

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

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

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

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

Anzeigen die 6 gespaltene Millimeterhöhe 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., $\frac{1}{4}$ Seite M. 325.—, $\frac{1}{2}$ Seite M. 170.—, $\frac{3}{4}$ Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

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

Der Entwurf einer Zivilprozessordnung.

(Fortsetzung der Aufzählung JW. 1931, 2433 ff., 2537 ff., 3501 ff. und 1932, 85 ff.)

Die Zwangsvollstreckung.

- I. Vgl. Heilberg: JW. 1931, 2435 Ziff. 6.
- II. Vgl. Goldschmidt: JW. 1931, 2448 Abs. III.
- III. Vgl. Fischer: JW. 1931, 2541.
- IV. Vgl. Rühl: JW. 1931, 3512.
- V. Vgl. Baumbach: DZ. 1931, Sp. 1226.
- VI. Vgl. Königsberger: DZ. 1931, 378.
- VII. Vgl. Risch: Judicium 1931, 235.

VIII.

Von Rechtsanwalt Robert Held, Starnberg.

1. Das 9. Buch des Entwurfs „Zwangsvollstreckung und Zwangsvollzug“, das von den 1023 Paragraphen des Entwurfs allein 254 Paragraphen und von dem vorliegenden Werk mit 561 Seiten nicht weniger als 230 Seiten, von der Begründung des Entwurfs mehr als die Hälfte einnimmt, erweckt besonderes Interesse. Hier ist formell und materiell ein vollkommen neues Vollstreckungsrecht aufgebaut worden; die es regelnden Bestimmungen sind aus einem Guß, gründlichst durchdacht und zeigen die geistige Durchdringung dieses besonders wichtigen Verfahrensgebietes durch die Verfasser. War bisher das Vollstreckungsrecht und das Vollstreckungsverfahren die crux jeden Prozesses, scheiterte an seinen Mängeln sehr häufig die Verwirklichung des Urteilsanspruchs, so hat sich der Entwurf mit größter Sorgfalt bemüht, alle im Vollstreckungsverfahren der ZPO. zutage tretenden und alle in der veränderten Wirtschaftslage, neuen Zahlungssitten und -unsitten begründeten, durch erfindungsreiche faule Schuldner ausgebauten Mängelmöglichkeiten zu beseitigen. Eine umfassende Besprechung ist im Rahmen dieses Aufsatzes nicht möglich; sie wird später erfolgen. Zunächst sei nur, da die Zwangsvollstreckungsinstanz besonders auch den Amtsgerichtsanwalt berührt und ihre Verbesserungen seine freudigste Zustimmung finden, unter anderem auf folgendes verwiesen:

§ 773 bestraft — muß vorchrift — den Schuldner, der dem Vollstreckungsgericht oder dem Gerichtsvollzieher unrichtige

Angaben macht, um den Gegner zu benachteiligen, mit Geld oder Haft. — Beim Offenbarungsseidverfahren hat der Schuldner (§ 775 Abs. 2) die in den letzten zwei Jahren vorgenommenen unentgeltlichen Veräußerungen, ferner freiwillige Sicherungen eines Gläubigers und Verfügungen zugunsten von Ehegatten und Verwandten anzugeben, weiterhin kann das VollstreckGer. zur Ermittlung der Erwerbsverhältnisse des Schuldners und übermäßiger Verfügungen in den letzten zwei Jahren Fragen stellen. Auf Nichterfüllung der Eidesleistungspflicht steht Geld- oder Haftstrafe; sie kann nur bei nachträglicher Erfüllung aufgehoben oder gemildert werden. Erst nach Vollstreckung dieser Strafe tritt die Erzwingungshaft ein. Leistet der aus der Erzwingungshaft vorgeführte Schuldner den Eid, so soll der Gläubiger beigezogen werden. Bei der Strafhaft fällt zunächst jede Kostenpflicht des Gläubigers weg, bei der späteren Erzwingungshaft besteht sie zunächst nur für eine Woche. Die fünfjährige Schutzfrist, die sich der Schuldner mit der Eidesleistung verschafft, ist auf drei Jahre verkürzt; auch innerhalb der drei Jahre ist der Eid neuerdings zu leisten, wenn „Anhaltspunkte“ für zwischenzeitlichen Vermögenserwerb bestehen. Im Schuldnerverzeichnis wird der Manifestant durch Unkenntlichmachung des Namens gelöscht, wenn der Gläubiger nachträglich befriedigt wurde; im übrigen sind die Einträge zehn Jahre — nicht mehr nur fünf Jahre — lang aufzubewahren. — Aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen kann erst zwei Wochen nach Zustellung vollstreckt werden (§ 817). Bei der Interventionsklage (§ 846) können die Kosten dem „Dritten auferlegt werden, wenn der Gläubiger den beschlagnahmten Gegenstand freigegeben hat und ihm nach dem Ermeßen des Gerichts eine frühere Freigabe nicht zumutbar war“. — Wenn der zur Zeit unpfändbare Schuldner Einkünfte und Vermögen zu erwarten hat, kann das Vollstreckungsgericht Sicherungsmaßnahmen treffen (§ 864), auch dem Schuldner eine Anzeigepflicht auferlegen, ihm die Verfügung über Rechte und Sachen schon jetzt entziehen, Überwachung anordnen und Verstöße des Schuldners dagegen bestrafen. — Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung ist unzulässig, wenn sie auch unter Berücksichtigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers eine mit den allgemeinen Sittlichkeitsbegriffen unvereinbare

Härte bedeutet (§ 872). — Das Anschlußpfandrecht entsteht ohne weiteres, sobald die Voraussetzungen der Vollstreckungsdurchführung entstanden sind; wenn nicht alle Gläubiger aus dem Pfandverband befriedigt werden können, so werden die Gläubiger im gleichen Rang mit dem Erstpänder befriedigt, wenn die Vollstreckungsvoraussetzungen innerhalb zehn Tagen seit der ersten Pfändung bei ihnen eingetreten sind (§ 883). — Gutgläubiger Erwerb eines Pfandgegenstandes durch einen Dritten ist ausgeschlossen; er begründet nur einen Nachrang (§ 885). — § 886 gibt dem Sicherungseigentümer nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung, auch dem Eigentümer kraft Vorbehalts, „wenn der wirtschaftliche Zweck des Eigentumsverwerbs oder -vorbehalts die Sicherung einer Forderung war und im Falle des Vorbehalts die Tilgung der Schuld so weit fortgeschritten ist, daß bei verständiger Würdigung der Sachlage ein berechtigtes Bedürfnis des Eigentümers nach Aussonderung nicht mehr anerkannt werden kann“. Damit übernimmt der Entwurf die vom RGH. für das geltende Recht vertretene, vom RG. abgelehnte Auffassung¹⁾. — Warenlager und andere Sachgesamtheiten können in der Weise gepfändet werden, daß der Schuldner berechtigt ist, einzelne Bestandteile im ordnungsmäßigen Wirtschaftsbetrieb herauszunehmen (§ 891). — Ein Gebot in der Mobilienzwangsversteigerung kann auch schriftlich gestellt werden und ist zu berücksichtigen, wenn der gebotene Betrag sichergestellt ist (§ 900). — Das Vollstreckungsgericht kann dem Schuldner bei Weidung von Geld- oder Haftstrafe die Verpflichtung auferlegen, jeden Stellenwechsel unverzüglich anzuzeigen; die Geldstrafe kann ohne Rücksicht auf die Lohn- und Gehaltspfändungsbeschränkungen beigetrieben werden (§ 914). — Die Drittschuldnererklärung des § 840 ZPO. ist stets abzugeben und hängt nicht mehr von der kostspieligen Aufforderung durch den Gerichtsvollzieher ab (§ 915). Die Aufrechterhaltung der Wirksamkeit einer Vorpfändung i. S. des § 845 ZPO. ist nicht an die fristgemäße Zustellung der Pfändung selbst gebunden (§ 923), wenn sie durch den Gerichtsvollzieher von Amts wegen erfolgt. — Zwangshypotheken haben gleichen Rang, wenn ihre Eintragung binnen dreißig Tagen seit der ersten Eintragung beantragt ist (§ 944). — Das Vollstreckungsgericht kann ein gütliches Übereinkommen über die Abwicklung des Schuldverhältnisses zwischen Schuldner und Gläubiger vermitteln und, um den Verfall der Wirtschaftskraft eines zahlungswilligen Schuldners hintanzuhalten, ihm auf seinen Antrag zur freiwilligen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten durch Beschluß Zahlungsfristen bewilligen, wenn dies unter Berücksichtigung aller Umstände angemessen erscheint und die wirtschaftliche Lage des Gläubigers nicht gefährdet wird (§§ 950 ff.). (Nicht ganz unbedenklich!) — Die Pfändung von an sich unpfändbaren Gegenständen ist zulässig, wenn dem Schuldner für die gepfändete Sache ein Ersatzstück überwiesen wird, das zur Erfüllung des geschützten Zweckes genügt (§ 955). — Die Lohnpfändungsgrenze bemißt sich nach dem Nettolohn, also nach Abzug einzubehaltender Steuern, Soziallasten usw. (§ 958). Auch unregelmäßiges Einkommen kann der Pfändungsgrenze unterstellt werden (§ 959). — Altenteil- und ähnliche Forderungen sind unpfändbar, soweit sie zur Bestreitung des notwendigen Unterhalts erforderlich sind. — Die Lohnziehung hört auf! Nach § 960 bleibt das Arbeitsentgelt des Schuldners Arbeitseinkommen des Schuld-

¹⁾ Vgl. RGH. 19, 125 = JW. 1926, 2124 und RG.: JW. 1929, 1878, auch JW. 1930, 257.

ners auch dann, wenn es im voraus, gleichviel unter welcher Bezeichnung, einem Dritten zugewendet wird. Ist für die Arbeit des Schuldners keine oder eine verhältnismäßig niedrige Vergütung vereinbart, wird er aber, sei es auch nur durch Unterhaltsgewährung, mit einem Wertbetrag entlohnt, der die Pfändungsgrenze übersteigt, so gilt die angemessene Vergütung als geschuldet. — Der Widerspruch gegen den Arrest muß glaubhaft gemacht sein; die Vollziehung des Arrestes ist nicht mehr an Fristen gebunden (§§ 1003 ff.) und erfolgt in Grundstücke nicht mehr durch Eintragung einer Sicherungshypothek, sondern durch Eintrag eines entsprechenden Verfügungsverbots.

2. Schon diese bei weitem nicht erschöpfende Ausführung einzelner Vorschriften des Entwurfs und der Vollstreckung zeigt, daß hier mit bestem Geschick an alle Wunden unseres derzeitigen Vollstreckungsrechts heilende Hand angelegt wurde; es wird kaum eine Änderung oder Neuerung darunter sein, die der mit dem Vollstreckungswesen viel Beschäftigte nicht als Verbesserung begrüßen würde.

Ganz anders aber die Durchführung dieser neuen Zwangsvollstreckung, so, wie der Entwurf sie sich denkt! Er führt den Amtsbetrieb für die Vollstreckung ein; er konzentriert die gesamte Zwangsvollstreckung beim Vollstreckungsgericht. Der Gläubiger ist ausgeschaltet; sein Anwalt ist ausgeschaltet; der Gerichtsvollzieher ist fast ausgeschaltet, nur noch Untergebener, wenn möglich noch unbeteiligter als bisher. Der Gläubiger kann nur „anregen“. Von der Wiege des Zahlungsbefehlsantrags an bis zum Grabe der Abschreibung auf Null wird die Dubiose vom Vollstreckungsgericht betreut; denn das AG. macht alles und alles von sich aus: Vollstreckungsbefehl, Gerichtsvollzieherauftrag, Offenbarungseid, Vermittlung, Stundung, Forderungspfändung, ja sogar die Ansetzung von Rechts-handlungen (den Rückruf); es erläßt Zahlungsbefehl, Arrest und EinstwVerf., stellt ein, hebt auf, schützt den Schuldner, verteilt den Erlös usw.! Gegen diesen Teil des Entwurfs bestehen die allerernstesten Bedenken. Zunächst sei nur angedeutet: Die individuelle Behandlung der Vollstreckungssache durch den Gläubiger und seinen Anwalt hört auf; der Interessent wird ausgeschaltet; an seine Stelle tritt die unbeteiligte starre, seelenlose, neue Behörde, die Nichts-als-Behörde, das Vollstreckungsamt, das „Amt“, die staatliche Verwaltung — ach, haben wir denn an diesen Dingen nicht genug und nicht genug Erfahrungen über Art und Grenzen ihrer Wirkungsmöglichkeiten! —, die das ihr aufgeladete Übermaß von Aufgaben mit einem Heer neuer Beamten und mit unzähligen neuen Formularen zu erfüllen versuchen und nie erfüllen wird und nie kann. Der kostspielige Apparat wird klappern, wird daraus seine Existenzberechtigung entnehmen und — leerlaufen! Verzögerung, Verstimmung, Verschleppung, Erfolglosigkeit, unendliche Verschlechterung gegenüber dem heutigen mangelhaften Zustand ist unabweisbar. In dem privatwirtschaftlichen Gebiet des Kampfes zwischen Gläubiger und Schuldner soll nach dem Entwurf der Staat nicht nur seine Macht dem, der um Unterstützung bittet, leihen, sondern Herr, ausschließlicher Herr sein. Ich möchte nicht, unter der Geltung dieses Teils des Entwurfs, ein mit — Kraft und Möglichkeiten und Fähigkeiten übersteigenden — Aufgaben beschwerter Vollstreckungsrichter, nicht der Partei auch für die Vollstreckung verantwortlicher Anwalt, noch weniger der Gläubiger sein: Nur eines: Schuldner!! — Diese Bedenken werden im nächsten Aufsatz eingehend zu erörtern sein.

Rücktrittsrecht und Vergleichsverfahren, insbesondere beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt.

Von Rechtsanwält Dr. Heinz Cohn, Köln.

Wenn ein Verkäufer seinem Kunden Waren unter Eigentumsvorbehalt bis zur Bezahlung des Kaufpreises geliefert hat, dann wird er, wenn über das Vermögen des Schuldners das Vergleichsverfahren eröffnet wird, davon nicht betroffen, falls der Schuldner in diesem Augenblick mit der Zahlung ganz oder teilweise im Rückstand ist und noch Ware aus der

Lieferung im Besitz hat¹⁾. Der Schuldner kann aber dieser für sein Vergleichsverfahren häufig verderblichen Folge ent-

¹⁾ JW. 1930, 2759; RG. 133, 40; RG.: JW. 1931, 2160, 2161; a. A. Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgehalt S. 204 ff.; Ebertsheim: JW. 1930, 3704; Merkel II: JW. 1931, 2088 f.

gehen, wenn er sich gem. den §§ 28 ff. VerglD. mit Ermächtigung des Gerichts vom Vertrage löst. Neuerdings machen sich nun bei den Lieferantenverbänden Bestrebungen bemerkbar, dieser wiederum für den Verkäufer ungünstigen Möglichkeit dadurch auszuweichen, daß man gleich nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens gemäß § 455 BGB. den Rücktritt vom Vertrage erklärt. Den gewünschten Erfolg versprechen sie sich kurz mit folgenden Gründen: Bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens seien sie gem. § 4 VerglD. vom Verfahren nicht betroffen worden. Durch ihren Rücktritt vor der Loslösung des Schuldners sei der gegenseitige Vertrag aus der Welt geschafft und dadurch dem Schuldner die Möglichkeit, sich nach den §§ 28 ff. VerglD. loszusagen, genommen. Im übrigen handle es sich bei den durch den Rücktritt entstandenen Ansprüchen und Verbindlichkeiten um solche, die bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch nicht bestanden hätten. Sie seien also auch als sog. Neugläubiger am Verfahren nicht beteiligt²⁾. Indes zeigt eine nähere Prüfung, daß auch dieser Versuch der Lieferantenverbände, das Lösungsrecht des Schuldners zu vereiteln, scheitern muß³⁾.

I. Tritt der Verkäufer gemäß § 455 BGB. vom Vertrage zurück, so wird damit der ganze Vertrag vernichtet, und zwar mit Wirkung ex tunc. Die Rechtsordnung betrachtet die Sache so, als ob niemals ein Vertrag bestanden hätte. Die Parteien haben einander das beiderseitig Geleistete zurückzugewähren. Dabei handelt es sich aber nicht um vertragliche Ansprüche, sondern um gesetzliche (Legalobligation), die als Bereicherungsansprüche aufzufassen sind, wenn auch als im Gesetz besonders geregelte⁴⁾.

Die Rückgewährspflicht des Schuldners entfällt auch nicht etwa dadurch, daß er über die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware bereits weiter verfügt hatte. Vielmehr hat er bei Unmöglichkeit der Rückgewähr den Wert zu vergüten nach den Grundsätzen, die zu § 818 Abs. 2 BGB. entwickelt sind⁴⁾. Da man bei Kaufgeschäften regelmäßig davon ausgehen kann, daß der Wert eines Gegenstandes sich in dem zwischen Käufer und Verkäufer vereinbarten Kaufpreise ausdrückt, so wird der Käufer also in diesem Falle dem Verkäufer an Stelle des nicht mehr vorhandenen Gegenstandes den entsprechenden Rechnungsbetrag zu vergüten haben. Das entspricht ebenfalls der in Rpr. und Wissenschaft herrschenden Ansicht, die das RG. etwa folgendermaßen ausdrückt: Die Vorschrift des § 346 Satz 2 habe allgemeine Geltung auch für andere Fälle der unmöglichen Rückgewähr; § 346 Satz 2 bringe einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck⁵⁾. Daß durch die Unmöglichkeit einer Rückgewähr in natura das Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen wird, ergibt sich ja auch aus § 347 BGB., wo dem Rücktrittsberechtigten unter bestimmten Voraussetzungen sogar ein Schadensersatzanspruch eingeräumt wird, welcher der Legalobligation zwischen Eigentümer und Besitzer (§§ 987 ff. BGB.) nachgebildet ist. Diese noch strengere Haftung des Käufers wird man aber in dem hier zur Erörterung stehenden Falle kaum anwenden dürfen; denn sie beruht auf dem Rechtsgedanken, „daß derjenige, der eine Leistung in dem Bewußtsein annimmt, er werde sie infolge des ihm oder dem anderen Teile zustehenden Rücktrittsrechts eintretendenfalls zurückgewähren müssen, sein Verhalten so einzurichten hat, daß er dieser Verpflichtung demnächst auch gehörig genügen kann, und daß er sich sonach in ähnlicher Lage befindet, wie der vom Eigentümer in Anspruch genommene Besitzer seit dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit (RG. 44, 252; JW. 1912,

288⁶⁾“). Im Regelfalle ist aber ein Käufer, der Waren — wenn auch unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers — erwirbt, berechtigt, sie in seinem Geschäft weiter zu veräußern; zu diesem Zwecke waren sie ihm ja gerade geliefert worden. Er unterliegt also in solchen Fällen nicht der im § 347 BGB. ausgesprochenen strengen Haftung, falls er zur Rückgewähr außerstande ist⁷⁾, sondern haftet nur auf Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB.⁸⁾.

Demnach hat die Rücktrittserklärung des Verkäufers folgende Wirkung: Der Käufer muß, was er von der Ware des Verkäufers noch im Besitz hat, zurückgeben, im übrigen aber Wertersatz in Höhe des Rechnungsbetrages leisten; der Verkäufer hat etwa geleistete Teilzahlungen mit Zinsen⁹⁾ zurückzuerstatten; soweit es sich dabei um Gelbansprüche handelt, ist die Aufrechnung zulässig¹⁰⁾.

II. Mit diesen Rückgewähransprüchen ist der Gläubiger am Vergleichsverfahren beteiligt; denn sie sind keine Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrage. Nur auf letztere aber beziehen sich die §§ 4 u. 28 VerglD. Die Frage, ob diese Vorschriften nicht auf die sich aus dem Rücktritt ergebende Legalobligation auf beiderseitige Rückgewähr des Geleisteten entsprechend anwendbar seien, glaube ich verneinen zu müssen¹¹⁾.

1. Die §§ 4 u. 28 VerglD. sind als Sondervorschriften eng auszulegen. Grundsätzlich hat jede ausdehnende Auslegung zu unterbleiben¹²⁾. Sie sind auch nur auf Verträge zugeschnitten, wie besonders deutlich der Wortlaut des § 28 Abs. 2 VerglD. zeigt, der den Organen des Vergleichsverfahrens eine besondere Prüfungspflicht auferlegt, die gerade die Erfüllbarkeit des Vertrages und deren Rückwirkungen auf den Erfolg des Vergleichsverfahrens zum Gegenstand hat.

2. Der gesetzgeberische Grund für die Sonderbehandlung der noch unerfüllten gegenseitigen Verträge liegt in der Erwägung, daß es unbillig sein würde, den einen Teil zur endgültigen Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, den anderen Teil dagegen schon durch anteilmäßige Leistung zu befreien, und das in Fällen, wo bei Eingebung des Rechtsgeschäfts jede Partei ihre Leistung gerade um der anderen willen übernommen hatte. Daß der Parteiwille auf Austausch gerichtet war, daß jede Partei sich verpflichtete, um dadurch auch die Gegenpartei zu verpflichten, darin besteht das Wesen der Gegenseitigkeit (Synallagma)¹³⁾. Das aber erscheint mir schon begrifflich nur denkbar bei Verträgen, während bei Legalobligationen die Willensrichtung der Parteien grundsätzlich außer Betracht bleibt; hier tritt der Erfolg ja gerade ein ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien. Die besondere Verbundenheit von Leistung und Gegenleistung, daß die eine nur um der anderen willen gewollt ist und erfolgt, fehlt. Ich verneine daher allgemein die Existenz einer dem gegenseitigen Vertrag entsprechenden „gegenseitigen“ Legalobligation.

Indes gibt es zweiseitige Legalobligationen, bei denen beide Parteien einander verpflichtet sind, z. B. bei dem Schuldverhältnis, das durch die Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung entsteht und beide verpflichtet, die durch Vernichtung des Vertrages grundlos gewordenen Leistungen einander als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugewähren. Darüber hinaus kann durch den Rücktritt sogar eine zweiseitige Legalobligation entstehen, die Zug um Zug zu erfüllen ist und beiden Teilen bis zur Bewirkung der Leistung des anderen eine der Einrede des nicht

²⁾ Der Wortlaut eines derartigen Verbandsrundschriftens findet sich abgedr. in KonkTrW. 1931, 141/2 mit Anm. von L. Levy, der zutreffend gegen diese Begründung Stellung nimmt, aber offenbar im Gegensatz zu seiner früheren Meinung in „Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs und Vergleichsverfahren“ S. 155 ff., in Jndu.HWVerMit.: „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht“.

³⁾ Über andere Versuche in dieser Richtung (vorheriger Verzicht des Schuldners auf die Rechte aus § 28 VerglD.) vgl. Cahn: JW. 1931, 2557 VIII; Carlbach: KonkTrW. 1931, 163; Schumann: KonkTrW. 1931, 177; Weigmann: dortselbst S. 178.

⁴⁾ Das betont mit Recht Staudinger, Komm. z. BGB., zu § 346 Anm. II 2.

⁵⁾ Ebenso Warneher, Komm. z. BGB., zu § 346 Anm. V; Dertmann, Komm. z. BGB., zu § 346 Anm. 4 a. E.; Staudinger, Komm. z. BGB., zu § 346 Anm. II 2; RG.: JW. 1911, 756¹¹⁾; Warneher: Jahrb. d. Entscheidungen, ErgBd. 1914 Nr. 45.

⁶⁾ So RGKomm. zu § 347 Anm. 1.

⁷⁾ Anders natürlich in den besonders im Automobil- und Maschinenhandel häufigen Fällen, wo die Weiterveräußerung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware von der Einwilligung des Lieferanten abhängig gemacht ist. Hier findet die strenge Haftung aus § 347 BGB., evtl. sogar aus unerlaubter Handlung Anwendung.

⁸⁾ Ebenso beim gesetzlichen Rücktrittsrecht gem. § 327 Satz 2: „Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.“

⁹⁾ § 347 Satz 3 BGB., falls strenge Haftung; sonst nur § 818 Abs. 1 BGB.

¹⁰⁾ § 36 VerglD.

¹¹⁾ Ebenso Wassertrübinger: KonkTrW. 1931, 7 für den Fall der Anfechtung und die sich daraus ergebenden Rückgewähransprüche.

¹²⁾ Cahn, Komm. z. VerglD., zu § 4, Anfang.

¹³⁾ Dieses subjektive Erfordernis betont besonders RG. 81, 365.

erfüllten Vertrages nachgebildete Einrede gewährt (§ 348 i. Verb. m. §§ 320 und 322 BGB.)¹⁴⁾, während bei der gewöhnlichen Legalobligation die Parteien auf die allgemeine Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB.) beschränkt sind. Aber diese besondere Ausgestaltung der durch den Rücktritt erzeugten zweiseitigen Legalobligation vermag ihr durchaus nicht die Eigenschaft einer gegenseitigen zu verleihen, die ich, wie oben dargelegt, überhaupt nur bei Verträgen für möglich halte. Gegenseitigkeit bedeutet eben etwas anderes und mehr als Zweiseitigkeit, selbst bei Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug. Damit entfällt jeder Grund, die beiderseitig unerfüllte Legalobligation, wie sie durch die Ausübung des Rücktrittsrechts entstehen kann, den unerfüllten gegenseitigen Verträgen gleichzustellen¹⁵⁾.

3. Ich vermag auch nicht einzusehen, warum der Rücktrittsberechtigte, der von seiner Befugnis durchaus einseitig Gebrauch macht, dadurch die gleiche Vorzugsstellung erlangen soll, die das Gesetz dem Gläubiger mit Rücksicht auf das längst schwebende Vertragsband eingeräumt hat. Dieses Vertragsband, das beide Parteien synallagmatisch umschlungen hatte, wird doch durch den Rücktritt gerade zerstört. Der eine Vertragsteil vernichtet es und löst damit die Legalobligation aus. In stärkstem Gegensatz dazu war aber vorher das vertragliche Schuldverhältnis dadurch begründet worden, daß beide Parteien einander wechselseitig das Band angelegt hatten, das sie nach der Rechtsordnung grundsätzlich auch über die Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens hinaus aneinander festhalten und diesen Gläubiger von der Schar der übrigen Gläubiger abtrennen sollte. Zerschneidet er es, so wird er zum gewöhnlichen Gläubiger.

4. Entscheidend aber dafür, daß man unmöglich die §§ 4 u. 28 VerglD. auf das durch den Rücktritt entstehende gesetzliche Schuldverhältnis ausdehnen darf, sind die unhaltbaren Ergebnisse, die das zur Folge haben kann. Man betrachte einen gegenseitigen Vertrag, z. B. einen Kauf, der seitens des Verkäufers voll erledigt ist, während der Käufer nur eine Anzahlung geleistet hat. Da dieser Kauf nur auf einer Seite noch nicht vollständig erfüllt ist, könnte sich niemand nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens auf die §§ 4 u. 28 VerglD. berufen. Durch die Ausübung des Rücktrittsrechts wäre aber der Verkäufer, wenn man der hier bekämpften Auffassung folgt, imstande, einseitig eine diesen Bestimmungen entsprechende Rechtslage wieder herzustellen. Er könnte vom Käufer die Ware hyn. deren Wert zurückverlangen, der Käufer von ihm die Anzahlung. Ein äußerlich die Anwendbarkeit der §§ 4 u. 28 VerglD. rechtfertigendes Schuldverhältnis liegt also nach der Gegenmeinung vor. Macht der Verkäufer obendrein von seinem Rücktrittsrecht erst so spät Gebrauch, daß der Käufer das im § 28 VerglD. vorgesehene Lösungsverfahren gar nicht mehr durchführen kann, z. B. wegen Ablaufs der 14tägigen Ausschlußfrist (§ 28 Abs. 2 Satz 1 VerglD.), so wäre es also dem Verkäufer, der vorher vom Vergleichsverfahren betroffen worden war, gelungen, sich einseitig und unangreifbar die bevorzugte Rechtsstellung des am Verfahren unbeteiligten Gläubigers zu verschaffen und dadurch tatsächlich das ganze Vergleichsverfahren lahm zu legen. Das kann nicht Rechtens sein.

Im Konkursfalle ist die Sache nicht so schlimm; denn der Konkursverwalter hätte es jederzeit in der Hand, die Folgen des Rücktritts, wenn sie seiner Ansicht nach die Masse gefährden, dadurch abzubiegen, daß er auf Grund seines Wahlrechts (§ 17 KO.) die Erfüllung der Legalobligation verweigert und dadurch den Gläubiger auf einen vom Konkursverfahren betroffenen Schadenserzanspruch beschränkt. Das Vergleichsverfahren ist aber gerade in dieser Hinsicht vom Konkursverfahren durchaus abweichend gestaltet:

- a) { Im Konkurs: Nur Wahlrecht des Verwalters.
 Im Vergleichsverfahren: Lösungsbesugnis für beide Teile.
 Im Konkurs: Ausübung des Wahlrechts ausschließlich nach freiem Ermessen des Verwalters.
 b) { Im Vergleichsverfahren: Lösung erst nach Ermächtigung des Gerichts, deren Erteilung von bestimmten Voraussetzungen abhängt (§ 28 Abs. 2 Satz 2 VerglD.).

- c) { Im Konkurs: Wahlrecht grundsätzlich während der ganzen Dauer des Verfahrens.
 Im Vergleichsverfahren: Ermächtigungsbeschuß nur mit 14tägiger Ausschlußfrist erlangbar.

Wie die oben erörterten Beispiele zeigen, lassen besonders die unter b und c zusammengestellten Unterschiede es als äußerst bedenklich erscheinen, die für den Konkursfall verhältnismäßig harmlose Gleichsetzung von unerfülltem gegenseitigem Vertrag und entsprechender Legalobligation auch für das Vergleichsverfahren vorzunehmen. § 4 VerglD. ist also auf Legalobligationen, selbst wenn beide Teile die Leistungen zu bewirken haben, unanwendbar¹⁶⁾.

III. Unzutreffend ist schließlich auch die Auffassung, die infolge des Rücktritts entstehende Legalobligation sei bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch nicht begründet gewesen; der Verkäufer werde also zum sog. Neugläubiger. Das beruht auf einer grundsätzlichen Verkennung des Zeitpunktes, zu dem das Rücktrittsrecht entsteht. Das Rücktrittsrecht entsteht in dem Augenblick, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, von denen es abhängt, also beim gesetzlichen Rücktrittsrecht, sobald die in den §§ 325 und 326 BGB. bezeichneten Voraussetzungen gegeben sind; im Falle des § 455 BGB., sobald der Käufer in Zahlungsverzug gerät usw. Ist bei einem Vertrage der Rücktritt vorbehalten, ohne daß zuvor besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, z. B. bei mit Rücktrittsrecht abgeschlossenen Vergleichen, dann entsteht das Rücktrittsrecht gleich bei der Vereinbarung. In allen Fällen wohnt dem Vertrage die durch die Vornahme des Rücktritts entstehende Legalobligation bereits latent inne. Sie ist schon durch die Entstehung des Rücktrittsrechts begründet, wenngleich verborgen durch den zunächst allein im Vordergrund stehenden Vertrag. Fällt dieser — infolge der Ausübung des Rücktrittsrechts —, so tritt die Legalobligation sogleich in Erscheinung. Aber begründet war sie eben schon vorher zusammen mit dem Rücktrittsrecht, wenngleich bedingt durch dessen Ausübung¹⁷⁾. Durch den Eintritt der Bedingung — die Befreiung des Vertrages infolge der Rücktrittserklärung — zeigt sie sich nun in voller Stärke und übt ihre Wirkung so aus, als ob es niemals etwas anderes gegeben habe. Das ist ja gerade das Merkmal der Wirkung ex tunc: Durch die Rechtsordnung wird fingiert, als ob niemals ein Vertrag zwischen den Parteien bestanden habe, sondern nur eine Legalobligation¹⁸⁾. Mit Recht ist daher die herrschende Meinung¹⁹⁾ der Ansicht, daß auch, wenn der Rücktritt erst nach Eröffnung des Verfahrens erklärt werde, das dadurch in die Erscheinung tretende gesetzliche Schuldverhältnis so zu beurteilen sei, als habe es bereits „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens“ bestanden²⁰⁾. Der Versuch, den Lieferanten durch die Rücktrittserklärung zum Neugläubiger zu machen, muß also scheitern; die Legalobligation war eben bereits bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens begründet.

IV. Damit ist zugleich auch die Frage beantwortet, wie sich die Lage gestaltet, wenn der Verkäufer den Rücktritt schon vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens vorgenommen hat. Dann ist eben bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens ein gegenseitiger Vertrag, die erste Voraussetzung für die Anwendung der §§ 4 und 28 VerglD. gar nicht mehr vorhanden und der Verkäufer mit seinen Rückgewähransprüchen aus der

¹⁶⁾ And. Ans. Kieselow, Komm. z. VerglD., zu § 4 Anm. 15; Mayer, Komm. z. VerglD., zu § 4 Anm. 7; Eisoldt, Komm. z. VerglD., zu § 4 Anm. 4 und zu § 28 Anm. 14a; alle drei aber ohne nähere Begründung, offenbar unter Berufung auf die von Jaeger, Komm. z. KO., Einl. zu § 17 und zu § 17 Anm. 19 für den Konkursfall verkündete Lehre. Darüber aber, daß die Jaegersche Lehre schon für den Konkursfall zweifelhaft erscheint, vgl. besonders oben 2 u. 3; darüber, daß ihre Anwendung auf das Vergleichsverfahren zu unhaltbaren Ergebnissen führen kann, vgl. oben II 4. Kieselow und Mayer erörtern nur den Fall, daß das Rücktrittsrecht noch vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens ausgeübt wird. Über die Stellungnahme Eisoldts vgl. unten Anm. 20.

¹⁷⁾ Das entspricht durchaus der in Rspr. und Wissenschaft herrschenden Lehre; RG.: Recht 1903, 291 Nr. 1543; RG.: ZB. 1915, 217 Nr. 17; Jaeger, Komm. z. KO., zu § 17 Anm. 19; Menzel, Komm. z. KO., zu § 17 Anm. 1 a. E.

¹⁸⁾ Auf einer Verkennung dieser Wirkung beruht die m. E. unzutreffende Entsch. des OLG. M.-Glabbad: KonkTrW. 1931, 139.

¹⁹⁾ So richtig Levy: KonkTrW. 1931, 142.

¹⁴⁾ Deutlich hervorgehoben wird das in RG. 93, 49 = JW. 1918, 610, die insoweit die frühere Entsch. RG. 66, 68 überholt hat.

¹⁵⁾ Dies gegen Jaeger, Komm. z. KO., Einl. zu § 17 und zu § 17 Anm. 19; im Ergebnis wie oben Nagel, Weidertseitig unerfüllte gegenseitige Verträge S. 62.

Legalobligation ohne weiteres am Verfahren beteiligt²⁰), abgesehen natürlich von seinem — beim Eigentumsvorbehalt auf seinem Eigentum beruhenden — Anspruch auf Aussonderung der noch vorhandenen Ware.

Ich habe die Probleme der Anschaulichkeit halber vor-

²⁰) über die abweichenden Ansichten von Kieszow, Mayer und Eisolbt vgl. Anm. 16; wie hier Nagel a. a. D. S. 62. Eisolbt ist a. a. D. zu § 28 Anm. 14 a der Auffassung, daß, wenn die Wandlung vom Verkäufer erst nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens erklärt werde, die §§ 4 u. 28 VerglD. nicht anwendbar seien, offenbar weil er den Verkäufer dann in jedem Falle für einen Neugläubiger hält. Das erscheint in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Die durch die Wandlung begründete Legalobligation entsteht zwar mit dem Wandlungsrecht, wenngleich bedingt durch dessen Ausübung. Lagen die die Wandlung begründenden Umstände, z. B. die Schließlieferung der Ware, schon bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens vor, dann gilt, auch wenn die Wandlung erst nach Eröffnung erklärt wird, die Legalobligation schon als vorher entstanden (vgl. oben den Text zu Anm. 17 und die in der Anm. 17 angeführte Rspr. und Wissenschaft). Recht dagegen hat Eisolbt natürlich für den Fall, daß die die Wandlung begründenden Umstände überhaupt erst nach der Eröffnung eingetreten sind.

wiegend am Fall des § 455 BGB. entwickelt. Doch gelten meine Ausführungen genau so für alle anderen Fälle des vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrechts; denn § 455 besagt ja nichts anderes, als daß beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Zweifel die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts bei Verzug des Käufers anzunehmen ist. Meine Ausführungen gelten aber auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht, das ja im wesentlichen genau so ausgestaltet ist wie das vertragliche (§§ 327, 467 BGB., §§ 1—3 AbzG.)²¹).

Ich gelange also zu folgendem Ergebnis:

Waren die Umstände, von deren Vorhandensein das Rücktrittsrecht abhängt (z. B. der Verzug), schon vor Eröffnung des Verfahrens gegeben, so beraubt sich der Rücktrittsberechtigte, wenn er vom Rücktrittsrecht Gebrauch macht, selbst jeder Möglichkeit, außerhalb des Verfahrens zu bleiben.

²¹) Ebenso (für Gleichbehandlung aller Rücktrittsrechte) Jaeger, Komm. z. R.D., zu § 17 Anm. 19.

Die Streitfragen der Praxis des Vergleichsverfahrens.

Von Geheimem Justizrat Dr. Hugo Cahn I, Nürnberg.

I. Bedürfnis einer weiteren Befristung der Ermächtigung?

Nach § 4 VerglD. nehmen Gläubiger, deren Ansprüche auf einem nichterfüllten Vertrag beruhen, am Vergleich nicht teil. Diese Bestimmung erleidet eine Einschränkung bzw. wird größtenteils ausgeschaltet durch §§ 28, 30, wonach das Gericht den Schuldner auf Antrag zur Ablehnung der Erfüllung ermächtigen kann.

Nun möchte — außer der bereits im § 28 geregelten Frist der Anbringung des Gesuchs um Ermächtigung binnen zwei Wochen — ein Teil der Schriftsteller und Entsch. die Ausübung der erteilten Ermächtigung ebenso an eine Frist von 14 Tagen binden (teils *de lege lata*, teils *de lege ferenda*).

Ferner wird verlangt, daß die Anhörung des Gläubigers nicht nur eine Sollvorschrift bleibt, sondern zu einer mußvorschrift gestaltet wird.

Endlich wird angeregt, daß dem betr. Gläubiger das Recht der sofortigen Beschwerde gegeben wird. —

Diese Anregung geht zunächst von der irrigen Ansicht aus, daß der Vergleichsschuldner unbeschränkte Zeit zum Gebrauch der Ermächtigungserteilung hat (Cahn: JW. 1928, 1121). Auch sind bei den heutigen Absatzverhältnissen die Lieferanten vielfach damit einverstanden, daß die Ware als Kommissionsgut bei dem Vergleichsschuldner bleibt.

Die Ansicht von Lucas und Kieszow, es stehe schon nach bestehendem Recht dem Vergleichsgericht frei, die Ermächtigung befristet zu erteilen, hat keinen Halt im Wortlaut des § 28 (Cahn, Komm. S. 188; ders. JW. 1928, 1121; LZ. 1928, 661).

Die Sollbestimmung des § 28 wahrt die Interessen der beteiligten Parteien ausreichend.

Zimmer wieder das Beschwerderecht der VerglD., die ein promptes Judizieren wünscht, auszudehnen, erscheint nicht veranlaßt.

II. Lösungsrecht.

Die AG. (Vergleichsgerichte) München und Nürnberg geben neuerdings fast nie die Ermächtigung zur Lösung des Schuldners von einem Vertrag mit dem Lieferanten gem. § 28. Die maßgebenden Richter gehen nämlich davon aus, daß der Eingriff in die bestehende Vertragsfreiheit meist ein Erfahrenberührender sei. Nun hat natürlich kein Richter die grundsätzliche Berechtigung, die Norm aufzustellen, daß er überhaupt in solchen Fällen keine Ermächtigung erteile. Denn das wäre ein Rechtsbruch, gegen den anzukämpfen wäre. In der Tat haben auch die betr. Vergleichsrichter nicht etwa prinzipiell erklärt, sie könnten niemals die Ermächtigung geben. Sie haben vielmehr nur erkennen lassen — das kann

ihnen niemand verwehren —, daß sie die praktische Erfahrung gemacht haben, daß man mit der Erteilung der Ermächtigung sozusagen nichts Gutes tue.

III. Abdingbarkeit des Lösungsrechts.

Um der Vorrechtsstellung als nichtbeteiligter Gläubiger teilhaftig zu bleiben, treffen oft Lieferanten sogleich bei Vertragsabschluß mit ihren Abnehmern eine Vereinbarung dahin, daß beide Teile auf die Anwendung des § 28 Verzicht leisten. Des öfteren wird für den Fall der Zuwiderhandlung eine Konventionalstrafe ausgemacht. Ist dies zulässig? Kieszow bejaht die Abdingbarkeit. Er sagt, die VerglD. überlasse den Vertragsparteien die Entsch. Deshalb könne die Anwendung der §§ 28 und 29 von vornherein wegbedungen werden (Kieszow, 3. Aufl., S. 311 u. 312; a. M. Nagel S. 133; Maeder S. 40; Carlebach: KonkTrW. 1931, 164). Cahn S. 188; LZ. 1928, 662 gibt zu, daß grundsätzlich Parteien für einen Einzelfall oder nach Branche Formularien vereinbaren können, daß §§ 28 ff. auf sie keine Anwendung finden. Solche Bindungen kann indes ebenfalls der Vergleichsrichter lösen, so daß sie nur Nutzen haben, wenn die beiden Parteien der Vereinbarung treu bleiben (so auch Cahn: KonkTrW. 1929, 186). Kieszow hat sich in seiner 3. Aufl. S. 312 N. 40 gedreht, nachdem Pinner: JHR. 1928, 393 die Meinung, daß die Abrede der Abdingbarkeit selbst wieder dem § 28 unterliege, als doktrinär bezeichnet hat. Schumann, Der Leipziger Vergleichsrichter: Handels- und Industriezeitung der Leipziger Neuesten Nachrichten v. 8. Mai 1931, KonkTrW. 1931, 177 pflichtet der Ansicht von Pinner bei. Die Gegner von Kieszow gehen davon aus, daß der Vergleichsschuldner nicht an Verträge gebunden sein soll, die durch ihren lästigen Inhalt eine Wiedergesundung erschweren oder sogar vereiteln. Sonst könnten sich nach Schumann einzelne Gläubiger eine nichtbevorrechtigte Vorzugsstellung schaffen (vgl. auch Weizmann: KonkTrW. 1931, 178).

IV. Vergleichsunwürdigkeit des Schuldners, der Abdingbarkeit i. S. von III oben vereinbart hat?

Schumann prüft a. a. D. die Frage, ob nicht ein Vergleichsschuldner bereits deshalb vergleichsunwürdig sei, weil er prinzipiell solche allgemeine Verzichtsabreden abgeschlossen hat. Denn seine diesbezüglichen Lieferanten erhalten ganz gewiß, wenn die Abdingbarkeit zulässig ist, eine Vorrechtsstellung i. S. von § 4. Allein Schumann sagt selbst, daß die Frage zu verneinen sei, weil dem Schuldner nicht nachzuweisen sei, daß er bei Vertragsabschluß mit seiner alsbaldigen Zahlungsunfähigkeit oder einem Vergleichsverfahren über sein Vermögen gerechnet habe.

Wie aber ist es, wenn eine solche Kenntnis und Absicht ihm nachgewiesen wird? Dann würde nach der zwingenden

Vorschrift des § 22 Abs. 4 die Eröffnung des Vergleichsverfahrens im Hinblick auf die Unredlichkeit oder den Leichtsinns des Vergleichsschuldners denkbar sein. Allenfalls wäre auch § 79 anzuwenden, denn das Vergleichsverfahren ist einzustellen, wenn vor dem Zustandekommen des Vergleiches das Vergleichsverfahren unzulässig wird oder sich ergibt, daß die Eröffnung des Verfahrens eigentlich i. S. des § 22 hätte abgelehnt werden müssen. In der Tat gibt Schumann a. a. O. zu, daß, wenn der Vergleichsschuldner sich bereits zur Zeit des Abschlusses der Abdingbarkeitsvereinbarung in solchen geschäftlichen Schwierigkeiten befand, daß ohne die Vereinbarung die Lieferungsverträge nicht zustande gekommen wären, mit § 22 bzw. § 79 operiert werden kann.

V. Vollständige Erfüllung des Vertrages i. S. des § 4, wenn noch ein unbedeutender Eigentumsvorbehalt besteht?

OLG. Dresden, 10. ZivSen., hat am 2. Febr. 1931 ausgeführt: Gem. § 433 BGB. hat der Verkäufer die Pflicht, dem Käufer die Kaufsache zu übergeben und das Eigentum zu verschaffen. Behält er sich das Eigentum vor, so hat er diese Pflicht noch nicht erfüllt. Es ist davon auszugehen, daß die Größe der ausstehenden Teilleistung ohne Einfluß ist (Kiesow § 4 Anm. 13; Maher, § 4 Anm. 12 zu § 4; Eisold, § 28 Anm. 8; Cahn: JW. 1928, 1120). Wohl könnte es eine Härte für Beklagten bedeuten, wenn wegen eines geringfügigen Leistungsrückstandes des Vertragsgegners dieser berechtigt ist, volle Befriedigung zu fordern; allein ihm ist durch § 28 der Weg eröffnet, mit richterlicher Ermächtigung den Vertrag zu lösen. Benutzt er diesen Weg nicht, so fehlt der Anlaß, unter Heranziehung von Treu und Glauben den Erfolg herbeizuführen, den er unmittelbar hätte erreichen können oder aus Billigkeit (Samolewitz: JW. 1927, 2401; Ebertzheim: JW. 1930, 3705) der Regelung des § 4 eine abweichende Auslegung zu geben. —

Mit Vorstehendem schließt sich ausdrücklich OLG. Dresden, ebenso wie OLG. Nürnberg, 1. ZivSen. (2. Juli 1931, I 665/30) meiner Auffassung in JW. 1928, 1120 VIII 1a an (s. ferner RG. 64, 207, 336; Langstadt: Konf-TrW. 1930, 87; Jaeger, RD. § 17 Anm. 11).

VI. Eigentumsvorbehalte.

Eine Haupterregung der VerglD. Ein Kollege schreibt mir: „Einen Krebschaden bilden diese Vorbehalte, welche von den Verbänden allmählich in einem Umfang eingeführt worden sind, der die Durchführung nahezu jedes Vergleichsverfahrens bei Warengeschäften unmöglich macht. Denn die schroffe Geltendmachung des Vorbehalts, die Verwirkung eines Aussonderungsrechts, ja sogar das Verlangen der Abtretung der Forderungen des Lieferanten gegen den Kunden, sabotieren die gesamte VerglD. Wenn nun eine Reihe von kleineren Firmen, die nicht den stärkeren Fabrikantenverbänden angehört, ungesichert liefert, die Großfabriken aber als Hauptlieferanten ihre auf dem Lager noch vorhandene Ware zurückverlangen, wird das Letztere von den gangbaren Sachen geräumt. So wird die Aufrechterhaltung des Geschäfts unmöglich.“

Auch Rudolf Wassermann, München, hat sich in der Prakt. RdSch. des Hansabundes Nr. 22 S. 335 über die Erzeffe auf dem Gebiete des Eigentumsvorbehalts verbreitet. Wassermann weist darauf hin, daß die Verpflichtung des Abnehmers, im Falle der Weiterveräußerung dem Erwerber von der Abtretung der Forderung des Abnehmers gegen den Kunden Kenntnis zu geben, unhaltbar sei. Kein Kaufmann könne sich seinen Kunden gegenüber derart enthüllen, daß er ihnen von der Tatsache Kenntnis gebe, daß die weiterveräußerten Waren noch nicht bezahlt seien. Auch die abgeforderte Aufbewahrung der Ware sei praktisch nicht durchführbar. Die Bestimmung, daß jederzeit über den Bestand der Waren und abgetretenen Forderungen Auskunft erteilt werden müsse, unterliege erheblichen Bedenken. Eine Trennung und treuhänderische Verwaltung von Zahlungen, Akzepten und Schecks sei unmöglich. Absolut undurchführbar sei die Bestimmung, daß der weitere Abnehmer im Reigen des Veräußerungsverkehrs verpflichtet sei, dem Drittabnehmer, also seinem Kunden, einen entsprechenden Eigentumsvorbehalt aufzuerlegen.

Derartige überspannte Eigentumsvorbehalte trügen die Gefahr in sich, daß die Abnehmer bei Zahlungseinstellung u. U. sich einer Strafverfolgung aussetzen.

Da in den Abnehmerkreisen naturgemäß die Sorglosigkeit bezüglich der Auffassung von Eigentumsvorbehalten immer mehr zunimmt, je häufiger die Industrieverbände ihre Abnehmer mit solchen Eigentumsvorbehalten belasten, so haben die AG. München und Nürnberg die Einführung getroffen, wenn unverhältnismäßig viele Eigentumsvorbehalte behauptet werden, wenn aber weder Buchhaltung noch Lagerhaltung klar ergeben lassen, ob und inwieweit rechtswirksam die vorhandenen Waren einem Eigentumsvorbehalt unterliegen, die Eröffnung des Vergleichsverfahrens abzulehnen. Denn das Vergleichsverfahren ist in erster Linie für die vom Verfahren betroffenen Gläubiger geschaffen. Wer sich dermaßen einer Gruppe von Gläubigern gegenüber vorher gebunden hat, eignet sich nicht für das Vergleichsverfahren. Lange Rechtsstreite mit den angeblichen Vindikanten zu führen, fällt aus dem richtig verstandenen Rahmen eines Vergleichsverfahrens.

Dazu kommen die Schwierigkeiten, die diejenigen Persönlichkeiten haben, welche angesichts gehäufter Eigentumsvorbehalte eines Status gemäß §§ 16 ff. aufzustellen haben. Die betr. Bücherrevisoren usw. müßten sich im Laufe der Zeit geradezu mit einer Dreiteilung bei Aufstellung der Vermögenslage vertraut machen:

1. Aufstellung eines Status ohne Berücksichtigung der Eigentumsvorbehalte.
2. Diefelbe auf Grund der Eigentumsvorbehalte und einer entsprechenden Aussonderung oder Ersatzaussonderung.
3. Diefelbe unter Berücksichtigung des § 4 (d. i. einer etwaigen Vollzahlung bei unerfüllten Verträgen).

Neben solcher Dreiteilung der Vermögensaufstellung ginge folgerichtig eine Teilung der Gläubigerliste Hand in Hand. So müßte der Bücherrevisor oder der sonst die Unterlagen des Vergleichsantrages behandelnde Sachkundige drei verschiedene Quoten würdigen.

VII. Der Einfluß des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Versicherers auf die im Gesetz über den Versicherungsvertrag geregelten Schadensversicherungen.

Pagenstecher hat am 6. März 1931 im Versicherungswirtschaftlichen Verein in Hamburg einen diesbezüglichen Vortrag gehalten (Judicium S. 155 ff.). Das Vergleichsverfahren ist nur bei unbeaufsichtigten Versicherungsunternehmen zulässig (Kiesow S. 54 und 693; Cahn S. 39, 410). Pagenstecher ist grundsätzlich der Ansicht, daß, wenn über eine VerfAltG. ein Vergleichsverfahren eröffnet wird, damit meist etwas geschieht, was dem Zweck des Vergleichsverfahrens widerspricht. Denn es wird zur Liquidation der VerfAltG. kommen. Pagenstecher sagt geradezu, daß, wenn nicht aus § 94 entnommen werden müßte, daß das Gesetz auch für gewisse Versicherungsunternehmen gelte, man stark daran zweifeln müsse, ob die Eröffnung eines Vergleichsverfahrens aus dem vorhin angegebenen Grund über eine VerfGes. überhaupt zulässig sei. Pagenstecher meint, die Verfasser der VerglD. hätten sich überhaupt nicht die Frage vorgelegt, was eigentlich durch die Eröffnung eines Vergleichsverfahrens über ein Versicherungsunternehmen praktisch erreicht werden solle. Die VerglD. sei auf eine einschlägige Liquidation in keiner Weise zugeschnitten. Aus diesem Grunde plädiert Pagenstecher auf Änderung des unbefriedigenden Zustandes. Die Ausführungen von P. haben etwas Bestechendes: man ist geneigt, mit ihm anzunehmen, daß die praktischen und wirtschaftlichen Folgen des § 94 von der Gesetzesredaktion nicht bis zum äußersten Punkt durchgedacht waren.

VIII. Hinfälligkeit des Vergleichs, wenn die Raten ausbleiben.

Das OLG. Magdeburg hat in 10T 173/31 (Cordes: Creditreform 1931, 217) wiederum entschieden, daß es dem Gläubiger nicht möglich ist, durch bloßen Antrag bei dem Vergleichsgericht eine vollstreckbare Ausfertigung aus der Vergleichstabelle für seine gesamte Forderung, abzüglich der gezahlten Raten, zu erhalten. Der Vollstreckungsrichter kann nach dieser Entsch. nur eine vollstreckbare Ausfertigung aus

der Tabelle in Höhe des Vergleiches erteilen. Das O.G. kommt zum Schluß, daß der Gläubiger Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO. stellen muß, da der Verzug nicht durch öffentliche Urkunden nachweisbar ist, der Verzug ferner nach § 285 BGB. ein Verschulden voraussetzt, das nur im Prozeßverfahren feststellbar ist. Die Meinungsverschiedenheiten in diesem Punkt sind bei Kieso S. 86 zusammengefaßt.

Es wird noch auf Diester: JW. 1931, 2088, der zum nämlichen Resultat kommt, und eine ungedruckte Arbeit des Dr. Diesel, Düsseldorf, verwiesen, der den von Kieso verlangten Nachweis des Verzuges entbehren zu können glaubt. Mein Standpunkt ist schon in meinem Kommentar S. 343 und 345 entwickelt: es kommt darauf an, ob der Gläubiger den Eintritt der Bedingungen für den Wegfall des Erlasses gemäß § 726 ZPO. darzutun vermag.

Interessant ist, daß der Entw. einer Dtsch.-Österr. AusgleichsD., und einer einschlägigen NotW.D. den § 7 anders ausgestaltet haben will. Der einzelne vom Verzug betroffene Gläubiger tritt in dem Entw. jeweils dem Vergleichsschuldner gegenüber¹⁾.

IX. Besserungschein.

Cordez hat a. a. O. auch auf eine Entsch. des HansO.G. v. 23. April 1931 (Bf VII 95/31) aufmerksam gemacht. Nach Auffassung dieses Obergerichts sollen an die Beweisführung des Gläubigers keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Wenn dem Gläubiger der Beweis des äußeren Anscheins der von ihm behaupteten Besserung gelinge, so sei die Entkräftung Sache des Schuldners. Es darf wohl der Einfachheit halber auf meine bisherigen Abhandlungen über den Besserungschein, sowie auf die Arbeiten von Marx, Klien, Dahl, Künne, Adler, Haab verwiesen werden. Solange die Besserungsklauseln selbst nicht Hand und Fuß haben, d. i. nicht die Bedingungen in zeitlicher, rechnerischer und prozentualer Hinsicht klar fixieren oder aber einem bestimmten Ausschluß genau umschriebene Befugnisse überlassen, wird die hinterherige unanfechtbare Feststellung der Besserung der schuldnerischen Verhältnisse stets Schwierigkeiten und der Anfechtung des Schuldners begegnen.

Näheres in meiner Abhandlung „Bedenkliches über die Besserungsklausel“: KonkTrW. 1931, 1; vgl. auch Bernh. Mayer: KonkTrW. 1930, 157.

Neuerdings hat sich Paulsen von der Industrie- und

¹⁾ Nach Schluß dieses Aufsatzes wird die Entsch. des 6. ZivSen. des RG. v. 12. Nov. 1931, VI 225/31 bekannt, es sei bei Verfallsklauseln nicht Sache des Gläubigers, die Fälligkeit nachzuweisen, sondern Sache des Schuldners, die Erfüllung der Verpflichtungen darzutun.

Handelskammer Leipzig (1931, 53: Zur Praxis des außergerichtlichen Vergleichs) mit dieser und manch anderer verwandten Materie beschäftigt.

X. Treuhandvergleich ohne feste Quote.

Mit Zug steht das O.G. Nürnberg auch den Vorschlägen kritisch gegenüber, die sich als Hinüberwecheln eines regulären Erlaßvergleichs mit bestimmter Quote zum Treuhandvergleich kennzeichnen. Letztere werden meist abgelehnt, wenn sie nicht eine bestimmte Quote gewährleisten, wie dies auch der Entw. einer Dtsch.-Österr. AusgleichsD. ins Auge gefaßt hat. Denn dieses Jonglieren mit Vorschlägen läßt nichts Günstiges mittern.

XI. Das Vergleichsgericht darf nicht im Falle erfolgloser Anrufung um Ermächtigung gemäß §§ 28, 29 die Kostenerstattungspflicht des anrufenden Vergleichsschuldners aussprechen.

Das O.G. Landau, Rheinpfalz, hatte einen Antrag, dem Vergleichsschuldner gemäß §§ 28, 29 die Ermächtigung der Kündigung der von ihm langfristig gemieteten Geschäftsräume zu kündigen, abgelehnt. Der Vergleichsschuldner bestritt seine Kostenerstattungspflicht. Das O.G. verurteilte mit Beschl. v. 28. Aug. 1931 — KR 12/31 — den Vergleichsschuldner in die Kosten einschließlich der Erstattung. Nach § 91 ZPO. hat die unterliegende Partei die Kosten zu tragen. Den Gegner seinen Kostenerstattungsanspruch nur nach den allgemeinen, über Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen geltenden Grundsätzen begründen und ihn hierzu eine widerrechtliche schuldhaftige Handlung nachweisen zu lassen, liegt nicht i. S. der ZPO. § 91 ZPO. will vielmehr die obliegende Partei von solcher Beweispflicht befreien (vgl. RG.: SeuffArch. 59, 42 ff.).

Ich fügte gutachtlich an: Ob das Vergleichsverfahren — wie Kieso m. E. mit Unrecht S. 189 darlegt — ein Verfahren der streitigen oder — wie ich es S. 115 tue — ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, ist nicht entscheidend, weil § 8 klar die Normen der ZPO. vorschreibt. Die VerglD. bestimmt aber zu dem § 28 nichts anderes. An sich besteht daher nicht nur die Kosten-, sondern auch die Erstattungspflicht. Gegenpartei glaubte, nach Aufhebung des Vergleichsverfahrens bleibe kein Raum für solche Kostenfestsetzung und -erstattung. Ich entgegnete: ich habe in meinem Kommentar S. 329 b und 331 e dargelegt, daß mit dem Aufhebungsbeschuß nicht starr jedwede gerichtliche Maßnahme endigt. Es fehlt also nicht die Sachlegitimation des O.G. — O.G. Landau (3R.) hat am 27. Okt. 1931 — m. E. mit Unrecht — den Kostenfestsetzungsantrag als unzulässig zurückgewiesen.

Landesrechtliche Ausführungsbestimmungen zu den Aufwertungsgesetzen.

(Fortsetzung der Aufsatzreihe JW. 1931, 567 ff.)

Hamburg.

Von RA. Dr. Robinow, Hamburg.

I. Bgl. JW. 1931, 568.

II.

Am 7. Dez. 1931 ist mit Wirkung v. 15. Nov. 1931 eine W.D. über die Erhebung von Gebühren und Auslagen für das Verfahren über den Antrag auf Bewilligung einer Zahlungsfrist für aufgewertete Industrieobligationen und verwandte Schuldschreibungen erlassen:

§ 1: Für das nach Art. II W.D. des RPräf. über die Zahlungsfrist in Aufwertungssachen v. 10. Nov. 1931 (RGBl. I, 667) stattfindende Verfahren über den Antrag auf Bewilligung einer Zahlungsfrist für aufgewertete Industrieobligationen und verwandte Schuldschreibungen werden Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der Vorschriften der 2. W.D. über die Erhebung von Gebühren und Auslagen bei den AufwSt. v. 3. Okt. 1930 (HambGBl. 431) erhoben.

Zur Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache durch den Verkäufer.

Im Recht des Eigentumsvorbehaltes spielt die Frage eine erhebliche Rolle, ob der Eigentümer die Zwangsvollstreckung in die

ihm noch gehörige Sache betreiben, insbes., ob er sie ersteigern oder sich nach § 825 ZPO. übereignen lassen kann und darf. Die Pfändung der eigenen Sache wird jetzt (vgl. RG. 79, 242 = JW. 1912, 690) ganz überwiegend für zulässig gehalten, wobei man auch darin einig ist, daß sie kein Pfandrecht erzeugt. Nach dem RG. (vgl. RG. 66, 343 = JW. 1907, 721 und 79, 245 = JW. 1912, 690) hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob das Betreiben der Zwangsvollstreckung in die eigene Sache des Gläubigers einen Verzicht auf das Eigentum darstellt. Das RG. hat sich also nicht festgelegt und die mannigfachen früheren und späteren Meinungen in Rspr. und Rechtslehre (vgl. Spiro, ArchZivPr. n. F. 13, 327 ff.) nicht ausgeschlossen. Die mangelnde rechtseinheitliche Behandlung macht sich hier noch um so unangenehmer bemerkbar, als die Mehrzahl der Fälle vor den unteren Instanzen ausgetragen wird.

Um so erfreulicher ist RG.: JW. 1931, 2138, die geeignet ist, richtunggebend zu wirken. Wenn auch der genaue Tatbestand aus der Veröffentlichung nicht erhellt, so kann ihr doch immerhin das Rechtsgrundfähliche entnommen werden. Das RG. vertritt hier etwa folgende Ansicht:

Wenn die Versteigerung sich mit Wissen und Willen des Gläubigers und Eigentümers vollzieht und so ein Dritter die Sache ersteht, dann erlischt eben auf Grund der Zustimmung zur Veräußerung, die der Eigentümer durch das Betreiben der Vollstreckung zum Ausdruck bringt, sein Eigentum in dem Augenblick, in dem die Sache dem Ersteher zu Eigentum übertragen wird, und gleichzeitig tritt an Stelle des bisherigen Eigentums dasjenige des Erstehers (vgl. § 185 Abs. 1 BGB.). Ersteht der Gläubiger und Eigentümer selbst die Sache, so hört infolge seiner Zustimmung zu der über sein Eigentum getroffenen Verfügung des Gerichtsvollziehers im Augenblick seines Erwerbes sein bisheriges Eigentum auf und wird durch ein neues abgelöst, das ihm durch

die Übergabe zufällt (vgl. wiederum § 185 Abs. 1 BGB.). Dem Schuldner hat daher in keinem Augenblick das Eigentum an der Sache zugestanden.

Dieser Konstruktion kann unbedenklich insoweit gefolgt werden, als es sich um die Ersteigerung der dem Pfändungspfandgläubiger gehörigen Sache durch Dritte handelt. Mit Recht kommt das RG. gar nicht auf den Gedanken, zu prüfen, ob die Versteigerung nicht etwa nach den §§ 161 Abs. 1 Satz 2 und 455 BGB. unwirksam sei. Als Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, die unter § 161 Abs. 1 BGB. fällt, steht nach Wortlaut und ratio der Vorschrift m. E. nur eine solche in Frage, bei welcher der Bedingungsbelastete Passivbeteiligter (Vollstreckungsschuldner) ist, während hier der Vorbehalts Eigentümer ja Vollstreckungsgläubiger ist. In jedem Fall hat der Käufer durch die Duldung der Zwangsvollstreckung die Versteigerung genehmigt und damit ihre etwaige Unwirksamkeit nach § 161 Abs. 1 BGB. beseitigt (vgl. RG. 76, 91 = JW. 1911, 544). Es kann hiernach dahingestellt bleiben, ob nicht überhaupt schon durch die zwangsweise Beitreibung des Kaufpreises das Tatbestandsmerkmal des „Eintritts der Bedingung“ für immer hinweggefallen ist (so Blanck, Komm. z. BGB., 4. Aufl., Anm. 2a zu § 455 BGB.).

Bezüglich der Ersteigerung der Sache durch den Eigentümer und Pfändungspfandgläubiger selbst ist die Konstruktion des RG. aber etwas überfeinert und auch nicht ganz zutreffend. Daß ein und dasselbe Verhalten einer Person in Ansehung ein und desselben Gegenstandes diese gleichzeitig zum Nichtberechtigten mache und ihre Verfügung, die Verfügung eines Nichtberechtigten also, wirksam sein lasse, ist nicht nur künstlich, sondern auch unrichtig. Der Eigentümer will sich in Wahrheit gar nicht irgendwelcher Rechte, sondern nur der Beschränkungen seines Eigentums, die mit dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers korrespondieren, begeben. Dies und nichts anderes folgt aus der durch das Verhalten des Vorbehalts Eigentümers konkludent erklärten Zustimmung damit, daß ihm die Sache zugeschlagen werde. Es ist also nicht so, wie das RG. annimmt, daß der Eigentümer *uo actu* das bisherige Eigentum verliere und neues erwerbe, er erhält vielmehr lediglich die Emanationen aus dem Eigentum zurück, die er nicht mehr hatte (genauen Nachweis: Spiro a. a. D. S. 328).

Das Ergebnis des RG., in keinem Augenblick habe das Eigentum dem Schuldner zugestanden, ist jedenfalls richtig und verdientlich; es macht allein die Entsch. zu einer der bedeutendsten auf dem Gebiet des Eigentumsvorbehalts. In dieser Hinsicht wurde bisher die Ansicht vertreten, daß der Schuldner vor dem Eigentumserwerb des Dritten oder des Eigentümers und Gläubigers selbst (mindestens in einem Augenblick) Eigentum an der Sache erwerbe (so die sog. Verzichtstheorien; vgl. bes. Gold: JW. 1930, 2083 f.) oder doch so zu behandeln sei (so Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungs geschäft 1930, 183). Daß über den Zeitpunkt dieser Rechtslage die Meinungen auseinander gingen, versteht sich von selbst. Zu welchen praktischen Nachteilen diese Konstruktionen unter Umständen führen konnten, erhellt sehr anschaulich aus der Entsch. des RG. Wären die bisherigen Ansichten richtig, so hätte im Augenblick des Eigentumserwerbes durch den Schuldner dessen Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht an dem Gegenstand erwerben können, was gewiß nicht i. S. irgendeines der Beteiligten lag. Ähnliche Beispiele ließen sich leicht bilden. Die Beseitigung derartiger Nachteile bleibt der besondere Erfolg des kammergerichtlichen Urteils.

Das RG. hatte die Frage nicht zu entscheiden, ob gleiches im Fall der Übereignung der Sache an einen Dritten oder den Vorbehalts Eigentümer gemäß § 825 ZPD. gelte. Es kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß es diese Frage in gleicher Weise und mit dem gleichen Ergebnis beantwortet hätte.

Ofter, als es allgemein bekannt ist, findet auf den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt das AbzG. v. 16. Mai 1894 Anwendung (wenn der Käufer im Handelsregister nicht eingetragen und der Kaufpreis nicht einmalig, sondern in mehreren, mindestens zwei Raten zu entrichten ist [vgl. Spiro a. a. D. S. 316]). Nach § 5 dieses Ges. gilt die „Anfichnahme“ der verkauften Sache durch den Verkäufer „auf Grund“ des Eigentumsvorbehalts als Ausübung des Rücktrittsrechts. Ob die Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache durch den Verkäufer unter diese Vorschrift fällt, ist lebhaft bestritten. Während noch Rühl a. a. D. S. 262 zu Anm. 5 es als herrschende Meinung verzeichnet, daß schon die Pfändung der Sache nach § 5 AbzG. als Rücktritt zu gelten habe, verneinen bereits das O. Düsseldorf: JW. 1929, 3193^o und ihm folgend das O. Hamburg: JW. 1931, 1140³ die Anwendbarkeit des § 5 AbzG., weil der Verkäufer die Sache nicht auf Grund des Eigentumsvorbehalts, sondern auf Grund eines vollstreckbaren Titels an sich nehme (so übrigens schon Kaufmann: GruchBeitr. 53, 347). Diese Ansicht wird von Gold a. a. D. S. 2084 gebilligt. Zum gleichen Ergebnis, wenn freilich mit anderer Begründung (u. a. mit dem sehr beachtlichen Hinweis, daß hier im Gegensatz zu der rei vindicatio durch den Erlös die Schuld des Käufers ja gemindert oder getilgt werde) gelangt auch Rühl. Tatsächlich stellt bei Abzahlungskäufen weder die Pfändung der eigenen Sache

noch ihre Ersteigerung noch ihr Erwerb gemäß § 825 ZPD. seitens des Verkäufers eine „Anfichnahme“ i. S. des § 5 AbzG. dar, wie ich das a. a. D. S. 330 f. näher begründet habe. Wiewohl nun gerade das O. Düsseldorf zuerst die Art an die herrschende Meinung legte, erklärt es leider in einer neueren Entsch. in JW. 1931, 2182³ (übrigens auch mit einem Zitatfehler: die Entsch. des O. Hamburg steht JW. 1931, 1140) eine Übereignung der Sache an den Abzahlungsverkäufer gemäß § 825 ZPD. für unzulässig, weil ein nochmaliger Eigentumserwerb durch den Gläubiger widersinnig sei und die Übereignung an ihn zu einer Umgehung der §§ 1, 5 AbzG. führe¹⁾. Beide Gründe sind nach den obigen Ausführungen nicht stichhaltig. Hoffentlich schließt sich die künftige Rpr. dieser Entsch. nicht an.

Nach der herrschenden Ansicht macht sich der Verkäufer durch die Zwangsvollstreckung in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache dem Käufer gegenüber gemäß § 325 BGB. schadensersatzpflichtig, wenn er nicht auf sein Eigentum verzichtet und dadurch seine Verkäuferpflichten endgültig erfüllt (vgl. Rühl a. a. D. S. 212 ff. und Gold a. a. D. S. 2083). M. E. entsteht eine solche Schadensersatzpflichtung des Verkäufers nicht. Zur Begründung beziehe ich mich auf meine Ausführungen a. a. D. S. 328 ff. Ergänzend möchte ich hier noch bemerken, daß eine Haftung des Verkäufers auch nicht aus dem Gesichtspunkt des § 160 Abs. 1 BGB. begründet ist. Wiederum abgesehen von der bereits oben angedeuteten Frage, ob nicht überhaupt das Tatbestandsmerkmal des „Eintritts der Bedingung“ fehlt, entfällt die Anwendbarkeit dieser Vorschrift schon deswegen, weil den Verkäufer, wie ich a. a. D. S. 329 f. dargelegt habe, kein Verschulden trifft. Den Verfechtern der gegnerischen Ansicht kann nicht oft genug vor Augen gehalten werden, daß in dem Verhalten des Verkäufers, der sich lediglich wie jeder Dritte der Vollstreckungsbeihilfe der ZPD. gegenüber dem im Zahlungsverzug befindlichen Vorbehaltskäufer bedient, kein Verschulden enthalten ist. (Es könnte doch, wenn überhaupt, höchstens von einem Verschulden des Käufers gegen sich selbst gesprochen werden, weil er die Durchführung der Zwangsvollstreckung duldet und nicht durch Zahlung, zu der er ja verpflichtet ist, abwendet.) Bei Behandlung aller dieser Fragen wird meist und zu Unrecht nur auf das Verhalten des Gläubigers abgestellt, während die rechtliche Erfassung des Verhaltens des Schuldners mindestens ebenso erforderlich erscheint. Die Ansicht, daß der Verkäufer, welcher die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache wegen der Zahlungsummiss des Käufers versteigern läßt, dem Käufer hierfür nicht schadensersatzpflichtig wird, ist auch nicht nur *de lege lata* geboten — sie ist *de lege ferenda* erwünscht.

Dr. Erwin Spiro, Berlin.

Zu § 5 der Vergleichsordnung.

Folgender Fall: der Gemeinschuldner hat denjenigen Gläubigern Vollauszahlung angeboten, die nur bis zu 100 RM zu fordern haben oder ihre Ansprüche bis auf diesen Betrag ermäßigen. Die Gläubigerversammlung nimmt den Vergleich an, der eine Woche später vom Gericht bestätigt wird. In der Zwischenzeit zwischen Annahme und Bestätigung gibt ein Gläubiger die Zustimmung- und Verzichtserklärung ab. Der Schuldner zahlt ihm die Quote pünktlich aus. Der Gläubiger aber vollstreckt aus dem bestätigten Vergleich wegen des an 100 RM fehlenden Betrags. Hat die Vollstreckungsgegenklage des Schuldners Aussicht auf Erfolg?

Diese Frage muß m. E. bejaht werden. Das Angebot der Vollauszahlung bei Verzicht auf den 100 RM übersteigenden Betrag konnte nur den Sinn haben, die in Betracht kommenden Gläubiger zum Verzicht und zur Zustimmung zu reizen. Wenn ein Gläubiger es vorzog, erst das Ergebnis der Abstimmung abzuwarten und seine Haltung danach einzurichten, so muß er auch die Folgen tragen, daß er der Vergünstigung verlustig geht. Durch sein Fernbleiben hat er ja noch die volle Schuldsomme gegen den Vergleich und die Vergünstigung ins Gewicht geworfen. Dennoch wirkt gemäß § 73 VerglO. der Vergleich auch gegen ihn, d. h. sein Anspruch ermäßigt sich ohne sein Zutun auf die unter 100 RM liegende Quote. Daraus erhellt, daß ein nachträglicher Verzicht ohne jede Wirkung sein muß, weil eben eine Forderung über 100 RM gar nicht mehr besteht.

