die Erschließung von Baugelände in Betracht kommen. Innerhalb ihres Geltungsbereichs trifft auch sie eine unbeschränkte Zahl unbestimmter Grundstücke und regelt gleichmäßig den Inhalt des Eigentums an allen Grundstücken, für welche die Voraussetzungen ihrer Norm gegeben sind.

Ist die ortspolizeiliche Vorschrift rechtswirksam, dann ist dem Eigentümer eines von ihr betroffenen Grundstücks jede Veränderung der Erdoberfläche, für welche die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen, nur dann gestattet, wenn ihm zuvor die hierzu erforderliche Genehmigung der Baupolizeibehörde erteilt worden ist. Eine — schuldhaft — Zuwiderhandlung gegen das Verbot der ortspolizeilichen Vorschrift macht den Eigentümer strafbar.

Ob etwa nach den Umständen des Einzelfalles die — auf Ermessen der Baupolizeibehörde beruhende — Ver fügung der Genehmigung für den Eigentümer des Grundstücks eine Enteignung darstellen kann und für ihn im Hinblick auf Art. 153 Abs. 2 RVerf. einen Anspruch auf Entschädigung wegen Enteignung zu begründen vermag, unterliegt nicht der Prüfung des RevG. Auch wenn dies zuträfe, würde hiervon weder die Rechtswirksamkeit des Art. 46 Abs. 2 BaugelG. und der ortspolizeilichen Vorschrift noch die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung gegen die ortspolizeiliche Vorschrift berührt.

Unbedrängt ist weiter der Einwand der Rev., daß auf Grund des Art. 46 Abs. 2 BaugelG. eine Gemeinde nur zur Erschließung des eigenen (innerhalb der Gemeindegrenze gelegenen) Baugeländes ortspolizeiliche Vorschriften dieser Art erlassen dürfe, daß aber die von der Gemeinde M. erlassene Vorschrift lediglich die Erschließung von Baugelände für die Nachbarstadt L. bezwecke.

Zunächst hat das UG. zutreffend angeführt, daß die ortspolizeiliche Vorschrift v. 21. März 1928 „auch die Ausdehnungsmöglichkeit der Gemeinde M. bezweckt“. Weiter führt aber das angefochtene Urte. mit Recht aus, daß selbstverständlich die ortspolizeiliche Vorschrift nur für die im Raume von M. liegenden Grundstücke Beschränkungen des Eigentums begründen kann, daß aber die Gemeinde M. befugt ist, durch eine ortspolizeiliche Vorschrift fraglicher Art sowohl im eigenen Interesse die Erschließung neuen Baugeländes zu sichern als auch die Entwicklung der Nachbargemeinde zu fördern. Mit Recht bemerkt Martius in seinem Aufsatz „Städtebau und Verwaltungsrecht in Bayern“ (BayVerwBl. 1928, 113), daß sich in der Nähe von Großstädten deren Einfluß auch auf die umgebenden ländlichen Gemeinden geltend macht, daß die ländlichen Gemeinden diesem Umstand Rechnung tragen und auf die künftige Entwicklung der benachbarten Großstadt Rücksicht nehmen müssen. Daß Art. 46 Abs. 2 BaugelG. auch bezweckt, die Erschließung neuen Baugeländes in ländlichen Gemeinden im Interesse der Entwicklung benachbarter Städte zu fördern, kann nicht bezweifelt werden.

(BayObLG., StrSen., Urte. v. 19. Mai 1930, RevReg. II Nr. 143/30.)

## II. Verfahren.

### 6. Verhältnis des § 125 Abs. 1 u. 2 zu § 128 StPD. +)

Die allgemein für das vorbereitende Verfahren gegebene Zuständigkeitsbestimmung des § 125 Abs. 1 und 2 wird durch die für die Fälle der vorläufigen Festnahme durch § 128 StPD. für den

beschränkt (vgl. Schiedermaier, PolStGB. 1922 S. 11), bleibt zur Vermeidung ungeschätzter Grenzstreifen nichts übrig, als daß eine Ortspolizeibehörde gelegentlich auch Anordnungen zugunsten eines Nachbarbezirkes erläßt.

Prof. Dr. Walter Felleinek, Heidelberg.

Zu 6. Die Entsch. ist nicht bedenkenfrei. Sie geht von der Annahme aus, als würde durch § 128 StPD. eine weitere Zuständigkeit neben der in § 125 Abs. 2 StPD. geregelten begründet. Das ist nicht der Fall. § 128 Abs. 1 Satz 1 gibt lediglich eine Anweisung an die festnehmende Person über Zeit und Ort der Vorführung, § 128 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 sagen über die Zuständigkeit des Amtsrichters gar nichts aus. Eine besondere Regelung der Zuständigkeit für den Fall der vorläufigen Festnahme ist auch überflüssig. Die Zuständigkeit ergibt sich bereits aus § 125 Abs. 2 StPD. Denn mag man die Worte „betroffen werden“ auslegen wie man will, so ist doch der Ort, an dem „die Festnahme erfolgt ist“ (§ 128) stets auch ein Ort, an dem „der zu Verhaftende betroffen wird“.

Allein auch die in der Entsch. gewählte Auslegung dieses letzteren Begriffs scheint mir nicht befriedigend. Schon der Wortlaut spricht dagegen; ein Mensch wird doch nicht da „betroffen“, wo der

Amtsrichter des Bezirks der Festnahme begründete Zuständigkeit nicht ausgeschlossen. Nach der Vorschrift des § 125 StPD. aber ist jeder für die Sache zuständige Richter und jeder Richter, in dessen Bezirk der zu Verhaftende betroffen wird, zur Erlassung des Haftbefehls zuständig. Nun war zwar beim AG. V. kein Gerichtsstand für die Sache begründet, wohl aber ist dort der Beschuldigte „betroffen“ worden. Dieser Begriff deckt sich nicht mit dem des „Ergreifens“ i. S. des § 9 StPD., was schon daraus hervorgeht, daß durch die „Ergreifung“ des Täters ein wenn auch nur subsidiärer Gerichtsstand begründet wird, während im § 125 Abs. 2 die Tatsache, daß der zu Verhaftende im Bezirke des Gerichts betroffen wird, als ein die Zuständigkeit zur Haftanordnung begründender Umstand neben dem Gerichtsstand aufgeführt ist. „Betroffen werden“ kann vielmehr nur so viel wie „angetroffen werden“, „sich befinden“ bedeuten. Dabei kann es, bei der offensichtlichen Tendenz der StPD. die Gerichtszuständigkeit zu der Sicherungsmaßnahme der Verhaftung nicht einzuschränken, sondern im Gegenteil möglichst weit zu halten, rechtlich nichts ausmachen, ob sich der Beschuldigte freiwillig in dem Gerichtsbezirke aufhält oder wie hier nach vorausgegangener Festnahme dorthin verbracht worden ist und ob diese Verbringung den Vorschriften entsprach oder im Widerspruch mit ihnen geschehen ist; maßgebend kann immer nur die tatsächliche Anwesenheit im Gerichtsbezirke zur Zeit der Erlassung des Haftbefehls sein ohne Rücksicht auf ihren Anlaß.

(BayObLG., CivSen., Beschl. v. 5. Febr. 1930, BeschwReg. I Nr. 33/30.)

\*

7. § 245 Abs. 2 StPD.; § 1020 BGB.; § 368 StGB.; § 917 BGB. Auch in den Fällen des § 245 Abs. 2 StPD. darf der Richter nicht willkürlich den Grundfaß der Wahrheitserforschung außer acht lassen. Erwerb eines Fahrrechts durch Erziehung auf Grund des gemeinen Rechts. § 368 Nr. 9 StGB. kann nur vorsätzlich verletzt werden. Das Urteil über ein Notwegrecht hat nur rechtsbestätigende Wirkung. †)

Die gänzliche Übergehung des Beweisanspruchs stellt einen Prozeßverstoß dar. Allerdings bestimmt gem. § 245 Abs. 2 StPD. in den vor dem WR. stattfindenden, eine Übertretung betr. Ver-

ihn Antretende ihn hinbringt. Die Verschiedenheit des Ausdrucks in §§ 9 und 125 ist allem Anschein nach eine bloß zufällige; jedenfalls spielte sie bei den Beratungen der StPD. keine Rolle und auch die Literatur enthält, soweit mir zugänglich — mit Ausnahme einerseits von John, der (StPD. Erl. 2 zu §§ 125, 126) die Zuständigkeit des „betroffenen werdens“ schlechthin als forum deprehensionis bezeichnet, also ihr offenbar den gleichen Sinn beilegt, den sie in § 9 hat, andererseits von Buchelt (StPD. Note 6 Abs. 3), der „betroffen werden“ ohne Begründung mit „anwesend sein“ gleichstellt — keine Erörterungen der Frage. Will man aber einen Unterschied gelten lassen, so wird man vielleicht zugeben können, daß unter „betroffen werden“ auch eine durch außerhalb des betr. Verfahrens liegende Umstände erzwungene Anwesenheit (z. B. Freiheitsentziehung in anderer Sache) verstanden werden kann; man gelangt dann zu einem ähnlichen Ergebnis, wie die Bd. zur Verhinderung fremder Einwirkungen auf die deutsche Gerichtsbarkeit v. 13. Juli 1923 (RGW. I, 634), die für im besetzten oder im Einbruchgebiet begangene strafbare Handlungen über § 9 StPD. hinaus einen Gerichtsstand des Haftortes schuf. Keinesfalls wird man aber so weit gehen dürfen, wie Buchelt und die besprochene Entscheidung. Denn damit wird die Bestimmung in einer Weise ausgedehnt, daß sie eine feste Zuständigkeitsregelung überhaupt nicht mehr enthält. Es steht ja dann im Belieben der feinehmenden Person, welchen Amtsrichter sie zuständig machen will, da jeder Amtsrichter, dem sie den Festgenannten vorführt, eben durch die Tatsache, daß er gerade ihm vorgeführt wird, zur Haftbefehls-erlassung zuständig wird. Daß das nicht der Sinn des „betroffen werden“ im geltenden Recht sein soll, ergibt sich auch aus der Entwürfe eines EinfG. z. Allg. Dtsch. StGB. (Reichsratsvorlage Art. 67 Ziff. 60 § 113 und Reichstagsvorlage Art. 70 Ziff. 64 § 113); dort wird der Ausdruck „betroffen werden“ vermieden und offenbar in der Absicht, die Auslegung der besprochenen Entscheidung zum Gesetz zu erheben, schlechthin auch der Amtsrichter, in dessen Bezirk der Beschuldigte „sich aufhält“, für zuständig erklärt. Ob dabei an die oben gezogenen Konsequenzen gedacht worden ist, darüber geben die Begründungen der Entwürfe keinen Aufschluß; die gesetzgebenden Faktoren werden jedenfalls feinerzeit zu prüfen haben, ob jene Konsequenzen noch erträglich sind.

GeneralStA. Dr. Hafner, Karlsruhe.

Zu 7. Der Entsch. ist in allen Teilen zuzustimmen:

I. Sie bringt in prozessualer Beziehung zwei Grundsätze über die Behandlung von Beweisansprüchen in Übertretungssachen vor dem WR.:

1. Wenn auch der WR. in solchen Sachen freier gestellt ist in der Ausdehnung der Beweisaufnahme (§ 245 Abs. 2 StPD.), so

handlungen der Richter den Umfang der Beweisaufnahme, ohne hierbei durch Anträge der Prozeßbeteiligten gebunden zu sein. Der Richter darf jedoch auch in solchen Fällen nicht willkürlich, sondern nur nach pflichtmäßigem, den Grundsatz der Wahrheitserforschung nicht außer acht lassenden Ermessen den Umfang der Beweisaufnahme bestimmen. Er muß daher jeden Beweisanspruch auf die Erheblichkeit der unter Beweis gestellten Tatsache prüfen und ihn unter allen Umständen nach dieser Prüfung verbeurteilen. Inwieweit läßt die Vorschrift des § 245 Abs. 2 StPD. die Bestimmungen in §§ 244 Abs. 2, 34 StPD. unberührt. Deshalb kann auch in den Fällen des § 245 Abs. 2 StPD. ein in der Hauptverhandlung gestellter Beweisanspruch nur durch begründeten Beschluß, der dem Antragsteller innerhalb der Hauptverhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu gewährt, abgelehnt oder er muß, wenn er, wie hier, nur hilfsweise gestellt worden ist, in den Urteilsgründen verbeurteilt werden. Nur die Begründung der Ablehnung des Beweisanspruchs kann in den Fällen des § 245 Abs. 2 StPD. in der Regel eine andere sein als diejenige, die für die Ablehnung von Beweisansprüchen in den übrigen Strafsachen erforderlich ist. Demzufolge hätte das AG., wenn es den Beweisanspruch des Angekl. ablehnen wollte, mindestens in den Urteilsgründen darlegen müssen, aus welchen Gründen es zur Ablehnung gelangt sei (vgl. Ur. des erk. Sen.: BayZ. 1928, 143; BayObLGSt. 28, 25; RG. Dresden: JW. 1927, 2075<sup>33</sup>). — Eine Erziehung von Grunddienstbarkeiten, die nicht in das Grundbuch eingetragen sind, ist seit der Anlegung des Grundbuchs ausgeschlossen. Dagegen bleibt eine zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs durch Erziehung bereits rechtswirksame entstandene Grunddienstbarkeit rechtsgültig und bedarf auch nicht zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung in dieses Buch (Art. 187 GGWB.; vgl. Staudinger-Kober, 9. Aufl., Bem. 2 zur Vorbem. vor § 1018 BGB.; BayZ. 1915, 205).

Bei der Würdigung der Frage, ob der Angekl. oder sein Rechtsvorgänger zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, das von ihm in Anspruch genommene Fahrrecht durch Erziehung erworben hatte, hat das vor dem Inkrafttreten des BGB. in Geltung gewesene Recht Anwendung zu finden (Art. 189 GGWB.). In der zum Bezirke des AG. V. gehörigen

darf er doch nicht willkürlich verfahren, sondern er muß den Umfang der Beweisaufnahme nach pflichtmäßigem Ermessen und d. h. gemäß dem Prinzip der materiellen Wahrheit bestimmen. Daraus ergibt sich speziell bei Beweisansprüchen die Pflicht, diese ernsthaft zu prüfen.

2. Von dem Ergebnis der Prüfung eines solchen Beweisanspruchs hat das Gericht die Beteiligten in den Formen der §§ 244, 34 StPD. in Kenntnis zu setzen. Wird also einem Beweisanspruch nicht stattgegeben, so muß ein mit Gründen versehenes Beschluß so rechtzeitig verkündet werden, daß der Antragsteller Gelegenheit hat, andere Anträge zu stellen. Im Falle der Beweisanspruch „vorsorglich“ gestellt ist, muß in den Urteilsgründen auf ihn eingegangen werden. Keinesfalls darf er übergangen werden. Das alles ist herrschende Rpr. (vgl. z. B. die Nachweisungen bei Doerr, StPD., 1930, zu § 245; Loewen-Hofenberger, Komm., 1929, Anm. 9 zu § 245 und Anm. 9 zu § 244).

Die positive Bedeutung des § 245 Abs. 2 besteht danach nur darin, daß in den Grenzen der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit das Gericht einen Beweisanspruch auch aus Gründen ablehnen darf, aus denen es ihn sonst nicht ablehnen dürfte. Es könnte z. B. erklären, daß es angesichts der bisherigen Beweisergebnisse weitere Beweiserhebungen für überflüssig halte.

II. Materiellrechtlich handelt es sich um die Frage einer Übertretung nach § 368 Ziff. 9 StGB. Der Angekl. ist über einen mit Weizen bestellten noch nicht abgeernteten fremden Acker gefahren. Inwieweit ist der „gesetzliche Tatbestand“ erfüllt. Fraglich bleibt nur, ob das Fahren unbefugt war. Das kann, wie das Urteil ausführt, aus zwei Gründen zweifelhaft sein. Einmal kann der Angekl. vor Anlegung des Grundbuchs eine auch ohne Erwerb in das Grundbuch zu Recht bestehende Grunddienstbarkeit erworben haben (Art. 184, 187, 189 GGWB., Mainzer Landrecht, Erziehung nach gemeinem Recht). Zum andern kann der Angekl. sich evtl. auf ein Notwegrecht nach § 917 BGB. berufen. In letzterer Beziehung bestehen gewisse Schwierigkeiten insofern, als das Gesetz nicht ganz klar erkennen läßt, mit welchem Augenblicke das Notwegrecht entsteht. Hier ist zunächst von Bedeutung, daß der § 917 BGB. nicht bloß einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts gibt (herrschende Meinung, s. Blanck-Strecker, 1920, 2aa zu § 917; Wolff, Sachenrecht, 1927, § 56; ungenau Staudinger-Kober, 1926, I 2 zu § 917, der von einer „Pflicht zur Einräumung eines Notwegrechts“ spricht). Handelt es sich danach um eine unmittelbar, dinglich wirkende Beschränkung des Eigentums des Duldungspflichtigen, so ist doch noch nicht sicher, in welchem Augenblicke die Beschränkung eintritt, ob mit Gegebensein der gesetzlichen Voraussetzungen oder erst mit Rechtskraft des in § 917 vorgesehenen Urteils. Die herrschende

Gemeinde S. hat vor dem Inkrafttreten des BGB. in erster Linie das Mainzer Landrecht und hilfsweise das gemeine Recht Geltung gehabt (vgl. Bölderndorff, Zivilgesetzstatistik, S. 165). Das Mainzer Landrecht hat für die Ersetzung von Grunddienstbarkeiten keine Bestimmungen enthalten (vgl. Kurz, Mainzer Landrecht, Vorwort S. VII). Demgemäß ist die Frage, ob der Angekl. oder sein Besitzvorgänger das hier in Frage kommende Fahrrecht durch Ersetzung erworben hat, nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts zu beurteilen.

Der Angekl. hat einen Titel für die Ersetzung des von ihm in Anspruch genommenen Fahrrechts nicht geltend gemacht. Ein Titel war aber nach dem gemeinen Rechte für die Ersetzung einer Grunddienstbarkeit auch gar nicht erforderlich. Erfordernis des rechtswirksamen Erwerbs eines Fahrrechts durch Ersetzung war vielmehr nur, daß der Angekl. oder sein Rechtsvorgänger in der vor der Anlegung des Grundbuchs gelegenen Zeit zehn Jahre lang dauernd ungestört, offen, ohne Widerspruch des Eigentümers des zur Fahrt benötigten Grundstücks und nicht infolge bloßer Vergünstigung in dem guten Glauben, daß ihm das Fahrrecht zustehe, dieses Recht ausgeübt hat. Für den guten Glauben spricht die Vermutung, weil der das Fahrrecht Ausübende annehmen darf, daß sich niemand längere Zeit hindurch eine sein Eigentum beeinträchtigende Handlung gefallen lassen wird (vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl., Nr. 2, 3, 4 und Fußnote 7 zu § 213 S. 1089, 1090; Meisner, Nachbarrecht, 3. Aufl., § 32 S. 437; Bah3. 1915, 206).

Nach Art. 13 BayÜBGB. erlischt die Grunddienstbarkeit mit dem Ablaufe von zehn Jahren nach der letzten Ausübung; ob die Voraussetzungen dieser gesetzlichen Bestimmung im gegebenen Falle vorliegen, wird zu prüfen sein.

Die nach der Feststellung des Urteils in der Gemeinde S. bestehende Flurordnung, nach deren Inhalt die Landwirte bei der Bestellung ihrer in dieser Gemeinde gelegenen Felder und Wiesen auf die benachbarten Grundstücke Rücksicht und bei der Bewirtschaftung ihrer Liegenschaften auf die Verhütung einer Schädigung der angrenzenden Grundflächen Bedacht zu nehmen haben, kann eine durch Ersetzung erworbene Fahrrechtsgerechtigkeit nicht beseitigen. Es kann nur nach § 1020 BGB., der gem. Art. 184 EGBGB. auch für die zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten gilt, von dem die Fahrt Ausübenden verlangt werden, daß er das Interesse des Eigentümers der belasteten Liegenschaft tunlichst schonet. Die Pflicht zur schonenden Ausübung der Grunddienstbarkeit darf aber nicht zu einer inhaltlichen Verengung der Fahrrechtsgerechtigkeit führen (vgl. RGR-Komm., 6. Aufl., Bem. 1 zu § 1020 BGB.; Staudinger-Rober a. a. D., Bem. 1a zu § 1020 BGB.; Meisner a. a. D. § 29 S. 385).

Sodern das Urteil die Überzeugung gewinnt, daß dem Angekl. das von ihm in Anspruch genommene Fahrrecht nicht zusteht, weil weder er selbst noch sein Rechtsvorgänger eine solche Grunddienstbarkeit durch Ersetzung erworben hat, ist weiter zu prüfen, ob der Angekl. unter den obwaltenden Umständen geglaubt hat, daß ihm ein derartiges Recht zustehe. Die Zuwiderhandlung gegen die Strafvorschrift des § 368 Nr. 9 StGB., wonach strafbar ist, wer unbefugt, also rechtswidrig, über bestellte fremde Äcker fährt, kann nur vorsätzlich begangen werden. Die Verurteilung wegen einer solchen Verfehlung setzt somit voraus, daß nicht bloß dem Täter objektiv ein Recht, über den bestellten Acker eines anderen zu fahren, nicht zur Seite gestanden, sondern daß er sich auch der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise bewußt gewesen ist. Bedingter Vorsatz genügt für den Tatbestand des § 368 Nr. 9 StGB.; ein Irrtum des Täters über das Bestehen einer Befugnis zu der Fahrt über den bestellten fremden Acker schließt aber den Vorsatz

lehre, der sich auch das Urteil des BayObLG. anschließt, hält das Urteil stets für deklaratorisch (s. Planck-Streicher 2a zu § 917; Staudinger-Rober VI 2c zu § 917; RGR-Komm., 1928, Num. 12 zu § 917), während z. B. Wolff a. a. D. § 56 bei Ungewißheit über die nähere Bestimmung des Notwegs und damit bestehender Notwendigkeit einer „Konkretisierung des Notwegs“ dem Urteil konstitutive Bedeutung beimißt. Würde man dieser letzteren Auffassung folgen, so wäre im Falle einer Ungewißheit vor Erlass und Rechtskraft des zivilrechtlichen Gestaltungsurteils ein Rechtfertigungsgrund für das Überfahren des fremden Ackers nicht gegeben (von der weiteren Möglichkeit einer vertraglichen Festlegung abgesehen). Doch geben die Urteilsgründe keinen Anhalt für die Notwendigkeit einer Konkretisierung des Notwegs in unserem Falle.

III. Im Falle kein Rechtfertigungsgrund (auch kein anderer außer den genannten, wie Übergewichtiger Notstand) Platz greift, ist noch die Schuldfrage zu prüfen. § 368 Ziff. 9 kann nur vorsätzlich verletzt werden. Das wird von keiner Seite bestritten (RG: 2Str3. 1914, 679) und vornehmlich aus der Natur des Delikts als eines echten Verletzungsdelikts abgeleitet. Die irrtümliche Annahme einer Grunddienstbarkeit oder eines Notwegrechts schließt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit aus, das nach der Rspr. wenigstens

aus (vgl. Lpz Komm., 4. Aufl., Bem. IX, 4 zu § 368 Nr. 9 StGB.; Dischhausen, 11. Aufl., Bem. a zu § 368 Nr. 9 StGB.).

Falls das Urteil zu der Feststellung kommt, daß dem Angekl. das hier in Betracht kommende Fahrrecht nicht zugefallen und er sich auch bei dem Fahren über den mit Weizen bestellten fremden Acker über das Nichtbestehen eines solchen Rechts klar gewesen ist, hat das Urteil zu der Frage des Notwegrechts Stellung zu nehmen. Die Prüfung dieser Frage ist um so mehr veranlaßt, als der Angekl. genötigt ist, von dem Feldwege Plannummer 633 der Steuergemeinde S. aus über den von R. gepachteten Acker zu fahren, um mit seinem Fuhrwerke zu seinem Grundstücke zu gelangen, weil eine andere Zufahrt zu dieser Grundfläche nicht besteht. Bei der Prüfung der Frage des Notwegrechts wird nachstehendes zu beachten sein:

Nach § 917 BGB. kann der Eigentümer eines Grundstücks, wenn diesem die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt, von den Nachbarn verlangen, daß sie gegen Gewährung einer Entschädigungsgelbrente bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Diese Verpflichtung der Eigentümer und Besitzer der angrenzenden Liegenschaften enthält eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung. Das Notwegrecht wird nicht etwa erst durch Urteilspruch begründet, sondern ist kraft Gesetzes bereits mit dem Vorliegen seiner gesetzlichen Voraussetzungen entstanden; das Urteil hat somit in einem solchen Falle nicht rechtsschaffende, sondern nur rechtsbestätigende Wirkung. Die Ausübung des Notwegrechts ist mithin bei dem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen schon vor der Erlassung eines Urteils zulässig. Solange aber der Eigentümer des wegebefürdigten Grundstücks beansprucht, daß er auf Grund einer Fahrrechtsgerechtigkeit über die Grundfläche des anderen fahren darf, ohne zur Leistung der in § 917 Abs. 2 BGB. bestimmten Entschädigungsgelbrente verpflichtet zu sein, hat er die Einräumung eines Notwegs noch nicht verlangt. Die Benutzung des Grundstücks ist ordnungsgemäß i. S. des § 917 BGB., wenn sie den wirtschaftlichen Bedürfnissen mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Grundfläche entspricht und als rationell anzusehen ist (vgl. RGR-Komm. a. a. D., Bem. 3, 8 und 12 zu § 917 BGB.; Meisner a. a. D., § 25 S. 321, 326, 330).

Sodern das Urteil zu der Anschauung gelangen sollte, daß dem Angekl. auch ein Notwegrecht nicht zugestanden ist, hat es noch zu prüfen, ob der Angekl. gewillt war, durch die Fahrt über den von R. gepachteten Acker ein Notwegrecht auszuüben, und ob er von dem Bestande eines solchen Rechts überzeugt gewesen ist. Hierbei wird auch zu erwägen sein, daß aus dem Bestreiten eines Notwegrechts durch R. noch nicht gefolgert werden kann, daß der Angekl. bewußt rechtswidrig gehandelt hat. Denn derjenige, der sich in dem Glauben an sein Recht von dessen Ausübung durch einen Widerspruch des anderen nicht abhalten läßt, verletzt nicht vorsätzlich das Recht des anderen.

(BayObLG., StrSen., Urtr. v. 11. Nov. 1929, RevReg. II Nr. 505/29.)

\*

S. §§ 340, 335, 358 StPD.; Art. 35 BayUÜBGB.; § 286 Abs. 1 StGB. Sprungrevision kann nicht eingelegt werden, wenn das Urteil zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen hat. Ein Preßvergehen, das die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründet, liegt nur vor, wenn die Tat ausschließlich mittels eines Pressezeugnisses verübt worden ist. Zum Begriff der Lotterieveranstaltung.)

Die GmbH. Ricker in N. verlegt die Sportzeitschrift „Der Ricker“. Der Angekl. ist alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft.

dann zum Vorsatz gehört, wenn die Rechtswidrigkeit — wie in § 368 Ziff. 9 — zum „Merkmal des äußeren Tatbestandes“ erhoben ist (RG 58, 249). Würde man aber den Unterschied zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum zugrunde legen, so wäre doch zweifellos die irrtümliche Annahme einer Grunddienstbarkeit oder eines Notwegrechts ein zivilrechtlicher Irrtum und müßte den Vorsatz ausschließen. Bei alledem ist noch vorausgesetzt, daß es sich überhaupt um einen Rechtsirrtum handelt. Denkbar wäre auch, daß der Täter irrtümlich einen Sachverhalt angenommen hat, der die Tat rechtfertigen würde (vgl. Entw. 1927 § 17 Abs. 2), z. B. der Täter nimmt irrtümlich an, daß Grundstücke sei über 10 Jahre lang vor Anlegung des Grundbuchs überfahren worden. Dann liegt bereits „Tatirrtum“ vor, der ohne weiteres den Vorsatz ausschließen würde (herrschende Meinung). Mit diesen Grundfragen befaßt sich das BayObLG. jedenfalls für unseren Fall im Ergebnis im Einklang, wenn es auch abgelehnt hat, der Rspr. des RG. ganz allgemein und strikte zu folgen (vgl. Frank, II zu § 59).

PrivDoz. Dr. Engisch, früher Heidelberg, jetzt Gießen.

Zu 8. I. Daß bei einer Sprungrev. prozessuale Rügen unzulässig und daher unbeachtlich sind, steht unmittelbar im

Im Januar und Februar 1929 erschienen in der Zeitschrift an verschiedenen Tagen Preisausschreiben, in denen zur Beantwortung der Frage eingeladen wurde, welche Fußballvereine bei einem oder mehreren für die nächste Zeit in Aussicht stehenden Wettspielen als Sieger hervorgehen würden. Für die richtige Lösung waren Geldpreise ausgesetzt, die nach der Zahl der Treffpunkte abgestuft waren und bei Einlauf mehrerer Lösungen an eine fest begrenzte Anzahl der Einsender von dem Geschäftsführer nach seinem Ermessen verteilt werden sollten. Der Angekl. wurde als für die Ausschreibungen verantwortlicher Teil wegen eines fortgesetzten Vergehens nach § 286 Abs. 1 StGB. verurteilt. Er hat gegen das Ur. Rev. eingelegt. Die Würdigung des Rechtsmittels ergibt folgendes:

Gemäß § 340 StPD. kann die Rev. (Sprungrev. nach § 335 StPD.) wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren nur auf die Verletzung der Vorschrift des § 358 gestützt werden. Die Rüge der Rev., das UG. habe zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen, die den Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses bildende Tat sei durch die Presse begangen, es sei also — gemäß Art. 35 BayMOVG. — die Zuständigkeit des SchwG. gegeben, ist rein verfahrensrechtlicher Art (vgl. Loewe-Rosenberg, Bem. 3a und 4b zu § 340), ihre Geltendmachung daher durch § 340 ausgeschlossen. Der Einwand ist übrigens offensichtlich auch unbegründet, denn der Veröffentlichung der Preisausschreiben in dem „Kicker“ mußte jeweils die für die Veranstaltung der Lotterie wesentliche Handlung der Aufstellung des Spielplans vorausgehen, die öffentliche Bekanntmachung hatte nur die Bedeutung, daß der Spielplan dem Publikum zugänglich gemacht und dadurch die Lotterieveranstaltung vollendet wurde; ob es dann tatsächlich auch zum Abschluß von Spielverträgen gekommen ist, war für den Begriff der Lotterie allerdings ohne Bedeutung (Spz Komm. Bem. II; RG.: JW. 1926, 52; 1927, 706; BayObLG. 27, 32). Die Lotterieveranstaltung ist sonach mit Rücksicht auf die vor der Veröffentlichung liegende, zum Tatbestand gehörende Tätigkeit des Angekl. nicht ausschließlich mittels eines Preßerzeugnisses verübt worden, wie es zur Begründung der schwurgerichtlichen Zuständigkeit die angeführte Bestimmung erfordert hätte (ebenso Dischhausen, Bem. 8 Abs. 4; RG.: SeuffBl. 73, 895 und insbes. RG. 35, 44).

In materiell-rechtlicher Hinsicht macht die Rev. Verkenntung des Begriffes der Lotterie geltend; es fehle nach den getroffenen tatsächlichen Feststellungen sowohl an dem Erfordernisse des Einsatzes wie auch daran, daß die Entsch. über die Beteiligung am Gewinn vom Zufall abhängig gewesen sei. Denn es sei nach diesen Feststellungen sowohl objektiv wie nach dem Vorsatz des Angekl. möglich gewesen, daß auch Personen ohne jeden Einsatz an der Veranstaltung und dem Gewinne teilnehmen konnten, wobei es völlig gleichgültig sei, wie groß diese Minderheit gewesen sei, und es habe sich andererseits um reine Intelligenzlösungen gehandelt, nicht um solche, bei denen der Zufall entschied.

Diese Einwendungen sind unbegründet. Das Ur. stellt einwandfrei alle Merkmale fest, die der im Gesetz selbst nicht näher erläuterte Begriff der Lotterieveranstaltung nach ständiger Rspr. und der Rechtslehre erfordert. Es geht zutreffend davon aus, daß unter Lotterie diejenige Art des Glücksspiels im weiteren Sinn zu verstehen ist, bei welcher einer Mehrzahl von — durch persönliche Beziehungen nicht zusammengehaltenen — Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen einen bestimmten Geldeinsatz ein vom Eintritt eines zufälligen Ereignisses abhängiges — oder doch wesentlich abhängiges — Recht auf einen bestimmten Geldgewinn zu erwerben (RG.: JW. 1927, 706; BayObLG. 27, 32; Frank, Bem. II; 1. Spz Komm., Bem. I 2b). Alle diese Erfordernisse liegen hier vor. Insbes. ist vom UG. bedenkenfrei dargelegt, daß die Entsch. über den Gewinn in zweifacher Hinsicht vom Zufall abhängig gemacht war, nämlich einmal hinsichtlich des Findens der richtigen Lösungen. Der Vorderrichter verkennt keineswegs, daß die Kenntnisse und die Erfahrung sowie die Intelligenz der einzelnen Teilnehmer an der Lotterieveranstaltung bei der Lösung der Preisaufgaben eine gewisse Rolle spielten, er führt aber mit Recht aus und legt im einzelnen zutreffend dar, daß der Ausgang von Fußballwettspielen stets von einer Reihe von Zufälligkeiten abhängt, die auch der beste Kenner der Verhältnisse und der schärfste Rechner nie mit einiger Bestimmtheit vorhersehen kann. Einen Rechtsirrtum lassen diese Ausführungen nirgends erkennen. Sie ergeben,

Gesetz (§ 340 StPD.). Das Gericht brauchte sonach gar nicht zu prüfen, ob die Rüge begründet gewesen wäre oder nicht. Wenn es dies dennoch tat, so wollte es dem BeschwF. zeigen, daß seine Rüge nicht bloß aus formalen Gesichtspunkten zurückzuweisen war. Ob die Rüge der Unzuständigkeit wirklich unbegründet war, ist übrigens trotz RGSt. 35, 44 keineswegs sicher. Denn nur das öffentliche Veranlassen einer Lotterie ist strafbar; dieses ist aber hier mittels der Presse erfolgt.

II. In materiell-rechtlicher Hinsicht folgt die sehr eingehend begründete Entsch. der bisherigen Rspr. Sie tut das insbes. darin, daß sie zu einer Lotterie weder Lose noch Lossurrogate verlangt, sondern es genügen läßt, wenn der Gewinn irgendwie vom Zufall abhängig gemacht ist. Die Entsch. sieht hier ein doppeltes Zufallsmoment als vorliegend an. Ob allerdings die richtige Voraussetzungen

daß die richtige Lösung der Preisaufgaben zum mindesten wesentlich durch den Zufall bestimmt war. Mehr erfordert der Begriff der Lotterie in dieser Hinsicht nicht (RG.: JW. 1927, 706). So „Kunstspiele“, bei denen im wesentlichen die hervorgehobenen Eigenschaften der Spieler den Ausschlag für die Gewinnmöglichkeit geben und die infolgedessen keine Lotterie darstellen (RG. 40, 385; RG.: JW. 1927, 706; Frank, Bem. II Abs. 4), standen sonach hier nicht in Frage. Das UG. hat aber zudem auch noch festgestellt, daß die Einreichung der Finder richtiger Lösungen in den der Zahl nach beschränkten Kreis der Gewinner dem Zufall überlassen war, denn die Preise sollten von dem Veranstalter an die Einsender richtiger Lösungen verteilt werden; die Bestimmung der Gewinner aus der Zahl der Bewerber, die durch Einreichung richtiger Lösungen eine Anwartschaft auf die Preise erlangt hatten, war also dem Ermessen des Veranstalters und damit, vom Standpunkt der Einsender aus betrachtet, dem Zufall anheimgegeben (Spz Komm., Bem. Q 1). Diese doppelte Abhängigkeit der Gewinnerlangung vom Zufall war auch, wie Rspr. und Rechtslehre verlangen, aus den Preisausschreiben (Spielplänen) zu ersehen (RG.: JW. 1926, 52; 1927, 706; RG. 60, 385 und BayObLG. 27, 32).

Den Einsatz der Teilnehmer am Wettbewerb sieht das UG. in dem Kaufpreis für die einzelnen Nummern des „Kicker“, welche die Teilnahmeleistungen, abgesehen von den Abonnenten des Blattes, zu ersehen hatten, weil in den Ausschreibungen verlangt war, daß zur Einreichung der Lösungen ein beigelegter Gutschein, der den Vordruck für die Niederchrift der Lösung enthielt, verwertet werde. Der Angekl. hat sich darauf berufen, daß er auch Einsender, die den Gutschein nicht verwendeten, zur Bewerbung zugelassen habe. Das UG. hat diese Behauptung angesichts der Tatsache, daß in den Ausschreibungen nicht gesagt war, daß Einreichungen ohne Benutzung des Gutscheins nicht berücksichtigt würden, für nicht widerlegt erachtet. Es erwägt aber, daß es sich bei derartigen Fällen nur um vereinzelte Ausnahmen handeln könne und daß die große Masse der Preisbewerber, von denen 1000—2000 bei jeder Konkurrenz sich beteiligten, durch die Forderung des Angekl. nach Verwendung der Gutscheine veranlaßt worden sei, eine Nummer des Blattes zu kaufen. Das UG. nimmt hiernach an, daß der Angekl. bei seiner Veranstaltung auf eine Gegenleistung der Teilnehmer in der Form des Geldaufwandes für den Erwerb einer Nummer seines Blattes abgezielt hat.

Diese tatsächlichen Feststellungen reichen aus, um die Annahme des Vorderrichters, daß die Beteiligung an der Lotterie von der Leistung eines Einsatzes abhängig gemacht war, zu rechtfertigen. Es war nicht erforderlich, daß der Einsatz als solcher in den Preisausschreibungen bezeichnet war (Frank, Bem. II 1), es genügte, daß in ihnen erkennbar eine als Einsatz zu wertende (vestedite) Leistung des Spielers als dessen Gegenleistung für die Darbietung der Gewinnaussicht von vornherein in Rechnung gestellt war. Der wirklichen Leistung von Einsätzen durch die Spieler bedurfte es nicht, denn die Lotterieveranstaltung ist, wie schon bei der Zuständigkeitsfrage erörtert wurde, bereits mit der Zugänglichmachung des Spielplanes an das Publikum vollendet, auf den weiteren Verlauf des Spieles kann es also rechtlich nicht mehr ankommen. Es verfährt daher nicht, wenn schließlich, wie hier, auch Spieler zugelassen wurden, die keinen Einsatz geleistet hatten (vgl. zu allem Frank, Bem. II 1 und IV; Dischhausen, Bem. 5d G. E.; RG.: JW. 1916, 1127; RG. 35, 44; 55, 270; 60, 127; RG.: LZ. 1916, 1127<sup>20</sup>; OLG. Dresden: JW. 1928, 826<sup>6</sup>; BayObLG. 15, 93). Nach Rspr. und Rechtslehre wird übrigens das Vorliegen einer Lotterie auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß schon nach dem Inhalt des Spielplanes sich auch Spieler ohne Einsatz beteiligen können (sog. Freispiel), wenn nur die große Mehrzahl sich mit Einsätzen beteiligt, richtiger: wenn der Unternehmer bei der Veranstaltung mit dieser Beteiligung rechnet (Dischhausen, Bem. 5d; RG. 25, 180; RG.: JW. 1916, 1127; BayObLG. 10, 348; Kern: JW. 1928, 826 Fußnote). Das war aber hier der Fall. Der Auffassung der Rev., daß schon die bloße Möglichkeit der Beteiligung ohne Gutschein der Annahme einer Lotterie entgegenstehe, kann nicht beigetreten werden. Eine reine Gratislotterie, bei der von vornherein ein Einsatz überhaupt nicht verlangt wird und die infolgedessen auch nicht unter § 286 StGB. fällt (RG. 16, 83; 60, 126; Spz Komm., Bem. I 2b; Disch-

häuser über den Ausgang von Fußballwettkämpfen im wesentlichen von Zufälligkeiten abhängt, scheint mir nicht so sicher. Das RevG. war aber an diese auf dem Gebiet der Tatsachenerwertung liegende Feststellung des Trichters gebunden. Jedenfalls aber liegt ein Zufallsmoment für die Beteiligten darin, daß die Entsch. über die Verteilung des Gewinns vom Ermessen des Veranstalters abhängig war. — Auch das von der neueren Rspr. mit Recht betonte Erfordernis, daß das Zufallsmoment im Spielplan für die Beteiligten erkennbar ist, ist nachgewiesen. — Ferner ist das Vorliegen eines Einsatzes überzeugend begründet. Dem Umstand, ein Teil der an der Gewinnaussicht Beteiligten keinen Einsatz leistet, daß es also auch Freispiel gibt, wird mit Recht keine ausschlaggebende Bedeutung beigelegt (vgl. hierüber die Ann. JW. 1928, 828).

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. Br.

hausen, Dem. 4b; Kern a. a. D.), kommt nach den Feststellungen nicht in Frage.

Hiernach ist die Annahme des Gerichts, daß in dem Kaufpreis für die einzelnen Zeitungsnummern der Einsatz zu erblicken sei, rechtlich nicht zu beanstanden. Der Umstand, daß er für eine einzelne Nummer nur eine unbedeutende Aufwendung darstellte, ist rechtlich belanglos, an dem Charakter der Aufwendung als eines Lotteriejahres wird dadurch nichts geändert, denn auf dessen Höhe hat es nicht anzukommen, er muß nur einen Vermögenswert darstellen (aus diesem Grunde kann die Einsendung der Lösung für sich allein nicht als Einsatz in Betracht kommen, vgl. RG. 55, 270 und Fußnote in JW. 1916, 1127). Es ist insbes. nicht erforderlich, daß der Einsatz zur Deckung der Kosten des Spielbetriebs ausreicht, wie es auch belanglos ist, ob der Unternehmer mit der Veranstaltung der Lotterie ein Vermögensrisiko übernimmt (Lpz Komm., Dem. 3 b Abs. 2).

Die vom AG. gegebene Darstellung des Sachverhalts hätte nahegelegt, auch den Abonnementspreis der Zeitung als vom Unternehmer gewollten Einsatz anzusehen. Im „Ricker“ waren auch schon vorher derartige Preisausschreibungen ergangen und es war doch wohl zu erwarten, daß weitere Ausschreibungen folgen würden. Das wird für viele Spiellustige Veranlassung gewesen sein, auf die Zeitung zu abonnieren und sie mit Rücksicht auf die weiter zu erwartenden Ausschreibungen beizubehalten. Auch die Gewinnung neuer Abonnenten durch die unter Anklage stehenden Ausschreibungen kam in Frage (RG. 25, 180; 34, 123; 60, 385; BayObLG. 10, 348; Lpz Komm., Dem. I 3b; Frank, Dem. II, 31). Der Einsatz kann nach Abspr. und Rechtslehre auch mit einer anderen Leistung (hier: dem Abonnementspreis) verbunden sein (sog. versteckter Einsatz), wobei nicht einmal nötig ist, daß der auf den Einsatz treffende Anteil sich schätzen läßt (RG. 34, 123; 60, 126; Lpz Komm., Dem. I 3b; Hausen, Dem. 5d). Das RevG. ist aber an die Feststellung des Vorberichters gebunden und muß daher davon ausgehen, daß als Einsatz die Kaufpreise für die einzelnen Zeitungsnummern und nur diese von dem Veranstalter ins Auge gefaßt waren.

Nach alledem hat das AG. den Begriff der Lotterie richtig aufgefaßt. Es hat mit Recht auch den Angekl. für die Veranstaltung verantwortlich gemacht. Das Ur. spricht zwar davon, daß die GmbH., deren einziger Geschäftsführer der Angekl. sei, die Lotterie veranstaltet habe, es meint aber offenbar damit, daß der Angekl. als Geschäftsführer der Veranstalter war. Denn er war es, der nach der weiteren Feststellung des Gerichts „alle auf die Preisausschreibungen bezüglichen Handlungen selbst vorgenommen oder veranlaßt hat“, also gerade das getan hat, was zur Veranstaltung der Lotterie erforderlich war. Gleichgültig ist, ob er eigenen Namens und auf eigene Rechnung oder im Namen und auf Rechnung der GmbH. gehandelt hat (RG. 36, 123; 34, 123 und 447; Lpz Komm., Dem. II).

Die Ausführung, daß die etwaige irrümliche Annahme des Angekl., es handle sich bei den Ausschreibungen nicht um eine verbotene Lotterie, ein unbeachtlicher Rechtsirrtum sei, ist zutreffend (RG. 16, 83; 19, 257; Lpz Komm., Dem. V; Frank, Dem. V). Die Behauptung des Angekl., er habe die Lotterie für genehmigt gehalten, was allerdings als tatsächlicher Irrtum nach § 59 StGB. in Betracht käme und zu seiner Freisprechung führen müßte, weil das Delikt nur vorsätzlich begangen werden kann (RG. 27, 31; Lpz Komm. und Frank am zuletzt a. D.), hat das AG. für unrichtig erachtet, sie weidet daher für das RevG. aus.

(BayObLG., StrSen., Ur. v. 10. Jan. 1930, RevReg. I Nr. 858/29.)

## Oberlandesgerichte.

### a) Zivilsachen.

Berlin.

#### I. Materielles Recht.

1. §§ 542, 544 BGB. Fristlose Kündigung des Mieters, der im IV. Stockwerk eines vornehmen Wohnhauses wohnt, wenn die Wohnung durch einen Dachstuhlbrand in Mitleidenschaft gezogen ist. Der Vermieter ist verpflichtet, der fristlosen Kündigung innerhalb kurzer Frist zu widersprechen, wenn nicht sein Stillschweigen als Einverständnis gewertet werden soll. †)

Der im Auslande wohnende, in Berlin durch seinen Vertreter vertretene Kl. ist Eigentümer eines Hauses am Kurfürstendamm,

Zu 1. LG. und RG. stehen auf dem Standpunkt, daß der Kl. zur fristlosen Kündigung unverzüglich Stellung nehmen mußte, wenn er seine Rechte wahren wollte. Während aber das LG. die Säumnis des im Auslande lebenden Kl. aus den Umständen des Einzelfalles entschuldigend, erklärt das RG., daß der Mieter keinen Nachteil erleiden darf, weil der Vermieter weit entfernt wohnt. Vermieter muß sich an Ort und Stelle vertreten lassen durch eine Person, die in eiligen Fällen auch schwerwiegende Entschlüsse trifft. Der Fall muß also behandelt werden, als ob Kl. selbst in Berlin lebte. Man wird die Ansicht des RG. schon aus allgemeinen Rechtsgründen

damm, in dem der Bekl. eine der im 4. Stockwerk belegenen Luxuswohnungen innehat. Durch einen Dachstuhlbrand ist die Wohnung des Nachbarmieters ausgebrannt und ein Teil des Dachstuhls eingestürzt. Durch die Böhbeiten ist auch die Wohnung des Bekl., wenn auch nur in geringem Maße in Mitleidenschaft gezogen worden. Der Bekl. hat das Mietverhältnis fristlos gekündigt und ist am Tage nach Erklärung der fristlosen Kündigung ausgezogen. Der Kl. hat durch seinen Hausverwalter der Kündigung erst nach 17 Tagen widersprochen.

Die Erklärung des Mieters, daß er aus wichtigem Grunde die Wohnung fristlos kündigt, macht eine unverzügliche Stellungnahme des Vermieters nötig. Wenn der Hauseigentümer — auch wenn er im Auslande wohnt und nur durch einen Vertreter am Ort vertreten sei — erst nach 17 Tagen widerspreche, so kann dies Verhalten nur dahin ausgelegt werden, daß er mit der Beendigung des Mietverhältnisses einverstanden ist. Zwar braucht er besonders im Hinblick auf die Umstände des Falles (Brandunglück) nicht sofort zu widersprechen, doch hätte der Hausverwalter dem Bekl. wenigstens mitteilen müssen, daß er der Kündigung vorwiegend so lange widerspreche, bis der Hauseigentümer selbst widersprochen habe. Die Unterlassung eines solchen vorläufigen Widerspruchs innerhalb einiger weniger Tage muß den Umständen nach als Erklärung des Einverständnisses mit der fristlosen Kündigung aufgefaßt werden. Auch der Hinweis auf die Vorschrift des § 561 BGB., wonach der Vermieter bei drohendem Verlust des Pfandrechts einen Monat Zeit hat, den Verlust dieses Pfandrechts durch Widerspruch abzuwenden, ist nicht durchgreifend, da es sich nicht um Verlust des Mietrechts, sondern um durch Stillschweigen erklärte Zustimmung zur fristlosen Kündigung handele.

Die fristlose Kündigung ist gem. §§ 544 u. 542 BGB. gerechtfertigt, da mit Rücksicht auf ein von dem gerichtlichen Sachverständigen erlittenes Gutachten das Hängewerk der Decke konstruktive Mängel aufweist, die zwar nicht in normalen Zeiten, wohl aber in außergewöhnlichen Fällen — insbes. bei einem Brandunglück — eine Gefahrenquelle für die darunter wohnenden Mieter darstellen. Dies sei zwar nur eine entfernte Gefahr, aber das menschliche Leben sei ein so wertvolles Rechtsgut, daß es auch gegen diese entfernten Gefahren von der Rechtsordnung geschützt werden muß. Einer Fristsetzung zur Behebung der Mängel gem. § 542 bedarf es nicht, da die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat. Der erforderliche Umbau des Daches bedarf einer längeren Frist. Es kann dem Mieter nicht zugemutet werden, währenddessen anderweit unterzukommen.

(RG., 17. Zivilsen., Ur. v. 27. März 1930, 17 U 739/30.)

Mitgeteilt von *Al. Dr. Wilhelm Dickmann*, Berlin.

\*

2. § 634 BGB. Voraussetzungen für die Wandlung beim Werkvertrag (Leistungen eines Zahnarztes). †)

Im Frühjahr 1928 fertigte der Bekl. im Auftrage des Kl. für dessen Ehefrau an: a) eine kleine Brücke unten und Reubekapfehlung zweier oberer Zähne, b) eine obere Goldplatte mit 16 teilweise in Kautschuk gesetzte Zähne, c) eine untere Goldplatte mit 6 in Kautschuk gesetzte Zähne.

Nach Vorstellung der Arbeiten zahlte der Kl. die vereinbarten Preise, einen Restbetrag von 150 RM allerdings erst nach Klage. Mit der am 30. Nov. 1928 zugestellten Klage macht der Kl. wegen

billigen müssen. Treu und Glauben erfordert, daß derjenige, der sich vertraglich verpflichtet hat, dafür sorgt, daß er auch zur Erfüllung der Verpflichtungen imstande bleibt, die ihm aus dem Vertrage erwachsen können.

Das RG. hat im Gegensatz zur ersten Instanz die fristlose Kündigung nach § 542 für begründet erklärt: Eine Wohnung, deren Dachkonstruktion Fehler aufweist, die, wenn auch nur unter besonderen Umständen, die Gefahr eines Einsturzes mit sich bringen, ist nicht geeignet für den vertraglichen Gebrauch, insbes. zur Unterbringung von Menschen. Die Notwendigkeit einer Fristsetzung wurde nach § 542 Abs. 1 Satz 3 verneint, wohl mit Unrecht, da ein Umbau des Dachstuhls ohne Auszug des Bekl. und ohne unzumutbare Belästigung beim heutigen Stande der Technik sehr wohl möglich ist.

Nach § 544 wurde vom RG. für anwendbar erklärt, obwohl die vorliegende Gefährdung der Gesundheit keine naheliegende ist (RG. 51, 211). Die „Erheblichkeit“ der Gefährdung sieht das RG. mit Recht zwar nicht in der Nähe der Gefahr, wohl aber in der Bedeutung des bedrohten Rechtsguts.

*Dr. S. Koediger*, Mannheim.

Zu 2. Dem Urteil ist beizupflichten. Es handelt sich um ein Wandelungsbegehren und einen Anspruch auf Schadensersatz wegen arglistigen Verhaltens bei größeren Zahnerarbeiten, für die die Vorschriften des Werkvertrages zur Anwendung kommen. Der Patient ist nach § 634 BGB. verpflichtet, bei der Rüge eines Mangels am Zahnersatz dem Fachmann eine angemessene Frist zur Nachbesserung zu setzen und ihm die hergestellte mangelhafte Arbeit

der zu b und c bezeichneten Arbeiten Wandlung geltend, und stützt dieses Begehren darauf, daß bei ihnen vom Bekl. bewußt minderwertiges Material, nämlich Goldknopfszähne statt Platinfestszähne, verwendet worden sei und bei der Arbeit zu c die Platte wegen unrichtiger Artikulation nicht festsetze und schaukele. Er verlangt daher Rückzahlung des entsprechenden Teiles des Werklohns.

Beide Instanzen haben abgewiesen.

Das Rechtsverhältnis ist nach den Vorschriften des Werkvertrages zu beurteilen. Dann aber kann der Kl. den hier geltend gemachten Anspruch auf Wandlung erst dann verfolgen, wenn er den Anforderungen des § 634 BGB. durch Fristbestimmung Genüge getan hat oder dardat, aus welchem Grunde er ohne Erfüllung dieser Vorschrift den Bekl. glaubt in Anspruch nehmen zu können. Das LG. hat hierzu in eingehenden Ausführungen mit dem Ergebnis Stellung genommen, daß der Kl. im vorliegenden Fall nicht dargetan habe, daß die Vorschriften des § 634 Abs. 2 BGB. zu seinen Gunsten Anwendung finden müßten. Was der Kl. im zweiten Rechtszuge hierzu ausgeführt hat, nämlich, daß seiner Ehefrau nicht zuzumuten sei, oder gewesen sei, sich dem Bekl. erneut anzubewertbaren, der arglistigerweise statt der versprochenen Verwendung besten Materials minderwertige Goldknopfszähne angebracht, der wegen des Restwerklohnes von 150 RM den Kl. gerichtlich in Anspruch genommen habe, hat der Senat nicht für ausreichend gehalten, anzunehmen, daß der Kl. die Frist nach § 634 Abs. 2 a. a. D. nicht hätte zu setzen brauchen. Der Vorwurf der Arglist hat der Kl. im ersten Rechtszuge nach Beweisaufnahme und gegenüber den Feststellungen des Sachverständigen Dr. R. ausdrücklich fallen lassen. Wenn er ihn im zweiten Rechtszuge wieder aufgenommen hat, so sind irgendwelche neue Tatsachen zu seiner Begründung nicht vorgebracht worden. Der Bekl. hat sich zur Ausführung der Arbeiten eines Technikers bedient, gegen dessen berufliche Zuverlässigkeit und Tüchtigkeit vom Kl. keine Bedenken erhoben worden sind. Selbst wenn dieser mit Wissen und Zustimmung des Bekl. Goldknopfszähne statt solcher mit Platinfestszähnen für die beiden Platten der Ehefrau des Kl. verwendet hat, so reicht diese Tatsache allein nicht aus, festzustellen, daß der Bekl. von vornherein und bei Abschluß des Werkvertrages mit dem Kl. oder später in arglistiger Weise mit dem Bewußtsein, dem Kl. das Werk nicht in der versprochenen Güte zu liefern, gehandelt hat. Gegen die Annahme arglistigen Verhaltens sprechen die Ausführungen des Sachverständigen, die ja damals auch den Kl. selbst veranlaßt haben, den Vorwurf der Arglist nicht mehr aufrechtzuerhalten. Er ist jetzt in keiner Weise besser substantiiert worden. — Die Tatsache ferner, daß der Bekl. den Restwerklohn von 150 RM gegen den Kl. gerichtlich geltend gemacht habe und daß dadurch eine solche Spannung zwischen dessen Ehefrau und dem Bekl. eingetreten sei, daß dieser nicht mehr zuzumuten sei, sich dem Bekl. anzubewertbaren, kann nicht als durchschlagend im Sinne der Rechtsauffassung des Kl. über § 634 a. a. D. im vorliegenden Falle gewertet werden. Der Kl. hat damals völlig freiwillig gezahlt; im ersten Rechtszuge hat er freilich bemerkt, es sei versehentlich durch seine, die Rechtslage nicht überschauende Angestellte geschehen; im zweiten Rechtszuge hat er dazu vorgetragen, es sei geschehen, bevor im Okt. 1928 das Abbrechen eines Zahnes erfolgt wäre. Welcher Grund aber auch der zutreffende gewesen ist, keiner ist so geartet, daß man sagen müßte, die Erhebung der Klage auf den Restwerklohn habe ein so gespanntes Verhältnis zwischen den Parteien im Gefolge gehabt, daß die Ehefrau des Kl. befürchten mußte, der Bekl. werde die Nachbesserung nicht mit der erforderlichen Umsicht und Sorgfalt

zu übergeben, damit er die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels hat. Eine Ausnahme i. S. von § 634 Abs. 2 lag nicht vor, da ein besonderes Interesse, das von einer Fristsetzung entbunden hätte, hier nicht gegeben war. Nach herrschender Rpr. ist eine sofortige Geltendmachung (ohne Bestimmung einer Frist) nur dann gerechtfertigt, wenn die sachliche Ausführung bergestellt war, daß das Vertrauen des Patienten erschüttert werden mußte. Hier handelt es sich um eine wertvolle Goldersatzarbeit, bei der u. a. an Stelle des vereinbarten besten Materials, statt Verwendung von Platinfestszähnen, irrtümlicherweise durch Angestellte des Zahnarztes nur Goldknopfszähne verwendet worden sind. Der Preisunterschied zwischen einem Platin- und einem Goldknopfszahn beträgt etwa 2 M pro Zahn, bei 22 Zähnen demnach 44 M. In sachlicher Hinsicht bedeutet die Verwendung der billigeren Goldknopfszähne, da die Zähne in Kautschuk auf die Goldplatte montiert wurden, keine wesentliche Verschlechterung der Haltbarkeit des Zahnersatzes. Beachtlich wäre nur, daß bei einem Unbrauchbarwerden des Zahnersatzes ein geringerer Wert vorhanden ist. Bei einer so gut bezahlten Arbeit darf es nicht dem Fachmanne überlassen bleiben, unter zwei im allgemeinen gleich zweckmäßigen Rohmaterialien das im „Anschaffungswerte“ billigste Material zu wählen, insbes. dann nicht, wenn „bestes Material“ versprochen wird.

Allgemein darf noch bemerkt werden, daß das juristische Schrifttum überwiegend die Auffassung der Rpr., als ob regelmäßig ausschließlich ein Werkvertrag bei Zahnbehandlungsarbeiten vorliege, nicht teilt (vgl. das in meinem Werk „Dentistenrecht“, S. 1161 ff., zit. Schrifttum).

N. A. Dr. M. Th. Lang, Achern (Baden).

vornehmen, und daß man der Ehefrau des Kl. nicht mehr zumuten könnte, die Behandlung des Bekl. aufzusuchen.

(RG., 25. Zivilsen., Ur. v. 30. Mai 1930, 25 U 12424/29.)

Mitgeteilt von J. R. Dr. Martin Lövinson f, Berlin.

\*

3. Da die gemeinsame Benutzung von Räumen durch die in der Ehewohnung während des Scheidungsprozesses getrennt lebenden Ehegatten zu Unzuträglichkeiten führt, kann der Ehefrau statt der Mitbenutzung der fraglichen Räume das Recht auf eine selbständige Wohnung zugesprochen werden. f)

Die Parteien, zwischen denen ein Ehescheidungsrechtsstreit schwebt, leben noch in der ehelichen Wohnung, benutzen aber mit Ausnahme der Küche und des Nebengelasses getrennte Räumlichkeiten. Im vorl. Verfahren verlangt die Antragstellerin im Wege der EinstwVerf. die Regelung der gemeinsamen Küchenbenutzung mit der Begründung, daß der Antragsgegner ihr den Zutritt zu der Küche der gemeinsamen Wohnung verweigere, daß sie aber im gesundheitlichen Interesse auf die Benutzung der Küche dringend angewiesen sei. Ihrem Antrage gemäß hat das LG. durch die EinstwVerf. dem Antragsgegner aufgegeben, der Antragstellerin die Benutzung der Küche vormittags zwischen 7 und 8 Uhr, mittags zwischen 11 und 12 Uhr und abends zwischen 18 und 19 Uhr zu gestatten. Diese EinstwVerf. hat das LG., nachdem der Antragsgegner hiergegen Widerspruch erhoben hatte, durch Ur. aufrechterhalten. Das RG. hob die EinstwVerf. auf und ermächtigte die Antragstellerin, aus der Ehewohnung auszuscheiden und eine eigene Wohnung zu beziehen, deren Kosten der Antragsgegner ihr zur Verfügung stellen müsse.

Der Einwand des Antragsgegners, daß das LG. zur Entscheidung im vorl. Verfahren mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 627 ZPO. nicht zuständig gewesen sei, weil der Ehescheidungsrechtsstreit in der Berufung beim RG. anhängig sei, ist schon deshalb unbegründet, weil weder die Schriftsätze des Antragsgegners noch der Tatbestand des angefochtenen Ur. ergeben, daß der Antragsgegner bereits vor dem LG. die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit erhoben habe. Da eine Bemängelung der Zuständigkeit des LG. in der ersten Instanz somit nicht erfolgt ist, ist dessen Zuständigkeit durch die Vorschriften der §§ 38, 39 ZPO. begründet worden.

Die Notwendigkeit einer einseitigen Regelung der gemeinsamen Küchenbenutzung ist mit Rücksicht auf die durch den Ehescheidungsstreit hervorgerufene feindselige Einstellung der Parteien zueinander unüberkennbar.

Es läßt sich freilich nicht leugnen, daß der Antragstellerin ein Anspruch auf die Küchenbenutzung nicht zuerkennen sein würde, wenn sie auf diesen Anspruch mit Rücksicht auf anderweitige Leistungen des Antragsgegners, die ihr eine Beköstigung außerhalb des Hauses ermöglichen, verzichtet hätte. Ein solcher Verzicht der Antragstellerin ist aber, wie das angefochtene Ur. zutreffend annimmt, aus dem von den Parteien überreichten Schriftwechsel nicht zu entnehmen.

Die von der Antragstellerin vorgeschlagene Regelung einer gemeinsamen Küchenbenutzung erscheint indes wenig zweckmäßig, da auch bei einer solchen Regelung die Beforgnis der Entstehung weiterer unerquicklicher Streitigkeiten unter den Parteien keineswegs von der Hand zu weisen ist. Zweckmäßig erscheint vielmehr, die von den Parteien selbst ins Auge gefaßte Möglichkeit, daß die Antrag-

Zu 3. I. 1. Für die beantragte EinstwVerf. war, falls sie unter § 627 ZPO. fiel, das RG. zuständig. Denn zur Zeit der Antragstellung war das Scheidungsverfahren bei diesem Gerichte anhängig. Trotzdem hat das LG. entschieden. Da die Streitparteien hier ohne Widerspruch des Antragsgegners gegen die Zuständigkeit zur Sache verhandelt hatten, erachtet das RG. die Zuständigkeit als durch §§ 38, 39 ZPO. begründet. Diese Vorschriften betreffen aber nur die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Helliwig, Lehrbuch § 106 II 1; Stein-Jonas, § 38 Anm. I; Mann, § 1 Anm. 1 b). Wird aber gesetzlich bestimmt, EinstwVerf. seien vom Gerichte der Hauptsache zu erledigen, so wird damit — jedenfalls bei Anhängigkeit der Hauptsache — eine Frage der funktionellen Zuständigkeit geregelt; die EinstwVerf. des § 627 ZPO. insbes. ist zu einer Aufgabe des Scheidungsgerichts erklärt. Diese Zuteilung eines Geschäfts an ein bestimmtes Gericht ist zwingend (Helliwig a. a. D. § 95 VI). Trotzdem wird man fragen dürfen, ob nicht das RG. Recht hatte, als es ungeachtet der Unzuständigkeit des LG. sachlich entschied; es selbst war ja, statt des LG., zuständig; sollte es dennoch ohne sachlichen Entscheid die EinstwVerf. aus Prozessgründen abweisen? Schwerlich würde ein solches Ergebnis dem Zwecke der Bestimmungen entsprechen, die bestrebt sind, der aus dem Zuständigkeitsvorschriften fließenden Unwirksamkeit prozessualer Rechtsakte engste Grenzen zu ziehen (§§ 10, 38 f., 274 Abs. 2 Ziff. 1 und Abs. 3, 276, 538 ZPO.). Diese Bestimmungen beziehen sich zwar, zum mindesten überwiegend, nicht auch auf die funktionelle Zuständigkeit; aber sie lassen doch erkennen, daß das Gesetz dem innerlich einleuchtenden Gedanken ganz allgemein hulldigt: an der Unzuständigkeit des Gerichtes solle die sachliche Entscheidung nicht ohne weiteres scheitern.



Weser die bisherige eheliche Wohnung verläßt und mit Rücksicht auf den durch das Mieten einer eigenen Wohnung entstandenen Mehraufwand einen entsprechenden monatlichen Zuschuß erhält, denn nur hierdurch wird der Antragstellerin eine Möglichkeit zur ungehinderten Küchenbenutzung gewährleistet. Wenn die Parteien diesen Weg bei den zwischen ihnen angebahnten Vergleichsverhandlungen leblich deshalb nicht eingeschlagen haben, weil über den Kostenpunkt keine Verständigung erzielt werden konnte, so weisen diese — wenn auch gescheiterten — Vergleichsverhandlungen der Parteien gleichwohl den auch vom Gericht als zweckmäßig und nach der Vorschrift des § 938 ZPO. auch zulässigerweise einzuschlagenden Weg.

(RG., 20. ZivSen., Ur. v. 14. Jan. 1930, 20 U 12992/29.)

Mitgeteilt von RM. Dr. A. Straßner, Berlin.

\*

Darum wird auch das RG. mit Recht zum Ergebnis gelangt sein, es habe sachlich zu befinden: einerseits war es um eine Entscheidung angegangen — freilich nur als BG. —, und andererseits war es zuständig — freilich nur als Erstinstanzgericht. Soll bei solcher Sachlage das den angeführten Gesetzesvorschriften vorschwebende Ziel erreicht werden, nämlich rasche und einfachste sachliche Erledigung ohne Mißachtung der Zuständigkeitsordnung, dann muß man zum Ergebnis gelangen: das RG. hätte zwar das landgerichtliche Ur. aufheben und die Kosten des landgerichtlichen Verfahrens dem Antragsteller aufbürden sollen; zugleich aber hätte es, wie es tat, über die beantragte EinstwVerf. zu befinden.

2. Fraglich bleibt bei alledem, ob eine EinstwVerf. über die Regelung der Küchenbenutzung unter § 627 ZPO. fällt, so daß ihre Erlösung Aufgabe des Scheidungsgerichts ist. Man wird richtigerweise dies bezagen müssen, weil es sich um eine Modalität des Getrenntlebens der Ehegatten handelt (vgl. dazu meine Ausführungen ZFP. 52, 337 f.).

II. Wie die kammergerichtliche Zuständigkeitsentscheidung, erweckt auch die sachliche Verfügung Bedenken. Die Lage war so: In ein und derselben Wohnung lebten die Eheleute getrennt; die Küche wurde vom Manne allein benutzt; die Frau verlangte, daß ihr für bestimmte Stunden das Benutzungsrecht zugesprochen werde. Statt dessen ermächtigte sie das Gericht, eine eigene Wohnung mit Küche zu beziehen; dem Manne wurde zugleich aufgegeben, die danach nötigen Mittel der Frau zur Verfügung zu stellen. Hielt sich das Gericht damit in den Schranken des § 938 ZPO., demzufolge es die zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Anordnungen nach seinem Ermessen bestimmen konnte? Die genannte Vorschrift hebt den § 308 ZPO. nicht auf, wonach einer Partei nichts zugesprochen werden darf, was nicht beantragt wurde (RG.: GruchBeitr. 48, 402; SenfVerf. 63, 338); nur ist das, was der Form nach im Antrage verlangt wird, nicht bindend; maßgebend ist vielmehr allein der mit dem Antrage erstrebte Zweck; dieser Zweck bedarf darum jeweils genauer Feststellung. Er läßt sich oft genug nicht ohne weiteres aus der im Antrage geforderten einzelnen Maßregel erkennen. Kann doch diese Maßregel i. S. des Antragstellers ebenso wohl die einzige erstrebte Form zur Zweckerreichung sein, wie sie eines der verschiedenen denkbaren und von der Partei gebilligten Mittel darzustellen kann, um zum erstrebten Ziele zu gelangen. So konnte in dem kammergerichtlichen Falle der Antrag der Ehefrau zum Ausdruck bringen, die Frau wolle in irgend beliebiger Art die Möglichkeit einer Küchenbenutzung erhalten. Der Antrag konnte aber auch nur die Benutzung der Küche in der bisherigen Wohnung erstreben. Das RG. muß die erste Auslegung für richtig gehalten haben; sonst konnte es nicht zu der erlassenen Anordnung gelangen. Diese durch den Wortlaut des Antrags nicht gedeckte Auslegung stützt sich anscheinend nur auf die Tatsache, daß bei Vergleichsverhandlungen der Streitparteien die Frau mit dem Beziehen einer anderen Wohnung einverstanden war. Aber die Stellungnahme bei den Erörterungen über eine gütliche Einigung erlaubt selten sichere Schlüsse auf die Stellungnahme für den Fall einer Streitentscheidung. Die Frau mochte sehr wohl etwa der Meinung sein, der Mann werde ihr zwar bei vertraglicher Verpflichtungsübernahme nicht aber bei gerichtlicher Verurteilung die Mittel für eine selbständige Wohnung zur Verfügung stellen; ob aber die Mittel zwangsweise beizutreiben seien, müsse bezweifelt werden. Schon diese Überlegung zeigt, daß das RG. keine Verfügung erlassen durfte, die zu haben, ob der von der Frau gestellte Antrag die vom Gerichte als angemessen erachtete Maßregel mitumfassen sollte oder ob die Frau leblich in ihrer bisherigen Wohnung die Küchenbenutzung gesichert haben wolle. Daß diese Klarlegung unterblieb, war ein Verstoß gegen einen allgemein aufzustellenden Satz: Will in Anwendung des § 938 ZPO. das Gericht eine EinstwVerf. erlassen, die sich von der vorgelegenen Verfügung irgendwie wesentlich unterscheidet, so muß vor allem der vom Antragsteller erstrebte Zweck — seinem Umfang nach — nötigenfalls durch Ausübung des Fragerechts genau festgestellt werden; denn sonst läßt sich nicht sicher beurteilen, ob die vom Gerichte als angemessen erachtete Maßregel in den Rahmen des von der Partei verfolgten Zweckes sich einfügt.

SenPräf. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

4. § 70 GenG. Es gibt keine Arglistenehre, wenn der Vorstand die Anmeldung des Austritts beim Genossenschaftsregister schuldhaft unterläßt. f)

(RG., Ur. v. 16. April 1929, 2 U 1069/29.)

Abgedr. NZ. 1929, 3023<sup>1</sup>.

\*

Zu 4. A. Anm. Saenger, ebenda.

B. Das Urteil steht in einem eigentümlichen Gegensatz zu der Entsch. des LG. Weimar v. 11. Dez. 1928: LZ. 1929, 630 und einem hier angeführten Beschl. des RG. v. 19. Jan. 1928. Im dortigen Fall hatte der Vorstand fast drei Jahre verstreichend lassen, bevor er die von einem Genossen abgegebene Austrittserklärung dem AG. zwecks Eintragung in die Genossenschaft weitergab. Gegen die so erfolgte Eintragung seiner Mitgliedschaft legte der Genosse Verwahrung ein, und das AG. wies auf Grund der §§ 147, 142 ZOG. den Genossen in der Liste. Die Beschwerde des Vorstandes verwarf das LG. mit der Begründung: Zwar sei dem Vorstand für die Einreichung der Beitrittserklärung an das AG. eine bestimmte Frist nicht vorgeschrieben; es dürfe aber zwischen der Abgabe der Beitrittserklärung und der Einreichung kein unangemessener Zeitraum liegen; denn in der Zwischenzeit könnten sich die Verhältnisse der Genossenschaft so ungünstig verändert haben, daß dem Beigetretenen sein Beitritt leid geworden sei. — Ebenso bemerkt das RG. in dem vom LG. Weimar angezogenen früheren Beschl. v. 19. Jan. 1928: Nach dem Sinn des Ges. und dem Zweck der Beitrittserklärung werde diese wirkungslos, wenn sie nicht innerhalb eines nach den Umständen des Falls angemessenen Zeitraums zur Einreichung gebracht und damit zur Verwirklichung ihres Zwecks, die Eintragung des Genossen und die Entstehung seiner Mitgliedschaft herbeizuführen, verwandt werde. — Auch Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft 173, bemerkt gleichfalls: Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr folge, daß die Bindung des Beigetretenen ihre Wirksamkeit verliert, wenn die Einreichung erst so spät erfolgt, daß inzwischen das Mitglied annehmen durfte, die Aufnahme sei angelehnt.

Dagegen führt in dem hier besprochenen neuen Beschl. v. 16. April 1929 das RG. aus: Die vom Vorstand schuldhaft verzögerte Eintragung des Ausscheidens stehe der erfolgten Eintragung nicht gleich; die Genossenschaft brauche das Verschulden ihres Vorstandes, wenn dieses in der Unterlassung rechtzeitiger Anmeldung des Ausscheidens eines Genossen liegt, nicht gegen sich gelten zu lassen.

Sonach ist die Rechtslage die: Hat der Vorstand die Einreichung der Beitrittserklärung verzögert, und ist der neu eintretende Genosse erst nach ungemessener Zeit in die Liste eingetragen, so beseitigt das AG. diese Eintragung im Lösungsverfahren des § 142, also im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, weil die Beitrittserklärung inzwischen erloschen gewesen sei. So das RG. in dem früheren Beschl. und das LG. Weimar. Hat dagegen der Vorstand die Einreichung der Austrittserklärung verzögert, so kann der Genosse, wenn die Genossenschaft die infolge der verzögerten Eintragung des Ausscheidens ihr zustehenden Bestellungen verlangt, ihr das Verschulden des Vorstandes nicht entgegensetzen. So das RG. in der neuen Entsch. — Ein solcher Rechtszustand wäre unerträglich; die Frage, ob der Genosse zur Abwehr sich auf das Verschulden des Vorstandes berufen kann, muß einheitlich für Beitrittserklärung wie für Austrittserklärungen, für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie für das Prozeßgericht entschieden werden, und zwar dahin: Nach RG. 68, 348 ist die Genossenschaft nicht haftbar, wenn durch Verschulden des Vorstandes das Ausscheiden eines Genossen nicht angemeldet wurde; dem geschädigten Genossen bleibe nur der Schadensersatzanspruch gegen die Vorstandsmitglieder; dies ergebe sich aus dem Beschl. RG. 57, 262, wonach entscheidend ist der öffentliche Glaube der Liste sowohl im Verhältnis der Genossenschaftsgläubiger als auch der Genossen untereinander. Mit dieser auch der hier besprochenen neuen Entsch. zugrunde liegenden Ansicht ist aber unvereinbar die in der älteren Entsch. des RG. und des LG. Weimar vertretene Ansicht, daß das Registergericht die erfolgte Eintragung des Genossen in der Liste deshalb nach § 142 ZOG. wischen kann, weil der Vorstand die Einreichung der Beitrittserklärung verzögert hat. Die Zuverlässigkeit des Registers leidet darunter, wenn die Gläubiger und die anderen Genossen, die sich auf die Mithaftung jedes eingetragenen Genossen verlassen haben, der Gefahr ausgesetzt wären, daß die Mithaft eines rechtsgültig beigetretenen Genossen wegen Verschuldens des Vorstandes beseitigt würde. Ein Rechtsatz des in der älteren Entsch. des RG. und in der des LG. Weimar behaupteten Inhalts, wonach die Beitrittserklärung bei verzögerter Einreichung wirkungslos wird, ist im GenG. nicht enthalten, und selbst wenn man ihn künstlich begründen könnte, so berechtigt er nicht das Registergericht zur Zurückweisung einer verspätet eingereichten Beitrittserklärung. Zwar hat das Registergericht die Rechtsgültigkeit der Beitrittserklärung

5. § 25 RfürfWD. Erstattung von Aufwendungen aus öffentlicher Fürsorge. f)

Mit der Kl. verlangt der Kl. Erstattung von Aufwendungen aus öffentlicher Fürsorge. Die Zulässigkeit des Rechtsweges ergibt sich aus § 30 Abs. 4 PrAusfWD. v. 17. April 1924 (GS. 210) i. d. Fass. der Gesetze v. 17. Febr. 1926 (GS. 79) und 29. März 1927 (GS. 33).

Dffenbar geht das LG. davon aus, daß eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung grundsätzlicher Art über die Erstattungspflicht des Unterstützungsempfängers nicht besteht. Dem ist beizutreten. Zunächst begründet der vom Kl. herangezogene § 25 Abs. 1 RfürfWD. einen solchen Erstattungsanspruch gegenüber dem Unterstützten nicht. Die Bestimmung besagt, daß die Länder im Rahmen der reichsrechtlichen Vorschriften bestimmen sollen, inwieweit ein Hilfsbedürftiger, der zu hinreichendem Einkommen oder Vermögen gelangt ist, die aufgewendeten Kosten dem Fürsorgeverband zu erstatten hat. Der Wortlaut läßt nicht erkennen, daß der Gesetzgeber damit eine sachliche und grundsätzliche Regelung der Erstattungspflicht des Unterstützungsempfängers treffen wollte. Im Gegensatz zu § 25 Abs. 1 a. a. D. haben in den §§ 21—23 daselbst Erstattungsansprüche des Fürsorgeverbandes gegen Dritte ausdrückliche gesetzliche Anerkennung gefunden. Wollte der Gesetzgeber durch § 25 Abs. 1 a. a. D. weitere als die in den §§ 21—23 daselbst geregelten Erstattungsansprüche gesetzlich festlegen, so hätte er das unzweideutig zum Ausdruck gebracht oder mindestens bringen müssen. Da das nicht geschehen ist, erscheint eine über den Wortlaut des § 25 Abs. 1 a. a. D. hinausgehende Auslegung dieser Bestimmung nicht zulässig, zumal auch § 9 I der Reichsgrundzüge v. 4. Dez. 1924 (RGBl. I, 765 ff.) für bestimmte Fälle die Erstattungspflicht des Unterstützten regelt. Es kann dem § 25 Abs. 1 RfürfWD. also nicht mehr entnommen werden, als sein Wortlaut besagt. Aus diesem ergibt sich aber nur eine reichsrechtliche Ermächtigung der Länder, ihrerseits Rechtsnormen über die Erstattungspflicht des Unterstützten zu erlassen (vgl. Karnop, Zfchr. für das Heimatwesen 1927, 99 ff.; Michel, PrVerwBl. 46, 293; a. M. Baath, Komm. zur WD. über die Fürsorgepflicht, 7. Aufl., 1929, S. 216; Muthesius, Fürsorgerecht, 1928, S. 165/166 u. a.). Von dieser Ermächtigung hat das Land Preußen bisher keinen Gebrauch gemacht. Abgesehen von dem bereits erwähnten § 30 Abs. 4 AusfWD. v. 17. April 1924 bezieht sich nur noch Abs. 5 der genannten Bestimmung auf die Erstattungspflicht. § 30 Abs. 4 enthält aber

lediglich eine Verfahrensvorschrift, denn er bestimmt, daß die Erstattung vorausgabter Fürsorgekosten nur im gerichtlichen Verfahren beansprucht werden kann, und Abs. 5 stellt nur eine Anweisung an die zuständigen Behörden dafür dar, wie diese die Einziehung festgestellter Erstattungsforderungen zu betreiben haben, nämlich unter weitestgehender Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Lage des Selbst- oder Drittverpflichteten. Beide Bestimmungen haben für ihre Anwendbarkeit das Bestehen eines Erstattungsanspruchs zur Voraussetzung, begründen ihn aber nicht (vgl. Michel a. a. D. S. 293). Lediglich § 9 I der Reichsgrundzüge v. 4. Dez. 1924 gewährt dem Fürsorgeverband einen Erstattungsanspruch gegen den über Vermögen oder hinreichendes Einkommen verfügenden Unterstützten dann, wenn der Fürsorgeverband seine Hilfe ausdrücklich von der späteren Rückzahlung der entstandenen Kosten abhängig gemacht hat. Daß das letztere im vorliegenden Falle geschehen sei, hat der Kl. nicht schlüssig behauptet. Er trägt lediglich vor, die Bekl. habe sich in einer bei den Akten das Magistrats in B. befindlichen Erklärung zur Rückzahlung der Kosten verpflichtet. Ob das zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Denn auch wenn diese von der Bekl. bestrittene Behauptung bewiesen werden würde, würde noch nicht feststehen, daß der Kl. seine Unterstützung von der Anerkennung der Erstattungspflicht „abhängig“ gemacht hat, m. a. W., seine Hilfe nicht gewährt hätte, wenn die Bekl. die behauptete Erklärung nicht abgegeben hätte. Das ist aber für die Anwendbarkeit des § 9 I der Reichsgrundzüge erforderlich.

Das LG. glaubt, die rechtliche Grundlage des erhobenen Anspruchs trotz Fehlers einer hier anwendbaren gesetzlichen Bestimmung aus dem Begriff und Wesen der öffentlichen Fürsorgeunterstützung, und zwar unter Berufung auf die Entsch. des RG. in RG. 75, 84 ff. 2) und des RG. v. 15. Mai 1928, 11 U 650/28 (Zfchr. für Heimatwesen 1928, 989) herleiten zu können. In der angezogenen Entsch. des RG. wird unter Hinweis auf § 68 PrAusfWD. z. UWG. und die einschlägige Rspr. des früheren preuß. Obergerichtswahls der Grundsatz aufgestellt, die öffentliche Unterstützung werde nicht freigebig, sondern begriffsmäßig in dem Sinne gewährt, daß der Unterstützte zum Erfolge verpflichtet sei, falls ihm ausreichende Mittel zur Verfügung ständen (RG. 75, 87 2). Dem hat sich das RG. (11. ZivSen.) in seiner Entsch. v. 15. Mai 1928 angeschlossen. Auf dem gleichen Standpunkte stehen Eger (Komm. zum RGeF. über den Unterstützungswohnsitz, 6. Aufl., 1909, S. 176), Michel (a. a. D. S. 292/293), Muthesius (a. a. D. S. 165 u.

zu prüfen; aber amtswegige Ermittlungen des Grundes der verspäteten Einreichung (§ 12 ZGG.) liegen dem Registergericht nicht ob; der Genosse mag durch Eintr. d. des Prozeßgerichts die Eintragung verhindern). Der beitretende Genosse mag durch Überwachung der Erledigung die Verzögerung verhindern, der Austrittende kann von dem Rechtsbehelf des § 71 GenG. Gebrauch machen (vgl. DLG. 19, 360).

RA. Dr. Eugen Josef f, Freiburg i. Br.

1) Deumer, Recht der eingetr. Genossenschaft 129.

Zu 5. I. Mit dieser Entscheidung wird bedauerlicherweise eine Streiffrage des Fürsorgerechts zu neuem Leben erweckt, die man nach den letzten veröffentlichten obergerichtlichen Entsch. wenigstens bis zur bevorstehenden gesetzlichen Neuregelung (s. unten bei II) als im entgegengesetzten Sinne endgültig für die Praxis erledigt ansehen konnte. Ich sage „bedauerlich“ nicht nur deshalb, weil mir der Standpunkt der Entsch. materiell verfehlt erscheint, sondern auch deshalb, weil er dem praktischen Bedürfnisse der Fürsorgeverbände und auch der Unterstützten keineswegs entspricht, von neuem eine Rechtsungleichheit zwischen den einzelnen deutschen Ländern auf dem Gebiete des Fürsorgerechts schafft, die jeder inneren Berechtigung entbehrt, dem eigentlichen Wesen der öffentlichen Fürsorge, nämlich ihrer Subsidiarität — im Gegensatz zum Versorgungsrecht, wie besonders Muthesius (Nachrichtendienst 1929, 7) hervorhebt —, nicht gerecht wird, und die heute schon unter schwersten Finanzjorgen leufenden Fürsorgeverbände einer Einnahmequelle beraubt, die nach keiner Richtung hin, in ihrer jetzigen landes- und reichsrechtlichen Beschränkung (§ 31 Abs. 3 der Reichsgrundzüge, § 30 Abs. 5 PrAusfWD. v. 17. Febr. 1926) als asozial bezeichnet werden kann. Dabei trägt die Entsch. keineswegs der gesamten neueren Rspr. zu § 25 FürfWD. Rechnung, wie man doch bei ihrer grundsätzlichen Abweichung von der Entsch. eines anderen Senats des gleichen Gerichts hätte annehmen dürfen, und noch weniger der gesamten neueren Rechtslehre, die sich ganz überwiegend gegen diese Entsch. ausgesprochen hat. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu machen, sei hier ergänzend angeführt, daß außer den im Urteil angeführten Entsch. des RG. und des RG. noch folgende Entscheidungen sich für das preussische Recht für Anerkennung einer Erstattungspflicht des später zu Vermögen gekommenen Unterstützten und seiner Erben aussprechen: Das RG. (RG. 14, 198; 76, 69 ff. = JW. 1911, 495), das DLG. Kiel (Urt. v. 26. Nov. 1928: Zfchr. f. Heimatw. 29, 174 und Nachrichtendienst 29, 188) und das DLG. Naumburg (Urt. v. 8. April 1927: Zfchr. f. Heimatw. 27, 340), ferner für das inhaltlich mit Preußen über-

einstimmende braunschweigische Recht des DLG. Braunschweig (Urt. v. 24. Jan. 1930: Zfchr. f. Heimatw. 30, 167, Nachrichtendienst 1930, 167). Den gleichen Standpunkt vertritt für Bayern der BayVGH. (Urt. v. 17. Juni und v. 18. Nov. 1929: Zfchr. f. Heimatw. 29, 541; 30, 30), allerdings gemäß einer entsprechenden Sonderbestimmung in Art. 10 BayAllmG., und für Baden das DLG. Karlsruhe: Zfchr. f. Heimatw. 28, 347. In der Rechtslehre aber haben sich, soweit ich sehe, außer dem im Urteil oben angeführten Karnop (s. auch noch Zfchr. f. Heimatw. 28, 166; 29, 53) und Michel nur noch Reßler: Zfchr. f. Heimatw. 27, 398, i. S. dieses Urteils ausgesprochen, dagegen aber nicht nur die im Urteil als Gegner aufgeführten: Baath und Muthesius und in gewisser Beziehung auch Michel, sondern z. B. auch noch v. Sinüber: Zfchr. f. Heimatw. 27, 135, Norden: daselbst 28, 290, Kraepeloh: daselbst 29, 501, v. Helholt-Schumann: daselbst 30, 214 passim, und ganz besonders in einer ausgezeichneten, auf alle auch in der hier besprochenen Entsch. erwähnten Gesichtspunkte eingehenden Abhandlung SenPräf. Freymuth, Charlottenburg: Zfchr. f. Heimatw. 29, 241 ff. Sonach konnte man wohl bisher von einer communis opinio bei Auslegung des § 25 RfürfWD. reden und der neuen, abweichenden Entsch. des RG. läßt sich der Vorwurf einer gewissen Weltfremdheit nicht abstreiten. Auf das einzelne Für und Wider der widersprechenden Meinungen kann hier nicht eingegangen werden; dazu sei verwiesen auf die erwähnte Abhandlung Freymuth. Nur zwei Punkte des Urteils seien noch kurz kritisch gestreift.

a) Das Urteil verweist zur Begründung seiner Ansicht auf § 9 der Reichsgrundzüge und will aus dieser Teilregelung der Erstattungspflicht ein argumentum e contrario entnehmen gegen eine weitere Beziehung der Erstattungspflicht in § 25 RfürfWD. Demgegenüber sei auf Muthesius, Fürsorgerecht, S. 166 verwiesen, wo dargelegt wird, daß § 9 der Reichsgrundzüge einen ganz anderen Tatbestand behandelt als § 25 RfürfWD. Es bestimmt nämlich § 9 nur über den Tatbestand der Hilfsbedürftigkeit, der für den Fall verneint wird, daß der Unterstützungsuchende noch eigenes verwertbares Vermögen besitzt. Wird aus besonderen Gründen sozialer Art davon abgesehen, daß der Hilfsuchende dieses Vermögen zunächst zu seinem Unterhalt verwendet, so kann ihm trotz Nichtvorliegens aktueller Hilfsbedürftigkeit doch Unterstützung geleistet, diese aber von späterer Rückzahlung abhängig gemacht werden. Ganz anders im Falle des § 25 RfürfWD., wo

1) JW. 1911, 228. 2) JW. 1911, 228.

166). Der jetzt erk. Sen. ist anderer Meinung. Die Entsch. RG. 75, 84 ff.<sup>3)</sup> ist am 20. Dez. 1910, also vor Erlaß der jetzt geltenden FürsorgepflichtVO. ergangen, der zur Begründung herangezogene § 68 PrAusfG. z. UWG. ist durch die §§ 33 I und 36 II PrAusfG. v. 17. April 1924 aufgehoben. Eine Verurteilung auf die aufgehobene Bestimmung und ihre Entstehungsgeschichte ist somit jedenfalls jetzt ausgeschlossen. Zwar entspricht § 30 Abs. 4 PrAusfG. v. 17. April 1924 seinem Wortlaute nach dem § 68 Abs. 1 PrAusfG. z. UWG. Ihm kann aber die Beweiskraft, die dem § 68 a. a. D. gegeben wurde, schon deshalb nicht zugesprochen werden, weil jetzt eine Bestimmung wie die des § 68 Abs. 2 Satz 2 a. a. D. (Ges. v. 11. Juli 1891), durch die eine Klage auf Erstattung auch gegen den Unterstützten ausdrücklich für zulässig erklärt wurde, nicht mehr vorhanden ist. Auch die Ausführungen Egers (a. a. D. S. 176), der eine an sich rein verfahrensrechtliche Vorschrift wie die des § 68 Abs. 1 a. a. D. für zwecklos hält, wenn mit ihr nicht auch ein Erstattungsanspruch gegen den Unterstützungsempfänger anerkannt werden sollte, treffen für § 30 Abs. 4 AusfG. v. 17. April 1924 deshalb nicht zu, weil die RZürfPVO. in den §§ 21—23 und die Reichsgrundfätze in § 9 I — die letztere Bestimmung unter besonderen Voraussetzungen auch gegen den Unterstützten selbst — Erstattungsansprüche ausdrücklich gewähren. § 30 Abs. 4 u. 5 PrAusfG. ist auf diese Ansprüche durchaus anwendbar und deshalb trotz Verneinung eines Anspruchs der hier in Rede stehenden Art keineswegs zwecklos.

Zutreffend bezeichnet das RG. (RG. 75, 87<sup>4)</sup>) und ihm folgend der 11. ZivSen. des RG. in seiner Entsch. v. 15. Mai 1928 die öffentlichen Unterstützungen als nicht auf Freigebigkeit beruhende Aufwendungen. Daraus folgt aber nicht die Erstattungspflicht des Unterstützungsempfängers. Denn der Mangel des Willens, aus Freigebigkeit Unterstützungen zu gewähren, schließt die Absicht, später Ersatz für das Aufgewendete zu fordern, nicht ein. Da es sich bei den öffentlichen Unterstützungen im Regelfalle nur um solche von Hilfsbedürftigen handelt, die nicht imstande sind, aus eigenen Kräften ihren Lebensunterhalt oder sonstige lebensnotwendige Ausgaben zu bestreiten, ist ein Wille des unterstützenden Fürsorgeverbandes, Erstattung der ihm durch seine Hilfeleistung entstandenen Kosten vom mittellosen Unterstützungsempfänger zu verlangen, ebenso wie zu vermuten wie die Absicht des Unterstützten, Ersatz zu leisten. Aus dem Begriff der öffentlichen Unterstützung ergibt sich deshalb regelmäßig eine — als stillschweigend vereinbart anzusehende — Erstattungsfähigkeit der Fürsorgeaufwendungen nicht. Einer möglichen Ausnahme von diesem Regelfalle der Hilfsbedürftigkeit schlechthin trägt § 9 I der Reichsgrundfätze Rechnung, indem er dem Fürsorgeverband die Handhabe gibt, seine Absicht, Erstattung seiner Aufwendungen zu verlangen, rechtserheblich und für den Unterstützungsempfänger erkennbar zu betätigen. Lediglich in diesem Falle einer — zulässigen — Vereinbarung über die Erstattungspflicht des Unterstützten kann die öffentliche Unterstützung die Eigenschaft eines rückzahlbaren „Vorschusses“ haben (vgl. RG. 75, 87<sup>5</sup>).

einem aktuell Hilfsbedürftigen die gesetzliche Hilfe geleistet wird, dieser aber dann nachträglich zu Vermögen kommt, aus welchem er ohne Gefährdung seiner selbst oder seiner Erben die Fürsorgeleistungen zurückzuerstatten in der Lage ist.

b) Das Urteil unterzucht den gegebenen Fall schließlich auch nach der Richtung, ob der Unterstützte nicht etwa rechtsverbindlich die Rückzahlung der Unterstützung besonders versprochen hat und verneint das aus dem Grunde, daß nicht behauptet sei, daß das vom Kl. behauptete Versprechen der Rückzahlung diesem auch gem. § 130 Abs. 1 und 3 BGB. zugegangen sei. Abgesehen davon, daß dieser etwaige Mangel des Klagevortrags durch Ausübung des richterlichen Fragerechts leicht hätte beseitigt werden können, fällt hier auf, daß das RG. das Rückzahlungsversprechen als ein rein zivilrechtliches Rechtsverhältnis ansieht und demgemäß die Vorschriften des BGB. ohne Bedenken darauf anwendet. Eine etwaige Vereinbarung zur Erstattung von Fürsorgeleistungen begründet aber nach richtiger Ansicht einen öffentlich-rechtlichen (allerdings nach besonderer gesetzlicher Vorschrift in Preußen nur vor den ordentlichen Gerichten verfolgbar) Anspruch. Ob und wieweit auf ihn die privatrechtlichen Bestimmungen des BGB., namentlich des allgemeinen Teils, analog anwendbar seien, hätte wohl einer besonderen Untersuchung und Feststellung bedurft. Das letztere gilt übrigens auch für den Schlusssatz des Urteils, in welchem die Anwendbarkeit der §§ 607 ff., 812 ff. BGB. verneint wird.

II. Gegenüber der Unsicherheit, die durch das obige Urteil des RG. in die preuß. Nrpr. zu § 25 RZürfPVO. von neuem getragen worden ist, ist es von Wert, darauf hinzuweisen, daß die Reichsregierung auf gesetzlichem Wege eine Änderung der §§ 22 bis 25 RZürfPVO. vorschlagen will, durch welche der Erstattungsanspruch der Fürsorgeverbände gegen den Unterstützten grundsätzlich anerkannt, aber seine Geltendmachung nach mancher Richtung eingeschränkt werden soll. Am 8. Okt. 1929 haben der ArtM. und der RM. gemeinschaftlich Vorschläge zu einer gesetzlichen Reform

Daß es daneben dem Unterstützungsempfänger freisteht, sich durch Vereinbarung zur Erstattung der Fürsorgeaufwendungen zu verpflichten, bedarf keiner näheren Darlegung. Nach den Behauptungen des Kl. soll die Bekl. in einer bei den Akten des Magistrats in W. befindlichen Erklärung den Erstattungsanspruch des Kl. anerkannt und sich zum Erlaße der Aufwendungen verpflichtet haben. Diese Verpflichtungserklärung müßte, um Rechtswirkungen hervorgerufen zu können, dem Kl. gem. § 130 Abs. 1 u. 3 BGB. zugegangen sein. Daß das hier der Fall ist, ist nicht dargetan. Nach den eigenen Angaben des Kl. befindet sich die Urkunde bei den Akten des Magistrats in W., kann ihm also nicht zugegangen sein. Außerdem könnte der Kl. aus der Verpflichtungserklärung nach der seinem eigenen Standpunkte zugrunde liegenden Auslegung, die übrigens auch dem § 30 Abs. 5 PrAusfG. v. 17. April 1924 entspricht, nur dann den Erstattungsanspruch ableiten, wenn die Bekl. seit dem 28. Jan. 1926 zu Vermögen oder hinreichendem Einkommen gelangt wäre. Das ist nicht der Fall. Daß die Bekl. vermögenslos ist, ist unstrittig. Auch ihr Einkommen ist nicht als „hinreichend“ zu bezeichnen. Mit der ihr von ihrem Arbeitgeber gewährten Naturalvergütung kann sie den Kl. nicht befriedigen. Ihr Barlohn von 40 RM monatlich aber ist ihr in vollem Umfange zur Bestreitung der Unkosten für Kleidung, Wäsche usw. zu belassen, zumal bei den gegenwärtig hohen Lebenshaltungskosten auch bescheidene notwendige Neuanfassungen erhebliche Beträge erfordern. Selbst wenn sie die 40 RM ausschließlich für ihre eigenen Bedürfnisse verwenden kann, ist sie zu einer Abzahlung der Klagesumme nicht instande.

(RG., Art. v. 26. Febr. 1930, 18 U 411/30.)

Mitgeteilt von RGR. Voigt, Berlin.

### Dresdan.

6. §§ 93, 94 BGB. Widerspruchsklage gegen die Pfändung von Früchten auf dem Halme. \*)

Die Kl. und ihre Schwester Elm M. haben dem nichteingetragenen Käufer des Grundstücks St. W. 19, S., i. Z. 1929 ein Darlehen von 20 000 RM gegeben. Zur Deckung dieser Schuld schloß S. mit dem Geschwistern M. am 15. Mai 1929 einen Vertrag, in dem er seine gesamte Ernte auf dem Felde und in der Scheune übereignete. Der Vertrag ist nur von der Kl. und S. unterzeichnet.

Am 18. Juni 1929 sind im Auftrage der Bekl. bei S. acht Morgen Sommergerste, zirka 80 Zentner, im Werte von 700 RM auf dem Halme gepfändet worden.

Die Kl. hat vorgetragen, sie sei auf Grund des Abereignungsvertrages Eigentümerin der gepfändeten Gerste im Augenblicke der Trennung geworden. S. erwerbe das Eigentum an den Früchten mit der Trennung. Der Vertrag v. 15. Mai 1929 sei jedoch dahin anzulegen, daß S. sein Abereignungsrecht an sie und ihre Schwester abgetreten habe. Deshalb habe auch S. gar nicht für sich Eigentum an der Gerste erwerben wollen. Außerdem habe die Bekl. an der Gerste kein Pfandrecht erworben, da die Pfändung auf dem Halme

der öffentlichen Fürsorge veröffentlicht (abgedr. z. B. in Ztschr. f. Heimath. 1929, 503 f.), die unter Ziff. 4 sich beschäftigen mit der „Einschränkung des Anspruchs auf Ersatz von Fürsorgeleistungen und der Sicherstellung des Erstattungsanspruchs“, die in der Sitzung des Hauptauschusses des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge zu Heidelberg v. 15. Okt. 1929 zwar gebilligt wurden, wobei aber deren anderweitige Fassung, nach der Richtung bestimmter Betonung eines bestehenden Anspruchs auf Erstattung und eine entsprechende Änderung des Wortlauts des § 25 RZürfPVO. gefordert wurde. Der auf dieser Tagung der hervorragendsten Sachverständigen auf dem Gebiete des Fürsorgerechts einstimmig gefaßte Vorschlag einer Gesetzesänderung lautet in seinem Eingang: „Die §§ 21—23 RZürfPVO. werden aufgehoben. An ihre Stelle treten folgende Vorschriften: 1. Der Unterstützte ist verpflichtet, dem Fürsorgeverband die aufgewendeten Kosten zu erstatten. Er ist berechtigt, die Erstattung zu verweigern, soweit und solange er kein hinreichendes Vermögen oder Einkommen hat.“ Es folgen dann weitere Bestimmungen über die Haftung der Erben und über Einschränkungen des Anspruchs auf Ersatz. Die Borentwürfe der Gesetzesänderung nebst Begründung und einem Bericht über die Heidelberger Tagung sind abgedr. im Nachrichtendienst 1929, 438 ff. Ergänzt werden diese Ausführungen durch ein eingehendes Referat, welches M u t h e s i u s im Auftrage einer Kommission erstattet hat, die vom Deutschen Verein, dem Deutschen Städtetag, dem Deutschen Landkreistag und dem Verband der Preuß. Provinzen gebildet war (abgedr. im Nachrichtendienst 1930, 4 ff.). Nachdem alle diese Verbände den oben erwähnten Gesetzesvorschlag gebilligt haben, wäre es zu begrüßen, wenn derselbe baldigt Gesetz würde.

Ges. M. Dieffenbach, Heidelberg.

Zu 6. Die Widerspruchsklage wäre begründet gewesen, wenn die Kl. ein die Veräußerung hinderndes Recht zur Zeit der Pfändung gehabt hätte. Ein nachträglicher Erwerb kommt wegen des in der Pfändung liegenden Veräußerungsverbotens grundsätzlich nicht in Betracht, es sei denn, daß eine Rückwirkung kraft gesetzlicher Vor-

<sup>3)</sup> ZW. 1911, 228. <sup>4)</sup> ZW. 1911, 228. <sup>5)</sup> ZW. 1911, 228.

nur eine Anwartschaft auf den Erwerb eines Pfandrechts begründe und da zur Zeit der Trennung der Früchte S. gar nicht der Eigentümer gewesen sei.

Die Klage der mangelnden Aktilegitimation ist unbegründet, da die Kl. bei Zugrundelegung des Vertrages v. 15. Mai 1929 für den Fall der Unterstellung des Eigentumsüberganges zum mindesten Miteigentümerin geworden wäre. Als solche ist sie zu klagen berechtigt, da durch die Vollstreckung in die ganze Sache auch das Miteigentum verletzt wird.

Die Klage ist auf § 771 ZPO. gestützt. Sie ist schlüssig, aber unbegründet, da die Kl. kein die Veräußerung hinderndes Recht i. S. der genannten Bestimmung hat.

Der Vertrag v. 15. Mai 1929, auf den die Kl. ihr Eigentumsrecht stützt, ist, soweit er auf sofortige Übereignung abgestellt war, nach §§ 93, 306 BGB. nichtig. Die Kl. ist daher nicht Eigentümerin geworden; denn zur Zeit des Übereignungsvertrages waren die streitigen acht Morgen Sommergerste noch nicht geerntet. Nach § 94 BGB. sind die mit dem Boden zusammenhängenden Erzeugnisse eines Grundstücks wesentliche Bestandteile desselben, also unbewegliche Sachen. Sie können deshalb gemäß § 93 BGB. als solche nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Ein Erwerb von Eigentum und anderen dinglichen Rechten war daher ausgeschlossen. Hinzu kommt noch, daß S. selbst noch nicht Eigentümer des Grundstücks war. Er selbst erwarb als Käufer des ihm vom Eigentümer bereits übergebenen fruchttragenden Grundstücks das Eigentum an der Gerste nach § 955 BGB. erst mit der Trennung.