Nun könnte man allerdings entgegenhalten, daß der Vergleich erst mit der Bestätigung wirksam wird und mithin auch bis dahin der Verzicht noch zulässig sein müsse. Die Bestätigung hat aber rückwirkende Kraft. Nicht die Bestätigung ist der Schuldtitel, sondern der Vergleich. Bestätigt wird der Vergleich in der Form und mit dem Inhalt, den er zur Zeit der Annahme hatte. Damals betrug

1) Ebenso O. I Berlin: JW. 1931, 3583/84 unter Aufrechterhaltung seiner vom O. Düsseldorf: JW. 1931, 2182 zit. Entsch. RGBl. — aber nicht 1926, sondern — 1915, 38 mit dem — m. E. sogar richtigen, jedoch das Ergebnis des O. I Berlin nicht rechtfertigenden — Hinweis darauf, daß ein Verzicht des Gläubigers auf den Eigentumsvorbehalt nicht unterstellt werden könne.

die Forderung noch über 100 *RM.* Folglich wird sie nur quotenmäßig befriedigt.

Der Gläubiger kann sich auch nicht auf § 5 Bergl. D. berufen, wonach allen Beteiligten die gleichen Rechte eingeräumt werden müssen. Vorliegendensfalls besteht die gleiche Behandlung eben darin, daß jedem Gläubiger die Gelegenheit geboten war, durch rechtzeitigen Verzicht vor der Abstimmung seine Forderung auf 100 *RM.* zu ermäßigen und dadurch an der Vollauszahlung teilzunehmen. Diese Begünstigung der kleinen Forderungen mußte aber erst gemäß § 5 Abs. 2 Bergl. D. gegen den Gläubiger von der Mehrheit durchgesetzt werden. Eine ungleiche Behandlung würde daher jetzt gerade dann eintreten, wenn man dem Gläubiger gestatten wollte, sich noch nachträglich durch einen solchen Scheinverzicht in die Zahl der Bevorzugten einzuschleichen. Dies könnte auch unter Umständen eine große Unbilligkeit gegenüber dem Gemeinschaftschuldner bedeuten, der mit bestimmten Beträgen rechnen muß, um den Vergleich durchhalten zu können.

Zu erwägen wäre noch de lege ferenda, ob nicht der Schuldner vor Erteilung der Vollstreckungsklausel aus bestätigten Vergleichen gehört werden und in solchen Fällen, wo es sich um einen Streit über die Auslegung des Vergleiches handelt, der Gläubiger auf den Weg der Klage um die Vollstreckungsklausel verwiesen werden sollte, anstatt erst einmal die Vollstreckungsorgane in Bewegung zu setzen und den Schuldner damit zu einer Vollstreckungsgegenklage zu nötigen.

UGR. und UGR. Dr. P. Er Langer, Frankfurt a. M.

Die Vollstreckung von Urteilen auf Vorlegung von Urkunden.

Das BGB. gibt in § 809 demjenigen, der gegen den Besther einer Urkunde entweder einen Anspruch in Einlegung der Urkunde hat oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, den Anspruch auf Vorlegung der Urkunde. § 810 gibt für verschiedene weitere Fälle einen Anspruch auf Vorlegung der Urkunde.

Über die Frage, wie ein solches Urteil auf Vorlegung der Urkunde zu vollstrecken ist, besteht weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung Einigkeit.

Zwei Bestimmungen der ZPO. kommen in Frage: die §§ 883 und 888.

§ 883 betrifft seinem Wortlaut nach nur den Fall, daß der Schuldner eine bewegliche Sache „herauszugeben“ hat, und regelt die Vollstreckung in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher sie wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben hat, und daß, wenn er sie nicht findet, der Schuldner den Offenbarungseid zu leisten hat:

daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

§ 888 betrifft die Fälle, in denen der Schuldner zu einer Handlung verurteilt ist, die ausschließlich von seinem Willen abhängt. Hier ist die Handlung vom Prozeßgericht auf Antrag des Gläubigers durch Geldstrafen in unbefränkter Höhe oder Haft bis zu sechs Monaten zu erzwingen.

Beide Bestimmungen passen in ihrem Wortlaut nicht oder nicht in allen Fällen auf die Vorlegung von Urkunden.

§ 883 nicht, weil die „Vorlegung“ nicht mit der „Herausgabe“ gleichbedeutend, sondern ein Minus ist.

§ 888 nicht, weil es sich nicht in allen Fällen um eine Handlung handelt, deren Vornahme „ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig ist“. Nämlich dann nicht, wenn der Schuldner die Urkunde nicht mehr besitzt.

Man kann nicht einwenden, daß der Schuldner in diesem Falle nicht zu ihrer Vorlegung hätte verurteilt werden können. Denn hier kommt man auf das außerordentlich zweifelhafte Gebiet der Beweislast.

Grundsätzlich muß natürlich der Gläubiger zur Begründung seines Anspruchs aus §§ 809, 810 BGB. beweisen, daß der Schuldner „im Besitz“ der Urkunde ist. Aber eben nur grundsätzlich, nicht in jedem Einzelfall. Praktisch genügt es den Gerichten, wenn der Gläubiger beweist, daß der Schuldner einmal — natürlich nicht allzu lang vor der Klagerhebung — im Besitz der Urkunde gewesen ist. Sie verlangen dann von dem Schuldner, der den Verlust der Urkunde behauptet, den Beweis für diese Behauptung.

Es ist nun durchaus möglich und in vielen Fällen sogar sicher, daß der Schuldner diesen Beweis nicht führen kann. In vielen Fällen geht eine Urkunde so verloren, daß der Verlierer den Verlust zunächst gar nicht merkt. Er hat sie eben „verloren“, und weiß gar nicht, wann und wo. Das ist sogar der typische Vorgang des Verlierens.

In anderen Fällen ist sie nicht eigentlich verloren, aber verlegt, sie hat sich in irgendein Aktensäckchen, in eine Schublade, eine Tasche, kurz, in irgendein Versteck verkrochen, wie es die „Tücke des Objekts“ nicht selten ausfindig macht.

Der Verlust kann sogar nach Rechtskraft des Urteils eingetreten sein.

In allen diesen Fällen hängt zweifellos die Vorlegung nicht

mehr „ausschließlich“ vom Willen des Schuldners ab. § 888 paßt hier nicht mehr.

Wollte man ihn dennoch anwenden, so würde der Schuldner völlig der Gnade des Gläubigers überliefert sein. Und wehe ihm, wenn er einen Gläubiger hat, dem der Prozeß nur ein Mittel war, an dem verhafteten Schuldner sein Mütchen zu kühlen. Mir ist ein Fall bekannt, in welchem eine Klage auf Vorlegung einer Urkunde lediglich als Racheakt erhoben war.

Wenn also in einem Falle, in welchem der Schuldner die Urkunde verloren hatte, ohne es beweisen zu können, ein Urteil auf Vorlegung ergangen ist, so bedeutet das nach der Meinung, die z. B. der einflußreiche Komm. von Stein-Jonas (Anm. I 1 zu § 883) vertritt, daß nicht § 883, sondern § 888 anzuwenden ist, d. h. daß der Schuldner, der die Urkunde verloren hat, deswegen auf Antrag des Gläubigers mit sechs Monaten Haft bestraft wird. Eine völlig untragbare Konsequenz, die offensichtlich dem Sinn und Zweck des § 888 nicht entspricht.

Sie allein genügt, um zu zeigen, daß in diesen Fällen nur § 883 anwendbar sein kann. Es ist auch schlechterdings nicht einzusehen, weshalb der Schuldner, der eine Urkunde an den Gläubiger herausgeben muß, das Recht haben soll, sich im Fall ihres Verlustes durch den Offenbarungseid zu befreien, während der Schuldner, der ein Minus zu leisten hat, nämlich nur die Vorlegung, dieses Recht nicht haben soll, sondern ihm gegenüber der Gläubiger das Recht hat, ihn mit Haft zu bestrafen. Da wo der Wille des Schuldners nicht mehr ausreicht, verliert die Haft ja den Sinn eines Zwangsmittels, sondern erhält die Bedeutung einer bloßen Strafe.

Für die vorstehend begründete Auffassung spricht auch, daß, wenn das Gericht im Prozeß gem. §§ 809, 810 BGB. die Vorlegung der Urkunde anordnet (§ 422 ZPO.), der Schuldner, sobald er deren Besitz bestreitet, den Offenbarungseid zu leisten hat (§ 426 ZPO.).

Wie eingangs erwähnt, sind die Meinungen des Schrifttums geteilt. Kann ist der hier vertretenen Meinung (Komm. zu § 883 Anm. 1b), Stein-Jonas der entgegengegesetzten. Entsprechend geteilt ist das übrige Schrifttum (vgl. die Nachweise bei Kann).

Ein Ur. des RG. v. 11. Juni 1905 (Gruch. 50, 1110) steht auf dem hier vertretenen Standpunkt, ein noch älteres, v. 1. April 1891, ZW. 1891, 240, auf dem entgegengegesetzten.

Wollen die Gerichte nicht den Schuldner dem verhältnismäßig schwächeren Rechtsschutz der Vollstreckungsinstanzen ausliefern, so ergibt sich für sie die Aufgabe, im Verfahren vor der Urteilsfindung die Frage des Besitzes reiflos zu klären. Will der Gläubiger dem Schuldner nicht den Eid über den Besitz zuschieben — und es ist ein starkes Indiz für den Schikanecharakter des Prozesses, wenn er es nicht tut —, so wird das Gericht, sofern es den Schuldner für beweispflichtig hält, dazu schreiten müssen, dem Schuldner den richterlichen Eid über den gegenwärtigen Besitz aufzuerlegen.

RM. Prof. Dr. S. Sjah, Berlin.

Die Arbeitslosenunterstützung als Lohnpfändungsgrenze für Unterhaltsbeiträge.

Vormundschaftsgerichte, Wohlfahrtsämter wie auch die Allgemeinheit haben ein gleich großes Interesse daran, daß dem unehelichen Vater bei Unterhaltsansprüchen seines unehelichen Kindes nicht zu hohe Beiträge als notdürftiger Unterhalt pfandfrei gelassen werden. Nach den Bestimmungen des Lohnbeschl. G. brauchen dem unehelichen Vater für diesen Fall nur die Beträge belassen zu werden, die er zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts und zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber seiner Familie oder anderen Verwandten nötig hat, während im allgemeinen ein Betrag bis zu 195 *RM.* monatlich unpfändbar ist. Nach der in den Rundbriefen Deutscher Berufsvormünder v. 3. Okt. 1930 veröffentlichten Zusammenstellung wird dieser notdürftige Unterhalt von den Gerichten viel zu hoch festgesetzt. Die pfandfreien Sätze schwanken danach bei Unverheirateten zwischen 14 und 30 *RM.* in der Woche, bei Verheirateten zwischen 16 und 40 *RM.* Für die Frau sowie jedes eheliche Kind wird außerdem ein Betrag von einigen Reichsmark, in Berlin für jedes Kind 10 *RM.*, freigelassen. Bei Zugrundelegung dieser Sätze wird es in den meisten Fällen gelingen, von den ledigen unehelichen Vätern, soweit sie Arbeit haben, die Unterhaltsbeiträge ganz oder größtenteils zu bekommen. Sobald sie sich aber verheiraten, wird dies fast regelmäßig nicht mehr der Fall sein. Von da ab wird die Unterhaltung des unehelichen Kindes vielfach so gut wie ganz der Allgemeinheit zur Last fallen. Das führt zu einer durch nichts gerechtfertigten Belastung der öffentlichen Wohlfahrtsausgaben, die unter den heutigen Verhältnissen nicht getragen werden können. Dabei sind die von den Gerichten für die Frau und die ehelichen Kinder zugebilligten Sätze des angemessenen Unterhalts meist ziemlich willkürlich nach Gutdünken angenommen, während sie doch tatsächlich nur nach dem Anteil an dem jeweiligen Reineinkommen des Mannes berechnet werden können. Daß der notdürftige Unterhalt des Mannes mit den oben angeführten Sätzen angenommen wird, für die Frau aber als angemessener Unterhalt nur etwa 6 bis 10 *RM.* wöchentlich, läßt sich selbst dann

nicht rechtfertigen, wenn man alle größeren gemeinsamen Ausgaben wie Miete usw. allein auf das Konto des Mannes verrechnet. Tatsächlich müssen auch in Berlin zahlreiche Familien mit viel geringerem Einkommen leben, als das RG. als notdürftigen Unterhalt annimmt (s. BG. III Berlin v. 30. Nov. 1928: Rundbriefe 1929, 154). Vorkommen in die Brüche aber führt dieses Berechnungssystem, wenn mehrere Kinder da sind. Wenn man z. B. in Berlin, wie das RG. es tut, für jedes Kind 10 RM wöchentlich als angemessenen Unterhalt ansieht, so würden vier Kinder schon den ganzen Wochenlohn eines ungelerten Arbeiters der Metallindustrie, der in Berlin etwa 40 RM wöchentlich verdient, aufzehren. Für Mann und Frau würde dann überhaupt nichts mehr übrigbleiben. Schon aus diesem Beispiel geht hervor, daß diese Berechnung keinen Anspruch auf allgemeine Richtigkeit und Billigkeit haben kann.

Es muß vielmehr von folgenden Leitfäden ausgegangen werden:

1. Das uneheliche Kind hat grundsätzlich Anspruch auf den gleichen Teil am Reinverdienst des Vaters wie das eheliche Kind.

2. Im Durchschnitt ist für zwei Kinder der gleiche Teil am Reinverdienst zu rechnen wie für einen Erwachsenen, so daß also beim Vorhandensein von zwei Kindern (z. B. einem ehelichen und einem unehelichen Kinde) auf Mann, Frau und zwei Kinder je $\frac{1}{3}$ entfällt, bei kinderloser Ehe je $\frac{2}{5}$ auf Mann und Frau, $\frac{1}{5}$ auf das uneheliche Kind.

3. Als notdürftiger Unterhalt des unehelichen Vaters im Verhältnis zu seinem unehelichen Kinde kann höchstens der Betrag angenommen werden, den er eventuell als Arbeitslosenunterstützung für sich allein beziehen würde.

Zu diesem Betrage erhält der Erwerbslose nach § 107 ArbBermG. nur geringe Zuschläge für Frau und Kinder, z. B. in der untersten Lohnklasse nur 60 Pfg., in Klasse V (Verdienst bis 120 RM) bei einer Arbeitslosenunterstützung von 10,80 RM nur 1,35 RM wöchentlich für jedes Familienmitglied. Der Arbeitslose muß daher auch von seinem Teil der Unterstützung Frau und Kinder mit ernähren. Es ist deshalb nicht unbillig, wenn man seine eigene eventuelle Unterstützung als den notdürftigen Unterhalt für ihn allein ansieht. Millionen müssen heute davon leben.

Wenn der oben nach Ziff. 2 errechnete Anteil des Vaters an seinem Reinverdienst für ihn gegebenenfalls in Frage kommende Arbeitslosenunterstützung übersteigt oder ihr gleichkommt, erhält das uneheliche Kind seinen nach Ziff. 2 errechneten Anteil in vollem Umfange. Bleibt der auf den Vater entfallende Anteil hinter seiner Arbeitslosenunterstützung zurück, so muß sich das uneheliche Kind eine entsprechende Kürzung gefallen lassen. Dagegen verbleiben der Frau und den ehelichen Kindern in allen Fällen der nach Ziff. 2 errechnete angemessene Unterhalt. Bemerkt sei noch, daß hier der Reinverdienst maßgebend sein muß, nicht wie sonst nach dem Urteil des RWStG. v. 29. Mai 1929 der Bruttolohn.

An praktischen Beispielen erläutert, ergibt sich folgendes:

Gemäß § 106 ArbBermG. betragen die Erwerbslosenunterstützungen vor der NotWd. bei einem wöchentlichen Verdienst von 10 RM in der untersten Lohnklasse 6 RM wöchentlich, in den um je 4 bis 6 RM höheren Lohnklassen 7,80 RM bis 22 RM. (Der Aufschuß ist vor der NotWd. geschrieben. Die früheren Sätze sind stehen gelassen, weil die Berechnung übersichtlicher ist.) In den beiden niedrigsten Lohnklassen würde nach den obigen Grundsätzen bei Annahme von Mann, Frau und einem ehelichen Kinde für ein uneheliches Kind nichts übrigbleiben. In der 3. Lohnklasse im Monat nur 0,80 RM. In der 4. bis 7. Lohnklasse ergibt sich folgende Rechnung:

Es entfällt vom Reinverdienst

	in 4 Wochen	auf Mann	Frau	1. Kind	2. Kind
in Klasse 4 bei	96 RM	32 RM	32 RM	16 RM	16 RM
" " 5 "	120 "	40 "	40 "	20 "	20 "
" " 6 "	144 "	48 "	48 "	24 "	24 "
" " 7 "	168 "	56 "	56 "	28 "	28 "

wenn man den Höchstlohn dieser Klassen zugrunde legt.

Danach stellt sich die Berechnung, wenn der Vater die obigen Sätze in Klasse 4—7 tatsächlich verdient, wie folgt:

Arbeitslosenunterstützung für 4 Wochen würde in Klasse 4—7 betragen:	Vater + 1 Kind wie oben:	Ab Arbeitsl. Unterf.:	bleibt für unehel. Kind:
4 × 9,90 =	39,60 RM	32 + 16 = 48	39,60 = 9,40 RM
4 × 10,80 =	43,20 "	40 + 20 = 60	43,20 = 16,80 "
4 × 13,20 =	52,80 "	48 + 24 = 72	52,80 = 19,20 "
4 × 14,63 = rd.	58,50 "	56 + 28 = 84	58,50 = 25,50 "

In Klasse 4 behält danach der Vater von seinem 96 RM Reinverdienst als notdürftigen Unterhalt 39,60 RM, die Frau und das eine eheliche Kind behalten den angemessenen Unterhalt mit 32 und 16 RM, für das uneheliche Kind verbleiben nur 9,40 RM und so fort.

Bei dieser Aufstellung sind als notdürftiger Unterhalt verschiedene Sätze je nach der Lohnhöhe angenommen. Dies erscheint deshalb nicht unberechtigt, weil ein höherbezahlter Arbeiter wohl in der Regel mehr Geld für die Wohnung ausgibt als ein geringer bezahlter und aus diesem Grunde auch größere Aufwendungen als notdürftigen Unterhalt hat. Es wäre aber zu prüfen, ob man nicht ganz allgemein einen Mittelsatz der III., also z. B. den der Klasse 4 mit

rund 10 RM wöchentlich, also 40 RM für 4 Wochen als notdürftigen Unterhalt auch für die höheren Lohnklassen annehmen soll, oder ob man nicht überhaupt die geringste III. von 6 RM wöchentlich oder 24 RM für 4 Wochen als notdürftigen Unterhalt annehmen könnte. Im letzteren Fall würde, wenn noch eine Frau und ein eheliches Kind vorhanden sind, bis zu einem Reineinkommen des Vaters von 48 RM in 4 Wochen das uneheliche Kind keinen Anspruch haben. Bei einem Reineinkommen von 51 RM würden für das uneheliche Kind 1,50 RM übrigbleiben. Bei höheren Reineinkommen würde z. B. bei 72 RM das uneheliche Kind den gleichen Teil wie das eheliche, d. h. 12 RM im Wege der Pfändung erlangen können. Auch das wäre nicht unbillig. Denn für ein zweites eheliches Kind müßte der Vater sicherlich 12 RM im Monat aufwenden, so daß er selbst nur 24 RM als seinen Anteil behielte, und zwar nicht als notdürftigen, sondern als angemessenen Unterhalt nach seinem Verdienst. Der für das uneheliche Kind auf diese Weise nach Ziff. 2 errechnete Anteil findet natürlich seine Höchstgrenze in der nach den Verhältnissen der Mutter festgesetzten Unterhaltshöhe.

Selbstverständlich können die Erwerbslosensätze keine absolut starre Geltung haben. Sie sollen nur die unterste Grenze bilden, über die hinaus nicht mehr gepfändet werden kann. Bei längeren Krankheiten in der Familie oder dergleichen ist die Befreiung eines entsprechend höheren Betrages geboten. Andererseits ist aber anderer Nebenverdienst des Vaters sowie eine etwaige Rente als Einkommen hinzuzurechnen. Unter keinen Umständen dürfte aber, von Krankheiten oder dergleichen abgesehen, der notdürftige Unterhalt des Vaters in ländlichen Bezirken höher als 40 RM monatlich, in städtischen Verhältnissen entsprechend höher, angenommen werden. Andernfalls hat es, wenn oder sobald die außerehelichen Väter sich verheiraten, für VormGer. und Jugendämter keinen Zweck, hinsichtlich der Beitreibung der Unterhaltsgelder noch etwas zu unternehmen, es sei denn, daß der Vater aus zahlungsfähigen Kreisen stammt. Eine große Anzahl unehelicher Kinder verheirateter Väter würden dann auf Kosten der Allgemeinheit unterhalten werden müssen, auch wenn diese Väter Arbeit haben. Daß diese Kosten unter den heutigen Verhältnissen nicht von der öffentlichen Wohlfahrtspflege getragen werden können, bedarf keiner weiteren Ausführung. Pflicht der Gerichte ist es daher, durch vernünftige Entscheidungen eine angemessene Grenze des notdürftigen Unterhalts festzusetzen und einer Abwälzung der Unterhaltskosten auf die Allgemeinheit, soweit dies möglich ist, vorzubeugen.

Die hier vorgeschlagene Lösung steht auch nicht im Widerspruch mit der Festsetzung der allgemeinen Pfändungsgrenze auf 45 RM wöchentlich. Der Kaufmann oder Gewerbetreibende kann sich bei dieser Höhe dadurch vor Schäden schützen, daß er nicht auf Kredit verkauft. Der Unterhaltsberechtigten muß dagegen verlangen können, daß der Unterhaltspflichtige, soweit möglich, in erster Linie die Unterhaltskosten trägt oder mitträgt, und er darf nicht darunter leiden, daß womöglich einmal die öffentlichen Mittel nicht mehr ausreichen, wenn als notdürftiger Unterhalt ein zu hoher Betrag freigelassen wird.

Tatsächlich ist es heute so, daß die Landkreise und ebenso die Gemeinden und Städte unter den Wohlfahrtslasten zusammenzubrechen drohen. Es ist daher auch keineswegs unsozial, die unehelichen Väter zur Unterhaltspflicht heranzuziehen. Denn schon jetzt müssen an vielen Orten sich Kranke und Kinderreiche Kürzungen oder Streichungen von Unterstützungen gefallen lassen. Aber auch auf eine andere Seite muß bei dieser Gelegenheit noch hingewiesen werden. Würde den unehelichen Vätern, unter tatsächlich viel zu hoher Festsetzung des notdürftigen Unterhalts, wie bisher nach der Rspr. der Gerichte, eine Zahlungsverpflichtung so gut wie ganz abgenommen werden, wenn sie sich verheiraten und eheliche Kinder haben, und würden die Wohlfahrtsämter deshalb eingreifen müssen, so würden andere Väter mehrerer ehelicher Kinder bei gleichem Einkommen mit gleichem Recht beanspruchen können, daß auch die Allgemeinheit die völlige Unterhaltung der dritten oder vierten und weiterer ehelicher Kinder übernehme. Ob das später einmal möglich sein oder vielleicht auch aus bevölkerungspolitischen Gründen geboten sein könnte, braucht hier nicht erörtert zu werden. Das verarmte Deutschland kann sich dieses nicht erlauben. Deshalb haben aber auch die unehelichen Väter nicht die weitgehende Freilassung verdient, die ihnen die Gerichte bisher zugestanden haben.

Das OVG. Celle, Beschl. v. 29. Jan. 1931, 2 ID 20/31, hat anerkannt, daß die eventuellen Arbeitslosenunterstützungssätze einen Anhalt für den als notdürftigen Unterhalt zu belassenden Betrag bilden. In der Entsch. ist jedoch der angemessene Unterhalt für Frau und eheliches Kind nicht nach dem obigen Leitfaden Ziff. 2 und daher zu hoch bemessen.

OGK. Dr. Reineke, Bückeburg.

„Muß“-Beamte.

I. Das RG. steht — entgegen der ständ. Rspr. des OVG.: JW. 1931, 1668 — auf dem Standpunkt, daß ein privatdienstlich Angestellter einer Gemeinde, wenn ihm die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse übertragen wird, allein kraft dieser Übertragung auch ohne

Aushändigung einer Anstellungsurkunde Beamter i. S. der Beamtenanstellungs- und Beamtensoldengesetze wird. Es soll dies jedoch nur gelten, wenn es sich nicht etwa nur um eine vorübergehende Übertragung der hoheitsrechtlichen Funktionen handelt, und wenn diese nicht nur nebensächlich verrichtet werden, m. a. W., nicht nur einen geringen, unwesentlichen Bestandteil des gesamten Personals bilden (vgl. RG. 51, 295; v. 12. Febr. 1907, III 315/06; RG. 106, 19; 125, 422 = JW. 1929, 3382; DVG. Köln: Kombarechtskartei Nr. 208 und Nr. 384 b). Notwendig soll zur Begründung der Beamteneigenschaft auch sein, daß die Tätigkeit unter eigener Verantwortung ausgeübt wird, daß sie nach außen gerichtet ist, Dritten gegenüber hervortritt, also nicht nur den nach außen hin in Erscheinung tretenden Verwaltungsakt vorbereitet (RG. v. 27. Mai 1930, 11 U 1888/30: Kombaregistratur II B 115/29; DVG. Königsberg v. 10. Jan. 1929, 5 U 335/27 bestätigt durch RG. v. 20. Dez. 1929, III 109/29: Kombaregistratur II B 84/29).

Die Tätigkeit der Sachbearbeiter und Dezernenten ohne endgültige Zeichnungsbefugnis verleiht also nicht Beamteneigenschaft, auch wenn sie geistig noch so hoch steht, auf rein hoheitsrechtlichem Gebiet liegt und z. B. eine Vorbildung und Erfahrung voraussetzt, die der eines Richters gleich zu erachten ist.

Wichtige Staatsaufgaben können also auch nach der Mpr. des RG. in der Hand privatrechtlich Angestellter bleiben, ohne daß die Grundlagen des Staates erschüttert werden und ohne daß der Staat sich selbst aufgibt, um mit den Worten Brand's (Rundschau für Kommunalbeamte 1929, 364 ff.) zu sprechen.

Helfrich: JW. 1931, 1731 teilt den Standpunkt des DVG.; Cremerius: JW. 1931, 1669 gibt zutreffend an, daß das RG. eine nähere eingehendere Begründung für seine Auffassung bisher nicht gegeben hat.

II. Der Gesetzgeber hat den § 1 KommBeamtG. gerade auch mit Rücksicht auf die Judikatur des RG. geschaffen, die auch schon vor 1899 (vgl. Brand a. a. D.) die Art der Tätigkeit als für die Beamtenqualität erheblich erachtete. Auch der Gesetzgeber des Pr-StaatshaftG. v. 1. Aug. 1909 hat auf dem Standpunkt gestanden, daß die Ausübung von Hoheitsrechten den Ausübenden im Innenverhältnis nicht zum Beamten mache, denn es bestand Einigkeit darüber, „daß Personen, die hinsichtlich ihres inneren Verhältnisses zum Staate zweifellos nicht Beamte seien, aus dem Gesichtspunkt ihrer amtlichen Tätigkeit Dritten gegenüber als Beamte in Frage kommen könnten“ (GruchBeitr. 65, 633).

Auch die Verwirklichung der dem Staat obliegenden Fürsorge ist Ausübung öffentlicher Gewalt (RG. 111, 369). In Ausübung dieser Fürsorge sind z. B. die preuß. Gesetze über die Errichtung einer Zentralanstalt zur Förderung des genoss. Personalkred. v. 31. Juli 1895, 8. März 1924, 12. Dez. 1927, 28. April 1928 erlassen und, obwohl es sich um Ausübung öffentlicher Gewalt handelt, schreibt das zuletzt genannte Gesetz die Anstellung des Präsidenten sowie der übrigen Mitglieder des Direktoriums auf Privatdienstvertrag und die Ersetzung aller Beamten durch Angestellte vor.

RG. 125, 422 = JW. 1929, 3382: wenn das Gesetz die Kündigung des Anstellungswillens durch Übertragung von Dienstverrichtungen öffentlich-rechtlicher Art hätte ausschließen wollen, so würde es wegen des mit innerer Notwendigkeit gegebenen Zusammenhangs zwischen der Betätigung von Hoheitsakten und der amtlichen Stellung „etwas geradezu Unmögliches und Undurchführbares angeordnet haben“, ein derartiger Wille des Gesetzgebers sei für den Richter unbeachtlich, übersteht zunächst, daß nach § 1 WVG. der Richter nicht über, sondern unter dem Gesetz steht, und der Gesetzgeber hat — wie erörtert — wiederholt seinen Standpunkt zum Ausdruck gebracht, daß die Übertragung von hoheitsrechtlichen Funktionen allein nicht die Beamteneigenschaft verleiht. Wäre die Auffassung des RG. zutreffend, so hätte z. B. das Gesetz, das die Anstellung der Funktionäre der Zentralanstalt auf Privatdienstvertrag vorschreibt, „etwas geradezu Unmögliches und Undurchführbares angeordnet“, und die der RG-Judikatur entgegenstehende konstante Mpr. des DVG. würde auf unmöglichen und undurchführbaren Gesichtspunkten beruhen.

Wenn das RG. als Grund: „den mit innerer Notwendigkeit gegebenen Zusammenhang zwischen der Betätigung von Hoheitsakten und der amtlichen Stellung“ angibt, so beweist es das Beweissthema (Erwerb der Stellung als Beamter durch Betätigung von Hoheitsakten) durch das thema probandum; denn ob der Zusammenhang zwischen Funktion und Funktionär hierbei überhaupt in Betracht kommt, zutreffendenfalls ob er derartig ist, daß die Ausübung von Hoheitsakten den Ausübenden zum Beamten im Sinne der Anstellungs- und Befolgungsgesetze macht, ist gerade die Beweisfrage.

In dieser Allgemeinheit besteht aber selbst nach Ansicht des RG. dieser innere Zusammenhang gar nicht, denn eine vorübergehende oder nach außen nicht hervortretende oder nur als Nebenbetätigung zu erachtende Betätigung von Hoheitsakten hat auch nach Ansicht des RG. nicht diese Wirkung. Darans folgt schon, daß die vom RG. behauptete innere Notwendigkeit nicht besteht, wie ja auch in außerdeutschen Kulturstaaen Hoheitsakte von Personen ausgeübt werden, die nach Ausschöpfung ihrer Befugnis zur Betätigung von Hoheitsakten zu dem Staat in keinem anderen Verhältnis stehen wie jeder andere Staatsbürger.

Die Betätigung von Hoheitsakten hat lediglich zur Konsequenz, daß es für das Verhältnis des Hoheitsträgers (Reich, Land, Gemeinde) zu Dritten unerheblich ist, ob er die Hoheitsakte durch einen Beamten oder durch einen Nichtbeamten ausüben läßt.

„Die Bezeichnung ‚Beamter‘ ist in der Gesetzesprache kein Begriff von gleichbleibendem Inhalt, insbes. wohnt ihr keineswegs immer die Bedeutung inne, die ihr nach den zur Regelung der Ansprache auf Gehalt, Pension und ähnlicher Dinge bestimmten Beamtengesetzen zukommt. Vielmehr ist die Frage, welche Personenkategorien der Ausdruck umfaßt, nach Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmungen zu beantworten, deren Anwendung jeweilig in Betracht“ (GruchBeitr. 65, 632).

Nach letzterer Entsch. ist ein Mitglied der Hoheitsakte als Haupttätigkeit dauernd nach außen hin ausübenden Militärpolizei Beamter in dem weiteren Sinne des BeamtenschaftG., auch wenn auf diesen Funktionär die Beamtenges., die die Ansprüche auf Gehalt, Pension usw. regeln, keine Anwendung finden.

Es gibt also auch Hoheitsakte als Haupttätigkeit dauernd nach außen hin ausübende Funktionäre, auf die die Beamtenges. betr. Gehalt, Pension usw. keine Anwendung finden. Diese könnte es aber doch gar nicht geben, wenn eine solche Ausübung von Hoheitsakten den Funktionär zum Beamten im Sinne dieser Beamtenges. macht. Es ist durchaus zutreffend, wenn RG. 67, 118 = JW. 1908, 24 ausführt: „Es gibt Personen, die im Sinne des einen Gesetzes Beamte sind, im Sinne anderer aber nicht; wie z. B. die mit Postgebefugnissen ausgerüsteten Angestellten der Privatbahnen... zwar nicht im Sinne der Beamtenges. betr. Gehalt, Pension usw. als Beamte gelten, aber bei Ausübung der ihnen übertragenen Funktionen als Beamte handeln.“ Auch § 24 Abs. 2 DiffPensG. v. 31. Mai 1906: „Als Zivildienst gilt jede Anstellung oder Beschäftigung als Beamter oder in der Eigenschaft eines Beamten“ und RG. 84, 364 = JW. 1914, 686 ergeben, daß die Ausübung von Hoheitsakten nicht die Anstellung, das Gehalt und die Pension im Sinne der diesbezüglichen Beamtenges. zur Folge hat.

Ebenso wie für den Kommunalbeamten, dem staatliche Geschäfte übertragen sind, die vor der Übertragung der staatlichen Funktionen für ihn geltenden Bestimmungen betreffend Gehalt, Pension usw. maßgeblich bleiben (RG. 67, 118/119 = JW. 1908, 24), bleiben für den auf Privatdienstvertrag Angestellten, dem die Ausübung von Hoheitsakten übertragen ist, seine früheren Anstellungsbedingungen maßgeblich; er ist nicht Beamter im Sinne der Beamtenges. betr. Anstellung, Gehalt, Pension usw., sondern handelt nur bei Ausübung der ihm übertragenen hoheitsrechtlichen Funktionen als Beamter.

Die Ausübung von Hoheitsakten ist für die Beamteneigenschaft durchaus unwesentlich (Brand, Beamtenecht S. 24). Die RG-Judikatur erklärt also ein für einen Tatbestand unwesentliches Moment für so wesentlich, daß es auch gegen den Willen der Beteiligten den Tatbestand herstellt!

Es ist ein falscher Ausgangspunkt, wenn RG. 125, 422 meint, es handle sich bei der Streitfrage lediglich um die „Kündigung des Anstellungswillens“, es handelt sich vielmehr um den Willen selbst. Denn das RG. schafft Beamte auch gegen den Willen des Funktionärs und des Hoheitsträgers, obwohl die Verleihung einer Beamtenstelle ein hoheitsrechtlicher Akt der Staatsgewalt ist, „der nur der Entschließung der Verwaltungsbehörden, nicht der gerichtlichen Entsch. unterliegt“ (RG.: Warn. 1921 Nr. 106).

Es ist im Einzelfall oft schwierig festzustellen, ob die Funktion, die eine im Dienst eines Hoheitsrechtsträgers stehende Person ausübt, obrigkeitlicher Natur ist (vgl. die RG-Judikatur). Wenn die Auffassung des RG. zutreffend wäre, könnte jemand, der sich nie für einen Beamten gehalten hat, plötzlich durch eine Gerichtsentch. überrascht werden, gemäß welcher er seit Jahren Beamter ist und unter den speziellen Beamtenges. gelebt hat. Ebenso überrascht wird die Anstellungsbehörde. Der auf Privatdienstvertrag Angestellte hat z. B. Delikte begangen, die für einen Beamten die Dienstentlassung im Disziplinarverfahren zur Folge gehabt hätten; die Behörde hat ihm deshalb gekündigt. Nach Jahren erfährt sie durch ein Urteil — welches z. B. eine von der Anstellungsbehörde als Nebenbetätigung angesehene Ausübung von Hoheitsrechten für die Haupttätigkeit erklärt —, daß der Betreffende Beamter gewesen ist, daß die Kündigung also unzulässig war, weil er nur im Wege des Disziplinarverfahrens hätte entlassen werden können. Die Behörde muß also das Gehalt nachzahlen und dauernd weiterzahlen. Ein Disziplinarverfahren war und ist nicht möglich, weil das DVG. keine Beamteneigenschaft verneint, da er keine Anstellungsurkunde hat, er also nicht der Disziplinarergewalt untersteht (vgl. JW. 1931, 1669).

Der Zweck des § 1 KommBeamtG. war der, klare Verhältnisse zu schaffen. Die Judikatur des RG. verhindert diesen Zweck ebenso wie sie den Zweck des § 56 Ziff. 8 StädteD. durch die Ausnahmestellung, die sie den Geschäften der laufenden Verwaltung einräumt, verhindert (vgl. z. B. RG. 115, 316 = JW. 1927, 779). Dabei war für § 56 Ziff. 8 auch die Absicht maßgeblich, den Dritten zu schützen (JW. 1922, 393) und die Erwägung, daß der Dritte die Vertretungsmacht nicht nachprüfen kann, und deshalb — ebenso wie durch § 1 KommBeamtG. — durch eine gesetzliche Vorschrift Klarheit geschaffen werden müsse. Da es nun im Einzelfall ebenso unklar

sein kann, ob ein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt, wie, ob es sich um obrigkeitliche Funktionen handelt, ferner ob eine Tätigkeit als Haupt- oder Nebentätigkeit zu erachten ist, so verteilt die Judikatur des RG. den Zweck der Gesetze.

Die Ansicht des RG. durchdringt die Anstellungsgrundsätze der Gemeinden, die eine Vorbildung, Ausbildungszeit, Ablegung von Prüfungen usw. vorschreiben, um eine hochwertige Beamtenerschaft zu erzielen. Sie schafft Beamte, die von allen diesen Voraussetzungen befreit sind.

Welche Konsequenzen die RG-Judikatur hat und wie die Erkenntnis von dem hohen Werte des Berufsbeamtentums in der Praxis zu verwirklichen ist, ist in dem Aufsatz: „Erwerb der Beamten-eigenschaft“ in Mitteil. des Bundes der oberen Verwaltungsbeamten der Stadt Berlin 1931 Nr. 2 u. 3 dargelegt; dort ist auch ausgeführt, daß gerade in der Justizverwaltung eine Tätigkeit, die nach der RG-Judikatur Beamten-eigenschaft verleiht, von Angestellten auf Privatdienstvertrag ausgeübt wird.

Wenn es aber selbst richtig wäre, daß der Hoheitsakte als Haupttätigkeit dauernd nach außen hin ausübende Funktionär aus der Natur der Sache contra legem Beamter wird, nicht nur als Beamter handelt, so wird er doch nicht Beamter auf Lebenszeit. Er ist dann Beamter, solange er die Hoheitsakte ausübt. Wird ihm die Ausübung entzogen, so besteht der vom RG. als einziger Grund angeführte innere Zusammenhang doch zweifellos nicht mehr.

§ 8 KommBeamtG. schreibt allerdings vor, daß die Beamten grundsätzlich auf Lebenszeit anzustellen sind (RG. 125, 422 a. G. = JW. 1929, 3382). Die gegen den Willen der Anstellungsbehörde vom RG. geschaffenen Zwangsbeamten sind aber überhaupt nicht als Beamte von der Anstellungsbehörde angestellt, denn eine Anstellung erfolgt durch den einseitigen Staatsakt der Ernennung und die Rundgebung von diesem Staatsakt (RG. 101, 297). Sie sind vielmehr dem Hoheitsträger, der ihnen lediglich die Ausübung bestimmter hoheitsrechtlicher Funktionen übertragen hatte, vom RG. als Beamte aufgezwungen. Für sie gilt also § 8 nicht.

RA. Dr. Hans Kayser, Berlin.

Die deutsche Adoptionsstelle.

„Adoptionsvermittlung“ und „Adoptionsstelle“ sind Begriffe, die erst in den letzten 20 Jahren entstanden sind. Die Zahl der kinderlosen Ehen ist ständig gewachsen. Das Vorurteil gegen Annahme eines unehelichen Kindes (Waisen kommen selten in Frage) ist immer mehr geschwunden und viel Möglichkeit und Freundlichkeit zur Adoption vorhanden.

Ohne die Erfahrungen und Hilfsmöglichkeiten einer Adoptionsstelle finden sich aber nur schwer die geeigneten und zueinander passenden Ehepaare und Kinder zusammen. Manche Ehepaare versuchen, durch Inserate zum Ziel zu kommen, aber sie erfahren dabei immer wieder Mißerfolge. Sie bekommen unwahre Angaben über die Abstammung, nehmen erblich belastete Kinder, werden bekannt mit der Kindesmutter oder ihren Angehörigen. Letzteren ist dann eine Quelle steter Beunruhigung. Es kommt auch noch immer vor, daß Mütter und Kinder dem Adoptionschwindel zum Opfer fallen. Niedrig denkende Menschen beuten die Not der Mutter aus, um mühelos Geld zu verdienen.

Adoptionsstellen, welche die beiden „Parteien“ zusammenführen, sind daher notwendig, aber die vorhandenen Stellen genügen noch nicht. Sie erfassen nicht genug die unehelichen Kinder der charakterlich wertvolleren Mütter — namentlich solcher aus sozial höheren Schichten —, weil diese die Stellen nicht kennen oder sich scheuen, sie in Anspruch zu nehmen. Und ähnlich ist es mit vielen adoptionsbereiten Ehepaaren. Beide — sowohl die Kindesmütter wie auch die Ehepaare — haben dazu oft ganz falsche Vorstellungen von der Adoption und der Arbeitsweise der Adoptionsstellen.

Die „Deutsche Adoptionsstelle“ in Leipzig will Eltern und Kinder aus allen Gegenden des Reiches zusammenführen, aber nur einen Teil der Fälle selbst vermitteln und den größeren Teil den anderen Adoptionsstellen weitergeben. Das richtet sich nach den besonderen Wünschen der Anfragenden, nach inneren und äußeren Gründen. Oft wird ein Fall am besten von einem nahegelegenen ZugA. bearbeitet, dann wieder ist eine entferntere Adoptionsstelle zu empfehlen.

Der Deutsche Ärztevereinsbund und der Deutsche Anwaltverein haben sich bereit erklärt, diese Stelle offiziell zu tragen. Der Deutsche Städtetag und der Deutsche Landkreistag haben eine Art Protektorat übernommen.

Die Frage: Ist die Gründung einer neuen Stelle und Ausbau der Adoptionsvermittlung in dieser Zeit allg. Abbaus berechtigt? ist unbedingt zu bejahen. Adoptionsvermittlung ist eine Sparmaßnahme. Selbstverständlich darf der Gedanke an Ersparnisse niemals ausschlaggebend sein. Aber in einer Zeit großer wirtschaftl. Not darf doch hervorgehoben werden, daß die Adoption von etwa 50 Kindern der zahlungspflichtigen Kommunalverwaltung fast eine halbe Million Gewinn bringt — ohne Berechnung der Zinsen.

(Nähere Angaben enthält „Adoptionsvermittlung“, Flugscr. 10 d. Arch. Deutscher Berufsverbände, Frankfurt a. M., Stifftstr. 30.)

Ein großer Nachteil der früheren Adoptionen war mit der Schwierigkeit, Befreiung von der Vorschr. des § 1745 BGB. zu erlangen, verbunden. Das Alter und die lange Kinderlosigkeit der Adoptiveltern beeinträchtigen oft eine verständnisvolle Erziehung der Kinder. Ebenso brachte die Auslegung des § 1747 BGB., daß die volle Adresse der Adoptiveltern in der Einwilligungserklärung genannt werden mußte, viel Konfliktstoff.

Die Adoptionsstellen haben sich sehr darum bemüht, zu erreichen, daß die Auslegung der erwähnten Gesetze den tatsächl. Verhältnissen mehr angepaßt wurden. Die Befreiung von der Altersvorschr. wird jetzt leicht erteilt. In Preußen und einigen anderen Ländern ist nach Bestehen einer zehnjähr. kinderlosen Ehe die Beibringung eines ärztl. Attestes nicht mehr erforderlich. Eine Einwilligungserklärung, die ein bestimmtes Ehepaar bezeichnet, aber dessen Namen nicht angibt, ist durch eine Entsch. des RG.: JW. 1928, 1498 anerkannt worden.

Einen großen Vorteil für die Adoption bedeutet es auch, daß der standesamtl. Geburtschein nach §§ 15 a, 15 c PersStG. i. d. Fass. v. 14. Febr. 1924 (RGW. I, 116) nur den neuen Familiennamen des Kindes nennt.

Es ist zu erwarten, daß die Adoptionsvermittlung in Zukunft noch weitere günstige Ergebnisse zeitigt. Schon nach allen bisherigen Erfahrungen ist ihr Ausbau im Interesse vieler Kinder und kinderloser Ehepaare sehr wünschenswert. Deshalb wird gebeten, gegebenenfalls uneheliche Mütter und adoptionsbereite Ehepaare auf die „Deutsche Adoptionsstelle“, Leipzig, hin-zudeuten.
Margarete zur Nieden, Leipzig.

Die Zeilerschen Umwertungszahlen.

Monats- durchschnitt	Geldwertzahlen	Wohlstands- zahlen	Umwertungs- zahlen
September 1931	1,340 Bill.	94,0 %	1,26 Bill.
Oktober	1,331 "	94,5 %	1,26 "
November	1,319 "	95,0 %	1,25 "
Dezember	1,304 "	95,5 %	1,25 "

Der Jahresabluß bringt normalerweise die Mahnung, „in sich zu gehen“. Auch hat mir schon mancher seine Bedenken darüber geäußert, daß ich bisher unentwegt die Reihe meiner Umwertungszahlen in der bisherigen Weise fortgesetzt habe, trotz der kläglich beengten Wirtschaftslage dieser Zeit. Ich bin also denen, die bisher meinen Umwertungszahlen Vertrauen geschenkt haben, einige Bemerkungen schuldig.

Die Aufstellung der Zahlenreihe bedurfte der „Wohlstandszahl“ als des einen Faktors. Dieser liegt jeweils nicht auf grund amtlicher Ermittlung vor. Also war eine Schätzung nötig. Eine solche habe ich gewagt. Das Ansteigen der so angenommenen Wohlstandszahlenreihe geht langsam vor sich, und stetig nun seit 1924. Ein anderer Aufbau meiner Zahlen wäre nicht möglich gewesen. Die Wohlstandszahl ging langsam nach oben auch in einer Zeit, wo unsere Wirtschaftslage ganz wesentlich rascher anzusteigen schien (1928, 1929). Darum habe ich noch keine zwingenden Gründe dafür gesehen, die bisher eingehaltene Entwicklung der Wohlstandszahlen abzustoppen. Diese lagen immer beträchtlich unterhalb der Zahlen der Wirklichkeit. Wer sich darüber näher unterrichten will, wie von 1924 bis 1929 die Linie meiner Wohlstandszahlen im Vergleich zu den Linien der wirklichen Entwicklung verlief, der findet Angaben in meinem Aufsatz in der DRZ. 1930, 221 und in meinem Beitrag zu dem von RA. Dr. Roß, Dortmund, im Selbstverlag herausgegebenen „Lockerungsgefeß“. Zur Zeit mögen die Zahlen der Wirklichkeit ungefähr auf gleicher Höhe mit meinen Umwertungszahlen stehen, wahrscheinlicher unterhalb ihrer. Ob das ein dauernder Zustand sein wird, läßt sich nicht überblicken. Vorübergehenden, längeren oder kürzeren, selbst Jahre dauernden, Schwankungen kann meine Zahlenreihe nach ihrer Natur nicht folgen. Wenn auch die Zahlen der Wirklichkeit in den Jahren 1931 und 1932 unterhalb meiner Zahlen liegen werden, weiß doch niemand, wie es 1933 sein wird. Dann und später kann es wieder umgekehrt sein. Da die geschätzten Zahlen jahrelang erheblich unterhalb der wirklichen lagen, wird ihr Aufbau wenigstens bis auf weiteres beibehalten werden müssen.

Darauf, daß niemals meine Umwertungszahlen gedankenlos und rein gewohnheitsmäßig angewandt werden dürfen, habe ich stets mit Nachdruck hingewiesen. Bei der heutigen Wirtschaftslage gilt natürlich mehr als je, daß meine Umwertungszahlen nicht mehr sein wollen als ein ungefährender Anhalt, und daß stets die Besonderheit der Verhältnisse des einzelnen Rechtsverhältnisses beachtet werden muß. So kann es angezeigt sein, daß für die Beurteilung des einzelnen Falls die Berücksichtigung der augenblicklichen Ungunst der allgemeinen Wirtschaftslage i. S. einer erheblichen Ermäßigung des Aufwertungssatzes wirkt.

RGW. A. Zeiler, Leipzig.

Entgegnungen.

Wann ist eine freiwillige Zahlung des Gemeinschuldners „durch Zwangsvollstreckung“ erlangt (§§ 3, 70, 84 VerglO.)?

Über die Frage ist viel geschrieben worden (vgl. Bändig: *ZW.* 1929, 565 u. 1930, 111; Mayer und Feuchtwanger a. a. O. S. 90 ff.; *RG.*: *ZW.* 1930, 653 und *Ann.* Mayer; Riefow, *VerglO.*, 1930, S. 132, *Ann.* zu § 3; *OLG.* Frankfurt: *ZW.* 1929, 1674; *OLG.* Dresden: *DRZ.* 1929, 662; *OLG.* München: *ZW.* 1929, 1676). Das *RG.* hat noch nicht Stellung genommen. Das *OLG.* Frankfurt a. M., 10. *BR.* (2/10 S 30/31 v. 1. April 1931), hat m. E. den Kern des Problems getroffen, wenn es ausführt: die VerglO. wolle berechnete Belange des Gemeinschuldners schützen. Sie habe daher keinen Anlaß, seine freiwilligen Leistungen für unwirksam zu erklären. Dagegen müßten die §§ 3, 70, 84 nicht nur auf formale Akte der Vollstreckung beschränkt, sondern sinngemäß auf solche Leistungen erstreckt werden, die nicht freiwillig vom Schuldner, sondern unter Brechung seines eigenen Willens erlangt seien. Denselben Standpunkt vertritt der *Komm.* von Mayer, der auch in *ZW.* dazu eingehend Stellung genommen hat. *M. R.* wendet er sich dort gegen die weitergehende Auffassung des *RG.*, wonach selbst eine freiwillige Hinterlegung des *GSch.* unwirksam sein soll, wenn sie zur Abwendung der Vollstreckung erfolgt ist.

Die Anhänger einer streng formalen Auslegung sind in der Mehrheit. Ihre Gründe sind beachtlich, insbes. die drei folgenden, die über reinen Formalismus hinaus wirtschaftl. Gesichtspunkte enthalten:

1. Bändig betont, daß andernfalls im Anschlußkonkurs auch solche Leistungen des *GSch.* zurückgefordert werden könnten, die nach der *RD.* der Anfechtung nicht unterliegen würden.

2. Riefow befürchtet eine Gefährdung des Kredits.

3. Feuchtwanger führt aus, daß der Schutz der Individualrechte in der Verfassung gewährleistet sei und daß nach h. M. gesetzliche Eingriffe in solche Rechte keiner extensiven Interpretation fähig seien.

Der erste Einwand trifft m. E. deshalb nicht zu, weil die VerglO. unabhängig von der Auslegung der §§ 3, 70, 84 gegenüber dem Konkurs erweiterte Unwirksamkeit vorsieht, schon indem sie den Zeitraum der Unwirksamkeit auf 30 Tage erstreckt. Im „Nachkonkurs“ werden auch Auslagen des VerglVerf. als Masse Schuld bevorzugter Behandlung teilhaftig. Die VerglO. verändert in vieler Hinsicht die Rechtslage.

Zu 2 ist es wohl richtig, daß der Kredit gefährdet wird, wenn der Gläubiger nicht weiß, ob er Sicherheiten nicht wieder herausgeben muß. Einmal handelt es sich aber schließlich nur um einen beschränkten, wenn auch schwankenden Zeitraum der Gefährdung. Ferner erhalten ohnehin in Krisenzeiten nur ganz sicher erscheinende Unternehmen Kredit. Endlich ist das ganze VerglVerf. ein Experiment auf dem Rücken der Gläubiger. Da es heute fast ebensoviel *GSch.* wie Gläubiger gibt, so gleicht sich das aus.

Richtig ist nur, daß die VerglO. den Vergleich schützen will, nicht den *GSch.* als solchen. Deshalb kommen m. E. Leistungen nicht in Betracht, die der *GSch.* aus freier Entschließung, wenn auch zur Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen, vornimmt. Motive hat man immer, auch wenn man Schulden bezahlt. Sobald die Leistung aber in einer von dem Gläubiger herbeigeführten Zwangslage erfolgt, greift sinngemäß die VerglO. ein und macht sie im Interesse des Vergl. und damit auch der Gesamtgläubigerschaft, die ihn will, rückgängig.

Damit gelangen wir zu dem dritten Punkt, der mir als der beachtlichste Einwand erscheint. Es ist richtig, daß hier in Individualrechte eingegriffen wird. Obwohl unsere ganze Gesetzgebung sehr nach dem Kollektivismus hinneigt — Tarifvertragsrecht und insbes. der Entw. der neuen *BPd.* mit seiner kollektiven Zwangsvollstreckung —, trete ich Feuchtwanger darin bei, daß eine extensive Interpretation von Eingriffen in Individualrechte nicht zulässig ist. Hier handelt es sich aber nicht um eine solche. Die Worte „durch Zwangsvollstreckung erlangt“ können auch bei wörtlicher Auffassung bedeuten: infolge *ZwVollstr.* erlangt. Nach ständiger *Rspr.* ist der Sinn einer Gesetzesstelle nicht aus den Motiven oder den Debatten der Parlamente, sondern allein daraus zu entnehmen, was das *Ges.* nach seinen wirtschaftlichen Zwecken gewollt hat. Dies ist aber hier der Schutz des Vergl. durch Verhinderung gewaltsamen Zugriffs einzelner Gläubiger schon im Vorbereitungsstadium des Vergl. Wie Riefow, sonst ein Gegner unserer Ansicht, zutreffend ausführt, waren die §§ 3, 70 VerglO. als Gegengewicht notwendig gegen den auf den *GSch.* ausgeübten Zwang, die Genehmigung der Gläubiger schon zur Begründung seines Antrags dazu zwingen muß, die eigene Forderung schleunigst zu sichern. Die §§ 3, 70, 84 können nur den Sinn haben, durch solches Vorgehen erlangte Vorteile wieder zu beseitigen. Auch eine freiwillige Leistung an den *OLG.* erfolgt unter dem Druck der Zwangsvollstreckung. Sonst würde man den *GSch.* nötigen, der Verschleuderung seines Vermögens untätig zuzusehen, um dann einen geringen Betrag (Vereicherung!) durch Klage wieder zur VerglMasse zu ziehen. Damit wäre weder dem Gläubiger noch der Masse und dem Schuldner gedient. Das ist nicht der Sinn des *Ges.* Die §§ 3, 70, 84 sind daher an-

wendbar auf Grund richtiger Auffassung ihres Wortlauts, ohne erweiternde Auslegung.

Bei Zahlung an den *OLG.* ist dies selbstverständlich. Es dürfte aber auch zutreffen, wenn an den Gläubiger selbst während der Vollstreckung geleistet wird. Im übrigen handelt es sich um wirklich freiwillige Handlungen, die von der VerglO. nicht erfaßt werden. Um mit der *Entsch.* des *OLG.* Frankfurt a. M. zu reden: Nur wenn der eigene Wille des *GSch.* infolge Zwangsvollstreckung gebrochen wird, greifen die §§ 3, 70, 84 VerglO. ein.

OGK. u. *OGK.* Dr. P. Erlanger, Frankfurt a. M.

Eigentumsvorbehalt und Vergleichsverfahren.

I.

Merkel: *ZW.* 1931, 2088 f. stellt sich auf den Standpunkt, daß beim Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren der Gläubiger, der dem Schuldner die Ware unter Eigentumsvorbehalt verkauft und bei Verbrauchsgütern die Ermächtigung zur Weiterveräußerung erteilt hat, den Kaufvertrag voll erfüllt habe und daher am Vergleichsverfahren beteiligt sei. Merkel kommt zu diesem Ergebnis vor allem aus wirtschaftlichen Gründen, indem er auf die Unbilligkeit der Tatsache hinweist, daß bei anderer Auffassung der Vorbehaltsgläubiger, von dessen Waren nur noch ein ganz geringer Bruchteil übrig sei, die volle Summe vom Schuldner beanspruchen könne. Rechtlich will er nun dies ihm unbillig erscheinende Ergebnis vermeiden, indem er einen Unterschied zwischen Eigentumsverschaffung (§ 433) und Eigentumsübertragung (§ 929) macht. Die sonstigen Versuche, zu dem gleichen Ergebnis zu gelangen, lehnt er durchaus zutreffend mit der Begründung ab, daß dafür das *Ges.* keine Grundlage gebe.

Der Auffassung Merckels kann jedoch nicht beigestimmt werden. Insbes. ist der Unterschied zwischen Eigentumsverschaffung und Eigentumsübertragung unhaltbar. Wenn § 433 dem Verkäufer die Pflicht auferlegt, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, so kann diese Pflicht nur dadurch erfüllt werden, daß der Verkäufer den Käufer zum Eigentümer macht, ihm das Eigentum überträgt. Die Übertragung des Besitzes, also die körperliche Verschaffung der Sache ist entgegen der Auffassung Merckels nicht in der Eigentumsverschaffung enthalten, sondern tritt als weiteres Erfordernis der Erfüllung des Kaufvertrages selbständig neben die Eigentumsverschaffung. Wie sich aber Merkel die Durchführung der Eigentumsverschaffung bei ausdrücklichem Eigentumsvorbehalt vorstellt, ist unerfindlich. Die von ihm in den Vordergrund gestellte Besitzübertragung hat mit der Frage des Eigentums nichts zu tun. Die Verfügungsbefugnis aber, die der Verkäufer dem Käufer bei Verbrauchsgütern einräumt, ist eben etwas grundsätzlich anderes als die Eigentumsverschaffung, die auch beim Kauf von Verbrauchsgütern letzten Endes — nämlich bei der Bezahlung — von den Parteien gewollt ist. Ein Unterschied zwischen Eigentumsverschaffung und -übertragung ist also zu verneinen. Daraus ergibt sich, daß ein unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossener Kaufvertrag stets dann noch nicht von beiden Parteien erfüllt ist, wenn unter Eigentumsvorbehalt fallende Sachen beim Käufer vorhanden sind. Mithin findet auch § 4 *BD.* auf solche Verträge Anwendung. Der Verkäufer ist am Vergleichsverfahren nicht beteiligt.

Das Ergebnis ist auch nicht so unbillig, wie Merkel meint. Denn nach § 28 *BD.* kann der Schuldner mit Ermächtigung des Gerichts die Erfüllung ablehnen. Es wird kaum einem Zweifel unterliegen, daß in den von Merkel genannten krassen Fällen diese Ermächtigung durch das Gericht gegeben wird. Dann aber hat der Gläubiger nur einen Schadenersatzanspruch, mit dem er am Vergleich beteiligt ist (§ 30 *BD.*).

RM. Dr. Danielcik, Mannheim.

II.

1. Eigentum kann nur vom Eigentümer übertragen werden. Dagegen kann der Verkäufer auch fremde Sachen verkaufen. Er ist dann nur verpflichtet, dem Käufer auch das Eigentum zu verschaffen. Die Nichterfüllung dieser Pflicht macht ihn schadensersatzpflichtig (§ 440 Abs. 2 *BGB.*). Die Verschaffungspflicht begrifflich also die Beschaffungspflicht (Gewährleistungspflicht) und die Übertragungspflicht in sich. Dies wird von den Ausführungen Danielciks verkannt. Beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt ist der Verkäufer regelmäßig Eigentümer. Eine Beschaffungs- und Gewährleistungspflicht kommt für ihn regelmäßig nicht in Betracht. Die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ist dagegen kraft Parteilwillen ausgeschlossen und durch die Erteilung der Verfügungsermächtigung ersetzt.

2. Der Kauf unter *VB.* mit Verfügungsermächtigung ist eine Mittelform zwischen Kauf (wozu auch der Kauf unter *VB.* an Verbraucher gehört) und dem Kommissionsgeschäft. Es handelt sich um eine neue Rechtsform, die im *Ges.* nicht ausdrücklich geregelt ist. Beim gewöhnl. Kauf unter *VB.* (mit Ver-

braucher vorbehalten) soll der Käufer nicht zur Weiterveräußerung berechtigt sein. Beim Händlervorbehalt ist ihm diese Befugnis gerade eingeräumt. Wie beim Kommissionsgeschäft verbleibt dem Lieferer das Eigentum, während der Empfänger trotz mangelnden Eigentums zur Weiterveräußerung berechtigt ist. Während aber der Kommissionär für fremde Rechnung verkauft, verkauft der Vorbehaltskäufer für eigene Rechnung. Hierin liegt der Unterschied gegenüber dem Kommissionsgeschäft und die Verwandtschaft mit dem Kaufvertrag. Gerade wegen dieser Doppelnatur wird in den Lieferungsbedingungen vielfach versucht, dem Käufer die Verpflichtungen eines Kommissionärs aufzubürden. Bei Zahlungseinstellung wird ihm vielfach die Ware als Kommissionsgut belassen.

Hieraus ergibt sich, daß der Verkäufer mit Erteilung der Verfügungsbefugnis seine Verpflichtungen erfüllt hat. Er hat sich das Eigentum nur als dingliches Sicherungsrecht vorbehalten.

3. Die entgegengesetzte Auffassung führt u. a. zu folgendem Mißbrauch, der besonders in dem letzten Jahr stark um sich gegriffen hat. Der Verkäufer empfängt die Nachricht von der Zahlungseinstellung des Schuldners. Er erkundigt sich, welche Ware aus seinen Lieferungen noch auf Lager ist. Der Kunde glaubt, der Gläubiger wolle seinen Eigentumsvorbehalt geltend machen, Aussonderung verlangen oder ihm die Ware als Kommissionsgut belassen, und teilt Stückzahl und Art der Ware mit. Nun schweigt sich der Gläubiger aus, wartet die Bestätigung des Vergleichs ab und verlangt alsdann volle Befriedigung für die Lieferungen, aus denen noch Reste bei Eröffnung des Vergl. auf Lager waren. Der Schuldner hat wegen Fristablaufs (§ 28 Abs. 2 Vergl. D.) nicht mehr die Möglichkeit, sich die Ermächtigung zur Vertragsablehnung erteilen zu lassen. Er muß den Gläubiger voll befriedigen, sonst legt dieser durch Pfändung den Geschäftsbetrieb lahm und zerstört die Möglichkeit, den Vergleich zu erfüllen. Der Ausgang eines Rechtsstreites ist in Hinblick auf die „herrschende Meinung“ zweifelhaft. Stets wird aber die übrige Gläubigerschaft durch den Außenseiter schwer geschädigt und der Schuldner selbst vielfach in Konkurs getrieben. Das Vergl. ist sabotiert.

4. Der Durchschnittskaufmann hält diese Konstruktion für unmöglich. 90% der Gläubiger beteiligen sich auch hinsichtl. der wegverkauften Ware am Vergl. und verlangen lediglich Aussonderung der noch vorhandenen Ware, wie es auch dem Rechtsgefühl und der wirkl. Rechtslage entspricht. Das Verhalten des Außenseiters verstößt gegen Treu und Glauben. Denn in seiner Anfrage erblickt der Schuldner nur das Verlangen nach Aussonderung, nicht aber den Anspruch auf volle Zahlung. Verlangt der Gläubiger später volle Befriedigung, so ist dieser Wechsel im eigenen Verhalten arglistig (Staudinger § 242 III 2a). Er muß sich bei seinem Wort halten und so behandeln lassen, als hätte er nur Aussonderung verlangt. Außerdem bringt er durch seine unklare Haltung den Schuldner um die Möglichkeit, sich vorsorglich die (nach richtiger Meinung nicht erforderliche) Ermächtigung zur Ablehnung der Vertragserfüllung erteilen zu lassen. Er muß sich daher so behandeln lassen, wie wenn die Ermächtigung zur Vertragsablehnung ordnungsgemäß erteilt worden wäre (vgl. § 162 BGB.). Der Gläubiger nimmt also am Verf. teil, soweit die Vorbehaltsware bei Eröffnung des Vergl. wegverkauft ist. Dieser Ansicht hat sich auch das OLG. Augsburg in zwei jüngst ergangenen Urteilen angeschlossen.

N. Dr. Merkel II, Augsburg.

Zur Frage der Eigentümergrundschuld für nicht entstandene Strafsinsen und Fälligkeitsentschädigungen.

A.

Die Ausführungen von Heinig: JW. 1931, 3418 gehen fehl: Hypotheken, die nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen bleiben sollen, erlöschen nicht erst durch die Auszahlung des Versteigerungserlöses, sondern durch den Zuschlag (§ 91 Abs. 1 ZwVerfG.). Mit dem Zuschlag tritt an die Stelle der Hypothek oder Grundschuld der Anspruch auf den Versteigerungserlös. Das geschieht gleichzeitig für den Hauptanspruch und die Nebenrechte, und beide, jezt verschiedenen Personen zustehenden Ansprüche stehen vom Augenblick des Zuschlags an selbstverständlich nebeneinander. Der bessere Rang des Hauptanspruchs nach § 1176 BGB. äußert sich nur darin, daß er rangmäßig vor den Nebenansprüchen zur Hebung kommt, und daß deshalb bei nicht zureichendem Erlös der Ausfall die Nebenansprüche trifft. Zeitlich — auch insofern geht Heinig fehl — besteht kein Unterschied: vielmehr sind alle Ansprüche auf den Versteigerungserlös, soweit dieser ausreicht, gleichzeitig zu befriedigen.

J. Schachtel, Berlin.

B.

Die Begründung der Auffassung von Heinig erscheint nicht schlüssig. Der Kernsatz seiner Begründung ist: „Kommt der Gläubiger des Hauptrechts zur Hebung, erlischt sein Recht in dem Augenblicke, in dem der auf ihn entfallende Teil des Versteigerungserlöses an ihn ausgekehrt wird.“ Weiter folgert er, daß der Gläubiger der Haupt-

hypothek nach § 10 ZwVerfG. zeitlich vor dem Gläubiger der Eigentümergrundschuld zu befriedigen sei und daß in dem Augenblick seiner Befriedigung die Eigentümernebenleistungsgrundschuld erlöschen müsse.

Der Kernsatz und damit die Schlussfolgerung treffen nicht zu. Nach § 91 ZwVerfG. erlöschen Rechte, die nicht nach dem Zuschlag bestehen bleiben, durch den Zuschlag, nicht also erst durch die Befriedigung im Verteilungsverfahren. An die Stelle des ursprünglichen Hypothekenrechts tritt der Anspruch auf einen entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses. Gleiches würde auch gelten hinsichtlich des Anspruches aus der Nebenleistungsgrundschuld. Das Erlöschen der ursprünglichen hypothekarischen Rechte hat aber hier die Wirkung, daß für Haupt- und Nebenrecht selbständige Ansprüche auf den entsprechenden Anteil des Versteigerungserlöses gleichzeitig zur Entstehung gelangen (§ 92 ZwVerfG.), die in der gesetzl. Rangfolge zu befriedigen sind. Die vorher auf grundbuchrechtl. Grundrängen beruhende Abhängigkeit der Ansprüche aus Nebenleistungen von der Hauptforderung kommt also hier nicht mehr zur Auswirkung.

N. Dr. Leo Menne, Köln.

C.

Die vorstehenden Erwiderungen vermögen an meiner Auffassung aus folgenden Gründen nichts zu ändern:

Soweit das Meistgebot den Anspruch deckt, erlischt das dingliche Recht als solches durch den Zuschlag nicht, bleibt vielmehr bestehen, und zwar so lange, bis es im Verteilungstermin befriedigt wird. Soweit das Meistgebot den Anspruch nicht deckt, bleibt das dingl. Recht als solches ebenfalls bestehen, und zwar bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem im Verteilungstermin sein Ausfallen festgestellt wird (vgl. hierzu Jaekel-Gütthe, 6. Aufl., Anm. 2 zu § 91 und Anm. 1 zu § 92 ZwVerfG.). Es geschieht, um mit Jaekel-Gütthe (a. a. O. Anm. 1 zu § 92) zu sprechen, nichts weiter, als daß der das dingl. Recht tragende Grundstückswert auf Grund des Zuschlages dazu geeignet gemacht wird, dieses Recht zu befriedigen. Infolgedessen kann das Recht in seinem Inhalt und Rang durch den Zuschlag kein anderes werden, lediglich im Gegenstand tritt ein das Wesen des Rechts nicht berührender Wechsel ein.

Auch das RG. hat wiederholt eine entsprechende Auffassung vertreten. Wenn insbes. nach RG. 69, 251 der Hypothekengläubiger durch den Zuschlag ein Recht erhält, das „materiell gerichtet ist auf Erfüllung seines Hypothekenrechtes durch Auszahlung des nach dem Range der Hypothek auf diese entfallenden Erlöses“, so kann — wie Jaekel-Gütthe treffend hervorhebt — hiermit nichts anderes gemeint sein als das Hypothekenrecht selbst in der rechtl. Gestalt, wie sie sich aus der Durchführung der Verwertung in der Zwangsversteigerung ergibt.

Ich verweise weiterhin auf RG. 70, 281 = JW. 1909, 167, wonach der dem Hypothekengläubiger nach der Zwangsversteigerung zustehende Anspruch auf den Versteigerungserlös gegenüber dem hypothekarischen Recht, auf dem er beruht, nicht etwa ein neues, durch die Zwangsversteigerung für den Gläubiger entstehendes Recht darstellt, vielmehr das nämliche Recht wie vor der Zwangsversteigerung das hypothekarische Recht ist.

In RG. 75, 316 = JW. 1911, 413 wird ausdrücklich ausgesprochen, daß Hypotheken und Grundschulden mit dem Zuschlage nur insoweit erlöschen, als sie das Grundstück belasten, daß an die Stelle des Grundstücks der Versteigerungserlös als Surrogat tritt und daß an diesem die Rechte und früheren Rechtsbeziehungen fortbauern.

Nach alledem kann man m. E. nicht davon sprechen, daß der Anspruch auf den Versteigerungserlös ein mit dem Zuschlage entstehendes neues Recht des Hypothekengläubigers sei, vielmehr ist er eine Fortsetzung des früheren Rechts, welches Inhalt und Rang behält und sich lediglich im Haftungsgegenstand ändert. Der endgültige Rechtsuntergang tritt erst mit der Befriedigung im Verteilungstermin ein.

§§ 10 ff. ZwVerfG. bestimmen die Reihenfolge, in der im Zwangsversteigerungsverfahren die einzelnen Ansprüche zu befriedigen sind. Innerhalb derselben Klasse entscheidet die Rangordnung. Dies führt von selbst zu einer zeitl. Reihenfolge der Befriedigung gemäß den unter den Rechten bestehenden Rangverhältnissen.

N. Günther Heinig, Berlin.

Lieferung von Gas, Wasser und Elektrizität an den Konkursverwalter.

RG. v. 8. Okt. 1929 (JW. 1930, 1402) befriedigt nicht. Sie ist zustimmend von Geller kommentiert. (JW. 1930, 1402), ebenso Lemberg: JW. 1930, 1426 im Anschl. an die Veröffentlichung der Entsch. des OLG. Hamm v. 3. Mai 1929.

Eine Wendung in der Judikatur schien durch die Entsch. des RG.: JW. 1931, 3102 einzutreten. In ihr sind die Rechtslehren, die sich aus der Monopolstellung ergeben, irrtumsfrei in Anwendung gebracht. Das bekl. Lieferwerk hatte allerdings die Welterlieferung von elektrischem Strom nicht nur von der Begahlung der rückständigen Stromlieferungsschulden, sondern auch der Mo-

toren und Transformatoren sowie von der Übernahme einer Schuld des Kl. für Installationsarbeiten abhängig gemacht. Das BG. hatte das Lieferwerk zum Schadensersatz verurteilt. Die Rev. ist mit folgenden Ausführungen zurückgewiesen worden: „Nach der in Klpr. und Rechtslehre herrschenden Ansicht folgt aus der Monopolstellung von Unternehmen wie der Art der Bekl. ein Kontrahierungszwang. Die Monopolstellung darf insbes. nicht dazu ausgenutzt werden, sich im Konkurs eine bevorzugte Stellung zu verschaffen.“

In der Praxis setzte ein lebhafter Kampf — sogar in der Tagespresse — seitens der Kraftwerke ein, wodurch weitere Unklarheit in der Klpr. entstanden ist. Der Kampf wurde mit der zutreffenden Begründung geführt, daß in dem der Entsch. vom 24. März 1931 zugrunde liegenden Fall das Lieferwerk die Erfüllung und Bezahlung anderer Verbindlichkeiten, wie Installationsarbeiten und Kosten für Motore und Transformatoren, erzwingen habe. Daher sei die Entsch. zu Recht ergangen, aber unannehmbar, wenn das Lieferwerk nur die Lieferung von Kraft an den Konkursverwalter von der Anerkennung der bis zum Tage der Konkursöffnung entstandene Stromschuld als Masse Schuld abhängig macht.

In der Klpr. der unteren Gerichte werden daher heute noch bei Fortführung der Geschäfte durch den Konkursverwalter die bis zum Tage der Konkursöffnung aufgelaufenen Schulden als Masse Schulden anerkannt. Diese Klpr. führt zu Ergebnissen, die dem Sinne der R.D. widersprechen und unhaltbar sind.

In einem Fall hatte das Elektrizitätswerk am Tage der Konkursöffnung eine Forderung von etwa 4000 M für gelieferte Kraft. Eine Schließung des Betriebes hätte zur Folge gehabt, daß das Elektrizitätswerk nicht einen Pfennig aus der Konkursmasse erhalten hätte. Durch die Fortführung des Geschäftes gelang es, eine Masse von etwa 3000 M anzufammeln. Wird — nach der Entsch. des RG. v. 8. Okt. 1929 — die bis zum Tage der Konkursöffnung aufgelaufene Schuld zur Masse Schuld, so steckt das Lieferwerk die gesamte Masse von 3000 M ein. Alle übrigen Gläubiger gehen aus. Gem. § 60 R.D. müssen die Masse Schulden vor den Massekosten befriedigt werden.

Jaeger hat, geleitet von richtigem Rechtsempfinden, das Wiederkehrschuldenverhältnis konstruiert. Ob der Konstruktionsversuch glücklich ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls kommt Jaeger zum richtigen Ergebnis. Entscheidend ist die Tatsache der Monopolstellung. Dem Konkursverwalter muß auf sein Verlangen Wasser geliefert werden. Die Monopolstellung schafft die Ver-

pflichtung, daß jedem neuen Anschließer, wofern er die allgemeinen Bedingungen erfüllt, geliefert werden muß.

Wenn der Konkursverwalter, statt selbst das Geschäft weiterzuführen, mit dem Tage der Konkursöffnung das Geschäft an einen Dritten verpachtet, so muß fraglos dem Pächter Gas, Wasser und Strom geliefert werden, ohne daß das Lieferwerk geltend machen könnte, daß die bis zur Konkursöffnung aufgelaufene Schuld Masse Schuld wird. Der Konkursverwalter soll aber das Recht auf Kraftbezug nur mit der Rechtsfolge habe, daß damit die rückständige Schuld zur Masse Schuld wird!

In seinen Ausführungen zur Entsch. des OLG. Hamm vom 3. Mai 1929 verkennt Lemberg, daß im Falle der Schließung des Betriebes durch den Konkursverwalter die Kraftwerke mit ihrer Forderung ausfallen oder nur quotenmäßige Befriedigung erhalten. Auch verkennt er, daß die Tarife der Lieferwerke nicht immer darauf zugeschnitten sind, einem gemeinnützigen Zweck zu dienen, und daß die Lieferwerke infolge ihrer Monopolstellung am wenigsten Veranlassung haben, einen Rückstand entstehen zu lassen. Gerade die monopolhaltenden Gläubiger haben in der Möglichkeit der Absperrung das Mittel in der Hand, die Zahlung rückständiger Schulden zu erzwingen.

Als Haupteinwand gegen den Gedankenaufbau Jaegers führt Lemberg aus, daß jeder Stromabnehmer in der Lage wäre, sich gegen die Stromsperrung bei unpünktlicher Zahlung durch den Abschluß eines neuen Vertrages auf Lieferung zu schützen. Dieser Haupteinwand bedarf keiner Widerlegung. Es müßte eine eigenartige Klpr. sein, die zuließe, daß der Stromabnehmer zwar nichts bezahlt, aber in der Lage wäre, Stromlieferungen auf Grund eines neu zu schließenden Vertrages zu erzwingen.

Im übrigen gibt Lemberg zu, daß die Elektrizitätswerke sich durch die Berufung auf § 17 R.D. und die Sperrbefugnis ein ihnen vom Gesetzgeber verweigertes Konkursvorrecht verschaffen. Er findet sich damit ab, „da eben § 17 R.D. die Befugnis hierzu gebe“.

Die Lösung der Streitfrage ergibt sich restlos aus der Rechtslehre von der Monopolstellung. § 17 R.D. scheidet aus. Er setzt Kontrahierungsfreiheit voraus. Verlangt der Konkursverwalter für die Fortführung des Betriebes die Lieferung von Gas, Wasser und Strom, so darf ihm als neuen Anschließer ebensowenig die Lieferung verweigert werden wie sie jedem Dritten verweigert werden darf.

R. F. e. r. d. M. e. g. r. o. t. h. I., Wuppertal-Elberfeld.

Schrifttum.

Die Revisionsbedürftigkeit des § 11 ArbGG. (Vertretung vor den Arbeitsgerichten). Rechtsprechung und Schrifttum. Zusammenge stellt im Auftrag des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins von Rechtsanwält Dr. Heß in Stuttgart, Vorsitzender des Arbeitsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, und Rechtsanwält Dr. Ewald Friedländer in Berlin, Vorsitzender des arbeitsrechtlichen Ausschusses des Berliner Anwaltvereins. Leipzig 1931. Vertretungsverlag W. Moeser Buchhandlung. 39 Seiten. Preis 1,50 M.

Eine gute und besonders übersichtliche Materialsammlung, so wohl zu der brennenden Frage der Reform des § 11 ArbGG., wie auch zur Auslegung des geltenden Rechts.

In neun klar gegliederten Unterabschnitten des ersten Teils werden zu einer größeren Reihe von Fragen, die bei der Auslegung des § 11 ArbGG. hervorgetreten sind, dazu ergangenen Entscheidungen, überall unter Angabe des Aktenzeichens, Datums und, wenn sie abgedruckt sind, auch der Abdruckstelle auszugsweise wiedergegeben. Das wird manchem schon zur Orientierung de lege lata willkommen sein, so zu den Fragen des Umfangs des Ausschusses der Anwälte, des Begriffs des „geschäftsmäßigen Vertreters“ und der Zulassung von Referendaren und Justizbeamten als Vertretern. Aber auch der von der Schrift in erster Linie verfolgte Zweck, auf diese Weise die gelegentlich geradezu grotesken Folgen des jetzigen Zustandes und dessen Reformbedürftigkeit aufzuzeigen, dürfte auf diese Weise sehr wirksam gefördert werden. Wenn auch nicht jedem — auch nicht dem Unterzeichneten — jedes Argument in gleicher Weise einleuchten wird, so wird doch auch hier gelten: „Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen“. Wenn dabei im ersten Abschnitt auch die Judikatur zur Rechtsgültigkeit und Verfassungsmäßigkeit des § 11 angeführt wird, so wird das unter dem Gesichtspunkt der Systematik und Vollständigkeit kein Einsichtiger verargen, wenn es auch wohl nur als ein erledigtes Kuriosum zu betrachten ist, daß die Verfassungsmäßigkeit des § 11 von einem ArbG. verneint worden ist. Wenn auf S. 16 Nr. 32 eine allerdings unhaltbare Entscheidung angeführt wird, wonach der unentgeltliche Vertreter einer auswärtigen Partei deshalb zurückgewiesen ist, weil die Partei sich

diesen Vertreter durch ihren Anwalt verschafft hatte, so mag dazu bemerkt werden, daß das jenem ArbG. übergeordnete LArbG. längst gegenteilig entschieden hat und auch in jener Sache gegenteilig entschieden hätte, wenn es angerufen wäre.

Im zweiten Abschnitt werden dann Äußerungen im Schrifttum pro und contra angeführt, wobei in weiser Beschränkung solche von Anwälten fortgelassen sind. Vorangestellt sind solche von Richtern (insbes. RG-Räten und Vors. von Arbeitsgerichtsbehörden), darunter sehr bekannte Arbeitsrechtler. Dabei ist es interessant zu sehen, wie stark in diesen, doch gewiß unparteiischen Kreisen die Überzeugung von der Unhaltbarkeit des jetzigen Zustandes verbreitet ist. Allerdings scheinen nicht alle die uneingeschränkte Zulassung, sondern manche, ähnlich wie der Unterzeichnete in ArbG. 36 (1927), 436 ff., und schon früher GewRfM-G. 31 (1927), 59 Abs. V, eine teilweise Zulassung im Auge zu haben. Dort ist der Unterzeichnete für Zulassung in drei Fällen eingetreten: 1. Wenn die eine Partei nicht am Sitz des ArbG. oder dessen Nähe wohnt, 2. wenn beide Parteien mit der Vertretung durch Anwälte einverstanden sind, 3. wenn das Gericht es durch begründeten Beschluß wegen außergewöhnlicher Umstände, insbes. außergewöhnlicher rechtlicher und tatsächlicher Kompliziertheit des Streitstoffes für erforderlich erklärt. Wenn in einer eindrucksvollen Äußerung des RG-R. Dr. Sonntag (S. 28) gesagt wird: „Das Ausland hat das Gefühl der Rechtsverweigerung in Deutschland, wenn es den Bescheid erhält, es dürfe sich in einem Rechtsstreit mit seinen früheren Angestellten vor dem ArbG. nicht von einem Anwalt vertreten lassen. Wo soll eine ausländische Firma einen anderen Vertreter hernehmen?“ So gilt letzteres von inländischen Parteien, die nicht am Sitz des ArbG. oder dessen Nähe wohnen, noch viel häufiger.

Zu begrüßen ist es auch, daß auf S. 34 an die bei manchem schon vergessene Tatsache erinnert wird, daß 57 deutsche Hochschul-lehrer für Arbeitsrecht und Zivilprozeß sich für Zulassung der Anwälte bei den ArbG. erklärt haben.

M. E. wird der Gesetzgeber nicht umhin können, sobald als es in jetziger Zeit möglich ist, zur Reform des § 11 ArbGG. Stellung zu nehmen und insbes. die oben erwähnte Teilzulassung ins Auge zu fassen. Dringende Interessen der Rechtssuchenden fordern das ebenso wie die berechtigten Interessen des Anwaltstandes.

OGDir. Dr. Krönig, Vors. des LArbG. Hamburg.

Recht der Notverordnungen.

Dr. Waldemar Eder: Das Reichsnotrecht. Mit einem Geleitwort von Staatssekretär Dr. Dr. Schlegelberger. (Band 7 der Sammlung Bahlen.) Berlin 1932. Franz Bahlen. XXLV, 666 Seiten. Preis gebunden 6,80 M.

Die auf Grund des Art. 48 WRV. ergangenen NotVO., deren Text (neben wertvollen Registern und kleineren Anmerkungen) den Inhalt des vorliegenden Bandes bildet, füllen im Format der Sammlung Bahlen fast 700 Seiten. Ihre Sammlung an sich wäre ein verdienstliches, den Praktiker entlastendes Werk gewesen. Der Herausgeber hat sich damit aber nicht begnügt, sondern die Texte aller NotVO. unter etwa 10 Rubriken systematisch geordnet. Eine chronologische Zusammenstellung der Inhaltsübersichten aller NotVO. (XVII—XXIV) ermöglicht, die Teile jeder VO. schnell zusammenzufinden. Außerdem werden die Texte der reichsrechtl. DurchVO. geboten und die Fundstellen der wichtigsten landesrechtl. AusVO. nachgewiesen. Ein alphabetisches Sachregister vervollständigt das Buch, das einen überraschenden, tiefen Eindruck der in den letzten 1/4 Jahren vom deutschen Gesetzgeber zur Bannung der außerordentl. Not geleisteten Arbeit vermittelt.

Dem preiswerten Bande sind laufend erscheinende, leicht einfügbare Nachträge zu wünschen. (Die NotVO. v. 23. Dez. 1931 ist noch nicht berücksichtigt.) D. S.

Das Zwangsvollstreckungsnotrecht nach der Verordnung des Reichspräsidenten vom 8. Dezember 1931. Erläutert von Dr. Martin Jonas, Ministerialrat im Reichsjustizministerium. Berlin 1932. Verlag von Franz Bahlen. Preis 1,90 M.

Auf 58 Seiten bringt der Verf., der an der Abfassung dieser Notrechtvorschr. wesentlich mitgearbeitet hat, eingehende Erläuterungen zu den sehr einschneidenden Vorschr. über die Zwangsvollstreckung, insbes. über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Schon wegen der erwähnten Mitarbeit des durch seinen RW-Komm. bekannten Verf. verdient das Werk eine besondere Beachtung. Aber auch abgesehen hiervon, kann das Werk dem Praktiker warm empfohlen werden. An der ersten Stelle der Erläuterungen der einzelnen Best. steht regelmäßig der Grundgedanke, aus dem die betr. Best. erwachsen ist, wobei vor allem die gewählte Art der Gegenüberstellung mit dem bisherigen Rechtszustande dem Verständnis dient. Wertvoll zur raschen Orientierung sind ferner die gewählten Zahlenbeispiele. Allerdings finden sich auch manche Fragen, die in dem Werke nicht behandelt sind — vielleicht, weil der Verf. die Antwort für selbstverständlich gehalten hat —, die aber dem Praktiker zu Zweifeln Anlaß geben können. Ist z. B. unter dem „Berechtigten“ i. S. des § 1 auch der Schuldner zu verstehen, der zufolge sehr niedriger Grundstücksbelastung bei einem 1/10 des Grundstückswertes erreichenden Gebote einen Teil des Erlöses erhalten würde? Diese Frage ist wohl zu verneinen, da der Schuldner i. S. des ZwVerfStG zwar zu den „Beteiligten“ und unter Umständen zu den „Berechtigten“ gehört, bei dem man aber von einem „Anspruch“ (auf Befriedigung aus dem Grundstücke) nach gewöhnlichem Sprachgebrauch nicht redet. Schwieriger wird die Frage, wenn sich die Berechtigung des Schuldners zugleich auf eine für ihn eingetragene Eigentümergrundschuld stützt. Weiter fragt es sich, ob die Antragsberechtigung dann ausgeschlossen ist, wenn der Antragsteller selbst Meistbietender geblieben ist. Bei § 3 empfiehlt sich die Erörterung der Frage, ob sich der Meistbietende der dort vorgesehenen Rechtsfolge durch Abtretung der Rechte aus dem Meistgebote entziehen kann. Weiter fragt sich, ob die gem. § 3 eintretende Befriedigung aus dem Grundstück auf dem Schuldtitel zu vermerken ist (vgl. § 127 Abs. 2 ZwVerfStG). Bei § 11 ist vielleicht eine nähere Erläuterung des Begriffes der „beabsichtigten“ Zwangsvollstreckung angebracht, insbes. nach der Richtung hin, daß die Bestellung des Zustellungsvertreters von vornherein für alle Arten der Grundstückszwangsvollstreckung (Zwangsvollstreckung, Zwangsverwaltung, Zwangshypothek) beantragt werden kann, selbst wenn vorläufig nur eine dieser Arten betrieben werden soll. In den Erläuterungen zu § 12 (Einschränkung von Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen) wäre eine Stellungnahme zu der alten Streitfrage wünschenswert, ob Vorauszahlungen, die gemäß dem Mietvertrage (Pachtvertrage) zu bewirken sind, in jedem Falle gegen den Erfaher wirken.

Der Wert des Werkes wird dadurch, daß einzelne Fragen offengeblieben sind, selbstverständlich nicht verringert.

RGR. Armströff, Berlin.

Dr. Fritz Koppe, Rechtsanwalt, Hauptschriftleiter der „Deutschen Steuerzeitung“: Das neue Notrecht. Text und Erläuterungen des gesamten Notrechts seit dem 13. Juli 1931 in Form von Blattsammlungen mit sämtlichen einschlägigen Durchführungsvorschriften, Richtlinien und Verwaltungs-

anordnungen. Für die Praxis bearbeitet unter Mitwirkung namhafter Spezialisten. Berlin 1931. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis 7,50 M.; Ergänzungen pro Blatt 0,10 M.

Seit dem Kriege und der Inflation befindet sich Deutschland gegenwärtig vielleicht in der schwersten Krise. Damals wie jetzt entstand aus der Not der Stunde ein Notrecht. Im Kriege waren es an die 2000, in der Inflation an die 300 NotVO. Seit dem „schwarzen Montag“, an dem die Danabank die Schalter schloß, sind allein in den ersten vier Wochen bereits etwa 50 VO. veröffentlicht worden, ungeachtet der zahlreichen DurchVO., Erlasse, Richtlinien und sonstigen Verwaltungsmaßnahmen. Schwere Nachteile und harte Strafen drohen dem Staatsbürger, der gegen das Notrecht fehlt. Das Material ist in den verschiedensten, oft entlegenen aml. Publikationsorganen verstreut und zum Teil schwer auffindbar. Dabei arbeitet die Gesetzgebungsmaschine im schnellen Tempo weiter. Die Unklarheiten, die solche überstürzte Gesetzgebung naturnotwendig im Gefolge haben muß, verstärken sich von Tag zu Tag. Der dadurch hervorgerufenen Rechtsunsicherheit sucht die vorliegende, für die Praxis bestimmte Ausgabe des neuen Notrechts abzuhelfen.

Sie übermittelt den Interessenten auf schnellstem Wege fortlaufend das neueste Notrecht und schützt sich vor dem Veralten, indem sie den jeweils geltenden Rechtszustand stets vollständig und übersichtlich darstellt. Das wird dadurch erreicht, daß die Ausgabe in Form einer Blattsammlung angelegt ist und durch Ergänzungsblätter dauernd fortgeführt wird. Die einzelnen Blätter sind so gelegt, daß sie sowohl für den Normalhefter, Leihordner, als auch für jeden allgemein gebräuchlichen Ordner, und zwar für Quart-, Folio- als auch Dinformat ohne weiteres eingesteht werden können.

Dem schnelleren Auffinden dient folgende Einrichtung: Bei den einzelnen Paragraphen ist ein bestimmtes Schlagwort unterstrichen vorangestellt, das auf den Inhalt der betr. Gesetzesvorschrift Bezug nimmt. Auf jeder Seite findet sich eine Überschrift, die kurz die Materie sowie das Datum der betr. NotVO. angibt. Dem Werk vorangestellt sind zwei Inhaltsverzeichnisse, nämlich einmal ein chronologisches Verzeichnis, in dem die VO. in der Zeitfolge ihres Erlasses angegeben sind, und außerdem ein systematisches Verzeichnis, in dem in alphabetischer Reihenfolge die Materien angegeben sind. Hinter jeder Materie sind in diesem Inhaltsverzeichnis die Blätter angegeben, auf denen die Materie behandelt ist.

Die Einfügung des neuen Stoffs macht nicht die geringste Mühe. Bis jetzt sind in fünf Lieferungen 128 Blatt Ergänzungen erschienen; die letzte Lieferung enthält bereits die 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931.

Hervorzuheben ist, daß sich die Sammlung nicht auf die Wiedergabe des Gesetzestextes beschränkt, sondern daß die wichtigeren VO. in anschaulicher, für die Praxis berechneter Weise erläutert werden. Diese Erläuterungen sind zu einzelnen VO., z. B. der über die Eisenbewirtschaftung, über Steueramnestie, über Aktienrecht und Bankenaufsicht, so ausführlich gehalten, daß man von eigentl. Komm. sprechen kann.

Das ausgezeichnete Werk hat mir bereits in der kurzen Zeit seit seinem Bestehen vorzügl. Dienste geleistet. Eine Anwaltskanzlei kann m. E. ohne dasselbe überhaupt nicht auskommen.

RGR. Dr. Warneher, Leipzig.

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der 4. Notverordnung nebst der Preussischen Allgemeinen Verfügung betr. die Geschäftsführung der Zwangsverwalter und ihre Vergütung sowie der Belehrung über die Bedeutung der Beschlagnahme für den Mieter. Mit einem Vorwort von Geheimen Regierungsrat Dr. D. Glag. Erläutert von Dr. Ed. Friedländer, Rechtsanwalter in Berlin, und E. Pasche, Amtsgerechtskalkulator. Berlin. Carl Heymanns Verlag.

Sofort nach dem Erscheinen der erwähnten NotVO. war vorherzusehen, daß deren tief einschneidende Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke zu manchen Zweifeln Anlaß geben würden. Das vorliegende Werk ist deshalb sehr zu begrüßen. Es umfaßt das gesamte von der NotVO. betroffene Vollstreckungsrecht, also neben der Grundstückszwangsversteigerung und Grundstückszwangsverwaltung die Vollstreckung in bewegliche Gegenstände sowie die notwendigen und zweckmäßigen vorbereitenden Maßnahmen (Zustellungen usw.). Zunächst wird in einer Einleitung ein kurzer Überblick über den Zweck und Inhalt der verordneten Notmaßnahmen gegeben. Dann folgen die einzelnen Bestimmungen mit kommentarmäßigen Erläuterungen. Auch die für das Verständnis besonders wichtigen Zahlenbeispiele fehlen nicht. Das Werk ist, wie schon die Einleitung betont, in erster Linie auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnitten. Doch mangelt es nicht an wissenschaftlicher Vertiefung. Es werden eine Reihe von Fragen behandelt, die bei dem bloßen Lesen des Verordnungstextes selbst von dem juristisch geschulten Leser leicht übersehen werden können. Ob den Verf. in jedem Punkte beizutreten ist, mag dahingestellt bleiben. Man kann z. B. zweifeln, ob die Ansicht der Verf., daß die Befragung des Zuschlages gem. § 1 noch im

Verkündungstermine beantragt werden kann, die Billigung der Gerichte finden wird. — Anzuerkennen ist namentlich auch die eingehende Behandlung der Rechtsstellung des Mieters und Pächters (bei § 12), wengleich zufolge der seit langem herrschenden Streitfragen bezüglich der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit vertraglich vereinbarter Vorauszahlungen des Miet- oder Pachtzinses wesentliche Zweifel übrigbleiben. Zu begrüßen ist ferner vor allem die eingehende Erörterung des Begriffes der „Berechtigten“ i. S. des § 1.

Das Werk wird dem Praktiker ein wertvoller Führer sein.
RGR. Ar m i s t r o f f, Berlin.

Die Zinsenkündigung nach der Verordnung des Reichspräsidenten vom 8. Dezember 1931 mit der Durchführungs- und Ergänzungsverordnung vom 23. Dezember 1931 mit einer Einführung und kurzen Erläuterungen von Dr. Dr. Franz Schlegelberger, Staatssekretär im Reichsjustizministerium. 2. Auflage. Berlin 1932. Verlag von Franz Vahlen. Preis 2,50 M.

Die ZW. 1931, 3650 besprochene Schrift liegt nun bereits in zweiter Auflage vor. Die Erläuterungen sind erheblich ergänzt und durch Mitberücksichtigung des Inhalts der Durchf. v. 23. Dez. 1931, deren Text auf S. 37 ff. mit Verweisungen auf die entsprechenden Stellen des Komm. abgedruckt ist, erweitert. Streitfragen werden unter Anziehung des sie behandelnden Schrifttums erörtert. Zweifel über die Auslegung von Einzelbestimmungen der V.D., so z. B. über den Inhalt des in § 4 Abs. 1 enthaltenen Kündigungsverbots, werden dem Zwecke der Bestimmung Rechnung tragend gelöst. Hier wird, in Übereinstimmung mit Münzer: ZW. 1931, 3621 ff. (3624), angenommen, daß der Gläubiger nicht erstmalig mit Wirkung zum 31. Dez. 1933 kündigen dürfe, sondern daß die Frist, mit der er kündigen kann, nicht vor dem 31. Dez. 1933 — oder, da dieser Tag ein Sonntag ist, nicht vor dem 2. Jan. 1934 — beginnt.

Die Schrift stellt ein vortreffliches Hilfsmittel für die Durchbringung des Zinsenkündigungsproblems dar. Sie wird von keinem Interessenten entbehrt werden können. D. S.

Dr. Ernst Jaeger, Professor der Rechte zu Leipzig: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgeetzen. Mit einem Anhang, enthaltend das Anfechtungsgesetz die Vergleichsordnung, Auszüge aus den Kostengesetzen, die Ausführungsgeetze und Geschäftsordnungen. Sechste und siebente neubearbeitete Auflage. Berlin. Walter de Gruyter & Co. Lexikon-Druck. Bd. 1: § 1—46 XXVIII u. 828 Seiten. Preis geh. 49 M., geb. in Halbleder 54 M.

Der erste Band der Neuaufgabe dieses hervorragenden Werkes liegt nunmehr abgeschlossen vor — wie die Voraufgaben eine bewundernswürdige Leistung, ausgezeichnet durch großzügige Stoffbehandlung und Gestaltungskraft wie durch minutiöse Sorgfalt bei den Einzelheiten¹⁾. Das umfangreiche Schrifttum und die reiche Asp. der Zwischenzeit sind lückenlos verarbeitet, auch die Übersicht über das ausländische Recht ist auf den neuesten Stand gebracht. Alles Lob, das Heinsheimer: ZW. 1928, 2701 der ersten Lieferung dieser Auflage gespendet hat, gilt uneingeschränkt auch für die folgenden Lieferungen. Die Vergl.D. ist in den ursprünglichen Text hineingewoben, und dem Recht der Nachkriegszeit ist überall Rechnung getragen worden (so bei § 19 dem Miet- und Pachtrecht, bei § 22 dem neuzeitlichen Arbeitsrecht, an vielen Stellen dem Steuerrecht). Auch abgesehen davon spürt man auf jeder Seite, daß wirklich eine Neubearbeitung vorliegt. Die große Zahl der praktischen Fälle und Fragen, denen Jaeger nachgeht, zeugt wieder einmal von seiner (namentlich auch durch die zahlreichen an ihn gelangenden Anfragen begründeten) engen Verbundenheit mit der Praxis und seinem Blick für die Bedürfnisse des Lebens. Gelegentlich werden — freilich nur in Einzelheiten — auch ältere Ansichten preisgegeben. Der seit der Voraufgabe stark gewachsenen Bedeutung einzelner Rechtsinstitute wird dadurch, daß ihnen mehr Raum als früher gegönnt wird, Rechnung getragen: Namentlich gilt dies hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübereignung (hier hätte ich schon bei § 43 die ausführliche Stellungnahme zu dem bekannten Problem, ob die Sicherungsübereignung im Konkurs über das Vermögen des

Sicherungsgebers zur Aussonderung berechtigt [vgl. RG. 118, 209 = ZW. 1928, 63; 124, 75 = ZW. 1929, 1878], gewünscht, eine Stellungnahme, die der Kommentar dann wohl bei § 48 geben wird).

Von den zahlreichen Stellen, an denen Jaeger zu allgemeinen, weit über den Rahmen des Konkursrechts hinausgehenden Fragen fördernde Untersuchungen beileuert, seien hervorgehoben seine Ausführungen über Geschäftsbesorgung (§ 22 Anm. 10 ff.), Treugut (§ 43 Anm. 38 ff.), Erwerb mit Mitteln des Mannes (§ 45 Anm. 7 ff.), auch zum sog. Wesen der Vormerkung (§ 24 Anm. 1 ff.). Bezüglich des ebenfalls in diesen Zusammenhang gehörenden Problems der Erfüllung weiche ich von Jaegers Darlegungen (§ 17 Anm. 10 ff.) ab (vgl. mein „Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgegeschäft“ S. 204 ff. sowie meine Abhandlung ZW. 56, 154 ff.).

Vergleicht man die neue Auflage mit der vorigen, so ergibt sich als Gesamteindruck eine leichte Zurückdrängung von Konstruktions- und Formulierungsfragen zugunsten einer stärkeren Betonung der von den erläuterten gesetzlichen Vorschriften verfolgten Zwecke und der von ihnen zu schützenden Interessen. Angeht die bekannten Begriffsschärfe des Verf. stellt somit auch die neueste Auflage dieses Meisterwerks wieder einen Beweis für den Satz dar, daß „Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft“ (um mit Vertmanns so überaus fördernder Abhandlung [Leipzig 1931] zu sprechen) nebeneinander gepflegt werden können und müssen. Diese schon bei früheren Auflagen auszeichnende Berücksichtigung der Lebensinteressen hat nicht wenig dazu beigetragen, daß auf dem Gebiete des Konkursrechts Jaeger zum unentbehrlichen Ratgeber der Praxis wurde und daß er damit der Rechtswissenschaft auf diesem so überaus wichtigen Teilgebiet ein Maß von Einfluß auf die Rechtspflege verschaffte, wie wir es leider selten finden. Kaum ein Urteil der Obergerichte, das nicht auf den „Jaeger“ Bezug nähme. In der großen Mehrzahl folgen die Entsch. ihm (so etwa neuestens betr. Monopolstellung von Elektrizitätswerken: RG. 132, 276 = ZW. 1931, 3102 oder betr. Aktivprozesse juristischer Personen, wenn sie in Konkurs fallen und der Konkursverwalter die Aufnahme ablehnt: RG. 127, 200 = ZW. 1930, 1669). Falls ein Gericht einmal abweicht, geschieht es unter sorgfältiger Auseinandersetzung mit dem unbestritten als erste Autorität auf dem Gebiete des Konkursrechts herrschenden Verfasser (so etwa RG. 131, 114 = ZW. 1931, 2105 bezüglich der Frage, ob die Heimstätte zur Konkursmasse des Heimstättlers gehöre, eine Frage, in der ich [vgl. meine Anm. ZW. 1931, 2105¹³⁾] dem RG. beipflichte. Gleicher Meinung Beutner: ZW. 1931, 2588 gegen Stuttgart: ZW. 1931, 2159⁴²⁾). Eine bedauerliche Ausnahme bildet das Urteil des 4. ZivSen. v. 29. Jan. 1931 (ZW. 1931, 2093⁵⁾), wonach dem Konkursverwalter, der die Rückgabe einer Leistung des Gemeinsschuldners auf Grund des § 817 BGB. verlangt, nicht entgegengehalten werden kann, daß auch dem Gemeinsschuldner ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last falle. § 817 BGB., der weit hinter der zweckmäßigen, Verfall anordnenden Vorschrift des ALR. I, 16 §§ 205, 206 zurückbleibt, hat hier Schwierigkeiten hervorgerufen, deren Entscheidung durch den früher (RG. 111, 155 = ZW. 1926, 248) selbst zweifelnden 4. ZivSen. ich trotz Franz Haymanns gedankenreicher Verteidigung (a. a. D.) nicht zu billigen vermag. Dagegen scheint mir RG. 132, 362 = ZW. 1931, 2118 (Unterbrechung des Prozesses durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des wegen Patentverletzung auf Unterlassung verklagten?) eine willkommene Ergänzung zu den allzu knappen Ausführungen Jaegers (§ 3 Anm. 1) zu bringen.

Das Buch ist naturgemäß auch an Umfang gewachsen; die Erläuterung zu § 17 umfaßt jetzt 56, diejenige zu § 30 57, diejenige zu § 29 sogar 70 Seiten. Infolge der strengen Systematisierung der einzelnen Anmerkungen und der Verwendung verschiedenartigen Drucks führt dieses Wachstum des Umfangs erfreulicherweise nicht zu einer Erschwerung der Benutzung; immerhin dürfte für eine neue Auflage sich die Voranstellung von Inhaltsübersichten bei umfangreichen Paragrafen empfehlen. Die große Zahl der in der neuen Auflage enthaltenen Neuerungen und Verbesserungen macht die an sich bedauerliche Tatsache verständlich, daß das Werk so langsam erscheint (die erste Lieferung [§§ 1—16] erschien 1928, die Kommentierung der §§ 43—46 [Schlußlieferung des ersten Bandes] fast drei Jahre später). Wer sich in Wissenschaft und Praxis mit dem Konkursrecht befaßt, wird lebhaft wünschen, daß die große Arbeitskraft des Verf. es ihm trotz seiner überaus starken Juanspruchnahme gestatten möge, das Werk rasch zu vollenden. Mit diesem Wunsch verknüpfe ich eine Bitte: Das Versprechen der Verlagsbuchhandlung, daß der Anhang des Buches auch die Vergl.D. enthalten werde, würde am besten in der Weise eingelöst, daß die zahlreichen in den Text verstreuten wertvollen Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen der Vergl.D. durch ein Register erschlossen und so (unter Beifügung der notwendigen Ergänzungen) gleichzeitig ein knapper Kommentar zur gesamten Vergl.D. gegeben würde.

Auf eine erfreuliche Überraschung, welche die der Schlußlieferung beigegebene Einleitung bringt, sei zum Schluß noch hingewiesen: In der Liste der Gesamtdarstellungen wird aufgeführt „Jaeger, Kurzgefaßtes Lehrbuch (1931)“. Eine solche systematische Darstellung aus der Feder dieses Meisters des Konkursrechts ist

¹⁾ Unverständlich ist nur die Behandlung, die Jaeger in seiner (der Schlußlieferung beigegebenen) Einleitung Danzig zuteil werden läßt. Bei der rechtsvergleichenden Übersicht heißt es S. XXV unten „Danzig siehe oben 2 (Polen)“. An dieser Stelle muß der Leser (S. XXIII) dann wirklich inmitten des Artikels „Polen“ eine kurze Notiz über den Freistaat Danzig finden, dessen Konkursrecht doch zum polnischen in keinerlei Beziehung steht. Ein auch im Auslande so starke Beachtung findendes Werk müßte derartige zu Mißverständnissen Anlaß bietende Bemerkungen peinlichst vermeiden.

eines nicht minder großen Erfolges sicher als sein 1924 im Rahmen der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft erschienenes „Konkursrecht“, das schnell vergriffen war und leider nicht wieder aufgelegt wurde.

Prof. Dr. Rühl, Göttingen.

Dr. Rudolf Goerrig und Dr. Franz Goerrig: Arbeitsrechtliches Handbuch für das Vergleichs- und Konkursverfahren. Ein Hilfsbuch für die Praxis. Berlin 1931. Dr. Rudolf Goerrig Verlag. VII und 168 Seiten. Preis stark kart. 9 M.

Daß es die Verf. unternommen haben, ein besonderes arbeitsrechtl. Handbuch für das Vergleichs- und Konkursverfahren herauszugeben, in dem sie alle arbeitsrechtl. Streitigkeiten behandeln, die bei einem außergerichtlichen Vergleich, im Verfahren nach der Vergl.O. und im Konkurs Bedeutung haben können, und daß man ein Bedürfnis für eine solche Zusammenstellung nicht bestreiten kann, auch nicht in Anbetracht der leider allzu berechtigten Klagen über die Hypertrophie des arbeitsrechtl. Schrifttums, ist für die Not der Zeit mehr als charakteristisch. — Die Abhandlung erörtert zunächst die rechtl. Stellung der Arbeitnehmer bei einem außergerichtlichen Vergleich, insbes. das Wesen dieser Vereinbarung, die Beteiligung der Arbeitnehmer an ihr und die für sie bestehenden prozessualen Möglichkeiten der Geltendmachung ihrer Ansprüche wie auch die typischen Rechtsfolgen, die durch die Zahlungsschwierigkeiten in einem Betrieb für sie ausgelöst werden. Sie bespricht weiter mit dem gerichtlichen Vergleichsverfahren, erläutert sein Wesen, die Beteiligung der Arbeitnehmer an ihm und die Auswirkung des Verfahrens auf die Betriebsführung, insbes. das Problem der Kündigung und Betriebseinstellung während des Vergleichsverfahrens. Den weitaus größten Teil des Handbuchs nimmt die Darstellung der Rechte des Arbeitnehmers im Konkurs in Anspruch: Wesen und Wirkung der Konkursöffnung werden hier behandelt, die arbeitsrechtl. Stellung des Konkursverwalters, die Lohn- und Entschädigungsansprüche der Arbeitnehmer, die Rechtsfolgen ihrer Weiterbeschäftigung durch den Konkursverwalter wie die ihrer Entlassung durch ihn und vieles andere werden erörtert. Ein letzter Abschnitt streift die rechtl. Bedeutung einer Veräußerung des Betriebes im Vergleichs- oder Konkursverfahren wie im außergerichtl. Vergleich. — Das Handbuch ist als Hilfsbuch für die Praxis gedacht und nicht nur für den juristisch vorgebildeten Praktiker geschrieben. Dies legt der Kritik eine gewisse Zurückhaltung auf. Das aber muß gesagt werden — und damit glaube ich auch dem im Vorwort von den Verf. geäußerten Wunsch nach weiteren Anregungen zu entsprechen —, daß die Arbeit große Ungleichheiten aufweist, daß manches recht gut gelungen, anderes erheblich weniger glücklich ist. Besonders wertvoll sind die eingehenden, mit reichem Material aus der Praxis gestützten Ausführungen über die Ansprüche der Arbeitnehmer auf Urlaub, Gratifikation, Ruhegehalt, Wettbewerbsentschädigung, Abgangsentgelt, über Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer im Konkursverfahren (§. 50 bis 75). Wohl gelungen, wenn auch im Rahmen der gestellten Aufgabe zu breit, ist die Erörterung des Tarifverzichts (§. 76—82). Recht lehrreich dürfte auch die Zusammenstellung der Entsch. über die Intervention bei Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung sein (§. 13 ff.), doch ist das hier Gebotene für den juristisch nicht vorgebildeten Praktiker wohl kaum ganz verständlich. Ungenau ist es (§. 14 Mitte), die Sicherungsübereignung als „anfechtbar“ zu bezeichnen; sie ist vielmehr unwirksam. Mitunter sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer verwechselt (so S. 22 f dritte Zeile und S. 29 Zeile 28 von oben). Unschärf ist es, als Konkursgrund statt Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Tatsache „des nicht ausreichenden Vermögens“ zu bezeichnen (§. 31). Bei der Erörterung der Schadenerschaftsansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wegen Nichterbringung der Sozialversicherungsbeiträge (§. 70) ist m. E. § 826 BGB. übersehen. Die Klagbarkeit der Masseforderungen wird mit einer unveröffentlichten Entsch. des ArbG. Berlin belegt (§. 74/75); zweckmäßiger wäre es gewesen, RG. 61, 259, eine Entsch., die zwar vom ArbG. Berlin erwähnt, aber nicht zutreffend gewürdigt wird, unmittelbar wiederzugeben, denn hier ist (§. 261) ausdrücklich ausgesprochen, daß die Massegläubiger ihre Ansprüche gerichtlich gegen den Verwalter geltend machen können. Mehr als bedenklich muß es bezeichnet werden, wenn die Verf. zwei so wesensfremde Rechtsinstitute wie Gläubigeranfechtung auf Grund der Vorschr. der RD. und Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB. unter einem gemeinsamen Titel „Anfechtung von Anstellungsverträgen“ behandeln (§. 91—93). Nicht recht verständlich erscheint es, daß die Frage, ob die Konkursöffnung einen wichtigen Grund zur Entlassung abgeben kann (§. 99), verneint und dafür eine Entsch. des LG. Berlin angeführt wird, die sich mit den Rechtsfolgen des § 323 BGB. befaßt. Man hätte übrigens auch eine Kritik der wohl herrschenden Meinung (vgl. Jaeger, RD., zu § 22 Ann. 19 oder Hueck-Nipperdey, 5. Aufl., S. 349 u. a.) erwartet, die im Gegensatz hierzu § 626 BGB. auch für den Fall des Konkurses neben § 22 RD. zuläßt. Ungenau ist es, die Aufrechnung gegen unpfändbare Ansprüche mit Forderungen aus vorzüglichem vertragmäßigem Verhalten zuzulassen und dies allein mit einer

unveröffentlichten Entsch. des ArbG. Berlin zu rechtfertigen, wo doch z. B. RG. 85, 108 und RRWG. (WenzlSamml. 5, 517) eine Forderung aus vorzüglich begangener unerlaubten Handlung verlangen.

Prof. Dr. Wilhelm Groh, Heidelberg.

Dr. Georg Kautz, Präsident und Wirkl. Geh. Oberregierungsrat: Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen. Kommentar zur preuß. VO. vom 15. Nov. 1899. 7. Auflage, bearbeitet von Dr. Alfred Kiewald, Ministerialrat im preuß. Finanzministerium. (Taschengesetzsammlung Nr. 29.) Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. 377 Seiten. Preis geb. 15 M.

Die neue Auflage dieses Komm. ist mit besonderer Freude zu begrüßen, weil sie einem dringenden Bedürfnis der Praxis entspricht. Wer selbst in der Verwaltungsgerichtspraxis tätig ist, weiß mit welchen Schwierigkeiten oft alle die Stellen zu kämpfen haben, deren Tätigkeit auf dem Gebiet des Verwaltungszwangsverfahrens liegt. Seit der sechsten Auflage des Kautzschen Komm. war eine ziemlich lange Zeit verstrichen, in deren Verlauf die Flutwelle der Gesetzgebung und mit ihr die Verwaltungspraxis ihr wechselvolles Spiel getrieben haben. Wer die Labyrinth eines Verwaltungszwangsverfahrens kennenlernen oder die Durchführung solchen Verfahrens leiten und überwachen und sich über Vollstreckungsnormen informieren mußte, beide Personenkreise werden bestätigen müssen, daß die Sehnsucht nach einer neuzeitl. Umgestaltung der 6. Aufl. mehr als berechtigt und verständlich war. Der Umgestaltung Lösung ist dem Autor Kiewald trefflich gelungen. Die Neuordnung des Stoffes und die Neuart der Kommentierung sind durchweg anerkennenswert und so gehalten, daß das Werk, wie schon im RRWG. 1931 Nr. 37 hervorgehoben ist, als „ein zuverlässiger Ratgeber für alle Vollstreckungsbehörden und -beamten, die mit dem Verwaltungszwangsverfahren zu tun haben, bestens empfohlen werden“ kann. Dabei sei auch besonders darauf hingewiesen, daß u. a. auch die Vollstreckungsregelung bei der Beitreibung von Steuern und anderen öffentl. Abgaben — jetzt ein uneingedämmtes, uferlos und unübersehbar gewordenes Manövergebiet — in praktisch recht übersichtlicher und zuverlässiger Art erläutert worden ist.

Auf weitere Einzelheiten hier einzugehen, würde selbst wieder zum uferlosen Gebiet werden. Hervorgehoben sei nur noch, daß das durch die preuß. VO. v. 8. Mai 1931 (GS. 63) den Steuerbehörden gewährleistete Recht „ein Ausnahmerecht“ darstellt, das jedenfalls nicht „die für sonstige Pfändungen, ebenso Verpfändungen und Abtretungen in den Gesetzen gezogenen Grenzen berührt“ (so: Meher in Zeitgem. Steuer- u. Bilanzfragen 1931, 246).

Mag der Neuauflage des Kautz-Kiewaldschen Werkes der Erfolg beschieden sein, der ihm zu wünschen ist und ihm gebührt.

SenPräs. Dr. Ernst Pape, Berlin.

Dr. Kurt Wibergeil, Landgerichtsrat in Dessau: Vermögensübernahme. (Band 44 der „Rechtsfragen der Praxis“.) Halle a. S. 1931. Verlag Sax & Montanus GmbH. Preis 1,50 M.

Die handlichen, billigen Schriften dieser der Praxis zugeordneten Verlagsreihe stehen sämtlich auf hohem wissenschaftlichen Niveau. Leider fehlt, soviel ich sehe, ihnen allen das Register, ohne das auch das schmalste Buch nicht vollkommen ist. Die letzte Neuerscheinung behandelt die Vermögensübernahme; jenes Rechtsgebilde, das zu wahrer Entfaltung erst im letzten Jahrzehnt gebracht worden ist, als, durch Wirtschaftsnöte bedingt oder gefördert, Besitzverlagerungen auch im kleinen anhaben und man sich, um deren Auswüchsen beizukommen, der im § 419 BGB. gespeicherten Rechtsenergiemengen erinnerte. War man im übrigen angewiesen, dem Zustrom neuer Rechtsvorgänge frische Kanäle zu graben, die, wie z. B. bei der Verwirklichungslehre, zuweilen aus dem Bereich des geschriebenen Rechts hinausstießen, so bot sich hier ein vom Gesetz selbst bezeichneter, bislang nur vernachlässigter Stützpunkt. Es ist erstaunlich, in unserem Büchlein die mannigfaltigen Varianten und Probleme zusammengetragen zu sehen, denen der § 419 zugänglich ist. Der Verf. führt uns nach einem klarsichtigen, umfassenden Plane. Er nähert den Praktiker, zu dem er vornehmlich spricht, den zahlreichen Streitfragen, wie den, ob § 419 auf das Treuhänderhältnis anwendbar, ob zwischen unentgeltlicher und entgeltlicher Vermögensübernahme zu unterscheiden ist, wie der gute Glaube bezüglich des Eigentums an der übernommenen Sache wirkt usw. Er nimmt vor allem auch Stellung zu der Frage, ob das Bewußtsein des Erwerbers, das volle Aktivvermögen zu übernehmen („subjektive Theorie“), Tatbestandsmerkmal des § 419 ist oder die Übernahme als solche („objektive Theorie“) genügt. Es besteht hier eine offene Meinungsverschiedenheit zwischen einer Reihe von OLG. und dem RG., das in ständiger Rspr. der objektiven Theorie huldigt (vor allem RG. 85, 168). Wollte man an § 419 die Voraussetzung knüpfen, der Erwerber müsse wissen, daß er die ganze Habe des anderen übernehme, so würde man den § 419 illusorisch machen

oder jedenfalls in seinen früheren Doruröschenschlaf zurückverfallen. Der Gläubiger wäre genötigt, ungefähr denselben schwierigen Beweis zu führen wie bei der Unschuldigkeitsklage. Der Verf. billigt aus dieser Erkenntnis heraus die „objektive Theorie“. Den sich danach ergebenden zweifellosen Gefahren für den legitimen Grundstücksverkehr begegnet er jedoch mit einer Konstruktion, die m. E. bedenklich ist. Um dem gewöhnlichen Grundstückserwerber nicht eine Erkundigungspflicht, die nach der objektiven Theorie tatsächlich unumgänglich ist, aufzubürden, wandelt er den Begriff der Vermögensübernahme ab und sagt (§ 14): ein Grundstück, das der einzige Besitz des Veräußerers ist, ist dann nicht als „gedachte Einheit“ anzusprechen, wenn es „von einem dem bisherigen Rechtskreise fremden Erwerber regulär durch Kauf erworben wird und es auf diese Weise in den allgemeinen Rechtsverkehr tritt“; von einer B. U. könne in diesem Falle keine Rede sein; anders, wenn sich der Übergang z. B. in Form der bürgerlichen Überlassungsverträge vollziehe. Man wird dem Verf. hier nicht folgen können. Der Begriff der B. U., der schon durch die durchaus zutreffende Lehre, daß das Zurückbleiben geringwertiger Sachen im Vermögen des Veräußerers den § 419 nicht ausschaltete, ein wenig porös geworden ist, darf nicht dadurch durchlöcherig werden, daß man — grob ausgedrückt — städtische Häuser anders behandelt als bäuerliche.

Dr. Dr. Otto Carstens, Cottbus.

Dr. Kieferbauer, 1. Bürgermeister von Mindelheim in Schwaben: **Grundstücksmiete**. 4. Aufl. München. J. Schweizer Verlag. Preis geb. 19 M.

Eine klassisch klare Einleitung gibt eine gedrängte Übersicht über das bay. Landesrecht. In unübertrefflicher Weise ist das Wesentlichste disponiert und mit vorbildlicher Knappheit und Sicherheit dargestellt. Die gleichen Vorzüge haben auch die wiederum in sich geschlossenen Darstellungen des landesrechtl. Mieterschutzrechtes und Wohnungsmangelsrechtes und über die Mietzinsbildung. Dieselben Vorzüge haben die Einleitungen über Reichsrecht und das Zweinadbergreifen der verschiedenen Landes- und Reichsgesetze zu einem organischen Ganzen. Ein Nachtrag über die Verordnungen um die Jahreswende 1931/32 ist bereits in Arbeit.

Das Sachregister ist übersichtlich, aufschlußreich und vollständig. Nichts Wesentliches ist übersehen. Keine wesentliche Zweifelsfrage der bisher bekanntgewordenen Praxis, ja kein Zweifel, der voraussehbar auftauchen könnte, ist unberücksichtigt und unentschieden geblieben. Die Stellungnahme des Verf. zu strittigen Fragen ist mehr als autoritativ, er „überzeugt, indem er uns gebietet“, er beherrscht das Einzelne und das Ganze und ihre gegenseitigen Wechselbeziehungen. In einigen Punkten mag man anderer Ansicht sein. Vor allem aber: Kieferbauer lehrt, erklärt, führt, sachlich kein Wort zuviel, keines zuwenig. Ausgesprochene Ratschläge und eine Zweckmäßigkeitshilfe; überall gründlich, von außerordentlichem Wissen und mit einem seltenen Geschick der Verbindung von Wissenschaft und Praxis.

Ein Kommt. und zugleich ein Lehrbuch ohne Schulmeistererei. Nüchtern, ohne trocken, sachlich, ohne Mangel an persönlicher Seele. So gestaltet er aus Paragraphen und ihrer Erläuterung Atem und Pulsschlag, Gestalten und Rhythmus, und wir sehen und erleben die Menschen, die im Hellen und im Dunkeln, Angreifer, Verteidiger und friedliches Zusammenleben und eine Art von Pastorale ins Mietrechtliche übersetzt, dabei ein heimliches Lächeln zwischen den Zeilen, z. B. wenn es sich um die Beleidigung zwischen Mieter und Vermieter (§ 3) handelt ... und man freut sich nicht bloß aus einem Bequemlichkeitsinstinkt, den solch treffliche Hilfsmittel beruhigen.

Bei dieser Gelegenheit möchte der Referent empfehlen, bei allen Klagen auf Aufhebung des Mietverhältnisses den Antrag auch dahin zu ergänzen, daß der Mieter den Mietraum im Augenblick der Aufhebung des Mietverhältnisses an den Vermieter herauszugeben und zu räumen hat. Allerdings ist nach § 5 Abs. 3 MietSchG. die Bestimmung der Herausgabe des Mietraumes von Amts wegen vorgeschrieben, doch wird erfahrungsgemäß vom Richter eine solche nicht ausdrücklich beantragte Bestimmung manchmal übersehen.

Es ist fraglich, ob eine Ergänzung des Urts. nach § 321 ZPO. möglich ist, da es sich um keinen von der Partei geltend gemachten Haupt- oder Nebenanspruch handelt (andererseits selbstverständlich, wenn der Antrag übergegangen ist). Es ist auch nicht sicher, ob eine „offenbare Unrichtigkeit“ i. S. des § 319 ZPO. vorliegt und die Ergänzung des Urts., also nach § 319 von Amts wegen erfolgen könnte. § 319 dürfte aber den richtigen Weg geben, da sich die „offenbare Unrichtigkeit“ des Urts. vertreten läßt. Daß ein Herausgabe-, Überlassungs- und Räumungsanspruch in der Vollstreckung im wesentlichen gleich behandelt wird, ergibt sich aus § 885 ZPO. An sich aber ist vor Herausgabeanspruch und der Räumungsanspruch etwas Grundverhältnisses.

Räumung ist Entfernung des Räumungsverpflichteten in Person und Entfernung seiner Sachen. Die Herausgabe bezieht sich nur auf den Raum. Das MietSchG. macht offenbar keinen Unterschied. Nach § 5 Abs. 3 ist die Herausgabe des Mietraumes zu bestimmen, während

§ 1 f für das Räumungsverfahren vorschreibt, „den Mietraum ... an den Vermieter herauszugeben ... (Räumungsbefehl)“ und in § 1 f „der Räumungsbefehl steht einem auf eine Aufhebungsklage (§ 1 p) ergangenen Versäumnisurteil gleich“. Auf S. 165 (Anm. 3a, 4) behandelt Kieferbauer den Unterschied von Aufhebungsanspruch und Räumungsanspruch. Das MietSchG. gibt nur einen Aufhebungsanspruch, der Räumungsanspruch richtet sich nach dem BGB. und setzt eine durch Parteierklärung oder Vereinbarung bereits herbeigeführte Vertragsauflösung voraus, verneint daher mit Recht einen Räumungsanspruch im Zusammenhang mit der Aufhebungsklage — im Einklang mit der reichsgerichtl. Rspr. Darin liegt aber keine Verkennung der von mir oben vorgeschlagenen Antragsfassung, „herauszugeben und zu räumen“, denn diese Art der Räumung ist nur eine nähere Erläuterung des Umfangs der Vollstreckung.

Auch als Räumungsanspruch i. S. des BGB. und der Ausführungen von Kieferbauer und RG. würde dieser Antrag als „Anspruch auf künftige Räumung“ i. S. des § 257 ZPO. zu halten sein, dessen materielle Voraussetzung — Aufhebung oder Auflösung des Mietverhältnisses — im Augenblick der Klagestellung durchaus noch nicht vorhanden sein muß, dessen Rechtschutzbedürfnis aber zweifellos schon mit der Einreichung der Mietaufhebungsklage gegeben ist und dessen Vollzugspflicht auch „an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft ist“.

Einige Randnotizen:

Bei § 260 über die Auseinandersetzung der Wohnung nach der Ehecheidung: „ferner JW. 1930, 1020, 3256 und 1931, 1322“.

Bei § 291. Bei Regelung der Mietzinszahlung: „über Zahlungs- und Leistungsort für die Mietzahlung, besonders bei boshaftem Hausherrn, über Selbsthilfe und Hausfriedensbruch gegenüber dem Mieter und Vermieter JW. 1931, 2252 und Note.“

Bei § 301 (§ 33 MietSchG.) 29. Mai und S. 425 (§§ 12 und 13 WohnmangG.) über „vor, nach und am 1. Juli 1918 bezugsfertig“ „JW. 1931, 306“. (Diese Zitate sind zumeist erst während des Druckes erschienen.) Bei vielen besonders feinen Leistungen (z. B. über Werkwohnung, Konkurs, Vergleichsverfahren, Rechtsmittel, vor allem aber bei Vollstreckungsschutz und EinstwVerf. §§ 18 und 27 MietSchG. S. 257, 280, 302, hierzu Sydow-Busch, ZPO. § 938 Anm. 1) habe ich, wie ein alter Lateinprofessor, mit Notizist „I xxx“ dazu geschrieben.

JR. Dr. Buchmann, Regensburg.

Nachtrag und Deblätter zu „Deutsche Reichsgesetze“ (Sammlung des Zivil-, Straf-, Verfahrens- und Staatsrechts für den täglichen Gebrauch herausgegeben von Dr. Heinrich Schönfelder) nach dem Stande v. 1. Nov. 1931, enthaltend die durch die RotW. v. 5. Juli, 1. und 6. Aug., 19. Sept. und 6. Okt. 1931 bewirkten Änderungen. München 1932. C. F. Becksche Verlagsbuchh. 24 Seiten 8°. Preis 0,50 M.

Dieser Nachtrag der JW. 1931, 1687 angezeigten Sammlung gibt auf einseitig bedruckten Blättern die Texte der durch die RotW. v. 1931 geänderten Paragraphen der behandelten Gesetze wieder. Bei Neuerwerb werden die Nachträge unberechnet beigelegt. Beides wird die Beliebtheit der jungen Sammlung steigern.

D. S.

Dr. jur. Gerhard Fein: **Konkurs und Steuerverfahren**. Leipzig 1931. Universitätsverlag von Robert Noske. Preis 4 M.

Ausland.

Dr. M. Harnik, Direktor des Creditoren-Vereines von 1870: **Das gerichtliche Ausgleichsverfahren mit Berücksichtigung der in den auswärtigen, insbesondere der in den verschiedenen Gebieten der ehem. österr.-ung. Monarchie derzeit geltenden Gesetze**. II. Teil: Jugoslawisches und tschechoslowakisches Recht. (Im Anhang die Gesetzestexte.) (Archiv der Neuen Gesetzgebung Band X, 1931.) Wien 1931. Verlag Dr. Max Breitenstein & Comp. 170 S. Preis inkl. Porto 12 S.

Die jugoslaw. und tschechoslow. Ausgleichsgesetze von 1930 und 1931 sind zwar im wesentlichen nach dem Muster des österr. Gesetzes vom Jahre 1925 gearbeitet, das in der vorliegenden Reihe bereits in einem früheren Heft (JW. 1928, 3103) bearbeitet worden ist. Trotzdem ist die systematische Einleitung in die beiden Gesetze und der Abdruck der Texte für alle am Rechtsverkehr mit Jugoslawien und der Tschechoslowakei eine wichtige Hilfe. Die systematische Darstellung läßt die Unterschiede der drei Gesetze deutlich erkennbar werden.

D. S.

Rechtsprechung.

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 Huber.

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

I. Konkurs. Aufsehung. Zwangsvollstreckung.

1. Konkursordnung.

**1. §§ 17, 46 R.D.

1. Beim Kauf einer Ware und beim Verkauf derselben unter Eigentumsvorbehalt darf der KonkVerw. das Kaufgeschäft ablehnen, das Verkaufsgeschäft dagegen erfüllen.

2. Dem Vorbehaltverkäufer steht am Erlöse kein Ersahaussondierungsrecht zu, auch wenn dem Vorbehaltskäufer der Weiterverkauf nur unter der Bedingung gestattet war, daß er dem Zweitkäufer einen Eigentumsvorbehalt zugunsten des ersten Verkäufers auferlegt oder von dessen Genehmigung abhängig gemacht hat.

Die Gemeinschuldnerin hatte die Kraftwagenzeugnisse der Bekl. sei es als Eigenhändlerin, sei es als Kommissiönärin, vertrieben. Hierbei hatte sie bei ihr am 2. Mai 1927 ein Lastkraftwagenmodell bestellt, als dessen Abkäuferin sie ihr demnächst am 16. Mai die Firma M. in H. angegeben hatte. Am 12. Mai 1927 hatte sie ferner bei ihr für die Firma Friedrich F. in H. einen Magirus-Ausichtswagen bestellt. Der Auftragsbestätigung der Bekl. v. 3. Mai 1927 über das erste Geschäft sowie dem schriftlichen Auftrage der Gemeinschuldnerin über das zweite Geschäft v. 12. Mai 1927 waren die „allgemeinen Verkaufsbedingungen“ der Bekl. aufgedruckt, die unter „6. Eigentumsvorbehalt“ die Bestimmung enthielten: „Die Ware . . . bleibt bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises . . . und bis zur Einlösung aller gegebenen Zahlungsmittel Eigentum des Verkäufers. — Der Weiterverkauf eines noch nicht vollbezahlten Wagens darf nur nach vorheriger Genehmigung des Verkäufers geschehen. Das Eigentumsrecht der Fabrik ist dem neuen Käufer gegenüber auf jeden Fall vorzubehalten.“ Am 17. Okt. 1927 hatte sich die Bekl. von der Gemeinschuldnerin deren Restforderungen aus den Weiterverkäufen abtreten lassen, die demnächst von ihr eingezogen wurden. Nach der Eröffnung des Konkursverfahrens suchte der Kl. als KonkVerw. diese Abtretungen auf Grund der §§ 30, 31 R.D. an, weil durch sie die Gläubiger benachteiligt worden seien, die Zahlungseinstellung schon vor dem Abschlusse der Bekl. bekannt gewesen und dieser von der Gemeinschuldnerin in der der Bekl. bekannten Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, getätigt worden sei. Die Bekl. bestritt diese Behauptungen, und zwar die Benachteiligung der Konkursgläubiger namentlich deshalb, weil sie bis zur vollständigen Bezahlung der Preise berechtigt gewesen sei, die Fahrzeuge den Kunden wegzunehmen, also auch die Forderungen auf die Restkaufpreise zu übernehmen. Das LG. gab der Klage statt, das BG. wies sie ab. Die Rev. führte zur Aufhebung des Kl.

Das BG. gelangt auf Grund einer Prüfung der Rechtslage, wie sie sich ohne die angefochtene Abtretung bei der Eröffnung des Konkursverfahrens gestaltet haben würde, zu der Ansicht, daß durch jenes Geschäft der Stand der Masse nicht verschlechtert worden sei: da die Gemeinschuldnerin ihre Weiterverkäufe unter Vorbehalt des Eigentums der Bekl. gemäß dem bei ihren Ankäufen benutzten Vertragsmuster

geschlossen habe und die Kaufpreise bei Konkursöffnung noch nicht ganz bezahlt gewesen seien, würde es sich bei den Weiterverkäufen ebenso wie bei den Ankaufsgeschäften um beiderseits unerfüllte zweiseitige Verträge der Gemeinschuldnerin i. S. des § 17 R.D. gehandelt haben, deren Erfüllung zu verlangen dem Kl. anheimgestellt gewesen wäre; hätte er dieses Verlangen gestellt, so würde er gehalten gewesen sein, die Restkaufpreise der Abkäufer an die Bekl. abzuführen, so daß die Masse nicht anders dagestanden hätte als zufolge der angefochtenen Abtretung; hätte er aber die Erfüllung abgelehnt, so würde die Bekl. in der Lage gewesen sein, von ihm auf Grund ihres Rücktrittsrechts die Abtretung seines aus dem Eigentumsvorbehalt entspringenden Herausgabeanspruchs gegen die Abkäufer zu fordern, wobei er die von ihr zurückzugewährenden Anzahlungen der Gemeinschuldnerin an die Abkäufer hätte weitergeben müssen.

Diese Ausführungen beruhen auf einer irrtümlichen Auffassung der Rechtslage, die sich für die Konkursmasse infolge des dem KonkVerw. nach § 17 R.D. zustehenden Rechtes, die Erfüllung beiderseits nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Verträge zu verlangen, ergeben haben würde, wenn die angefochtene Abtretung von der Gemeinschuldnerin nicht vorgenommen worden wäre. Allerdings ist entgegen der von der Rev. vertretenen Ansicht an der ständigen und im Schrifttum weit überwiegend gebilligten Rspr. des RG. festzuhalten, daß Verkäufe unter Eigentumsvorbehalt auch von Seiten des Verkäufers i. S. des § 17 nicht vollständig erfüllt sind, wenn der Preis bei der Konkursöffnung noch nicht vollständig bezahlt ist (s. RG. 64, 204, 334; 85, 402¹); 95, 105; Jaeger, R.D., VI. und VII. Aufl., Anm. 11 zu § 17; Mengel, III. Aufl., Anm. 2 zu demselben). Denn die den Gegenstand der Verpflichtung des Verkäufers bildende Verschaffung des Eigentums ist erst mit dem Eintritte der Bedingung vollzogen, unter der die Übertragung erfolgte; bis dahin ist also die Erfüllung objektiv nicht bewirkt, und nur auf diesen objektiven Erfolg kann die Vorschrift des § 17 ihrem Wortlaut und Zwecke nach bezogen werden (s. bes. Jaeger a. a. O. Anm. 10). Wenn gegen diese Erwägung geltend gemacht wird, daß die Verpflichtung des Verkäufers beim Vorbehaltkauf sich auf die bedingte Übereignung beschränke, so wird diese Auffassung dem Willen der Parteien nicht gerecht, der sich beim Kaufabschluß nicht auf die Verschaffung bedingten, sondern unbedingten Eigentums richtet, auch wenn die Übereignung nur unter der Bedingung der Zahlung des Preises erfolgen soll.

Der VerN. verkennt aber die Tragweite des § 17, indem er bei der Prüfung der sich aus ihm für die Konkursmasse ergebenden Lage nur die Fälle in Betracht zieht, daß der KonkVerw. die Erfüllung des Ankaufs und die des Weiterverkaufs gleichmäßig entweder abgelehnt oder gefordert und bewirkt haben würde, also offenbar von der Annahme ausgeht, daß das Wahlrecht des Verwalters für das Ankaufs- und das entsprechende Verkaufsgeschäft nur gleichmäßig ausgeübt werden könne. Eine solche Beschränkung des Wahlrechts ist weder aus dem Wortlaute noch aus dem Zwecke des § 17 zu entnehmen. Es stand auch einer Erfüllung des Weiterverkaufsgeschäfts bei Ablehnung des Ankaufsgeschäfts nicht etwa entgegen, daß die weiterverkauften Sachen von der Gemeinschuldnerin erst durch das Ankaufsgeschäft erworben worden waren und die Nichterfüllung dieses Geschäfts die Verkäuferin berechtigt hätte, die Rückgabe der noch nicht endgültig in das Eigentum der Gemeinschuldnerin übergegangenen Sachen von dieser zu verlangen. Denn da die Wagen sich bei der Eröffnung des Konkurses nicht mehr im unmittelbaren oder auch nur mittelbaren Besitze der Gemeinschuldnerin befanden, so wurde durch die etwaigen Rückgabeansprüche der Verkäuferin gegen die Gemeinschuldnerin die fernere Erfüllung der von dieser getätigten Weiterverkäufe

¹) JW. 1915, 100.

in keiner Weise behindert. Der Vergleich zwischen der durch die angefochtene Abtretung geschaffenen und der ohne sie auf Grund des § 17 R.D. bestehenden Lage der Masse hätte daher das BG. nur dann zur Verneinung einer objektiven Benachteiligung führen dürfen, wenn eine solche auch bei Berücksichtigung der Möglichkeit verschiedenartiger Ausübung des Wahlrechts für das Ankaufs- und das Weiterverkaufsgeschäft sich nicht hätte feststellen lassen.

Auch aus § 46 R.D. versucht das BG. herzuleiten, daß ohne die Abtretung die Lage der Gläubiger nicht günstiger gewesen wäre, als sie sich infolge dieses Geschäfts gestaltet hat. Es meint, daß in jenem Falle der Befl. ein Erlösaussonderungsrecht am Weiterverkaufserlöse zugestanden hätte, weil ihr Eigentumsvorbehalt mit dem Weiterverkauf nicht erlöschen, sondern nur inhaltlich verändert, von der Zahlung durch die Abkäufer abhängig gemacht worden sei, während das RG. in seiner in RG. 115, 262 veröffentlichten Entsch. dem Vorbehaltsverkäufer das Erlösaussonderungsrecht am Erlöse von seinem Abnehmer weiterverkauften Sache nur deshalb verweigert, weil er sich das Eigentum nur bis zum Weiterverkauf vorbehalten hatte. Indessen fußt diese Entsch. des RG. in der Hauptsache auf der Erwägung, daß § 46 ein Erlösaussonderungsrecht nur für den Fall einer unrechtmäßigen Veräußerung gewährt und Aussonderungsansprüche nicht schaffen, sondern lediglich verstärken wolle. Diese Auslegung schränkt die Tragweite der Vorschrift allerdings in einer Weise ein, zu der deren Wortlaut keinen Anhalt bietet, findet aber eine Grundlage darin, daß die Vorschrift ausweislich der Motive (s. Hahn, Materialien zur R.D. S. 182 bis 184) nur die Unbilligkeit verhüten sollte, die sich bei einer unrechtmäßigen Veräußerung einer dem Gemeinschuldner nicht gehörenden Sache aus der Einziehung des Erlöses zur Masse für den Eigentümer ergeben würde. Für sie spricht auch, daß das Erlösaussonderungsrecht eine Ausnahme von dem Grundsatz darstellt, daß Aussonderungsrechte nur nach Maßgabe der „außerhalb des Konkursverfahrens bestehenden Gesetze“ anerkannt werden (§ 43 R.D.), und als solche eng auszulegen ist. Auch im Schrifttum wird sie teils allgemein, teils wenigstens in der Beschränkung gebilligt, daß das Erlösaussonderungsrecht entfalle, wenn der Eigentümer auf sein Aussonderungsrecht an der Kaufsache verzichtet hatte (siehe Menzel a. a. D., Anm. 3b zu § 46; Jaeger a. a. D. Anm. 2 zu demselben). Geht man aber von dieser Auslegung aus, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Weiterverkauf, wie in dem in RG. 115, 262²⁾ behandelten Falle, dem Vorbehaltskäufer schlechthin oder ob er ihm, wie im vorliegenden Falle, nur unter der — tatsächlich eingetretenen — Bedingung der Auserlegung weiteren Eigentumsvorbehalts zugunsten des Erstverkäufers und dessen Verkaufsgenehmigung gestattet war. Unter dieser letzteren Voraussetzung ist der Weiterverkauf ebenso rechtmäßig wie unter der ersten und auch ein Verzicht auf das Aussonderungsrecht an der Kaufsache im Konturje des Erstkäufers, sofern man hierauf abstellen will, in gleicher Weise anzunehmen.

Der Revisionsgegner hat versucht, das BU. mit der Begründung zu halten, daß die Gemeinschuldnerin als Treuhänderin der Befl. bezüglich der Wagen anzusehen und daß sie als solche verpflichtet gewesen sei, die Kaufpreisforderungen auf deren Namen zu stellen, oder daß sie diese sogar, wenigstens wirtschaftlich, unmittelbar für die Befl. erworben habe. In der Tat hat der 5. ZivSen. in RG. 45, 80 die Aussonderung von Grundstücken für zulässig erklärt, die dem Gemeinschuldner nur behufs Erleichterung von Verfügungen bei einer Erbauseinanderlegung zwischen den Aussonderungsflägern auf gelassen worden waren. Ein wirtschaftliches Eigentum des Treugebers, wie es in diesem Falle angenommen worden ist, kann aber an einer Forderung des Treuhänders, die der Regel nach den dem Treugeber zukommenden Betrag übersteigt, nicht ohne weiteres als von Parteien gewollt erachtet werden. Die Vertragsbestimmung, daß die Gemeinschuldnerin beim Weiterverkauf das Eigentum der Verkäuferin an den Wagen vorzubehalten hatte, spricht ebenfalls nicht für die Annahme, daß außerdem auch die Kaufpreisforderung der Befl. zustehen sollte. Der Genehmigungsvorbehalt gab der Befl. die Möglichkeit, den Weiterverkauf

in jedem einzelnen Falle nur zu gestatten, wenn ihr die Gemeinschuldnerin die Forderungen an ihren Abkäufer in Höhe der Restansprüche der Befl. abtrat. Um so weniger bedurfte es einer Vorausabtretung der künftigen Forderungen an die Abkäufer beim Verkauf an die Gemeinschuldnerin. Ein Treuhandverhältnis der behaupteten Art könnte daher nur angenommen werden, wenn dafür bei erneuter Verhandlung entscheidende Anzeichen festgestellt würden.

(U. v. 2. Juni 1931; 461/30 VII. — Stuttgart.) [Ru.]
(= RG. 133, 40.)

2. § 31 R.D.; § 256 ZPO.

1. Benachteiligungsabsicht einer GmbH. als Gemeinschuldnerin, wenn einer ihrer beiden Geschäftsführer, dem die schlechte Vermögenslage der GmbH. bekannt war, bei der Gewährung einer Sicherung an einen Gläubiger den anderen redlichen Geschäftsführer vorschreibt, um den Verdacht der Benachteiligungsabsicht gegenüber der GmbH. auszuschließen.

2. Bei einer Klage auf Feststellung der Wirksamkeit eines Vertrages kann ein Rechtsschutzinteresse für eine Widerklage auf Feststellung der Nichtigkeit desselben Vertrages bestehen.

3. Gegenüber der Klage auf Feststellung der Unanfechtbarkeit einer Rechtshandlung kann der Konkursverwalter die negative Feststellungsklage erheben, weil durch die Widerklage erst die Anfechtung der Rechtshandlung erfolgt.†)

1. Auf die Klage hat das BG. festgestellt, daß die zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Kl. abgeschlossenen Forderungsabtretungsverträge v. 26. Jan. 1929 und 31. Jan. 1929 rechtswirksam und auch nicht anfechtbar sind. Die Anfechtbarkeit der Forderungsabtretungen aus § 31 Ziff. 1 R.D. hat das BG. verneint, weil beide von dem vorher erkrankt gewesenen Geschäftsführer St. erklärt worden sind und nichts dafür erbracht sei, daß dieser in Kenntnis der Zahlungsschwierigkeiten der Gemeinschuldnerin unlautere Nebenabsichten verfolgt, d. h. die Absicht der Gläubigerbenachteiligung gehabt habe. Diese Auffassung entbehrt der genügenden Begründung und ist auch rechtlich nicht bedenkensfrei.

Die Rev. bemerkt mit Recht, daß hätte geprüft werden müssen, ob der andere Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin, Sch., sich des erkrankt gewesenen St. nicht etwa als Werkzeug bedient hat, um gegen die Person der von ihnen vertretenen Gemeinschuldnerin nicht die Feststellung einer Benachteiligungsabsicht aufkommen zu lassen. Denn das BG. führt aus, daß sich bei Sch. vielleicht der Verdacht einer Benachteiligungsabsicht hätte rechtfertigen lassen, weil er als Vorstandsmitglied des Kl. an dessen Sicherung besonders interessiert gewesen sei und auch zugunsten seiner Frau und Kinder Rechtsgeschäfte vorgenommen habe, die fraudulöse Absichten vermuten ließen. Darum wäre durch Ausübung des Fragerechts aufzuklären gewesen, warum sich Sch. veranlaßt gesehen hat, die Erledigung der Abtretungsgeschäfte gerade dem St. zu überlassen. Hat er in Kenntnis der beabsichtigten Abtretungen St. nicht auf die Vermögenslage der Gesellschaft aufmerksam gemacht und es auch nicht für geraten gehalten,

Zu 2. 1. Zunächst mag zur Erläuterung des Urteiles das Folgende dienen: Der erste Teil der Begründung beruht auf der in RG. 53, 230; 57, 93; 81, 433; JW. 1914, 399 bef. 401 ausgesprochenen Rechtsansicht, daß die Kenntnis des einen, nach außen nicht handelnd auftretenden Kollektivvertreters, genügt, um die Kenntnis der vertretenen juristischen Person anzunehmen. Diese war dadurch in der Lage, eine Täuschung sowie den Abschluß des Geschäftes zu verhindern. Die Kenntnis des einen Vertreters genügt, um die Aufklärungspflicht des Vertretenen entstehen zu lassen. Wird diese Pflicht nicht erfüllt, so benutzt der wissende Vertreter den nichtwissenden wie ein Werkzeug. Vorausgesetzt wird dabei, daß der wissende Vertreter tatsächlich in stande war, den anderen oder den Vertragsgegner aufzuklären.

2. Zu einem Widerspruch gibt der letzte Teil der Entscheidungsgründe Anlaß. Während die im Urteile genannte Entsch. (RG. 71, 75 = JW. 1909, 316) gegenüber der negativen Feststellungsklage die Widerklage auf Leistung zuläßt, soll nach den oben mitgeteilten Gründen gegen die negative Feststellungsklage auch eine positive Feststellungswiderklage statthaft sein, sobald es sich um den Gegensatz von Unanfechtbarkeit und Anfechtbarkeit handelt. Vgl. auch Jaeger,

²⁾ JW. 1927, 701.

wegen des etwaigen Vorwurfs beabsichtigter Gläubigerbenachteiligung auf die Unterlassung dieser Geschäfte hinzuwirken, so könnte möglicherweise auch dies dafür sprechen, daß er die Unkenntnis des St. dazu benützt hat, um ihn bei den Abtretungen vorzuschieben. War St. aber nur Werkzeug des Sch., so wären der Gemeinschuldnerin auch dessen fraudulöse Absichten zuzurechnen.

Mit der Widerklage hat der Besl. die Feststellung verlangt, daß die Sicherungsübereignung bezüglich der Waren v. 26. Jan. 1929 nichtig und die Sicherungsabtretungen vom 26. und 31. Jan. 1929 den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam seien. Diesen Anspruch hat das VG. abgewiesen.