Der Vertrag kann dahin ausgelegt werden (§ 140 BGB.), daß S. die Aneignung der Kl. gestattete (§ 956 BGB.). Nach § 955 Abs. 2 BGB. findet auf die Kl., wenn ihr S. die Aneignung gestattet hat, die Vorschrift des § 356 Abs. 1 BGB. Anwendung. Da die Kl. aber nicht Besitzerin des Grundstücks war, konnte sie Eigentum an den Früchten erst mit der Besitzergreifung und nicht schon mit der Trennung erwerben. Sie hat unstreitig unmittelbaren Besitz nicht erlangt. Auch auf Grund eines betagten Besitzkonstituts (§ 930 BGB.), das die Kl. aus dem Vertrage entnehmen will, ist sie nicht Eigentümerin geworden. Die Verpflichtung des S., die Ernte zu pflügen, ordnungsmäßig zu bearbeiten und gesund und trocken zu ernten, betrifft zunächst zum größten Teile die Wartung und Pflege der Früchte auf dem Halm vor der Ernte und ist im übrigen zu unbestimmt auch in bezug auf die Rechte des S. aus dem Schlupfsatz des Übereignungsvertrages. In dieser allgemein gehaltenen Verpflichtung des S. ist ein Besitzmittlerverhältnis i. S. des § 868 BGB. nicht zu erblicken. Die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses der im § 868 BGB. bestimmten, wenn auch nicht gerade der im BGB. ausgeführten Vertragsarten ist aber Voraussetzung zur Begründung eines wirksamen Besitzkonstituts. Außerdem ist für einen solchen Fall für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang noch eine äußerlich in Erscheinung tretende Ausföhrungshandlung erforderlich, die den Übertragungswillen erkennbar macht (RRKomm. Anm. 2 zu § 930). Auch dafür hat die Kl. selbst nichts vorgetragen; sie hat also niemals Besitz oder Eigentum an der Gerste erworben. (OLG. Breslau, 11. Zivilsen., Ur. v. 15. Mai 1930, 17 U 440/30.)

Mitgeteilt von OLG. War schauer, Breslau.

\*

schrift stattfindet oder der Erwerb wegen guten Glaubens des Erwerbers dem Pfandgläubiger gegenüber wirksam ist. Das Ur. konnte sich also darauf beschränken zu untersuchen, ob die Kl. am 18. Juni 1929 Eigentümerin der gepfändeten Früchte war; denn zwar entsteht mit der Pfändung von Früchten auf dem Halm zunächst nur eine Anwartschaft auf ein Pfandrecht, aber das Veräußerungsverbot als Folge der staatlichen Verstrickung tritt schon mit der Pfändung in Kraft. Das Pfandrecht selbst entsteht erst mit der Trennung der Früchte, wenn dann die Pfändung noch besteht und die Früchte nicht in das Vermögen eines anderen als des Schuldners gelangt sind. Dies wäre aber wegen des Veräußerungsverbotes nur infolge solcher Vorgänge möglich gewesen, denen solche rechtsbegründende Kraft trotz des Veräußerungsverbotes ausnahmsweise zukam. Solche Erwerbsstatsachen sind aber nicht darzulegen. Dies hätte vielleicht das Ur., dem im Ergebnis zuzustimmen ist, schärfer betonen sollen; man gewinnt aus ihm den Eindruck, als ob dem Gericht vorgeeschwebt hätte, daß die Widerspruchsklage schon dann begründet gewesen wäre, wenn etwa ein gültiges Besitzkonstitut und eine in der Außenwelt erkennbare Übertragungshandlung des Schuldners an die Kl. vorgelegen hätte. Aber auch dem hätte die Pfändung und die in ihr liegende Verstrickung entgegenstanden. — Daß die Kl. nicht schon durch den Vertrag v. 15. Mai 1929 ein die Veräußerung hinderndes Recht erworben hat, bedarf schon seit RG. 18, 365 kaum noch der Hervorhebung, denn aus ihm hat sie höchstens einen Anspruch auf Rechtsverschaffung erhalten und § 810 ZPO., der die Pfändung von Früchten auf dem Halm gestattet, bestimmt damit nur, daß diese für Zwangsvollstreckung als Teil des beweglichen Vermögens gelten sollten; im übrigen aber, insbes. für die Eigentumsübertragung bleiben sie wesentliche Bestandteile des Grundstücks und damit unbewegliche Sachen und können nicht Gegenstand besonderer Veräußerungsgeschäfte sein.

Prof. Dr. Groh, Heidelberg.

7. §§ 20, 21 MietSchG. Fortdauer des Mieterschutzes, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit die Arbeit niederlegt.†)

§ 20 MietSchG. verlag dem Arbeitnehmer, der eine Werkwohnung innehat, den Mieterschutz, wenn er das Dienst- oder Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, ohne daß ihm vom Vermieter ein gesetzlich begründeter Anlaß hierzu gegeben worden ist. Der Sinn dieser Bestimmung ist offenbar nur der, daß ein Arbeitnehmer, welcher aus eigener freier Entschließung das Dienstverhältnis auflöst, keinen Anspruch auf Mieterschutz haben soll. Im vorliegenden Falle hat die Bekl. zwar am 15. Mai 1929 der Kl. geschrieben, daß sie zum 1. Juli 1929 die Hausmeistergeschäfte niederlege; allein sie hat behauptet, daß sie diese Erklärung nur abgegeben hat, weil sie infolge Krankheit außerstande gewesen sei, die Hausmeistergeschäfte weiter zu verrichten. Trifft dies zu, dann hat sie das Dienstverhältnis nicht aus eigener freier Entschließung gelöst, sondern nur, weil ihr die Leistung der Dienste ohne ihr Verschulden nicht mehr möglich oder nicht zumutbar war. Der Fortbestand des Mieterschutzes kann nun nicht davon abhängen, ob der Arbeitnehmer wegen Krankheit, welche ihn voraussichtlich dauernd oder für längere Zeit zur Verrichtung der Arbeiten unfähig macht, einfach die Arbeit einstellt, in welchem Falle ihm, auch wenn der Vermieter daraufhin das Dienstverhältnis kündigt, der Mieterschutz verbleibt oder ob er seine Absicht, wegen Krankheit seine Tätigkeit einzustellen, dem Vermieter geraume Zeit vorher mitteilt, um ihm Gelegenheit zu geben, sich rechtzeitig nach einem anderen Hausmeister umzusehen und diese Mitteilung in die Form einer Kündigung kleidet. Der Bekl. kam es bei ihrer Kündigung offenbar nicht darauf an, das Dienstverhältnis ein für allemal zu beenden, sondern nur von der Verpflichtung zur Leistung von Diensten frei zu werden, solange die Verrichtung der Dienste wegen ihres Gesundheitszustandes für sie unmöglich oder schädlich war. Wenn die Bekl. den Versuch gemacht hat, die Wohnung mit Personen zu tauschen, welche zur Übernahme der Hausbereinigung bereit und geeignet waren, so liegt hierin nur ein entgegenkommen gegenüber dem Vermieter, der dadurch, daß er einen neuen Hausmeister infolge der Krankheit der Bekl. anzunehmend genötigt ist, andererseits aber der Bekl. die Wohnung belassen muß, in eine schwierige Lage gerät. Im vorliegenden Fall kommt weiter hinzu, daß die Bekl. nach ihrer Behauptung tatsächlich die Haus-

Zu 7. Der Arbeitnehmer, dem eine Wohnung nur mit Rücksicht auf ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis überlassen ist, genießt grundsätzlich Mieterschutz auch über die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus, es sei denn, daß er dies selbst ausgesagt hat, ohne daß ihm der Arbeitgeber dazu Anlaß gab, oder daß dieser ihn ohne gesetzlichen Grund entlassen hat. Im vorliegenden Fall hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber angezeigt, daß er von einem bestimmten Zeitpunkt an seine Arbeitsleistung nicht mehr zu erbringen vermöge. Ob in dieser Erklärung eine Kündigung, die nicht vom Arbeitgeber veranlaßt ist, erblickt werden kann und dem Arbeitnehmer für die Folgezeit der Mieterschutz verlag werden muß, oder ob darin lediglich eine Mitteilung des Inhaltes zu sehen ist, daß der Arbeitnehmer demnächst vorübergehend seine Arbeitsleistung aus Gesundheitsrücksichten einstellen müsse, die überdies zu dem Zweck abgegeben war, dem Arbeitgeber die rechtzeitige Beschaffung einer Ersatzkraft zu ermöglichen, ist Tatfrage und kann hier nicht entschieden werden. Man wird sich aber zu überlegen haben, ob eine solche Suspendierung des Arbeitsvertrages überhaupt möglich ist und welche Rechtsfolgen sie im allgemeinen und für die Beendigung des Mieterschutzes im besonderen hat. Eine einleuchtende Erklärung haben ja bekanntlich diese die Tatbestände der vorübergehenden Einstellung der Arbeitsleistung in der feinsinnigen Arbeit Molitor's über „Arbeitnehmer und Betrieb“ (§. 22 ff.) gefunden. Hiernach ist es nur die Anordnung aus dem Betrieb, die das arbeitsrechtliche Gewaltverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beendet. Sie ist eine tatsächliche, einseitige Äußerung eines Willensentschlusses und kein Rechtsgeschäft, insbes. nicht identisch mit der Kündigung, wenn sie auch mit ihr in engem Zusammenhang steht. Jedenfalls ist es möglich, daß „zwar die tatsächliche Arbeitsleistung oder das Rechtsverhältnis des Arbeitsvertrages unterbrochen wird, die Betriebszugehörigkeit aber fort dauert. Das ist zunächst der Fall bei den bloßen Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeitsleistung, die die menschliche Natur nun einmal erfordert, den Arbeitspausen, der Nachtruhe, der Sonntagsruhe und dem Urlaub, dann aber auch in den Fällen tatsächlicher Arbeitsbehinderung, mag diese von seiten des Betriebes ausgehen, der ohne dauernde Auflösung ganz oder teilweise vorübergehend stillgelegt wird, oder mag sie vom Arbeitnehmer ausgehen, der durch Krankheit, Schwangerschaft, Wöchnerinnenchaft, Einziehung zum Militärdienst, Inanspruchnahme im öffentlichen Dienst als Richter, Zeuge o. dgl., durch Gefangenschaft oder aus einem anderen in seiner Person liegenden Grunde (§ 616 BGB.) an Arbeitsleistung verhindert ist.“

Prüft man aber den gegebenen Tatbestand von diesem Blick-

meistergeschäfte über den 1. Juli 1929 hinaus berichtet hat und daß der M. sie sogar hierzu aufgefordert hat. Hierin kann unter Umständen der Abschluß eines neuen Werkmietvertrages i. S. von §§ 20, 21 MietSchG. gefunden werden. Daß die Besl. tatsächlich trotz der angeblichen Krankheit die Dienste weiter verrichtet hat, spricht auch nicht gegen ihre Berechtigung zur ArbeitsEinstellung, denn sie kann die Leistung der Dienste schon dann verweigern, wenn ihr die Leistung wegen ihres Gesundheitszustandes nicht zugemutet werden kann, auch wenn ihr die Dienstleistung physisch nicht unmöglich ist.

Die Rechtsverfolgung scheint nach alledem nicht aussichtslos. (OLG. Breslau, Beschl. v. 10. Okt. 1929, 17 W 552/29.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Oppeln.

### Dresden.

8. Art. 24 Durchf. Best. z. AufwG.; § 73 AufwG.; §§ 794 Ziff. 5, 797 ZPD., auch §§ 568 II, 576, 551 ZPD.; § 63 OVG. und § 726 ZPD. Keine vollstreckbare Ausfertigung wegen der persönlichen Forderung aus einer aufgewerteten Hypothek in das sonstige Vermögen. Die Beschwerde gegen die Ablehnung des Urundsbeamten (§ 576) ist keine Beschwerde nach § 73 AufwG., sondern reine ZPD.-Beschwerde. Der Einwand, es habe die Aufwertungskammer entschieden, obwohl die Kammer für ZPD.-Beschwerden hätte entscheiden müssen, begründet nicht die Einrede einer „unvorschriftsmäßigen Besetzung“ des Gerichts (§ 63 OVG.) als neuen Beschwerdebegrund i. S. § 568 Abs. 2 ZPD. f)

Durch den Kaufvertrag v. 2. Dez. 1918 hat der Gläubiger ein Grundstück an den Schuldner verkauft. Von dem Kaufpreis ist ein Teilbetrag von 35 000 RM. dem Schuldner gestundet und auf dem Grundstück hypothekarisch sichergestellt worden. Wegen Einziehung des Restkaufgeldes samt Zinsen und wegen rechtlicher Geltendmachung der Hypothek hat sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung gem. §§ 794 Ziff. 5, 800 ZPD. unterworfen. Einen Teilbetrag der Hypothek in Höhe von 15 000 M hat der Gläubiger nach vorbehaltloser Annahme des Papiermarkbetrags am 18. Juni 1921 weiter abgetreten. Den Restbetrag von 20 000 M hat er nach Annahme des Papiermarkbetrags am 12. Dez. 1922 ebenfalls weiter abgetreten. Jedoch ist das Recht des Gläubigers an der Resthypothek von 20 000 M zufolge Aufwertung auf 2552,64 GM. im Grundbuche wieder eingetragen worden. Der dieser Resthypothek zugrunde liegende Teil der Kaufpreisforderung ist durch Beschluß des OLG. Dresden als Aufwertungssache auf 5600 GM. aufgewertet worden. Dieser Beschluß ist rechtskräftig.

Der Gläubiger hat beantragt, ihm eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde v. 2. Dez. 1918 a) wegen 5600 GM. samt Zinsen, persönliche Forderung, in das gesamte Vermögen des Schuldners, b) wegen 2552,60 GM. samt Zinsen auch in das Grundstück Blatt 389 des Grundbuchs für L. zu erteilen.

Der Urundsbeamte der Geschäftsstelle beim OLG. Dresden hat

punkt aus, dann mag es nicht unbedingt sicher erscheinen, die Entsch. der hier aufgeworfenen Frage darauf abzustellen, ob die Mitteilung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber, daß er die Pausverwaltung niederlege, eine arbeitsvertragslösende oder eine ihn nur suspendierende Erklärung ist oder nicht. Denn es liegt nunmehr nahe, auch ohne daß dies im Gesetz unmittelbar zum Ausdruck gekommen ist, den Mieterschutz des Arbeitnehmers vor allem für die Dauer der Betriebszugehörigkeit, und auch über diese hinaus zuzubilligen, es sei denn, daß er sich selbst aus diesem Gewaltverhältnis ausgeordnet hat, ohne daß ihm der Arbeitgeber hierzu Anlaß gab, oder daß dieser ihn ohne gesetzlich begründeten Anlaß ausordnete. Es wird also nicht zu unterzuchen sein, ob eine rechtlich wirksame Lösung des Arbeitsvertrags in jener Anzeige v. 15. Mai 1929 liegt, sondern ob in ihr eine Ausordnung, eine endgültige Aufgabe der Betriebszugehörigkeit zu erblicken ist. Dies zu entscheiden ist natürlich Lastrage.

Prof. Dr. Groh, Heidelberg.

Zu 8. 1. Mit Recht verneint der obige Beschluß die Anwendbarkeit der Beschwerdevorschriften des ZOG. Für die Beschwerde sind im vorliegenden Falle in der Tat die Bestimmungen der ZPD. maßgebend. Hieran ändert, wie das OLG. Dresden zutreffend betont, die Tatsache nichts, daß § 73 AufwG. (vgl. auch § 74) das Verfahren vor der AufwSt. den Vorschriften des ZOG. unterstellt. Denn § 75, der die Kostenentscheidung der AufwSt. und einen vor dieser abgeschlossenen Vergleich für nach den Vorschriften der ZPD. vollstreckbar erklärt, unterstellt damit auch die in diesem Vollstreckungsverfahren erhobene Beschwerde den Bestimmungen der ZPD. und schaltet damit die Beschwerdevorschriften des ZOG. aus. Das würde selbst dann nichts Besonderes sein, wenn das Aufwertungsverfahren ein ausgesprochenes Gebiet der ZOG. wäre. Eine Parallele würde dazu z. B. § 60 Abs. 2 OVB. bieten, der gegen die Ablehnung einer Anmeldung zur Eintragung in das Vereinsregister die Beschwerde nach dem ZOG., die an sich gegeben wäre,

die Ausfertigung wegen 2552,60 GM. samt Zinsen in das Grundstück erteilt, im übrigen aber durch Beschl. v. 25. Okt. 1929 den Antrag zurückgewiesen. Das OLG., dessen Entscheidung der Gläubiger angerufen hat, hat mit Beschl. v. 2. Nov. 1929 die Einwendungen des Gläubigers, die 5. ZR. des OLG. Dresden durch Beschl. v. 19. Nov. 1929 die gegen den amtsgerichtlichen Beschluß erhobene Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die weitere Beschwerde des Gläubigers.

Der Gläubiger stützt dieses Rechtsmittel in erster Linie auf die §§ 27, 29 ZOG. Diese Bestimmungen sind jedoch nicht anwendbar. Wenn § 73 AufwG., der in dem das Aufwertungsverfahren behandelnden 11. Abschnitt dieses Gesetzes steht, auf das Verfahren die Vorschriften des ZOG. für juggemäß anwendbar erklärt, so kann unter „Verfahren“ — wie auch aus der voranstehenden Überschrift: „III. Verfahren vor der Aufwertungssache“ klar hervorgeht — nur das die Feststellung der Aufwertungssache betreffende Verfahren vor der AufwSt. verstanden werden. Dieses wird durch rechtskräftige Entscheidung über die Höhe der Aufwertung abgeschlossen. § 75 AufwG., in welchem bestimmt ist, daß aus den rechtskräftigen Kostenentscheidungen der AufwSt. und aus vor der AufwSt. abgeschlossenen Vergleichen die Zwangsvollstreckung stattfindet, steht zwar im gleichen Abschnitt des AufwG. wie § 73, besagt aber ausdrücklich, daß die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPD. erfolgt. Dadurch ist jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren, soweit eine Zwangsvollstreckung in § 75 AufwG. überhaupt für zulässig erklärt wird, sich nicht nach den Bestimmungen des ZOG., sondern lediglich nach denjenigen der ZPD. regeln kann, daß also auch auf Beschwerden im Vollstreckungsverfahren aus Kostenentscheidungen der AufwSt. und aus vor dieser abgeschlossenen Vergleichen lediglich die Bestimmungen der ZPD. Anwendung finden können. Um so mehr muß dies gelten, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Vollstreckung nicht aus einem der im § 75 AufwG. erwähnten Schuldtitel, sondern aus einer gem. § 794 Ziff. 5 ZPD. errichteten vollstreckbaren Urkunde begehrt wird. Lediglich aus dem Umstande, daß in Art. 24 Durchf. Best. z. AufwG. die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen der Schuldurkunde über den Aufwertungsbetrag geregelt ist, kann die Anwendbarkeit der Bestimmungen des ZOG. nicht hergeleitet werden, wie denn überhaupt der Umstand, daß eine Regelung im AufwG. oder in seinen Durchf. Best. getroffen ist, keinerlei Anhalt für die Anwendung eines bestimmten Verfahrensrechts bietet. Die §§ 77, 82, 83 AufwG. enthalten z. B. rein zivilprozessuale Vorschriften.

Sind aber sonach auf die Beschwerde die Vorschriften der ZPD. anwendbar, so ist nach § 568 Abs. 2 ZPD. die weitere Beschwerde unzulässig, soweit nicht in der Entsch. des Beschl. ein neuer selbständiger Beschwerdebegrund enthalten ist. Die Entsch. des OLG. stimmt mit derjenigen des OLG. darin überein, daß beide die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung wegen der persönlichen Forderung für unzulässig halten. Der Beschl. will nun aber einen neuen selbständigen Beschwerdebegrund darin finden, daß das OLG. mit den

ausdrücklich ausschließt und dafür die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der ZPD. gibt. Ganz abgesehen hiervon kommt ja aber im vorliegenden Falle eine Vollstreckung auf Grund des § 75 AufwG. gar nicht in Frage, sondern es handelt sich um eine vollstreckbare Urkunde nach § 794 Ziff. 5 ZPD., so daß schon deshalb nur die Beschwerde nach § 576 Abs. 2 ZPD. in Frage kommen kann. Damit ist im vorliegenden Falle, wo der von § 568 Abs. 2 ZPD. geforderte neue Beschwerdebegrund infolge der Übereinstimmung der Beschwerdeentscheidung des OLG. mit der Entsch. des nach § 576 Abs. 1 angerufen gewesenen OLG. nicht gegeben ist, die weitere Beschwerde unzulässig (die zulässig sein würde, wenn die dieses Erfordernis der neuen Beschwerde nicht kennenden Bestimmungen des ZOG. Anwendung zu finden hätten).

2. Zutreffend sind auch die Ausführungen, mit denen der obige Beschluß den Einwand der unvorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts zurückweist. Allerdings ist die Geschäftsverteilung nicht beachtet worden, wenn an Stelle der 17. ZR., der durch die Geschäftsverteilung die zivilprozessualen Beschwerden zugewiesen gewesen sind, die 5. ZR. entschieden hat, zu deren Geschäftsbereich die Beschwerden auf dem Gebiete der ZOG. gehörten. Allein der Geschäftsverteilung kommt als einem Akt der Zuständigkeitsverteilung doch nur eine interne Bedeutung zu, ihre Nichtbeachtung bewirkt nicht die Unzuständigkeit des Gerichts und ist auch kein Nichtigkeitsgrund nach § 579 Abs. 1 Ziff. 1 ZPD. (vgl. RG. 47, 380 f.). Im vorliegenden Fall kommt außerdem noch hinzu, daß die ordentlichen Zivilgerichte als solche die Organe der ZOG. sind (vgl. außer §§ 35, 72, 125, 149 vor allem §§ 19 Abs. 2 und 28 ZOG.). Damit ist für die Entscheidung über die in einem Verfahren der ZOG. eingelegte Beschwerde gegen eine Verfügung des Gerichts erster Instanz jede ZR. des OLG. zuständig, einerlei, ob ihr die ZOG.-Sachen durch die Geschäftsverteilung zugewiesen sind oder nicht. Entsprechendes gilt aber auch umgekehrt: Die ZR. des OLG. ist zuständig zur Entscheidung über eine zivilprozessuale Beschwerde, auch wenn ihr durch die Geschäftsverteilung ausschließlich ZOG.-Sachen zugewiesen sind. Zudem

Richtern der 5. ZK. „unzuständig besetzt“ gewesen sei, weil nach der Geschäftsverteilung des LG. ZPD. Beschw. werden vor die 17. ZK. gehören und durch die Entsch. der 5. ZK. § 63 WGG. verlegt sei. Es kann aber keine Rede davon sein, daß, wie der Beschw. meint, die Entsch. einer Kammer des LG. über eine ihr nach der Geschäftsverteilung nicht zufallende Sache materiell unwirksam ist. Die Entsch. ist von dem sachlich und örtlich zuständigen LG. erlassen worden. Eine Verletzung der geschäftlichen Zuständigkeit innerhalb gleicher Arten von Kammern begründet keine Rechtsrüge (vgl. RG. 47, 380; RG.: JW. 1928, 363). Von einer unwortschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts i. S. des § 551 Nr. 1 ZPD. kann z. B. dann gesprochen werden, wenn ein gesetzlich nicht berufener Richter an der Entsch. mitgewirkt hat oder wenn gegen die Vorschriften der §§ 62, 66 WGG. über die Führung des Vorsitzes verstoßen worden ist, nicht aber wenn eine vorschriftsmäßig besetzte Kammer über eine ihr nach der landgerichtlichen Geschäftsverteilung nicht zugewiesene Sache entscheidet (vgl. Stein-Jonas, Anm. II zu § 551 ZPD.). Liegt aber nach alledem ein neuer selbständiger Beschwerdegund i. S. des § 568 Abs. 2 ZPD. nicht vor, so ist die weitere Beschwerde mit der Kostenfolge des § 97 ZPD. als unzulässig zu verwerfen.

Im übrigen will der Senat gleichwohl noch hinzufügen, daß auch sachlich das Rechtsmittel unbegründet wäre, da den Vorinstanzen darin beizutreten ist, daß aus der auf die durch die Inflation entwertete Vorkriegsmährung lautenden vollstreckbaren Urkunde eine Vollstreckung auf den Aufwertungsbetrag nicht stattfinden kann. Es ist zwar zutreffend, daß die alte Kaufpreisschuld, wegen deren sich der Schuldner in dem Kaufvertrag v. 2. Dez. 1918 der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, nicht durch die Gelbentwertung erloschen und daß nicht durch ihre Aufwertung eine völlig neue Schuld entstanden ist. Vielmehr bedeutet die Aufwertung lediglich die Aufrechterhaltung des der Forderung wirklich noch innewohnenden Wertes gegenüber dem nicht mehr zutreffenden Ausdruck, den dieser Wert in dem Nennbetrag der Forderung gefunden hat (SächSDV. 25, 202). Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß ein über den Papiermarkbetrag lautender Schuldtitel nach erfolgter Aufwertung ohne weiteres wegen des Aufwertungsbetrags vollstreckt werden könnte. Ein über Papiermark lautender Schuldtitel kann nur in der Weise vollstreckt werden, daß eine Reichsmark einer Billion Papiermark gleichgesetzt wird. Art. 1 und 33 DurchfW. z. AufwG. v. 29. Nov. 1925, auf die sich der Beschw. beruft, regeln nur die Umrechnung von Goldmark in Feingold bzw. Reichsmark, nicht die Umrechnung von Papiermark. Die Bestimmung des § 2 AufwG., wonach bei vor dem 1. Jan. 1918 erworbenen Ansprüchen als Goldmarkbetrag der Nennbetrag gilt, ist nur auf solche Ansprüche anwendbar, deren Aufwertung den Bestimmungen des AufwG. zufolge schließlich nach einem Hundertsatz des Goldmarkbetrages erfolgt, wie z. B. Hypotheken (§ 4 AufwG.), gerade nicht aber auf frei aufwertbare Ansprüche, wie die hier in Frage stehende Kaufpreissforderung (RG.: JW. 1927, 979). Über den im Schuldtitel nicht festgestellten Teil seines Anspruchs muß also der Gläubiger einen neuen Schuldtitel erwirken. Das gilt sowohl für auf Papiermark lautende Urteile wie auch für andere auf Papiermark lautende Vollstreckungstitel, insbes. auch für vollstreck-

bare Urkunden i. S. des § 794 Ziff. 5 ZPD. Dem Beschw. kann auch nicht darin beigetreten werden, daß es genüge, wenn der Beweis der Aufwertung auf einen bestimmten Goldmarkbetrag durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, im vorliegenden Falle durch die rechtskräftige Entsch. der AufwSt., geführt werde, um die Vollstreckung des Papiermarkschuldtitels zu ermöglichen. Die Aufwertung ist keine vom Gläubiger zu beweisende Tatsache i. S. des § 726 ZPD., da aus dem „Inhalt“ des Schuldtitels nichts darüber hervorgeht, daß die Vollstreckung von dem Nachweis der Aufwertung abhängig sein soll. Es geht auch nicht an, deshalb, weil zur Zeit der Abfassung der ZPD. an die Möglichkeit einer Gelbentwertung und einer Aufwertung gar nicht gedacht werden konnte, die Bestimmung des § 726 ZPD. nachträglich in dem vom Beschw. gewünschten Sinne auszuliegen. Vielmehr muß als allgemeingültiger Rechtsatz aus § 726 ZPD. entnommen werden, daß im Interesse der Rechtssicherheit Tatsachen, die aus dem Vollstreckungstitel nicht erkennbar sind, niemals eine Vollstreckung möglich machen können. Wenn § 75 AufwG. davon abgesehen hat, die Sachentscheidung der AufwSt. für vollstreckbar zu erklären, weil die AufwSt. lediglich über die Höhe, nicht auch über das Bestehen des Anspruchs zu entscheiden berufen ist, so folgt daraus, daß die Entsch. der AufwSt. auch nicht in Verbindung mit einem Papiermarkschuldtitel vollstreckbar werden kann.

Lediglich für den Anspruch aus einer Hypothek ist durch die ausdrückliche Bestimmung des Art. 24 Abs. 1 DurchfW. z. AufwG. eine Ausnahme von diesem Rechtszustand geschaffen worden. Der Anspruch aus der Hypothek ist nach § 1113 WGG. das Recht des Gläubigers, sich wegen einer Forderung aus dem Grundstück zu befriedigen. Schon daraus folgt, daß die Bestimmung des Art. 24 Abs. 1 sich nicht auf die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung über den Aufwertungsbetrag der persönlichen Forderung in das sonstige Vermögen des Schuldners beziehen kann. Auch daraus, daß der Aufwertungsbetrag in das Grundstück eingetragen sein muß, ergibt sich, daß eine vollstreckbare Ausfertigung wegen der persönlichen Forderung mindestens insoweit nicht in Frage kommen kann, als ihr Aufwertungsbetrag denjenigen der Hypothek übersteigt, daß lediglich der Aufwertungsbetrag der Hypothek in das Grundbuch eintragungsfähig ist. Gerade deshalb, weil nach §§ 2, 4 AufwG. der Aufwertungsbetrag für die Hypothek sich aus dem Nennbetrag der Forderung leicht berechnen läßt und die Eintragung in das Grundbuch ihn völlig klarstellt, rechtfertigt sich die im Art. 24 DurchfW. z. AufwG. getroffene Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß Papiermarkschuldtitel nicht mehr vollstreckt werden können. Daß die folgenden Absätze des Art. 24 lediglich Ergänzungen des Abs. 1 sind, daß insbes. die Eintragung des Aufwertungsbetrags die Möglichkeit, daß wegen der Höhe der Aufwertung infolge Geldentwertung der sog. Härteklauseln noch ein Aufwertungsverfahren anhängig ist, nicht ausschließt (vgl. Art. 5 DurchfW. z. AufwG.), hat schon das LG. überzeugend dargelegt. Dafür, daß durch die Bestimmungen der Abs. 2—4 eine Erweiterung der in Abs. 1 ausdrücklich auf den Anspruch aus der Hypothek beschränkten Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel aus einer Papiermarkurkunde auf persönliche Forderungen hätte erfolgen sollen, fehlt jeder Anhalt. Die dem Art. 24 voraus-

ist ja doch bei vielen kleineren und mittleren LG. die Geschäftsverteilung so geregelt, daß der einzelnen ZK. neben den Zivilprozessen auch ZG.-Sachen zugewiesen sind. Schon dieses Nebeneinander von einer ZK. zugewiesenen Zivilprozess- und ZG.-Sachen zeigt, daß man da, wo mit Rücksicht auf den Geschäftsstand eine Trennung beider Arten von Sachen und ihre Zuweisung an verschiedene Kammern erfolgt ist, nicht von einer unwortschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts sprechen kann, wenn eine ZK., der ausschließlich ZG.-Sachen zugewiesen sind, über eine zivilprozessuale Beschwerde entscheidet.

3. Auch dem, was das OLG. Dresden zur Ablehnung der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung der auf Papiermark lautenden exekutorischen Urkunde ausführt, ist zuzustimmen. Insbesondere ist zutreffend, daß die Sachentscheidung der AufwSt. nicht vollstreckungsfähig ist. Denn sie enthält keine Beurteilung zu einer Leistung, sondern hat nur feststellenden Charakter und betrifft den aufzuwertenden Anspruch selbst überhaupt nicht. So betont denn auch § 75 AufwG. ganz folgerichtig nur diese ihre Feststellungswirkung und beschränkt die Vollstreckungswirkung auf die Kostenentscheidung der AufwSt. und den vor dieser abgeschlossenen Vergleich. Zu dem gleichen Ergebnis führt auch folgende Erwägung: Das geltende Vollstreckungsrecht steht unter dem Grundsatz der Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen. Die von dem französischen Recht übernommene Trennung der Zwangsvollstreckung von dem Erkenntnisverfahren hat in der ZPD. dazu geführt, die anspruchsprüfende und damit Zeit beanspruchende Tätigkeit des Gerichts aus dem Vollstreckungsverfahren im Interesse von dessen Energie und Schleunigkeit herauszuheben und dem ersten Teil des Prozesses, dem Erkenntnisverfahren, zuzuweisen. Das Ergebnis dieser gerichtlichen Prüfungstätigkeit schlägt sich nieder in den in der Form öffentlicher Urkunden auftretenden gerichtlichen Entscheidungen, die als solche Träger der Vollstreckbarkeit sind, wozu noch die in der Form der exekutorischen Urkunden des § 794 Ziff. 5 ZPD. auf-

tretenden Parteierklärungen kommen. Demgemäß ist das Vollstreckungsorgan auf die Prüfung der formalen Erfordernisse der Vollstreckungstitel beschränkt, eine anspruchsprüfende Tätigkeit ist ihm grundsätzlich versagt; Inhalt, Umfang und Art des von ihm zu vollstreckenden Anspruchs hat es aus dem Vollstreckungstitel zu entnehmen. Dann muß aber auch diese Fixierung des Anspruchs sich aus dem Titel mit der erforderlichen, jeden Zweifel ausschließenden Bestimmtheit ergeben. Daran würde es fehlen, wenn auf Grund eines auf Papiermark lautenden Titels für den Aufwertungsbetrag in das Vermögen des Schuldners vollstreckt werden sollte. Denn das Vollstreckungsorgan, insbes. der Gerichtsvollzieher, kennt doch nicht den Betrag, auf den die Papiermarkforderung des Vollstreckungstitels in dem geforderten Aufwertungsverfahren von der AufwSt. ausgewertet worden ist. Es würde also hier das Vollstreckungsorgan eine eigene materiellrechtliche Anspruchsprüfung vornehmen müssen, und gerade eine solche ist ihm ja versagt. Somit bleibt als der einzige Weg, der dem Gläubiger offensteht, um zur Vollstreckung in das Schuldnervermögen für den ausgewerteten Betrag der persönlichen Forderung zu kommen (abgesehen von dem Wege des § 794 Ziff. 5), die Klage vor dem ordentlichen Gericht nebst der Durchführung dieses neuen Prozesses, für den dann die rechtskräftige Entscheidung der AufwSt. nach § 75 Satz 1 AufwG. bindend wirkt. Das gleiche gilt für den Fall, daß für den Papiermarkbetrag eine exekutorische Urkunde nach § 794 Ziff. 5 seiner Zeit errichtet worden ist. Denn der Schuldner hat sich für einen solchen Fall nur für den Papiermarkbetrag der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Diesen Papiermarkbetrag in dem Titel ohne weiteres durch den Aufwertungsbetrag zu ersetzen, geht nicht an. Auch hier bleibt dem Gläubiger, falls der Schuldner sich nicht in einer neuen exekutorischen Urkunde auch für den ausgewerteten Betrag der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, nur die Klage übrig.

Daß auch mit § 726 ZPD. hier nicht zu helfen ist, betont der

gehende Überschrift ist, wie Überschriften überhaupt, lediglich dazu bestimmt, den Gegenstand der folgenden Regelung kurz und allgemein wiederzugeben. Daraus, daß sie allgemeiner gefaßt ist als die ihr folgende Regelung, kann für eine erweiterte Auslegung dieser Regelung nichts hergeleitet werden.

Die Vollstreckungsklausel für den persönlichen Anspruch ist somit von den Vorinstanzen mit Recht abgelehnt worden (vgl. hierzu auch die Kommentare von Mügel, Neukirch, Quasnowski zu Art. 24 Durchf. D. z. Aufw. G.; Radler S. 117; LG. Krefeld, bestätigt vom OLG. Düsseldorf: JW 1928, 1890).

(OLG. Dresden, 6. Zivilsen., Beschl. v. 28. Jan. 1930, 6 Reg 7/30.)

Mitgeteilt von H. Dr. Friedrich Großmann I, Dresden.

\*

### Frankfurt a. M.

**O. § 234 HGB.** Ein Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, der sein Amt freiwillig niedergelegt hat, hat Anspruch darauf, daß die Aktiengesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht anmeldet, er sei „abberufen“ worden. f)

Un der dem Vorstand einer AktG. gem. § 234 HGB. zur Pflicht gemachten Anmeldung jeder Änderung des Vorstandes zwecks Eintragung in das Handelsregister hat das von der Änderung betroffene Vorstandsmitglied selbst ein anzuerkennendes Interesse und kann es im Wege der Klage gegen die AktG. geltend machen (vgl. Brodmann, Das Aktienrecht, 1928, Anm. a zu § 234; RGZ. 41, A 100 = NZM. 10, 254). Erkennt man einen derartigen Anspruch im allgemeinen an, so ist auch dem von der Änderung betroffenen Vorstandsmitglied der weitergehende Anspruch zuzusprechen, daß die Anmeldung richtig zu sein hat und daß eine unrichtige Anmeldung zu berichtigen ist, wenn das Rechtschutzinteresse des Vorstandsmitglieds dies rechtfertigt. Dies ergibt sich in allen Fällen, in denen — wie auch hier — das Vorstandsmitglied auf Grund eines Dienstvertrags zu seinem Amte bestellt worden ist, und schon aus dem vertraglichen Verhältnis. Dieses macht es dem Dienstberechtigten zur Pflicht, keine falschen Angaben über die Beendigung des Dienstverhältnisses zu machen, und gibt dem Dienstverpflichteten, wenn z. B. derartige falsche Angaben im Zeugnis gemacht werden, ein Recht auf Berichtigung des Zeugnisses. Sind diese Angaben dazu noch geeignet, die kaufmännische Ehre und das wirtschaftliche Fortkommen des Betroffenen zu beeinträchtigen, so stellt der Anspruch auf Berichtigung nichts anderes als das auf das Vertragsverhältnis gegründete Verlangen nach Widerruf der falschen und beeinträchtigenden Behauptungen dar, der als eine Art des Schadensersatzes nach der neueren Rspr. des RG. unbedingt zuzulassen ist (vgl. RG. 97, 343).

Die Voraussetzungen, die die Bekl. nach den dargelegten Gesichtspunkten zu der vom Kl. begehrten Berichtigung des Handelsregisters verpflichten, sind gegeben.

Die Angabe, der Kl. sei von seinem Amt als Vorstandsmitglied der Bekl. abberufen worden, ist geeignet, ihn in seiner kaufmännischen

Ehre und in seinem wirtschaftlichen Fortkommen zu beeinträchtigen. Denn im kaufmännischen Leben ist mit dem Wort „Abberufung“ aus einer Stellung in der Regel die Vorstellung verbunden, der Abberufene habe selbst durch Gründe, die in seiner Person liegen und die dem Vertragszweck gefährden, Anlaß zu dieser einseitigen Maßnahme gegeben. Diese Vorstellung ist aber geeignet, das weitere kaufmännische Fortkommen des Ausgeschiedenen zu beeinträchtigen.

Der Inhalt der Anmeldung v. 6. Nov. 1929, daß Kl. abberufen sei, ist falsch. Denn der die Abberufung aussprechende Beschluß des Aufsichtsrats v. 10. Sept. 1929 war gegenstandslos und rechtsunwirksam, weil zu dieser Zeit der Kl. schon nicht mehr Vorstandsmitglied der Bekl. war und demnach nicht von einem Amte abberufen werden konnte, das er nicht mehr bekleidete.

Die „Demission“, Niederlegung seines Amtes, die Kl. am 1. Aug. 1929 dem damaligen Vorsitzenden des Aufsichtsrats mitteilte, ist als fristlose Kündigung des Vorstandsmitgliedervertrages anzufehen (vgl. Brodmann, Anm. 7a zu § 231; Goldschmidt, Anm. 30 zu § 231). In der Tatsache des Verkaufs von einem Drittel der Aktien an den Mehrheitsaktionär, der zugleich Vorstandsmitglied ist, wird man unbedenklich einen wichtigen Grund zur Lösung des Vertrags erblicken können. Dies kann aber auf sich beruhen. Denn die Bekl. hat durch ihr Verhalten die Kündigung des Kl. angenommen. Auf sein Schreiben v. 1. Aug. 1929 an den damaligen Vorsitzenden des Aufsichtsrats, in dem er ausdrücklich darauf hinweist, daß die Gründe seiner Demission bekannt seien, hat der Kl. keine Antwort erhalten. Aber sein Gehalt ist ihm nur bis zum 31. Juli 1929 bezahlt worden. Aus der Tatsache, daß ihm am 1. Aug. 1929 kein Gehalt mehr ausbezahlt worden ist, ergibt sich die Annahme seiner fristlosen Kündigung durch den Aufsichtsrat. Dies ergibt sich auch daraus, daß, trotzdem am 20. Aug. 1929 eine außerordentliche GenVers. stattgefunden hat und ein neuer Aufsichtsrat gewählt wurde, ihm ein Widerspruch gegen seine sofortige Kündigung nicht zugegangen ist. Damit stimmt auch überein, daß dem Kl. von dem Abberufungsbeschluß v. 10. Sept. 1929 seitens der Bekl. keine Mitteilung gemacht worden ist. Diese Tatsachen zeigen klar, daß die Bekl. die Kündigung des Kl. angenommen hat, so daß das Vertragsverhältnis damit beendet war.

Der Vorstand der Bekl. wäre verpflichtet gewesen, diese Veränderung gem. § 234 HGB. beim Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung hätte dahin lauten müssen, daß der Kl. sein Amt „niedergelegt“ habe. Das hat er veräumt. Wenn dann am 10. Sept. 1929 der neue Aufsichtsrat der Bekl. den Abberufungsbeschluß gefaßt hat, so war dieser gegenstandslos und rechtsunwirksam, weil zu dieser Zeit der Kl. das Amt, von dem er abberufen wurde, nicht mehr bekleidete. Die dann von dem Vorstand auf Grund dieses rechtsunwirksamen Beschlusses erfolgte Anmeldung zum Zwecke der Eintragung war daher nicht zulässig. Der Umstand, daß der Vorstand dieser Anmeldung an das Handelsregister die Worte beigefügt hat, „der Kl. hat sein Vorstandsamt übrigens auch niedergelegt und diese Niederlegung dem Registergericht wohl auch angezeigt“, entbindet den Vorstand dem Kl. gegenüber nicht von der Haftbarkeit dafür, daß der

Abberufung aus Gründen, die in der Person des Abberufenen liegen, vorstellen könne.

Diese Erwägungen des Urteils sind nicht richtig. Der Widerruf einer Vorstandsbestellung erfolgt viel öfter aus Gründen, die das ausscheidende Vorstandsmitglied in keiner Weise belasten, etwa weil eine Umorganisation stattfindet oder eine Mehrheitsverchiebung erfolgt ist, ja sie kann sogar erfolgen müssen, wenn ein Vorstandsmitglied erkrankt, da dieses im Gegensatz zur AktG. keine Möglichkeit hat, die Vorstandsstellung zu beenden, ohne daß das Dienstverhältnis aufgelöst wird. Die Meinung des OLG. ist geeignet, die körperschaftsrechtliche Wideraufsmöglichkeit eines Vorstandsmitglieds zu entwerten, indem es diese als moralische Ohrfeige für den Abberufenen erscheinen läßt. Man darf nicht für die „Abberufung“ Anschauungen gelten lassen, die lediglich für die Auflösung des arbeitsrechtlichen Verhältnisses des Vorstandsmitglieds möglich sind. Es wäre eine notwendige Konsequenz der Auffassung des OLG. über die Bedeutung einer Abberufung, dem Abberufenen die Möglichkeit zu geben, jedesmal dann auf Rücknahme des Widerrufs als einer ehrverletzenden Maßnahme zu klagen, wenn keine genügenden Voraussetzungen für sie gegeben wären. Eine solche Konsequenz widerspräche § 231 HGB., überläße den Unterschied zwischen der Vorstandsbestellung und der Vorstandsantstellung und wäre schließlich praktisch überaus bedenklich.

2. Im vorliegenden Falle ist der Klageantrag, eine Berichtigung des Handelsregisters herbeizuführen, begründet, weil das Dienstverhältnis durch Übereinkunft längst aufgelöst war, als der „Widerruf“ erfolgte. Kl. begehrte keinen Gehalt, Bekl. keine Dienste mehr. Die Urkunde, die in Verfolg des § 234 Abs. 2 HGB. dem Registergericht über die „Veränderung“ im Vorstand vorgelegt wurde, war nicht die richtige. Nicht der Aufsichtsratsbeschluß hat die Beendigung der Vorstandsstellung des Kl. herbeigeführt, sondern die Auflösung des Dienstverhältnisses. Als eine aus dem Dienstvertrag eines Vorstandsmitglieds folgende „Nebenverpflichtung“ der AktG. ist nicht nur anzusehen, daß die Anmeldung eines Ausscheidens überhaupt, sondern auch, daß sie unter Vorlage der richtigen Urkunde erfolgt. Das Interesse des

obige Beschluß mit Recht. Der § 726 Abs. 1 regelt ja nur einen Sonderfall des § 731. Sein Anwendungsgebiet beschränkt sich, wie dasjenige des § 731 (wenn man von dem von diesem noch miterfaßten Fall der Rechtsnachfolge abieht), auf die sogenannten unechten Leistungs- oder Feststellungsurteile, also auf die Urteile, die einen bedingten oder durch Ereignis befristeten Anspruch zum Gegenstand haben. Hier ist die Prüfung des Eintritts der Bedingung bzw. des befristenden Ereignisses Voraussetzung für die Vollstreckung. Diese Prüfung kann aber bei Entziehung des Titels nicht vorgenommen werden, muß vielmehr — das ist eine gewisse Ausnahme von dem oben erwähnten Grundsatz der Verneinung aller anspruchsprüfender Tätigkeit in das Erkenntnisverfahren — nach der Entziehung des Titels in einem sogenannten Anhangs- oder Nachtragsverfahren, dem Klauselprozeß des § 731, erfolgen. Nur wenn der Eintritt der Bedingung oder des befristenden Ereignisses durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann, entfällt die Notwendigkeit des Klauselprozesses, vielmehr prüft dann der Vorsitzende nach § 726 Abs. 1 diesen Eintritt formlos. Aus dieser rechtlichen Natur des Verfahrens nach §§ 731, 726 folgt ohne weiteres, daß es für den vorliegenden Fall nicht in Frage kommen kann. Seiner Anwendbarkeit steht hier, wie der obige Beschluß zutreffend betont, schon die Fassung des § 726 Abs. 1 „nach ihrem Inhalt“ entgegen. Die Vollstreckung des Papiermarkurteils ist nicht in diesem Sinne von dem Nachweis der Aufwertung abhängig.

Die weiteren Ausführungen des obigen Beschlusses, die den Art. 24 Durchf. D. z. Aufw. G. betreffen, sind ebenfalls durchaus überzeugend.

Prof. Dr. Rudolf Schulz, Freiburg i. Br.

Zu 9. Das Urteil ist zu billigen, ohne daß den Gründen in allen Teilen zugestimmt werden kann. Im einzelnen ist das folgende zu bemerken:

1. Das Urteil hält die Anmeldung beim Handelsregister, ein Vorstandsmitglied sei abberufen worden, für geeignet, „die kaufmännische Ehre und das wirtschaftliche Fortkommen des Betroffenen zu beeinträchtigen“, da man sich im kaufmännischen Leben nur eine

Registerrichter auf Grund dieser Anmeldung die Eintragung so vornahm, wie sie geschehen ist.

Für die falsche Anmeldung und den dem Kl. in oben dargelegtem Sinne entstandenen Schaden ist daher der anmeldende Vorstand der Bekl. verantwortlich. Gerade aus der der Anmeldung hinzugefügten Bemerkung geht hervor, daß der Vorstand sich der rechtlichen Tragweite dieser Niederlegung als eine Beendigung des Dienstverhältnisses auch bewußt war. Daß dem Vorstand diese Verhältnisse bekannt waren, dafür spricht, daß der Kaufmann Max B. noch dem Vorstand angehörte und daß die Unstimmigkeiten zwischen dem Kl. und B. die Kündigung veranlaßt hatten.

Der Umstand, daß der Vorstand nach Erhebung der Klage gelegentlich der Anmeldung des Erlöschens einer Prokura am 24. Jan. 1930 zu Protokoll des Registerrichters erklärte: „Zugleich melden wir zur Eintragung in das Handelsregister an, daß Hugo W. nicht abberufen, sondern ausgeschieden ist. Beschluß des Aufsichtsrats nachzureichen, wird vorbehalten.“, ändert an der Forderung der Haftbarkeit des Vorstandes nichts. Denn einmal ist dieser Beschluß des Aufsichtsrats, von dessen Einreichung der Registerrichter eine Änderung der Eintragung abhängig gemacht hat, nicht eingereicht worden. Sodann aber hat, besonders nachdem die Eintragung auf „Abberufung“ lautet, der Kl. einen Anspruch darauf, daß die Anmeldung nicht nur dahin lautet, daß er „ausgeschieden sei“, sondern er sein Amt als Vorstand „niedergelegt“ habe.

Schließlich kann die Bekl. den Kl. auch nicht auf den Weg des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit verweisen. Wollt man die Eintragungen in das Handelsregister können nicht mit der in § 20 FGG. vorgesehenen Beschwerde angefochten, sondern lediglich durch das in den §§ 142 ff. geregelte Verfahren beseitigt werden. Geht man davon aus, daß das Registergericht das Lösungsverfahren gem. § 142 FGG. auf Anregungen oder Anträge von außen her betreiben muß (vgl. FFG. 1928, 283), so ist für den Kl., der als ausgeschiedenes Vorstandsmitglied kein Antragsrecht in Angelegenheiten der Bekl. mehr hat, nur eine Anregung möglich, auf die eingezogen im Ermessen des Registergerichts steht und die zu erzwingen der Kl. keine Mittel hat. Diese Möglichkeit ändert aber nichts daran, daß dem Kl. wegen Verletzung seines vertraglichen Rechts auf richtige Anmeldung ein im Wege der Klage geltend zu machender Schadensersatzanspruch in dem geltend gemachten Sinne zusteht.

(DVG. Frankfurt a. M., 4. Zivilsen., Urte. v. 11. Juli 1930, 4 U 107/30.)

Mitgeteilt von RA Prof. Dr. L. Wertheimer, Frankfurt a. M.

\*

### Karlsruhe.

#### 10. §§ 17, 24 KraftfVerfB.D.

1. Auch der Vorfahrtsberechtigte muß sein Augenmerk auf regelwidrigen Verkehr aus der Seitenstraße richten.

2. Der in der Hauptstraße Fahrende kann sich auf sein Vorfahrtsrecht nicht berufen, wenn das Zusammentreffen auf der Kreuzung nur auf seine unangemessene Geschwindigkeit zurückzuführen ist.<sup>1)</sup>

Zu prüfen bleibt, ob der Unfall durch den Kl. mitverursacht ist und ob nach dem Grad der Mitverursachung eine Verteilung des Schadens nach § 17 KraftfG. einzutreten hat. Eine Ersatzpflicht und damit eine Anwendung des § 17 KraftfG. ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Unfall für den Kl. ein unabwendbares Ereignis i. S. des § 7 Abs. 2 KraftfG. war. Trotzdem nun der Kl. das Vorfahrtsrecht vor den aus der Sch.straße und R.straße kommenden Fahrzeugen hatte, mußte er doch sein Augenmerk auf sie richten und durfte nicht im Vertrauen auf sein Vorfahrtsrecht sich überhaupt um sie nicht kümmern. Nach seinen Angaben in den Strafakten hat der Kl. aber den Wagen des Bekl. erst gesehen, als er unmittelbar vor ihm stand. Dies wäre nicht möglich gewesen, wenn der Kl. sich nach links umgesehen hätte. Er hätte dann den Wagen des Bekl. schon früher sehen müssen und hätte die Möglichkeit gehabt, entweder durch Erhöhung seiner Geschwindigkeit oder durch Anhalten (nach seinen Angaben fuhr er nur 20 km) den Zusammenstoß zu vermeiden. Zum

Kl. daran ergibt sich schon daraus, daß er, wenn ein Gläubiger der AktG. unter Bezugnahme auf eine Urkunde, die einen späteren Zeitpunkt des Ausscheidens als den tatsächlichen angibt, ihn zur Haftung nach § 241 HGB. für Maßnahmen, die nach seinem wirklichen Ausscheiden erfolgt sind, heranzuziehen versucht, nur sehr schwer einen Beweis für sein früheres Ausscheiden führen kann.

3. Es ist richtig, daß dem Kl. keine registerlichen Mittel zur Verfügung standen, die Berichtigung zu erzwingen. Er selbst kann nach Auflösung seines Dienstverhältnisses eine Anmeldung seines Ausscheidens nicht mehr machen (a. M. nur LG. I Berlin: RWL. 96, 54). Auch ein Beschwerdeberechtigter gegen eine falsche Anmeldung durch den neuen Vorstand steht ihm nicht zu.

4. Nach dem Aktiengesehwurf wäre dieser Streitfall ebenso wie jetzt zu entscheiden.

RA. Dr. Heinrich Kronstein, Mannheim.

<sup>1)</sup> Vgl. Aufsatz Oppenheimer oben S. 2905 ff.

wenigsten hätte er durch Hüpen den Bekl. zur Vorsicht mahnen müssen, was aller Wahrscheinlichkeit nach die Folge gehabt hätte, daß der Bekl. mindestens seine Geschwindigkeit vermindert und dadurch den Zusammenstoß verhütet hätte. Der Kl. hat also ebenfalls die für einen Kraftwagenführer gebotene besondere Sorgfalt außer acht gelassen und hastet daher ebenfalls nach dem KraftfG. und nach §§ 823 ff. BGB. für den entstandenen Schaden.

Vergleicht man die beiderseitige Verursachung, so kommt man zu dem Ergebnis; die Verursachung des Kl. ist nicht derartig gering, daß der ganze Schaden dem Bekl. aufgebürdet werden könnte. Andererseits aber überwiegt die Verursachung des Bekl. ganz erheblich die des Kl. Der Bekl. wußte, daß er eine Hauptverkehrsstraße zu befahren habe und den dort verkehrenden Fahrzeugen das Vorfahrtsrecht zustehen. Er mußte sich daher vor dem überfahren genau vergewissern, ob die Bahn für ihn frei sei. Der Irrtum, daß der Verkehr durch den dort stehenden Schutzmännern geregelt werde, zu welcher Annahme kein voll ausreichender Anlaß vorlag, entlastet ihn nicht. Denn da der Schutzmännern kein Zeichen gab, mußte der Bekl. sich klar machen, daß er auf eigene Verantwortung weiterfähre. Die weiteren Ausführungen des Bekl., dem Kl. habe ein Vorfahrtsrecht überhaupt nicht zugestanden, gehen von falschen Voraussetzungen aus. Es ist richtig, daß der in der Hauptstraße fahrende sich auf sein Vorfahrtsrecht dann nicht berufen kann, wenn bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auf beiden Seiten der aus der Nebenstraße kommende die Straße noch vor dem in der Hauptstraße fahrenden überqueren kann, wenn also der Unfall auf eine unangemessene Geschwindigkeit des an sich Vorfahrtsberechtigten zurückzuführen ist. Sind aber beide Fahrzeuge gleichzeitig an die Kreuzung gekommen, so hat das in der Hauptstraße fahrende das Vorfahrtsrecht. Aus der Tatsache nun, daß die Fahrzeuge an der westlichen Ecke der R.straße zusammengestoßen sind, daß der Kl. keinesfalls schneller fuhr als der Bekl. und daß der Bekl. auf den Wagen des Kl. aufstieß, ergibt sich, daß der Bekl. die Kreuzung jedenfalls nicht früher befahren hat als der Kl. Wenigstens können die Darlegungen des Bekl. seinen gegenläufigen Standpunkt nicht erweisen. Die vom Bekl. angerufene Entscheidung RG. v. 5. Okt. 1929 = JW. 1929, 2816 ff. steht mit der entwickelten Auffassung im Einklang, da dort ausgeführt ist, der Führer des zur Gestattung der Vorfahrt verpflichteten Fahrzeuges dürfe nur dann vorfahren, wenn er nach Lage der gesamten Umstände mit Gewißheit anzunehmen besugt ist, daß er die Kreuzung bereits in dem Augenblick überquert haben wird, in dem das andere Fahrzeug den Schnittpunkt der Fahrbahnen beider erreicht hat.

(DVG. Karlsruhe, Urte. v. 18. Juni 1930, I ZBR 71/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Fritz Oppenheimer, Karlsruhe.

\*

11. §§ 516, 518, 761 BGB. Zur Frage der Gültigkeit eines lediglich privatschriftlichen Rentenversprechens.<sup>1)</sup>

Um die Frage nach der rechtlichen Verpflichtung des Bekl. zur Zahlung einer Unterhaltsrente an die Kl. zutreffend beurteilen zu können, ist es erforderlich, auf die vermögensrechtlichen Beziehungen des Ehemannes der Kl., des E. L. und der Kl. zur Familie des ersteren, seiner Mutter und seinen Geschwistern, näher einzugehen.

Am 10. Febr. 1896 wurde zwischen dem E. L. einerseits und der Witwe L. und deren übrigen Kindern andererseits ein Vertrag geschlossen, der die Regulierung der Schulden des E. L. an seine Mutter zum Gegenstande hatte. Dieser Vertrag wurde am 17. Febr. 1896 abgeändert, allerdings nur zwischen E. L. und seiner Mutter. Deren Vertreter übernahm aber „die Vertretung“ der Abänderungen „bei sämtlichen Familienmitgliedern“, und es ist unbestritten, daß der Vertrag zustande kam.

In Ziff. 5 wurde dem E. L. eine Rente von jährlich 10 000 M. die „jederzeit widerruflich“ sein sollte, zugesagt.

Diese Vertragsbestimmung stellte keine unentgeltliche Zuerkennung dar, sie ist ein Teil des zweiseitigen Vertrages, die Gegenleistung des E. L. bestand in dem Eingehen auf die Regulierungsvorschläge der Familie, die den Namen L. schützen wollte.

Es bestand eine rechtliche Bindung der Familie, die Rente zu

Zu 11. Die Zuwendungen, mit welchen der eingeklagte Anspruch begründet wird, bestehen aus drei Clappen: 1896 Vereinbarung zwischen dem Bekl. und seinem Bruder E. L. zu dessen Gunsten, 1906 Brief des Bekl. an seinen Bruder E. L. zugunsten der Kl., 1912 Brief des Bekl. an die Kl., deren Mann E. L. inzwischen gestorben war, mit Zusage zu ihren Gunsten. Alle drei Erklärungen betrachtet die Entsch. nach ihren Ausführungen als unentgeltliche Zuwendungen. Mit der nach § 516 Abs. 1 BGB. erforderlichen Einigung ist nicht eine Ansichtseinigung gemeint, sondern eine Willenseinigung. Es muß also der Schenkgeber wollen, daß keinerlei Leistung, sei es des Schenknehmers, sei es eines Dritten, als Gegenleistung, als Entgelt in Betracht kommen dürfe, und entsprechend muß der Wille des Schenknehmers gerichtet sein. Will auch nur der eine Teil, daß eine Leistung ein Entgelt für die Zuwendung sein soll und — müssen wir wohl hinzufügen — zieht der andere Teil diese Möglichkeit in den Kreis seiner Erwägungen, so ist der Vertrag als entgeltlicher zu betrachten. (Sollte der andere



bezahlen, allerdings scheinbar nahezu illusorisch gemacht durch den Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs. Dieser Widerruf erfolgte aber nie. Der Bekl. gibt zu, daß die Rente bis zu dem i. J. 1910 erfolgten Tode des E. L. bezahlt wurde. Der Sinn des Vorbehalts jederzeitigen Widerrufs war der, daß die Verpflichtung zur Zahlung der Rente bedingt sei durch gutes Betragen des E. L. Auf jeden Fall muß angenommen werden, daß E. L. der Meinung war, einen Anspruch auf die Rente zu haben, wenn er sich an seine Verpflichtungen bez. seines Lebenswandels halte, so daß eine Einigung über die Unentgeltlichkeit des Rentenversprechens nicht erfolgte und eine Schenkung i. S. des § 516 BGB. nicht vorlag. Bald nachher hat E. L. sich verheiratet, und die Sorge um seine Frau, die Kl., veranlaßte ihn, sich wegen deren Sicherstellung an den Bekl. zu wenden. Seine Briefe hierüber sind nicht vorhanden, nur die Antwort des Bekl. auf einen solchen (20. Nov. 1906 I S. 27). Darin wiederholte der Bekl. sein schon früher mündlich gegebenes Versprechen, für die Kl. zu sorgen, falls E. L. etwas zustoßen sollte. Er teilte ferner mit, daß dies auch testamentarisch festgelegt sei.

In diesem Briefwechsel liegt ein Vertragschluß zwischen den Brüdern zugunsten der Kl. Nach RG.: LZ. 1916, 593 liegt in einem solchen Falle, wenn nämlich dem Vertragsgegner zugesagt wird, nach dessen Tod einem Dritten eine ihm gegenüber unentgeltliche Leistung zu machen, keine Schenkung unter Lebenden vor, weil eben die Zuwendung erst mit dem Tode des Versprechensempfängers in Wirksamkeit treten soll. Aus diesem Grunde kommt in diesem Falle nach Ansicht des RG. die Formvorschrift des § 518 BGB. nicht zur Anwendung.

Von einem Vermächtnis des E. L. an die Kl. kann hier schon deshalb keine Rede sein, weil E. L. der Kl. aus seinem Vermögen nichts zuwenden wollte. Ein solches würde aber selbst dann nicht vorliegen, wenn dies der Fall wäre, weil nur eine Ausnützung der Möglichkeit vorliegt, den Erfolg des Vermächtnisses auch durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten herbeizuführen.

Ob das sog. Deckungsverhältnis zwischen den Vertragsteilen die Einhaltung einer Formvorschrift bedingen kann, oder ob lediglich das Verhältnis des Versprechenden zum Dritten maßgebend ist, ist nicht unbestritten. Auch wenn angenommen werden müßte, daß die Zuwendung an den Dritten das Versprechen einer unentgeltlichen Leistung auch an den Versprechensempfänger darstellt, der Vertrag der Form des § 518 bedürfte, so könnte doch ein solcher Fall nicht als gegeben anerkannt werden. Voraussetzung einer Schenkung wäre, daß der Bekl. und E. L. einig waren darüber, daß die vom Bekl. versprochene Zuwendung eine unentgeltliche sein sollte. Beweispflichtig dafür, daß eine Schenkung vorliegt, ist der Bekl. Eine Vermutung dafür, daß eine Zuwendung unter Verwandten im weitesten Sinne eine Schenkung sei, besteht nicht. Der Bekl. muß also dargetun, daß E. L. und er selbst darüber einig waren, die Zuwendung solle unentgeltlich sein. Er hat sich zum Beweise dafür, daß E. L. aus den vorhergehenden Auseinandersetzungen zwischen ihm und den anderen Mitgliedern der Familie L. keinerlei Ansprüche mehr hatte, daß insbes. die Behauptung der Kl., E. L. sei beim Verkauf des Gutes D.-G. überverteilt worden und der Bekl. habe ihn unter Mißbrauch der Generalvollmacht geschädigt, nicht zutreffen, auf seinen Bruder Carl als Zeugen berufen. Der Erhebung dieses Beweises bedarf es nicht. Es kann dahingestellt bleiben, ob E. L. bei Abschluß des Vertrages vom Jahre 1896 einen Anspruch auf einen Überschuß hatte. Denn selbst wenn er einen solchen Anspruch nicht mehr hatte, ist die Zusage der (allerdings widerruflichen) Rente keine unentgeltliche Zuwendung, weil sie einen untrennbaren Bestandteil der Vertragsvereinbarung bildet, ein Entgelt dafür, daß E. L. auf die vorgelegene Regelung einging, die — wenn auch in geringerem Maße — auch im Interesse der Familie lag.

Es muß angenommen werden, daß E. L. nur in der Annahme,

Teil die Entgeltlichkeit gar nicht als möglich ansehen, sondern durchaus nur Unentgeltlichkeit wollen, so würde mangels Willenseinigung überhaupt kein Vertrag zustande gekommen sein.) Bei der Zuwendung von 1896 findet das DLG. das Entgelt, die Gegenleistung, in der Zustimmung zu dem geschlossenen Familienvertrag, welche zwar für den Bekl. und seine Angehörigen keinen Vermögensvorteil, aber eine gewisse Annehmlichkeit bedeutet. Eine solche Auslegung ist im Einzelfalle möglich; es ist Tatfrage, ob sie als zutreffend anzunehmen ist. Dann war aber vielleicht auch für die Zusage von 1906 und 1912 die Entgeltlichkeit ohne weiteres als gegeben zu betrachten. Die Zusage von 1906 war eine, vorerst allerdings in sehr unbestimmter Form gefaßte, Erstreckung der Gegenleistung für jene Zustimmung auf die inzwischen in den Familienverband eingetretene Ehefrau des E. L. Eine solche Vermehrung der Leistung ist, wenn diese Entgelt ist für ein Tun des andern Teils, nicht zweifelsfrei Schenkung; denn es kann hier die Willenseinigung vorliegen, daß, namentlich angesichts veränderter Umstände, nunmehr eine höhere Zuwendung als Gegendienst angebracht sei; es ist nicht notwendig, daß eine neue Leistung das Entgelt für die Erstreckung der Zuwendung bildet. Es brauchte deshalb vielleicht nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob die Vorgänge von 1904 als solche neue Gegenleistung zu betrachten sind, eine Erörterung, bei der die Ausführungen der Entsch. sowohl hinsichtlich der Verknüpfung der

diese Regelung, insbes. das Versprechen der Rente, dauere fort, dem Bekl. die Generalvollmacht zu seiner Vertretung bei den Auseinandersetzungsverhandlungen über den Nachlaß der Mutter ausstellte, die am 24. Febr. 1904 stattfanden. Es ist nicht bewiesen, aber sehr wohl möglich, daß E. L. schon damals dem Bekl. nahelegte, nach seinem — des E. L. — Tode für seine Frau, die Kl., zu sorgen, und daß der Bekl. schon bei jenem Anlasse die Zusage gab. Denn der Satz des Briefes v. 20. Nov. 1906 (I S. 27): „Soviel ich mich noch erinnere, habe ich Dir schon einmal versichert, daß ich mich Martha, Deiner Frau, annehmen werde...“, läßt darauf schließen, daß diese erste Zusicherung längere Zeit vor Nov. 1906, vielleicht also zur Zeit der Auseinandersetzung vom Jahre 1904 erfolgte. Dann liegt die Annahme sehr nahe, daß diese Zusage auch in ursächlichem Zusammenhang stand mit der Ausstellung der Vollmacht des E. L., also keine unentgeltliche Zuwendung war.

Es sind dies allerdings nur Möglichkeiten, vielleicht auch Wahrscheinlichkeiten. Sie zu widerlegen aber ist Sache des Bekl., dem, wie gesagt, die Beweislast dafür obliegt, daß die Zusage unentgeltlich gemacht wurde. Vor allem besteht die große Wahrscheinlichkeit, daß E. L. die Zusage des Bekl. in diesen Zusammenhang brachte, daß er selbst also diese nicht als unentgeltliche betrachtete. Das aber genügt, um der Zusage den Charakter der Schenkung i. S. der §§ 516 ff. BGB. zu nehmen.

Nach Sachlage besteht auch sehr wohl die Möglichkeit, daß der Bekl. sich durch das im Briefe v. 20. Nov. 1906 angeführte frühere Versprechen für gebunden erachtete, sei es rechtlich oder nur kraft des Sittengefüges, und daß er deshalb das Versprechen in feierlicher Weise wiederholte, so daß auch von seiner Seite nicht die Auffassung vorlag, daß die im Briefe versprochene Zuwendung eine unentgeltliche sei.

Denn nach der überwiegenden Mpr. des RG. hindert schon das Bewußtsein auch nur eines der beiden Teile, daß der versprochenen Leistung eine Verpflichtung rechtlicher oder auch nur sittlicher Natur zugrunde liege, das rechtsgültige Zustandekommen einer Schenkung (vgl. Staubinger, 9. Aufl., § 516 I 3 Abs. 2; JW. 1913, 855; 1917, 103, 848; Warn. 1913 Nr. 88; 1914 Nr. 202).

Nach RG. 62, 389 genügt es, daß eine Partei die Zuwendung auch nur subjektiv als Gegenleistung ansieht (a. M. § 516 Num. 4 S. 124); ebenso muß es genügen, wenn eine Partei die Zuwendung subjektiv als auf einer sittlichen Pflicht beruhend ansieht.

Der Auffassung des RG. wird entgegengehalten, aus § 534 BGB. ergebe sich, daß eine Schenkung auch dann vorliegt, wenn die im übrigen nach der übereinstimmenden Auffassung der Vertragsparteien unentgeltliche Zuwendung einer sittlichen Pflicht entspricht. Mit Unrecht. Es kommt darauf an, daß die Vertragsparteien darüber einig sind, daß die Zuwendung überhaupt unentgeltlich ist, also auch nicht auf einer sittlichen Pflicht beruhe. Dann liegt eine Schenkung vor, wenn auch die Zuwendung tatsächlich auf einer sittlichen Pflicht beruht, und in solchem Falle trifft eben § 534 BGB. zu, der die Rückforderung und den Widerruf ausschließt.

Der Bekl. hat keinerlei Beweis dafür angetreten, daß weder er noch E. L. der Auffassung war, die Zuwendung an die Kl. beruhe auf einer sittlichen Pflicht.

Das Gegenteil muß als erwiesen gelten. Der Bekl. schrieb am 31. März 1911 an das Notariat Heidelberg II, die Zahlung der damals 5000 M. betragenden Rente an die Kl. erfolge, weil er und seine Brüder Karl und Georg es als sittliche Pflicht betrachteten, der Kl. die Mittel zu gewähren, um die bisherige Lebensführung fortsetzen zu können (Akt. des Not. in Steuerfache S. 8). Tatsächlich bestand auch für die damals sehr reichen Brüder L. diese Pflicht (über diesen Begriff vgl. RG. 70, 19).

Ein Bedenken dahin, daß der Vertrag mit E. L. zugunsten der Kl. etwa deshalb wirkungslos wäre, weil keine bestimmte Lei-

beiden Tatbestände als namentlich hinsichtlich der Notwendigkeit oder Nichtnotwendigkeit einer Beweisführung doch manche Bedenken hervorrufen dürften. Die Zusage von 1912 wäre wohl die Umformung der vorher so unbestimmten Zusage in eine bestimmte Form; aber auch hier könnte Willenseinigung dafür vorgekommen werden, daß diese Umformung in der in ihr liegenden Erstreckung noch immer als Gegenleistung für die 1896 erklärte Zustimmung des E. L. zu betrachten sei.

Bei der (hilfsweise) beigelegten Erörterung, daß jedenfalls eine sittliche Verpflichtung von den Streitparteien oder einem derselben als vorliegend angenommen wurde, setzt sich das DLG. in — wohl bewußten — Gegensatz zu RG.: JW. 1929, 3496. Letztere Ansicht dürfte wohl vorzuziehen sein (vgl. dagegen die Besprechung JW. 1930, 2289). Eine auf sittlicher Pflicht beruhende Schenkung ist immerhin Schenkung und unentgeltlich. Der Ausführung der Entsch., daß eine Schenkung nur dann angenommen werden könne, wenn beide Teile der Ansicht seien, daß Unentgeltlichkeit und nicht einmal eine sittliche Pflicht zu Zuwendungen vorliege, tatsächlich aber eine solche Pflicht bestehe, daß § 534 BGB. also nur zutrefte, wenn beide Teile zu Unrecht das Gegebensein einer sittlichen Pflicht verkennen, kann wohl nicht zugestimmt werden.

Dr. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

ftung versprochen wurde, hat der Bekl. nicht geltend gemacht. Tatsächlich wäre es auch nicht begründet. Das Versprechen, sich der Kl. anzunehmen, wäre sinngemäß auszulegen, so, wie der Bekl. es in dem eben genannten Schreiben selbst getan hat.

Ist der Vertrag zugunsten der Kl. zwischen E. L. und dem Bekl. hiernach nicht als Schenkung i. S. des § 516 BGB. zu betrachten und bedürfte er danach nicht der Form des § 518 BGB., so ist er rechtsgültig zustande gekommen. Sollte schon in diesem Versprechen des Bekl. ein Leibrentenversprechen erblickt werden können, so wäre die nach § 761 BGB. vorgeschriebene Schriftlichkeit gewahrt.

Unter diesen Umständen wäre der Vertrag, der durch den Brief des Bekl. v. 23. Mai 1912 (I S. 29) zustande kam, keinesfalls eine Schenkung. Daß durch diesen Brief ein Vertrag zwischen den Streitparteien zustande kam, kann nicht in Zweifel gezogen werden. Die Kl. hatte mehrfach den Wunsch ausgesprochen, daß ihre Rente erhöht werde. Diesen Wunsch erfüllte der Brief. Daß er als Verpflichtung gedacht war, geht daraus hervor, daß der Bekl. offenbar der Ansicht war, das Versprechen bedürfte der notariellen Beurkundung, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn der Brief nicht als Willenserklärung, sondern nur als Mitteilung einer Tatsache gedacht gewesen wäre. Dazu kommt der Wortlaut: „Diese Rente sichern wir Dir lebenslänglich zu, indem ich dies in meinem letzten Willen festgelegt habe.“

Von der Einhaltung der nach seiner Meinung nötigen notariellen Form riet der Bekl. aus steuerlichen Gründen abzusehen, sicherlich nicht, um sich nicht zu binden, sondern weil er damals der Auffassung war, an dem von ihm so feierlich gegebenen Worte werde er niemals rütteln. Wenn er darin auch geirrt hat, so kann sein Wille, sich zu verpflichten, nicht in Zweifel gezogen werden.

Die Kl. hatte nach § 328, 331 BGB. durch den Vertrag zu ihren Gunsten mit dem Tode des E. L. das Recht auf die versprochene Leistung erworben. Nichts spricht dafür, daß die Vertragsparteien etwas anderes wollten. Der Bekl. und seine Brüder erfüllten dann auch nach dem Tode des E. L. ohne weiteres die vom Bekl. übernommene Pflicht. Eine Festlegung der Art und Weise, wie die Pflicht erfüllt werden sollte, erfolgte offenbar vor dem 23. Mai 1912 durch Einigung mit der Kl. nicht. Der Brief v. 23. Mai 1912 brachte nun diese Einigung. Er stellt also dar eine Festlegung der Art, in welcher Weise die Pflicht, sich der Kl. anzunehmen, erfüllt werden solle; man einigte sich auf eine lebenslängliche Rente von 8500 M., zahlbar in Vierteljahresraten von 2125 M. Da eine Ungewißheit über den Umfang der Verpflichtung des Bekl. bestand, stellt sich die auf der Grundlage des Briefes erfolgte Einigung zwischen den Streitparteien als ein Vertrag dar, durch den diese Ungewißheit beseitigt wurde. Gleichzeitig kam durch Annahme der Vorschläge des Briefes seitens der Kl. ein Vertrag zustande, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wurde, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (§ 780 BGB.). Da das Schulversprechen Ausfluß der Bindung des Bekl. durch den Vertrag mit E. L. zugunsten der Kl. war, kann von Unentgeltlichkeit der Zuwendung keine Rede sein. Es handelte sich um Erfüllung einer Vertragspflicht, denn das Versprechen der Leibrente war zum mindesten ein Teil der Erfüllung jener vertraglichen Bindung, da deren Umfang noch nicht feststand.

(OLG. Karlsruhe, 2. Zivilsen. Urt. v. 27. Febr. 1929, Z 2 BR 351/28.)

Mitgeteilt von R. Dr. R. Ludwig, Heidelberg.

\*

**12.** §§ 1123 ff. BGB., §§ 20, 148 ZwVerfG. Die im Mietvertrag selbst vereinbarte Verrechnung eines Baudarlehens auf den Mietzins bleibt auch dem Zwangsverwalter gegenüber wirksam.

Zwischen dem Kl. und dem Hauseigentümer war ein Mietvertrag über eine Wohnung abgeschlossen worden. Am gleichen Tage gewährte der Kl. dem Hauseigentümer ein Baudarlehen von 5000 R.M., wovon 3000 R.M. durch Eintragung einer Hypothek zu sichern und 2000 R.M. in der Weise zurückzubehalten waren, daß auf die Dauer des festen Mietvertrages jährlich 400 R.M. durch Verrechnung auf den Mietzins amortisiert werden sollten. Gegen den Vermieter wurde im Dez. 1929 die gerichtliche Zwangsverwaltung angeordnet und der Bekl. zum Zwangsverwalter bestellt. Der Bekl. bestritt seine Verpflichtung, die Aufrechnung der Amortisationsraten auf den Mietzins gegen sich gelten lassen zu müssen, da diese Vereinbarung eine nach §§ 20 Abs. 1, 148 Abs. 1 ZwVerfG., §§ 1124, 1125 BGB. dem Zwangsverwalter gegenüber unwirksame Vorausverfügung über den Mietzins enthalte. Er verlangte deshalb Begahlung des vollen Mietzinses. Das OLG. wies die demgegenüber erhobene negative Feststellungsklage des Kl. ab. Das OLG. hob dieses Urteil auf und erkannte nach Klageantrag mit folgender Begründung:

Die Befehgebung steht allerdings grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß Verfügungen des Vermieters über den Mietzins, die sich auf eine spätere Zeit als das laufende Vierteljahr erstrecken, ihrer Rechtsbeständigkeit nach nicht unangreifbar sein sollen, also unter Umständen auf Gefahr des Mieters gehen. Zu vgl. insbes. § 574 BGB., der den Fall des Eigentumswechsels durch Veräuße-

rung regelt (maßgebend der Zeitpunkt, in welchem der Mieter vom Übergang des Eigentums Kenntnis erlangt), ferner die durch § 57 ZwVerfG. gegebene entsprechende Regelung für den Fall des Eigentumswechsels durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung. Eine Vorausverfügung für eine spätere Zeit wird jedoch von der Rspr. im Fall des Eigentumswechsels dann für zulässig und rechtsbeständig erachtet, wenn sie in Gemäßheit des Mietvertrags erfolgt (RG. 94, 281); eine solche vertragsmäßige Vorauszahlung ist also gegen den Käufer oder Ersterbeher des Grundstücks auch dann wirksam, wenn sie für einen späteren Zeitraum als das laufende Kalendervierteljahr erfolgt (OLG. Hamm: JW. 1929, 3257). Die Tilgung durch Aufrechnung ist derjenigen durch Zahlung grundsätzlich gleichgestellt (§ 575 BGB., § 57 ZwVerfG.).

Die gleichen Grundsätze wie im Eigentumswechsel müssen nun aber auch für den hier vorliegenden Fall der durch die Zwangsverwaltung gechehenen Beschlagnahme der Mietzinsen gelten. Denn daß eine verschiedenartige Behandlung dieser beiden Fälle im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen nicht entspricht, geht schon aus einer Vergleichung der §§ 574, 575 BGB. mit dem Wortlaute der für die Beschlagnahme geltenden §§ 1124, 1125 BGB. klar hervor, und es muß daher auch für das Gebiet der Zwangsverwaltung angenommen werden, daß Verfügungen über die Mietzinsen, welche sich über das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Vierteljahr hinaus erstrecken, wenigstens dann wirksam bleiben, wenn sie schon im Mietvertrage zwischen dem Eigentümer und Mieter vereinbart worden sind. Eine solche mietvertragsmäßige Disposition ist aber im vorliegenden Falle zweifellos gegeben.

(OLG. Karlsruhe, Urt. v. 14. Juli 1930, ZBR 152/30.)

Mitgeteilt von R. Dr. Karl Abenheimer, Karlsruhe.

\*

**Riel.**

**13.** §§ 80, 81 GmbHG. Prozessuale Wirkungen der Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. unter Ausschluß der Liquidation. f)

Am 24. April 1929 verkaufte der Kl. eine Parzelle seines Forstgutes J. an die R.-AktG. Die Grenzen dieser Parzelle wurden auf einer Karte ungefähr eingetragen und sollten in ihrem genauen Verlauf durch einen vereidigten Landmesser festgelegt werden. Die von dem Landmesser G. vorgenommene Vermessung stellte den Kl. aber nicht zufrieden. Auch die im Einverständnis mit der R.-AktG. vorgenommene neue Vermessung erkannte er nicht an. Dies veranlaßte die R.-AktG., am 3. Aug. 1929 beim O. L. Klage auf Anerkennung der zweiten Vermessung einzureichen. Auf die am 24. Aug. 1929 erfolgte Terminanberaumung wurde am 17. Sept. 1929 über die Klage verhandelt. Bereits als die Klage eingereicht wurde, ergrifferte die R.-AktG. nicht mehr. Durch Vertrag v. 11. Juni 1929 und durch die am 27. Juli 1929 erfolgten Eintragungen in das Handelsregister war diese Gesellschaft — unter Beteiligung von drei weiteren Fabriken und einer Grundstücksgesellschaft — in die R.-GmbH. umgewandelt. Anfang Okt. 1929 hat die R.-GmbH. in dem Prozeß bei dem O. L. den Antrag gestellt, das Klagerubrum dahin zu berichtigen, daß die Kl. die R.-GmbH. sei. Dieser neuen Gesellschaft stellte der Kl. am 14. Sept. 1929 die vorliegende Klage beim O. L. in R. zu, mit welcher er festzustellen begehrt, daß die Verlegung der Anerkennung der zweiten Vermessungsverhandlungen zu Recht erfolgt sei. Die Bekl. hat die Einrede der Rechtshängigkeit erhoben. Diese mußte durchgreifen.

Daß in beiden Prozessen über denselben Streitgegenstand verhandelt wird, ist nicht bestritten und ist auch unbedenklich anzunehmen. Beide Klagen werden darauf gestützt, daß ein Grundstück mit noch nicht feststehender Grenze verkauft sei, daß gemäß der zwischen den Vertragsschließenden getroffenen Vereinbarung die Grenze vermaßen sei, der Kl. diese Vermessung aber nicht anerkannt habe. Hinsichtlich der Gleichheit der Parteien in diesem Prozeß und im Parallelprozeß in L. muß folgendes gelten: Allerdings ist im Ru-

Zu 13. Das Urteil behandelt die Frage, welche prozessualen Wirkungen die Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. unter Ausschluß der Liquidation gem. §§ 80, 81 GmbHG. hat. Der bezeichnete Vorgang steht ebenso wie der Übergang des Vermögens einer AktG. auf eine andere durch Kollusion (vgl. insbes. RG. 123, 289 ff. = JW. 1929, 1242) nach herrsch. Meinung dem Tode einer natürlichen Person gleich (vgl. Staub-Schubert, § 81 Anm. 1 ff.). Demgemäß sind grundsätzlich die für den Tod einer natürlichen Person geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht ihre besondere Natur dies ausschließt. Dies muß auch für den Prozeß gelten, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen. Im vorliegenden Falle wurde der Klageauftrag noch von der R.-AktG. vor ihrer Löschung erteilt, die Klage aber erst später zugestellt, nachdem inzwischen das ganze Vermögen der R.-AktG. auf die R.-GmbH. übergegangen war. Dies ist ein Vorgang, der genau dem des Todes des Kl. nach Erteilung des Klageauftrags aber vor Klagezustellung entspricht. Das Urteil hat daher mit Recht die hierfür unbestrittenermaßen geltenden Grundsätze angewendet.

R. Dr. W. Roesler, Mannheim.

brum der Parallelklage als Kl. die R.-AktG. aufgeführt, während in diesen Rechtsstreit die R.-GmbH. verklagt ist. Aber die Ausführung der R.-AktG. als Kl. im Prozeß beim LG. in L. ist nur eine falsche Bezeichnung der eigentlichen Kl., der R.-GmbH., und diese falsche Bezeichnung ist unschädlich. Der vorliegende Fall ist nicht anders zu behandeln als der, in welchem der Prozeßvollmächtigte von einer lebenden physischen Person mit Klagerhebung beauftragt wird, diese Klage auch namens der physischen Person erhebt, diese aber im Augenblicke der Klagerhebung bereits gestorben war. Die Rspr. steht mit Recht hier auf dem Standpunkt, daß durch den Tod des Vollmachtgebers die Vollmacht nicht erlischt (§ 86 ZPO.), daß die Klage oder die Einlegung eines Rechtsmittels namens der verstorbenen Partei lediglich eine falsche demonstratio ist, die keine inhaltliche Willenserklärung, sondern nur ein Vergreifen im Ausdrucke darstellt (RG. 68, 391; Stein-Jonas, ZPO., § 50 Bem. 89). Dem gleichzustellen ist der vorliegende Fall, daß eine AktG. in eine GmbH. umgewandelt wird. Denn auch hier geht die AktG. unter und ihr Vermögen auf die GmbH. über (§ 81 Abs. 1 GmbHG.). Da die R.-AktG. den Auftrag, Klage zu erheben, vor ihrer Auflösung erteilt hat — am 27. Juli 1929 ist die R.-AktG. im Handelsregister gelöscht und die R.-GmbH. im Handelsregister eingetragen worden, v. 26. Juli 1929 aber ist die Klage im Parallelprozeß daziert — muß die R.-GmbH. diese Klagerhebung gegen sich gelten lassen; die Klage ist mit Wirkung für sie und mit Wirkung gegen die hier klagende Partei vor der hier streitigen Klage rechtshängig geworden. Die falsche Bezeichnung konnte jederzeit berichtigt werden. Dies ist auf Grund des am 8. Okt. 1929 gestellten Berichtigungsantrags erfolgt. Diese Berichtigung wirkte auf den Zeitpunkt der Klagerhebung zurück.

(OLG. Kiel, I. Zivilsen., Urte. v. 28. April 1930, 1 U 15/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Grunau, Kiel.

\*

Röln.

14. § 1244 BGB. Bei der Zwangsversteigerung durch den Gerichtsvollzieher sind die Vorschriften des § 1244 BGB. über den gutgläubigen Erwerb beim vertragsmäßigen Pfand entsprechend anwendbar. Der Gerichtsvollzieher überträgt dem Steigerer regelmäßig den unmittelbaren Besitz. †)

Der Kl. hat das elektrische Klavier, das er mit der Klage herausverlangt, bei einer Zwangsversteigerung erworben. Das Klavier war jedoch nicht Eigentum des Vollstreckungsschuldners F., weil die Bekl. sich beim Verkauf das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hatte und der Kaufpreis zum großen Teil noch nicht geleistet war. Der Kl. glaubt, er sei durch die vom Gerichtsvollzieher vorgenommene öffentliche Versteigerung, auf jeden Fall aber kraft guten Glaubens, Eigentümer des Klaviers geworden.

Die Meinung des Kl., daß er ohne weiteres durch die Zwangsversteigerung das Klavier zu eigen erworben habe, ganz gleichgültig, ob der Schuldner F. Eigentümer gewesen sei und ob er beim Erwerb von dem Eigentumsvorbehalt und von dem Eigentum der Bekl. Kenntnis gehabt habe, ist in Übereinstimmung mit dem BG. nicht zu teilen. Vielmehr ist § 1244 BGB. über das vertragsmäßige Pfandrecht entsprechend auf das hier in Frage stehende Pfandpfandrecht

Zu 14. Unter welchen Voraussetzungen ein in der Fahrnisvollstreckung vom Gerichtsvollzieher zugeschlagener, dem Schuldner nicht gehöriger Pfandgegenstand in das Eigentum des Erwerbers übergeht, ist eine noch nicht endgültig geklärte Frage. Sicher ist, daß zum Eigentumsübergang der Zuschlag nicht genügt, vielmehr noch eine Übergabe der Sache hinzukommen muß (RG.: OLG. 18, 135; RG.: Recht 1916 Nr. 1900). Ob auch nur eine solche Übergabe vorlag, war schon in dem vom OLG. Köln entschiedenen Falle zweifelhaft. Der Erwerber hatte nämlich das ersteigerte Klavier dem Vollstreckungsschuldner alsbald zur Benützung überlassen. Außerlich war es darum nicht in die endgültige Verfügungsgewalt des Steigerers gekommen. Das OLG. folgert aber aus der typischen Gestaltung des Versteigerungsvorgangs — mangels ersichtlicher Abweichung im besonderen Fall —, daß der Steigerer in der Lage gewesen sei, unmittelbar nach dem Zuschlag die Gewalt über das erworbene Klavier auszuüben, und er sonach gemäß § 854 Abs. 2 BGB. unmittelbarer Besitzer geworden sei. Diesen Erwägungen darf man beitreten. Mit dem Besitzwerb wäre nach § 929 BGB. der Steigerer ohne weiteres Eigentümer geworden, wenn der Vollstreckungsschuldner Eigentum an der Pfandsache besessen hätte. Dies aber war nicht der Fall, und deshalb war auch für den Pfandgläubiger kein Pfandpfandrecht erwachsen. Trotzdem wurde nach Ansicht des OLG. der Steigerer Eigentümer, weil ihm im Augenblick des Besitzwerbs nicht erweislich bekannt war, daß kein Pfandrecht entstanden gewesen ist. Im Ergebnis ist diese Auffassung rechtlich gewiß zutreffend. Es fragt sich nur, ob es auf den guten Glauben überhaupt ankam. Die herrschende Meinung und insbes. das RG. (RG. 104, 300) nehmen es an. Ausgangspunkt für diese Ansicht ist der Umstand, daß die Pfändung grundsätzlich ein Pfandrecht erzeugt. Die Pfandverwertung wird darum als eine Art Pfandverkauf angesehen, und so wird der Weg

anzuwenden (RG. 104, 300), d. h. es sind die Bestimmungen heranzuziehen, die für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von dem Rechteinhaber getroffen worden sind. Ein dem Falle des § 1244 ähnlicher Tatbestand liegt hier vor. Denn da das Klavier bei der Pfändung noch der Bekl. zu eigen gehörte gemäß ihrem Eigentumsvorbehalt und die Pfändung sich nicht gegen sie, sondern gegen den Schuldner F. richtet, erwarb der betreibende Gläubiger kein wirksames Pfandrecht trotz seines guten Glaubens. Die Entsch. darüber, ob der Kl. Eigentum an dem Klavier erlangt hat und ob er deswegen Herausgabe von der Bekl. fordern kann, hängt hiernach davon ab, ob er im Vertrauen auf den Bestand eines Pfandpfandrechts das Klavier erworben hat.

Das Klavier blieb bei der Pfändung im Besitz des Schuldners F.; auch der Kl. beließ es dem F. nach der Auktionen. Unstreitig ist, daß der Kl. später von dem Eigentumsvorbehalt der Bekl. und ihrem noch bestehenden Eigentum Kenntnis hatte. Streitig ist, wann er dies erfahren hat. Von Bedeutung ist diese Frage, weil er nach § 932 ff. BGB. im Augenblick der „Übergabe“ des Klaviers in gutem Glauben sein muß, um Eigentum zu erlangen. Unter Übergabe ist die Einräumung der tatsächlichen Gewalt i. S. des § 854 BGB. zu verstehen. Sie kann in der mannigfaltigsten Art geschehen, aber immer muß es sich dabei nicht um die Einräumung einer bloßen rechtlichen Befugnis, sondern um die Einräumung der tatsächlichen Gewalt handeln, sie muß ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis des Erwerbers über die Sachen herstellen (RGWarn. 1917 Nr. 55). Der Gerichtsvollzieher, der bei der Pfändung das Klavier in Besitz nehmen konnte, hat es in Gewahrsam des Schuldners F. gelassen. Hierzu war er nach § 808 Abs. 2 ZPO. befugt. Er hatte hierdurch lediglich sich zum mittelbaren Besitzer des Klaviers gemacht und F. war von ihm zum unmittelbaren Besitzer der gepfändeten Sache gemacht worden (vgl. RGWarn. § 868 Anm. III).

Die Versteigerung wurde in der Wohnung F.s vorgenommen. Der Gerichtsvollzieher ergriff zur Vornahme der Versteigerung unter Ausschaltung F.s wieder unmittelbaren Besitz an den Pfandsachen. Denn er war nach § 817 ZPO. verpflichtet, nach Zuschlag und nach Bezahlung des Ersteihers diesem die versteigerten Sachen abzuliefern, also tatsächlich zu übergeben. Hierzu war er aber nur in der Lage, wenn er selbst die unmittelbare Herrschaftsgewalt über die Pfandsachen wieder an sich nahm. Demgemäß lautete auch eine der Versteigerungsbedingungen, daß der Kaufpreis sofort nach Zuschlag in bar zu zahlen und der zugeschlagene Gegenstand nach Zahlung des Kaufgelbes sofort in Empfang zu nehmen sei. Der Kl., der Meistbietender bei der Versteigerung geblieben war, hat den Steigerpreis sofort bezahlt. Der Gerichtsvollzieher mußte ihm daher die Sachen abliefern, also die ihm zustehende tatsächliche Gewalt über die versteigerten Sachen auf den Kl. übertragen. Daß es äußerlich erkennbar gewesen sei, wie es zum Besitzwerb nach § 854 Abs. 1 BGB. erforderlich ist, ergeben die Behauptungen des Kl. nicht. Sein Vorbringen über den Hergang nach dem Zuschlag, daß der Gerichtsvollzieher nach Zahlung des Steigerpreises erklärt habe, der Kl. sei nunmehr Eigentümer, er solle sich ein Fuhrwerk holen und den ganzen Krepel wegfahren, er könne damit machen, was er wolle, und daß er die Pfandmarken entfernt habe, reicht nicht aus, um die vom Gesetz erforderliche äußerliche Erkennbarkeit der Besitzergreifung darzutun. Wohl aber zeigen sie einen Besitzwerb des Kl. nach § 854

geöffnet, um den in § 1244 BGB. anerkannten Schutz des guten Glaubens Platz greifen zu lassen. Demgegenüber hat Stein (Grundfragen der Zwangsvollstreckung §§ 10, 11, insbes. S. 76) im Anschluß an Sachenburg (Vorträge S. 143) überzeugend dargelegt, daß die Verwertung im Fahrnisvollstreckungsverfahren — nicht anders, als in der liegenschaftlichen Zwangsversteigerung — kein Pfandverkauf ist, sondern ein Verkauf in staatlicher Verstrickung befindlicher Gegenstände (siehe auch Mann § 817 ZPO. Anm. 5 und Rosenberg § 197 III 2). Man mag deshalb immerhin in der Versteigerung den Akt sehen, in welchem die Befriedigungsbefugnis des Pfändenden in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger ihren äußeren Ausdruck findet (dies gegen M. Wolff, Sachenrecht § 169 Note 3). Aber auch ohne Rücksicht auf das Pfandpfandrecht besteht die Berechtigung des Gerichtsvollziehers zur Zwangsübertragung. Die Pfändung, nicht das Pfandrecht, verleiht sie ihm. Und seine Befugnis geht dahin, daß er dem Erwerber auch dann Eigentum durch seinen Zuschlag verschafft, wenn die gepfändete Sache nicht zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners gehörte und darum kein Pfandrecht erwachsen war. Namentlich bei der Pfändung eigener Sachen spielt diese Sachgestaltung eine praktisch bedeutsame Rolle, weil hier der gute Glaube des Erwerbers an den Bestand des Pfandrechts häufig fehlt und deshalb der Steigerer nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften des Pfandverkaufs kein Eigentum erwerben würde. Beim Zuschlag kommt es dagegen nicht auf den guten Glauben an; nur die Einrede der Arglist auf Grund des § 826 BGB. wird dem Steigerer entgegengehalten werden können (anders Rosenberg, der jede Einschränkung des Erwerbes verneint und Stein, der guten Glauben an das Vorliegen eines Pfandpfandrechts verlangt).

SenPräs. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

Abf. 2 BGB. Hiernach genügt die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn dieser in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Einer Beweiserhebung über die Behauptungen des Kl. bedarf es trotzdem nicht, weil bereits die unbestrittenen Umstände eine solche Einigung ergeben. Der Gerichtsvollzieher war nämlich, wie dargelegt, im unmittelbaren Besitz der versteigerten Sachen; er gab nach Beendigung der Versteigerung seine Gewalt über die Sachen auf. Er durfte und wollte es nur tun, zugunsten des Kl., der die Sachen erstanden hatte. Der Kl. konnte auch, ohne besondere Mitwirkung des Gerichtsvollziehers, die in dem Versteigerungsraum befindlichen Sachen an sich nehmen. Insof. konnte der Schuldner F. den Zugang zu den ihm durch die Pfändung entzogenen Sachen nicht hindern. Daß der Kl. sich als tatsächlicher Herr der Sachen fühlte, daß F. ihn als solchen anerkannte, zeigt gerade der Umstand, daß der Kl. die Sachen weiter im Besitz F.s beließ und dieser sie von ihm als den Herrn der Sachen zurückempfing und ein mittelbares Besitzverhältnis mit dem Kl. einging.

Da dem Kl. daher nach Beendigung der Versteigerung das Klavier übergeben worden war, erwarb er Eigentum, wenn er in diesem Augenblick im guten Glauben war. Den ihm obliegenden Beweis, daß der Kl. damals nicht in gutem Glauben war, das ihm also bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, es sei damals infolge des noch bestehenden Eigentums der Bekl. durch die Pfändung kein wirksames Pfandrecht entstanden, hat die Bekl. nicht erbracht. Steht hiernach nicht fest, daß der Kl. bei dem Erwerb in der Versteigerung in bösem Glauben war, so hat er Eigentum an dem Klavier erworben. Er kann dieses deshalb von der Bekl. herausverlangen.

Abgesehen hiervon war der Kl. auch noch in einem späteren Augenblick im tatsächlichen Besitz des Klaviers. Im März 1927 beauftragte er nämlich den Zeugen P., die gestiegenen Sachen, darunter das Klavier, von F. abzuholen. Man war schon dabei, das Klavier abzumontieren, da ließ sich der Kl. durch das Weinen der Kinder F.s und dessen Frau bewegen, das Klavier und das Wohnzimmer stehen zu lassen. Frau F. bestätigte ihm aber in Abwesenheit ihres Mannes schriftlich, daß die Sachen sein Eigentum seien und daß sie nur Leihbesitz daran hätten. Durch den schon teilweise durchgeführten Abbau hatte der Kl. die tatsächliche Gewalt über das elektrische Klavier in sichtbarer Weise ergriffen. Es muß ihm damit auch als „übergeben“ i. S. von §§ 932 ff. BGB. angesehen werden, weil er es F. nur auf Widerruf verlassen hatte und er es deshalb jederzeit wegnehmen konnte. Daß er in diesem Augenblick im bösen Glauben gewesen sei, steht nicht fest.

(OLG. Köln, 2. ZivSen., Ur. v. 21. Febr. 1930, 2 U 379/28.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Schmidt, Köln-Braunsfeld.

\*

#### Odenburg.

15. § 28 R.N.D.; §§ 611 ff., 631 ff. BGB. Ein Rechtsanwalt verletzt seine Vertragspflicht, wenn er mit der Erwirkung eines vollstreckbaren Titels beauftragt den Weg der Einklagung der Forderung wählt, statt seinen Klienten auf den billigeren Weg der vollstreckbaren Urkunde zu verweisen. f)

Mit Recht beanstandet es der Bekl., daß der Kl. (ein N.A.) zur Erwirkung eines Schuldtitels gegen den Sohn des Bekl. den kost-

Zu 15. Das Urteil überzeugt nicht.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem N.A. und seinem Klienten ist wegen der Entgeltlichkeit kein Auftragsverhältnis (§ 622 BGB.), sondern ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbeforgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB.). Die Geschäftsbeforgung bestand in der Erwirkung eines vollstreckbaren Titels gegen den Sohn des Kl. zwecks Beteiligung an der Zwangsvollstreckung in ein dem Sohn gehöriges Grundstück. Die Dienste wurden ordnungsmäßig geleistet und haben zu dem gewünschten Erfolg geführt.

Trotzdem wird der N.A. mit der Begründung, er habe seine Vertragspflichten verletzt, für die Mehrkosten haftbar erklärt, die dadurch entstanden sind, daß der Klageweg beschritten wurde, statt eine notarielle Schuldbekunde vom Schuldner ausstellen zu lassen.

Das Urteil enthält keine Feststellung darüber, ob sich der Dienstvertrag auch auf die Prüfung der Frage erstreckt hat, welcher Weg unter dem Gesichtspunkt möglicher Kostenersparung als der empfehlenswerteste erschien. An und für sich kann der N.A. davon ausgehen, daß diesem Gesichtspunkt keine ausschlaggebende Bedeutung zukomme, da ja der Schuldner die durch die Einklagung entstehenden Kosten dem Kl. zu erstatten hat, wenn er nicht von sich aus dem Gläubiger die Ausstellung einer vollstreckbaren Schuldbekunde anbietet.

Es kann daher ein Verstoß des N.A. gegen die Dienstvertragsverpflichtungen nur in Frage kommen, wenn seine Beratung etwa unter Hinweis darauf, daß der Schuldner zahlungsunfähig sei, auch darüber in Anspruch genommen worden ist, wie sich ein wirksamer Vollstreckungstitel unter möglicher Kostenersparung am besten beschaffen lasse. Auch in diesem Falle hatte der N.A. aber zu prüfen, ob nicht aus irgendwelchen Gründen der kostspieligere Weg den

spieligen Weg des Zivilprozesses gewählt hat, während bei vorhandener Bereitschaft des Schuldners zur Anerkennung der Forderung die Aufnahme einer notariellen Urkunde ebenso sicher zum Ziele geführt und bedeutend weniger gekostet haben würde. Wenn der Bekl. den Kl. beauftragte, ihm einen Schuldtitel gegen den Sohn zu verschaffen, so gebot es die Vertragspflicht des Kl., dies auf möglichst wenig kostspielige Weise zu bewerkstelligen. Er hätte deshalb bei der gegebenen Sachlage den Kl. auf den Weg der vollstreckbaren Urkunde verweisen sollen, ganz abgesehen von dem Umstande, daß er selbst als Notar zur Aufnahme einer solchen befugt war. Die Gefahr einer Anfechtung war, wenn in der Weise verfahren wurde, nicht größer als bei der Erwirkung eines Urteils im Zivilverfahren. Eine Verpflichtung des Notars zur Ablehnung der Beurkundung hätte höchstens dann vorgelegen, wenn derselbe davon überzeugt gewesen wäre, die Forderung sei erbracht, das ist aber vom Kl. nicht behauptet. Der Einwurf des Kl., daß dem Bekl. ja der Kostenersatzanspruch gegen seinen Sohn blieb, ist — sofern er an sich für rechtlich begründet zu erachten sein sollte — vom Bekl. mit dem Hinweis auf dessen unbestrittene Zahlungsfähigkeit entkräftet worden. Aus dem Gesagten folgt, daß der Kl. auf Grund des vorliegenden Auftragsverhältnisses den durch die Einklagung der Forderung im Zivilprozeß verursachten Mehrbetrag an Gebühren und Auslagen nicht beanspruchen kann, so daß dieser von seiner Forderung abgesetzt werden muß (evtl. würde dieserhalb der Bekl. auf Grund des Verlustes des Kl. gegen seine Vertragspflicht eine Gegenforderung auf Schadensersatz haben, die er gegen die Klageforderung aufrechnen könnte).

(OLG. Oldenburg, 1. ZivSen., Ur. v. 18. Juni 1930, U 19/30.)

Mitgeteilt von N.A. Dr. Reinke, Bedtha i. D.