Dabei ist es nach den Gründen des BU. (S. 21) irrtümlich davon ausgegangen, daß der Besl. auch hinsichtlich des Warenversicherungsübereignungsvertrages v. 26. Jan. 1929 die Feststellung der Anfechtbarkeit beantragt habe, während insoweit in der Verzinsl. nur die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages beantragt war. Infolge dieses Irrtums fehlt für die Abweisung des lesterwähnten Anspruchs die Begründung. Sie würde sich übrigens nicht damit rechtfertigen lassen, daß sich der betreffende Antrag der Widerklage mit dem Antrag auf Abweisung der von dem Kl. erhobenen Klage auf Feststellung der Gültigkeit der Sicherungsübereignung deckt und darum unzulässig ist. Denn mag es auch richtig sein, daß für eine Widerklage, die lediglich die Verneinung des Klageanspruchs ist, das Rechtsschutzbedürfnis fehlt (RG. 71, 75¹⁾), so liegt es doch anders, wenn Gründe dafür vorhanden sind, die Bedeutung der Klageabweisung noch positiv festzustellen. Dies würde hier aber der Fall sein, denn mit der Abweisung der Feststellungs Klage des Kl. wäre nur rechtskraftfähig ausgesprochen, daß das Feststellungsverlangen des Kl. unbegründet ist. Damit erlangt aber der Besl. noch nicht die rechtskräftige Nichtigkeitsklärung des die Waren betreffenden Sicherungsübereignungsvertrages v. 26. Jan. 1929, die er mit seiner Widerklage erstrebt, da die Gründe des abweisenden Urteils keine Rechtskraft erlangen. Anders wären die Folgen der Abweisung höchstens bei der negativen Feststellungs Klage zu beurteilen, hier hat der Kl. jedoch positiv auf die Feststellung der Gültigkeit (Rechtswirksamkeit) des mehrerwähnten Sicherungsübereignungsvertrages geklagt.

Ähnlich ist die Rechtslage auch, soweit die Widerklage auf Feststellung der Anfechtbarkeit der Abtretungen in Frage kommt. Nachdem das VG. auf die Klage die Anfechtbarkeit verneint hatte, konnte es von seinem Standpunkte zwar den Widerklageantrag auf eine gegenseitige Feststellung als unbegründet abweisen, aber es durfte den Antrag nicht für unzulässig halten. Denn mit seinem Widerklageantrag betrieb der Besl. die Anfechtung der Forderungsabtretungen v. 26. und 31. Jan. 1929, und sie konnte er nach der Prozeß Klage zweckentsprechend nur durch Klage oder Widerklage verwirklichen. Es hat auch keine Bedenken, die An-

fechtung im Wege der Feststellungs Klage geltend zu machen, denn bei der Anfechtung im Konkurse ist dies zulässig (RG. 23, 6; Jaeger, „Anfechtungsgesetz“ Anm. 4 zu § 9).

(U. v. 10. Juli 1931; 551/30 VII. — Celle.) [Ru.]

**3. § 106 R.D.; §§ 133, 157, 177, 184 Abs. 2, 328, 329 BGB.

1. Wenn ein Gläubiger von seinem Schuldner verlangt, daß er den Schuldbetrag auf sein Konto bei einer Bank zahle, der Schuldner dann die Zahlung im Wege der Banküberweisung tätigt und dabei der Bank schreibt, er habe ihr durch eine andere Bank den Betrag zugunsten des Kontos jenes Gläubigers überwiesen, so kann in diesem Schreiben unter Umständen ein Vertragsantrag des Inhalts gefunden werden, daß die Bank sich gegen Überweisung des Betrages jenem Schuldner gegenüber verpflichte, den überwiesenen Betrag an jenen Gläubiger oder eine andere von ihm bezeichnete Person auszusahlen. Dieser Antrag kann durch schlüssige Handlungen, so durch entsprechende Buchung erfolgen.

2. Der aus einem solchen Vertrag zugunsten des Gläubigers sich ergebende Anspruch kann schon vor seiner Entstehung wirksam an einen Dritten abgetreten werden, so daß die Abtretung durch ein nachfolgendes Veräußerungsverbot nicht berührt wird.

3. Ist der Abtretungsvertrag durch einen Vertreter des Zessionars ohne Vertretungsmacht geschlossen, so wirkt die Genehmigung der Geschäftsführung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.

Über das Vermögen des Kaufmanns Rudolf R. in R., alleinigen Inhaber der Firmen Fritz R. in R. und Julius B. Sohn in S., wurde am 28. Juni 1929, 12,35 Uhr, das Konkursverfahren eröffnet. Zum Konkursverwalter wurde der Kl. bestellt. Vor Eröffnung des Konkurses hatte das VG. zur Sicherung der Masse unter dem 26. Juni 1929 ein allgemeines Veräußerungsverbot gem. § 106 R.D. erlassen. Der Beschl. wurde dem Schuldner und der Besl., bei der der Schuldner ein Bankkonto hatte, am 27. Juni 1929 zugestellt.

Der Kl. behauptet, die Besl. habe diesem Veräußerungsverbot zuwidergehandelt, denn sie habe einen am 28. Juni für Rechnung des Rudolf R. bei ihr von der Firma T., AktG. in Rb., Zweigniederlassung S., eingegangenen Betrag von 25000 RM der Konkursmasse nur in Höhe von 15000 RM zur Verfügung gestellt und den Rest von 10000 RM angeblich auf dem Konto der Witwe Else B. in R. entsprechend einer Anordnung des Gemeinschuldners verbucht. Der Kl. verlangt deshalb von ihr mit der Klage Zahlung von 10000 RM nebst Zinsen. Das VG. hat die Besl. nach dem Klageantrage verurteilt, das VG. hat die Klage abgewiesen.

Die wirksame Geltendmachung durch Einrede, Replik oder gerichtliche Aufrechnung (RG. 95, 225) möglich ist. Der allgemeine in der Rsp. festgehaltene Grundsatz lautet: die Anfechtung kann nur gerichtlich, d. h. durch Erklärung vor Gericht im Prozeß geschehen (RG. 52, 339; 58, 46; 62, 199; 79, 25 = JW. 1912, 596; 95, 225). Der hierbei gemachte Zusatz: Zustellung eines Schriftsatzes genügt nicht — a. M. RG. 52, 339 — wird nach der Erweiterung des § 281 ZPO. eine entsprechende Einschränkung erfahren müssen. Nun entsteht aber die Frage: ist nicht die in mündlicher Verhandlung vor Gericht erklärte Bestreitung der negativen Feststellungs Klage mit dem Antrag auf Klageabweisung ebenso gut eine gerichtliche Geltendmachung des Anfechtungsrechtes wie Einrede, Replik und Aufrechnung? Einrede und Replik unterbrechen die Verjährung auch nicht, sie erzeugen ebensowenig Rechtshängigkeit und wirken doch als gerichtliche Geltendmachung (Jaeger a. a. O. Anm. 60; Wenzel, R.D. § 29 Anm. 5a). Die Bejahung der gestellten Frage, unter der Voraussetzung der Bestimmtheit der Klage (s. oben), ermöglicht die Einheitlichkeit der Regel betr. die Rechtskraft der Urteile über die negative Feststellungs Klage, und diese Einheitlichkeit ist einer zu engen Auslegung der Formel: gerichtliche Geltendmachung vorzuziehen. Demnach hat das VG. die Zulässigkeit der Feststellungswiderklage mit Recht verneint.

R.D., 6/7. Aufl., Bd. 1 (1931) § 39 Anm. 62 S. 541, wo ausgeführt wird, daß die negative Feststellungs Klage den Anspruch nicht wahr, weil sie ja die Anfechtbarkeit leugnet und daß die bloße Bestreitung der Klage mit dem Antrag auf Abweisung den Anfechtungsanspruch so wenig wahren würde, wie sie die Verjährung unterbricht. Zwar spricht Jaeger nur von der Leistungswiderklage, aber mit seiner Begründung scheint auch die Nichtigkeit der Meinung des RG. über die Zulässigkeit der Widerklage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses der Anfechtbarkeit nachweisbar zu sein. Nach der ständ. Rsp. des RG. 72, 143 ff. = JW. 1910, 26; 74, 122 = JW. 1910, 711; 77, 67 = JW. 1911, 945; 78, 396 = JW. 1912, 537; 90, 292 = JW. 1917, 853 erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils über eine negative Feststellungs Klage auf den vom Kl. bestrittenen Anspruch; ihre Abweisung stellt diesen fest, ihre Zuerkennung verneint ihn. Dabei muß berücksichtigt werden, daß auch für die negative Feststellungs Klage das Gebot der bestimmten Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs (§ 253, 2 Nr. 2) gilt und daß jene Rechtskraftwirkungen nur eintreten, wenn sich die Feststellung gegen einen bestimmten Rechtszustand (Anspruch) richtet (RG. 126, 19 = JW. 1930, 142). Mit dem Urteil über die negative Feststellungs Klage wird also die umgekehrte Feststellung erzielt wie mit dem Urteil über eine positive Feststellungs Klage, so daß der Prozeß über jene den Prozeß über diese überflüssig macht. Bei Anfechtungsansprüchen soll nun die Regel durchbrochen werden, weil der Anfechtungsanspruch nach der Prozeß Klage nur durch Klage oder Widerklage verwirklicht werden konnte; dabei ist selbstverständlich offengelassen, daß bei anderer Prozeß Klage auch

¹⁾ JW. 1909, 316.

Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Das BG. würdigt den ihm unterbreiteten Sachverhalt dahin: Der Kl. stütze seinen Anspruch auf einen Vertrag, der zwischen der Firma T. und der Bekl. zugunsten des Rudolf R. geschlossen sei. Unstreitig habe nämlich die Firma T. der Bekl. durch das am 26. Juni 1929 bei ihr eingegangene Schreiben v. 25. Juni 1929 mitgeteilt, sie habe durch die R. bank in S. der Bekl. 25 000 RM zugunsten des Kontos Rudolf R., R., überwiesen. Hierin habe ein Vertragsantrag des Inhalts gelegen, daß die Bekl. sich gegen Überweisung von 25 000 RM der Firma T. gegenüber verpflichten solle, den überwiesenen Betrag an Rudolf R. oder eine andere von ihm bezeichnete Person auszuzahlen. Dieses Vertragsangebot habe die Bekl. durch eine schlüssige Handlung, nämlich dadurch angenommen, daß ihr Bevollmächtigter den Eingangsbogen Nr. 2 am 27. Juni 1929, mittags, auf der Reichsbank entgegengenommen habe. Aus dem so zustande gekommenen Vertrage habe Rudolf R. unmittelbar Rechte erwerben sollen. Denn die Firma T. sei Schuldnerin des Rudolf R. gewesen und habe sich von ihrer Schuld befreien wollen. Rudolf R. habe jedoch schon Anfang Juni 1929, als der Vertrag zwischen der Firma T. und der Bekl. noch nicht geschlossen gewesen sei, aber in bestimmter Aussicht gestanden hätte, einen Teilbetrag von 10 000 RM von der erwarteten Überweisung an seine Schwester, die Witwe Else B., abgetreten. Hierzu sei er berechtigt gewesen, denn die Abtretung zukünftiger, noch nicht entstandener Forderungen, auch solche aus einem zukünftigen Vertrage zugunsten des Abtretenden, sei rechtlich möglich.

Die Annahme, die Abtretung an die Witwe Else B. sei bereits Anfang Juni 1929 erfolgt, begründet das BG. folgendermaßen:

Rudolf R. habe durch Vertrag v. 16. Mai 1929 der Firma T. sein in S. betriebenes Geschäft für 25 000 RM verkauft. Als Bevollmächtigter der Witwe Else B. habe er auch die Grundstücke in S., die der Frau Else B. als Vorerbin ihres verstorbenen Mannes gehörten, derselben Firma durch notariellen Vertrag v. 16./17. Mai 1929 für den Preis von 90 000 RM verkauft. Ein Schwager der Witwe Else B., der J. B. in M., sei aber der Ansicht gewesen, Rudolf R. habe die Grundstücke um 10 000 RM zu billig verkauft und habe deshalb darauf gedrungen, daß ein Teil der Kaufpreisforderung von 25 000 RM für das Geschäft von Rudolf R. an die Witwe Else B. abgetreten würde. Um hierüber zu verhandeln, sei Rudolf R. Ende Mai 1929 nach M. zu J. B. gefahren. Auf dieser Reise habe ihn ein anderer Schwager der Witwe Else B., namens M., begleitet. M. sei Handlungsbevollmächtigter der Bekl. gewesen und habe gewünscht, daß die von der Firma T. zu zahlenden Gelder bei der Bekl. angelegt werden sollten.

Das BG. läßt es dahingestellt, ob M. Bevollmächtigter der Witwe Else B. gewesen sei, es gelangt aber zu der Überzeugung, M. habe bei der Regelung des entstandenen Streites ihre Rechte wahrgenommen und sei als ihr Vertreter aufgetreten. J. B. habe bei den Verhandlungen in M. die Abtretungsurkunde v. 2. Juni 1929 entworfen. In dem Entwurf sei gesagt, Rudolf R. trete 10 000 RM von seiner Forderung von 25 000 RM gegen die Firma T. an die Witwe Else B. ab und weise die Firma T. AktG. an, der Witwe Else B. Zahlung zu leisten. Mit dieser Abtretung habe sich Rudolf R. einverstanden erklärt. Von M. seien R. und M. zusammen nach S. gefahren. Auf dieser Reise hätten beide die Angelegenheit weiter besprochen. Sie seien sich dabei einig gewesen, daß die 25 000 RM bei der Bekl. angelegt werden sollten. R. habe dem Sinne nach zu M. gesagt, wenn die 25 000 RM von der Firma T. kämen, solle M. sie gleich trennen und 15 000 RM auf ein Treuhandkonto Hans M., 10 000 RM auf ein Konto Else B. buchen. Beide Konten hätten damals allerdings noch nicht bei der Bekl. bestanden. M. und R. seien sich aber über ihre Einrichtung einig gewesen. Auf das Konto der Witwe Else B. hätten die abgetretenen 10 000 RM, auf das Treuhandkonto Hans M. alle für Rudolf R. eingehenden Gelder mit Ausnahme der streitigen 10 000 RM verbucht werden sollen. Von diesen Abmachungen habe M. auch alsbald nach seiner Rückkehr den Oberbuchhalter der Bekl. L. verständigt, der auf dem Schreiben der Firma T. v. 25. Juni 1931 entsprechende Vermerke gemacht habe.

Das BG. läßt es dahingestellt, ob M. gleich nach der Rückkehr von M. die Genehmigung der Witwe Else B. nachgesucht und erhalten habe, denn Frau B. habe auch noch nach der Konkurseröffnung die Abtretung genehmigen können. Diese Genehmigung sei von ihr spätestens dadurch erteilt, daß sie ihre Unterschriftsproben für ihr bei der Bekl. mit den 10 000 RM neuingerichtetes Konto gegeben habe. Die Genehmigung wirke auf den Zeitpunkt der Vornahme der Abtretung zurück, woraus sich ergebe, daß die fragliche Abtretung durch das Veräußerungsverbot nicht mehr habe beeinträchtigt werden können.

Das BG. prüft dann noch, ob seinen Beweisannahmen nicht der Umstand entgegenstehe, daß Rudolf R., als er Anfang Juni 1929 mit M. nach S. fuhr, dort nicht sogleich Anweisung gegeben habe, die 10 000 RM an die Bekl. für Rechnung der Witwe Else B. einzuzahlen. Es lehnt es aber ab, gegenteilige Schlüsse zu ziehen, da Rudolf R. ein Interesse daran gehabt habe, diese Abtretung der Firma T. gegenüber nicht in die Erscheinung treten zu lassen.

Die Rev. rügt Verletzung des sachl. Rechts, insbes. der §§ 133, 157, 177, 328 BGB. sowie des § 106 RD., § 128 ZPO. Die Rügen sind indessen nicht begründet.

Nach den Feststellungen des BG. hatte Rudolf R. verlangt, daß die 25 000 RM ihm von der Firma T. auf sein Konto bei der Bekl. gezahlt werden sollten. Hätte die Firma T. insolgedessen die 25 000 RM in bar an die Bekl. für Rechnung des Rudolf R. gezahlt, so würde in der Tat ein bloßes Erfüllungsgeschäft vorliegen, und für die Annahme eines Vertrages zugunsten eines Dritten würde kein Raum sein. Die Rev. meint, das BG. hätte die Überweisung der 25 000 RM ebenso als ein bloßes Erfüllungsgeschäft beurteilen müssen. Ihr kann hierin aber nicht gefolgt werden. Richtig ist allerdings, daß die Banküberweisung im Verkehr als Zahlungsmittel — Verkehrsgeld — dient. Das rechtl. Wesen der Banküberweisung ist dadurch indessen ebensowenig gekennzeichnet wie das rechtl. Wesen des Wechsels durch die Bezeichnung als Papiergeld der Kaufleute. Rechtl. lag vielmehr in der Bezeichnung der Bekl. als der Bank, an die die Überweisung der 25 000 RM erfolgen sollte, die Erkl., Rudolf R. werde statt baren Geldes die Begründung einer Forderung von 25 000 RM gegen die Bekl. an Erfüllung Statt annehmen. Sache der Firma T. war es, sie ihm zu verschaffen. Die Begr. einer solchen Forderung ist rechtl. auf verschiedene Weise möglich. Regelmäßig wird sie dadurch begründet, daß die Bank den Betrag dem Kunden, zu dessen Gunsten die Überweisung erfolgt, gutschreibt. In dieser Gutschrift liegt im Regelfalle die Abgabe eines vertragsmäßigen Schuldversprechens zugunsten des Kunden, der hierzu von vornherein zufolge seiner Geschäftsverbindung mit der Bank sein Einverständnis erklärt.

Die Gutschrift des überwiesenen Betrages zugunsten der Bank hingegen, die hier im Reichsbank giroverkehr erfolgt ist, berührt zunächst nur das Deckungsverhältnis unter den beteiligten Banken. Nach den Feststellungen des BG. stellte sie den Ersatz der Aufwendungen dar, den die Bekl. zu beanspruchen hatte, wenn sie sich weisungsgemäß dem Kunden gegenüber verpflichtete. Das BG. konnte daher hier sehr wohl zu der Annahme eines Vertrages zwischen der Firma T. und der Bekl. zugunsten des Rudolf R. gelangen. Es konnte das Schreiben der Firma T. v. 25. Juni 1929 so auslegen und mit Rücksicht darauf, daß die Firma T. sich von einer Schuld befreien wollte, auch annehmen, daß Rudolf R. aus der Überweisung ein unmittelbares Recht erwerben sollte (RG. 84, 354; 91, 119). Die Annahme des Vertragsantrages konnte gem. § 151 BGB. durch schlüssige Handlungen erfolgen, ohne daß es einer Erklärung der Annahme gegenüber der Firma T. bedurfte, denn die Bitte der genannten Firma in dem Schreiben v. 25. Juni 1929 um Empfangsbestätigung brauchte das BG. nicht als das Verlangen nach einer Erklärung der Annahme zu deuten.

Ein Widerspruch mit RG. 102, 65¹⁾ liegt hierin nicht. Dort wird zwar verneint, daß durch den Überweisungsauftrag ein unmittelbarer Anspruch desjenigen, zu dessen Gunsten die Überweisung erfolgen soll, gegen die Bank auf Ausführung des Auftrags begründet werde und zur Begr. dieser Ansicht auch auf § 329 BGB. verwiesen, gleichzeitig aber auch an-

¹⁾ ZB. 1921, 678.

erkannt, daß unter besonderen Umständen auf einen anderen Parteiwillen geschlossen werden könne. Solche besonderen Umstände hat das BG. festgestellt, denn die Firma T. hatte sich nicht damit begnügt, ihre Bank, die Bank S., mit der erforderlichen Weisung zu versehen, sondern sie war — ersichtlich um bei der Höhe des geschuldeten Betrages sicherzugehen — an die ihr von ihrem Gläubiger bezeichnete Bank heranzutreten und hatte ihr Weisung zugunsten ihres Gläubigers erteilt. Ein Verstoß gegen die §§ 328, 329 BGB. liegt also nicht vor. Ebensovienig aber auch ein Verstoß gegen § 128 ZPO., denn der ausdrückl. Behauptung der Rechtsfolge, die Beteiligten hätten einen Vertrag zugunsten eines Dritten abschließen wollen, bedurfte es nicht. Auch der weitere Hinweis der Rev., die Firma T. hätte nicht wissen können, ob Rudolf R. nicht etwa im Debet bei der Bekl. sei, spricht nicht gegen die Auffassung des BG. Denn auch wenn Rudolf R. im Debet war, konnte die Absicht der Firma T. darauf gerichtet sein, die Bekl. möge sich ihm gegenüber zur Zahlung von 25 000 RM verpflichten. Das weitere Schicksal dieser Forderung, ob sie sofort oder später gegen das Debet aufgerechnet wurde, ging die Firma T. nichts an.

Beruhet aber die Annahme des BG., die Bekl. habe sich durch den Vertrag mit der Firma T. zugunsten des Rudolf R. verpflichten sollen, und Rudolf R. habe aus diesem Vertrage ein unmittelbares Recht erworben, nicht auf Rechtsirrtum, so konnte Rudolf R. diesen Anspruch, der hinlänglich bestimmt war, auch schon zu einer Zeit abtreten, als der Vertrag noch nicht abgeschlossen, aber sein Abschluß zu erwarten war. Mit dieser Abtretung schied der Anspruch im Falle der Entstehung dinglich aus dem Vermögen des Rudolf R. aus (ZB. 1913, 213). Er konnte daher auch durch das Veräußerungsverbot nicht mehr betroffen werden. Denn die Bekl. hatte sich zufolge der damaligen Abtretung nun nicht dem Rudolf R., sondern der Witwe E. B. gegenüber zu verpflichten. Nun unterstellt das BG. allerdings, der Abtretungsvertrag, der zwischen Rudolf R. und W. — von letzterem als Vertreter der Witwe B. ohne Vertretungsmacht — Anfang Juni 1929 abgeschlossen sei, sei möglicherweise erst nach der Konkurseröffnung von der Witwe B. genehmigt worden. Indessen liegt in der Annahme des BG., daß diese Genehmigung auf den Zeitpunkt der Bornahme der Abtretung zurückgewirkt habe, keine Verletzung des § 177 BGB. Die nach den Feststellungen des BG. von Frau B. gewollte Rückwirkung ergibt sich vielmehr aus § 184 Abs. 1 BGB., denn eine anderweite, die Rückwirkung ausschließende Bestimmung ist dem Sachverhalt, insbef. dem § 106 RD., nicht zu entnehmen. Das Veräußerungsverbot berührte die Verfügungsbefugnis des Rudolf R., nicht aber die Genehmigungsbefugnis der Frau B. Die Verfügungsbefugnis des Rudolf R. stand aber nicht in Frage, denn verfügt hatte Rudolf R. schon Anfang Juni 1929, als er die Abtretung mit W. tätigte. Ebensovienig greift § 184 Abs. 2 BGB. zugunsten der Konkursmasse ein, denn der Sinn dieser Gesetzesbestimmung ist der, daß der Genehmigende die rückwirkende Kraft der Genehmigung nicht dazu benutzen darf, Verfügungen, die er selbst in der Zwischenzeit getroffen hat, oder die gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter getroffen sind, unwirksam zu machen. Hier aber war die Genehmigende die Frau B., gegen welche Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung usw. nicht ergangen waren; denn das Veräußerungsverbot richtete sich allein gegen Rudolf R.

Gegenüber den weiteren Ausführungen der Rev. ist zu bemerken, daß nach dem Zusammenhang der Feststellungen des BG. mit der Abtretung des Anspruchs aus der Überweisung — Vertrag der Firma T. mit der Bekl. zugunsten des Rudolf R. — zugleich auch der Anspruch des Rudolf R. auf Gutschrift gegen die Bekl. — Geschäftsbeforgungsvertrag zwischen ihr und Rudolf R. — an Frau B. abgetreten sein sollte. Denn Rudolf R. konnte nicht ersteres Recht der Frau B. abtreten, letzteres Recht aber für sich behalten wollen. Daraus ergibt sich aber, daß die Entsch. des BG. auch dann gerechtfertigt erscheint, wenn ein Vertrag zugunsten des Rudolf R. nicht zustande gekommen sein sollte.

(U. v. 14. Okt. 1931; 241/31 IX. — Kiel.)

[5.]

<= RG. 134, 73.>

4. § 146 RD.; § 561 ZPO. Wenn während der Rev. Inst. der Konkurs über das Vermögen des beklagten Schuldners eröffnet wird, so kann der Kl. im Revisionsverfahren nicht abgeforderte Befriedigung verlangen. †)

Nachdem während des Revisionsverfahrens über den Nachlaß des Emil J. das Konkursverfahren eröffnet worden war, sah sich der Kl. und Revisionsbekl. veranlaßt, seinen Klageantrag zu ändern. Er hat sich hierbei nicht darauf beschränkt, den Antrag auf Zahlung in einen solchen auf Feststellung zur Konkurstabelle zu ändern, sondern in erster Linie die Feststellung begehrt, daß ihm das Recht zustehe, wegen des zuerkannten Anspruchs abgeforderte Befriedigung aus den Sicherheiten zu verlangen, welche die Gegenseite ihm nach Verkündung des für vorläufig vollstreckbar erklärten BU. geleistet habe. Die Feststellung zur Tabelle wird in diesem Hauptantrage nur für den Ausfall gefordert. Nur hilfsweise beantragt der Kl. die Feststellung der ganzen Forderung zur Konkurstabelle und in einem weiteren Hilfsantrage die Zurückweisung des Rechtsmittels. Der Prozeßbevollmächtigte des Konkursverwalters hat der Feststellung des Abforderungsanspruchs widersprochen. Er erachtet sie in diesem Rechtszuge für rechtlich unzulässig und erklärt, über die be-

Zu 4. Sowohl die Ablehnung der Entsch. über die abgeforderte Befriedigung als das Verfahren nach § 146 RD. ist gerechtfertigt; aber die Begründung veranlaßt die folgenden erläuternden Bemerkungen:

1. Das Verfahren nach § 146 RD. entspricht der bisherigen Übung des RG. (RG. 11, 401; 65, 132 = ZB. 1907, 182; ZB. 1901, 162¹²; ZB. 6, 400). Wie verträglich sich dieses Verhalten mit § 561 Abs. 1 ZPO. und mit der Feststellung, daß die Konkurseröffnung weder aus dem Tatbestande des BU. noch aus dem Sitzungsprotokoll der Rev. Inst. ersichtlich ist, folglich nicht in den Kreis der Beurteilung des RevG. fällt? Um eine Feststellung nach § 146 RD. treffen zu können, müssen die Tatsachen der Konkurseröffnung, der Forderungsanmeldung und des Widerspruchs im Prüfungstermine von Amts wegen geprüft werden (RG. 86, 396 = ZB. 1915, 712). Mit Kann, ZPO. § 561 Bem. 4a und Stein-Jonas, ZPO. § 561 Bem. II ist anzunehmen, daß § 146 RD. eine Ausnahme von § 561 Abs. 1 ZPO. geschaffen hat. Es wäre eine Halbheit, wollte man sich darauf beschränken, zwar die Ausnahme des durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozesses nach § 146 RD. zuzulassen, aber die Änderung des Antrages wegen § 561 Abs. 1 ZPO. auszuschließen. Eine Feststellung nach § 256 ZPO. ist zwar durch § 146 RD. nicht ausgeschlossen (ZB. 1900, 393¹³; 1903, 315¹²; RG. 116, 372 = ZB. 1927, 1751), aber der Antrag nach § 256 ZPO. setzt ein besonderes Feststellungsinteresse voraus, das wegen § 561 Abs. 1 ZPO. außerhalb des Konkursverfahrens begründet sein müßte; ein solches würde sich wohl nur selten finden lassen. Die rechtskräftige Beurteilung auf Grund der Verfügungsklage würde zwar den Widerspruch des Konkursverwalters beseitigen, folglich auch zur Feststellung in der Tabelle führen können, wenn dieser allein widersprochen hat. Aber die Ausnahme nach § 11 RD. würde nicht mehr wirken, sobald die abgeforderte Befriedigung ausgeschaltet ist und die Fortsetzung des Revisionsverfahrens bliebe also von der Ausnahme nach § 146 RD. abhängig. Diese jedoch führt notwendig zu der vom RG. vertretenen Auffassung. Daß in den Fällen des § 146 Abs. 6 RD. auch der Gläubiger der bestrittenen Forderung die Feststellung betreiben kann, ist längst anerkannt (RG. 1892, 96; RG. 34, 409).

2. Die der RD. fremde Bezeichnung: „Feststellung zur Konkursforderungstabelle“ (§§ 144, 146, 147) weist offenbar auf die Unterscheidung zwischen Feststellung nach § 256 ZPO. und Feststellung nach § 146 RD. hin (ZB. 1900, 393¹³; 1903, 315¹²; RG. 24, 408; 84, 235 = ZB. 1914, 545; 116, 372 = ZB. 1927, 1751). Im zweiten Falle handelt es sich unbestreitbar um eine besondere Gruppe von Feststellungsklagen, die durch ihre Beziehung zum Konkursverfahren ausgezeichnet sind. Man darf jedoch nicht so weit gehen, die Klagen nach § 146 RD. überhaupt nicht als Feststellungsklagen i. S. der ZPO. gelten zu lassen. Gener Ausdruck erweckt nun die schiefe Vorstellung, als ob die Klage unmittelbar auf die Berichtigung der Tabelle gerichtet sei und die Tabelle durch das Urteil selbst berichtigt werde, oder als ob das Feststellungsurteil und nicht, wie § 164 RD. sagt, die Eintragung in die Tabelle vollstreckbarer Titel sei. Jene Bezeichnung würde einer Gestaltungs- oder Bewirkungsklage entsprechen, während § 146 RD. nur von Feststellung spricht. Die Berichtigung der Tabelle ist nicht mechanischer Urteilsvollzug auf Grund einer Ausfertigung des Feststellungsurteiles, sondern der Konkursrichter hat die Berichtigung, auf Grund selbständiger Prüfung darüber anzuordnen, ob und inwiefern (§ 146 Abs. 4) nach dem Urteil eine Berichtigung stattfinden kann (Jaeger, RD. § 146 Anm. 31; Mengel, RD. § 146 Anm. 11).

Geh. ZR. Prof. Dr. Kleinfeller, Kiel.

haupteiten Unterlagen für ein Recht auf abgeordnete Befriedigung nicht unterrichtet zu sein. Seiner Rechtsauffassung ist beizutreten. Grundlegend ist die Vorschrift des § 561 Abs. 1 ZPO., wonach (von der nicht in Betracht kommenden Rüge eines Verfahrensverstößes abgesehen) der Beurteilung des RevG. nur dasjenige Parteivorbringen unterliegt, welches aus dem Tatbestande des U. oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Dazu gehört weder die nach Verkündung des U. zur Abwendung der Vollstreckung geleistete Sicherheit und das daraus dem Kl. erwachsene Recht noch die erst während des Revisionsverfahrens erfolgte Eröffnung des Nachlasskonkurses. Die letztere ist für die RevJnst. allerdings nicht bedeutungslos. Sie hat, wenn das Verfahren die Konkursmasse betrifft, dessen Unterbrechung auch noch in diesem Rechtszuge zur Folge, und zwar (außer dem Falle der Aufhebung des Konkursverfahrens) so lange, bis es nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen wird (§ 240 ZPO.). Die Aufnahme ist verschieden geregelt, je nachdem es sich nach § 146 RD. um eine Konkursforderung oder nach § 11 das. um einen Anspruch auf abgeordnete Befriedigung handelt. Daß im vorliegenden Falle die Aufnahme beiden Bestimmungen entspricht, ist bedenkenfrei festzustellen. Es ist auch nichts dagegen zu erinnern, daß der Kl. an Stelle des Antrags auf Zahlung noch im Revisionsverfahren denjenigen auf Feststellung der Forderung zur Konkursabelle erheben konnte und erhoben hat. Das bedeutet nur eine verfahrensrechtliche Anpassung des Antrags an die insoweit maßgebenden Vorschriften der RD. Dagegen kann die Geltendmachung des Absonderungsrechts in diesem Rechtszuge nicht zugelassen werden. Zu seiner Begründung gehört nicht lediglich die zu berücksichtigende Tatsache der Konkursöffnung, sondern außerdem der Nachweis, daß ein das Recht auf abgeordnete Befriedigung rechtfertigender Tatbestand gegeben ist. Es hat sich nicht der im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem BG. gegebene Anspruch durch die Eröffnung des Konkurses in einen solchen auf abgeordnete Befriedigung kraft Gesetzes verwandelt, der letztere ist vielmehr erst durch eine nach jenem Zeitpunkt vollzogene Tatsache begründet worden. Ihrer Berücksichtigung steht aber § 561 ZPO. entgegen. In den vom RevBekl. angeführten Entsch. RG. 12, 222 und 85, 214¹⁾ ist ebensowenig wie in RG. 65, 132²⁾ zu der erörterten Frage Stellung genommen. Das Urteil des 6. ZivSen. v. 21. Jan. 1909 (VI 65/08³⁾: LZ. 1912, 400) betrifft die gleichfalls erst in der RevJnst. beanspruchte Feststellung des Vorrechts; sie ist unter Hinweis auf § 561 ZPO. gleichfalls abgelehnt worden.

(U. v. 22. Juni 1931; 447/30 IV. — Hamburg.) [Ra.]

2. Anfechtungsgezet.

***5.** §§ 1, 3, 4 AnfG. Anfechtung mittelbaren Erwerbs. Das mit Mitteln des Schuldners Erworbene kann auch dann als von ihm anfechtbar erworben angesehen werden, wenn noch kein Anspruch des Schuldners auf die Leistung bestand. †)

Die Kl. hat gegen den Ehemann der Bekl. den Anspr. auf Zahlung einer Unterhaltsrente erwirkt. Zur Vereitelung dieses Anspr. hat die Bekl. mit Mitteln ihres Mannes ein

¹⁾ ZB. 1914, 986. ²⁾ ZB. 1907, 206. ³⁾ ZB. 1909, 167¹⁰.

Zu 5. Das Ur. des RG. ist unter allen Umständen richtig. Die moderne Rechtsauffassung betont allzu leicht den Schutz des Schuldners und vernachlässigt den des Gläubigers. Ohne einen starken Schutz des Gläubigers aber leidet unser ganzes Kreditwesen. Dazu kommt, daß durchaus nicht immer der Schuldner der „wirtschaftlich Schwächere“ ist. Gerade obiger Fall zeigt, daß auch der Gläubiger — Unterhaltsanspruch eines unehelichen Kindes — aus sozialen Gründen besonders geschützt werden muß. Das AnfG. bildet nun aber eines der wichtigsten Schutzmittel des Gläubigers. Es ist daher möglichst diesem Zweck entsprechend auszulegen. Laßt man nur den unmittelbaren Erwerb der Anfechtung unterliegen, so wird das AnfG. in den meisten Fällen völlig versagen, denn es läßt sich wie hier, namentlich durch Einschaltung einer Mittelsperson, stets eine Rechtsform finden, um die Zuwendungen des Schuldners an den Dritterwerber zu verschleiern, d. h. ihres unmittelbaren Charakters zu entkleiden. Entscheidend kann daher nicht die jurist. Form, sondern nur der wirtschaftl. Effekt sein. Es kann aber diesbezüglich keinem Zweifel unterliegen, daß der Ehemann der Bekl. 20 000 M

Grundstück für 52 000 M erworben, wobei sie 32 000 M Hypotheken übernahm, während der Rest vor der Auflassung zu zahlen war. Auflassung und Eintragung sind der Form halber an die Bekl. statt an ihren Ehemann erfolgt.

Die Kl. hat den Grundstückserwerb der Bekl. angefochten. Sie hat gegen die Bekl. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen ihrer Anspr. geklagt.

Das LG. hat verurteilt, das LG. abgewiesen. Das RG. hat aufgehoben.

Das BG. nimmt an, die Bekl. habe das Grundstück nicht aus dem Vermögen ihres Mannes erworben, der niemals Eigentümer gewesen sei. Auch habe, da der Kaufpreis größtenteils durch Hypothekenübernahme seitens der Bekl. beglichen sei, diese mindestens insoweit die Bekl. das Entgelt für das Grundstück selbst gewährt habe.

Das BG. setzt sich jedoch in Widerspruch mit der ständigen Rspr. des RG. über die Anfechtbarkeit mittelbarer Zuwendungen (vgl. RG. 43, 84; 59, 196; 69, 47¹⁾; Menzel, RD., 3. Aufl., § 29 Anm. 2f.; Warneher, AnfGes., 2. Aufl., S. 27). Danach unterliegen der Anfechtung und insbes. dem § 7 AnfG. auch Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner das Entgelt für seine Vermögensaufwendungen Dritten zuwendet, ohne äußerlich mit diesen in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu treten. Wirtschaftlich wird hierdurch das Verm. des Schuldners zugunsten des Dritten vermindert; das gesamte Rechtsverh. ist bez. der Anfechtbarkeit so anzusehen, als ob der Dritte unmittelbar vom Schuldner erworben hätte.

Ob dem Schuldner bereits ein Anspr. auf die dem Dritten zugewandte Leistung zustand, ist unerheblich. Entscheidend ist die wirtschaftl. Betrachtungsweise; wirtschaftl. werden aber dem Dritten aus dem Verm. des Schuldners mit Hilfe einer Mittelsperson Werte auch dann zugewendet, d. h. eine Verschiebung von Vermögensgegenständen durch eine Mittelsperson findet auch dann statt, wenn der Schuldner zuvor noch keinen Anspruch auf das Zugewendete hatte. Danach würde i. vorl. Fall hinsichtl. der gezahlten 20 000 RM das Rechtsverh. bez. der Anfechtung so anzusehen sein, als wäre der Verkauf des Grundstücks an den Ehemann der Bekl. und von diesem an die Bekl. erfolgt.

(U. v. 2. Okt. 1931; 564/30 VII. — Düsseldorf.) [Ru.]

<= RG. 133, 290.>

an die Mittelsperson zahlte, um dadurch diesen Bestandteil seines Vermögens — vermutlich den Hauptbestandteil — dem Zugriff seiner Gläubigerin zu entziehen. Das Entgelt für diese 20 000 M aber floß in das Vermögen der Ehefrau. Wirtschaftlich ist es daher genau so, wie wenn der Ehemann die 20 000 M der Bekl. direkt gegeben hätte, oder wie wenn er erst das Grundstück selbst erworben und dann auf die Bekl. übertragen hätte, d. h. er hat eben Bestandteile seines Vermögens wirtschaftl. in das Vermögen seiner Ehefrau überführt. Für die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung ist es daher ohne Bedeutung, wie man deren Rechtswirkung konstruiert.

Gleichgültig muß es bei dieser Einstellung auch sein, ob dem Schuldner, wie es gewöhnlich bei mittelbaren Zuwendungen ist, bereits ein Anspruch auf die Leistung zustand, die dann anstatt an ihn selbst an den Dritten bewirkt wird. In beiden Fällen handelt es sich um Bestandteile des schuldnerischen Vermögens, die zuungunsten des Gläubigers über eine Mittelsperson an einen Dritten gelangen.

Dagegen ist dem Einwande des DLG. insofern recht zu geben — darauf geht das RG. leider nicht ein —, als das Grundstück nicht ganz mit Mitteln des Mannes erworben ist. 32 000 M des Kaufpreises hat die Bekl. aus eigenen Mitteln gleichsam bestritten, da sie in dieser Höhe Hypotheken übernahm. Es ist daher nicht das ganze Grundstück für die Zwangsvollstreckung als im Vermögen des Mannes zu betrachten, sondern nur ein ideeller Anteil, der seiner Beteiligung beim Aufbringen des Kaufpreises entspricht = $\frac{20000}{52000} = \frac{10}{26}$

Es kann demnach auch nur in diesen ideellen Anteil vollstreckt werden. Allerdings ist diese Einschränkung hier wohl nicht weiter von Belang, juristisch darf sie aber wohl nicht übersehen werden. Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß im Grundbuch kein Miteigentumsanteil eingetragen ist, lassen sich überwinden. Näher darauf einzugehen, ist leider hier nicht möglich; es sei aber verwiesen auf den ähnlichen Fall DLG. Celle: ZB. 1921, 758²⁾; Pann, 4 zu § 864. Prof. Dr. Theodor Süß, Breslau.

¹⁾ ZB. 1908, 496.

6. § 3 Nr. 1 und 2 AufG.; § 286 ZPO.

1. Die Bewertung der Beweisaufnahme eines früheren Prozesses im Wege des Urkundenbeweises ist auch bei Widerspruch einer Partei nur dann unzulässig, wenn Wiederholung der Beweisaufnahme gefordert wird.

2. Die Anfechtung gegen die Ehefrau des Schuldners aus § 3 Nr. 2 AufG. wird nicht dadurch unter die Beweislast von Nr. 1 gestellt, daß die anfechtbare Rechtshandlung ein Erfüllungsgeschäft ist.†)

Die Kl. hat gegen den Mann der Bekl., ihren Stiefsohn, eine rechtskräftige Forderung. Die Zwangsvollstreckung ist erfolglos geblieben. Der Schuldner war früher Eigentümer eines Grundstücks, auf dem für den Landwirt H. eine Darlehenshypothek eingetragen war, für die die Forderung nie entstanden ist. Diese „Hypothek“ hat H. an die Bekl. abgetreten. Der Ehemann hat das Grundstück an den Kaufmann G. verkauft. Von dem bar zu zahlenden Kaufpreis ist ein Teilbetrag an die Bekl. „überwiesen und bezahlt“ worden.

Die Kl. hat die Zuwendung des Kaufpreises an die Bekl. sowie die Abtretung, die auch eine Zuwendung aus dem Vermögen ihres Mannes bedeute, nach § 3 AufG. angefochten und Bezahlung ihrer Forderung verlangt. Die Bekl. hat geltend gemacht, daß die Hypothekenabtretung die Sicherung für ihr Einbringen darstelle, die Kaufgeldüberweisung aber das Entgelt für diese ihr abgetretene Hypothek gewesen sei.

LG. und BG. haben abgewiesen, das RG. hat aufgehoben.

1. Das BG. hält die allg. Voraussetzungen des § 2 AufGef. für gegeben. Auch die Abtretung, die auf Veranlassung des Mannes erfolgt sei, sei eine Rechtshandlung des Schuldners, da die Hypothek infolge der Nichtentstehung der Forderung des Landwirts H. als Eigentümergrundschuld dem Schuldner zugestanden habe, die Abtretung an die Bekl. daher nur grundbuchrechtl. eine Vfg. des eingetragenen Gläub., materiell aber eine solche des Mannes der Bekl. gewesen sei.

Das BU. verneint, daß die beiden Rechtshandlungen un-

entgeltliche Vfg. nach § 3 Nr. 3 oder 4 AufG. seien. Die Abtretung der Hypothek nicht, weil sie zur Sicherung der Einbringensforderung der Bekl. gegen ihren Mann erfolgt sei. Da sie und ihr Mann aber seit 1918 in Gütertrennung lebten, habe die Bekl. gegen ihn nach § 1421 BGB. sogar einen Anspruch auf Herausgabe des eingebrachten Gutes gehabt; daher habe sie durch die Sicherung sogar weniger erhalten, als ihr zugestanden habe.

Das BU. hat Rechtshandlungen des Ehemanns W. nach § 3 Nr. 2 für die Zuwendung des Kaufpreises abgelehnt. An sich würde der Bekl. der Beweis dafür obliegen, daß ihr bei dieser Zahlung eine Absicht ihres Mannes, seine Gläub. zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen sei. Da aber die Bekl. nach § 1154 BGB. damals Gläub. der Hypothek gewesen sei, so sei mit der Zahlung nur eine vor Beginn des Jahres begründete Verpflichtung erfüllt worden; damit werde nach fester Rspr. die Rechtsvermutung des § 3 Nr. 2 entkräftet; die Anfechtung sei nur nach Nr. 1 zulässig, wenn der Anfechtende nachweise, daß der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlungen nicht beabsichtigt habe, seiner Verpflichtung nachzukommen, sondern seine Gläubiger zu schädigen, und daß der Anfechtungsgegner diese Absicht gekannt habe. Dieser Beweis sei nicht erbracht.

2. Die Rev. rügt, daß bei der Frage, ob die Bekl. wirkliche Werte in die Ehe eingebracht habe, das BG. gegen den Widerspruch der Kl. die Beweisaufnahme aus einem anderen Rechtsstreite verwertet habe. Der bloße Widerspruch der Kl. gegen die Verwertung der Vorprozessergebnisse des Vorprozesses begründet jedoch noch nicht einen Prozeßverstoß gegen § 286 ZPO. Eine solche Verwertung im Urkundenbeweise ist statthaft und nur dann unzulässig, wenn der Gegner des Beweisführers einen Antrag auf anderweite Vernehmung der betr. Zeugen oder Sachverständigen stellt (S h d o w = B u s c h = K r a n z, 20. Aufl., § 286 Anm. 1; RG. 46, 414; 81, 196¹); 105, 221; JW. 1910, 28; Warn. 1912 Nr. 64 S. 78).

3. Dagegen hat das BU. die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 AufG. auf die Zuwendung des Kaufpreises zu Unrecht verneint. Da ein vom Schuldner mit seiner Ehefrau ab-

Zu 6. In Frage steht die Anfechtung der am 27. Mai 1927 von dem Landwirt A. H. an die Bekl. vorgenommenen Abtretung der auf seinen Namen eingetragenen Hypothek, die infolge Nichtentstehens der gesicherten Forderung Eigentümergrundschuld war, und die Anfechtung der durch den Kaufvertrag v. 25. Jan. 1928 von dem Kaufpreis an die Bekl. „überwiesen“ und bezahlten mindestens 11500 und höchstens 17500 RM. Die Abtretung ist auf Veranlassung des Grundeigentümers, des Ehemannes der Bekl., geschehen, zur Sicherung ihrer Forderung auf Herausgabe ihres Eingebrachten, die durch die Vereinbarung der Gütertrennung unter den Ehegatten entstanden war. Das BG. hält die Abtretung und Zahlung nicht für unentgeltlich, die Anfechtungsnormen von § 3 Ziff. 3 u. 4 KAufG. daher nicht für anwendbar, und das RG. erhebt dagegen kein Bedenken. Hinsichtlich der Hypothekenabtretung verneint das BG. die Anfechtbarkeit nach § 3 Ziff. 2, weil die Klage erst nach Ablauf eines Jahres seit der Abtretung erhoben ist. Auch das scheint das RG. zu billigen; aber man kann die Frage aufwerfen, ob nicht die auf Veranlassung des Grundeigentümers geschehene Abtretung der Hypothekenforderung und die Bezahlung dieser Forderung aus dem Kaufpreis als ein einheitliches Geschäft anzusehen seien, wie es im Verhältnis von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft der herrschenden Meinung entspricht (vgl. E. Jaeger, Komm. z. KAufG., Anm. 39 zu § 3; RG. 116, 135/36 = JW. 1927, 1150).

Die Anfechtbarkeit der Zuwendung von mindestens 11500 und höchstens 17500 RM. aus dem Kaufpreis an die Bekl. verneint das BG., weil es § 3 Ziff. 2 KAufG. für nicht anwendbar hält, da die Zuwendung in Erfüllung einer Verpflichtung stattgefunden habe, und die Voraussetzungen von § 3 Ziff. 1 nicht dargetan seien. Mit Recht hat das RG. deswegen das BU. aufgehoben. Auch das kongruente Deckungsgeschäft unter nahen Angehörigen erfüllt den Tatbestand von § 3 Ziff. 2, nur kann der Umstand, daß zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit geleistet ist, das Prozeßgericht veranlassen, den dem Anfechtungsgegner obliegenden Beweis, daß ihm eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war, kraft eines Erfahrungssatzes als geführt anzusehen (vgl. E. Jaeger, RD. 67, Anm. 36 zu § 31 mit reichen Angaben aus der Rspr.). Die Eigenschaft des angefochtenen Geschäfts als einer kongruenten Deckung ist also nur ein Indiz für die dem Anfechtungsgegner zutehende und von ihm zu beweisende Einrede (im prozessualen Sinne) der fehlenden Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners. Das BG. befindet sich demnach im Irr-

tum, wenn es wegen der Natur des angefochtenen Geschäfts nur § 3 Ziff. 1 für anwendbar erklärt und ausführt, die Kl. habe den ihr nach § 3 Ziff. 1 obliegenden Beweis, daß der Bekl. die Benachteiligungsabsicht bekannt gewesen sei, nicht geführt, vielmehr sei durch die Bekundungen der Zeugen nahezu das Gegenteil erwiesen, während doch die Bekl. zu beweisen gehabt hätte, daß ihr die Benachteiligungsabsicht ihres Ehemannes nicht bekannt gewesen sei. Entspricht die dadurch veranlaßte Aufhebung des BU. demnach der in Wissenschaft und Rspr. herrschenden Ansicht, so ist nur zu beklagen, daß das RG. die Regelung des § 3 Ziff. 2 KAufG., die dem Anfechtungsgegner die Beweislast dafür aufbürdet, daß ihm die Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht bekannt gewesen sei, für eine Rechtsvermutung erklärt, während es sich in Wirklichkeit um eine Beweislastnorm handelt: Voraussetzung der Anfechtung nach § 3 Ziff. 2 ist allein, daß der Schuldner mit einem nahen Angehörigen in dem Jahre vor der Klageerhebung einen entgeltlichen, seine Gläubiger unmittelbar benachteiligenden Vertrag geschlossen hat, während die mangelnde Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners eine rechtshindernde Tatsache darstellt. Der Unterschied dieser durch die Kaufassung des den gleichen Fall regelnden § 40 Abs. 2 Ziff. 2 RD. („es sei denn, daß ihm ... unbekannt waren“) klargestellten Natur als prozessuale Einrede von der Auffassung als Rechtsvermutung ist praktisch sehr bedeutend (vgl. E. Jaeger, RD. 67, Anm. 20 zu § 31) und sollte nicht vernachlässigt werden. Das Urteil in RG. 125, 250 = JW. 1930, 998 hat sich demgegenüber richtig ausgedrückt.

Die prozessuale Beanstandung der Revision aber, daß die Benutzung der Beweisaufnahme in einem anderen Prozeß durch Urkundenbeweise infolge des Widerspruchs der Kl. unzulässig gewesen sei, hat das RG. in Übereinstimmung mit seiner ständ. Rspr. (vgl. außer den im Ur. genannten Entsch. noch GruchBeitr. 30, 160; Warn. 1914 Nr. 100; JW. 1930, 2052¹⁴) mit Recht zurückgewiesen. Der Urkundenbeweis durch die Vernehmungsprotokolle erfordert nicht die Zustimmung der Gegenpartei (anders allerdings, aber wohl nur infolge ungenauer Ausdrucksweise, RG.: GruchBeitr. 50, 126) und wird daher durch deren Widerspruch nicht unzulässig; die Gegenpartei muß die Vernehmung der Zeugen beantragen und verhindert dadurch die Verwertung der Protokolle des Vorprozesses. Von diesem Mittel hat die Kl. im vorl. Falle keinen Gebrauch gemacht.

Prof. Dr. L. Rosenberger, Gießen.

geschlossenes entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt, war die Beschl. beweispflichtig dafür, daß ihr Mann bei dieser Zuwendung keine Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, gehabt habe oder ihr eine solche Absicht nicht bekannt gewesen sei. Dadurch, daß die Zuwendung in Erfüllung einer Verpflichtung erfolgt, wird nach ständiger Rspr. des RG. (RG. 125, 250²); Jaeger, AnFG. § 3 Anm. 42; RD. § 31 Anm. 36; Menzel, RD. § 31 Anm. 16; Sydow-Busch-Krieg, AnFG. § 3 Anm. 15 S. 722, gegensätzlich S. 721) die Rechtsvermutung des § 3 Nr. 2 nicht beseitigt und die Beweislast umgekehrt; es wird nur, wenn das gewährt worden ist, worauf ein Anspruch bestand, in tatsächlicher Beziehung möglicherweise soviel gegen eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners oder eine Kenntnis des anderen Teiles davon sprechen, daß sie nach richterl. Überzeugung verneint werden kann.

(U. v. 13. Okt. 1931; 216/31 VII. — Breslau.) [Ru.]

3. Zwangsversteigerungsgesetz.

****7.** §§ 118, 128 ZwVerstG.; § 771 ZPO. Das Zwangsversteigerungsverfahren berücksichtigt nur die formelle Grundbuchlage, nicht das davon abweichende, zum Verfahren nicht angemeldete materielle Recht. Verfahren des Versteigerungsrichters bei Nichtberichtigung des Vergebotes. Übertragung der Forderung gegen den Ersteher auf ihn selbst als den aus seiner früheren mit dem Zuschlag erloschenen Grundschuldhebungsberechtigten. Die durch die Übertragung der Forderung gegen den Ersteher eingetretene Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstück tritt auch dann ein, wenn der bei der Abtretung Begünstigte nicht der materiell Hebungsberechtigte ist; ihm stehen jetzt also Forderung und Sicherungshypothek formell und materiell zu;

¹⁾ JW. 1930, 998.

Zu 7. A. Anm. Müller, ebenda.

B. Soweit sich die Entsch. des RG. auf das Zwangsversteigerungsverfahren bezieht, ist ihr unbedenklich zuzustimmen. Dagegen verdienen die Ausführungen bezüglich des Treuhandverhältnisses Widerspruch.

Die Kl. überließ dem R. die Durchführung der Zwangsversteigerung, im Innenverhältnis aber blieb sie die Berechtigte. Es bestand also ein Treuhandverhältnis, das die Kl. berechtigte, dem Zugriff des Gläubigers des Treuhänders mit Erfolg zu widersprechen. Mit Recht führt das RG. aus, daß durch die Übertragung der Forderung auf R. das Recht der Kl. auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös erlosch. Das RG. geht aber von seiner bisherigen Rspr. zu § 771 ZPO. ab mit seiner Feststellung, daß aus der „Ermächtigung“ der Kl. an R. zur Geltendmachung der Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren sich lediglich schuldrechtliche Ansprüche ergeben, ein Treuhandverhältnis aber nicht hergeleitet werden kann.

Das RG. erkennt an, daß §§ 118, 128 ZwVerstG. auf dem Surrogationsprinzip beruhen, daß also die übertragene Forderung die Fortsetzung des früheren Rechtes ist. Vertraut aber der Treugeber dem Treuhänder Gegenstände zur Verwaltung oder Einziehung an, so muß auch an der Surrogation das Treuhandverhältnis sich fortsetzen. Zwar gilt für die Anwendung des § 771 ZPO. ebensoviele für § 43 RD. nicht schlechthin das Surrogationsprinzip. Es muß vielmehr von Fall zu Fall geprüft werden, inwieweit sich die Annahme einer Ersetzung rechtfertigen läßt. Sie ist unbedenklich da zu bejahen, wo der Treuhänder in Erfüllung seiner Aufgabe Ersatzgegenstände angeschafft hat (Jaeger, RD., § 43 Anm. 41). Das RG. hat für den Treuhänderbegriff stets ein Unvertrauen von Vermögensgegenständen aus dem Vermögen des Treugebers zwar erfordert, aber auch für ausreichend erklärt (vgl. RG. 79, 222 = JW. 1912, 760; RG. 84, 214 = JW. 1914, 596). Daß R. die Sicherungshypothek durch richterlichen Akt erlangt hat, kann daran nichts ändern, daß es sich um einen Gegenstand aus dem Vermögen des Kl. handelt, den dieser durch seine Nichtbeteiligung am Versteigerungsverfahren mit Hilfe des Versteigerungsrichters an R. übertragen hat. Der Fall ähnelt dem von Jaeger a. a. O. gegebenen Beispiel, daß dem Treuhänder ein Anspruch auf Verschaffung eines Gegenstandes abgetreten und der Gegenstand vereinbarungsgemäß vom Treuhänder zu Treuhandzwecken eingezogen ist. Für die Annahme eines Treuhandverhältnisses ist es auch gleichgültig, daß auf R. die Vollhaberschaft an der Sicherungshypothek übergegangen ist.

er kann darüber verfügen, seine Gläubiger können sie pfänden. Der im Innenverhältnis zum Ersteher materiell Berechtigte, mit seinem Recht im Versteigerungsverfahren aber nicht berücksichtigte Dritte hat nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Ersteher.†)

(U. v. 8. Juli 1931; 36/31 V. — Berlin.) [Sch.]

Abgedr. JW. 1931, 2909².

4. Zwangsvollstreckung in Grundstücke.

****8.** § 2115 BGB. Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück gegen den Nacherben wegen einer vom Vorerben aufgenommenen entgeltlichen Sicherungshypothek.†)

Die Kl. verlangt von den künftigen Nacherben (Besl.) die Duldung der Zwangsvollstreckung in ein zum Nachlaß des Erblassers gehöriges Grundstück, an welchem der Vorerbe für einen ihm persönlich eingeräumten Kontokorrentkredit Sicherheitshypotheken bestellt hat. Nach Auffassung des BG. ist das dingliche Recht, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung erfolgen soll, den Besl. gegenüber wirksam bestellt, da der befreite Vorerbe es durch eine entgeltliche rechtsgeschäftliche Verfügung erlangt habe (§§ 2113 Abs. 2, 2136 BGB.), so daß die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß gemäß § 2115 Abs. 2 BGB. zulässig sei.

Diese Auffassung greift die Rev. vergebens an.

Nach § 2115 Abs. 1 BGB. ist eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbsfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Im Zusammenhange damit steht die Ordnungsvorschrift des § 773 Abs. 1 ZPO., laut deren ein Gegenstand, der zu einer Vorerbschaft gehört, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert oder überwiesen werden

Trotzdem bleibt die Verpflichtung des R. der Kl. gegenüber bestehen, nicht als Inhaber, sondern als Verwalter das Recht zugunsten der Kl. auszuüben. Diese Beschränkung aber müssen auch die Gläubiger des R. gegen sich gelten lassen.

Die Entsch. des RG. läßt eine überzeugende Begründung für die Ablehnung eines Treuhandverhältnisses vermissen, zumal das RG. in früheren Entsch. den Begriff des Treuhandverhältnisses sehr ausdehnend behandelt hat. Die Berufung auf die Vorschriften des Zwangsversteigerungsverfahrens dürften die Ablehnung eines Treuhandverhältnisses in keiner Weise rechtfertigen, da es sich um verschiedene Rechtsfragen handelt.

RA. Hans Landsberg II, Berlin.

Zu 8. Die Entsch. steht auf festem Boden; sie klärt mehr, als daß sie Neues brächte.

I. § 2115 Satz 2 meint zwei Fälle, die sich aus demselben Grundgedanken ergeben. Wenn das Recht auch gegenüber dem Nacherben wirkt, kann dieser gegen die Zwangsvollstreckung, mit der ein solches Recht geltend gemacht wird, keinen Widerspruch erheben. Die Auffassung der Rev., daß auch Halbsatz 2 von § 2115 Satz 2 nur auf Nachlaßgläubiger zu beziehen sei, ist verfehlt. Da das RG. annimmt, daß der Vorerbe die Hypothek in ordnungsgemäßer Verwaltung bestellt habe, hätte es auch darauf hinweisen können, daß nach fester Praxis des RG. Verfügungen, die der Vorerbe als ordentl. Verwalter vornimmt, zugleich (oder allein) Nachlaßverbindlichkeiten sind (z. B. RG. 90, 91 ff., insbes. 95 ff.).

II. § 2113 Abs. 2 i. Verb. m. § 2136 macht unentgeltliche Verfügungen des befreiten Vorerben über Grundstücke relativ unwirksam. (Der Satz: „Eine unentgeltliche Verfügung über ein Grundstück ist auch seine Belastung mit einem dinglichen Recht [§ 873 BGB.]“ ist nicht ganz geschickt gefaßt; das RG. meint entweder: „eine Verfügung — ist auch seine Belastung“ oder „eine unentgeltliche Verfügung ist auch seine unentgeltliche Belastung“; Mißverständnisse sind aber kaum zu befürchten.) Daß der gewährte und noch zu gewährende Kredit Gegenleistung für die Bestellung der Sicherungshypothek ist, gilt von jedem Standpunkte aus. Die Praxis des RG., das die Frage der Unentgeltlichkeit vom Standpunkte der ordentl. Wirtschaft aus beurteilt, ist zwar in der Theorie (z. B. Ripp, Erbrecht, 8. Aufl., 338) angegriffen; aber der Streit geht nur um die Frage, ob die Unentgeltlichkeit rein objektiv oder auch subjektiv zu beantworten sei und ob grundlose Verfügungen unentgeltlich genannt werden dürfen (dazu etwa Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldbverh., 11. Bearb., 405 A. 6). Beide Streitpunkte berühren nur die Art der Begründung, nicht die Entsch. selbst.

Prof. Dr. Friß Fringsheim, Freiburg i. Br.

folll, wenn die Veräußerung oder Überweisung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 BGB. den Nach-
erben gegenüber unwirksam ist. Nach § 773 Abs. 2 ZPO.
kann der Nacherbe nach Maßgabe des § 771 ZPO. Wider-
spruch erheben. Diese Vorschriften der ZPO. sollen Zwangs-
vollstreckungsmaßregeln vorbeugen, die nach § 2115 BGB.
nur zu einem auflösend bedingten Erwerb führen würden.
Der § 2115 Abs. 1 BGB. trifft aber — im Gegensatz zu
Verfügungen, die von dem Vorerben vorgenommen werden —
nur solche Verfügungen über einen Erbschaftsgegenstand,
die im Wege der Zwangsvollstreckung in das Erbschaftsvermögen
gegen den Vorerben erwirkt werden, bei denen daher ein-
mal er der duldbende Teil ist und bei denen zweitens das
Recht am Erbschaftsgegenstand erst im Wege der
Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben erlangt
wird. Während also der Vorerbe — mit Wirkung gegen den
Nacherten — nach § 2112 über die Erbschaftsgegenstände
verfügen kann, soweit ihm nicht durch die §§ 2113 ff. be-
sondere Schranken gezogen sind, ist nach § 2115 Abs. 1 BGB.
die Unwirksamkeit der erst im Wege der Zwangsvoll-
streckung gegen ihn erwirkten Verfügung selbst auf solche
Gegenstände erstreckt, über die er selbst rechtsgeltlich
hätte frei verfügen können. Der Zweck dieser Vorschrift
ist, die Gläubiger des Vorerben daran zu hindern, dessen
Erbenstellung zum Nachteil des Nacherten auszunutzen (RG.
80, 32¹). Da jedoch das Recht des Nacherten, wie das jedes
anderen Erben, den Ansprüchen der Nachlassgläubiger weichen
muß, ordnet § 2115 Abs. 2 Halbsatz 1 an, daß die Ver-
fügung unbeschränkt wirksam, also die Zwangsvollstreckung
gegen den Vorerben ohne Rücksicht auf den Nacherten zu-
läßig und durchführbar ist, wenn der Anspruch eines Nach-
lassgläubigers geltend gemacht wird, auf Grund dessen die
Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt ist. Das
gleiche gilt nach Halbsatz 2, wenn die Zwangsvollstreckung
auf Grund eines (dinglichen) Rechts an einem Erbschafts-
gegenstand betrieben wird, das im Falle des Eintritts der
Nacherbfolge dem Nacherten gegenüber wirksam ist.

Diese Ausnahmen ergeben sich folgerichtig aus dem
Grundgedanken des Gesetzes, daß überall da, wo entweder das
Recht am Erbschaftsgegenstand schon vor dem Erbfall bestanden
hat (z. B. eine vom Erblasser bestellte Hypothek) oder wo der
Vorerbe mit Wirkung gegenüber dem Nacherten selbst über
einen Erbschaftsgegenstand verfügt hat, auch die Zwangs-
vollstreckung in Gegenstände der Vorerbschaft mit voller Wir-
kung gegen den Nacherten betrieben werden darf. Es liegt
also keineswegs so, daß es sich auch im Falle des Halbs. 2
nur um Rechte handelt, die auf Grund einer Nachlassschuld
also für einen Nachlassgläubiger bestellt worden sind. Denn
nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist nur erforderlich,
daß „ein an einem Erbschaftsgegenstand bestehendes Recht
geltend gemacht wird, das im Falle der Nacherbfolge dem
Nacherten gegenüber wirksam ist“. Das kann auch ein Recht
sein, daß der Vorerbe wegen einer Eigenverbindlichkeit an
einem Nachlassgegenstand begründet hat, sofern es nur gegen-
über dem Nacherten wirksam begründet worden ist.

Die Rev. meint, ein an einem Erbschaftsgegenstand be-
stehendes Recht i. S. des Gesetzes könne nicht eine Siche-
rungshypothek sein, die von dem Vorerben für eine per-
sönliche Schuld bestellt worden sei, sonst würde der Zweck
des § 2115 vereitelt, der darin zu sehen sei, daß die Gläubiger
des Vorerben gehindert werden sollten, dessen Erben-
stellung zum Schaden des Nacherten auszunutzen.

Diese Auffassung entspricht jedoch nicht dem Gesetz, das
den Gläubigern des Vorerben, die nicht Nachlassgläubiger
sind, den Zugriff auf Erbschaftsgegenstände im Wege der
Zwangsvollstreckung nur dann verwehrt, wenn der Vorerbe
nicht oder nicht mit Wirkung gegenüber dem Nacherten über
Erbschaftsgegenstände verfügt hat. Hätte das Gesetz den
Gläubigern an einer zum Schaden des Nacherten auslaufen-
den Zwangsvollstreckung auch da hindern wollen, wo ein von
den Vorerben — mit Wirkung gegen den Nacherten — an
einem Erbschaftsgegenstand bestelltes Recht geltend gemacht
wird, so würde es die unbeschränkte Wirksamkeit der Ver-
fügung, die Gegenstand der Ausnahme des § 2115 Abs. 2
BGB. ist, nicht haben bejahen können, sondern hätte sie ver-
neinen müssen. Es kommt daher entscheidend darauf an, ob

die Bestellung der Sicherungshypotheken den Nacherten gegen-
über wirksam ist. Die Frage ist von dem VerR. mit Recht
bejaht worden.

Nach § 2113 Abs. 1 BGB. ist die Verfügung des Vor-
erben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über
ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück im
Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als
sie das Recht des Nacherten vereitelt oder beeinträchtigen
würde. Das letztere würde in Ansehung dessen, daß der Vor-
erbe für einen ihm eingeräumten Kontokorrentkredit Siche-
rungshypotheken bestellt hat und daß auf Grund dessen die
Zwangsvollstreckung betrieben werden soll, ohne weiteres an-
zunehmen sein. Da jedoch der Erblasser dem Vorerben von
dieser Einschränkung befreien kann (§ 2136 BGB.), und da
nicht streitig ist, daß es sich um eine befreite Vorerbschaft
handelt, so würde die in der Bestellung der Sicherheiten
liegende Verfügung des Vorerben insoweit gegenüber dem
Nacherten im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nicht un-
wirksam sein. Damit ist indessen die Frage nicht entschieden.
Denn nach § 2113 Abs. 2 gilt das gleiche — nämlich die in
Abs. 1 vorgeschriebene bedingte und begrenzte Unwirksam-
keit —, wenn der Vorerbe über einen Erbschaftsgegenstand
unentgeltlich verfügt hat. Da von dieser Einschränkung aber
der Vorerbe von dem Erblasser nicht befreit werden kann
(§ 2136 BGB.), kommt es darauf an, ob die Bestellung der
Sicherheitshypotheken eine unentgeltliche Verfügung über einen
Erbschaftsgegenstand war. Während § 2113 Abs. 1 von der
Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem
Grundstücke handelt, trifft Abs. 2 Erbschaftsgegenstände schlech-
thin, also auch Grundstücke. Eine unentgeltliche Verfügung
über ein Grundstück ist auch seine Belastung mit einem ding-
lichen Recht (§ 873 BGB.). Während also bei nicht befreiter
Vorerbschaft die Wirksamkeit einer solchen Belastung eines
Grundstücks, gleichviel ob diese entgeltlich oder unentgeltlich
erfolgt ist, nur davon abhängt, ob sie im Falle des Eintritts
der Nacherbfolge das Recht des Vorerben vereitelt oder bee-
inträchtigen würde, ergibt sich bei der befreiten Vorerbschaft
ein wesentlicher Unterschied. Ist der Vorerbe nach § 2113
Abs. 1 von dieser Einschränkung bei der Verfügung über ein
Grundstück befreit, so gilt dies nach Abs. 2 nicht, wenn un-
entgeltlich verfügt ist, weil insoweit die Befreiung nicht gilt.
Beide Absätze sind selbständig nebeneinander stehende
Ausnahmefälle von der Regel der Wirksamkeit der Verfügung
(§ 2112). Treffen beide Absätze aber Verfügungen über
Grundstücke und regelt Abs. 1 nicht diese Verfügungen aus-
schließlich — was nicht zutrifft —, so bleibt der Ausnahme-
fall des Abs. 2 bei befreiter Vorerbschaft bestehen, da von
dieser Ausnahme keine Befreiung durch den Erblasser eintreten
kann. Die Unentgeltlichkeit der Verfügung ist indessen mit
dem VerR. zu verneinen. Eine unentgeltliche Verfügung ist
nicht notwendig Schenkung. Es genügt, daß ohne eine Gegen-
leistung verfügt worden ist. Leistung und Gegenleistung brau-
chen indessen nicht auf einem gegenseitigen Vertrage zu be-
ruhen, es genügt, wenn sie konditional oder kausal — nicht
nur wirtschaftlich — derart miteinander verknüpft sind, daß
die eine auch im Rechtsinne als Gegenwert der anderen
erscheint. Das ist hier der Fall. Die Sicherungshypotheken
sind für einen Laufenden — gewährten und noch zu ge-
währenden — Kontokorrentkredit bestellt, für dessen je-
weilige Existenz und Höhe sie nach dem geschlossenen Ver-
trage haften sollen (Bl. 7 d. U.). Der gewährte und noch zu
gewährenden Kredit ist daher unbedenklich als Gegenleistung
für die Hypothekenbestellung anzusehen. Dementsprechend ist
auch in der Rspr. zu § 32 Nr. 1 RD. als Gegenwert einer
Verfügung nicht nur eine Schuldbefreiung, sondern auch eine
Stundung und eine Kreditgewährung betrachtet worden (RG.:
SeuffArch. 68, 383; RG. 62, 45). Auch die Rev. hat in-
soweit keine Rüge erhoben. Auch gegen die Gleichwertigkeit
der beiderseitigen Leistungen ließen sich nur Bedenken geltend
machen, wenn über das Maß dessen hinaus, was zur Er-
langung des laufenden Kredits erforderlich war, also ent-
gegen den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Verwaltung
von den Vorerben Pfänder aus der Hand gegeben wären.
Dergleichen steht nach dem Sachvortrage in den Vorinstanzen
hier nicht in Frage, da die Hypotheken Höchstbetrags-
Hypotheken sind und der in Anspruch genommene Kredit über
den Gesamtmaximalbetrag hinausgeht.

¹) ZB. 1912, 909.

Es bleibt zu erörtern, ob für die Klage ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Insofern hat die Rev. um Nachprüfung gebeten. Der Mangel eines Rechtsschutzbedürfnisses ist von Amts wegen zu beachten. Auch insofern ist indessen dem VerR. beizupflichten. Da den Nacherben kein Recht zusteht, der Zwangsvollstreckung zu widersprechen, wäre die Kl. nicht verhindert gewesen, das Urteil gegen den Vorerben in das Grundstück der Vorerbschaft zu vollstrecken. Da jedoch den Nacherben nach § 773 ZPO. ein Widerspruchsrecht nach Maßgabe des § 771 ZPO. eingeräumt ist, kann das Rechtsschutzbedürfnis nicht verneint werden. Daß diese Widerspruchsklage keinen Erfolg versprochen hätte, ist nicht von Belang. Es genügt, daß die Kl. — nach dem Prozeßstandpunkt der Befl. zu urteilen — gefaßt sein mußte, einer solchen Widerspruchsklage zu begegnen. Das brauchte sie nicht abzuwarten, sondern durfte dem durch Anstellung dieser Klage zuvor kommen (vgl. ähnliche Fälle RG. 110, 119; JW. 1930, 148²⁸).

(U. v. 21. Sept. 1931; 87/31 IV. — Frankfurt a. M.)

[Ra.]

(= RG. 133, 263.)

II. Materielles Recht.

9. §§ 133, 157, 242, 415 BGB.; § 139 ZPO.

1. Dem § 415 BGB. ist genügt, wenn nur die letzte Schuldübernahme dem Gläubiger mitgeteilt und von ihm genehmigt ist; an dem Erfordernis, daß eine geschlossene Reihe von Schuldübernahmen vorliegen muß, ist festzuhalten.