\*

#### Stuttgart.

16. §§ 62, 63 Abs. 1 Ziff. 2 R.ZugWohlfG. Die Prüfung, ob der Minderjährige wegen geistigen Gebrechens der Erziehung unzugänglich ist, darf das Gericht nicht der Fürsorgeerziehungsbehörde überlassen. f)

Das O.G. hat die vom U.G. getroffene Anordnung der Fürsorgeerziehung (F.E.) deshalb bestätigt, weil das 16 Jahre alte Mädchen infolge ungenügender Erziehung sittlich verwahrlost sei. Welche Maßnahmen zur Durchführung ergriffen werden, müsse der F.E.Behörde überlassen bleiben, insbes. auch die Prüfung der Frage, ob das Mädchen in einer Heil- und Pflegeanstalt untergebracht werden müsse. Die weitere Beschwerde der Mutter vermisse ein ärztliches Gutachten. Das O.G. hat die Sache ans U.G. zurückverwiesen. Die

Vorzug vor dem billigeren verdiente, denn in erster Linie kam es auf die Beschaffung eines rechtswirksamen Vollstreckungstitels an. Es handelte sich dabei um eine Zweckmäßigkeitfrage. Es stand ein billigerer und ein kostspieligerer Weg der Beschaffung eines Vollstreckungstitels offen; welchen von beiden zu beschreiten, erschien zweckmäßiger? Bei der Beratung über eine reine Zweckmäßigkeitfrage wird man den N.A. nur dann haftbar machen können, wenn er der Partei etwas offenbar Abwegiges empfiehlt, ohne sie auf das dadurch entstehende Risiko besonders aufmerksam zu machen. Die Entscheidung für die Einklagung der Forderung ist schon dann nicht abwegig, wenn sich irgendein vernünftiger Grund für die Bevorzugung dieses kostspieligeren Weges anführen läßt. Nun ist zwar richtig, daß die Gefahr der Anfechtung sowohl bei der Erteilung einer vollstreckbaren Urkunde als bei der Erwirkung eines Versäumnisurteils bestand, da nach der herrschenden Meinung eine Rechtsbehandlung im Sinne des AufG. auch in einem willentlichen und willentlichen Unterlassen (Nichterscheinen oder Nichtverhandeln im Termin) zu erblicken ist, das einem positiven Ausgehen eines Rechts gleichzustellen ist. Aber es läßt sich doch sehr wohl die Meinung vertreten, daß eine vom Sohne dem Vater erteilte vollstreckbare Schuldbekunde viel mehr das Mal der Unfechtbarkeit an der Stirne trägt, als dies bei einem im Prozeßverfahren erwirkten Schuldtitel der Fall ist, so daß in dem letzteren Fall eher mit einer Nichtanfechtung gerechnet werden kann, als in dem ersteren. Wenn der N.A. dieses rein psychologische Moment mit seiner Partei besprochen und unter diesem Gesichtspunkt zur Einklagung der Forderung geraten hat, so ist die Zweckmäßigkeitfrage mit der gebotenen Sorgfalt geprüft und beantwortet worden, und ein Verstoß gegen die aus dem Dienstvertrag sich ergebenden Pflichten liegt nicht vor.

Daß der N.A. in dem vorliegenden Falle zugleich Notar war, kann natürlich für die Beurteilung der Frage keine ausschlaggebende Rolle spielen.

N.A. Dr. Emil Selb, Mannheim.

Zu 16. Die Entsch. befaßt sich nur mit dem in § 63 Abs. 1 Ziff. 2 vorgesehenen Fall der Überweisung in F.E. Danach ist die vom VormGer. anzuordnende, „wenn die F.E. zur Beseitigung der Verwahrlosung wegen Unzulänglichkeit der Erziehung erforderlich ist“. Die Begründung zu § 83 bemerkt dazu S. 83 u. a.: „Wenn künftig ein Minderjähriger Zeichen einer Abweichung von der normalen Entwicklung in geistiger oder sittlicher Hinsicht zeigt,

Anordnung der ZG. jetzt nach § 62 ZuzugWohlfG. voraus, daß der Minderjährige noch erzogen werden kann, d. h. daß durch planmäßige Einwirkung seine geistige und sittliche Entwicklung gefördert oder wenigstens dem Fortschreiten der Verwahrlosung Einhalt getan werden kann. Wenn nach § 63 Abs. 2 die ZG. nach Vollendung des 18. Lebensjahrs nur bei Aussicht auf Erfolg angeordnet werden soll, so kann daraus für Personen unter 18 Jahren nicht auf das Gegenteil geschlossen werden, nämlich daß ZG. auch statthaft sei, wenn die Erfolglosigkeit feststehe. Ist also ein Minderjähriger infolge von geistigen Gebrechen nicht erziehbar, so ist ZG. unzulässig. Ob das hier zutrifft, bezweifelt das RG. selbst, indem es der ZG-Behörde die Prüfung überläßt, ob das Mädchen in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebracht werden soll. Damit wäre der ZG-Behörde die Feststellung überlassen, ob das Mädchen erziehbar ist, während dies vom Gericht gemäß § 12 ZG. zu ermitteln war.

(RG. Stuttgart, 1. ZivSen., Beschl. v. 9. März 1929.)

\*

17. §§ 1123 ff. BGB.; §§ 57 b, 148, 152 ZwVerfG. Mietzinsvorauszahlungen im Zwangsverwaltungsverfahren. Im Mietvertrag vereinbarte Berechnung der Mietzinsen mit Darlehensrückzahlungs- und verzinsungsansprüchen des Mieters gegen den Eigentümer. \*)

Durch Beschl. des RG. v. 28. Febr. 1929 wurde auf Antrag eines Hypothekengläubigers wegen rückständiger Hypothekenzinsen Zwangsverwaltung angeordnet und der Kl. als Zwangsverwalter bestellt. Der Beschl. ist um 150 M monatlich Mieter im Hause auf Grund eines mit dem Hauseigentümer am 8. Juni 1927 geschlossenen Mietvertrags. In § 19 des Mietvertrags ist bestimmt: „Der Mieter gewährt dem Vermieter ein Darlehen von 5000 RM, verzinslich zu 6%, sofort zahlbar bei Vertragschluß; Kapital und Zinsen werden ganz auf Miete verrechnet. Nachdem der ganze Betrag verrechnet ist, tritt die Mietzahlung in § 2 und die Kündigungsfristen in § 3 ein. Alle Vierteljahr wird abgerechnet.“ Unter dem 13. Juni 1927 hat der Vermieter in der Mietvertragsurkunde über den Empfang des Darlehens quittiert, über das der vom gleichen Tag (13. Juni 1927) datierte Schuldschein ausgestellt wurde.

Der Kl. verlangt vom Bekl. unter Berufung auf die Bestimmung der §§ 1124 Abs. 2, 1125 BGB., wonach die Verfügung über den Mietzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Vierteljahr (§ 1124 Abs. 2) und dementsprechend auch die Aufrechnung einer dem Mieter gegen den Vermieter zustehenden Forderung gegen dessen Mietzinsforderung unwirksam ist, die Bezahlung der für die Zeit v. 1. April 1929 abfällig gewordenen Mietzinsen. Der Bekl. behauptet, daß er die Miete am 13. Juni 1927 für die kommenden Monate in Höhe von 5000 RM nebst den hieraus erwachsenden Zinsen vorausbezahlt habe;

so kann das VormGer. unter den übrigen Voraussetzungen des § 63 Ziff. 2 die Erziehung anordnen. Zu diesen übrigen Voraussetzungen gehört auch die vom Gericht zu treffende Feststellung, daß die ZG. zur Beseitigung der Verwahrlosung erforderlich ist. Die vorliegende Entsch. meint, dazu gehöre stets auch die Feststellung, daß der Minderjährige noch erziehungsfähig sei und noch Aussicht auf Erfolg der ZG. bestehe, wie das bei Minderjährigen über 18 Jahren § 63 Abs. 2 ausdrücklich aufstelle. Das scheint mir doch etwas zu weit zu gehen. Eine ZG. kann auch bei nicht mehr völlig erziehungsfähigen Verwahrlosten unter Umständen erforderlich werden zur Beseitigung der Verwahrlosung, d. h. die Verwahrlosung kann — nach Lage des Einzelfalls — vielleicht auch dann noch mit Erfolg beseitigt werden, wenn das infolge Unzulänglichkeit oder Unwirksamkeit der bisherigen Erziehung verwahrloste Kind nicht voll erziehungsfähig ist. Stellt das Gericht im Einzelfall einen solchen Sachverhalt fest, so ist die ZG. bei Kindern unter 18 Jahren anzuordnen, nicht aber auch bei solchen über 18 Jahren, denn die letztere Anordnung setzt voraus, daß die Erfolgsmöglichkeit der ZG. individuell besonders festgestellt wird (vgl. Friedeberg-Polligkeit zu § 63 ZuzugWohlfG. Bem. 13). Es besteht also doch letzterenfalls für Anordnung der ZG. ein besonderes Tatbestandsmerkmal der Erfolgsmöglichkeit, welches jeweils vom Gericht festgestellt sein muß, und insofern ein Gegensatz zu der ZG. von Minderjährigen unter 18 Jahren, bei welchen nur die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Beseitigung einer vorhandenen Verwahrlosung zu prüfen ist. Wenn das die vorliegende Entsch. anscheinend verneint, so setzt sie sich auch in einen gewissen Gegensatz zu der Vorschrift des § 73 ZuzugWohlfG. und der amtlichen Begründung (S. 91) hierzu.

Geh. ZR. Diefenbach, Heidelberg.

Zu 17. Vgl. JW. 1927, 2583 und JW. 1929, 3257 sowie RG. 94, 279 = JW. 1919, 674. Das Ur. läßt leider nicht erkennen, wie das RG. entschieden hätte, wenn im Mietvertrag nicht künftige Aufrechnung der Mietzins mit dem Darlehen vereinbart, sondern diese Aufrechnung bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags für vollzogen erklärt worden wäre.

eine Aufrechnung von Darlehensansprüchen gegen die Mietzinsforderung siehe daher nicht in Frage.

Es kann dahingestellt bleiben, wie zu entscheiden wäre, wenn der Bekl. dem Hauseigentümer einen Baukostenzuschuß gewährt und als Gegenleistung in dem erstellten Neubau eine Wohnung zur unentgeltlichen Benutzung für eine bestimmte Zeit bekommen hätte derart, daß Mietzinsansprüche des Hauseigentümers für diese Zeit überhaupt nicht zur Entsch. gekommen wären. In dem zur Entsch. stehenden Fall hat nach der Regelung, welche die Parteien ihren Vertragsbeziehungen gegeben haben, eine Vorauszahlung des Mietzins gar nicht stattgefunden und hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Parteien in dem Mietvertrag und in dem Schuldschein rechtlich unzutreffend von einer Mietevorauszahlung geredet haben. Der bekl. Mieter hat vielmehr dem Eigentümer ein verzinsliches Darlehen zu Bauzwecken gewährt, das hypothekarisch auf dem Mietgrundstück im Rang nach dem die Zwangsverwaltung betreibenden Hypothekengläubiger sichergestellt worden ist. Für die dem Bekl. eingeräumte Wohnung ist ein monatlicher Mietzins von 150 RM festgesetzt worden. Bezüglich der Entrichtung des Mietzinses ist ausgemacht worden, daß der Mietzins auf die Darlehensforderungen des Bekl. an Zinsen und Hauptsumme verrechnet werden solle. Und zwar ist hierzu bestimmt, daß vierteljährlich abgerechnet werden solle. Hiernach kann von einer im Zeitpunkt des Vertragschlusses schon vollzogenen Verrechnung der Mietzinses auf das gewährte Darlehen nicht gesprochen werden. Vielmehr ist in dem Vertrag die Vereinbarung künftiger Verrechnung an Stelle der Barzahlung getroffen. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann angesichts der Bestimmungen der §§ 57 b ZwVerfG., 574, 575 BGB. i. d. Fass. des Ges. v. 8. Juni 1915 (s. die amtliche Begründung des Gesetzes und Jaekel-Utke, 6. Aufl. S. 284) kein Zweifel sein, daß der Bekl., nachdem die Zwangsverwaltung des Mietgrundstückes am 28. Febr. 1929 angeordnet und den Mietern bekannt gemacht worden ist, mit Wirkung v. 1. April 1929 gegen die fällig werdenden und nach § 1123 BGB., § 148 ZwVerfG. der Beschlagnahme im Zwangsverwaltungsverfahren unterworfenen Mietzinsansprüche mit seinen Ansprüchen aus dem Darlehen gegenüber dem nach § 152 ZwVerfG. zur Einziehung der Mietzinsen befugten Zwangsverwalter nicht mehr — wie im Mietvertrag vorgesehen — aufrechnen kann.

Für die wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägungen, welche die Parteien je zur Begründung ihres entgegengesetzten Standpunkts ins Feld geführt haben, ist gegenüber den positiven Bestimmungen der §§ 574, 575 BGB., 57 b ZwVerfG., welche eben den gesetzgeberischen Niederschlag des Ausgleichs jener Gegensätze enthalten, kein Raum mehr.

(RG. Stuttgart, 4. ZivSen., Entsch. v. 17. Febr. 1930, U 1318/29.)

Mitgeteilt von H. Dr. Mandry, Stuttgart.

## II. Verfahren.

### Berlin.

### Gebühren und Kosten.

18. §§ 63, 68 OGB.; § 46 PrAGGB.; AllgVfg. v. 13. Aug. 1921 z. ZPD.; §§ 539, 531 Nr. 1 ZPD. Die Bestellung eines zeitweiligen Vertreters für den Vorsitzenden der Kammer für Handelsachen durch den Landgerichtspräsidenten ist dann unzulässig, wenn die Behinderung des ständigen Vertreters des Vorsitzenden mit Amtsgeschäften begründet wird, die ihm vom Landgerichtspräsidenten selbst oder vom Präsidium übertragen sind. Die unvorschriftsmäßige Befehung des Gerichts I. Instanz verpflichtet das Berufungsgericht nicht zur Aufhebung des Urteils. \*)

Verstöße gegen die Vorschriften über die Bestellung von Vertretern für verhinderte Richter werden von § 531 Nr. 1 ZPD. mitumfaßt. Mögen selbst die diesbezüglichen reichs- und landesgesetzlichen Vorschriften häufig nur den Charakter von VerwaltungsV.D. tragen, so ergibt sich aus diesem Umstande für sie keineswegs eine minder verbindliche Kraft, da sie ihrer Entstehungsgeschichte nach als Gewähr gegen Willkür der Justizverwaltung geschaffen sind.

Der gem. § 68 OGB., § 46 PrAGGB. durch den JustMin. ernannte Vorsitzende der Kammer für Handelsachen, OGR. Dr. A., wurde durch Einberufung zum RG. an der Ausübung des Vorsitzes ver-

Zu 18. 1. Die Entsch. des RG. hinsichtlich der Unzulässigkeit der Bestellung eines zeitweiligen Vertreters an Stelle des vom Minister ernannten ständigen Vertreters des Vorsitzenden der Kammer für Handelsachen ist durchaus zu billigen. Der OGR. kann den vom Minister zum ständigen Vertreter des Vorsitzenden einer Kammer für Handelsachen ernannten Richter nicht dadurch ausschalten, daß er oder das Präsidium ihn mit anderen Amtsgeschäften überlastet. Den in dieser Hinsicht durchaus zutreffenden Erwägungen des RG. ist in vollem Umfange beizupflichten.

2. Dagegen erscheint die Entsch. des RG., daß auch im Falle unvorschriftsmäßiger Befehung des Gerichts erster Instanz das Urteil wegen wesentlichen Verfahrensmangels nicht unter allen Umständen aufgehoben werden muß, bedenklich. Zwar spricht § 539

hindert. An seiner Stelle war der ebenfalls durch den JustMin. gem. Allg. v. 13. Aug. 1921 ernannte ständige Vertreter, OVR Dr. B., zum Vorsitz berufen. Der OVRPräs. war befugt, auf Grund derselben Bestimmung bei Verhinderung auch des ständigen Vertreters, seinerseits einen zeitweiligen Vertreter zu bestimmen. Dies durfte er indessen nicht schlechthin mit der Begründung tun, daß der ständige Vertreter mit anderweitigen Geschäften überlastet sei. Die Frage, ob dieser oder jener Umstand einen Fall der Verhinderung begründen könne, ist nach ihrer rechtlichen Seite einer Nachprüfung im Instanzenzuge unterworfen (vgl. Schow-Busch § 63 OVR. und dort zit. RGE.). Das gleiche gilt auch für die Frage, ob eine Verhinderung eine zeitweilige ist.

Nur die tatsächlichen Verhältnisse, auf denen die Verhinderung beruht, sind der Nachprüfung der höheren Instanz entzogen und insoweit auch nicht geeignet, wesentliche Verfahrensmängel zu bilden. Es bedarf aber keines Eingehens auf die Frage, ob OVR Dr. B., durch seine Strafkammer- und Arbeitsgerichtsgeschäfte tatsächlich überlastet war, weil ein Fall der Verhinderung in dieser Weise mit anderen, rechtlichen Gründen nicht begründet werden durfte. Zwar ist, da „Verhinderung“ einen jeden Fall rechtlicher wie tatsächlicher Unmöglichkeit der Ausübung des Richteramtes umfaßt, anzuerkennen, daß auch Geschäftsüberlastung einen Verhinderungsfall bilden kann. Nicht aber konnte der OVRPräs. durch Verfügung betreffend die Änderung wegen anderweitiger Überlastung für behindert erklären. Die Bestellung des Vorsitzenden der Kammer für Handelsachen und seines Vertreters durch den Minister erfolgen nach dem Vorbehalt in § 68 OVR. und in bewußter Abweichung von der regelmäßig in den Formen der §§ 62, 67 OVR. vor sich gehenden Geschäftsverteilung, und zwar in der Weise, daß diese in der Hauptsache der Bestimmung des OVRPräs. und des Präsidiums entzogen wird. Die Vorsitzenden der Kammern für Handelsachen können wohl neben den ihnen vom Minister übertragenen Geschäften auch zur Mitwirkung in anderen Kammern herangezogen werden, da sie ja als Mitglieder des OVR. den Anordnungen des OVRPräs. unterliegen; dieser und das Präsidium haben aber pflichtgemäß abzuwägen, ob diese weitere Verwendung möglich und durchführbar ist (vgl. RG.: Recht 1922 Nr. 1619).

Die ministerielle Ernennung kann mithin nicht dadurch gegenstandslos gemacht werden, daß der betreffende Richter im Wege des allgemeinen Geschäftsverteilungsverfahrens derart anderweitig beanprucht wird, daß er an der Wahrnehmung der ihm vom JustMin. zugewiesenen Geschäfte verhindert wird. Vielmehr ist der ständige Vertreter, sobald er nach den genannten Vorschriften zum Vorsitz in der Kammer für Handelsachen berufen ist, von anderweitigen Geschäften im Wege einer Änderung des Geschäftsverteilungsplans gem. §§ 63, 64 OVR. insoweit zu entbinden, als deren Ausübung mit der Wahrnehmung der Vertretung unvereinbar ist.

§ 370. nur von einer Befugnis des BG. Aber damit wird dem Gericht durch das Prozeßgesetz die Pflicht auferlegt, von seinem Ermessen einen sachgemäßen Gebrauch zu machen (RG. 81, 324 = JW. 1913, 499; 103, 112). Nach § 579 ZPO. ist die Nichtigkeitsklage gegeben, wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig befugt war. Sie findet in den Fällen des § 579 Nr. 1 u. 3 ZPO. nicht statt, wenn die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte. Der Gedanke ist, daß die durch das Urteil beschwerte Partei im Hinblick auf die §§ 539, 551, 565 ZPO. mit dem ordentlichen Rechtsmittel denselben Erfolg der Aufhebung des Urteils erreichen kann, wie mit dem außerordentlichen Rechtsbehelf der Nichtigkeitsklage. In einem solchen Falle muß die Ausübung der Ermächtigung, das Urteil aufzuheben, zur Pflicht werden, da andernfalls der volle Ersatz für die nur subsidiär gegebene Nichtigkeitsklage nicht gewährt wird.

Man wird aber auch über die Fälle des § 579 Nr. 1 u. 3 ZPO. hinaus die Ausübung der Ermächtigung in allen den Fällen als Pflicht ansehen müssen, in denen die Nichtigkeitsklage nach § 579 ZPO. gegeben wäre. Die Nichtigkeitsklage führt, wenn sie begründet ist, stets zur Aufhebung des mit ihr angegriffenen Urteils. Es steht dem Gericht nicht frei, aus irgendwelchen Zweckmäßigkeitsgründen der begründeten Nichtigkeitsklage nicht stattzugeben und es bei dem angegriffenen Urteil zu belassen. Hieraus ergibt sich zwingend der Gesichtspunkt, unter welchen das BG. in solchen Fällen sein Ermessen sachgemäß auszuüben hat. Die Sachgemäßheit erfordert Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung in die erste Instanz.

Das RG. hat in RG. 37, 248 ebenso wie das RGE. angenommen, daß es auch im Falle der unvorschriftsmäßigen Befolgung des erstinstanzlichen Gerichts im freien Ermessen des BG. stehe, das Urteil aufzuheben oder bestehen zu lassen. Dagegen steht das RGE. in anderen Entsch. auf dem hier vertretenen Standpunkt, daß aus dem Recht des § 539 ZPO. nach Lage des Falls eine Pflicht werden kann (so insbes. RG. 20, 395; 31, 363; JW. 1897, 235<sup>26</sup>; 1903, 179<sup>25</sup>).

3. Es erhebt sich die weitere Frage, ob gegen das Urteil des RG., das nicht revidibel ist, die Nichtigkeitsklage auf Grund des § 583 ZPO. gegeben ist. Dies hängt davon ab, ob das RGE. auf dem Urteil der unteren Instanz, das durch den Mangel betroffen

Der somit festgestellte wesentliche Verfahrensmangel begründet aber nicht eine Pflicht des BG., die Sache zur erneuten Verhandlung zurückzuweisen, sondern nur einen Anlaß, zu ermitteln, ob es von der in § 539 ZPO. ausgesprochenen Befugnis Gebrauch machen will. Insbes. wird der Gesichtspunkt maßgebend sein, daß die Parteien einer Instanz verlustig gehen können. Eine solche Ermägung tritt jedoch im vorliegenden Falle zurück, da das Gericht sich in der Sache selbst der Auffassung des Vorberichters angeschlossen hat und zur Zurückweisung der Berufung kommen mußte.

(RG., 15. Zivilsen., Ur. v. 29. Jan. 1930, 15 U 9202/29.)

Mitgeteilt von RA. John Rothschild, Berlin.

19. § 114 ZPO. Einem Armenrechtsgefuch der in einem Ehescheidungsprozeß beklagten Partei ist wegen Mutwilligkeit der Rechtsverteidigung der Erfolg zu versagen, wenn der Rechtsstreit nach Auffassung des Gerichts ohnehin zur Klageabweisung reif ist und der Antrag der Bekl. auf Beordnung eines RA. somit eine mißbräuchliche Benützung der Staatskasse darstellen würde. +)

Der Umstand, daß die arme beklagte Partei im Ehescheidungsprozeß nur Klageabweisung begehrt, schließt ihren Anspruch auf Beivilligung des Armenrechts und Beordnung eines RA. grundsätzlich nicht aus. Die Zurückweisung des Gesuchs der Bekl. ist aber deshalb zu Recht erfolgt, weil der Rechtsstreit nach Auffassung des BG. zur Klageabweisung reif ist; denn unter diesen Umständen bedeutet die Rechtsverteidigung der Bekl. nicht nur keine Förderung der Sache, sondern sie stellt eine mißbräuchliche Benützung der Staatskasse dar und ist als mutwillig anzusehen.

(RG., 19. Zivilsen., Beschl. v. 26. Mai 1930, 19 W 4759/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Leo Jaffé, Berlin.

20. §§ 256, 264, 91, 99 Abs. 3 ZPO.; § 257 BGB. Der Anspruch auf Befreiung von einer Schuld ist, solange über deren Bestand noch ein Rechtsstreit schwebt, zweidmähigerweise als Feststellungsklage für einen bedingten Anspruch, nicht als Leistungsklage auf Befreiung geltend zu machen. Wenn fälschlich Leistungsklage auf Befreiung erhoben ist, fallen nach rechtskräftiger Abweisung der Vorlage die Kosten der damit erlebten und von vornherein unbegründet gewesenen Befreiungsklage gemäß § 91 ZPO. dem Kläger zur Last; jedoch kann dieser unter Umständen einen auf bürgerlich-rechtliche Vorschriften (z. B. positive Vertragsverletzung, unerlaubte Handlung)

wird, beruht. Diese Frage ist zu verneinen, weil das BG. nicht etwa die Berufung als unzulässig verworfen hat, sondern auf Grund neuer Sachverhandlung in der Sache selbst erkannt hat, so daß das von dem Mangel betroffene Urteil durch das BU. voll ersetzt wird (RG. 75, 60 = JW. 1911, 190).

RA. Dr. Emil Selb, Mannheim.

Zu 19. Die Entsch. muß lebhaftes Befremden erregen. Aus der kurzen Begründung ist nicht zu ersehen, ob die Klage in einem Maße zur Abweisung reif war, daß jegliche Überraschung ausgeschlossen war und der Bekl. deshalb unbedingt zugemutet werden konnte, den Rechtsstreit ohne einen Vertreter zu Ende gehen zu lassen. Man wird im allgemeinen doch sagen müssen, daß der Bekl. in einem Ehescheidungsprozeß, in welchem es sich doch um die Gestaltung des ganzen künftigen Lebens handelt, unter allen Umständen ein Interesse daran hat, vertreten zu sein und dadurch mit seiner eigenen Auffassung zu Worte zu kommen. Abgesehen von dieser tatsächlichen Erwägung kann die Entsch. durch § 114 ZPO. nicht begründet werden. Hiernach kann das Armenrecht nur verweigert werden, wenn die Rechtsverteidigung ausichtslos oder mutwillig ist. Ausichtslos war die Rechtsverteidigung natürlich nicht; auch von einer mutwilligen Rechtsverteidigung wird man jedenfalls im vorliegenden Falle nicht sprechen können. Als Fälle mutwilliger Rechtsverfolgung werden z. B. von Stein-Jonas, Num. II zu § 114 angeführt: „Unberanlaßte Klage (§ 53 ZPO.) unter Umständen Verfolgung des ganzen Objekts statt einer Teilklage bei sehr hohem Streitwerte und zweifelhafter Rechtslage.“

Die Ausführungen des Beschlusses bezeichnen auch nicht die Rechtsverteidigung als mutwillig, sondern den Wunsch, durch einen RA. vertreten zu sein bzw. genauer: auf Kosten der Staatskasse vertreten zu werden. Dieser, eigentlich rein fiskalische, Gesichtspunkt ist aber in § 114 ZPO. nicht berücksichtigt; er verdient auch keine Billigung. Vor Einführung des Erlasses der Gebühren des Armenrechts aus der Staatskasse hätten die Gerichte keine Bedenken getragen, in einem Falle, wie dem vorliegenden, einen RA. beizunordnen und ihm die Mühe, den beklagten Teil zu vertreten, aufzubürden, obwohl dies nach den Darlegungen des Beschlusses eine unnötige Zuanpruchnahme war. Die Entsch. darf aber auch jetzt nicht anders ausfallen, nachdem diese Mühenhaltung des Anwalts aus der Staatskasse eine Vergütung zu erfahren hat.

RA. Dr. R. Fürst, Heidelberg.

gestützten Schadenersatzanspruch wegen der Kosten im Wege der Klageänderung, unter Bezifferung des Kostenbetrages im Antrage, geltend machen. 7)

Der Bekl. hat das früher dem Kaufmann S. gehörige Grundstück i. J. 1922 von S. käuflich erworben; er ist am 5. Febr. 1925 als Eigentümer eingetragen worden. Durch Vertrag vom 19. März 1925 hat er das Grundstück an die Kl. weiterverkauft; diese ist am 28. Dez. 1925 als Eigentümerin eingetragen worden.

Im Grundbuch waren früher für eine Frau M. zwei Vorpfandhypothenken eingetragen gewesen, aber auf Grund einer Urteilung v. 20. Febr. 1923 am 7. März 1925 gelöscht worden. Die Gläubigerin nahm in einem Vorprozeß den Kaufmann S. als persönlichen Schuldner und die jetzige Kl. als dingliche Schuldnerin auf Aufwertung in Anspruch. Der Bekl. trat hierbei der Gläubigerin als Nebenintervenient bei und verlangte ebenfalls Verteilung der Eigentümerin, der jetzigen Kl. Diese erwirkte, nachdem das O. nach dem Klageantrage erkannt hatte, den dinglichen Arrest gegen den Bekl. wegen ihres etwaigen Anspruchs auf Befreiung von der dinglichen Aufwertungslast. Auf Antrag des Bekl. wurde der Kl. daraufhin gem. § 926 ZPO. eine zweiwöchige Frist zur Erhebung der Hauptklage gesetzt. Die Kl. sah sich dadurch veranlaßt, die vorliegende Klage zu erheben, mit der sie beantragte, den Bekl. zu verurteilen, sie von den dinglichen Aufwertungsansprüchen der Frau M. und den sich daraus ergebenden Kostenansprüchen zu befreien. Vor streitiger Verhandlung in diesem Rechtsstreit wurde das im Aufwertungsrechtsstreit ergangene landgerichtliche Urteil in der Berufung dahin abgeändert, daß die Klage gegen die jetzige Kl. abgewiesen wurde. Dieses Urteil wurde rechtskräftig.

Nunmehr haben die Parteien in dem vorliegenden Rechtsstreit die Hauptsache für erledigt erklärt und nur über die Kosten streitig verhandelt. Die Kl. hat geltend gemacht, daß der Bekl. schuldhaft seine Vertragspflicht verletzt habe, indem er im Vorprozeß als Nebenintervenient gegen die Kl. aufgetreten sei, anstatt sie zu unterstützen und von der dinglichen Aufwertungslast freizustellen, und indem er sie durch Erwirkung der Fristsetzung gezwungen habe, die Hauptklage vorzeitig zu erheben. Demgemäß

**Zu 20. I.** Wegen A. ist ein seines Erachtens unberechtigter, tatsächlich zweifelhafter Anspruch von B. erhoben. Im Falle seines Unterliegens hat A. ein Rückgriffsrecht gegen C. Kann er dieses Recht alsbald im Wege des Arrestes geltend machen? Das O. bejaht. Es nimmt an, der Rückgriffsanspruch sei ein bedingter Anspruch i. S. des § 916 Abs. 2; dies wird kaum zutreffen. Die ZPO. denkt im § 916 Abs. 2 nur an eine eigentliche rechtsgeschäftliche Bedingung. Das ergibt, wie der Wortlaut, auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Ursprünglich hatte man in § 796, der dem jetzigen § 916 entspricht, die bedingten Ansprüche nicht erwähnt. Dies deshalb, weil in den verschiedenen Landesrechten die Bedeutung einer Bedingung verschieden war; nur dort, wo das Landesrecht beim Schweben der Bedingung einen Kautionsanspruch oder einen Anspruch auf Erhaltung des bedingten Rechts gebe, sei ein Arrest gerechtfertigt. Dies war der Standpunkt der Motive. Erst als das BGB. für ganz Deutschland auch den ausschließlich bedingten Anspruch als bestehender Anspruch anerkannt hatte, wurde die Möglichkeit einer Arrestanlegung für bedingte Ansprüche allgemein zugelassen. Sichtlich war hier stets nur an Ansprüche gedacht, deren Bestehen durch rechtsgeschäftliche Bestimmung von einem zukünftigen unbestimmten Ereignis abhängig gemacht war. Eine solche rechtsgeschäftliche Bedingung kommt in dem zur Erörterung gestellten Falle gewiß nicht in Betracht. Trotzdem ist mit dem O. eine Arrestsicherung als zulässig anzusehen. Zwei Voraussetzungen müssen dabei erfüllt sein: Es muß glaubhaft sein, daß sowohl der Anspruch von B. gegen A., wie der Rückgriffsanspruch von A. gegen C. besteht. Vom kammergerichtlichen Standpunkte aus würde die Rechtslage etwas anders sein. Hier wäre lediglich der Rückgriffsanspruch gegen C. glaubhaft zu machen. Die Frage, ob auch B. gegen A. einen Anspruch besitzt, würde nur insofern eine Bedeutung haben, als der Arrest abzulehnen wäre, wenn dieser Anspruch von B. für so unwahrscheinlich anzusehen wäre, daß auch dem Rückgriffsanspruch jeder gegenwärtige Vermögenswert abgesprochen werden müßte (§ 916 Abs. 2 a. E.).

II. Wurde zugunsten des A. ein Arrest erlassen, so ist nach § 926 auf Antrag des C. eine Frist zur Klageerhebung zu setzen. Natürlich ist Voraussetzung, daß A. eine sinnvolle Klage erheben kann; sonst wäre schon die Arrestverfügung ungerichtlich (vgl. RG. 74, 155). Eine solche Klage steht aber dem A. offen. Zutreffend führt das O. aus, daß dies keine Leistungsklage sein kann, wohl aber eine Klage dahin, es solle festgestellt werden, C. habe dem A. zu leisten, was dieser an B. zu zahlen habe. Eine Leistungsklage auf Erlass besse, was er an B. entrichten müsse, kann A. deshalb nicht wohl anstrengen, weil er in der Klage sich selbst den Boden entziehen würde, wenn er, seiner Meinung entsprechend, ausführen wollte, er habe an C. überhaupt nichts zu entrichten.

III. Das O. vertritt die Ansicht: hat sich eine ungerechtfertigte Klage erledigt und führt im Fortgang des Verfahrens der Kl. die Ertragspflicht des Bekl. wegen der nunmehr noch streitigen Kosten

sei er zum Schadenersatz, d. h. zur Zahlung der Kosten verpflichtet. Der Bekl. hat demgegenüber ausgeführt, daß der vorliegende Klageanspruch von vornherein unbegründet gewesen sei; denn im Vorprozeß sei festgestellt, daß ein dinglicher Aufwertungsanspruch für die Kl. überhaupt nicht bestanden habe; deshalb müsse die Kl. die Kosten des vorliegenden Rechtsstreits tragen.

Das O. hat durch Urteil die Kosten des Rechtsstreits dem Bekl. auferlegt. Es hält den Bekl. für schadenersatzpflichtig gem. den §§ 823, 826 BGB., da dieser die Kl. unzulässigerweise zur Erhebung der Hauptklage gezwungen habe, obwohl er selbst der Ansicht gewesen sei, daß die Kl. das Grundstück frei von den Hypothenken erworben habe.

Die sofortige Beschwerde des Bekl. ist zulässig: Allerdings handelt es sich nicht mehr um eine rein prozessuale Kostenentscheidung i. S. der §§ 91 ff. ZPO., sondern um die Entsch. über eine bürgerlich-rechtliche Schadenersatzpflicht. Aber nach Form und Gegenstand stellt sich die Entsch. doch als eine solche über die Kosten des Rechtsstreits dar, nachdem die Hauptsache sich erledigt hat (§ 99 Abs. 3 ZPO.).

Falls nur vom prozessualen Standpunkte über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden wäre, könnten diese gem. § 91 ZPO. nur der Kl. auferlegt werden, weil sie einen von vornherein unbegründeten Anspruch erhoben hat. Denn ein Anspruch auf Befreiung von einer dinglichen Aufwertungslast stand der Kl. nicht zu, wenn der Aufwertungsanspruch, wie sich inzwischen im Vorprozeß herausgestellt hat, gegen die Kl. gar nicht begründet war. Dessen ist sich die Kl. auch bewußt gewesen, und sie ist deshalb in der Begründung ihres Antrages zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches übergegangen. Hierin lag eine Klageänderung, der auch im Antrage hätte Rechnung getragen werden müssen, indem die Kl. statt einer bloßen Kostenentscheidung die Verurteilung des Bekl. zur Erstattung des von ihr rechnungsmäßig zu ermittelnden und demgemäß bestimmt zu beziffernden Kostenbetrages hätte verlangen müssen. Dadurch wäre zum Ausdruck gekommen, daß es sich hierbei um einen neuen Hauptanspruch, und zwar um einen Schadenersatzanspruch handelte. Das O. hätte sich also darüber schlüssig machen müssen, ob es die Klageänderung überhaupt zulassen will, und bejahendenfalls die Kl. zur ent-

auf Vertrag oder unerlaubte Handlung, so liegt hierin eine Klageänderung; sie nötigt den Kl., im Klageantrag die Summe der zu erwerbenden — bisher erwachsenen — Kosten ziffermäßig anzugeben. Dieser Kostenersatzanspruch ist ein neuer Anspruch, und zwar ein Anspruch zur Hauptsache, insbes. i. S. des § 99 ZPO. Diese Auffassung steht durchweg in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (Kann § 99 Anm. 2 b, aa, b S. 331; Stein-Jonas § 99 Note 7, vor § 91 A. III 2). Es ist ihr beizutreten. Man kann insbes. die Kostenvorschriften der Prozeßordnung nicht wohl anders denn als zusammengehörig ansehen. Dementsprechend muß zunächst die Entscheidung über den „Kostenpunkt“, von der in § 99 die Rede ist, eine Entscheidung sein, die gemäß der Kostenbestimmungen der Prozeßordnung ergangen ist. Eine Kostenentscheidung, die sich auf außerprozessuale Vorschriften stützt, ist nicht hierher zu rechnen. Sodann wird man auch zugeben müssen, daß das Kostenfestsetzungsverfahren nur die Kostenentscheidungen ergänzen kann, die ihre Grundlage in der ZPO. finden; andere Kostenurteile müssen darum den Kostenbetrag ziffermäßig bezeichnen (§ 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO.). Unbedingt erfreulich ist dies Ergebnis freilich nicht. In Fällen, wie dem vom O. behandelten, tritt nämlich infolge der entwickelten Rechtslage eine nicht gerade ansprechende Auseinandersetzung der Prozeßkosten dadurch ein, daß ihre zahlenmäßige Höhe teils im ordentlichen Verfahren, teils im Festsetzungsverfahren erörtert werden muß.

IV. Das beim O. angefochtene Ur. hatte auf Grund des BGB. über die Kosten befunden; es hatte dies aber getan, ohne die Kosten zu entziffern, so daß die zahlenmäßige Festlegung dem Festsetzungsverfahren überlassen blieb. Wie war diese Entsch. anzufechten? Das nicht auf die Prozeßvorschriften gegründete Ur. war keine Kostenentscheidung i. S. des § 99 ZPO. Dies ergibt sich, außer aus dem Gesagten, auch aus folgender Erwägung: § 99 verbietet zunächst die Anfechtung der Kostenentscheidung ohne gleichzeitige Anfechtung der Entsch. in der Hauptsache. Dies Verbot erklärt sich daraus, daß nach der ZPO. grundsätzlich der Unterliegende die Kosten trägt. Es erschien unangemessen über die Begründetheit des Unterliegens beim Kostenpunkt in der Rechtsmittelinstanz weiter zu streiten, wenn der Unterlegene bei der Hauptsachenecheidung der Vorinstanz sich beruhigte. Diese den Rechtsmittelausschluß des § 99 Abs. 1 rechtfertigende Überlegung stützt sich nun aber lediglich auf die Kostenregelung der Prozeßordnung. Sie greift keineswegs ohne weiteres dort Platz, wo auf Grund anderer Bestimmungen über die Kosten befunden ist. Darum ist § 99 Abs. 1 auf Kostenurteile zu beschränken, die ihre Grundlage in den Anordnungen der ZPO. finden. Was aber für Abs. 1 des § 99 gilt, muß auch für Abs. 3 maßgebend sein. Wenn hier reine Kostenurteile nach Erledigung der Hauptsache der sofortigen Beschwerde unterworfen werden, so können auch hiervon Entsch. nicht betroffen werden, die sich auf Grund der Bestimmungen des BGB. über die Kosten aussprechen. Danach müßte man annehmen, daß in

sprechenden Änderung des Klageantrages gem. § 139 ZPO. veranlassen sollen. Nach Vornahme und Zulassung der Klageänderung hätte es nunmehr über den neuen Hauptantrag, nicht nur über die Kosten erledigten Rechtsstreits zu entscheiden gehabt. Eine solche Entsch. wäre alsdann nur mit der Berufung anfechtbar. In der falschen Behandlungsweise der Sache seitens des LG. liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel, der gem. § 539 ZPO. zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das LG. nötig, weil im Beschwerdeverfahren eine Heilung des Mangels nicht möglich ist. Das LG. wird zugleich auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden haben; jedoch bleiben die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens gem. § 6 GKG. außer Ansatz.

Bei der Beurteilung des neuen Anspruchs wird das LG., worauf zur Förderung der Sache — allerdings nur in unverbindlicher Weise — hingewiesen werden mag, folgendes zu erwägen haben: Das Arrestverfahren, das gem. § 916 Abs. 2 ZPO. auch wegen eines bedingten Anspruchs zulässig war, war bei Vorliegen eines Arrestwunders schon dann gerechtfertigt, wenn die Kl. gegen den Bekl. auch nur für den Fall ihrer Verurteilung einen Anspruch auf Befreiung von der dinglichen Aufwertungslast hatte. Die Fristsetzung aus § 926 ZPO. hätte die Kl. aber nunmehr nicht genötigt, einen unbedingten Befreiungsanspruch geltend zu machen, sondern hätte die Kl. nur zur Erhebung einer Feststellungsklage auf Befreiung für den Fall der Verurteilung veranlassen dürfen (vgl. Gruch. 51, 1083). Während die sachliche Berechtigung einer solchen Feststellungsklage von der Entsch. des Vorprozesses unabhängig gewesen wäre und daher, nach Obliegen der Kl. im Vorprozeß, eine formelle Kostenentscheidung auf Grund des § 91 ZPO. auch zuungunsten des Bekl. ermöglicht hätte, war die vorliegende Klage mit dem Antrag auf unbedingte Befreiung von der dinglichen Aufwertungslast, wie sich jetzt infolge Feststellung des Nichtbestehens dieser Aufwertungslast herausgestellt hat, von vornherein unbegründet. Gleichwohl wird bei dem Schadensersatzanspruch der Kl. noch zu prüfen sein, ob der Bekl. sich nicht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, sei es durch positive Vertragsverletzung (Unterstützung der Aufwertungsgläubiger im Vorprozeß, Drängen auf Erhebung der vorläufig unndig gewordenen Hauptklage trotz grundsätzlicher Befreiungspflicht), sei es durch unerlaubte Handlung (Schadensersatzpflichtig gemacht hat und inwieweit die Kosten des vorliegenden Rechtsstreits hierdurch verursacht sind; hierbei wird evtl. auch in Betracht zu ziehen sein, ob durch den unsachgemäßen Klageantrag auf Befreiung, statt auf bedingte Feststellung Mehrkosten entstanden sind.

(RG., 5. Zivilsen., Beschl. v. 7. Mai 1930, 5 W 3122/30.)

\*

dem vom RG. entschiedenen Falle die sofortige Beschwerde nicht zugelassen werden durfte. Das RG. hat abweichend entschieden. Man wird ihm beitreten müssen (vgl. OVG. Karlsruhe Bad. Nspr. 1930, 90/91). Entscheidend ist, daß das LG. die Kosten nicht entziffert hatte und daß auch sonst nicht zum Ausdruck gebracht war, es habe der Kostenstreit seine ursprüngliche Eigenhaft eines Zubehörs zum Hauptfachenstreit verloren. Die Form des Urts., das einfach über die „Kosten des Rechtsstreits“ befand, ließ erkennen, daß nicht über einen vom ursprünglichen Streitgegenstand durchaus verschiedenen Streitgegenstand entschieden werden sollte, sondern über den durch die Erledigung des ursprünglichen Streitgegenstands nur äußerlich verselbständigten, von vornherein aber im Prozeß befangenen Kostenstreitgegenstand. Dieser unzutreffenden Stellungnahme entsprechend mußte das LG. sein Urts. als eine Entsch. ansehen, welche über die Kosten als (verselbständigtes) Zubehör der ursprünglichen Streitsache erkannte. Eine solche Kostenentscheidung kann sich richtigerweise nur auf die Prozeßvorschriften stützen und ist dann ein Kostenurteil i. S. des § 99. Sie bleibt eine Kostenentscheidung i. S. dieser Vorschrift zugunsten der Streitteile aber auch dann, wenn sie sich auf das OVG. gründet. Die Tatsache nämlich, daß das Gericht sein Urts. als ein reines Kostenurteil (§ 99 Abs. 3) behandelte, gibt der Partei das Recht, das gegenüber reinen Kostenurteilen zulässige Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde einzulegen. Denn dem Streitteilenden muß stets dasjenige Rechtsmittel offenstehen, welches der vom Gericht — sei es auch fälschlicherweise — gewählten Entscheidungsform entspricht (vgl. Stein-Jonas vor § 511 Anm. III; Kann § 511 Anm. 6; Rosenberg § 139 II).

V. Das RG. hat die Sache an das LG. zurückverwiesen und erwogen, das Untergericht hätte veranlassen müssen, daß ein beziffertes, auf das OVG. gestütztes Kostentragungsantrag gestellt werde, und dann hätte es sich schlüssig machen müssen, ob es die damit vollzogene Klageänderung zulassen wolle; das RG. könne in dieser Weise nicht verfahren, weshalb die Zurückverweisung nach § 539 geboten sei. Diese Darlegungen überzeugen nicht. Zunächst war nach der Art, wie das RG. die Sache behandelte und nach der durchaus herrschenden Ansicht mit Recht behandelte, eine Beschwerdeentscheidung zu erlassen. Im Beschwerdeverfahren aber war § 575, nicht aber § 539 ZPO. maßgebend. Die Zurückverweisung stand danach im

21. § 74 GKG. Zur Glaubhaftmachung der Tatsache, daß die Verzögerung dem Kläger einen nicht oder nur schwer zu ersenkenden Schaden bringen würde, genügt die Erklärung des Rechtsanwalts ohne Angabe von Tatsachen.†)

Nach § 74 Abs. 4 GKG. finden dessen Abs. 2 und 3 unter gewöhnlichen Voraussetzungen keine Anwendung. Es ist also unter Umständen der Verhandlungstermin anzuberaumen, ohne daß vorher die Zahlung der Prozeßgebühr gefordert werden kann. Diese Ausnahme macht das Gesetz u. a., „wenn glaubhaft gemacht wird, daß ihm (dem Kl.) die alsbaldige Zahlung der Gebühr mit Rücksicht auf seine Vermögenslage Schwierigkeiten bereiten würde“. Ein zweiter Fall ist in dem folgenden Satz angeordnet, der lautet: „Das gleiche gilt, wenn glaubhaft gemacht wird, daß eine Verzögerung dem Kl. einen nicht oder nur schwer zu ersenkenden Schaden bringen würde; zur Glaubhaftmachung genügt in diesem Falle die Erklärung des zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Kl.“

Für die Entsch. auf die Beschwerde bildet dieser letzte Satz die Grundlage, und die Entsch. hängt davon ab, ob die Erklärung des Kl. nur die Glaubhaftmachung von Tatsachen ersehen kann, dem Gericht also vorbehalten bleibt, aus diesen Tatsachen die Gefährdung selbst zu entnehmen, oder aber ob die Erklärung des Kl. schlechthin die Gefahr glaubhaft macht. In der Nspr. und teilweise auch im Schrifttum ist die erste Ansicht vertreten (vgl. RG. v. 8. Dez. 1925: RGBl. 1926, 6; v. 15. Dez. 1925: ZJP. 52, 98; München v. 30. Mai 1923: JW. 1924, 428; Nürnberg v. 21. Juli 1928: BayNspr. 1928, 293; OVGPräf. Königsberg v. 11. März 1924: JW. 1924, 996; Baumbach, GKG., zu § 74; Schow-Dusch-Krieg ebenda). Die weitergehende Bedeutung wird der Erklärung des Kl. beigelegt von Jonas (GKG., 4 zu § 74), Merzbacher (JW. 1924, 428) und Friedlaender (JW. 1923, 658).

Der jetzt erk. Sen. vermag sich der in der Nspr. herrschenden Meinung nicht anzuschließen, sondern erachtet es nicht für erforderlich, daß der Prozeßbevollmächtigte seine Erklärung, daß eine Verzögerung dem Kl. einen nicht oder schwer zu ersenkenden Schaden bringen würde, durch die Angabe von Tatsachen erläutert. Schon die Fassung des Gesetzes, das eine „Erklärung“ des Anwalts genügen läßt, spricht gegen die herrschende Meinung. Es liegt weit näher, daß als Erklärung die Äußerung bezeichnet wird, es drohe die im ersten Halbsatz beschriebene Gefahr, als daß Erklärung die Angabe von Tatsachen bedeuten soll. Hätte das Gesetz anordnen wollen, daß der Anwalt nur Tatsachen zu berichten und sich des eigenen Urteils über die Bedeutung dieser Tatsachen zu enthalten hat, so ist kein Grund zu finden, weshalb der dann nur irreführende Ausdruck Erklärung gewählt und nicht deutlich von der Angabe oder der Mitteilung der Tatsachen gesprochen wurde.

Es kommt ein weiteres hinzu. Nach der hier abgelehnten Auffassung soll die Bedeutung des auf die Erklärung des Anwalts bezüg-

freien Ermessen des BeschwG. Dieses konnte sehr wohl den bezifferten Antrag veranlassen und über die — vom Kl. schon beim OVG. verjüchte — Klageänderung und ihre Zulassung befinden. Im Ergebnis muß man überdies zur gleichen Meinung selbst dann gelangen, wenn man das kammergerichtliche Verfahren nach den Grundrissen des Berufungsverfahrens beurteilen wollte. Eine solche Beurteilung, wie sie im Anschluß an die von mir (JurMdsch. 1925, 999) entwickelte Meinung vertreten werden könnte, müßte allerdings § 539 ZPO. heranziehen. Aber auch diese Bestimmung überläßt es dem Ermessen des Gerichts, ob eine Zurückverweisung erfolgen soll. Rosenberg (§ 99 III, 3) will freilich ebenso, wie das RG., den Richter des zweiten Rechtszugs zur Rückverweisung zwingen. Wenn die Entsch. des ersten Richters über die Zulassung der Klageänderung vom Verkl. nicht gebilligt werde, müsse nämlich § 538 Ziff. 2 zur entsprechenden Anwendung kommen. Diese Sachbehandlung ist durchaus nicht immer zweckmäßig. In mehr wie einem Falle ist der Verkl. in der Lage sofort zu entscheiden. Es erscheint deshalb nicht sachgemäß und nicht geboten, § 538 heranzuziehen; vielmehr ist mit dem RG. (RG. 103, 112) § 539 als maßgebend anzusehen, der ermöglicht, die in jedem Falle zweckmäßigste Entsch. zu treffen.

SenPräf. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

Zu 21. 1. Nach § 74 Abs. 2 GKG. soll der erste Termin erst nach Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr bestimmt werden. Nach § 74 Abs. 4 findet diese Vorschrift, abgesehen von der Bewilligung des Armenrechts und bei Gebührenfreiheit, keine Anwendung,

a) wenn glaubhaft gemacht wird, daß dem Kl. die alsbaldige Zahlung der Gebühr mit Rücksicht auf seine Vermögenslage Schwierigkeiten bereiten würde,

b) wenn glaubhaft gemacht wird, daß eine Verzögerung dem Kl. einen nicht oder nur schwer zu ersenkenden Schaden bringen würde. Zur Glaubhaftmachung im Falle b genügt die Erklärung des zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Kl.

2. Dieser letzte Satz hat zu dem in der obigen Entsch. erwähnten Streit geführt, ob die Erklärung des Kl. Tatsachen angeben müsse oder ob die Wiederholung der Gesetzesworte genügt (vgl. Friedlaender § 74 Anm. 75). Die Entsch. tritt der bisher in der Nspr. herrschenden Meinung entgegen und schließt sich der von allen Rom-



lichen Sachstückes nur sein, daß die Erklärung des Anwalts die sonstigen Mittel der Glaubhaftmachung ersetze. Geht man davon aus, so erscheint der Inhalt des § 74 Abs. 4 jedoch befremdlich. Es ergibt sich nämlich aus dem Sachbau, ist übrigens auch nicht streitig, daß der Erklärung des Anwalts Bedeutung nur für den im letzten Satze geregelten Fall beigelegt ist. Das Erfordernis der Glaubhaftmachung findet sich aber auch im ersten Satze hinsichtlich der aus der Vermögenslage dem Kl. erwachsenden Schwierigkeiten. Dann aber würde es unverständlich sein, weshalb in diesem Falle die Erklärung des Anwalts als Mittel der Glaubhaftmachung nicht ausreichen sollte, wenn ihr diese Bedeutung im letzten Satze für andere Tatsachen beigelegt ist. Behauptet man nämlich, daß die anwaltliche Erklärung als Mittel der Glaubhaftmachung von Tatsachen nur deshalb eingeführt ist, um das Verfahren zu beschleunigen, so konnte sie diesem Zwecke im Bereiche des ersten Satzes ebenjotig dienen.

Daß für diese Verschiedenheit keine befriedigende Begründung zu finden ist, zwingt zu der Annahme, daß der Schluß des letzten Satzes eine andere Bedeutung haben muß, daß also nicht nur über die Glaubhaftmachung von Tatsachen in ihm bestimmt wird. Diese Erwägung stützt also die Schlussfolgerung, die schon der Wortlaut nahelegt. Die Erklärung des Anwalts ist unter diesen Umständen nicht als eine Angabe von Tatsachen anzusehen, die dem Gericht zur Bewertung vorgelegt werden, sondern bedeutet die Übernahme einer Verantwortung für die Richtigkeit der vom Anwalt selbst vorgenommenen Prüfung und die Mitteilung des Ergebnisses dieser Prüfung. An dieses Ergebnis ist das Gericht gebunden.

(RG., 3. Ferz. Ziv. Sen., Beschl. v. 7. Aug. 1930, 29 W 8003/30.)  
Mitgeteilt von Jk. Dr. Boerne, Berlin.

\*

22. § 74 Abs. II Satz 1 O. G. darf nicht auf den Fall ausgedehnt werden, daß nach der Bestimmung des ersten Verhandlungstermins die Einzahlung der Prozeßgebühr unterbleibt. Ist der Termin einmal anberaumt worden, dann kann das Gericht wegen Nichtzahlung der Prozeßgebühr die Entgegennahme der Verhandlung nicht mehr ablehnen. †)

Das Verfahren des O. G., die Entgegennahme der mündlichen Verhandlung abzulehnen, findet im Gesetz, insbesondere in § 74 Abs. II Satz 1 O. G., keine Stütze. Wenn von der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung „auf Grund der Klage“ die Rede ist, so kann nach dem klaren Wortlaut des

mentaren vertretenen Ansicht an, daß die Erklärung des Kl. ohne Angabe von Tatsachen genügt. Der Gesetzeswortlaut ist m. E. so klar, daß eine andere Auffassung nicht zu begründen ist.

3. Die Fassung des § 74 O. G. beruht auf der Nov. v. 21. Dez. 1922 (RGBl. 1923, I, 7). Die unter 1b angeführte Bestimmung ist erst vom Rechtsausschuß des Kl. eingefügt worden. Offenbar schwebte dem Rechtsausschuß vor, in eiligen Sachen eine besonders einfache Glaubhaftmachung, die Erklärung des Kl., zuzulassen und damit die denkbar größte Beschleunigung zu gewährleisten. Eine merkwürdige Ironie des Schicksals hat es gefügt, daß genau das Gegenteil eintrat: Durch die entstandene Kontroverse über den Inhalt der vom Kl. abzugebenden Erklärung ging gerade in den eiligsten Sachen Zeit verloren. Mancher Kl. wird es mit dem Verlust seiner Ansprüche bezahlt haben, daß das eindeutige Gesetz anders ausgelegt wurde.

4. Der Widerstand der Gerichte gegen die fragliche Bestimmung dürfte seinen psychologischen Grund darin haben, daß die von dem Rechtsausschuß eingefügte Klausel über das gesteckte Ziel hinausgeht und deshalb zu Widerspruch geradezu herausfordert. Vernünftigerweise kann dem Rechtsausschuß bei der Bestimmung doch nur vorgeschwebt haben, die Terminsbestimmung ohne Zahlung der Gerichtsgebühr in den eiligen Fällen zuzulassen, in welchen die sofortige Zahlung dem Kl. wegen seiner Vermögenslage nicht möglich ist. Es kann dagegen nicht der Sinn gewesen sein, etwa bei Erhebung einer Klage auf 1000 RM., die wegen bevorstehender Verjährung eilt, dem zahlungsfähigen, aber zahlungsunwilligen Kl. die Prozeßgebühr zu finden. Gerade hierzu wird man aber gedrängt, wenn man die Bestimmungen a und b nebeneinander liest. Lautet die Erklärung des Kl.: „Ich erkläre, daß eine Verzögerung dem Kl. einen nur schwer zu ersetzenden Schaden bringen würde“, so genügt sie dem Wortlaut des Gesetzes. Soll aber wirklich in einem solchen Fall dem Gericht versagt sein, sich fernmündlich bei dem Anwalt zu erkundigen, ob denn die Prozeßgebühr nicht sofort bezahlt werden könne?

5. Eine befriedigende Lösung ist nur möglich, wenn man aus den beiden Fällen a und b einen einzigen macht und die Erklärung des Anwalts als Glaubhaftmachung für beide Voraussetzungen genügen läßt. Die Bestimmung muß de lege ferenda lauten:

„Die Vorschriften des Abs. 2, 3 finden keine Anwendung, wenn glaubhaft gemacht ist, daß dem Kl. die alsbaldige Zahlung der Gebühr mit Rücksicht auf seine Vermögenslage Schwierigkeiten bereiten und eine Verzögerung dem Kl. einen nicht oder nur schwer zu ersetzenden Schaden bringen würde. Zur Glaubhaftmachung genügt die Erklärung des zum Prozeßvollmächtigten bestellten Kl.“

RM. Dr. Kurt Selb, Mannheim.

Gesetzes hierunter nur der erste Verhandlungstermin verstanden werden. Die Bedeutung dieser Vorschrift für die Beziehungen zwischen der Tätigkeit des Gerichts und der Zahlung der Gerichtsgebühren (vgl. § 3 O. G.) erschöpft sich also dahin, daß bis zur Zahlung der Prozeßgebühr die Bestimmung des ersten Verhandlungstermins versagt werden kann. Die Nichtzahlung der Prozeßgebühr kann aber nach der Bestimmung des ersten Verhandlungstermins für den Kl. keine Nachteile mehr bringen.

Diese Auslegung findet ihre weitere Rechtfertigung in dem von § 74 Abs. II Satz 1 O. G. abweichenden Wortlaut der für einen ähnlichen Fall gegebenen Vorschrift des § 85 Abs. V O. G. Danach soll der klagende Ausländer vor Zahlung des Ausländervorschußes „zur Verhandlung nicht zugelassen werden“. Diese Vorschrift bestimmt somit eine viel weitergehende Folge der Nichtzahlung eines Prozeßkostenvorschußes als § 74 Abs. II Satz 1.

Mit Recht hat sich deshalb der 5. Ziv. Sen. in dem Beschl. v. 15. Mai 1929, 5 W 4238/2067/29, der im Schrifttum und Rspr. überwiegend vorhandenen Auffassung angeschlossen, daß nach der Bestimmung des ersten Verhandlungstermins die Entgegennahme der Verhandlung wegen Nichtzahlung der Prozeßgebühr nicht abgelehnt werden könne.

Diese Auffassung hält der angefochtene Beschluß für unvereinbar mit der Vorschrift des § 74 Abs. II Satz 3 O. G., wonach im Falle der Erweiterung des Klageantrages sowie im Falle der Erhebung einer Widerklage, sofern für sie gem. § 13 eine besondere Gebühr zu erheben ist, vor der Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr keine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll. Diese Annahme des angefochtenen Beschlusses, für die er sich insbes. auf den Beschluß des 20. Ziv. Sen. v. 12. Juli 1928, 20 W 6493/28 (ZB. 1928, 2154<sup>b</sup>), stützt, kann aber nicht als zutreffend anerkannt werden. In diesem Beschluß geht der 20. Ziv. Sen. selbst davon aus, daß die drei Fälle der §§ 74 Abs. II Satz 1, 85 Abs. V und 74 Abs. II Satz 3 unter sich ganz verschieden geartet seien, meint aber, daß aus dem verschiedenen Wortlaut der Vorschriften bei der jeweils verschiedenen Prozeßklage kein Schluß zugunsten enger Wortinterpretation des § 74 Abs. II Satz 1 hergeleitet werden könne. Für diese Auslegung beruft sich der 20. Ziv. Sen. auf den gesetzgeberischen Grundgedanken, der in diesen Bestimmungen wie in den § 84 RVG. und § 21 GerVollzG. zutage trete. Ebenso wie nach diesen Bestimmungen der Kl. und der Gerichtsvollzieher nicht gehalten seien, im Regelfalle für ihren Auftraggeber ohne angemessenen Vorschuß tätig zu werden, so solle, wer die Tätigkeit der staatlichen Gerichte in Anspruch nehme, vorweg dem Staate wenigstens eine Gebühr bezahlen.

Dieser Beweisführung kann aber nicht gefolgt werden. Es liegt kein Grund vor, den vom 20. Ziv. Sen. selbst hervorgehobenen

Zu 22. Die Entsch. ist zutreffend. Sie entspricht der herrschenden Meinung (vgl. A. u. M. Friedlaender, § 74 Anm. 41 Fußnote 53). Der 6. Ziv. Sen. des RG. schließt sich damit der Auffassung des 5. (s. oben), 7. (ZB. 1928, 1518<sup>b</sup>) und 15. Ziv. Sen. (ZB. 1930, 2070<sup>23</sup>) an. Es ist im Interesse der Einheitlichkeit der Rspr. zu hoffen, daß der 12. (ZB. 1927, 2471<sup>4</sup>) und 20. Ziv. Sen. (ZB. 1928, 2154<sup>b</sup>) ihre entgegen gesetzte Meinung aufgeben. Denn in der Tat führt eine ausdehnende Auslegung des § 74 Abs. II Satz 1 zu unhaltbaren Folgerungen. Die Bestimmung lautet:

„Der Termin zur mündlichen Verhandlung soll auf Grund der Klage erst nach Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr bestimmt werden.“

Wollte man das Gericht für befugt halten, auch nach Ansetzung des Termins zur mündlichen Verhandlung auf Grund der Klage“, also des ersten Termins, aus der Nichtzahlung der Prozeßgebühr etwas abzuleiten, so käme dreierlei in Frage:

a) Ein anstehender Termin wird abgesetzt oder die Ansetzung eines neuen Termins verweigert. Unmöglich! Denn der Bekl. hat, nachdem er geladen ist und — regelmäßig — Anwaltskosten gehabt hat, ein Recht auf die Sachentscheidung.

b) Der Termin findet statt, der Kl. wird aber nicht zugelassen, so daß gegen ihn Veräumnisurteil ergeht (so ZB. 1927, 2471 und das O. G. in der obigen Entsch.).

Unmöglich! Denn eine ausdehnende Interpretation von § 74 Abs. II Satz 1 müßte lauten:

„Jrgendein Termin . . . soll . . . erst nach Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr bestimmt werden.“

Wenn das Gericht aber gleichwohl einen Termin ansetzt, kann es nicht die eine Partei vom Verhandeln ausschließen.

c) Der Bekl. zahlt statt des Kl. die Prozeßgebühr. Diesen Ausweg empfiehlt der 20. Ziv. Sen. des RG. (ZB. 1928, 2154). Er ist ungangbar, weil es keine gesetzliche Bestimmung gibt, nach welcher der Bekl., um ein Sachurteil zu erreichen, zunächst für den Kl. die Prozeßgebühr bezahlen muß.

Der Ordnung halber ist noch zu bemerken, daß die obige Entsch. den § 74 Abs. II Satz 3 O. G. unrichtig zitiert. Seit 1. April 1927 gibt es bei der Widerklage keine Kostenvorschußpflicht mehr (RGBl. 1927, I, 54).

RM. Dr. Kurt Selb, Mannheim.

Ausgangspunkt, daß es sich bei den fraglichen Bestimmungen des G.R.G. um verschiedene geartete Fälle handle, mit Rücksicht auf anderen Kostengesetze entnommene allgemeine gesetzgeberische Erwägungen zu verlassen. Hält man vielmehr, wie geboten, an der verschiedenen Artung dieser Fälle fest, so ergibt sich daraus das Verständnis für ihre nicht einheitliche gesetzliche Regelung. Von diesem Standpunkt aus besteht kein Anlaß, die Vorschrift des § 74 Abs. II Satz 3 auch auf den Fall des § 74 Abs. II Satz 1, der eine andere Regelung erfahren hat, zur Anwendung zu bringen. Der Gesetzgeber hielt durch die Versagung der Terminbestimmung auf die Klage die Einzahlung der Prozeßgebühr für hinreichend sichergestellt und hat in prozeßualer Hinsicht weitere Maßnahmen an die unterbliebene Einzahlung der Prozeßgebühr nicht geknüpft. Hätte aber eine solche gesetzgeberische Absicht, die nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, bestanden, so wäre es das Nächstliegende gewesen, die Vorschrift des § 74 Abs. II Satz 3 G.R.G. auf den Fall des § 74 Abs. II Satz 1 auszudehnen. Dies ist aber nicht geschehen. Aus demselben Grunde kann auch nicht der in § 84 R.V.Geb.D. und § 21 Ger.Vollz.Geb.D. zum Ausdruck gelangende Gedanke zur Interpretation des § 74 Abs. II Satz 1 G.R.G. herangezogen werden. Dieser Gedanke findet sich zwar in der bei Klagerweiterung oder Widerklagerhebung zur Anwendung gelangenden Vorschrift des § 74 Abs. II Satz 3, nicht aber in der hier in Rede stehenden Vorschrift des § 74 Abs. II Satz 1, obwohl nichts im Wege gestanden hätte, ihn auch in diese Vorschrift aufzunehmen. Daß W. wird daher dem Rechtsstreit — gegen das inzwischen gegen den Kl. ergangene Versäumnisurteil ist Einspruch eingelegt worden — Fortgang zu geben haben und die Entgegennahme der Verhandlung nicht von der Einzahlung der Prozeßgebühr durch den Kl. abhängig machen dürfen.

(R.V., 6. Ziv.Sen., Beschl. v. 13. Juni 1930, 6 W 5120/30.)

Mitgeteilt von N. Dr. Georg Fontheim, Berlin.

#### Breslau.

23. § 13 Ziff. 3 R.V.Geb.D. Vergleichsgebühr in Ehescheidungsachen. †)

Die Frage, ob ein Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 R.V.Geb.D. im Ehescheidungsverfahren möglich ist, kann einheitlich nicht entschieden werden. Auch Walter-Joachim-Frieblaender, die für diesen Fall grundsätzlich die Vergleichsgebühren ablehnen, halten unter Umständen den Abschluß eines gebührenrechtlichen Vergleiches über vermögensrechtliche Fragen auch in Ehescheidungsachen für zulässig (Anm. 58 zu § 13 R.V.Geb.D.). Soweit aber der Vergleich in Ehesachen nur den Willen der Parteien zum Ausdruck bringt, sich zu versöhnen, die beiderseitigen Verfehlungen einander zu verzeihen, das eheliche Leben wieder aufzunehmen und soweit in Ausführung dieses Entschlusses die Ehescheidungsklage im Einverständnis mit dem Gegner zurückgenommen wird, liegt ein Vergleich nicht vor. Der Begriff des Vergleiches i. S. des § 13 Ziff. 3 R.V.Geb.D. ist kein anderer wie der des bürgerlich-rechtlichen Vergleiches, der im § 779 BGB. geregelt wird. Hiernach ist der Vergleich „ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein

Rechtsverhältnis im Wege des gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird“. Ein derartiger Vertrag ist weder über die Lösung noch über die Aufrechterhaltung einer Ehe möglich, noch enthalten die Verzeihung und Verzeihung sowie der Entschluß, das eheliche Leben wieder aufzunehmen, einen solchen Vertrag. Da die Auflösung der Ehe und ihr Bestand kein Rechtsverhältnis bildet, das der Verfügung der Parteien unterliegt, und da insbes. der auf sittlichen Erwägungen beruhende Entschluß zur Ausöhnung und zur Weiterführung der ehelichen Gemeinschaft nicht als gegenseitiges Nachgeben in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis angesehen werden kann, so ist ein Vergleich insoweit nicht möglich (Walter-Joachim-Frieblaender a. a. O.; D.V. Königsberg: J.W. 1926, 1613 \*).

Diese Erwägung schließt aber die Befugnis der Parteien nicht aus, einen rechtswirksamen Vergleich über vermögensrechtliche Fragen abzuschließen, die im Ehescheidungsprozeß streitig geworden sind und im Wege gegenseitigen Nachgebens erledigt werden können. Zu diesen Fragen gehört die Ungewißheit über die Tragung der Kosten des Rechtsstreites. Es liegt daher kein Grund vor, die Anwendbarkeit des § 13 Ziff. 3 bei einem Vergleiche über die Kosten des Ehescheidungsrechtsstreites auszuschließen, wenn der Kl. beim Zustandekommen des Vergleiches mitgewirkt hat. Für die Berechnung der Vergleichsgebühr ist aber davon auszugehen, daß der Wert des Vergleichsgegenstandes von dem Streitwerte des Ehescheidungsprozesses zu unterscheiden und nur auf den Betrag der Prozeßkosten zu bemessen ist. Denn die gebührenpflichtige Mitwirkung des Kl. erstreckt sich auf den Vergleich nur insoweit, als ein solcher i. S. § 13 Ziff. 3 G.R.G., § 779 BGB. vorliegt.

(D.V. Breslau, 11. Ziv.Sen., Beschl. v. 28. April 1930, 17 W 999/30.)

Mitgeteilt von D.V. Warschauer, Breslau.

#### Samml.

24. In dem Beordnungsverfahren des § 679 Abs. 3 Z.P.D. kann der Entmündigte nicht Beschwerde durch einen von ihm selbst beauftragten Rechtsanwalt einlegen. †)

Die Beordnung eines N. als Vertreter für das Verfahren auf Aufhebung der Entmündigung gem. § 679 Abs. 3 Z.P.D. setzt ein an den Vorsitzenden des Prozeßgerichts gerichtetes Gesuch des Entmündigten voraus; dies ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus dem Umstand, daß der Vorsitzende des Prozeßgerichts nicht von Amts wegen die Verpflichtung hat, in den zu seiner Kenntnis kommenden Fällen der Weigerung eines gesetzlichen Vertreters, die Klage auf Aufhebung der Entmündigung zu erheben, die Notwendigkeit der Beordnung eines N. als Vertreter zu prüfen. In dem aber § 679 Abs. 3 Z.P.D. dem Entmündigten die Fähigkeit beilegt, ein Gesuch um Beordnung eines N. zu stellen, hebt er für dieses Verfahren und, wie folgerichtig angenommen werden muß, auch für die — nach § 567 Z.P.D. gegebene — Beschwerde die Prozeßunfähigkeit des Entmündigten auf (vgl. auch R.G. v. 2. Mai 1904: GruchBeitr. 48, 1146 ff. — J.W. 1904, 362; D.V. Dresden: D.V. Nr. 5, 449; D.V. Rassel ebenda 37, 159; Stein-Jonas, Z.P.D. Bd. 2 § 679 II Seite 371). Aber nur die Prozeßfähigkeit ist durch § 679 Abs. 3 Z.P.D. dem Entmündigten für das Beordnungsverfahren

urteils erster Instanz, z. B. unter Schuldigerklärung beider Teile, alsdann durch Vereinbarung beide Verfügungen zurückgenommen werden; nicht ausgeschlossen kann auch das gleiche Ergebnis sein, wenn nur eine Verfügung oder auch Schuldigerklärung nur eines Teiles vorliegt. In diesem Falle verbandt in gewissem Sinne die Ehescheidung der Parteidisposition ihre Wirksamkeit. Es heißt die Augen vor diesen wirklichen Verhältnissen verschließen, wenn man die Möglichkeit einer vergleichsweisen Einwirkung auf den Bestand der Ehe befreit oder davor scheut, sie rechtlich anzuerkennen. Wenn wir tagtäglich mit dem „Werte des Streitgegenstandes“ in Eheprozessen zu tun haben, so kann man auch das Vorliegen und die gebührenrechtliche Berücksichtigung der Vergleichstätigkeit in solchen Rechtsstreiten nicht ablehnen. Das Gesetz behandelt gebührenrechtlich den Ehereditsstreit genau wie einen anderen Rechtsstreit, so daß auch eine Vergleichsgebühr des N. für eine entsprechende Tätigkeit anerkannt werden muß. Es ist deshalb m. E. nicht einmal nötig, zu § 89 R.V.Geb.D. seine Zuflucht zu nehmen; diesen müßte wohl auch die Gegenmeinung für anwendbar erklären, da ein Grund, eine Vergütung für eine solche Tätigkeit dem N. zu versagen, nicht vorliegt. Werden bei der Erledigung zugleich vermögensrechtliche Fragen geordnet, so kommt § 11 Abs. 2 G.R.G. zur Anwendung.

N. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Zu 24. Die Entmündigung tritt mit der Zustellung des Beschlusses in Wirksamkeit (§ 661 Z.P.D.). Von da an ist der „Entmündigte“ geschäftsunfähig oder in der Geschäftstätigkeit beschränkt und grundsätzlich prozeßunfähig (§§ 104 Nr. 3, 114 BGB.; § 52 Z.P.D.). Aber es soll ihm eine möglichst ausgedehnte persönliche Fähigkeit zur Vertretung seiner Rechtsstellung belassen werden. Das ist als Prinzip für die Auslegung der Z.P.D. festzuhalten. Die positive Ordnung unterscheidet: Die Rechtsfähigkeit des die Entmündigung anordnenden Beschlusses kann durch Klage angefochten werden, hierfür

Zu 23. Ein Vergleich in gebührenrechtlichem Sinne ist natürlich über die mit einer Ehescheidung zusammenhängenden vermögensrechtlichen Fragen möglich und ebenso über die Kosten eines Eheprozesses. Erstreckt sich die Tätigkeit des N. nur auf die Erledigung der Kostenfrage, die durch gegenseitiges Nachgeben geregelt wird, so ist seine Vergleichsgebühr nur aus dem Werte der Kosten zu berechnen. Dagegen kann der Ausgangspunkt der Entsch. nicht als richtig anerkannt werden. Über die Auflösung der Ehe als solche ist allerdings ein Vertrag nicht möglich, und auch eine Vereinbarung darüber, welche Ehescheidungsgründe vorgetragen werden sollen, würde keinen Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 R.V.Geb.D. darstellen, weil über das „Rechtsverhältnis“ der Ehe ein die Auflösung begründender Vertrag nicht möglich. Wohl aber ist ein Vertrag und deshalb auch ein Vergleich möglich über das subjektive Recht der Ehegatten, Ehescheidung aus einem vorliegenden Grunde zu begehren oder von dem Scheidungsanspruch, den der verletzte Ehegatte gegenüber dem anderen Teile und dem Staate hat, keinen Gebrauch zu machen. Wenn die Parteien sich dahin einigen, von den beiderseits bisher vorgebrachten Ehescheidungsgründen abzusehen, also auf das bisher behauptete Recht die Ehe zur Auflösung zu bringen, zu verzichten, so ist dies ein Vergleich im gebührenrechtlichen Sinne. Hat der N. zur Erzielung dieser Einigung mitgewirkt, so steht ihm die Gebühr nach § 13 Ziff. 3 R.V.Geb.D. zu. Dabei ist es natürlich einerlei, ob der Entschluß der Ehegatten auf wirklicher gegenseitiger Versöhnung beruht oder ob andere Gesichtspunkte maßgebend sind, welche zur äußerlichen Aufrechterhaltung der Ehe, vielleicht nicht einmal der Gemeinschaft, sondern nur des Bundes führen, z. B. Rücksicht auf die Kinder, vielleicht sogar nur materielle Erwägungen. Gleiches hat auch zu gelten, wenn nur von einem Ehegatten ein Anspruch auf Scheidung der Ehe geltend gemacht ist und auf diesen durch Einigung der Parteien, welche unter Mitwirkung des N. erfolgt, verzichtet wird. Endlich liegt der Fall nicht anders, wenn nach Erlassung eines Scheidungs-

beigelegt worden, nicht aber sind zugleich die materiellrechtlichen Wirkungen der Entmündigung eingeschränkt worden. Da aber M. B. infolge der Entmündigung wegen Geisteschwäche gem. §§ 114, 106 BGB. in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, konnte sie dem M. J. ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreterin nicht Vollmacht zur Stellung des Gesuchs um Beordnung eines M. und — worauf es bei dieser Entscheidung ankommt — auch nicht Vollmacht zur Einlegung der Beschwerde gegen die Ablehnung des Gesuchs erteilen. Da schon aus dem Schreiben der gesetzlichen Vertreterin der Entmündigten an den Vorsitzenden des Prozeßgerichts v. 18. Jan. 1930 gefolgert werden darf, daß sie die Einwilligung zur Bevollmächtigung des M. J. nicht gegeben hat, war die von diesem namens der Entmündigten eingelegte Beschwerde als unzulässig zu verwerfen, ohne daß es noch der Feststellung bedurfte hätte, ob M. J. tatsächlich von der Entmündigten mit der Einlegung der Beschwerde betraut worden war und nicht vielmehr, was nach einem zu den Akten gebrachten Schreiben der Entmündigten der Fall zu sein scheint, das Verfahren wegen Aufhebung der Entmündigung lediglich von der Mutter der Entmündigten betrieben wird.

Wollte man aber so weit gehen, den § 679 Abs. 3 ZPO. dahin auszulegen, daß der Entmündigte auch einen M. bevollmächtigen kann (dieser Standpunkt nimmt das OLG. Kassel in der Entsch. v. 21. Juni 1917: DWRPr. 37, 159 ein, obwohl es nur die Prozeßunfähigkeit für das Beordnungsverfahren als aufgehoben bezeichnet), dann müßte man folgerichtig die Beschwerde als dem Anwaltszwang unterliegend bezeichnen und würde die vom M. J. namens der Entmündigten eingelegte Beschwerde — die Bevollmächtigung einmal unterstellt — dennoch als unzulässig zu verwerfen sein, weil M. J. nicht bei dem OLG. in D., bei dem die Beschwerde einzulegen war und eingelegt worden ist, zugelassen ist, würde evtl. lediglich die Kostenentscheidung, die im vorliegenden Falle auf § 77 DGRG. beruht, aus § 102 ZPO. herzuleiten gewesen sein.

(OLG. Hamm, 5. Zivilsen., Beschl. v. 12. März 1930, 5 W 51/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. L. Kagenstein, Hamm.

\*

ist der Entmündigte völlig prozeßfähig (§ 664 II); er kann sich selbst einen M. bestellen und auf seinen Antrag muß ihm ein solcher beigeordnet werden (§ 668). Auch den Antrag auf Aufhebung der bereits rechtswirksam eingetretenen Entmündigung kann der Entmündigte selbst stellen (§ 675); er beruft sich hier darauf, daß der Grund zur Entmündigung jetzt weggefallen sei (§ 6 II BGB.). Wird dieser Antrag abgelehnt, so kann die Aufhebung der Entmündigung durch Klage verfolgt werden. Der Entmündigte ist für diese Klage aber nicht prozeßfähig; wenn sein gesetzlicher Vertreter die Klage nicht erheben will, so kann der Vorsitzende des Gerichts dem Entmündigten einen M. als Vertreter beordnen (§ 679 III).

Die Frage erhebt sich jetzt, was geschehen darf, wenn das Gesuch um die Beordnung abgelehnt worden ist. Indem das Gesetz dem Entmündigten das Recht auf die Beordnung eines solchen „gesetzlichen“ Vertreters zuspricht, verleiht es ihm zugleich das Recht und die Fähigkeit, selbständig das darauf hinzuliegende Gesuch zu stellen und dessen Erledigung weiterhin zu betreiben. Der Entmündigte vermag deshalb aus eigener Machtvollkommenheit auch Beschwerde beim OLG. einzureichen gegen den ablehnenden Beschluß des OLG. Diese Beschwerde unterliegt nicht dem Anwaltszwang, weil der Entmündigte in der noch bestehenden Rechtslage nicht unbeschränkt geschäftsfähig ist und deshalb keine rechtswirksame Prozeßvollmacht ausstellen kann; die gerichtliche Beordnung hat gerade den Sinn, diesen Mangel der Geschäftsfähigkeit auszugleichen. Kann also der Entmündigte das Beschwerdeverfahren selbständig betreiben, so darf er sich hierbei unzweifelhaft auch des Rates wie der Hilfe eines Rechtskundigen bedienen. Es ist im vorliegenden Falle geradezu ein Zeichen vernünftiger Einsicht, daß die Entmündigte einen M. mit der Einlegung der Beschwerde betraut hat. Das OLG. hat hierin aber gerade den Grund erblickt, um die eingelegte Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Diese formalistische Behandlung wird schwerlich dem von der ZPO. grundsätzlich anerkannten und von dem RG.: ZS. 1904, 362 überzeugend dargelegten Rechtsschutzbedürfnis der Entmündigten gerecht. Die Beschwerde richtet sich auf die Beordnung eines M. als Vertreters. Sie gründet sich darauf, daß die Entmündigte selbst sich einen solchen Vertreter nicht bestellen kann. Die Abfassung der Beschwerdeschrift und deren Eingabe beim OLG. hat sich die Entmündigte von einem anderen besorgen lassen. Das war allerdings ein M., aber dieser war gerade nicht in seiner Rechtsstellung als „Rechtsanwalt“ beauftragt oder bevollmächtigt, sondern als wohlwollender rechtskundiger Berater. Nicht der Titel ist maßgebend, sondern die Funktion, in der der Helfer auftritt. Die von diesem verfaßte und überreichte Beschwerdeschrift stellte bei wohlwollender Auslegung die Erklärung der Entmündigten selbst dar. Diese hatte danach ein Recht darauf, daß über ihr Gesuch sachlich befunden werden mußte (Worte des RG.). Da die Beschwerde weder dem Anwaltszwang unterlag, noch von einem Vertreter in seiner Eigenschaft als M. eingereicht war, kommt dessen Zulassung bei dem Beschw. überhaupt nicht in Frage. Die Entmündigte war für ihre Beschwerde überall „zugelassen“.

Geh. Rat Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

## Kassel.

25. Gegenüber der Vorschrift des § 515 ZPO. ist für Anwendung der Kostenbestimmung der §§ 95—97 ZPO. kein Raum.)

Da die Zurücknahme der Berufung, der die Kl. nicht widersprochen hat, ordnungsmäßig erfolgt ist, trifft nach § 515 ZPO. die Bekl. die Pflicht, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Diese Kostenpflicht ist auf Antrag des Gegners durch Urz. auszusprechen. Sie bezieht sich nicht auf die Kosten, über die bereits rechtskräftig erkannt ist oder die durch Vergleich übernommen sind (vgl. Stein=Jonas, § 515 III). Dagegen kommt eine weitere Ausnahme nicht in Betracht. Insofern kann der Umstand, daß das Gericht im fortgesetzten Verfahren berechtigt oder verpflichtet gewesen wäre, bei einer nach §§ 91 ff. ergehenden Kostenentscheidung einzelne Kosten dem Bekl., z. B. nach §§ 95—97, aufzuerlegen, nicht dazu führen, solche einzelnen Kosten von der allgemein festzustellenden Kostenpflicht auszunehmen.

Denn § 515 ZPO. stellt einen selbständigen Tatbestand der Kostenpflicht neben dem Unterliegen auf und begrenzt diesen zugleich selbständig und unabhängig von den §§ 91 ff. ZPO. (vgl. Stein=Jonas, § 515 IV, 271 VI 1).

Im übrigen würde, von Vorstehendem abgesehen, die von dem Bekl. gewünschte Einschränkung seiner Kostenpflicht Streichung bestimmter Beträge, die möglicherweise im Kostenfestsetzungsverfahren erstattet verlangt werden könnten, bedeuten. Für eine positive oder negative Feststellung hinsichtlich einzelner Kostenbeträge ist aber in der Entsch. über die Kostenpflicht überhaupt kein Raum. Die Hervorhebung einzelner Beträge oder Komplexe von Beträgen als nicht erstattungsfähig würde unflätig sein. Derartige, die Ermittlung des Kostenbetrages betreffende Entsch. sind im Kostenfestsetzungsverfahren zu treffen, gehören aber nicht in das Urz., das nur über die Kosten entscheidet.

(OLG. Kassel, Urz. v. 5. Juli 1930, 3 U 28/30.)

Mitgeteilt von M. Dr. Weisbecker, Kassel.

\*

## Kiel.

26. §§ 614 bis 616 ZPO. In Ehefachen darf wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Verhandlung und Entscheidung nicht über die Klage durch kontradiktorisches und daneben über die Widerklage durch Verjäumnisurteil entschieden werden. †)

Kl. hat in ihrer Ehescheidungsklage erstinstanzlich ein obliegendes Urz. erstritten. Durch ein gleichzeitig verkündetes Verjäumnisurz. ist die Widerklage des im letzten Termin durch einen M. nicht mehr vertretenen Bekl. abgewiesen. Das Verjäumnisurz. ist unangefochten geblieben, das andere Urz. jedoch mit Berufung angegriffen. Sie führte zur Aufhebung beider Urz. aus folgenden Gründen.

Es ist nach übereinstimmender Auffassung von Rechtspredung und Rechtslehre in Ehescheidungsachen unzulässig, daß neben einem auf die Scheidungsklage ergehenden, als iustitio geltenden Urz. ein die Widerklage abweisendes Verjäumnisurz. erlassen wird. Da gegen ein Urz. letzterer Art der Einspruch und gegen ein solches ersterer die Berufung gegeben ist, so wäre, wenn das eingeschlagene Verfahren

Zu 25. Die Entsch. ist zutreffend. Die Zurücknahme der Berufung verpflichtet den bisherigen Berufungskläger — abgesehen von den Kosten, über die schon endgültig durch Gerichtsentsch. oder Vergleich bestimmt ist — zur Tragung der Kosten der Berzinst. Will er diese Folge vermeiden, so muß er die Berufung, soweit möglich und zulässig, aufrechterhalten, oder falls ein nach Berufungseinlegung eintretender Umstand die Sachlage verändert, gegebenenfalls die Hauptsache für erledigt erklären und die Berufung wegen der Kosten weiter führen. Die Möglichkeit ist dagegen nicht gegeben, die Berufung zurückzunehmen und sich gegen die Tragung der Kosten oder eines Teils derselben zu verwahren. Insofern ist eine, auch nur rechtsähnliche Anwendung des § 96 ZPO. ausgeschlossen.

Ebenso ist richtig, daß das Urz. in diesem Fall nicht darüber befinden kann, ob eine oder die andere Tätigkeit zu zweckentsprechender Verteilung gegen die Berufung notwendig oder aber überflüssig war.

M. Dr. Rud. Fürst, Heidelberg.

Zu 26. Ist entgegen dem Prinzip der Einheitlichkeit der Entsch. über Klage und Widerklage in Ehescheidungs- und Eheanfechtungsachen ein zwiespältiges Urz. ergangen, das die Klage der einen Partei im Verjäumnisverfahren abweist und über die Klage der anderen Partei durch kontradiktorisches Urz. entscheidet, so ist das gegen ein solches Erkenntnis gegebene Rechtsmittel die Berufung, denn mit ihr kann nicht nur der streitig ergangene Teil dieses Urz. angefochten werden, sondern auch derjenige, der auf der Säumnis beruht, um die Unzulässigkeit des eingeschlagenen Verfahrens durch die höhere Instanz auszusprechen zu lassen (RG.: ZS. 1913, 607). In weiterer Entwicklung dieser Abspr. ist dann auch der Einspruch als ausreichender Rechtsbehelf anerkannt worden, um gestützt auf ihn auch über

fortgeführt würde, die Möglichkeit vorhanden, daß über den Bestand der Ehe vor zwei verschiedenen Gerichten verhandelt und entschieden würde und daß das sachliche Vorbringen der Parteien eine widersprechende Beurteilung erführe. Ein Verfahren, wie es die Vorinstanz angewandt hat, widerspricht dem vom RG. aus den Vorschriften der §§ 614—616 ZPO. hergeleiteten und in ständiger Rspr. betonten Grundsatz der Einheitlichkeit der Verhandlung und Entsch. in Ehefachen, der auch von der Rechtslehre anerkannt wird. Wird von den Parteien gegen den Fortbestand der Ehe angegangen, so ist das eheliche Verhältnis als Ganzes Gegenstand des Streitess. Es kann als solches nur eine einheitliche Beurteilung finden. Es hätte somit in erster Instanz beim Ausbleiben des Bekl. im letzten Verhandlungstermin ein einheitliches, sog. einseitiges Streiturt. ergehen müssen.

Daß über Klage und Widerklage in zwiespältiger Weise entschieden ist, stellt einen wesentlichen Mangel des Verfahrens i. S. des § 539 ZPO. dar, der es in das Ermessen des OLG. stellt, entweder das fehlerhafte Urteilsverfahren aufzuheben und die Sache an die erste Instanz zurückzuverweisen oder aber selbst in der Sache zu erkennen. Nach Lage der Sache empfiehlt sich das erstere.

Es ist erforderlich, sowohl das angefochtene Ur. als auch das Verfümmisurt. aufzuheben. Hierbei handelt es sich um die Frage, welche rechtliche Wirkung den einmal in dieser zwiespältigen Weise ergangenen Ur. in ihren Beziehungen zueinander und welche Wirkung einem lediglich gegen eines der Ur. eingelegten Rechtsmittel beizulegen ist. Das RG. hat in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß Teilurteile in Ehecheidungssachen unzulässig sind. Im gegenwärtigen Falle, wo sowohl die Klage als auch die Widerklage zur Entsch. reif waren und beide Klagen sich auf den gleichen Gegenstand, die Ehe, bezogen, liegen indessen Teilurteile i. S. des Gesetzes (§ 301 ZPO.) nicht vor. Übrigens haben, soweit ersichtlich, Rechtslehre und Rspr. bisher nur zu solchen Fällen Stellung genommen, in denen das einseitig streitige Ur. und das Verfümmisurt. im Rahmen einer einheitlichen Entsch. zusammengefaßt waren. In einem solchen Falle (RG. 110, 135 ff. 1) hat das RG. schon der Einlegung des Einspruchs gegen den als Verfümmisurt. ergangenen Teil die Wirkung beigegeben, daß sie über diesen als Verfümmisurt. gemeinten Teil hinaus auch den als streitig behandelten Teil in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befunden hatte. Es kann nun in Anbetracht der notwendigen einheitlichen Würdigung des sachlichen Vorbringens der Parteien keinen wesentlichen Unterschied ausmachen, ob die unzulässige Teilung der Entsch. über Klage und Widerklage äußerlich in einem Ur. zusammengefaßt ist oder in zweien. Die Bedeutung des Verfahrensmangels ist in beiden Fällen die gleiche. Daher ist davon auszugehen, daß auch bei äußerer Trennung beider Ur. nach dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Verhandlung und Entsch. in Ehefachen das, was zu dem durch Verfümmisurt. erledigten Antrage vorgebracht ist, ebenfalls einer erneuten Beurteilung unterworfen werden muß. Diese Erwägung führt hier dahin, daß die gegen das einseitige Streiturt. eingelegte Berufung die Wirkung hat, daß auch das Verfümmisurt. wie ein in zulässiger Weise angefochtene zu behandeln ist und bei der gegebenen Entsch. schließung des BG. von der Aufhebung aus § 539 ZPO. ergriffen werden muß. Nicht etwa kann gesagt werden, daß das Verfümmisurt. rechtskräftig geworden sei. Die Frage, ob in Fällen ähnlicher Art das unangefochten gebliebene Ur. rechtskräftig wird, hat das RG. auch sonst wiederholt verneint. Eine unzulässige Zweiteilung der Entsch. kann in Ehefachen eben nicht bewirken, daß der formell unangefochten gebliebene Anspruch in Rechtskraft erwächst und einer künftigen einheitlichen Behandlung des Rechtsstreits prozessuale Schwierigkeiten bereitet. Andernfalls würde der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verhandlung, der die Ehecheidungssachen zwingend beherrscht, nicht gewahrt werden.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Ur. v. 19. März 1930, 4 U 361/29.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

\*

den kontradiktorischen Teil des Ur. nochmals entscheiden zu können (RG. 110, 135 = ZB. 1925, 2132). Es scheint mir nun eine folgerichtige Fortbildung dieser Judikatur zu sein, wenn das OLG. diese Grundsätze dann angewandt wissen will, wenn das zwiespältige Ur. nicht in einem einheitlichen Entscheidungsakt, sondern in zwei auch äußerlich getrennten Entsch. in Erscheinung getreten ist. Denn die These, daß die Berufung auch denjenigen Teil des einheitlichen Ur. erfaßt, der wegen der Säumnis ergangen ist, oder daß schon der Einspruch eine Entsch. über den Gegenstand des kontradiktorischen Ur. zuläßt, beruht nicht auf der äußeren Einheitlichkeit des zwiespältigen Ur., sondern darauf, daß eben in diesen Eherechtsstreitigkeiten nur eine einheitliche Verhandlung und Entsch. über Klage und Widerklage zulässig ist. Dieses Prinzip muß aber dann gleichermaßen auch für den Fall gelten, daß ein kontradiktorisches Ur. über die Klage und ein besonderes Verfümmisurt. über die Widerklage ergangen ist. Der Entsch. kann also unbedenklich zugestimmt werden.

Prof. Dr. Groh, Heselberg.

1) ZB. 1925, 2132.

27. § 811 ZPO. Ein Lastkraftwagen eines auf dem Lande wohnenden Ferkel- (Schweine-)Händlers gehört zu den durch § 811 Ziff. 5 ZPO. vor Pfändung geschützten Gegenständen. †)

Der Schuldner treibt einen Handel mit Ferkeln und Läufer-schweinen im Umherziehen in der Weise, daß er mit seinem Liefer-schvrolet umherfährt, persönlich von den Landwirten diese Tiere aufkauft und sie persönlich auf den Schweinemärkten der Provinz wieder absetzt. Die Frage, ob der Schuldner zu den in § 811 Ziff. 5 ZPO. geschützten „anderen Personen“ gehört, ist mit dem OLG. zu bejahen. In der Tätigkeit des Schuldners liegen persönliche Leistungen, aus ihnen zieht er seinen Erwerb. Seine Tätigkeit steht auch in unmittelbarem Zusammenhang mit der Benutzung des Wagens. Bei den großen Entfernungen, die er in Ausübung seines Gewerbes im Umherziehen zurücklegen muß — er fährt vom äußersten Süden der Provinz Schleswig-Holstein, aus einem Vorort Altonas, bis nach dem äußersten Norden, Flensburg —, läßt sich dieser Handel nur mit einem Kraftwagen betreiben. Seine Benutzung steht mit dem ganzen Betrieb in unmittelbarem Zusammenhang. Ohne den Wagen würde der Handel zum größten Teil lahmgelegt werden, nur mit ihm läßt er sich gewinnbringend fortführen, mit ihm steht und fällt er. Deshalb kann der Schuldner auch nicht auf die Benutzung eines Mietautos verwiesen werden. Ein solches könnte nur dann in Betracht kommen, wenn es sich um gelegentliche Fahrten in einem beschränkten Umkreise handelte. Eine solche Beschränkung des Handels würde aber bei der Art des Ferkelhandels, wie er sich in der Nachkriegszeit entwickelt hat, das Geschäft des Schuldners in seinen Grundlagen erschüttern. Dem kann er aber nicht ausgesetzt werden.

Der — erhebliche — Wert des Lastkraftwagens ist für die Frage der Unpfändbarkeit nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

(OLG. Kiel, Beschl. v. 7. Aug. 1930, 1 W 303/30.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Wobsenjepen, Kiel.

\*

**Röln.**

28. §§ 585, 590 ZPO.; § 28 RWGed. Gebührenberechnung beim Übergang vom Wechselprozeß zum ordentlichen Prozeß im Wiederaufnahmeverfahren. †)

In einem früheren Verfahren wurde der jetzige Kl. im Wechselprozeß durch Verfümmisurteil nach Klageantrag verurteilt. Mit der Behauptung, er sei bei Annahme des Wechsels und während des damaligen Prozesses geisteskrank gewesen, hat er nunmehr die Wiederaufnahme des Verfahrens betrieben. Im ersten Verhandlungstermin verlas sein Anwalt den Antrag: „Unter Beseitigung des in der Sache ergangenen Endurteils die Klage (gemeint: die Wechselklage) abzuweisen“, während der Anwalt des Bekl. und früherer Wechselkl.

Zu 27. So kritisch man wegen des Schutzes berechtigter Gläubigerinteressen gegen jede auch nur scheinbare Erweiterung des Kreises der Unpfändbarkeit sein muß, so muß man doch zugeben, daß das OLG. Kiel hier richtig entschieden hat. Es ist notwendig, aus den Erfahrungen der Rspr. zu § 811 Ziff. 5 ZPO. die Kriterien herauszuarbeiten, die für die Bezeichnung eines Gegenstandes als unpfändbar entscheidend sind: Er muß vom Schuldner selbst benutzt werden und sein Gebrauch muß zur Ausübung seines Berufs wesentlich notwendig sein. Sowie ein Kraftbroschensfahrer ohne Wagen sein Brot verdienen kann (RG. v. 29. Juni 1929; ZB. 1929, 2835<sup>7</sup>), kann es der Viehhändler, dessen Aufgabe es ist, Vieh vom Land in die Stadt zu bringen.

Die Frage, ob ein Kleinhändler überhaupt zu den in § 811 Ziff. 5 ZPO. genannten Personen gehört, wird vom OLG. Kiel mit Recht bejaht. Früher stand die Judikatur aus Gründen, die in das Gebiet der Wortjurisprudenz gehören (OLGRspr. 7, 351), auf anderem Standpunkt. Im Grunde ist die Frage, ob ein Schuldner zu dem geschützten Personenkreis gehört, gar nicht Voraussetzung der weiteren Frage, ob der Gegenstand unpfändbar ist oder nicht. Wer einen Gegenstand im Besitze hat, der von ihm persönlich in einer für die Ausübung seines Berufes wesensnotwendigen Art gebraucht wird, gehört auch zum geschützten Personenkreis. Die Aufzählung der in Betracht kommenden Personen im Gesetz hat keinen anderen Sinn als den, Beispiele für die Fälle der Praxis zu geben.

RA. Dr. Kronstein, Mannheim.

Zu 28. Die Entsch. ist durchaus zutreffend. Die Dreiteilung, die sich bei der Wiederaufnahme ergibt, ist logisch begründet und wird demgemäß im Schrifttum anerkannt. Wichtig ist auch, daß für die sachliche Nachprüfung des Streitstoffes selbst, welche nach Erledigung der Vorfragen über die Zulässigkeit und die Begründetheit der Wiederaufnahme zu erfolgen hat, die besondere Prozeßart des ursprünglichen Verfahrens wieder maßgeblich ist, wie sich z. B. für den Eheprozeß ohne weiteres ergibt. Beim Wechselprozeß ist es gebührentrechtlich auffallend, daß die Verhandlungen der Vorfragen, die im ordentlichen Verfahren abgewandelt werden müssen, und diejenigen in dem nachfolgenden Wechselprozeß trotz der Verschiedenheit der Prozeßarten durch eine einheitliche Verhandlungsgebühr abgegolten werden, daß aber eine weitere Verhandlungsgebühr er-

„Abweisung der Klage“ (gemeint: der Nichtigkeitsklage) beantragte. Beide verhandelten sodann zur Sache. Das Gericht beschloß Vertagung und ordnete zum neuen Termin das persönliche Erscheinen der Vormünderin des Kl., „evtl. zur Eidesleistung“, an. Zu Beginn des zweiten Verhandlungstermins erklärten die Parteien, daß sie in das ordentliche Verfahren übertreten; sie wiederholten dann die früheren Anträge und verhandelten zur Sache. Wieder wurde die Sache vertagt. Im dritten Verhandlungstermin schlossen die Parteien einen Vergleich, in dem der Bekl. die Kosten der Nichtigkeitsklage übernahm. Im Kostenfestsetzungsbeschluß und ebenso in dem auf Erinnerung ergangenen Beschluß des LG. sind für die Nichtigkeitsklage zwei Verhandlungsgebühren, eine für den Wechselprozeß, die andere für das ordentliche Verfahren, für erstattungsfähig erklärt worden. Die auf Absehung der zweiten Verhandlungsgebühr gerichtete Beschwerde ist unbegründet. — Das Wiederaufnahmeverfahren zerfällt logisch in drei Abschnitte, die nacheinander zum Gegenstand haben: die Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage; den Wiederaufnahmegrund; die neue Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache. Während die beiden ersten Abschnitte notwendigerweise im ordentlichen Verfahren verhandelt werden, gilt für den dritten Abschnitt die Verfahrensart des wiederaufgenommenen Rechtsstreits, hier also der Wechselprozeß (Stein-Jonas, § 585 II). Wäre die Annahme des Bekl. richtig, daß nur über die beiden ersten Abschnitte mündlich verhandelt worden sei, so hätte die ganze Verhandlung lediglich im ordentlichen Verfahren stattgefunden, die Erklärung des Übertretens ins ordentliche Verfahren wäre gegenstandslos gewesen, und es wäre bloß eine Verhandlungsgebühr erwachsen. In Wirklichkeit pflegen aber die drei Abschnitte miteinander überzugehen, indem die Parteien dem Gericht gleichzeitig den ganzen Streitstoff unterbreiten. So war es auch im vorliegenden Fall, zumal da das Gericht nicht gem. § 590 Abs. 2 ZPO. angeordnet hat, daß die Verhandlung und Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Verhandlung über die Hauptsache erfolge. Eine mündliche Verhandlung über den dritten Abschnitt lag schon in der Verlesung der Sachanträge, die eine Entscheidung auch über die Hauptsache begehrten. Darüber hinaus ist anzunehmen, daß die Anwälte schon im 1. Termin auch in ihrem sonstigen Vortrag die Voraussetzungen des Anspruchs selbst erörtert haben. Denn die Sitzungsniederschrift besagt schlechthin, es sei zur Sache verhandelt worden, und Gegenbeweise sind nicht angetreten. Ferner ist die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Vormünderin, „evtl. zur Eidesleistung“, wohl nur so zu erklären, daß der Anwalt des Bekl. die in einem vorbereitenden Schriftsatz enthaltene Eideszuschreibung an die Vormünderin: „sie habe versprochen, daß die Forderung des Bekl. nicht bestritten und in der nächsten Zeit bezahlt werde; sie sei Eigentümerin der dem Bekl. zur Sicherheit übereigneten Gegenstände gewesen“, in der Verhandlung vorgetragen hat. Die Eideszuschreibung war aber ersichtlicherweise nur für den dritten Abschnitt des Verfahrens von Bedeutung. Ähnliches gilt für die im ersten oder zweiten Termin unbestrittenermaßen erörterte Art der Wechselakzeptierung. — Hiernach rechtfertigt sich die Feststellung, daß zwar über die beiden ersten Abschnitte des Wiederaufnahmeverfahrens nur im ordentlichen Verfahren, über den dritten Abschnitt hingegen im ersten Termin im Wechselprozeß, im zweiten Termin im ordentlichen Verfahren verhandelt worden ist. Dann aber ist § 28 Abs. 1 Satz 2 RVGebD. anzuwenden, der für das ordentliche Verfahren, welches nach der Abstantnahme vom Wechselprozeß anhängig bleibt, dem Anwalt eine besondere Verhandlungsgebühr zubilligt.

(DVG. Köln, 8. Zivilsen., Beschl. v. 20. Juni 1930, 8 W 130/30.)

Mitgeteilt von VGR. Dr. Schmit, Aachen.

\*

Königsberg.

29. § 91 Abs. 2 ZPO.; § 38 Abs. 2 RVGebD. Anwaltswechsel nach Mahnverfahren, wenn nur einer der beiden bevollmächtigten Rechtsanwälte bei dem LG. zugelassen ist.)

Die bei einem nicht am Sitz des LG. liegenden AG. zur gemeinsamen Ausübung der Anwaltschaft verbundenen RL. X. und Y. hatten bei dem AG. den Erlaß eines Zahlungsbefehls beantragt; nach Erhebung des Widerspruchs und Verweisung an das

wächst, wenn alsdann vom Wechselprozesse Abstand genommen wird und das Verfahren im ordentlichen Prozesse weitergeht, also in derselben Verfahrensart, in der zuvor schon über die formellen Voraussetzungen der Wiederaufrollung des Rechtsstreits verhandelt wurde. Dies erklärt sich daraus, daß für die Tätigkeit bezüglich der Voraussetzungen der Wiederaufnahme — vielleicht zu Unrecht — dem RL. eine besondere Gebühr nicht bewilligt ist, daß diese Tätigkeit des RL. sofern sich keine Znanpruchnahme nicht darauf beschränkt, sozusagen als nicht existierend behandelt wird.