2. Die Beteiligten können durch nachträgliche freiwillige Vereinbarungen eine Erschütterung der Geschäftgrundlage nicht herbeiführen, um die Unterlagen für einen Ausgleichsanspruch zu schaffen. †)

Durch Vertrag v. 8./11. März 1915 verkaufte die Kl. ein Grundstück in B. an den inzwischen verstorbenen Kaufmann Karl S. zum Preise von 520 000 M. Zur Sicherung der Restkaufgeldforderung der Kl. von 480 000 M, welche vereinbarungsgemäß „in deutschem Goldgelde nach dem RMünzG. v. 1. Juni 1909“ zahlbar war, wurde bei Umschreibung des Grundstücks auf den Namen des Käufers eine Hypothek eingetragen. Laut notarieller Urkunde v. 13. Dez. 1918 schenkte S. das Grundstück seiner Ehefrau Cäcilie S., der später wiederverehelichten R. Die §§ 2 und 3 der Urkunde lauten: „§ 2. Der (Ehefrau S.) ist bekannt, daß das Grundstück mit einer Restkaufgeldhypothek von 480 000 M zu 4 1/2% ... für die (Kl.) belastet ist und daß diese Hypothek nach sechsmonatlicher Kündigung fällig ist ... § 3. Die Schenkung geschieht unter folgender Auflage: a) Die Beschenkte hat die Hypothekenzinsen aus den Einkünften des Grundstücks zu zahlen, auch haftet das Grundstück weiter für die eingetragene Hypothek. b) Das geschenkte Grundstück hat die Eigenschaft des vorbehaltene Vermögens der Ehefrau. c) Die Beschenkte ist in der Veräußerung des Grundstücks unter Lebenden in keiner Weise beschränkt. Sie ist auch berechtigt, darüber unbeschränkt letztwillig mit der Maßgabe zu verfügen, daß sie ihren Ehemann überlebt. Unter der Voraussetzung, daß der Ehemann die Ehefrau überlebt, darf letztere letztwillig das Haus nicht an einen anderen als den Ehemann oder die gemeinschaftlichen Kinder vererben oder vermachen.“ Durch notariellen Vertrag v. 8. Febr. 1922 verkaufte Frau R. das Grundstück, das auf sie umgeschrieben war, an den Ingenieur M. in Not-

Zu 9. Die Auslegung einer Urk. kann vom RevG. grundsätzlich auf ihre Richtigkeit nicht nachgeprüft werden, sondern nur dann, wenn sie die Verletzung einer Rechtsnorm, insbes. einer Auslegungsregel (z. B. §§ 133, 157, 242, 271 BGB., § 358 SGB.) enthält oder als tatföhl. Feststellung gegen prozessuale Vorschriften verstößt; vgl. Sydow-Busch-Kranz, Anm. 2 zu § 550 ZPO. und die dort angef. Entsch. Der 6. Zivilsen. zieht die Grenze der Zulässigkeit der Rev. weit und läßt sich durch formale Bedenken nicht hindern, eine offenbar unrichtige Vertragsauslegung des BG. nachzuprüfen. Erfreulich ist gegenüber der Neigung mancher Gerichte zu überraschenden Entsch. der nachdrückliche Hinweis auf § 139 Abs. 1 ZPO.

Materiellrechtlich bringt die Entsch. keine neuen Gesichtspunkte.
 RA. Dr. Carl Reukirch, Frankfurt a. M.

terdam zum Preise von 1 150 000 M; dabei übernahm der Käufer die Hypothek der Kl. Auf Grund der Auflassung vom 10. Juni 1922 wurde M. als Eigentümer am 1. März 1923 eingetragen. Am 6. Juli 1922 zahlte er an die Kl. zur Ablösung der Hypothek 487 200 M, die darauf auf Grund der Lösungsfähigen Quittung v. 10. Juli 1922 am 29. Okt. 1923 gelöscht wurde. Durch notariellen Vertrag v. 7. Okt. 1923 verkaufte M. das Grundstück laßtenfrei an die Befl. gegen Barzahlung von 6 144 600 000 M. Die Eigentumseintragung der Befl. erfolgte am 13. Dez. 1923. Die Befl., welche das Grundstück mit Feingoldhypotheken belastet hatte, verkaufte es am 31. Dez. 1926 an den zu ihrem Vermögen in Beziehungen stehenden Kaufmann L., der lediglich ohne weiteres Entgelt die Feingoldhypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm. L. ist noch jetzt eingetr. Eigentümer.

Im Dez. 1925 stellte die Kl. bei der AufwSt. den Antrag auf Aufwertung ihrer dinglichen Forderung auf 1 153 716,60 GM. (25% nach Abzug des Goldwertes der erhaltenen 487 200 M) und ihrer persönlichen Forderung auf 4 755 316,60 GM. (100% nach Abzug wie vor). Als Schuldner bezeichnete sie Karl S., dessen Ehefrau und M. Während die Karl S. Erben, zu denen Frau R. nicht gehört — sie ist nur Vermächtnisnehmerin —, und Frau R. bestritten, persönliche Schuldner der angemeldeten Forderung zu sein, und die Befl. sich auf § 20 AufwG. berief, unterließ M. die Einlegung des Einspruchs. Gegen diesen erwirkte die Kl. unter dem 13. März 1929 und 4. Mai 1929 Arrestbefehle in Höhe von insgesamt 250 000 GM. und ließ zugleich den dem Schuldner angeblich gegen die Befl. zustehenden Ausgleichsanspruch pfänden.

Durch Brief v. 21. Juli 1927 richtete die Kl. an Frau R. das Ersuchen, ihr von der Übernahme der persönlichen Schuld durch M. Mitteilung zu machen und versprach ihr sofortige Genehmigung der Schuldübernahme. Darauf schrieb Frau R. am 9. Aug. 1927 an die Kl.: „... Ich erkenne ausdrücklich an, daß ich als frühere Eigentümerin des Grundstücks für diese Hypothek (von 480 000 M) als persönliche Schuldnerin hafte. Dies vorausgeschickt zeige ich hierdurch an, daß ... M. in dem Kaufvertrag ... die persönliche Schuld für die durch die Hypothek gesicherte Schuld in Höhe von 480 000 M übernommen hat. Ich bitte diese Schuldübernahme zu genehmigen.“ Durch Schreiben v. 11. Aug. 1927 an Frau R. teilte die Kl. mit, sie habe von deren Schuldanerkenntnis Kenntnis genommen, genehmige den Schuldübergang und entlasse Frau R. aus der Schuldverbindlichkeit. Am 8. Mai 1929 trat M. den ihm gegen die Befl. und L. zustehenden Ausgleichsanspruch an die Kl. erfüllungshalber ab.

Diesen ihr abgetretenen Ausgleichsanspruch macht die Kl. in dem gegenwärtigen Rechtsstreit mit dem Antrage geltend, die Befl. zur Zahlung von 100 000 RM nebst Zinsen (§ 28 AufwG., vgl. RG. 128, 370, 371¹) am 1. Jan. 1932, der rückständigen Zinsen aber sofort, zu verurteilen. Zur Begründung macht sie geltend, daß die Befl. dem M. ausgleichspflichtig sei, weil erstere einen wesentlich höheren Gewinn durch den Grundstückskauf erzielt habe als letzterer.

Die Befl. wendet u. a. ein, Frau R. habe die der Hypothek der Kl. zugrunde liegende Forderung in dem Schenkungsvertrage nicht übernommen und daher habe auch M. die persönliche Schuld nicht übernehmen können. Das nachträgliche Schuldanerkenntnis der Frau R. sei ein Scheingeschäft und bedeutungslos und nur gegen das Versprechen der Kl. abgegeben, daß diese Frau R. nicht mehr in Anspruch nehmen werde.

Das BG. erkannte nach dem Klageantrag. Dagegen wies das RG. die Klage ab. Die Rev. führte zur Aufhebung des Urk. und zur Zurückverweisung.

Das BG. geht ersichtlich davon aus, daß die Befl., obwohl M. infolge Versäumung der Dreimonatsfrist des § 16 Abs. 1 Satz 3 AufwG. seine Pflicht zur Aufwertung der persönlichen Forderung der Kl. nicht mehr bestreiten kann, des Rechtes nicht verlustig gegangen ist, ihrerseits die Einwendung zu erheben, daß M. nicht persönlicher Schuldner der Kl. geworden sei. Denn die Kl. klagt in abgetretenen Rechten des M. und muß sich daher alle Einreden gefallen lassen, welche der Befl. gegen M. zustanden (§ 404 BGB.), insbes. also auch die, daß das AufwVerf., sei es vor der AufwSt., sei

¹) JW. 1930, 2415.

es vor dem ordentlichen Gericht (vgl. §§ 69, 71 AufwG.), zur Abweisung des Aufwertungsanspruchs geführt haben würde, wenn M. geltend gemacht hätte, er sei nicht persönlicher Schuldner der Kl. geworden. Insofern werden von der Rev. Bedenken auch nicht erhoben.

Das BG. legt sodann unter näherer Begründung im Gegensatz zum ersten Richter den Schenkungsvertrag v. 13. Dez. 1918 dahin aus, daß die Beschenkte nur die dingliche Hypothekenschuld übernommen habe, daß dagegen der Ehemann S. persönlicher Schuldner der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung geblieben sei. Daher habe M. eine persönliche Schuld von der Frau K. nicht übernehmen können. Daß letztere am 9. Aug. 1927 ein Anerkenntnis hinsichtlich der persönlichen Schuld abgegeben habe, könne zu einer anderen Beurteilung nicht führen. Denn die Schuldübernahmeerklärung M.s im Vertrage v. 8. Febr. 1922 könne nicht dahin ausgelegt werden, daß er sich habe verpflichten wollen, eine Schuld der Frau K. zu übernehmen, die erst später durch ein freiwilliges Anerkenntnis der Frau K. zur Entstehung gelangen würde. Die die persönliche Schuld betreffenden Vereinbarungen der Beteiligten fielen hiernach in die Zeit nach Erlass des AufwG. Würde aber die Geschäftsgrundlage erst nachträglich durch freiwillige Vereinbarungen erschüttert, so sei ein Ausgleichsanspruch nicht gegeben, da Privatpersonen nicht die Macht hätten, künstlich Aufwertungsstatbestände zu schaffen. Ein Fall dieser Art liege hier vor, wie näher dargelegt wird.

Die Rev., welche Verletzung der §§ 139, 286 ZPO. und der §§ 157, 414, 415 BGB. rügt, ist im Ergebnis begründet, und zwar deswegen, weil das BG. den Sachverhalt nicht ausreichend aufgeklärt hat, um dem RevG. eine abschließende rechtliche Beurteilung zu ermöglichen, und ferner deshalb, weil die rechtliche Beurteilung des bisher festgestellten Sachverhalts durch den Vorderrichter nicht erschöpfend ist. Im einzelnen ist unter Berücksichtigung der RevAngriffe folgendes hervorzuheben.

1. Die Rev. ist der Meinung, daß die Frage, ob M. persönlicher Schuldner der Kl. geworden sei, auch dann zu bejahen sei, wenn Frau K. niemals persönliche Schuldnerin gewesen sein sollte.

a) Die Bezugnahme der Rev. auf das Ur. des RG. in Ring, AufwRpr. 1928, 745 unter B = Zeiler, AufwFälle Nr. 1357 geht fehl. Denn in dem dort entschiedenen Falle hatten die beiden Grundstücksnehmer die Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen und nur darum ging der Streit, ob den Vorschriften des § 415 BGB. genügt sei, wenn nur die letzte Schuldübernahme dem Gläubiger mitgeteilt und von ihm genehmigt sei, was unter Hinweis auf RG. 121, 315²⁾ (vgl. auch S. 118 das³⁾) bejaht wird. Dagegen ist an dem Erfordernis, daß eine geschlossene Reihe von Schuldübernahmen vorliegen muß, im Gegensatz zu der Auffassung von Wolff: JW. 1928, 2440 Anm. unter Ziff. 5, festzuhalten, „da es anderenfalls an einer rechtlichen Verbindung mit dem ursprünglichen Schuldner und nach der Unterbrechung an einer persönlichen Schuld fehlt, die durch einen Vertrag zwischen späteren Eigentümern hätte übernommen werden können“ (RG. 121, 317, 318⁴⁾).

b) Der Umstand, daß nach § 3 des Vertrags v. 8. Febr. 1922 die Kl. zur Aufgabe ihres Anspruchs aus der im Vertrage v. 8./11. März 1915 vereinbarten Goldmünzklausel befreit werden sollte und daß Frau K. im AufwBerf. Mitteilung von der Schuldübernahme durch M. an die Kl. und deren Genehmigung behauptet hatte, gab dem BG. entgegen der Ansicht der Rev. keinen Anlaß zu der Prüfung, ob zwischen M. und der Kl. ein Schuldübernahmevertrag nach § 414 BGB. geschlossen worden sei. Auch die Rüge der Rev. aus § 139 ZPO. geht fehl. Denn da ein solcher Vertrag in den Vorinstanzen von der Kl. nie, soweit die Akten erkennen lassen, behauptet worden war, bestand kein Anlaß zur Ausübung des Fragerechts nach dieser Richtung. Im übrigen ist es zum mindesten zweifelhaft, ob das, was die Rev. vorbringt, zur Annahme eines Vertrags nach § 414 BGB. führen könnte. Denn danach soll M. weiter nichts getan haben, als daß er vor der Auflassung des Grundstücks an ihn mit der Kl. die vorzeitige Rücknahme des Hypothekenskapitals gegen ein Aufgeld von 7200 M vereinbart und den gesamten Schuldbetrag

vor seiner Eigentumseintragung gezahlt hat (vgl. u. a. Ring a. a. D. S. 747); nicht einmal die Mitteilung von der Übernahme der persönlichen Schuld durch den Grundstücksnehmer wird der Regel nach in derartigen Handlungen zu finden sein (vgl. u. a. die beiden Ur. S. 747 a. a. D. nebst Nachweisen).

2. Die Auslegung des Vorderrichters, M. habe sich durch seine Schuldübernahmeerklärung v. 8. Febr. 1922 nicht verpflichtet, eine Schuld der Frau K. zu übernehmen, die später durch ein freiwilliges Schuldanerkenntnis derselben zur Entstehung gelangen würde, gibt zu rechtlichen Bedenken, insbes. aus §§ 133, 157 BGB., keinen Anlaß, wie dies die Rev. vertritt. Aus der von ihr in Bezug genommenen Entsch. RG. 121, 121⁵⁾ ergibt sich nichts Gegenteiliges. Hier wird lediglich ausgesprochen, daß auch eine bedingte Schuld — im Gegensatz zu einer unbedingten — Gegenstand eines Schuldübernahmevertrages sein könne. Der Auffassung des VerR., daß es den Beteiligten verwehrt ist, durch nachträgliche freiwillige Vereinbarungen eine Erschütterung der Geschäftsgrundlage herbeizuführen, um so die Unterlagen für einen Ausgleichsanspruch zu schaffen, ist lediglich beizutreten. Insofern erhebt auch die Rev. keine Einwendungen.

3. In hohem Maße zweifelhaft ist die Auslegung des Schenkungsvertrags v. 13. Dez. 1918. Wie die Vertragsparteien die Frage der Haftung für die persönliche Forderung der Kl. geregelt wissen wollten, ist in der Urkunde nicht mit voller Klarheit zum Ausdruck gebracht, und die Folgen, welche sich aus einer etwa beabsichtigten Weiterhaftung des Ehemanns für die persönliche Schuld ergeben konnten, sind ausdrücklich nicht ausreichend geregelt, auch wenn man berücksichtigt, daß im Dezember 1918 wohl niemand die eigenartige Regelung in § 10 AufwG. voraussehen konnte, daß u. U. die Aufwertung der persönlichen Forderung höher ausfallen kann als die der dinglichen.

a) In der Regel wird zwar derjenige, der ein mit Hypothek belastetes Grundstück verschenkt, in seiner Freigebigkeit nicht so weit gehen, daß er persönlicher Schuldner der den Hypotheken zugrunde liegenden Forderungen bleiben will, während der Beschenkte nur dinglich haften soll. Wollen aber die Beteiligten eine solche ungewöhnliche und den Belangen des Realcredits abträgliche (RG. 63, 47) Regelung, so liegt es nahe, daß sie dies in dem Schenkungsvertrage, zumal wenn dessen Fassung einem Notar übertragen wird, zu einem klaren Ausdruck bringen, etwa durch den Satz: „Der Beschenkte haftet für die aufhaftenden Hypotheken nur mit dem Grundstück, persönlicher Schuldner der ihnen zugrunde liegenden Forderungen bleibt der Schenkgeber.“ Wenn dahin der Vertragswille der Eheleute S. ging, so muß es immerhin auffallen, daß der Justizrat S., der den Schenkungsvertrag beurkundet hat, nach Angabe beider Parteien ein besonders erfahrener Notar, nicht einen jeden Zweifel ausschließende Fassung gewählt hat. Andererseits verweist das RG. zugunsten seiner Auslegung auf den Wortlaut der §§ 2, 3 der Urkunde und darauf, daß andernfalls S. bei einem Grundstückswerte von 520 000 M seine Frau für die verhältnismäßig sehr hohe Schuld von 480 000 M persönlich haftbar gemacht haben würde. Diese Gründe werden durch den Hinweis der Rev. darauf, daß es sich bei dem Schenkungsvertrage offensichtlich um eine vorweggenommene teilweise Erbauseinanderziehung gehandelt habe, nicht ohne weiteres, wie die Rev. meint, erschüttert. Danach ist die Auslegung des VerR. immerhin möglich und läßt insofern keinen Rechtsverstoß, insbes. gegen §§ 133, 157 BGB., erkennen. Auch die sonstigen von der Rev. gegen die Auslegung des Vorderrichters vorgebrachten Bedenken geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlaß.

b) Begründet aber ist die RevRüge, daß es Pflicht des BG. gewesen wäre, zumal es von der Auslegung des BG. abweichen wollte, die Kl. auf seine hinsichtlich der Auslegungsfrage bestehenden Bedenken aufmerksam zu machen und der Kl. Gelegenheit zu geben, weiteres Material zu dieser Frage beizubringen, was durchaus im Bereiche der Möglichkeit lag. Ein solches Verfahren hätte dem mit der Änderung des § 139 Abs. 1 ZPO. durch die VO. v. 13. Febr. 1924 (RGBl. I, 135) verfolgten Zweck entsprochen, den Prozeß möglichst in einer Instanz einer sachgemäßen Entsch. zuzuführen. Bei Ausübung des Fragerechts würde die Kl., wie die Rev. angibt und

²⁾ JW. 1928, 2438. ³⁾ JW. 1928, 2240. ⁴⁾ JW. 1928, 2434.

⁵⁾ JW. 1928, 2240.

naheliegt, die Karl S. sehen Erben und Frau R. — vielleicht auch wohl den Notar S. — als Zeugen dafür benannt haben, daß die Eheleute S. die Absicht hatten, das Grundstück „mit Aktiven und Passiven“ aus der künftigen Nachlassmasse durch den Schenkungsvertrag herauszunehmen, und es wäre bei der Vernehmung der Zeugen Gelegenheit gewesen, den Sinn und Zweck des Vertrages ebenso aufzuklären wie die Gründe, die zu seinem Abschluß geführt haben, und auf diesem Wege möglichst eine sichere Grundlage für die streitige Auslegungsfrage zu gewinnen. Diese mangelnde Aufklärung des Sachverhalts aber zeigt auch den materiellrechtlichen Verstoß gegen §§ 133, 157 BGB., der dem Vorderrichter zur Last fällt. Denn nach diesen Vorschriften hätte das BG. seine Auslegung nicht nur auf den Wortlaut des Schenkungsvertrags stützen dürfen, sondern es hätte die Beweggründe und die Interessenlage der Beteiligten, überhaupt die begleitenden Umstände des Schenkungsvertrags ermitteln und erörtern müssen.

c) Wenn der Vorderrichter gerade auch aus der Vertragskauf, daß Frau S. die Hypothekenzinsen aus den Einkünften des Grundstücks zu zahlen habe, auf eine beabsichtigte nur dingliche Haftung der Beschenkten schließt, so ist das nicht richtig. Es fragt sich aber, in welcher Weise Frau S. diese Pflicht nach der Absicht der Vertragsschließenden erfüllen sollte, wenn sie das Grundstück verkaufte. Eine Veräußerung des Grundstücks, das zum Vorbehaltsgut erklärt war, stand ihr nach allgemeinen Grundsätzen frei und war ihr zudem nach dem Vertrage noch ausdrücklich gestattet. Es lag nahe, daß sie die Erfüllung der ihr ihrem Mann und später dessen Erben gegenüber obliegenden Zinszahlungspflicht dadurch sicherstellte, daß sie im Falle eines Verkaufes den Erwerber zur Übernahme auch der persönlichen, der Hypothek zugrunde liegenden Forderung veranlaßte. So ist sie denn auch in dem Kaufvertrag mit M. verfahren, der die Hypothek und damit im Zweifel auch die persönliche Schuld übernommen hat.

d) Weiter aber erhebt sich die vom BG. gleichfalls nicht erörterte Frage, ob es denn im Willen der Eheleute S. gelegen hat, daß der Ehemann S. auch dann noch persönlicher Schuldner der Forderung der R. bleiben sollte, wenn die Frau das Grundstück verkaufte. Es wäre vom Vorderrichter zu prüfen gewesen, ob die allerdings wenig eingehenden Bestimmungen des Schenkungsvertrages dahin — unmittelbar oder im Wege der ergänzenden Auslegung — auszulegen sind, daß entweder Frau S. im Verkaufsfalle die persönliche Schuld übernehmen mußte oder ob sie dann nicht wenigstens verpflichtet war, ihren Mann von der persönlichen Schuld dadurch zu befreien, daß sie den Erwerber zur Übernahme dieser Schuld veranlaßte. Ersterenfalls besteht kein Zweifel daran, daß M. persönlicher Schuldner geworden ist, da er dann eine Schuld der Frau R. übernommen hat. Aber auch letzterenfalls könnte der Richter je nach Würdigung des Sachverhalts zu dem gleichen Ergebnis gelangen. Dann hätte zwar M. nicht eine persönliche Schuld übernommen, deren bisherige Schuldnerin Frau R. war, sondern eine solche der Karl S. sehen Erben. Aber Frau R., die zur Bewirkung der Schuldübernahme durch den Grundstückserwerber verpflichtet war, hätte einen Anspruch gegen M. darauf gehabt, daß er seinen Verpflichtungen aus der Übernahme auch der persönlichen Schuld nachkam. Daß es sich dabei nicht um eine persönliche Schuld der Frau R., sondern der Karl S. sehen Erben handelte, machte für M. um so weniger einen Unterschied, als er die alsbaldige Ablösung der Hypothekensforderung beabsichtigte (vgl. Ring a. a. D. S. 746). Zu erörtern bliebe dann lediglich, ob bereits der bisherige Sachverhalt die Feststellung ermöglicht, daß eine dem § 415 Abs. 1 Satz 2 BGB. entsprechende Mitteilung von der Übernahme der persönlichen Schuld durch M., sei es von letzterem, sei es von den Karl S. sehen Erben als den bisherigen Schuldnern, an die R. erfolgt ist. Die Genehmigung der Schuldübernahme (§ 415 Abs. 1 Satz 1 BGB.) ist seitens der R. jedenfalls dadurch erfolgt, daß sie Arrestantrag gegen M. gestellt hat. Alle Zweifel bezüglich der Mitteilung der Schuldübernahme ließen sich aber dadurch beseitigen, daß die R., sei es von M., sei es von den Karl S. sehen Erben, eine Mitteilung von der Schuldübernahme nachträglich beibrächte. Einem solchen Verfahren würden weder prozessuale noch sachlich-rechtliche Bedenken entgegenstehen. Denn es würde sich dabei nicht um eine Klageänderung, sondern um eine zulässige Ergänzung des Klagevorbringens nach § 268 Ziff. 1 ZPO.

handeln, und eine nachträgliche künstliche Schaffung eines Aufwertungsstatbestandes käme nicht in Frage. Zum mindesten auf diesem Wege ließen sich die formalen Bedenken aus §§ 414 bis 416 BGB. beseitigen, und es würde freie Bahn für eine sachliche Entsch. des Streiters der Parteien geschaffen werden.

Auf die übrigen Einwendungen, welche die Befl. dem Klageanspruch entgegengesetzt hat, einzugehen, hat das RevG. um so mehr Bedenken getragen, als das RG., von seinem bisherigen Standpunkt folgerichtig, hierzu keinerlei Feststellungen getroffen hat.

(U. v. 26. Okt. 1931; 92/31 VI. — Berlin.) [S.]

III. Verfahren.

**10. §§ 3, 4 ZPO. Wird die Frage der Kosten, die in zweiter Instanz Gegenstand einer Anschlußberufung war, infolge der prozessualen Lage in der RevInst. wieder Nebenforderung, so ist sie bei der Bemessung des Streitwertes auszuscheiden.†)

(Beschl. v. 26. Sept. 1931; 203/31 I. — Berlin.) [Ka.]

Abgedr. JW. 1931, 3557¹⁹.

**11. §§ 239, 246, 265 Abs. 2, 550 ZPO.

1. Bei einer liquidationslosen Verschmelzung von Gesellschaften ist nicht § 265 Abs. 2, sondern vielmehr §§ 239, 246 ZPO. anzuwenden.

2. Der Umstand allein, daß dem abgeschlossenen Vertrag von der einen Vertragspartei ein Formular zugrunde gelegt worden ist, begründet nicht die Annahme des Vorliegens einer revidiblen Norm. Das ist nur dann der Fall, wenn der andere Teil weiß oder davon unterrichtet wird, daß er sich durch den Vertrag Bestimmungen unterwirft, die als allgemeine Norm festgestellt sind und in gleichem Sinne eine Zielheit anderer bereits bestehender oder künftiger Vertragsverhältnisse beherrschen oder beherrschen werden.†)

Der Befl. hat einer Filiale der Diskonto-Gesellschaft in

Zu 10. In Frage steht, ob in der RevInst. bei Berechnung des BeschwGegenst. das Unterliegen mit einer nur die Kosten betr. AnschlBer. mitzuberechnen ist. Das RG. hat die Frage zutreffend verneint. Die Beschwer ist die Differenz zwischen dem, was der Rv. Kl. in der unteren Instanz begehrt hatte, und dem, worauf dort erkannt war. Bei Bewertung des BeschwGegenst. ist aber die Beschwer nach §§ 511a², 546², vbb. m. § 4 ZPO. nur insoweit zu berücksichtigen, als sie sich auf den Hauptanspruch im Gegensatz zu den Nebenforderungen, insbes. den Kosten, bezieht. In seiner unmittelbaren Anwendung auf die Klage fallen unter § 4 allerdings nur vorprozessuale Kosten, denn die eigentl. Prozeßkosten kommen dort nicht in Frage; in seiner angewandten Geltung für die Berechnung des BeschwGegenst. umfaßt § 4 aber selbstverständlich auch die Prozeßkosten nach § 91. Es steht außer jedem Streit, daß, wenn z. B. die Ver. des Kl. gegen ein die Klage abweisendes und ihn in die Kosten verurteilendes Erkenntnis zurückgewiesen ist, bei Berechnung des RevSumme die Kosten des Rechtsriters außer Betracht zu bleiben haben; es ist nun in der Tat kein Grund ersichtlich, weshalb hinsichtlich des Ausschlusses der Kosten bei Bewertung des BeschwGegenst. etwas anderes gelten sollte, wenn die erlitt. Kostenentsch. in der RevInst. zufällig auch Gegenstand einer AnschlBer. war. Nach § 15 Abs. 3 GKG. sind allerdings, wenn Kosten ohne den Hauptanspruch Gegenstand eines selbständigen Aktes — hier der AnschlBer. — sind, für den Akt Gebühren nach dem Betrage der Kosten zu erheben sind. Dadurch aber, daß ein Kostenbetrag nach dem GKG. bei der Gebührenberechnung mitzuberechnen ist, wird er selbstverständlich noch nicht zur Hauptsache in prozessuale Sinne.

Im übrigen hätte, nebenbei bemerkt, das BG. die AnschlBer. nicht für erledigt erklären, sondern zurückweisen müssen: hat der erste Richter von den begehrt 100 nur 50 zugesprochen, so ist, wenn der zweite Richter auf die Ver. des Kl. auf 100 erkennt, eine AnschlBer., mit der der Gegner Abweisung auch hinsichtlich der in erster Inst. zugesprochenen 50 begehrt, zurückzuweisen, nicht für erledigt zu erklären; dasselbe muß aber auch bei zwei in entgegengesetzter Richtung gehenden Berufungen hinsichtlich des Kostenpunktes gelten.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Zu 11. 1. Die Vereinigung der Deutschen Bank und Diskontogesellschaft erfolgte im Wege der sog. eigentl. Fusion, also

Berlin gegenüber schriftlich eine Bürgschaft übernommen. Diefertalb von ihr auf Zahlung von 30 856,63 RM nebst Zinsen verklagt, hat er den geltend gemachten Anspruch nach Grund und Betrag bestritten. Der Anspruch der Kl. ist aber im ersten Rechtszuge dem Grunde nach festgestellt worden. Bekl. hat Ber. eingelegt und hat, als die Kl. anzeigte, sie habe sich im Wege der Fusion mit der bisherigen Deutschen Bank vereinigt, und der Rechtsstreit werde, da Gesamtnachfolge eingetreten sei, auf der klägerischen Seite für die „Deutsche Bank und Diskonto-Gesellschaft“ fortgesetzt, deren Aktivlegitimation sowie ferner bestritten, daß ein Handelsgeschäft unter dieser Firma überhaupt bestehe, geschweige denn den eingeklagten Anspruch erworben habe. Das BG. hat die Ber. des Bekl. zurückgewiesen, wobei es im Kopfe seines Ur. die Kl. nicht entsprechend ihrem oben wiedergegebenen Vortrage, sondern wie bisher bezeichnet hat. Beide Parteien haben Rev. eingelegt. Die des Bekl. wurde zurückgewiesen. Auf die Rev. der Kl. wurde die Ber. mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß als Kl. an die Stelle der Direktion der Diskonto-Gesellschaft die Deutsche Bank und Diskonto-Gesellschaft getreten sei.

Das BG. hat ausgeführt, „die Vereinigung der Kl. mit der Deutschen Bank“ habe angefihts des (oben erwähnten) Widerspruchs des Bekl. nach § 265 Abs. 2 ZPO. unberücksichtigt zu bleiben. Aus dieser Urteilsausführung erhellt zunächst, daß das BG. die von der Kl. behauptete Bankenvereinigung durch Gesamtnachfolge trotz Bestreitens des Bekl. für vorliegend erachtet hat. Da es eine Beweiserhebung nicht vorgenommen hat, kann es sie nur als eine gerichtskundige Tatsache angesehen haben (§ 291). Hiergegen sind durchgreifende Bedenken nicht zu erheben. Daß aber der von der Kl. vorgetragene Sachverhalt als ein Fall der Veräußerung oder Abtretung angesehen worden ist, der gem. § 265 Abs. 2 ZPO. zu behandeln sei, war rechtsirrtümlich; auch eine Rechtsnachfolge i. S. dieser Gesetzesstelle liegt, mag auch deren Begriff recht weit zu fassen sein (RG. 121, 381¹⁾), hier nicht vor. Vielmehr mußten auf den vorgetragenen und vom BG., wie ausgeführt, als vorliegend angesehenen Sachverhalt die §§ 239, 246 ZPO. Anwendung finden (RG. 56, 332; 81, 154²⁾; vgl. auch RGZ. 51, 266). Da hier weder Unterbrechung noch Aussetzung des Verfahrens stattgefunden, dieses vielmehr folgerichtig Fortgang genommen hat und Ur. ergangen ist,

ohne Liquidation des Vermögens der aufgegangenen Gesellschaft, der Diskontogesellschaft, gem. § 306 HGB. Es liegt Gesamtnachfolge vor. Das Vermögen der übertragenden Diskontogesellschaft ist auf die übernehmende Deutsche Bank übergegangen (RG. 84, 245). Nach der herrschenden, nicht ganz unbektrittenen Ansicht, insbes. der des RG., liegt hierin keine Veräußerung oder Abtretung i. S. § 265 Abs. 2 ZPO.; vielmehr wird die übertragende AktG. in einem anhängigen Prozeß so behandelt, wie eine verstorbene und beerbte Prozeßpartei (Staub § 304 Anm. 9). Demgemäß werden Rechtsstreitigkeiten, die für oder gegen die übertragende Gesellschaft schweben, gem. §§ 239 ff. ZPO. unterbrochen und wieder aufgenommen (Stein-Jonas § 239 I, 3 Anm. 7³⁾ und die in obiger Entsch. zit. RGEntsch.).

2. Ob die Auslegung von Rechtsgeschäften, insbes. Verträgen, revidibel ist, ist bekanntlich äußerst bestritten; die Mpr. des RG. ist nicht einheitlich. Es sei hier auf die Zusammenstellung bei Stein-Jonas § 549 Anm. 7 verwiesen. In zahlreichen Fällen prüft das RG. mit Recht, auch ohne besondere Stellung zu der Frage der Revidibilität zu nehmen, Vertragsauslegungen der Tatsachengerichte nach. Im allgemeinen aber steht es auf dem Standpunkt, daß, soweit die Vertragsauslegung sich in der tatsächlichen Feststellung des in Bezug genommenen bestimmten einzelnen Rechtsverhältnisses erschöpft, eine Nachprüfung im Wege der Rev. ausgeschlossen ist. Dagegen läßt es eine solche Nachprüfung durch das RevG. zu, wenn für gleichartige Verhältnisse ein für allemal maßgebende Grundfätze aufgestellt werden, wenn also alle Vertragsverhältnisse der entsprechenden Art übereinstimmend und nicht etwa bloß individuell zu regeln bestimmt sind. Es folgt hieraus, daß der Sinn derartiger Best. in ihrer allgemeinen Geltung zu erblicken ist und deshalb das RevG. nicht an die verschiedenartige Auslegung der BG. gebunden sein kann, vielmehr selbst den wahren Sinn dieser allgemeinen Best. festzustellen hat. Die Beteiligten müssen sich auf eine einheitliche Auslegung derartiger Urkunden typischen Inhalts verlassen können. Diesen Grundfätzen ist das RG. in vielfachen Entsch. über die Auslegung der Vertragsbedingungen bei Versicherungsgesellschaften, Auskunfteien, von Gemüthscheinen, Satzungen von AktG., gefolgt. Auch in der obigen Entsch. bekennt es sich zu der gleichen Rechtsansicht.

¹⁾ ZW. 1928, 2708.

²⁾ ZW. 1913, 381.

hätte letzteres auf den von der Kl. beantragten Namen erlassen werden sollen (RG. 50, 364; Stein-Jonas, S. 652 o.).

Der Bekl. hatte in der Bürgschaftsurkunde die Erklärung abgegeben, daß die Bürgschaft, welche zugunsten der Firma Hans G. übernommen worden war, auch bei einem etwaigen Wechsel der Inhaber oder bei einer Änderung der Rechtsform der Firma der Hauptschuldner bestehen bleibe. Nach der Beweisannahme des BG. ist das von der genannten Firma betriebene Geschäft auf die Firma Hans G. GmbH. übergegangen; das wirtschaftl. Unternehmen sei dasselbe geblieben. Auf einen solchen Fortbestand desselben und auf dementsprechende Fortdauer der zugunsten dieses Unternehmens vom Bekl. übernommenen Bürgschaft sei aber die obige Bürgschaftserklärung vertraglich abgestellt worden. Diese Vertragsauslegung hat das BG. auf verfahrensrechtlich nicht zu beanstandendem Wege gewonnen. Sie ist rechtlich möglich und daher im gegenwärtigen Rechtszug nicht zu beanstanden.

Die Rev. des Bekl. verlangt allerdings, daß das RevG. seiner rechtl. Beurteilung nicht die Vertragsauslegung des BG. zugrunde lege, sondern sich selbst einer solchen unterziehe, da es sich um eine Urkunde typischen Inhalts handele, daher nach der reichsgerichtl. Mpr. (RG. 111, 278³⁾ vom RevG. nachprüfbar sei. Diese Annahme trifft nicht zu. Sie beruht darauf, daß Kl. dem BG. vorgetragen hat, ein von ihr vorgewiesenes Formular sei das allgemein übliche und, wie der Zusammenhang ergibt, von ihr der Fassung der Bürgschaftsurkunde zugrunde gelegt worden. Da nun aber der Bekl. seinerseits vorgetragen hat, die Urkunde sei ihm lediglich vorgelegt und alsdann ohne Erläuterung und Verhandlung unterschrieben worden, so wurde das Formular, das nach der Urteilsfeststellung einem Formularbuch entnommen ist und nicht etwa allgemeinen Bankbedingungen, die vielleicht revidibel sein könnten (RG. 84, 1 ff.⁴⁾), beim Vertragschluß nicht übereinstimmend von beiden Parteien der Vertragsfassung zugrunde gelegt, sondern nur einseitig von der Kl. benutzt. Das reicht aber nicht dazu aus, ihm die Eigenschaft einer revidibelen Norm zu verschaffen. Nur dann ist — falls nicht eine andere weitere Verkehrssitte oder ein entsprechender Handelsgebrauch vorliegt, was hier nicht erhellt — solches der Fall, wenn der Vertragsgegner weiß oder doch bei Vertragschluß davon unterrichtet wird, daß er sich durch denselben Bestimmungen unterwirft, diese also zur Vertragsnorm macht, die als allgemeine Norm festgestellt sind und in gleichem Sinne eine Vielheit anderer bereits bestehender oder künftiger Vertragsverhältnisse beherrschen oder beherrschen werden. Von diesem in RG. 81, 119⁵⁾ ausgesprochenen Rechtsgrundsatz ist auch die spätere Mpr. nicht abgewichen (RG. 83, 322⁶⁾; 106, 122, 123; 115, 126⁷⁾). Hiernach ist für die vom Bekl. begehrte Stellungnahme des RevG. gesetzlich kein Raum. Rechtlich ist daher der Auffassung des BG. nicht entgegenzutreten und somit der Kl. nicht zu verwehren, die Bürgschaft des Bekl. wie geschehen für die fragl. Schuld geltend zu machen.

(U. v. 19. Okt. 1931; 159/31 VIII. — Dresden.) [S.]

(= RG. 134, 82.)

12. §§ 519 Abs. 2, 6, 519b ZPO. Unwirksamkeit der Setzung einer zu kurzen Frist für den Gerichtskostenvorschuf.)

Die Kl. hat am 23. Juli 1931 gegen das Landgerichtl. Ur. Berufung eingelegt. Am 29. Juli ist ihr darauf vom Vorsitzenden des 1. FerzibSen. des BG. eine Frist zur Er-

Es verlangt aber hier als weitere Voraussetzung der Nachprüfbarkeit durch das RevG., daß die Vertraggläubigen, von Ausnahmen insolge anderweiter Verkehrsriten oder Handelsgebräuche abgesehen, bei Vertragsabschluß wissen, daß sie Best. zur Vertragsnorm machen, die als allgemeine Norm gelten und als solche eine Vielheit von Vertragsverhältnissen beherrschen, daß also, m. a. W., der Vertragsgegner wirklich Kenntnis davon hat, daß die von ihm unterschriebenen oder gebilligten Urkunden für Rechtsverhältnisse ähnlicher Art typischen Inhaltes sind.

Bekl. Jk. Dr. Dispeker, München.

³⁾ ZW. 1926, 1451. ⁴⁾ ZW. 1914, 158. ⁵⁾ ZW. 1913, 265.

⁶⁾ ZW. 1914, 198.

⁷⁾ ZW. 1927, 668.

Zu 12. Die Entsch. setzt die Reihe derjenigen Entsch. des RG. fort, in denen die Überspannung prozessualer Förmlichkeiten

bringung des Nachweises der Zahlung der Prozeßgebühr bis 18. Sept. 1931 gefest worden. Zustellung dieses Beschlusses an den Anwalt der VerZust. ist am 3. Aug. erfolgt. Am 16. Sept. hat die Kl. ein Armenrechtsgesuch eingereicht, ohne die Wirksamkeit der Fristsetzung zu bemängeln. Das Armenrecht ist durch Beschl. v. 30. Sept., zugestellt am 2. Okt., versagt worden. Die Kl. hat den Nachweis der Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr auch nachher nicht erbracht. Die Berufung ist mangels der Erbringung dieses Nachweises gem. §§ 519 Abs. 2, 6, 519b ZPO. als unzulässig verworfen. Die Beschw. der Kl. muß als begründet anerkannt werden. Das OLG. hat seinen Beschluß nicht näher gerechtfertigt. Seine Geschäftsstelle weist bei Vorlegung der Akten darauf hin, die Nachweisfrist sei zufolge der Hemmung durch das Armenrechtsgesuch erst am 19. Okt. abgelaufen, wobei zu der mit der Zustellung des das Armenrecht versagenden Beschlusses am 2. Okt. beginnenden zweiwöchigen Hemmung des Fristenlaufes nach § 519 Abs. 6 ZPO. bis 16. Okt. die drei Tage der am 29. Juli gesetzten Frist hinzugefügt sind, welche in die Zeit nach Ferien-schluß fallen. Auch solche Rechnungsweise vermag nicht zu hindern, daß sich die Frage erhebt, ob die gesetzte Frist nicht deshalb, weil die Kl. während jeder Fristenhemmung zwar zu handeln berechtigt, aber nicht verpflichtet war, zu kurz bemessen und daher ungeeignet war, Bewirkungsfolgen zu begründen (Beschl. dieses Sen. v. 13. Okt. 1925, II B 25/25; JW. 1926, 578¹; auch JW. 1928, 1055²³). Hierauf zielt der Angriff der Beschw. ab, welche die Setzung einer neuen Frist für erforderlich erachtet. Dem ist beizutreten. Eine Frist, die für die notwendigen Vorgänge der Veranlassung und der Leistung der Vorzahlung bei einem nicht am Sitz des Prozeßgerichts wohnhaften Gebührenschuldner, sowie für die Erbringung des Nachweises beim Prozeßgericht nur drei Tage Zeit läßt, ist unter allen Umständen zu kurz und bleibt dies auch, wenn ihr Lauf durch eine andere Hemmung, als die ursprüngliche der Gerichtsferien, sich verschiebt. Dafür, daß die ganze Frist von der Zustellung der Verfügung des Vorsitzenden des FerZivSen. bis 18. Sept. als Zeitraumfrist gewährt sein sollte, liegt nichts vor.

(Beschl. v. 20. Nov. 1931; B 29/31 II. — Hamburg.) [Ru.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. §§ 1115, 1192 BGB. Aus dem Grundbuch in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung muß nicht lediglich ein unter gewissen Voraussetzungen zu entrichtender Höchstzinsfuß, sondern vor allem der Normalzinsfuß und gegebenenfalls der Mindestzinsfuß ersichtlich sein. Die Zinsangabe „verzinslich bis höchstens 10 % jährlich von heute an, zahlbar drei Monate nach Kündigung“ ist nicht eintragungsfähig.

Nach § 1115 Abs. 1 BGB. müssen bei der Eintragung der Hypothek der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinsfuß, wenn andere Nebenbelastungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden; im übrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Es ist

bekämpft und darauf gedrungen wird, die wirtschaftliche Verunst auch hier zu berücksichtigen. Es ist durchaus zu billigen, daß im vorl. Falle davon ausgegangen wird, daß die ursprünglich gesetzte fragliche Nachweisfrist nur drei Tage betrug. Denn die Gerichtsferien müssen auch bei der Bewertung wirtschaftl. Vorstellungen ausschließen, weil der Betrieb in den Anwaltsbüros während der Gerichtsferien tatsächlich durch Urlaub des Personals und durch die Erschwerung des sonst täglichen Verkehrs mit den Gerichten gehemmt ist. Eine Frist von drei Tagen ist aber ernstlich überhaupt nicht als Frist für die Beschaffung, Abwendung und die Nachweisung der Abwendung des Geldes zu bezeichnen.

Man darf endlich auch im vorl. Falle nicht etwa sagen, daß die Partei nach Ablauf der zu kurzen Frist sich wenigstens um die Nachweisung der Zahlung innerhalb einer angemessenen Frist hätte bemühen müssen. Denn anders als im bürgerl. Recht kann im öffentl. Recht eine zu Unrecht zu kurz gesetzte Frist niemals die angemessene Frist in Lauf bringen. Die Prozeßhandlungen des Gerichts verlangen unbedingte Klarheit, und damit scheidet die nachträgliche freie Unternehmung über die Angemessenheit einer ausdrücklich gesetzten Frist aus. Es bedurfte somit im vorl. Falle der ordnungsmäßigen Setzung einer neuen Nachweisfrist.

RA. Dr. Dr. Graßhoff, Berlin.

also, was die Verzinsung der Forderung anlangt, der Zinsfuß in Grundbuchl. Eintragungsvermerk selbst zu verlautbaren; eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung der Höhe der Zinsen ist nicht gestattet. Die Vorschr. des § 1115 Abs. 1 findet gem. § 1192 insbes. auch zu letzterem Punkte entsprechende Anwendung auf Grundschulden. Der in § 1115 enthaltene, die Eintragung der Zinsen betr. Bestimmung wird jedoch, falls außer den regelmäßig zu zahlenden Zinsen oder neben einem Mindestzinsfuß für bestimmte Fälle ein höherer Zinsfuß vereinbart ist, nach der Abspr. dadurch genügt, daß im Grundbuche lediglich der Höchstzinsfuß vermerkt wird (vgl. Güthe-TriebeL, GB. 5, Vorbem. 33 §. II. Abschn. S. 220, und die dort angef. Entsch., insbes. die Entsch. des beschl. Sen. 1 X 380/14 = OLG. 30, 413; f. auch RMAnm. 6 Anm. 5 zu § 1115). Denn auch bei solcher Art der Eintragung ergibt sich aus dem Grundbuch selbst der Höchstbetrag der Belastung, d. h. derjenige Umfang der Belastung, den namentlich nachfolgende Gläubiger bei weiterer Belastung des Grundstücks und bei Prüfung der Sicherheit der für sie einzutragenden Hypotheken in Rechnung stellen müssen.

Der Satz, daß für die Grundbuchl. Eintragung der Zinsen die Angabe des zu zahlenden Höchstfußes ausreicht, hat aber nur für den Fall Geltung, daß in der Eintragungsbewilligung der regelmäßige oder der Mindestzinsfuß und die Bedingungen für die Entstehung der Verpflichtung zur Zahlung des höheren Satzes angegeben sind, so daß bei der Eintragung der Hypothek oder Grundschuld insoweit auf die Bewilligung Bezug genommen werden kann, und daß eine solche Bezugnahme stattfindet. Dieses Erfordernis ist zwar nicht bedingt durch die Notwendigkeit der Erkennbarmachung des Umfangs der Haftung des Grundstücks. Aber nur in dem angegebenen Falle geschieht dem das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz Genüge, wonach hinsichtlich eines jeden im Grundbuch eingetragenen Rechts die Person des Rechtsinhabers, sowie Umfang und Inhalt des Rechts in bestimmter Weise festgelegt sein und diese Bestimmtheit im Grundbuch zum Ausdruck gelangen muß. Denn die Höhe der für eine Hypothek oder Grundschuld zu zahlenden Zinsen kann nur dann als bestimmt angegeben angesehen werden, wenn aus dem Grundbuch i. Verb. m. der Eintragungsbewilligung nicht lediglich ein unter gewissen Voraussetzungen zu entrichtender Höchstzinsfuß, sondern vor allem der Normalzinsfuß und gegebenenfalls der Mindestzinsfuß ersichtlich sind. Ist das nicht der Fall, so ist das Recht nicht sachgemäß verlaubar. In den zu § 1115 BGB. ergangenen Entsch., in welchen die Angabe eines Höchstzinsfußes im Eintragungsvermerk selbst für genügend erklärt wird, handelt es sich dementsprechend regelmäßig um Fälle, in denen der Eintragungsvermerk hinsichtlich des regelmäßigen oder des Mindestzinsfußes und der Bedingungen für die Zahlung des Höchstfußes seine Ergänzung durch die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung finden konnte (vgl. RZA. 3, 52; 4, 42; 7, 258; ZBlZ. 5, 376, 1 X 380/14; ferner Motive zum BGB. Bd. 3 S. 643).

Im vorl. Falle ergibt die Eintragungsbewilligung, deren Inhalt oben mitgeteilt ist, nur den gegebenenfalls zu zahlenden Höchstzinsfuß; dagegen enthält sie keine Angabe über den regelmäßigen oder einen Mindestzinsfuß, sowie über die Bedingungen der Entstehung der höheren Zinsverpflichtung. Sie ermöglicht es daher nicht, dem Bestimmtheitsgrundsatz wie angegeben Rechnung zu tragen, und stellt deshalb eine genügende Unterlage für die Eintragung der Grundschuld nicht dar. Die Eintragung ist von den Vorinstanzen sonach mit Recht abgelehnt worden. Wenn in der weiteren Beschwerde gerügt wird, daß OLG. berücksichtige nicht, daß die selbständige Eintragung des Zinsfußes neben der Grundschuld in Form einer Höchstbetragsicherungshypothek möglich sei, so wäre die Eintragung einer selbständigen Höchstbetragshypothek zur Sicherung der Zinsforderung allerdings möglich, und bei ihr wäre die Angabe eines Höchstbetrages der zu sichernden Zinssumme in der Eintragungsbewilligung und im Eintragungsvermerk genügen, da das Wesen der Höchstbetrags-hypothek eben darin besteht, daß nur der Höchstbetrag der Haftsumme bestimmt ist; aber eine derartige Eintragung ist vom BeschwZ. in der Urkunde nicht bewilligt.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 2. April 1931, 1 X 7/31.)

Rechtsentscheide in Miet- und Pacht Sachen.

Berichtet von Kammergerichtsräten Dahmann u. Dr. Günther, Berlin.

1. §§ 41, 42 MietSchG. Gegen eine Entsch. des MGA., durch die die Fortsetzung des Verfahrens von der Zahlung eines Auslagenvorschlusses abhängig gemacht wird, ist die Rechtsbeschwerde zulässig.

In dem RE. 17 Y 37/29 v. 8. Juni 1929 (ZG. ErgBd. 9, 190; RVerwBl. 50, 815; GA. 1929, 850; MietGer. 1929, 129; GrundC. 1929, 1276; HöchstMPr. 1929 Nr. 2007; ZWB. 12 Nr. 3085; Hertel, Mieterrech., Nr. A 524) ist ausgesprochen, daß gegen eine Aussetzung des Verf. durch das MGA. die Beschw. zulässig sei, weil für dieses Verf. eine Best. über die Anfechtbarkeit der Aussetzung fehle und die Aussetzung die Merkmale einer End-

entsch. deshalb in sich trage, weil das M.G. das Begehren des Antragstellers als zur Zeit unbegründet ablehne. Wenn das M.G. den Parteien die Zahlung eines Vorschusses zur Vornahme einer Beweisaufnahme aufgibt und ausspricht, daß der Bew.Beschl. erst nach Zahlung des Auslagenvorschusses durch eine Partei ausgeführt werden solle, so liegt auch hierin eine Ablehnung der Entsch. als zur Zeit nicht begründet. Allerdings handelt es sich bei dem Beschl. des M.G., durch den die Fortsetzung des Verf. von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht wird, um eine Auflage. Das ändert aber nichts daran, daß das M.G. gleichzeitig den Fortgang des Verf. von ihrer Erfüllung abhängig gemacht hat; nicht die Auflage selbst ist die der Beschw. unterliegende Entsch., sondern das weitere Verhalten des M.G., das ohne Erfüllung der Auflage eine Sachentsch. ablehnt. Daß das M.G. gleichzeitig eine Anordnung getroffen hat, durch die es die Friedensmiete vorläufig festsetzt, ist ohne Einfluß darauf, ob die Entsch. des M.G., durch die es die Ausföhrung des Bew.Beschl. von der Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig macht, anfechtbar ist.

Ein Anlaß, von dem R.E. 17 Y 37/29 abzugehen, besteht nicht.

(R.G., 17. JivSen., R.E. v. 30. Okt. 1931, 17 Y 46/31.) [D.]

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I. § 839 BGB.; Art. 131 Abs. 1 RWerf. Den mit einer Zwangsversteigerung betrauten Notar trifft ein Verschulden, wenn er seinem Kanzleipersonal die Erteilung von Rechtsauskünften an die Beteiligten nicht untersagt hat. f)

Gemäß Art. 131 Abs. 1 RWerf. trifft, wenn ein Staatsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentl. Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt, die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat. Diese Vorschr. enthält nicht bloß eine Richtschnur für die Gesetzgebung, sondern einen unmittelbar wirkenden und anwendbaren Rechtsatz (vgl. R.G. 102, 166; 114, 199¹); 115, 58; 118, 327²). Die vor dem Inkrafttreten der RWerf. in Geltung gewesenen Reichs- und Landesgesetze über die Haftung des Staates für schuldhaftes Verlegen der Amtspflichten der Staatsbeamten sind aufgehoben, soweit sie dem Art. 131 Abs. 1 RWerf. widersprechen, und auch, soweit sie mit dieser Vorschr. sachlich übereinstimmen. Nur diejenigen Best. gelten fort, die durch Art. 131 Abs. 1 RWerf. unberührt gelassen und der näheren Regelung durch die zukünftige Gesetzgebung nach Art. 131 Abs. 2 RWerf. vorbehalten sind. Die Best. im Art. 60 Abs. 1 BayAGBGB. und im Art. 126 Abs. 1 NotarG., die sachlich mit Art. 131 Abs. 1 RWerf. übereinstimmen, haben demzufolge durch die letztgenannte Vorschr. ihre Geltung verloren (vgl. BayObLG. 29, 133, 289, 291; BayObLG. v. 29. NotarV. 1930, 273).

Der Notar kann gem. Art. 20 NotarG. zu seiner Unterstützung bei den Notariatsgeschäften Notariatsbeamte aufnehmen und sie

Zu 1. Die Ansicht des Gerichtes, daß die vor Inkrafttreten der RWerf. in Geltung gewesenen Staatshaftungsgesetze aufgehoben sind, soweit sie sich mit Art. 131 RWerf. decken oder ihm widersprechen, stimmt mit der ständigen Rpr. des R.G. überein.

Das Ur. bejaht auch die Haftung des bayer. Notars nur auf Grund reichsrechtlicher Vorschriften gegen die der Notar wegen nicht genügender Überwachung seiner Hilfskräfte verstoßen habe und ist deshalb auch für außerbayerische Verhältnisse von Bedeutung. Das BayObLG. hält die Haftung des Notars allein schon dadurch gegeben, daß er es unterlassen hat, seinen Gehilfen (die in Bayern die Stellung mittelbarer Staatsbeamten einnehmen) die Erteilung von Rechtsauskünften zu verbieten, und geht weiter nicht auf die naheliegende Frage ein, wiejo der Notar im gegebenen Fall besonders verpflichtet gewesen wäre, seine Hilfskräfte zur Unterlassung von Rechtsauskünften eindringlich anzuweisen, ob ihm etwa das Verhalten des Gehilfen schon Anlaß gegeben hatte, ihn an diese Verpflichtung besonders zu erinnern, ob der Gehilfe überhaupt zur Überschreitung der ihm hinsichtlich der Erteilung von Auskünften gezogenen Grenze neigte, ob der Notar etwa seine Hilfskräfte nicht genügend überwachte. Es gibt aber keine allgemeine Rechtspflicht des Notars, ohne jede Veranlassung seine Hilfskräfte über alle einzelnen Handlungen, die sie zu unterlassen hätten oder vornehmen dürften, zu belehren. Eine solche Forderung würde eine schlechthin unerfüllbare Aufgabe darstellen. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung des Notars bedürfte unbedingt einer näheren Begründung.

Weiter verkennt das Gericht vollständig, daß die Bürobeamten des Notars (wie des Anwalts) nicht dazu berufen sind, Rechtsauskünfte zu erteilen, das Publikum nicht berechtigt ist, sich auf die

unter seiner „Aufsicht und Verantwortlichkeit“ verwenden. Diese Beamten sind öffentl. Beamte und stehen im öffentl. Dienstverhältnis zur Bay. Notariatskassa, einer Anstalt des öffentl. Rechts (Art. 129 NotarG. und § 1, 3, 11 NotBeamtD. v. 4. Sept. 1925: JWB. 67). Verlegt ein Notariatsbeamter vorsätzlich oder fahrlässig seine Dienstpflicht, so haftet er dem Notar, der sein dienstl. Vorgesetzter ist, für den diesem daraus entstehenden Schaden (§ 12 Abs. 1 NotBeamtD.). Dem Notariatsbeamten ist jedoch eine öffentl. Funktion dritten Personen gegenüber nicht eingeräumt, er übt nicht eine öffentl. Gewalt i. S. des Art. 131 Abs. 1 RWerf. Dritten gegenüber aus, ihm ist eine öffentl. Gewalt in diesem Sinne nicht anvertraut; Gegenstand seines Dienstverhältnisses ist vielmehr die interne Hilfeleistung dem Notar gegenüber i. S. des Art. 20 NotarG., ihm obliegt nur dem Notar gegenüber, dessen dienstlicher Untergebener er ist, eine Dienst- und Amtspflicht. An Stelle des Notariatsbeamten haftet grundsätzlich der Notar, der sich zur Erledigung seiner Amtsgeschäfte, sohin zur Erfüllung der ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht, eines solchen Beamten bedient, für den Schaden, der durch die Mitwirkung des Notariatsbeamten bei der Amtsföhrung des Notars verursacht worden ist; die Verantwortlichkeit trifft demgemäß in einem solchen Falle nach Art. 131 Abs. 1 RWerf. den Staat.

Es kann ungeprüft bleiben, ob der Notar und damit auch der Staat auf Grund der nach Art. 78 BGBB. und Art. 20 NotarG. gegenüber § 831 BGB. erweiterten Haftung für Pflichtverletzungen des Notariatsbeamten auch dann schlechthin verantwortlich ist, wenn durch eine von diesem Beamten erteilte unrichtige Rechtsauskunft einem Dritten ein Vermögensschaden entstanden ist und wenn der Notariatsbeamte diese Auskunft ohne Wissen sowie gegen den Willen des Notars gegeben hat, obwohl ihm der Notar durchweg oder auf dem in Frage kommenden Gebiete die Erteilung solcher Auskünfte untersagt hatte. Denn jedenfalls trifft den Notar die Haftung für einen solchen Schaden dann, wenn er es pflichtwidrig unterlassen hat, seinem Personal die erforderlichen Anweisungen zu geben oder dessen Tätigkeit genügend zu überwachen. Sofern er es an der Erfüllung dieser Pflicht hat fehlen lassen, hat er für die Überschreitung der Amtsbezugnis seines Gehilfen einzustehen, weil ihn in einem solchen Falle ein eigenes Verschulden trifft, und in diesem Falle greift auch die Verantwortlichkeit des Staates nach Art. 131 Abs. 1 RWerf. Flag (vgl. R.G.: JWB. 1910, 1004¹⁴; 1919, 241⁸; BayObLG. 29, 289, 291; BayNotV. 1929, 246 ff.; BayJ. 1930, 154, 155, 336; Raiffenberg-Denkler, NotarG., Anm. 2 zu Art. 20 und Anm. 7 zu Art. 126; Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 839 S. 1936; Dberneck, Das NotarR., 8./10. Aufl., § 24 S. 152).

Der Notar N. hat es unterlassen, seinem Personal die Erteilung von Rechtsauskünften zu verbieten. Diese Feststellung rechtfertigt die Annahme des BG., daß der Notar im gegebenen Fall ein Verschulden trifft. Zu seinen Amtspflichten hat es gehört, bei seiner Amtsföhrung eine Schädigung der Personen zu verhüten, die in den Amtsräumen des Notariats in den zur Zuständigkeit dieser Amtsstelle gehörigen Angelegenheiten eine Auskunft erholten. Er ist insbes. verpflichtet gewesen, seine Gehilfen eindringlich anzuweisen, sich der Erteilung von Rechtsauskünften, namentlich in den Zwangs-

Richtigkeit einer solchen Auskunft zu verlassen und nach der täglichen Erfahrung sich dessen auch bewußt ist. Diese der Natur der Sache und der Rechtsanschauung aller beteiligten Kreise entsprechende Ansicht (ebenso Cammerer: BayNotV. 1929, 243), hat auch ihren Niederschlag in der Rpr. und Rechtslehre gefunden. Merkwürdigerweise glaubt das BayObLG. in Übereinstimmung mit dieser Ansicht zu sein. Es beruft sich auf Dberneck: NotarR. S. 152; dort ist aber gerade das Gegenteil der Ansicht des BayObLG. gesagt: „Der Notar kann nicht haftbar gemacht werden für unrichtige Rechtsauskünfte seines Bürovorstehers, da dieser zu solchen nicht befugt ist“ (R.G. v. 17. Dez. 1926: DNotV. 1927, 166, 167). Es zitiert das Ur. des R.G.: JWB. 1919, 241⁸; dort heißt es im Gegenfaz zur vorl. Entsch.: „Für diese falsche Rechtsbelehrung seines Angestellten würde der beklagte Notar aber nur dann in Anspruch genommen werden können, wenn er jenen mit der Erteilung der Rechtsbelehrung, sei es allgemein, oder in dem gegebenen Fall betraut oder bei der späteren Beurkundung des Vertrages von dieser Kenntnis gehabt hätte.“ Das BayObLG. weist weiter hin auf das Ur. des R.G.: JWB. 1910, 1004¹⁴; dort heißt es aber: „das Publikum ist nicht berechtigt, sich auf die Richtigkeit einer solchen Auskunft (eines Bürobeamten des Notars) zu verlassen“. Der Vollständigkeit halber sei auch noch das Ur. des R.G. v. 21. Mai 1912 (D.C. 25, 414) erwähnt, in dem gleichfalls anerkannt wird, daß Auskünfte, die ein Bürovorsteher erteilt, als amtliche Erklärungen des Notars nicht angesprochen werden können und diesen nicht verpflichten. Man sollte nun meinen, das BayObLG. würde sich mit diesen seiner Ansicht entgegenstehenden Erkenntnissen auseinandersetzen, aber es geht stillschweigend darüber hinweg und meint nur, das Verschulden des Notars sei schwerer und in erheblicherem Maße für die Entstehung des Schadens ursächlich gewesen, als das des Klägers. Die Frage des Kausalzusammenhangs bejaht das Gericht mit

1) JWB. 1926, 2294.

2) JWB. 1928, 102.

verfeigerungsachen zu enthalten, in denen sein Personal nicht die erforderliche Erfahrung haben konnte, weil der Notar diese Sachen selbst bearbeitete. Die Unterlassung solcher Anweisungen an seine Gehilfen begründet ein eigenes Verschulden des Notars.

Das Ur. wird schon durch die Feststellung getragen, daß der Notar es pflichtwidrig unterlassen hat, an sein Personal das zur Abwendung der Schädigung Dritter erforderliche Verbot der Erteilung von Rechtsauskünften zu erlassen. Die Erlassung eines derartigen Verbots wäre um so mehr notwendig gewesen, als dem Notar bekannt sein mußte und sicher auch bekannt gewesen ist, daß die Landbevölkerung nicht selten die den Verkehr des Publikums mit dem Notar vermittelnden Notariatsbeamten um Erteilung von Rechtsauskünften angeht.

Durch diese Unterlassung hat Notar N. in Ausübung des ihm anvertrauten Amtes eine ihm der Kl. obliegende Amtspflicht verletzt. Denn er hat durch seine Unterlassung die Voraussetzung für den eingetretenen Erfolg geschaffen, daß sein Gehilfe S. dem Vertreter der Kl., die in dem von dem Notar durchgeführten ZwVerstVerf. als Hypothekengläubigerin beteiligt war, eine falsche Rechtsauskunft erteilte. Der Notar haftet für ein fahrlässiges Verhalten allen denen gegenüber, die in betreff der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse amtlich mit ihm in Verkehr treten und auf seine pflichtmäßige Amtsführung angewiesen sind. Die Pflicht, bei der Ausübung des Amtes alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, das Publikum vor Schaden zu bewahren, liegt dem Notar einem jeden gegenüber ob, dessen Interessen durch die besondere Natur der Amtsführung des Notars berührt werden (vgl. RG. 78, 241, 243³); *Kaisenberg-Dennler a. a. O.*, Anm. 2c zu Art. 126 S. 314).

Nach § 839 Abs. 1 BGB. kann der Beamte, falls ihm lediglich Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann für den Ersatz des aus seiner Fahrlässigkeit einem Dritten entstehenden Schadens in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Diese Voraussetzung ist im vorf. Falle erfüllt.

Rechtlich bedenkenfrei ist die Annahme des BG., daß das Verschulden des Notars schwerer und in erheblicherem Maße für die

der Begründung, daß ja der Notar „voraussetzen konnte“, daß seine Unterlassung einen Schaden zur Folge haben konnte. Es prüft aber nicht, ob eine frühere Belehrung des Gehilfen die Erteilung der Auskunft verhindert hätte, was nach allgemeiner Lebenserfahrung gewiß nicht der Fall gewesen wäre, wenn der Gehilfe, wie anzunehmen, sich seines unrechtmäßigen Handelns ohnehin bewußt war, eine Frage, die das Gericht für belanglos erklärt.

Das vorsehende Ur. ist nicht geeignet, die ständige Mpr. des RG. und die übereinstimmende Ansicht der Rechtslehre zu erschüttern. Es bringt aber eine wesentliche Verschlechterung der Rechtsstellung der bayer. Notare, in deren Macht es nicht steht, derartige Amtshaftpflichtsachen vor das RG. zu bringen. Denn das BayObLG. nimmt in solchen Sachen stets die Zuständigkeit für sich in Anspruch, obwohl die Fragen des Verschuldens, der Rechtswidrigkeit und des Kausalzusammenhangs lediglich nach dem BGB. zu beurteilen sind (vgl. Art. 6 EGBGB.; § 82 EGBGB.; § 7 EGPfD. und HöchMPr. 1931 Nr. 1131).

Notar Hans Sieber, Münnerstadt (Ufr.).

³) JW. 1912, 349.

Zu 1. I. Der vorstehenden Entsch. kann so, wie sie vorliegt, nicht beigetreten werden. Das RG. verurteilt seine Entsch. zwei Grundfassungen gegenüber zu vertreten. Die vor der Konkursöffnung gem. § 832 ZPO. vorgenommene Pfändung einer Gehaltsforderung soll sich auch auf die nach der Konkursöffnung anfallenden Gehaltsraten rechtsbeständig beziehen, gleichgültig, ob man im Gehaltsanspruch einen Rentenanspruch oder aber eine Vergütung für geleistete Arbeitsdienste erblickt. Wie man sich nun auch zu dieser bekannten Streitfrage stellen mag, eines ist klar: unter allen Umständen kann die Pfändung im Konkursverfahren nur dann ihre Bedeutung behalten, wenn der Gehaltsanspruch als solcher und damit dann der Anspruch auf die nach der Konkursöffnung anfallenden Gehaltsraten zur Konkursmasse gehört. Wenn nun das RG. für die Arbeitstheorie erklärt, die Gehaltsforderung gehöre zum konkursfreien Vermögen, die vor der Konkursöffnung vorgenommene Pfändung behalte aber ihre Wirkung auch für die künftigen Gehaltsraten, weil sie vor der Konkursöffnung rechtswirksam vollendet sei und ihr deshalb § 14 RD. nicht entgegenstehe, so ist dieser Satz in sich widerspruchsvoll. Denn es kommt nicht darauf an, ob eine Pfändung vollendet ist oder nicht, sondern darauf, ob ein bestimmter Anspruch zur Masse gehört oder nicht. Aus der Tatsache, daß ein künftiger Anspruch bereits für die Zukunft gepfändet werden kann, ergibt sich nichts für die ganz andere Tatsache, daß ein bestimmter Anspruch zur Konkursmasse gehört oder nicht. Denn (darauf weist Jaeger, RD., § 1 Anm. 55 in seiner Polemik gegen die vom RG. vertretene Auffassung mit Recht hin, ohne die Frage zu prüfen, wann die Pfändung der künftigen Gehaltsraten vollendet ist) § 1 Abs. 1 RD. setzt für die Zugehörigkeit von Vermögensrechten zur Konkursmasse zweierlei voraus, Pfändbarkeit und Erworbensein vor der Konkursöffnung. Es ist also (und das übersehen das RG.) nur ein Doppelpes möglich: Entweder ist die Pfändung wirksam, dann muß die Gehaltsforderung Gegenstand der

Entstehung des Schadens ursächlich gewesen ist als das mitwirkende Verschulden der Kl. und ihres von ihr bevollmächtigten Ehemannes, dessen Verschulden sie in entsprechender Anwendung des bei allen Fällen der Schadensersatzpflicht geltenden § 278 BGB. wie eigenes Verschulden zu vertreten hat (vgl. RG. 62, 106; *RGKomm.*, 6. Aufl., Anm. 3 zu § 254; *Staudinger-Werner*, BGB., 9. Aufl., Anm. 2e zu § 254; *Planck-Siber*, BGB., 4. Aufl., Anm. 5 zu § 254; *Enneccerus*, Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 18./21. Aufl., Bd. 1 2. Abt. § 236 Nr. 2 Note 11). Das mitwirkende Verschulden der Kl. und ihres Ehemannes kann nur darin gefunden werden, daß sie sich auf die Richtigkeit der Auskunft des S. verlassen haben (RG.: JW. 1910, 1004¹⁴; 1919, 241⁸; *BayMotB.* 1929, 247).

(BayObLG., Ur. v. 20. Mai 1931, Reg. I Nr. 16/31.)

Mitgeteilt von *JR. Heinrich Gebhardt*, München.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

I. Konkurs. Vergleichsverfahren. Anfechtung. Zwangsvollstreckung.

Berlin.

1. Konkursordnung.

I. § 14 RD. Die vor der Konkursöffnung bewirkte Pfändung einer Gehaltsforderung ergreift wirksam auch die erst nach der Konkursöffnung fällig werdenden Beträge.†)

Nach § 14 RD. finden während der Dauer des Konkursverfahrens Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten eines einzelnen Konkursgläubigers weder in das zur Konkursmasse gehörige noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt. Vorliegend ist die Pfän-

denkung der Gehaltsforderung ist kein Bestandteil der Masse, dann wird die Pfändung nach der Konkursöffnung insoweit unwirksam, als sie künftig anfallende Gehaltsraten trotz § 832 ZPO. nicht mehr ergreift. Diese fallen mithin in das konkursfreie Vermögen und bleiben daher dem Zugriff eines jeden Konkursgläubigers, mag er sich am Konkurs beteiligen oder nicht, entzogen.

II. 1. So bleibt die entscheidende Frage die, ob die Forderung auf künftig anfallende Gehaltsraten zur Konkursmasse gehört oder nicht. Sowohl bei der Verneinung wie bei der Bejahung dieser Frage entstehen praktische Schwierigkeiten. Bejaht man sie, so gehört zur Konkursmasse der ganze künftige Gehalt, den der Beamte überhaupt in seinem Leben verdienen kann, und er müßte dann in irgendeiner Form der Befriedigung der Konkursgläubiger im Verteilungsverfahren dienstbar gemacht werden. Es ist das eine Schwierigkeit, auf die *Sarweh-Bossert*, RD., 4. Aufl., Anm. 5 Ziff. IVc mit Recht aufmerksam machen. Verneint man dagegen die Frage, wie dies die konkursrechtliche Literatur überwiegend tut, so kommt man zu der allerdings wenig erfreulichen Konsequenz, daß der Konkursgläubiger durch die Eröffnung des Konkurses in seinen Befriedigungsmöglichkeiten nicht unbedeutend eingeschränkt wird. Vermögensteile des Gemeinschuldners, die ihm vorher verhaftet waren, werden ihm unzugänglich, so daß er sich an sie nicht mehr halten kann. Man kann wirklich nicht recht verstehen, warum eine Möglichkeit, die dem Schuldner vor dem Konkurs offenstanden hat, im Konkurs nicht mehr gegeben sein soll. Der wirtschaftliche Zweck, daß dem Gemeinschuldner ein alsbaldiges Emporarbeiten ermöglicht werden soll, auf den Jaeger besonders hinweist, kann nicht maßgeblich sein, wenn doch das Recht, wie § 832 ZPO. beweist, auf diesen Zweck außerhalb des Konkurses hinsichtlich der Gehaltsforderung gar keine Rücksicht nimmt, und wenn unmittelbar nach Konkursbeendigung der Gehalt doch genau wieder so angreifbar ist, wie er es vor der Konkursöffnung war. Nein, was als Befriedigungsobjekt vor der Konkursöffnung zur Verfügung stand, kann seine Eigenschaft als Befriedigungsobjekt im Konkurs aus den von Jaeger genannten wirtschaftlichen Zwecken nicht verlieren. Und man muß *Kohler* schon recht geben, wenn er auf diese recht unbegreifliche Konsequenz der Arbeitstheorie mit Nachdruck aufmerksam gemacht hat (*Grundriss*, 2. Aufl., S. 84 Anm. 1).