RL. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Zu 29. Die Entsch. ist zweifellos richtig. Der Wechsel in der Person des RL. war nicht notwendig. Daß ohne diesen Wechsel Mehrkosten, die nicht erstattungsfähig waren, also zu Lasten der

LG. hat RL. X. vor dies geladen, bei dem er auch zugelassen war. Es meldeten sich dann zwei am Sitz des LG. wohnende RL. als Prozeßbevollmächtigte und erwirkten ein Veräumnisurteil, auf Grund dessen sie die volle Prozeßgebühr festsetzen ließen. Durch den angefochtenen Beschluß ist die Absehung der von RL. X. für das Mahnverfahren liquidierten halben Prozeßgebühr gebilligt. Die Beschwerde hat auch keinen Erfolg gehabt. Der Kl. macht geltend, er habe lediglich den RL. Y. mit seiner Vertretung im Mahnverfahren beauftragt; da dieser bei dem LG. nicht zugelassen sei, habe nach Verweisung an das LG. notwenigerweise ein Anwaltswechsel stattfinden müssen. Dem kann nicht beigestimmt werden. Die von dem Kl. ausgestellte Vollmacht lautete auch auf den RL. X., der deshalb auch zur Vertretung des Kl. berechtigt war, mag die Bearbeitung der Sache auch durch den RL. Y. erfolgt sein. RL. X. hat auch den Kl. bei der Verhandlung vor dem LG. vertreten. War aber von den zwei im Verfahren vor dem LG. bevollmächtigte RL. auch nur einer bei dem LG. zugelassen, so war ein Anwaltswechsel für das Verfahren vor dem LG. nicht unbedingt nötig. Die Entsch. ZW. 1925, 1806 steht dieser Annahme nicht entgegen; denn dort war nur einer von zweien in Bürogemeinschaft verbundenen Anwälten mit der Vertretung im Mahnverfahren beauftragt gewesen.

Der Anwaltswechsel wäre hier allerdings dann geboten gewesen, wenn der Kl. es abgelehnt hätte, dem RL. X. die Mehrkosten zu erlassen, die dadurch entstehen mußten, daß er nicht am Sitz des LG. wohnt und die der Bekl. nach § 18 Abs. 5 RVG. nicht zu ersetzen brauchte. RL. X. hat aber jedenfalls vor das LG. geladen und sich dadurch auch als Prozeßbevollmächtigter bei dem LG. kraft seiner Zulassung bei diesem gemeldet. Von diesem Augenblick an fiel die Notwendigkeit eines Anwaltswechsels für die Zukunft fort. Dabei ist es für die Frage der Erstattungspflicht des Bekl. bedeutungslos, ob die am Sitz des LG. wohnenden RL., obwohl sie nur um Vertretung im Termin ersucht waren, als Prozeßbevollmächtigte auftreten durften, und ob deshalb der Kl. ihnen gegenüber einen Anspruch auf Kürzung der Prozeßgebühr um die Hälfte hat (§ 43 RVGebD.). In dem Kostenfestsetzungsverfahren ist von der Unterstellung auszugehen, daß RL. X. Prozeßbevollmächtigter geblieben ist; insofern ist nach § 38 Abs. 2 RVGebD. die Gebühr für das Mahnverfahren auf die ihm zustehende Prozeßgebühr zu verrechnen, mag er diese auch gar nicht liquidiert haben.

(DVG. Königsberg, Beschl. v. 16. Juni 1930, 7 W 545/30.)

Mitgeteilt von DVG. Sietloff, Königsberg.

\*

30. § 32a RVG.; § 225 BGB. Zulässigkeit der Abkürzung der Verjährungsfrist in der Vollmachtsurkunde.)

Eine Genossenschaftsbank hat ihren früheren RL. wegen ihres Schadens im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen einen Schuldner verklagt. Der Bekl. hat u. a. Verjährung des Schadensanspruchs eingewendet unter Hinweis auf die Vollmachtsurkunde, in der sich

obliegenden Partei, erwachsen, berechtigten nach den gesetzlichen Bestimmungen diese nicht, statt dessen Mehrkosten zu Lasten des Gegners entstehen zu lassen. Uns RL. interessierten aber weiter die sich — als eine Folge der Simultanzulassung — ergebenden standespolitischen Probleme, die mit dem Fragenkomplex: „Gebührenteilung, Terminwahrnehmungen durch die simultan zugelassenen Rechtsanwälte“ usw. zusammenhängen. Zur Zeit sind diese Fragen noch im Flusse; es ist zu erwarten, daß sich eine einheitliche Lösung — vielleicht regional verschieden — allmählich herausbilden wird, wie es im wesentlichen in den Gebieten der schon früher eingeführten Simultanzulassung der Fall ist. Zu beachten ist, daß die Simultanzulassung, die mit auch dazu bestimmt sein sollte, der am Orte eines auswärtigen LG. innerhalb des LG-Bereichs wohnenden Partei die Führung landgerichtlicher Rechtsstreite zu erleichtern, die umgekehrte Folge haben kann, nämlich daß eine Erschwerung durch Verteuerung eintritt unter Entlastung des Gegners. Denn ohne die Simultanzulassung wäre unter Umständen für den am LG-Sitze wohnhaften RL. eine Korrespondenzgebühr erstattungsfähig gewesen neben der Prozeßgebühr des am LG-Sitze wohnenden RL.; durch die Simultanzulassung kann statt zwei nur die eine Gebühr zur Erstattung kommen. Es passen eben die alten Normen nicht mehr völlig auf die veränderten Verhältnisse, zu den gesetzlichen Änderungen, wie zu der Verschiebung aller sonstigen Lebensfragen.

RL. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Zu 30. Die Entsch. wird von der eingehenden Begründung rechtlich durchaus getragen. Es gilt dies zunächst von der Darlegung, daß die in der Vollmachtsurkunde enthaltenen Bedingungen durch die Unterschrift von der — langjährigen — Klientin genehmigt wurden. Bei der Beurteilung des Inhalts der abändernden Bestimmung könnte man daran denken, ob nicht dieselbe so zu verstehen sei, daß sie die gesetzliche Bestimmung nur ergänzen, nicht aber völlig ersetzen wollte, so daß — in gewisser

die Kl. durch Unterzeichnung mit einer Abkürzung der Verjährungsfrist auf zwei Jahre nach beendeter Vertretung einverstanden erklärt habe. Das OLG. hat die Verjährungseintrede für begründet erachtet. Die fünfjährige Verjährungsfrist des § 32a N. d. für Schadensansprüche gegen Kl. kann nach der auf § 32a anwendbaren Vorschrift des § 225 Satz 2 BGB. abgekürzt werden. Die Beschränkung der Verjährung auf zwei Jahre in der Vollmachtsurkunde der Kl. ist daher zulässig. Sie stellt auch nicht dadurch, daß die Verjährungsfrist erst „nach beendeter Vertretung“ beginnen sollte, eine Erschwerung i. S. des § 225 Satz 1 BGB. dar, so daß die Abkürzungsabrede nichtig wäre. Zwar können auf Grund der Vollmachtsbestimmung Fälle eintreten, in denen der Zeitpunkt der „beendeten Vertretung“ später liegt, als der nach der Vorschrift des § 198 BGB. mangels einer Vereinbarung geltende Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs, so daß der Anspruch auf Grund der Vereinbarung später verjähren würde, als wenn sie nicht getroffen worden wäre. Diese unter Umständen ungünstige Wirkung der Abrede ergibt sich jedoch nur als mittelbare Folge. Nach § 225 Nr. 1 BGB. ist aber nur eine Vereinbarung nichtig, mit der die Verjährung unmittelbar erschwert werden soll.

Die Verkürzung der Verjährungsfrist und die Festlegung ihres Beginns auf den Zeitpunkt der beendeten Vertretung ist durch die Unterschrift der Kl. auf der Vollmacht für den Bekl., gültig verabredet. Zu Unrecht wendet die Kl. ein, sie habe nur eine Vollmacht unterzeichnet, nicht aber ein Abkommen über die Abkürzung der Verjährungsfrist mit dem Bekl. treffen wollen. Jeder, der eine Urkunde unterschreibt, hat die Pflicht, sich von dem gesamten Inhalt der Urkunde sorgsam zu unterrichten. Diese Sorgfaltspflicht trifft in erhöhtem Maße die Kl. Die Vertreter einer Bank und damit eines dem Wirtschaftsleben angehörigsten Unternehmens haben sich in zahlreichen Fällen mit Urkunden zu befassen, kennen daher Wesen und Bedeutung einer Urkunde und können sich nicht darauf berufen, von dem Inhalt eines so wichtigen Schriftstücks, das Rechte und Pflichten begründet, nur zum Teil Kenntnis genommen zu haben. Da der Bekl. zudem unstreitig jahrelang die Rechtsstreitigkeiten der Kl. geführt hat, mußte den Vertretern der Kl. in dieser geraumen Zeit der Inhalt der Vollmachtsformulare des Bekl. bekannt geworden sein, und eines besonderen Hinweises des Bekl., wie ihn die Kl. verlangt, daß die Urkunde außer der Vollmacht auch andere rechtsgeschäftliche Erklärungen enthalte, bedurfte es nicht. Durch die Unterschrift der Vollmachtsurkunde, ohne vom Inhalt vollständig Kenntnis zu nehmen, hat sie sich mit den gesamten über ihrer Unterschrift stehenden und somit durch sie gedeckten Inhalt der Urkunde einverstanden erklärt. Ein gesetzlicher Grund für eine Anfechtung dieser Willenserklärung ist nicht gegeben. Die zweijährige Verjährungsfrist läuft hier, entgegen der Ansicht der Kl., nicht erst vom Schlusse des betreffenden Jahres, sondern vom Tage der Beendigung der Vertretung an.

(OLG. Königsberg, 4. Zivilsen., Ur. v. 15. Mai 1930, 5 U 58/30.)

Mitgeteilt von OLG. Ermel, Königsberg i. Pr.

\*

### Raumburg.

31. § 771 ZPO.; §§ 559, 560 BGB. Das Vermieterpfandrecht erlischt nicht, wenn der Vermieter die Sachen pfändet. In der Pfändung liegt keine Geltendmachung des Vermieterpfandrechts. Der Widerspruchsklage des Dritteigentümers kann der Vermieter aber Arglist entgegenhalten.)

Der Kl., der sich von W. zur Sicherheit für ein gegebenes Darlehen eine Anzahl von Wohnungseinrichtungsgegenständen gegen

Weise ähnlich der Bestimmung des § 852 BGB. usw. — die Verjährung in zwei Jahren nach Beendigung der Vertretung, unter allen Umständen aber in fünf Jahren nach Entstehung des Anspruchs vollendet wäre. Es ist aber die Bestimmung des Vollmachtsformulars über den Beginn der Verjährung mit Rücksicht auf das bestehende Vertretungs- und Vertrauensverhältnis gewählt, damit während desselben der Klient nicht genötigt sein soll, seinem Berater und Vertreter auch als Regressfordernder gegenüberzutreten. (Eine solche Abmachung hatte gerade das OLG. Königsberg: JW. 1930, 1064<sup>o</sup> auch ohne ausdrückliche Vereinbarung als beiderseitige An- und Absicht der Parteien unterstellt.) Von diesem Gesichtspunkt aus muß die Auslegung, welche die Entsch. annimmt, als die richtige anerkannt werden. Dann verdient die sich anschließende Ausführung, daß ein Verstoß gegen § 225 BGB. nur anzuerkennen ist, wenn eine Erschwerung der Verjährung beabsichtigt ist, und nicht schon, wenn eine solche unter besonderen, ziemlich unwahrscheinlichen Umständen als Folge der Bestimmung eintreten kann, volle Billigung. Endlich erscheint auch die Annahme zutreffend, daß nach dem Willen des Kl., dem sich der andere Teil durch seine Unterschrift angeschlossen, die Verjährungsfrist alsbald mit der Beendigung des Vertretungsverhältnisses, nicht erst mit dem 1. Jan. des folgenden Jahres zu laufen begann.

N. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

leihweise Weiterbelassung an W. durch Vertrag v. 16. Nov. 1925 hatte übereignen lassen, verlangt mit der Klage auf Grund des § 771 ZPO. die Erklärung der Unzulässigkeit einer Pfändung, die der Bekl. in diese Sachen am 22. u. 25. Jan. 1929 aus einem Vollstreckungstitel gegen W. wegen Mietzinsforderungen aus dem Jahre 1928 ausgebracht hat. Der Bekl. hat — abgesehen von anderen Einwendungen — seine Klageabweigerung darauf gestützt, daß der Kl. sich auf sein Eigentum an den Sachen nicht berufen könne, weil die von W. in die Mietwohnung eingebrachten, gepfändeten Sachen dem Vermieterpfandrecht unterworfen gewesen seien, in der Pfändung eine Ausübung des Vermieterpfandrechts liege und daher das Eigentum des Kl. seinem Recht aus der Pfändung nachstehe. Die Parteien sind darüber einig, daß die gepfändeten Sachen vom Gerichtsvollzieher nach der Pfändung aus der Mietwohnung fortgeschafft, zum Teil auch versteigert sind, und daß der Gerichtsvollzieher den Erlös als Streitmasse unter den Parteien hinterlegt hat. Die Klage ist, soweit hier in Betracht kommend, aus folgenden Gründen abgewiesen worden:

Der Kl. hatte auf Grund des Sicherungsübereignungsvertrages und der darin vereinbarten leihweisen Weiterbelassung der Sachen an W. rechtswirksam nach §§ 929, 930 BGB. Eigentum an ihnen erworben. Sein Eigentum war aber von vornherein mit dem gesetzlichen Vermieterpfandrecht aus § 559 BGB. belastet gewesen und ist damit auch trotz Pfändung, Fortschaffung und teilweisen Verkauf der Sachen durch den Gerichtsvollzieher belastet geblieben.

Das Vermieterpfandrecht war nach § 559 Satz 1 BGB. mit der Einbringung der Sachen in die Mietwohnung durch W. grundsätzlich für alle seitdem aus dem Mietverhältnis entstehenden Forderungen begründet, und es war auch nicht infolge des Verkaufs der Sachen an den Kl. erloschen, weil der Kl. unstreitig niemals den unmittelbaren Besitz der von ihm zur leihweisen Weiterbenutzung an W. belassenen Sachen erlangt hat (§ 936 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Es bestanden an den dem Kl. verkauften Sachen auch wegen der hier in Frage kommenden Mietzinsforderungen, obwohl der Verkauf schon am 16. Nov. 1925 erfolgt war und die Mietzinsforderungen erst aus dem Jahre 1928 herrührten; denn für die Berechnung der Sperrfrist aus § 559 Satz 2 ist die jeweilige Geltendmachung des Vermieterpfandrechts durch den Vermieter der maßgebliche Zeitpunkt, nicht ein etwa schon früherer Verkauf der Sachen, wie es der Kl. annimmt (Staudinger, BGB. 7. 3, §§ 559 VI 3 b, 560 Abs. 1 a. E.). Sonst würde es der Mieter in der Hand haben, das Vermieterpfandrecht völlig zu vereiteln, indem er alle seine eingebrachten Sachen verkauft, dann während der Sperrfrist des § 559 Satz 2 noch die Miete bezahlt, darauf aber damit aufhört, so daß der Vermieter, der zudem in der Regel von dem Verkauf überhaupt nichts wissen wird, nun gänzlich ungegütet bliebe. Ein solches Ergebnis widerspräche dem Sinn und dem Zweck des wesentlich eine Schutzvorschrift für den Vermieter enthaltenden § 559.

Der Kl. hatte demnach die ihm übereigneten Sachen belastet mit dem seinem Eigentumsrecht vorgehenden Vermieterpfandrecht erworben, und er muß das Vermieterpfandrecht auch wegen der hier fraglichen Mietzinsforderungen gegen sich gelten lassen.

Durch die Pfändung wegen der Mietzinsforderungen erlosch das Vermieterpfandrecht nicht; es trifft auch nicht zu, daß das gesetzliche Vermieterpfandrecht sich, wenn die ihm unterliegenden Sachen des Mieters vom Vermieter wegen seiner Mietzinsforderungen gepfändet werden, insoweit in ein Pfändungspfandrecht verwandelt (so Staudinger a. a. O., § 560 A. 6). Für eine solche Rechtsbildung fehlt es im Gesetz an jedem Anhalt. Der Vermieter behält vielmehr sein Vermieterpfandrecht und erwirbt daneben das Pfändungspfandrecht (Mittelstein, Mietz. 3, § 36<sup>3</sup>, S. 552, § 85<sup>3</sup>, S. 547 zu Note 11, 12). Es besteht weder ein rechtlicher Grund noch werden regelmäßig, von seltenen besonders gearteten Fällen abge-

Zu 31. Die interessante Entsch. hat eine tatbestandliche Besonderheit insofern, als die von den Parteien in Anspruch genommenen Gegenstände schon versteigert wurden, der Prozeß also nur um den Erlös geführt wird. Darauf mußte bei präjudizialer Bewertung der Entsch. jedenfalls geachtet werden.

1. Zutreffend und besonderer Erörterung nicht bedürftig sind die Ausführungen, daß Kl. das Eigentum mit dem Vermieterpfandrecht belastet erwartete, daß bei Berechnung der Sperrfrist nach § 559 Satz 2 BGB. nicht auf den Abschluß des Übereignungsvertrages abgestellt werden kann, sowie daß die Beschaffung der Gegenstände durch den vom Vermieter beauftragten Gerichtsvollzieher nicht als eine den Untergang des Vermieterpfandrechts bewirkende Entfernung anzusehen ist.

2. Daß der Vermieter, der statt des ungewöhnlichen, mit Kostenrisiken verbundenen Wegs nach § 1228 BGB. den Mietzins einklagt und daraufhin pfänden läßt, sein Vermieterpfandrecht nicht verliert, ist im Ergebnis gewiß zu billigen und entspricht der herrschenden Meinung. Die rechtliche Konstruktion der Entsch. ist jedoch nicht befriedigend. Es wird darauf abgehoben, daß durch die Fahrnispfändung das Vermieterpfandrecht nicht „geltend gemacht“ werde, so daß nur mit der *exceptio doli* geholfen werden konnte. Die Argumentation scheint nicht zwingend genug, als daß nicht ein einfacherer und klarerer Weg

sehen, sonstige Umstände vorliegen, um das Gegenteil anzunehmen. Gelegentlich Pfandrecht und Pfändungspfandrecht sind sowohl in ihrer Gestalt wie auch in ihrer Auswirkung durchaus voneinander verschieden und lassen ein Nebeneinanderbestehen wohl zu. Der regelmäßige Weg, auf dem ein Vermieter gegenüber dem säumigen Mieter zu seinem Mietzins zu gelangen sucht, wird immer der sein, daß er wegen der Mietzinsforderung einen vollstreckbaren Schuldtitel erwirkt und daraufhin beim Mieter pfänden läßt. Der Weg, in Ausübung seines Vermieterpfandrechts durch Pfandverkauf nach § 1228 ff. BGB. zu seinem Geld zu kommen, wird in den seltensten Fällen einmal eingeschlagen. Kein Vermieter, der auf die erstere Weise, also durch Pfändung, gegen den Mieter vorgeht, denkt daran, daß ihm dann sein gelegentliches Pfandrecht verloren gehen könnte, noch weniger will er es damit freiwillig aufgeben. Ein Verzicht auf sein gelegentliches Pfandrecht oder auch nur ein Einverständnis in die Umwandlung des Pfandrechts zu einem Pfändungspfandrecht liegt ihm ganz fern. Gegen ein Erlöschen oder eine Verwindung des Vermieterpfandrechts im Fall einer Pfändung durch den Vermieter spricht auch die wirtschaftliche Erwägung, daß der Vermieter alsdann der Gefahr eines Verlustes ausgesetzt wäre, ohne daß dazu irgendeine Notwendigkeit besteht; denn das Pfändungspfandrecht ist weniger wert als das gelegentliche Vermieterpfandrecht; die Pfändung ist immer nur eine bloß vorläufige Maßregel, deren Rechtsbeständigkeit und Ergebnis häufig von Umständen abhängt — so z. B. von Vorpfändungen oder dem Bestehen sonstiger dem Pfändungspfandrecht des Vermieters vorgehenden Rechten —, die dem Vermieter regelmäßig unbekannt sein werden und es ganz im ungewissen lassen, ob er mit der Pfändung überhaupt den beabsichtigten Erfolg erreicht. Behält er daneben aber sein Vermieterpfandrecht, so ist er dadurch, weil es im Vergleich zum Pfändungspfandrecht das stärker wirkende Recht ist, weit eher gesichert. Geht man hier von aus, so sind auch vorliegendenfalls die dem Kl. übereigneten Sachen unbeschadet der vom Bekl. ausgebrachten Pfändung und seiner sich aus ihr ergebenden Rechte mit dem dem Eigentum des Kl. vorgehenden Vermieterpfandrecht belastet geblieben.

Das Vermieterpfandrecht ist weiter auch nicht dadurch erloschen, daß der Gerichtsvollzieher die zunächst im Gewahrsam des belasteten Sachen zur Verwahrung nach der Pfandkammer nahm. Es ist in Rpr. und Rechtslehre (s. darüber Staubinger a. a. D., § 560 A. 5a, auch § 561 VI) jetzt so gut wie allgemein anerkannt, jedenfalls weitläufig überwiegende Ansicht, daß die Fortschaffung der gepfändeten Sachen vom Grundstück durch den Gerichtsvollzieher jedenfalls dann keine das Vermieterpfandrecht zum Erlöschen bringende Entfremdung i. S. des § 560 BGB. ist, wenn die Pfändung für einen anderen Gläubiger des Mieters als den Vermieter geschehen ist, da dann der Vermieter kein Widerspruchsrecht gegen die Wegbringung der Sachen hat, sondern nur das Recht aus § 805 ZPO. auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös. Entsprechend das gleiche muß aber auch in dem Fall gelten, wenn die vom Gerichtsvollzieher fortgeschafften Sachen für den Vermieter — sei es für ihn allein, sei es, wie es hier bei einigen der Sachen geschehen ist, für ihn und noch für einen anderen Gläubiger — gepfändet worden sind; denn auch in diesem Fall hat der Vermieter kein Widerspruchsrecht gegen die Fortschaffung. Der Gerichtsvollzieher hat nach seinem eigenen Ermessen darüber zu befinden, ob er die Sachen beim Schuldner (Mieter) beläßt oder ob er sie in anderweitigen Gewahrsam bringt; an Anweisungen des Gläubigers (Vermieters) ist er dabei nicht gebunden. Da man den Grund des Fortbestehens des Vermieterpfandrechts in diesem Fall auch darin sehen will, daß der Vermieter durch den

vorzuziehen wäre. Abgesehen von der hier nicht in Frage kommenden Besonderheit in § 561 Abs. II Satz 2 BGB. ist der Begriff „Geltendmachung“ nicht umschrieben. Unstreitig ist das Vorgehen nach § 1228 BGB. nicht die einzige Form der Geltendmachung (Zurückbehaltungsrecht usw.). Insbes. in dem vorliegenden Fall, in dem es sich um den Erlös handelt, dürfte die Geltendmachung gewiß darin erblickt werden, daß der Vermieter Befriedigung nach § 805 ZPO. beansprucht. Die Kl. hätte also schon deshalb abgewiesen werden müssen, weil eine Geltendmachung vorlag.

Aber auch wenn die Versteigerung der Pfandstücke noch nicht erfolgte, sollte man annehmen, daß die Auszahlung der Mietzinsforderung und die daraufhin vorgenommene Pfändung „Geltendmachung“ des Vermieterpfandrechts sei, wenn nur — wofür zu vermuten ist — der Vermieter eine irgendwie geartete, beschleunigte Verwirklichung seines Vermieterpfandrechts erstrebt. Jedenfalls kann aber die Geltendmachung darin erblickt werden, daß der Vermieter, wenn auch erst auf die Intervention gegen die Pfändung, erklärt, daß er auf das Vermieterpfandrecht abbehe. Die Streitfrage, die das OLG. Naumburg m. E. im übrigen zutreffend entschieden hat, sollte im Grunde akademisch bleiben. Es ist unerwünscht, wenn bei solch einfacher Sachlage nur auf den Notbehelf der exceptio doli zurückgegriffen werden muß.

3. Dabei ist insbes. zu bedenken, daß die Frage, ob einer Klage nach § 771 ZPO. mit der Einrede der Arglist begegnet werden kann, bestritten ist (vgl. insbes. Jacu-

Gerichtsvollzieher den Besitz der Sachen hat (so Mittelstein a. a. D., § 86<sup>3</sup>, S. 552), kann dahinstehen.

Untergegangen ist schließlich das Eigentum des Kl. belastende Vermieterpfandrecht auch nicht durch die Versteigerung der Sachen. Es setzt sich vielmehr mit seinem früheren Rang an dem an die Stelle des eigentlichen Pfandgegenstandes getretenen Versteigerungserlös fort (RG. 119, 269).

Da also das Eigentum des Kl. hier mit dem ihm vorgehenden Vermieterpfandrecht von vornherein belastet gewesen ist und trotz der Pfändung für den Bekl., der Wegschaffung der Sachen durch den Gerichtsvollzieher und der Versteigerung auch belastet geblieben ist, hat der Kl. nur dann das Recht, der vom Bekl. ausgebrachten Pfändung in die Sachen nach § 771 BGB. zu widersprechen, wenn in der Pfändung durch den Bekl. keine Geltendmachung des Vermieterpfandrechts zu sehen ist (vgl. über diese Streitfrage u. a. Mittelstein a. a. D. S. 546; Riendorff, Mietrecht<sup>10</sup>, § 56, S. 417; JW. 1928, 760<sup>4</sup> u. 2689 ff. [Jacuziel]; 1929, 2855 ff. [Münzel] u. 2899<sup>12</sup>; JurAbsh. 1930, 109 ff. [Vahr]; WAnw-Mitteil. 1930, 46 [Brüning]). In der Pfändung liegt keine solche Geltendmachung. Zur Geltendmachung seines Vermieterpfandrechts steht dem Vermieter der Weg der Befriedigung durch Pfandverkauf nach Maßgabe der §§ 1228 ff. BGB. offen. Verfolgt er dagegen seine Rechte aus dem für die Mietzinsforderung erlangten Schuldtitel durch Pfändung, dann macht er seine persönliche Forderung aus dem Schuldtitel geltend, er übt aber nicht, auch nicht mittelbar, sondern eben nur, um zu gleichem wirtschaftlichen Ziel zu kommen, das dingliche Vermieterpfandrecht aus.

Dem Kl. würde hiernach also an sich allerdings die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. zur Seite stehen, weil sein, wenn auch mit dem Vermieterpfandrecht belastetes Eigentum dem Recht des Bekl. aus der Pfändung, da sie keine Ausübung des Vermieterpfandrechts ist, vorgeht. Dennoch kann sich der Kl. dem Bekl. gegenüber nicht auf sein Eigentum berufen; denn er würde arglistig handeln, wenn er das tut (Riendorff a. a. D. S. 417 Note 9 und die oben angeführten Stellen in JW. usw.). Er müßte das, was er auf Grund seiner Widerspruchsklage erlangt, dem Bekl. alsbald wieder herausgeben, weil der Bekl. sich ihm gegenüber auf sein Vermieterpfandrecht mit der Folge berufen kann, daß der Kl. mit seinen Ansprüchen aus dem Eigentum zurücktreten müßte.

Der Kl. kann hiernach nicht verlangen, daß die Pfändung für unzulässig erklärt wird, und deshalb, soweit die Pfandstücke versteigert und der Erlös hinterlegt ist, auch nicht die Einwilligung in die Auszahlung des Versteigerungserlöses an ihn beanspruchen.

(OLG. Naumburg, Ur. v. 24. Juni 1930, 7 U 123/30.)

Mitgeteilt von OLG. Biedermann, Naumburg.

\*

## Nürnberg.

32. Art. I und IV Ges. betr. die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen und Änderung des Gerichtskostengesetzes v. 20. Dez. 1928; Art. 153 RVerf.; § 1 I ArmAnwG. Erstattung von Anwaltsgebühren aus der Staatskasse, wenn die gebührenpflichtige Tätigkeit in der Zeit v. 1.—20. Juli 1928 ausgeübt worden ist, die Festsetzung der Gebühren aber erst nach dem Inkrafttreten des Ges. v. 20. Dez. 1928, d. i. 29. Dez. 1928 erfolgt. Grundsätze über die Erstattung von Reisekosten aus der Staatskasse. †)

Es handelt sich in erster Linie um die Streitfrage, ob in dem in der Überschrift bezeichneten Fall die vollen Gebühren nach der

fiel: JW. 1928, 2689). Grundsätzlich wird dabei mit großer Vorsicht zuzugehen werden müssen. Sonst könnte sich etwa der Gläubiger, dem der Interventient persönlich haftet, der aber gegen den Interventienten keinen vollstreckbaren Titel erwirkt hat, entgegen der herrschenden und zutreffenden Ansicht auf die Einrede der Arglist berufen, weil der Interventient für die Bezahlung doch aufzukommen habe. Die auf das Bestehen eines Vermieterpfandrechts gestützte exceptio doli gegenüber der Klage auf Aufhebung einer Pfändung könnte — wenn die Pfandstücke noch realiter vorhanden sind — auch nicht durchschlagen, wenn der Gläubiger zwar das Pfändungspfandrecht auf die Intervention hin ausüben müßte, nachträglich aber auf Grund des Vermieterpfandrechts die dem Interventienten gehörenden Gegenstände versteigern lassen könnte. Zu diesem Ergebnis muß man schon angesichts der Verschiedenheiten gelangen, die für den Pfandverkauf nach § 1228 BGB. einerseits und § 814 ff. ZPO. andererseits gelten und die sich möglicherweise auf den Interventienten auswirken können. Es bleibt also festzustellen, daß (auch bei Billigung der Entscheidungsgründe im übrigen) die exceptio doli nicht hätte durchgreifen können, wenn es sich nicht eben nur um den Erlös gehandelt hätte und dabei allerdings der Interventient statim redditus gewesen wäre. Nur unter dieser Voraussetzung konnte die Einrede der Arglist durchschlagen.

NL. Dr. Bauer-Mengelberg, Heidelberg.

Zu 32. Der Stellung, die das OLG. Nürnberg entgegen den von ihm selbst angeführten Obergerichten einnimmt, kann nicht zu-

RVeB.D. oder die geringeren Gebühren nach dem Ges. v. 20. Dez. 1928 zu erstatten sind.

Das OLG. kommt in Übereinstimmung zu seiner bisherigen Rspr. (vgl. BayRpsfz. 1930, 165) zur vollen Anwendung des Art. II Abs. 2 RVeB. v. 20. Dez. 1928, der auf anhängige Sachen die neuen Gebührensätze rückwirkend zur Anwendung bringt und vermag den von Friedländer: ZfR. 1930, 2030 zitierten gegenteiligen Entsch. des RG. und der OLG. Köln und München nicht zu folgen.

Zunächst ist der Gesichtspunkt, daß die früheren Gebührenvorschriften die Rückwirkung, soweit wohlerrworbene Rechte des Anwalts in Frage stehen, versagen und daß der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Besserstellung der Pflichtanwälte durch die neuen Vorschriften im allgemeinen an eine Verschlechterung des Gebührenanspruchs in Einzelfällen nicht gedacht habe, für die Nichtanwendbarkeit der klaren Bestimmung des Art. II Abs. 2 nicht zu verwerten, abgesehen davon, daß keinerlei Inhaltspunkte dafür bestehen, daß der Gesetzgeber wirklich so gedankenlos gewesen sei. Es liegt vielmehr nicht fern, daß mit der Besserung der Lage der Pflichtanwälte durch die neuen Vorschriften eine rückwirkende Kraft, auch diejenigen Gebührensätze rückwirkend beseitigt werden wollen, die nach mehrjähriger Einschränkung der höheren Sätze des Ges. v. 6. Febr. 1923 infolge einer Gesetzgebungslücke v. 1.—20. Juli 1928, in diesem Falle ungewollt vom Gesetzgeber, wieder zum Aufleben kamen. Jedenfalls ist eine Ausnahme von der Rückwirkung gesetzgeberisch nicht zum Ausdruck gekommen. Der Senat vermag sich aber der Ansicht auch nicht anzuschließen, daß die Bestimmung des Art. II Abs. 2 gegen Art. 153 RVeB. verstöße und deshalb ungültig sei.

Die RVeB. gewährleistet in Art. 153 das Eigentum, dem nach der herrschenden Auffassung auch andere Vermögensrechte gleichzustellen sind. Sie gestattet eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage. Der Begriff der Enteignung ist aber nach der zu billigen Auffassung der neuesten Rspr. des StGH. (vgl. RG. 124, Anh., 33 und des RG.: RG. 128, 171 im Anschluß auch an frühere Verfassungsbestimmungen; vgl. Anschuß zu Art. 153 RVeB., A. 6) i. S. eines Einzeleingriffs in das Eigentum oder sonstige Vermögensrechte oder in einen engen Kreis von solchen in erster Linie durch Verwaltungsakt, aber auch im Wege der Gesetzgebung aufzufassen. Die allgemeine gesetzliche Regelung eines Rechtsgebiets, die nach Art. 153 Abs. 1 RVeB. in zulässiger Weise Inhalt und Schranken der Rechte und Pflichten bestimmt und damit auch Veränderungen bestehender Rechtsinhalte notwendig mit sich bringt, kann unter den Begriff der Enteignung nicht gebracht werden

gestimmt werden. M. E. entschied über die Gebühren aus der novellenlosen Zeit v. 1.—20. Juli 1928 schon das Ges. v. 14. Juli 1928. Dieses bestimmt in Art. II Abs. 1 Satz 3, daß die vor seinem Inkrafttreten erwachsenen höheren Gebühren dem RV. verbleiben, auch wenn die Instanz erst später zur Erde geht. Sollte diese Anordnung beseitigt werden, als im Dezember 1928 eine endgültige Regelung an Stelle des provisorischen Zulagegesetzes trat, so hätte eine ausdrückliche Aufhebung des Art. II Abs. 1 Satz 3 Ges. v. 14. Juli 1928 ausgesprochen werden können und müssen. Soweit eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, und eine solche ist insbes. nicht in der Bestimmung des Art. II Abs. 1 Satz 3 Ges. v. 14. Juli 1928 zu erblicken, greift das Ges. v. 20. Dez. 1928 in die früher getroffenen Regelungen nicht ein. Denn es ist nicht anzunehmen, daß ein Gesetz bereits eingetretene Folgen einer gesetzlichen Bestimmung aufhebt und aufheben will, wenn dies nicht ganz klar zum Ausdruck gebracht ist. Dies leitet zugleich zur Betrachtung des weiteren Gesichtspunktes über, demjenigen der Enteignung. Es ist in der Allgemeinheit, wie das OLG. Nürnberg es aufstellt, wohl nicht richtig, daß Enteignung nur im Falle des Spezialeingriffs in ein Einzelrecht vorliege. Auch eine Enteignung in zweifellosem Sinne des § 153 RVeB. ist durch generelle Gesetzes- oder sonstige Anordnung sehr wohl denkbar. Entscheidend ist der noch über § 153 RVeB. oder wenigstens seinen Wortlaut vielleicht hinausgehende Gedanke, daß wohlerrworbene Rechte nicht ohne Vergütung entzogen werden dürfen. Um ein wohlerrworbenes Recht handelt es sich aber zweifellos, wenn der Gebührenanspruch nicht nur im Interregnum der ersten drei Zukunftswochen erworben, sondern auch durch das Ges. v. 20. Juli 1928 anerkannt war; was das OLG. für den ersteren Zeitraum anführt, daß die Gebührenordnung vom Gesetzgeber nicht gemollt gewesen war, trifft für die Zeit nach dem 20. Juli 1928 zweifellos nicht mehr zu. Übrigens wäre der maßgebende Zeitpunkt für den Übergang nicht der 29. Dez. 1928, sondern nach Art. II Ges. v. 20. Dez. 1928 der 1. April 1929.

Bei der Beurteilung der Reisekosten fehlen natürlich die tatsächlichen Unterlagen, um nachprüfen zu können, ob die Ausführungen als zutreffend anerkannt werden müssen. Denn es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, daß bei der Vernehmung eines rechtskundigen Zeugen die Anwesenheit eines Rechtsbeistandes nicht erforderlich sein sollte; manchmal ist dies dann gerade nötig. Ebenso ist nicht zu ersehen, ob schon vor der Vernehmung zutage lag, daß die in den Terminen v. 28. März und 23. Okt. 1928 zu vernehmenden Zeugen „unwichtig“ seien; oft stellt sich dies erst bei der Vernehmung heraus. Zu billigen wird sein, was über den Termin v. 11. Aug. 1928

und ist durch die Verfassung nicht verboten. Eine Verschiebung von Rechten gegenüber dem Besitzstande ist bei solcher allgemeiner Regelung nicht vermeidbar.

Um eine solche allgemeine gesetzgeberische Regelung handelt es sich aber bei der Änderung der den Pflichtanwälten gebührenden Erstattungsansprüche gegen den Staat, die auch eine rückwirkende Neubelastung des Staates für vor Inkrafttreten des Gesetzes ausgeübte Tätigkeit des Anwalts mit sich bringt.

Liegt demnach keine Enteignung vor, so kann dahingestellt bleiben, ob die gesetzliche Neuregelung, soweit sie einen nicht mehr zeitgemäßen Übergangszustand vom Juli 1928 beseitigte, dem allgemeinen Wohle durch Erleichterung der der Allgemeinheit unbilligerweise auferlegten Lasten diene und deshalb auch einer Verfassungswidrigkeit gemäß Art. 153 Abs. 2 RVeB. ermangelt.

Soweit dagegen die Erinnerungen den Abstrich von Reisekosten betreffen, sind sie teilweise begründet.

Die Sachlage war in tatsächlicher Hinsicht im Rechtsstreit berart unklar und verwickelt, daß zu den wichtigen Beweisaufnahmeterminen v. 11. Febr., 11. Aug. 1928 und 18. Febr. 1929 die Anwesenheit des Pflichtanwalts zur sachgemäßen Vertretung der Rechte der Partei erforderlich war, während zu dem Termin v. 19. Okt. 1927 (in dem ein rechtskundiger Zeuge vernommen wurde) und in den Terminen v. 28. März und 23. Okt. 1928, in denen unwichtige Zeugen vernommen wurden, die Anwesenheit nicht geboten war. Nur zum Termin v. 11. Febr. 1928 war (wegen der Zahl von neun Zeugen) eine zweitägige Abwesenheit erforderlich, während zum 11. Aug. 1928 (gleichwie dies am 18. Febr. 1929 möglich war) eine Verlegung des Termins berart, daß nur eine eintägige Reise nötig gewesen wäre, hätte herbeigeführt werden können.

(OLG. Nürnberg, Beschl. v. 9. Juli 1930, L 336/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Wassertrübinger, Nürnberg.

### Rostock.

33. § 13 RVeB.D.; § 78 ZPO.; § 138 BGB. Auch in Ehesachen ist ein Vergleich möglich. In diesem Fall steht auch dem Prozeßbevollmächtigten die Vergleichsgebühr zu. †

Das OLG. nimmt zutreffend an, daß auch in Ehesachen Vergleiche über die Hauptsache nur insoweit unzulässig sind, als die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts die Vertragsfreiheit bei unbilligen oder verbotenen Abreden einschränken, insbes. solchen Vereinbarungen, die auf Lösung der Ehe gerichtet sind, die Anerkennung

ausgeführt ist. Es ist als nobile officium des RV. anzuerkennen, dafür zu sorgen, namentlich in Armensachen, daß die Reisekosten auf ein möglichst geringes Maß herabgemindert werden, soweit die Belange der Partei dabei hinreichend gewahrt werden können.

RA. Dr. Rud. Fürst, Heidelberg.

Zu 33. Die Beschlüsse verdienen volle Billigung. Mit Recht halten dieselben sich in dieser jetzt mehrfach behandelten Frage (vgl. OLG. Breslau, 11. ZivSen. v. 28. April 1930, 17 W 999/30) davon frei, bei der Entsch. sich von der schlagwortartigen Erwägung: „In Ehesachen ist kein Vergleich denkbar“ leiten zu lassen. Sie heben statt dessen zutreffend hervor, daß das Gebiet des Vergleichs im Ehe recht, mithin im Eheprozeß, enger begrenzt ist als bei sonstigen Rechtsverhältnissen und sonstigen Rechtsstreiten. Sie ziehen auch zutreffend diese Grenzziehung, indem sie zunächst die Unmöglichkeit, eine Scheidung oder die Aufrechterhaltung einer nichtigen Ehe im Vergleichswege zu bewirken, betonen und ausführen, daß in weiterem Umfange als bei sonstigen Rechtsverhältnissen die Vergleiche in Ehesachen einer Nichtigkeit wegen Unzulässigkeit des Inhalts unterliegen können. Aber soweit diese Schranke nicht entgegensteht, ist mit den vorstehenden Beschlüssen die Möglichkeit einer vergleichsweisen Regelung der Rechtsbeziehungen auch in Ehesachen anzuerkennen.

Die subjektiven Rechte, welche aus der Ehe und welche andererseits aus Ehedirigkeiten erwachsen, also insbes. der Anspruch auf Ehedingung einer Ehe, sind verzichtbar und können deshalb auch Gegenstand einer vergleichsweisen Regelung sein, immer unter dem Vorbehalt, daß diese Regelung nicht wegen ihres Inhalts oder des Inhalts einzelner Bestimmungen als sittenwidrig und deshalb nichtig anzusehen wäre. Dabei können Gegenstand des Vergleichs nicht nur Nebenpunkte z. B. finanzieller Art sein, wie etwa der Kostenpunkt, sondern es kann in dem angegebenen Umfange auch der Bestand der Ehe selbst Gegenstand einer Vereinbarung und mithin eines Vergleichs sein, sei es allein, sei es zugleich mit finanziellen Fragen, die sich aus der Ehe oder aber aus dem Eheprozeß ergeben. Denn alle diese Punkte können Gegenstand einer vertragmäßigen Regelung durch gegenseitiges Nachgeben sein. Daß durch diese vertragmäßige Regelung in vielen Fällen der von dem Gesetz in erster Linie gewünschte Erfolg der Aufrechterhaltung der Ehe und des Ehelebens erzielt wird, kann der getroffenen Vereinbarung den Charakter des Vergleichsvertrags, falls ein solcher an sich vorliegt, nicht nehmen. Wenn zu einem solchen Vergleichsvertrag der RV. mitgewirkt hat, ist für ihn auch die Gebühr des § 13 Ziff. 3 begründet. Natürlich kann im einzelnen Falle



bertragen (Stein-Jonas, 12./13. Aufl., § 794 Ziff. II, 1 Abs. 3; RG 57, 258). Im vorliegenden Falle diente aber der vor dem Einsetzlichen des LG abgeschlossene Vergleich v. 22. Febr. 1930 der Ausöhnung der Parteien und lag in Richtung der Aufrechterhaltung der Ehe, die vom Gesetz selbst (vgl. z. B. §§ 608, 622 ZPO.) erstrebt wird. Gegen die Rechtsgültigkeit des Vergleichs bestehen daher keine Bedenken.

Die Mitwirkung des RA. Dr. S. an dem Vergleich gehörte auch in den Rahmen der Parteivertretung, die dem RA. durch die Beordnung als Armenanwalt zugewiesen war. Ob eine Prozeßhandlung geboten ist, entscheidet innerhalb der durch die Beordnung gezogenen Grenzen der RA. nach seinem pflichtmäßigen Ermessen und nur bei offenkundiger Pflichtverletzung kann eine Streichung von Gebühren wegen Unzweckmäßigkeit oder Überflüssigkeit einer Handlung in Frage kommen (Walter-Joachim-Friedländer, RA-GebD., 7. Aufl., S. 103 N. 5af, S. 104/5 N. 10). Im vorliegenden Falle war es aber durchaus angebracht, und allem Anschein nach auch vom Richter empfohlen, den Ehestreit durch einen Vergleich gütlich beizulegen, und dazu bedurfte es nach § 78 ZPO. der Vertretung der Partei durch den Anwalt. Gegenstand des Vergleichs war nicht bloß dasjenige, was formell unter der Überschrift „Vergleich“ am Schlusse des Sitzungsprotokolls zusammengefaßt wurde, sondern auch die in den vorhergehenden Sätzen des Protokolls beurkundete Ausöhnung der Parteien in der Hauptsache. Abgesehen davon, mußte der Vergleich auch die Kosten des Rechtsstreites umfassen, weil es auch in Armenfachen der Regelung der Kostenersatzpflicht im Verhältnis zwischen den Parteien schon im Hinblick auf die mögliche Nachforderung der Gebühren bedarf.

Die vom Beschw. angezogene Entsch. des OLG. Bamberg v. 28. Okt. 1929: ZDJustWmtm. 1930, 128 beruht insofern auf einem anderen Tatbestand, als dort sich die Parteien schon vor dem gerichtlichen Vergleich persönlich ohne Mitwirkung der Rechtsanwälte ausgeöhnt hatten.

(OLG. Rostock, 2. Zivilsen., Beschl. v. 26. Mai 1930, 102 SA 1/30.)  
Mitgeteilt von RA. Hugo Gasse, Rostock.

## b) Straffachen.

### I. Materielles Recht.

Berlin.

34. §§ 186, 192, 193 StGB. Ist dem Rechtsgedanken der Güterabwägung für die Frage, ob dem Beleidiger der Schutz des § 193 StGB. zuzubilligen ist, ausnahmslos entscheidende Bedeutung zuzumessen? Wann ist dem gewählten Mittel die Absicht der Beleidigung zu entnehmen?

Wichtig ist zwar, daß in der Rspr. wie im Schrifttum die Frage, ob ein Beleidiger zur, d. h. zum Zwecke der Wahrnehmung berechtig-

streitig sein, ob ein wirklicher Vergleich vorliegt. Ein solcher wird bei Abmachungen über das eheliche Verhältnis selbst nur anzunehmen sein, wenn durch die Abmachung die Frage der ehelichen Beziehungen, insbes. die Frage der Aufrechterhaltung der Ehe sachlich geregelt wird. Dagegen werden Abmachungen, die sich bloß auf das Verfahren im Ehescheidungsprozeß beziehen, also z. B. welche von mehreren vorliegenden Ehescheidungsgründen geltend gemacht werden sollen, in der Regel nicht als ein Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 RA-GebD. anzusehen sein, sondern einen Teil des Prozeßbetriebs darstellen und deshalb durch die Prozeßgebühr abgegolten sein. Dies wird auch dann zu gelten haben, wenn durch die Folgen der getroffenen Abmachung und ihrer Durchführung subjektive Rechte des einen oder anderen Teiles berührt werden, z. B. die Beschränkung der Wiederverheiratung wegen Ehebruchs in Wegfall kommt. In der Regel, von welcher jedoch auch Ausnahmen denkbar sind, wird Gleiches auch anzunehmen sein, wenn die Vereinbarung dahin geht, daß nur von dem einen Ehe- teil sein Ehescheidungsanspruch verfolgt wird und der andere Teil zuzufügt, seinerseits einen solchen ihm etwa zustehenden Ehescheidungsanspruch nicht oder nicht weiter geltend zu machen.

RA. Dr. R. Fürst, Heidelberg.

Zu 34. Der Krebschaden der heutigen Regelung der üblen Nachrede liegt darin, daß § 186 einseitig auf die Interessen des Angegriffenen, § 193 ebenso einseitig auf die des Angreifers abgestellt ist. Es fehlt völlig an dem gesetzlichen Ausgleich der sich gegenüberstehenden Interessen (vgl. JW. 1924, 825). Die Entsch. lehnt es aber mit Recht ab, die Lösung in einer Güterabwägung schlechthin zu finden, d. h. einfach den Wert der Ehre des Angegriffenen mit dem Wert des vom Angreifer verfolgten Interesses zu vergleichen: Die Ehre irgendeines Menschen irgendeinem andern Rechtsgut gegenüber als minderwertig anzupreisen, ist ethisch unmöglich (gegen „abstrakte“ Güterabwägung auch Frank, § 193 III 2a S. 420). Vielmehr kann die Interessenabwägung immer nur dahin gehen, ob es dem Täter zumuten war, im Hinblick auf die mehr oder minder mögliche Unwahrheit der Behauptung auf Wahrung seines Interesses zu verzichten. Und dies ist ihm um so weniger zumuten, je gewissenhafter er die Behauptung auf ihre Wahrheit geprüft hat.

tigter Interessen gehandelt hat, häufig darauf abgestellt wird, ob die Abwägung der gegenseitigen Interessen die Äußerung als unbedingt erforderlich erscheinen ließ (Ulshausen, Anm. 6 zu § 193 StGB., Bd. 1 S. 887; ApzKomm. ebenda, Anm. 7 S. 634; Frank, Anm. III, 2a S. 407). Der Sen. ist aber demgegenüber zu der Überzeugung gelangt, daß dem Rechtsgedanken der Güterabwägung bei der Frage, ob der Angekl. zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat, nicht eine für allemal ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden kann. Hierbei ist für ihn bestimmend gewesen, daß die Interessen des Menschen unwägbare sind, und daß man insbesondere, wenn die Interessen von Privatpersonen im Verhältnisse zueinander in Betracht kommen, die Frage der Zubilligung des Schutzes des § 193 StGB. nicht darauf abstellen kann, ob das Interesse des Beleidigers an der Wahrnehmung seiner Rechte das verletzte Interesse des Beleidigten überwiegt. Der Sen. stellt vielmehr für solche Fälle die Frage der Zubilligung des Schutzes des § 193 StGB. darauf ab, ob die ehrenrührige Äußerung in den Grenzen des der Schutzvorschrift des § 193 StGB. zugrunde liegenden Rechts die Wahrheit zu sagen liegt, wie sich dieses Recht aus dem Zusammenhange mit den §§ 186, 192 StGB. ergibt. Das ist aber dann zu bejahen, wenn der Beleidiger bei der Abgabe der Äußerung von der Wahrheit der von ihm erhobenen Anschuldigungen überzeugt war und auch überzeugt sein konnte, wenn er sonach die Anschuldigungen nicht leichtfertig erhoben hat. Sätze der Angekl. danach der Bekl. leichtfertig, ohne genügende Anhaltspunkte, der Unrechlichkeit bezichtigt, dann mußte ihm der Schutz des § 193 StGB. allerdings verweigert bleiben (SenUrt. i. d. S. v. 13. Juni 1929; RG. 4 V 151/29; RG.: JW. 1928, 825; RGSt. 63, 93, 204). Nicht leichtfertig, nicht illoyal handelte der Angekl., wenn er im Einzelfalle genügende Anhaltspunkte hatte, die ihn zu dem von ihm geäußerten Verdacht gegen den Bekl. berechtigten ...

Mit der Abstellung des Schutzes des § 193 StGB. auf die Frage, ob der Angekl. von der Berechtigung seiner Angriffe überzeugt war und auch überzeugt sein konnte, wird gerade die Gefahr, die der Sachwalter des Privatkl. im Falle der Rechtskraft des Urts. des LG. besorgt, verhütet, daß jedermann einen Freibrief erhält, in beliebigem Umfang seine Mitmenschen an Ehre und Ansehen zu schmälern.

Ebenso wenig ließ sich aber auch mit dem Privatkl. daraus, daß der Angekl., anstatt bei dem Direktor W. zunächst mündlich vorstellig zu werden, an ihn zwecks Erlangung seiner Wiedereinstellung als Zuschneider den Brief richtete, herleiten, daß er sich eines ungeeigneten Mittels bedient habe und deshalb des Schutzes des § 193 StGB. nicht teilhaft werden könne. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht schon dem Urteilsanspruch, der Angekl. habe bei seinem Chef vergeblich vorstellig zu werden versucht, zu entnehmen ist, daß dem Angekl. kein anderes Mittel als die Absendung des Briefes zur Verfügung stand, seine Interessen wahrzunehmen. Es soll auch nicht

In diesem Sinne stellt die Entsch. darauf ab, ob der Täter die ehrenrührige Behauptung leichtfertig, ohne genügende Anhaltspunkte aufgestellt hat (die Bezugnahme auf das mysteriöse „Recht, die Wahrheit zu sagen“, ist dabei überflüssig). Das Privileg des § 193 wird also versagt, wenn der Täter hinsichtlich der (präsumtiven) Unwahrheit der Äußerung eine Schuld trifft. Der Senat hält damit an seiner Entsch. v. 30. Jan. 1928 (JW. 1928, 825) fest, wo § 193 bei fahrlässiger Fälschung der Behauptung für unanwendbar erklärt wird. Der Ausdruck „Leichtfertigkeit“ ist besser, da man von „Fahrlässigkeit“ im technischen Sinne nur spricht bei feststehendem Erfolg; die Unwahrheit der Äußerung braucht aber für § 186 nicht festzustellen, da Richterweislichkeit genügt.

Der vom 4. StrSen. des RG. herausgestellte Gedanke ist in Schrifttum und Rspr. schon wiederholt vertreten worden (vgl. v. Bar: GerS. 52, 133, 138; Köhler: GoldArch. 47, 105; Liepmann: MSchrKrimNstch. 17, 391; LG. Berlin I: JW. 1925, 82; OLG. Marienwerder: ZStW. 45, 542; OLG. Hamburg: JW. 1928, 1609). Das RG. hat früher eine Prüfungspflicht des Angreifers verneint und das Kriterium der Leichtfertigkeit für § 193 abgelehnt: RGSt. 6, 405 (409); 16, 139; 24, 304 (308); RGPr. 9, 147 (vgl. auch RGSt. 5, 56 und 34, 222, wo § 193 selbst bei Verleumdung unter Umständen für anwendbar erklärt wird). Neuerdings dagegen hat es sich zu diesem Gedanken bekannt: RGSt. 63, 92 (94) und 202 (204).

Die Auffassung des 4. StrSen. des RG. wird vom 2. StrSen. (JW. 1929, 2759) abgelehnt. Und es muß zugegeben werden, daß das geltende Recht keinen Anhaltspunkt für diese Auslegung bietet (vgl. JW. 1921, 843; 1924, 287). Es handelt sich um einen gesetzpolitischen Gesichtspunkt, der in der Strafrechtsreform eine Rolle spielt. So verlangt § 345 RommEntw. und Entw. 1919 „nachweislich entschuldigen guten Glaubens an die Wahrheit der Äußerung“. Demgegenüber stellt § 286 Abs. 2 Entw. 1925 darauf ab, ob der Täter „die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig abgewogen hat“. Daß dabei die Prüfung der Wahrheit eine Rolle spiele, wird zwar in der Begründung (S. 146) behauptet, aber im Text keinerlei Ausdruck gefunden. Immerhin könnte dies in die Fassung des Entw. 1925 noch eher hineininterpretiert werden

verkannt werden, daß aus der Wahl des Mittels nach Lage des Einzelfalls hergeleitet werden kann, daß der Beleidiger überhaupt keine berechtigten Interessen wahrnehmen, sondern lediglich beleidigen wollte (vgl. OLG. Jena: JW. 1929, 1498 und dazu zutreffend JW. 1929, 1895<sup>10</sup>). Andererseits kann auch nach Lage des Einzelfalls die Wahl des Mittels als „Umstand“ i. S. der §§ 192, 193 StGB. in Betracht kommen, der die Absicht der Beleidigung ergibt. Vorliegend ließ sich aber, wie dies das OLG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, aus der Wahl des Briefes weder das eine noch das andere herleiten.

(RG., 4. StrSen., Ur. v. 13. Jan. 1930, 4 V 364/29.)

Mitgeteilt von RGK. Dr. Boehm, Berlin.

\*

**35. § 199 StGB.** Zur Ausgleichung von Beleidigungen, durch die gleichzeitig mehrere in nahen Beziehungen zueinander stehende Personen getroffen werden, wenn nur eine dieser Personen mit einer Beleidigung erwidert. f)

Daraus, daß die Äußerung der angeklagten Ehefrau unbedenklich gleichzeitig die Ehefrau des Privatkl. und diesen selbst beleidigte, daß aber nur die Ehefrau mit einer Beleidigung erwiderte, ließ sich noch nicht mit dem Privatkl. folgern, daß die Äußerung der Angekl. nicht durch die Erwidern der Ehefrau des Privatkl. als ausgeglichen und die Angekl. nicht der üblen Nachrede zwar schuldig, aber für strafrei erklärt werden durfte. Zwar wird im Schrifttum (OpzKomm., 4. Aufl., zu § 199 Anm. 2; DLS Hausen, ebenda, 11. Aufl., Bd. 1 S. 915) wie in der Rspr. (RGUr. v. 1. April 1915, 2 V 14/15; vgl. RGZ. 47, C 317) die Meinung vertreten, daß derjenige, der durch eine beleidigende Äußerung mehrere gleichzeitig beleidigt, nicht gemäß § 199 StGB. für strafrei erklärt werden könne, wenn nur einer der durch ihn Beleidigten mit einer Gegenbeleidigung erwidere; dies deshalb, weil es, soweit der Zweitbeleidigte in Betracht komme, der die Beleidigung unerwidert gelassen habe, an den Voraussetzungen des § 199 StGB. fehle. So heißt es in dem Urteil des RG.: RGZ. 47, C 317, in welchem auf eine Beleidigung des Angekl., die sowohl den Privatkl. wie dessen Frau traf, nur der Privatkl., nicht dessen Frau erwidert hatte, dieser Tatbestand lasse die Anwendung des § 199 StGB. nicht zu. Die Vorschrift erfordere Identität der Personen. Der Beleidigte müsse auch der Gegenbeleidiger sein, und beide Beleidigungen müßten sich derart decken, daß die Beleidigung nicht über die Person des Gegenbeleidigers hinausgreife. Demgegenüber hat aber der erk. Sen. seit der Entsch. v. 24. März 1928 (4 V 79/28:

als in die des Entw. 1927 § 318 Abs. 2: „wenn ... dieses Interesse das verletzte Interesse des Beleidigten überwiegt“. Das ist die absolute Güterabwägung in dem oben abgelehnten Sinn. Im Strafrechtsschutz ist man denn auch wieder auf den „erweislich entschuldigen guten Glauben“ zurückgekommen (107. Sitzung S. 3, 12). Erheblich besser wäre die Fassung des Antrags Emminger=Well gewesen, wonach die Straflosigkeit entfällt, wenn der Täter „es unterlassen hat, die Richtigkeit der Behauptung mit der Sorgfalt nachzuprüfen, die ihm nach den Umständen zugemutet werden kann“ (95. Sitzung S. 1). Wenn man aber schon auf das Schuldmoment abstellt, dann verliert der § 193 überhaupt seine gesonderte Existenzberechtigung und muß im Tatbestand der üblen Nachrede aufgehen. (Auf die Beleidigung i. S. des § 185 bezieht sich § 193 überhaupt nicht: So neuerdings richtig RGSt. 60, 335.) In diesem Sinne Engelhard, Die Ehre als Rechtsgut S. 159: Abs. 1: „Wer leichtfertig in Beziehung auf einen andern ...“ Abs. 2: „Leichtfertigkeit i. S. des Abs. 1 liegt vor, wenn der Täter hinsichtlich der Prüfung der Wahrheit seiner Äußerung oder bei deren Formulierung nicht diejenige Sorgfalt angewendet hat, zu der er verpflichtet war in Anbetracht einerseits des mit der Äußerung etwa verfolgten Interesses, andererseits des Interesses des Angegriffenen oder Dritter am Unterbleiben der Äußerung.“ — Wie Mattil (Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse S. 112) hiergegen u. a. einwenden kann, die Größe des Interesses des Angegriffenen am Unterbleiben der Äußerung sei unabhängig von der Schwere des Ehrangriffs, ist mir unverständlich. Daß sie unabhängig ist „von dem mehr oder minder hohen Grad, mit dem der Äußernde die Äußerung für wahr hält“, ist selbstverständlich, besagt aber etwas ganz anderes.

Auf eine Schuld hinsichtlich der Formulierung der Äußerung legt neuerdings auch das RG. bisweilen Gewicht (vgl. RGSt. 63, 112 [114f.]; ferner 63, 202 [204]: „ohne genaue Prüfung und ohne Andeutung der bestehenden Zweifel“).

Gegen das Abstellen auf die „Absicht der Beleidigung“ vgl. JW. 1921, 843; 1922, 320, 1013; 1925, 58, 1013, 1025.

Prof. Dr. Engelhard, Heidelberg.

Zu 35. Die Entsch. verdient vollen Beifall: sie setzt an Stelle einer rein formalen, durch den Gesetzeswortlaut übrigens nicht einmal gebotenen Betrachtung eine weitherzige, auf den inneren Grund der §§ 199 und 233 gestützte Auslegung. Der Fortschritt gegenüber der bisherigen Rspr. liegt, wie die Entsch. mit Recht hervorhebt, schon in der RGEntsch. v. 25. März 1928 (GoldArch. 73, 23): Dort

GoldArch. 73, 23) dem Tatbestandsmerkmal der „Erwidern auf der Stelle“, wie es sich auch in § 233 StGB. findet, weitere Grenzen gesteckt (auch 4 V 348/29; 42/30). So hat er ein Erwidern in diesem Sinne insbes. auch in den Fällen angenommen, in welchen jemand zu dem durch die Ersttat Betroffenen in so nahen Beziehungen steht, daß er eine diesem zugefügte Unbill als Eingriff in seinen eigenen Rechtskreis empfindet und kraft dieser Beziehungen nach allgemeiner Rechtsauffassung zum Eintreten für den Betroffenen berufen dementsprechend die ihm widerfahrne Tat durch eine gleiche oder ähnliche Handlung vergilt. Hierfür war die Erwägung maßgebend, daß den §§ 199, 233 StGB. der Gedanke zugrunde liegt, daß bei Beleidigungen und Körperverletzungen das im Volksbewußtsein wurzelnde Empfinden für das vermeintliche Recht zu sofortiger Vergeltung als strafmildernd oder sogar strafbefreiend in Betracht gezogen werden solle. Diese Erwägungen führen zwangsläufig dazu, auch einer Beleidigung nicht deshalb die Ausgleichungsmöglichkeit abzuspreehen, weil durch sie gleichzeitig mehrere in nahen Verhältnissen zueinander stehende Personen getroffen sind, wie dies insbes. für Ehegatten gilt, und nur der eine beleidigte Ehegatte anwesend ist und demzufolge nur er die Beleidigung auf der Stelle erwidert. Die entgegenstehende Auffassung erscheint um so weniger gerechtfertigt, als der anwesende Ehegatte mit seiner Erwidern gleichzeitig auch die dem anderen Ehegatten zugefügte Unbill vergelten will. Dem Einwande im angezogenen Urteil, daß bei Anwendung des § 199 StGB. auf Fälle der vorliegenden Art der abwesende mitbeleidigte Ehegatte um jede Genugtuung gebracht werde, kann schon deshalb keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Daß bei gleichzeitigen Beleidigungen aber auch im übrigen der eine Verletzte in der Verschaffung einer Genugtuung nicht völlig unabhängig ist vom anderen Verletzten, ergibt auch § 375 StGB. Danach ließ die Straffreierklärung der Angekl. in Anwendung des § 199 StGB. im Ergebnisse keinen Rechtsirrtum erkennen.

(RG., 4. StrSen., Ur. v. 22. Mai 1930, 4 V 110/30.)

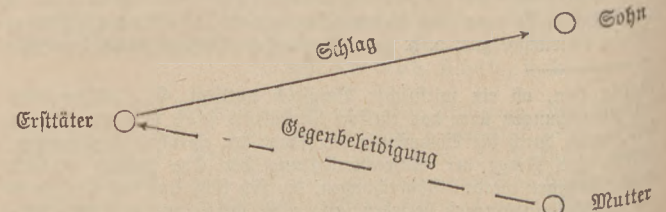
Mitgeteilt von RGK. Dr. Boehm, Berlin.

\*

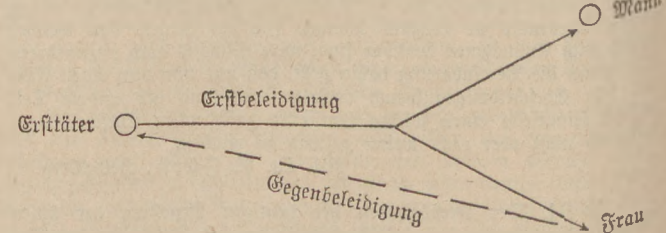
**36. §§ 11, 19 RVerG. v. 19. April 1908.** Sportspeer als Waffe. f)

Eine Verletzung der vom RG. in ständiger Rspr. (vgl. Joh. 53, 407 und Joh. ErgBd. 8, 342) auch gegenüber den Art. 123, 124 RVerf. v. 11. Aug. 1919 und gegenüber dem Aufrufe des Rates der Volksbeauftragten v. 12. Nov. 1918 (RGBl. 1303) als fact-

hatte die Mutter des geschlagenen Sohnes, also eine Angehörige, die gar nicht selbst verletzt war, den Ersttäter beschimpft.



Gleichwohl hat das RG. den § 233 mit Recht für anwendbar erklärt. — Ist diese Auffassung aber richtig, so ist die hier vorl. Entsch. erst recht geboten. Denn wenn schon bei einer nur gegen den Mann gerichteten Beleidigung eine Gegenbeleidigung durch die Frau zur Straffreiheit führen könnte, so muß bei einer gegen Mann und Frau gleichzeitig gerichteten Beleidigung



eine nur von einer der zwei verletzten Personen ausgehende Gegenbeleidigung vollends eine Aufrechnung gestatten. (Nach Entw. 27 § 320 Abs. 5 wird die Frage nicht mehr praktisch.)

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. B.

Zu 36. I. Die Entsch. nimmt mit Recht an, daß § 19 Ziff. 2 RVerG. noch gilt. Das ergibt sich aus folgender Erwägung: Der Aufzug des Rates der Volksbeauftragten hatte in B. alle Beschränkungen des Versammlungsrechtes aufgehoben. Diese Bestimmung war aktuelles Recht (ebenso RGSt. 56, 183; Anschütz, 3 zu Art. 123 RVerf.; a. A. RG.: JW. 1921, 1093 und Giese in der Anm. dazu). Zu diesen Beschränkungen gehört auch das in § 11 RVerG. enthaltene Verbot, bei einem Aufzug bewaffnet zu erscheinen.

geltendes Recht erachteten Bestimmungen des NWerG., insbes. der §§ 11, 19, läßt das angefochtene, den Angekl. wegen „Übertretung“ dieser Gesetzesbestimmungen bestrafende Ur. nicht erkennen.

§ 11 a. a. D. verbietet jedem, der nicht vermöge öffentlichen Berufs zum Waffentragen berechtigt oder zum Erscheinen mit Waffen behördlich ermächtigt ist, in einer öffentlichen Versammlung oder einem Aufzuge, der auf öffentlichen Straßen oder Plätzen stattfinden soll, bewaffnet zu erscheinen. § 19 Ziff. 2 a. a. D. droht denjenigen, der unbefugt in einer Versammlung oder in einem Aufzuge bewaffnet erscheint, mit Geld- oder Haftstrafe. Diese Strafandrohung ergibt gemäß § 1 StGB. zunächst, daß, worauf auch das RGSt. 44, 142 hingewiesen hat, eine Zuwiderhandlung gegen sie nicht, wie das O. G. angenommen und das O. G. unberichtigt gelassen hat, eine Übertretung, sondern ein Vergehen darstellt. Dieser Mangel kann die angefochtene Entsch. aber nicht berühren, da die sich aus den wiedergegebenen Gesetzesbestimmungen ergebenden Tatbestandsanfordernisse vom Vorberichter in rechtsvirtumfreier Weise festgestellt worden sind.

Der Angekl. hat nach den Urteilsfeststellungen sich an einem aus etwa 240 Teilnehmern zusammengehenden Zuge durch die Straßen P. S., also an einem „Aufzuge“ i. S. des § 19 NWerG. beteiligt; denn ein solcher liegt dann vor, wenn eine zu einem bestimmten Zwecke — als solcher ist hier eine kommunistische Kundgebung festgestellt — vereinigte Menschenmenge in einer Weise, welche die Aufmerksamkeit des Publikums zu erregen und die öffentliche Ordnung, insbes. den Verkehr zu gefährden geeignet ist, sich über öffentliche Straßen hinwegbewegt (vgl. RG.: JurWbch. 3 Nr. 782 und Joh. ErgBd. 8, 344).

Als Teilnehmer dieses Aufzuges hat der Beschw., wie der Bf. weiter als erwiesen erachtet hat, einen 2,60 m langen Speer von 2 1/2 cm Durchmesser getragen, dessen 0,28 m lange Metallspitze in Zeitungspapier eingewickelt und mit einem Bindfaden zugeschnürt gewesen ist. Diesen Speer haben die Vorinstanzen rechtlich bedenkenfrei als „Waffe“ i. S. des NWerG. angesehen. Was unter einer solchen zu verstehen sei, sagt das Gesetz selbst nicht, weil, wie der Entwurf des Gesetzes S. 33 erklärt, „dieser Begriff durch die Praxis und Rspr. hinreichend klargestellt ist“, da § 7 PrVerG. eine ähnliche Bestimmung enthielt (vgl. Hieber-Vazille, VerG. S. 122). Wie das RGSt. 44, 141 ausgeführt hat, kann aber nicht jeder Träger eines seiner Beschaffenheit nach gefährlichen Werkzeugs, z. B. eines Taschenmessers, eines Stocks oder Schirms, deshalb auch als „bewaffnet“ i. S. der §§ 11, 19 NWerG. angesehen werden. Der erk. Sen. ist vielmehr mit dem O. G. der Ansicht, daß als „Waffe“ derjenige Gegenstand zu verstehen sei, der entweder schon bei seiner Anfertigung von vornherein oder nach dem Willen des Trägers im Einzelfalle dazu bestimmt ist, sei es im Angriff, sei es in der Verteidigung, Verletzungen zuzufügen, so daß als „bewaffnet“ jeder erscheint, der einen Gegenstand der vorbeschriebenen Art oder Bestimmung bei sich trägt und sich dessen bewußt ist.

Ein Speer der vorbeschriebenen Beschaffenheit ist zwar nicht als ein Gegenstand anzusehen, der schon bei seiner Anfertigung dazu bestimmt ist, im angedeuteten Sinne als Waffe zu dienen. Das moderne Heer kennt auch nicht mehr Panzen als typische Waffe der Reiterei; sie sind — hierüber irrt die Strk. — auch in der deutschen

Damit war das in § 19 Ziff. 2 NWerG. enthaltene Strafgesetz, das dieses Verbot schützte, gegenstandslos geworden. Art. 123 Abs. 1 Nr. 1 hat das Verbot aber dadurch wieder eingeführt, daß es nur ein unbewaffnetes Sichversammeln gestattet. § 19 Ziff. 2 NWerG. ist damit wieder anwendbar geworden. Im Ergebnis übereinstimmend Anschuß, 3 zu Art. 123 Abs. 1 (mit anderer Begründung: nach Anschuß ist das Waffenverbot des § 11 NWerG. durch den Aufruf des Rats der Volksbeauftragten deshalb nicht aufgehoben worden, weil diese Bestimmung nicht lediglich eine Beschränkung der Versammlungsfreiheit darstelle, sondern zugleich zu ihrem Schutz diene) und v. Liszt-Schmidt<sup>25</sup> 859, VI.

II. Die Auslegung der Worte „bewaffnet erscheinen“ in §§ 11, 19 NWerG. bereitet Schwierigkeiten. Ganz scharfe Grenzen werden sich überhaupt nicht ziehen lassen. Sicher ist jedenfalls, daß das Führen von Waffen im technischen Sinne, also von Schuß-, Hieb- oder Stichwaffen, in aller Regel — ausgenommen etwa das Tragen alter Waffen bei einem historischen Festzug — den Tatbestand erfüllt, während das Tragen von Gegenständen, die auch der friedliche Bürger bei sich zu führen pflegt, also von Spazierstöcken, Schirmen, Taschenmessern, nicht gemeint ist. Für das Mitführen anderer gefährlicher Werkzeuge, z. B. von Sensen, Ägten, Sportspeeren, will es die vorliegende Entsch. lediglich auf den Willen des Trägers ankommen lassen. Sie steht dabei im Einklang mit RGSt. 44, 141 und mit Lindenberg in Stenglein, Strafrechtl. Nebengesetze<sup>4</sup> Bd. I 5 zu § 11 NWerG. und dem dort angeführten Schrifttum. Diese rein subjektive Auffassung würde dazu führen, daß z. B. bei einem landwirtschaftlichen Festzug von mehreren Trägern von Sensen oder Heubalken, je nach der verschiedenen Willensrichtung, der eine als unbewaffnet, der andere als bewaffnet anzusehen wäre. Diese Folgerung ist unerfreulich. Man wird daher auch für das Führen von Gegenständen, die ihrer Natur nach nicht dazu bestimmt sind, Verletzungen zuzubringen, auf die äußeren Umstände abheben müssen. Das

Reichswehr durch Verfügung v. 3. Okt. 1927 abgeschafft. Unbedenklich ist der Speer aber vom BG. auf Grund der dem Angekl. bewußten Tatumstände, daß die Aufzugsteilnehmer durch ihr Verhalten sich als mit dem aufgelösten und verbotenen Rotfrontkämpferbunde solidarisch bekannt, daß Ausschreitungen und Widerstand gegen die Staatsgewalt nicht fernzulegen haben, als ein solcher Gegenstand angesehen worden, der nach dem Willen seines Trägers im Einzelfalle gegebenenfalls dazu bestimmt war, einem Gegner Verletzungen zuzufügen.

Daß sich der Angekl. dieser Eigenschaft seines Speers bewußt gewesen ist, ergibt der von der Strk. zutreffend auch in diesem Sinne gewürdigte Umstand, daß der Angekl. die Spitze seiner Waffe in der geschilderten Weise und derart umhüllte, daß der Speer mit Leichtigkeit voll gebrauchsfertig gemacht werden konnte. Auch das O. G. hat in der oben angeführten Entsch. bezüglich einer eisernen, in der Tasche getragenen Schraubenmutter ausgeführt, daß die Umhüllung einer Waffe der Anwendung der §§ 19, 11 NWerG. nicht entgegensteht.

Daran, daß der Angekl. diese Waffe „unbefugt“ in dem Aufzuge getragen hat, kann nach dem ganzen Sachverhalt kein Zweifel bestehen. An der Feststellung der Strk., daß der in Frage stehende Speer nach dem Willen des Angekl. als seines Trägers auch dazu bestimmt war, gegebenenfalls Verletzungen zuzufügen, also als Waffe zu dienen, scheidet auch das Schutzvorbringen des Angekl., er habe den Speer lediglich als „Sportgerät“ getragen. Soweit der Angekl. meint, daß der Speer trotz seiner Bestimmung, auch als Waffe zu dienen, der Hauptsache nach ein Sportgerät darstelle, das nicht unter den Begriff der Waffe falle, handelt es sich um einen unbeachtlichen strafrechtlichen Irrtum.

Die weiteren Revisionsangriffe richten sich gegen die Beweiswürdigung des Bf., sie sind daher unbeachtlich. Nach alledem ist die Rev. unbegründet; sie war daher mit der aus der Urteilsformel sich ergebenden, oben erörterten Maßgabe zurückzuweisen.

(RG., 4. StrSen., Ur. v. 12. Mai 1930, 4 S 27/30.)

Mitgeteilt von UGR. Brust, Potsdam.

## Dresden.

37. § 61 StGB. Die Kenntnis liegt nicht schon dann vor, wenn bei mehreren in einem Schreiben gemachten Ausfällen wichtige Einzelausfälle dem Beleidigten noch nicht bekannt wurden. †)

Der Angekl. hatte an die Amtshauptmannschaft eine Eingabe gerichtet, in der verschiedene auf den Privatkl. bezügliche Auslassungen aneinander gereiht sind. Zwar finden sich diese Auslassungen in demselben Schreiben vereinigt, sie sind jedoch ihrem Inhalte nach von der Art, daß jede einzelne von ihnen, wenn sie aus der Reihe der übrigen herausgelöst wäre, auch für sich allein als ein selbständiger Ausfall gegen den Privatkl. in Betracht kommen könnte.

Wenngleich nur die Annahme des O. G. geteilt werden kann, daß der Privatkl. zum mindesten über den Inhalt einiger in jener Eingabe enthaltener Auslassungen unterrichtet war, so war zunächst doch keine Kenntnis von dem wahren Umfange der in der Eingabe gegen

führt zu dem Ergebnis, daß das Tragen eines Sportspeeres bei einer politischen Demonstration den Tatbestand des „bewaffnet Erscheinens“ erfüllt, bei einem Sportfest dagegen nicht, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Träger die Absicht hat, mit dem Speer gegenjemandem jemand zu verletzen, oder ob ihm diese Absicht fehlt. Auch zum Vorsatz des Bewaffnetseins ist diese Absicht nicht erforderlich.

Die Entsch. ist sonach im Ergebnis richtig.

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. Br.

Zu 37. Wenn in einem und demselben Schriftstück mehrere rechtlich selbständige Beleidigungen gegen dieselbe Person enthalten sind (Auslegungsfrage!), so läuft die Antragsfrist für jede einzelne Beleidigung gesondert. Anders, wenn die verschiedenen Äußerungen un selbständige Teilstücke einer fortgesetzten Handlung sind, wie das hier der Fall ist. Hier genügt es zur Verfolgung aller Teilstücke, wenn der Strafantrag auch nur wegen eines Teilstücks rechtzeitig gestellt ist. Andererseits setzt — trotz der rechtlichen Einheit der Handlung — die Kenntnis eines Teilstücks allein die Frist nicht in Lauf, sondern erst die Kenntnis aller (erheblichen) Teilstücke, vollends solcher Teilstücke, die sich als besonders schwere Ehrenkränkung erweisen. Denn erst auf Grund der Kenntnis des gesamten Umfangs und der ganzen Schwere der Kränkung kann dem Verletzten zugemutet werden, sich darüber zu entscheiden, ob er Strafantrag stellen will oder nicht. Insofern ist der Entsch. zuzustimmen.

Unklar bleibt aber, warum die Entsch. die Frage überhaupt aufwirft, da ja ein für den ganzen Umfang der Beleidigung wirklicher Strafantrag rechtzeitig gestellt ist.

(Die Ausführung von RGSt. 46, 130 stimmt nicht; vielleicht ist RGSt. 40, 319 gemeint.)

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. Br.

ihn gerichteten Ehrangriffe nur eine unvollständige. Zwar ist nicht erforderlich, daß der Antragsberechtigte diejenige Handlung, die er zur Strafverfolgung bringen will, bis in alle Einzelheiten ihrer tatsächlichen Ausführung kennt, um i. S. von § 61 StGB orientiert zu sein; hier jedoch lag es so, daß der Inhalt einer ganzen Reihe weiterer Auslassungen des Gegners unbekannt geblieben war, die nicht bloß Einzelmomente in der Ausführung einer der Hauptsache nach ihm schon bekannten Tat darstellten, sondern jede für sich den vollen Tatbestand einer Angriffs handlung gegen seine Ehre in sich verkörperten. Und gerade unter den letzteren Auslassungen befanden sich solche, die in besonderem Maße zur Herbeiführung eines Verletzungserfolges geeignet waren. Solange aber dem Privatkll. die wichtigsten Einzelausfälle des mit der Eingabe des Angekl. geschehenen Ehrangriffes, auch wenn sie mit den übrigen ihm schon bekannten Ausfällen vom Richter rechtlich zu einer Gesamttat zusammengefaßt werden, verborgen geblieben waren, besaß er eben insofern nicht diejenige Kenntnis vom wirklichen Bestande der wider ihn verübten Straftat, bei der er nach dem Willen des Gesetzgebers sich binnen drei Monaten über die Ausübung seines Strafverfolgungsanspruchs schlüssig machen mußte. Daß im vorliegenden Falle schon vor Beginn dieses Fristlaufes einzelne Auslassungen in der Eingabe zum Gegenstand des Strafantrages gemacht worden sind, ist bedeutungslos. Ob der Strafantrag bereits zu solcher Zeit gestellt werden konnte, berührt die Frage nicht, bis wann er spätestens gestellt sein mußte (RGSt. 46, 130).

(OVG. Dresden, Ur. v. 25. März 1930, 2 Ost 26/30.)

Mitgeteilt von OstA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

**38. § 163 StGB.** Die Unerheblichkeit eines Aussagespunktes kann für den inneren Tatbestand von Bedeutung sein. Die Frage der Fahrlässigkeit kommt bei Zeugen nur für den Zeitpunkt der Eidesleistung in Betracht. †)

Die Vorinstanzen haben zwar nicht verkannt, daß es sich bei der fälschlich als wahr beschworenen Tatsache nur um einen für den Gegenstand der zeugenschaftlichen Vernehmung an sich belanglosen Punkt gehandelt hat, haben aber eine strafbare Fahrlässigkeit darin gefunden, daß der Angekl. bei der Vorbereitung seiner eidlichen zu erstattenden Aussage unter Benutzung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen die Sorgfaltspflicht, die ihm oblag und nach den Umständen und seinen persönlichen Fähigkeiten ihm auch zuzumuten war, nicht angewendet, insoweit bei der Wiedergabe der zeitlichen Reihenfolge und des wahren Zusammenhangs der Verhandlungen sich versehen und schließlich bei Erstattung und Vorbereitung seiner Zeugenaussage auf eine derart mangelhafte Vorbereitung sich verlassen habe. Diese Beurteilung der Fahrlässigkeitsfrage läßt eine Überspannung des Rechtsbegriffs der Fahrlässigkeit beim Falscheid erkennen.

Der Tatbestand des fahrlässigen Falscheides setzt nach feststehender Rpr. voraus, daß die Unkenntnis des Schwörenden von der objektiven Unrichtigkeit der beschworenen Aussage auf Fahrlässigkeit beruht. Nicht dafür wird der Schwörende bestraft, daß die von ihm für wahr gehaltene Aussage nicht mit der Wahrheit übereinstimmt, sondern es muß ihm ein fahrlässiges Handeln, sei es ein der Aussage vorangehendes, sie beeinflussendes, sei es ein bei der Aussage selbst stattfindendes schuldhaftes Handeln zur Last fallen. Die Schuld besteht darin, daß er seine für wahr gehaltenen Bekundungen als der Wahrheit entsprechend nach bestem Wissen ausgegeben hat, obwohl er sich bei gehöriger Sorgfalt von ihrer Unrichtigkeit hätte überzeugen müssen, wenn er sein Gedächtnis genügend angestrengt oder die ihm zu Gebote stehenden Mittel zur Verichtigung seines Erinnerungsbildes pflichtmäßig benutzt hätte. Konnte und mußte sich der Täter zur Zeit der Eidesleistung sagen, daß er wegen mangelhafter Vorbereitung und Überlegung seine Aussage nicht als wahr beschwören dürfe, so hat er sich der fahrlässigen Verletzung seiner Eidespflicht schuldig gemacht, da er nicht mit der gebotenen

Gewissenhaftigkeit und Vorsicht zu Werke gegangen ist. Von der Verteidigung wird mit Recht geltend gemacht, daß die Strk. Umstände unberücksichtigt gelassen hat, die der Annahme eines fahrlässigen Verschuldens zur Zeit der Eidesleistung entgegenstehen.

Der Angekl. hat, als er am Tage vor der Zeugenvernehmung der Aufforderung des Prozeßgerichts entsprechend, seine Aussage schriftlich vorzubereiten, an der Hand der Akten der Bank die mit den geführten Verhandlungen der zeitlichen Reihenfolge nach nochmals nachprüfte und die ihm aus der Erinnerung entstammenden Einzeltaten sich ins Gedächtnis zurückrief, sein Augenmerk vor allem darauf gerichtet, ob überhaupt und bis zu welcher Zeit Stundung bewilligt worden war, dabei aber die Tatsache, wann die Genähigung von Stundung vereinbart worden war, mit Recht für unwesentlich gehalten.

Der Verteidigung ist zuzugeben, daß der Irrtum, der dem Angekl. bei Abfassung der seine Aussage vorbereitenden Niederschrift unterlaufen ist, einen für den Gegenstand der Vernehmung völli nebenfälligen Punkt betroffen hat. Allerdings hat sich der Vorderrichter auf den vom RG. in ständiger Rpr. (RGSt. 10, 338; 46, 142) festgehaltenen Standpunkt gestellt, daß es für den äußeren Tatbestand des wissenschaftlichen wie des fahrlässigen Falscheides nicht darauf ankommen kann, ob die Zeugenaussage in wesentlichen oder in unwesentlichen Punkten von der Wahrheit abweicht. Wohl aber ist als richtig anzuerkennen, daß die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit einer Aussage für den Nachweis des inneren Tatbestandes von ausschlaggebender Bedeutung werden kann, insofern beim fahrlässigen Falscheid eines Zeugen der Nachweis von der augenscheinlichen Bedeutungslosigkeit eines unrichtig bekundeten Umstandes nach Bestreben zur Verneinung eines fahrlässigen Verschuldens führen wird. Zu erwägen ist dabei immer, daß das Gedächtnis erfahrungsgemäß in der Wiedergabe von unwesentlichen Punkten weniger treu und zuverlässig ist, als bei solchen Umständen, deren Bedeutung sich von vornherein aufdrängt, sowie daß der Zeuge häufig keinen Anlaß hat und keine Verpflichtung fühlt, gerade auf einen von ihm für nebenfächlich gehaltenen Punkt dieselbe angespannte Aufmerksamkeit zu richten, wie auf die den eigentlichen Gegenstand der Vernehmung betreffenden Umstände (vgl. RGSt. 12, 317 und Lpsdomm. zum StGB. § 163 Ann. 1).

Ergeben sich schon aus den bisher gekennzeichneten Erwägungen begründete Zweifel, ob der Vorderrichter bei Prüfung und Entsch. der Schuldfrage das Richtige getroffen hat, wenn er annimmt, der Angekl. habe das Versehen, das ihm bei Vorbereitung seiner Aussage zugefallen, durch Außerachtlassung der Sorgfalt, zu der er verpflichtet und in dem Maße gewesen sei, verschuldet und deshalb aus Fahrlässigkeit ein falsches Zeugnis mit seinem Eide bekräftigt, so bietet die Urteilsbegründung auch noch nach anderer Richtung Anlaß zu durchgreifenden Rechtsbedenken.

Als Eidesverletzung i. S. des § 163 StGB. ist das fahrlässige Verhalten des Schwörenden bei der eidlichen Aussage selbst unter Strafe gestellt, nicht aber die Verletzung einer durch eine vorhergehende Eidesleistung gegebenen Pflicht zur Anstellung von Nachforschungen und Wiederaufrischung des Gedächtnisses. Die strafbare Fahrlässigkeit kann nicht in dem gefunden werden, was der Schwörende vor der Eidesleistung getan oder unterlassen hat, sondern nur dadurch begründet werden, daß er es im Zeitpunkt der Eidesleistung schuldhaft verabsäumt hat, sein Gedächtnis pflichtmäßig anzuspannen und insbes. äußere Hilfsmittel, die ihm zu Gebote standen und sein Erinnerungsvermögen vor Irrtümern zu schützen geeignet waren, zu diesem Zwecke zu benutzen.

Von solchen Gesichtspunkten aus betrachtet, ist der wesentliche Mangel des angefochtenen Ur. darin zu erblicken, daß die Strk. zwar einwandfrei feststellt, inwiefern der Angekl. bei der zum Zwecke der Vorbereitung seiner Zeugenaussage vorgenommenen Durchsicht der schriftlichen Unterlagen, die sich auf die in Frage kommenden Besprechungen bezogen, nicht gründlich und sorgfältig genug verfahren

Zu 38. Die Entsch. steht im Einklang mit der Rpr. des RG. Ob es richtig ist, wenn das RG. eine Rechtspflicht des Zeugen zu vorheriger Erkundigung und Ermittlung schlechthin verneint (RGSt. 62, 126 [129]; JW. 1930, 65<sup>15</sup>), mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls trifft es zu, daß nicht die Verletzung einer solchen Pflicht, sondern nur „das fahrlässige Verhalten bei der eidlichen Aussage selbst unter Strafe gestellt“ ist und die Schuld darin besteht, daß er „schwört, obgleich er sich ... sagen konnte und mußte, daß er wegen unterbliebener oder mangelhafter Vorbereitung und Überlegung so nicht schwören dürfe“ (RGSt. 37, 399). — Zur Verurteilung wegen fahrlässigen Falscheides verlangt das RG. allgemein den Nachweis, daß dem Angekl. tatsächliche Anhaltspunkte und äußere Hilfsmittel zu Gebote standen, sein Gedächtnis aufzufrischen bzw. einen Irrtum zu berichtigen (RGSt. 26, 133 [135]; 57, 234; 62, 126 [129]; 63, 370 [132]; JW. 1927, 1314<sup>9</sup>). Da nun zur Schuld die bloß objektive Gegebenheit solcher Anhaltspunkte und Hilfsmittel nicht genügen kann, verlangt Mezger (JW. 1927, 1314<sup>9</sup>), daß der Täter sich ihrer bewußt war; d. h. also, er muß sich vorstellen, daß seine Aussage infolge Nichtbenutzung dieser Hilfsmittel möglicherweise unrichtig

ist. Damit wird indessen nur die bewußte Fahrlässigkeit gedeckt, die unbewußte aber allgemein ausgeschaltet. Nach der von Mezger abgelehnten Exner'schen Lehre dagegen ist auch ein unbewußt fahrlässiger Falscheid möglich: Infolge seiner Gleichgültigkeit gegenüber der Wahrheit fallen dem Täter die Anhaltspunkte gar nicht ein (vgl. Engelhard: JW. 1929, 2718<sup>17</sup>). Unter diesem Gesichtspunkt rechtsfertig ist sich auch gerade für die unbewußte Fahrlässigkeit, mit obiger Entsch. und dem RG. (RGSt. 10, 338 [340]; 26, 133 [136]; JW. 1929, 2718<sup>17</sup>) auf die Unerheblichkeit des vom Zeugen falsch oder gar nicht wiedergegebenen Punktes Gewicht zu legen: Unerhebliche Punkte kommen dem Zeugen auch beim besten Willen zur Wahrheit weniger leicht und zuverlässig ins Gedächtnis als erhebliche (vgl. Engelhard a. a. O.). — Von dieser Grundlage aus beurteilt erscheint vorliegendensfalls die sofortige Freisprechung gerechtfertigt — um so mehr, als dem Angekl. durch die prozessordnungswidrige Art seiner Vernehmung als Zeugen eine Verurteilung seines Irrtums im Termin psychologisch geradezu unmöglich gemacht worden war.

Prof. Dr. Engelhard, Heidelberg.

ist und bei der Niederschrift übersehen hat, daß in dem bemängelten Punkte ein Irrtum unterlaufen war, daß sie aber im übrigen sich mit dem Ausspruche begnügt, der Angekl. habe fahrlässig gehandelt, wenn er sich auf eine „solche Vorbereitung“ bei seiner Aussage verlassen habe. Diese allgemeine Feststellung kann nicht für ausreichend erachtet werden. Vielmehr wäre es nach Lage des Falles die Aufgabe des Richters gewesen, festzustellen, ob der Angekl. auch in dem Zeitpunkt, als er die Niederschrift verwendete und zum Gegenstand seiner eidlichen Aussage machte, die Möglichkeit hatte, zu erkennen, daß der bemängelte Ausgabepunkt dem wirklichen Sachverhalte nicht entsprach. Nachdem der Angekl. am Abend vorher die ihm zur Verfügung stehenden schriftlichen Unterlagen nochmals durchgesehen und das Ergebnis dieser Durchsicht in einem schriftlichen Bericht niedergelegt hatte, lag für ihn im Vernehmungstermin kein Anlaß vor, die Richtigkeit des Nachforschungsresultates, noch dazu in einem durchaus unwesentlichen Punkte, in Zweifel zu ziehen und gegen die Treue und Zuverlässigkeit seines Gedächtnisses insoweit Mißtrauen zu hegen. Daß der Angekl. durch bloße Anspannung seines Erinnerungsvermögens dem Versehen hätte auf die Spur kommen und es hätte richtigstellen können, bevor er seine Aussage beendete, erscheint ausgeschlossen (vgl. RGSt. 22, 197; 25, 122; 57, 234; 63, 372). Ein triftiger Grund, auch bei der Eidesleistung die vorhandenen Unterlagen zur Vermeidung von Irrtümern wiederholt zu benutzen, lag ihm so wenig vor, als gegen die Richtigkeit des bemängelten Punktes im Termine kein Einwand erhoben worden ist und als auch das Prozeßgericht den Angekl. nicht veranlaßt hat, das, was ihm vom Gegenstand der Vernehmung bekannt war, im Zusammenhang anzugeben, sondern die Verlesung des vom Angekl. überreichten Schriftstücks für genügend erachtet hat. Auf welche Weise sonst der Angekl. zur rechtzeitigen Erkenntnis über den Unrichtigkeit der beschworenen Tatsache hätte kommen können und müssen, ist unerfindlich.

(OLG. Dresden, Ur. v. 18. Juni 1930, 1 Ost 90/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

**39.** §§ 246, 266 Ziff. 2 StGB. Verkauf einer eigenen Schreibmaschine, mit deren Veräußerung der Eigentümer unter der Bedingung einverstanden war, daß der vorgeschriebene Preis alsbald an ihn abgeführt werde. †)

Der Angekl. hatte vom Zeugen B. eine diesem gehörige Schreibmaschine zu leihweisem Besitz übergeben erhalten. Als B. die Rückgabe der Maschine forderte, teilte er diesem mit, daß er sein Geschäft zu verkaufen beabsichtige, und frug ihn, ob er bei diesem Geschäftsvorfall dessen Schreibmaschine mitverkaufen dürfe. B. ermächtigte den Angekl. zu diesem Mitverkaufe unter der Bedingung, daß der Letztere an dem nämlichen Tage, an dem er die Maschine zu dem vorgeschriebenen Preise von 125 RM verkaufe, den Erlös an ihn abführe. Der Angekl. verkaufte die Schreibmaschine sowie das zum Geschäft gehörige Inventar an seine Geschäftsnachfolger gegen den Barerlös von insgesamt 3500 RM. Bereits beim Verkaufe hatte er den Willen gefaßt, der Abrede mit B. zuwider den Erlös für dessen Maschine für sich selbst zu verwenden, was er auch tat.

Indem der Angekl. mit diesem vorgefaßten Willen die Schreibmaschine bei der Veräußerung seines Geschäftes als Bestandteil des ihm gehörigen Geschäftsinventars zum Verkaufe brachte, betätigte er die Absicht, das fremde Gut, das er als anvertrautes in seinem Besitz hatte, wie sein Eigentum zu verwerten, obwohl er

Zu 39. Wenn im seltenen Fall dem Angekl. nachgewiesen werden kann, daß er schon vor dem Verkauf der in seinem Besitz befindlichen fremden Sache den Entschluß zur Aneignung des Erlöses gefaßt hat, wenn er also wegen Unterschlagung bestraft werden kann, ist — wie die Entscheidung mit Recht ausführt — Bestrafung wegen Untreue weder möglich noch notwendig. Die Entsch. gibt aber zu denken für die zahlreichen und wahrscheinlichen Fälle, in denen solche Absicht nicht erweisbar ist. Wenn sich die Aneignungsabsicht zu einer Zeit einstellt, in der die fremde Sache zwar verkauft, der Erlös aber noch nicht eingegangen ist, bleibt, da Unterschlagung an einer Forderung nicht begangen werden kann, nur die Strafbestimmung aus § 266 Abs. 2 StGB. Die in der Entsch. vertretene Rechtsansicht über die Auslegung des Begriffs „Bevollmächtigter“ ist zu eng; sie läßt Tatbestände straflos, die typisch unter den Begriff der Untreue gehören. Darüber hinaus aber ergibt sich aus der Entsch. doch eine groteske Konsequenz: Hätte der Eigentümer nicht besonders genaue Weisung über den Verkauf und die Behandlung des Erlöses gegeben, hätte er also sein Eigentum nicht besonders nachhaltig sichern wollen, hätte demzufolge der Angekl. größeren Spielraum gehabt, so wäre er als „Bevollmächtigter“ nach § 266 Abs. 2 strafbar. Durch die Begrenzung der Befugnisse des Angekl., durch besondere Sicherheitsmaßnahmen wird nach der Entsch. gerade der strafrechtliche Schutz verwirkt. Ein wenig erfreuliches Ergebnis, das gegen die Richtigkeit der engen Auslegung des Wortes „Bevollmächtigter“ wirkungsvoll sprechen sollte.

RA. Dr. Bauer-Mengelberg, Heidelberg.

damals unter den festgestellten Umständen seine Nichtberechtigung zu einer solchen Verfügung über dasselbe kannte. Die tatsächlichen Feststellungen der Berufungskammer ergeben also nach der äußeren wie inneren Seite den Tatbestand der Unterschlagung anvertrauten Gutes i. S. von § 246 StGB.

Hingegen ist die durch das OLG. erfolgte Anwendung des § 266 Ziff. 2 StGB. auf den zugrunde gelegten Sachverhalt rechtlich zu beanstanden. Insofern der Angekl. schon beim Verkaufe der Maschine darauf ausgegangen ist und auch durch die Veräußerung den Willen betätigt hat, den zu erzielenden Erlös dem eigenen Vermögen, nicht demjenigen des Auftraggebers B. zuzuführen, verfügte er überhaupt nicht vermöge einer Rechtsstellung als Bevollmächtigter über die Maschine, da er sie nicht auf Grund des Vertretungsverhältnisses zu B., sondern auf Grund seines Vorhabens, ohne Rücksicht auf die B'schen Interessen wie ihr Eigentümer mit ihr zu verfahren, ausschließlich für die Zwecke seiner eigenen Person wirtschaftlich verwertete (RGSt. 63, 252).

Ganz abgesehen hiervon, konnte der Auffassung, daß im vorliegenden Falle das Verhältnis eines „Bevollmächtigten“, wie es § 266 Ziff. 2 StGB. voraussetzt, begründet gewesen sei, nicht beigetreten werden, da von vornherein dem Angekl. nur die Erledigung eines in seiner Ausführung bestimmt vorgezeichneten, allein an den Willen B's gebundenen Auftrags übertragen, ihm jedoch die Freiheit zu selbständigen rechtsgeschäftlichen Entschlüssen in bezug auf das Verwerten der Maschine nicht eingeräumt worden war.

(OLG. Dresden, Ur. v. 18. Mai 1930, 2 Ost 40/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

**40.** § 1432 NW. Die buchmäßige Gutschrift des Lohns stellt keine Lohnzahlung dar. †)

Der Vorderrichter hat als erwiesen angesehen, daß die Angekl. an ihre Angestellten nur Teilbeträge des Lohnes ausbezahlt hat, den diese nach Abzug der von ihnen nach § 1432 NW. zu tragenden Beitragsteile zur Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung zu beanspruchen hatten. Beitragsteile für die Versicherung habe sie den bei ihr Beschäftigten abgezogen und von Lohn abgezogen noch für einen anderen als den Versicherungszweck verwendet. Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß sie nur buchmäßig in ihren Geschäftsbüchern festgestellt habe, welche Beträge von dem den Arbeitnehmern geschuldeten vollen Lohn an die Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung abzuführen seien.

Die Rev. beruft sich zur Begründung ihrer Sachrüge auf die in der RPr. herrschende, auch vom erk. Sen. geteilte Rechtsauffassung, wonach ein Arbeitgeber sich eines Vergehens nach § 1492 NW. schuldig macht, wenn er den Arbeitnehmern die Nettolöhne, d. h. die Arbeitslöhne abzüglich der auf die Arbeiter entfallenden Versicherungsbeitragsteile, voll auszahlt, obwohl er, wie er weiß, nicht die Mittel besitzt, um die gekürzten Beitragsteile wirklich zurückzuhalten zur Verwendung für die Versicherung. In diesem Falle wird der Arbeitgeber von seiner Lohnschuld in vollem Umfang befreit und es wird den Lohnempfängern mindestens stillschweigend zum Ausdruck gebracht, daß es sich bei der Kürzung des Bruttolohns um einen Lohnabzug i. S. des § 1432 NW. handelt (vgl. RGSt. 40, 235).

Die Rev. übersieht aber, daß der Vorderrichter im vorl. Fall einen wesentlich anderen Tatbestand festgestellt hat. Danach hat die Angekl. nicht die Nettolöhne an die bei ihr Beschäftigten bezahlt, sondern nur Teilbeträge davon, also nur Abschlagszahlungen auf die geschuldeten Löhne geleistet. Abschlagszahlungen aber gelten nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 1434 Abs. 1 NW.) nicht als Lohnzahlungen i. S. der §§ 1428, 1432, 1433 NW. Der Arbeitgeber ist gar nicht befugt, bei Abschlagszahlungen den Arbeitnehmern die auf diese entfallenden Beitragsteile zur Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung vom Lohne abzuziehen. Nach § 1432 NW. müssen sich die Versicherungspflichtigen nur bei der Lohnzahlung, d. h. also bei der Bezahlung der ganzen auf die Lohnzeit entfallenden Lohnschuld, die von ihnen zu tragenden Versicherungsbeitragsteile vom Barlohn abziehen lassen. Es kann somit in der Abschlagszahlung auf den Nettolohn auch nicht ein stillschweigender Lohnabzug i. S. des § 1492 NW. erblickt werden (vgl. RGSt. 39, 333).

Zu 40. Die Entsch. entspricht dem Wortlaut des Gesetzes und der herrschenden Meinung und ist daher zu billigen.

Wenn die Entsch. im letzten Absatz ausführt, nicht die Gutschrift des Nettolohnes in den Büchern, sondern nur seine Auszahlung ist Lohnzahlung i. S. der §§ 1432, 1492 NW., so sagt sie damit mehr, als der vorliegende Tatbestand verlangt. Denn nach diesem (Abs. 1 letzter Satz) muß angenommen werden, daß lediglich eine buchmäßige Feststellung der Angekl. in ihren Geschäftsbüchern erfolgt ist, aber keine Gutschrift der Löhne im Rechtsinne zugunsten der Arbeitnehmer. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob nicht eine wirkliche Gutschrift des vollen Nettolohnes zugunsten eines Arbeitnehmers, der etwa eine Schuld an den Arbeitgeber auf diese Weise abzutragen wünscht, unter Umständen eine Lohnzahlung i. S. der genannten Bestimmungen darstellen kann.

OLGA. Dr. Jolly, Karlsruhe.

Ebenso wenig wird dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt durch die buchmäßige Berechnung der Beitragsteile der Arbeitnehmer und ihre buchmäßige Abschreibung vom Bruttolohn, solange aus Geldmangel nicht die vollen Nettolohnbeträge zur Auszahlung gelangen. Nicht die Gutschreibung des Nettolohns in den Büchern, sondern nur seine Auszahlung ist eine Lohnzahlung i. S. der §§ 1432, 1492 RVO. Solange also der buchmäßig festgestellte Nettolohn nicht voll ausgezahlt ist, liegt für die in Frage kommende Lohnzeit nur eine Abschlagszahlung vor und der Arbeitgeber kann wegen Nichtentrichtung der auf die Versicherungspflichtigen entfallenden Beitragsteile nicht nach § 1492 RVO. bestraft werden (ebenso BahObVg.: DVZ. 1930, 1330). Er kann höchstens vom Anstaltsvorstand mit einer Ordnungsstrafe nach §§ 1488, 1434 Satz 2 RVO. belegt werden.