2. So kommt man um die konstruktive Betrachtungsweise nicht herum, wie Jaeger verneint. Und man muß *Sarweh* recht geben, wenn er die Entscheidung der Frage von der Stellungnahme zu dem Problem der Bedeutung des Beamtengehältes überhaupt abhängig gemacht hat (Deutsches Konkursprotektrecht S. 79, insbes. Anm. 3; *Sarweh* lehnt übrigens ebenfalls die Zugehörigkeit zur Konkursmasse ab). Wer im Beamtengehalt eine Vergütung für geleistete Arbeit sieht, wird unabweisbar zu der Konsequenz gedrungen, daß, da der Anspruch erst infolge der Arbeitsleistung „verdient“, d. h. erworben wird, der sog. Gehaltsanspruch für künftige Gehaltsraten kein Bestandteil des Vermögens ist, daß mithin die erst nach der Konkursforderung anfallende Gehaltsrate in das freie Vermögen fällt. Wer dagegen in dem Gehalt eine Unterhaltsrente, im Gehaltsanspruch einen Renten-

dung der Gläubigerin vor Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt. Die Pfändung ist am 18. Okt. 1930, der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss am 30. Okt. 1930 zugestellt worden, während das Konkursverfahren erst am 31. Okt. 1930 eröffnet worden ist. Nach § 832 ZPO. erstreckt sich das Pfandrecht, welches durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erworben wird, auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge. Aus dieser Vorschrift folgt, daß das Gesetz die Gehaltsforderung als eine einheitliche Forderung ansieht, die bereits bei der Pfändung in ihrer Gesamtheit einschließlich der künftig fälligen Beträge von dem Pfandrecht ergriffen wird. Wenn aber die Wirkungen der Zwangsvollstreckung schon mit der Pfändung in vollem Umfange eintreten, so kann aus § 14 RD. nicht die Unwirksamkeit der Pfändung der nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Beträge hergeleitet werden, weil die Zwangsvollstreckung schon vor Konkurseröffnung vollendet war (vgl. Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., § 832 I.). Dasselbe gilt aber auch, wenn anzunehmen ist, daß die Gehaltsforderung als Entgelt für geleistete Arbeit erst nach Leistung der in dem Zeitabschnitt geleisteten Dienste entsteht; in diesem Falle gehört die Gehaltsforderung zum konkursfreien Vermögen, in das allerdings nach § 14 RD. ebenfalls eine Vollstreckung nach Konkurseröffnung nicht vorgenommen werden kann. Auch bei dieser rechtlichen Betrachtung ist indes die vor Konkurseröffnung erfolgte Pfändung der laufenden Bezüge auch hinsichtlich der künftig entstehenden bereits vollendet; denn wie in der Rspr. des RG., wie der des beschließenden Senats anerkannt ist, bewirkt die Pfändung künftiger Forderungen entsprechend der rechtsgeschäftlichen Verpfändung sogleich ein volles Pfändungspfandrecht, wenn nur eine sichere Grundlage für die künftige Entziehung der Forderung bereits gegeben ist, was bei der Gehaltsforderung eines Beamten bejaht werden muß. Den abweichenden Ausführungen Jaegers (RD., 6/7. Aufl., § 1 Nr. 55 und LZ. 1913, 669), der die volle Vollstreckungswirkung erst mit der Entstehung der Forderung eintreten läßt, ist daher nicht zu folgen; es ist auch nicht anzuerkennen, daß der in § 14 RD. zum Ausdruck gelangte Gedanke der gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger zu einer anderen Beurteilung führen müsse (so Jaeger a. a. D.). Dieser Grundsatz kann vielmehr da keine Anwendung finden, wo die Bestimmungen und Grundzüge des Rechts der Einzelvollstreckung seiner Anwendung entgegenstehen.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 31. März 1931, 8 W 2540/31.)

Berlin.

2. Vergleichsordnung.

2. § 35 VerglD. kann nur Anwendung finden auf Prozesse, die nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens in Gang gebracht worden sind.

§ 35 VerglD. bestimmt insofern etwas von § 93 ZPO. Abweichendes, als er dem Kl. auch dann die Kosten auferlegt, wenn der

anspruch erblickt, kann nicht leugnen, daß der Rentenanspruch als solcher bereits zur Zeit der Konkurseröffnung besteht, so daß die nach Eröffnung anfallende Gehaltsrate nicht in das freie Vermögen, sondern in die Konkursmasse fällt. Da von dieser Auffassung aus auch gar keine Schwierigkeit für die Annahme besteht, daß dieser Rechtsanspruch in seiner Gesamtheit gepfändet werden kann (§ 832 ZPO. hat nur mehr deklaratorische Bedeutung), so ist auch die weitere Annahme gerechtfertigt, die Vollenbung der Pfändung sei auch für die später anfallenden Gehaltsraten sofort gegeben, und es braucht nicht der etwas gezwungenen Konstruktion Jaegers, § 832 ZPO. verhindere nur die Wiederholung der Pfändung, eine Auffassung, die von seinem Standpunkt aus natürlich durchaus zwingend ist. Denn wenn die Gehaltsforderung noch nicht existiert, so kann sie auch nicht gepfändet werden. Ist doch der Satz Jaegers absolut zutreffend, es könne ein Pfandrecht unmöglich älter sein als der pfandbelastete Gegenstand (LZ. 7, 670).

3. So ist die entscheidende Frage, als was man den Gehalt ansieht, ob als Rente, ob als Arbeitsvergütung. Auf sie kann natürlich an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Ich schreibe mich der in der Literatur des Staats- und Beamtenrechtes überwiegend vertretenen Rententheorie an, die auch vom RG. in ständiger Judikatur vertreten wird (vgl. namentlich Laband, Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl., Bd. I S. 500 ff.; Voening, Lehrb. des deutschen Verwaltungsrechtes S. 131 Anm. 5; neuerdings Brand, Beamtenrecht § 30 mit zahlreichen Zitate aus der reichsgerichtlichen Literatur). Wenn Jaeger, RD. § 1 Anm. 55 vermeint, die Annahme, der Gehalt sei ein mit der Anstellung entstandener Unterhaltsanspruch, entbehre jeder Begründung, so kann ich dem nicht beistimmen. Schon Thering hat die Rententheorie eingehend und, wie mir dünkt, geistvoll begründet (Zweck im Recht Bd. I S. 201 ff.). Und § 832 ZPO. spricht doch auch für eine Auffassung, die auch sonst in G. allein geeignet ist, andere rein positivistische Bestimmungen des Gesetzes zu erklären, die für die Arbeitstheorie nicht ganz einfach zu erklären sind. Das RG., das, wie wir bemerkt haben, in ständiger Judikatur die Rententheorie vertritt (vgl. z. B. nur RG. 33, 320; 107, 190 = JW. 1924, 50), hat allerdings in einer Entsch. sich einer nicht unbedäch-

tekl. Anlaß zur Klagerhebung gegeben hat. Sie spricht jedoch nur von Klagen, die nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens erhoben worden sind. Im vorliegenden Fall ist die Klage aber vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens erhoben worden. Es kann dahingestellt bleiben, ob, was in der Literatur bestritten ist, bei vorangehenden Mahnverfahren die Klage schon mit der Zustellung des Zahlungsbefehls oder erst mit der Erhebung des Widerspruchs als erhoben gilt. Im vorliegenden Fall ist auch der Widerspruch vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens bei Gericht eingegangen.

Der Bekl. und mit ihm das erstinstanzliche Urteil behaupten nun, daß § 35 VerglD. ausdehnend auszulegen und auch auf Fälle anzuwenden sei, in denen die Eröffnung des Vergleichsverfahrens erst nach der Klagerhebung erfolge, und zwar mit der Maßgabe, daß der Kl. die Kosten des Rechtsstreits für die Zeit von der Eröffnung des Vergleichsverfahrens an zu tragen habe. Diese Ansicht wird von Sydow-Busch (Konm. zu VerglD. Anm. 4 zu § 35) im Anschluß an das OLG. Breslau (JW. 1927, 729) und anscheinend auch von Samolewicz-Sänger-Wassermaun (VerglD. Anm. 1 zu § 35) geteilt. Ihr ist jedoch nicht zuzustimmen. Weber kann man zu ihr gelangen auf dem Wege einer erweiterten Auslegung des Begriffs der Klagerhebung (O.G. Breslau: JW. 1927, 729), noch auf dem Wege über den Zweck der Bestimmung, der zweifellos darin besteht, die Vergleichsmasse unnötige Kosten zu ersparen und den Gläubigern die vorzügliche Titelbefolgung zu verleiden (O.G. Breslau a. a. D. und das Urteil des O.G.). Klagerhebung im Sinne des Zivilprozessrechts ist das Inangabringen des Prozesses; § 35 VerglD. ist eine zivilprozessuale Vorschrift, und es geht nicht an, zivilprozessuale Begriffen eine andere als zivilprozessuale Deutung zu geben. Schon daraus folgt, daß die Anwendung nur finden kann auf Prozesse, die nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens in Gang gebracht worden sind. Etwas anderes läßt sich auch aus dem Zweck der Vorschrift nicht ableiten. Dieser Zweck soll nach ihrem klaren Wortlaut solchen Gläubigern gegenüber verfolgt werden, die nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens Klage erhoben haben. Grundfänglich hat die Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht die Wirkung einer allgemeinen Beschränkung der Anspruchsbefolgung der Gläubiger. Die Wirkungen der Eröffnung sind vielmehr eng begrenzt, im 3. Abschn. der VerglD. ausdrücklich geregelt. Die Normen dieses Abschnittes sind also Ausnahmenormen und einer Auslegung aus allgemeinen Erwägungen wie der über den Zweck der Kostenersparnis heraus nicht zugänglich. Diesem Charakter des § 35 VerglD. als Ausnahmenvorschrift entspricht aber auch der Gedanke, daß, wer vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens einen Prozeß in Gang bringt, in diesem Prozeß genau so gestellt bleiben soll, als ob das Vergleichsverfahren gar nicht eröffnet wäre, und des Rechtsschutzes, den die Vorschriften der ZPO. über die Kostentragung dem Kl. gewähren, nicht verlustig gehen soll. Dasselbe ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Angesichts der ursprünglichen, dem § 12 GeschluffZPO. entsprechenden Fassung des Entwurfs, daß der Kl. die Kosten zu tragen habe, wenn er während

lichen Inkonsequenz der eigenen Grundauffassung gegenüber schuldig gemacht, wenn es ausführt, daß der auf die Zeitdauer des Amtes gewährte Anspruch auf Fortsetzung des Gehaltes keinen Bestandteil des Vermögens des Beamten bildet (RG. 12, 192; so auch Hamburg: OLG-Rspr. 19, 93, wo ausdrücklich ausgesprochen wird, daß der Anspruch auf künftige Gehaltsraten nicht zur Konkursmasse gehört). Denn dieser Satz läßt sich in der Tat von der Rententheorie aus nicht halten.

4. Stellen wir uns auf den Boden der Rententheorie, so ergibt sich, wie bereits ausgeführt ist, die Konsequenz, daß auch die erst künftig anfallende Gehaltsrate in die Konkursmasse fällt, weil der Gehaltsanspruch zur Masse gehört. Ich stimme mithin der vorstehenden Entsch. als solcher, nicht aber ihrer Begründung bei. Die Entsch. erscheint mir auch praktisch zu billigen. Denn es ist nicht einzusehen, warum der Beamte, dessen Kreditwürdigkeit nicht zuletzt durch seinen Gehalt mitbedingt wird, eben diesen Gehalt seinen Gläubigern in der für sie gefährlichsten Stunde der Konkurseröffnung solle entziehen dürfen. Ihm dies Recht zu geben, hieße den Gedanken des Schuldnerschutzes, der in unserer Zeit — man denke an das Aufwertungsrecht — sowieso zu weit getrieben wird, einseitig zum Nachteil des Gläubigers durchzuführen, dessen Schutz doch auch sozial erforderlich ist. Auch die vorerwähnte Schwierigkeit, daß von der hier vertretenen Auffassung aus der ganze künftige Gehalt in die Konkursmasse gehört, schreckt mich nicht. Steht er doch sowieso dem Gläubigerzugriff nach der Konkursbeendigung offen, und ist nicht einzusehen, warum dies unter Umständen wertvollste Befriedigungsobjekt nicht schon im Konkurs zweckentsprechend, d. h. zur Befriedigung der Konkursgläubiger, verwertet werden soll, wo seiner Verwertung nach dem Konkurs nichts im Wege steht. Da aber nach dem Konkurs die Gedanken und Möglichkeiten der Spezialexekution wiederum maßgebend sind, so kann der große Zweckgedanke des Konkursrechts, der Gedanke der anteilmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger nicht mehr durchgeführt werden, was einem so wertvollen Objekt gegenüber, wie es der Gehalt eines Beamten sein kann, sicher nicht der Billigkeit entsprechen dürfte.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

der Dauer des Verfahrens Klage erhoben habe, entstanden Zweifel, ob auch vor der Eröffnung des Verfahrens in Gang gebrachte Prozesse unter diese Vorschrift fallen können oder nicht. Es wurde von dem Vertreter des JustMin. ausdrücklich betont, daß solche Prozesse lediglich den Vorschriften der ZPO über die Kostentragung unterliegen (RD Druckf. III. Wahlpr. 1924/25 Nr. 2340 S. 16). In der zweiten Lesung wurde dann auf ausdrücklichen Antrag an die Stelle der Passus „Nach Eröffnung des Verfahrens“ gesetzt (RD Druckf. a. a. O. S. 34). Es ist also, gerade um Kontroversen über den Punkt, um den es sich hier handelt, zu vermeiden, das Gesetz in von der Geschl. Auss. abweichender Weise redigiert worden.

Der hier vertretenen Ansicht sind auch die meisten Komm. zur VerglD. (Bendig, VerglD., 1927, Anm. 3 zu § 35; Kiefow, Anm. 5 zu § 35 VerglD.; Lucas, 1927, Anm. II zu § 35) und Stein-Jonas (Anm. V zu § 93 ZPO).

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

Mitgeteilt von H. Dr. Habicht, Berlin.

Celle.

§ 4 VerglD. Ein Gläubiger, der sich an der Abstimmung zum Vergleich beteiligt, ist an diesem Vergleich festzuhalten, auch wenn er an sich nicht zu dem am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubigern gehört.

Die Parteien stimmen mit Recht darin überein, daß die Kl. am Vergleichsverfahren der Bekl. nach § 4 VerglD. nicht beteiligt war, da der Kaufvertrag von der Kl. noch nicht vollständig erfüllt war und eine Ablehnung der noch nicht bewirkten Lieferungen mit Ermächtigung des Gerichtes von keiner Seite erfolgt ist. Tatsächlich hat sich die Kl. aber am Vergleichsverfahren beteiligt; sie hat ihre Forderung durch ihren Verband am Vergleichsverfahren angemeldet, hat dem Vergleichsvorschlag zugestimmt und sich auch die Vergleichsquote auszahlen lassen.

Wenn es sich hierbei um weiter nichts handelte, als um ein Rechtsverhältnis zwischen der Kl. und der Bekl., so könnten kaum Bedenken bestehen, daß die Kl., wenn sie vom Vergleiche nicht betroffen wurde, den Restbetrag ihrer Forderung von der Bekl. nachgezahlt verlangen könne. Bei einem Vergleich handelt es sich aber um ein umfassendes Rechtsverhältnis: Derjenige Gläubiger, der sich an einem Vergleichsverfahren beteiligt, gibt nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern auch gegenüber den sämtl. übrigen Gläubigern Willenserklärungen ab. Durch die gemeinsame Abfindung aller Gläubiger, die sich beteiligen, kommt es zum Abschluß des Vergleiches. Wegen dieser weittragenden Rechtswirkung ist es dem einzelnen Gläubiger versagt, späterhin seine Willenserklärung anzusehen oder sonst die Rechtswirkung des Vergleiches in Frage zu stellen. Für den Zwangsvergleich im Konkursverfahren haben die Mot. z. Entw. der RD. diesen Gedanken ausgedrückt. Die RD. gestattet die Anfechtung eines Vergleiches nur wegen Betruges und wegen nachträgl. Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts. Dagegen bildet der Irrtum nach der Rpr. des RG. (RG. 57, 270) keinen Grund zur Anfechtung eines rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiches.

Die VerglD. hat sich dieser Regelung angeschlossen. Sie nennt in den §§ 76 und 77 in ähnl. Weise wie die RD. die Fälle, in denen ein bestätigter Vergleich nachträglich vernichtet werden kann (Betrug, Verurteilung des Schuldners wegen vorsägl. Verletzung der Eidespflicht oder vorsägl. Abgabe einer falschen eidesstattl. Versicherung und wegen betrügerischen Bankerotts). Aus dieser gleichliegenden Regelung ist zu schließen, daß andere Gründe, aus denen ein Vergleich aus der Welt geschafft werden kann, nicht vorhanden sind. Die Erwägungen, die die Mot. z. RD. für die Rechtsbeständigkeit des Zwangsvergleiches anstellen, treffen in gleicher Weise auch für den Vergleich nach der VerglD. zu. Auch dieser Vergleich muß rechtsbeständig und wirksam bleiben und nur aus den wichtigsten Gründen in Fortfall gebracht werden können. Würde man einem Gläubiger, der sich an der Abstimmung zum Vergleich beteiligt, das Recht zu geben, sich später darauf zu berufen, daß er am Vergleichsverfahren nicht beteiligt gewesen sei, so würde das Abstimmungsergebnis und damit auch der ganze Vergleich in Frage gestellt. Denn wenn der Gläubiger am Verfahren nicht beteiligt war, hat er auch nicht das Recht, mitzuzustimmen, und seine Forderung durfte bei Prüfung der Frage, ob die notwendige Mehrheit für den Vergleich erreicht war, nicht mit berücksichtigt werden. Dieses Ergebnis muß aber im Interesse der Rechtsbeständigkeit des Vergleiches und der Rechtssicherheit überhaupt vermieden werden.

Das OLG. Köln: DRZ. 1931, 461 hat den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen und ausgesprochen, daß ein Gläubiger durch die Beteiligung am Verfahren und durch Zustimmung zum Vergleich nicht Teilnehmer werde und mit seiner Forderung auch nicht auf den Vergleichsanteil beschränkt werde, da eine freiwillige Beteiligung am Vergleichsverfahren rechtlich nicht möglich sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Sachverhalt, der dem OLG. Köln vorlag und sich von dem hier zur Entsch. stehenden insofern unterschied, als der Gläubiger bereits vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens einen rechtskräftigen Titel auf die volle Kaufsumme erstritten hatte, eine

zwingende Kraft des § 4 VerglD. nicht zu. Denn es handelt sich nicht um die Frage, ob Gläubiger und Schuldner miteinander vereinbaren können, daß sich der Gläubiger entgegen der Vorschrift des § 4 am Vergleichsverfahren beteiligen solle — diese Frage würde auch das erkennende Gericht verneinen —, sondern um die Frage, welche Wirkungen durch die tatsächl. Beteiligung eines Gläubigers entstehen. Diese Wirkungen können nicht allein im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner betrachtet werden, sondern müssen, da sie sich auf alle Gläubiger des Vergleichsverfahrens erstrecken, vom Standpunkt der Rechtsbeständigkeit des Vergleiches betrachtet werden. Diese Betrachtung muß dazu führen, einem Gläubiger, der sich an der Abstimmung zum Vergleich beteiligt, an diesem Vergleich festzuhalten.

(OLG. Celle, 8. ZivSen., Ur. v. 17. Okt. 1931, 5 VIII U 325/31.)

Mitgeteilt von H. Dr. Stemmer, Osnabrück.

Düsseldorf.

4. § 2 VerglD. Der Anspruch des durch unerlaubte Handlungen Verletzten auf Feststellung, daß ihm der Schädiger auch alle künftigen Schäden zu ersetzen habe, ist auch nach Bestätigung eines im Vergleichsverfahren geschlossenen Vergleiches gegeben.

Daß eine Feststellungsklage bez. künftiger, nach Art und Umfang noch unbestimmter Schäden zulässig ist, hat das RG. mehrfach dargelegt (ZB. 1907, 832). Das Feststellungsbegehren ist trotz eines gerichtl. bestätigten Vergleiches zulässig, da es gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB. (Schadenersatz wegen Körperverletzung) insoweit Ansprüche zum Gegenstand hat, die i. S. von § 2 VerglD. und dort angef. Vorschr. der RD. bei Einleitung des VerglVerf. noch nicht entstanden waren. Nach §§ 66, 67, 69 RD. gelten zwar auch bedingte, befristete und ihrem Geldbetrage nach ungewisse Forderungen als bei Einleitung des Verfahrens begründet. Dabei ist anerkannt, daß eine aufschiebend bedingte Forderung i. S. von § 67 RD. auch dann angenommen werden kann, wenn ihre Entstehung nicht von einer rechtsgeschäftlich gesetzten Bedingung, sondern nur von der Erfüllung eines noch nicht vorl. gesetzl. Tatbestandmerkmals abhängt. Der Unterschied der VerglD. u. RD. zwischen bereits begründeten und künftigen Ansprüchen ist hiernach flüssig (Jaeger, 5. Aufl., § 3 Anm. 16, 18, § 67 Anm. 1; Mengel, 3. Aufl., § 3 Anm. 3, § 67 Anm. 1). Insbes. trifft dies für Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung zu, bei denen grundsätzlich der auszugleichende Schaden zu der Verschlechterung der wirtschaftl. Gesamtlage des Verletzten besteht und daher der Erlassanspruch auch die dem Geschädigten künftigen erwachsenden Nachteile umfaßt (RG. 87, 84¹), jedoch mit der Einschränkung, daß ein die künftigen Nachteile umfassender Erlassanspruch nur begründet sein kann, wenn bereits ein bestimmter Schaden erkennbar ist und es sich nur noch darum handelt, dessen voraussichtliche weitere Gestaltung zu ermesen. Wo nicht nur ungewiß ist, ob außer den bereits abgeschlossen vorl. Unfallsfolgen noch ein weiterer Schaden entstehen wird, sondern auch, welcher Art die als möglich zu denkenden Nachteile sein werden und in welcher Beziehung sie die Vermögenslage des Verletzten verschlechtern werden, ist bez. künftiger Schäden ein Schadenersatzanspruch noch nicht begründet, da insoweit jeder Maßstab für die Bemessung der Leistung fehlt (RG. 85, 212). Insbes. ist im vorl. Fall an die Möglichkeit einer künftigen Erwerbsbeschränkung des Kl. zu denken, da z. Z. noch völlig ungewiß ist, welcher Beruf für den erst acht Jahre alten Kl. in Frage kommen wird und wie sich bei seiner Schuldenlastung die Arbeitsbedingungen gestalten werden.

(OLG. Düsseldorf, 10. ZivSen., Ur. v. 23. Okt. 1931, 10 U 467/30.)

Mitgeteilt von H. Dr. Fahrman, Düsseldorf.

Berlin.

3. Anfechtungsgesetz.

5. §§ 3, 7 AnfG.; §§ 273, 812 BGB.; § 805 ZPO. Hat ein Dritter durch eine anfechtbare Handlung des Schuldners das Eigentum an einem Kraftwagen erworben, ist er daher zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Wagen verpflichtet, so kann der Dritte wegen der in seinem Interesse nach dem Eigentumsübergang vorgenommenen Reparaturen kein Zurückbehaltungsrecht ausüben. †)

Ob der Bekl. mit Rücksicht auf die vorgenommenen Reparaturen ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 Abs. 2 BGB. gegenüber der Klage aus § 3 AnfG. mit Erfolg geltend machen kann, betrifft eine in Rpr. und Schrifttum streitige Frage. Die Ansicht von Jaeger S. 226, 1905, wonach ein solches Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wird, da sonst der Gläubiger ungerechtfertigt bereichert würde, ist u. a. von Wilimowski, Anm. 6 zu § 7;

1) ZB. 1915, 1029.

Zu 5. Die Entsch. entspricht der Rpr. des RG. (vgl. RG. VII v. 27. Nov. 1928, 164/28; SächsRpr. 1929 Nr. 655). Ein Vertragsverhältnis bestand zwischen den Parteien nicht, auch wollte der Bekl. nicht die Wünsche der Kl. erfüllen, weshalb vielmehr

Korn S. 320; RG.: JW. 1902, 95; 1896, 321; Willenbücher, Anm. 6 S. 277 vertreten, andererseits u. a. von Zeller: Buschf. 7, 557; Reichl: Gruch. 53, 522 bekämpft worden. Im vorl. Falle handelt es sich um Reparaturen. Bei dieser Art der Verwendung ist die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen. Nach Ansicht des Senats ist auslaggebend der Gesichtspunkt, daß die Bekl. die Reparatur vorgenommen hat, nachdem sie durch den Kaufvertrag Eigentümerin geworden ist.

Sind somit die Reparaturen vom Bekl. in seinem eigenen Interesse als Eigentümer des Wagens vorgenommen, besteht also zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis, so kann es sich nur darum handeln, ob die Kl. infolge der Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe und Einziehung eines Anspruchs etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Es fragt sich ferner gegenüber dem klägerischen Anspruch, ob wegen eines Kondiktionsanspruches der Wagen zurückbehalten werden darf. Das ist zu verneinen. Es ist zwar richtig, daß, wenn der Wagen nicht repariert worden wäre, die Kl. einen weniger wertvollen Wagen erhalten würde und daß grundsätzlich der Bekl. nur das zurückgewähren muß, was er aus dem Vermögen der Schuldnerin erworben hat, d. h. den Wagen ohne die Verbesserungen. Ob aber diese Vermögensverschiebung wirklich eine Vermögensvermehrung dem Gläubiger bringt, entscheidet die Versteigerung. Der Ausgang dieser Versteigerung und die Höhe des hierbei erzielten Versteigerungserlöses ist völlig ungewiß. Wenn z. B. durch die Versteigerung ohne die Ausbesserungen schon ein Erlös erzielt worden wäre, der die Forderung des Gläubigers gedeckt hätte, so läge überhaupt keine Vermögensvermehrung vor.

Da der Bekl. noch im Besitze des Wagens ist, den er in letzter Zeit stets benutzt hat, so ist nicht der Bekl. auf den § 805 ZPO. zu verweisen. Er kann aber sein Zurückbehaltungsrecht zur Zeit nicht geltend machen, weil er zur Zeit keinen der Höhe nach bestimmten Anspruch aus § 812 BGB. hat. Wie die Rechtslage ist, wenn der Bekl. auf Grund eines Vertrages die Reparatur vorgenommen hat, bedarf hier keiner näheren Nachprüfung.

(RG., 12. ZivSen., Urt. v. 22. Jan. 1930, 12 U 4909/29.)

Mitgeteilt von RM. Dr. Kaemmerer, Berlin.

bei der Vornahme der Reparaturen als Eigentümer in eigenem Interesse. Dem Bekl. stand daher zunächst kein Anspruch gegen die Kl. auf Ersatz vonwendungen gem. § 273 Abs. 2 BGB. zu. Diese Vorschrift ist zwar nicht auf schuldrechtliche Verhältnisse beschränkt, das Zurückbehaltungsrecht kann auch gegenüber dinglichen Ansprüchen geltend gemacht werden (vgl. z. B. RG.: JW. 1919, 242; Staudinger-Werner, Anm. 1 zu § 273). Ob einem zur Herausgabe Verpflichteten ein Anspruch auf Ersatz fürwendungen zusteht und in welchem Umfang, bestimmt § 273 BGB. nicht, diese Frage richtet sich nach den besonderen Bestimmungen der einzelnen Rechtsverhältnisse (vgl. Staudinger-Werner, Anm. 2a zu § 273; 1b zu § 256 BGB.). Auf den vorl. Fall trifft keine dieser Bestimmungen zu. Es erübrigt sich deshalb auch die Prüfung der Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 2 BGB. deshalb ausgeschlossen sei, weil der Bekl. den Gegenstand durch eine vorläufig begangene unerlaubte Handlung erlangt habe. Ebensovienig kann der Bekl. das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers gem. §§ 994, 1000 BGB. geltend machen; es steht ihm nur gegenüber der Eigentumsklage, nicht aber gegenüber dem selbständigen Recht des Anfechtungsgläubigers zu.

Es blieb danach lediglich zu prüfen, ob Kl. auf Kosten des Bekl. etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat (§ 812 BGB.) und ob dem Bekl. wegen des Anspruchs auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB. zusteht. Für das konkurssrechtliche Anfechtungsrecht bejahe ich diese Frage mit Menckel, Anm. 1 zu § 37 KO., es sei denn, daß die anfechtbare Handlung ein Defizit des Anfechtungsschuldners darstellt, wie in den Fällen des § 31 KO. Im Konkurs wird der anfechtbar erworbene Gegenstand, auf den die Verwendungen gemacht wurden, zur Konkursmasse zurückgewährt, die deshalb ohne weiteres durch die Werterhöhung bereichert ist, und zwar auch dann, wenn man mit RG. 56, 143; 67, 22 = JW. 1907, 842 annimmt, der Rückgewährungsanspruch gehe auch im Konkurs nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung, nicht aber auf Rücküberweisung. Dagegen hat bei der Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses der Gläubiger gem. § 7 AnfG. einen Anspruch auf Rückgewähr nur „soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist“, während ein bei der Versteigerung sich ergebender Mehrerlös dem Anfechtungsgegner verbleibt. Zutreffend — und in Übereinstimmung mit RG. a. a. D. — führt die Entsch. aus, daß erst die Versteigerung darüber entscheide, ob die Werterhöhung des dem Pfandrecht der Kl. unterliegenden Wagens der Kl. eine Vermögensvermehrung gebracht habe. Eine solche liege z. B. dann nicht vor, wenn die Versteigerung auch ohne die Verbesserungen einen die Forderung der Kl. deckenden Erlös gebracht hätte. Der Willigkeit würde es entsprechen, wenn in einem solchen Falle der Ver-

4. Zwangsvollstreckung nach der Zivilprozessordnung.

Berlin.

6. § 512a ZPO. ist im Beschwerdeverfahren, auch in dem Verfahren betreffend Leistung des Offenbarungseides, entsprechend anzuwenden. †)

Die Vorschriften des 3. Abschn. des 3. Buches der ZPO. über das Beschwerdeverfahren sind lückenhaft. Sie bedürfen der Ergänzung durch die übrigen Vorschriften der ZPO. (vgl. Stein-Jonas, ZPO. § 573 I.). Auch die Bestimmungen über das Berufungsverfahren dürfen zur Ergänzung herangezogen werden, soweit im einzelnen Falle ihre Anwendung auf das Beschwerdeverfahren sich als zulässig erweist (vgl. Stein-Jonas a. a. D.).

Der Anwendung des § 512a auf das Beschwerdeverfahren stehen entscheidende Bedenken nicht entgegen; vielmehr erfordern überwiegende Gründe die Anwendung. Diese Bestimmung, die dieselbe Einschränkung für die Berufung macht, die der durch die Nov. von 1905 geschaffene § 549 Abs. 2 ZPO. für die Rev. gebracht hat, enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken. Wie insbes. aus diesen beiden Vorschriften und aus § 276 ZPO. hervorgeht, läßt die jetzt geltende ZPO. mit besonderer Deutlichkeit erkennen, daß die höheren Instanzen von Zuständigkeitsfragen möglichst verschont bleiben, diese zudem mit tunlichster Beschleunigung erledigt werden sollen (vgl. RG. 110, 58, 59¹⁾). Warum dies nur für die Rechtsmittel der Berufung und der Rev., nicht auch für das der Beschwerde gelten sollte, ist nicht zu ersehen. So wird die Anwendbarkeit des § 512a a. a. D. auf das Beschwerdeverfahren in Schrifttum und Rpr. vielfach bejaht. Baumbach (ZPO. § 512a Anm. 1) spricht sich ohne Einschränkung für die Anwendbarkeit aus. Für den Fall des § 99 Abs. 3 ZPO. halten seine Anwendbarkeit für zulässig: Stein-Jonas, ZPO. § 1042 IV 1, RG. (4. ZivSen.): ZJP. 49, 221, DLG. München: ZJP. 52, 326, das DLG. Nürnberg: JW. 1925, 1665 und DLG. Stettin: JW. 1928, 475. Das DLG. Naumburg sieht ihn auch in dem Falle des § 1042 ZPO. der Vollstreckbarerklärung eines Schiedspruchs durch das in § 1045 a. a. D. bestimmte Gericht als anwendbar an (JurRdsch. 1925 Nr. 225). Freilich wollen Stein-Jonas a. a. D. — im Gegensatz zu Erläuterung II 2 zu § 512a —, der 4. ZivSen.

steigerungserlös an Stelle des Gegenstandes treten würde und zu hinterlegen wäre; es fehlt jedoch an einer einschlägigen gesetzlichen Vorschrift.

RM. Dr. Carl Neukirch, Frankfurt a. M.

Zu 6. Der Entsch. ist zuzustimmen. Schon die in Literatur und Rpr. befürwortete analoge Anwendung des § 512a ZPO. auf § 99 Abs. 3 ZPO. und auf § 1042 ZPO. muß notwendig zur Zulassung derselben auch in allen übrigen Fällen führen. Man hat zwar die Ausdehnung auf die Fälle beschränken wollen, in denen die Beschwerde an die Stelle der Berufung gesetzt ist. Jedenfalls ist damit schon der Anwendung des Grundsatzes, der in § 512a ausgesprochen ist, auf die Beschwerde die Tür geöffnet. Unter jener Einschränkungsgrenze ist rein formal und kann einen scharfen Gegensatz zu den übrigen Fällen nicht rechtfertigen. Das RG. lehnt deshalb mit Recht diesen Grund ab. Es legt entscheidendes Gewicht auf den Gesichtspunkt, ob eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat oder der Gegner des Antragstellers vor der Entsch. gehört worden ist. Aber diese Ansicht bringt in die Prozeßlage ein Moment der Unsicherheit hinein, das jedenfalls vermieden werden muß, und außerdem ist sie recht willkürlich. Dann dürfte schon die Alternative entweder generell Beschwerde oder Verfassung in allen Fällen zweckmäßiger und richtiger sein.

Die Entsch. muß indessen von höherer Warte aus gefällt werden. Die Partei hat einen Rechtsschutzanspruch nur gegen den Staat, nicht gegen den Richter. Freilich kann sie Rechtsschutzgewährung durch den nach dem Gesetz zuständigen Richter verlangen. Ihr gegenüber sind jedoch alle Richter gleichwertig, so daß die Rpr. durch einen Richter, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, auch dann wenn ein anderer als der zuständige Richter tätig geworden ist, genügt. Solche Gründe könnten darin liegen, daß der örtlich zuständige Richter mit den Verhältnissen der Partei besser vertraut und deshalb zur Entsch. in höherem Grade geeignet ist. Dieser Gesichtspunkt hat in der Tat in der ZPO. von 1877 die entscheidende Rolle gespielt, da diese ZPO. rein individualistisch aufgebaut war. Inzwischen hat die Auffassung, daß der Prozeß Massenerscheinung ist, die Oberhand gewonnen. Bei ihr spielt die Person des Richters in concreto eine geringere Rolle, und man hat den alten Standpunkt aufgegeben. Ein solches Moment ist das Beschleunigungsprinzip. Wenn nun dieses Prinzip schon bei der Berufung und der Rev. veranlaßt hat, die Frage der örtlichen Zuständigkeit bei vermögensrechtlichen Ansprüchen aus der höheren Instanz auszuhalten, so muß es in gleichem Maße bei der Beschwerde zu demselben Ergebnis führen. Denn besondere Gründe, hier

des RG. a. a. O. und das OLG. Stettin a. a. O. die entsprechende Anwendung des § 512 a auf die Beschwerde allein auf den Fall des § 99 Abs. 3 ZPO. beschränken, weil in diesem Falle die Beschwerde an Stelle der Berufung stehe und insofern dieser gegenüber das mindere Rechtsmittel sei. Dieser Gesichtspunkt kann aber als ausschlaggebend nicht anerkannt werden. Die Beschwerde ist stets das mindere Rechtsmittel, nicht nur dann, wenn sie in Fällen gegeben ist, in denen bei folgerichtiger Ausgestaltung der in der ZPO. vorgesehenen Rechtsmittel die Berufung hätte eintreten müssen. Für die Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 512 a statthaft ist, kann es nur darauf ankommen, ob ähnlich wie in dem ordentlichen Rechtsstreit vor Erlass der mit der Beschwerde anfechtbaren Entsch. der Gegner des Antragstellers Gelegenheit gehabt hat, seine Einwendung, daß das angerufene Gericht örtlich unzuständig sei, vorzubringen und zu begründen. Dies trifft aber zu, wenn eine wenn auch nur fakultative mündliche Verhandlung stattgefunden hat oder der Gegner des Antragstellers vor der Entsch. gehört worden ist. Wo diese Voraussetzung gegeben ist, besteht die Gewähr für eine sorgfältige Prüfung und zuverlässige Entsch. über die Einwendung ebenso, wie im ordentlichen Rechtsstreit. Zum mindesten in diesen Fällen erscheint die Anwendung des § 512 a unbedenklich.

Vorliegend handelt es sich um die Entsch., durch die der Widerspruch des Schuldners gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides zurückgewiesen worden ist. Eine vermögensrechtliche Streitigkeit i. S. des § 512 a ZPO. liegt daher vor. Zur Leistung des Offenbarungseides wird ein Termin bestimmt, in dem der Schuldner zu erscheinen hat, und in dem er die Rüge der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts geltend machen kann.

Daß das Gericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz hat, nach § 899 Abs. 2 ZPO. ausschließlich zuständig ist, schließt die Anwendbarkeit des § 512 a ZPO. nicht aus. Denn § 512 a gilt schon unmittelbar auch für die Fälle einer ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichts (vgl. Stein-Jonas, ZPO. § 512 a I). Auch sonst lassen sich Bedenken daraus, daß es sich um ein Zwangsvollstreckungsverfahren handelt, nicht herleiten. Es ist zwar richtig, daß von einem örtlich unzuständigen Vollstreckungsorgan vorgenommene Zwangsvollstreckungsakte unwirksam sind und auch dann bleiben, wenn sie nicht von einem Beteiligten auf dem Wege des § 766 ZPO. beseitigt werden, namentlich ein rechtswirksames Pfändungspfandrecht nicht zur Entstehung bringen. Aber die Wirksamkeit der Leistung des Offenbarungseides wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß ein unzuständiges Gericht ihn abnimmt; die Folgen der Eidesleistung treten in derselben Weise ein, wie wenn der Eid vor dem zuständigen Gericht geleistet worden wäre. Der Nachteil, der für andere Gläubiger dadurch entstehen könnte, daß der Schuldner nicht in das an seinem Wohnsitz geführte Schuldnerverzeichnis eingetragen wird, beeinträchtigt ebenfalls nicht die Wirksamkeit des Verfahrens; auch beschwert er nicht den Schuldner. Im übrigen sind aber auch die Ausführungen des OLG. zutreffend, daß ein jedes Zwangsvollstreckungsverfahren, auch das Verfahren betreffend Leistung des Offenbarungseides, der beschleunigten Durchführung bedarf. Dies ist in der ZPO. in der jetzt geltenden Fassung dadurch zum Ausdruck gebracht, daß seit der Novelle von 1898 über den Widerspruch des Schuldners gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nach § 900 ZPO. nicht mehr wie früher durch ein der Berufung unterliegendes Urteil, sondern durch einen Beschluß zu entscheiden ist, der nach § 793 ZPO. der sofortigen Beschwerde unterliegt. In einem solchen beschleunigten Verfahren erscheint aber die entsprechende Anwendung des § 512 a ZPO., durch den die Geltendmachung des formalen, in der Sache selbst bedeutungslosen Einwands der örtlichen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts eingeschränkt werden soll, gerechtfertigt und durch die Belange des Gläubigers geboten.

(RG., 8. Zivilsen., Beschl. v. 24. Febr. 1931, 8 W 1644/31.)

Mitgeteilt von Geh. RA. Volz, Berlin.

*

7. § 710 ZPO. Sicherheitsleistung kann auch durch Verbringung der selbstschuldnerischen Bürgschaft der Darmstädter und Nationalbank erfolgen.

Es ist anerkanntes Recht, daß Sicherheitsleistungen gem. § 710 ZPO. auch durch die Verbringung der selbstschuldnerischen Bürgschaft einer Großbank erfolgen kann.

in stärkerem Maße als bei Berufung und Rev. den individualistischen Standpunkt festzuhalten, sind nicht vorhanden.

Bei dieser generellen Beurteilung der Rechtslage fehlt es dann auch für die betroffene Partei an der für das Rechtsmittel geforderten Beschwer. Die jetzt zur Herrschaft gelangte Auffassung läßt jedes öffentliche Interesse an der Zulassung der Beschwerde wegen mangelnder örtlicher Zuständigkeit ausgeschlossen erscheinen, um so mehr als das öffentliche Interesse an der Beschleunigung, das hier ebenso wie bei den übrigen Rechtsmitteln Platz greift, durch die Zulassung beeinträchtigt würde.

Somit verdient der von Baumbach § 512 a vertretene Standpunkt, dem das OLG. folgt, entschieden Beifall.

Prof. Dr. Hans Walzmann, Rostock.

Von dieser Übung abzuweichen, liegt weder nach den augenblicklichen wirtschaftlichen Verhältnissen noch nach der jetzigen besonderen Lage der Großbanken oder insbes. der Darmstädter und Nationalbank, deren Bürgschaft der Kl. beibringen will, Anlaß vor. Es ist richtig, daß die Sicherheitsleistung gem. § 710 ZPO. den Vollstreckungsschuldner schützen soll, wie der angefochtene Beschluß ausführt. Eine vollständige Sicherheit ist aber in so wechselnden wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnissen, wie sie augenblicklich bestehen, überhaupt nicht gewährleistet. Es besteht die Möglichkeit, daß plötzlich weittragende wirtschaftliche Ereignisse eintreten oder neue unvorhergesehene Eingriffe der Gesetzgebung erfolgen. Es ist nicht vorzuziehen, welche wirtschaftlichen oder rechtlichen Beziehungen davon betroffen werden können. Unter diesen Umständen kann man auch nicht sagen, daß die Bürgschaft einer Großbank, insbes. die der Darmstädter und Nationalbank, weniger Sicherheit für den Vollstreckungsschuldner bietet als z. B. die der Gläubiger jederzeit gestattete Hinterlegung von mündelicheren Wertpapieren (§ 108 ZPO.).

Dazu kommen noch die besonderen Verhältnisse der Darmstädter und Nationalbank. Das Reich hat für deren Verbindlichkeiten, gleichgültig zu welchem Zeitpunkt sie eingegangen sind, die Ausfallbürgschaft übernommen gemäß der WD. v. 13., 15., 21. und 31. Juli 1931 (RGBl. I, 359, 365, 388 und 415). Die Sicherheit, die eine Haftung der Darmstädter und Nationalbank bietet, ist also gleichbedeutend mit der des Reiches überhaupt. Größere Anforderungen können an eine Sicherheitsleistung billigerweise nicht gestellt werden.

Hinzu kommen auch noch folgende rechtliche Erwägungen: Die Bürgschaftsübernahme des Reichs, an sich ein Akt der Verwaltung, und zwar der ermessensfreien Verwaltung der Regierung ist in Form eines Gesetzgebungsakts erfolgt. Diese Gesetzgebung will die Banken stützen, da sie sie für erforderlich für die Aufrechterhaltung des Geldmarktes und der ordnungsmäßigen Wirtschaft hält. Der Zweck dieser Gesetzgebung würde aber vereitelt, wenn von der Rspr., daß Bürgschaften der Darmstädter und Nationalbank zur Sicherheitsleistung gem. § 710 ZPO. ausreichen, abgegangen würde. Die Folgen einer solchen Entsch. wären unabsehbar.

(RG., 29. Zivilsen., Beschl. v. 2. Dez. 1931, 29 W 12112/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Max Benjamin, Berlin.

*

8. §§ 811 Nr. 8, 850 Nr. 8 ZPO.; § 68 VerforgG. Pfändbarkeit der Postcheckguthaben, auch wenn diese aus der Überweisung von Beträgen unpfändbarer Forderungen entstanden sind.

Der Ansicht des OLG., daß das Guthaben des Schuldners aus seinem Postcheckkonto der Pfändung unterliegt, ist beizutreten.

Nach § 68 VerforgG. kann der Anspruch des Verforgungsberechtigten gegen das Deutsche Reich auf Verforgungsgeldgebühren grundsätzlich nicht gepfändet werden. Ähnliche Bestimmungen sind enthalten in § 850 Nr. 8 ZPO., wonach das Dienstfeinkommen der Offiziere, Beamten, Geistlichen usw., d. h. die Forderung gegen das Reich, den Staat usw., auf Zahlung des Gehalts und der sonstigen Vergütung für ihre Dienste der Pfändung nicht unterworfen ist, und in dem LohnbeschlG., nach dem in dem dort bezeichneten Umfang die Vergütung des Dienstverpflichteten, d. h. seine Forderung gegen den Dienstherrn, unpfändbar ist.

Werden die Verforgungsgeldgebühren, das Gehalt, die Vergütung ausgezahlt, dann ist das in der Hand des Schuldners befindliche Geld pfändbar. Auf dieses Geld beziehen sich die vorbenannten gesetzlichen Bestimmungen nicht. Für das ausgezahlte Gehalt ergibt sich dies deutlich aus § 811 Nr. 8 ZPO., wonach bei Offizieren, Beamten, Geistlichen ein Geldbetrag der Pfändung nicht unterworfen ist, der dem der Pfändung nicht unterliegenden Teile des Dienstfeinkommens für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termin der Gehaltszahlung gleichkommt. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn nach der Ansicht des Gesetzgebers aus der Unpfändbarkeit der Gehaltsforderung ohne weiteres auch die Unpfändbarkeit eines entsprechenden Geldbetrags folgen sollte. Was von dem Gehalt gilt, muß auch von dem Arbeitslohn gelten, der ebenfalls in der ZPO., dem § 850 Nr. 1, behandelt wird, aber auch von den übrigen unpfändbaren Forderungen.

Zahl der Schuldner das in seiner Hand befindliche und in dieser unpfändbar gewesene Geld bei einer Bank ein, so entsteht dadurch eine Forderung gegen die Bank aus dem mit dieser abgeschlossenen Verträge. Die Forderung an die Verforgungsbehörde, die Anstellungsbehörde, den Dienstberechtigten kann es, ganz abgesehen von der Personenverschiedenheit der Drittschuldner, nicht sein, weil diese Forderung durch die Auszahlung der Verforgungsgeldgebühren, des Gehalts der Vergütung an den Schuldner untergegangen ist. Ebenso ist es bei der Einzahlung auf ein Postcheckkonto. Auf diese Forderungen gegen die Bank und die Reichspost können daher die oben bezeichneten Vorschriften über die Forderungspfändung unmittelbar keine Anwendung finden. Eine entsprechende Anwendung der gesetzlichen Bestimmung über die Be-

schränkung der Pfändung bestimmter Forderungen auf andere Forderungen ist für unzulässig zu erachten.

Nicht anders liegt die Sache aber, wenn der Schuldner die Verpfändungsgebühren, das Gehalt, die Vergütung sich nicht selbst auszahlen läßt, sondern seinen Schuldner anweist, den ihm zustehenden Betrag auf sein Bankkonto oder Postcheckkonto zu überweisen. Erfolgt diese Überweisung, dann ist diese eine Zahlung für Rechnung des Schuldners an die von ihm bestimmte Zahlstelle. Der Drittschuldner wird durch diese Überweisung ebenso wie durch die Barzahlung von seiner Schuld frei; die Forderung gegen ihn erlischt. Die Bank und die Reichspost verwahren das Geld nicht etwa für den Drittschuldner, um es demnächst für diesen an den Schuldner zur Auszahlung zu bringen, sondern bereits für den Schuldner selbst. Auch auf die durch die Überweisungen entstandenen Forderungen des Schuldners gegen die Bank und die Reichspost können die oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen weder unmittelbar noch entsprechend angewendet werden; diese Ausnahmestellen sind nicht ausdehnend auszulegen. Es ist auch nicht anzuerkennen, daß die an die Stelle der ursprünglichen Forderungen getretenen Ersatzforderungen den vorerwähnten Pfändungsbeschränkungen unterliegen müßten, weil sie wirtschaftlich denselben Charakter hätten, wie die infolge der Überweisung getilgten ursprünglichen Forderungen. Die vielfach im Schrifttum und Rpr. vertretene gegenteilige Ansicht (vgl. Stein-Jonas, ZPD., § 850 I 1; DLG. Dresden: SächsAnn. 30, 499; DLG. Hamburg: DLGRpr. 29, 235; 5. FerSen. des RG.: JW. 1930, 3562) kann nicht als zutreffend angesehen werden.

Hiernach steht vorliegend die Vorschrift des § 68 RVerfG. der von den Gläubigern ausgebrachten Pfändung nicht entgegen, da die gepfändete Forderung nicht mit dem durch diese Bestimmung geschützten Ansprüche des Schuldners auf Auszahlung seiner Verpfändungsgebühren identisch ist.

Die Frage, ob dann nicht wenigstens die Bestimmung des § 811 Nr. 2 ZPD. entsprechend angewendet werden müsse, nach der bei der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen ein Geldbetrag unpfändbar ist, der dem Schuldner zur Beschaffung der für ihn, seine Familie und sein Gesinde für zwei Wochen erforderlichen Nahrungs-, Feuerungs- und Beleuchtungsmittel notwendig ist, kann dahingestellt bleiben, da der Schuldner nicht darzulegen hat, daß er zur Zeit der Pfändung nicht im Besitze solcher Vorräte gewesen sei, und welchen Geldbetrag er zur Beschaffung aufwenden müsse.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 16. Juni 1931, 8 W 5033/31.)

Mitgeteilt von Geh. MR. Bolz, Berlin.

*

9. §§ 851, 829 ZPD. Die Pfändung und Überweisung des Anspruchs eines Schuldners gegen seine Bank auf Auszahlung des künftig aufkommenden Guthabens ist nicht zulässig.

Die Gläubigerin hatte wegen einer Forderung einen Pfändungs- und Überweisungsbeschuß erwirkt, durch den für sie der angebliche Anspruch der Schuldnerin gegen die Bank auf Auszahlung des laufenden und des künftig aufkommenden Guthabens gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen worden war.

Das LG. hat den Pfändungs- und Überweisungsbeschuß dahin abgeändert, daß nur der Anspruch der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin auf Auszahlung des bis zum 31. Aug. 1931 entstandenen Guthabens gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen wird.

Die Beschwerde der Gläubigerin ist nicht begründet.

Künftige Forderungen sind nur dann der Pfändung unterworfen, wenn sie bestimmt genug bezeichnet oder hinreichend bestimmbar sind. Das ist z. B. der Fall, wenn zwischen Schuldner und Drittschuldner ein konkretes Rechtsverhältnis im Hinblick auf künftige Forderungen besteht und dadurch der Kreis der in Frage kommenden Forderungen begrenzt wird (vgl. z. B. RG. 92, 238). Vorliegend ist dies nicht der Fall. Das Bestehen eines Kontos bei einer Bank läßt es ungewiß, ob und welcher Art Forderungen des Kunden durch Einzahlung in Zukunft noch entstehen werden. Es liegt nur eine tatsächliche Erwartung vor, daß Forderungen entstehen könnten. Dies reicht aber nicht aus, um diese künftigen Forderungen als genügend bestimmbar erscheinen zu lassen.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 25. Sept. 1931, 8 W 9553/31.)

Mitgeteilt von RA. v. Rauschenplat, Berlin.

*

10. §§ 899, 903, 915 ZPD. Ein Offenbarungseid, der im Einverständnis des Gläubigers vor einem örtlich unzuständigen Gericht geleistet ist, um die Eintragung in das Verzeichnis bei dem zuständigen Gericht zu umgehen, befreit nicht von der Pflicht zur wiederholten Eidesleistung.

Nach § 899 ZPD. ist für die Abnahme des Offenbarungseides in dem Falle des § 807 ZPD. in erster Linie das LG., in dessen Bezirk der Schuldner im Deutschen Reich seinen Wohnsitz hat,

als Vollstreckungsgericht zuständig, und zwar gem. § 802 ZPD. ausschließlich zuständig. Maßgebend ist der Wohnsitz zur Zeit des Antrages des Gläubigers auf Bestimmung eines Termins. Es ist daher unerheblich, wenn der Schuldner jetzt, wie er behauptet, seinen Wohnsitz verlegt hat. Daß dieser Wohnsitz zu dem maßgebenden Zeitpunkt im Bezirk des LG. Berlin-Schöneberg lag, ist, wie das LG. zutreffend feststellt, durch die Bescheinigungen des Einwohnermeldeamts Berlin v. 4. und 8. April 1931 bewiesen.

Nun hat der Schuldner sich weiter darauf berufen, daß er in der Zwischenzeit den Offenbarungseid bereits beim LG. Magdeburg geleistet habe und infolgedessen gem. § 903 ZPD. zur nochmaligen Eidesleistung jetzt mangels einer Glaubhaftmachung dahin, daß er sich wieder neues Vermögen erworben habe, nicht verpflichtet sei. Aus den erwähnten Bescheinigungen des Einwohnermeldeamtes ergibt sich weiter, daß der Schuldner auch zur Zeit der Einleitung des Verfahrens beim LG. Magdeburg nicht dort, sondern nach wie vor im Bezirk des LG. Berlin-Schöneberg seinen Wohnsitz hatte. Denn eine Abmeldung aus Berlin ist nicht erfolgt, offenbar ist die Anmeldung in Magdeburg lediglich zu dem Zweck geschieden, das dortige Gericht über seine Zuständigkeit zu täuschen. Der Ansicht, daß diese Eidesleistung auch bei Unzuständigkeit des LG. Magdeburg berücksichtigt werden müsse, kann nicht gefolgt werden.

Die örtliche Zuständigkeit des Vollstreckungsorgans, hier des Gerichts, ist eine formelle Bedingung der ordnungsmäßigen Vollstreckung, bei deren Fehlen der betreffende Vollstreckungsakt ohne weiteres unwirksam ist. Der Vollstreckungsakt braucht also nicht erst im Wege der Erinnerung gem. § 766 ZPD. beseitigt zu werden, abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle z. B. die Eidesabnahme nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (vgl. Stein-Jonas, ZPD., 14. Aufl., vor § 704 IV, 4; Sydow-Busch-Kranz, ZPD., 20. Aufl., Bem. 2 zu § 802 und die dort zit. Entsch. des RG.: Gruch. 48, 1153 und des DLG. Darmstadt: DLG. 7, 312). Die Unwirksamkeit ergibt sich insbes. bei der Abnahme des Offenbarungseides durch ein unzuständiges Gericht aus der Bedeutung der betreffenden Vorschriften. Diese sind, wie schon in dem Beschuß des DLG. in Frankfurt a. M. v. 6. Juni 1913 (Rundschau, Samml. v. Entsch. in Rechts- und Verwaltungssachen aus dem Bez. des DLG. Frankfurt a. M. 1913, 202) zutreffend ausgeführt ist, insbes. im Gläubigerinteresse erlassen. Zu einer der Maßnahmen bei der Unterrichtung über die Kreditfähigkeit eines Schuldners gehört die Anfrage, ob er in dem nach § 915 über diejenigen Personen geführten Verzeichnis steht, welche bereits den Offenbarungseid geleistet haben. Die Aufnahme in dieses Verzeichnis geschieht im Anschluß an die Abnahme des Offenbarungseides und erfolgt lediglich in das Verzeichnis bei dem Gericht, das den Eid abgenommen hat. Da dieses Gericht nach § 899 ZPD. in der Regel dasjenige sein soll, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz hat, wird auch die Anfrage regelmäßig hierher gerichtet werden. Ist der Eid aber von einem anderen Gericht abgenommen worden, so erhält der Gläubiger eine unrichtige Auskunft. Es liegt auf der Hand, daß dieser Erfolg von böswilligen Schuldnern durch eine Täuschung der Gerichte über ihre Zuständigkeit erreicht werden kann. Gerade neuerdings mehrten sich die Fälle, in denen der Schuldner vorübergehend in einen anderen Gerichtsbezirk sich begibt und dort von einem, mit ihm im Einverständnis arbeitenden Dritten auf Grund eines von diesem erwirkten Vollstreckungstitels zum Offenbarungseid geladen wird. Ein solches Verfahren muß im Interesse der Rechtssicherheit verhindert werden.

(RG., 5. FerZivSen., Beschl. v. 17. Juli 1931, 8 W 7528/31.)

Mitgeteilt von SenPräs. Leonhard, Berlin.

*

11. §§ 900, 570 ZPD. Die Beschwerde gegen Zurückweisung eines Widerspruchs gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides kann auch auf andere Gründe gestützt werden, als auf die zur Rechtfertigung des Widerspruchs im Eidesleistungstermin vorgebrachten Gründe.

Sachlich ist die Beschwerde begründet. Der Widerspruch gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides muß in dem Eidesleistungstermin erhoben werden. Dies ergibt sich aus §§ 900, 901 ZPD. Daß aber der Schuldner in diesem Termin alle Einwendungen, die er gegen seine Verpflichtung zur Eidesleistung geltend machen kann, auch vorbringen müsse und mit denen, die er zu erheben in der Lage ist, aber nicht erhoben hat, dergestalt abgeschlossen sei, daß er sich auch in der sofortigen Beschwerde gegen den Widerspruch verwerfenden Beschuß nicht auf sie berufen dürfe, ist aus diesen gesetzlichen Bestimmungen nicht zu entnehmen, folgt insbes. nicht aus der besonderen Eilbedürftigkeit dieses Verfahrens. Grundsätzlich kann nach § 570 ZPD. die Beschwerde auf neue Tatsachen gestützt werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist für das Verfahren betreffend die Leistung des Offenbarungseides in dem Gesetze nicht ausdrücklich gemacht worden, und es ist nicht anzuerkennen, daß aus den dieses Verfahren betreffenden Bestimmungen hervorgehe, daß die Vorschrift in diesem Verfahren nicht gelten solle. Hat der Schuldner in dem Eidesleistungstermin Wider-

spruch gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Eides erhoben, dann ist er daher nicht gehindert, in der Beschwerde gegen den seinen Widerspruch verwerfenden Beschluß neue Tatsachen zur Begründung seines Widerspruchs anzuführen, auch wenn er diese schon im Termin hätte vorbringen können. Die Einwendung des Schuldners, daß er den Offenbarungseid bereits am 2. Dez. 1930 geleistet habe, war daher zulässig und hätte von dem LG. geprüft werden müssen.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 14. Juli 1931, 8 W 7428/31.)

Mitgeteilt von SenPräf. Leonhard, Berlin.

*

12. § 929 Abs. 2 ZPO. Zur Innehaltung der Frist genügt es, wenn nach fruchtlos versuchter Zwangsvollstreckung der Gläubiger noch innerhalb der Frist den Antrag auf Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides stellt.

Die gegenteilige Ansicht entspricht nicht den praktischen Bedürfnissen und Zielen des Arrestverfahrens.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 24. Juni 1930, 8 W 6235/30.)

Mitgeteilt von LGDir. Dr. Risch, Charlottenburg.

*

13. § 1041 Ziff. 2 ZPO. Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache in Schiedsgerichtsverfahren. Nachprüfung im Vollstreckbarkeitsverfahren. Verstoß gegen die öffentliche Ordnung. †)

Ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung liegt nicht vor, wenn das Schiedsgericht die Einrede der Rechtskraft zu Unrecht verneint hätte, wie vorläufig unterstellt werden soll. Die Wirkung der Rechtskraft ist keine absolute. Ob die Parteien die Rechtskraft eines Spruches gelten lassen wollen oder nicht, kann Gegenstand einer Vereinbarung sein, insbes. auch eines Vergleiches. Die Rechtskraft gibt den Parteien zwar eine Einrede, aber eine verzichtbare. Da die Parteien also einen Vergleich über die Rechtskraftwirkung eines Urteils schließen können, so kann auch eine Schiedsabrede darüber geschlossen werden, und demgemäß das Schiedsgericht zur Entscheidung darüber angerufen werden, ob die Einrede der Rechtskraft durchgreife oder nicht (§ 1025).

Die Parteien haben . . . eine Schiedsgerichtsvereinbarung dahin getroffen, daß das Schiedsgericht über die Frage der Rechtskraftwirkung entscheiden soll. Die Antragsgegnerin hat sich also von vornherein einer Einschränkung ihres Rechtes, die Rechtskraft unbeschränkt auszuüben zu wollen, insoweit unterworfen, als sie die Ausnutzung vor dem angefochtenen Spruche abhängig macht. Ein solcher Verzicht auf uneingeschränkte Ausnutzung der Rechtskraftwirkung durch Unterwerfung unter das Schiedsverfahren ist, wie gesagt, zulässig. Wenn das Schiedsgericht alsdann den Erwartungen der Partei, die diese Einschränkung ihres Rechtes gemacht hat, nicht entsprochen hat, so kann sie nicht hinterher die Aufhebung des Schiedsspruches verlangen, weil das Schiedsgericht zu Unrecht die Rechtskraftwirkung verneint und damit gegen die öffentliche

Zu 13. Die Entsch. ist im Endergebnis zutreffend; die Begründung scheint mir nicht durchweg einwandfrei. Richtig ist, daß die Parteien, wenn über Bestand und Umfang der Rechtskraft eines staatsgerichtlichen Urteils unter ihnen ein Zweifel besteht, die Entscheidung hierüber einem Schiedsgericht übertragen können. Wenn dieses hierüber einen Spruch fällt, so verstößt es gegen die Rechtskraft jedenfalls in dem Falle nicht, daß es das ergangene Staatsurteil für maßgeblich erklärt, da es hier seinen eigenen Spruch mit demjenigen des staatlichen Gerichtes in Einklang fällt. Aber auch, wenn es ausspricht, daß in dem besonderen Falle die Rechtskraftwirkung nicht durchgreife, setzt es sich nicht mit einem rechtskräftigen Urteil in Widerspruch, sondern stellt lediglich fest, daß die Voraussetzungen der (sog.) Rechtskrafteinrede nicht erfüllt sind. Die Parteien muten also durch ihren Schiedsvertrag dem Schiedsgerichte nicht zu, sich in Widerspruch zu der Rechtskraft zu setzen, sondern lediglich Anwendbarkeit und Tragweite derselben zu prüfen. — Es fehlt auch nicht an einem vergleichsfähigen Gegenstand i. S. des § 1025 ZPO. Denn die Rechtskraft hindert die Parteien nicht, mit privatrechtlicher Wirkung eine Abrede darüber zu treffen, ob und inwiefern sie sich in ihrem gegenseitigen Verhältnis anders behandeln wollen, als es dem Inhalt der rechtskräftigen Entsch. entsprechen würde. Es liegt darin eine nach dem Urteil getroffene, also durch die auf den Schluß der letzten mündlichen Verhandlung bezogene Rechtskraft nicht betroffene Neuregelung der privatrechtlichen Beziehungen der Parteien.

Zur Begründung dieses Ergebnisses war es aber nicht erforderlich, das Institut der Rechtskraft als ein solches hinzustellen, dessen Geltung der Parteiverfügung unterstellt sei. Darin scheint mir ein Rückfall in die von der herrschenden Prozeßtheorie verlassene privatrechtliche Auffassung der Rechtskraft zu liegen. Die Behauptung der vorliegenden Entsch., daß die Rechtskraft nur den Parteien eine Einrede gebe, und zwar eine verzichtbare, unterliegt den erheblichsten Zweifeln. Es sprechen die gewichtigsten Gründe dafür, daß die Parteien, zwischen denen ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, nicht in

Ordnung verstoße. Die öffentliche Ordnung erkennt eben Vereinbarungen über die Ausnutzung der Rechtskraftwirkung an. Sie widersprechen nicht der öffentlichen Ordnung und auch nicht dem Rechtsfrieden, sondern dienen ihm, da sie von dem Zwange absehen. Es mag Ausnahmefälle geben, in denen in der Nichtberücksichtigung der Rechtskraft durch das Schiedsgericht ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung erblickt werden kann, keineswegs ist dies aber schon allein damit zu begründen, daß das Schiedsgericht die Frage der Rechtskraft unrichtig entschieden habe (. . .). Es liegt nicht der mindeste Anlaß vor, trotz der vorangegangenen Unterwerfung der Antragsgegnerin den über die Rechtskraft erlassenen Schiedsspruch nachträglich wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung aufzuheben.

(RG., 22. ZivSen., Urte. v. 3. Juli 1931, 22 U 6268/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Alfred Wiener, Berlin.

*

Dresden.

14. § 811 Ziff. 5 ZPO. Pfändung eines Lieferwagens, dessen sich ein Kaufmann zur Belieferung der Landkundschaft bedient.

Der Schuldner ist als Kaufmann im Handelsregister eingetragen; er betreibt in einem Ladengeschäft, in dem er mit seiner Frau tätig ist, den Verkauf von Kolonialwaren und Lebensmitteln. Viele seiner Kunden wohnen auf dem Lande; deren Aufträge vermittelt zum großen Teil ein vom Schuldner gegen Provision beschäftigter Reisender, während der Schuldner die bestellten Waren mit dem gepfändeten Lieferwagen zuführt. Bei dieser Sachlage kann der Schuldner nicht zu den in § 811 Ziff. 5 ZPO. genannten Personen (Künstlern, Handwerkern, gewerblichen Arbeitern und anderen Personen, welche aus Handarbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen) gerechnet werden. Er betreibt die Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren unter eingetragener Firma, ist also Vollkaufmann (§§ 1 Ziff. 1, 17 HGB.), beschäftigt neben seiner Frau einen Reisenden und zieht seinen Erwerb aus dem Warenumsatz und der Mitarbeit zweier Personen und gehört nicht zu den „Personen, die aus Handarbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen“.

Die Zufuhr der gebrauchten Waren an die Landkunden stellt, wenn sie auch vom Schuldner mit dem gepfändeten Kraftwagen persönlich erfolgt ist, gegenüber dem eigentlichen Geschäftsbetrieb eine Nebentätigkeit dar, die — wie Reklame und anderes — der Erhöhung des Umsatzes dient. Der Lieferwagen ist aber nicht, worauf es bei der Anwendung der Ziff. 5 des § 811 ZPO. weiter ankommt, zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Schuldners unentbehrlich. Sein Geschäftsbetrieb, nämlich der Umsatz von Lebensmitteln, ist auch ohne Kraftwagen möglich. Wenn der Schuldner mit seinen Einnahmen wesentlich auf die Landkundschaft angewiesen ist und diese die Zufuhr der gewünschten Waren fordert, so kann diese auch auf andere Weise (Post, Fahrrad) erfolgen. Jedenfalls kann der Kraftwagen nicht einer Bequemlichkeit wegen dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden.

(DVG. Dresden, 2. ZivSen., Beschl. v. 8. Jan. 1930, 2 C Reg 5/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Curt Bergmann, Dresden.

*

der Lage sind, durch Verzicht auf die „Einrede“ der Rechtskraft das staatliche Gericht zu zwingen, von jenem ihm bekanntgewordenen rechtskräftigen Urteil abzugehen und die Sache ohne Rücksicht auf dasselbe materiell neu zu prüfen und zu entscheiden. Das Institut der Rechtskraft will nach seiner ganzen Funktion nicht bloß die jeweilige Partei vor einer Wiederaufröhlung des Rechtsstreits, sondern auch den Staat vor beliebig wiederholter materieller Prüfung derselben Sache schützen. Darum können sich zwar die Parteien nach ergangenen Urteil wirksam verpflichten, sich wechselseitig so zu behandeln, als wäre es nicht ergangen; aber sie können nicht das Gericht zwingen, jenes Urteil als nicht vorhanden zu betrachten und zu behandeln. In jener Vereinbarung liegt eine wirkliche Gestaltung der privatrechtlichen Verhältnisse; in diesem Zwang dagegen läge ein Verstoß gegen zwingende Normen des öffentlichen Rechtes. Wenn sich also in einem späteren Prozeß eine Partei in Widerspruch mit jener privatrechtlichen Abmachung setzt und die „Einrede“ der Rechtskraft erhebt, oder wenn sie durch Anrufung des ordentlichen Gerichtes dieses in die Lage setzt, von Amts wegen die „Rechtskraft“ zu berücksichtigen, so muß letztere ungeachtet der entgegenstehenden Parteivereinbarung durch das Gericht von Amts wegen beachtet werden, und es kann höchstens aus der Nichteinhaltung des Vertrages eine Schadensersatzpflicht erwachsen, ähnlich wie die Verletzung des Versprechens, eine bestimmte Prozeß-tätigkeit vorzunehmen oder zu unterlassen, die prozessualen Folgen des vertragswidrig verwirklichten Verhaltens nicht berührt, wohl aber die vertragsbrüchige Partei zivilrechtlich zum Schadensersatz verpflichtet kann.

Geh. RA. Prof. Dr. W. Risch, München.

Marienwerder.

15. § 811 Ziff. 4 ZPO. Rundfunkgerät eines Landwirts ist pfändbar. f)

(OLG. Marienwerder, 1. ZivSen., Beschl. v. 7. Mai 1931, IW 73/31.)

Abgedr. ZW. 1931, 3467¹¹.

Stuttgart.

16. §§ 769, 767, 940 ZPO.; §§ 1416, 1387 BGB. Gegen Urteile im Verfahren betr. EinstwVerf. ist die Vollstreckungsgegenklage zulässig. Die Vollstreckung des Urteils kann bis zur Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage einstweilen eingestellt werden. f)

1. Im Laufe eines Unterhaltsstreites der Parteien hat die von ihrem Ehemann getrennt lebende Ehefrau nach § 940 ZPO. die Anordnung der Zahlung eines vorläufigen Unterhaltsbetrages durch EinstwVerf. beantragt, wurde aber vom UG. abgewiesen. Sie hat gegen das abweisende Urteil Berufung eingelegt und beim OLG. zur Durchführung der Berufung am 26. März 1931 eine EinstwVerf. gegen ihren Mann erwirkt, wonach ihm die Zahlung eines Prozesskostenvorschußes von 60 RM an seine Frau auferlegt wurde. Das OLG. hat die EinstwVerf. über die Prozesskosten durch Urteil bestätigt und durch ein zweites Urteil die Berufung der Ehefrau gegen das amtsgerichtliche Urteil kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Mit der Behauptung, daß damit die Kostenhaftung des Mannes gegenüber der Frau weggefallen sei, hat dieser zunächst beim OLG. die Aufhebung der EinstwVerf. über den Kostenvorschuß nach § 927 ZPO. beantragt und sodann nach Zurücknahme dieses vom OLG. als unbegründet erachteten Antrags gegen die Frau die

Zu 15. Die Gründe dieses Beschlusses beachten eine für den Landmann außerordentlich bedeutungsvolle Seite des Tagesrundsfunks nicht, nämlich seinen Wetterdienst. Der Stand der meteorologischen Wissenschaft ist doch gegenwärtig derart, daß sie wenigstens das Wetter des nächsten Tages mit ziemlicher Bestimmtheit voraussagen vermag. Daß eine solche hinreichend zuverlässige Voraussage für das Tageswerk des Landmanns besonders zur Zeit der Heu- und Getreideernte, aber auch in der Bestellzeit, ungemein wichtig ist und ihn vor schweren Schäden in seiner Wirtschaft bewahren kann, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Die Verbreitung dieser Nachrichten der Wetterwarte durch die Zeitung oder durch Drahtnachricht an Postämter und Postagenturen auf dem Lande gelangt zu spät zur Kenntnis des Landmanns, der Rundfunk dagegen bringt ihm noch am Abend das Wetter des nächsten Tages und ermöglicht ihm, danach die Arbeit einzurichten. Wie andere Errungenschaften neuzeitlicher Landwirtschaftstechnik, Dampf- und Motorpflüge, Höhenförderer, Mähdreher, Gerätschaften, von denen sich der Gehegeher der ZPO. nichts träumen ließ, von der Rpr. einhellig als zum Wirtschaftsbetrieb erforderliches Gerät des Landwirts anerkannt werden, muß ihm auch als zum mindesten mittelbar dienstbares Werkzeug der Rundfunkapparatur zugezählt werden, dessen Wetternachrichten erst eine zweckmäßige und unter Umständen vor schwerem Wirtschaftsverlust bewahrende Ordnung der Arbeit der nächsten Tage ermöglichen, und dessen Preismitteilungen den Landwirt in den Stand setzen, über seine Erzeugnisse wirtschaftlich zu verfügen.

Läßt sich die Rundfunkanlage des Landwirts als ein — mittelbar — zum Wirtschaftsbetrieb bestimmtes Gerät bezeichnen, so ergibt sich ihre Unpfändbarkeit auch aus § 865 Abs. 2 BGB. i. Verb. m. den §§ 97, 98 BGB.

OLGN. Ermel, Königsberg i. Pr.

Zu 16. Die vorliegende Entsch. des OLG. Stuttgart nimmt zu der Streitfrage, ob gegen Urteile in dem Verfahren betr. EinstwVerf. die Vollstreckungsgegenklage zulässig ist, nicht grundsätzlich Stellung, sondern bejaht (ohne nähere Begründung) diese Zulässigkeit nur für den Fall, daß es sich um eine provisorische EinstwVerf. (§ 940 ZPO.) handelt, und daß diese der Partei eine Geldzahlung an die Gegenpartei auferlegt. Ich habe dieser Ansicht gegenüber schon früher (ZW. 1921, 764²¹ Anm.; 1922, 498⁴ Anm.) dargelegt, weshalb diese Zulassung der Vollstreckungsgegenklage sowohl gegenüber arrestatorischen als auch provisorischen EinstwVerf. als systemwidrig und zweckwidrig abzulehnen ist, und kann mich hier daher mit der Verweisung auf diese meine Ausführungen begnügen.

Sinsichtlich der weiteren — von der obigen Entsch. offengelassenen — Frage, ob gegen das Urteil, durch welches das OLG. als Gericht der Hauptsache, während diese bei ihm anhängig ist (§ 943 ZPO.), eine von ihm erlassene EinstwVerf. bestätigt, das Rechtsmittel der Berufung zulässig ist, beruft sich die diese Frage verneinende Ansicht auf die angebliche akzessorische Natur des Verfahrens und des Urteils betr. die EinstwVerf., d. h. deren sich angeblich aus § 943 ergebende Abhängigkeit von dem Verfahren in der Hauptsache (vgl. OLG. Stuttgart: OLGMRpr. 15, 147 ff.; OLG. München: ebenda 23, 187 f. und — in dem erstgenannten Urteil angeführt — RG. 5, 430; 50,

Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO. beim OLG. erhoben und die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 769 ZPO. beantragt. Auch dieser Antrag wurde vom OLG. abgelehnt.

3. Die sofortige Beschwerde des Kl. ist begründet.

Die früher umstrittene Frage, ob auch gegen Urteile im Verfahren betr. EinstwVerf. die Vollstreckungsgegenklage gegeben sei, obwohl in diesem Verfahren nur eine einstweilige Regelung von Rechtsverhältnissen stattfindet (vgl. ZJ. 1922, 205 und Stein frühere Aufl.), wird neuerdings, jedenfalls für EinstwVerf., die, wie hier, eine provisorische Beurteilung zu einer Geldzahlung aussprechen, in bejahendem Sinne beantwortet (vgl. Stein-Jonas bei § 767; OLG. Darmstadt: Neumanns Jahrb. 1927 zu § 767 R. 3).

Dieser Meinung schließt sich der Senat an. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kl. das die EinstwVerf. bestätigende Urteil des OLG. mit der Berufung anfechten könnte oder ob ein Rechtsmittel hiergegen nicht gegeben ist (so: der erk. Sen.: WürttZ. 21, 189 und OLG. München: OGMPr. 23, 187). Denn dem Kl. bliebe die Wahl zu, von welchem der beiden Rechtsbehelfe, Berufung oder Vollstreckungsgegenklage, er Gebrauch machen will. Auch ein Antrag gem. § 927 ZPO. hätte in Frage kommen können.

Für die Anordnung der Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO. braucht auch die Frage, ob das OLG. oder das UG. für die Vollstreckungsgegenklage ausschließlich zuständig ist (§ 802 ZPO.), nicht erörtert zu werden, denn die einstweilige Anordnung ist von dem vom Kl. angegangenen Gericht, mag es sich auch später nach §§ 767, 276 ZPO. als unzuständig erklären, zu erlassen (ZW. 1894, 172; RG.: OGMPr. 29, 229; 33, 97; Baumbach zu § 769).

In der Beurteilung der sachlichen Voraussetzungen der Vollstreckungsgegenklage konnte dem OLG. nicht beigetreten werden:

343; 57, 235). Da nun, so wird argumentiert, das Urteil über die Hauptsache, das von dem UG. als OLG. erlassen wird, nicht mehr mit einem weiteren Rechtsmittel angefochten werden kann, so müsse auch die Anfechtung des Urteils ausgeschlossen sein, durch welche das mit der Hauptsache als VerZust. befaßte OLG. die von ihm erlassene EinstwVerf. bestätigt. Diese Schlussfolgerung erscheint nun aber nicht zwingend. Schon das erwähnte Urteil des OLG. Stuttgart: OGMPr. 15, 147 hat betont, daß ein solches landgerichtliches Urteil insofern ein erstinstanzliches Urteil sei, „als es nicht auf Grund einer erneuten Verhandlung eines bereits in einer früheren Instanz verhandelten Rechtsstreites (§ 525 ZPO.), sondern auf Grund eines erstmals beim OLG. gestellten und verhandelten Antrags erlassen ist“. Da es andererseits aber auch das Urteil eines OLG. sei, das infolge der Anhängigkeit der Hauptsache in der VerZust. nach § 943 ZPO. das zuständige Gericht sei, so sei für die Frage seiner Berufungsfähigkeit entscheidend, welche von diesen beiden Eigenschaften als die vorherrschende anzusehen sei. Und das sei die Eigenschaft als nicht anfechtbares U. Dieses Abheben auf die behauptete akzessorische Natur des Verfahrens, das eine EinstwVerf. zum Gegenstand hat, würde stichhaltig sein, wenn jene zweifelhaft gegeben wäre. Dem steht aber entgegen, daß dieses summarische Verfahren ein Verfahren für sich ist, das unter eigenen Rechtsschutzbedingungen steht und eigenen Regeln folgt, somit mit dem die Hauptsache betreffenden Verfahren „an sich in gar keiner prozessualen Beziehung“ steht (Rsch. Schmidt, Lehrb. d. dtsh. Zivilprozessrechts S. 599 IV; vgl. auch Stein-Junker, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl., § 117 III, S. 329, wo ebenfalls betont wird, daß „der Arrestprozess eine ganz selbständige Rechtschutzform“ darstellt, was natürlich nicht nur für das Verfahren mit Arrestbefehl, sondern auch für dasjenige mit EinstwVerf. gilt. Diese prozessuale Selbständigkeit zeigt sich schon darin, daß das Verfahren durchgeführt werden kann, ohne daß die Hauptsache überhaupt anhängig ist, ferner bei dem Verfahren mit Arrestbefehl auch darin, daß sich dieses in denjenigen Fällen, in denen das Gericht der Hauptsache und das OLG. der Zwangsbereitschaft (§ 919 ZPO.) verschiedene Gerichte sind, gar nicht vor dem Gericht der Hauptsache abzuspähen braucht, sondern vor dem UG. der Zwangsbereitschaft stattfinden kann. Und dies kann auch bei dem Verfahren mit EinstwVerf. der Fall sein, wenn es sich um einen dringenden Fall handelt und demzufolge (allerdings ausnahmsweise) die Zuständigkeit des UG. begründet ist, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet (§ 942 ZPO.). Schon damit muß das Argument der akzessorischen Natur des Verfahrens mit Arrestbefehl und EinstwVerf. ausscheiden. Zudem würde es doch systemwidrig sein, wenn das einen Arrestbefehl oder eine EinstwVerf. bestätigende Urteil dann, wenn es von dem vom Gericht der Hauptsache verschiedenen OLG. der Zwangsbereitschaft, bez. dem nach § 942 zuständigen UG. oder auch von dem UG. als Gericht der Hauptsache erlassen worden ist, berufungsfähig sein würde, dagegen dann nicht, wenn es von dem OLG. als Gericht der Hauptsache in der VerZust. erlassen wird. Hinzukommt, daß das Eininstanzsystem dem modernen Rechtsempfinden widerspricht. Dieses verlangt die Möglichkeit einer Nachprüfung der wichtigeren gerichtl. Entsch. Die dieses Verlangen ignorierende Tendenz einer Einschränkung der Berufungsfähigkeit der

a) Die Zwangsvollstreckung aus der EinstwVerf. ist noch nicht abgeschlossen. Der Kl. hat glaubhaft vorgebracht, daß die Pfändung des Motorrades noch bestünde und daß der Termin zur Leistung des Offenbarungsbeides v. 12. Juni 1931 verlegt sei. Die Annahme einer Beendigung der Zwangsvollstreckung hat also ganz abgesehen davon, daß es nicht auf einen einzelnen Zwangsvollstreckungsakt, sondern auf die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung als solcher ankommt, keine Grundlage.

b) Die ZR. hat ferner mit Unrecht in Zweifel gezogen, daß die Einwendung des Wegfalls der Pflicht des Ehemanns zur Kostentragung erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung v. 1. Mai 1931 entstanden sei, weil die beiden Urteile in der Berufungssache und im Verfahren betr. die Rechtmäßigkeit der EinstwVerf. am 8. Mai verkündet worden seien. Im Verhandlungstermin vom 1. Mai, auf den es nach § 767 Abs. 2 ZPO. allein ankommt, stand aber noch nicht fest, welchem der Streitparteien die Pflicht zur Kostentragung in der Berufungssache obliege. Dies ergab sich erst aus der Urteilsverkündung v. 8. Mai 1931. Die Einwendung ist also erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden.

c) Endlich beruht die sachliche Zurückweisung der Einwendung auf einem offensichtlichen Mißverständnis einer Bemerkung bei Stein-Jonas im Vorwort zu § 606 VI F ZPO., die sich offenbar auf die Anordnung eines Prozeßkostenvorwurfs in Scheidungsstreit bezieht. Es ist unzutreffend, daß sich die Feststellung, daß die Kosten dem Vorbehaltsgut der Ehefrau zur Last fallen, erst nach der Scheidung der Ehe treffen lasse und der Mann bis dahin jeden Streit der Ehefrau zu finanzieren habe. Es ist vielmehr in der Rspr. anerkannt, daß der Mann beim gesetzlichen Güterstand nach § 1387 BGB., solange nicht endgültig feststeht, daß die Kosten dem Vorbehaltsgut der Frau zur Last fallen (§ 1416 BGB.), der Frau die Kosten eines auch gegen den Mann gerichteten Rechtsstreites zu zahlen und nötigenfalls auch vorzuschießen hat. Sobald aber durch rechtskräftiges Urteil, wie hier durch das BU. v. 8. Mai 1931, die Kostenpflicht im Verhältnis der Ehegatten dahin geregelt ist, daß die Kosten die Frau, d. h. nach § 1416 ihr Vorbehaltsgut treffen, entfällt die Vorzuschußpflicht des Mannes aus § 1387, mag auch sein Recht auf Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes noch fortbestehen.

Der Kl. kann daher mit der Vollstreckungsgegenklage einwenden, daß seine durch die EinstwVerf. vorläufig geregelte Vorzuschußpflicht durch das rechtskräftige BU. v. 8. Mai 1931 weggefallen sei, weshalb die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung unzulässig sei.

(OLG. Stuttgart, Beschl. v. 16. Juni 1931, W 463/31.)

Mitgeteilt von OLR. § a id, Stuttgart.

Urteile macht sich heute in der Gesetzgebung schon unheilvoll genug bemerkbar. Um so mehr muß das Bestreben dahin gehen, die Berufungsmöglichkeit nicht mehr, als es nach den gesetzlichen Bestimmungen nun einmal unerläßlich ist, zu beschränken. Alles dies spricht für die Bejahung der Zulässigkeit der Berufung gegen das Urteil des LG., durch das dieses eine von ihm als Gericht der Hauptsache in der VerZinst. (in Beschlufsform) erlassene EinstwVerf. bestätigt.

Damit ist die dritte, in dem vorliegenden Beschluß von dem OLG. Stuttgart ebenfalls offengelassene, Frage schon entschieden, welches Gericht im vorliegenden Falle für die Vollstreckungsgegenklage (läßt man diese entgegen der eingangs vertretenen Ansicht mit dem OLG. Stuttgart zu) zuständig ist. Gält man mit den vorstehenden Ausführungen das die EinstwVerf. bestätigende Urteil des LG. für ein der Berufung unterliegendes erstinstanzliches Urteil, so ist zweifellos das LG. als Prozeßgericht erster Instanz nach § 767 ZPO. für die Vollstreckungsgegenklage ausschließlich (§ 803 ZPO.) zuständig. Gält man das Urteil des LG. aber für ein zweitinstanzliches, nicht der Berufung fähiges Urteil, so ergibt sich — und das spricht auch gegen diese Ansicht — die eigenartige Folge, daß für die Vollstreckungsgegenklage gegen die von dem LG. erlassene und bestätigte EinstwVerf. das LG. als Prozeßgericht erster Instanz zuständig ist. Mit Recht betont aber die vorliegende Entsch., daß diese Frage hier, wo es sich nur um den § 769 ZPO. handelt, bedeutungslos ist. Denn, wie schon das RG. in der von dem OLG. Stuttgart angeführten Entsch. ZW. 1894, 172^e ausgeführt hat, kann über die Frage, ob das angegangene Gericht als Prozeßgericht i. S. von § 769 zuständig ist, nur durch Urteil entschieden werden, und es kann, solange die Unzuständigkeit nicht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, die Befugnis des angegangenen Gerichts zu Anordnungen nach § 769 nicht bezweifelt werden. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus der Dringlichkeit der auf § 769 gestützten Anträge, die keine zeitraubende Zuständigkeitsprüfung vertragen. Zweck und Sinn des § 769 würden hinfällig, wollte man das mit einem solchen Antrage besetzte Gericht zwingen, erst seine Zuständigkeit auf Grund einer, vielleicht umfangreichen, Beweisaufnahme

Berlin.

5. Zwangsversteigerungsgesetz.

17. §§ 30, 33, 44, 83 Ziff. 1 u. 6 ZwVerfG. Bewilligt von mehreren betreibenden Gläubigern der an erster Stelle stehende Gläubiger nach Beendigung der Versteigerung die Einstellung des Verfahrens, ohne seine Anmeldung zurückzuziehen, dann muß der Zuschlag versagt werden, auch wenn der genannte Gläubiger durch das Meistgebot gedeckt ist. 7)

Das RG. hat sich den nachstehenden Gründen der OLGEntsch. angeschlossen. Die nach Beendigung der Versteigerung von dem Vertreter der Gläubigerin Stadt B. erklärte Einstellungsbewilligung mußte das Verfahren insoweit nach der zwingenden Vorschr. der §§ 30, 33 ZwVerfG. zum Stillstand bringen. Dadurch verlor die Stadt B., die mit ihren Steuerforderungen nach § 10 Ziff. 3 ZwVerfG. an erster Stelle stand, die Stellung einer betreibenden Gläubigerin i. S. des § 44 ZwVerfG. (vgl. Reinhard-Müller, Bem. XII zu § 44 ZwVerfG. [RG.: ZW. 1926, 2111³]). Sie schied dadurch aber andererseits bei der Berechnung des geringsten Gebotes nicht völlig aus, weil ihre Anmeldung v. 31. Dez. 1930 aufrecht erhalten geblieben ist, so daß ihre Ansprüche nunmehr als „vorhergehendes Recht“ i. S. des § 44 Abs. 1 ZwVerfG. bei der Feststellung des geringsten Gebotes zu berücksichtigen war (vgl. Reinhard-Müller, Bem. II zu § 30 ZwVerfG.). Ob die Forderung der Stadt B., wie die BeschwGegner behaupten, bereits vor der Zuschlagsverkündung durch Zahlung erloschen ist, kann in diesem Verfahrensgericht nicht nachgeprüft werden. Maßgebend für das Versteigerungsgericht ist vielmehr allein die Anmeldung des Anpruches, und da diese hier nicht zurückgezogen worden ist, so mußte die Forderung der Stadt B., nachdem diese die Einstellung der Vollstreckung bewilligt hatte, in das geringste Gebot aufgenommen werden. Durch die nach Schluß der Versteigerung bewilligte Einstellung ist also das geringste Gebot unrichtig geworden und diese Unrichtigkeit hätte zur Versagung des Zuschlages durch das Versteigerungsgericht führen müssen (vgl. RG. 89, 428 = ZW. 1917, 462; RG.: ZW. 1931, 546² und dazu Fraeb a. a. O.; ferner Jaekel-Güthe, Bem. 5 Abs. 2 zu § 29 und Bem. 2a Abs. 2 u. 3 zu § 30 ZwVerfG.; Reinhard-Müller, Bem. VI zu § 29 und Bem. II zu § 44 ZwVerfG.). Die Erteilung des Zuschlages ist also zu Unrecht erfolgt.

Das Recht des Schuldners wird durch den Zuschlag, der ihm

über die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen zu prüfen und festzustellen. Denn inzwischen könnten ja die Vollstreckungsmaßnahmen, gegen die § 769 Schutz gewährt, längst vollzogen sein. Das kann nur vermieden werden, wenn man mit der herrschenden Meinung das angegangene Gericht für zuständig erachtet.

Prof. Dr. Rudolf Scholz, Freiburg i. Br.

Zu 17. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Das Verfahren wurde von der Steuerbehörde (§ 10 Ziff. 3 ZwVerfG.) und von den beiden ersten Hypothekengläubigern betrieben. Meistbietender blieb der zweite Hypothekengläubiger mit einem Gebote von 22500 RM. Der Versteigerungsantrag der Steuerbehörde, die insgesamt einen Betrag von 806,45 RM angemeldet hatte, erledigte sich durch eine nach dem Schluß der Versteigerung erklärte Einstellungsbewilligung. — Den obigen Beschl. ist dahin beizufügen, daß nach herrsch. Ansicht der Zuschlag nur erteilt werden darf, wenn die Einstellung keine neue Rechtslage schafft, die nunmehr den Zuschlag als unter Verletzung der Vorschr. über das geringste Gebot erteilt erscheinen ließe. LG. und RG. nehmen nun für den Fall des Zuschlages eine Verletzung dieser Vorschr. deshalb an, weil jetzt — nach der Einstellungsbewilligung — die Steuerforderung als bar zu zahlender Teil des geringsten Gebotes hätte berücksichtigt werden müssen, da sie den noch vorbliebenen betreibenden Gläubigern vorgehe. Hierbei ist aber nicht berücksichtigt, daß bez. eines durch Barzahlung zu deckenden Anspruchs den Vorschr. über das geringste Gebot schon dadurch genügt wird, daß gem. § 44 Abs. 1 ZwVerfG. ein diesen Anspruch deckendes Gebot zugelassen wird. Es ist in diesem Falle ohne Belang, wenn der Vollstreckungsrichter bei der Aufstellung der Versteigerungsbedingungen irrtümlich angenommen hat, daß dieser Anspruch nicht unter das geringste Gebot falle. So heißt es bei Jaekel-Güthe, Anm. 10 zu § 44, daß der zu Unrecht nicht im geringsten Gebote berücksichtigte Beteiligte nur dann ein BeschwRecht habe, wenn ihn der Zuschlag benachteilige, was nicht der Fall sei, wenn das Meistgebot zu seiner Befriedigung ausreiche und er auch im Falle seiner Berücksichtigung nur Barzahlung hätte verlangen können. In gleichem Sinne heißt es bei Reinhard-Müller, Anm. V 2a zu § 45, mit Recht, in einem solchen Falle erhalte der betr. Beteiligte trotz der Nichtberücksichtigung aus dem Erlöse alles, was er zu beanspruchen habe; er sei deshalb durch die fehlerhafte Feststellung des geringsten Gebotes nicht geschädigt; daher finde § 84 Anwendung. Somit war weder die Steuerbehörde noch insbes. der Schuldner beschwerdeberechtigt. Die hier gleichwohl von den BeschwG. ausgesprochene Versagung des Zuschlages erscheint also nicht gerechtfertigt.

ROD. Ar m s t r o f f, Berlin.

sein Grundstück nimmt, stets beeinträchtigt. Ein Beschränkungsbefehl des Schuldners wäre daher nur dann zu verneinen, wenn feststeht, daß die Beeinträchtigung seiner Rechte in keinem ursächlichen Zusammenhang mit dem vorl. Verfahrensmangel steht (Reinhard-Müller, Dem. II 3 zu § 84 ZwVerfG.). Eine derartige Feststellung des Inhalts, daß auch ein erstes Ausgebot des Grundstücks nicht zu einem für den Schuldner günstigeren Ergebnis geführt hätte, kann aber naturgemäß nicht getroffen werden, weil sich nicht übersehen läßt, welchen Ausgang das Verfahren im Falle einer Wiederholung des Versteigerungsgeschäfts nach Nichtigstellung des geringsten Gebotes genommen hätte.

(RG., 7. FerZivSen., Beschl. v. 25. Aug. 1931, 12 W 8812/31.)
Mitgeteilt von R. Dr. Eduard Friedländer, Berlin.

*

18. §§ 33, 95 ZwVerfG. Eine selbständige Beschwerde gegen den die Einstellung ablehnenden Beschluß ist, auch wenn sie schon vor Schluß der Verhandlung eingelegt ist, nicht gegeben, wenn inzwischen der Zuschlag erteilt ist.

In der Zwangsversteigerungssache stand am 14. April Versteigerungstermin an. Vor Eintritt in die eigentliche Versteigerungsverhandlung stellte der Schuldner durch R. W. den Antrag, das Verfahren aus wirtschaftlichen Gründen einstweilen einzustellen, da dieses Grundstück zusammen mit dem Grundstück Bb. I Blatt 5 — Grundbuch der Rittergüter —, das seiner Ehefrau gehöre, eine wirtschaftliche Einheit bilde.

Der Versteigerungsrichter hat den Antrag abgelehnt. Die Versteigerung nahm an dem genannten Tage ihren Fortgang, das Kur- und Neumärkische Ritterchaftliche Kreditinstitut in Berlin blieb Meistbietender, Termin zur Verkündung der Entsch. über den Zuschlag ist auf den 30. Juni 1931 anberaumt. Das LG. hat die Beschwerde des Schuldners zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde des Schuldners ist zulässig. Ein weiterer selbständiger Beschwerdegrund ist insofern gegeben, als das LG. in eine sachliche Prüfung nicht eingetreten ist, vielmehr dem Beschw. das Rechtsmittel versagt hat, da in entspr. Anwendung des § 33 ZwVerfG. trotz § 95 a. a. D. nach Schluß der Versteigerung nur noch gegen den Zuschlag Beschwerde eingelegt werden könne.

Daß das LG. die Beschwerde zurückgewiesen hat, während sie als unzulässig hätte verworfen werden müssen, ist hierbei unerheblich. Der weiteren Beschwerde war aber der Erfolg zu versagen. Nach § 95 ZwVerfG. ist zwar gegen eine Entsch., die vor der Beschlußfassung über den Zuschlag erfolgt, die Beschwerde zulässig, wenn die Entsch. die einstweilige Einstellung des Verfahrens betrifft. Andererseits darf nach § 33 a. a. D. nach Schluß der Versteigerung, wenn ein Grund zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens vorliegt, die Entsch. nur durch Versagung des Zuschlags gegeben werden. Diese Vorschrift ist darauf zurückzuführen, daß nach § 72 Abs. 3 alle Gebote, insbes. das Höchstgebot erlöschen, wenn das Verfahren eingestellt wird. Liegt kein solcher Beschluß vor, dann tritt das Erlöschen der Gebote nur bei rechtskräftiger Versagung des Zuschlags ein. Der § 33 hat den Fall im Auge, daß der Grund zur einstweiligen Einstellung erst nach Schluß der Versteigerung sich ergibt. Keineswegs kommt es darauf an, ob der Grund erst nach Schluß der Versteigerung entstanden ist. Der Versteigerungsrichter muß ihn als einen Einstellungsgrund erst nach dem bezeichneten Zeitpunkt erkannt haben (Reinhard-Müller, ZwVerfG., 1931, 188 und Jaekel-Gütke S. 183). Die Ansicht des Beschw., daß es erheblich sei, ob der Grund vorher schon vorgebracht worden ist, findet im Gesetz keine Stütze. Wenn nun gegen den die Einstellung ablehnenden Beschluß Beschwerde eingelegt ist, so entscheidet darüber, ob ein Grund zur Einstellung gegeben ist, das Beschw. In diesem Zeitpunkt ist aber die Versteigerung schon „geschlossen“ und das Meistgebot abgegeben.

Der nach § 95 a. a. D. an sich zulässige Beschwerde ist aber durch die Bestimmung des § 33 a. a. D. eine zeitliche Grenze insofern gesetzt, als das Beschw. nach Schluß der Versteigerung nicht mehr über den Einstellungsantrag eine Entsch. fällen darf. Der Vollstreckungsrichter hat vielmehr bei der Entsch. über den Zuschlag zu prüfen, ob ein Grund zur Versagung vorliegt. Gegebenenfalls bleibt es dem Beschw. überlassen, gegen den Zuschlagsbeschluß Beschwerde einzulegen, um die Verlegung zu erreichen. Auf jeden Fall ist im vorliegenden Fall eine selbständige Beschwerde gegen den die Einstellung ablehnenden Beschluß, auch wenn sie schon vor Schluß der Verhandlung eingelegt ist, nicht gegeben.

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 26. Juni 1931, 12 W 6091/31.)
Mitgeteilt von R. Dr. Kämmerer, Berlin.

*

19. § 37 ZwVerfG.; § 94 BGB.

1. Steigeleitungen sind wesentliche Bestandteile des Grundstücks.

2. Bei der Zwangsversteigerung gehen auch Zubehörstücke in das Eigentum des Ersteheren über, wenn der dritte Eigentümer derselben nicht die Einstellung der Zwangsversteigerung erwirkt hat.

Den Ausführungen des Vorderrichters, daß die Steigeleitungen

wesentliche Bestandteile des Grundstücks geworden sind und das Eigentum der Bekl. daher mit dem Einbau erloschen ist, ist beizutreten. Indessen ist der Anspruch der Bekl. auf die Steigeleitungen auch dann begründet, wenn die Steigeleitungen nicht wesentliche Bestandteile des Hauses geworden sein sollten. Schon dann, wenn diese Leitungen nur einfache Bestandteile oder auch nur Zubehör des Hauses geworden sind, hat die Bekl. das Eigentum verloren, weil die Steigeleitungen nach § 55 ZwVerfG. mitversteigert worden sind, da die Bekl. die Aufhebung der Versteigerung oder wenigstens die Einstellung der Versteigerung bezüglich dieser Gegenstände nicht erwirkt hat (§ 37 Ziff. 5 ZwVerfG.). Daß aber die Steigeleitungen zum mindestens Zubehör des Hauses geworden sind, unterliegt keinem Zweifel. Sie sind bestimmt, dem wirtschaftlichen Zwecke des Hauses, nämlich seiner Beleuchtung für die Einwohner zu dienen, und sie stehen auch in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis zum Hause (§ 97 BGB.). Sie sind ja gerade zu dem Zwecke angebracht worden, um elektrische Beleuchtung dem Hause zuzuführen. Ob sie bereits fertiggestellt und in Benutzung genommen sind oder ob dies noch nicht der Fall ist, ist nicht entscheidend. Die Bestimmung zu dem wirtschaftlichen Zwecke und die Verbringung in den räumlichen Zusammenhang dazu genügen, um sie auch vor Inbetriebnahme zum Zubehör zu machen (RG. 51, 272; 84, 284). Nach §§ 90, 91 ZwVerfG. erlischt aber das fremde Eigentum an den mitversteigerten Sachen mit dem Zuschlag, und der Ersteher wird unbeschränkter Eigentümer.

(RG., 22. ZivSen., Ur. v. 15. Mai 1931, 22 U 2736/31.)

Mitgeteilt von R. Dr. Jhrcke, Berlin.

*

20. §§ 37 Ziff. 2, 43, 61, 80, 83 Ziff. 7 ZwVerfG.; § 319 ZPO. Die Berichtigung des Versteigerungsprotokolls ist dann unzulässig, wenn dadurch erst ein Tatbestand hergestellt wird, der aus dem Protokoll nicht herauszulesen werden kann. Wird der Versteigerungstermin in einem anderen Zimmer abgehalten als in dem in der Bekanntmachung bezeichneten, so ist ein bloßer Hinweis auf die Verlegung auf der Terminstafel vor dem ursprünglichen Zimmer nicht als eine ausreichende Maßregel anzusehen. Dies gilt in erster Linie für größere Amtsgerichte wie für Berlin-Mitte. †)

Im Versteigerungstermin v. 11. Dez. 1930 hatte R. St. verschiedene schriftliche Anträge überreicht, u. a. einen Antrag, wonach „für Zahlung des Meistgebotes eine Frist, und zwar zur

Zu 20. Der Entsch. ist beizutreten. Schon OLG. Celle: JW. 1928, 2733/34 hat festgestellt, daß unbedingt die Raumverlegung und die Vorkehrungen um die Erschienenen an den richtigen Ort zu weisen, in der Terminniederchrift aufgenommen sein müssen. Diese Feststellung gem. § 80 ZwVerfG. muß bis zum Schluß des Versteigerungstermines erfolgen, sonst fehlt es an der notwendigen Erlaßgrundlage für die ordnungsgemäße Bekanntmachung des Termines. Die gegenteilige Meinung von Stillschweig: JW. 1929, 2541 ist von Reinhard-Müller (3./4. Aufl. § 37 Anm. III Nr. 2) widerlegt. Die Angabe des Versteigerungsortes ist Verfahrungsgrundlage und muß sich in der Terminbestimmung mit der Terminniederchrift decken. Eine Änderung muß in der Terminniederchrift begründet und die hierfür getroffene Vorsorge für die Bietungslustigen und die Beteiligten darzulegen sein, da sie für den Zuschlag in Betracht kommt (§ 80 ZwVerfG.).

Welche Vorkehrungen getroffen werden müssen, um die Bietungslustigen an den neuen Versteigerungsort zu bringen, ist Tatfrage. RG.: OLG. Npr. 11, 124 hat entschieden, daß die Anheftung eines Schriftstückes an der in der Terminbestimmung angegebenen Stelle nicht genügt, wohl aber die Aufstellung eines dort Auskunft gebenden Justizwachmeisters, der aber mit Rücksicht auf die Dauer des Verfahrens mindestens 1/4 Stunden dort warten muß.

RG.: OLG. Npr. 25, 262 hat entschieden, daß die im angelegten Zimmer sonst beschäftigte Gerichtsschreiberei nicht genügt, da ein Bietungslustiger u. U. mit Rücksicht auf die Anschrift am Zimmer dieses gar nicht betritt.

OLG. Hamm: OLG. Npr. 40, 425 hat entschieden, daß die sichtbare Anbringung eines Zettels an der Tür nicht genügt, da der Termin während der Verlegung anbauerte und ein während des Termines zeitweise fortgegangener Beteiligter auf den Zettel bei seiner Wiederkehr nicht achtete.

Für die Raumverlegung bei einem Versteigerungstermin müssen strengere Anforderungen gelten als bei Verlegung eines anderen Termines, da der Versteigerungstermin ja veröffentlicht worden ist. Die Ausführungen des RG. über die Berichtigung der Terminniederchrift sind begründet nach § 139 ZPO. und § 80 ZwVerfG. und decken sich mit dem Beschluß des RG. v. 28. Jan. 1910: OLG. 20, 379 und den Ausführungen bei Reinhard-Müller § 78 Anm. V.

Notar Dr. Wilhelm Beher, Deidesheim.

Hälfte binnen drei Monaten, zur anderen Hälfte in sechs Monaten und zur Zahlung des geringsten Gebotes einschließlich des überschüssigen Teiles eine Frist von zwei Monaten bewilligt werden sollte“.

Das Protokoll enthält über diesen Antrag folgenden Vermerk: „Weiter wurden die aus den Anträgen v. 11. Dez. 1930 gestellten Anträge auf doppeltes Ausgebot gestellt.“

Gegen den Zuschlagbeschuß hat N. St. namens des Schuldners H. sowie des Gläub. B. sofortige Beschwerde eingelegt.

Das LG. hat den Zuschlag verjagt. Nach Erlass des Beschlusses hat das VollstrGer. am 27. Jan. 1931 auf Antrag des Erstehers das Versteigerungsprotokoll in verschiedenen Punkten berichtigt, und zwar dahin:

a) „Mit den Anträgen v. 11. Dez. 1930 bezüglich des doppelten Angebotes sind sämtliche gestellten Anträge gemeint, also auch die, die auf Grund von Widersprüchen seitens betreibender Gläubiger, so des ZR. Dr. B. gegen ein Abweichen von den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen als gestellt anzusehen sind;

b) der Aufruf der Sache ist auch vor Zimmer 119/20 erfolgt. Das Protokoll gibt versehentlich nur neben 523 Zimmer 113/115 an, weil beim LG. Berlin-Mitte die meisten Versteigerungstermine Zimmer 113/115 stattfinden. Der Aufruf ist daher für sämtliche Zimmer erfolgt;

c) nicht nur vor Zimmer 119/120, sondern auch vor Zimmer 113/115 war eine Aufschrift angebracht, und zwar an der Termin tafel, daß der Versteigerungstermin im Zimmer 523 stattfindet. Außerdem wußten die Wachtmeister der Versteigerungsabteilungen, die sich in ihrem Zimmer neben dem Zimmer 119/120 aufhalten, genau Bescheid, wo sich das Zimmer 523 befindet, und wiesen nachtragenden den Weg dorthin.“

Gegen diesen Berichtigungsbeschuß hat N. St. namens des Schuldners H. und des Gläub. B. sofortige Beschwerde eingelegt. Das LG. hat daraufhin den Berichtigungsbeschuß aufgehoben.

Die sofortigen Beschwerden des Erstehers sind unbegründet. Was zunächst den angefochtenen Berichtigungsbeschuß an betrifft, so hat das LG. mit Recht diese Art der Berichtigung nicht für zulässig erachtet. Bei offensibarer Unrichtigkeit ist i. S. des § 319 ZPO. zwar eine Berichtigung des Protokolls zulässig.

Daß bei der Entsch. über den Zuschlag nicht protokollierte Vorgänge unberücksichtigt zu bleiben haben, daß andererseits angelegentlich der Fassung des § 80 ZwVerfG. der unrichtig protokollierte Vorgang außer Betracht zu lassen ist, insofern also von einer zu berichtenden Unrichtigkeit nicht gesprochen werden kann, entspricht der ständigen Praxis des Senats und auch dem Schrifttum (Jaekel-Gütke S. 369; Reinhardt-Müller, Komm. 1931 S. 453).

Aus dem Protokoll geht nun hervor, daß mit den Anträgen v. 11. Dez. 1930 nur die schriftlich vom N. St. gestellten und im Termin überreichten Anträge v. 11. Dez. 1931 gemeint waren. Diese Anträge, insbes. der Antrag auf Bewilligung von Zahlungsfristen, enthielt aber keinen Antrag auf doppeltes Ausgebot i. S. des § 61 ZwVerfG., vielmehr war in dem hier in Rede stehenden Antrage v. 11. Dez. von der Bewilligung von Zahlungsfristen die Rede. Das Protokoll ergibt also nicht, daß außerdem mündliche Anträge auf doppeltes Ausgebot gestellt worden sind. Dies ist aber von entscheidender Bedeutung (§ 80 ZwVerfG.). Man kann auch nicht sagen, daß sich aus dem Sinn und dem Zusammenhang des Protokolls die Stellung solcher mündlichen Anträge auf doppeltes Ausgebot ergibt. Im übrigen besagt der Berichtigungsbeschuß nicht einmal, daß solche mündliche Anträge gestellt worden sind, denn er spricht lediglich davon, daß solche Anträge als gestellt anzusehen sind. Das VollstrGer. hat somit einen Tatbestand hergestellt, wie er aus dem Protokoll nicht herausgelesen werden kann.

Was den anderen Punkt der Berichtigung anbetrißt, so geht das LG. auch hier mit zutreffender Begründung davon aus, daß eine offensibare Unrichtigkeit i. S. des § 319 ZPO. nicht vorliegt, sondern das Protokoll ergänzt worden ist. Dies gilt zunächst für den Fall, daß außer dem im Protokoll genannten Zimmer noch das Zimmer 119/120 als Terminzimmer bezeichnet worden ist, vor dem auch der Aufruf stattgefunden habe. Auch diese Berichtigung findet im § 319 ZPO. keine Stütze. Wenn auch die RPr. zu § 319 ZPO. in weitgehendstem Maße nicht nur Rechenfehler, sondern auch Denkfehler berücksichtigt (RG. 23, 402; 90, 232¹) und Entsch. v. 15. März 1927: ZR. 1927, 1638), so daß auch unter Umständen die Urteilsformel in das Gegenteil dessen verkehrt werden kann, was sie in der ursprünglichen Fassung besagen sollte, so wird doch immer vorausgesetzt, daß dasjenige, was der Richter bei der Urteilsverkündung erkennbar gemollt hat, mit demjenigen, was in dem Urteil zum Ausdruck gelangt ist, in Widerspruch steht.

Hier handelt es sich bei der Berichtigung des Protokolls über den Versteigerungstermin nicht um solche offensibare Unrichtigkeit. Soweit der Beschw. sich auf eine amtliche Auskunft des Ver-

steigerungsrichters (VerfSt.) beruft, ist der Beweisanspruch angeht des § 80 ZwVerfG. unzulässig. Denn der VerfSt. kann nur bekunden, daß das ursprüngliche Protokoll unvollständig war oder daß etwa objektiv Unrichtiges protokolliert worden ist. Auch im letzteren Falle kann die objektive Richtigkeit nicht bei der Entsch. über den Zuschlag zugrunde gelegt werden.

Ist somit der Berichtigungsbeschuß zu Unrecht ergangen, so kann man nicht sagen, es sei so anzusehen, als wenn von vorn herein das Protokoll in der später berichtigten Form niedergelegt worden ist (vgl. RG. 110, 427²). Vielmehr ist von der ursprünglichen Fassung des Protokolls auszugehen.

Auch der Beschwerde gegen den Zuschlagbeschuß war der Erfolg zu verjagen. Ein Verstoß gegen § 61 und damit auch ein Verjagungsgrund aus § 83 Ziff. 1 ZwVerfG. liegt insofern vor, als ein Antrag auf doppeltes Ausgebot i. S. des § 61 Ziff. 1 a. a. O. nach dem maßgebenden Protokoll nicht gestellt worden ist, sondern lediglich ein Antrag auf Bewilligung von Zahlungsfristen.

Tatsächlich ist nun das Grundstück auch mit Zahlungsfristen ausgetreten worden, da der VerfSt. ein vierfaches Ausgebot zugelassen hat. Eine Beeinträchtigung des Schuldners liegt hier wohl nicht vor, wie das LG. meint, denn ohne den Mangel wäre es doch zur Erteilung des Zuschlages gekommen und bei ordnungsmäßigem Verlauf würde wohl ein besserer Versteigerungserlös nicht zu erzielen gewesen sein (RG. v. 5. Okt. 1926: JurWösch. 1927, 1345, vgl. auch 12 W 4838/30). Das Protokoll ergibt, daß auf das Ausgebot mit Zahlungsfristen kein Gebot abgegeben worden ist. Auch eine Beeinträchtigung des Gläub. B. ist aus diesem Grunde nicht darzulegen.

Dagegen hat das LG. mit Recht den Zuschlag verjagt, weil die Vorschriften der §§ 37 Nr. 2, 43 ZwVerfG. verletzt sind. Diese Verletzung rechtfertigt die Verjagung des Zuschlages aus § 83 Ziff. 7. Unstreitig hat der Termin in einem anderen Zimmer stattgefunden als in dem in der Ladung angegebenen. Findet der Termin in einem anderen Zimmer statt, ohne daß unbedingt gebotene Maßregeln vorhanden gewesen sind, damit Kauflustige und Beteiligte den Termin wahrnehmen können, so liegt insofern eine unrichtige Ortsangabe vor. Es ist im Protokoll im einzelnen näher darzulegen, welche ausreichenden Vorkehrungen getroffen worden sind, um die Verlegung des Termins in ein anderes Zimmer in hinreichender Weise bekanntzumachen. Dies ist aber nicht geschehen. Vielmehr reichen die vom VerfSt. getroffenen Maßregeln — die Anbringung einer Aufschrift auf der Termin tafel vor dem Zimmer 119/120 — nach Ansicht des Senats nicht aus. Wenn auch diese Art der Bekanntgabe im Falle der Verlegung eines Termins in ein anderes Zimmer im gewöhnlichen Zivilprozessverfahren üblich ist, so müssen für das Zwangsversteigerungsverfahren, wo die Verjagung eines Termins viel erheblichere Rechtsnachteile bei der Beschränkung der zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe gegen die Entsch. des Richters nach sich zieht, strengere Anforderungen gestellt werden. Es handelt sich im vorliegenden Falle um das LG. Berlin-Mitte, dem größten preuß. LG., einem Gericht, wo gerade in der Terminzeit auf dem Korridor ein besonders lebhafter Verkehr stattfindet. Das Zimmer 523, in welchem der Termin in Wirklichkeit stattfand, liegt in einem besonderen Gebäude, zu dem man durch einen Durchgang gelangt. Falls die Tür zu diesem Durchgang offensteht — und das wird während der Vormittagsstunden meistens der Fall sein —, ist der Durchgang nicht leicht zu finden, da die an der offenen Tür befindliche Aufschrift vielfach übersehen wird. Vor allem besteht aber die große Gefahr, daß der an der Termin tafel bei dem in der Ladung vorgesehenen Terminzimmer angebrachte Zettel herunterfällt oder daß diese Aufschrift verwischt wird. Es besteht auch die Möglichkeit, daß dieser Zettel für den Terminzettel gehalten und infolgedessen nicht besonders beachtet wird. Im vorliegenden Falle war die Aufschrift auf der Termin tafel angebracht. Es geht andererseits aus der eidesstattlichen Versicherung der Frau B. hervor, daß diese den fraglichen Zettel, als sie gegen 1/12 Uhr das Zimmer 119/120 betrat, nicht gesehen hat. Da im Zimmer 119 eine andere Verhandlung stattfand, wie aus der Erklärung des N. St. hervorgeht, bestand vor allem die Möglichkeit, daß Bietungslustige bzw. Beteiligte, die den Zettel an der Tür übersehen hatten, in das Zimmer 119/120 gingen und zunächst der dortigen Verhandlung beiwohnten.

Daß die vom VerfSt. getroffene Regelung nicht genügte, geht auch daraus hervor, daß sowohl kurz nach 11 Uhr als auch gegen 12 und gegen 1 Uhr. als N. St. im Zimmer 119 war, vor dem Zimmer kein Wachtmeister da war, der etwaige Bietungslustige nach dem richtigen Terminzimmer hätte weisen können. Es reicht nicht aus, daß diese Wachtmeister neben dem Zimmer 119/120 ihr Zimmer hatten und daß sie besonders darauf hingewiesen worden waren, den nachtragenden Bescheid zu geben. Im vorliegenden Falle ist also nicht das nach Lage der Sache Erforderliche geschehen. Die Anheftung des Zettels auf der Termin tafel kann im Gegensatz zu dem vom OLG. Hamm: OLG. 40, 426 entschiedenen Falle

¹) ZR. 1917, 765.

²) ZR. 1925, 2006.

für das AG. Berlin-Mitte nicht für ausreichend erachtet werden. Die vom RG.: OLG. 11, 124 aufgestellten Grundsätze sind nicht, wie der Beschw. meint, überholt, vielmehr haben sie bei der enormen Steigerung des Verkehrs und der Vergrößerung des AG. Berlin-Mitte eine erheblichere Bedeutung gefunden. Bestand aber im vorliegenden Falle die Gefahr, daß Beteiligte und Verleugungslustige nicht zur rechten Zeit an dem Termin teilnehmen konnten, weil die Verlegung in ein anderes Terminzimmer nicht genügend verlaubar gemacht worden ist, so sind die Vorschriften über die Terminbestimmung verletzt (§ 37 Ziff. 2 ZwVerfG.).

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 15. April 1931, 12 W 1376/31.)

Mitgeteilt von RGN. Dr. Raemmerer, Berlin.

*

21. §§ 48, 91, 92 Abs. 2 ZwVerfG.; §§ 320, 325, 883 BGB. An Stelle der nicht in das geringste Gebot fallenden Auflassungsvormerkung tritt der Anspruch auf Erfaß des Wertes aus dem Versteigerungserlös. Der Gl. kann seinen Anspruch auf Schadenserfaß aus § 325 BGB. mit dem Rang der bisherigen Vormerkung in Bezug auf den Erlös liquidieren. Keineswegs ist der Wert der Auflassungsvormerkung ohne weiteres dem Versteigerungserlös gleichzusetzen. †)

Soweit sich die vorliegende Klage gegen den Bekl. zu 1 richtet, stützen die Kl. ihren Anspruch materiell darauf, daß das Vollstreckungsgericht dem Bekl. zu 1 auf Grund der zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung den Resterlös voll in Höhe von 2969,94 RM zugeteilt hat.

Die Auflassungsvormerkung fällt unter die Rechte des § 48 ZwVerfG. Sie wird daher, wenn sie gegenüber dem Rechte des betreffenden Gläubigers wirksam ist (§ 883 BGB.), im geringsten Gebot berücksichtigt. An dieser von dem Senat bisher vertretenen, im übrigen auch vorherrschenden Ansicht (Fäkel-Gütke, Anm. 5 zu § 48 S. 237, die dort erwähnte Literatur und Nspr.) ist festzuhalten. U. M. Reinhard-Müller, der auch seinem neuesten Komm., 3./4. Aufl., 1931, S. 291 seinen früheren Standpunkt, wonach die Auflassungsvormerkung unter § 37 Nr. 5 fällt, verteidigt, wie Reinhard-Müller auch Stillschweig; JW. 1929, 1950 und Leo: JW. 1929, 3280. Wird aber die Auflassungsvormerkung nicht in das geringste Gebot aufgenommen, so erlischt sie durch den Zuschlag gemäß § 91 ZwVerfG. Die Auflassungsvormerkung soll den persönlichen Anspruch des Vormerkberechtigten auf Einräumung des Eigentums an einem Grundstück sichern (§ 883 BGB.). Sie ist danach nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet, und es tritt deshalb gemäß § 92 Abs. 1 ZwVerfG. an ihre Stelle der Anspruch auf Erfaß des Wertes aus dem Versteigerungserlös. Dies ist herrschende Ansicht (RG.: Gruch. 54, 1079; Warn. 1928, 272; JW. 1910, 489; RG. v. 20. April 1912: Recht 1912 Nr. 2456 = ZBlfZ. 9, 530).

Wie dieser „Wertesfaß“ im einzelnen zu berechnen ist, darüber

Zu 21. Die Entsch. erweckt Bedenken: Das RG. geht von der herrschenden Auffassung aus, daß die Auflassungsvormerkung nicht ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht i. S. des § 37 Nr. 5 ZwVerfG. ist, sondern unter § 48 ZwVerfG. fällt. Es nimmt weiter mit der herrschenden Auffassung an, daß für die nicht in das geringste Gebot fallende Auflassungsvormerkung gemäß § 92 Abs. 1 ZwVerfG. Wertesfaß aus dem Versteigerungserlös zu gewähren ist. Bei der Feststellung des Wertes der Auflassungsvormerkung geht das RG. aber von diesen Grundsätzen ab und gerät in einen Widerspruch mit sich selbst. Es führt nämlich aus, daß durch den Zuschlag Unmöglichkeit der Erfüllung für den bisherigen Eigentümer eingetreten sei und daß daher gemäß der Nspr. des RG. der vorgemerkte Käufer nur den Differenzanspruch erheben könne, der den Wert seiner Vormerkung nunmehr bestimme. Wäre der Ausgangspunkt richtig, daß sich der Anspruch des vorgemerkten Käufers durch den Zuschlag gemäß § 325 BGB. in einen Schadenserfaßanspruch verwandelt, so würde damit die Vormerkung aus materiellrechtlichen Gründen hinfällig werden, so daß der vorgemerkte Käufer überhaupt keine Ansprüche auf den Versteigerungserlös erheben könnte. Die Auflassungsvormerkung sichert ja nur den Naturalanspruch des Berechtigten auf Auflassung des Grundstücks. Bestimmt z. B. ein Käufer für den eine Auflassungsvormerkung gebührt ist, dem Verkäufer eine Nachfrist gemäß § 326 BGB., so erlischt nach fruchtlosem Ablauf der Frist sein Anspruch auf Auflassung des Grundstücks und damit kraft Gesetzes auch jeglicher Rechtsanspruch aus der Vormerkung; für die Schadenserfaßansprüche haftet die Auflassungsvormerkung nicht. Von seinem Ausgangspunkt aus hätte das RG. also den Widerspruch ohne weiteres für begründet halten müssen, ohne zu untersuchen, welche Höhe der Differenzanspruch des Bekl. aus § 325 BGB. hat.

Der Ausgangspunkt ist aber unrichtig und steht im Widerspruch mit der vom RG. selbst gebilligten Anwendung des § 92 ZwVerfG. Hiernach tritt an die Stelle eines durch den Zuschlag erloschenen Rechts der Anspruch auf Wertesfaß aus dem Versteigerungserlös. Dem § 92 ZwVerfG. liegt nach allgemeiner Auffassung der Gedanke der Surrogation zugrunde. Der Versteigerungserlös tritt an die Stelle

besteht Streit. Der Senat hat in der Sache 12 U 15 386/30 die Frage offen gelassen, da die Entsch. dort keine klare Stellungnahme erforderte. Es wird die Ansicht vertreten, daß der Erlösanspruch in dem Werte des entzogenen Grundstücks besteht (sc. RG., 21. ZivSen., v. 7. Juli 1922: RGH. 1922, 116 unter Bezugnahme auf eine Entsch. des RG. v. 27. Juni 1917; OLG. Königsberg: Seuff-Arch. 62, 125 ff., anscheinend auch RG. 55, 272) und daß daher der Berechtigte Anspruch auf den nach Befriedigung der vorgehenden Gläubiger verbleibenden Erlös ohne weiteres hat. Daß der Wert der Auflassungsvormerkung jedesmal dem Versteigerungserlös gleichkommt, kann nicht zugegeben werden. Insbes. dann nicht, wenn, wie hier, der Auflassungsberechtigte zur Erlangung des Eigentums am Grundstück nicht unerhebliche Gegenleistungen aufbringen muß. Man wird davon auszugehen haben, daß die Vormerkung dazu bestimmt ist, einen schuldrechtlichen Anspruch zu sichern. Sie kann nur soweit Rechte geben, als diese dem schuldrechtlichen Anspruch entsprechen. Nur dann kommt für einen mit seiner Hypothek ausgefallenen Gläubiger ein Hebungszrecht in Bezug auf den verbleibenden Erlös in Frage, wenn die persönliche Forderung des Gläubigers bis zum Zuschlag fortgebauert hat. Dieser Grundsatz muß auch für die Auflassungsvormerkung entsprechend angewandt werden. Man wird daher zu prüfen haben, inwieweit der persönliche Anspruch des Berechtigten die Zuweisung des Erlöses rechtfertigt. Die Leistung des Schuldners ist unmöglich geworden. Es kommen daher, da ein zweiseitig verpflichtender Vertrag vorliegt, die §§ 320 ff. zur Anwendung. Die Unmöglichkeit ist von dem bisherigen Eigentümer zu vertreten. Es besteht daher nach §§ 325, 280 BGB. ein Anspruch auf Schadenserfaß. Dieser Anspruch kann mit dem Rang der bisherigen Vormerkung in Bezug auf den Erlös liquidiert werden. In der Entsch. v. 9. März 1910: Recht 1910 Nr. 1810 heißt es, daß durch die Auflassungsvormerkung, auf die § 92 anzuwenden sei, auch einem an Stelle des Auflassungsanspruchs tretenden Schadenserfaßanspruch aus § 280 ein bestimmter Rang gesichert werde (vgl. vor allem Meißel: Gruch. 57, 593, dessen Ansicht u. a. auch von Fäkel-Gütke, Anm. 5 zu § 48 gebilligt wird; Brand-Dauer S. 283 ZwVerfG. 1930 unter Bezugnahme auf RG. v. 20. April 1912: Recht 1912 Nr. 2456 und Gruch. 54, 1077). Wenn also das OLG. den Wert der Auflassungsvormerkung dem Resterlös von 2969,94 RM gleichsetzt, so ist dieser Ansicht nicht beizutreten.

Die Schadenserfaßansprüche aus einem gegenseitigen Vertrag sind aber ihrer rechtlichen Natur nach Differenzansprüche. Soweit der Bekl. zu 1 mit der Zahlung eines Betrages von 2289,26 RM an die Kl. im Rückstand gewesen ist, konnte er die Verschaffung des Eigentums an den in Frage stehenden Grundstücken auf Grund des Vergleichs v. 4. April 1929 von den Kl. nur Zug um Zug gegen Zahlung des erwähnten Betrages verlangen. Diese Restkaufgefordern, wozu noch gegebenenfalls Verzugszinsen und notwendige Kosten der Rechtsverfolgung hinzuzurechnen sind, muß bei diesen Erfaßansprüchen zugunsten der Kl. berücksichtigt werden. Der Bekl. zu 1

des Grundstücks; die dinglichen Rechte, die am Grundstück erloschen sind, bestehen nunmehr am Versteigerungserlös fort. Bei Zugrundelegung des Surrogationsgebankens ist daher die Leistung des Grundstücksveräußerers nicht unmöglich geworden; sie hat sich vielmehr nur entsprechend dem § 92 ZwVerfG. umgewandelt. Infolgedessen ist die Auflassungsvormerkung in Kraft geblieben. Auf Grund der Sondervorschrift des § 92 ZwVerfG. ist der vorgemerkte Anspruch in einen solchen auf den Erlös umgewandelt, nicht aber als dinglich gesicherter Anspruch erloschen und in einen Schadenserfaßanspruch übergegangen. Der Anspruch auf den Versteigerungserlös ist keineswegs identisch mit dem Schadenserfaßanspruch aus § 325 BGB. Vielmehr bleiben die dingliche Rechte als solche bestehen (vgl. Fäkel-Gütke, Anm. 1 zu § 92 ZwVerfG.); ähnlich Reinhard-Müller, 3. u. 4. Aufl., II zu § 92 ZwVerfG., wonach der Erlös als Nachwirkung der Grundstücksbeschlagnahme zugunsten der Rechte, die im Augenblicke des Zuschlags begründet waren, dinglich gebunden und keine Mobiltaraffe ist, und die materiellen Bestimmungen, die für das erste Recht gegolten haben, auf das Erfaßrecht insoweit anwendbar sind, als es dessen Natur als Geldanspruch zuläßt.

Ist aber der § 325 BGB. infolge der Sondervorschrift des § 92 ZwVerfG. auf den vorgemerkten Auflassungsanspruch nicht anwendbar, so geht es auch nicht an, den Wert der Auflassungsvormerkung mit dem Differenzanspruch zu identifizieren. Nach herrschender Auffassung steht dem Ersteher des Grundstücks, wenn die Auflassungsvormerkung in das geringste Gebot fällt, ein Anspruch auf die von dem Vorgemerkten noch zu entrichtende Gegenleistung nicht zu (vgl. RG.: Gruch. 25, 723; Fäkel-Gütke, Anm. 5 zu § 48 ZwVerfG.). Die Auflassungsvormerkung sichert vielmehr den einseitigen Anspruch des Vorgemerkten auf Erlangung des Eigentums am Grundstück, und zwar ohne Rücksicht auf die von ihm geschuldeten Gegenleistungen. Dieser Umfang der dinglichen Sicherung kann sich nicht dadurch ändern, daß die Auflassungsvormerkung nicht in das geringste Gebot fällt, sondern sich in ein Unrecht am Erlöse umwandelt. Auch in diesem Falle ist es unzulässig, die von dem Vorgemerkten persönlich geschuldete Gegenleistung zu berücksichtigen. Der

kann schon aus diesem Grunde nicht mit der Einrede des verspäteten Vorbringens und der Klageänderung gehört werden, ganz abgesehen davon, daß die Kl. diese Restkaufgeldansprüche bereits im ersten Rechtszuge geltend gemacht hatten. Die dabei von ihnen gewählten verschiedenen Bezeichnungen können auf die rechtliche Würdigung keinen Einfluß haben.

Wie oben dargelegt, kann der Restlösz dem Bekl. zu 1 nur insoweit zugewiesen werden, als ihm solche Schadensersatzansprüche zustehen und die Gegenforderung der Kl. aus dem Restkaufgeld übersteigen.

Dieser Differenzbetrag stellt sich dann als einseitige Forderung auf Erstattung in Geld dar. Die in RG. 102, 62¹⁾ in bezug auf § 326 BGB. angestellten Erwägungen greifen auch bei einem auf § 325 BGB. gestützten Anspruch entsprechend durch.

Da der Bekl. zu 1 sich nicht auf ein Recht i. S. der §§ 891, 892 BGB. berufen kann, liegt ihm der Beweis dafür ob, daß ihm auf Grund der Vormerkung ein Anspruch aus den Versteigerungserlös zusteht.

(RG., 12. Zivilsen., Ur. v. 11. März 1931, 12 U 10372/30.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Kaemmerer, Berlin.

*

22. §§ 55 Abs. 2, 90, 37 ZivilVerfG.; §§ 731, 727, 325 ZPO.

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage aus § 731 ZPO. gegen den Rechtsnachfolger des im Ur. bezeichneten Schuldners, gegenüber dem das Ur. wirksam ist (§ 325 ZPO.) besteht schon dann, wenn der Gläubiger die nach § 727 vorzulegenden Urkunden nicht ohne Schwierigkeiten beschaffen kann.

2. Die Rechtskraft des Ur. i. S. des § 325 ZPO. wirkt gegenüber dem Rechtsnachfolger, wenn er die Zweifelhafteit der materiellen Rechtslage beim Rechtserwerb kannte oder kennen mußte.

3. Im Zuschlagsbeschl. von der Versteigerung nicht angenommenes Zubehör wird vom Zuschlag nicht erfasst, wenn es durch einen vor Schluß der Versteigerung im Versteigerungstermin formlos bekanntgegebenen Einstellungsbeschl. der Versteigerung entzogen ist. Insofern ist eine teilweise Einstellung zulässig. +)

Der Kl. lieferte im Frühjahr 1925 an den Gastwirt T. für die auf seinem, jetzt den Bekl. gehörigen Grundstück betriebene Gastwirtschaft ein Restaurationsbüfett mit Umbau unter Eigentumsvorbehalt bis zur vollen Zahlung des Kaufpreises.

Das Grundstück kam zur Zwangsversteigerung. Da der Kaufpreis für das Büfett nicht gezahlt worden war, erwirkten der Kl. beim VollstrGer. die einstw. Einstellung der Zwangsvollstreckung in das Büfett. Der Beschl. wurde im Verf.Termin vor Schluß des VerfGeschäfts bekanntgegeben und die Bek. im Protokoll vermerkt; ein Ausschluß des Büfetts im Zuschlagsbeschl. erfolgte nicht. Der Ersteher verweigerte die Herausgabe des Büfetts. Er wurde rechtskräftig zur Herausgabe verurteilt.

Während des Rechtsstreits erfuhr der Kl., daß der Ersteher mit der Bekl. in Verkaufsverhandlungen stehe. Er teilte diesen mit, daß er das Büfett an T. unter Eigentumsvorbehalt geliefert habe, auf Grund dessen er noch Eigentümer sei. Den Bekl. war bereits beim

Wert der Auflassungsvormerkung ist vielmehr dem ganzen Grundstückswerte abzüglich der im Range vorgehenden Belastungen gleichzusetzen. Dies ist auch der Standpunkt des RG. (vgl. JW. 1910, 489²⁾). Der Umfang der dinglichen Haftung ist bei einer Auflassungsvormerkung nicht davon abhängig, ob der vorgemerkte Anspruch auf einem gegenseitigen Vertrage beruht, ob in diesem Falle der vorgemerkte Gläubiger seine Gegenleistung bereits ganz oder teilweise bewirkt hat oder ob der vorgemerkte Anspruch auf einem einseitigen Vertrage, z. B. einem Schenkungsvertrage, beruht. Für den Wert der Auflassungsvormerkung i. S. des § 92 ZivilVerfG. kann aber nur die dingliche Haftung des Grundstücks maßgebend sein, nicht das kausale Abrechnungsverhältnis zwischen dem vorgemerkten Gläubiger und dem Eigentümer. Es ist daher der herrschenden Meinung beizutreten, wonach dem Berechtigten aus der Auflassungsvormerkung der gesamte Restbetrag des Versteigerungserlöses nach Befriedigung der im Range vorgehenden dinglich Berechtigten zuzuteilen ist.

RM. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

1) JW. 1921, 740.

Zu 22. Dem Ur. ist in allen Punkten zuzustimmen. Daß eine Nachprüfung der durch das RG. erfolgten Verneinung der Klageänderung in der Ver.Zust. ausgeschlossen ist, ergibt sich aus § 270 ZPO. Tatsächlich dürfte allerdings eine Klageänderung vorgelegen haben. Wollte man dies verneinen, so müßte man den Charakter des Verf. aus § 731 ZPO. als „Anhangs- oder Nachtragsverf.“ (Mich. Schmidt, Lehrb. S. 900 f.) betonen und demgemäß darin, daß der Kl. seinen ursprüngl. Klageantrag auf Verurteilung der bekl. Eheleute als Gesamtschuldner zur Herausgabe des Büfetts nachträglich durch den Antrag auf Erteilung der Vollstr.Klausel gegen

Kaufangebot des Grundstücks mitgeteilt worden, daß die Eigentumsverhältnisse an dem Büfett zweifelhaft seien. Bei der Zwangsvollstreckung auf Grund des RG.Ur. gegen den Ersteher verweigerten die Bekl., die inzwischen Besitz und Eigentum am Grundstück erlangt hatten, die Herausgabe des Büfetts.

Der Kl. hat mit der Begründung, er sei Eigentümer des Büfetts geblieben, da dieses Zubehör des Grundstücks gewesen und daher auf Grund des Einstellungsbeschl. von der Zwangsversteigerung unberührt geblieben sei, gegen die Bekl. als Gesamtschuldner auf Herausgabe des Büfetts geklagt.

Später hat er, da das Ur. gegen den Ersteher gegen die Bekl. wirke und die nach Eintritt der Rechtshängigkeit dessen Rechtsnachfolger geworden seien, in erster Linie aus diesem Ur. auf Erteilung der Vollstr.Klausel gegen die bekl. Eheleute als Gesamtschuldner sowie auf Verurteilung des bekl. Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen seiner Ehefrau geklagt und den zuerst gestellten Antrag nur hilfsweise gestellt.

Die Bekl. haben Klageänderung gerügt. Im übrigen seien sie Eigentümer des Büfetts geworden. Dieses sei infolge festen Einbaus wesentl. Grundstücksbestandteil geworden und daher von der Zwangsversteigerung erfasst worden. Selbst als Zubehör wäre es durch den bedingungslosen Zuschlag Eigentum des Erstehers geworden, ohne Rücksicht auf den Einstellungsbeschl. überhaupt seien sie schon durch rechtswirksamen und gutgläubigen Erwerb des Grundstücks Eigentümer auch des Büfetts geworden.

Beide Instanzen haben verurteilt.

1. Nicht begründet ist die Anfechtung der Entsch., soweit das BG. der Klage auf Erteilung der Vollstr.Klausel (§ 731 ZPO.) stattgegeben hat. Die Zulässigkeit dieser Klage ergibt sich aus dem Rechtsschutzbedürfnis des Kl. Sie ist gegeben, wenn der nach § 727 ZPO. erforderliche Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentl. oder öffentl. beglaubigte Urk. nicht geführt werden kann (§ 731 ZPO.). Dazu genügt nach h. M., daß die fraglichen Urk. für den Kl. nicht leicht zu beschaffen sind (Stein-Jonas § 731 I; Sydow-Busch, 1926, § 731, 1; SeuffArch. 52, 369; 47, 368). Hinzu kommt, daß nur die Klage des § 731 einen rechtskräftigen Nachweis der Wirksamkeit des Ur. gegenüber den Rechtsnachfolgern ermöglicht (RG. 88, 267¹⁾; Sydow-Busch § 731, 1), hier aber an diesem Nachweis infolge der anhaltenden Weigerung der Bekl., das Büfett herauszugeben, dringendes Interesse besteht.

2. Die Klage ist auch begründet, da die Bekl. Rechtsnachfolger des Erstehers sind, und das gegen diesen ergangene Ur. nach § 325 ZPO. gegen sich gelten lassen müssen (§ 727 ZPO.). Die Rechtsnachfolge des § 727 ZPO. verlangt nicht eine volle Rechtsübertragung, sie läßt auch den Übergang oder Erwerb eines minderen Rechts, wie des Eigenbesitzes an Stelle einer unwirksamen Eigentumsübertragung, genügen (RG. 82, 38²⁾; Sydow-Busch § 325, 3). Zum mindesten Eigenbesitzer sind aber die Bekl. durch die Übergabe des Grundstücks auf Grund des Kaufvertr. geworden. Erforderlich ist für die Rechtskrafteinstreckung auf die Bekl., daß sie beim Erwerbe des Eigenbesitzes die Rechtshängigkeit oder die Zweifelhafteit der Rechtslage hinsichtlich des Büfetts kannten oder kennen mußten (§ 325 Abs. 2 ZPO., § 932 BGB.). Ist das in § 325 Abs. 2 ZPO. auch nur für die Rechtshängigkeit ausgesprochen, so würde es doch dem Ges Zweck widersprechen, den gutgläubigen, aber die Rechtshängigkeit kennenden Erwerber schlechter zu stellen als den die

sie und auf Verurteilung des bekl. Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung ersetzt hat, hinsichtlich des Antrags auf Erteilung der Klausel nur eine durch die Rechtsnachfolge veranlaßte andere prozessuale Geltendmachung des im Titel festgestellten, also gleichgebliebenen materiellen Anspruchs bei gleichgebliebener Begründung und in dem Duldungsantrag nur eine prozessuale Abschwächung in der Geltendmachung dieses Anspruchs erblicken. So lehnt in der Tat Falkmann, Die Zwangsvollstreckung usw. S. 140 f. die Meinung ab, daß sich das Verf. des § 731 auf die Feststellung der Tatsachen zu beschränken habe, von denen die Erteilung der Klausel gegen einen Dritten abhängt, und meint, daß sich die Entsch. darauf zu erstrecken habe, ob auf Grund des Titels i. Verb. m. jenen Tatsachen ein Anspr. des Kl. gegen den Bekl. besteht. Nach dieser Auffassung würde allerdings im vorl. Falle in dem Übergang von dem Antrag aus § 985 BGB. zu demjenigen aus § 731 ZPO. eine Klageänderung nicht liegen. Nun wird aber bei dieser Antragsänderung nachträglich ein ganz anderes Rechtsschutzbegehren geltend gemacht, auch sind die klagebegründenden Tatsachen in § 731 andere. Die auf das Eigentum gestützte Leistungsklage aus § 985 BGB. wird ersetzt durch eine prozessuale Feststellungsklage (Feststellung der Zulässigkeit der Klauselerteilung, vgl. Rosenberg, Lehrb. d. dtsh. Zivilprozessrechts, 3. Aufl., S. 632 d), bzw. durch eine Klage „auf die rechtsgestaltende Handlung“ (Stein-Junker, Grundriss, 3. Aufl., § 136 IV). Auch die klagebegründenden Tatsachen werden geändert, indem an Stelle der Eigentum begründenden Tatsachen die Rechtsnachfolge des § 727 ZPO. zum Gegenstand der richterl. Prüfung und Entsch. gemacht wird. Damit werden die Bekl. gezwungen, ihre Verteidigung umzustellen. Damit ist aber die Klageänderung gegeben. Hieran ändert auch

1) JW. 1916, 1125.

2) JW. 1913, 654.

Zweifelhaftigkeit der Rechtslage von vornherein kennenden (Stein-Jonas § 325 IV 1; Sydow-Busch § 325, 5; RG. 79, 165⁹). Bösgläubig i. S. des § 932 BGB. sind aber die Bekl. beim Erwerb des Eigenbesitzes gewesen, so daß sie kein Eigentum am Büfett erworben haben. Das Büfett ist nur Zubehör, nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden; der Eigentumsvorbehalt des Kl. ist daher nicht erloschen (Urt. d. 8. ZivSen. v. 3. Juli 1930, 8 U 12 740/28).

3. Der Kl. hat auch sein Eigentum durch den Zuschlagsbeschl. in der Zwangsversteigerung nicht verloren. Im Zuschlagsbeschl. von der Versteigerung nicht ausgenommenes, im Eigentum eines Dritten stehendes Zubehör wird nach §§ 55 Abs. 2, 90 ZwVerfStG. vom Zuschlag nur erfasst, falls es nicht vor Schluß des Versteigerungsbeschl. durch einen Einstellungsbeschl. (§ 37 Nr. 5 ZwVerfStG.) dem Versteigerer entzogen ist (RG. 70, 400⁴); Reinhard, ZwVerfStG. 1928 § 37, 1 c, 3, 5, § 37, 6 c). Injoweit wird ausnahmsweise auch eine teilweise Einstellung für zulässig erachtet. Ein entspr. — vor Schluß der Versteigerung erlassener — Einstellungsbeschl. liegt hier vor. An seiner Wirksamkeit kann auch der Einwand, er sei weder verkündet noch den Bekl. zugestellt, nichts ändern. Der Versteigerer hat den Beschl. im Versteigerungsbeschl. vor Schluß der Versteigerung bekanntgegeben und die Bekanntgabe im Protokoll vermerken lassen. Diese Erkl., aus der der Wille des Ger. hervorgeht, das Zubehörfstück von der Versteigerung auszuschließen, genügt; eine Form ist nicht vorgeschrieben. Mit dieser Bekanntgabe ist die Einstellung sofort wirksam geworden (§§ 329, 312 Abs. 2 ZPO.).

4. Auch durch ihren Eigentumserwerb am Grundstück haben die Bekl. das Eigentum am Büfett nicht erworben, da nach § 926 Abs. 2 BGB. fremdes Zubehör die allg. Vorschr. über gutgläubigen Erwerb gelten. Gutgläubig sind die Bekl. bei Besitzerglangung am Büfett nicht gewesen.

Infolgedessen wirkt auch das Urt. des Kl. gegen den Ersteher Rechtskraft gegen die Bekl.

(RG., 16. ZivSen., Urt. v. 1. Mai 1930, 16 U 7437/29.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dullien, Berlin.

*

nichts, daß die Eigentumsklage bei ihrer Durchführung mangels Rechtschutzbedürfnisses hätte abgewiesen werden müssen (Rosenberg a. a. O.). Dieser Gesichtspunkt hätte allerdings die Zulassung der Klageänderung für die erste Instanz als sachdienlich erscheinen lassen müssen, falls sie dieselbe bejaht hätte.

Andersfalls ergibt sich aus dieser Unzulässigkeit der Leistungsklage nach § 985 i. Verb. m. den weiteren Ausführungen des Urt. das Rechtsschutzinteresse des Kl. für die Klage aus § 731 gegen die Bekl. als Rechtsnachfolger. Das Vorliegen einer Rechtsnachfolge wird vom RG. in Übereinstimmung mit dem RG. (vgl. außer RG. 82, 38 = JW. 1913, 654 auch 20, 421; 57, 326) m. R. bejaht. Die Wirksamkeit des gegen den Ersteher ergangenen Urt. den Bekl. gegenüber hängt somit in der Tat, wie das Urt. zutreffend ausführt, davon ab, daß diese entweder die Rechtshängigkeit oder das Zweifelhafte der Rechtslage hinsichtlich des Büfetts kannten. Es genügt die bloße Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Mangels im Recht (RG. 79, 165 = JW. 1912, 694). Dieses Urt. weist insbes. nach Erörterung der Bedeutung der §§ 236, 238 in der bis 1. Jan. 1900 in Geltung gewesenem Fass. der ZPO. darauf hin, daß Abs. 2 des jetzigen § 325 den Satz 1 jenes § 238 ersetzen und wie dieser besagen sollte, daß der gutgläubige Erwerber, der nach bürgerl. Recht gegen einen Mangel im Recht seines Rechtsvorgängers geschützt ist, auch das gegen diesen ergangene Urt. nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Dabei wird betont, daß zwar nach § 325 Abs. 2 i. Verb. m. Abs. 3 Satz 1 das Urt. schon dann gegen den Rechtsnachfolger wirke, wenn dieser die Rechtshängigkeit beim Erwerber kenne, daß aber damit nicht die Kenntnis des Mangels im Recht durch die der Rechtshängigkeit ausgeschaltet, diese vielmehr nur neben jene getreten sei und beide somit einander gleichständen (ebenso Stein-Jonas § 325 IV 1 a. E.; Rosenberg a. a. O. S. 534). M. R. legt das Urt. auf diese Gleichstellung entscheidendes Gewicht. Denn da für eine Kenntnis der Bekl. von der Rechtshängigkeit im vorl. Fall keine Anhaltspunkte bestehen, hängt die Erstreckung der Wirkung des gegen den Rechtsvorgänger ergangenen Urt. auf die Bekl. davon ab, daß sie bei dem Erwerb des Eigenbesitzes bösgläubig waren. Auch die weitere Ausführung des RG., daß durch den Zuschlagsbeschl. das Büfett nicht Eigentum der Bekl. geworden ist, weil der Einstellungsbeschl. des § 37 ZwVerfStG. auch eine nur teilweise Einstellung verfügen könne, sind zutreffend.

Prof. Dr. Rud. Schulz, Freiburg i. Br.

⁹) JW. 1912, 694.

⁴) JW. 1909, 251.

In 23. Die Entsch. ist unbefriedigend, ihre Richtigkeit zweifelhaft. Was zunächst den Meinungsstreit zwischen dem Beschwerde- und Prozeßgericht anlangt, so wäre es m. E. (zur Vermeidung widersprechender Entsch.) richtiger gewesen, wenn das BeschwG. die Entscheidung über die Zulässigkeit der EinstwVerf. dem Prozeßgericht überlassen und den BeschwF. auf den (ja bereits beschrittenen) Weg des § 925 (936) ZPO. verwiesen hätte.

1. Aus der Entsch. ergibt sich nicht, ob eine ordnungsmä-

23. § 115 ZwVerfStG.; §§ 878, 935, 940 ZPO. Eine vom Prozeßgericht nach Ablauf der Monatsfrist des § 878 ZPO. erlassene EinstwVerf., wonach die Ausführung des Teilungsplanes bis zur rechtskräftigen Entscheidung der in zwischen erhobenen Widerspruchsklage zu unterbleiben hat, ist für das Versteigerungsgericht unbeachtlich. +)

Wenn die im § 878 ZPO. gefetzte Frist von einem Monat verstrichen ist, ohne daß der Widersprechende den Nachweis der ordnungsmäßigen Zustellung der Widerspruchsklage erbracht hat, so hat der Versteigerungsrichter von Amts wegen weiter tätig zu werden und das GBV. zu eruchen, die im Teilungsplan vorgesehene „bedingte“ Übertragung der Sicherungshypothek an den Ersteher in eine „unbedingte“ zu veranlassen. Die von der Antragstellerin unter Bezugnahme auf Jaekel-Gütthe S. 527 und Peiser, ZPP. 47, 194 beantragte EinstwVerf. kann daher nur den Zweck verfolgen, den Versteigerungsrichter zu veranlassen, bis zur rechtskräftigen Entsch. über die Widerspruchsklage mit der weiteren Ausführung des Teilungsplanes zu warten, bis zu diesem Zeitpunkt also nicht tätig zu werden.

Die Bormahme bzw. die Unterlassung einer Amtshandlung kann aber nicht durch eine EinstwVerf., die sich nicht gegen unbeteiligte Dritte richtet, dem Versteigerungsrichter zur Pflicht gemacht werden. Auch im vorliegenden Falle ist, wie aus der Fassung der EinstwVerf. hervorgeht, in ihr eine solche Anweisung an den Versteigerungsrichter enthalten. Dies ist aber nicht zulässig. Dem Antragsgegner wird nicht die Bormahme einer Handlung unterstellt. Es hat aber der Versteigerungsrichter ohne Rücksicht auf etwaige Anträge der Beteiligten nach fruchtlosem Ablauf der Monatsfrist den Teilungsplan zur Ausführung zu bringen.