(OV. Dresden, Ur. v. 17. Juni 1930, 2 Ost\* 57/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

## Riel.

### 41. Obhut i. S. des § 174 Ziff. 2 StGB. †)

Die vom O. hinsichtlich des Sittlichkeitsverbrechens getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Verurteilung aus § 174 Ziff. 2 StGB. Der Angekl. war als Oberlandjäger Beamter i. S. des § 359 StGB. und demgemäß auch des § 174 Ziff. 2 StGB. Er hat dadurch, daß er der Zeugin N. außerehelich beigezogen hat, mit dieser eine unzüchtige Handlung vorgenommen. Die Zeugin N. war bei Begehung der Tat seiner amtlichen Obhut anvertraut. Obhut i. S. des § 174 Ziff. 2 StGB. ist ein mit der Pflicht der Aufsicht verbundenes amtliches Fürsorge- und Schutzverhältnis zu einer anderen Person. Ein solches Verhältnis wurde zwischen dem Angekl. und der Zeugin N. dadurch begründet, daß der auf Gastwirtschaftsreise, also in Ausübung des Polizeidienstes befindliche Angekl. in Erfüllung seiner Dienstpflichten die infolge ihrer Trunkenheit hilfsbedürftige und von Marktreisenden bedrängte Zeugin N. in seinen polizeilichen Schutz nahm und zur Wartehalle der Kleinbahn brachte, damit sie von dort mit dem nächsten Zuge nach Hause fahren könnte. Dieses Obhutverhältnis währte auch noch fort, als der Angekl. der Zeugin N., wie das O. feststellt, nach der Ankunft in der Wartehalle beizugewohnt. Denn die amtlichen Fürsorgepflichten bestanden für den Angekl. angefaßt der fortwährenden Hilflosigkeit der Zeugin N. so lange weiter als er sich bei ihr aufhielt. Danach ist, da durch die Einwilligung der Zeugin N. in den Geschlechtsverkehr die Rechtswidrigkeit nicht entfällt und auch das O. bedenkenfrei den inneren Tatbestand hinreichend festgestellt hat, die Verurteilung des Angekl. aus § 174 Ziff. 2 StGB. zu Recht erfolgt.

(OV. Riel, StrSen., Ur. v. 28. Mai 1930, S 15/30.)

Mitgeteilt von OVR. Dr. Bovenfepen, Riel.

Zu 41. Für eine Verurteilung aus § 176 Ziff. 2 scheinen die tatsächlichen Feststellungen nicht ausgereicht zu haben. Die Trunkenheit der N. hat offenbar den Grad der Verwundbarkeit nicht erreicht. Dafür spricht auch die Absicht des Oberlandjägers, die Betrunkene allein mit dem Zuge nach Hause fahren zu lassen.

Bei der Verurteilung aus § 174 Ziff. 2 ist der Entsch. unbedingt zu folgen, wenn sie ein Obhutverhältnis annimmt. Dieses bestimmt sie begrifflich ebenso wie zahlreiche RGEntsch. (RGSt. 19, 256; 27, 347; 42, 253; 45, 336; 57, 9, 156). Die N. war i. S. des § 6 preub. Ges. zum Schutze der persönlichen Freiheit v. 12. Febr. 1850 „in polizeiliche Verwahrung“ genommen, weil ihr eigener Schutz und die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sittlichkeit, Sicherheit und Ruhe diese Maßregel verlangte. Damit befand sie sich zweifellos in amtlicher Obhut. Der Entsch. ist auch ohne weiteres recht zu geben, wenn sie eine Fortdauer der Obhut noch während des Aufenthaltes im Wartesaal der Kleinbahn annimmt. Zweifeln könnte man höchstens, ob die Betrunkene der Obhut anvertraut war. Der VpKomm., 1929, Anm. 7 zu § 174 sagt: „Anvertrauen setzt voraus, daß die Obhut von dem der Obhut Unterstellten oder einem Dritten unter dem Vertrauen eingeräumt wurde, der Beamte werde seine ihm eingeräumte Autorität nicht mißbrauchen.“ Diese Auffassung könnte dahin führen, daß § 174 Ziff. 2 nicht anwendbar wäre, wenn der Polizeibeamte die Betrunkene ohne oder gar gegen ihren Willen aus eigenem Entschluß in Verwahrung nahm. Indessen wird man den § 174 Ziff. 2 dahin zu verstehen haben, daß Anvertrauen einer Person auch dann vorliegt, wenn das Obhutverhältnis durch eigenen Akt des Beamten begründet wird. Indem der Staat und das Gesetz ihm die Möglichkeit verleihen, das Schutz- und Abhängigkeitsverhältnis über bestimmte Personen zu begründen, vertrauen jene ihm zugleich diese Personen für den Fall der Begründung des Obhutverhältnisses an. Ähnlich sagt auch das RG.: „Eine vertragsmäßige Übertragung der Obhut erfordert das Merkmal des Anvertrauens nicht, vielmehr genügt in dieser Hinsicht die Tatsache, daß der Übergang der Obhut ... auf den Angekl. durch die amtliche Übernahme der betr. Person zur Ausführung der ... übertragenen Amtsgeschäfte ... herbeigeführt wurde“ (RGSt. 57, 10).

PrivDoz. Dr. Engisch, früher Freiburg, jetzt Gießen.

## Dresden.

## II. Verfahren.

42. § 296 StPD. Einem gemäß § 51 StGB. freigesprochenen Angeklagten steht gegen das freisprechende Urteil keine Berufung zu. †)

Das Ur. des N., gegen das die Angekl. Berufung eingelegt hat, beruht auf der durch das Gutachten des Gerichtsarztes begründeten richterlichen Überzeugung, daß die Angekl. zur Zeit der ihr von der Anklage beigezogenen Tat sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Geistesstörung i. S. des § 51 StGB. befunden hat. Auf dieser Grundlage hat der N., ohne irgendwelche Feststellungen über das objektive Geschehen der Tat zu treffen, nach Maßgabe von § 260 StPD. auf Einstellung des Strafverfahrens und Übernahme der Kosten auf die Staatskasse erkannt. Da mit diesem Ur. ausgesprochen worden ist, daß der im Gerichtsverfahren verfolgte Strafanspruch gegen die Angekl. wegen deren Nichtverantwortlichkeit für die ihr zur Zeit gelegte Tat nicht bestehe, demnach in ihm keine Schuld, selbst nicht eine objektive Strafhandlung zur Feststellung gelangt und Verurteilung mit Kosten verfügt worden ist, so birgt der Eintritt seiner Rechtskraft keinen erkennbaren Nachteil für die Angekl. in sich. Enthält aber unter diesen Verhältnissen das Erkenntnis des N. keinerlei Beschwerung der Angekl., so ist für eine Aufhebung desselben kein Raum gewesen, weil „Rechtsmittel“ gegen einen Richterspruch ihrem inneren Zwecke nach nur für den Fall gegeben sind, daß durch den Spruch auf eine Rechtsfolge erkannt worden ist, hinsichtlich deren eine Befreiung oder Erleichterung erstrebt werden könnte (RGSt. 4, 357; 13, 327; 42, 400; 46, 369).

(OV. Dresden, Beschl. v. 24. Jan. 1930, 2 OstReg 20/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

## Landgerichte.

### Zivilsachen.

## Nürnberg.

### I. Materielles Recht.

1. § 549 BGB.; Art. 122 Verf. Ein Mieter, dem gestattet ist, „Familienangehörige“ in die Wohnung aufzunehmen, darf auch ein Kostkind aufnehmen. †)

Die Bekl. bewohnt als Mieterin eine aus vier Zimmern und Küche bestehende Wohnung in Hause der Kl. In dem schriftlichen Mietvertrag, zu dessen Abfassung ein Formular des Grund- und Hausbesitzervereins benutzt wurde, ist Untervermietung — auch nur teilweise — nur bei schriftlicher Genehmigung des Vermieters gestattet. Der Satz des Formulars, nach welchem für jeden Untermieter ein bestimmter Zuschlag zur Miete zu bezahlen ist, ist durch Nichtausfüllung der Zuschlagsbeträge unwirksam gemacht. § 6

Zu 42. Die Entsch. entspricht der bisherigen Mpr. des RG. Angekl. hat also in diesem Falle keinen Rechtsbehelf, der ihr die Feststellung, sie sei zurechnungsfähig, aber sie sei nicht die Täterin, ermöglichte. Dies folgt aus der Auffassung, Gegenstand des Strafprozesses sei nur die Frage, ob die Schuld des Angekl. bewiesen oder unbewiesen, nicht auch die Frage, ob die Unschuld des Angekl. bewiesen sei. Aber „schon der Hinweis auf den § 1 der beiden Entsch. beweist, daß Aufgabe des Strafverfahrens nicht nur Führung oder Fehrführung des Schuldbeweises, sondern auch Führung des Unschuldbeweises ist“ (Ref. i. d. RG-Festschrift der juristischen Fakultäten, Strafrechtsband, S. 208) — dann aber folgerichtig auch die Führung des Unschuldbeweises in Richtung auf einen bestimmten Unschuldgrund, etwa fehlende Täterschaft statt bloßer Zurechnungsfähigkeit. Bei Jugendlichen muß schon heute ersichtlich gemacht werden, ob die Freisprechung mangels Täterschaft oder mangels Strafweise erfolgt — wegen der nur im letzten Falle vom Richter zu verhängenden Erziehungsmaßregeln. Wenn diese Auffassung zutrifft, dann bedarf der Standpunkt des RG. — keine Beschwerung bei kostenloser Freisprechung, aus welchem Grunde immer — einer Nachprüfung.

Prof. Dr. Radbruch, Heidelberg.

Zu 1. Den Ausführungen des Urteils zu 1 und 2 wird man vorbehaltlos zustimmen können; Bedenken bestehen dagegen gegen die Ausführungen zu 3, insbes. gegen die dortige Auslegung des Mietvertrags, wonach unter den dort als „Familienangehörige“ aufgeführten „Kindern“ auch durch das JugA. in Pflege gegebene „Pflegekinder“ zu verstehen seien. Es erhebt sich darum nötig, das Rechtsverhältnis solcher Kinder zu den Pflegeeltern näher zu umschreiben. Im Gegenjah z. B. zum französischen Recht (Art. 361—370 Code civil) ist dem deutschen Recht — was ja auch das Urteil erwähnt — ein familienrechtliches Pflegekindschaftsverhältnis unbekannt. Das Verhältnis zwischen Pflegekind und „Pflegerperson“ — wie § 23 WohlflG. sich ausdrückt — ist vielmehr ein rein schuldrechtliches; es beruht ausschließlich auf dem zwischen dem gesetzlichen Vertreter des Kindes — hier dem JugA. — und der Pflegerperson abgeschlossenen obligatorischen Pflegevertrag, durch welchen die

Abf. III des Mietvertrages lautet: „In die Mieträume dürfen dauernd nur Familienangehörige, das sind Frauen, Kinder und Bedienstete, aufgenommen werden.“ In der Wohnung wohnen außer der Bekl. deren Tochter mit ihrem Kind und die Mutter der Bekl. Die Bekl. hatte vom April bis Sept. 1928 ein Pflegekind bei sich aufgenommen. Seit 1. Okt. 1928 ist dieses Kind nicht mehr bei ihr, es wurde ihr von der Mutterberatungsstelle ein anderes Pflegekind zugewiesen. Der Vermieter verlangte auf Grund des Mietvertrags die Entfernung dieses „Kostkinds“. Das LG. hat verurteilt. Das OLG. die Klage abgewiesen.

Die Kl. rügt ihren Anspruch auf § 6 III des Mietvertrags, der bestimmt: „In die Wohnung dürfen dauernd nur Familienangehörige, das sind Frau, Kinder und Bedienstete, aufgenommen werden.“ Die Bekl. behauptet, sie habe trotz dieser vertraglichen Festlegung das Recht, ein Pflegekind, das ihr vom Jugl. zugewiesen sei, aufzunehmen, aus folgenden Gründen:

1. Der Zweck des § 122 WVerf. erfordere, daß die Vermieter die Aufnahme von Pflegekindern gestatten, weil sonst die Unterbringung pflegebedürftiger Kinder unmöglich sei.
2. Das Verbot der Kl. entspringe reiner Schikane, sei daher nach § 226 BGB. unwirksam.
3. Die Vertragsbestimmung sei, ebenso wie § 549 BGB. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nach § 157 BGB. auszulegen. Die Verkehrssitte gestatte aber allenthalben die Aufnahme von Pflegekindern, die als Familienangehörige anzusehen seien.

Zu 1. Die privatrechtliche Seite der Mietverhältnisse ist im BGB. erschöpfend geregelt; ergänzend treten seit der Kriegszeit hinzu die Bestimmungen über Mieterschutz, Mietzinsbildung und Wohnungsmangelbekämpfung, die gleichfalls reichsrechtlich geregelt sind und die teilweise öffentlich-rechtliche Bestimmungen enthalten. In übrigen können öffentlich-rechtliche Bestimmungen Wirkungen auf die Mietverhältnisse äußern (z. B. Baupolizei, Feuerpolizei usw.), immer aber müssen doch diese Bestimmungen erkennen lassen, daß dadurch der bürgerliche Recht herrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit aufgehoben werden soll. Wenn der Zweck eines Gesetzes Eingriffe in die Vertragsfreiheit erfordert, so müssen diese öffentlich festgelegt werden, wie es z. B. hinsichtlich der Einquartierungslast geschehen ist. Der Umstand allein, daß der Zweck eines im allgemeinen Interesse erlassenen Gesetzes, und sei es auch die Verfassung, nur dadurch erreicht werden kann, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit für einzelne Rechtsbeziehungen aufgehoben wird, ist noch nicht geeignet, bestehende Verträge als unwirksam erheinen zu lassen, außer in dem hier nicht vorl. Falle des § 134 BGB.

Zu 2. Wenn hiernach an sich die hier fragliche Vertragsbestimmung rechtswirksam ist und wenn durch diese Bestimmung wirklich die Aufnahme eines Pflegekindes verboten wäre (was unter Off. 3 zu untersuchen ist), so könnte die Kl. sich trotzdem nicht darauf berufen, wenn dies ausschließlich zu dem Zweck geschehen würde, der Bekl. Schaden zuzufügen. Davon kann aber nach der Überzeugung des Gerichts selbst dann keine Rede sein, wenn die Aufnahme des Pflegekindes nicht zu den Mißlichkeiten geführt hätte, die die Kl. schildert. Denn wenn es auch kleine Unzulänglichkeiten sind, die die Aufnahme eines kleinen Kindes in das Haus mit sich bringen, so sind solche doch immerhin vorhanden: Der Wasserverbrauch wird größer, die Ruhe im Haus wird gestört, die Wohnung wird mehr in Anspruch genommen.

Pflegeperson zur Gewährung des Unterhalts an das Kind und zu dessen Erziehung dem gesetzlichen Vertreter des Kindes gegenüber verbunden wird, während dem letzteren selbst doch die Sorge für die Person des Kindes verbleibt (§§ 1631, 1793 BGB.), er aber der Pflegeperson gegenüber zur Zahlung des vereinbarten Pflegegeldes verpflichtet ist. Dieser Pflegevertrag ist also rechtlich ganz ähnlich dem Vertrag zwischen einer Privatschule mit Internat und den Eltern der im Internat untergebrachten Schüler, oder zwischen einem Säuglingsheim und den gesetzlichen Vertretern der dort verpflegten Säuglinge; ein persönliches, privatrechtlich bedeutungsvolles Band zwischen Pflegeperson und Pflegekind besteht nicht. Anders verhält es sich freilich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, und zwar zunächst des Strafrechts, wie die §§ 52, 174 Ziff. 1 StGB. erkennen lassen. Strafrechtlich sind Pflegeeltern und -kinder als „Angehörige“ i. S. des StGB. anzusehen, wobei freilich der Begriff des Pflegekindes sich keineswegs deckt mit dem gleichen Begriff in § 19 JWohlfG., sondern ein pflegeelternliches Verhältnis von der herrschenden Meinung nur dann, aber auch immer dann (ohne Altersgrenze) angenommen wird, wenn dieses tatsächlich dem zwischen natürlichen und Adoptiv- eltern und -kindern bestehenden ähnlich so gestaltet ist, daß es wie dieses ein dauerndes, sittlich gleichartiges Band zwischen den Verbundenen herstellt (RGSt. 34, 161; 41, 198; 27, 129), was übrigens nach der sog. Kostkindern und deren Pflegemüttern keineswegs in der Regel der Fall ist. Weiter ist auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts das Halten von Pflegekindern i. S. von § 19 JWohlfG. konzeptions- bzw. angezeipflichtig, und es sind diese Pflegekinder der Aufsicht der Jugl. unterstellt, ohne daß dadurch aber an dem rein

Man kann also nicht sagen, daß nur zum Zwecke der Schadenzufügung der Vermieter sich auf ein bestehendes Verbot stützt.

Zu 3. Das OLG. hat in der Bestimmung des § 6 Abf. III des Mietvertrags das Verbot erblickt, Kostkinder aufzunehmen und deshalb der Klage stattgegeben. Diese Ansicht des OLG. ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, es spricht nicht nur der Wortlaut des Vertrages für sie, sondern man könnte sehr wohl der Ansicht sein, daß die Parteien tatsächlich die Bestimmung so verstanden haben, daß die Aufnahme von fremden Kindern unter allen Umständen verboten sein soll. Trotzdem kommt das OLG. aus folgenden Erwägungen zu einer anderen Auffassung. Voraussetzungen ist, daß der Ausdruck „Familienangehörige“ nicht so eindeutig ist, daß eine „Auslegung“ ausgeschlossen wäre (Staudinger, BGB., 5. Aufl., Anm. 5 zu § 133). Der Ausdruck „Familienangehörige“ läßt verschiedene Auslegungen zu. Das Gericht ist daher nicht gehindert, unter Berücksichtigung aller Umstände und insbes. der Verkehrssitte zu untersuchen, was der Wille der Parteien gewesen wäre, wenn sie beim Vertragsabschluß an den Fall gedacht hätten, daß das Jugl. in Erfüllung seiner dem öffentlichen Wohl dienenden Aufgaben der Mieterin ein Pflegekind zuweisen würde (Staudinger ebenda, Anm. 3 zu § 157). Dabei ist zu beachten, daß es sich um die Aufnahme eines vom Jugl. (Mutterberatungsstelle) zugewiesenen Pflegekindes handelt. Würde im Vertrag lediglich die Aufnahme von „Frau und Kindern“ gestattet sein, also von Familienangehörigen im eigentlichen Sinne, so könnte auch ein solches Pflegekind nicht darunter verstanden werden. Denn da das BGB. das Pflegekind nicht erwähnt, sind mit einem solchen familienrechtliche Wirkungen nicht verbunden (vgl. RGSt. 37, 3). Aber § 6 Abf. III des Mietvertrags rechnet zu den Familienangehörigen nicht nur Personen — Frau und Kinder —, sondern auch die Bediensteten; er stellt nicht etwa die — an sich selbstverständliche — Zulassung von Bediensteten neben die von Familienangehörigen. Daraus ist zu ersehen, daß die Vertragsschließenden unter „Familienangehörigen“ nicht nur Verwandte, sondern auch andere Personen betrachten, die in den Familienverband aufgenommen werden. Das ist aber auch bei einem Pflegekind der Fall, das auf Grund eines mit dem Jugl. geschlossenen Vertrags in Pflege genommen wird. Denn nach den Bestimmungen des JWohlfG. (RGBl. 1922, 633, in Bayern in Kraft seit 1. Jan. 1926; GVB. 1924, 126; 1925, 279) und den bayr. Ausf. (GVB. 1925, 211), insbes. nach § 32 sowie nach den auf Grund dieser Bestimmungen vom Jugl. erlassenen Vorschriften, umfaßt die Pflicht der Pflegeeltern nicht nur die Beköstigung und Verpflegung des Kindes, sondern auch seine Aufsicht und Erziehung, also die Sorge für sein körperliches, geistiges und sittliches Wohl. „Das Pflegeelternverhältnis schafft ein dem wirklichen oder Adoptiv-Elternverhältnis nachgebildetes dauerndes Schutzverhältnis und damit die Familienzugehörigkeit“ (Ebermayer, Anm. 5d zu § 52 StGB.). Das Gericht ist daher der Ansicht, daß, wenn nicht im Einzelfall Verhältnisse gegeben sind, die eine andere Beurteilung rechtfertigen, das vom Jugl. zugewiesene Pflegekind als Familienangehöriger, nämlich als „Kind“, zu erachten ist. Es ist auch tatsächlich dem Gericht noch nie ein Fall bekannt geworden, in dem ein Vermieter der Aufnahme eines Pflegekindes durch die Mieter widersprochen hätte. Im vorl. Fall aber ist das Gericht der Ansicht, daß auch die Parteien selbst beim Vertragsabschluß den Vertrag so aufgefaßt haben, daß die Aufnahme von derartigen Pflegekindern gestattet

zivilrechtlichen Vertragsverhältnis zwischen dem gesetzlichen Vertreter des Kostkinds und der Pflegeperson irgend etwas geändert würde.

Aus dem Gefagten ergibt sich schon, daß für die Auslegung der streitigen Bestimmungen des Mietvertrags, insbes. der dort gebrauchten Ausdrücke „Familienangehörige“ und „Kinder“, weder die oben erwähnten Bestimmungen des StGB. über „Angehörige“, noch diejenigen des JWohlfG. über „Pflegekinder“ herangezogen werden dürfen, wie das fälschlicherweise durch das Urteil des OLG. Nürnberg geschieht. Vielmehr ist nur aus dem Inhalt des Mietvertrags selbst und nach den für die Auslegung obligatorischer Verträge maßgebenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden, welchen Personen vertragsmäßig der Mieter ohne Genehmigung des Vermieters den Gebrauch der gemieteten Wohnung ganz oder teilweise überlassen oder sie dauernd in die Wohnung aufnehmen durfte. Dabei ergibt sich, daß durch den Vertrag gänzliche oder teilweise Untervermietung i. S. von § 549 BGB. nur mit schriftlicher Genehmigung des Vermieters gestattet, die dauernde Aufnahme anderer Personen als der Mieter selbst aber nur bei „Familienangehörigen“ zulässig sein soll. Es war darum nun zu entscheiden, ob das von der Mutterberatungsstelle der Mieterin zugewiesene und von ihr auf Grund des mit dieser geschlossenen Pflegevertrags in der Wohnung dauernd aufgenommene „Pflegekind“ (i. S. von § 19 JWohlfG.) als „Familienangehöriger“ i. S. des Mietvertrags anzusehen ist oder nicht. Der letztgenannte Begriff bedurfte dabei insofern, aber auch nur insofern, der Auslegung, als sich sein Sinn und seine Umgrenzung nicht schon ungewandert aus dem Vertrag selbst ergab; dagegen war es unzulässig, wenn der Wortlaut des Vertrags nach dieser Richtung Zweifel nicht ergab, eine ausdehnende

werde, wenn sie an diesen Fall gedacht hätten. Bei der Bekl. ist das selbstverständlich, bei der Kl. aber folgt es aus den von ihrem Ehemann, der den Vertrag geschlossen hat, bei Gericht abgegebenen Erklärungen, daß er gegen die Aufnahme von Pflegekindern an sich nichts einzuwenden habe, die Genehmigung einer solchen Aufnahme sogar für eine Pflicht des Hausbesizers halte. Das Gericht ist daher zur Überzeugung gelangt, daß die Bekl. durch den Vertrag nicht gehindert ist, ein ihr zugewiesenes Pflegekind aufzunehmen. Sie hat also durch die Aufnahme keinen vertragswidrigen Gebrauch von der Wohnung gemacht, und der Unterlassungsanspruch nach § 550 BGB. steht der Kl. nicht zu. Ob die Tatsachen, die die Kl. anführt, um darzutun, warum sie die Entfernung des Kindes gerade in diesem Fall verlange (gegen die Person des Kindes weiß sie nichts vorzubringen), geeignet sind, die Klage auf Unterlassung der störenden Handlungen (Waschen und Trocknen usw.) oder Aufhebung des Mietverhältnisses nach § 2 MietSchG. zu begründen, ist in diesem Verfahren nicht zu prüfen.

(O. Nürnberg, Urte. v. 15. Jan. 1929, II A 841/28.)

## Berlin.

### II. Verfahren.

#### 2. Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 279, 279a ZPO. †)

Die Setzung einer Ausschlussfrist für materielles Vorbringen ist gem. § 279a ZPO. nur in Ansehung bestimmter, streitiger, vom Gericht zu bezeichnender Punkte zulässig. Mangels Angabe bestimmter aufklärungsbedürftiger Streitpunkte fällt der Beschl. des UG. nicht unter § 279a ZPO. Der Beschl. kann vielmehr nur die Bedeutung einer Anündigung haben, daß das UG. eine nach Fristablauf abgegebene Erklärung gem. § 279 ZPO. als verspätet vorgebracht ansehen werde. Diese Anündigung enthebt das Gericht nicht der Verpflichtung, die nach Fristablauf abgegebene Erklärung daraufhin zu prüfen, ob durch ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und ob die Partei die Erklärung in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht hat. Diese Prüfung hat das UG. offensichtlich unterlassen. Denn es hat auch die schon durch den Inhalt der Klageschrift belegten Angaben des Bekl. unbeachtet gelassen.

Das UG. hat ferner über die Widerklage im Urteilstenor nicht entschieden. Die durch § 279 ZPO. zugelassene Zurückweisung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln bezieht sich nicht auf Widerklagen (vgl. Gaupp-Stein, Anm. 1 zu § 279; Sydow-Busch, Anm. 2 zu § 279; Landsberg: JW. 1925, 2157<sup>18</sup> Anm.). Die Möglichkeit, eine Widerklage zu erheben, ist durch § 279 ZPO. nicht

Auslegung des Begriffs unter Berücksichtigung desjenigen vorzunehmen, „was der Wille der Parteien gewesen wäre, wenn sie beim Vertragsabschluss an den Fall gedacht hätten, daß das Zugl. in Erfüllung seiner dem öffentlichen Wohl dienenden Aufgaben der Miterin ein Pflegekind zuweisen würde“ (zu dessen Aufnahme sie ja durch die sog. Zuweisung in keiner Weise verpflichtet war). Dieser Auslegungsgrundsatz ist ja überhaupt nur dann anwendbar, wenn der Vertragsinhalt Lücken aufweist, die nur durch Auslegung ausgefüllt werden können, nicht aber dann, wenn zweifelsfrei solche Lücken gar nicht bestehen. Im vorliegenden Falle gibt nun aber der Vertrag selbst eine ganz zweifelsfreie Umgrenzung des von ihm gebrauchten Ausdrucks „Familienangehörige“ dahin, daß darunter verstanden werden „Frauen, Kinder und Bedienstete des Mieters, und nur diese „Pflegekinder“ i. S. von § 19 ZWohfG. lassen sich nun aber unter keine dieser Kategorien unterbringen, sie sind weder „Kinder“ noch „Familienangehörige“ der Pflegemutter im Sinne des bürgerlichen Rechts, und darauf allein kam es hier entscheidend an.

Geh. R. Diefenbach, Heidelberg.

Zu 2. Die Entsch. ist in allen Teilen zu billigen. Der Unterschied zwischen den §§ 279 und 279a in ihren Voraussetzungen und Folgen ist zutreffend dargetan. Ebenso entspricht den gesetzlichen Bestimmungen die Darlegung, daß die verspätete Erhebung einer Widerklage es nicht rechtfertigt, eine Entsch. über dieselbe zu unterlassen, aber unter Umständen zu einer Abweisung ohne Eingehen auf die Sache führen kann. Das UG. hat deshalb mit Recht zurückgewiesen und anderweitige Behandlung angeordnet. Daß das UG. dabei nicht über die Kosten entscheiden dürfte, entspricht der herrschenden Auslegung des § 97 Abs. 2 ZPO. (vgl. Stein-Jonas, Note 2 zu § 97).

Für die künftige Verhandlung vor dem UG. erheben sich weitere Verfahrensfragen, die hier natürlich nur erwähnt, nicht beantwortet werden können. Es wird sich zunächst fragen, ob der Beschl. v. 22. Febr. 1930 durch das aufhebende Urte. in vollem Umfang beseitigt ist oder ob er mit der beschränkten Wirkung, die das UG. ihm zubilligte, bestehen bleibt. Des weiteren wird natürlich zu prüfen sein, ob die Kostenbeschwerung, welche durch die Notwendigkeit der Berufung eintrat (vgl. auch § 27 Abs. 1 RA-GebO.) lediglich als ein Bestandteil des allgemeinen Prozeßrisikos zu betrachten ist oder ob sie, ganz oder teilweise, besonders behandelt werden kann, weil das

beschränkt. Nur die tatsächlichen Behauptungen, die zur Begründung der Widerklage dienen, können gem. § 279 ZPO. zurückgewiesen werden, was dann zur Abweisung der Widerklage wegen mangelnder Substantiierung führen kann. Ob das UG. eine solche Abweisung hat aussprechen wollen, geht auch aus den Urteilsgründen nicht klar hervor. Diese mehreren Verstöße gegen prozessuale Vorschriften stellen einen so wesentlichen Mangel des Verfahrens erster Instanz dar, daß gem. § 539 ZPO. die Aufhebung des ersten Urte. und die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das UG. geboten war.

(O. I Berlin, 52. R., Urte. v. 5. Juni 1930, 46 S 29/30.)

Mitgeteilt von OGN. Schneider, Berlin.

## Fürth.

3. § 73 VerglO. Ein vor dem Vergleichsverfahren erwirkter Vollstreckungstitel wird durch die Eintragung der Forderung in die Vergleichstabelle nicht aufgehoben, bleibt vielmehr in seinem alten Umfang bestehen. †)

Die Firma E. hat 1928 gegen die Schuldner zwei Verfallurteile erwirkt und zur Vollstreckung gebracht. Diese führte zu keinem Erfolg, da die Schuldner in das Vergleichsverfahren gerieten. In dem am 3. Okt. 1928 bestätigten Vergleich verpflichteten sich die Schuldner, ihren Gläubigern 40% der über 50 M. bezifferten Forderungen in vier gleichen Raten am 1. Nov. 1928, 1. Febr., 1. Mai und 1. Aug. 1929 zu bezahlen. Laut Eintrag Nr. 121 der Vergleichstabelle hatten die Schuldner den Betrag von 252,40 M. anerkannt, während die Forderung aus den beiden Verfallurteilen 284,80 M. betrug. Die beiden ersten Raten von je 28,48 M. wurden fristgerecht bezahlt. Mit der dritten und vierten Rate gerieten die Schuldner in Verzug. Am 4. März 1930 hat die Gläubigerin dem Gerichtsvollzieher beim UG. Fürth Auftrag erteilt, aus den beiden Verfallurteilen zu vollstrecken. Diesen Auftrag hat der Gerichtsvollzieher abgelehnt. Die Erinnerung der Gläubigerin wurde zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde hatte Erfolg.

Die Schuldner sind mit der Bezahlung der zwei letzten Raten in Verzug gekommen. § 284 Abs. 2 BGB. Nach § 7 VglO. wird damit der Schuldner gewährt Erlaß hinsichtlich.

Es ist darüber zu entscheiden, ob die Gläubigerin nach gerichtlicher Bestätigung des Vergleichs auf Grund der vor dem Vergleich erwirkten zwei Rechtstitel über 284,80 M. vollstrecken kann oder ob sie sich erst einen neuen Vollstreckungstitel auf die im Vergleich anerkannte Summe von 252,40 M. verschaffen muß und nur diese zur Vollstreckung bringen kann.

Mit vorstehenden Fragen hat sich das UG. in einem fast

Vorgehen des Bekl., das sie verursachte, für ihn notwendig war, um ein formgerechtes Verfahren zu erzielen. Unwillkürlich kommt uns dabei wieder die bittere Erinnerung, welche verschiedene Behandlung bei Verstößen des Gerichts und bei etwaigen Fehlschlägen des RA. eintritt.

RA. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Zu 3. Der Entsch. pflichte ich im Ergebnisse durchaus bei. Die erwirkten vollstreckbaren Verfallurteile sind durch das Vergleichsverfahren und die darin geschehene Anerkennung eines Teils der Forderungen im Gläubigerverzeichnis nicht außer Kraft gesetzt. Ob dies im Falle des Konkurses zutrifft und demgemäß dem Urteile RG. 112, 300 = JW. 1926, 1818 unbedingt beizustimmen ist, kann m. E. zweifelhaft erscheinen; es kann dies aber auch für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Denn mit Recht hebt das UG. Fürth hervor, daß beim Vergleichsverfahren der Zwang und vielfach die rechtliche Möglichkeit fehlt, das Gläubigerverzeichnis zur maßgeblichen Grundlage für den Umfang der Forderungen zum Gläubiger zu gestalten. Mit Recht ist auch erwähnt, daß § 75 VerglO. die Vollstreckung auf Grund der Auszüge aus dem Gläubigerverzeichnis jedenfalls zunächst nur zum Zweck der Erfüllung des Vergleichs im Auge hat. Allerdings wird die Ansicht vertreten (z. B. Riefow, Anm. 1); daß der Gläubiger, wenn nach § 7 VerglO. der Erlaß wegen Säumnigkeit in der Vergleichserfüllung wegfällt, sich die Vollstreckungsklausel auch für die ganze anerkannte Forderung erteilen lassen darf, nachdem er den Eintritt der Voraussetzung gem. § 726 ZPO. nachgewiesen oder ein Urteil gem. § 731 ZPO. erwirkt hat. Gegenüber dieser für unseren Fall sich ergebenden Kompliziertheit und Verwirrung ist darauf hinzuweisen, daß die Vollstreckbarkeit doch nach § 75 VerglO. eine Erleichterung für den Gläubiger zu vollstrecken, nicht eine Erschwerung. Deshalb kann m. E. dem Gläubiger nicht verwehrt werden, statt des vollstreckbaren Verfallurteils zu benützen, und deshalb kann ich mich nicht von rechtlichen Bedenken gegen die Entsch. RG. 112, 300 freimachen. Im vorliegenden Falle würde zudem — was im Falle des Konkurses vielleicht ausgeschlossen wäre — die Sachlage unklarer dadurch sein, daß gegenüber dem Urteilsbetrage von



gleichgelagerten Falle befaßt. Es hat sich entschieden, daß die Gläubigerin, die vor dem Konkursverfahren über den Schuldner gegen diesen einen Vollstreckungstitel erworben hatte, nach Eintragung ihrer Forderungen in die Konkurstabelle und Einstellung des Konkursverfahrens mit demselben Titel hatte vollstrecken lassen, zu Unrecht vollstreckt hat. Nach §§ 145 Abs. 2 und 164 Abs. 2 R.D. habe die Eintragung in die Konkurstabelle die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Dies führe zu der Schlussfolgerung, daß ein Konkursgläubiger, der an dem Verfahren teilgenommen habe, seine angemeldete Forderung im Falle ihrer Feststellung nur in der Gestalt geltend machen kann, die sie durch die Beteiligung am Verfahren gewonnen hat. Weder die Gläubigerin noch der Schuldner könne auf die Forderung in ihrer ursprünglichen Form zurückgreifen. Das gelte auch dann, wenn die Gläubigerin schon vor der Konkursöffnung bezüglich der später angemeldeten Forderung einen rechtskräftigen Vollstreckungstitel erlangt habe. Durch die konkursmäßige Feststellung werde ein früherer Vollstreckungstitel aufgezehrt und bilde keine geeignete Grundlage mehr für die Zwangsvollstreckung.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um ein Vergleichsverfahren. Der Vergleichstermin hat nicht die Bedeutung des Prüfungstermins der R.D. Eine Prüfung und Feststellung der Forderungen i. S. der Bestimmungen der R.D. findet hier nicht statt. Der Vergleich wirkt deshalb nicht wie ein Urteil. Damit kommt zum Ausdruck, daß der vor dem Vergleichsverfahren erwirkte Vollstreckungstitel nicht durch die Eintragung in die Vergleichstabelle aufgezehrt wird, er bleibt vielmehr in seinem alten Umfange bestehen.

Der Vergleich hat außerdem keine novierende Wirkung (Riesow, Vergl.D., § 73 II 1; Mayer, Vergl.D., § 73 Anm. 29). Es besteht demnach die alte Schuld und die für sie erwirkten Vollstreckungstitel fort.

Es kann nicht die Rede davon sein, daß durch die Vollstreckung auf Grund vor dem Vergleichsverfahren erwirkter Rechtstitel Sinn und Zweck des Vergleichs völlig vereitelt würden, es gemißmaßen jedem Gläubiger freistünde, auf Grund alter Vollstreckungstitel sich über den Vergleich hinwegzusetzen; den Schutz und Vorteil des Vergleichs genießt der Schuldner nur so lange, als er die im Vergleich übernommenen Pflichten erfüllt. Einen vergleichsuntreuen Schuldner will das Gesetz nicht decken.

(W. Fürth, Beschl. v. 7. April 1930, BeschwReg. 54/30.)

Mitgeteilt von R.A. Dr. Konrad Prager, Fürth.

## B. Arbeitsgerichte.

### Reichsarbeitsgericht.

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

1. §§ 138, 139 BGB. Wucher: Begriff der Unerschaffenheit. Vereinbarung von sog. Treuprämien ist sittenwidrig, wenn ihre bes. Ausgestaltung zu unverhältnismäßiger Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers führt. Teilnichtigkeit; wechselseitige Verbindlichkeit mehrerer Verträge. f)

Auf Grund Vertrages v. 29. Jan. 1926 trat der Kl. mit dem 1. April d. J. in den Dienst der verklagten drei Firmen. Die Vertragsdauer betrug zunächst 1/4 Jahr, sollte sich jedoch nach dem Vertrag jeweils um 1/4 Jahr verlängern, wenn nicht vorher

284,80 M in dem Gläubigerverzeichnis nur 252,40 M anerkannt sind. Der Gläubiger mußte also nach der gegenseitigen Ansicht wegen der anerkannten 252,40 M abzüglich der gezahlten 28,16 M = 224,24 M auf Grund des Auszugs aus dem Gläubigerverzeichnis pfänden lassen bzw., wenn er den Nachweis des Vorliegens des § 7 Vergl.D. nicht erbringt, wegen 30% aus 252,40 M = 75,72 M, dagegen für den Rest, also wegen 62,56 M bzw. 209,68 M aus den früheren Urteilen, ein Ergebnis, das dem verfolgten Ziele, dem Gläubiger das Vorgehen zu erleichtern, wohl schon sprechen würde.

R.A. Dr. Rud. Fürst, Heidelberg.

Zu 1. Der Entsch. ist zuzustimmen:

1. Die an sich zulässige Vereinbarung von Treuprämien wird durch das von den Bekl. erdachte Verfallsystem zu einer Knebelung des Angestellten, die mit dem „Anfahrgesühl aller billig und gerecht Denkenden“ schwerlich zu vereinbaren ist. Sie verstößt überdies, sofern der Kl. Handlungsgeschäfte oder höherer technischer Angestellter sein sollte, was das Ur. zwar nicht erkennen läßt, aber doch anzunehmen nahelegt, gegen die Grundgedanken des § 67 BGB., § 133 aa GewD., die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer

von der einen oder anderen Seite durch schriftliche Erklärung auf diese Verlängerung verzichtet wurde, so daß die beiderseitige Kündigungsfrist stets mindestens ein Jahr betrug. Das jährliche Gehalt des Kl. wurde in dem Vertrag auf 4800 RM festgesetzt. Gleichzeitig mit dem Anstellungsvertrage wurde ein Zusatzabkommen geschlossen, durch das die Bekl. zu 2, zugleich im Namen der anderen Bekl., dem Kl. nach Ablauf des dritten und sechsten Jahres seiner Tätigkeit eine einmalige Sondervergütung von je 3600 RM bewilligte, jedoch unter folgenden Bedingungen: ein Anspruch auf Auszahlung dieser Sondervergütungen werde nur unter der Voraussetzung erworben, daß der Kl. sich nach Ablauf des dritten bzw. sechsten Jahres seiner Tätigkeit noch in dem Dienst einer der bekl. Firmen befinde und eine Kündigung von keiner Seite erfolgt sei; scheidet er innerhalb der drei- bzw. sechs-jährigen Frist aus dem Dienst einer der Bekl. aus oder erfolge innerhalb dieses Zeitraums von der einen oder anderen Seite eine Kündigung des Anstellungsvertrages, gleichviel aus welchen Gründen, so habe er auf den Betrag dieser Sondervergütungen keinen Anspruch mehr, es sei denn, daß sein Austritt infolge durch Krankheit oder Unfall verursachter dauernder Arbeitsunfähigkeit oder infolge seines Todes erfolge; in letzterem Falle erhalte er bzw. seine Erben den sich pro rata temporis ergebenden Teilbetrag der Sondervergütungen auszahlt; entgegenkommenderweise sei die Bekl. zu 2 bereit, dem Kl. den Betrag dieser Sondervergütungen sofort schon in monatlichen Raten von 100 RM als Voranschuß zur Verfügung zu stellen, der ihm im Rahmen des Anstellungsvertrages gesundet werde. Durch Zusatzvertrag v. 3. Mai 1926 wurde dem Kl. nach Ablauf des dritten und sechsten Jahres eine weitere einmalige Sondervergütung von je 2988 RM bewilligt, und zwar unter den gleichen Bedingungen, wie sie in dem ersten Zusatzabkommen für die Sondervergütungen von je 3600 RM festgesetzt worden waren. Der hiernach zu zahlende weitere monatliche Voranschuß betrug 83 RM. Am 30. Jan. 1928 wurde das Gehalt des Kl. mit Rückwirkung v. 1. Okt. 1927 an um monatlich 67 RM erhöht. Gleichzeitig wurde ein Zusatzvertrag geschlossen, durch den ihm eine Sondervergütung von 1570 RM unter Berechnung gegen ihm bereits gewährte Voranschüsse von gleicher Höhe bewilligt wurde, wenn er nach Ablauf von fünf Jahren, nämlich am 31. Dez. 1932, noch in dem Dienst der Bekl. stehe und keine Kündigung erfolgt sei.

Dem Kl. wurden allmonatlich neben seinem Gehalt die ihm durch die Zusatzverträge v. 29. Jan. und 3. Mai 1926 bewilligten Voranschüsse auf die Sondervergütungen auszahlt, so daß er zuletzt monatlich 650 RM erhielt. Am 13. Juli 1928 kündigte der Kl. sein Dienstverhältnis zum nächstzulässigen Termine, d. h. zum 30. Sept. 1929. Seitdem haben ihm die Bekl. die Voranschüsse nicht mehr bezahlt. Außerdem haben sie ihm als pfändbaren Gehaltsteil monatlich 90 RM abgezogen, um die ihm bereits gewährten und nach ihrer Ansicht nunmehr von ihm zurückzuzahlenden Voranschüsse auf die Sondervergütungen zu tilgen.

Der weitere Sachverhalt ergibt sich aus den Gründen:

1. Eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien dahin, daß die Zahlungen, die nach den unzweideutigen schriftlichen Verträgen nur Voranschüssen auf die von den Bekl. dem Kl. bedingt zugesagten Sondervergütungen waren, gleichwohl als unbedingte Gehaltszahlungen gelten sollten, ist, wie das ArbG. rechtlich einwandfrei darlegt, nicht getroffen worden.

2. Ebenjowenig ist das angefochtene Ur. insoweit zu beanstanden, als es den Tatbestand des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB.) verneint. Seine in diesem Punkte im wesentlichen tatsächliche Begründung läßt keinen Rechtsirrtum, insbes. keine Verkennung der Rechtsbegriffe „Notlage“ und „Anerschaffenheit“, ersehen. Der Kl. befaßt sich bei Abschluß des Anstellungsvertrages mit den Bekl. in ungekündigter, auskömmlicher Stellung. Eine Notlage entstand für ihn nicht schon durch den Wunsch, durch Annahme der ihm von

gleiche Kündigungsfristen zwingend vorschreiben. Zwar ist die Dauer der Kündigung rein zeitlich betrachtet für beide hier nicht verschieden bemessen, aber für den Angestellten war die Erklärung der Kündigung mit solch tiefgreifenden, wenn nicht gar unerträglichem Nachteilen verbunden, daß die Regelung, wenn vielleicht auch mit dem Wortlaut, so doch sicher nicht mit dem Geist dieser Kündigungsfristenvorschriften in Einklang gebracht werden kann (vgl. auch Hueck bei Hueck-Ripperden, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 272 und die dortigen Nachweise).

2. Die Richtigkeit des ganzen Anstellungsvertrages wird aus der Tatsache der engen Verflechtung der beiden gegen die guten Sitten verstoßenden Sonderabkommen mit den übrigen Vereinbarungen gemäß § 139 BGB. richtig festgestellt. Die Gründe, aus denen dann nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung gleichwohl die volle vertragsmäßige Vergütung zugesprochen wird, beruhen auf ähnlichen Erwägungen, wie sie die Regelung des § 52 des Entw. eines AllgArbVertrG. tragen, der bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages dem Arbeitnehmer für die geleistete Arbeit Entgelt wie aus gültigen Vertrag zuspricht.

Prof. Dr. Groh, Heidelberg.

den Bekl. vorgeschlagenen Vertragsbedingungen seine Einkünfte zu verbessern. Eine Unerfahrenheit des Kl. kann nicht, wie es die Rev. versucht, daraus hergeleitet werden, daß er die, wie zugegeben werden mag, etwas verwickelter Bestimmungen der Zusatzverträge nicht übersehen habe. Die in § 138 Abs. 2 BGB. vorausgesetzte Unerfahrenheit ist eine persönliche Eigenschaft, die im Mangel an Lebenserfahrung, an Kenntnis geschäftlicher Dinge überhaupt, nicht nur in bezug auf eine besondere Angelegenheit, besteht (RGW. 1918 Nr. 157). übrigen stellt das BG. auch fest, daß sich der Kl. der Tragweite der ihm vorgelegten Vertragsbedingungen bewußt gewesen ist.

3. Bei Prüfung des vom Kl. gegenüber den Zusatzverträgen v. 29. Jan. und 3. Mai 1926 sowie v. 30. Jan. 1928 erhobenen Einwandes des Verstößes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.) ist mit dem BG. davon auszugehen, daß die Vereinbarung von sog. Treuprämien, d. h. die Zusage der Zahlung einer bestimmten Summe an den Arbeitnehmer nach Ablauf einer gewissen Dienstzeit, an sich statthaft ist. Es soll dadurch — ähnlich wie durch eine Gehaltssteigerung nach bestimmten Dienstjahren — ein Anreiz für den Arbeitnehmer geschaffen werden, möglichst lange in seiner Stellung zu bleiben, also nicht bloß selbst nicht zu kündigen, sondern auch durch sein Verhalten dem Arbeitgeber keine Veranlassung zu geben, seinerseits zu kündigen. Diese Beeinflussung des Arbeitnehmers kann auch durch eine Abmachung des Inhalts erreicht werden, daß sich bei einer Kündigung die Bezüge des Arbeitnehmers mindern, in welchem Falle er dann für die Dauer der Kündigungsfrist gegen eine niedrigere Entlohnung tätig sein muß. Eine solche Abrede ist ebenfalls nicht ohne weiteres als unethisch zu bezeichnen, wenn sie auch schon eher Bedenken unterliegen wird als die erstgedachte Vereinbarung, bei der dem Arbeitnehmer im Falle vorzeitigen Ausscheidens lediglich ein erwarteter Gewinn entgeht.

Besonders nahe liegt es, die Abhängigmachung eines Teils der dem Arbeitnehmer zugesagten Vergütung vom Ablauf einer bestimmten Dienstzeit dann für unethisch zu erklären, wenn der unbedingte zu zahlende Lohnanteil auffallend niedrig bemessen ist. Dieser Gesichtspunkt scheidet indessen aus, da das feste Gehalt des Kl. stets höher war als das ihm bei Anwendung des einschlägigen Tarifvertr. zustehende. Gleichwohl muß für die streitigen Abmachungen ein Verstoß gegen die guten Sitten bejaht werden, und zwar deshalb, weil infolge ihrer eigenartigen, von den Bekl. erfornenen rechtlichen Ausgestaltung die Nachteile, die den Kl. im Falle einer Kündigung vor Ablauf der drei oder sechs Jahre treffen, unverhältnismäßig groß sind und insfolgedessen eine zu mißbilligende Beschränkung seiner Entschlußfreiheit enthalten.

Nur bei einer vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses durch eine auf Krankheit oder Unfall zurückführende Dienstunfähigkeit des Kl. oder durch seinen Tod verbleiben ihm oder seinen Erben die zugesagten Sondervergütungen im Verhältnis der abgelaufenen Dienstzeit zu der für den Erwerb dieser Vergütung festgesetzten Frist. Um so schwerer sind die Folgen für den Kl., wenn es vor Ablauf der drei oder sechs Jahre zu einer Kündigung des Vertrages durch einen der Vertragsparteien kommt. Von diesem Zeitpunkt an hat der Kl. keinen Anspruch auf die Sondervergütungen mehr. Das bedeutet zunächst, daß er durch Ablauf der drei- oder sechsjährigen Vertragszeit keinen Anspruch auf die Sondervergütungen mehr erwerben kann. Es entfällt damit auch sofort sein Anspruch auf die in den Sonderverträgen vorgesehenen Vorschüsse. Er muß daher während der sehr langen Kündigungsfrist von einem Jahr bloß für sein festes Gehalt arbeiten, sich also mit einer erheblichen Verminderung seiner Einkünfte (um 183 RM monatlich) abfinden. Und endlich löst jede Kündigung vor Ablauf der ersten oder der zweiten drei Jahre für ihn die Pflicht aus, die in dem schon verlossenen Teil der drei Jahre auf die Sondervergütungen empfangenen Vorschüsse zurückzuzahlen. Dreifach sind also die Nachteile, die den Kl. bei einer Kündigung treffen: enttäuschte Erwartung für die Zukunft, Herabminderung seiner Dienstbezüge für die Gegenwart, Rückzahlungspflicht für die Vergangenheit. Schon wenn man nur das eigene Kündigungsrecht des Kl. berücksichtigt, muß eine solche Erschwerung der Ausübung dieser Befugnis, seine damit innerhalb von drei Jahren immer stärker werdenden Fesselung an das Unternehmen der Bekl. als unethische Beschränkung seiner persönlichen Bewegungsfreiheit im Wirtschaftsleben angesehen werden. Dazu kommt aber, daß diese Folge auch bei einer Kündigung durch die Bekl. eintreten konnte. Daß tatsächlich nicht sie gekündigt haben, sondern der Kl., hat bei der Würdigung des Vertragsinhalts außer Betracht zu bleiben. Zu gegeben werden kann außerdem, daß der Kl. einer Kündigung der Bekl., die nur auf Vereitelung seines Anspruchs auf die Sondervergütungen hinzielte, die Einrede der Arglist hätte entgegenhalten können. Übrig bleibt immer noch die Möglichkeit einer durch ein berechtigtes Interesse der Bekl. gebotenen Kündigung. Die Verbindung einer solchen Kündigung seitens der Bekl. mit der geschilberten erheblichen Benachteiligung des Kl. läßt keinen Zweifel mehr darüber, daß die getroffenen Vereinbarungen nach ihrem Gesamtcharakter den allgemeinen Sittenanschauungen widerstreiten.

Die Rev. der Bekl. macht demgegenüber besonders geltend, daß der Kl. nicht gezwungen gewesen sei, Vorschüsse auf die Sondervergütungen zu erheben, und daß er dadurch, daß er sie erhoben

und verbraucht habe, bewußt das Risiko ihrer Rückzahlung, nötigenfalls aus eigenem Vermögen, auf sich genommen habe. Diese Ausführungen reichen nicht aus, den unethischen Charakter der getroffenen Abmachungen zu widerlegen. Sie betonen zu sehr die, wie schon bemerkt, von den Bekl. erfornene rechtliche Gestalt der Vereinbarungen, werden aber ihrer tatsächlichen Bedeutung nicht gerecht.

Es kann nach der ganzen Sachlage keinem Zweifel unterliegen, daß schon bei dem ursprünglichen Vertragsabschluß von beiden Teilen in Aussicht genommen worden ist, der Kl. werde den sog. Vorschuß von 100 RM monatlich regelmäßig erheben und mit dem Grundgehalt zum Lebensunterhalt verbrauchen. Kennzeichnend ist in dieser Hinsicht, daß in den monatlichen Gehaltsabrechnungen die 100 RM stets — ungetrennt von der schon im Anstellungsvertrag als Gehalt bezeichneten Summe — als Gehalt mitaufgeführt worden sind. Von dem durch das zweite Sonderabkommen v. 3. Mai 1926 dem Kl. bewilligten Vorschuß von monatlich 83 RM ist noch klarer, daß er nach dem Willen beider Parteien zum alsbaldigen Verbrauch bestimmt war. Die 83 RM dienten zur — wenn auch nicht ganz vollständigen — Deckung des vom Kl. in Höhe von 100 RM zu tragenden Mietanteils an der ihm von den Bekl. zur Verfügung gestellten Wohnung und sind deshalb in den Gehaltsabrechnungen durchweg mit einem „W“ (als „Wohnungsgeldzuschuß“ oder ähnlich zu deuten) bezeichnet worden. In ihren Wirkungen betrachtet gaben die beiden ersten Sonderabkommen also den Bekl. nicht bloß das Recht, bei Kündigung vor Ablauf von drei Jahren das Gehalt des Kl. für die lange Kündigungsfrist von einem Jahr beträchtlich zu kürzen, sondern auch das weitere Recht, von ihm erhebliche Beträge zu fordern, die ihrer tatsächlichen Natur nach als Gehalt zu betrachten waren und die er demgemäß bereits verbraucht hatte. Eine solche Abmachung zwischen einem Kaufmann und seinem Angestellten ist mit den sittlichen Anschauungen des deutschen Handelsstandes unvereinbar. Ob der Angestellte — im vorl. Falle der Kl. — etwas eigenes Vermögen besitzt, ist für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ohne Belang.

Eine andere Würdigung verdient nur aus den bereits vom Vorderrichter zutreffend entwickelten Gründen das Zusatzabkommen v. 30. Jan. 1928. Die dort als Sondervergütung zugesagten 1570 RM hat der Kl. nicht nach und nach als Gehalt zum alsbaldigen Verbrauch ausgezahlt bekommen. Vielmehr hatten ihm die Bekl. am 2. Juni 1927 ein Darlehen von 1200 RM und am 12. Okt. d. J. ein solches von 200 RM gegeben. Außerdem war ihm auf sein Gehalt, das damals 400 RM monatlich betrug, ein Vorschuß von 170 RM gezahlt worden. Dieser Betrag konnten die Bekl. erstattet verlangen. Wenn sie auf diesen Erstattungsanspruch nur unter den in dem Abkommen niedergelegten Bedingungen verzichteten, so lag daran nichts Sittlich zu Mißbilligendes. Das Abkommen v. 30. Jan. 1928 diente nicht dem Zwecke, den Bekl. auf einem rechtlichen Umwege die Möglichkeit zu verschaffen, einen Teil der für den Kl. festgesetzten Dienstvergütung im Falle der Kündigung einzubehalten und für die Vergangenheit zurückzufordern. Bei ihm entfällt also der für die Annahme einer Unethlichkeit der beiden Sonderabkommen v. 29. Jan. und 3. Mai 1926 ausschlaggebende Gesichtspunkt.

Das BG. beschränkt die Sittenswidrigkeit der ersten beiden Sonderabkommen auf die Verpflichtung des Kl. zur Rückzahlung der bereits empfangenen sog. Vorschüsse, während es ihren Wegfall für die Dauer der Kündigungsfrist nicht beanstandet. Diese Trennung ist nicht gerechtfertigt. Es liegen keine zwei gesonderten Verträge vor, von denen der eine auf Verminderung der Bezüge des Kl. im Falle einer Kündigung, der andere auf Begründung einer Ersatzpflicht des Kl. für diesen Fall ging. Vielmehr handelt es sich insoweit nur um zwei verschiedenartige Rechtsfolgen, die den einheitlichen Zusatzabkommen entspringen. Der Anspruch des Kl. auf die Sondervergütungen ist an die Bedingung geknüpft, daß er sich nach drei, gegebenenfalls sechs Jahren noch in ungekündigter Stellung bei den Bekl. befinde. Erfüllt sich die Bedingung nicht, so fällt sein Anspruch fort. Und das hat dann zur Folge, daß er einerseits keine weitere Vorschußzahlung auf die ihm nicht mehr geschuldeten Sondervergütungen erhält, andererseits aber die schon empfangenen zurückzahlen muß. Es fragt sich deshalb nur, welche Rechtswirkungen die aus § 138 BGB. folgende Nichtigkeit der beiden Sondervergütungsabkommen v. 29. Jan. und 3. Mai 1926 hat.

Mit dem eigentlichen Anstellungsvertrag v. 29. Jan. 1926 stehen beide Sonderverträge nicht bloß in wirtschaftlichem Zusammenhang. Man muß vielmehr nach der ganzen Sachlage sagen, daß auch die rechtliche Einheitlichkeit aller drei Verträge i. S. wechselseitiger Bedingtheit (vgl. RG. 121, 144<sup>1)</sup>) von beiden Parteien gewollt war. Es ist das ersichtlich auch der Standpunkt, den die Parteien im gegenwärtigen Rechtsstreit einnehmen. In Anwendung des § 139 BGB. muß man also den ganzen Dienstvertrag als nichtig ansehen. Denn es ist nicht anzunehmen, daß er auch ohne den wichtigen Teil — die Sondervergütungsabreden — abgeschlossen sein würde. In dieser Hinsicht kommt es nicht allein, wovon der VerK. ausgeht, auf den Willen des Kl. an. Erforderlich

ist ebenso, daß ihm die Bekl. in Höhe der Sondervergütungen ein Entgelt ohne die Einschränkung bewilligt haben würden, daß es bei Kündigung wegfiel. Das hat der Kl. aber nicht einmal zu behaupten vermocht.

Daraus, daß die beiden ersten Sonderabkommen gegen die guten Sitten verstoßen, folgt also die Richtigkeit des ganzen Anstellungsvertrages. Der Kl. kann daher — und so hat er auch seine Klage begründet — nur unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung von den Bekl. für die ihnen tatsächlich geleisteten Dienste die angemessene Vergütung fordern. Diese bestimmt sich im vorl. Falle nicht nach dem tarifmäßig bestimmten, sondern nach dem vertragsmäßig festgelegten Lohn, da es an jedem Anhalt dafür fehlt, daß die Parteien eine unangemessene Vergütung vereinbart haben. Dieses vertragsmäßig gewollte, in Wirklichkeit aber als angemessen geschuldete Entgelt besteht aus dem Festlohn und den Sondervergütungen, die zusammen die Gegenleistung der Bekl. für die Dienste des Kl. bilden. Die Abhängigmachung der Sondervergütungen von dem Ablauf einer dreijährigen Frist läßt allerdings den Schluß zu, daß der Wert der Dienste des Kl. und dementsprechend der ihnen angemessene Lohn für den ersten Teil der Vertragszeit niedriger einzuschätzen ist als für den späteren. Der Kl. ist aber unter Einfluß des Jahres, das er noch nach seiner Kündigung im Dienste der Bekl. aushalten mußte, tatsächlich sogar länger als drei Jahre für die Bekl. tätig gewesen, hat also durch seine höherwertigen Dienste in der letzten Zeit den Mindewert seiner anfänglichen Arbeit ausgeglichen. Er hat daher — übrigens auch für die sechs Monate, die noch in die zweite Periode von drei Jahren hineinfallen — Anspruch auf die volle, sich nach den vertraglichen Abmachungen als angemessen darstellende Vergütung, d. h. in Höhe des Festlohns und der Sondervergütungen, zuletzt zum Betrage von 650 RM monatlich. Mit Rücksicht auf seine Kündigung braucht der Kl. weder sich eine Herabsetzung dieser Bezüge gefallen zu lassen noch irgend etwas davon zurückzuerhalten.

Abschließend zu erkennen ist dem RevG. gleichwohl noch nicht möglich, da erst festgestellt werden muß, wie sich die Berechnung der dem Kl. zuzurechnenden Beträge mit Rücksicht darauf gestaltet, daß er auf Grund des selbständig gültigen dritten Sonderabkommens seinerseits 1570 RM an die Bekl. zu zahlen hat. Eine für die Bekl. günstigere Entsch., als sie bisher vorliegt, kann allerdings nicht getroffen werden, so daß ihre Rev. zurückzuweisen ist. Zur Nachholung des noch fehlenden Rechenwerks muß dagegen auf die Rev. des Kl. Aufhebung des angefochtenen Urts., soweit es zu seinen Ungunsten ergangen ist, erfolgen. In diesem Umfange ist die Sache an das BG. zurückzuverweisen.

(RArbG., Ur. v. 15. Jan. 1930, RAG 401/29. — Duisburg.) [D.]

\*

2. § 67 HGB. Anstellung eines Handlungsgehilfen zur Aushilfe oder zur Probe. Beweislast. †)

Den Kl., der ausführt, der mit der Bekl. abgeschlossene Anstellungsvertrag sei insofern ein Scheinvertrag gewesen, als er bezweckt habe, die gesetzliche Bestimmung in § 67 HGB. zu umgehen, trifft die Beweislast dafür, daß er nicht zu vorübergehender Aushilfe angestellt worden sei, daß die Lage des Geschäftes gar nicht derartig gewesen sei, vorübergehende Aushilfskräfte einzustellen, sondern daß in Wahrheit die Anstellung eine solche zur Probe sein sollte und ihr die Form der Aushilfe nur gegeben wurde, um die Kündigungsbestimmungen des HGB., die zum Schutz

Zu 2. Die Entsch. behandelt einen Fall, der fast ebenso gelagert ist, wie der in RArbG. 3, 272 mitgeteilte. Es handelt sich um den Unterschied, ob ein Handlungsgehilfe zur Aushilfe oder zur Probe angestellt worden ist. Für den letzteren Fall gelten die allgemeinen Kündigungsregeln der §§ 66, 67 HGB., für eine Anstellung zur Aushilfe läßt § 69 HGB. Ausnahmen, d. h. kürzere Kündigungsfristen, zu. Diese Regelung führt, wie auch hier, zu Umgehungsversuchen. Zu diesen bemerken Düringer-Sachenburg-Pöniger bei § 69 HGB., 3. Aufl., S. 586: „In der Praxis macht sich die Neigung bemerkbar, die gesetzlichen Kündigungsfristen dadurch zu umgehen, daß bei der Anstellung erklärt wird, sie erfolge nur zur Aushilfe. Demgegenüber ist festzuhalten, daß die Voraussetzungen für eine Aushilfe tatsächlich vorhanden sein müssen, wenn § 69 HGB. Platz greifen soll. Es ist Sache des zur Aushilfe angestellten Gehilfen, das Fehlen dieser Voraussetzungen nachzuweisen.“ Mit diesen zutreffenden Ausführungen deckt sich die Entsch. Sie legt dem klagenden Gehilfen die Beweislast dafür auf, daß nicht eine Anstellung zur Aushilfe, sondern eine solche zur Probe vorlag. Diesen Beweis hält das RArbG. für geführt, im Gegensatz zu RArbG. 3, 272, die Entsch. weist die Revision gegenüber diesen tatsächlichen Feststellungen zurück, und es wird zur Zahlung verurteilt. Warum Verurteilung nur zur Zahlung eines Monatsgehalts erfolgt und nicht, da doch § 67 Abs. 2 HGB. gilt, Verurteilung zur Zahlung des Gehalts bis Ende Oktober, wird nicht näher erörtert. Die Entsch. entspricht der herrschenden Lehre.

OLG. Dr. Jollh, Karlsruhe.

der Handlungsgehilfen aufgestellt sind, zu umgehen (vgl. RArbG., Ur. v. 2. März 1929: BenschSamml. 5, 344).

Der Kl. mußte also entweder beweisen, daß die Lage des Geschäftes der Bekl. auch nach ihrer Ansicht nicht derartig war, um vorübergehende Arbeitskräfte zur Aushilfe einzustellen, daß eine Lage, die Aushilfskräfte erforderte, z. B. plötzlich auftretende Arbeitsüberhäufung vor hohen Festtagen oder vor bestimmten Jahreszeiten, Erkrankungen festangestellter Personen bei Ungewißheit, wie lange ihr Fernbleiben dauern wird, im gegebenen Falle nicht vorlag, oder er mußte den Beweis dafür führen, daß die Anstellung der Hilfskräfte in Wahrheit auf Probe erfolgte, um zu prüfen, ob die eingestellte Person sich für den Geschäftsbetrieb eigne und daß lediglich die Form eines Vertrages nach § 69 HGB. gewählt wurde, um die ungeeigneten Kräfte sofort wieder entlassen zu können. Denn auch eine Einstellung zur Probe ist ein festes Dienstverhältnis und darf nicht auf tägliche Kündigungsfrist erfolgen.

Das BG. hat den letzteren Beweis für erbracht angesehen und deshalb die tatsächliche Feststellung getroffen, daß die Bekl. den Kl. nicht mit Rücksicht auf die noch nicht klar zu übersehende Lage ihres Geschäftes zur vorübergehenden Aushilfe angestellt hat, sondern vielmehr in der Absicht, den § 67 HGB. zu umgehen, und daß die Bekl. die sog. Aushilfskräfte, darunter auch den Kl. nur deshalb zur Aushilfe eingestellt hat, weil sie sie erst erproben wollte, ob sie auch wirklich genügend Arbeit leisteten.

(RArbG., Ur. v. 2. Juli 1930, RAG 91/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Ernst Salomon, Berlin.

\*

\*\* 3. § 1 TarVd. Auslegung eines Tarifvertrages. Die eine Auslösung betr. Tarifvertragsbestimmungen des Baugewerbes haben mit dem Platzwechsel einen Wechsel in der Person des Arbeitgebers nicht zur Voraussetzung. Der Begriff „Arbeitgeber“ ist ein Rechtsbegriff. †)

Der § 4 Ziff. 8 des maßgeblichen RTarVtr. lautet:

Abf. 1. „Wird der Schachtmeister und Unterschichtmeister vom Arbeitgeber auf eine auswärtige Baustelle geschickt, die vom Wohnort des Schachtmeisters und Unterschichtmeisters so weit entfernt liegt, daß er sie mit Benutzung der zur Verfügung stehenden allgemeinen Verkehrsmittel innerhalb der örtlichen Zeit nicht erreichen kann, so sind ihm die Fahrkosten zu ersetzen. Muß in diesem Falle der Schachtmeister und Unterschichtmeister auswärts übernachten, so erhält er, wenn er einen doppelten Haushalt versorgen muß, als Ersatz des Mehraufwandes für Wohnung und Verpflegung eine Auslösung, über die im BezTarVtr. Bestimmungen zu treffen sind.“

Abf. 2. Muß der Schachtmeister oder Unterschichtmeister sich während längerer Zeit dauernd außerhalb seines Wohnortes aufhalten, so ist ihm bei näheren Baustellen (bis zu 150 km) alle vier Wochen über Sonntag freie Hin- und Rückreise zur Heimat zu gewähren. . . .

Abf. 3. Ist die Baustelle weiter als 150 km entfernt oder wird völliger Umzug vereinbart, so ist von Fall zu Fall zwischen dem Arbeitgeber und dem Schachtmeister bzw. Unterschichtmeister über vorstehende Punkte eine Vereinbarung zu treffen.“

Der fragliche BezTarVtr. verhält sich in seinem § 2 Ziff. 5 über die Höhe der in § 4 Ziff. 8 Abf. 1 erwähnten Auslösung. Beide Bestimmungen decken sich im wesentlichen mit der Regelung, wie sie in sonstigen, das Baugewerbe betreffenden TarVtr. hin-

Zu 3. Daß das RArbG. nicht engherzig an den überlieferten Lehren zivilistischer Dogmatik klebt, sondern in der Auslegung von Gesetzen, die unter anderen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen geschaffen wurden, den aktuellen Forderungen der Arbeitsrechtspflege großzügig Rechnung trägt, ist allzu bekannt, als daß hierauf näher eingegangen werden müßte; erinnert sei nur an Probleme, wie Betriebsrisiko, Betriebsverbundenheit, mittelbares Arbeitsverhältnis, Rechtsnachfolge i. S. des AngKündSchG. u. a. m. Daß die oberste Arbeitsgerichtsbehörde in diesem Streben mitunter auch zu weit geht, wird wohl kaum geleugnet werden können, sofern man den Grundlehren des Privatrechts überhaupt noch Geltung im Arbeitsrecht einräumen will; ein typisches Beispiel dafür scheint mir die Auslegung des SchWBschG. durch das RArbG. zu sein, das in ihm (RArbG. 4, 60) ein die Wirtschaft einseitig Belastendes Fürsorgegesetz erblickt, dessen Ziele auch dadurch sichergestellt werden dürfen, daß ihnen gegenüber die bekannten Prinzipien des funktionalen Synallagmas bei der Nichterfüllung zurücktreten müssen (vgl. dazu Groh: Arbeitsrecht und Schlichtung 1930 Heft 6, Arit. Bericht über die Rsp. des RArbG. Nr. 7a). Um so beruhigender wirkt es darum, wenn das RArbG. in der obigen Entsch. so energisch betont, daß Rechtsbegriffe nicht durch verschwommene Erwägungen sozialer und wirtschaftlicher Art verwässert werden dürfen; man wird also schon aus diesem Grunde der Tendenz der Entsch. freudig zustimmen können.

Prof. Dr. Groh, Göttingen.

sichtlich der Entfernungszulagen getroffen ist. Sie erklären sich ohne weiteres aus der gerade im Baugewerbe mit Rücksicht auf dessen Eigenart herrschenden Übung, daß ein Bauunternehmer nicht nur am Ort seiner geschäftlichen Niederlassung, sondern oft an weit entlegenen und nicht selten an verschiedenen Orten gleichzeitig Bauten vornimmt, für die er zwar an Ort und Stelle die nötigen Arbeiter anwirbt, zu denen er aber einen Teil seiner Stammarbeiter, insbes. die Vorarbeiter, Schachmeister und Poliere entfendet und im übrigen sich mit den Arbeitern begnügt, die sich an der Arbeitsstelle einfinden.

Geht man von dieser in der Nspr. des NArbG. anerkannten Übung aus (vgl. Urt. v. 19. Jan. 1929, RAG 321/28; ArbNspr. 1929, 161 und Urt. v. 16. Okt. 1929: NArbG. 4, 210), so ist der Rev. zuzugeben, daß in den betreffenden Tarifvertragsbestimmungen mit dem Platzwechsel eines Schachmeisters ein Wechsel im Arbeitsvertrag, vor allem in der Person des Arbeitgebers nicht vorausgesetzt wird, sondern daß danach, zusätzlich über die bisherigen Vergütungsansprüche hinaus, weitere Vergütungs- oder Erstattungsansprüche des verdrängten Arbeitnehmers entstehen. Das hat indessen auch das BG. nicht verkannt. Der Streit der Parteien geht vielmehr in erster Linie darum, ob bei dem Platzwechsel des Kl. von B. nach W. bzw. H. auch ein Wechsel in der Person des Arbeitgebers eingetreten und verneinendenfalls, ob der Kl. von seinem bisherigen Arbeitgeber nach einem der genannten Orte verdrängt worden ist.

Zu dem Hauptstreitpunkt führt das BG. aus: Zu Unrecht bestreite die Bekl., daß sie mit der Südd. Tiefbaugesellschaft P. & Z. identisch sei und daß sie den Kl. von B. nach W. geschickt habe. Nach dem Ausdruck auf den von der Bekl. gebrauchten Geschäftsbriefen befindet sich das Stammhaus der Bekl. in D. mit Niederlassungen in Berlin, Breslau, Dortmund, Köln und mit Tochtergesellschaften (Südd. Tiefbaugesellschaft P. & Z.) in M. und (P. & Dr. K., N.) in G. Inhaber der Südd. Tiefbaugesellschaft P. & Z. in M. seien D. P. in B., Dr. P. in R. und Dr. G. P. in D. Ferner seien nach der Aussage eines vernommenen Zeugen die Inhaber der in D. domizilierten Firma an den Firmen in M., G. und N. beteiligt. Seien auch die beiden Tochtergesellschaften in M., G. und N. als OHG. im Handelsregister eingetragen, so bildeten sie doch zum mindesten mit der Bekl. einen Konzern und auch sonst seien die Beziehungen der Tochtergesellschaften zum Stammhaus in D. sehr eng. Dafür, daß der Kl. von der Bekl. nach W. geschickt worden sei, spreche vor allem die unstreitig zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung, daß dem Kl. die Umzugskosten bezahlt und ihm in W. eine Wohnung zur Verfügung gestellt werden sollte. Wenn der Kl. in B. entlassen wäre und mit der Arbeitsaufnahme in W. die arbeitgebende Firma gewechselt hätte, so wäre eine solche Abrede nicht recht verständlich. Gerade in der Überweisung des Kl. von B. nach W. kämen die engen Beziehungen zwischen den Niederlassungen in M., der die Arbeitsstelle B. unterstehe, und D. (M.M.) Berlin, der die Baustelle W. unterstellt sei, deutlich zum Ausdruck. Einer fremden Firma oder gar einem Konkurrenzunternehmen würden tüchtige Arbeitskräfte nicht überwiesen. Selbst wenn nach der weiteren Aussage des oben erwähnten Zeugen jede Zweigstelle der einzelnen Niederlassungen berechtigt sei, Leute einzustellen und zu entlassen, so hindere das nicht, daß tüchtige Arbeitskräfte, wie der Kl., von einer zu einer anderen Baustelle innerhalb desselben Unternehmens überwiesen würden. Für ein Verschicken des Kl. von B. nach W. und für eine Identität der Bekl. mit der Südd. Tiefbaugesellschaft P. & Z. spreche aber namentlich noch das vom Kl. vorgelegte, vom Stammhaus P. & Z. in D. am 9. Okt. 1928 ausgestellte Zeugnis, worin bescheinigt werde, daß der Kl. vom Jahre 1908 bis 1. Okt. 1928 an 14 verschiedenen Arbeitsplätzen einschließlich des Eisenbahnbaues B. und des Baues des Mittellandkanals Los M 3 in W. von der Bekl. beschäftigt gewesen sei. Daß aus dem Zeugnis, so wie es die Bekl. aufgefaßt wissen möchte, lediglich eine Arbeitsvermittlung der Bekl. für die Arbeitnehmer hervorgehe, könne nicht angenommen werden, vielmehr habe die Bekl. sich durch die Überweisung die tüchtige Arbeitskraft des Kl. erhalten wollen.

Mit Recht erhebt die Rev. gegenüber diesen Ausführungen den Vorwurf, daß in ihnen der in § 4 Ziff. 8 des einschlägigen NArbVertr. enthaltene Begriff „Arbeitgeber“ verkannt sei. Das BG. hat diesen Begriff nicht im rechtlichen, sondern im wirtschaftlichen Sinne aufgefaßt, indem es annimmt, daß alle hier in Betracht kommenden Firmen dadurch, daß sie ein und demselben Konzern angehören oder doch infolge ihrer Beziehungen zu dem „Stammhaus“ in einer Interessengemeinschaft ständen, als ein einheitliches wirtschaftliches Gebilde und daher als der „Arbeitgeber“ i. S. der fraglichen Tarifvertragsbestimmung anzusehen seien. Dem kann nicht beigetreten werden. Allerdings richten sich, wie das RG. und das NArbG. in anderem Zusammenhang schon wiederholt zum Ausdruck gebracht haben (vgl. RG. 106, 273 ff. 1) und NArbG. 2, 74; 4, 60), die rechtlichen Beziehungen

zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis nicht nur nach den Bestimmungen des BGB., der GewO. und des HGB., sondern auch nach den diesen Gesetzen noch fremden sozialen und wirtschaftlichen Rechtsgedanken, die vielfach schon in Einzelbestimmungen des neuen Arbeitsrechts gesetzlich anerkannt sind. Insbesondere ist der Begriff „Arbeitgeber“ vor allem ein Rechtsbegriff und erfordert das Vorhandensein eines bestimmten und selbständigen Rechtsobjekts, einer Rechtspersönlichkeit. In dieser Hinsicht läßt das angefochtene Urteil jede tatsächliche Feststellung vermissen. Das BG. hat nicht einmal geprüft, wer Bekl. ist. Es bezeichnet als solche die „Tiefbaufirma P. & Z., Baustelle Mittellandkanal in W.“, obwohl unstreitig die Firma „P. & Z., Zweigniederlassung B.“ sich als Bekl. bekennt und diese Firma wenn sie als „Zweigniederlassung“ eines Einzelkaufmanns oder einer Handelsgesellschaft zu gelten hat, wegen solcher Anspruchs, die aus ihrem Betrieb hervorgegangen sind, klagen und verklagt werden könnte (vgl. Düringer-Sachenburg, HGB., 2. Aufl., zu § 17 Anm. 17 S. 221). Das BG. hat ferner nicht aufgeklärt, welche Rechtsform das sog. „Stammhaus“ in D., die „Zweigniederlassung“ in B. und die „Baustelle“ in W. besitzt. Das wäre um so notwendiger gewesen, als die bei den Akten befindlichen, von der „Baustelle Mittellandkanal Los M 3“ verwendeten Briefköpfe den Eindruck zu erwecken geeignet sind, daß sie von einer selbständigen Firma herrühren. Im Zusammenhang damit wäre eine Erörterung darüber erforderlich gewesen, welche Rechtsbeziehungen zwischen dem Stammhaus zu den Tochtergesellschaften und den Zweigniederlassungen sowie den letzteren untereinander, insbes. zwischen den Tochtergesellschaften in M. bzw. G. und der Zweigniederlassung in B. bestehen. Erst nach Klärung aller vorstehend näher bezeichneten Fragen wird sich beurteilen lassen, wer denn eigentlich der Arbeitgeber des Kl. im Rechtsinne war: das Stammhaus in D., die Zweigniederlassung in B. oder die nach dem bisher festgestellten Sachverhalt an sich zur Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern befugte Baustelle W.

(NArbG., Urt. v. 25. Jan. 1930, RAG 338/29. — Magdeburg.)  
[91]

4. § 1 TarVertr. für das Berliner Hotel- u. w. Gewerbe vom 9. April 1927. Freiwillig vom Gast gewährte besondere Trinkgelber sind auf das tarifliche Bedienungsgeld des Kellners nicht anzurechnen. f)

Nicht minder geht die weitere Rüge fehl, mit der die Rev. beanstandet, daß das BG. es ablehne, auf die Klageforderung, die durch den Kl. besonders vereinbarten Trinkgelber in Höhe von 2900 RM in Anrechnung zu bringen. Das angefochtene Urteil führt hierzu unter Bezugnahme auf das Gutachten eines Bücherrevisors und in eingehender Würdigung der von den Parteien beigebrachten zahlreicheren Unterlagen aus, es handle sich bei den Trinkgelbern nicht um eine Leistung der Bekl., sondern um persönliche, unter Duldung der Bekl. erfolgten Zuwendungen der Gäste des Weinrestaurants an den Kl.; dieser habe sich auch mit einer solchen Entlohnung als Tarifentlohnung nicht einverstanden erklärt. Selbst bei Zugrundelegung der Berechnung der Bekl. aber verbleibe ein Mindestanspruch des Kl. von 5242,35 RM, zu deren Zahlung die Bekl. verpflichtet seien. Es ist nicht einzusehen, inwiefern diese im wesentlichen ebenfalls tatrichterliche Feststellung und Würdigung rechtsirrig sein soll. Nach der maßgeblichen Tarifbestimmung (§ 1) werden die Kellner durch den auf die von ihnen umgesetzten Waren zu machenden Aufschlag von 10% entlohnt. Diese Entlohnungsart ändert nichts daran, daß der Aufschlag, das sog. Bedienungsgeld, ähnlich wie in den vom NArbG. am 20. Aug. 1928 (NArbG. 2, 193) und am 27. Juli 1929 (ArbNspr. 1929, 382) entschiedenen Fällen an sich Eigentum des Arbeitgebers, nicht des vereinnehmenden Kellners wird; denn er stellt eine zusätzliche Zahlung des Gastes auf die ihm von dem Kellner im Auftrage des Gastwirts verabreichten Waren, also eine Vergütung für Speisen und Getränke dar. Schon aus dieser Begriffsbestimmung des Aufschlags ergibt sich, daß er nicht durch das außerdem seitens des Gastes dem Kellner gewährte Trinkgeld abgegolten wird. Kann er aber dadurch nicht abgegolten werden und schreibt ferner § 1 des TarVertr. vor, daß der Aufschlag den Kellnern „restlos“ zufällt, so ist auch die

Zu 4. Die Entsch. ist lediglich zu billigen und eigentlich selbstverständlich. Der Gast, der die verlangten und geschuldeten Trinkgelderprozente gibt, weiß, daß er damit einer Vertragspflicht dem Wirt gegenüber nachkommt, und muß damit rechnen, daß diese Gelber in einer Weise verrechnet werden, die er nicht kennt.

Wenn der Gast aber außer den Pflichtprozenten freiwillig ein höheres Trinkgeld zahlt, so gibt er dieses Mehr lediglich, um die Leistungen der Bedienung zu belohnen, nicht aber zugunsten des Wirtes. Er will dabei der Bedienung eine besondere Zuwendung machen, die jeder Verfügung durch den Wirt entzogen sein und auch nicht indirekt dazu dienen soll, dessen Verpflichtungen der Bedienung gegenüber abzugelten oder zu erleichtern.

Abrechnung einer Abrechnung der vereinnahmten Trinkgelber auf die noch ausstehende Aufschlagzahlung frei von Rechtsirrtum.

(NArbG, Ur. v. 22. März 1930, RAG 492/29. — Berlin.) [B.]

\*

5. § 1 TarVd. Die Tariffähigkeit eines Arbeitnehmerverbandes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß nach seiner Satzung Mitglieder, die Arbeitgeber werden, die Mitgliedschaft ohne Stimmrecht fortsetzen können. Ein Arbeitgeberverband kann sich nicht durch Satzungsänderung tarifunfähig machen, solange er die sonstigen Aufgaben einer wirtschaftlichen Vereinigung in seiner Satzung beibehält. †)

Wenn der Kl. die Geltung des Zwangstarifs einmal deshalb in Frage stellt, weil nach den Satzungen der Bekl. zu 1, 3 und 4 auch Arbeitgeber Mitglieder dieser Arbeitnehmerverbände sein können und weiter deshalb, weil die Umschreibung des Vereinszwecks in seiner Satzung seiner eigenen Verpflichtung durch einen Tarifvertrag wie den streitigen im Wege stehe, so handelt es sich nach beiden Richtungen hin um die Frage der „Tariffähigkeit“. Eine positiv rechtliche Regelung der in diesem Begriff eingeschlossenen Voraussetzungen fehlt für die Verbände beider Tarifseiten. Die Wissenschaft sowie die Übung der Rechtsprechung und Verwaltung ist zu Abgrenzungen auf diesem Gebiet nur gekommen, weil die durch § 1 TarVd. gestellte Aufgabe der Satzung von Arbeitsnormen für die Tarifbeteiligten so geartete Verbände verlangt, daß sie i. S. des Tarifrechtszwecks dieser Aufgabe gerecht werden können. Soweit es sich um Arbeitnehmervereinigungen handelt, hat die Rechtsprechung des NArbG. in der Entsch. v. 10. Nov. 1928, RAG 395/28 vor diesem Gesichtspunkt aus die Zweifel erörtert, die sich daraus ergeben können, daß ein Arbeitnehmerverband dem gesamten bestehenden Wirtschaftssystem und damit auch dem Tarifwesen grundsätzlich ablehnend gegenübersteht. In den Entsch. v. 29. Sept. 1928 (NArbG. 2, 289), v. 10. Okt. 1928 (NArbG. 2, 299) und in dem gleichfalls zum Abdruck bestimmten Ur. v. 9. Febr. 1929 (370/28) ist die auch hier eingreifende Frage behandelt, ob eine Arbeitnehmervereinigung durch Verbindung mit der Arbeitgeberseite, durch Abhängigkeit von ihr oder wirtschaftsfriedliche Einstellung die Fähigkeit, Tarifpartei zu sein, einbüßt.

In allen diesen Fällen ist als ausschlaggebend angesehen worden, ob nach dem Inhalt der Satzung und nach ihrer tatsächlichen Handhabung der Verband einmal die Aufgabe hat, den Arbeitgebern gegenüber die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer zu wahren und Einfluß auf die Lohn- und Arbeitsbedingungen zu gewinnen, dann aber auch, ob der Verband gegenüber dem andern Teil voll unabhängig und selbständig ist. Dabei ist mehrfach betont worden, daß es auf die besondere Lage des einzelnen Verbands ankommt, so daß z. B. bei Werkvereinen die Tariffähigkeit davon abhängen kann, ob nach der Größe des Werks und der Zahl der Mitglieder die Rücksicht auf die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses des einzelnen die Interessenwahrnehmung gegenüber dem Arbeitgeber beeinflussen mag. Diese Stellungnahme, an der festgehalten ist, schließt es aus, den Umstand, daß einem Arbeitnehmerverband auch Arbeitgeber angehören, in jedem

Falle gleich und immer als die Tariffähigkeit ausschließend, zu würdigen. Die Bekl. haben mit Recht darauf hingewiesen, daß das NArbG. in dem Ur. v. 18. Nov. 1927 (NArbG. 119, 13 ff. 1) einen Anwaltsverein als tariffähig gegenüber Büroangestellten auf der Arbeitgeberseite angesehen hat, trotzdem ihm Anwälte zugehörten, die ihrerseits keine Angestellten hatten, sondern die Anwaltschaft selbst als Angestellte anderer Rechtsanwälte ausübten. Ist dort zutreffend angenommen worden, daß bei der Interessenlage der Angestellten-Rechtsanwälte, ihre Eigenschaft als Arbeitnehmer nicht geeignet war, die Wahrnehmung der Verbands- (Arbeitgeber-) Interessen gegenüber den Büroangestellten zu beeinträchtigen, so wird auch in dem vorliegenden Gegenfall das Maß der Beeinflussung der Interessenlage durch Einstreitung von Arbeitgebern in den Mitgliedsbestand der Bekl. entscheiden müssen.

Die Rev. kann bei der so gebotenen Prüfung der Interessenlage im Einzelfall sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der vorläufige Reichswirtschaftsrat sich in einigen Fällen bei wirtschaftsfriedlichen Arbeitnehmerverbänden gegen die Annahme der Tariffähigkeit ausgesprochen hat, weil die Satzung die Mitgliedschaft als außerordentliche auch Mitgliedern beließ, die zu Arbeitgebern geworden waren. Ob das NArbG. jenen Entscheidungen des vorläufigen Reichswirtschaftsrats beitreten kann, bedarf der Erörterung nicht. Jedenfalls kommt es auf die Gesamtstellungnahme des Verbandes an, und es bedarf keiner Ausführung, daß hierfür auch ins Gewicht fallen kann, ob der Verband den Arbeitgeber grundsätzlich als wirtschaftlichen Gegner ansieht oder nicht. Eine allgemeine Gleichbehandlung von wirtschaftsfriedlichen Verbänden und Gewerkschaften unter diesem Gesichtspunkt beansprucht die Rev. deshalb zu Unrecht.

Der Verkl. geht davon aus, daß aus dem Angestelltenverhältnis auscheidende Mitglieder nach den Satzungen des Bekl. zu 1 (§ 5 Abs. 2), zu 3 (§ 5), zu 4 (§ 4) als „außerordentliche“, zu 3 als „unterstützende“ Mitglieder weitergeführt werden können, entnimmt aber aus diesen Bestimmungen gleichzeitig, daß diese auscheidenden und etwa zum Arbeitgeber gewordenen Mitglieder auf die Verwaltung und sämtliche Maßnahmen des Verbandes satzungsgemäß keinen Einfluß haben. Der Rev. ist zuzugeben, daß diese Satzungsbestimmungen, die den außerordentlichen Mitgliedern um wesentlichen das aktive und passive Wahlrecht verlagern, insbes. in der Fassung bei den Bekl. zu 1 und 3, nicht schlechthin alle Wege möglicher Einflußnahme sperren. Es kommt auch, wie in den vorbezichneten Urteilen des NArbG. und in der Rechtsprechung des NArbG. zur Tariffähigkeit von Arbeitgeberverbänden ständig betont worden ist, nicht nur auf den Inhalt der Satzungen, sondern auch die wirkliche Handhabung an. Hierzu hatte der Kl. in der Ver.Znst. behauptet, daß die zu den Mitgliedern der Bekl. zu 1 und 4 gehörenden Arbeitgeber zu allen Sitzungen, in denen Beschlüsse gefaßt würden, Zutritt hätten, vielfach sogar die Leitung derartiger Versammlungen übernehmen, und damit zweifelsohne ihren persönlichen Einfluß als Arbeitgeber zur Geltung bringen, der sicherlich bei den Entschlüssen der Versammlungen nicht ganz unberücksichtigt bleibt“. Damit ist aber nur die Möglichkeit und das vereinzelte Vorkommen von Einflußnahmen einzelner Arbeitgeber behauptet, für deren Auftreten, wenn es auch nicht ganz unberück-

Zu 5. Die vorstehende, besonders beachtenswerte Entsch. des NArbG. nimmt nach zwei verschiedenen Richtungen hin Stellung zur Frage der Tariffähigkeit von Berufsvereinigungen.

a) Es handelt sich zunächst um die Frage, ob Arbeitnehmerberufsvereinigungen dadurch, daß sie zu Arbeitgebern gewordene Mitglieder noch weiter als „außerordentliche“ oder „unterstützende“ Mitglieder führen, ihre Tariffähigkeit verlieren. Das NArbG. prüft diese Frage unter Berücksichtigung des konkreten Tatbestandes an dem Maßstabe der Selbständigkeit und Unabhängigkeit als notwendigen Erfordernisses für die Tariffähigkeit wirtschaftlicher Berufsvereinigungen. Es wird hierbei berücksichtigt, daß die Satzungen der Bekl. diese außerordentlichen bzw. unterstützenden Mitglieder von einer Einflußnahme auf die Verwaltung und sämtliche Maßnahmen des Verbandes ausschließen, zugleich aber mit vollem Rechte hervorheben, daß es nicht allein auf den Wortlaut der Satzungen ankomme, sondern deren wirkliche Handhabung geprüft werden müsse (vgl. dazu NArbG. v. 10. Nov. 1928: BenschSamml. IV, 231 ff.). Das NArbG. anerkennt die Tariffähigkeit solcher Verbände, trotzdem der Kl. behauptet hat, daß diese Arbeitgeber-Mitglieder zu allen Sitzungen, in denen Beschlüsse gefaßt würden, Zutritt hätten, vielfach sogar die Leitung derartiger Versammlungen übernehmen, weil dadurch lediglich die Möglichkeit und das vereinzelte Vorkommen von Einflußnahmen einzelner Arbeitgeber behauptet würde, aber kein Anhalt gegeben sei, daß die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Verbandes durch solche Vorgänge leiden könnte.

Diese Auffassung des NArbG. ist nicht unbedenklich (vgl. schon Ripperdey: BenschSamml. V, 558 zu dieser Entsch.); sie entspricht aber den geringen Anforderungen, die das NArbG. an die Tariffähigkeit, auch in Hinblick auf Werkvereine, stellt (vgl. NArbG. v. 10. Okt. 1928: BenschSamml. IV, 239 ff.; v. 9. Febr. 1929: ebenda V, 217 ff.; dagegen Ripperdey: ebenda [NArbG.] III, 111 f. [gegen NArbG. Welefeld]; Groß: ArbZt. u. Schlichtung 1929, 33; Grd. d. sächs. Arb.- u. WohlflMin. v. 26. April 1929: ArbZt.

1929, 443; vgl. auch deutsch-poln. ArbZt. v. 15. Mai 1922, § 161 II lit. a; Entw. d. ArbNArbSch. z. TarVertrG., § 4 III Ziff. 1).

Mag man immerhin dem NArbG. zustimmen, daß die Frage der Tariffähigkeit an Hand der konkreten Lage des Einzelfalles geprüft werden müsse, so wäre immerhin ein strengerer Standpunkt, als der von der Entscheidung eingenommene, erwünscht, wie sich in dieser überhaupt eine gewisse Lockerung gegenüber den grundsätzlichen Erörterungen in NArbG. v. 29. Sept. 1928: BenschSamml. IV, 294 feststellen läßt, wo als Erfordernis für die Tariffähigkeit von Arbeitnehmerberufsvereinigungen auch festgehalten wird, daß die Vereinigung nur aus Arbeitnehmern bestehen dürfe (297, 303) und eine „volle“ Selbständigkeit gegenüber dem andern Teil gefordert wird, während die Begründung zu unserer Entsch. ausdrücklich hervorhebt, daß es nicht notwendige Voraussetzung für die Tariffähigkeit sei, daß der Verband „von den Anschauungen und Bestrebungen der Gegenseite ganz unberührt bleibt“. Gewiß wird für die „volle Unabhängigkeit und Selbständigkeit“ des Verbandes nicht gefordert werden dürfen, daß sich die Machtmittel und die wirtschaftliche Durchschlagskraft der beiderseitigen Verbände stets die Waage halten müssen; Einflüsse von außen und seitens des Vertragsgegners bei Verhandlungen und Vertragsabschluß werden sich auch im Tarifrecht regelmäßig geltend machen und können für die Beantwortung der Frage der bestehenden Tariffähigkeit rechtliche Beachtung nicht finden. Zu fordern ist jedoch, daß sich der Einfluß der Gegenseite nicht in den eigenen Reihen geltend macht und daß die Satzung Gewähr bietet, daß, sei es auch nur die bloße Möglichkeit einer solchen Einflußnahme vermieden wird.

b) Von größter Bedeutung ist die Stellungnahme der Entsch. zum Problem der „gewollten Tarifunfähigkeit“. Das Problem, dessen praktische Bedeutung auf dem Gebiete des Schlichtungsrechts und auch der Arbeitsgerichtsbarkeit liegt, muß rechtlich nach dem Gesicht-

sichtigt bleibt, eine erhebliche Bedeutung i. S. der Arbeitgeberinteressen nicht in Anspruch genommen wird. Daß ein Verband von den Anschauungen und Bestrebungen der Gegenseite ganz unberührt bleibt, ist nach der Rechtspredung des ArbG. notwendige Voraussetzung seiner Tariffähigkeit nicht. Dafür aber, daß die Selbständigkeit oder Unabhängigkeit der bekl. Verbände, deren Stellung im Tarifwesen, wie das ArbG. mit Recht anführt, seit langem allgemein anerkannt ist, durch solche Vorgänge leiden könnte, gibt der Kl. keinen Anhalt. Der VerN. hat deshalb mit Recht den Bedenken des Kl. gegen die Tariffähigkeit der bekl. zu 1, 3, 4 nicht Rechnung getragen.

Zu der Frage, ob die eigene Tariffähigkeit des Kl. durch die Bestimmung in § 2 seiner Satzung eingeschränkt worden ist, muß zunächst unterschieden werden, ob wirklich die Wahrnehmung aller gemeinsamen Interessen gegenüber den kaufmännischen Angestellten und Lehrlingen aus der Verbandsaufgabe ausgeschlossen oder in diesem Bereich nur der Abschluß von Tarifverträgen durch den Verband ausgeschlossen worden ist. RG. 111, 354<sup>2)</sup>; 115, 177<sup>3)</sup>; 119, 13 ff. <sup>4)</sup>; JW. 1927, 2363 hat die Annahme der Tariffähigkeit davon abhängig gemacht, ob es Verbandsaufgabe sei, die wirtschaftlichen Arbeitgeberinteressen der Verbandsmitglieder gegenüber den wirtschaftlichen Arbeitnehmerinteressen zu vertreten und zur Geltung zu bringen (RG. 115, 177<sup>3)</sup>). Damit knüpft es i. S. der an den Eingang gestellten Erörterung an die Eignung der Verbände zur Erfüllung der Tarifaufgabe, die „materielle Tariffähigkeit“ i. S. von Kaskel: NZ-ArbR. 1926, 1 ff. an. Wird diese Eignung, die sich nicht nur aus dem Inhalt der Satzung, sondern auch aus dem tatsächlichen Verhalten des Verbandes ergibt, durch Änderungen der Satzung und Geschäftshandhabung in der Tat berührt, so betrifft das auch die Fähigkeit, Tarifpartei zu sein. Ob das indessen auch dann gelten kann, wenn ein Verband im allgemeinen den Zweck beibehält, der Arbeitnehmerschaft gegenüber die Arbeitgeberinteressen wahrzunehmen, und nur bestimmte Gruppen ausnimmt, ist zu entscheiden hier nicht nötig. Denn der VerN. hat aus dem Gesamthalt der Satzung des Kl., insbes. den Bestimmungen der §§ 2 Ziff. 2, 5 Nr. 2, 7 Nr. 3 und 4, 18 Nr. 1 entnommen, daß der Kl. durch diese Einzelregelungen zu erkennen gibt, daß er in Wahrheit doch die gemeinsame Wahrnehmung auch dieser Angelegenheiten bezwecke. Den gleichen tatsächlichen Schluß hat das Urteil auch daraus gezogen, daß der Verband in zahlreichen Rechtsstreitigkeiten mit kaufmännischen Angestellten seine Mitglieder vor ArbG. und ArbG. gem. § 11 ArbGG. vertreten läßt. Soweit hieraus Schlüsse auf die tatsächliche Zwecksetzung und Zweckverfolgung des Kl. gezogen sind, sind sie für das RevG. bindend, da ein Rechtsirrtum des VerN. nicht ersichtlich wird.

Die einschränkende Bestimmung des § 2 bedarf aber auch der Wertung nach der Richtung, ob sie ohne Rücksicht auf eine Änderung der allgemeinen Verbandsaufgabe im Bereich der Arbeitsbedingungen den Abschluß von Tarifverträgen auf diesem Gebiet ausschließen wollte,

punkte der Tariffähigkeit nach der TarVertrW. gelöst werden, da einerseits der Zwangstarif lediglich den freiwilligen Abschluß eines Tarifvertrages ersetzt, andererseits nur tariffähige Vereinigungen als wirtschaftliche Vereinigungen i. S. des ArbGG. in Betracht kommen (dazu NZ-ArbG. v. 10. Okt. 1928: BenzSamml. IV, 239). Bereits Ripperdey: BenzSamml. V, 551, 555 ff. hat hervorgehoben, daß die Begründung, auf die sich die Entsch. in Hinblick auf den von ihr eingenommenen Standpunkt der Unzulässigkeit gewollter Tarifunfähigkeit stützt, enttäuscht und hat sie in eingehenden und überzeugenden Ausführungen widerlegt.

Man muß sich zunächst vor Augen halten, daß das Mittel kollektiven Arbeitsrechtes, durch welches wirtschaftliche Berufsvereinigungen auf die Regelung von Arbeitsbedingungen Einfluß zu nehmen in der Lage sind, eben nur der Tarifvertrag ist (vgl. Ripperdey, a. a. D. 554) und daß daher der sachmäßige Ausschluß des Abschlusses von Tarifverträgen zugleich Verzicht auf die Stellung eines wirtschaftlichen Berufsvereines i. S. des Arbeitsrechtes ist. Aber nur insofern ein Berufsverein der in Rede stehenden Art gegeben ist, kann von Tariffähigkeit die Rede sein.

In unserem Falle hatte die Satzung des Kl. vorgesehen, daß der Verband die Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen seiner Mitglieder in allen das Verhältnis zur Arbeitnehmererschaft betreffenden Fragen mit Ausnahme der kaufmännischen Angestellten und kaufmännischen Lehrlinge bezwecke. Wenn in diesen Punkte die Begründung des ArbG. demgegenüber auf die Feststellungen des VerN. hinweist, insbes. darauf, daß der klägerische Verband in zahlreichen Rechtsstreitigkeiten mit kaufmännischen Angestellten seine Mitglieder vor ArbG. und ArbG. gem. § 11 ArbGG. habe vertreten lassen, so liegt hierin ein Trugschluß; man kann das Vorhandensein der Tariffähigkeit nicht aus der tatsächlich vorgekommenen Vertretung der Mitglieder vor dem ArbG. erschließen, sondern muß umgekehrt (seit der zu billigen Entsch. des ArbG. v. 10. Okt. 1928: BenzSamml. IV, 239 ff.; anders noch NZ-ArbG. v. 29. Sept. 1928: ebenda 297) die Vertretungsbefugnis nach § 11 ArbGG. auf die vorhandene Tariffähigkeit stützen, so daß dieser Begriff eine selbständige Untersuchung nach den Gesichtspunkten des Tarifrechtes

und erst in dieser Prüfung, die der VerN. nicht vorgenommen hat, kommt die Frage der gewollten Tariffähigkeit zur Entscheidung. Ob bei vorhandener Tariffähigkeit durch Satzungsbestimmungen der Tarifabschluß wirksam ausgeschlossen werden kann, hat die rechtsgerichtliche Rechtspredung offengelassen (RG. 115, 177<sup>3)</sup>).

Die Meinung, daß eine gewollte Tariffähigkeit möglich sei, geht zum großen Teil von dem Gedanken der Vereinsautonomie und der Vereinigungsfreiheit aus, auf die auch die Rev. ihre Ausführungen gründet. Für den Kl. als einen rechtsfähigen Verein ist es nach § 26 Abs. 2 BGB. jedenfalls möglich, die Vertretungsmacht des Vorstandes Dritten gegenüber so einzuschränken, daß über diese Grenzen hinaus von dem Vorstand vorgenommene Rechtsgehalte den Verein nicht binden. Es ist der Rev. auch zuzugeben, daß diese Einschränkung der Vertretermacht nicht mit der im Schlichtungsverfahren überwindbaren Tarifunwilligkeit gleichzusetzen ist. Wäre das Vereinsrecht des BGB. allein maßgebend, so müßte der satzungsmäßige Ausschluß der Tariffähigkeit wirken, ja darüber hinaus wäre zur Geltung eines Tarifvertrages der positive Nachweis zu fordern, daß die Verbandsaufgabe den Tarifabschluß umfassen soll. Dann wäre seit dem Inkrafttreten der TarW. v. 23. Nov. 1918 nahezu der Rechtszustand in Geltung, den der Tarifentwurf von 1921 dahin in Aussicht nimmt (§ 4): „Tariffähig sind Vereinigungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern, deren Satzung den Abschluß von Tarifverträgen vorsteht ...“

Die TarW. v. 23. Dez. 1918 aber kommt mit einer solchen Richtung der Satzungen nicht rechnen, da auf die neuartigen Wirkungen des durch sie geschaffenen Tarifrechtes kaum eine der in Frage kommenden Vereinigungen satzungsgemäß eingestellt sein konnte und da, zum mindesten bei einem großen Teil der Arbeitgebervereinigungen nicht einmal die allgemeine Richtung auf Abschluß von Gesamtverträgen mit den Gewerkschaften durch Sinn und Handhabung der Satzung gegeben war. Trotzdem hatten am 15. Nov. 1918 die Spitzenorganisationen der Verbände beider Seiten die im Reichsanzeiger 1918 Nr. 273 veröffentlichte, für die Neuregelung des Arbeitsrechtes grundlegende Vereinbarung geschlossen, in deren Ziff. 6 der Abschluß von Kollektivverträgen als Ziel in Aussicht genommen war. Wenn die TarW. auf dieser Vereinbarung fußend, den über die Arbeitsbedingungen abschließenden Verbänden durch die Einführung der Normativwirkung die Tarifgewalt über die tarifunternormierten Beteiligten verlieh, so bekleidete sie die tatsächlich bestehenden, die Arbeit von beiden Seiten kontrollierenden Wirtschaftsmächte durch Einführung der sozialen Selbstverwaltung (RG. 107, 247 ff. <sup>5)</sup>) mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen und Pflichten.

Dieser öffentlich-rechtlichen Stellung zu entsagen, lag nach allgemeinen Regeln nicht in der Macht der Verbände. Der Grundlaß der Vereinigungsfreiheit, wie er in den §§ 124, 159 NVerf. geschützt ist, wird durch die öffentlich-rechtliche Qualifizierung bestehender, frei

(f. o.) erfordert. Wie aber Ripperdey (a. a. D. 554) in der Erläuterung zu NZ-ArbG. v. 10. April 1929 (377/28) durchaus zutreffend ausgeführt hat, ist für die Tariffähigkeit einer Berufsvereinigung nicht der Umstand maßgebend, daß sie die wirtschaftlichen Interessen ihrer Parteiseite gegenüber der anderen vertritt und sie fördert — die Begründung unserer Entsch. wird in diesem Punkte mit Recht kritisiert (553, 5a) —, sondern vielmehr, daß sie sich die Regelung der Arbeitsbedingungen im Wege der Vereinbarung mit den hierfür in Betracht kommenden Verbänden der Gegenseite zur Aufgabe setzt. Eine solche Auffassung hat aber zur Folge, daß eine Satzungsbestimmung, die den Abschluß von Tarifverträgen aus dem Aufgabenkreis der Vereinigung ausschließt, bewirkt, daß sobald eine wirtschaftliche Berufsvereinigung i. S. des Arbeitsrechtes nicht gegeben ist. Die Aufnahme einer Bestimmung des in Rede stehenden Inhaltes in die Satzung müßte, auch für das Schlichtungsrecht, die gleiche Wirkung haben wie die Auflösung der Vereinigung auf Grund freiwilligen Beschlusses.

Eine derartige Satzungsbestimmung zeitigt jedoch nur negative Wirkung — fehlt eine Tarifklausel in der Satzung, so ist zu vermuten, daß Arbeitgebervereinigungen und Arbeitnehmerorganisationen sich die Regelung von Arbeitsbedingungen zur Aufgabe setzen und daher, sofern die anderen Voraussetzungen gegeben sind, tariffähig sind (vgl. auch Ripperdey, 552) — und auch diese nur, sofern sich die Vereinigung an die (negative) Tarifklausel hält. Es ist von größter praktischer Bedeutung, daß für ein lebendiges Recht, wie es das Arbeitsrecht darstellt, nicht der Buchstabe der Satzung, sondern das tatsächliche Verhalten entscheidet.

Das ArbG. hat nun den unserer Entsch. zugrunde liegenden Tatbestand dahin feststellen können, daß die Kl. in der Tat der angeführten Satzungsbestimmung entsprechend den freiwilligen Abschluß von Tarifverträgen für die Gruppen der kaufmännischen Angestellten und der kaufmännischen Lehrlinge ständig abgelehnt hat. Die weitere Frage ist daher, ob auf dieser Grundlage anzunehmen ist, daß die Kl. in dem aufgezeigten Rahmen der Tariffähigkeit entbehrt. Ripperdey, 557 will diese Frage bejahen; genau so wie sich Arbeitnehmerverbände nur zwecks Wahrnehmung der Arbeiter- oder An-

<sup>2)</sup> JW. 1926, 703. <sup>3)</sup> JW. 1927, 258. <sup>4)</sup> JW. 1928, 104.

<sup>5)</sup> JW. 1925, 222.

gebildeter, frei auflösbarer und frei wandelbarer Vereinigungen nicht berührt. Die Meinung der Rev., daß aus Art. 165 Abs. 1 ein Recht der Unternehmer folge, an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen nur in dem von ihnen gewollten Maß und in der von ihnen gewählten Form mitzuwirken, findet in Inhalt und Zusammenhang der Bestimmung keine Stütze.

Wichtig ist deshalb, daß auch Satzungsänderungen aller Art zulässig bleiben und satzungsmäßige Änderungen des Vereinszwecks, soweit die Satzung allein die Vereinsaufgabe bestimmt, ihre Auswirkung auf die Kraft von Vereinshandlungen nach wie vor äußern müßten. Die Satzung bestimmt aber bei den wirtschaftlichen Vereinigungen, die nach den erörterten sachlichen Gesichtspunkten die Voraussetzung der Tariffähigkeit erfüllen, die Vereinsaufgabe nicht allein. Vielmehr bedient sich der Gesetzgeber der in diesem sachlichen Sinn tariffähigen Vereine und ihrer Vereinsrichtung, um ihnen eine öffentlich-rechtliche Vereinsaufgabe in Anknüpfung an den satzungsmäßigen Zweck zu geben. Diese Aufgabe, die nicht die Willkür der Verbandsmitglieder, sondern der Wille des Gesetzgebers geschaffen hat, kann nicht durch Satzungsänderung, jedenfalls nicht ohne Änderung der Grundlage, beseitigt werden, aus denen die Eignung der Verbände zur Übernahme der Tarifaufgabe und damit die gesetzliche Tariffähigkeit folgt.

Schon aus diesem Gesichtspunkte der Tarifrechtszwecke ergibt sich danach, daß eine Tarifunsfähigkeit durch die eigene Willkür der Verbände im Wege der Satzungsänderung nicht herbeigeführt werden kann, ohne daß der Vereinszweck auch im übrigen satzungsmäßig und tatsächlich geändert wird.

(ArbGG., Urt. v. 10. April 1929, RAG 648/28. — Kassel.) [B.]

**\*\* 6.** Zweck der BetriebsstilllegungsVO. Anwendung des § 2 auch bei mehreren aufeinanderfolgenden Entlassungen, die nur in der Gesamtheit die gesetzliche Mindestzahl überschreiten, wenn ursächlicher Zusammenhang zwischen den zeitlich getrennten mehreren Entlassungen besteht. †)

Die Bekl., welche in ihrem Betrieb weniger als 200 Arbeiter beschäftigt, entließ von diesen Arbeitern mit Zustimmung des Arbeiterrats in der Zeit v. 7. Febr. bis 24. April 1929 an drei verschiedenen Tagen insgesamt 24, und zwar am 7. Febr. bzw. 8. März je 9 und am 24. April 6. Durch die Entlassungen wurden Betriebsanlagen ganz oder teilweise nicht benutzt. Eine Anzeige an die zuständige Behörde, daß sie den Betrieb teilweise stillzuliegen beabsichtige, erstattete die Bekl. nicht. Unter dem am 24. April 1929 entlassenen Arbeitern bestand sich der Kl. Er hält seine Entlassung wegen der unterbliebenen Stilllegungsanzeige für unwirksam und begehrt deshalb Verurteilung der Bekl. zur Weiterzahlung seines Lohns für vier Wochen. Die Bekl. hält dem erhobenen Anspruch entgegen, daß der Kl. sich auf die Entlassungen am 7. Febr. nicht stützen könne, weil sie nur Arbeiter betroffen hätten, die für einen bestimmten, damals beendeten Auftrag eingestellt gewesen seien. Die Entlassungen v. 7. März und 24. April 1929 seien wegen Mangels an Aufträgen erfolgt. Bei der ersteren habe keine Anzeigepflicht bestanden, weil sie sich auf acht Mann beschränkt hätte. Zudem stehe die Entlassung des Kl. hiermit nicht im Zusammenhang; denn sie sei dadurch veranlaßt, daß ganz bestimmte Aufträge, auf deren Eingang die Bekl. noch im März habe fest rechnen können, nicht erteilt worden seien.

Das ArbGG. hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das ArbGG. die Klage ohne weitere Beweishebung abgewiesen. Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

gesteuerter Interessen zusammenschließen können, so müsse dieses Recht auch den Arbeitgeberverbänden zugesprochen werden, wenn einer der beiden Aufgabenkreise willig (= völlig?) ausgeschlossen sei. U. E. muß gegenteilig entschieden werden. Der Arbeitnehmer tritt dem Arbeitgeber in seiner Qualität als Arbeiter oder als Angestellter (sei es auch im Ausbildungsstadium) entgegen, daher ist auch eine Beschränkung von Arbeitnehmerberufsvereinigungen auf die Gruppe der Arbeiter oder der Angestellten möglich. Die Vereinigung ist wirtschaftliche Vereinigung von Arbeitern oder von Angestellten i. S. des Arbeitsrechts. Setzt sich aber die Arbeitnehmerberufsvereinigung die Vertretung von Arbeitern und Angestellten zur Aufgabe, so kann auch sie nur Berufsvereinigung in diesem vollen Umfange sein oder überhaupt keine Berufsvereinigung i. S. des Arbeitsrechts. Dagegen kommt dem Arbeitgeber und entsprechend auch ihren Vereinigungen Arbeitgebernatur gegenüber allen Gruppen von Arbeitnehmern zu. Es erscheint begrifflich nicht möglich, daß eine Arbeitgebervereinigung theoretisch nur Berufsvereinigung gegenüber bestimmten Arbeitnehmergruppen ist und demgemäß kann auch in diesem, wie in anderen Fällen (vgl. Nipperdey: 557 f. zu BenschSamml. [ArbGG.] V Nr. 134) eine teilweise Tarifunsfähigkeit auf Grund entsprechender negativer Tarifklausel nicht angenommen werden. Nicht der Begründung, wohl aber dem Spruche des ArbGG. selbst, ist daher zuzustimmen.

Prof. Dr. F. G. Lautner, Mannheim.

Zu 6. Die Entsch. (= ArbGG. 5, 238 ff. = BenschSamml. 9, 25 ff.) behandelt zwei schwierige, bestrittene Fragen aus dem

Das BG. nimmt zwar auf das erstinstanzliche Ur. seinem ganzen Inhalt nach Bezug, vertritt aber abweichend von diesem den Standpunkt, daß bei der Entlassung des Kl. eine Stilllegungsanzeige nicht erforderlich gewesen sei, und verneint deshalb die Berechtigung des Klagebegehrens. Es geht hierbei davon aus, daß, auch wenn die zu verschiedenen Zeiten erfolgten Entlassungen auf einen einheitlichen Willen zurückzuführen seien, die Sperrfrist des § 1 StilllegungsVO. für die sämtlichen Entlassungen nur einheitlich und zwar von dem Tage an zu laufen begonnen habe, an dem die Ablicht der Stilllegung zum erstenmal in Erscheinung getreten sei, d. h. v. Febr. ab. Danach wäre die Bekl. berechtigt gewesen, nach Ablauf von vier Wochen Entlassungen vorzunehmen. Nehme man jedoch mit Rücksicht darauf, daß es sich bei den Entlassungen am 7. Febr. um Arbeiter gehandelt habe, die zu einem ganz bestimmten und damals beendeten Produktionszweck eingestellt gewesen seien, selbst zugunsten des Kl. an, daß die Sperrfrist erst am 8. März, also bei der zweiten Arbeiterentlassung zu laufen begonnen habe, so könne der Kl., da er erst am 24. April, also mehr als sechs Wochen nach dem 8. März entlassen worden sei, sich auf die Schutzfrist auch nicht berufen; denn diese Entlassung sei nach Ablauf der Sperrfrist erfolgt. Im übrigen seien sämtliche Entlassungen mit Zustimmung des Arbeiterrats getätigt, der vor Erteilung seiner Zustimmung die gesetzliche Zulässigkeit der Entlassungen geprüft haben dürfte.

Nicht mit Unrecht wendet sich die Rev. gegen dieses Ur., indem sie Verletzung der §§ 1 und 2 StilllegVO. rügt.

Es ist zunächst nicht ersichtlich, auf Grund welcher Unterlagen das BG. zu der Meinung gelangt, daß es sich bei den Entlassungen v. 7. Febr. nur um Arbeiter gehandelt habe, die zu einem ganz bestimmten und damals beendeten Produktionszweck eingestellt gewesen seien. Der erste Richter hat Beweis erhoben und dann festgestellt, daß sich unter den am 7. Febr. entlassenen Arbeitern auch solche befunden hätten, bei denen die vorerwähnte Beschränkung des Arbeitsverhältnisses nicht vorgelegen habe. Da das BG., ohne seinerseits weiteren Beweis zu erheben oder eine sonstige diesbezügliche Feststellung zu treffen, auf den ganzen Inhalt des erstinstanzlichen Ur. Bezug nimmt, widerspricht die von ihm zum Ausdruck gebrachte Meinung dem festgestellten Sachverhalt. Zum mindesten hätte es den Widerspruch klären müssen. Schon dieser Mangel steht einer erschöpfenden Nachprüfung des angefochtenen Ur. durch das RevGG. entgegen. Er könnte nur dann auf sich beruhen bleiben, wenn man von dem dem Kl. ungünstigsten Standpunkt ausgehend zu einem ihn befriedigenden bedenkenfreien Ergebnis gelangen würde. Das ist aber deshalb unmöglich, weil das BG. die weitere Frage, von der die Entsch. des Rechtsstreits im wesentlichen abhängt, ob nämlich die einzelnen Entlassungen trotz ihres zeitlichen Auseinanderliegens in einem ursächlichen, inneren Zusammenhang stehen, nicht näher untersucht, sondern sich auf die Erörterung beschränkt, von welchem Tage ab die Sperrfrist zu laufen begonnen habe, und hierbei das Vorhandensein einer einheitlichen Entlassung nur unterstellt. Zwecks Behebung der vorbezeichneten Mängel muß das angefochtene Ur. aufgehoben und die Sache zur Verhandlung und Entsch. an das BG. zurückverwiesen werden (§ 72 Abs. 2 ArbGG. i. Verb. m. §§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 BPO.). Bei der mithin notwendigen erneuten Verhandlung werden die folgenden Gesichtspunkte zu beachten sein.

Die StilllegVO. verfolgt sowohl wirtschafts- wie sozialpolitische Zwecke. Während sie in ihrer ursprünglichen Fassung v. 8. Nov. 1920 (RGBl. S. 1901) mehr dem ersteren Zweck dienen sollte und ihr Anwendungsgebiet sich auf die Beziehungen der Inhaber oder Leiter von Betrieben zu den als „Demobilisationsbehörde“ in Betracht kommenden Verwaltungsstellen erstreckte, ist der sozialpolitische Zweck

Stilllegungsrecht. Zunächst wird ausgesprochen, daß die StilllegVO., namentlich auch § 2 Abs. 5, auch bei verschiedenen nacheinander vorgenommenen Entlassungen von Arbeitern eines Betriebs dann anwendbar ist, wenn zwar bei den einzelnen Entlassungsterminen die Mindestzahl des § 1 nicht erreicht ist, wenn aber die Gesamtzahl der nacheinander Entlassenen diese Mindestzahl erreicht, und wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den mehreren zeitlich getrennten Entlassungen besteht. Dieser Zusammenhang, für dessen Vorliegen am Ende des vorletzten Abschnitts der Entsch. Anhaltspunkte und Beispiele gegeben werden, wird in vielen Fällen schwer festzustellen sein. Er kann und wird aber häufig vorliegen, und die Entsch. ist daher zu begrüßen.

Noch schwieriger ist die Frage, wann bei derartigen als Gesamtheit zu betrachtenden, sich folgenden Entlassungen die Sperrfrist des § 2 Abs. 2 i. Verb. m. § 1 Abs. 2 zu laufen beginnt. Wird dieser Zusammenhang angenommen, so wird häufig, sogar in der Regel, der entscheidende Wille des Arbeitgebers schon beim ersten Entlassungstermin vorhanden sein. Insofern erscheint die Auffassung des BG., daß die Sperrfrist schon vom ersten Entlassungstermine ab laufen lassen will, die konsequentere zu sein. Die Entsch. des ArbGG. kommt aber aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen mit Recht zu dem Ergebnis, daß die Sperrfrist für den einzelnen Arbeiter erst später, d. h. erst vom Tage seiner Entlassung (vielleicht richtiger Kündigung) zu laufen beginnt, und verdient daher den Vorzug.

DR. Dr. Follh, Karlsruhe.

vornehmlich durch ihre jetzige, auf die B.D. v. 15. Okt. 1923 (RWB. I, 833) zurückzuführende Fassung zum Ausdruck gekommen, mit welcher die Absätze 2 bis 5 des § 2 geschaffen wurden. Der Gedanke, welcher dem letzteren Zweck zugrunde liegt, ist im wesentlichen der, daß in Fällen einer durch Betriebsstilllegung erforderlich werdenden Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitern diesen die Möglichkeit erleichtert werden soll, sich anderweit ein Unterkommen zu suchen und zwar dadurch, daß zwischen Erstattung der Anzeige an die Behörde über die beabsichtigte Stilllegung und der Entlassung mindestens eine Frist von vier Wochen, die sog. Sperrfrist, liegen muß. Die diesem Gedanken Rechnung tragende Bestimmung des § 2 a. a. O. ist indessen nur dann anwendbar, wenn es sich um die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern handelt, in kleineren Betrieben, d. h. Betrieben mit in der Regel weniger als 200 Arbeitnehmern, also Betrieben, wie die Bekl. einen hat, mindestens zehn Personen. Werden weniger Arbeitnehmer als die vorgeschriebene Mindestzahl entlassen, so besteht, wenn man lediglich den Wortlaut der Bestimmung betrachtet, die fragliche Beschränkung nicht und zwar auch dann nicht, wenn mehrere Entlassungen aufeinander folgen und die Gesamtzahl der so entlassenen Arbeitnehmer die vorerwähnte Mindestzahl überschreitet. Eine solche Auslegung wäre jedoch mit der gesetzlichen Auslegungsregel des § 133 BGB. unvereinbar, sie würde dem wirklichen Willen des Gesetzgebers, insbes. dem von ihm mit der Einfügung der Abs. 2 bis 5 in den § 2 der ursprünglichen Fassung verfolgten sozialpolitischen Zweck der B.D. nicht entsprechen, der — wie bereits oben angedeutet — dahin ging, die durch eine Stilllegungsmaßnahme betroffenen Arbeitnehmer vor den Nachteilen einer plötzlichen oder kurzfristigen Entlassung in gewissem Umfang zu schützen. Deshalb muß die Bestimmung sinngemäß auch dann Anwendung finden, wenn zwischen den mehreren zeitlich getrennten Entlassungen ein ursächlicher Zusammenhang besteht: m. a. W.: wenn die einzelnen Entlassungen so eng mit der ganzen oder teilweisen Nichtbenutzung von Betriebsanlagen verbunden sind, daß sie als eine einheitliche Entlassung zu gelten haben. Die im Ergebnis gleiche Ausfassung wird, z. B. in Anlehnung an die gemeinsame Ausführungsanweisung des RWB. und des ArbZ. zur StilllegB.D. v. 8. Nov. 1920 (ArbZ. 1921, 139 Abs. 4 Satz 2), in Rspr. und Schrifttum überwiegend vertreten, u. a. vom GewGer. Stuttgart in einem Ur. v. 12. Juli 1926 (Kallée, Karte, Karte Nr. 208 „Betriebsstilllegung“ IV, 1), von Göppert, Komm. z. StilllegB.D. zu § 2 Abs. 5 Num. 20 1b S. 108, von Häußner, Betriebsstilllegung 2. Aufl. S. 24, 26 und von Günther-Schneider, StilllegB.D. 2. Aufl. S. 104, 108. Sie erscheint auch, wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, die allein mögliche. Ob nämlich ein ursächlicher, innerer Zusammenhang besteht, muß im Einzelfall der Tatrichter sorgfältig prüfen. Die Frage wird z. B. zu bejahen sein, wenn die zeitliche Aufeinanderfolge der Entlassungen lediglich vorgenommen wird, um die sonst notwendig werdende Stilllegungsanzeige und damit zugleich die Anwendung der StilllegB.D. überhaupt zu umgehen. Sie wird ferner zu bejahen sein, wenn die Entlassungen, selbst ohne daß eine Umgehungsabsicht vorliegt, auf einem einheitlichen Entschluß beruhen; unter Umständen auch, wenn die Entlassungen nacheinander erfolgen, weil gewisse noch auszuführende Arbeiten in verschiedenen Zeitpunkten beendet werden. Andererseits wäre der ursächliche Zusammenhang z. B. zu verneinen, wenn zwar alle nacheinander erfolgenden Entlassungen durch einen Rückgang der Beschäftigung, einen Mangel an Aufträgen veranlaßt sind, aber die Verschlechterung der Geschäftslage sich nur allmählich entwickelt hat und bei der ersten Entlassung noch nicht in ihrer vollen Auswirkung voraussehbar gewesen ist.

Soweit hiernach im einzelnen Fall die StilllegB.D. auch bei nacheinander vorgenommenen Entlassungen anwendbar ist, fragt es sich weiter, von welchem Zeitpunkt ab die Sperrfrist, innerhalb deren Entlassungen nicht erfolgen dürfen, zu laufen beginnt. Die Frage ist in Rspr. und Schrifttum ebenfalls bestritten. Wenn man jedoch im Einklang mit dem oben Gesagten davon ausgeht, daß das Verbot von Entlassungen während der Sperrfrist den Zweck hat, dem zu entlassenden Arbeitnehmer eine gewisse Zeit zu lassen, während deren er in der Lage sein solle, sich eine neue Arbeitsstelle zu suchen, so kann die Antwort auf die Frage nur dahin lauten, daß der Lauf der Sperrfrist in dem Zeitpunkt beginnt, in welchem ihm die beabsichtigte Stilllegungsmaßnahme bekanntgegeben worden ist oder auf andere Weise bekannt geworden sein muß. Dieser Zeitpunkt wird in der Regel mit dem Zeitpunkt zusammenfallen, in dem der Arbeitnehmer entlassen wird. Damit den Arbeitnehmern die ihnen vom Gesetz zugewilligte Frist gewahrt bleibt, wird man deshalb für jeden einzelnen von ihnen die vierwöchige Sperrfrist vom Tage ihrer, d. h. der einzelnen Arbeitnehmer betreffenden, Entlassung zu berechnen haben, wobei natürlich voranzusetzt ist, daß die sämtlichen Entlassungen auf einen ursächlichen, inneren Zusammenhang zurückgehen; insbes., daß sie von einem einheitlichen Entschluß getragen werden. Eine Rückverlegung des Beginns der Sperrfrist für sämtliche entlassenen Arbeitnehmer auf den Tag, an dem der erste Entlassung erfolgt, so wie sie das BG. hier in erster Linie vornehmen will, ist abwegig, weil die später zur Entlassung gekommenen Arbeiter damals noch gar nicht wissen konnten, daß die Stilllegung in größerem Aus-

maß, als bei der ersten Entlassung in Erscheinung trat, beabsichtigt war und daß gerade sie von den weiteren Entlassungen betroffen werden würden. Ebenjowenig geht es an, die Sperrfrist etwa erst von der Nachholung der Anzeige an laufen zu lassen, da dies zu unbilligen Ergebnissen führen würde, deren Herbeiführung mangels einer klaren und ausdrücklichen Bestimmung im Gesetz nicht als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend angenommen werden kann.

(ArbZ., Ur. v. 26. März 1930, RAG 405/29. — Rdn.) [D.]

7. § 2 RündSchG. Rechtsnachfolge i. S. des RündSchG. liegt vor, wenn mehrere Unternehmer gewisse gleichartige Betriebsteile von ihrem Unternehmen loslösen, sich zu deren gemeinsamer Bewirtschaftung vereinigen und in dem neuen Unternehmen die in den bisherigen Betriebsteilen beschäftigten Angestellten fortbeschäftigen.

Der verstärkte Kündigungsschutz wird den in § 2 RündSchG. bezeichneten Angestellten von der Erwägung aus zugebilligt, daß sie mit Rücksicht auf ihre längere Zugehörigkeit zum Betrieb eine schonende Behandlung verdienen. Die Verbundenheit mit dem Betrieb ist es demnach, welche dem Gesetzgeber die Zuwendung eines größeren Schutzes hat als billig erscheinen lassen (ArbZ. 1, 153 ff., insbes. S. 158). Sehr häufig ist es nun aber nicht der ganze Betrieb, sondern ist es nur ein oder sind es mehrere Betriebsteile, dem oder denen der Angestellte geraume Zeit hindurch seine Arbeit gewidmet hat. Wird zur Erfüllung der Aufgaben solcher Betriebsteile vom Unternehmer aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen ein besonderes, von dem bisherigen Betrieb losgelöstes Unternehmen ins Leben gerufen, und ein dort beschäftigter Angestellter in das letztere übernommen, so genießt dieser schon wegen der Identität des Unternehmens den Schutz des § 2. Eine andere rechtliche Beurteilung kann aber, wenn der Gedanke des Gesetzes verwirklicht werden soll, auch dann nicht Platz greifen, falls mehrere Unternehmer sich zur gemeinschaftlichen Bewirtschaftung solcher Be-

Zu 7. Die Entsch. enthält eine sinnvolle Fortbildung der Grundzüge, die das ArbZ. für den Begriff der Rechtsnachfolge i. S. des AngRündSchG. bisher aufgestellt hat. In einem Ur. v. 26. Okt. 1927, 1/27 (ArbZ. 1, 7) hatte es erstmals Gelegenheit, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Dort hatte der Leiter einer der verschiedenen Verkaufsstellen einer Lebensmittelverteilungs-gesellschaft mbH. einen sehr wesentlichen Teil der Geschäftsanteile und Verkaufsstellen übernommen. Er wurde als Rechtsnachfolger der Lebensmittelverteilungs-gesellschaft gemäß § 2 AngRündSchG. angesehen, da bei der sozialen Tendenz dieses Gesetzes nicht mehr an der übernommenen, strengen Bedeutung dieses Begriffes festgehalten werden dürfe, eine Rechtsnachfolge vielmehr immer schon dann gegeben sei, wenn „ein Unternehmen den Betrieb eines anderen, in welcher Rechtsform es auch sei, ohne wesentliche Änderung des Geschäftszweckes fortführt und den in Betracht kommenden Angestellten in ihm weiterverwendet, sei es auf Grund seines Eintritts in die alten Dienstverträge, sei es auf Grund eines neuen Anstellungsvertrages“. Die gleiche Auffassung vertritt eine Entsch. v. 8. Febr. 1928, 46/27 (ArbZ. 1, 153); hier war eine Fahrzeugfabrik, während sie unter Geschäftsaufsicht stand, zunächst von einem ihrer Direktoren zusammen mit einem Dritten und nach dessen Ausscheiden von dem früheren Direktor allein übernommen worden; die Kontinuität des Betriebes als eines Gesamtorganismus ist mit Recht bejaht worden. In gleichem Sinne urteilte ein Erkenntnis v. 13. März 1929, 564/28 (BenshSamml. V Nr. 86 S. 347); in dem zur Entsch. stehenden Falle hatten drei Kaufleute von einer in Konkurs geratenen Firma, die den Vertrieb von Schwimmbädern (Thermalabteilung), Schuheinlagen (Pneumetteabteilung), Faltbooten und Gesundheitsartikeln zum Gegenstand hatte, die Thermal- und Pneumetteabteilung mit Maschinen und Warenbeständen übernommen und unter Zutreten der Ehefrau des seitherigen Firmeninhabers eine GmbH. gegründet, deren Geschäftsführer dieser wurde; das Geschäft wurde in den bisherigen Räumen der Firma, jedoch auf die Thermal- und Pneumetteabteilung beschränkt, betrieben. Von einer Rechtsnachfolge in diesem Sinne kann weiter dann gesprochen werden, wenn aus dem Gesamtorganismus einer AktG. eine Betriebsabteilung losgelöst und in Form einer GmbH. selbstständig wird; scheidet aber ein Angestellter erst zwei Jahre nach jener Trennung aus der AktG. aus, und tritt er erst dann in die GmbH. über, so kann natürlich von einer Anwendung des AngRündSchG. keine Rede mehr sein, da die Rechtsnachfolgerin mit der Gründung zugleich für die Folgezeit selbstständig geworden ist (Ur. v. 16. Jan. 1929, 307/28: BenshSamml. V Nr. 32 S. 113). Alle diese Grundzüge müssen ohne Rücksicht darauf gelten, ob ein Betrieb von einem Unternehmer auf eine oder mehrere Unternehmer ganz oder teilweise übergeht, oder ob mehrere Betriebe von einem Unternehmer übernommen werden oder ob sich mehrere Unternehmen zu einem Betrieb zusammenschließen, sofern nur der Betrieb tatsächlich ohne wesentliche Änderung des Geschäftszweckes fortgeführt und die Angestellten weiterverwendet werden.



triebsstelle ihrer Unternehmungen von derselben Art zusammen-  
schließen, in welcher Rechtsform dies auch immer geschehen möge,  
und in diesem neuen Unternehmen die in den nunmehr vereinigten  
Betriebsstellen tätig gewesen Angestellten fortbeschäftigen. Ob diese  
Betriebsstelle, solange sie den alten Unternehmungen eingegliedert  
waren, dort zu selbständigen Einheiten verbundene Abteilungen  
waren, ist unerheblich. Der sozialpolitische Zweck des RündSchG. er-  
fordert es, daß der Abtrennung auch eines selbstständigen Be-  
triebssteils, der in einem gemeinschaftlichen Betriebe zum Gegenstand  
eines selbständigen Unternehmens gemacht wird, eine die Rechts-  
nachfolge begründende Wirkung beigegeben wird. Freilich muß die  
Identität des Betriebes gewahrt sein, für die zwar der Wechsel der  
Arbeitnehmerschaft und des Betriebsinhabers gleichgültig sind, jedoch  
die wesentliche Übernahme der Betriebsrichtungen von entscheidender  
Bedeutung ist (RRrbG. 1, 157).

(RRrbG., Ur. v. 30. Nov. 1929, RAG 266/29. — Darmstadt.) [B.]

\*

§ 2 RündSchG. Die Anwendung des Ründigungs-  
schußgesetzes kann nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß  
die Parteien unter Aufhebung des alten Anstellungsver-  
trages ein neues Vertragsverhältnis eingehen. †)

Der Bekl. glaubt, daß das AngRündSchG. dem Kl. nicht zu-  
fluten komme, weil er durch den Vertrag v. 22. Febr. 1928 bei ihr  
als Angestellter neu eingetreten sei und weil er überdies in dem  
gleichen Vertrag auf den Ründigungsschutz verzichtet hat, der ihm  
bis zum 31. Dez. 1927 erwachsen sei.

Mit dem VerK. sind beide Einwendungen von der Hand zu  
weisen. Das RRrbG. hat schon in dem Ur. v. 26. Okt. 1927 (RRrbG.  
1, 7) ausgesprochen, daß nach dem Zweck des sozialen Gesetzes die  
in § 2 AngRündSchG. enthaltene Bestimmung der Ründigungsfristen  
zwingenden Rechts ist. In dieser Rspr. hat das RRrbG. auch in der  
Folge festgehalten (RRrbG. 4, 6). Von ihr abzugehen, besteht kein  
Anlaß. In dem Ur. RRrbG. 1, 7 ist ferner dargelegt, daß es für  
die Anrechnung der Dienstzeit im Betrieb keinen Unterschied macht,  
ob die Zugehörigkeit zum Betrieb auf Grund eines Dienstvertrages  
fortbauert oder ob das Anstellungsverhältnis durch weitere Verträge  
auf neue Grundlagen gestellt ist. Was dort für den Fall  
einer Rechtsnachfolge in der Betriebsinhaberschaft ausgesprochen war,  
muß für den Fall der Vertragserneuerung unter den gleichen Per-  
sonen erst recht gelten. Der VerK. hat auch den Gedanken der Bekl.,  
daß der Ründigungsschutz des Gesetzes durch die zum 31. Dez. 1927  
unter Beobachtung der gesetzlichen Fristen ausgesprochene Ründigung  
verbraucht sei, mit Recht verworfen. Weder der Wortlaut noch der  
Gedanke des Gesetzes erlauben eine solche Auslegung. Die von der  
Rev. ins Feld geführte Vergleichung mit der Lage eines auf feste  
Zeit Angestellten ist bei der Verschiedenheit der gesetzlichen Grund-  
lagen für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung. Damit erweist sich  
die Rev. als un begründet.

(RRrbG., Ur. v. 27. Nov. 1929, RAG 289/29. — Berlin.) [B.]

\*

Zu 8. Die Entsch. bestätigt den zwingenden Charakter  
der verlängerten Ründigungsfristen nach dem AngRündSchG. Ernst-  
hafte Zweifel hierüber hat es eigentlich nie gegeben. Die Komm.  
(Baum, Goldschmidt, Döwlab) und auch die sonstige Literatur  
stimmen hierin überein mit der Rspr.

Aus dem zwingenden Charakter der Vorschrift ergibt sich die  
Unabhängbarkeit in dem Sinne, daß der Arbeitgeber diese  
verlängerten Fristen des AngRündSchG. als Mindestfristen gegen-  
über seinen Angestellten einhalten muß, falls die sonstigen im § 2  
genannten Voraussetzungen gegeben sind.

Alle Vereinbarungen, welche diese Mindestfristen abkürzen, sind  
nichtig. An ihre Stelle treten ohne weiteres die im AngRündSchG.  
bestimmten längeren Fristen. Für den Angestellten günstigere,  
d. h. längere Ründigungsfristen können natürlich vereinbart werden.

Bei oder nach erfolgter Ründigung kann der Angestellte jedoch  
rechtlich in verpflichtender Weise sein nachträgliches Einverständnis  
geben, daß kürzere Fristen zur Anwendung kommen sollen. Das gilt  
also nur für die bereits in Lauf gesetzte Ründigungsfrist. Für die  
Zukunft (also im voraus) ist eine Abdingung unmöglich.

Der Versuch des Arbeitgebers, das laufende Dienstverhältnis  
formal zu lösen und durch Abschluß eines neuen Dienstvertrages  
die bis dahin zurückgelegte Dienstzeit für die Berechnung der Ründ-  
igungsfristen auszuschalten, war von vornherein als ausfallslos  
zu betrachten. Wie bei der — bereits in den Gründen erwähnten —  
Nachfolgeschaft werden ja auch bei erheblichen tatsächlichen  
Unterbrechungen des Dienstverhältnisses die früher liegenden  
Dienstzeiten mit hinzugerechnet, wenn nur ein innerer wirtschaftlicher  
Zusammenhang zwischen den durch die Unterbrechung getrennten  
Dienstzeiten vorhanden ist. Diese Ansicht ist — trotz gewichtiger Be-  
freiung — heute als herrschend und in der Rspr. — insbes. des  
RRrbG. — allgemein gültig zu betrachten.

Jrgendwelche Bedenken gegen das Urteil können nicht erhoben  
werden.

RR. Döwlab, Mannheim.

\*\* 9. §§ 1, 2 RündSchG.; § 1 Abs. 3 Satz 3 AngVersG.  
Hat ein Angestellter beim Eintritt in ein nach dem Ang-  
VersG. versicherungspflichtige Beschäftigung das 60. Le-  
bensjahr vollendet, so genießt er dennoch den Ründigungs-  
schutz des RündSchG., wenn er zur Zeit des Eintritts nach  
dem 4. Buche der RVD. versichert war. †)

Das BG. versagt in Übereinstimmung mit der von der  
Bekl. vertretenen Rechtsansicht dem Kl. den Schutz aus § 1 u. 2  
RündSchG., weil er zur Zeit des Eintritts in die versicherungspflich-  
tige Beschäftigung bei der Arbeitgeberin das 60. Lebensjahr schon  
überschritten gehabt und weil er unbedingtemmaßen in jenem Zeit-  
punkt nicht nach den Vorschriften des 4. Buches der RVD. versichert  
gewesen sei. Die Rev. weist demgegenüber darauf hin, daß — wie  
dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. in der Ver. Inst. erst nach  
der Berufsungsverhandlung bekanntgeworden sei — dieser sich vom  
August 1914 bis zu seiner Einstellung bei der Bekl. in Gehilfen-  
stellung befunden habe und deshalb für den Fall der Invalvidität und  
des Alters versichert gewesen sei (§ 1226 RVD.); aus diesem Ver-  
hältnis beziehe er denn auch seit Mitte 1923 die Altersrente. Im  
übrigen ist die Rev. der Ansicht, daß dem Kl. auch unabhängig hier-  
von der § 1 RündSchG. zustatten komme, da der Bezugnahme auf  
den § 1 AngVersG. in dieser Gesetzesstelle lediglich die Bedeutung  
beizumessen sei, daß schon die Ausübung einer der in dem AngVersG.  
aufgeführten Beschäftigungen gegen Entgelt den Ründigungsschutz für  
einen Angestellten begründe, auch wenn er nicht versicherungspflichtig  
sei. Das Vorbringen, durch welches hiernach die Rev. die Behaup-  
tungen des Kl. in den Vorinstanzen zu ergänzen sucht, gehört dem  
Tatsachengebiet an und kann daher im jetzigen Rechtszug nicht  
nachgeholt werden. Die Meinung aber, daß auch unabhängig von  
diesem verspätet vorgetragenen Sachverhalt dem Kl. der verstärkte  
Ründigungsschutz zu gewähren sei, geht fehl. Wie das RRrbG. in  
dem vom RRrbG. in Bezug genommenen Ur. v. 27. Okt. 1928  
(RRrbG. 2, 276) bereits dargelegt hat, bedeutet die Anführung des  
§ 1 AngVersG., in § 1 RündSchG., daß der Arbeitnehmer zu den  
dort bezeichneten Berufsgruppen gehören, daß er gegen Entgelt in  
einem Dienstverhältnis stehen muß und daß er beim Eintritt in die  
versicherungspflichtige Beschäftigung das Alter von 60 Jahren noch  
nicht vollendet haben darf. An dieser aus dem Wortlaut der beiden  
Gesetzesvorschriften sich klar ergebenden Auffassung kann die Be-  
rückichtigung des mit dem RündSchG. verfolgten Zweckes nichts  
ändern. Es ist zwar bei der Auslegung des anerkanntermaßen wenig  
sorgfältig gefaßten Gesetzes der vom Gesetzgeber damit angestrebte  
Zweck, den durch die Erschwerung ihres Fortkommens hart getroffenen  
älteren Angestellten zu Hilfe zu kommen, von besonderer Bedeutung.  
Als ausschlaggebend kann er jedoch für die Auffassung der Tragweite  
des Gesetzes nur betrachtet werden, soweit der Wortlaut seiner Vor-  
schriften es nicht ausschließt. Mit der Verweisung auf § 1 AngVersG.  
ist aber deutlich zum Ausdruck gebracht, daß der Kreis der ver-  
sicherungspflichtigen Angestellten, denen die verlängerten Ründigungs-  
fristen zugute kommen sollen, sich auch nach dem mit der Alters-  
grenze aufgestellten Erfordernis bemisst. Die Rev. fährt demgegenüber

Zu 9. Lebhaft umstritten ist die Frage, ob diejenigen An-  
gestellten, die an sich nach § 1 AngVersG. versicherungspflichtig  
wären, dadurch der Fürsorge des RündSchG. verlustig gehen, daß sie  
ausnahmsweise im AngVersG. aus irgendeinem Grunde für ver-  
sicherungsfrei erklärt sind. Zwar bestimmt § 1 AngVersG. ausdrück-  
lich, daß Versicherungsfreiheit wegen Überschreitens der Einkommens-  
grenze von zur Zeit 8400 RM dem Angestellten den Ründigungsschutz  
nicht entzieht; offen bleibt aber, ob die nur gegen freien Unterhalt  
Beschäftigten des § 9 AngVersG., die Staatsangestellten und Sold-  
aten i. S. des § 12 AngVersG. u. a. m. um deswillen keinen  
Ründigungsschutz genießen, weil sie versicherungsfrei sind. Die bisher  
wohl herrschende Meinung in der Wissenschaft (vgl. die Nachweise bei  
Siggler-Goldschmidt, Der Ründigungsschutz für Angestellte,  
S. 27) verweist zur Lösung des Zweifels auf den Gegenfall von  
§ 12 BetrRG. und § 1 RündSchG. und verlangt, abgesehen von  
der Überschreitung der Gehaltsgrenze, für die Anwendung dieses Ge-  
setzes Versicherungspflicht. Anderz, und ihnen ist vor allem das  
RRrbG. gefolgt (Ur. v. 27. Okt. 1928, 138/28; RRrbG. 2, 276)  
betonen, daß versicherungspolitische Gesichtspunkte, die für die Be-  
freiung von der Versicherungspflicht maßgebend waren, einen Aus-  
schluß von den Wohltaten des RündSchG. nicht rechtfertigen könnten,  
zumal ja auch die Letztfälle des Sozialpolitischen Ausschusses des  
vorläufigen Reichswirtschaftsrates v. 26. Febr. 1926, die ursprünglich  
lediglich versicherungspflichtige Angestellte dem Gesetz unterstellen  
wollten, in dem dahin lautenden Wortlaut nicht übernommen worden  
sind (vgl. Siggler-Goldschmidt a. a. O. S. 28). Damit steht  
aber für die Praxis fest, daß alle Angestellte, die den Berufsgruppen  
des § 1 AngVersG. angehören, auch den Schutz dieses Gesetzes ge-  
nießen, sofern sie nur gegen Entgelt in einem Arbeitsverhältnis be-  
schäftigt werden und beim Eintritt in die versicherungspflichtige  
Tätigkeit das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Diese  
Altersgrenze selbst entfällt aber dann, wenn ein nach dem 4. Buch  
der RVD. Versicherter in eine nach dem AngVersG. versicherung-  
spflichtige Tätigkeit übertritt. Solchen Personen wird also, da § 1

aus, daß nach den Gründen des vorbezeichneten Urteils des *ArbG.* dieser Kreis sich mit dem in § 12 *BetrVG.* angegebenen Personenkreis deckt. Sie überieht hierbei, daß der Hinweis auf § 12 in jener Entsch. lediglich zur Unterstützung der Ansicht dienen sollte, daß einer bereits im Genusse des Ruhegehalts stehenden gem. § 11 *AngVersG.* von der Beitragspflicht befreiten Person der Schutz des *RindSchG.* zur Seite stehe.

Damit ist jedoch das Schicksal der Klage noch nicht entschieden. Die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils bezeichnen es als unstreitig, daß der Kl. vor seiner Einstellung bei der Bekl. noch nicht versicherungspflichtig i. S. des § 1226 *RVD.* gewesen sei. Im Tatbestand heißt es jedoch, daß der Kl., der bis zum Kriegsausbruch selbständiger Buchbinder war, auf die Frage des Gerichts, wie er während des Krieges beschäftigt gewesen sei, keine näheren Angaben gemacht habe. Diese beiden Feststellungen sind schwer miteinander zu vereinbaren. Mindestens gibt die zweite von ihnen zu dem Verdachte Anlaß, daß das *BG.* die Unstreitigkeit lediglich aus dem Mangel einer näheren Erklärung des Kl. auf die ihm vorgelegte Frage gefolgert hat: ein Schluß, der nicht gerechtfertigt wäre.

(*ArbG.*, Ur. v. 26. Okt. 1929, RAG 225/29. — Elberfeld.) [A.]

**\*\* 10.** § 2 vorl. *ArbD.* Wird ein Dienstvertrag, entgegen dieser Vorschrift formlos geschlossen, so ist er nicht nichtig, sondern gilt zunächst für 6 Monate und ist dann gegebenenfalls weiterhin auf unbestimmte Zeit verlängert. †)

Die Kl., beide minderjährig, hatten sich im Frühjahr 1927 beim Bekl. „bis Ostern 1929“ als landwirtschaftliche Arbeitnehmer (Knecht und Magd) gegen Barlohn, freie Verköstigung und Wohnung formlos verdingt. Mitte Nov. 1928 verendete dem Bekl. ein Schwein. Es wurde nachträglich geschlachtet und im Haushalt des Bekl. verzehrt. Sowohl der Bekl. und seine Angehörigen als auch die Kl. aßen davon. Im Jan. 1929 erfuhr die Väter der Kl. von der Angelegenheit und haben daraufhin für die Kl. am 23. Jan. 1929 die Verträge fristlos gekündigt.

Die Kl. verlangen Zahlung von Lohn, Kostgeld und Wohnungsgeld bis zum 31. März 1929, da der Bekl. ihnen durch Verabreichung des Fleisches des getöteten Tieres Anlaß zur Kündigung gegeben habe.

Das *ArbG.* hat die Klage abgewiesen. Das *ArbG.* hat den Ansprüchen der Kl. für eine Woche stattgegeben, sie im übrigen aber ebenfalls abgewiesen. Die *Rev.* war erfolglos.

Die *Rev.* vertritt die Auffassung, daß mangels der erforderlichen Schriftform zwischen den Parteien überhaupt kein gültiger Vertrag zustande gekommen sei, daß infolgedessen auch irgendwelche vertraglichen Ansprüche von den Kl. nicht geltend gemacht werden könnten. Diese Auffassung ist unzutreffend. Es kann dahingestellt bleiben, ob die zwischen den Parteien, einem Hofbesitzer und landwirtschaftlichem Hausgesinde, abgeschlossenen Arbeitsverträge unter § 2 vorl. *ArbD.* fallen, demnach der Schriftform bedürft hätten, oder ob gewöhnliche Dienstverträge i. S. der §§ 611 ff. vorliegen. Das rechtliche Ergebnis ist in beiden Fällen das gleiche. Wären die Voraussetzungen des § 2 vorl. *ArbD.* gegeben, so wären die Verträge, da sie für eine mehr als halbjährige Dauer abgeschlossen waren, schriftlich abzuschließen gewesen. Darum würde aber der formlos abgeschlossene Vertrag noch nicht ohne weiteres nichtig sein, wie die *Rev.* annimmt. § 2 a. a. D. will in den von ihm erfaßten Fällen eine Bindung der Arbeitnehmer über die dort bezeichnete Frist von sechs Monaten nur bei Einhaltung der Schriftform zulassen. Dieser Zweck verlangt nicht, daß ein entgegen der

Abf. 3 Satz 2 *AngVersG.* mit dieser Ausnahmebestimmung für die Versicherungspflicht die Altersgrenze beseitigt, auch Kündigungsschutz zuteil. Unbehoben bleibt allerdings die Unstimmigkeit, daß eine Person, die beim Übertritt in die Angestelltenversicherung bereits Altersrente bezieht, vielleicht nicht mehr als „Versicherter“ i. S. des 4. Buches der *RVD.* angesprochen werden kann (vgl. *DersCh: BenschSamml.* 7, 404); man wird aber die Frage, die für die Sozialversicherung durch § 13 *AngVersG.* gelöst ist, für das *RindSchG.* dahin beantworten dürfen, daß auch der Rentenempfänger als Versicherter in diesem Sinne anzusehen ist.

Prof. Dr. Groh, Heidelberg.

**Zu 10.** Dem Urteil ist, jedenfalls im Ergebnis, zuzustimmen. Mit der Formvorschrift des § 2 vorl. *ArbD.* hat sich das *ArbG.* schon in einem früheren Ur. v. 23. Okt. 1929 (*ArbG.* 4, 222) beschäftigt. Damals hat das *ArbG.* auf Grund des § 125 *BGB.* die Nichtigkeit wegen Verletzung der Formvorschrift angenommen, aber die Sache an das *ArbG.* zurückverwiesen zur Prüfung, ob der Vertrag nicht in Anwendung des § 140 *BGB.* aufrechterhalten werden könnte. In dem vorliegenden Falle fehlt ein Hinweis auf § 140 *BGB.*, wenn auch das *ArbG.* offensichtlich einen entsprechenden Parteivillen unterstellt. Das *ArbG.* begründet die Gültigkeit des Vertrags bis 31. März 1929 mit dem Zwecke der Bestimmung des § 2 vorl. *ArbD.* M. E. kann hier — wie dies auch das Vorbergericht getan hat — § 566 *BGB.* entsprechende

Vorschrift formlos abgeschlossener Arbeitsvertrag nichtig ist; ihm genügt es, wenn eine Bindung über die bezeichnete Frist hinaus ausgeschlossen bleibt. Formlose Verträge dieser Art sind daher regelmäßig dahin zu verstehen und i. S. des *Ges.* aufrechterhalten, daß sie zunächst für sechs Monate gelten und dann fristlos auf unbestimmte Zeit (§ 625 *BGB.*) verlängert sein sollen. Tatsächlich haben die Parteien sich auch so verhalten, als ob die Verträge in diesem Sinne aufrechterhalten werden sollten. Die Kl. waren über 1 $\frac{3}{4}$  Jahre im Dienste des Bekl. tätig, bis die fristlose Kündigung der Verträge von ihrer Seite aus erfolgte. Nach § 621 letzter Abs. *BGB.* würde, da die Vergütung der Kl. nach Jahren bemessen war, die Kündigung nur für den Schluß des Kalendervierteljahres und nur unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist, also erst zum 31. März 1929, zulässig gewesen sein. Bis zu diesem Zeitpunkt würden demnach die Kl. aus den Arbeitsverträgen Rechte haben herleiten und dementsprechend auf Grund von § 628 Abs. 2 *BGB.* von dem Bekl., falls die Aufhebung des Dienstverhältnisses durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt worden wäre, Schadenersatz verlangen können. In diesem Rahmen haben sich auch die Ansprüche der Kl. gehalten. Nicht anders würde die Rechtslage sein, wenn gewöhnliche Dienstverträge vorlägen. Dann würde es sich um sog. „Zeitverträge“ handeln, die mit dem 31. März 1929 abließen. Den Kl. würden dann bei Rechtmäßigkeit ihrer fristlosen Kündigung im gleichen Umfang Schadenersatzansprüche auf Grund von § 628 *BGB.* zustehen haben, wie in dem zuerst erwähnten Falle. Daß die fristlose Kündigung durch die Kl. gerechtfertigt war, sieht das *ArbG.* auf Grund des von ihm festgestellten Sachverhalts als erwiesen an, hat ihnen jedoch nur Lohn, Verköstigung und Wohnungsgeld für sieben Tage zugewilligt, weil die Kl. nicht das Erforderliche getan hätten, um den Schaden dadurch abzuwenden, daß sie alsbald eine andere Dienststelle angetreten hätten. Da die Ansprüche der Kl. in dem zuerkannten Umfang jedenfalls begründet sind, ist die *Rev.* als unbegründet zurückzuweisen.

(*ArbG.*, Ur. v. 9. April 1930, RAG 557/29. — Osnabrück.) [D.]

**\*\* 11.** § 256 *ZPO.* Nur ein konkretes Rechtsverhältnis, nicht eine abstrakte Rechtsfrage kann Gegenstand der Feststellungsklage sein. †)

Der Kl. ist Arbeiter der Bekl. auf deren *Rev.* Werk und Mitglied der dortigen Betriebsvertretung. Er greift die folgenden Bestimmungen der für den Betrieb vereinbarten Arbeitsordnung an:

1. § 24, der die Direktion für berechtigt erklärt, „nach Anhörung der gesetzlichen Arbeitervertretung jeden Arbeitnehmer — auch wenn solche an Maschinen oder Kesseln arbeiten — ohne Beobachtung einer Frist je nach den Erfordernissen des Betriebs und der Eignung jeder bestebigen Betriebsabteilung zuzuweisen, und erhält der Arbeiter dann den Lohnsatz, der für die zugewiesene Arbeitsstelle gilt“. Der Kl. hält diese Bestimmung für unvereinbar mit § 9 des für die Parteien (kraft Beteiligung) geltenden *ArbVertr.* für die in Zellstoffabriken beschäftigten Arbeiter und Arbeiterinnen v. 19. Juli 1927, der eine sieben tägige Kündigungsfrist für das Arbeitsverhältnis bestimmt.

2. Wegen Verstoszes gegen § 394 *BGB.* und das *LohnbeschG.* sieht der Kl. als ungültig an die Vorschrift in § 13 Ziff. 3 *ArbD.*: „Bei der Lohnzahlung werden die auf Grund der Arbeitsordnung verhängten Geldstrafen in Abzug gebracht.“

Der Kl. hat auf entsprechende Feststellungen geklagt. Das *ArbG.* hat festgestellt, daß § 24 *ArbD.* insoweit als gegen § 9

Anwendung finden. Das *ArbG.* kommt zu demselben Ergebnis ohne § 566 *BGB.* zu erwähnen. Wie bedenklich Formvorschriften auf dem Gebiete des Einzelarbeitsvertrags sind, zeigt das frühere Ur. v. 23. Okt. 1929. In dem dort entschiedenen Falle war der Arbeiter, dem gekündigt wurde, Mitglied des Betriebsrats, und es war zweifelhaft, inwieweit ihm der Kündigungsschutz des § 96 *BetrVG.* zustand. Wenn das *ArbG.* aus dem Zwecke der Gesetzesbestimmung die Verletzung der Formvorschrift in ihrer Wirkung abschwächt, so ist dies nur zu billigen.

Mit der Frage, ob der Vertrag überhaupt dem § 2 vorl. *ArbD.* unterliegt, hat sich das *ArbG.* nicht beschäftigt. Es handelt sich um einen Vertrag zwischen einem Hofbesitzer und landwirtschaftlichen Hausgesinde, das neben barem Lohne freie Wohnung und Kost erhielt. Das *ArbG.* (*BenschSamml.* 8, 78) hatte die Anwendung der gesetzlichen Bestimmung auf den vorliegenden Fall bejaht. Der Zweck der Bestimmung wird gegen den Wortlaut für ihre Anwendung sprechen.

Die Lösung, die das *ArbG.* gefunden hat, befriedigt; sie zeigt aber, wie änderungsbedürftig die in Betracht kommende Bestimmung ist.

*OGDir.* Dr. Bär, Mannheim.

**Zu 11.** Die Entsch. des *ArbG.* behandelt nicht so sehr ein arbeitsrechtliches Problem, als vielmehr eine allgemeine prozessrechtliche Frage in ihrer Bedeutung für einen Tatbestand des Arbeitsrechts.

ArbVertr. verstößend unwirksam sei, als er bestimmt, der Arbeitnehmer erhalte mit der Zuweisung an eine andere Betriebsabteilung den Lohnsatz der neuen Arbeitsstelle, und ferner: daß § 13 Biff. 3 insoweit gegen das LohnbeschlG. und § 394 BGB. verstoße und rechtsunwirksam sei, als danach die auf Grund der Arbeitsordnung verhängten Geldstrafen bei der Lohnzahlung in Abzug gebracht werden, auch soweit die Lohnforderung der Pfändung nicht unterworfen ist und nicht etwa nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Aufrechnung gegen sie stattfindet.

Die von der Bekl. gegen dieses Ur. eingelegte Berufung sowie die Anschlussberufung des Kl. hat das ArbG. zurückgewiesen. Auf die Rev. der Bekl. ist die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Die Voraussetzungen der Feststellungsklage sind nach ständiger Rechtspr. auch in der RevInst. von Amts wegen zu prüfen. Der Verkl. läßt zu den beiden Streitpunkten diese Klageform zu, weil der Kl. jedermann von den durch die Arbeitsordnung gedeckten Maßnahmen der Verletzung und Bestrafung betroffen werden könne. Auch daß die begehrte Feststellung nicht ausdrücklich auf das eigene Arbeitsverhältnis des Kl. beschränkt werde, sei nicht zu beanstanden, da für den Kl. insoweit nichts Besonderes gelte. Diese Stellungnahme gibt Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Voran ist klarzustellen, daß nur das Arbeitsverhältnis des Kl., soweit die Streitpunkte dafür von Belang sind, als Gegenstand der Feststellung in Frage kommen kann, nicht aber die Wirksamkeit der §§ 24 und 13 Biff. 3 schlechthin. Als Voraussetzung zur Beurteilung der Rechtsbeziehungen der Parteien sind wohl Geltung und Inhalt dieser Vorschriften von Belang, aber die Frage nach ihrer abstrakten Wirksamkeit zielt auf Lösung eines Rechtsproblems und nicht auf Beurteilung eines konkreten Rechtsverhältnisses. Nun könnte mit den Urträgen das Feststellungsverlangen gemeint sein, daß gerade der Kl. nicht oder nicht mit Verlust seines Lohnanspruchs während der Kündigungsfrist im Betrieb versetzt werden, und daß von seinem Lohn etwa verhängte Strafen nicht bzw. nicht über die Pfändungsgrenze hinaus gekürzt werden dürfen. Für die Umdeutung in beiden Richtungen läßt die Klage es indes an einem Eingehen auf das besondere Dienstverhältnis gerade des Kl. fehlen. Die Frage, ob eine Bestimmung wie die in § 24 ArbD. dem Arbeitgeber das Recht gibt, mit alsbaldiger Wirkung auch für die Lohnbezüge die Verletzung eines Arbeitnehmers zu verfügen, fällt mit der zur Entsch. gestellten Frage, ob diese Bestimmung rechtswirksam ist, nicht zusammen. Es würde vielmehr für jene konkrete Frage in erster Reihe die Bedeutung und Tragweite des § 24 im Wege einer Auslegung nach Treu und Glauben zu prüfen sein. Das ArbG. hat in dem Ur. v. 1. März 1930 (RAG 555/29) eine ähnliche Vorschrift wie die der streitigen Arbeitsordnung zu beurteilen gehabt und dahin geurteilt, sie sei bestimmt und geeignet, die Entlohnung bei einer nur vorübergehenden (oder planmäßig wechselnden) Arbeitsverwendung zu regeln. Sie stehe aber dem nicht entgegen, daß bei längerer Verwendungs in einer Stelle zu bestimmtem Lohnsatz, dieser Lohn als der vertragmäßige angesehen werden könne. Dann bedürfe es bei einer dem Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts zustehenden Verletzung der Kündigung, um den Lohn zu ändern. Der Vortrag des Kl. gibt keinen Anhalt für die Beurteilung, ob er in ständig gleicher Beschäftigung mit festem Lohn oder aber wechselnd verwendet wird.

Ebenso wenig ist angegeben, mit welchem Lohnbetrag der Kl. bezahlt wird, so daß nicht erkennbar ist, ob die Kürzung einer nach dem Urtrag zur Arbeitsordnung und § 134 b GewD. zulässigen Geldstrafe vom Wochenlohn (§§ 10, 11 ArbD.) den pfandfreien Lohnanteil angeheben würde. Diese Erwägungen stellen klar, daß der Kl. eine Feststellung nicht hinsichtlich seines Rechtsverhältnisses zur Bekl. in den bezeichneten Richtungen, sondern der Fassung entsprechend die Beantwortung einer abstrakten Rechtsfrage erstrebt. In diesem Sinne ist aber der Klageweg des § 256 ZPO. nicht eröffnet. Muß die Klage schon daran scheitern, so bedarf es der Erörterung nicht, ob nicht auch das Interesse an alsbaldiger Feststellung fehlt.

(ArbG., Ur. v. 15. März 1930, RAG 474/29. — Königberg i. Pr.)

[D.]

Ihrem Ergebnis ist beizupflichten, denn wenn es auch vielfach vorkommt, daß das Begehren der Feststellung eines Rechtsverhältnisses in das Gewand einer Rechtsfrage gekleidet wird, so konnte doch hier die ganz abstrakt gestellte Frage nicht in eine so nahe Beziehung zu dem konkreten Arbeitsverhältnis des Kl. gerückt werden, daß man sie in einem prozessual zulässigen Feststellungsantrag hätte andeuten können. Überdies wäre die Kl. wohl auch daran gescheitert, daß ihr ein Interesse an alsbaldiger Feststellung fehlte — eine Frage, die das Ur. wohl noch streifte, aber nicht mehr zu entscheiden brauchte —, denn es hätte wohl dem Kl. angenommen werden können, zunächst einmal die Anwendung der gerügten Bestimmungen der Arbeitsordnung zu seinem Nachteil abzuwarten, um sie alsdann mit der Leistungsklage zu bekämpfen. — Auf die materiellrechtliche Seite des Kl., insbes. auf die interessante Frage, ob § 13 Biff. 3 ArbD. auch als Verwirklichungsabrede über § 134 a Biff. 5 GewD. hinaus trotz des § 394 BGB. rechtswirksam ist, konnte das ArbG. nach der prozessualen Situation natürlich nicht mehr eingehen; sie mag daher auch hier auf sich beruhen.

Prof. Dr. Groh, Heidelberg.

## Landesarbeitsgerichte.

### Freiburg.

1. Bezüglich solcher Ansprüche, wegen deren die „Klagerhebung“ vor dem ordentlichen Gericht erst nach Fällung einer Vorentscheidung einer Verwaltungsbehörde zulässig ist, ist „der Rechtsweg zur Zeit unzulässig“ und deshalb auch die Erlassung von einstweiligen Verfügungen durch das ordentliche Gericht unzulässig. †)

Der Antragsteller wurde durch schriftlichen Vertrag vom 24. Aug. 1922 mit Wirkung v. 1. April 1922 von der Antragsegegnerin, der Allgemeinen Ortskrankenkasse K. als stellvertretender Geschäftsführer angestellt. Mit Schreiben des Vorstandes v. 30. April 1928 wurde ihm mitgeteilt, das Dienstverhältnis werde auf den 31. Okt. 1928 gekündigt. Er hat dann unterm 15. Okt. 1928 beim Bezirksamt K. als Verkl. Klage erhoben, mit der in erster Reihe Feststellung beantragt wurde, daß die von dem Vorstand der Allgemeinen Ortskrankenkasse K. unterm 30. April 1928 ausgesprochene Kündigung unzulässig sei. Das Verfahren beim Verkl. K. schwebt noch. Da die Allgemeine Ortskrankenkasse K. die Gehaltszahlungen mit dem 31. Okt. 1928 einstellte, beantragte er unter dem gleichen Datum beim ArbG. K. eine EinstwVerf., die Allgemeine Ortskrankenkasse K. sei verpflichtet, bis zur rechtskräftigen Entsch. des Rechtsstreites an den Antragsteller seinen bisherigen Gehalt in Bruttobetrag von 675 RM monatlich v. 1. Nov. 1928 an weiter zu bezahlen. Mit Beschl. des Vorsitzenden des ArbG. K. v. 31. Okt. 1928 wurde diesem Antrag entsprochen. Die Antragsegegnerin erhob gegen die EinstwVerf. Widerspruch. Mit Ur. v. 27. Nov. 1928 erkannte das ArbG. K.: Die EinstwVerf. v. 31. Okt. 1928 wird mit der Maßgabe bestätigt, daß v. 1. Jan. 1929 ab an den Antragsteller nur noch 400 RM (Netto) zu zahlen sind. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Antragsegegnerin zu tragen.

Auf die Berufung der Antragsegegnerin wurde das Ur. des ArbG. aufgehoben und der Antrag auf Erlassung einer EinstwVerf. als zur Zeit unzulässig abgewiesen.

Die Antragsegegnerin bestreitet in erster Linie die Zulässigkeit des Rechtsweges für die Erlassung einer EinstwVerf. vor der Entsch. der Verwaltungsbehörden im Rahmen der diesen durch § 358 RW. übertragenen Zuständigkeit. Die Parteien sind darüber einig, daß der Antragsteller als Angestellter der Allgemeinen Ortskrankenkasse für den Amtsbezirk K. der für diese Angestellten maßgebenden Dienstordnung unterstand, und daß ihm daher nur aus einem wichtigen Grund gekündigt werden könne. Streit besteht lediglich darüber, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorlag. § 358 der RW. bestimmt: „In Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnisse der Angestellten, die der Dienstordnung unterstehen, entscheidet das Verkl. (Beschlussausschuß). Auf Beschwerde entscheidet das OVerkl. endgültig (Abs. 1). Für vermögensrechtliche Ansprüche gelten folgende Vorschriften (Abs. 2): Der Klage muß die Entsch. des OVerkl. vorangehen. Die Klage kann nur binnen einem Monat erhoben werden, nachdem die Entsch. des OVerkl. zugestellt ist. Die Frist ist eine Notfrist i. S. des § 223 Abs. 3 der ZPO. (Abs. 3). An die Entsch. der Versicherungsbehörden darüber, ob unter Einhaltung der Kündigungsfrist aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden darf (§ 354 Abs. 2), sind die ordentlichen Gerichte gebunden (Abs. 4).“ Aus diesen Vorschriften ergibt sich nach der Auffassung des BG. die Unzulässigkeit des Rechtsweges zum ordentlichen Gericht vor einer rechtskräftigen Entsch. der Versicherungsbehörden. Unter der Unzulässigkeit des Rechtsweges ist, wie das RG. 106, 40 ausführt, nicht nur die vollständige Fernhaltung der ordentlichen Gerichte von einer Rechtsstreitigkeit und ihre gänzliche Übertragung auf Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu verstehen, sondern auch die Übertragung der Entsch. einer Vorfrage, jedenfalls für den Fall, daß diese Entsch. unter Umständen je nach dem Ausfall, den streitigen Anspruch völlig erledigt und für die Entsch. der ordentlichen Gerichte keinen Raum mehr läßt. Diese Voraussetzung trifft in Fällen wie dem vorliegenden zu. Wenn die Verwaltungsbehörden im Rahmen

Zu 1. Die oben abgedruckte Entsch. ist von Bedeutung für alle von Stein-Jonas in Ann. III Abs. 5 Biff. 1 zu § 148 ZPO. aufgezählten und sonstigen gleichgelagerten Fälle, darunter auch diejenigen, die Jaschkowicz in seiner Abhandlung „EinstwVerf. und Vorbescheid bei der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche der Beamten“: ZB. 1928, 3209 behandelt. Die Entsch. nimmt denselben Standpunkt ein, den nach dem zweitletzten Absatz der Abhandlung von Jaschkowicz das preuß. RG. in ständiger Rechtspr. im Beschlußverfahren über Gesuche um Erteilung des Armenrechtes zwecks Erwirkung von EinstwVerf. auf Weiterzahlung von Beamteneinkommen angenommen hat.

Das Dienstverhältnis der Ortskrankenkassenangestellten ist dem Beamtenverhältnis weitgehend angenähert (§§ 351–354, 358, 360 RW.). Bei beiden Verhältnissen liegt die Frage der Zweckmäßigkeit de lege ferenda und der Zulässigkeit de lege lata von EinstwVerf. auf Weiterleistung der vom Staat bzw. der öffentlich-rechtlichen Körperschaft verweigerten Gehaltszahlung anders als beim privaten Dienstverhältnis. Rechtspolitisch ist zu beachten, daß der Dienst-

der ihnen durch § 358 RWD. übertragenen Zuständigkeit die Vorfrage, ob dem Antragsteller unter Einhaltung der Kündigungsfrist, die unfreiwillig hier gewahrt wurde, aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden durfte, bejahen, so ist diese Entsch. für die ordentlichen Gerichte nach § 358 Abs. 4 bindend und der Anspruch des Antragstellers, aus dem Dienstverhältnis mit der Antragsgegnerin vollständig erledigt, soweit es sich nicht, was vorliegend nicht in Betracht kommt, um rückständigen Gehalt handelt. Abgesehen davon schreibt § 358 Abs. 3 RWD. zwingend (müß) vor, daß bei vermögensrechtlichen Ansprüchen, und um einen solchen handelt es sich bei der Kündigung (RG. 108, 286), einer später an sich zulässigen Klagerhebung beim ordentlichen Gericht die Entsch. des OVerf. vorauszugehen hat, was zur Folge hat, daß eine vorher erhobene Klage abzuweisen ist, der Rechtsweg also bis zur Beibringung der Entsch. des OVerf. unzulässig ist. Die Auffassung des Antragstellers, daß es sich hier nicht um die Unzulässigkeit des Prozesses handelt, beruht auf einer Verwechslung mit dem Verlust des Klagrechtes zum ordentlichen Gericht als Folge einer Verjährung der in § 358 Abs. 3 RWD. für die Klagerhebung vorgeschriebenen Auschlußfrist von einem Monat nach der Zustellung der Entsch. des OVerf. (RG. 36, 74).

Auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen auch die Kommentare zur RWD., soweit sie dem BG. zugänglich waren. So bemerkt der Kommentar von Hahn in Anm. 5 zu § 358 RWD.: „Voraussetzung für den ordentlichen Rechtsweg ist, daß eine Vorentscheidung des OVerf. erwirkt ist. Gemeint ist nicht etwa eine besondere Entsch. dieser Behörde in erster Instanz, sondern die in Abs. 1 erwähnte Entsch. auf Beschwerde. Der vor dem OVerf. unterlegene Teil muß rechtzeitig Beschwerde zum OVerf. einlegen, wenn er sich den ordentlichen Rechtsweg wahren will. Ist die Beschwerdefrist verjährt, so ist die Entsch. des OVerf. rechtskräftig. Gegen diese Entsch. ist der Rechtsweg nicht zulässig. Die Gerichte haben in jeder Instanz von Amts wegen zu prüfen, ob die Entsch. des OVerf. erwirkt, zugestellt, die Ansetzungsfrist gewahrt, damit die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Rechtsweges gegeben ist. Ist die Klage erhoben, ehe eine Entsch. des OVerf. zugestellt ist, so ist der Rechtsweg als zur Zeit unzulässig zu erklären. Ist die Frist verjährt, so ist, weil alsdann über den Anspruch schon unanfechtbar entschieden ist, die Klage lediglich abzuweisen.“ Und der Kommentar von Hoffmann, VII. Aufl., äußert sich zu § 358 RWD. in Anm. IX: „Wird die Klage eingereicht, ohne daß eine Entsch. des OVerf. vorliegt, so muß sie abgewiesen werden. Der Kl. muß die Entsch. des OVerf. der Klage beifügen. Liegt eine Entsch. des OVerf. nicht vor, was in allen Instanzen von Amts wegen zu prüfen ist, so ist die Klage als zur Zeit unzulässig abzuweisen.“ Auch der Kommentar zur ZPD.

von Stein-Jonas führt unter III Abs. 5 Ziff. 1 zu § 148 ZPD. den § 358 Ziff. 3 ausdrücklich als einen Fall an, indem vor der Betretung des Rechtsweges eine vorläufige Entsch. einer Verwaltungsbehörde vorgegriffen und der Rechtsweg unzulässig sei, solange die Verwaltungsbehörden nicht entschieden haben. Eine vorher angestellte Zivilklage sei daher, als zur Zeit unzulässig von Amts wegen abzuweisen (§ 274 Nr. 2 ZPD.). Es ist nun zwar richtig, daß hier überall zunächst nur von der Unzulässigkeit des Rechtsweges für eine Klage die Rede ist. Daraus ergibt sich aber mittelbar auch die Unzulässigkeit des Rechtsweges für die prozessualen Sicherungsmittel des Arrestes und der EinstwVerf., die ihrem Wesen nach lediglich Klagen in einem besonderen summarischen Verfahren sind, das sich von den regelmäßigen Verfahren nur dadurch unterscheidet, daß die mündliche Verhandlung nicht obligatorisch ist, und daß an Stelle des Beweises die bloße Glaubhaftmachung genügt. Da Arrest und EinstwVerf. nur die Sicherung eines Hauptanspruches bezwecken, so ist die Zulässigkeit des Rechtsweges für sie durch die Zulässigkeit des Rechtsweges für den Hauptanspruch bedingt und von ihr abhängig (Stein-Jonas, Vorbemerkung I Ziff. 1 vor § 916 ZPD.), soweit nicht durch das Gesetz selbst Ausnahmen zugelassen sind. Letzteres trifft beispielsweise zu für §§ 901, 1042, 1219, 1543 RWD., die das ordentliche Gericht verpflichten, das Verfahren auszusetzen bis die Entsch. der nach der RWD. zuständigen Versicherungsbehörden bezüglich bestimmter Vorfragen ergangen ist, aber ausdrücklich vorzuschreiben, daß dies nicht gelte für Arrest und EinstwVerf. Diese Ausnahme bestätigt lediglich die Regel, daß die Zulässigkeit des Rechtsweges für Arreste und EinstwVerf. grundsätzlich akzessorischer Art ist. Wenn daher die RWD. bei der erkennbar sorgfältigen Redaktion in dem ähnlich gelagerten Fall des § 358 RWD. nicht auch eine ähnliche Anordnung, wie in den genannten Paragraphen getroffen hat, so kann schwerlich an ein bloßes Übersehen gedacht werden, sondern spricht die Vermutung dafür, daß es nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Regel sein Verenden haben solle, daß Arreste und EinstwVerf. als bloße Sicherungsmaßnahmen ausgeschlossen sind, wenn der Rechtsweg überhaupt, oder zur Zeit für den zu sichernden Hauptanspruch nicht zulässig ist (Stein-Jonas, a. a. O.). Das ist um so mehr anzunehmen, als die Regelung in den vorerwähnten Paragraphen den Schluß auf das Gegenteil dieser Regelung für den § 358 RWD. beim Schweigen des Gesetzes hierzu nahelegte (argumentum e contrario) und daher der Gesetzgeber alle Veranlassung gehabt hätte, auch zu § 358 RWD. ausdrücklich die Zulässigkeit der Arreste und EinstwVerf. anzuordnen, solange das Verfahren bei den Versicherungsbehörden abhängig war, wenn dies seinem Willen entsprach. Dafür, daß dies nicht geschah, läßt sich

berechtigte im privaten Dienstverhältnis ein persönliches materielles Interesse an der Nichtzahlung des Gehaltes hat. Das Fehlen dieses Interesses beim Staat bzw. einer Körperschaft des öffentlichen Rechts macht von vornherein eine objektivere Prüfung der Ansprüche des Gehaltsempfängers wahrscheinlich. Für den vorliegenden Fall kommen auch die im letzten Absatz der Urteilsbegründung angestellten Erwägungen in Betracht.

Den Ausführungen von Jaschkowski über die sich aus dem geltenden Beamtenrecht ergebenden Fragen, die sich in gleicher Weise auch für das Recht der Ortskrankenkassenangehörten erheben, ist folgendes entgegenzuhalten: Das gemeinrechtliche „summarissimum“ führte ebenso wie normalerweise das heutige Arrest- und einseitige Verfügungsverfahren nur zur Sicherung, nicht zur Befriedigung des Berechtigten. Die EinstwVerf. auf Weiterzahlung fortlaufender Bezüge irgendwelcher Art ist dagegen eine provisorische Verurteilung, die zur Befriedigung des Berechtigten führt; sie ist eine dem gemeinrechtlichen Mandatsprozess ähnliche neue Prozedur, die im Gesetz selbst in dieser Allgemeinheit nicht geregelt ist, sondern von der Rspr. nach Analogie des im § 627 ZPD. behandelten Einzelfalles der einstweiligen Regelung der Unterhaltspflicht während der Dauer des Ehescheidungsprozesses neu herausgearbeitet wurde (vgl. Stein-Jonas, Vorbem. IV zu § 916 ZPD.). Das bahnbrechende Ur. ist vom RG. unterm 30. März 1883 gefällt (RG. 9, 334), während noch Johannes Merkel: „Über Arreste und EinstwVerf.“ 1880, S. 231 derartige EinstwVerf. ablehnt. An die Möglichkeit derartiger EinstwVerf. hat der Gesetzgeber infolge dessen noch gar nicht denken können bei Gesetzen, die vor dieser Zeit formuliert sind und es muß angenommen werden, daß er auch bei später erlassenen Gesetzen nicht an sie gedacht hat, als er, wie in der RWD. bereits früher bestehende Formulierungen übernahm, die sich darauf beschränkten, davon zu sprechen, daß die Entsch. der Verwaltungsbehörde der „Klage“ vorausgehen müsse. Diese Formulierungen sind, wenn auch am heutigen Rechtszustand gemessen nicht ganz präzise, so doch völlig eindeutig dahin zu verstehen, daß der Rechtsweg für den von der betr. Vorschrift betroffenen materiellen Rechtsanspruch in diesen Fällen ausgeschlossen und also auch die Erlassung einer EinstwVerf. unzulässig ist. Ob die Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs auf dem Rechtsweg je eintritt, ist durchaus nicht sicher, wie Jaschkowski annimmt, vielmehr ist es durchaus möglich, daß keiner der beiden Teile die Entsch. der zuständigen Verwaltungsbehörde anruft; die Zulässigkeit des Rechtsweges hängt also nicht vom Ablauf einer

Frift, sondern gewissermaßen vom Eintritt einer „aufstrebenden Bedingung“ ab, der selbstverständlich auch noch in der RevInst. berücksichtigt werden muß.

Die Stellungnahme des RG. zur letzteren Frage deckt sich deshalb voll und ganz mit dem im obigen Ur. und hier eingennommenen Rechtsstandpunkt; und die übrige reichsgerichtliche Judikatur, die Jaschkowski anführt, steht mit diesem Standpunkt durchaus nicht im Widerspruch. Insbesondere bezieht sich die Entsch. RG. 36, 77, die die Klage wegen Unzulässigkeit des Prozessklagewegs abweist, auf einem ganz anderen Tatbestand, wie im oben abgedruckten Ur. ausgeführt ist, ebenso die Entsch. RG. 97, 302. Zu Mißverständnissen kann bei oberflächlicher Betrachtung die Behandlung dieser und der gleichgelagerten Fälle im Kommentar von Stein-Jonas in Anm. III zu § 148 ZPD. Anlaß geben, da diese Bestimmung dem Richter die Befugnis gibt, darüber nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob ein Verfahren ausgesetzt, oder weitergeführt werden soll. Aber für den Fall, daß der Richter sich zur Weiterführung des Verfahrens entschließt, enthält § 148 ZPD. keinerlei Vorschrift, insbes. hat hier die Ermessensbefugnis des Richters ihre Grenzen. Das Gericht hat, wenn es das Verfahren nicht aussetzt, nach der zur Zeit der Entsch. bzw. des Schlusses der mündlichen Verhandlung bestehenden Rechtslage zu entscheiden (Stein-Jonas, Anm. III 2 zu § 300 ZPD.). Diesen Standpunkt nimmt, wie in obigem Ur. ausgeführt wird, und wie übrigens Jaschkowski anerkennt, auch der Kommentar von Stein-Jonas ein (vgl. auch Stein-Jonas, Vorbem. I 2 zu § 916 ZPD. und der dort enthaltene Hinweis auf die Vorbem. II und III vor § 1, von denen die erstere wieder auf Anm. III zu § 148 verweist), ebenso der Kommentar von Syborski-Busch, der systematisch klar diese Fälle unter § 13 ZPD. behandelt (vgl. Anm. 2 II 1b zu § 13 ZPD.). Und dieser Standpunkt wird schließlich noch weiter gestützt durch eine Überlegung, die sich bei Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Teil, S. 455 findet und auf die RGEntsch. 4, 405 Bezug nimmt; dort ist ausgeführt, daß eine EinstwVerf. ein zu sicherndes Rechtsverhältnis voraussetze, „und zwar offenbar i. S. eines klagbaren Anspruchs darauf. Denn das Gericht soll dem Antragsteller, soweit der zu sichernde Anspruch noch nicht rechtskräftig ist, die Klagenstrengung binnen bestimmter Frist auferlegen, §§ 926, 936, was bei noch nicht vorhandener Klagbarkeit des Anspruchs sinnlos wäre.“

W. Fr. Vortisch jun., Vörrach.

als Grund denken, daß bei den Dienstverhältnissen der Angestellten von Krankenkassen, die der Dienstordnung unterstehen, längere Kündigungsfristen die Regel bilden werden (vgl. auch das Angkünd-SchG. v. 9. Juli 1926 und hierzu Pothoff in der „Volkswirtschaftlichen Zeitschrift“ für die gesamte Sozialversicherung“ vom Jahre 1924, Nr. 4 S. 67) und bei normalem Verlauf die Beibringung der Entsch. der Versicherungsbehörden vor Ablauf der Kündigungsfrist möglich werden wird, also ein Bedürfnis für eine EinstwVerf. vor der Zulässigkeit des Rechtsweges zum ordentlichen Gericht nicht vorhanden sein wird. Unter diesem Gesichtspunkt hätte auch der Antragsteller, wenn er nach der Kündigung v. 30. April 1928 alsbald die Entsch. der Versicherungsbehörden nach § 358 RWG. anrufen hätte, vor Ablauf der Kündigungsfrist die Entsch. des VerwA. beibringen können. Nach der jetzigen Sachlage ist der Rechtsweg für eine EinstwVerf. der ordentlichen Gerichte zur Zeit unzulässig. Ein Eintreten auf das materielle Vorbringen der Parteien für das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung oder für das Fehlen eines solchen Grundes war wegen der Unzulässigkeit des Rechtsweges ausgeschlossen.

(VerfG. Freiburg, Urt. v. 2. Jan. 1929, ABR 40/28.)

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

Bericht von Reichsfinanzrat Dr. Doethke, Reichsfinanzrat Artl und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

§§ 103, 104, 128, 132 RWG.; § 23 Abs. 1a Nr. 3 GrEwStG.

a) Die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen, die für nicht rechtzeitig gezahlte oder für gestundete Steuern festgesetzt sind, erlischt, insoweit die Steuerfestsetzungen selbst wegen fehlerhafter Behandlung der Sache durch die Steuerbehörde berichtigt werden.

b) Ein derartiger Zinsenanspruch wird, unbeschadet des Grundsatzes unter 1, dadurch nicht berührt, daß die Steuer selbst nach § 23 Abs. 1a Nr. 3 zu erlassen oder zu erstatten ist. †)

Am 20. Sept. 1927 verkaufte die W., GmbH., ihren Fabrikgrundbesitz an die Firma L., Herd- und Ofenfabrik AktG. Auf den alsbald nach § 24 GrEwStG. festgesetzten Steuerbetrag von 7179,40 M zahlte die Erwerberin am 20. Okt. 1927 3000 M an und wurde am 26. Okt. 1927 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Mit Steuerbescheid v. 31. Dez. 1927, der der Firma L. am 5. Jan. 1928 zugeht, wurde diese hierauf wegen des Eigentumsüberganges zu 13000 M Grunderwerbsteuer herangezogen. Auf Einspruch setzte die Steuerstelle mit Einspruchsbescheid v. 7. Juni 1928, der Rechtskraft erlangte, die Steuer auf 7658 M herab. Am 22. Nov. 1928 wurde der Konkurs über das Vermögen der Firma L., die bis dahin außer den 3000 M nichts weiter auf die Steuer Schuld gezahlt hatte, eröffnet. Die Steuerstelle meldete am 26. Nov. 1928 zur bevorrechtigten Befriedigung im Konkurs an: den Steuerrest von 4658 M und 10% Verzugszinsen hieraus für die Zeit vom 14. Jan. bis 21. Nov. 1928 in Höhe von 398,52 M, insgesamt 5056,52 M. Die Forderung wurde als bevorrechtigt anerkannt. Im Laufe des Konkursverfahrens kam der Grundbesitz zur Zwangsversteigerung und wurde am 18. Aug. 1929 der W., also der früheren Veräußerin, wieder zugeschlagen.

Darauf beantragte der Konkursverwalter unter Hinweis auf § 23 Abs. 1a Ziff. 3 Erstattung der geleisteten 3000 M und Erlaß der noch nicht gezahlten Grunderwerbsteuer und der berechneten Zinsen.

Zu 1. Der Entsch. ist in vollem Umfange zuzustimmen. Sie ist ein erfreuliches Zeichen dafür, daß beim RFH. wirtschaftliche und Billigkeitserwägungen in der Regel den Vorzug vor einer rein formalen Auslegung erhalten.

1 Die Nichtheranziehung des Steuerpflichtigen zur Verzinsung einer Hauptsumme, die später als unberechtigt aufgehoben worden ist, ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Es zeigt aber die Behandlung der Sache durch die Steuerstelle, wie notwendig ein unparteiischer Rechtsschutz gerade auf dem Gebiete der Steuerfestsetzung ist. Die Begründung des RFH. ist erfreulich klar und einseitig und zeigt, wie schon so oft, daß der reine Fiskalismus beim RFH. keine Stätte findet.

2 Auch die Zinsberechnung für den Fall der Anwendung des § 23 Abs. 1a Nr. 3 GrEwStG. scheint mir durchaus zutreffend begründet und richtig zu sein und das insbes. auch deshalb, weil sie

Die Steuerstelle gab dem Antrag nur teilweise statt. Mit der Begründung, daß von der Firma L. auf die endgültige Steuer-schuld Zahlungen nicht geleistet seien, berechnete sie nach der SteuerzinsWD. v. 8. Nov. 1926 (RWBl. I, 487) 10% Verzugszinsen v. 12. Jan. 1928 an, und zwar für den ganzen mit Bescheid v. 31. Dez. 1927 angeforderten Steuerbetrag auf die Zeit bis zu seiner Herabsetzung im Einspruchsbescheid (7. Juni 1928) und für den herabgesetzten Steuerbetrag vom 7. Juni 1928 bis zum 17. Aug. 1929. Bei dieser Berechnung ging die Steuerstelle von der Annahme aus, die 3000 M seien erst am 7. Juni 1928, statt am 20. Okt. 1927 gezahlt worden. Auf Vorhalt des Irrtums stellte sie im Bescheid v. 27. Aug. 1928 die für die 3000 M berechneten Verzugszinsen (120,83 M) in Wegfall und zahlte diesen Betrag noch an den Konkursverwalter heraus. Der Einspruch des Beschw., der sich keinerlei Abzug gefallen lassen will, blieb erfolglos. Auf Berufung erklärte das FinGer. die Zinsforderung der Steuerstelle für unbegründet, soweit Zinsen von dem Unterschiedsbetrag zwischen der ursprünglichen Steuerfestsetzung von 13000 M und der rechtskräftigen Steuer von 7658 M, also von 5342 M, berechnet sind. Hingegen bezeichnete es den Zinsanspruch bezüglich der 7658 M abzüglich der bereits gezahlten 3000 M, also bezüglich der 4658 M, grundsätzlich für berechtigt, änderte jedoch die Zinsberechnung der Steuerstelle nach Dauer des Zinslaufes sowie Höhe des Zinsfußes und berechnete hiernach 326,15 M abzugsfähige Zinsen, so daß in der Vorentscheidung die Erstattungsforderung auf 2673,85 M festgesetzt wurde.

Hiergegen haben sowohl der Konkursverwalter wie auch die Steuerstelle Rechtsbeschwerden eingelegt.

Beide Rechtsbeschwerden sind unbegründet.

Bezüglich der Rechtsbeschwerde der Steuerstelle sind folgende Erwägungen maßgebend. Wäre der Unterschiedsbetrag zwischen der ursprünglichen Steuerforderung und der im Einspruchsbescheid festgesetzten Steuer (5342 M) alsbald nach Fälligkeit (12. Jan. 1928) von der Firma L. gezahlt worden, so hätte sie ihn mit Zinsen seit dem Zahlungstag erstattet verlangen können (§§ 132, 127 RWG.). Das Gesetz steht also auf dem Standpunkt, daß, wer durch eine, wenn auch nur objektiv fehlerhafte Behandlung der Sache durch die Steuerbehörde zu einer Steuer herangezogen ist, grundsätzlich nicht einmal einen Zinsverlust bezüglich des gezahlten Kapitals erleiden soll. Dann aber liegt kein vernünftiger Grund vor, bei Nichtzahlung der zu Unrecht veranlagten Steuer eine derartige Zinsbelastung durch Berechnung und Erhebung von Stundungs- oder Verzugszinsen herbeizuführen.

Bezüglich des nach der Einspruchsentscheidung sich ergebenden Restbetrags von 4658 M (7658—3000 M) hingegen ist der Zinsanspruch mit dem FinGer. grundsätzlich anzuerkennen. Angenommen wieder den Fall, die Steuer wäre bei Fälligkeit (12. Jan. 1928) gezahlt worden, so hätten bei Erstattung nach § 23 für diesen Betrag von 4658 M Zinsen aus § 132 RWG. nicht beansprucht werden können. Allerdings folgt das nicht schlechthin aus dem Umstand, daß kein Fall der §§ 128, 129 RWG. vorläge, die allein in § 132 angeführt sind. Denn die Rspr. des RFH. hat den Grundgedanken entwickelt, daß der Zinsanspruch des § 132 auch dann gegeben ist, wenn ein in einem besonderen Steuergesetz geregelter Erstattungsfall einem der in den §§ 128, 129 geregelten Fälle in wesentlichen Bestimmungen ähnlich ist (RFH. 19, 315), und in anderen Entsch. ist diese Ähnlichkeit dann angenommen worden, wenn die Erhebung der zu erlassenden Beträge auf einer wenigstens objektiv fehlerhaften Behandlung der Angelegenheit durch die Steuerbehörde beruhte (Urt. v. 6. März 1928, II A 11/28: Mrozek, Steuerkartei, Rechtspruch 6 zu § 132; v. 26. Nov. 1929, II A 391/29: RFH. 26, 117). Von einer solchen fehlerhaften Behandlung aber kann zweifellos keine Rede sein, wenn der Erstattungsgrund auf § 23 Abs. 1a Nr. 3 GrEwStG. beruht. Hiernach wäre bei sofortiger Zahlung der Steuer der später zu erlassende Betrag nicht zu verzinsen gewesen; die Nutzung des Kapitals in der Zwischenzeit würde beim Steuergläubiger verbleiben und der Steuerzahler eine entsprechende

aus wirtschaftlichen und zivilrechtlichen Gründen sich für den in Frage stehenden Fall ohne weiteres ergibt. Zum Eintritte dieses Erstattungsfallles ist eben ein vollständiger neuer wirtschaftlicher und rechtlicher Tatbestand notwendig. Der ursprüngliche Erwerber des Grundstücks bleibt für die Zwischenzeit voller und freier Eigentümer. Es entspricht durchaus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, daß für diese entsprechende Zeitspanne die nicht bezahlte oder gestundete Steuer ordnungsgemäß verzinst wird. Zu einer anderen Entsch. gerade aus wirtschaftlichen und zivilrechtlichen Gründen käme man vermutlich bei der Anwendung des § 23 Abs. 1a Ziff. 1 und 4, wohl zweifelhafter auch bei Ziff. 2; denn hier handelt es sich um Erstattungen, die im ursprünglichen rechtlichen Vertragsverhältnis oder seiner Fehlerhaftigkeit ihren Grund haben.

RM. Straub, Freiburg i. Br.

Einbuße endgültig zu tragen haben. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gefezgeber den, der durch Stundung oder ohne solche die Zahlungen hinauszuschieben verstanden hat, günstiger hat stellen wollen, als den pünktlichen Zahler. Das rechtfertigt die Annahme, daß der nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 begründete „Erlaß“ der Steuerforderung von 4658 M. grundsätzlich nicht auch die für sie berechneten Stundungs- und Verzugszinsen ergreifen kann. Der Zinsanspruch bleibt, die richtige Berechnung vorausgesetzt, trotz Erlasses der Steuerforderung selbst bestehen und kann gegen die Erlaßforderung aufgerechnet werden.

Der Konkursverwalter glaubt aus der Entsch. v. 27. Aug. 1929, II A 439/29 (RZS. 25, 298) das Gegenteil folgern zu können. Er beruft sich darauf, daß nach dieser Entsch. im Falle des § 23 Abs. 1 Nr. 3 die für den Erwerb veranlagte Steuer aus von Anfang an nicht entstanden und deshalb auch die Zinsforderung als Akzessorium der Steuerforderung als niemals bestanden anzusehen sei. Diese Ausführungen beruhen auf einer irrigen Auslegung der abgedr. Entsch. Allerdings enthält sie den Satz, das GrErwStG. sei „dahin aufzufassen, daß es bei Rückwerb des Eigentums innerhalb zwei Jahren so angesehen werden solle, wie wenn überhaupt keine Veräußerung stattgefunden hätte“. Aber diese Bemerkung bezieht sich, wie aus dem Zusammenhang mit der übrigen Begründung hervorgeht, nur auf die Beschaffenheit und den Umfang des Grundstücks und bedeutet nur, daß die Veränderungen des Grundstücks in der Zeit zwischen Übertragung und Rückwerb nicht berücksichtigt werden können. Außerdem handelt es sich in jener Entsch. um die Frage, ob für den Rückwerb eine Steuer wenigstens in Höhe der in der Zwischenzeit durch Bebauung oder sonstwie erfolgten Wertsteigerung in Ansatz kommen könne. Keineswegs kann, wie der Konkursverwalter annimmt, daraus gefolgert werden, die für die Übertragung berechnete Steuer müsse von Anfang an als unbegründet angesehen werden und könne deshalb auch nicht die Grundlage für eine Zinsenberechnung abgeben.

(RZS., 2. Sen., Urt. v. 20. Mai 1930, II A 179/30.)

2. §§ 6 Abs. 1 Nr. 7, 15 Abs. 1 Nr. 3, 18 Abs. 1 Nr. 2, 37 Abs. 1 Nr. 5, 38 Abs. 4 Nr. 4, 40 EinkStG.

a) Wiederkehrende Bezüge liegen nur vor, soweit die betreffenden Bezüge im Einzelfall ihrem Grunde nach nicht unter eine andere der in § 6 Abs. 1 EinkStG. aufgezählten Einkommensarten fallen.

b) Bei der Einkommensart „wiederkehrende Bezüge“ ist die Steuerpflicht an die äußere Form geknüpft. Daher sind die wiederkehrenden Bezüge grundsätzlich, ohne daß es auf den Rechtsgrund, auf dem sie beruhen (entgeltlicher oder unentgeltlicher Erwerb), ankommen würde, steuerpflichtig.

c) Wiederkehrende Bezüge i. S. des § 6 Abs. 1 Nr. 7 EinkStG. liegen nicht vor, wenn sich bei entgeltlicher Vergütung die einzelnen Leistungen wirtschaftlich noch als Kapitalrückzahlungen aus einem darlehnsähnlichen Geschäft (Stundung des Kaufpreises) auffassen lassen. Das wird regelmäßig dann nicht mehr der Fall sein, wenn die Dauer der Bezüge unbestimmt (Leibrenten) oder das Vertragsverhältnis aleatorischer Natur (Versicherungsleistungen) ist. Soweit eine Kapitalrückzahlung in Frage kommt, kann eine Spaltung der einzelnen Bezüge in steuerfreie Amortisation und steuerpflichtige Zinsen erforderlich werden.

d) Für den Regelfall ist davon auszugehen, daß, wenn es sich auf beiden Seiten um Vorgänge außerhalb eines Betriebsvermögens handelt, wiederkehrende Bezüge, die beim Empfänger steuerpflichtig sind, beim Geber eine abzugsfähige Last (Rente) darstellen. †)

I. Der Pflichtige hat i. J. 1924 mit der Mieterin einer der Zwangswirtschaft unterliegenden Wohnung einen schriftlichen Vertrag geschlossen, nach dem er in den Mietvertrag mit allen Rechten

und Pflichten eintrat. Dabei übernahm der Pflichtige der bisherigen Wohnungsinhaberin, einer betagten Witwe, gegenüber die Verpflichtung, ihr zeit ihres Lebens einen Teil dieser Wohnung ohne besonderes Entgelt zu überlassen und für ihre Verpflegung und Versorgung ohne Fürsorge im Erkrankungsfall und ohne Heizung aufzukommen. Im Jahre 1925 betrug die Leistungen des Steuerpflichtigen hieraus 120 R.M. Das FinGer. ließ den Betrag nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 EinkStG. bei der Ermittlung des Einkommens des Pflichtigen zum Abzug zu. Es liege eine dauernde Last bzw. eine Rente vor. Die Abzugsfähigkeit der einzelnen Jahresleistungen nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 EinkStG. sei zwar nur gegeben, wenn durch die Leistungen das Vermögen des zu der Leistung Verpflichteten gemindert werde, und eine solche Minderung liege insoweit nicht vor, als ein Steuerpflichtiger für seine Leistungen eine gleichwertige Gegenleistung erhalte. Nun handle es sich im vorliegenden Falle zwar um einen entgeltlichen Vertrag, bei dem eine Gegenleistung, nämlich die Aufgabe der Wohnung zugunsten des Pflichtigen, vorliege. Durch diese Gegenleistung sei aber das Vermögen des Pflichtigen nicht vermehrt, weil sie lediglich einen in Geld nicht ausdrückbaren ideellen Vorteil des Pflichtigen begründe. Daher könne auch die Abzugsfähigkeit nicht verjagt werden.

Das FinA. hat Rechtsbeschwerde eingelegt. Es hat ausgeführt, der Umstand, daß der Pflichtige auf Grund des genannten Vertrags außer der Rente eine Wohnung erhalten habe, stelle keineswegs nur einen ideellen, sondern einen in Geld sehr wohl ausdrückbaren materiellen Vorteil dar. Im übrigen sei die Abzugsfähigkeit der Leistungen des Pflichtigen auch deshalb ausgeschlossen, weil es sich dem Grunde nach um Aufwendungen für seine Wohnung handle, die nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. grundsätzlich nicht abzugsfähig seien und auch dadurch nicht abzugsfähig gemacht werden könnten, daß sie in die Form einer Rente oder dauernden Last gekleidet würden.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

II. 1. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen wiederkehrende Leistungen nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 EinkStG. vom Einkommen des Leistungszustandigen abgezogen werden dürfen, hängt mit der anderen Frage, ob die Leistungen beim Empfänger steuerliche Einnahmen darstellen, eng zusammen. Das ergibt sich daraus, daß § 15 Abs. 1 Nr. 3 und § 40 EinkStG. in wechselseitigem Zusammenhang stehen (vgl. Entsch. des RZS. v. 18. Jan. 1928, VI A 192/27; Ew. 1928 Nr. 65). Es ist für den Regelfall davon auszugehen, daß, wenn es sich auf beiden Seiten um Vorgänge außerhalb eines Betriebsvermögens handelt, wiederkehrende Bezüge, die beim Empfänger nach § 6 Abs. 1 Nr. 7 i. Verb. m. § 40 EinkStG. steuerpflichtig sind, beim Geber eine abzugsfähige Last darstellen. Zum besseren Verständnis der Frage erscheint es daher zweckmäßig, die Untersuchung über die einkommensteuerrechtliche Behandlung wiederkehrender Leistungen zunächst auf Seiten des Empfängers vorzunehmen. Aus dem dabei gewonnenen Ergebnis lassen sich alsdann ohne weiteres Schlüsse auf die steuerliche Behandlung beim Leistungszustandigen ableiten.

2. Die in § 6 Abs. 1 Nr. 7 EinkStG. aufgezählte Einkommensart „andere wiederkehrende Bezüge“ steht selbständig neben den sieben anderen in § 6 Abs. 1 aufgeführten Einkommensarten. Ihrem Wesen nach hat sie aber den anderen im Gesetz aufgeführten Einkommensarten gegenüber ergänzende Bedeutung, d. h. sie kommt nur zu Raum, wenn nicht im Einzelfall die wiederkehrenden Bezüge ihrem Grunde nach bereits unter eine der anderen Einkommensarten fallen. Das erscheint ohne weiteres klar bei den Einkommensarten des § 6 Abs. 1 Nr. 1—3 EinkStG., bei denen der Gewinnbegriff maßgebend ist. Denn es geht nicht an, aus der der Gewinnermittlung zugrunde liegenden Gesamtheit der Betriebsvorgänge einen Vorgang, wie ihn der Empfänger oder die Leistung wiederkehrender Bezüge darstellt, herauszunehmen. Auch in den besonders häufigen Fällen, in denen bei der Veräußerung eines Betriebs das Entgelt in Form wiederkehrender Bezüge zu entrichten ist (Umsatz- oder Gewinnbeteiligung, Rente), handelt es sich bei dem Empfänger um nachträgliche (gewerbliche, landwirtschaftliche, freiberufliche) Einkünfte aus dem veräußerten Betrieb und nicht um andere wiederkehrende Bezüge i. S. des § 6 Abs. 1 Nr. 7 EinkStG. Aber auch gegenüber den übrigen Einkommensarten hat die Einkommensart der anderen

bei diesen Auslegungsfragen eine eindeutige, klare und in allen Fällen befriedigende Lösung zu finden. Seine Ausführungen zu II Biff. 4 u. 5 der Entsch. lassen das deutlich erkennen.

Im allgemeinen wird man sich in steuerrechtlicher Hinsicht im Ergebnis mit dem Urteil und seiner Begründung einverstanden erklären können. Dabei ist im einzelnen folgendes zu sagen:

1. Auslegungstechnisch interessant ist, wie der RZS. die richtige Auslegung des § 15 Abs. 1 Biff. 3 EinkStG. findet. Er bedient sich dabei im Grunde der alten Auslegungsregel des argumentum e contrario, ohne sie ausdrücklich zu erwähnen, und kommt damit zu durchaus richtigen Ergebnissen.

Die Ausführungen über den Inhalt des § 6 Abs. 1 Biff. 7 EinkStG. und über den ergänzenden (subsidiären) Charakter dieser Bestimmungen sind durchaus zutreffend und dringen in die Systematik des EinkStG. ein. Nur die Einkünfte, „die nicht aus einer der Quellen“ des § 6 fließen, werden nach Biff. 7 besteuert, wenn sie

Zu 2. Ein tatsächlich und rechtlich sehr interessanter Fall, der deutlich zeigt, wie schwer manche Lebensvorgänge sich technisch in das Gesetz einordnen lassen. Dabei tritt auch klar zutage, wie kompliziert und wie wenig durchgefeilt die Technik des EinkStG., dieses wohl wichtigsten der Steuergesetze, ist. Die inhaltliche Abstimmung der einzelnen Bestimmungen zueinander macht den Steuerbehörden und den Gerichten in der Praxis immer noch die größte Mühe (vgl. hierzu die interessanten Ausführungen von Lukas: JW. 1930, 339<sup>6</sup>, wo es sich um einen ähnlich gelagerten Fall handelt). Der systematisch ja bedeutungsvolle Gegensatz zwischen Biff. 1—6 EinkStG., Bestimmungen, bei denen der Grund, d. h. die „Quelle“ der Einkünfte maßgebend ist, und § 6 Biff. 7, wobei die äußere Form die Besteuerungsgrundlage bildet, kommt gerade in der vorliegenden Entsch. klar zum Ausdruck. Es ist auch für den RZS., der ja in dankenswerter Weise gegenüber der rein formalen Auslegung immer wieder die Grundsätze der Vermunft und der Billigkeit in den Vordergrund stellt, nicht ganz leicht,

wiederkehrenden Bezüge untergeordnete Bedeutung, so daß, wenn z. B. ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für geleistete Dienste eine Rente einräumen würde, die einzelnen Rentenbezüge als Arbeitslohn anzusehen wären. Gegenüber der scheinbar abweichenden Bestimmung des § 38 Abs. 4 Nr. 4 EinkStG. hat der Senat in JW. 1930, 339 = StW. 1929 Nr. 797 ausdrücklich dahin entschieden, daß bei der unentgeltlichen Überlassung einer Wohnung, soweit es sich nicht um Teile eines Leibgedinges oder eines ähnlichen Rechtes handelt, keine wiederkehrenden Bezüge i. S. des § 40 Nr. 3 EinkStG. vorliegen, sondern daß diese Einkünfte nach der ausdrücklichen Regelung in § 38 Abs. 3 EinkStG. wie vom Empfänger zu versteuernden Einkünfte aus Vermietung behandelt werden. Eine weitere Einschränkung erfährt das Anwendungsgebiet des § 6 Abs. 1 Nr. 7 EinkStG. noch insoweit, als laufend vereinbarte Bezüge dann nicht als wiederkehrende Bezüge i. S. dieser Bestimmung anzusehen sind, wenn sie mit entsprechenden Leistungen des Empfängers, für die sie das Entgelt darstellen, in Wechselwirkung stehen (vgl. dazu auch Becker, Komm. z. EinkStG. 1925, Bem. 16 zu § 15).

3. Aus dem Befagten ergibt sich, daß die Besteuerung der „anderen wiederkehrenden Bezüge“ i. S. des § 6 Abs. 1 Nr. 7 EinkStG. an sich ihren Grund nicht in dem Rechtsverhältnis, dem sie entspringen, haben kann, sondern daß der Grund, aus dem sie für steuerpflichtig erklärt werden, lediglich in der äußeren Form liegen kann, in der Tatsache, daß jemand mit einer gewissen Regelmäßigkeit oder auf eine gewisse Dauer mit dem Zustiezen von Einnahmen rechnen kann, die ihrem Wesen nach zum laufenden Verbrauch bestimmt erscheinen. Daraus läßt sich aber wiederum die Folgerung ableiten, daß es bei dem Vorliegen wiederkehrender Bezüge für die Steuerpflicht grundsätzlich nicht etwa darauf ankommt, ob das Recht auf ihren Bezug unentgeltlich erworben wurde oder ob sie sich als Gegenleistung, z. B. für die einmalige Übergabe von Vermögenswerten (Veräußerungsrente), darstellen. In der Tat ist die Rspr. des Erh. Sen. bisher diesen Weg gegangen und hat den Empfänger wiederkehrender Bezüge, insbes. von Renten, ohne Rücksicht auf einen entgeltlichen Erwerb der Rente mit dem vollen Betrag der einzelnen Rentenleistungen nach § 40 EinkStG. zur Steuer herangezogen, soweit es sich nicht im Einzelfall um Kaufpreiszinsen handelt (vgl. Entsch. des RfSt. v. 3. Dez. 1927, VI A 597/27; StW. 1928 Nr. 66, v. 18. Jan. 1928, VI A 192/27; StW. 1928 Nr. 65, v. 14. März 1928, VI A 877/27; StW. 1928 Nr. 558, v. 28. März 1928, VI A 209/28; StW. 1928 Nr. 347; ebenso in mehreren: DStZ. 1929, 208; „Für die Beurteilung der Bezüge kann nur in Betracht gezogen werden, welcher Art diese Bezüge sind, nicht aus welchem Anlaß die Bezüge begründet worden sind und was als Gegenleistung für die Bezüge vereinbart worden ist“).

4. Die Auffassung des Senats ist im Schrifttum verschiedentlich bekämpft worden. Insbes. Glaser: StW. 1928, 1189 hat sich gegen die Besteuerung entgeltlich erworbener Renten gewendet und dabei auf die Unbilligkeit hingewiesen, die sich aus der Unterscheidung zwischen

Renten und Kaufpreiszinsen ergebe. Bei erneuter Nachprüfung hält der Senat an dem Grundgedanken, daß auch entgeltlich erworbene wiederkehrende Bezüge unter §§ 6 Abs. 1 Nr. 7, 40 EinkStG. fallen, fest. Wie bereits ausgeführt wurde, handelt es sich bei der Einkommensart der wiederkehrenden Bezüge um Einkünfte, deren Steuerbarkeit sich nur aus der Form ergibt und nicht, wie dies bei allen anderen Einkommensarten der Fall ist, aus den zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen, die wiederum an eine bestimmte wirtschaftliche Betätigung des Steuersubjekts anknüpfen. Daraus erklären sich auch manche bei der steuerlichen Erfassung der wiederkehrenden Bezüge sich ergebende Ungereimtheiten und Härten, die sich häufig da einstellen, wo rechtliche Folgen mehr an die Form als an den Inhalt und die wirtschaftliche Bedeutung bestimmter Umstände und Vorgänge geknüpft sind. Die restlose Ausräumung aller dabei etwa vorkommenden Unbilligkeiten ist in solchen Fällen, da bei einer formellen gesetzlichen Regelung deren Wesen nach im Einzelfall manche Unbilligkeit mit in Kauf genommen werden muß, auch einer auf eine wirtschaftlich vernünftige und billige Auslegung der Gesetze bedachten Rspr. nicht immer möglich.

5. Eine Milderung vorkommender Härten bei der Besteuerung entgeltlich erworbener wiederkehrender Bezüge kann daher, wenn überhaupt, nur durch einschränkende Auslegung des Begriffs „wiederkehrende Bezüge“ erreicht werden. Schon die bisherige Rspr. des Senats hat den wiederkehrenden Bezügen die Kaufpreiszinsen als nicht steuerpflichtig gegenübergestellt. Dabei ist eine Aufstellung allgemeingültiger scharfer Unterscheidungsmerkmale, die wohl auch gar nicht möglich ist, unterblieben. Als wesentlich für die Unterscheidung hat der Senat in der angeführten Entsch. VI A 192/27 die Dauer der Zahlungen angesehen, und zwar in der Weise, daß einige wenige Zahlungen innerhalb kurzer Frist als Kaufpreiszinsen, viele Zahlungen innerhalb langer Frist dagegen als Rentenbezüge anzusehen seien. Es soll gegenüber den im Schrifttum gegen diese Abgrenzung vorgebrachten Bedenken zugegeben werden, daß dabei der Begriff der Rentenbezüge auf Kosten des Begriffs der Kaufpreiszinsen zu weit gefaßt ist. Man wird, ohne Rücksicht auf die Benennung durch die Vertragsparteien, Kaufpreiszinsen oder allgemeiner Tilgungszinsen überall da anzunehmen haben, wo die einzelnen Zahlungen wirtschaftlich noch als Kapitalrückzahlung (gegebenenfalls zuzüglich der Verzinsung) aus einem darlehnsähnlichen Geschäft (Stundung des Kaufpreises) angesehen werden können, während Renten oder rentenähnliche, nach § 6 Abs. 1 Nr. 7 steuerpflichtige Bezüge dann anzunehmen sein werden, wenn der Gesichtspunkt des Rentenbezugs als einer nicht mehr unmittelbar Teile des Entgelts darstellenden, sondern in einem besonderen Rechtsverhältnis begründeten Leistung im Vordergrund steht. Eine genaue Abgrenzung, die auf alle vorkommenden Fälle passen würde, läßt sich nicht geben. Immerhin wird man aber sagen können, daß da, wo die Dauer der Bezüge unbestimmt oder das Vertragsverhältnis aleatorischer Natur ist, regelmäßig der Rentencharakter überwiegt. Daher wird man laufende Bezüge auf Grund

dem Pflichtigen in einer ganz bestimmten unrichtigen Form zugehen. Daß dabei der Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Erwerbes des den wiederkehrenden Leistungen zugrunde liegenden Rechts an sich keine entscheidende Bedeutung zugemessen wird, ist durchaus richtig, führt aber, wie der RfSt. selbst zugibt, häufig zu recht unbilligen Ergebnissen. Der RfSt. sucht diese Ergebnisse für die Praxis (ohne zwingenden Zusammenhang mit dem entschiedenen Fall) durch eine nähere Erläuterung seiner seitherigen Stellungnahme zu mildern. Es kann fraglich sein, ob seine Ausführungen in dieser Hinsicht in vollem Umfange zutreffen. Er gibt selbst zu, daß seine Grundfälle in der Praxis nicht überall leicht anzuwenden sein werden. Insbes. die reine Aufstellung auf das Moment der zeitlichen Unbestimmtheit einer wiederkehrenden Leistung scheint mir nicht in allen Fällen ausschlaggebend zu sein, um zu einer vernünftigen Entsch. zu kommen. Man denke nur an den Fall, daß beim Alter des Empfängers der Leistung und seinem Gesundheitszustand von vornherein mit einem sehr baldigen Erlöschen der Rente sicher zu rechnen ist.

2. Im konkreten Falle behandelt der RfSt. die Leistungen an die Bezugsberechtigten, die aus unentgeltlicher Wohnungsgewährung, Verpflügung und Bedienung bestehen, als eine Leibrente i. S. des § 40 Ziff. 2 EinkStG. Eine nähere Begründung dieser rechtlichen Unterstellung unter den Leibrentenbegriff gibt der RfSt. nicht. Ich halte seine Ansicht auch nicht für richtig. Der Leibrentenbegriff ist zunächst ein zivilrechtlicher und als solcher in das EinkStG. übernommen. Es ist niedergelegt im § 759 BGB. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist eine Leibrente ein „einseitliches Nutzungsgewährrecht, das dem Berechtigten für die Lebenszeit eines Menschen eingeräumt ist und dessen Erträge aus in gleichmäßigen Zeitabschnitten wiederkehrenden gleichmäßigen Leistungen in Geld oder vertretbaren Sachen bestehen“. Nicht unter den Begriff der Leibrente fallen andere schulrechtliche Leistungen, Dienstleistungen usw., und diese, wie freie Wohnungsgewährung, Verpflügung und Bedienung bilden in vorliegenden Falle ja die Hauptleistung. Darauf können die Bestimmungen über Leibrente auch nicht entsprechend angewandt werden (vgl. hierzu die Ausführungen im RGRKomm. z. BGB., 6. Aufl., § 759 BGB. Ziff. 1 und die Jurikatur des RG.). Es liegt hier also

wohl kein Leibrentenvertrag, sondern ein in unserer süddeutschen Praxis sog. Verpfändungsvertrag vor, der ein Rechtsverhältnis schafft, das nicht unter die Rentenbestimmung fällt, sondern das eher als eine Art Miteigentum oder Leibgeding zu bezeichnen ist. Als solches fällt es auch nicht unter die Bestimmung des § 40 Ziff. 2, sondern unter die Bestimmung des § 40 Ziff. 3 Satz 1 EinkStG. (vgl. im übrigen den ähnlich gelagerten Fall des Ur. des RfSt. v. 4. Sept. 1929: JW. 1930, 339/40, wo der RfSt. einen entsprechenden Tatbestand nicht unter den Begriff der Leibrente fallen läßt).

3. Der vorliegende Fall ist aber nach einer anderen Richtung hin interessant, ohne daß sich der RfSt. mit dieser Frage beschäftigt. Diese Frage hat anscheinend bei der Argumentation des FinV., die zur Rechtsbeschwerde Anlaß gegeben hat, eine entscheidende Rolle gespielt, ohne daß das aber klar zum Ausdruck gekommen ist; und das ist die Frage, ob nicht der Erwerb des einseitlichen Rechts aus dem Leibrentenvertrag (richtiger Verpfändungsvertrag, vgl. oben Ziff. 2) durch die Bezugsberechtigten einer steuerlichen Würdigung unterliegt. Das ist wohl zu bejahen; denn durch die Schaffung eines Leibrenten- oder Miteigentumsvertrages erhält die Bezugsberechtigte einen einseitlichen vermögensrechtlich und wirtschaftlich schätzbaren Anspruch auf dauernd wiederkehrende Leistungen und Dienste. Mit der Entstehung des vertraglichen Anspruchs ist ein Stammrecht geschaffen, das das Vermögen der Bezugsberechtigten erheblich vermehrt und das der Leistungspflichtigen vermindert. Diese Vorgänge sind aber auch einkommensteuerrechtlich zu werten. Zivilrechtlich handelt es sich im vorliegenden Falle bei der Überlassung der Wohnung seitens der Bezugsberechtigten an den Verpflichteten um die Fortsetzung eines bestehenden Vertragsverhältnisses unter Wechsel des Subjektes sowohl hinsichtlich schuldrechtlicher wie gläubigerrechtlicher Funktionen. Unter normalen Umständen würde dafür in der Regel eine Vergütung nicht gewährt. Es würde ja wohl genügen, wenn die drei Beteiligten, nämlich Vermieter, seitheriger Mieter und neuer Mieter einverstanden sind. Nur durch die damaligen wirtschaftlichen Verhältnisse infolge der strengen Durchführung der Zwangswirtschaft ist die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung überhaupt verständlich. Die Bezugsberechtigte hat also für ihren Verzicht auf den unmittelbaren Anspruch

einer Versicherung und Leibrenten, bei deren Begründung der Gedanke der Versorgung durch regelmäßig wiederkehrende Einnahmen, die vom Empfänger unbedenklich verbraucht werden können, eine wesentliche Rolle spielt, grundsätzlich der Besteuerung als wiederkehrende Bezüge zu unterwerfen haben, während entgeltlich erworbene Rentrenten von bestimmter Dauer auch bei längerer Dauer des Rentenbezugs wirtschaftlich wohl meist als Kapitalrückzahlung zu behandeln sein werden. Dabei ist aber zu beachten, daß in den Fällen der Kapitalrückzahlung die einzelnen Raten regelmäßig neben der Amortisation des Kapitals auch dessen Verzinsung enthalten. Es wird daher, wenn es sich nicht um ganz kurzfristige Raten handelt, zum Zwecke der Besteuerung eine Teilung der Raten in steuerfreie Amortisation und steuerpflichtige Zinsen (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 5 EinkStG.) vorzunehmen sein.

III. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die entgeltliche Einräumung einer Leibrente seitens des Pflichtigen. Nach den dargelegten Grundfakten stellen die einzelnen Rentenbezüge bei der Empfängerin in vollem Umfang steuerpflichtige Einkünfte i. S. der §§ 6 Abs. 1 Nr. 7, 40 EinkStG. dar. Dementsprechend müssen sie auch beim Pflichtigen, für den eine auf besonderen privatrechtlichen Verpflichtungsgründen beruhende Rente vorliegt, nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 EinkStG. voll zum Abzug zugelassen werden. Dieser Abzug kann auch nicht, wie das FinV. meint, unter Hinweis auf § 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. (Unterhaltsaufwendungen) ausgeschlossen werden, da § 15 Abs. 1 Nr. 3 EinkStG. als Sonderbestimmung der Vorschrift des § 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. vorgeht.

Hiernach mußte die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen werden.

(RFG., 6. Sen., Urt. v. 7. Mai 1930. VI A 827/27.)

\*

3. § 13 KorpStG.; §§ 13, 19, 20 EinkStG.; § 143 ABgd. Hat ein Steuerpflichtiger in der Anfangsbilanz vom 1. Jan. 1925 eine Aufwertungsforderung zum gemeinen Werte eingesezt, so ist er nicht verpflichtet, in der Schlußbilanz den höheren gemeinen Wert dieser Aufwertungsforderung einzusehen. †)

Die Beschw., eine AktG., besaß am 1. Jan. 1925 eine Anzahl Hypothekenforderungen in Papiermark, die der Aufwertung unterlagen. Der Nennwert der Forderungen betrug, nachdem die Aufwertung durchgeführt war, 167 235 RM. Die Forderungen unterlagen den Rückzahlungsbedingungen des AufwG. Die Beschw. hat sie in der Anfangs- und Schlußbilanz zu dem Nennbetrag eingesezt. Die Vorbehörden halten das für unzulässig. Nach ihrer Auffassung muß bei der Bewertung der Forderungen nach § 143 ABgd. der Umstand berücksichtigt werden, daß nach den Vorschriften des AufwG. die Kündigung lange Zeit hinausgeschoben ist und die Forderungen nur verhältnismäßig gering verzinst werden. Hierdurch ergebe sich ein Minderwert der Forderungen, der um so geringer werde, je näher der Zeitpunkt, an dem eine Kündigung möglich sei, heranrücke. Die Vorbehörden haben den Wert der Forderungen für die Anfangsbilanz mit 72%, für die Schlußbilanz mit 78% angenommen, so daß sich ein Gewinn von 10 037 RM ergibt.

Die Rechtsbeschwerde vertritt die Auffassung, daß die Hypotheken mit dem Nennwert anzusehen seien. Es sei unbillig, wenn die vom

aus dem ursprünglichen Mietvertrag das Pfandrrecht eingetauscht. Steuerrechtlich wird man hierin wohl Einkünfte nach § 38 Abs. 1 Ziff. 1 EinkStG. zu sehen haben, weil es sich ja wirtschaftlich um die zeitlich begrenzte Überlassung eines Gebäudeteiles, der kraft Besitzrechtes und Mietvertrages der Bezugsberechtigten zuzustand, handelt. Insofern wäre die Steuerpflicht der Bezugsberechtigten für den Wert des erworbenen Stammrechtes im Zeitpunkt des Erwerbes wohl gegeben gewesen. Selbstverständlich wäre die darin liegende Vermögenseinbuße des neuen Mieters nicht abzugsfähig, und zwar aus den Gründen, die das FinV. in seiner Begründung anführt. Die Tatsache, daß es sich bei der Bezugsberechtigten in diesem Falle um einen einmaligen Vermögensanfall handelt, würde nach der klaren Bestimmung von § 38 Abs. 1 Ziff. 1 EinkStG. wohl kaum zu einer Freilassung führen. Diese könnte nur im Willkürwege erfolgen.

RA. S. Straub, Freiburg i. Br.

Zu 3. Für eine ungekünstelte Rechtsauffassung ist es außer Zweifel, daß es sich um einen nicht realisierten Gewinn handelt, der nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 20 EinkStG. während der Laufzeit der Forderung steuerfrei ist. Auffallend ist lediglich die Tatsache, daß die Vorbehörden in überfiskalischem Eifer diesen klaren Sachverhalt verkannten und den Steuerpflichtigen zur Durchführung eines Steuerprozesses bis zur letzten Instanz zwangen.

Der RFG. läßt die beiden Fragen offen, ob die Aufwertungsforderung in der Anfangsbilanz mit dem Nennbetrag oder mit dem niedrigeren gemeinen Wert einzusehen war und ob, bei etwaiger Einsehung zum gemeinen Wert, bei späterer Vollauszahlung des Nennbetrages der hierdurch entstehende Auszahlungsüberschuß einkommensteuerpflichtig wird. Hier wird man allerdings in Übereinstimmung mit den Vorbehörden annehmen müssen, daß die mehrjährige Un-

AufwG. auferlegte Kündigungs- und Zinsbeschränkung zu der Befreiung eines jährlichen Wertzuwachses der Hypothekenforderungen führe. Überdies handle es sich bei dem Wertzuwachs um unrealisierten Gewinn, der nach § 20 EinkStG. steuerfrei bleibe.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Aufwertungsforderungen in der Steueranfangsbilanz v. 1. Jan. 1925 mit dem Nennwert oder mit dem niedrigeren gemeinen Wert anzusehen sind. Auch wenn sie mit dem gemeinen Werte anzusehen sind, ergeben sie für den Steuerabschnitt 1925 keinen Gewinn. Denn dann sind sie auch in der Endbilanz 1925 mit dem gleichen Betrage wie in der Anfangsbilanz anzusehen. Das folgt, worauf auch die Rechtsbeschwerde hinweist, aus § 20 EinkStG. Nach dieser Vorschrift sind Forderungen des Betriebsvermögens für die folgenden Steuerabschnitte mit demselben Werte anzusehen, mit dem sie am Schlusse des vorhergegangenen Steuerabschnitts angefaßt waren. Voraussetzung für die Anwendung des § 20 ist, daß eine Aufwertungsforderung in der Anfangs- und Endbilanz als derselbe Gegenstand i. S. des § 20 anzusehen ist. Für Aufbringungs-schulden ist in RFG. 24, 267 bereits ausgesprochen (S. 271), daß sie als dieselben Gegenstände in diesem Sinne anzusehen sind. Für Aufwertungsforderungen muß folgerichtig daselbe gelten. Auch abgesehen von der erwähnten Entsch. vertritt der Senat die Auffassung, daß eine Aufwertungsforderung dadurch, daß sie wegen Näherrückens des Kündigungszeitpunkts in ihrem Werte wächst, nicht zu einem anderen Gegenstande wird. Entsteht hiernach bei Aufwertungsforderungen für den Steuerabschnitt 1925 und ebenso für die folgenden Steuerabschnitte kein Gewinn, so soll mit den vorstehenden Ausführungen nicht gesagt sein, daß, wenn Aufwertungsforderungen in der Anfangsbilanz mit dem gemeinen Werte anzusehen sind, dann in dem Zeitpunkt, in dem sie zur Auszahlung kommen oder ihren wirklichen Wert erreichen (1932), der ganze Wertunterschied gegenüber dem Anfaß in der Eröffnungsbilanz 1925 zu versteuern sei. Zu dieser Frage Stellung zu nehmen, erübrigt sich, da sie für die Entscheidung des Streitfalls unerheblich ist.

(RFG., 1. Sen., Urt. v. 2. Juli 1930, I A 119/130.)

\*

4. § 2 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. 1925.

a) Wenn die Erben eines offenen Handelsgesellschafters laut Gesellschaftsvertrags bis zum Schlusse des Todesjahres des Erblassers noch „am Gewinn und Verlust teilnehmen“, so ist Gegenstand des Nachlasses nicht eine offene Handelsgesellschaftsbeteiligung, sondern ein (Kapital-) Anspruch auf das Auseinandersezungsguthaben gegen die D.G. bzw. gegen den überlebenden Gesellschafter.

b) Zur Frage der Bewertung eines solchen Auseinandersezungsanspruchs. †)

Der Ehemann der Beschw., Max S., ist am 11. März 1925 gestorben.

Der Verstorbene war beteiligt an zwei D.G., und zwar:

1. J. S. & Co.;

2. Max S. & Co.

Für den Fall des Todes eines der offenen Handelsgesellschafters waren in den Gesellschaftsverträgen beider D.G. besondere Bestimmungen getroffen:

Zu 1. sah der § 10 des Gesellschaftsvertrags folgendes vor:

kündbarkeit der Aufwertungsforderung, verbunden mit dem niedrigen Zinssatz, besondere Umstände darstellen, welche eine niedrigere Bewertung der Forderung als zum Nennwert begründen. Wird dann später der volle Nennbetrag ausbezahlt, so ist, jedenfalls bei Kaufleuten, welche ihren Betriebsgewinn auf Grund ihrer kaufmännischen Buchführung ermitteln, der Auszahlungsüberschuß als Bestandteil des Betriebsüberschusses einkommensteuerpflichtig.

Dr. Felix Moos, Karlsruhe.

Zu 4. Sowohl hinsichtlich der Bestimmung des Nachlassumfangs wie seiner Bewertung erscheinen die Ausführungen des obigen Urteils überzeugend. Nur in einem für die Entsch. neben-sächlich, aber in seiner allgemeinen Bedeutung erheblichen Punkte wird man seiner Auffassung nicht beitreten können. Die Entsch. stellt den Rechtsatz auf, daß die Heranziehung zur Erbchaftsteuer die gleichzeitige Heranziehung des seit dem Todestage bis zum Ende des Geschäftsjahres erzielten Gewinnes zur Einkommensteuer ausschließt. Soweit damit besagt werden soll, daß dieser Gewinn der Einkommenbesteuerung überhaupt nicht unterworfen werden kann, wäre dies abzulehnen.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer unter den verbleibenden Gesellschaftern fortbestehenden Gesellschaft ist einkommensteuerrechtlich nach § 30 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. zu behandeln. Veräußerung im Sinne dieser Bestimmung ist jede entgeltliche Aufgabe eines Rechts zum Zwecke der Übertragung auf einen anderen (Struch zu § 30 Anm. 5). Der Einkommensteuer unterliegt demnach der Betrag, um den das dem Ausscheidenden zufallende Auseinandersezungsguthaben, der Veräußerungspreis, seinen der letzten Veranlagung zugrunde liegenden Anteil des Geschäftsvermögens übersteigt. Dies gilt in gleicher Weise für den



Sollte vor Ablauf dieses Vertrags ein oder der andere Teilhaber sterben oder arbeitsunfähig werden, dann bleibt bis zum Jahresabschluss seine Beteiligung am Gewinn und Verlust unberührt. Der Jahresabschluss jedoch soll die Grundlage bilden für die Auseinandersetzung zwischen . . . den verbleibenden Teilhabern einerseits und dem Ausgeschiedenen bzw. dessen Rechtsnachfolgern andererseits.

Das Kapital des . . . Ausscheidenden soll vom Datum des erwähnten Jahresabschlusses an nur als Darlehen im Geschäft verbleiben und bis zur erfolgten Auszahlung zum gleichen Tage verzinst werden, der für das letzte Quartal des letzten Geschäftsjahrs maßgebend war.

Die Auszahlung des Kapitals soll erfolgen: zu 25% am folgenden 31. März, zu 25% drei Monate später, zu 25% wieder drei Monate später und zu 25% wieder drei Monate später . . .

Für die spätere Zeit war außerdem im § 12 vereinbart, daß bis zum Ablauf des Vertrags die Rechtsnachfolger des Ausgeschiedenen am Gewinn mit einem gewissen Prozentsatz (10 bzw.  $7\frac{1}{2}$  bzw.  $6\frac{1}{2}$ %) beteiligt sein sollten, ohne am Verlust beteiligt zu sein.

Zu 2 war in Ziff. V des Vertrags v. 25. Mai 1923 bestimmt:

a) „Falls einer der Teilhaber während der Dauer seiner Teilhaberschaft mit dem Tode abgehen sollte, bleibt er bis zum Ende des betr. Kalenderjahrs gemäß den für dieses Jahr getroffenen Vereinbarungen am Gewinn oder Verlust beteiligt.“

b) „Ist Herr Richard der Überlebende, dann soll der künftige Inhaber des Geschäfts den Erben des Herrn Max für sechs Jahre eine Rente von je 5% vom Reinertrag des Geschäfts auszahlen.“

Das FinU. hat das Betriebsvermögen aus beiden Firmen nach den Bilanzen v. 31. Dez. 1925 der Besteuerung zugrunde gelegt und außerdem die von den Erben gemachten Entnahmen seit dem Tode des Erblassers hinzugerechnet. Es hat also den gesamten Gewinn der beiden Firmen, der in die Zeit nach dem Tode des Erblassers, 11. März 1925 bis 31. Dez. 1925, fällt, in vollem Umfang als besonderen Nachlassgegenstand behandelt neben dem Betriebsvermögen vom Tode des Erblassers. Die Beschw. hat im Einspruch sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Gewinn des Jahres 1925, soweit er nach dem Tode des Erblassers liege, nicht zur Erbschaftsteuer heranzuziehen sei. Falls man sich aber auf den Standpunkt stelle, daß er als besonderer Nachlassgegenstand zu behandeln sei, so sei nicht der tatsächliche Gewinn des Jahres 1925 zugrunde zu legen, sondern der Betrag, der vom Standpunkt des Todestags aus gesehen sich als Entgelt für eine geübte Veräußerung des voraussichtlich i. J. 1925 zu erzielenden Gewinnanteils darstelle.

Einspruch und Berufung waren erfolglos.

Das FinVer. hat ausgeführt: „Die Zugehörigkeit des Gewinnanteils bis zum Ablauf des Sterbejahrs zum Nachlaß i. S. der Erbschaftsteuer ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Ziff. 4 ErbSchStG. Hiernach gilt als Erwerb von Todes wegen der Erwerb von Vermögensgegenständen, der auf Grund eines vom Erblasser geschlossenen Vertrags unter Lebenden von einem Dritten mit dem Tode des Erblassers unmittelbar gemacht wurde. Mit dem Tode des Herrn S. erwarben dessen Erben Anspruch auf Auszahlung des auf das Sterbejahr entfallenden Gewinnanteils. Der Erwerb geschah auf Grund des vom Erblasser mit seinem Gesellschafter geschlossenen Vertrags unter Lebenden. Dieser gesetzlichen Bestimmung gegenüber kann die Erwägung keine Bedeutung haben, daß anders zu verfahren wäre, wenn die Erben Gesellschafter geworden wären. Übrigens würde in diesem Falle das später Erworbene der Einkommensteuer unterliegen.“

Fall des Ausscheidens bei Lebzeiten wie infolge Ablebens des Gesellschafters. Ebenso wie der Verstorbene einkommensteuerpflichtig gewesen wäre, wenn ihm selbst das Entgelt für sein Ausscheiden zuzufälle, sind es auch seine Erben (RStB. v. 7. Juli 1927: StB. 1927, 406). Im vorliegenden Falle erwächst die Steuerpflichtung übrigens nicht bei diesen selbst. Sie ist bereits in dem Augenblick des Todes des Erblassers mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft entstanden. Sie gehört zu dem mit dem Tode beendigten Steuerabschnitt. Die Erben haben sie lediglich als Nachlassschuld zu berichtigen (RStB. v. 20. März 1929: StB. 1929, 393 und vom 18. Juni 1928: StB. 1928, 544). Der noch nicht fällig gewordene und in seinem Betrag unsichere Gewinnanteil ist nach den gleichen Grundfällen zu schätzen, wie sie seitens des RStB. in obiger Entsch. aufgestellt sind (Zimmermann, EinkStG., zu § 30 S. 272, 5). Für das Besteuerungsmaß sind dabei die §§ 32 u. 58 EinkStG. anzuwenden (StB. 1927, 406). Bei Anwendung dieser Grundfälle müßte im vorliegenden Falle an dem Nachlaß zunächst die Einkommensteuer als Schuld gekürzt werden. Nur der verbleibende Nachlaß würde zur Erbschaftsteuer herangezogen. Inwieweit wären demnach die vom RStB. aufgestellten Berechnungsgrundfälle zu berichtigen.

RA. Dr. Sigmund Strauß, Mannheim.

Die Rechtsbeschwerde mußte zur Aufhebung der Vorentscheidung führen. Für die Entsch. des Streitfalls ist wesentlich, ob die Erbinnen in der Zeit vom Tode des Erblassers (11. März 1925) bis zum 31. Dez. 1925 die Stellung des Erblassers als Gesellschafter der beiden OHG. fortgesetzt haben oder nicht. Ein Streit darüber besteht nicht, da sowohl die Beschw. als auch die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, daß die Erbinnen nicht Gesellschafter der beiden OHG. geworden sind. Der Senat sieht diesen Ausgangspunkt für richtig an. Die OHG. ist ein geschäftliches Vertrauensverhältnis höchstpersönlicher Natur. Aus diesem Grunde sieht das GeFz grundsätzlich für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vor (§ 131 Nr. 4 HGB.); und auch wenn die Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters nach besonderer Vertragsbestimmung fortgesetzt wird, übeidet doch der Gesellschafter (bzw. dessen Erben) grundsätzlich mit dem Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters aus (§ 138 HGB.); es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters bestimmt ist (vgl. § 139). Eine solche Bestimmung ist im vorliegenden Falle nicht vorhanden. Die im § 10 des einen und die in Ziff. Va des anderen Gesellschaftsvertrags vorgegebene zeitlich begrenzte Weiterbildung am Gewinn und Verlust ist nur ein Teil der Rechtsstellung der Gesellschafter untereinander, während andere Teile der internen Rechtsstellung innerhalb der Gesellschaft, sowie sämtliche Rechte und Pflichten eines Gesellschafters nach außen hin gar nicht erwähnt sind. Die genannten Vertragsbestimmungen sind lediglich der Absicht entsprungen, eine Vermögensauseinandersetzung während eines Geschäftsjahrs, und insbes. die damit verbundenen Arbeiten der Aufstellung einer Zwischenbilanz, zu vermeiden, also lediglich den Stichtag für die Auseinandersetzungsabrechnung hinauszuschieben, nicht aber die Gesellschaft mit den Erben fortzusetzen. Gegenstand des Nachlasses ist je ein Kapitalanspruch der Erbinnen gegen die fortgesetzte Firma F. H. S. & Co. und gegen den überlebenden Gesellschafter aus der Firma Max S. & Co., und zwar ein Anspruch auf das Auseinandersetzungs Guthaben in der Höhe, wie er sich auf der Grundlage des Jahresabschlusses v. 31. Dez. 1925 ergibt. Hierbei ist zu prüfen, ob die Auseinandersetzung gem. § 738 BGB. auf der Grundlage des vollen Wertes des Gesellschaftsvermögens vorzunehmen war, oder ob der Auseinandersetzungsanspruch sich gemäß den Gesellschaftsverträgen auf den Wert des Kapitalkontos und evtl. gewisser Reservekonten beschränkte (vgl. z. B. § 10 des Vertrags). Diese so beschränkten Kapitalansprüche sind mit ihrem Werte am Todestage (11. März 1925) zu ermitteln und der Steuerberanlagung zugrunde zu legen; dieser Wert entspricht dem Preise, den ein Käufer der beiden Forderungen am 11. März 1925 bei vernünftiger Abschätzung hätte anlegen können. Dabei sind einerseits zu berücksichtigen die Gewinnaussichten, wie sie am 11. März 1925 für das Jahr 1925 bestanden; ferner ist dabei zu beachten, daß die Kapitalansprüche den Nachteil haben, daß sie bis zum 31. Dez. 1925 gebunden sind und nicht ertragbringend angelegt werden können. Es sind daher auch die Zwischenzinsen abzurechnen für die Zeit vom 11. März bis 31. Dez. 1925 (vgl. § 143 Abs. 3 RABGD.). Wenn diese Art der Besteuerung zu einer höheren Steuer führt, als wenn die Erbinnen Gesellschafterinnen geworden wären, so liegt das im System des Steuerrechts und ist nicht zu umgehen. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß die Stellung der Erbinnen als Gesellschafterinnen unter allen Umständen eine bessere gewesen wäre, da damit das große Geschäfts- und Haftungsrisiko verbunden gewesen wäre. Auch würde diese Art der Besteuerung in dem Falle günstiger gewesen sein, wenn zwischen Todestag und Auseinandersetzungsstichtag eine Verminderung der Betriebsvermögen und damit der Auseinandersetzungsforderungen eingetreten wäre. Diese Heranziehung zur Erbschaftsteuer schließt die gleichzeitige Heranziehung des seit dem Todestage bis zum 31. Dez. 1925 erzielten Geschäftsgewinns zur Einkommensteuer aus. Die einmal (zu Unrecht) erfolgte rechtskräftige Einkommensteuerberanlagung kann jedoch nicht dazu führen, die richtige Durchführung der Erbschaftsteuerberanlagung zu hindern. Ob und wie dieses Unrecht evtl. wieder gutzumachen ist, steht in diesem Verfahren nicht zur Entscheidung.

(RStB., I. Sen., Ur. v. 25. April 1930, I A 889/28.)

5. § 28 Abs. 1 RBewG. Die von einem Gewerbetreibenden zugunsten seiner minderjährigen Kinder schenkungsweise in den Geschäftsbüchern eingetragenen Forderungen gegen sich sind bei Feststellung des Einheitswerts des Betriebsvermögens mangels des wirtschaftlichen Zusammenhangs mit dem Gewerbebetriebe grundsätzlich nicht abzugsfähig.†

Streitig ist die Abziehung eines Betrags von 35 000 M vom Betriebsvermögen des Beschw. am 1. Jan. 1927. In der für die

Zu 5. Der Entsch. ist durchaus zuzustimmen, ebenso ihrer Begründung:

Das RBewG. billigt bei den einzelnen Vermögensarten den

Zwecke der Einheitsbewertung des Betriebsvermögens eingereichten Vermögensaufstellung erscheint der Betrag von 35 000 RM unter den Schulden mit dem erläuternden Zusatz „Schenkung an die Kinder laut Vertrag“.

Der Abzug des Betrags wurde von den Vorinstanzen verweigert. Gem. § 28 Abs. 1 ABewG. sind zur Ermittlung des Einheitswerts des gewerblichen Betriebs von dem Rohvermögen die Schulden abzugiehen, soweit sie mit der Gesamtheit oder mit einzelnen Teilen des gewerblichen Betriebs im wirtschaftlichen Zusammenhange stehen. Das Gesetz selbst enthält keine Umschreibung des Begriffs des wirtschaftlichen Zusammenhanges oder des ebenso auszulegenden Begriffs der wirtschaftlichen Beziehung, wie es im § 47 Abs. 3 ABewG. heißt. Im Ur. v. 6. Dez. 1927, IA 429/27; StW. 1928 Nr. 169 hat der RStG. zu dem Begriffe der wirtschaftlichen Beziehung zwischen Vermögen und Schulden ausgeführt:

„Vermögen und Schulden stehen in wirtschaftlicher Beziehung, wenn sie in der Wirtschaftsführung nach Entstehung und Zweckbestimmung verknüpft sind. Eine wirtschaftliche Beziehung zwischen Schuld und belastetem Vermögensgegenstand ist also dann gegeben, wenn die Entstehung der Schuld ursächlich und unmittelbar auf Vorgänge zurückzuführen ist, die den belasteten Gegenstand betreffen.“

In Fortführung dieser Mspr. hat derselbe Senat im Ur. v. 27. Okt. 1928, IA 490/28 (REW. 1929, 160) die Schuld, die ein Kaufmann im Wege der Schenkung durch Eintragung in seine Geschäftsbücher zugunsten seiner Tochter gegen sich begründet hat, mangels wirtschaftlichen Zusammenhanges mit dem Gewerbebetriebe nicht zum Abzug vom Betriebsvermögen zugelassen. Ebenso wurde in dem Ur. v. 31. Okt. 1928, IA 169/28 (Mozek, Steuermspr. zum ABewG., § 28 Nr. 17) der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Schuld und Betriebsvermögen verneint, wenn ein Pflichtteilsanspruch durch Eintragung einer Hypothek auf Betriebsgrundstücke gesichert wird. Diese aus der Mspr. sich ergebenden Richtlinien hat die Vorentscheidung bei Auslegung des § 28 Abs. 1 a. a. O. beachtet. Eine Rechtsverletzung, wie sie die RBeschw. rügt, ist nicht festzustellen. Der Beschw. hat selbst zu wiederholten Malen versichert, daß der Rechtsgrund für die Errichtung der Konten seiner Kinder eine freigebige Zuwendung zum Zwecke der wirtschaftlichen Sicherstellung seiner Kinder gewesen sei. War dies aber der Fall, so kann die buchmäßige Eintragung der Vorbringen für sich allein nicht als ein dem Gewerbebetriebe zuzurechnender Vorgang, sondern lediglich als betriebsfremder Vorgang gewertet werden, da die Forderungen mit dem Gewerbebetriebe weder durch Entstehung noch durch Zweckbestimmung verknüpft sind, und der Beschw. nicht als Kaufmann seinen Kindern gegenüber rechtsgeschäftlich tätig geworden ist, sondern als Vater auf Grund seiner Familienstellung. Der von der RBeschw. zur Begründung des Zusammenhanges zwischen Betrieb und Schulden erwähnte Umstand, daß Kapital und Zinsen das Betriebsvermögen belasten, beeinflusst das dargelegte Verhältnis der Schulden zu dem Betriebsvermögen nicht, da es hierbei nicht darauf ankommt, ob die Tilgung und Zinszahlung aus dem Betriebsvermögen oder dem Privatvermögen erfolgt. Das gleiche gilt auch von dem Hinweis darauf, daß die Darlehen der Kinder das Betriebsvermögen stärken sollten, zumal da durch die die Begründung dieser Forderungen dem Betriebe des Beschw. kein neues Betriebskapital

Schuldenabzug nur zu, soweit er mit dem betreffenden Vermögensanteile in wirtschaftlichem Zusammenhang oder Beziehung steht (vgl. §§ 28 Abs. 1, 47 Abs. 3 ABewG.). Eine derartige Beziehung ist bei der bloßen Schenkung oder Ausstattung eines Kaufmannes an seine Kinder durch Schaffung einer Darlehensschuld zweifellos nicht gegeben. Das stellt der RStG. in überzeugender Begründung fest. Anders läge der Fall, wenn etwa der Kaufmann einem im Betriebe selbst tätigen Kinde mit Rücksicht auf diese Tätigkeit eine als Darlehen zu buchende unentgeltliche Zuwendung machen würde, wie das ja in der Praxis nicht selten geschieht, bevor eine endgültige Aufnahme des betreffenden als Teilhaber erfolgt. In einem derartigen Falle wäre der wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Betriebe in der Regel wohl gegeben. Nach den tatsächlichen Feststellungen liegt aber hier ein derartiger Fall nicht vor, und es bleibt deshalb dem Kaufmann nur der Abzug beim Gesamtvermögen gem. § 47 Abs. 1 ABewG. gestattet.

Noch eine Bemerkung: Die vom RStG. entschiedenen Fälle seien als Steuersubjekt alle eine natürliche Person voraus. Anders wäre wohl zu entscheiden, wenn es sich um Steuerpflichtige handeln würde, „die anderes als Betriebsvermögen nicht haben können“ (§ 26 Abs. 2 Nr. 1—3 ABewG.), d. h. also bei juristischen Personen und ihnen gleichgestellten Vereinigungen. Diese können nur Betriebsvermögen haben. Die Vermögensfeststellung erschöpft sich in der Feststellung des Betriebsvermögens (§ 45 Abs. 2 ABewG.). Da hier zwangsweise alle wirtschaftlichen Lebensvorgänge des betreffenden Steuersubjektes als betriebliche angesehen werden, so müßte hier auch im Falle einer praktisch zwar kaum vorkommenden, aber immerhin denkbaren, an sich betriebsfremden Schenkung der Schuldenabzug beim Betriebsvermögen zugelassen werden.

M. S. Straub, Freiburg i. Br.

zugelassen worden ist. Auch die Beanstandung des Beschw., daß seitens des FinL. vor der Einspruchsentscheidung der Abzug der Schuld in Aussicht gestellt worden sei, kann nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entsch. führen. Wie der Oberbewertungsausschuß zutreffend ausführt, wäre eine solche Auskunft schon deshalb unverbindlich gewesen, weil die zur Entsch. sachlich zuständige Stelle nicht das FinL. oder gar ein Beamter desselben, sondern der Gewerbeausschuß war. Schließlich hat Beschw. im Berufungsverfahren noch beantragt, daß in gleichliegenden Fällen vom Gewerbeausschuße der Abzug derartiger Schulden zugelassen werden sei. Selbst wenn dies zutreffen sollte, könnte keine Rechtsverletzung gegenüber dem Beschw. anerkannt werden. Wohl ist gleichmäßige Behandlung der Steuerpflichtigen nach Maßgabe der Steuerertrags oberster Grundsatz für Steuerverwaltungsbehörden und Steuergerichte. Damit hat es aber nichts zu tun, wenn in einer zweifelhaften Steuerrechtsfrage infolge Wandlung der Rechtsauffassung eine von einer früheren Entsch. abweichende Auffassung vertreten wird. Die RBeschw. war daher als unbegründet zurückzuweisen.

(RStG., 3. Sen., Ur. v. 15. Mai 1930, III A 158/29.)

\*  
× 6. § 5 Abs. 2 VerfStG. Die sog. Gebühr für Ausfertigung des Versicherungsscheins und etwaiger Nachträge zu diesem gehört ebenso wie das Eintrittsgeld zum Versicherungsentgelt. Soweit nicht die Versicherungssumme Bemessungsgrundlage für die Steuer ist, unterliegt der Steuer alles, was sich der Versicherer für die Leistungen (Vermögens und Auslagen) gewähren läßt, die der Erfüllung seiner aus dem Versicherungsverhältnis entspringenden Verpflichtungen dienen. †)

Bei der Ausfertigung von Versicherungsscheinen und Nachträgen dazu erhebt er eine Gebühr von je 1 RM. Der Streit dreht sich um die Frage, ob diese Gebühr zum Versicherungsentgelt i. S. des § 5 Abs. 2 VerfStG. gehört und ob sie deshalb der Steuerpflicht unterliegt.

Der Senat hat schon (RStG. 19, 241) dargelegt, daß das VerfStG. unter „Prämie“ und „Beitrag“ die sog. Rohprämie versteht, d. h. den Betrag, den der Versicherungsnehmer dem Versicherer als Entgelt für die Übernahme der Gefahr sowie als Zuschuß für Rücklagen, Verwaltungskosten und einen erstrebten Gewinn entrichtet. Es kommt hier nur in Frage, ob die Ausfertigungsgebühren zu den Verwaltungskosten gehören.

Im Versicherungsleben scheint man allgemein auf dem Standpunkt zu stehen, daß es sich nicht um Verwaltungskosten handle, sondern um Nebengebühren für besondere Leistungen, die abseits der eigentlichen Verwaltung liegen. Dieser Auffassung kann jedenfalls für das Gebiet der Versicherungsteuer nicht zugestimmt werden. Da die Erhebung besonderer Ausfertigungsgebühren wirtschaftlich berechtigt ist, bedarf hier keiner Prüfung. Denn die Entscheidung hierüber hat nichts mit der Frage zu tun, ob die Ausfertigungsgebühr den Verwaltungskosten beizurechnen ist. Unter Verwaltungskosten muß man die Gesamtheit der Aufwendungen verstehen, die der Versicherungsnehmer bei seiner Tätigkeit zugunsten der Versicherer macht, und zwar sind hier nicht nur die allgemeinen Kosten gemeint, wie die für Beschaffung von Verwaltungsräumen, Gehältern von Beamten und

Zu 6. In der vorliegenden Entsch. setzt sich der RStG. bewußt in Gegensatz zur seitherigen Praxis und Literatur, insbes. auch zur Auffassung des RAuffwPrivVerf. Trotzdem ist der sehr eingehend und überzeugend begründeten Entsch. durchaus zuzustimmen. Die seit herige Praxis mag zum Teil damit in Verbindung stehen, daß im § 5 Abs. 2 VerfStG. das Eintrittsgeld (Aufnahmegebühr) neben den Prämien, Beträgen usw. nicht aufzählt. Doch ist die Aufzählung ausdrücklich im Gesetz nur als exemplifkativ gekennzeichnet. Die Erfassung des Eintrittsgeldes durch die Steuer ist also durchaus gesetzestechisch möglich. Auch die Einmaligkeit bildet kein Unterscheidungsmerkmal, da die Beiträge für eine Versicherung sehr wohl einmalig sein können und begrifflich nicht eine Wiederholung voraussetzen. Das Entscheidende, und das wird vom RStG. sehr klar und deutlich herausgearbeitet, ist die Tatsache, daß das Eintrittsgeld eine notwendige und klare Gegenleistung gegenüber der Übernahme der Versicherung ist. Das Eintrittsgeld bildet genau so wie die laufende Prämie einen Teil dessen, was der Versicherungsnehmer zu leisten hat, um den Versicherungsschutz zu erhalten und zu behalten. Rein zivilistisch gesprochen ist das Eintrittsgeld genau so eine Schuldnerleistung des Versicherungsnehmers wie die Prämie. Daß es nur einmal und bei Beginn der Versicherung geleistet wird, kann an diesem Rechtscharakter gar nichts ändern. Es gehört zweifellos zu dem Entgelt für die Versicherung und ist scharf zu scheiden von Gebühren und Kosten für nachträgliche Abschriften u. dgl., die das Entgelt für eine vom Regelfall der Versicherung abweichende besondere Inanspruchnahme der Verwaltungstätigkeit des Versicherers darstellen. Man kann also den Ausführungen des RStG. schlechthin zustimmen. Nur eine Bemerkung:

Der RStG. führt gelegentlich aus, daß die Geschäftsgebühr nach

Angefallenen, sondern auch die Kosten der einzelnen Geschäftsvorgänge, und zwar schon deshalb, weil die Ausschreibung dieser Kosten auf die größten Schwierigkeiten stoßen und eine Quelle beständigen Streites sein würde. Eine Ausnahme muß nur für die Kosten gemacht werden, deren Tragung der Gesamtheit der Versicherungsnehmer nicht zugemutet werden kann, insbes. die von einem einzelnen Versicherungsnehmer verschuldeten, und von ihm aus Gründen, die in keiner Person liegen, besonders veranlaßten Kosten. So kann der Versicherungsnehmer Ersatz für einen abhanden gekommenen oder vernichteten Versicherungsschein verlangen; er kann ferner jederzeit Abschriften der Erklärungen fordern, die er mit Bezug auf den Vertrag abgegeben hat. Die Kosten der Ersatzkunde sowie der Abschriften hat der Versicherungsnehmer zu tragen (§ 3 WVG.). Diese Kosten gehören nicht zum Versicherungsentgelt. Das trifft auch für Mahnkosten und Verzugszinsen zu (§ 39 Satz 1); ferner für Hebegebühren, wenn der Versicherungsnehmer die Prämien bei sich abholen läßt. Nach § 38 Abs. 2 ist der Versicherer berechtigt, das Versicherungsverhältnis zu kündigen, wenn der Versicherungsnehmer die Prämie nicht rechtzeitig zahlt. Geschicht das, so kann der Versicherer keine Prämie, sondern nur eine angemessene Geschäftsgebühr verlangen (§ 40 Abs. 2). Diese Gebühr wird man ebenfalls nicht als Versicherungsentgelt behandeln dürfen. Gibt der Versicherer dem Versicherungsnehmer bei der Lebensversicherung einen Voranschlag bis zur Höhe des Rückvergütungswerts (vgl. § 179) und läßt er sich hierfür eine Vergütung (Zinsen, sog. Vorauszahlungsprämie) zahlen, so ist diese Vergütung keine unmittelbare Versicherungsleistung; sie ist deshalb ebenfalls kein Versicherungsentgelt. Das gilt auch von der Versicherungssteuer, die dem Versicherer dem Fiskus gegenüber zur Last fällt, die er aber vom Versicherungsnehmer einziehen darf (§ 12 VerStG.).

Anderes verhält es sich jedoch z. B. bei dem Eintrittsgeld (Aufnahmegebühr), mag es sich um Erstattung harter Auslagen, wie Postgebühren, oder um eine Vergütung für die Arbeit des Versicherers handeln. Das Eintrittsgeld soll die Kosten des Vertragschlusses decken. Aber der Vertragschluß gehört rechtsnotwendig zur Begründung des Versicherungsverhältnisses, wenn dieses auf Vertrag beruht. Der Abschluß von Versicherungsgeheimnissen ist eine der Hauptaufgaben des Versicherers. Der Senat hat einen in dieses Gebiet gehörigen Fall schon einmal entschieden. In dem bereits erwähnten Ur. v. 3. Aug. 1926 war die Frage zu beantworten, ob das Eintrittsgeld steuerpflichtig ist, wenn die Versicherungsnehmer außerdem überhaupt nicht zu Barzahlungen verpflichtet waren. Es ist festgestellt worden, daß der Versicherer (allgemeine) Verwaltungskosten hatte und daß zu deren Deckung nur die Eintrittsgelder zur Verfügung standen. Der Senat hat die Steuerpflicht damals nach Lage des Falles bejaht. Er trägt aber auch kein Bedenken, Steuerpflicht anzunehmen, wenn das Eintrittsgeld nicht zur Deckung aller Verwaltungskosten dient, sondern nur zur Begründung des jeweiligen Versicherungsverhältnisses verwendet wird. Wenn das Gesetz auf dem Standpunkt steht, daß die Verwaltungskosten Teile des Versicherungsentgelts sind, so sind darunter die allgemeinen und die besonderen Kosten zu verstehen. Wollte man einen anderen Standpunkt einnehmen, so müßte man ins Uferlose kommen. Denn abgesehen von einzelnen baren Auslagen läßt sich gar nicht feststellen, wieviel Kosten auf einzelne Verwaltungshandlungen fallen. Namentlich ist das Versicherungsunternehmen nicht in der Lage, „Gebühren“ festzusetzen, die sich mit diesen Auslagen genau decken.

So ist denn auch die Gebühr für Ausfertigung der Versicherungsscheine keine steuerfreie Ausgabe. Die Ausfertigung eines Versicherungsscheins und von Nachträgen gehört zu den Verwaltungshandlungen, mag eine Pflicht zur Ausstellung eines Versicherungsscheins bestehen (§ 3 Abs. 1 WVG.) oder nicht.

Der Beschw. will einen Unterschied zwischen Haupt- und Nebengebühren machen und die Nebengebühren steuerfrei gelassen wissen. Das Gesetz kennt indessen keinen solchen Unterschied. Alles, was der Versicherungsnehmer in Erfüllung seiner aus dem Versicherungsverhältnis entspringenden Verpflichtungen leistet, unterliegt der Versicherungssteuer, soweit nicht die Versicherungssumme Bemessungsgrundlage der Steuer ist. Mit Unrecht behauptet der Beschw., daß nicht die einzelnen Leistungen aus dem Versicherungsvertrage, sondern der Versicherungsvertrag als solcher den Gegenstand der Besteuerung

§ 40 Abs. 2 WVG. kein versicherungspflichtiges Entgelt sei und deshalb nicht steuerpflichtig sei. Das halte ich gerade vom Standpunkt der prinzipiellen Ausführungen des NFH. über den Begriff des Entgeltes aus nicht für richtig. Die Gebühr nach § 40 Abs. 2 stellt nichts anderes dar als Schadenersatzleistung des vertragsbrüchigen Versicherungsnehmers für die Übernahme des Versicherungsrisikos durch den Versicherer. Das wird zwar in die Form eines Verwaltungsbeitrages gekleidet, ist aber tatsächlich nichts anderes als ein Teil des Entgeltes für die frühere Verpflichtung des Versicherers aus dem Versicherungsvertrage, wenn sie auch durch Kündigung erloschen ist. Genau so wie die rückständige Prämie, wenn sie nachträglich bezahlt wird, steuerpflichtig ist, muß auch derjenige Teil von ihr, der nachträglich nach Lösung des Versicherungsverhältnisses als Schadenersatzleistung bezahlt wird, steuerpflichtig sein.

M. S. Strauß, Freiburg i. Br.

bilde. Dem Beschw. mag zugegeben werden, daß durch das VerStG. die Vorschrift des RStempG. (§ 97), wonach von der Steuer Zahlungen erfasst wurden, die als Entgelt für die „Übernahme der Versicherung“ geleistet werden, nicht geändert werden sollte. Es fragt sich nur, was unter „Übernahme der Versicherung“ zu verstehen ist. Gewiß nicht der bloße Vertragschluß, der allerdings durch die Ausfertigung eines Versicherungsscheins nicht bedingt ist. Übernimmt aber der Versicherer eine Versicherung, so liegt ihm ob, alles zu tun, was bis zur endgültigen Erledigung des Versicherungsverhältnisses nötig ist. In diesem Sinne ist der Begriff „Übernahme der Versicherung“ zu verstehen.

Der Senat ist sich bewußt, daß die Versicherungspraxis und das Schrifttum bisher andere Wege gegangen sind. Wo indessen Äußerungen der Streitfrage vorliegen, fehlt es an eingehenderen Begründungen. Nach Angabe des Beschw. steht auch das RStempG. auf dem Standpunkt der herrschenden Meinung. Es spricht von den Gebühren der Versicherungsscheine als von den „üblichen Nebengebühren“. Indessen zur Begründung weist es nur auf § 13 VerStG. hin und sagt, wenn § 13 den Fall der Einbeziehung der im Versicherungsgewerbe üblichen Nebengebühren in die Gesamtpremie nicht vorsehe, so erscheine es gerechtfertigt, dieser Lücke im Gesetz durch das von der Gesellschaft vorgenommene Abzugsverfahren (Abzug für Nebenkosten bei Pauschversicherung) zu begegnen. Das Gesetz enthält jedoch keine Lücke. § 13 besagt keineswegs, daß die hier fraglichen sog. Nebenkosten in das Entgelt nicht einzurechnen sind; er handelt nur von dem Falle, daß die Steuer in das Entgelt eingerechnet ist. Werden dem Versicherer vom Versicherten über die regelmäßigen Zahlungen hinaus noch einmalige Zahlungen geleistet, die zum Versicherungsentgelt gehören, so steht der Heranziehung dieser zur Steuer der § 13 nicht entgegen. Denn er besagt nichts weiter, als daß, soweit eine Einrechnung der Steuer in das Entgelt stattgefunden hat, zur Vereinfachung des Verfahrens der Versicherer die Steuer von diesem Entgelt einschließend der Steuer berechnen darf, nicht aber schließt er den Teil des Entgelts von der Steuerpflicht aus, der in den fortlaufenden Entgeltzahlungen nicht enthalten ist. Der § 13 kann demnach zu einer Erhöhung der Steuer führen; nicht aber gibt sein Tatbestand die Möglichkeit, die Steuer gegenüber sonstigen Fällen herabzusetzen.

Schließlich sei noch auf das Ur. des NFH. v. 23. Nov. 1928 (NFH. 25, 117) hingewiesen.

(NFH., 2. Sen., Ur. v. 9. Okt. 1929, II A 473, 29 S.)

## II. Länder.

### Oberverwaltungsgerichte.

#### 1. Baden.

#### Badischer Verwaltungsgerichtshof.

Bericht von Oberregierungsrat Dr. Klotz, Karlsruhe.

I. § 1 Abs. 1 Buchst. a FürsW. Der Bezug von Veteranenbeihilfe durch einen Kriegsteilnehmer von 1870/71 ändert nichts an dem Charakter der gewährten Armenfürsorge.)

Der am 20. Dez. 1847 in W. geborene frühere Landwirt J. D. mußte am 15. Dez. 1924 wiederholt in die Kreisplegeanstalt F. aufgenommen werden. Das Städt. Fürsorgeamt F. verlangte von der Gemeinde W. Erstattung der Kosten, was von dieser abgelehnt wurde.

In den Gründen des — der Klage stattgebenden — Ur. spricht sich der VGH. über den Charakter der gewährten Fürsorge folgendermaßen aus: J. D. bezieht als Teilnehmer an dem Feldzug 1870/71 Veteranenbeihilfe. Der Charakter der dem D. gewährten Armenfürsorge wird hierdurch nicht geändert; denn nach § 1 Abs. 1 lit. a FürsW. i. Verb. m. § 20 der Reichsgrundzüge über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge gelten als Kriegsbeschädigte, denen gehobene Fürsorge zu gewähren ist, nur die nach dem Versorgungs-Verfahrensberechtigten und diejenigen Personen, denen andere

Zu 1. Wie in Bayern und in Württemberg ist auch in Baden die Frage, ob gehobene oder Armenfürsorge in Frage steht, schon für die Zuständigkeit der Fürsorgebehörden von entscheidender Bedeutung, da in Baden die Träger der Armenfürsorge (§ 1 Abs. 2 NFürsW.) von den Trägern der gehobenen Fürsorge (§ 1 Abs. 1 NFürsW.) verschieden sind. Dasselbe gilt für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte erster Instanz; hierüber hat der BadVGH. schon wiederholt Gelegenheit gehabt, sich auszusprechen (vgl. die Entsch. in der BadVerwZ. 1927, 178; 1928, 154; 1929, 108).

Auch zu der Frage, ob die den Kriegsbeschädigten zu gewährende und gewährte Fürsorge gehobene oder Armenfürsorge darstellt, hat der BadVGH. bereits grundsätzlich Stellung genommen; in dem Ur. v. 19. Dez. 1928 (BadVerwZ. 1929, 108) ist ausgesprochen, daß für Kriegsbeschädigte und Kriegshinterbliebene nur gehobene Fürsorge in Betracht kommt. Die Eigenschaft als Kriegsteilnehmer

Reichsgesetze soziale Fürsorge i. S. des VerwOrgG. zubilligen; zu diesen Reichsgesetzen sind aber zweifellos die — in den amtlichen Erläuterungen zu § 20 der Reichsgrundzüge nicht aufgeführten — Reichsgesetze, durch welche die Gewährung der Veteranenbeihilfe geregelt wird (RGef. wegen Abänderung des Gef. v. 23. Mai 1873, betr. die Gründung und Verwaltung des Reichs-Zivalidenfonds, v. 22. Mai 1895, und RGef., betr. die Gewährung von Beihilfen an Kriegsteilnehmer, v. 19. Mai 1913, schon deshalb nicht zu rechnen, weil die in diesen Gesetzen vorgesehenen Beihilfen nicht den Kriegsbeschädigten, sondern den nicht versorgungsberechtigten Kriegsteilnehmern gewährt werden.

(BadVGH, Entsch. v. 29. Jan. 1929, Nr. 309 [BadVerwZ. 1929, 92].)

\*

2. § 11 AusfW.D. z. FürfW.D.; § 19 VollzW.D. z. WohnAbgG. Die Reisekosten des für einen Bezirksfürsorgeverband vor dem Verwaltungsgericht auftretenden Beamten trägt die Staatskasse. Der kostenpflichtige Gegner ist daher zum Ersatz nicht verpflichtet. †)

Auf Grund des Ur. des Bezirksrats A., das die Kosten des Verfahrens dem klagenden Bezirksfürsorgeverband D.-Stadt auferlegt hatte, beantragte der beklagte Bezirksfürsorgeverband B.-Land die ihm durch Wahrnehmung von zwei Verhandlungsterminen entstandenen Auslagen — Reisekosten des ihn vertretenden Beamten des Bezirksamts — auf 16,80 RM festzusetzen. Der Vorsitzende des Bezirksrats wies das Gesuch zurück, weil die angeforderten Kosten Dienstreisekosten i. S. der DienstreisekostenW.D. i. d. Fass. der W.D. v. 12. Juli 1924 seien, gemäß § 13 VerwRPfG. i. Verb. m. § 91 ZPD. eine Kostenerstattung aber nur insoweit in Betracht komme, als dem Gegner, dem Bezirksfürsorgeverband B.-Land, Kosten überhaupt erwachsen seien, diese Voraussetzung indes nicht zutrefte, weil nach den amtlichen Erläuterungen des bad. UrV. über die FürfW.D. v. 28. Mai 1924 die Dienstreisekosten der Beamten des Bezirksamts die Staatskasse trage.

Mit der Beschwerde beantragte der Bezirksfürsorgeverband B.-Land, diese Entsch. aufzuheben und seinem Gesuch stattzugeben. Der Vertreter des Staatsinteresses ist der Ansicht, daß, da die W.D. nicht unterscheide, auch die bei Wahrnehmung von Prozeßterminen seitens eines Beamten des Bezirksamts in Fürsorgefällen entstandene Reisekosten als Dienstreisekosten i. S. des § 19 Abs. 3 W.D., den Vollzug des Gef. zur Ausf. des WohnAbgG. betr., v. 24. Nov. 1921 (VollzW.D. WohnAbgG.) und § 11 AusfW.D. z. FürfW.D. anzusehen seien und deshalb der Staatskasse zur Last fielen. Denn es handle sich hierbei um eigentliche Verwaltungstätigkeit dieser Beamten, nicht aber um Durchführung von Fürsorgeaufgaben.

Die Beschwerde wurde abgewiesen. Zur Entsch. ist der VGH. gemäß § 40 Abs. 1 VerwRPfG., §§ 104 Abs. 3, 568 Abs. 1 ZPD. zuständig. Die aus § 13 Abs. 1 VerwRPfG. i. Verb. m. §§ 91 ff. ZPD. für den kostenpflichtigen Bezirksfürsorgeverband sich ergebende Pflicht zur Entschädigung des Gegners für die durch notwendige Reisen oder durch die notwendige Wahrnehmung von Ter-

hat aber für sich allein die Unterstellung der Fürsorgeempfänger unter die gehobene Fürsorge nicht zur Folge, auch dann nicht, wie im vorliegenden Ur. ausgeführt ist, wenn es sich um Teilnehmer an dem Feldzug 1870/71 handelt, die die reichsgesetzliche Veteranenbeihilfe beziehen.

ORegR. Dr. Schühly, Karlsruhe.

Zu 2. Diese Entsch. zieht zutreffend die Folgerung aus der in den angeführten Verordnungen getroffenen Organisation der bad. Bezirksfürsorgeverbände (Gemeindeverbände). Der staatliche Bezirksverwaltungsbeamte (Landrat) ist an die Spitze des Gemeindeverbands gestellt und soll seine Arbeitskraft und nach seinem Ermessen auch die Arbeitskraft anderer Beamten des Bezirksamts dem Gemeindeverband unentgeltlich zur Verfügung stellen. Die Dienstreisekosten der Beamten des Bezirksamts, wozu auch der Landrat gehört, trägt die Staatskasse. Aus innerer Notwendigkeit ist diese Regelung allerdings nicht abzuleiten; sie ist offensichtlich getroffen, um die Verwaltungskosten der Gemeindeverbände möglichst niedrig zu halten. Sie kann aber zu Schwierigkeiten führen, wenn der Bezirksauschuß die Dienstreise eines Beamten des Bezirksamts für notwendig ansieht, während die vorgesetzte Staatsbehörde anderer Meinung ist und den Ersatz der Kosten der Dienstreise aus der Staatskasse ablehnt. In dieser Richtung ist die vorliegende Beschwerdentcheidung des VGH. von Bedeutung, da sie klarstellt, daß zufolge der Vorschrift des § 19 VollzW.D. z. WohnAbgG. i. Verb. m. § 11 AusfW.D. z. FürfW.D. die Ersatzpflicht der Staatskasse unmittelbar kraft Gesetzes eintritt, so daß ein Aufwand des Gemeindeverbands selbst überhaupt nicht zur Entschädigung gelangt. Die vom VGH. dahingestellt gelassene Frage, ob ein Unterschied bestehe, je nachdem es sich um „eigentliche Verwaltungstätigkeit“ der Beamten oder um „Durchführung von Fürsorge-tätigkeit“ handelt, ist wohl zu verneinen, schon deshalb, weil diese beiden Begriffe gegeneinander nicht abzugrenzen sind.

ORegR. Dr. Schühly, Karlsruhe.

minen entstandene Zeitverräumnis und zur Erstattung der Reisekosten ist nur gegeben, wenn dem Gegner, hier dem Beschw., ein Aufwand entstanden ist.

Nach § 11 letzter Satz AusfW.D. z. FürfW.D. sind die Bestimmungen des § 19 VollzW.D. z. WohnAbgG. entsprechend anzuwenden. Die Anwendung dieser Bestimmung (des Abs. 3 Satz 2 des § 19) ergibt, daß die Dienstreisekosten der Beamten des Bezirksamts die Staatskasse trägt, soweit solche Beamte zur Geschäftsführung der Bezirksfürsorgeverbände (Gemeindeverbände, § 1 Abs. 2 AusfW.D. z. FürfW.D.) herangezogen werden. Diese Dienstreisekosten gehören also nicht zu dem Verwaltungsaufwand, den die erwähnten Bezirksfürsorgeverbände zu tragen haben. Durch die Erklärung des Vertreters des Staatsinteresses ist dem Wortlaut der Vorschrift entsprechend klargestellt, daß zu den Dienstreisekosten, die die Staatskasse trägt, auch die Reisekosten der Beamten des Bezirksamts gehören, die für den Bezirksfürsorgeverband vor einem Verwaltungsgericht auftreten, daß dem Bezirksfürsorgeverband in diesem Fall also ein Aufwand nicht erwächst, und zwar ohne Rücksicht darauf, daß in dem Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht der Gegner des durch den Beamten des Bezirksamts vertretenen Bezirksfürsorgeverbands kostenpflichtig ist. Es ist daher auch der Einwand un begründet, die Bestimmungen des § 13 VerwRPfG. i. Verb. m. § 91 ZPD. stellen Sondervorschriften dar, denen gegenüber die Vorschriften des § 19 Abs. 3 VollzW.D. z. WohnAbgG., § 11 letzter Satz AusfW.D. z. FürfW.D. nicht anzuwenden seien. Ob es im übrigen zulässig und angezeigt ist, einen Unterschied zu machen zwischen solchen Dienstreisekosten, für welche die Staatskasse gemäß § 19 VollzW.D. z. WohnAbgG. die Kosten trägt, und solchen, die zu dem von dem Bezirksfürsorgeverband zu tragenden Aufwand gehören, ist hier nicht zu prüfen. Trägt somit die Staatskasse auch die im vorliegenden Fall von dem Beschw. allein angeforderten Dienstreisekosten des Beamten des Bezirksamts, der für ihn tätig geworden war, so ist dem Beschw. ein von dem kostenpflichtigen Gegner zu ersetzender Aufwand nicht entstanden. Dabei ist es unerheblich, ob der Beschw., wie es ihm obliegt, die von ihm etwa dem Beamten des Bezirksamts zunächst ausgezahlten Reisekosten bei der Staatskasse schon angefordert hat.

(BadVGH, BeschwEntsch. v. 3. Okt. 1928, Nr. 2832. VGH. A.-Stadl v. VGH. B.-Land. [BadVerwZ. 1929, 25].)

\*

3. § 6 BadArmG.; §§ 2 Ziff. 10, 4 Abs. 2 BadVerwRPfG.; § 9 BadGemD. Die Anwendung des Verwaltungszwanges ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn das Gesetz zur Geltendmachung bestimmter Ansprüche das verwaltungsgerichtliche Verfahren vorschreibt. Zuständigkeit der Staatsaufsicht gegenüber Gemeinden als Fürsorgeverbänden. †)

Der in Untersuchungshaft befindliche A. in U. war durch das SchwG. wegen mehrfacher Brandstiftung zu einer Gesamtstrafe von fünf Jahren Zuchthaus verurteilt worden. Wegen Verdachts einer geistigen Erkrankung wurde A. zur Beobachtung seines Geisteszustandes in die psychiatrische Klinik der Universität F. aufgenommen. Nachdem das von der Klinik erstattete Gutachten erhebliche Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des A. zur Zeit der strafbaren Handlungen ausgesprochen hatte, beantragte A. die Wiederaufnahme des Verfahrens. Nachdem die Klinik, in welcher A. als Strafgefangener verblieben war, in ihrem Endgutachten die Voraussetzungen des § 51 StGB. im Zeitpunkt der Begehung der Brandstiftungen als

Zu 3. Der Entsch. ist beizustimmen. Die zur Ausübung der öffentlichen Fürsorge berufenen Fürsorgeverbände sind in Baden Selbstverwaltungskörper, berufen als solche sind für die eigentliche Armenfürsorge nach § 22 Abs. 3 AusfW.D. z. ArmG. die Gemeinden. Die Überwachung der Gemeinden bei Ausübung der Armenfürsorge obliegt nach den §§ 14, 27 der erwähnten AusfW.D. dem Minister des Innern, der diese wieder auf nachgeordnete Behörden übertragen kann und hiervon auch Gebrauch gemacht hat. Der Inhalt des Aufsichtszwangs bestimmt sich zwar im allgemeinen nach §§ 9, 10 GemD., wonach die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen hat, daß die Gemeinde die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen erfüllt und unter Umständen befugt ist, die Gemeinde anzuweisen, innerhalb einer angemessenen Frist eine ihr obliegende öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu erfüllen, allein diese Befugnis hat doch wieder bestimmte Grenzen, über welche sich die vorliegende Entsch. des VGH. des Näheren, und zwar anscheinend zum erstenmal gegenüber den Verpflichtungen einer Gemeinde auf Grund der neuen Fürsorgegesetzgebung ausläßt. Der VGH. stellt zunächst fest, daß es sich im gegebenen Falle nicht um die Weigerung der Gemeinde handelt, ihre gesetzliche Fürsorgepflicht gegenüber einem Hilfsbedürftigen zu erfüllen, sondern um einen Fall nach § 6 des noch geltenden ArmenG. v. 5. Mai 1870. Dieser § 6 bestimmt: „Dritten Personen, welche, ohne kraft öffentlich oder Privatrechts dazu verpflichtet zu sein, einem Hilfsbedürftigen eine dringend nötige Hilfe leisten, steht ein Anspruch auf Ersatz ... aus Mitteln der öffentlichen Armenpflege nur zu usw.“ Es handelt sich hierbei nicht um einen bürgerlich-rechtlichen, sondern um einen

vorliegend angenommen hatte, schob die StA. gemäß § 455 StPD. mit Wirkung v. 1. Febr. 1927 die Vollstreckung der Freiheitsstrafe an A. auf. Die Strk. des LG. ordnete gemäß § 360 Abs. 2 StPD. die Unterbrechung der Vollstreckung des SchwGrt. an. Die StA. teilte der psychiatrischen Klinik und dem Bezirksamt mit, daß A. seit 1. Febr. 1927 nicht mehr Gefangener und seine Unterbringung auf Grund des ZFG. erfolgt sei, weshalb die Justizverwaltung von diesem Zeitpunkt an für keinerlei Kosten aufkomme. A. blieb weiter in der psychiatrischen Klinik bis zum 8. Juni 1928. Die Kosten der Verpflegung in der Klinik trug für die Zeit v. 1. Febr. bis 13. Okt. 1927 die Gemeinde U. Ende September 1927 regte die Gemeinde beim Bezirksamt aus Ersparnisrücksichten die Überführung des Kranken in eine Heil- und Pflegeanstalt an, nahm aber den Antrag zurück, nachdem die Direktion der Klinik die Verbringung des A. nach der Anstalt Z. als für den Kranken schädlich bezeichnet und einen Freiplatz für A. angeboten hatte. Nachdem der Minister des Kultus und Unterrichts die Einweisung des A. auf einen Freiplatz auf 1. Mai 1928 zurückgenommen hatte, vollzog die Direktion der Klinik am 8. Juni 1928 seine Überführung nach der Anstalt Z.; von dort wurde er am 12. Juni 1928 in die Heil- und Pflegeanstalt E. überführt, wo er sich noch befindet. Durch Ur. der Strk. des LG. v. 24. Sept. 1928 wurde A. im Wiederaufnahmeverfahren ohne Erneuerung der Hauptverhandlung freigesprochen.

Die Gemeinde U. lehnte sowohl der Anstalt Z. wie der Anstalt E. gegenüber die Übernahme der Verpflegungskosten ab. Hierauf unterbreitete das Bezirksamt die Angelegenheit dem Bezirksrat als Staatsaufsichtsbehörde, welcher gemäß §§ 9 Abs. 2 und 4, 110 Abs. 1 Ziff. 2 GemD. die Gemeinde U. anwies, die ihr bezüglich der Unterbringung des A. obliegende öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu erfüllen und die Verpflichtung zur Bestreitung der durch die Unterbringung in den Anstalten E. bzw. Z. entstandenen und noch entstehenden Kosten für die Zeit v. 8. Juni 1928 ab anzuerkennen.

Auf die Klage der Gemeinde U. wurde die Entsch. des Bezirksrates aufgehoben.

Die Entschließung des Bezirksrats wurde dadurch veranlaßt, daß die Direktionen der Anstalten Z. und E. nach Ablehnung der Übernahme der Verpflegungskosten ein Einschreiten gegen die Gemeinde auf Grund des § 9 GemD. anregten; nach dieser Bestimmung kann die Staatsaufsichtsbehörde eine Gemeinde u. a. anweisen, eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung — eine Verpflichtung dieser Art steht an sich im vorliegenden Falle in Frage — innerhalb einer angemessenen Frist zu erfüllen. Die beiden genannten Anstalten hatten dem ihnen ohne vorherige Regelung der Kostenfrage zugeführten, armenrechtlich hilfsbedürftigen A. Verpflegung gewährt, ohne kraft öffentlichen oder Privatrechts dazu verpflichtet zu sein; sie befanden sich also in der Lage des aushilfsweise eintretenden Dritten i. S. des § 6 BadArmenG. (s. BadVerwZ. 1914, 106). Beide Anstalten waren sich dieser Rechtslage auch bewußt; denn sie erstatteten den als vorläufig fürsorgepflichtig in Betracht kommenden Bezirksfürsorgeverbänden die in § 6 ArmenG. vorgesehene Anzeige, und zwar die Anstalt Z. dem Bezirksfürsorgeverband Stadtgemeinde U., die Anstalt E. dem Bezirksfürsorgeverband Stadtgemeinde E. In den Fällen des § 6 ArmenG. steht den hilfeleistenden Dritten ein Anspruch auf Ersatz des durch die Umstände gebotenen Aufwands aus Mitteln der öffentlichen Armenpflege zu, und zwar regelmäßig nach ihrer Wahl sowohl gegen den vorläufig wie gegen den endgültig fürsorgepflichtigen Verband (BadVerwZ. 1929, 79). Über Ersatzansprüche dieser Art haben nach § 2 Ziff. 10 VerwRPfG. die Verwaltungsgerichte zu entscheiden. Wenn daher die Direktionen der Anstalten glaubten, auf Grund des § 6 ArmenG. einen Anspruch gegenüber der Gemeinde U. erheben zu können, so war ihnen die Möglichkeit geboten, diesen Anspruch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Wenn aber das Gesetz zur Geltendmachung bestimmter Arten von Ansprüchen den Weg des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens vorschreibt und damit zum Ausdruck bringt, daß über solche Ansprüche nicht durch die Verwaltungsbehörden, sondern durch die Verwaltungsgerichte zu entscheiden ist, muß es als grundsätzlich ausgeschlossen erscheinen, daß an Stelle des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens der Verwaltungsbehörden der Verwaltungsbehörden der Verwaltungsbehörden angewendet wird; sofern sich ein solcher Anspruch gegen eine Gemeinde richtet, kann deshalb in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich nicht im Wege der Staatsaufsicht gegen die Gemeinde eingeschritten werden (vgl. dazu auch BadVerwZ. 1922, 175). Anders liegt die Rechtslage, wenn es sich (vgl. BadVerwZ. 1922, 191) um einen Fall handelt, in dem die Pflicht einer Ge-

meinde zur Ausübung einer tatsächlichen Hilfeleistung in Frage stände. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor, hier handelt es sich vielmehr lediglich um den Ersatz von Kosten, die durch eine tatsächlich schon von anderer Seite geleistete und weiter fortgesetzte Hilfe entstanden sind und entstehen; ein dahin gerichteter Anspruch kann nach dem Ausgeführten nur im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage zur Entsch. gebracht werden. Der Bezirksrat war hiernach zur Erlassung der angefochtenen Entschließung als Staatsaufsichtsbehörde nicht befugt, diese Entschließung war daher gemäß § 4 Abs. 2 VerwRPfG. aufzuheben.

(BadVGH., Entsch. v. 15. Mai 1929, Nr. 1482 [BadVerwZ. 1929, 138].)

\*

#### 4. § 6 BadArmenG.; §§ 93, 271 ZPD.

1. Kostentragungspflicht nach Verzicht des Klägers auf den geltend gemachten Anspruch.

2. Ein Anspruch des Kreises als Unternehmer einer Kreispflegeanstalt gegen den vorläufig verpflichteten Bezirksfürsorgeverband auf Ersatz von Verpflegungskosten ist nicht gegeben, wenn er selbst endgültig fürsorgepflichtig nach der FürsV.D. ist. †)

Der Kreis S. hat als Unternehmer der Kreispflegeanstalt S. von dem beklagten Bezirksfürsorgeverband Stadtgemeinde E., in dessen Bezirk die Anstalt gelegen ist, Ersatz der Verpflegungskosten für einen Pflegling verlangt. Es handelt sich um einen Fall der Armenfürsorge i. S. des § 1 Abs. 2 FürsV.D. Der Anspruch beruht auf § 6 BadAusfG. Für eine solche Klage sind die Verwaltungsgerichte gemäß § 2 Ziff. 10 VerwRPfG. i. Verb. m. § 22 Abs. 1 und 2 BadAusfV.D. z. FürsV.D. zuständig.

Nachdem der Kl. auf Grund der Beweiserhebung in der VerZinst. auf die Geltendmachung des Anspruchs bezüglich der Hauptsumme und Zinsen gegen die Bekl. verzichtet und insoweit den Rechtsstreit für erledigt erklärt hat, konnte nicht mehr ausgesprochen werden, ob der Bekl. Hauptsumme und Zinsen dem Kl. zu erstatten hat. Nach der Begründung seines Antrags, den Bekl. zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen, will der Kl. geltend machen, daß er die Klage gegen den Bekl. zunächst erheben durfte, und durch Umstände, die erst nach Klagerhebung eintraten, veranlaßt wurde, von der Befolgung seines Anspruchs auf die Hauptsumme und die Zinsen gegen den Bekl. abzusehen. Trotz der Erklärung des Kl., daß er auf diesen Anspruch verzichte, wollte der Kl. nach der für den Kostenantrag gegebenen Begründung in Verbindung mit der Erledigungs-erklärung nicht einen Verzicht i. S. des § 306 ZPD. mit den aus dieser Vorschrift sich etwa ergebenden Folgen erklären, sondern nur den ursprünglichen Antrag auf die Kosten beschränken (vgl. Stein-Jonas, Komm. zur ZPD., § 91 Anm. III Abs. 2). Die Kostentragungspflicht könnte dem Bekl. bei dieser Rechts- und Sachlage nur auferlegt werden, sofern der aus § 93 ZPD. zu entnehmende Grundsatz anwendbar wäre, daß der Bekl. die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, wenn die Klage zunächst begründet war, aber durch eine nach Klagerhebung eingetretene, nicht auf dem Verhalten des Kl. beruhende Veränderung der Verhältnisse unbegründet wurde, und wenn der Kl. den Wegfall seines Anspruchs sofort anerkennt (vgl. BadVerwZ. 1926, S. 102/03). Die erste Voraussetzung für die Anwendung dieses Grundsatzes ist aber nicht gegeben. Der Kl. kann als Unternehmer der Kreispflegeanstalt S. allerdings gegen den verpflichteten Fürsorgeverband einen Ersatzanspruch gem. § 6 ArmenG. geltend machen (vgl. § 22 Abs. 2 AusfV.D. z. FürsV.D.), wenn er einem Hilfsbedürftigen eine als Armenfürsorge sich darstellende, dringend nötige Hilfe geleistet hat. Der Kreis ist hinsichtlich der Geltendmachung eines solchen Anspruchs grundsätzlich nicht anders zu behandeln wie beispielsweise der Staat, wenn die staatlichen Heil- und Pflegeanstalten eine Hilfe der erwähnten Art geleistet haben (vgl. insbes. BadVerwZ. 1914, S. 106). Der auf § 6 ArmenG. gegründete Ersatzanspruch kann regelmäßig auch gegen den vorläufig wie gegen den endgültig verpflichteten Fürsorgeverband erhoben werden (vgl. Rspr. des VGH. I Nr. 940, 947, 948; II Nr. 178). Voraussetzung für den Ersatzanspruch des Dritten, der für den Fürsorgeverband Hilfe geleistet hat, ist nach § 6 ArmenG. jedoch, daß der Dritte nicht kraft öffentlichen oder Privatrechts zur Hilfeleistung verpflichtet ist. Eine solche, den Ersatzanspruch ausschließende Verpflichtung ist gegeben, wenn der Kreis der Unternehmer der den Hilfsbedürftigen verpflegenden Kreispflegeanstalt ist und zugleich als Landesfürsorgeverband i. S. des § 22 Abs. 3 AusfV.D. z. FürsV.D. endgültig zur Unterstützung des Hilfs-

öffentlich-rechtlichen Anspruch, über welchen nach badischem Verwaltungsrecht die Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben. Es ist nun ein anerkannter Satz des badischen Verwaltungsrechts, daß die Rechte der Staatsaufsichtsbehörde bei Überwachung der Gemeindefeldverwaltung, wie sie in §§ 9, 10 GemD. bestimmt sind, dort aufhören, wo das Gesetz den Verwaltungsrechtsweg eröffnet, und dieser Satz wird in der vorliegenden Entsch. zutreffend auf den Fall des § 6 ArmenG. angewandt. Verwiesen sei hierzu noch auf v. Dab o, Badisches Wohl-fahrtsrecht, S. 280 zu § 14 BadAusfV.D. zur RZV. Note 3.

Wch. F. M. Diefenbach, Heidelberg.

Zu 4. Der § 6 BadArmenG. v. 5. Mai 1870, dem für die gehobene Fürsorge eine gleichartige Vorschrift in der BadAusfV.D. z. RZV.D. nicht zur Seite gestellt wurde, gibt in Übereinstimmung mit der bahr. und württemb. Regelung eine besondere Rechtsgrundlage für den Ersatzanspruch des freiwillig einem Bedürftigen Hilfe leistenden Dritten gegenüber einem Fürsorgeverband. Die RZV.D. selbst hat leider davon Abstand genommen, diese Frage reichsrechtlich zu regeln, so daß in den Ländern, die nicht wie die drei eben genannten eine ausdrückliche gesetzliche Regelung haben, der Streit kein Ende nimmt, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Ersatzanspruch an-

bedürftigen verpflichtet ist. Daß diese Verpflichtung den Kreis als Landesfürsorgeverband trifft, ist unerheblich, denn der Kreis ist als Unternehmer der Kreispflegeanstalt und als Landesfürsorgeverband das gleiche Rechtssubjekt. Die Verwaltungsgerichte haben, wenn ein Ersatzanspruch auf Grund des § 6 ArmenG. bei ihnen geltend gemacht wird, unabhängig von den Einwendungen des beklagten Fürsorgeverbands zu prüfen, ob die Voraussetzungen dieses Anspruchs gegeben sind, also auch ob der den Anspruch Verfolgende nicht kraft öffentlichen oder Privatrechts zur Hilfeleistung verpflichtet ist. Kommen die Verwaltungsgerichte zu dem Ergebnis, daß der den Ersatzanspruch verfolgende Kreis als Landesfürsorgeverband endgültig zur Armenfürsorge verpflichtet war, so müssen sie feststellen, daß der gegen den vorläufig verpflichteten Bezirksfürsorgeverband geltend gemachte Ersatzanspruch nicht gegeben ist. Und zwar war der Klageanspruch, da eine Voraussetzung für sein Entstehen nicht vorlag, von vornherein nicht begründet, mag die Entsch. des Verwaltungsgerichts auch erst auf Grund einer Beweishebung getroffen werden können. Die Klage ist daher in diesem Falle mit Kostenfolge für den Kl. abzuweisen. Hat der klagende Kreis, wie im vorliegenden Rechtsstreit, auf Grund der vorgenommenen Beweishebung erkannt, daß er zur Unterstützung des Hilfsbedürftigen als Landesfürsorgeverband selbst endgültig verpflichtet ist, und hat er demzufolge den Ersatzanspruch fallen lassen und damit einen Ausspruch des Gerichts hinsichtlich der Hauptsumme und der angeforderten Zinsen überflüssig gemacht, so kann nicht etwa der Ersatzanspruch des Kl. als erst nachträglich unbegründet geworden angesehen werden, sondern es muß die Klage auch in diesem Falle als von vornherein unbegründet gelten. Eine Erledigung des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs ist also in Wirklichkeit nach Klagehebung nicht erfolgt, die Voraussetzung für die Anwendung des oben Erwähnten, die Freistellung des Kl. von der Kostenpflicht rechtfertigenden Grundsatzes ist daher nicht gegeben. Die Erklärung des Kl., daß er den Rechtsstreit bezüglich der Hauptsumme und der Zinsen für erledigt erkläre, muß bei der gegebenen Prozeßlage vielmehr wie eine Zurücknahme der Klage behandelt werden (vgl. Stein-Jonas a. a. O. und DVG. Dresden: SeuffArch. 68, 118; auch RG.: DVGMRpr. auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 23 S. 154). Da der Bechl. jede Kostenpflicht bestritten und Kostenur. beantragt hat, waren dem Kl. in entsprechender Anwendung des § 271 Abs. 3 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

(VabWGH., Entsch. v. 18. April 1928, Nr. 1061. Kreis S. v. WZB. Stadtgemeinde S., Fürsorge für K. S. betr. (VabVermZ. 1929, 78).)

\*

§§ 40 Abs. 1 Ziff. 3 u. 13 Abs. 1 VabVermZPO.; § 103 Abs. 1, 104 Abs. 3, 271 Abs. 3, 568 Abs. 1 ZPO.; § 6 W. über die Gebühren der Rechtsanwälte in Verwaltungsrechtsstreitigkeiten usw. v. 30. Mai 1924; §§ 6, 9, 14 RUGebD. Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschl. des Vorsitzenden des Bezirksrats in Verwaltungsrechtsstreitigkeiten. f)

Mit der beim Bezirksrat eingereichten Klageschrift hatte der Gemeinderat M. beantragt, den Bauunternehmer M. K. in W. zur Zahlung von 183 RM als Beitrag zu den Herstellungskosten von

zuerkennen ist. Seit der Entsch. des RG.: RG. 41, 267 wird dort der Anspruch eines hilfeleistenden Dritten gegenüber der Armenbehörde überwiegend als ein auf Geschäftsführung ohne Auftrag beruhender und an die Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts gebundener privatrechtlicher Anspruch angesehen, der im ordentlichen Rechtsweg zu verfolgen ist. Auch das Bundesamt für das Heimatwesen sieht in der Entsch. Bd. 66, 27 auf diesem Standpunkt (vgl. auch W. Jelinek, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 231). Das erwähnte Ur. des RG. hält, was die Zuständigkeit zur Streitentsch. betrifft, die landesrechtliche Überweisung der Streitigkeiten über den Ersatzanspruch an die Verwaltungsgerichte für zulässig, ist aber offensichtlich selbst der Auffassung, daß nur die Zuständigkeit, aber nicht auch der Anspruch selbst, öffentlich-rechtlich sei.

Der VabWGH. allerdings hat sich in dem Ur. v. 11. Mai 1880 (Rspr. I, 442) zu §§ 6 und 7 ArmenG. dahin ausgesprochen, daß „Streitigkeiten über Ansprüche, die auf dem bürgerlichen Recht beruhen, von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen sind“. Er hält sonach den Ersatzanspruch aus § 6 ArmenG. für einen öffentlich-rechtlichen; ebenso Wielandt, Bad. Gemeindericht II<sup>2</sup>, S. 278). Auch das neue VabWGH. z. RZürW. unterstellt in Art. 48, 56 V den Ersatzanspruch der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und hält an dem Charakter des Anspruchs als im öffentlichen Recht beruhend fest (vgl. hierüber Heß: VabZürW. 1930, 98).

In Baden scheint eine Lücke insofern zu bestehen, als dann, wenn gehobene Fürsorge in Frage steht, § 6 ArmenG. nicht anzuwenden ist und eine entsprechende Vorschrift in der AusfW. z. RZürW. fehlt. Es steht aber dem freiwillig hilfeleistenden Dritten frei, in allen Fällen den vorläufig verpflichteten Bezirksfürsorgeverband für Armensachen in Anspruch zu nehmen; dieser kann den Ersatz gemäß § 23 AusfW. z. RZürW. nicht ablehnen.

Das vorliegende Ur. des WGH., das eine interessante Anwen-

Gemeinbewegen zu verurteilen. Der Gemeinderat nahm jedoch die verwaltungsgerichtliche Klage wieder zurück.

Der Prozeßbevollmächtigte des M. K. beantragte hierauf, die von der Gemeinde M. zu tragenden Kosten wie folgt festzusetzen: 1. Verbinde Honorar des Prozeßbevollmächtigten RM. 1. in R. 120 RM., 2. zwei Besuche des M. K. bei dem RM. in R. zu je 15 RM. 30 RM., 3. eine Verhandlung des M. K. vor dem Bezirksamt 15 RM., 4. Zahlungsaufforderung an die Gemeinde M. 11 RM., zus. 176 RM.

Der Vorsitzende des Bezirksrats setzte die von der Gemeinde M. zu entrichtenden Kosten gem. § 13 VabWGH. auf 34,30 RM. fest. Der Vorsitzende hielt lediglich eine Gebühr von 10 RM. aus einem Streitwert von 183 RM. für den Kl. als begründet. Für die zwei Besuche des Bechl. bei dem RM. T. setzte er gem. § 91 Satz 2 ZPO., §§ 2, 7 Satz 1 RUGebD. für Zeugen und Sachverständigen den Betrag von 15,60 RM. für die Verhandlung des Bechl. vor dem Bezirksamt den Betrag von 8,70 RM. fest. Die Gebühr für die Zahlungsaufforderung an die Gemeinde M. hielt er für unbegründet, da es sich nicht um eine Aufforderung bezüglich der Hauptsumme, sondern um eine solche bezüglich der Kosten handle (§ 6 RUGebD.). Auf Beschwerde des RM. T. wurde der Kostenfestsetzungsbeschl. aufgehoben:

Zur Entsch. über die Beschwerde ist der WGH. gem. §§ 40 Abs. 1 Ziff. 3, 13 Abs. 1 VabWGH.; §§ 104 Abs. 3, 568 Abs. 1 ZPO. zuständig.

Nach dem gem. § 13 Abs. 1 VabWGH. entsprechend anzuwenden § 103 Abs. 1 ZPO. kann der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden. Ein solcher Titel — in Frage käme nach Sachlage nur ein Urteil des Bezirksrats, das eine Entsch. über die Kostenpflicht enthält —, liegt nicht vor. Auch die entspr. Anwendung des § 271 Abs. 3 Satz 1 ZPO., wonach die Zurücknahme der Klage den Kl. verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist, kann den fehlenden, zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel nicht ersetzen; vielmehr bedarf es auch im Fall der Klagezurücknahme zur Schaffung eines solchen Titels erst des Auspruchs der Verpflichtung zur Kostentragung durch Urteil (vgl. § 271 Abs. 3 Satz 2 ZPO.). Da es an der Grundlage für die Erlassung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses i. S. des § 104 ZPO. fehlt, war der von dem Vorsitzenden des Bezirksrats erlassene Kostenfestsetzungsbeschl. aufzuheben. Sofern ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel nicht vorliegt, kann nur in Frage kommen, daß der Vorsitzende des Bezirksrats den Betrag der dem RM. zuzurechnenden Gebühren festsetzt (§ 6 RUGebD. in Verwaltungsrechtsstreitigkeiten usw. v. 30. Mai 1924); diese Festsetzung der Gebühren ist jedoch nur für das Verhältnis zwischen RM. und Partei maßgebend, der gem. § 6 a. a. O. erlassene Beschl. bildet keinen selbständigen Vollstreckungstitel gegen den Gegner der Partei.

Eine weitere Entsch. in der Sache ist hiernach nicht zu treffen. Zu den einzelnen von dem BechwF. angelegten Posten sei jedoch bemerkt:

Zu 1. Für die Festsetzung der von dem Gegner zu erstattenden Kosten kommt die vertragmäßige Festsetzung der Vergütung des RM. nicht in Betracht, die Höhe der Gebühren des RM. bemißt sich

der Sachlage: dolo facit, qui petit, quod redditurus est darstellt, legt in Anwendung der entsprechenden Vorschriften der ZPO. mit Recht die Kosten des Verfahrens dem Kl. auf, der das Risiko des Prozesses trägt.

RegM. Dr. Schühly, Karlsruhe.

Zu 5. § 13 Abs. 1 VabWGH. bestimmt, daß für Verwaltungsrechtsstreite die Bestimmungen der ZPO. über die Prozeßkosten entsprechende Anwendung finden. Man wird also dem Gerichtshofe darin zustimmen müssen, daß auch § 103 Abs. 1 ZPO. maßgeblich ist, zumal § 13 in Abs. 2 eine einzelne Bestimmung bezüglich der Erstattung, nämlich über die hierfür zuständige Stelle trifft. Daß neben der Entsch. über die Kostenfestsetzung auch eine Entsch. über die Höhe der Kosten des RM. im Verhältnisse zu seiner Partei möglich ist, gem. § 6 RUGebD. in Verwaltungsrechtsstreitigkeiten (s. Friedländer, RUGebD. Anh. E. 2), ist in dem Urteil des WGH.: JW. 1930, 216<sup>3</sup> angeführt.

Von den Ausführungen zu den einzelnen Posten dürften nur diejenigen zu Ziff. 4 nicht in vollem Umfange zutreffen. § 62 RUGebD., welcher eine Gebühr für die Überlegung einer Rechnung ober Kostenaufstellung ausschließt, dürfte nur auf die Fälle der Zustimmung an den Auftraggeber anwendbar sein (vgl. Fürst-Roth zu § 6). Die Zahlungsaufforderung an den Gegner, auch wenn sie sich nur auf Gebühren und Auslagen des RM. erstreckt, von denen § 6 RUGebD. spricht, ist eine Leistung, welche der in § 23 Ziff. 3 behandelte Tätigkeit durchaus ähnlich ist; daß der Erstattungsanspruch, statt durch die Vermittlung des Gerichts, unmittelbar beim Gegner geltend gemacht wird, stellt keinen erheblichen Unterschied dar. Beide unterscheiden sich aber dadurch von der Überweisung der Rechnung an den eigenen Auftraggeber, daß letzteres im Interesse des RM. geschieht, ersteres aber zur Verfolgung des Erstattungsanspruchs der

viefmehr nach § 9 RWGed. (§ 1 RWGed. in Verwaltungsrechtsstreitigkeiten usw. v. 30. Mai 1924, vgl. Stein-Jonas, Komm. zur RWG., VIII 1 zu § 91).

Zu 2. Ob für den Beschr. zum Zwecke der Unterrichtung des Prozeßbevollmächtigten zwei Reisen notwendig waren, ist noch nachzuweisen. Für die Bemessung der Höhe der für die einzelnen Reisen zu erzielenden Kosten wird nach § 14 ZeugGed. zu beachten sein.

Zu 3. Für die Kosten der Reise zur Verhandlung vor dem Bezirksamt gilt das zu Ziff. 2 Satz 2 Gefagte.

Zu 4. Soweit es sich um eine Aufforderung zur Zahlung der dem Kl. zustehenden Gebühren und Auslagen handelt, wird eine Gebühr gem. § 6 RWGed., § 1 W. v. 30. Mai 1924 dem Kl. nicht zustehen.

(BadVGH. als Disz., Entsch. v. 1. Febr. 1928, Nr. 503.)

6. §§ 4, 9 Abs. 2 BadZrenfürsG.; § 104 Ziff. 2 BGB.; § 13 Abs. 3, 41 Ziff. 6 BadVerwRPfG.; §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 Ziff. 3 ZPD. Eröffnung und Lauf der Klagefrist gegenüber Geisteskranken, deren Geschäftsunfähigkeit nicht festgestellt ist. Keine Bewilligung des Armenrechts und Beordnung eines Rechtsanwalts bei aussichtsloser Rechtsverfolgung. †

Durch die Verfügung des Bezirksamts M. v. 27. Nov. 1918 wurde die Unterbringung des F. geb., in M. wohnhaften M. R. in der psychiatrischen Klinik der Universität S. auf den durch seine Ehefrau gestellten Aufnahmeantrag hin für statthaft erklärt (§ 4 des Ges., die Zrenfürsorge betr., v. 25. Juni 1910 [ZrenfürsG.]). M. R. wurde am 28. Nov. 1918 in die Klinik aufgenommen und am 19. Febr. 1919 in die Heil- und Pflegeanstalt W. überführt; dort befindet er sich seitdem mit einer durch eine Beurlaubung nach M. in der Zeit v. 9. März 1927 bis 28. Mai 1927 herbeigeführten Unterbrechung. M. R. beantragte mit dem Schriftsatz v. 9. März 1928 beim Bezirksamt M. seine Entlassung aus der Heil- und Pflegeanstalt W.; das Bezirksamt erließ hierauf unterm 17. April 1928 die Verfügung an M. R., daß seinem Antrage zur Zeit noch nicht entsprochen werden könne; denn nach dem Gutachten der Anstaltsdirektion habe sich sein Krankheitszustand noch nicht so gebessert, daß seine Entlassung in Frage kommen könne. Durch den Erlass des Min. d. Inn. v. 27. Juni 1928 wurde der Rekurs des M. R. (v. 27. April 1928) gegen diese Verfügung als unbegründet verworfen.

In dem an den VGH. gerichteten Schriftsatz v. 6. Juni 1928, welchen die Anstaltsdirektion dem VGH. überbandte und der am 14. Juni 1928 beim VGH. einkam, führte M. R. aus, daß er gegen die polizeiliche Statthafterklärung und Verfügung des Bezirksamts und gegen ein niederhaltenes Urteil vom Bad. Min. d. Inn. — wo Obengenannter doch am 27. April 1928 Rekurs ergriffen —, sowie gegen das Gutachten der Heil- und Pflegeanstalt W. ... bei dem zuständigen VGH. Berufung einlege; er begehrte, daß ein ärztliches „Obergutachten“ bei der Direktion der psychiatrischen Klinik in F. eingeholt und er zur Prüfung und Beobachtung seines Geisteszustandes, zur Feststellung seiner Geschäftsfähigkeit und Berechnungsfähigkeit alsbald in diese Klinik überführt werde; M. R. ersuchte den VGH. um baldige Inangriffnahme seines Falles, damit seine (in dem Obergutachten) zweifellos zum Ausspruch kommende Entlassungsfähigkeit in Kraft treten könne. Hierbei und in einem weiteren Schriftsatz machte der Kl. geltend, daß die epileptischen Anfälle, an denen er gelitten habe, sich so gebessert hätten, daß seiner Rückkehr in das bürgerliche Leben nichts mehr im Wege stehe, daß er körperlich und geistig gesund, auch arbeitsfähig sei und seine Ehefrau seine Rückkehr nach Hause wünsche. In dem Schriftsatz v. 6. Juni 1928 suchte M. R. auch um die Bewilligung

des Armenrechts und die Beordnung eines juristischen Rechtsbeistands nach.

Das Gesuch um die Bewilligung des Armenrechts wurde durch Beschluß abgewiesen. Die Klage wurde durch Urteil als unzulässig verworfen.

Der Gerichtshof ging davon aus, daß M. R. Klage beim VGH. erheben wollte und erhoben hat. Aus seinem Schriftsatz v. 18. Juli 1928 ergibt sich, daß sich die Klage gegen die Verfügung des Bezirksamts v. 17. April 1928 richtet. Die Ausfertigung dieser Verfügung ist nach den Akten der Bezirksamts dem Kl. durch den Pflegeinspektor bei der Heil- und Pflegeanstalt W., F. W., am 26. April 1928 zugestellt worden. Die einmonatige Frist zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage wurde durch diese Zustellung eröffnet (vgl. § 9 Abs. 2 letzter Satz ZFG.).

Der Eröffnung der Klagefrist stand nicht etwa der Umstand entgegen, daß die Direktion der Heil- und Pflegeanstalt W. den Kl. in ihrem Begleitschreiben als nicht geschäftsfähig beurteilt hat; aus den Akten des Bezirksamts ergibt sich nicht, daß der Kl. wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, somit kommt nur eine Geschäftsunfähigkeit des M. R. i. S. des § 104 Ziff. 2 BGB. in Frage. Der Gerichtshof hat bereits in dem die Anwendung des ZFG. betr. Urte. v. 1. Febr. 1927 Nr. 26 (vgl. BadVerwZ. 1927, 80 ff. [81 r. Sp.]) sich dahin ausgesprochen, daß, solange die Geschäftsunfähigkeit eines volljährigen Kl. nach § 104 Ziff. 2 BGB. in dem Urteile des VGH. für den anhängigen Rechtsstreit nicht festgestellt sei, der Kl. als geschäftsfähig anzusehen sei und daher auch die Eröffnung der mit der Kl. angefochtenen Verfügung des Bezirksamts mit der Wirkung, daß durch sie die Klagefrist in Lauf gesetzt werde, gegen sich gelten lassen müsse. Der in jenem Urteil nicht entschiedene Fall, daß dem Kl. die Fähigkeit zum Verständnis des Vorgangs der Eröffnung einer Verfügung bei seinem Geisteszustande völlig abgeht, liegt auch bei M. R. offenbar nicht vor.

Die Eröffnung der Klagefrist durch die Zustellung der Ausfertigung dieser Verfügung an den Kl. oder ihr Lauf wurde nicht, wie der Kl. offensichtlich annimmt, dadurch aufgehoben, daß der Kl. gegen jene Verfügung Rekurs an das Min. d. Inn. eingelegt hatte. Bereits in dem Urteile des Gerichtshofes v. 5. Febr. 1924 Nr. 319, durch welches die Klage des M. R. gegen die Verfügung des Bezirksamts M. v. 7. Sept. 1923 abgewiesen wurde, wurde der Kl. hierauf in Übereinstimmung mit der bisherigen Mpr. des Gerichtshofes (vgl. z. B. BadVerwZ. 1918, 24) hingewiesen. Er wurde auch durch das Bezirksamt in der jetzt mit der Klage angefochtenen Verfügung in zutreffender Weise dahin belehrt, daß sowohl die Frist zur Einlegung des Rekurses als auch die Frist zur Erhebung der Klage beim VGH. gegen jene Verfügung mit ihrer Zustellung beginne; es ist dem Kl. durch das Bezirksamt also nicht etwa eröffnet worden, daß er, wie er ausführte, gegen die Verfügung Rekurs an das Min. d. Inn. ergreifen „und dann“ Klage beim VGH. erheben könne.

Die Frist zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Verfügung des Bezirksamts lief also mit dem 26. Mai 1928 ab; die erst am 6. Juni 1928 abgefaßte Klage kam nicht innerhalb der gesetzlich festgesetzten Klagefrist beim Gerichtshof ein. Sie war daher ohne Entsch. in der Sache selbst gem. § 41 Ziff. 6 VerwRPfG. ohne mündliche Verhandlung als unzulässig zu verwerfen; eine Prüfung, ob die Klage in der gesetzlichen Form erhoben wurde, erübrigt sich.

Da hiernach die vom Kl. beabsichtigte Rechtsverfolgung von vornherein aussichtslos erschien, konnte ihm das Armenrecht nicht bewilligt werden (vgl. § 13 Abs. 3 VerwRPfG., § 114 Abs. 1 ZPD.); es kam also auch die vom Kl. beantragte Beordnung eines Rechtsanwalts zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung seiner Rechte (§ 115 Abs. 1 Ziff. 3 ZPD.) nicht in Frage. (BadVGH., Beschl. u. Urte. v. 30. Juli 1928, Nr. 2027.)

\*

geschäftsfähig behandelt; dann ist auch die an ihn geschene Zustellung rechtsgültig mit der Wirkung, daß sie die Klagefrist in Lauf setzte und daß die erst nach dem Ende der Frist eingekommene Klage unzulässig macht. Der angeführte § 9 Abs. 2 ZrenfürsG. bestimmt, daß der volljährige Kranke, sofern er nicht geschäftsunfähig ist, gegen seine Zurückhaltung in einer Anstalt, Einspruch einlegen und diesen bei Abweisung durch verwaltungsgerichtliche Klage verfolgen könne. Der BadVGH. legt in ständ. Mpr. diese Bestimmung dahin aus, daß in der Entsch. selbst festzustellen ist, ob der Fall der Geschäftsunfähigkeit vorliegt und deshalb bis dahin der Kranke als geschäftsfähig anzusehen, also sein Einspruch und dessen weitere Verfolgung ordnungsmäßig zu behandeln sind, auch wenn die Anstalt ärztlich den Kranken für geschäftsunfähig erklärt (den Fall wohl ausgenommen, daß infolge der Erkrankung das Verständnis des Zren für die Bedeutung seiner Handlungen und der an ihn geschiedenen Eröffnungen völlig ausgeschlossen ist), wie insbes. in der im Urteil angeführten Entsch. v. 1. Febr. 1927 eingehend begründet ist. Es springt eine gewisse Rechtsähnlichkeit mit den Bestimmungen der §§ 664, 668, 674 ZPD. in die Augen, in welchen auch dem Entmündigten selbst ein gewisses eigenes Recht eingeräumt ist, ein Verfahren zwecks Beseitigung seiner Entmündigung in Gang zu bringen. M. R. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

M. R. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Zu 6. Das Verfahren, welches zu obigem Urteil führte, stützt sich auf § 9 Abs. 2 BadZrenfürsG. (GWB. 1910, 299). Das Urteil ist in seinem entscheidenden Teile zweifellos zutreffend. Denn es gibt denkbarerweise nur zwei Möglichkeiten: Entweder wird der Antragsteller als geschäftsunfähig behandelt; dann ist nicht nur die Zustellung oder Eröffnung an ihn rechtswirksam, sondern vor allem gut dies auch für seine eigenen Handlungen, also für den Antrag an das Bezirksamt und für sein Rechtsmittel, das als Klage an den VGH. betrachtet wurde, und dann auch, da ohne rechtliche Wirkung, als unzulässig abzulehnen war — oder er wird als

Partei. Für die Aufforderung an den Gegner wird also, mindestens in Anwendung des § 89 RWGed., eine  $\frac{3}{10}$ -Gebühr zu gewähren sein. Im vorliegenden Falle — wie auch sonst sehr häufig — hat übrigens der Kl. bei der Gegenseite nicht nur seine Kosten angefordert (die vielleicht bezahlt waren, und deren Ersatz jedenfalls der Partei zugute kam), sondern auch Ansprüche, die einzig und allein der Partei zustanden. Es war also die Anwendung des § 6 RWGed. schon nach dessen Wortlaut ausgeschlossen. Ungerechtfertigt war natürlich die Höhe; in dem Betrage von 11 M. steckt anscheinend eine Gebühr von 10 M., während, wie angeführt, nur eine solche von  $\frac{3}{10}$  aus dem Kostenfreivert, also von 3 M., begründet war.

7. §§ 71 ff. BadBeamtG.; §§ 71, 74, 75 BadGemD.; § 467 StPD. Dienststrafverfahren. Nach Aufhebung des mit der Klage angefochtenen Dienststrafverfahrens zufolge gleichzeitig eingelegten Rekurses erübrigt sich nur die Einstellung des Verfahrens durch Beschluß. Die Kostenpflicht trifft die Staatskasse einschließlich der Auslagen des Klägers für die Zuziehung des Rechtsanwalts. †)

Durch Erkenntnis des Bezirksrats wurde E. R. in W. wegen Dienstvergehens gem. §§ 75 Abs. 1 u. 4, 71 Abs. 3 GemD., § 79 Ziff. 3 BeamtG. aus dem Fleischbeschauerdienst mehrerer Landgemeinden entlassen. Dieses Erkenntnis scheidet R. sowohl mit dem Rekurs — der Beschwerde, vgl. § 75 Abs. 3 Satz 1 GemD. — als mit der Klage an den VGH. als Diszhof an. Der Min. d. Inn. hob das Erkenntnis des Bezirksrats W. auf, weil R. nicht als Gemeindebeamter i. S. des § 71 GemD. anzusehen und daher das auf Grund des § 75 GemD. gegen ihn als Gemeindebeamten eingeleitete dienstl. Verf. unzulässig war. Der VGH. hat hierauf das Verfahren eingestellt:

Dem Antrage des Vertreters des Kl., die Hauptsache für erledigt zu erklären, konnte nicht entsprechen werden. Denn die Anwendung der für das verwaltungsgerichtl. Verf. in den Fällen in Betracht kommenden Grundzüge, in denen die Hauptsache nach Klagerhebung erledigt wurde (vgl. BadVerfZ. 1926, 102/103), ist für das Verfahren vor dem Diszhof nicht zulässig, weil dieses Verfahren seinem Wesen und seiner dem VG. entsprechenden Ausgestaltung nach ein Strafverfahren ist. Da durch die Aufhebung des Erkenntnisses des Bezirksrats W. dem durch die Klage bei dem Diszhof anhängig gewordenen Verf. die Grundlage entzogen worden ist, erübrigte sich vielmehr nur die Einstellung des Verf. durch Beschluß. Aus der Einstellung des Verf. ergibt sich die Kostenpflicht der Staatskasse (vgl. BadVerfZ. 1926, 37 u. 139). Die Verpflichtung der Staatskasse zur Tragung der Verfahrenskosten enthält aber nicht auch die Verpflichtung zum Ersatz der dem Kl. entstandenen Auslagen, insbes. der Kosten seiner Vertretung durch einen Rechtsanwalt. Für das dem Diszhof vor dem Diszhof nach dem BeamtG. entspr. Verf. vor dem VGH. als Diszhof (§§ 74, 75 GemD.) dürfen jedoch die von dem Gesetz selbst nicht schon ausdrücklich für anwendbar erklärten Vorschriften der StPD. zur Ergänzung herangezogen werden, soweit diese Vorschriften nicht mit dem Zweck des Diszhof. und dem Inhalt der Vorschriften des VG. und der §§ 74, 75 GemD. in Widerspruch stehen (vgl. für das in seinen Grundzügen dem Diszhof. nach dem VG. entspr. Diszhof. nach dem BeamtG.: Schulze-Simons, Die Rsp. des RDiszhofs S. 507/508 und wegen der Anwendung des § 473 StPD. insbes. S. 139, 319, 370). § 114 Abs. 3 BeamtG. (vgl. § 124 Abs. 2 BeamtG.) regelt nur die Kostenerstattungspflicht des verurteilten Angeeschuldigten ausdrücklich. Es ist aber nicht ersichtlich, daß der Zweck und die Grundzüge des Dienststrafverf. der entspr. Anwendung des § 467 Abs. 2 StPD. entgegenstehen, wonach die dem freigesprochenen oder außer Verfolgung gesetzten Angeeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden können: Die Gründe, die die Schadloshaltung des Angeeschuldigten im Strafverfahren notwendig oder billig erscheinen lassen, können im Dienststrafverfahren in gleichem Maße vorliegen. Dem außer Verfolgung gesetzten Angeeschuldigten i. S. des § 467 Abs. 1 StPD. ist der Kl. in dem vorliegenden Fall durchaus gleichzustellen. Die Vertretung durch einen Kl. ist für das Verf. vor dem Diszhof allerdings nicht notwendig (vgl. §§ 97 Abs. 2, 98 BeamtG.); auch für das Strafverf. wird indessen die Auferlegung der dem Angeeschuldigten durch eine nicht notwendige Verteidigung entstandenen Auslagen auf die Staatskasse gem. § 467 Abs. 2 StPD. für zulässig gehalten (vgl. Löwe-Rosenberg, Komm. z. StPD., 16. Aufl., Anm. 5a zu § 467). Der gleiche Standpunkt darf für das Dienststrafverf. eingenommen werden. Die Auferlegung der dem Kl. durch seine Vertretung — seine Verteidigung — erwachsenen Auslagen bis zu der aus § 11 MAGemD. sich ergebenden Höhe erschien dem Diszhof aber als ein Gebot der

Zu 7. Die Entsch. ist von dem VGH. als Diszhof gem. § 74 Ziff. 5 BadGemD. erlassen; während sonst der VGH. mit fünf richterlichen Beamten besetzt ist, entscheidet er als Diszhof in der Besetzung von vier Mitgliedern des Gerichtshofs und drei derzeitigen oder gewissen Mitgliedern von Gemeinderäten. Dafür, daß auf Einstellung des Verf. zu erkennen war, konnte neben der Rechtsähnlichkeit, die aus der StPD. entnommen wurde, auch auf § 96 BadBeamtG. hingewiesen werden, wonach das Verf. einzustellen ist, wenn der Beamte freiwillig aus dem Dienst scheidet. Wie hier, fehlt es auch in dem vorwürfigen Falle an einer prozessualen Voraussetzung für Weiterführung des Dienststrafverf. Die Übernahme auch der die Kosten betr. Bestimmung der StPD. ist als zutreffend anzuerkennen. Erfreulich ist und vorbildlich auch für die Strafgerichte dürfte sein die Begründung, daß das Vorliegen einer für das Verf. entscheidenden Rechtsfrage der Zuziehung eines Kl. als eine so notwendige Verteidigungsmaßnahme angesehen wird, daß deshalb die Erstattung der dadurch erwachsenen Kosten bewilligt wurde.

KL. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Billigkeit, da das Dienststrafverf. gegen den Kl. von Anfang an unzulässig war und die Zulässigkeit des Verf. von der Staatsaufsichtsbehörde in erster Linie hätte geprüft, die Unzulässigkeit aber sofort hätte erkannt werden müssen.

(BadVGH. als Diszhof, Entsch. v. 17. Dez. 1928, Nr. 3462.)

8. §§ 24, 25 BadOrtsStrafG. Kosten der Gehwegerneuerung aus Anlaß der Zerstörung der Gehwegedecke durch Kabelverlegungen der Telegraphenverwaltung. Zustimmung des Hauseigentümers zur Erneuerung ist nicht erforderlich und für die Kostenerstattung bedeutungslos. Der Zwangsverwalter ist nicht Vertreter des persönlich haftenden Hauseigentümers. †)

Anlässlich der Verlegung eines Fernsprechkabels und des dadurch bedingten Aufbrechens eines Teiles der Gehwegedecke vor dem Hause Z. 25a in R. erachtete das Städt. Tiefbauamt die Erneuerung der Gehwegedecke in ihrem ganzen Umfang mit Zementplatten als erforderlich. Da der Eigentümer des Hauses R. B. die Zustimmung zu dieser Erneuerung verweigerte, weil die Erneuerung der Gehwegedecke lediglich durch das fortgesetzte Aufbrechen derselben seitens der Stadt und zuletzt seitens des Telegraphenamts erforderlich geworden sei und er auch aus dem Hause nicht einmal die Deckung seiner Unkosten erziele, ließ das Tiefbauamt nach Einholung der Zustimmung des Oberbürgermeisters die Erneuerung der Gehwegedecke durchführen. Zwei Drittel der Kosten der Erneuerung der Gehwegedecke abzüglich des durch die Arbeiten der Telegraphenverwaltung zerstörten Teils der Fläche im Betrage von 144 RM wurden bei dem Hauseigentümer R. B. angefordert. Dieser verweigerte die Zahlung und erhob, nachdem ein Gesuch um Nachlaß aus Billigkeitsgründen abgelehnt worden war, beim Bezirksrat Beschwerde, die zurückgewiesen wurde.

Mit der verwaltungsgerichtlichen Klage beantragte R., unter Aufhebung der Bezirksratsentscheidung auszusprechen, daß die Stadt R. die Forderung von 144 RM an ihn persönlich nicht geltend machen könne.

Die Klage wurde abgemiesen:

Der Bezirksrat ist zur Zurückweisung der Beschwerde gelangt, weil er angenommen hat, daß die Bekl. zum Bezug des Kl. zu diesen Kosten auf Grund des § 2 des Gemeindebeschlusses v. 20. Mai 1920 berechtigt gewesen sei. Nach dieser Bestimmung sind die Eigentümer der an die Gehwege angrenzenden Grundstücke verpflichtet, zwei Drittel der Kosten der erstmaligen vollständigen Erneuerung derjenigen Gehwege zu ersehen, die — was bei dem Gehweg vor dem Hause des Kl. der Fall ist — schon vor dem 26. Aug. 1913 eine feste Decke hatten. Die Voraussetzungen zur Anwendung dieser Bestimmung, gegen deren Rechtsgültigkeit, wie der Gerichtshof bereits früher ausgesprochen hat<sup>1)</sup>, Bedenken nicht bestehen, sind im vorliegenden Fall gegeben. Mit Recht hat zunächst der Bezirksrat angenommen, daß der Zeitpunkt, wann jeweils die erste Erneuerung eines Gehwegs vorzunehmen ist, sich lediglich nach dem Bedürfnis und der Zweckmäßigkeit bestimmt, über deren Vorliegen in Berücksichtigung des öffentlichen Interesses zunächst die Gemeindeverwaltung allein zu entscheiden hat (vgl. BadVerfZ. 1914, 156). Es kann daher nicht beanstandet werden, daß die Bekl. die Ausführung einer Kabelverlegung seitens der Telegraphenverwaltung und die dadurch bedingte teilweise Zerstörung der Gehwegedecke zum Anlaß der Erneuerung des ganzen Gehwegs genommen hat. Daß der Hauseigentümer dieser Erneuerung nicht zugestimmt, und, wie in der Klage hervorgehoben wird, keinen Auftrag hierzu erteilt hat, ist für die Geltendmachung des Ersatzanspruchs völlig bedeutungslos; denn eine Zustimmung des Hauseigentümers oder gar eine Auftragserteilung durch denselben ist weder in § 24 OrtsStrafG. noch in dem Gemeindebeschlusse v. 20. Mai 1920 vorgesehen. Erforderlich ist nur, daß die Erneuerung von der Gemeindeverwaltung vorgenommen wurde: in dieser Beziehung kann es dahingestellt bleiben, ob, wie von der Bekl. geltend gemacht wird, die Tatsache der

Zu 8. (Zugleich zu Nr. 9 JW. 1930, 2006.)

Die Ermächtigung, die nach obigem Urteil das OrtsStrafG. der gemeindlichen Rechtsetzung gibt, ist reichlich weit gehalten. Das Gesetz ermächtigt die Gemeinde — vorbehaltlich der Staatsgenehmigung — die Kosten für Herstellung und Unterhaltung der öffentlichen Gehwege und Rinnen ohne Einschränkung auf die Eigentümer der angrenzenden Grundstücke abzuwälzen. Der BadVGH. sieht auch in der erstmaligen Erneuerung der Gehwegedecke eine Form der „Unterhaltung“ im Sinne dieser Vorschrift. Diese Auslegung ist nicht ohne weiteres selbstverständlich. Das Gesetz hat wohl zunächst an den Fall gedacht, daß an einer Ortsstraße erstmals Gehwege angelegt und daß diese alsdann unterhalten werden müssen. Es ist ferner beachtlich, daß das BadStrafG. (§§ 7, 11, 12, 16 und ff.) außer der Herstellung und der Unterhaltung noch den Begriff der „Hauptverbesserung“ kennt als eine über die gewöhnliche Unterhaltung

<sup>1)</sup> Vgl. JW. 1930, 2006 (betraf § 24 BadPolStG., Entsch. v. 25. April 1928 Nr. 1145!).



Ausführung der Gehwegerneuerung durch das Städt. Tiefbauamt genügen würde, um den Ersatzanspruch gegenüber den Grundeigentümern zu begründen, oder ob dazu erforderlich ist, daß die Herstellung mit Ermächtigung des Stadtrats erfolgt ist; denn im vorliegenden Fall ist eine solche Ermächtigung erteilt worden; dabei ist es nicht zu beanstanden, daß der Beschluß, durch den das Städt. Tiefbauamt zur Ausführung der Erneuerung ermächtigt wurde, nicht von dem Stadtrat, sondern von dem Oberbürgermeister erlassen wurde; denn es handelt sich bei dieser Ermächtigungserteilung, wie der Bezirksrat mit Recht annimmt, nach Sachlage um ein einfaches Geschäft der laufenden Verwaltung, zu dessen Erledigung der Oberbürgermeister gem. § 44 GemD. befugt war. Daß die Kosten durch die Zerstörung der Fläche infolge der Arbeiten der Telegraphenverwaltung verursacht worden seien, ist insofern nicht zutreffend, als Ersatz von dem Kl. nur für den durch die Arbeiten der Telegraphenverwaltung nicht berührten Teil der Gehwegfläche verlangt wird; mit Recht weist der Bezirksrat darauf hin, daß durch diese Beschränkung des Anspruchs der Eigenart des Falles genügende Rechnung getragen worden sei. Inwiefern die Erneuerung der Fläche, für die Ersatz beansprucht wird, durch Zerstörung dieser Fläche seitens der Stadt veranlaßt worden sein soll, ist vom Kl. nicht dargetan und nicht ersichtlich; soweit damit etwa geltend gemacht werden will, die Stadt habe den schlechten Zustand des Gehwegs durch frühere Aufgrabungen verursacht, so würde dies die öffentlich-rechtliche Ersatzpflicht des Eigentümers bei der erstmaligen vollständigen Erneuerung des Gehwegs nicht ausschließen (vgl. BadVerwZ. 1914, 156). Auch die übrigen Einwendungen des Kl. gegen den Ersatzanspruch erscheinen teils belanglos, teils unzutreffend. Für die Geltendmachung des auf § 24 OrtsStraßG. und den Gemeindebeschluß v. 20. Mai 1920 gegründeten Anspruchs ist es belanglos, daß der Hauseigentümer zur Zeit durch die Mietergesetzgebung und Zwangsverwirtung an der unbeschränkten Ausnutzung des Hauseigentums gehindert ist und einen Teil der Einnahmen aus dem Haus als Gebäudebesondersteuer an die Stadt abführen muß. Ebenso ist es belanglos, daß im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten die Zwangsverwaltung des Hauses angeordnet war; denn durch diese werden die auf das OrtsStraßG. gegründeten Verpflichtungen des Hauseigentümers nicht berührt, und es ist der Anspruch auf Kostenersatz auch während der Dauer der Zwangsverwaltung nicht etwa gegenüber dem Zwangsverwalter, sondern gegen den Eigentümer geltend zu machen, da der Zwangsverwalter nicht Vertreter des Hauseigentümers ist (vgl. Entsch. des PrOvG. 74, 95). Daß der Kl. inzwischen das fragliche Haus verkauft hat, schließt die Geltendmachung des Ersatzanspruchs gegenüber dem Kl. nicht aus; die Einwendung des Kl., daß er für die Kosten nach Verkauf des Hauses nicht persönlich haftbar gemacht werden könne, ist unzutreffend, da nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 25 OrtsStraßG. jeder Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Leistungen auch persönlich haftet, und im Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung der Kl. noch Eigentümer war.

(BadVerwZ., Entsch. v. 11. Dez. 1928, Nr. 3355 [BadVerwZ. 1929, 27].)

\*

**9. § 26 BadOrtsStraßG.** Ersatz von Straßenreinigungskosten durch die Angrenzer einer Ortsstraße. Voraussetzungen des Angrenzens an eine Ortsstraße. f)

Die Firma St. in M. ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. 128/130 in M. Sie beantragte bei dem Bezirksrat gemäß § 21 OrtsStraßG. die Feststellung, daß die Stadt M. nicht berechtigt

ist, die Straßendecke als eine nach § 24 OrtsStraßG. nicht abwägbare Last der Gemeinde zu behandeln. Inwiefern diese keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß das OrtsStraßG. dem Sprachgebrauch des StraßG. folgt und die Hauptverbesserung, als welche sich die Erneuerung der Straßendecke darstellt, von der Unterhaltungspflicht ausgenommen wissen will. Man wird deshalb der grundsätzlichen Auffassung des BadVerwZ. folgen müssen. Aber es sollte doch dem Umstand größere Bedeutung beigemessen werden, ob die Erneuerung der Straßendecke infolge der natürlichen Abnutzung oder infolge außerhalb derselben liegender Umstände nötig ist; hierin liegt, wie der BadVerwZ. selbst andeutet, unter Umständen „eine Eigenart des Falles“; wenn die Erneuerung im wesentlichen oder gar in vollem Umfang nur durch solche besonderen Umstände erforderlich wird, dürfte man kaum von einer die Ersatzpflicht begründenden „Unterhaltung“ des Gehwegs sprechen.

Über die Frage, wann die erste Erneuerung des Gehwegs vorzunehmen ist, wird allerdings „zunächst“ die Gemeindeverwaltung allein zu entscheiden haben; sollte damit aber ausgesprochen werden, daß sich diese Frage der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung entzieht, so wäre dem m. E. nicht beizutreten. Immer ist vielmehr erforderlich, daß die Erneuerung sich als „Unterhaltung“ i. S. des § 24 OrtsStraßG. darstellt, und ob in dieser Hinsicht der Tatbestand richtig dem Gesetz unterstellt ist, muß vom Verwaltungsgericht nachgeprüft werden.

DRegR. Dr. Schäfer, Karlsruhe.

sei, von ihr für das Grundstück Straßenreinigungsgeldern zu verlangen und daß die Stadt M. verpflichtet sei, den schon entrichteten Betrag von 215,06 *M.* zurückzuzahlen. Die Anträge wurden damit begründet, daß das Grundstück nicht an die Straße angrenze, da es durch die Gleise der Reichsbahn von der Straße getrennt sei. Die Stadt M. stellte sich auf den Standpunkt, daß man zwar rein formal betrachtet die Tatsache des Angrenzens des fraglichen Grundstücks an die Ortsstraße verneinen könne, die Angrenzereigenschaft bei sinngemäßer Auslegung des § 26 Abs. 2 OrtsStraßG. nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten aber bejahen müsse.

Der Bezirksrat M. erließ Erkenntnis nach dem Antrag der Firma St.

Mit der verwaltungsgerichtlichen Klage beantragte die Stadt M. Aufhebung dieser Entsch. und Feststellung, daß sie berechtigt sei, den Ersatz von Straßenreinigungskosten zu verlangen, und nicht verpflichtet sei, die Straßenreinigungskosten zurückzuzahlen.

Die Klage wurde abgewiesen.

Die Zuständigkeit des Bezirksrats als Verwaltungsbehörde zur Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses und des VerwZ. zur Entsch. über die Klage ergibt sich aus § 31 i. Verb. m. § 26 Abs. 2 OrtsStraßG. (vgl. BadVerwZ. 1911, 227).

Nach § 2 der 1921 erlassenen Straßenreinigungskostenordnung (Rehrgebührenordnung = RVO.) der Stadt M. wird zur teilweisen Deckung der von der Stadt für Straßenreinigung aufgewendeten Kosten von den Eigentümern der an die Ortsstraße angrenzenden Grundstücke eine Gebühr erhoben. Es steht somit in Frage, ob das Grundstück Nr. 128/130 der Kl. ein an eine Ortsstraße angrenzendes Grundstück i. S. des § 26 Abs. 2 OrtsStraßG. ist.

Längs der aneinander anstoßenden, der beklagten Firma gehörenden Grundstücke Nr. 128/130 und 132 zieht eine Bahnlinie mit vier, gegen das Grundstück Nr. 132 zu und längs dieses Grundstücks mit zwei Gleisen; der Bahnlinie folgt auf der den Grundstücken der Bekl. entgegengesetzten Seite der Zug der Nr. 128/130. Die Bahnlinie hat einen selbständigen, der Reichsbahngesellschaft gehörenden Bahnkörper und schließt die Grundstücke der Bekl. von dem Straßenkörper der Nr. 128/130 vollständig ab. Das Grundstück Nr. 128/130 hat zu der Straße keinen unmittelbaren Zugang, von ihm aus ist die Straße vielmehr nur über das Grundstück Nr. 132 zu erreichen. Dieses Grundstück hat einen von der Reichsbahngesellschaft zugelassenen, aus dem Bahnkörper nicht ausgehenden, schienengleichen Übergang, durch den das Grundstück von dem Straßenkörper der Nr. 128/130 aus zugänglich wird.

Den Beizug der Eigentümer der an einer Ortsstraße angrenzenden Grundstücke läßt das OrtsStraßG. für die Straßenkosten (§ 22), die Kosten der Herstellung der Gehwege usw. (§ 24) und für die Straßenreinigungskosten (§ 26 Abs. 2) zu. Für den Begriff des Angrenzens eines Grundstücks an die Ortsstraße ist in allen drei Fällen grundsätzlich zu verlangen, daß das Grundstück die für die Ortsstraße maßgebende Straßen- oder Bauflucht berührt (vgl. Walz, Das badische Ortsstraßenrecht S. 201/3 und S. 269). Ob die Nr. 128/130 eine Ortsstraße i. S. des OrtsStraßG. ist und wie ihre Straßen- und Baufluchten verlaufen, ist nicht festgestellt und aus den dem Gerichtshof mitgeteilten Unterlagen nicht festzustellen; es kann fraglich sein, ob die nach dem Lageplan zwischen zwei Bahnlinien verlaufende Nr. 128/130 auf der hier in Frage kommenden Strecke als eine dem Anbau dienende Straße (§ 1 Abs. 1 OrtsStraßG.) überhaupt in Be-

**Zu 9. Es** handelt sich beim vorl. Ur. um eine Auslegungsfrage, die ebenso für § 22 und § 24 als für § 26 OrtsStraßG. von Bedeutung ist. Das OrtsStraßG. macht in § 26 die Pflicht zum Ersatz der von der Gemeinde für die Straßenreinigung aufgewendeten Kosten davon abhängig, daß das mit dieser Pflicht belastete Grundstück an die Ortsstraße „angrenzt“. Ob diese Angrenzereigenschaft vorliegt, ist, wie der BadVerwZ. wiederholt ausgesprochen hat, nach den tatsächlichen Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen. Der BadVerwZ. hatte in einem älteren Ur. (BadVerwZ. 1896, 217/8) die Angrenzereigenschaft in einem Falle angenommen, obwohl das Grundstück durch einen schmalen Geländestreifen von der Straße getrennt war. Im vorl. Ur. aber wird die Angrenzereigenschaft abgelehnt, weil das in Anspruch genommene Grundstück durch eine Gleisanlage des allgemeinen Verkehrs von der Straße getrennt ist. Der BadVerwZ. ist mit Recht nicht der vom Stadtrat M. vertretenen „sinngemäßen“ Auslegung gefolgt und hat der wörtlichen Auslegung den Vorzug gegeben. Dieser Auffassung ist mit Rücksicht darauf, daß es sich um eine — gesetzlich festzulegende (§ 29 Abs. 2 Bad. Verfassung) — Belastung der Bürger handelt, durchaus beizutreten. Mit dieser Auslegung ist auch das erste Ur. nicht unvereinbar; denn ein Trennungstreifen, der an der breitesten Stelle nur 10 cm breit und zur Verbreiterung der Straße bestimmt ist, muß auch rechtlich als unerheblich angesehen werden.

Der BadVerwZ. hebt dann noch mit Recht hervor, daß auch die Festsetzung der Bau- und Straßenfluchten allein noch nicht die Wirkung habe, daß die gesamten Flächen zwischen den Flucht-

tracht kommen kann. Die Kl. hat aber selbst vorgetragen, daß die Grundstücke der Bekl. nicht unmittelbar an die „Ortsstraße“ angrenzen, unmittelbar an diese vielmehr Bahngelände grenzt, und daß die Grundstücke der Bekl. erst hinter dem Bahngelände liegen. Die erste Voraussetzung für den Bezug der Bekl. gemäß § 26 Abs. 2 OrtsstrafßG. i. Verb. m. § 2 RVO. ist somit nach dem eigenen Vortrag der Kl. nicht gegeben. Der Gerichtshof hat für den Bezug zu den Straßenkosten allerdings die Angrenzereigenschaft auch in einem Falle angenommen, obwohl das Grundstück durch einen Geländestreifen von der Straße geschieden war. Es handelte sich aber in diesem Fall (BadVerwZ. 1896, 217/8) um einen Streifen, der in seiner breitesten Ausdehnung kaum einen Dezimeter breit war, ebenso wie die Straße im Eigentum der Stadt stand und nur zur Verbreiterung der Straße bis zur Grundstücksgrenze verwendet werden konnte und zu diesem Zweck verwendet werden sollte. Der von dem Gerichtshof in diesem Fall gezogene Schluß, daß durch den vorgelagerten Geländestreifen das Grundstück von der Straße nicht abgeschlossen werde, ist bei der im vorl. Fall gegebenen oben dargestellten Sachlage nicht zulässig; es genügt darauf hinzuweisen, daß das Bahngelände nach dem Lageplan längs der Grundstücke der Bekl. die Breite des Straßenkörpers der Nh.straße hat und diese Breite auf einer erheblichen Strecke noch übersteigt, der durch das Bahngelände bewirkte Abschluß der Grundstücke von der Straße aber an keiner Stelle unterbrochen wird.

Die Festsetzung der Bau- und Straßensfluchten allein hat aber auch nicht die Wirkung, daß die gesamten Flächen zwischen den Fluchtlinien die Eigenschaft als Straße in dem hier maßgebenden Sinne erhalten; ob dies zutrifft, ist vielmehr nach den Verhältnissen des Einzelfalles zu beurteilen. Diese Auffassung lag offenbar bereits dem Ur. des VGH. v. 5. April 1898 für den Bezug zu Gehwegkosten gemäß Art. 24 OrtsstrafßG. in der früher geltenden Fassung zugrunde (BadVerwZ. 1898, 234 ff., insbes. 236, dazu Walz a. a. D. S. 203), an ihr wurde auch in dem Ur. v. 31. März 1908 festgehalten (BadVerwZ. 1908, 171/2; vgl. das zustimmende Ur. des OVG. Karlsruhe v. 26. März 1925; Bad. Rechtspr. 1926, 70/71). In dem Fall, der dem letzterwähnten Ur. des VGH. zugrunde lag, fiel die Eigentumsgrenze des Grundstücks, dessen Eigentümer die Stadtgemeinde zu den Gehwegkosten beziehen wollte, mit der Straßens- und Bauflucht zusammen; zwischen dem Gehweg und der Eigentumsgrenze — der Straßens- und Bauflucht — befand sich eine von der Stadt durch eine Mauer gestützte und mit Rasen bepflanzte, dem Verkehr nicht zugängliche Böschung. Der Gerichtshof machte die Entsch., ob das fragliche Grundstück als dem Gehweg angrenzend anzusehen ist, davon abhängig, ob die Böschung der Straße tatsächlich gewidmet und zu dienen bestimmt ist; er kam zu der Bejahung der Frage, weil er die Böschung nach den vorl. Verhältnissen als Zubehörde der Straße ansah. Entsprechende Erwägungen müssen auch bei Prüfung der Angrenzereigenschaft maßgebend sein, wenn diese Eigenschaft die Pflicht zur Reinigung der Ortsstraßen gemäß § 26 Abs. 1 OrtsstrafßG. oder zum Ersatz der von der Gemeinde für die Reinigung aufgewendeten Kosten gemäß § 26 Abs. 2 begründen soll (so für den Fall des § 26 Abs. 1 das OVG. Karlsruhe, Bad. Rechtspr. a. a. D.). Es geht aber nicht an, die Bahnlinie, die auf einem selbständigen, der Reichsbahngesellschaft gehörenden Bahnkörper angelegt ist, als eine Zubehörde der Nh.straße anzusehen. Die Bahnlinie dient eigenen, von der Bestimmung der Nh.straße unabhängigen Zwecken, sie ist, wie anzunehmen ist, der Verfügungsgewalt der Kl., die ortstraßenbaupflichtig und im übrigen wohl Eigentümerin des Geländes der Nh.straße ist, völlig entzogen. Es könnten daher Beziehungen zwischen dem industriellen Zwecken dienenden Grundstück der Bekl. und der Bahnlinie, einer Industriebahn, keine Beziehungen zwischen dem Grundstück und der Nh.straße herstellen, die jenes als an diese angrenzend erscheinen ließen. Was die Kl. über die Beziehungen zwischen dem Grundstück der Bekl. und der Industriebahn ausgeführt hat, ist schon aus diesem Grunde unbeachtlich. Dadurch, daß die Bekl. von ihrem Grundstück Nh.straße 132 aus über die Bahnlinie einen Zugang zu der Nh.straße hat und damit, wie anzunehmen ist, auch das Grundstück Nh.straße 128/130 von der Straße aus für die Bekl. zugänglich wird, würde dieses schon deshalb nicht Angrenzer der Straße, weil der als Übergang benutzte Teil des Bahnkörpers nicht aus diesem ausgeschieden und die Trennung der Grundstücke der Bekl. von der Straße daher nicht aufgehoben ist, im übrigen aber für das Grundstück Nh.straße 132 die Verhältnisse gerade so liegen wie für das Grundstück Nh.straße 128/130 (vgl. auch BadVerwZ. 1893, 236 r. Sp.). Auch wenn das in Frage kommende Grundstück unmittelbar an die Straßens- und Baufluchten anstoßen würde, die für die Nh.straße etwa festgesetzt sind, würde die Bekl. mit ihrem Grundstück, somit

nicht i. S. des § 26 Abs. 2 OrtsstrafßG., an eine Ortsstraße angrenzen.

Der Bezirksrat hat die von der Bekl. begehrte Feststellung, daß die Kl. nicht berechtigt sei, von der Bekl. den Ersatz von Straßenreinigungskosten zu verlangen, hiernach mit Recht getroffen. Dagegen, daß die Stadt die von ihr erbobenen Reinigungskosten zurückzuerstatten hat, sofern die Bekl. nicht gemäß § 26 Abs. 2 OrtsstrafßG. und der RVO. ersatzpflichtig ist, hat die Kl. Einwendungen nicht erhoben. Auch in dieser Richtung ergeben sich Bedenken gegen das angefochtene Erkenntnis nicht.

(BadVGH., Entsch. v. 23. Okt. 1928, Nr. 2847. Stadt M. wider Firma St. in M. wegen Heranziehung zur Straßenreinigungsgeldgebühr [BadVerwZ. 1929, 40].)

\*

**10.** § 17 BadGemD.; Art. 17 RVerf. Verlust des Amtes als Stadtverordneter infolge Ausschließens aus der Partei. Bedeutung der Spaltung einer Partei. f)

Die Kommunistische Partei — Bezirk Baden — teilte mit Schreiben v. 9. Aug. 1927 dem Stadtrat M. mit, daß die Stadtverordneten R. und F. aus der Kommunistischen Partei ausgeschlossen seien und deshalb deren Ersatzmänner einzutreten hätten. Nach Anhörung der beiden Stadtverordneten beschloß der Stadtrat M., daß die Stadtverordneten R. und F. durch den Ausschluß aus der Kommunistischen Partei ihr Gemeindeamt nicht verloren hätten, der Antrag der Kommunistischen Partei daher abgelehnt werde. Die Beschwerde der Kommunistischen Partei wurde von dem Landeskommissionär mit Beirat unterm 24. Nov. 1927 zunächst als unzulässig zurückgewiesen. Auf Veranlassung des Min. d. Inn. wurde sodann eine nochmalige Entschließung des Beirats dahin herbeigeführt: „Unter Aufhebung der Entschließung v. 24. Nov. 1927 wird der Stadtrat in M. angewiesen, die Stadtverordneten R. und F. in M. auf Grund ihrer Ausschließens aus der Partei, auf deren Vorschlag sie gewählt wurden (Kommunistische Partei Deutschlands), spätestens bis zum Ablauf von vier Wochen nach Zustellung dieser Entschließung ihres Amtes als Stadtverordnete verlustig zu erklären. Diese Anweisung stützt sich auf § 9 Abs. 4 BadGemD.“

Die vom Stadtrat M. erhobene Einsicht wurde abgewiesen: Die Zuständigkeit der Staatsaufsichtsbehörde zur Erlassung der angefochtenen Entsch. gründet sich auf die §§ 9 u. 10 sowie § 10 Ziff. 1 Abs. 2 GemD. Daß bei Weigerung des Gemeinde- (Stadt-) Rats, eine Entsch. nach § 17 GemD. zu erlassen, ein Eingreifen der StAussfBeh. auf Grund des § 9 Abs. 4 a. a. D. erfolgen kann, ist in der RegBegr. zu § 17 GemD. ausdrücklich hervorgehoben und findet auch eine Stütze in dem Ausschlußbericht über den GesEntw. einer bad. GemD. (vgl. BadVerwZ. 1925, 109; 1926, 37). Wie in dem Erlaß des Min. d. Inn. an den Landeskommissionär mit Recht hervorgehoben wird, kann das Eingreifen der StAussfBeh. auch dann erfolgen, wenn die Gemeindebehörde zwar eine Entsch. nach § 17 a. a. D. getroffen hat, diese Entsch. aber nach Ansicht der StAussfBeh. eine unrichtige ist; denn, wie in der erwähnten RegBegr. hervorgehoben wird, ist der Gemeinderat verpflichtet, den Verlust des Amtes auszusprechen, wenn die Voraussetzungen hierzu vorliegen; die Entsch. des Gemeinderats ist deklaratorischer Art und läßt jedenfalls für ein verwaltungs-mäßiges Ermessen keinen Raum. Das Einschreiten der StAussfBeh. kann entweder von Amtes wegen nach § 9 Abs. 2 oder auf Beschwerde eines Interessenten nach § 10 GemD. erfolgen; im vorliegenden Fall ist das Einschreiten der StAussfBeh. durch eine von der Kommunistischen Partei erhobene Beschwerde veranlaßt worden. Die Einsicht gegen die Entschließung der StAussfBeh. ist nach § 9 Abs. 5 GemD. zulässig.

Von dem Vertreter der Kl. wurde in der mündlichen Verhandlung dem VGH. zur Erwägung gegeben, ob der § 17 GemD. nicht mit den nach Art. 17 RVerf. auch für die Gemeinbewählten geltenden Best. der RVerf. in Widerspruch stehe. Ein solcher Widerspruch liegt schon deshalb nicht vor, weil nach Art. 17 Abs. 2 Satz 1 a. a. D. nur die in der RVerf. aufgestellten Grundzüge für die Wahlen zur Volksvertretung auch für die Gemeinbewählten gelten sollen, nicht aber auch die Best. der RVerf. über die Stellung der Reichstagsabgeordneten in Art. 21 a. a. D., die vielleicht der Vertreter der Kl. im Auge hatte; abgesehen hiervon ist übrigens das in letzterer Best. ausgesprochene Verbot imperativer Mandate auch in der BadGemD. in den §§ 51 Abs. 4, 55 Abs. 1 Satz 2 enthalten (vgl. Gündert: BadGemD., 4. Aufl., Anm. 9 u. 10 zu § 51, Anm. 4 zu § 55).

Daß ein Ausschluß der beiden Stadtverordneten aus der Kommunistischen Partei, auf deren Vorschlag die Benannten gewählt wurden, tatsächlich stattgefunden hat, wird von diesen selbst zugegeben und auch in der Klage nicht bestritten; es wird aber von den beiden Stadtverordneten geltend gemacht, daß die bisherige Kommunistische Partei (jog. alte Kommunistische Partei) ihre Grundzüge aufgegeben

linien die Eigenschaft als „Straße“ in dem hier maßgebenden Sinne erhalten; die Bahnlinie, die auf einem selbständigen reichsbahneigenen Bahnkörper angelegt ist, kann weder als Teil noch als Zubehörde der Straße angesehen werden.

DRegR. Dr. Schülth, Karlsruhe.

Zu 10. Ein innerer Widerspruch scheint unserer parlamentarischen Leben zu durchziehen. Nach Art. 21 RVerf. sind die Abgeordneten Vertreter des ganzen Volkes nur ihrem Gewissen unterworfen, trotzdem unterliegen sie durchgängig einem starken Fraktionszwang; sie sind an Aufträge nicht gebunden, gleichwohl verlangt man Nieder-

habe, während sie selbst — die sog. linken Kommunisten — die Grundzüge der Partei beibehalten hätten. Im Hinblick hierauf ist der Stadtrat M. zu der Ansicht gelangt, daß ein Ausscheiden der beiden aus der kommunistischen Partei, das zur Anwendung des § 17 GemD. berechtigt, nicht stattgefunden habe. Diese Ansicht wird von dem Stadtrat M. hauptsächlich darauf gestützt, daß der Gesetzgeber bei dem Ausscheiden aus der Partei nicht schon den Fall einer Ausschließung im Auge gehabt habe, sondern daß die Loslösung von den zur Zeit der Wahlen bestehenden politischen Zielen und Aufgaben der Partei vorausgesetzt werde; diese Annahme wird hauptsächlich auf eine Äußerung des Abg. Dr. Gl. bei der Beratung des GesEntw. im bad. N. v. 15. Sept. 1921 gegründet, welche dahin gelautet habe, man werde u. U. je nach Lage des Falles zu sehr schwierigen Untersuchungen kommen müssen, ob die Partei dieselbe geblieben sei, oder ob sie eine Schwenkung gemacht habe, während der Gewählte dieselbe Stellung beibehalten habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus dieser Äußerung eines einzelnen Abgeordneten ein Schluß auf den Willen des Gesetzgebers in der bezeichneten Richtung gezogen werden könnte, da die fragliche Äußerung jedenfalls nicht dahin zu verstehen ist, daß bei jeder Schwenkung einer Partei die Anwendung des § 17 GemD. auf diejenigen Inhaber von Gemeindeämtern, die diese Schwenkung nicht mitmachen und insolge dessen aus der Partei ausgeschlossen werden, unstatthaft ist. Mit Recht wird in der Begr. der Entscheidung der StAussf. darauf hingewiesen, daß auch die Parteien Wandlungen vollziehen können und in dieser Hinsicht nicht das Schwergewicht einzelner Führer, sondern das zahlenmäßige Gewicht der Wählermassen ausschlaggebend ist. Die Schwenkung einer Partei kann die Anwendung des § 17 GemD. dann nicht ausschließen, wenn die Partei im übrigen unverändert fortbesteht und insolge der Schwenkung nur einzelne Parteimitglieder, die diese Schwenkung nicht mitgemacht haben, aus der Partei austreten oder aus ihr ausgeschlossen werden: es kann jedoch der § 17 a. a. D. dann nicht zur Anwendung kommen, wenn die Schwenkung der Partei zu einer Spaltung derselben geführt hat, da es in diesem Falle nicht möglich ist, einwandfrei festzustellen, „welcher Teil als der alleinige oder vorwiegende Hüter des bisherigen gemeinsamen geistigen Besitzes anzusehen wäre, demgegenüber der andere Teil als ausschließend zu betrachten wäre“ (vgl. v. Pistorius, über den Einfluß des Fraktionswechsels auf das Abgeordnetenmandat nach dem Württ. Staatsrecht: ArchDffR. 50, 418 ff.; BadVerwZ. 1926, 141). Der Gerichtshof war daher der Ansicht, daß es für die Frage der Anwendbarkeit des § 17 GemD. darauf ankommt, ob in dem Ausscheiden der sog. linken Kommunisten aus der sog. alten kommunistischen Partei in M. eine Abspaltung dieser letzteren Partei oder lediglich die Abspaltung einzelner, mit der Haltung der alten kommunistischen Partei nicht einverstanden Parteimitglieder zu erblicken ist. Für die Beurteilung dieser Frage kann das Ergebnis der Reichstagswahlen i. J. 1928 herangezogen werden. Der Gerichtshof hat zwar in seinem Ur. v. 5. Okt. 1925 Nr. 1775 (BadVerwZ. 1926, 37) ausgesprochen, daß aus dem Ergebnis von Reichs- und Landtagswahlen, bei denen ganz andere Verhältnisse vorliegen, bestimmte Schlüsse auf die für die Gemeindevahlen in Betracht kommenden Verhältnisse nicht gezogen werden können: bei dieser Entsch. handelte es sich aber um die Beurteilung der Verhältnisse einer rein örtlichen Parteiorganisation, für die das Ergebnis der Reichs- und Landtagswahlen nicht als maßgebend erachtet werden konnte, während im vorliegenden Fall die Beurteilung von Vorgängen in einer großen politischen Partei in Frage kommt, die in der Hauptsache nicht von örtlichen Verhältnissen abhängig sind, für deren Beurteilung daher, auch soweit es sich um die Einwirkung dieser Vorgänge auf die Parteiverhältnisse nur in

einer bestimmten Gemeinde handelt, der Ausgang der Reichstagswahlen recht wohl herangezogen werden kann, zumal irgendwelche sonstige bestimmte Anhaltspunkte für deren Beurteilung nicht gegeben sind. Wenn in der angefochtenen Entsch. der StAussf. ausgeführt wird, das Ergebnis der Reichstagswahlen lasse unzweifelhaft erkennen, von welcher Seite die Abspaltung stattgefunden habe, so trifft dies hinsichtlich der für den vorliegenden Rechtsstreit allein in Betracht kommenden Verhältnisse der Stadt M. vollständig zu: denn hier wurden für die kommunistische Partei 18472, für die linken Kommunisten nur 900 Stimmen abgegeben (vgl. die Veröffentlich. des Stat. Landesamts über die Reichstagswahl 1928 in Baden S. 66/67); noch ungünstiger ist übrigens das Verhältnis nach dem Gesamtergebnis der Reichstagswahl im ganzen Reiche, da hier für die kommunistische Partei 3263354, für die linken Kommunisten nur 80433 abgegeben wurden (vgl. Statist. Jahrb. für das Deutsche Reich 1928, 580/581), während im Lande Baden auf die Kommunisten 66808, auf die linken Kommunisten 4886 Stimmen entfielen. Bei diesem Stimmverhältnis kann nicht angenommen werden, daß es sich um eine aus der Masse hervorquellende Bewegung handelt. Für die Frage, ob eine Spaltung oder Abspaltung anzunehmen ist, kann lediglich der tatsächliche Zustand, wie er sich aus dem Wahlergebnis ergibt, maßgebend sein. Wenn hiernach für die Stadt M. eine Spaltung der kommunistischen Partei Deutschlands, auf deren Vorschlag die Stadtverordneten R. und F. seinerzeit gewählt wurden, nicht anzunehmen ist, so muß das Ausscheiden der gen. Stadtverordneten aus dieser Partei infolge ihres Ausschlusses aus der Partei nach § 17 GemD. zum Verluste ihres Gemeindeamtes führen, da sie damit aus der Partei, auf deren Vorschlag sie gewählt wurden, ausgeschlossen sind.

(BadVerwZ., Entsch. v. 13. März 1929, Nr. 776. [BadVerwZ. 1929, S. 118].)

Mitgeteilt von ORegR. Kloß, Karlsruhe.

## 2. Hessen.

### Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von R. Horch, Mainz.

**II.** Bei Klagen von Fürsorgeverbänden auf Grund der NFürsV.D. ist ein Verwaltungsgericht nicht berechtigt, eine Weiladung von Fürsorgeverbänden vorzunehmen, welche nicht in seinem Bezirk liegen. f)

Nach Art. 50 HessVerwVfStG. kann das Gericht auf Antrag oder von Amte wegen Dritte, deren Interessen durch die zu erlassende Entsch. berührt werden, zur mündlichen Verhandlung beiladen. Die Beigeladenen werden durch die Weiladung am Verfahren beteiligt. Die ergehende Entsch. gilt auch ihnen gegenüber.

Ein preuß. Landesfürsorgeverband hatte vor dem zuständigen hess. Provinzialausschuß gegen einen hess. Bezirksfürsorgeverband Klage auf Erstattung von Fürsorgekosten erhoben. Kl. hat vorfolglich geltend gemacht, daß, falls die Klage gegenüber dem ursprünglichen Bevl. abgewiesen werde, ein anderer preuß. Bezirksfürsorgeverband ihm verpflichtet sei. Er hat daher auf Grund der angeführten Best. des VerwVfStG. die Weiladung dieses Verbandes beantragt. Der Provinzialausschuß als erstinstanzliches Gericht hat diesem Antrag stattgegeben. Auf die Beschwerde des beigeladenen Fürsorgeverbandes hat der VGH. den Weiladungsbeschluß des Provinzial-

legung des Mandats, wenn sie aus ihrer Fraktion oder Partei ausscheiden. Wie erklärt sich das? — Die Art. 20, 21 sind nicht für sich allein zu nehmen, sondern nur im Gesamtsystem des modernen deutschen Parlamentarismus. Das NWahlG., verwurzelt in der NWerf., kennt und setzt voraus als organische Träger des Wahlverfahrens die Parteien, mithin die Fraktionen. Widerspricht der Fraktionszwang dem Art. 21, so harmonisiert er mit dem NWahlG. Also hat jeder Abgeordnete es mit seinem „Gewissen“ abzumachen, wie er sich bei diesem Widerstreit der Pflichten verhalten will.

Niemanden fällt es ein, den Abgeordneten, die sich dem Fraktionszwang fügen, verfassungswidriges Verhalten vorzuwerfen oder die Nichtigkeit des Parlamentsbeschlusses anzuzweifeln, der anscheinend unter Beteiligung des Art. 21 zustande gekommen ist. Umgekehrt scheint die öffentliche Meinung Mandatsniederlegung mindestens dann zu verlangen, wenn der Mandatar aus der Partei ausscheidet. Auch die BadGemD. wählt den letztgenannten Ausweg. § 17 sagt: Wer die Wählbarkeit verliert, oder aus der Partei der Wählergruppe, auf deren Vorschlag er gewählt wurde, ausscheidet, verliert das ihm übertragene Amt. Von einem Widerspruch zur NWerf. kann hierbei keine Rede sein.

Ein weiteres Problem taucht auf, wenn, wie diesfalls, eine Partei oder Fraktion sich spaltet. Der mit Vorsicht begründete Unterschied zwischen Spaltung und Abspaltung erscheint durchaus zu-

**Zu 11.** Im vorliegenden Falle handelt es sich um ein Streitverfahren in erster Instanz zwischen zwei Fürsorgeverbänden verschiedener Länder um Ersatz von Kosten für sorgerechtl. Leistungen. Der § 29 NFürsVfStG. bestimmt, daß „bis zur (reichsrechtlichen) Neuordnung des Rechtsverfahrens“ — die bis jetzt noch nicht erfolgt ist, weil zunächst noch die Bildung des Reichsverwaltungsgerichts (Art. 166 NWerf.) abgewartet werden soll — auf das Verfahren die Vorschriften des § 38 UWG. Anwendung finden. Danach ist erste Instanz diejenige Spruchbehörde, die dem in Anspruch genommenen Fürsorgeverbande vorgelegt ist, wobei die Zuständigkeit und das Verfahren landesrechtlich zu regeln sind. „Die landesrechtlichen Vorschriften, die auch den außerstaatlichen Verband, der vor der Spruchbehörde als Kl. auftritt, binden, müssen sich im Rahmen der reichsrechtlichen Vorschriften halten. Als solche kommen insbes. die §§ 39, 40 UWG. in Frage... Im übrigen ist das Landesrecht frei“ (Muthesius, Fürsorgerecht S. 149). Das hiernach im gegebenen Falle maßgebende hessische Recht läßt für den ersten Rechtszug auch die „Weiladung“ eines anderen Fürsorgeverbandes zu, die sich im allgemeinen mit der „Streitverkündung“ der NFürsV.D. deckt. Das ist unzweifelhaft eine Verfahrensvorschrift, die reichsrechtlich noch gilt, sofern sie nicht mit reichsrechtlichen anderweitigen Vorschriften kollidiert. Der vorliegende Beschluß hält nur die „Weiladung“ eines Fürsorgeverbandes vor eine hessische Spruchbehörde, welche dem beigeladenen Verbande nicht vorgelegt ist, als mit dem § 38 UWG. unvereinbar, für reichsrechtlich unzulässig, weil

auschusses als unzulässig aufgehoben, und zwar aus folgenden Gründen:

Unbestritten ist, daß für die Klage der hess. Provinzialauschuss als die dem in Anspruch genommenen Armenverband vorgelegte Spruchbehörde zuständig ist (§ 29 RZurPflW. i. Verb. m. § 38 UnterstBöHnG.). Richtig ist auch, daß auf das Verfahren vor einem HessVerwG. die Vorschriften des HessVerwPflG. Anwendung zu finden haben. Zu diesem verfahrensrechtlichen Bestimmungen gehört grundsätzlich auch die Vorschrift des Art. 50 VerwPflG. über die Beiladung Dritter. Zu untersuchen ist indessen, ob diese Vorschrift gegenüber jedermann gilt, oder ob sie im einzelnen Falle ihre Begrenzung findet. Zweck der Beiladung ist nicht nur, den an dem Gegenstand des Verwaltungsstreitverfahrens interessierten dritten Personen, die nicht schon von vornherein die Stelle eines direkt Beteiligten nach Art. 47 Abs. 1 Satz 2 VerwPflG. einnehmen, die Wahrnehmung ihrer Interessen zu ermöglichen, sondern vor allem auch, sie durch das demnächst ergehende Urteil zu binden. Art. 50 Abs. 2 VerwPflG. bestimmt deshalb ausdrücklich, daß die Beigeladenen durch ihre Beiladung am Verfahren beteiligt werden und daß die Entsch. auch gegenüber den Beigeladenen gilt. Auf diese mögliche Rechtsfolge hat der Vorsitzende des Provinzialauschusses den Landeshauptmann nach der Vorschrift des Art. 50 Abs. 4 VerwPflG. auch besonders hingewiesen. Der Eintritt dieser Rechtsfolge würde bedeuten, daß über den erhobenen Klageanspruch eine Spruchbehörde entschieden hätte, die dem, wenn auch erst in zweiter Linie, in Anspruch genommenen Armenverband, nämlich dem

Landesfürsorgeverband N., nicht vorgelegt ist. Ein solches auf hess. Landesrecht beruhendes Verfahren würde aber mit der durch § 29 RZurPflW. ausdrücklich aufrechterhaltenen Vorschrift des § 38 UnterstBöHnG. im Widerspruch stehen, wonach über den erhobenen Einspruch eines Armenverbandes im Verwaltungswege durch diejenige Spruchbehörde entschieden wird, welche dem in Anspruch genommenen Armenverband vorgelegt ist. Der Provinzialauschuss der Provinz D. ist aber keinesfalls die dem Landesfürsorgeverband B. vorgelegte Spruchbehörde. Da nach Art. 13 RVerf. das Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht, kann also die Vorschrift des Art. 50 VerwPflG. über die Beiladung Dritter auf nichtheffische Armenverbände keine Anwendung finden. Hieraus folgt, daß ein Hess. VerwGer. auch auf dem Umweg über den Art. 50 VerwPflG. nicht in der Lage ist, über die Verpflichtung eines nichtheffischen Fürsorgeverbandes zu entscheiden. Da also der Zweck der Beiladung, den Erlaß einer gegen den Beigeladenen wirksamen Entsch. des Provinzialauschusses zu ermöglichen, in vorliegenden Falle nicht erreicht werden kann, ist die Beiladung unzulässig.

(HessPflG., Beschl. v. 16. Nov. 1929, VGH Nr. 29/29.)

**Berichtigung.**

Das ZB. 1930, 1387<sup>9</sup> abgedr. Ur. des RG. v. 7. Febr. 1930 ist nicht vom 1., sondern vom 2. ZivSen. D. S.

nach heffischem Landesrecht (Art. 50 Abs. 2 VerwPflG.) andernfalls die Entsch. des angerufenen heffischen Verwaltungsgerichts auch gegenüber dem Beigeladenen gelte, d. h. also auch ihm gegenüber evtl. Rechtskraftwirkung habe. Diese Vorschrift des § 50 Abs. 2 HessVerwPflG. ist aber m. E. keine rein verfahrensrechtliche mehr, sondern greift, da sie nicht nur die formelle, sondern auch die materielle Rechtskraft der erstinstanzlichen Entsch. betrifft, auf das materielle Fürsorgerecht über, dessen Regelung dem Landesrecht nicht mehr zusteht. Richtiger wäre deshalb wohl eine Entsch. dahin gewesen, daß die „Beiladung“ des nichtheffischen Fürsorgeverbandes zwar prozessual zulässig war, daß sie aber die in § 50 Abs. 2 HessVerwPflG. bestimmte materiellrechtliche Rechtskraftwirkung nicht haben konnte. Das scheint auch die Rechtsauffassung des führenden Komm. von Baath zur RZurPflW. zu sein, wenn dort zu § 38 UWG. gesagt wird: „Nach Landesrecht ist auch vielfach die ‚Beiladung‘ eines anderen Verbandes zulässig, dessen Interessen durch die Entsch. berührt werden, ohne daß eine seine Erjaspflicht betreffende Feststellung gegen ihn

getroffen werden könnte.“ Das Bundesamt selbst hat noch keine Gelegenheit gehabt, sich über die Zulässigkeit einer Beiladung im erstinstanzlichen Fürsorgestreitverfahren und die etwaige rechtliche Bedeutung einer solchen auszusprechen, obwohl es, wenn die Frage vor das Bundesamt gebracht würde, dafür zuständig wäre (vgl. Entsch. des Bundesamt 64, 9; 60, 188). Dagegen hat es sich (Bundesamt 65, 120 und später) schon mit der nahe verwandten prozessualen Vorschrift beschäftigt, ob eine Eventualklage gegen einen zweiten Fürsorgeverband im ersten Rechtszug wirksam erhoben werden könne, in dessen diese Frage nur für den Fall bejaht, daß die beiden, gleichzeitig in Anspruch genommenen Verbände der gleichen Spruchbehörde unterliegen. Demnach ist es mindestens nicht unwahrscheinlich, daß es auch die „Beiladung“ eines zweiten Verbandes mit dieser Einschränkung als mit dem § 38 UWG. vereinbar angesehen, also sich dem vorliegenden Beschluß des HessPflG. anschließen würde, wenn die Frage einmal vor es gebracht wird.

Geh. FR. Diefenbach, Heidelberg.

**Übersicht der Rechtspredung.**

**A.**

**Zivilrecht.**

**1. Materielles Recht.**

**Bürgerliches Gesetzbuch.**

§§ 93, 94 BGB. Widerspruchsklage gegen die Pfändung von Früchten auf dem Halme. RG. 2979<sup>6</sup>

§ 138 BGB.; § 13 ABGB.; § 78 ZPD. Auch in Ehefachen ist ein Vergleich möglich. In diesem Fall steht auch dem Prozeßbevollmächtigten die Vergleichsgebühr zu. OLG. Kofstod 3000<sup>33</sup>

§§ 138, 139 BGB. Wucher: Begriff der Unerfahrenheit. Vereinbarung von sog. Treuprämien ist sittenwidrig, wenn ihre bes. Ausgestaltung zu verhältnismäßiger Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers führt. Teilnichtigkeit; wechselseitige Bedingtheit mehrerer Verträge. ABGB. 3009<sup>1</sup>

§ 225 BGB.; § 32a RAO. Zulässigkeit der Abkürzung der Verjährungsfrist in der Vollmachtsurkunde. OLG. Königsberg 2997<sup>30</sup>

§ 242 BGB.; § 19 ABGB. Grundsätze für die Bemessung der Höhe der Auf-

wertung von Einlageverbindlichkeiten der Gesellschafter einer GmbH. RG. 2941<sup>11a</sup>

§§ 516, 518, 761 BGB. Zur Frage der Gültigkeit eines lediglich privatchriftlichen Rentenversprechens. OLG. Karlsruhe 2984<sup>11</sup>

§§ 542, 544 BGB. Fristlose Kündigung des Vermieters, der im IV. Stockwerk eines vornehmen Wohnhauses wohnt, wenn die Wohnung durch einen Dachstuhlbrand in Mitleidenschaft gezogen ist. Der Vermieter ist verpflichtet, der fristlosen Kündigung innerhalb kurzer Frist zu widersprechen, wenn nicht sein Stillschweigen als Einverständnis gewertet werden soll. RG. 2975<sup>1</sup>

§ 549 BGB.; Art. 122 RVerf. Ein Mieter, dem gestattet ist, „Familienangehörige“ in die Wohnung aufzunehmen, darf auch ein Kostkind aufnehmen. LG. Nürnberg 3006<sup>1</sup>

§§ 559, 560 BGB.; § 771 ZPD. Das Vermieterpfandrecht erlischt nicht, wenn der Vermieter die Sachen pfändet. In der Pfändung liegt keine Geltendmachung des Vermieterpfandrechts. Der Widerspruchsklage des Dritteigentümers kann der Vermieter aber Arglist entgegenhalten. OLG. Naumburg 2998<sup>31</sup>

§§ 611 ff., 631 ff. BGB.; § 28 RAO. Ein

Rechtsanwalt verletzt seine Vertragspflicht, wenn er mit der Erwirkung eines vollstreckbaren Titels beauftragt den Weg der Einklagung der Forderung wählt, statt seinen Klienten auf den billigeren Weg der vollstreckbaren Urkunde zu verweisen. OLG. Oldenburg 2988<sup>16</sup>

§ 634 BGB. Voraussetzungen für die Wandlung beim Werkvertrag (Reparaturen eines Zahnarztes). RG. 2975<sup>2</sup>

§ 823 BGB. Wer eine Autoreparaturwerkstätte betreibt, muß durch Anordnung und Überwachung dafür sorgen, daß in seinem Betriebe kein Kraftwagen auf der Straße durch einen nicht im Besitz eines Führerscheins befindlichen Angestellten mittels Motorkraft bewegt wird. Er muß insbesondere auch bei der Möglichkeit der Rettung tragen, daß ein solcher Angestellter Motor Schlüssel besitzt. RG. 2930<sup>6</sup>

§ 839 BGB.; Art. 40 PrFGG. Erfüllung der Amtspflicht durch einen preuß. Notar niemals Gegenstand vertraglicher Bindungspflicht des Notars über die rechtlichen Bedenken eines zu beurkundenden Vertrages. Voraussetzungen eines Knebelungsvertrages. Nichthaftung des Notars wegen beehrungsloser Beurkundung eines Knebelungsvertrages, weil die ge-

schädigte Bank von ihrem gesetzlichen Vertreter, der selbst wissen mußte, daß der Betrag gegen die guten Sitten verstieß, Ertrag verlangen kann. RG. 2932<sup>7</sup>

§§ 883, 894, 899 BGB. Rechtslage in Folge einer zu Unrecht erfolgten Löschung einer Vormerkung. Hiergegen ist, wenn auch die Vormerkung kein auch nur bedingtes dingliches Recht am Grundstück ist, doch Eintragung eines Widerspruches und Grundbuchberichtigungsanspruch gegeben. RG. 2933<sup>8</sup>

§ 906 BGB. 1. Wenn auch Klage und Urteil allgemein auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen oder auf Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhinderung solcher Einwirkungen gerichtet und die sich daraus ergebenden Fragen der Zwangsvollstreckungsinstanz überlassen werden können, so muß das Gericht doch zu der Frage Stellung nehmen, in welchem Umfang eine den Grund der Klageerhebung übende Einwirkung vorliegt. 2. Bei Beurteilung der „gewöhnlichen“ Benutzung ist die Verschiedenheit der einzelnen Teile einer Großstadt zu beachten. 3. Auch ist zu prüfen, ob das gesteigerte Maß der Benutzung ortszüblich ist. 4. Für die Zulässigkeit der Einwirkung ist der Einwirkende beweispflichtig. RG. 2934<sup>9</sup>

§ 990 BGB. Nichtigkeit eines Sicherungsübernahmungsvertrages wegen mangelnder Bestimmtheit der zu übereignenden Gegenstände. Bei Übertragung eines Warenlagers, das für ein Ladengeschäft gehalten wird, genügt nicht die Angabe, daß der Eigentumsübergang an sämtlichen vorhandenen Waren vereinbart wird, weil die Waren dauernd wechseln. RG. 2936<sup>10</sup>

§§ 1123 ff. BGB.; § 20, 148 ZwVerfStG. Die im Mietvertrag selbst vereinbarte Berechnung eines Baudarlehen auf den Mietzins bleibt auch dem Zwangsverwalter gegenüber unwirksam. OLG. Karlsruhe 2986<sup>12</sup>

§§ 1123 ff. BGB.; § 57 b, 148, 152 ZwVerfStG. Mietzinsvorauszahlungen im Zwangsverwaltungsverfahren. Im Mietvertrag vereinbarte Verrechnung der Mietzinsen mit Darlehensrückzahlungs- und Berechnungsansprüchen des Mieters gegen den Eigentümer. OLG. Stuttgart 2989<sup>17</sup>

§ 1244 BGB. Bei der Zwangsversteigerung durch den Gerichtsvollzieher sind die Vorschriften des § 1244 BGB. über den gutgläubigen Erwerb beim vertragsmäßigen Pfand entsprechend anwendbar. Der Gerichtsvollzieher überträgt dem Steigerer regelmäßig den unmittelbaren Besitz. OLG. Köln 2987<sup>14</sup>

**Mieterschutzgesetz.**

§§ 20, 21 MietSchG. Fortdauer des Mieterschutzes, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit die Arbeit niederlegt. OLG. Breslau 2980<sup>7</sup>

§ 42 Abs. 1 MietSchG. Wird die Rechtsbeschwerde zurückgenommen, bevor das Mieteinigungsamt darüber entschieden hat, ob es ihr abhelfen will, so ist für die Entscheidung über die Kosten der Rechtsbeschwerde und die Kostenerstattungspflicht die Beschwerdestelle zuständig. RG. 2969<sup>1</sup>

**Jugendwohlfahrtsgesetz.**

§§ 62, 68 Abs. 1 Ziff. 2 NJugWohlfG. Die Prüfung, ob der Minderjährige wegen geistigen Gebrechens der Erziehung unzugänglich ist, darf das Gericht nicht der Fürsorgeerziehungsbehörde überlassen. OLG. Stuttgart 2968<sup>16</sup>

**Aufwertungsgesetz.**

§ 20 Abs. 2 AufwG.; § 1143, 1144 BGB. Ist die vom Gläubiger erteilte

Löschungsbewilligung, in der er zugleich erklärt, ein Dritter habe die Post an ihn bezahlt, zusammen mit der Löschungszustimmung des Grundstückseigentümers geeignet, die Löschung der Hypothek zu erreichen? § 20 Abs. 2 AufwG. stellt nur darauf ab, daß im maßgeblichen Zeitpunkt der Gläubiger Löschungserklärung erteilt hat, verlangt nicht, daß alle sonstigen zur Löschung etwa noch erforderlichen Unterlagen vorliegen. RG. 2947<sup>15</sup>

§ 66 AufwG.; § 422 BGB. Bei Gesamtschuldnern kann sich der Nichtbankier nicht auf das seinem Mitschuldner als Bankier zustehende Privileg berufen; er wird auch nicht durch dessen Papiermarkzahlung befreit, da sie keine Vollerfüllung ist. RG. 2948<sup>16</sup>

**Durchführungsverordnung zum Aufwertungsgesetz.**

Art. 24 DurchfVerf. z. AufwG.; § 73 AufwG.; §§ 794 Ziff. 5, 797 ZPO., auch §§ 568 II, 576, 551 ZPO.; § 63 BGB. und § 726 ZPO. Keine vollstreckbare Ausfertigung wegen der persönlichen Forderung aus einer aufgewerteten Hypothek in das sonstige Vermögen. Die Beschwerde gegen die Ablehnung des Urkundsbeamten (§ 576) ist keine Beschwerde nach § 73 AufwG., sondern reine ZPO.-Beschwerde. OLG. Dresden 2981<sup>8</sup>

**Handelsgesetzbuch.**

§ 67 HGB. Anstellung eines Handlungsgehilfen zur Aushilfe oder zur Probe. Beweiskraft. RArbG. 3011<sup>2</sup>

§§ 250, 294, 303, 305, 307, 321, 322 Abs. 3 HGB. Eine Umwandlung der AktG. in eine KommGes. a. A. ist ohne Auflösung und Neugründung nicht zulässig. RG. 2938<sup>11</sup>

§ 234 HGB. Ein Mitglied des Vorstandes einer AktG., der sein Amt freiwillig niedergelegt hat, hat Anspruch darauf, daß die AktG. zur Eintragung in das Handelsregister nicht anmeldet, er sei „abberufen“ worden. OLG. Frankfurt a. M. 2983<sup>9</sup>

**Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.**

§ 19 GmbHG.; § 242 BGB. Grundsätze für die Bemessung der Höhe der Aufwertung von Einlageverbindlichkeiten der Gesellschafter einer GmbH. RG. 2941<sup>11a</sup>

§§ 54, 57 58 GmbHG. Keine Eintragung einer gleichzeitigen Herabsetzung und Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH. RG. 2968<sup>1</sup>

§ 73 GmbHG. Fortbestehen der bereits im Handelsregister gelöschten GmbH., wenn sie trotz der beendeten Liquidation noch Vermögen besitzt. Ein Schadenersatzanspruch gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 GmbHG. besteht nur dann, wenn die Forderung dem Liquidator dem Grunde und Betrage nach im wesentlichen bekannt ist; Kennenmüssen genügt nicht. Können bei Beobachtung der Vorschriften des § 73 das. Bereicherungsansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter bestehen? RG. 2943<sup>12</sup>

§§ 80, 81 GmbHG. Prozessuale Wirkungen der Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. unter Ausschluß der Liquidation. OLG. Kiel 2986<sup>13</sup>

**Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.**

§ 70 GenG. Es gibt keine Arglisteneinrede, wenn der Vorstand die An-

meldung des Austritts beim Genossenschaftsregister schuldhaft unterläßt. RG. 2977<sup>4</sup>

**Deutsch-schweizerisches Goldhypothekenabkommen.**

Art. 153, 109, 105 ABVerf. 1. Das Abkommen verstößt nicht gegen die ABVerf. 2. Besondere die Anwendung des Abkommens ausschließende Vereinbarung der Parteien i. S. Art. 5 des Abkommens liegt nicht schon in einer gewöhnlichen Prolongationsabrede. RG. 2949<sup>17</sup>

**Tarifvertragsverordnung.**

§ 1 TarVd. Die Tariffähigkeit eines Arbeitnehmerverbandes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß nach seiner Satzung Mitglieder, die Arbeitgeber werden, die Mitgliedschaft ohne Stimmrecht fortsetzen können. Ein Arbeitgeberverband kann sich nicht durch Satzungsänderung tarifunfähig machen, solange er die sonstigen Aufgaben einer wirtschaftlichen Vereinigung in seiner Satzung beibehält. RArbG. 3013<sup>6</sup>

§ 1 TarVd. Auslegung eines Tarifvertrages. Die eine Auslösung betr. Tarifvertragsbestimmungen des Baugewerbes haben mit dem Platzwechsel einen Wechsel in der Person des Arbeitgebers nicht zur Voraussetzung. Der Begriff „Arbeitgeber“ ist ein Rechtsbegriff. RArbG. 3011<sup>8</sup>

**Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten.**

§§ 1, 2 KündSchG.; § 1 Abs. 3 Satz 3 AngVerfG. Hat ein Angestellter beim Eintritt in eine nach dem AngVerfG. versicherungspflichtige Beschäftigung das 60. Lebensjahr vollendet, so genießt er dennoch den Kündigungsschutz des KündSchG., wenn er zur Zeit des Eintritts nach dem 4. Buche der RVD. versichert war. RArbG. 3017<sup>9</sup>

§ 2 KündSchG. Die Anwendung des KündSchG. kann nicht dadurch ausgeschaltet werden, daß die Parteien unter Aufhebung des alten Anstellungsvertrages ein neues Vertragsverhältnis eingehen. RArbG. 3017<sup>8</sup>

§ 2 KündSchG. Rechtsnachfolge i. S. des KündSchG. liegt vor, wenn mehrere Unternehmer gewisse gleichartige Betriebsteile von ihrem Unternehmen loslösen, sich zu deren gemeinsamer Bewirtschaftung vereinigen und in dem neuen Unternehmen die in den bisherigen Betriebsteilen beschäftigten Angestellten fortbeschäftigen. RArbG. 3016<sup>7</sup>

**Vorläufige Landerbeitsordnung.**

§ 2 vorl. LArbO. Wird ein Dienstvertrag entgegen dieser Vorschrift formlos geschlossen, so ist er nicht nichtig, sondern gilt zunächst für 6 Monate und ist dann gegebenenfalls weiterhin auf unbestimmte Zeit verlängert. RArbG. 3018<sup>10</sup>

**Stillelegungsverordnung.**

Zweck der BetriebsstillelegungsVd. Anwendung des § 2 auch bei mehreren aufeinanderfolgenden Entlassungen, die nur in der Gesamtheit die gesetzliche Mindestzahl überschreiten, wenn ursächlicher Zusammenhang zwischen den zeitlich getrennten mehreren Entlassungen besteht. RArbG. 3015<sup>6</sup>

**Tarifvertrag für das Berliner Hotel- u. Gewerbe vom 9. April 1927.**

§ 1 TarVertr. für das Berliner Hotel- u. Gewerbe v. 9. April 1927. Freiwillig vom Gast gewährte besondere Trinkgelber sind auf das tarifliche Bedienungsgeld des Restners nicht anzurechnen. RArbG. 3012<sup>4</sup>

## 2. Verfahrensrecht.

## Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 13 GVG. Die Rückforderung einer nicht vom Steuerpflichtigen selbst, sondern von seinem Schuldübernehmer angeblich zu Unrecht erhobenen und gezahlten Steuer kann im Rechtswege verfolgt werden. RG. 2957<sup>25</sup>

§ 13 GVG. Bezüglich solcher Ansprüche, wegen deren die „Klagerhebung“ vor dem ordentlichen Gericht erst nach Fällung einer Vorentscheidung einer Verwaltungsbehörde zulässig ist, ist „der Rechtsweg zur Zeit unzulässig“ und deshalb auch die Entlassung von einstweiligen Verfügungen durch das ordentliche Gericht unzulässig. UrwG. Freiburg 3019<sup>1</sup>

§§ 63, 68 GVG.; § 46 PrAGGVG.; Allg. Vfg. v. 13. Aug. 1921 z. ZPO.; §§ 539, 531 Nr. 1 ZPO. Die Bestellung eines zeitweiligen Vertreters für den Vorsitzenden der Kammer für Handelsachen durch den Landgerichtspräsidenten ist dann unzulässig, wenn die Behinderung des ständigen Vertreters des Vorsitzenden mit Amtsgeschäften begründet wird, die ihm vom Landgerichtspräsidenten selbst oder vom Präsidium übertragen sind. Die unvorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts erster Instanz verpflichtet das BG. nicht zur Aufhebung des Urteils. RG. 2989<sup>18</sup>

## Zivilprozeßordnung.

§ 91 Abs. 2 ZPO.; § 38 Abs. 2 RAÜGebD. Anwaltswechsel nach Mahnverfahren, wenn nur einer der beiden bevollmächtigten Rechtsanwälte bei dem LG. zugelassen ist. DLG. Königsberg 2997<sup>29</sup>

§§ 91, 256, 264, 99 Abs. 3 ZPO.; § 257 BGB. Der Anspruch auf Befreiung von einer Schuld ist, solange über deren Bestand noch ein Rechtsstreit schwebt, zweckmäßigerweise als Feststellungsklage für einen bedingten Anspruch, nicht als Leistungsklage auf Befreiung geltend zu machen. Wenn fälschlich Leistungsklage auf Befreiung erhoben ist, fallen nach rechtskräftiger Abweisung der Vorklage die Kosten der damit erledigten und von vornherein unbegründet gewesenen Befreiungsklage gemäß § 91 ZPO. dem Kläger zur Last; jedoch kann dieser unter Umständen einen auf bürgerlich-rechtliche Vorschriften (z. B. positive Vertragsverletzung, unerlaubte Handlung) gestützten Schadenserzanspruch wegen der Kosten im Wege der Klageänderung, unter Bezifferung des Kostenbetrages im Antrage, geltend machen. RG. 2991<sup>20</sup>

§ 114 ZPO. Einem Armenrechtsgeuch der in einem Ehecheidungsprozeß beklagten Partei ist wegen Mutwilligkeit der Rechtsverteidigung der Erfolg zu verlagen, wenn der Rechtsstreit nach Auffassung des Gerichts ohnehin zur Klageabweisung reif ist und der Antrag der Bekl. auf Beibringung eines RA. somit eine mißbräuchliche Benutzung der Staatskasse darstellen würde. RG. 2990<sup>19</sup>

§ 256 ZPO. Nur ein konkretes Rechtsverhältnis, nicht eine abstrakte Rechtsfrage kann Gegenstand der Feststellungsklage sein. UrwG. 3018<sup>11</sup>

Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 279, 279 a ZPO. LG. I Berlin 3008<sup>2</sup>

§§ 460, 322 ZPO. Abnahme des Eides vor dem Eintritt der Rechtskraft des bedingten Endurteils ist unzulässig und muß zur Aufhebung des Läuterungsurteils führen. Ein bedingtes Endurteil ist erst dann rechtskräftig, wenn es in allen seinen Teilen, also sowohl hinsichtlich der Eidesnorm als auch hinsichtlich der Folgen der Eidesleistung oder der Eidesverweigerung unangreifbar ist. RG. 2956<sup>20</sup>

Gegenüber der Vorschrift des § 515 ZPO. ist für Anwendung der Kostenbestimmung der §§ 95—97 ZPO. kein Raum. DLG. Kassel 2995<sup>25</sup>

§§ 518, 130 Nr. 6 ZPO. Bei gleichzeitiger Einreichung einer nicht mit Unterschrift versehenen Berufungsschrift und einer mit dem Beglaubigungsvermerk des Prozeßbevollmächtigten versehenen Abschrift davon ist diese zweite als Berufungsschrift anzusehen. RG. 2953<sup>21</sup>

§ 519 ZPO. Wenn auch in dem Falle, daß nach erfolgter Setzung einer Frist gemäß § 519 Abs. 6 ZPO. das Armenrecht für einen Teilbetrag bewilligt worden ist, Unklarheiten über die Höhe des nunmehr zu zahlenden Vorschusses beseitigt werden müssen, damit die Frist ihre Wirkung üben kann, so muß es doch genügen, wenn die mitgeteilte Berechnung klar ergibt, daß die jetzige Anforderung der teilweisen Bewilligung des Armenrechts Rechnung trägt. RG. 2956<sup>23</sup>

§ 519 ZPO. Wenn eine Berufung zunächst unbeschränkt eingelegt, dann nach Bewilligung des Armenrechts für einen Teilbetrag der Berufungsantrag nur für diesen Teil genommen, aber der für den anderen Teil angeforderte Gerichtskosten-vorschuß nicht fristgerecht bezahlt wird, dann ist eine nachträgliche Erweiterung des Berufungsantrages ausgeschlossen. RG. 2954<sup>22</sup>

§ 565 Abs. 2 ZPO. Im Falle der Zurückweisung einer Sache in die VerZust. ist das BG. an den Sachverhalt, wie er in dem früheren Urteil festgelegt war, nicht gebunden; es kann vielmehr neues Tatsachenvorbringen geprüft werden. Eine die Sache in die VerZust. zurückverweisende Entscheidung entscheidet über den Sachverhalt regelmäßig nicht abschließend. RG. 2956<sup>24</sup>

§ 568 ZPO. Der Einwand, es habe die Aufwertungskammer entschieden, wiewohl die Kammer für ZPO.-Beschwerden hätte entscheiden müssen, begründet nicht die Einrede einer „unvorschriftsmäßigen Besetzung“ des Gerichts (§ 63 GVG.) als neuen Beschwerdebegrund i. S. § 568 Abs. 2 ZPO. DLG. Dresden 2981<sup>8</sup>

§ 576 ZPO. Die Beschwerde gegen die Ablehnung des Urkundsbeamten ist keine Beschwerde nach § 73 AufwG., sondern reine ZPO.-Beschwerde. DLG. Dresden 2981<sup>8</sup>

§§ 585, 590 ZPO.; § 28 RAÜGebD. Gebührenrechnung beim Übergang vom Wechselprozeß zum ordentlichen Prozeß im Wiederaufnahmeverfahren. DLG. Köln 2996<sup>28</sup>

§§ 614—616 ZPO. In Eheachen darf wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Verhandlung und Entscheidung nicht über die Klage durch kontradiktorisches und daneben über die Widerklage durch Versäumnisurteil entschieden werden. DLG. Kiel 2995<sup>26</sup>

§ 627 ZPO. Da die gemeinsame Benutzung von Räumen durch die in der Ehevohnung während des Scheidungsprozesses getrennt lebenden Ehegatten zu Unzuträglichkeiten führt, kann der Ehefrau statt der Mitbenutzung der fraglichen Räume das Recht auf eine selbständige Wohnung zugelassen werden. RG. 2976<sup>2</sup>

In dem Beibringungsverfahren des § 679 Abs. 3 ZPO. kann der Entmündigte nicht Beschwerde durch einen von ihm selbst beauftragten Rechtsanwalt einlegen. DLG. Hamm 2994<sup>24</sup>

§§ 726, 794 Ziff. 5, 797 ZPO. Keine vollstreckbare Ausfertigung wegen der persönlichen Forderung aus einer aufgewerteten Hypothek in das sonstige Vermögen. DLG. Dresden 2981<sup>8</sup>

§ 771 ZPO.; §§ 559, 560 BGB. Das Vermieterpfandrecht erlischt nicht, wenn der Vermieter die Sachen pfändet. In der Pfändung liegt keine Geltendmachung des Vermieterpfandrechts. Der Widerspruchsklage des Dritteigentümers kann der Vermieter aber Arglist entgegenhalten. DLG. Naumburg 2998<sup>31</sup>

§ 811 ZPO. Ein Lastkraftwagen eines auf dem Lande wohnenden Ferieler- (Schweine-) Händlers gehört zu den durch § 811 Ziff. 5 ZPO. vor Pfändung geschützten Gegenständen. DLG. Kiel 2996<sup>32</sup>

## Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

§§ 20, 148 ZwVerfG.; §§ 1123 ff. BGB. Die im Mietvertrag selbst vereinbarte Berechnung eines Baudarlehens auf den Mietzins bleibt auch dem Zwangsverwalter gegenüber wirksam. DLG. Karlsruhe 2986<sup>10</sup>

§§ 57 b, 148, 152 ZwVerfG.; §§ 1123 ff. BGB. Mietzinsvorauszahlungen im Zwangsverwaltungsverfahren. Im Mietvertrag vereinbarte Berechnung der Mietzinsen mit Darlehensrückzahlungen und Verzinsungsansprüchen des Mieters gegen den Eigentümer. DLG. Stuttgart 2989<sup>17</sup>

## Vergleichsordnung.

§ 73 VerglD. Ein vor dem Vergleichsverfahren erwirkter Vollstreckungstitel wird durch die Eintragung der Forderung in die Vergleichstabelle nicht aufgezehrt, bleibt vielmehr in seinem alten Umfang bestehen. LG. Fürth 3008<sup>3</sup>

## Preussisches Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Art. 40 PrRG.; § 839 BGB. Erfüllung der Amtspflicht durch einen preuß. Notar niemals Gegenstand vertraglicher Bindung. Belehrungspflicht des Notars über die rechtlichen Bedenken eines zu beurkundenden Vertrages. Voraussetzungen eines Knebelungsvertrages. Nichthaftung des Notars wegen befehlungsloser Beurkundung eines Knebelungsvertrages, weil die geschädigte Bank von ihrem gesetzlichen Vertreter, der selbst wissen mußte, daß der Vertrag gegen die guten Sitten verstoße, Ersatz verlangen kann. RG. 2932<sup>7</sup>

## Gerichtskosten-gesetz.

§ 74 GKG. Zur Glaubhaftmachung der Tatsache, daß die Verzögerung dem Kläger einen nicht oder nur schwer zu ersetzenden Schaden bringen würde, genügt die Erklärung des Rechtsanwalts ohne Angabe von Tatsachen. RG. 2992<sup>21</sup>

§ 74 Abs. II Satz 1 GKG. darf nicht auf den Fall ausgedehnt werden, daß nach der Bestimmung des ersten Verhandlungstermins die Einzahlung der Prozeßgebühren unterbleibt. Ist der Termin einmal anberaumt worden, dann kann das Gericht wegen Nichtzahlung der Prozeßgebühren die Entgegennahme der Verhandlung nicht mehr ablehnen. RG. 2993<sup>22</sup>

## Rechtsanwaltsordnung.

§ 28 RAÜD.; §§ 611 ff., 631 ff. BGB. Ein Rechtsanwalt verleiht keine Vertragspflicht, wenn er mit der Erwirkung eines vollstreckbaren Titels beauftragt den Weg der Einklagung der Forderung wählt, statt seinen Klienten auf den billigeren Weg der vollstreckbaren Urkunde zu verweisen. DLG. Oldenburg 2988<sup>15</sup>

## Rechtsanwaltsgebührenordnung.

§ 13 Ziff. 3 RAÜGebD. Vergleichsgebühr

in Ehecheidungssachen. OLG. Breslau 2994<sup>23</sup>

§ 13 RAGebD.; § 78 ZPD.; § 138 BGB. Auch in Ehesachen ist ein Vergleich möglich. In diesem Fall steht auch dem Prozeßbevollmächtigten die Vergleichsgebühr zu. OLG. Kofloek 3000<sup>33</sup>

§ 28 RAGebD.; §§ 585, 590 ZPD. Gebührenerhebung beim Übergang vom Wechselprozess zum ordentlichen Prozess im Wiederaufnahmeverfahren. OLG. Köln 2996<sup>28</sup>

§ 88 Abs. 2 RAGebD.; § 91 Abs. 2 ZPD. Anwaltswechsel nach Mahnverfahren, wenn nur einer der beiden bevollmächtigten Rechtsanwälte bei dem LG. zugelassen ist. OLG. Königsberg 2997<sup>29</sup>

### Armenanwaltsgesetz.

Art. I und IV Ges. betr. die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armenanwaltsverfahren und Änderung des Gerichtsostengesetzes v. 20. Dez. 1928; Art. 153 RVerf.; § 11 ArmenAnwG. Erstattung von Anwaltsgebühren aus der Staatskasse, wenn die gebührenpflichtige Tätigkeit in der Zeit v. 1.—20. Juli 1928 ausgeübt worden ist, nach Festsetzung der Gebühren aber erst nach dem Inkrafttreten des Ges. vom 20. Dez. 1928, d. i. 29. Dez. 1928 erfolgt. Grundsätze über die Erstattung von Reisekosten aus der Staatskasse. OLG. Nürnberg 2999<sup>32</sup>

## B.

### Strafrecht.

#### 1. Materielles Recht.

##### Strafgesetzbuch.

Der ursächliche Zusammenhang zwischen einer Handlung und einem eingetretenen Erfolg wird nicht schon durch die bloße Möglichkeit ausgeschlossen, daß der gleiche Erfolg auch ohne das schuldhaftes Verhalten eingetreten wäre. RG. 2964<sup>35</sup>

Voraussetzungen einer Nötigung nach § 52 Abs. 1 StGB. Notstand nach § 54 StGB., insbesondere bei Begründung eines dauernden Gefahrenzustandes. RG. 2958<sup>26</sup>

§ 61 StGB. Die Kenntnis liegt nicht schon dann vor, wenn bei mehreren in einem Schreiben gemachten Ausfällen wichtige Einzelausfälle dem Beleidigten noch nicht bekannt wurden. OLG. Dresden 3003<sup>37</sup>

Die Verjährung wird durch jede richterliche Handlung unterbrochen, die bestimmt und geeignet ist, die Verjährung der Strafsache zu fördern, und die damit der Verfolgung der zur Untersuchung stehenden Straftat dient. Dazu gehört auch ein Sichtvermerk des Strafkammenvorsitzenden in den Akten, der die Bedeutung hat, festzustellen, daß er die nach § 346 Abs. 1 StGB. erforderliche richterliche Prüfung, ob die Formlichkeiten der Rev. gewahrt sind, vorgenommen hat. RG. 2964<sup>33</sup>

§§ 74, 293, 117 StGB.; §§ 15, 25 SchußwG. Tatemehrheit und Tateinheit beim Zusammentreffen von Waffenführung, Jagdbergehen und Forstwiderstand. RG. 2963<sup>32</sup>

§ 114 StGB. Als Drohung i. S. des § 114 StGB. kommt auch die Ankündigung von solchen Nachteilen in Betracht, die dem Beamten nur mittelbar treffen, etwa wenn sie in erster Linie die Allgemeinheit schädigen, in ihren weiteren Auswirkungen aber dem Beamten die Durchführung seiner Amtsgeschäfte erschweren. Zum Begriff der Amtshandlung im Sinne dieser Vorschrift. RG. 2960<sup>27</sup>

§ 128 StGB. Ausübung des Hausrechts

durch die Ehefrau des anwesenden Wohnungsinhabers. RG. 2960<sup>28</sup>

§ 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB.; §§ 64, 62 MilStGB. Auf eine disziplinarische Verfolgung findet § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. keine Anwendung. Bestand die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung infolge der Einführung eines milderen Strafgesetzes zur Zeit der Ablegung der falschen eidlichen Aussage nicht mehr, so ist § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. unanwendbar. RG. 2961<sup>29</sup>

§ 163 StGB. Die Unerheblichkeit eines Aussagepunktes kann für den inneren Tatbestand von Bedeutung sein. Die Frage der Fahrlässigkeit kommt bei Zeugen nur für den Zeitpunkt der Eidesleistung in Betracht. OLG. Dresden 3004<sup>38</sup>

Obhut i. S. des § 174 Ziff. 2 StGB. OLG. Kiel 3006<sup>41</sup>

§§ 186, 192, 193 StGB. Ist dem Rechtsgedanken der Güterabwägung für die Frage, ob dem Beleidiger der Schutz des § 193 StGB. zuzubilligen ist, ausnahmslos entscheidende Bedeutung zuzumessen? Wann ist dem gewählten Mittel die Absicht der Beleidigung zu entnehmen? RG. 3001<sup>34</sup>

§ 199 StGB. Zur Ausgleitung von Beleidigungen, durch die gleichzeitig mehrere in nahen Beziehungen zueinander stehende Personen getroffen werden, wenn nur eine dieser Personen mit einer Beleidigung erwidert. RG. 3002<sup>35</sup>

§ 222 StGB. 1. Ist durch eine Handlung ein Erfolg verursacht worden, so genügt die entfernte Möglichkeit, daß bei Wegfall der Handlung derselbe Erfolg infolge anderweitiger Ursachen trotzdem eingetreten wäre, nicht zur Verneinung des Kausalzusammenhanges. 2. Ist durch eine menschliche Handlung eine Bedingung für einen schädigenden Erfolg — den Tod eines anderen — gesetzt, so wird der ursächliche Zusammenhang nicht dadurch ausgeschaltet, daß der andere vor dem Tode — ohne daß sein Wille auf dessen Herbeiführung gerichtet war, sondern weil er hoffte, auch ohnebides wieder gesund zu werden — eine — im Ausgang übrigens zweifelhafte — Operation verweigerte. RG. 2962<sup>30</sup>

§ 222 StGB. Zum Begriffe der fahrlässigen Tötung. BayObLG. 2969<sup>1</sup>

§ 243 StGB. Benützung fremder Geldstücke zum Abspielenlassen eines Musikautomaten. BayObLG. 2970<sup>2</sup>

§§ 246, 266 Ziff. 2 StGB. Verkauf einer geliehenen Schreibmaschine, mit deren Veräußerung der Eigentümer unter der Bedingung einverstanden war, daß der vorgeschriebene Preis alsbald an ihn abgeführt werde. OLG. Dresden 3005<sup>39</sup>

§ 292 StGB. Nach § 292 StGB. strafbar kann nicht nur sein, wer an dem Orte, an dem er die Jagd ausübt, überhaupt nicht jagdberechtigt ist, sondern auch, wer dort bloß ein sachliches beschränktes Jagdrecht hat und die Grenzen seines Jagdrechts bewußt überschreitet. RG. 2963<sup>31</sup>

§§ 293, 117 StGB.; §§ 15, 25 SchußwG. Tatemehrheit und Tateinheit beim Zusammentreffen von Waffenführung, Jagdbergehen und Forstwiderstand. RG. 2963<sup>32</sup>

§ 308 StGB. Begriff der Früchte auf dem Felde. BayObLG. 2970<sup>3</sup>

Zum inneren Tatbestande des § 361 StGB. BayObLG. 2970<sup>4</sup>

### Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen.

§§ 1, 16 (früher 17) UnedelMetG. vom 23. Juli 1926 i. d. Fass. des Ges. v. 28. Juni 1929. 1. Zur Auslegung des Begriffs „ein Gewerbe betreiben“ nach § 16 (früher § 17). 2. Zur Auslegung der Begriffe „gewerbs-

mäßige Weiterveräußerung“ und „Stellvertreter“ in § 1. RG. 2965<sup>34</sup>

### Schusswaffengesetz.

§§ 15, 25 SchußwG.; §§ 293, 117 StGB. Tatemehrheit und Tateinheit beim Zusammentreffen von Waffenführung, Jagdbergehen und Forstwiderstand. RG. 2963<sup>32</sup>

### Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen.

§§ 8 Nr. 1, 12, 17, 18 KraftfG. 1. Der bei einem Zusammenstoß von Kraftfahrzeugen verletzte Halter des einen Fahrzeuges muß sich bei der Geltendmachung seines Schadens die von seinem Fahrzeug ausgehende für den Schaden ursächliche Betriebsgefahr auch ohne Vorliegen eines Verschuldens auf seiner Seite zur Ausgleitung auch dann anrechnen lassen, wenn er selbst mit dem Fahrzeug befördert wurde oder bei seinem Betriebe tätig war (gegenständige Ansicht wird aufgegeben). 2. Bei der Ausgleitung im Rahmen des KraftfG. kann die festgestellte übermäßige Geschwindigkeit des einen Fahrzeuges zu einer Mehrbelastung des Halters dieses Fahrzeuges nicht führen, wenn sich die Geschwindigkeit des anderen Fahrzeuges nicht feststellen läßt. 3. Die Höchstfahrgeschwindigkeit des § 12 können voll zuerkannt werden, auch wenn die Schadenersatzpflicht nur für einen Bruchteil anerkannt wird. RG. 2943<sup>13</sup>

§ 17 KraftfG. Die Abwägung des Maßes der Verurteilung ist auch nach § 17 grundsätzlich Sache der tatrichterlichen Würdigung. RG. 2945<sup>14</sup>

### Verordnung über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen.

§§ 17, 24 KraftfVerfVO. 1. Auch der Vorfahrtsberechtigte muß sein Augenmerk auf regelwidrigen Verkehr aus der Seitenstraße richten. 2. Der in der Hauptstraße Fahrende kann sich auf sein Vorfahrtsrecht nicht berufen, wenn das Zusammentreffen auf der Kreuzung nur auf seine unangemessene Geschwindigkeit zurückzuführen ist. OLG. Karlsruhe 2984<sup>10</sup>

§§ 18, 21c KraftfVerfVO. Der zur Vorfahrt Berechtigte muß nötigenfalls auf die Ausübung seines Rechtes verzichten. Solcher Verzicht kann insbesondere nötig werden, wenn der andere ersichtlich das Vorfahrtsrecht nicht achtet. Überschreitet die auf Hauptverkehrsstraßen zur Nachtzeit übliche Geschwindigkeit die nach obigem § 18 zulässige Geschwindigkeit, so kann ein Fahrer mit ersterer eine Mitverschuldung verursachen. RG. 2946<sup>14</sup>

## 2. Verfahren.

### Strafprozessordnung.

Verhältnis des § 125 Abs. 1 u. 2 zu § 128 StPD. BayObLG. 2971<sup>6</sup>

§ 245 Abs. 2 StPD.; § 1020 BGB.; § 368 StGB.; § 917 BGB. Auch in den Fällen des § 245 Abs. 2 StPD. darf der Richter nicht willkürlich den Grundsatz der Wahrheitsforschung außer acht lassen. Erwerb eines Fahrrechtes durch Erziehung auf Grund des gemeinen Rechts. § 368 Nr. 9 StGB. kann nur vorsätzlich verletzt werden. Das Urteil über ein Notwegrecht hat nur rechtsbestätigende Wirkung. BayObLG. 2972<sup>7</sup>

§ 267 StPD. Zur Feststellung des hehlerischen Vorsatzes i. S. von § 259 StGB. ist erforderlich und kraft gesetzlicher Vermutung ausreichend die dem Erwerber der Sachen nachgewiesene Kenntnis von Umständen, nach welchen er beim Erwerb den

strafbaren Vorewerb annehmen „mußte“, solange nicht das Gericht für erwiesen hält, daß der Erwerber ungeachtet der ihm bekannten verdächtigen Umstände den strafbaren Vorewerb weder gekannt noch mit ihm gerechnet habe. RG. 2965<sup>34</sup>

§ 270 StPD. Der nach dieser Vorschrift zu erlassende Verweijungsbeschuß setzt nicht voraus, daß die Beweisaufnahme erschöpft worden ist, sondern hat zu erfolgen, sobald sich in der Verhandlung ein die höhere Zuständigkeit begründender Verdacht ergibt. RG. 2967<sup>35</sup>

§ 296 StPD. Einem gemäß § 51 StGB. freigesprochenen Angekl. steht gegen das freisprechende Urteil keine Berufung zu. OLG. Dresden 3006<sup>42</sup>

§§ 340, 335, 358 StPD.; Art. 35 Bay-AGWBG.; § 286 Abs. 1 StGB. Sprungrevision kann nicht eingelegt werden, wenn das AG. zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen hat. Ein Preßvergehen, das die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründet, liegt nur vor, wenn die Tat ausschließlich mittels eines Pressezeugnisses verübt worden ist. BayObLG. 2973<sup>38</sup>

## C.

## Steuerrrecht.

## Reichsabgabenordnung.

§§ 103, 104, 128, 132 RABGD.; § 23 Abs. 1a Nr. 3 GrEwStG. a) Die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen, die für nicht rechtzeitig gezahlte oder für gestundete Steuern festgesetzt sind, erlischt, insofern die Steuerfestsetzungen selbst wegen fehlerhafter Behandlung der Sache durch die Steuerbehörde berichtigt werden. b) Ein derartiger Zinsanspruch wird, unbeschadet des Grundsatzes unter 1, dadurch nicht berührt, daß die Steuer selbst nach § 23 Abs. 1a Nr. 3 zu erlassen oder zu erstatten ist. RFG. 3021<sup>1</sup>

## Einkommensteuergesetz.

§§ 6 Abs. 1 Nr. 7, 15 Abs. 1 Nr. 3, 18 Abs. 1 Nr. 2, 37 Abs. 1 Nr. 5, 38 Abs. 4 Nr. 4, 40 EinkStG. a) Wiederkehrende Bezüge liegen nur vor, soweit die betreffenden Bezüge im Einzelfall ihrem Grunde nach nicht unter eine andere der in § 6 Abs. 1 EinkStG. aufgezählten Einkommensarten fallen. b) Bei der Einkommensart „wiederkehrende Bezüge“ ist die Steuerpflicht an die äußere Form geknüpft. Daher sind die wiederkehrenden Bezüge grundsätzlich, ohne daß es auf den Rechtsgrund, auf dem sie beruhen (entgeltlicher oder unentgeltlicher Erwerb), ankommen würde, steuerpflichtig. c) Wiederkehrende Bezüge i. S. des § 6 Abs. 1 Nr. 7 EinkStG. liegen nicht vor, wenn sich bei entgeltlicher Begründung die einzelnen Leistungen wirtschaftlich noch als Kapitalrückzahlungen aus einem darlehnsähnlichen Geschäft (Stun-

zung des Kaufpreises) auffassen lassen. Das wird regelmäßig dann nicht mehr der Fall sein, wenn die Dauer der Bezüge unbestimmt (Leibrenten) oder das Vertragsverhältnis aleatorischer Natur (Versicherungsleistungen) ist. Soweit eine Kapitalrückzahlung in Frage kommt, kann eine Spaltung der einzelnen Bezüge in steuerfreie Amortisation und steuerpflichtige Zinsen erforderlich werden. d) Für den Regelfall ist davon auszugehen, daß, wenn es sich auf beiden Seiten um Vorgänge außerhalb eines Betriebsvermögens handelt, wiederkehrende Bezüge, die beim Empfänger steuerpflichtig sind beim Geber eine abzugsfähige Last (Rente) darstellen. RFG. 3022<sup>2</sup>

## Erbstiftungssteuergesetz.

§ 2 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. 1925. a) Wenn die Erben eines offenen Handelsgesellschafters laut Gesellschaftsvertrags bis zum Schlusse des Todesjahres des Erblassers noch „am Gewinn und Verlust teilnehmen“, so ist Gegenstand des Nachlasses nicht eine offene Handelsgesellschaftsbeteiligung, sondern ein (Kapital-) Anspruch auf das Auseinandersehungsguthaben gegen die DGG. bzw. gegen den überlebenden Gesellschafter. b) Zur Frage der Bewertung eines solchen Auseinandersehungsanspruchs. RFG. 3024<sup>4</sup>

## Körperschaftsteuergesetz.

§ 13 KStG.; §§ 13, 19, 20 EinkStG.; § 143 RABGD. Hat ein Steuerpflichtiger in der Anfangsbilanz vom 1. Jan. 1925 eine Aufwertungsforderung zum gemeinen Werte eingesezt, so ist er nicht verpflichtet, in der Schlußbilanz den höheren gemeinen Wert dieser Aufwertungsforderung einzusetzen. RFG. 3024<sup>3</sup>

## D.

## Sonstiges öffentliches Recht.

## Reichsverfassung.

Art. 17 RVerf.; § 17 BadGemD. Verlust des Amtes als Stadtverordneter infolge Ausscheidens aus der Partei. Bedeutung der Spaltung einer Partei. BadVGH. 3034<sup>10</sup>

Art. 128 Abs. 2 RVerf. Die Zustimmung der zu Unrecht wegen ihrer Verheiratung entlassenen Lehrerin zu der Entlassungsverfügung in Unkenntnis deren Rechtsunwirksamkeit ist rechtlich belanglos. Nach der Klärung der Rechtslage durch die Rechtsprechung des RG. hatte die Unterrichtsverwaltung die Amtspflicht, die zu Unrecht ergangenen Entlassungen in Ordnung zu bringen. Das Warten der Lehrerinnen hierauf kann keine Verwirkung ihrer Ansprüche herbeiführen. RG. 2952<sup>19</sup>

Art. 153 RVerf.; Art. 46 Abs. 2 Bay. Gef. über die Erschließung von Baugelände im Verhältnis zu Art. 153 Abs. 2 RVerf. BayObLG. 2971<sup>5</sup>

## Reichsversicherungsgesetz.

§ 1432 RVD. Die buchmäßige Aufzeichnung des Lohns stellt keine Lohnzahlung dar. OLG. Dresden 3005<sup>40</sup>

## Fürsorgeverordnung.

§ 25 RFürsV. Erstattung von Aufwendungen aus öffentlicher Fürsorge. OLG. 2978<sup>5</sup>

## Fürsorgerecht

im übrigen S. 3027 f.

## Reichsvereinsgesetz.

§§ 11, 19 RVerf. v. 19. April 1908. Sportspeer als Waffe. RG. 3002<sup>36</sup>

Preussisches Gesetz über den Verkehr mit Grundstücken.

PrGrVerfG. v. 10. Febr. 1923; §§ 185, 894, 985 BGB. Zwar liegt regelmäßig in der Auflassung zugleich die Einwilligung, daß der Erwerber als Nichteigentümer das Eigentum überträgt; zwar bedürfen Zustimmungserklärungen lediglich ergänzender und vervollständigender Art zu einem rechtswirksam geschlossenen und behördlich genehmigten Veräußerungsgeschäft keiner besonderen Genehmigung. Aber t. S. des GrVerfG. sind eine Reihe von Kaufverträgen und Auflassungen ebenso viele selbständige Veräußerungsgeschäfte, die allenfalls das erste, der behördlichen Genehmigung bedürfen. RG. 2950<sup>18</sup>

Bayerisches Gesetz über die Erschließung von Baugelände.

Art. 46 Abs. 2 Bay. Gef. über die Erschließung von Baugelände im Verhältnis zu Art. 153 Abs. 2 RVerf. BayObLG. 2971<sup>5</sup>

## Badisches Ortsstrafengesetz.

§§ 24, 25 BadOrtsStrafG. Kosten der Gehwegerneuerung aus Anlaß der Zerstörung der Gehwegdecke durch Kabelverlegungen der Telegraphenverwaltung. Zustimmung des Hauseigentümers zur Erneuerung ist nicht erforderlich und die Kostenerstattungspflicht bedeutungslos. Der Zwangsverwalter ist nicht Vertreter des persönlich haftenden Hauseigentümers. BadVGH. 3032<sup>9</sup>

§ 26 BadOrtsStrafG. Ersatz von Straßenreinigungskosten durch die Angrenzer einer Ortsstraße. Voraussetzungen des Angrenzens an eine Ortsstraße. BadVGH. 3033<sup>9</sup>

## Badische Gemeindeordnung.

§ 17 BadGemD.; Art. 17 RVerf. Verlust des Amtes als Stadtverordneter infolge Ausscheidens aus der Partei. Bedeutung der Spaltung einer Partei. BadVGH. 3034<sup>10</sup>