Der Senat ist der Ansicht, daß im vorliegenden Falle der erforderliche Nachweis einer ordnungsmäßigen Zustellung der Klage bis zum 14. Febr. 1931 nicht erbracht war. Im übrigen würde es aber auch auf diesen Punkt nicht weiter ankommen. Denn steht man auf dem Standpunkt, die Antragstellerin habe den Nachweis der ordnungsmäßigen Klagezustellung erbracht, so fehlt es insofern an dem Bedürfnis für den Erlass einer EinstwVerf. Dies gilt auch für den

mäßige Zustellung der Klage deshalb nicht als gegeben angesehen wurde, weil die zugestellte Abschrift nicht beglaubigt war, ein Mangel, der die Zustellung ohne weiteres wirkungslos machte (Stein-Jonas § 170 A. V) oder deshalb, weil Kl. Z. zur Empfangnahme der Zustellung nicht ermächtigt war. Es ist bestritten, ob die für das Versteigerungsverfahren erteilte Vollmacht auch für die Widerspruchsklage des § 878 ZPO. gilt (Stein-Jonas § 81 A. II 1, 3 Note 14, 15 u. § 178 A. 1 Note 7; Mann § 81 A. 3d, § 178 A. 1d, § 878 A. 2; Sydow-Busch § 878 A. 3; Raumbach A. 2 A). Das wäre zweifellos der Fall, wenn der Widerspruchsbekl. (Ch.) das Versteigerungsverfahren gegen K. betrieben hätte, da dann der Rangstreit der jetzigen Parteien unter diejenigen Prozeßhandlungen fielen, die durch die Zwangsvollstreckung veranlaßt wurden (SeuffArch. 39, 376; OLGPr. 19, 150; vgl. auch RG. 52, 313). Wenn jedoch Ch. lediglich seine Hypothek in einem von einem anderen gegen K. betriebenen Verfahren ausgeben hatte, dann handelte es sich bei der Widerspruchsklage um einen selbständigen Rechtsstreit und die Widerspruchsklage mußte dem Ch. persönlich zugestellt werden (vgl. OLGPr. 14, 163).

2. Aus der Entsch. ist weiter nicht ersichtlich, ob zur Zeit der Entsch. des BG. die Antragstellerin B. überhaupt noch die Möglichkeit hatte, durch weitere Beschwerde die vom BG. (als BeschwG.) angeordnete weitere Ausführung des Teilungsplanes aufzuhalten, d. h. ob nicht die Sicherungshypothek zur Zeit des Urteils bereits auf Ch. allein umgeschrieben war. Der Antragstellerin B. war jedenfalls nichts damit gebietet, daß sie auf den Beschwerdeweg verwiesen wurde, da ja eine weitere Beschwerde eben wegen des (vom RG. angenommenen) Mangels einer ordnungsmäßigen Klagezustellung aussichtslos erschien und abgewiesen worden wäre. Auch ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der Entsch. des BeschwG. (§ 572 Abs. 3 ZPO.) war aussichtslos, hätte aber jedenfalls nur bis zur Entscheidung über die weitere Beschwerde Vorseorge getroffen. Gerade in einem solchen Falle, wo ein anderer Weg voraussichtlich keinen Erfolg verspricht, ist aber ein Rechtschutzbedürfnis nach einer EinstwVerf. gegeben.

3. Das Wesentliche an der Entsch. ist aber der Satz, daß schon die Nichteinhaltung der Frist des § 878 Abs. 1 ZPO. den Rechtsverlust des Unrechtes auf die Teilungsmasse als solche zur Folge habe. Dieser Satz findet sich auch bei Stein-Jonas § 878 A. VII Note 48 im Anschluß an Gruch. 42, 746 u. OLG. Breslau: JW. 1930, 170⁹ a. E. Der Satz bedarf aber einer Einschränkung, wie sich aus RG. 99, 202 = JW. 1921, 242 ergibt. Dort ist ausdrücklich (im Obensatz zu JW. 1914, 298 f.) die Widerspruchsklage noch bis zur Auszahlung (hier: bis zur Umschreibung der Sicherungshypothek) für zulässig erklärt und ausgesprochen, daß der Vollstreckungsrichter das im Widerspruchsprozess ergehende Urteil zu berücksichtigen habe, wenn er bis dahin den Teilungsplan noch nicht ausgeführt hatte; er dürfe den Teilungsplan nicht mehr in der ursprünglichen Gestalt ausführen, trotzdem die Frist abgelaufen sei. Denn die Frist des § 878 Abs. 1 ZPO. sei lediglich

Fall, daß der Versteigerungsrichter den Teilungsplan deshalb ausführen will, weil er den Nachweis der Zustellung nicht für geführt erachtet. In einem solchen Falle steht der Antragstellerin dann das Rechtsmittel der Beschwerde zur Seite. Für den Erlass einer Einstw. Verf. ist aber kein Raum.

Wenn dagegen der Nachweis der Klagezustellung nicht rechtzeitig geführt ist, so hindert dies den Versteigerungsrichter nicht, den Teilungsplan auszuführen (RG. 99, 206¹). Die Nichterhaltung der Frist hat den Rechtsverlust des Anrechtes auf die Teilungsmasse als solche zur Folge. Daraus folgt, daß die Parteien in bezug auf die Teilungsmasse nicht mehr in einem Rechtsverhältnis stehen, so daß auch eine vorläufige Regelung eines solchen in Wirklichkeit nicht mehr bestehenden Rechtsverhältnisses im Wege der Einstw. Verf. nicht in Frage kommt.

Was den etwaigen Bereicherungsanspruch der Antragstellerin betrifft, so kann ein solcher nur im Wege des Arrestes unter Umständen gefichert werden.

(RG., 12. ZivSen., Ur. v. 1. Juli 1931, 12 U 6312/31.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Kämmerer, Berlin.

*

für das Verteilungsverfahren des Vollstreckungsrichters gesetzt, nicht für die beim Prozeßgericht zu erhebende Klage; auf diese hin aber habe der Vollstreckungsrichter die Streitmasse an den Widerspruchskl. auszusagen, auch wenn die Klage erst nach Ablauf der Frist erhoben sei (RG. a. a. O. S. 205 u. 207 a. E.). Das ist aber doch nur möglich, wenn der Verlust des Anrechtes auf die Teilungsmasse durch den Fristablauf allein noch nicht herbeigeführt ist. Erst mit der tatsächlichen Ausführung des Planes (d. h. mit der Auszahlung der Streitmasse bzw. der Umschreibung der Sicherungshypothek) hört also das Rechtsverhältnis der Parteien in bezug auf die Teilungsmasse auf, während bis dahin ein der Regelung durch Einstw. Verf. zugängliches Rechtsverhältnis trotz bereits eingetretener Verjährung der Frist weiterbesteht. Es besteht so lange, als die Streitmasse auf den Namen der beiden Streitteile hinterlegt bzw. die Sicherungshypothek auf den Namen der beiden Teile (Erbberechtigten und Widersprechenden) im Grundbuch steht (vgl. Kann § 878 A. 3c).

4. Auch gegen die Ausdehnung des Grundsatzes, daß im Wege der Einstw. Verf. nicht an unbeteiligte Dritte und insbes. nicht an andere Behörden Gebote oder Verbote erlassen werden können, auf das Verhältnis zwischen Prozeß- und Vollstreckungsgericht habe ich Bedenken. Dieser Grundsatz (vgl. Stein-Jonas § 938 A. I 3 Note 16) gilt wohl ohne Einschränkung gegenüber einer Verwaltungsbehörde (z. B. JW. 1927, 2204²²; DVWspr. 40, 434 ff.) und gegenüber dem GVA. (RG. 117, 287 = JW. 1927, 2454; 120, 118 = JW. 1928, 2462); aber für das Verhältnis zwischen Prozeß- und Vollstreckungsgericht scheint mir der § 880 ZPO. ausschlaggebend zu sein: Durch das prozeßrichterliche Urteil wird endgültig entschieden, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Teil der Masse auszusagen sei; allenfalls wird sogar durch Urteil dem Vollstreckungsrichter die Anfertigung eines neuen Planes und ein anderweitiges Verteilungsverfahren aufgegeben. Sollte da die prozeßrichterliche Einstw. Verf., durch welche (in Ermangelung einer nicht vorgesehenen einstweiligen Anordnung nach Art der §§ 707, 719, 769, 770 ZPO.) eine vorläufige Regelung der Nichtauszahlung getroffen wird, vor der Majestät des VollstreckungsR. haltmachen müssen? Sollte der ProzeßR. zwar durch eine einstweilige Anordnung das ganze Verfahren der Vollstreckungsorgane aufhalten, aber durch eine Einstw. Verf. nicht eingreifen dürfen? Die Befugnis zur vorläufigen Regelung, das minus, ist in der Befugnis, ja in der Verpflichtung zur endgültigen Regelung, dem majus, ohne weiteres enthalten. Um die Verteilung endgültig regeln zu können, muß der Prozeßrichter, wenn sein nach § 880 ZPO. ergehendes Urteil nicht auf dem Papier stehenbleiben soll, den Vollzug seines Urteils von vornherein sicherstellen können. Und das kann er nur durch eine Einstw. Verf. Wenn er durch Urteil den Vollstreckungsrichter anweisen darf und muß, wie dieser die endgültige Ausführung des Teilungsplanes vornehmen soll, wird man ihn wohl auch für befugt erachten können und müssen, den Vollstreckungsrichter anzuweisen, daß er bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Widerspruch die endgültige Ausführung des Teilungsplanes zu unterlassen hat (vgl. Pfeifer: ZFP. 47, 194; JW. 1898, 109).

Ist man aber der Meinung, daß dem Versteigerungsrichter durch Einstw. Verf. keine Vorschriften gemacht werden können, so steht m. E. nichts im Wege, durch Einstw. Verf. dem Antragsgegner die Annahme der ihm vom Versteigerungsrichter endgültig zugewiesenen Streitmasse bzw. die Verfügung hierüber und über die noch auf ihn und den Antragsteller eingetragene Sicherungshypothek für den Fall ihrer Umschreibung zu untersagen. Dieses (relative) Veräußerungsverbot würde zwar nicht die Umschreibung auf den Antragsgegner verhindern (eben weil die Frist abgelaufen und daher der Versteigerungsrichter an sich die Umschreibung vornehmen muß), wohl aber würde dieses Veräußerungsverbot noch vor der Umschreibung bei der Sicherungshypothek eingetragen oder doch im unmittelbaren

Hamburg.

24. §§ 148, 21, 20 ZwVerfG.; § 1124 BGB. Die Zwangsverwaltung erfaßt die Miet- und Pachtzinsforderungen auch dann, wenn sie auf Antrag eines nicht hypothekarisch gesicherten Gläubigers eröffnet wird. †)

Die Kl. hatte eine Forderung gegen den Grundeigentümer F. auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 28. Juni 1930 hat sie die Forderung des Grundeigentümers gegen die Mieter des Hauses F.straße 48 gepfändet und überwiesen erhalten. Der Beschluß ist am gleichen Tage zugestellt. Nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses ist auf Betreiben des Bekl. (Finanzdeputation) die Zwangsverwaltung des Grundstückes wegen rückständiger Grundsteuer angeordnet worden. Der Bekl. behauptet, daß durch die Zwangsverwaltung in Gemäßheit des § 148 ZwVerfG. die Pfändung die am 1. Okt. 1930 fälligen Mieten nicht mehr ergreift, während die Kl. auf dem Standpunkt steht, daß der Bekl., der nicht gem. § 1124 BGB. als Hypothekarier, sondern wegen rückständiger Grundsteuern die Zwangsverwaltung betreibt, die Pfändung auch wegen der am 1. Okt. 1930 fälligen Mieten noch gegen sich gelten lassen müsse.

OG. und OVG. haben der Bekl. die hinterlegten Mieten zugesprochen, das OVG. aus folgenden Gründen:

RG.: JW. 1927, 2583 führt aus, daß § 1124 BGB. zugunsten des nicht hypothekarisch gesicherten Gläubigers keine Anwendung findet, weil § 20 Abs. 2 ZwVerfG. durch § 21 Abs. 2 dahin eingeschränkt sei, daß Miet- und Pachtzinsen nicht von der Beschlagnahme im Falle der Zwangsversteigerung betroffen werden. Die Bedeutung des § 148 Abs. 1 ZwVerfG. der auf § 21 des Ges. verweist, erschöpfe sich in der Feststellung, daß die „Gattung“ der Miet- und Pachtzinsen als solche von der Zwangsversteigerung ergriffen wird. Diese Ansicht des RG. ist von Stillschweig in einer Anmerkung eingehend kritisiert worden. Der Ansicht des RG. kann auch nicht gefolgt werden. Vielmehr ergibt schon die Auslegung des Gesetzes, daß die Grundsätze des § 1124 BGB. auch für den Gläubiger

Anschluß an den Vollzug des vollstreckungsrichterlichen Erschens (§ 130 ZwVerfG.) eingetragen werden können, wodurch der erstrebte Schutz des Widerspruchskl. bis zur Entscheidung über seine Widerspruchsklage herbeigeführt wäre.

Daß eine solche einstweilige Regelung zulässig sein muß, weil einem praktischen Bedürfnis entspringend, folgt aus der Erwägung, daß die Fristverjährung auch eine unvermeidliche sein kann. Man denke nur an den Fall, daß der nicht vertretene Erstberechtigte nach dem Verteilungstermin sich verborgen hält, bis die Frist abgelaufen ist oder daß eine öffentliche Zustellung der Klage (§§ 204, 206, 207 ZPO.) notwendig wird. Würde auch in solchen Fällen der unverschuldeten Fristverjährung der drohende Rechtsverlust nicht auszuhalten sein, dann wäre der Widerspruchskl. geradezu schutzlos (vgl. auch Volkmar-Armstroff § 115 A. 13c; JW. 1898, 109).

Die Frage freilich, ob nötigenfalls die beantragte Einstw. Verf. in eine solche gegen den Antragsgegner gerichtete Umdeutung werden konnte, dürfte zu verneinen sein, da beide nicht in der gleichen Richtung liegen (Stein-Jonas § 938 A. I.).

5. Zu bemerken wäre noch, daß ohne Einstw. Verf. der verspätete Nachweis der Klagehebung allein, auch wenn er vor Ausschüttung der Teilungsmasse erbracht wird, die Ausführung des Teilungsplanes nicht hemmt (ebenso OVG. Stettin: JW. 1931, 1831; A. m. anscheinend Volkmar-Armstroff a. a. O. A. 13 d. a. E.; Reinhard-Müller § 115 A. V 2e a. E.), daß selbstverständlich der Versteigerungsrichter auch die Ordnungsmäßigkeit und Rechtzeitigkeit der Widerspruchsklage nachzuprüfen hat, weil er zunächst darüber zu entscheiden hat, ob die Frist fruchtlos abgelaufen ist (§ 878 Abs. 1 Satz 2 ZPO.), endlich daß der in § 878 Abs. 2 ZPO. erwähnte Bereicherungsanspruch der Antragstellerin, weil nur auf Geldzahlung gerichtet, nur durch Arrest gefichert werden konnte.

SenPräs. Steiner, Nürnberg.

Zu 24. Dem Urteil ist leblich zuzustimmen. Die darin vertretene Ansicht wird jetzt als die herrschende bezeichnet werden können (wie Jaekel-Gütthe neuerdings auch Brand-Baur, Die Zwangsversteigerungs- und Verwaltungssachen in der gerichtlichen Praxis, Berlin 1930, S. 447). Die abweichende Auffassung RG.: JW. 1927, 2583 ist bereits von Stillschweig (bajelbst) treffend widerlegt. Die Bestimmungen des ZwVerfG. und der ZPO. ergeben mit aller Klarheit, daß die der Zwangsverwaltung unterliegende Immobiliarmasse ohne Rücksicht darauf, auf wessen Antrag die Zwangsverwaltung erfolgt, dieselbe ist. Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis, hier eine Unterscheidung zu machen. Das Argument des RG., daß solchenfalls der die Zwangsverwaltung beantragende persönliche Gläubiger eine Befriedigung erlangen könnte, die er im Wege der Mobilienvollstreckung nicht erlangen kann, dürfte sich schon dadurch widerlegen, daß es gerade das Wesen der Immobilienvollstreckung ist, diejenigen Werte zu erfassen, die durch Mobilienvollstreckung nicht erfaßt werden können.

RA. Dr. Hans Waldstein, Hamburg.

1) JW. 1921, 242.

gelten, der auf Grund einer persönlichen Forderung die Zwangsverwaltung beantragt hat. § 146 ZwVerfG. bestimmt ganz allgemein, daß die Vorschriften über die Anordnung der Zwangsversteigerung entsprechende Anwendung finden, soweit sich nicht aus den §§ 147—151 ein anderes ergibt. Wenn nun § 148 bestimmt, daß die Beschlagnahme auch die in § 21 Abs. 1 Nr. 2 bezeichneten Gegenstände umfaßt, so hat das Gesetz dadurch positiv bestimmt, daß die Beschlagnahme bei der Zwangsverwaltung auch die Miet- und Pachtzinsforderungen einschließt. Aus § 146 ergibt sich aber ohne weiteres die entsprechende Anwendung des § 20 Abs. 2, weil ja alle Vorschriften über die Zwangsversteigerung, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes in den §§ 147—151 bestimmt ist, entsprechende Anwendung finden sollen. § 20 Abs. 2 bestimmt aber, daß die Beschlagnahme auch diejenigen Gegenstände umfaßt, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt. Die Hypothek erstreckt sich unzweifelhaft bei einem Grundstück auch auf die Miet- und Pachtzinsen. Aus § 20 Abs. 2 ergibt sich daher ohne weiteres, daß die durch die Zwangsverwaltung erfolgte Beschlagnahme der Miet- und Pachtzinsen für die Zukunft und im Rahmen des § 1124 BGB. auch gegen den Gläubiger, der die Miet- und Pachtzinsen gepfändet hat, wirksam ist. Diese Ansicht wird auch von Jaekel-Güthe Anm. 4 zu § 148 geteilt. Die Folge ist, daß der Gläubiger, der wegen einer persönlicher Forderung die Zwangsverwaltung beantragt, dadurch für die Zukunft im Rahmen des § 1124 die frühere Pfändung der Mietzinsen durch einen anderen persönlichen Gläubiger unwirksam machen kann. Wenn das RG. aber ausführt, daß auf diese Weise, der die Zwangsverwaltung beantragende persönliche Gläubiger eine Befriedigung erlangen könnte, die er im Wege der Mobilienvollstreckung nicht erlangen könnte, so ist das zwar theoretisch richtig, wird aber praktisch selten vorkommen, da der persönliche Gläubiger, der die Zwangsverwaltung beantragt, mit seiner Forderung erst an fünfter Stelle hinter sämtlich dinglich gesicherten Gläubigern steht. Er wird also durch den Antrag auf Zwangsverwaltung meist nur erreichen, daß zwar der Gläubiger, der früher die Mieten gepfändet hat, sie für die Zukunft nicht erhält; sie werden aber auf Grund seines Antrages in der Regel nur den dinglich gesicherten Gläubigern zukommen. Nur wenn nach Bezahlung der laufenden Abgaben und Hypothekenzinsen noch etwas übrig bleibt, kann der die Zwangsverwaltung betreibende persönliche Gläubiger die Überschüsse der Miet- und Pachtzinsen erhalten.

(OLG. Hamburg, 2. ZivSen., Urt. v. 2. Juli 1931, Bf II 292/31.)
Mitgeteilt von der Finanzdeputation in Hamburg.

*

Königsberg.

25. § 10 Ziff. 2 u. 3 ZwVerfG. Rangstelle der der Zwangsversteigerung beigetretenen Versicherungsanstalt wegen der Versicherungsbeiträge.

Die Landesversicherungsanstalt hatte auf Grund einer Abtretung den vertragsmäßigen Anspruch einer Wittin auf Abführung der von dem Gutsherrn einbehaltenen Hälfte der Versicherungsbeiträge und auf Bezahung der anderen Hälfte zur Berücksichtigung angemeldet; gleichzeitig war wegen dieser Forderung auf Grund eines Vollstreckungsurteils ihr Beitritt zur ZwVerf. zugelassen. Der Zuschlag ist durch den angeführten Beschl. versagt, weil zu Unrecht wegen des Vorrangs des Anspruchs der Versicherungsanstalt aus § 10 Abs. 1 Ziff. 2 ZwVerfG. nur die Kosten des Verf. in das geringste Gebot aufgenommen sind. Die weitere Beschw. hat keinen Erfolg gehabt. Zwar genießt die Versicherungsanstalt als Rechtsnachfolgerin der Wittin den Vorrang, der dieser für ihren Lohnanspruch gegen den Vollstreckungsschuldner zukommt; aber dem Beitrittsantrage der Versicherungsanstalt durfte nicht stattgegeben werden, da die Anstalt nur den ihr abgetretenen privatrechtlichen Anspruch der Wittin aus ihrem Dienstvertrage verfolgte und zur Zwangsvollstreckung wegen desselben eines vollstreckbaren Titels bedurft hätte, wie die Zedent selbst. Ein solcher Titel war nicht vorhanden. Das Vollstreckungsurteil erlosch ihn nicht, da durch ein solches Urteilstück nur der öffentlich-rechtliche Anspruch der Versicherungsanstalt auf Grund der §§ 1387, 1426, 1428 RVO. verfolgt werden konnte. Insofern ist der Beitritt zwar m. R. zugelassen. Dieser öffentlich-rechtliche Anspruch genöß aber nicht die Rangstelle des § 10 Ziff. 2 oder 3 und das geringste Gebot durfte nicht von diesem Anspruch aus berechnet werden, sondern der Anspruch erst nach § 10 Ziff. 5 hinter sämtlichen eingetragenen Rechten berücksichtigt werden. Zu Unrecht wird mit der Beschw. geltend gemacht, daß die Beiträge zur Alters- und ZwVerf. den Vorrang des § 10 Ziff. 3 genößen, da sie den jeweiligen Eigentümer des Guts und daher auch das Gut selbst belasten. Es handelt sich aber hierbei nicht um eine Belastung des Guts, sondern um eine solche des Eigentümers. Die einzige Beziehung zu dem Gut besteht darin, daß es sich um die Versicherung von Arbeitern handelt, die auf ihm tätig sind. Die Beziehung zum Gut ist also nur eine mittelbare, vermittelt durch den Eigentümer und den von ihm mit dem Arbeiter geschlossenen Dienstvertrag.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 7. Sept. 1931, 7 W 706/31.)

Mitgeteilt von ODR. Sieloff, Königsberg.

*

26. §§ 21, 22 ZwVerfG.; §§ 930, 989, 990, 97, 98 Abs. 2, 1120, 1121 BGB. Mastschweine, die zur Zeit einer Grundstücksbeschlagnahme noch nicht zwei Zentner wiegen, sind Grundstückszubehör.

Wieh auf einem Landgut ist nach den §§ 97, 98 Abs. 2 BGB. solange Zubehör, als es der Eigentümer des Landguts zum Wirtschaftsbetrieb ausdrücklich oder schlüssig nach den Umständen des Falls (Eignung, Rentabilität, Notwendigkeit für den Wirtschaftsbetrieb) bestimmt hat. Noch nicht mastreife Schweine, die in der Mast sich befinden, sind naturgemäß in der Regel Zubehör i. S. des § 98 Abs. 2 BGB., nicht aber mehr mast- und schlachtreife Schweine, deren Gewichtszunahme nebst sonstigen Vorteilen für die Wirtschaft (Verwendung von Abfällen, Gewinnung von Dung) offenbar in einem Mißverhältnis zum Rauffutteraufwand steht: mit den Zielen einer vernünftigen Betriebsführung ist es — zumal in der schweren gegenwärtigen Not der Landwirtschaft — schließlich nicht vereinbar, mastreife Schweine noch weiter i. S. des § 98 Abs. 2 BGB. „zum Wirtschaftsbetrieb zu bestimmen“. Sind solche Schweine, auch noch nicht mit den fertigen Erzeugnissen eines Fabrikbetriebes zu vergleichen, da sie weiter ernährt werden müssen und Dung liefern, so sind sie durch die Mastreife doch zu Wirtschaftsgegenständen geworden, die nicht mehr dem Betrieb dienen, sondern nur aus ihm hervorgegangen sind. Das wirtschaftliche Ziel eines verständigen Schweinehalters, das sich übrigens durchaus im Wesen des Zwecks der Zubehörvorschriften für die Erhaltung eines leistungsfähigen Landwirtschaftsbetriebs hält, ist fortan allein der gewinnversprechende Verkauf mastreifer Tiere. Sie werden, da infolge der Mastreife ihre Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft aufgehoben ist, ohne daß es einer ausdrücklichen Willenserklärung des Grundstückseigentümers über die Bestimmung zum Wirtschaftsbetrieb bedarf, gem. § 1122 Abs. 2 BGB. folgerichtig von der hypothekarischen Haftung auch ohne Veräußerung und Entfernung vom Grundstück frei.

(OLG. Königsberg, 4. ZivSen., Urt. v. 26. Okt. 1931, 5 U 134/31.)

Mitgeteilt von ODR. Ermele, Königsberg i. Pr.

*

27. §§ 49 Abs. 1, 118 ZwVerfG.; § 284 BGB. Wenn der Ersteher eines Grundstücks im Verteilungstermin das Bargebot nicht bar berichtigt, so daß es zur Übertragung der Forderung auf die Realgläubiger gem. § 118 ZwVerfG. kommt, hat er dem Subhastaten Verzugsschaden zu ersetzen. †)

Der Kl. (Subhastat) verlangt von der Bekl. (Erstherin) Schadensersatz, weil sie mit der Verpflichtung, im Verteilungstermin das Bargebot zu entrichten, in Verzug geraten sei. Dieser Anspruch ist gerechtfertigt. Nach § 49 Abs. 1 ZwVerfG. war die Bekl. verpflichtet, das Bargebot im Verteilungstermin bar zu berichtigen. Diese Bestimmung entscheidet jedoch noch nicht, wem gegenüber diese Verpflichtung besteht. Der Versteigerungsrichter überträgt in Ausübung seines Amtes und in Gewährung exekutorischen Rechtsschutzes das Eigentum des Schuldners kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit auf den Ersteher; er ist bei dieser Handlung weder Vertreter des Schuldners noch des Gläubigers und schließt daher nicht für den ersteren einen Kaufvertrag mit dem Ersteher ab. Dem ZwVerfG. liegt jedoch das Surrogationsprinzip zugrunde, wonach der Versteigerungserlös derart an die Stelle des Grundstücks tritt, daß die an diesem bestehenden Rechte, soweit sie durch den Zuschlag erlöschen, sich nunmehr an dem Erlös fortsetzen. Der Eigen-

Zu 27. Der Entsch. ist zuzustimmen. Ihr lag die für alle Beteiligten schwerwiegende Bestimmung zugrunde, durch die der Schuldner-Eigentümer bei der Hypothekbestellung für eine preuß. Landschaft sich verpflichtet hatte, im Falle der Nichtzahlung des Bargebotts im Verteilungstermin einen Betrag in Höhe der sechsmonatigen Zinsen als Kosten der etwa notwendig werdenden Einlösung von Pfandbriefen der Landschaft aus dem Grundstück zu zahlen, also für den Verzug eines Dritten, des Erstehers, mit seinem Grundstück einzustehen. Dem Ersteher war auf Grund der Anmeldung der Landschaft bekannt, daß diese von jenem Verlangen Gebrauch machen würde, wenn das Bargebot im Verteilungstermin nicht bezahlt werden sollte.

Mit Recht nimmt die Entsch. an, daß dem Vollstreckungsschuldner ein schuldrechtlicher Anspruch auf Zahlung des Versteigerungserlöses gegenüber dem Ersteher zustand. Dieser Anspruch ist der Ersatz für das dem Vollstreckungsschuldner als Eigentümer im Zwangswege entzogene Eigentum (RG. 71, 411 = JW. 1909, 506). Allerdings entstehen schuldrechtliche Beziehungen zwischen dem Ersteher und den Realgläubigern des Vollstreckungsschuldners erst mit dem Augenblick, in welchem ihnen die Forderung gegen den Ersteher auf Zahlung des Bargebotts übertragen wird (§ 118 ZwVerfG.). Wohl aber entstehen solche schuldrechtliche Beziehungen schon mit der Erteilung des Zuschlags zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem Ersteher, so daß jener als Eigentümer des Erlöses und forderungsberechtigter Gläubiger

tümer, dem das Grundstück genommen wird, erlangt daher den Anspruch auf Zahlung des Betrages, der in Erfüllung des Meistgebots vom Ersteher zu zahlen ist, und, wenn die Zahlung an das Gericht erfolgt, das Eigentum an dem Gelde (Jaekel-Gütthe, ZwVerfG., § 91 Anm. 9, § 92 Anm. 1). Der Kl. hatte daher bis zur Übertragung der Forderung auf die Realgläubiger gem. § 118 ZwVerfG. einen Anspruch auf Zahlung des Bargebots an das Gericht im Verteilungstermin. Obwohl es sich hierbei nicht um einen vertraglichen Anspruch handelt, finden doch die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse, also auch die Vorschriften über den Schuldnerverzug, Anwendung. Denn das ZwVerfG. bildet einen Teil des bürgerlichen Rechts; es muß daher in dessen Vorschriften seine Ergänzung finden.

Die Forderung des Kl. gegen die Bekl. auf Zahlung des Versteigerungsverlöses an das Gericht entstand mit dem Zuschlag und war an sich auch fällig, brauchte aber erst im Verteilungstermin berichtet zu werden. Durch die gerichtliche Festsetzung dieses Termins gem. § 105 Abs. 1 ZwVerfG. wurde für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt. Wenn die Bekl. daher im Verteilungstermin nicht zahlte, so kam sie ohne Mahnung in Verzug.

Es kann der Bekl. darin nicht beigetreten werden, daß es in ihrem Belieben gestanden habe, ob sie die Befriedigung nach § 118 ZwVerfG. bewirkte. Schon der Wortlaut des § 49 ZwVerfG. spricht dagegen, wonach das Bargebot im Verteilungstermin bar zu berichtigen ist. Auch Wortlaut und Zweck dieses § 118 ZwVerfG. sprechen gegen die Ansicht der Bekl. Denn diese Vorschrift ist in erster Linie im Interesse des bisherigen Eigentümers erlassen worden. Es sollte nicht im Belieben der beteiligten Realgläubiger stehen, ob sie sich die Forderung gegen den Ersteher Realgläubiger lassen; der Zweck des Verteilungsverfahrens war vielmehr nur dadurch zu erreichen, daß im Falle der Nichtzahlung die Forderung des Eigentümers auf Zahlung von Amts wegen auf die Berechtigten übertragen wird. Es ist im Gesetz der Ausdruck „Überweisung“ vermieden worden, da bei der Überweisung zahlungshalter der Eigentümer seinen alten Gläubigern neben dem Ersteher haften würde; durch den Ausdruck „Übertragung“ sollte klar gestellt werden, daß der Eigentümer durch die Übertragung der Forderung frei werde (Jaekel-Gütthe, ZwVerfG., § 118 Anm. 1). Die Regelung des § 118 ZwVerfG. stellt daher nur einen Nothelfer dar, der für den Fall der Nichtzahlung gemacht werden mußte, und regelt jedenfalls die Folgen der Nichtzahlung nicht abschließend, läßt vielmehr weitere Folgen, welche sich an die Nichtzahlung knüpfen, unberührt.

(OLG. Königsberg, 2. ZivSen., Ur. v. 9. Juli 1931, 3 U 154/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Karp, Königsberg i. Pr.

*

gegenüber dem Ersteher bezeichnet werden kann (RG. 64, 311; 72, 345 = JW. 1910, 344). Kraft dieses Schuldverhältnisses ist der Eigentümer-Schuldner berechtigt, von dem Ersteher eine Leistung zu fordern (§ 241 BGB.). Daß er nicht Zahlung an sich selbst, sondern nur an das Gericht verlangen kann (§§ 49 Abs. 1, 107 Abs. 2 ZwVerfG.), steht der Annahme eines Schuldverhältnisses i. S. des § 241 BGB. zwischen ihm und dem Ersteher ebenfalls entgegen, wie der Umstand, daß dieser Leistungsanspruch nicht im Wege der Klage verfolgt werden kann. Das hängt lediglich mit der besonderen Regelung der Beitreibung im Zwangsversteigerungsverfahren zusammen. Handelt es sich aber bei der Forderung des Eigentümer-Schuldners gegenüber dem Ersteher um einen schuldrechtlichen Anspruch, dann findet auch § 288 Abs. 2 BGB. Anwendung, wonach der Gläubiger einer Forderung außer den gesetzlichen Verzugszinsen auch den durch den Verzug ihm entstandenen weiteren Schaden geltend machen kann. Es ist daher dem Gläubiger auch der Schaden zu erfassen, der ihm dadurch entsteht, daß er infolge des Verzugs seines Schuldners mit einer Verbindlichkeit belastet wird (RG. 77, 30 = JW. 1911, 816).

Auch der für die Ersatzpflicht notwendige ursächliche Zusammenhang zwischen Schaden und Verzug ist gegeben. Der Ersteher kann nicht etwa einwenden, daß dieser Schaden dem Eigentümer schon dadurch entstanden ist, daß er es infolge seiner eigenen Zahlungsunfähigkeit gegenüber der Landschaft zur Zwangsversteigerung seines Grundstücks hat kommen lassen; denn die Landschaft hätte, wenn der Ersteher im Verteilungstermin gezahlt hätte, den hier fraglichen Verzugschaden von dem Eigentümer überhaupt nicht ersetzt verlangt.

Dieser Schaden kann, da im Verteilungsverfahren nur das bare Meistgebot verteilt wird (ebenso wie von den Realberechtigten nach der Übertragung, vgl. Reinhard-Müller § 49 A. III 2), auch von dem Eigentümer nur außerhalb des Verteilungsverfahrens geltend gemacht werden.

Endlich kann der Ersteher auch nicht einwenden, daß der Umfang seiner Zahlungspflicht ausschließlich durch den Zuschlagsbeschuß und die in diesem festgestellten Versteigerungsbedingungen bestimmt wird. Denn der bezeichnete Schadenserstattungsanspruch entstand nicht schon mit der Abgabe des Meistgebots, sondern beruht auf

28. §§ 100, 82 Ziff. 5 ZwVerfG. Ein erst nach Verkündung des Zuschlags zur Kenntnis des Versteigerers gelangter Einbringungsantrag ist in der BeschwInst. nicht zu berücksichtigen.

Der Antrag auf einstw. Einstellung der ZwVerf. eines Grundstücks bez. einiger Zubehörstücke ist zwischen dem Verst.- und dem Verkündungstermin eingegangen, aber vor der Verkündung des Zuschlags nicht zu den Verst. Akten und zur Kenntnis des Versteigerers gelangt. Das OLG. hat auf die Beschw. des Antragst. den Zuschlag verweigert. Die weitere Beschw. hat Erfolg gehabt. Die Beschw. konnte nach § 100 ZwVerfG. nur auf die Verletzung des § 83 Ziff. 5 ZwVerfG. gestützt werden und eine Verletzung dieser Best., daß der Zuschlag zu verweigern ist, wenn der ZwVerf. oder der Fortsetzung des Verf. das Recht eines Beteiligten entgegensteht, kommt, wenn der Einbringungsantrag dem Versteigerer nicht vor Verkündung des Zuschlags vorgelegt war, nicht in Frage. Infolgedessen ist die Berücksichtigung eines erst nach diesem Zeitpunkt zu den Akten gelangten Einbringungsantrages, über den der Versteigerer mangels Kenntnisses bei Verkündung des Zuschlags gar nicht entscheiden konnte, auch in der BeschwInst. ausgeschlossen (ebenso Jaekel-Gütthe Anm. 1a III und Reinhard-Müller, Anm. II 2 zu § 33 ZwVerfG.).

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 19. Okt. 1931, 7 W 973/31.)

Mitgeteilt von OLG. Sietloff, Königsberg.

*

29. § 180 ZwVerfG.; §§ 14, 30 PrAnerbRG. v. 8. Dez. 1896. Unzulässigkeit der Versteigerung eines Anerbengutes zum Zwecke der Auflösung der Gemeinschaft. f)

Als Eigentümer eines Anerbengutes stehen gütergemeinschaftliche Eheleute eingetragen. Nach dem Tode der Frau hat sich ein Gläubiger des Mannes dessen Erbanteil an dem Nachlaß seiner Frau zur Einziehung überweisen lassen und die Zwangsversteigerung des Anerbengutes nach § 180 ZwVerfG. beantragt. Dieser Antrag ist nicht zulässig, weil es an einer Gemeinschaft fehlt, die aufgelöst werden soll. Die Eigenschaft eines Grundstücks als Anerbengut steht zwar im Gegensatz zu der eines Fideikommissgutes der Zwangsversteigerung nicht entgegen; dies folgt aus § 14 II PrAnerbRG., nach dem das Anerbengut nach Eintragung des Anerben der Zwangsvollstreckung durch die Gläubiger des Anerben unterworfen ist. Eine Gemeinschaft an dem Anerbengut kann aber, wenn es auch zum Gesamtgut einer durch den Tod eines Ehegatten aufgelösten Gütergemeinschaft gehört, selbst bis zur Eintragung des neuen Anerben nicht bestehen. Nach § 14 a. a. D. erwirbt der Anerbe das Gut mit dem Erwerb der Erbschaft, also nach § 1922 BGB. mit dem Tode des Erblassers, und diese Bestimmung ist auf den nach § 30 das Gut übernehmenden, als Anerbe eintretenden Ehegatten entsprechend

einem besonderen, nach dem Zuschlag eingetretenen Entstehungsgrund, nämlich dem Verzug des Erstehers im Verteilungstermin. Es bedurfte auch nicht etwa einer besonderen Versteigerungsbedingung, durch die dem Ersteher außer seinem Gebot noch jene Schadenserstattungsbedingung auferlegt wurde, da ihm diese Folge seines Verzugs durch die Anmeldung der Landschaft bekannt war. Immerhin wäre m. E. die Ausstellung einer solchen besonderen Versteigerungsbedingung (auf entsprechenden Antrag hin) zweckmäßig gewesen, weil dann die durch den Verzug eintretende tatsächliche Erhöhung des Bargebots den Realberechtigten hätte zugute gerechnet werden können, wodurch der Eigentümer von der Haftung für den Ausfall, den der zuletzt zum Zug gekommene Realberechtigte erlitt, befreit worden wäre.

SenPräs. Steiner, Nürnberg.

Zu 29. Dem Beschlusse ist beizutreten. Das PrAnerbRG. v. 8. Juni (nicht 8. Dez.) 1896 (GS. 124) macht von dem in seinem § 14 aufgestellten Satz, daß der Anerbe das Eigentum des Anerbengutes nebst Zubehör mit dem Erwerb der Erbschaft erwirbt, bei der Auflösung der Gütergemeinschaft keine Ausnahme. Eine andere Frage ist, wer in dem Fall einer Auflösung der Gütergemeinschaft Anerbe ist. Diese Frage entscheidet sich bei der nach Beendigung der Gütergemeinschaft in Ansehung des Gesamtgutes gem. § 1471 ff. BGB. erfolgenden Auseinandersetzung, je nachdem der dabei durch die Vorschriften des allgemeinen Rechts zur Übernahme des Anerbengutes Berechtigte (§ 1477, 1502 BGB.) von diesem Recht Gebrauch macht oder nicht (§ 30 PrAnerbRG.). Macht der berechtigte Ehegatte von seinem Übernahmerecht in der Auseinandersetzung Gebrauch, so ist der Übergang des Anerbengutes auf ihn schon mit dem Tode des anderen Ehegatten als erfolgt anzusehen. Es mag dabei bemerkt werden, daß für die dem Anerbenrecht unterworfenen preuß. Waldgüter nichts anderes gilt. Zwar bestimmt § 13 Abs. 4 Satz 2 u. 3 PrZwVollstG. v. 19. Nov. 1920 (GS. 463) und entspr. § 165 Abs. 6 PrZwVollstG. v. 22. April 1930 (GS. 136), daß das Eigentum an dem Waldgute, das zu einer Gütergemeinschaft gehört, „mit der Auseinandersetzung“ auf den Gutserberben — als welcher der überlebende Ehegatte zu gelten habe, wenn er von dem ihm nach dem ehelichen Güterrecht zustehenden Befugnisse zur Übernahme des Gutes Gebrauch macht — übergeht. Auch hier ergibt sich aber aus dem

anzuwenden. Das Auerbengut fällt somit noch vor der Teilung des Nachlasses dem Auerben allein zu und gehört deshalb seit dem Tode des Erblassers nicht mehr zu der zwischen den Miterben bestehenden Gemeinschaft zur gesamten Hand. Der Auerbe hat lediglich den Anrechnungswert in die Erbmasse einzuwerfen; zur Feststellung dieses Wertes dient das Verfahren nach § 17 a. a. D., aber nicht das Zwangsversteigerungsverfahren nach § 180 ZwVerfG.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 19. Jan. 1931, 7 W 1213/30.)

Mitgeteilt von OLR. Sieloff, Königsberg.

*

Stettin.

30. §§ 41 Abs. 2, 83 Nr. 1 ZwVerfG. Aus einer gemäß § 41 Abs. 2 ZwVerfG. an die Beteiligten ergangenen inhaltlich unrichtigen Nachricht kann, wenn im Versteigerungstermin das geringste Gebot richtig entsprechend der wahren Rechtslage festgestellt wird, eine die Beschwerde gegen den Zuschlag begründende Verletzung der Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots nicht hergeleitet werden. †)

Das OLG. hat auf Antrag des St. durch Beschluß v. 28. Mai 1930 die Zwangsversteigerung des Grundstücks des Schuldners M. angeordnet. Auf Antrag des P. ist dessen Zutritt zu dem angeordneten Zwangsversteigerungsverfahren zugelassen, und zwar durch Beschluß des OLG. v. 6. Aug. 1930 wegen der dem P. auf Grund des Urteils des OLG. v. 2. Febr. 1929 und des Kostenfestsetzungsbeschlusses desselben Gerichts v. 15. März 1929 zustehenden Ansprüche und durch weiteren Beschluß des OLG. v. 14. Aug. 1930 auch wegen des dem P. auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses des OLG. v. 28. Juli 1930 zustehenden Anspruchs von 954,44 RM. Durch Beschluß des OLG. v. 23. Aug. 1930 ist das Verfahren insoweit aufgehoben, als der St. die Zwangsversteigerung betrieben hat. Durch Beschluß des OLG. v. 12. März 1931 ist der Witwe F., die im Versteigerungstermin am 27. Febr. 1931 Meistbietende geblieben war, das Grundstück zugesprochen. Die gegen den aufhebenden landgerichtlichen Beschluß von dem betreibenden Gläubiger eingelegte weitere soj. Beschwerde ist begründet.

Mit Recht hat zwar der Schuldner M. in seiner Beschwerde darauf hingewiesen, daß der Zulassungsbeschluß des OLG. v. 15. März 1929 auf Grund des Urteils v. 2. Febr. 1929 und des Kostenfestsetzungsbeschlusses v. 15. März 1929 unzulässig und damit auch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück insoweit unwirksam war, weil das Urteil v. 2. Febr. 1929 nur gegen Sicherheitsleistung von 6000 RM vorläufig vollstreckbar, aber weder diese Sicherheitsleistung noch die Rechtskraft des Urteils und damit der Wegfall der Sicherheitsleistung nachgewiesen war (§§ 750, 751 ZPO.). Trotzdem liegt aber, wie das OLG. zutreffend dargelegt hat, insoweit eine wirksame Vollstreckung vor, als der Beitritt des Gläubigers P. auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses v. 28. Juli 1930 durch Beschluß v. 14. Aug. 1930 zugelassen ist, denn dieser Kostenfestsetzungsbeschuß war nach Zurückweisung der Berufung des M. gegen das amtsgerichtliche Urteil v. 2. Febr. 1929, also nach dessen Rechtskraft ergangen. Da es sich bei den durch Beschluß v. 28. Juli 1930 festgesetzten Kosten um solche handelt, die die Befriedigung des P. aus der für ihn in Abt. III Nr. 17 eingetragenen Grundschuld bezweckten, haften das Grundstück auch für diese Kosten (§ 10 Abs. 2 ZwVerfG.), und zwar haben sie den gleichen Rang wie die Grundschuld selbst (§ 12 ZwVerfG.). Das OLG. war also nicht gehindert, den dinglichen Anspruch des P. aus der erwähnten Grundschuld der Feststellung des geringsten Gebots zugrunde zu legen.

Das OLG. hat diese Rechtslage keineswegs verkannt. Es meint jedoch, daß die Vorschriften über die Feststellung des geringsten Ge-

Zusammenhänge, daß damit nur gesagt sein soll, daß sich erst mit der Auseinandersetzung die Person des Auerben feststellt, während der Erwerb des Auerbengutes durch den Auerben bereits als Teil der Erbschaft, also mit dem Tode des Erblassers erfolgt; das Waldbut scheidet schon mit diesem Zeitpunkt aus dem sonstigen Bestand des Gesamtgutes aus, und es sind auf die Auseinandersetzung wegen des Waldbut vermögens die für die Berechnung des Gutzwertes im Waldbutrecht gegebenen besonderen Vorschriften anzuwenden (§ 13 Satz 1 ZwAusfW.D.; vgl. Quirle, „Das Höferecht in der Provinz Hannover“ nebst dem Waldbutrecht der ZwAusfW.D., 3. Aufl., Hannover 1921, S. 92/93).

Wirkl. Geh. OLR. MinDir. i. R. Dr. E. Kübler, Berlin.

Zu 30. Die Entsch. trifft im Ergebnisse zu, gibt aber in der Begründung zu Bedenken Anlaß. Irrtümlich ist zunächst die Annahme, daß die RGEntsch. v. 19. Mai 1903 nur in dem Komm. von Jaekel-Gütthe, nicht aber in anderen Komm. Aufnahme gefunden habe. In dem Komm. von Reinhard-Müller, Anmerkung III zu § 41, wird sie auch erwähnt, und zwar ebenfalls zustimmend. Ferner liegt in dem hier vom OLG. Stettin entschiedenen Falle eine Unrichtigkeit der nach § 41 Abs. 2 ergangenen Mitteilungen anscheinend überhaupt nicht vor. Die Mitteilungen entsprachen der Aktenlage. Sie erwähnten daher mit Recht zunächst die

hols i. S. des § 83 Nr. 1 ZwVerfG. dennoch verlegt seien, weil das OLG. in der gem. § 41 Abs. 2 ZwVerfG. unter dem 14. Febr. 1931 ergangenen Nachricht den Beteiligten mitgeteilt hat, daß es sich bei dem Anspruch des P. wegen der 954,44 RM Kosten — das sind die auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses v. 28. Juli 1930 festgesetzten Kosten — um einen nicht eingetragenen Anspruch handle. Mit Rücksicht auf den Inhalt dieser Nachricht habe das OLG. im Versteigerungstermin nicht mehr den Anspruch des P. mit dem Range der Grundschuld Abt. III Nr. 17, sondern nur mit dem Range eines persönlichen, allen am 16. Aug. 1930 — dem Tage der Zustellung des Zulassungsbeschlusses v. 14. Aug. 1930 an den Schuldner — eingetragenen berechtigten nachgehenden Anspruchs der Berechnung des geringsten Gebots zugrunde legen dürfen. Mit diesen Ausführungen folgt das OLG. der Entsch. des 11. Zivilsen. des RG. v. 19. Mai 1903 (RGBl. 1903, 117). Die Richtigkeit dieser Entsch., die nur in dem Komm. von Jaekel-Gütthe (vgl. Anm. 3 letzter Abs. zu § 41 ZwVerfG.), nicht jedoch in den anderen Komm. Aufnahme gefunden hat, ist nach ihrem Erscheinen alsbald in Zweifel gezogen worden (Zfchr. für mittl. Justizbeamte 1904, 440). Der Senat kann sich dem OLG. nicht anschließen.

Die Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots und die Versteigerungsbedingungen sind in den §§ 44—65 unter besonderer Überschrift niedergelegt. Schon diese äußerliche Anordnung spricht dafür, daß durch eine unrichtige Anwendung des im übrigen nur eine Ordnungsvorschrift darstellenden § 41 Abs. 2 ZwVerfG. die Vorschriften über die Festsetzung des geringsten Gebots nicht verletzt werden. Richtig ist zwar, daß die gemäß § 41 Abs. 2 ZwVerfG. ergehende Nachricht, wie auch die Motive ergeben, den Beteiligten für die Prüfung, ob und inwieweit sie von der Zwangsversteigerung berührt werden, eine „gewisse Grundlage“ verschaffen soll, weil die Bestimmung des Versteigerungstermins über die Person des betreibenden Gläubigers und den Anspruch desselben keine Auskunft zu geben braucht. Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, welche Folge eine unrichtige Mitteilung hat.

Gegenüber der Ausführung des OLG., daß eine unrichtige Nachricht die Beteiligten zu der Annahme verleite, daß die Festsetzung des geringsten Gebots anders erfolgen werde, als sie in Wahrheit erfolgen darf, muß darauf hingewiesen werden, daß es keinen Rechtsatz gibt, wonach das Gericht bei seiner endgültigen Entscheidung an eine vorläufige Mitteilung gebunden ist, zumal dann, wenn es sich, wie im vorliegenden Fall, nur um die Beobachtung einer Sollvorschrift handelt. Das geringste Gebot kann nicht anders festgestellt werden, als es die sich im Versteigerungstermin durch Verhandlung mit den Beteiligten ergebende Rechtslage erfordert, nur diese Rechtslage kann zugrunde gelegt werden, wenn nicht die Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots verletzt werden sollen. Freilich ist nicht zu verkennen, daß den Gläubigern, die im Hinblick auf die ihnen zugegangene Nachricht im Zwangsversteigerungstermin nicht erscheinen und sich darüber vergewissern, daß das geringste Gebot nun auch tatsächlich entsprechend dem Inhalt der an sie gem. § 41 Abs. 2 ZwVerfG. ergangenen Nachricht festgesetzt wird, durch diese Unterlassung ein Schaden entstehen kann. Ein Schaden entsteht aber auch dann, wenn das Gericht in Anbetracht der unrichtigen Nachricht den Versteigerungstermin verlagt, und zwar kann dieser Schaden entstehen sowohl für den betreibenden als auch für die übrigen Gläubiger (vgl. dazu RG. 125, 304¹). Das OLG. muß, wenn eine unrichtige Nachricht herausgegangen ist, abwägen, ob der entstehende Schaden höher ist, wenn der Versteigerungstermin verlagt und eine richtige Nachricht gem. § 41 Abs. 2 ZwVerfG. veranlaßt wird oder wenn trotz der unrichtigen Nachricht das geringste Gebot entsprechend der wirklichen Rechtslage zutreffend berechnet und die Versteigerung durchgeführt wird. Nach dem Ergebnis dieser Abwägung muß das OLG. seine Maßnahmen treffen. Wird aber von

in dem Beitrittsbeschlusse v. 6. Aug. 1930 erwähnte Forderung als eine solche, wegen deren die Versteigerung erfolgen sollte. Daß dieser Beschluß wegen Fehlens der prozessualen Voraussetzungen zu Unrecht erlassen war, macht ihn, solange er nicht aufgehoben ist, nicht in dem Sinne unwirksam, daß er sozusagen als nicht vorhanden anzusehen gewesen wäre. Es ist nicht Sache des Vollstreckungsgerichts, anlässlich der Abfassung der gem. § 41 Abs. 2 ergehenden Mitteilungen nachzuprüfen, ob die erlassenen Anordnungen (Beitritts-) Beschlüsse zu Recht ergangen sind. Die Mitteilung, daß es sich bei dem im Beitrittsbeschlusse v. 14. Aug. 1930 bezeichneten Kostenanspruch des P. um einen nicht eingetragenen Anspruch handle, ist zwar ungenau, aber nicht unrichtig. Der Anspruch ist im Grundbuche nicht bezeichnet, eben weil für die Kosten der Rechtsverfolgung das Grundstück mit dem Range der Grundschuld ohne weiteres haften (§§ 1118, 1192 BGB., § 12 ZwVerfG.). Bei der gewählten Fassung der Mitteilung blieb also die Frage offen, ob es sich um solche Kosten handelte oder nicht. Eine derartige Offenlassung entspricht dem Falle, daß eine Mitteilung nach § 41 Abs. 2 ZwVerfG. überhaupt nicht ergangen ist. Eine solche Unterlassung ist zwar pflichtwidrig, steht aber der Erteilung des Zuschlages nicht entgegen (vgl. Jaekel-Gütthe a. a. D.).

OLG. Arnstrotz, Berlin.

¹) ZW. 1929, 3301.

ihm wie im vorliegenden Falle das geringste Gebot richtig festgestellt und die Versteigerung auf dieser Grundlage durchgeführt, dann ist daraus eine Verletzung der Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots nicht herzuleiten.

(OLG. Stettin, 1. ZivSen., Beschl. v. 29. Juni 1931, 1 W 222/31.)
Mitgeteilt von OGH. Riezahr, Stettin.

Berlin. 6. Sonstiges Vollstreckungsrecht.

31. Ob das gewährleistete Mindesteinkommen einer Bezirkshebamme pfändbar ist, ist nach dem Lohnbeschl. G. zu beurteilen.

Die gepfändete Forderung auf Auszahlung des Unterschieds zwischen dem Einkommen der Schuldnerin und ihrem garantierten Mindesteinkommen als Bezirkshebamme ist eine Lohnforderung, die unter das Lohnbeschl. G. fällt. Dieses Gesetz ist hier anwendbar, da keiner der in § 2 bezeichneten Ausnahmefälle vorliegt.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 24. März 1931, 8 W 3181/31.)

Mitgeteilt von Geh. R. Volz, Berlin.

*

Karlsruhe.

32. Pfändbarkeit von Ansprüchen des Tabakverarbeiters gegen den Reichsfiskus auf Grund der Rotverordnung des Reichspräsidenten v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517ff.) Kap. III Tabaksteuer Art. 4 § 1.

Das UG. L. hat unterm 31. Febr. 1931 die Forderung des Schuldners an den Reichsfiskus, Reichssteuerverwaltung, aus Entschädigung für Stilllegung seines Tabakverarbeitungsbetriebs gepfändet. Es hat die Erinnerungen des Schuldners und des Finanzpräf. zurückgewiesen. Das UG. hat aufgehoben. Auf sofortige weitere Beschwerde hat das OLG. den Beschluß des UG. wieder hergestellt. Der Auffassung des UG., die gepfändete Forderung sei keine höchstpersönliche, wird beigetreten. Es handelt sich aber auch nicht um fortlaufende Einkünfte, welche der Schuldner auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht (§ 850 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO.), sondern um eine Entschädigung, d. i. um eine Vergütung dafür, daß durch den Eingriff der Steuerverwaltung der Fortbetrieb des Gewerbes unmöglich gemacht worden ist. Die Forderung unterliegt daher als gewöhnliche Kapitalforderung der Pfändung.

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 28. Aug. 1931, 2 ZBS 208/31.)

Mitgeteilt von SenPräs. Höttinger, Karlsruhe.

Berlin. II. Materielles Recht.

33. §§ 135, 136, 826 BGB.; § 771 ZPO. Im Wege der Zwangsvollstreckung ist gegenüber einem relativen Veräußerungsverbot ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich. Einrede der Arglist gegenüber der Vollstreckungs-Interventionsklage.

Der Kl. hat im Okt. 1928 eine Reihe von Gegenständen bei dem Schuldner pfänden lassen, im Dez. 1928 hat er eine Anordnung des UG. erwirkt, durch die der freihändige Verkauf der Sachen gestattet worden ist, und schließlich Ende Dez. 1928 im Versteigerungstermin durch Zuschlag die Sachen erworben.

Die bei dem Schuldner auch nach der Versteigerung verbliebenen Gegenstände hat die Bekl. im Febr. 1929 auf Grund eines vollstreckbaren Titels pfänden lassen, nachdem sie bereits vorher am 14. Dez. 1928 eine EinstwVerf. gegen den Schuldner dahingehend erwirkt hatte, daß ihm untersagt wurde, über den ihm von seinem Vater übertragenen Betrieb mit Inventar und sonstigem Zubehör — einschließlich der Pfandgegenstände — zu verfügen.

Die Klage auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wurde abgewiesen.

An sich ist der Kl. zwar durch den Zuschlag am 31. Dez. 1928 Eigentümer der Pfandgegenstände geworden, jedoch äußert der Eigentumserwerb wegen der am 14. Dez. 1928 gegen den Schuldner ergangenen EinstwVerf. keine Wirkung gegen die Bekl. Die EinstwVerf. hat die Wirkung eines relativen Veräußerungsverbots (§§ 135, 136 BGB.) und somit zur Folge, daß das Eigentum des Kl. nicht zum Nachteil der Bekl. geltend gemacht werden kann. Auf seine Gutgläubigkeit in bezug auf die EinstwVerf. kann sich der Kl. nicht berufen, da sich der in § 135 Abs. 2 BGB. vorgesehene Schutz des guten Glaubens nur auf rechtsgeschäftliche Verfügungen, nicht aber auf den Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung bezieht (RG. 84, 279¹); 90, 338²); RGKKomm. § 135 Anm. 4 BGB.). Selbst wenn also dem Kl. am 31. Dez. 1928 das Bestehen der EinstwVerf. unbekannt gewesen sein sollte, hat er das Eigentum nicht mit Wirkung gegen die Bekl. erworben. Daran ändert auch die bereits am 10. Okt. 1928 ausgebrachte

Pfändung des Kl. nichts, da auf Grund dieser Pfändung ein wirksames Pfändungspfandrecht für den Kl. nicht entstanden ist. Nach § 171 Abs. 1 ZPO. hat bei nichtprozeßfähigen Personen die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter zu erfolgen. Der Schuldner ist aber erst am 15. Febr. 1929 volljährig geworden; der vom Kl. erwirkte vollstreckbare, der Pfändung v. 10. Okt. 1928 zugrunde liegende Titel ist auch ihm, nicht seinem gesetzlichen Vertreter, zugestellt worden. Die Zustellung an den minderjährigen Schuldner als einer nichtprozeßfähigen Partei ist jedoch unwirksam (OLG. 29, 71). Bei fehlerhafter Zustellung des Titels entsteht aber kein Pfändungspfandrecht (Sydow-Busch § 750 Anm. 1 ZPO.). Dann aber hatte die EinstwVerf. gegen den Kl. Wirksamkeit mit der Folge, daß der Kl. gegenüber der Bekl. sich nicht auf sein Eigentum berufen kann.

Aber selbst wenn der Kl. der Bekl. gegenüber Eigentümer geworden wäre, würde der Klagenanspruch unbegründet sein, weil hier unzweifelhaft ein gewollt die Gläubiger schädigendes Zusammenwirken zwischen dem Kl. einerseits und dem Schuldner bzw. seinem Vater andererseits vorliegt, was zur Folge hat, daß die Bekl. dem Kl. mit Recht den Einwand der Arglist aus § 826 BGB. entgegenhalten kann. Die plötzliche, ohne begründeten Anlaß erfolgte Übertragung des Gewerbebetriebes von dem Vater auf den minderjährigen Sohn, die Erwirkung eines Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls durch den Kl. gegen den Sohn, ohne daß der Kl. imstande ist, dem Titel zugrunde liegende Forderungen gegen den Sohn nachzuweisen, der eigenartige Umstand, daß letzterer Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl, ohne Widerspruch zu erheben, rechtskräftig werden läßt, trotzdem ihm wirksame Einwendungen zur Seite stehen, das Verbleiben der Sachen trotz erfolgten Zuschlages bei dem Schuldner, erweisen zur Genüge, daß der Kl. im Verein mit dem Schuldner und seinem Vater vorgegangen ist, um die Pfandgegenstände dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen. Der Kl. hat also arglistig in der Versteigerung durch Zuschlag seinen Eigentumserwerb durchzuführen versucht, um lastenfrei Eigentum erwerben zu können und um somit der als Gläubigerin des Vollstreckungsschuldners auftretenden Bekl. Einwendungen abzuschneiden. Wenn er sich angesichts dieses Sachverhalts der Bekl. gegenüber auf sein Eigentum beruft, so handelt er arglistig. Dies hat zur Folge, daß das vom Kl. erworbene Eigentum gegenüber dem Pfändungspfandrecht der Bekl. nicht durchgreift.

(RG., Ur. v. 4. Juni 1930, 15 U 4179/30.)

Mitgeteilt von OGH. Dr. Kolmeyer, Berlin.

*

Düsseldorf.

34. § 419 BGB.; § 771 ZPO. Zur Anwendbarkeit des § 419. Aus dieser Bestimmung ist nicht zu entnehmen, daß der Übernehmer die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers, der nur gegen den Schuldner einen Schultitel hat, dulden muß.†)

(OLG. Düsseldorf, Ur. v. 26. Juni 1931, 7 U 42/31.)

*

Zu 34. Die Entsch. setzt sich ohne nähere Begründ. in Widerspr. zu der wohl als herrsch. anzusehenden Rpr. (vgl. RG.: Warn. 1912, 158 = JW. 1912, 347¹²; OLG. 29, 192; 40, 404 Anm. 1; JW. 1928, 2735¹⁸ [dieselbst weitere Zitate, siehe auch die Literaturangaben bei S. Jacusiel: DRZ. 1928, 161, der aber selbst die obige Meinung vertritt, und in m. „Vermögensübernahme“: Rechtsfragen D. Prax. 44, 35]).

Richtig dürfte, wie folgt, zu entscheiden sein: Auch wenn und solange kein Titel gegen den Übernehmer vorliegt (jedoch wird zweckmäßig Widerklage aus § 419 BGB. erhoben!), steht seiner Interventionsklage unter Umständen die Arglisteinrede entgegen. Denn er ist schuldrechtlich verpflichtet, die Befriedigung zu dulden. Hat er selbst eine Forderung gegen den Schuldner, zu deren Sicherung ihm die Pfandstücke übereignet sind, so hat er allerdings das Recht, sich daraus vorweg zu befriedigen (RG. 82, 277 = JW. 1913, 919; Warn. 1914, 213 = Gruch. 58, 940). Dies jedoch dann nicht, wenn er zu seiner eigenen Befriedigung nicht auf die Pfandstücke angewiesen ist, weil das andere ihm übereignete Vermögen des Schuldners zu seiner Sicherung ausreicht; ist letzteres der Fall, dann greift die Arglisteinrede durch. So schon Boshan: Recht 1912, 425, vgl. auch RG.: JW. 1921, 1246²⁵ mit Anm. Rosenbergr.

Im vorl. Fall war das Inventar des Schuldners, offenbar seine einzige pfändbare Habe, einem Gläubiger, mit dem er in laufender Geschäftsverbindung stand, zur Sicherung dessen jeweiliger Forderung übereignet. Welche — anscheinend aber geringe — Forderung zur Zeit noch bestand, ist nicht geprüft. Gerade davon hängt aber die Entsch. ab. Es erscheint untragbar, daß ein Kreditgeber sich solchenfalls auch dann noch auf sein Sicherungseigentum berufen kann, weil er demnach wieder eine zunächst ihrer Höhe nach unbestimmte Forderung gegen den Schuldner haben wird. Wenn schon das OLG. die Richtigkeit eines solchen die Kreditwürdigkeit des Schuldners verdunkelnden Abkommens nicht gem. § 138 BGB. nach Lage der Umstände annimmt, so hätte doch aller Anlaß vorgelegen, hier die

1) JW. 1914, 652.

2) JW. 1918, 179.

35. § 994 BGB. Notwendige Verwendungen des rechtmäßigen Besitzers. f)

Die Klage ist nach den Vorschr. über die Erstattungspflicht des Eigentümers für Verwendungen des Besitzers auf eine Sache begründet, auch wenn die hierauf bezügl. Darstellung der Bekl. zugrunde gelegt wird, daß der Bekl. die fragl. Waren mit Zustimmung der Firma H. & S. ordnungsmäßig herausgegeben worden sind. Die Rechtsvorgängerin des Kl. ist die rechtmäßige Besitzerin der Waren auf Grund des mit der Firma H. & S. geschlossenen Ausrüstungsvertrages gewesen. Dieser Firma gegenüber hatte sie zwar aus dem Vertrage lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Zahlung des Entgeltes, der wegen des Konkurses nicht mehr, jedenfalls nicht mehr in voller Höhe, verwirklicht werden kann. Wegen dieser Forderung kann sich der Kl. nicht an die Bekl. halten, zu der die Rechtsvorgängerin des Kl. nicht in schuldr. Beziehungen gestanden hat; sie sind auch nicht etwa auf Grund der behaupteten, vom BG. weiter nicht erörterten Erklärung der Bekl. erwachsen, die offenen Aufbereitalöhne würden beglichen. Denn diese Erklärung ist nach der Behauptung des Kl. der Firma H. & S., nicht aber ihm oder seiner Rechtsvorgängerin abgegeben worden, so daß der Kl. Rechte daraus nicht herleiten kann. Der Bekl. als Eigentümerin der Ware aber stand die Firma J. als Besitzerin gegenüber, ohne daß es darauf ankommt, ob ihr von dem Eigentumsvorbehalt etwas bekannt war. Die Tatsache der Ausrüstung erschöpft sich in ihrer rechtl. Bedeutung daher nicht in dem schuldr. Vertrage. Die weiteren Rechtsbeziehungen, die sich aus der Stellung der Firma J. als Besitzerin zu der Bekl. als Eigentümerin ergaben, sind durch die Vorschr. der §§ 985 ff. BGB. geregelt. Die Anwendung dieser Best. wird auch nicht durch den Ausrüstungsvertrag ausgeschlossen; denn dieser Vertrag war keine eine Sonderregelung schaffende Vereinbarung zwischen Eigentümerin und Besitzerin, sondern zwischen der Besitzerin und der Firma H. & S. Dieses Rechtsverhältnis mit einem Dritten steht der Anwendung der Best. der §§ 994 ff. BGB., um welche es sich hier insonderheit handelt, nicht entgegen (vgl. RG.: Gruch. 57, 998; Staudinger, Bem. A d zu § 994; JurWochs. 1926 Nr. 1021; RGKomm., Bem. 2 zu § 994).

Die Bekl. vertritt zu Unrecht den Standpunkt, daß diese Best. der §§ 994 ff. nur für den sog. redlichen und unredlichen Besitzer in dem Sinne Geltung hätten, daß sie nur auf den gutgläubig vermeintlich Berechtigten oder den bösgläubigen Nichtberechtigten, nicht aber auch auf den sachlich Berechtigten anwendbar seien. Dies ergebe sich, soweit die Rechtslehre dies nicht als selbstverständlich hervorhebe, aus der systematischen Stellung dieser Vorschr. Dem ist nicht beizustimmen. Die §§ 985 ff. BGB. regeln die

Anwendbarkeit von § 419 BGB. nicht aus lediglich formalen Rücksichten auszuschließen. Damit wird der ohnehin schon genug erschütterten Solidität im Handelsverkehr nicht gebient.

RGK. Dr. Bibergeil, Dessau.

Zu 35. W. hat dem H. Baumwollgewerbe verkauft und übergeben, aber sich das Eigentum daran bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten; später wurde über das Vermögen des H. Konkurs eröffnet, noch vor der Konkursöffnung hat W. die Stoffe von H. zurückerhalten. W. scheint das Rücktrittsrecht nach § 455 BGB. ausgeübt zu haben; genau ist das in dem Urteilsatbestand nicht erklärt, nach den sich widersprechenden Behauptungen der Parteien soll W. die Stoffe gegen den Willen des H. oder mit dessen Einverständnis zurückgenommen haben; indes daß der Kaufvertrag zwischen W. und H. wieder aufgehoben wurde, ist wohl sicher. Inzwischen hatte aber J. auf Bestellung des H. die Stoffe ausgerüstet (durch Färben und Aufarbeiten veredelt), dann dem H. zurückgegeben — ohne Zahlung des vereinbarten Werklohnes von 1893 RM.; aus der Konkursmasse des H. findet J. keine Befriedigung, da keine Konkursquote verteilt werden kann. So verlangt denn J. (bzw. der Reffionar des J.) die Vergütung von W., weil dieser zufolge seines Eigentums die ausgerüsteten und dadurch wertvoller gewordenen Stoffe zurückerhalten, also aus den Aufwendungen des J. einen entspr. Vorteil sine causa gezogen habe. Nach der Auffassung des BG. hat J. — als redlicher Besitzer gegenüber dem Eigentümer W. — Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nach § 994, 996; bedenktlich erscheint dem BG. dabei nur der Umstand, daß J. — auf Grund der Überlassung dem Stoffe zur Ausrüstung seitens des Käufers H. — gegenüber dem Eigentümer W. zum Besitz berechtigt war (§ 986 Abs. 1 BGB.); aber das BG. nimmt an, daß der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nach §§ 994, 996 auch einem solchen rechtmäßigen Besitzer zukommt.

Ich glaube nicht, daß damit die Schwierigkeiten des Falles erschöpft sind. Die Streitfrage, ob die Verwendungsansprüche nach §§ 994, 996 auch dem „rechtmäßigen Besitzer“ zukommen, scheint mir unklar gestellt zu sein. Nicht auf ein Recht zum Besitz wird es ankommen, sondern darauf, ob zwischen dem Eigentümer und Besitzer in Ansehung der Verwendungen besondere schuldr. Beziehungen (von ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag abgesehen), vornehmlich also vertragl. Beziehungen

Rechtsverhältnisse zwischen Besitzer und Eigentümer. Sie geben dem Besitzer eine gewisse Vorzugsstellung vor den Berechtigten und Verpflichteten aus anderen Rechtsverhältnissen. Auch dies ist anerkanntes Recht. Es ergibt sich einwandfrei aus dem Umstande, daß der Besitzer auf Schadenersatz grundsätzlich nur nach den milderen Vorschr. der §§ 985 ff. BGB. haftet, nicht aber auch nach den weitergehenden Best. über unerlaubte Handlungen gem. § 823 Abs. 1 BGB. (vgl. RG. 56, 314; Wolff, Sachenrecht, 1929, S. 285 Ziff. II). Das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer ist also durch diese Sondervorschr. der §§ 985 ff. BGB. — abgesehen natürlich von etwaigen vertragl. Beziehungen zwischen den Parteien — abschließend in einer dem Besitzer günstigen Weise geregelt. Diese Vorzugsstellung ist durch das Gesetz nicht etwa auf bestimmte Arten des Besitzes, also etwa nur auf vermeintlich Besitzberechtigte, beschränkt worden. Vielmehr spricht das Ges. in diesem 4. Tit. d. 3. Abschn. des Sachenrechts allenthalben nur vom „Besitzer“ schlechthin, soweit sich nicht die nähere Bezeichnung der Art des Besitzes zur Klarstellung des in der einzelnen Best. vom Gesetzgeber Gewollten als notwendig erweist. Daß in diesem Titel unter dem Begriff des Besitzes nicht nur an den vermeintlich berechtigten oder bewußt nichtberechtigten Besitzer gedacht ist, ergibt sich auch aus der Best. des § 986 BGB., die auspricht, daß gerade der tatsächlich zum Besitz Berechtigte auf Grund dieses seines Rechtes die Herausgabe verweigern kann. Nun ist freilich der Bekl. zuzugeben, daß die Vorschr. der §§ 989 ff. BGB., die die vorerwähnten besonderen Best. über die Verlegung des Herausgabeanspruchs durch den Besitzer enthalten, in der Literatur im allg. nur für den redlichen oder unredlichen nichtberechtigten Besitzer in Frage kommend erörtert werden. Dies ist jedoch nur deswegen der Fall, weil eine solche Verlegung des Herausgabeanspruchs begrifflich nur durch einen nichtberechtigten Besitzer möglich ist. Solange das Recht zum Besitz besteht, kann der Herausgabeanspruch als solcher durch den Besitzer nicht verletzt werden, es sei denn dadurch, daß er die Grenzen seines Besitzrechtes überschreitet. Nur für diesen Fall aber, z. B. wenn der Mieter die Mietsache veräußert, erkennt die Rspr. die Haftung des berechtigt gemessenen Besitzers über die Best. der §§ 989 ff., 992 BGB. hinaus nach den Vorschr. über unerlaubte Handlung an (vgl. RG. 101, 307). Aus der Begr. dieser Entsch., daß die Handlungsweise des Besitzers sich in diesem Falle nicht aus dem Besitz und dem Recht zum Besitz rechtfertigen lasse, also zu der abschließl. Anwendung der Vorschr., die dem Besitz als solchem eine Vorzugsstellung gewähren, kein Anlaß vorliege, ergibt sich, daß nicht etwa diese Tatsache der Berechtigung zum Besitz der Anwendung dieser Vorschr., wie die Bekl. meint, entgegensteht. Es ist auch nicht einzusehen, aus welchem Grunde ein tat-

bestehen; nur bei Verneinung solcher Beziehungen greifen die §§ 994, 996 ein, diese Sonderbest. gehen dann den allg. Grundsätzen der auftraglosen Geschäftsführung und grundlosen Bereicherung vor. Da solche besondere schuldr. Beziehungen hier zwischen J. und W. nicht bestehen, sünde insoweit der Anwendung der §§ 994, 996 nichts im Wege. Aber eine andere vom BG. nicht gewürdigte Frage taucht auf — ob die Aufwendungen (durch das Ausrüsten der Stoffe) gegenüber dem Eigentümer W. von J. gemacht wurden oder von H., der die Ausrüstung bei J. bestellt hat und die Vergütung dafür schuldet; doch wohl nur von H. — es kann keinen Unterschied begründen, ob H. die Stoffe selbst ausgerüstet hat oder gegen Entgelt durch J. ausrüsten ließ (§ 257 BGB.). Aufwendungen sind (ähnlich dem Schaden, dämmem emergens) eine Einbuße an vorhandenem Vermögen, im Gegensatz zum Schaden aber freiwillige Einbuße, Vermögensopfer, vgl. mein Lehrbuch des allg. Schuldrechts S. 366; dieses Vermögensopfer hat hier nicht J. (der dafür den Vergütungsanspruch gegen H. erwarb), sondern H. (welcher die Ausrüstung, also die Aufwendungen zu bezahlen hat) gebracht. Daß H. später in Konkurs gefallen ist, kann kaum einen Unterschied begründen. Somit dürfte der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nicht dem J., sondern dem H. zustehen; J. ist nicht zur Klage legitimiert. Aus den folgenden Ausführungen ergibt sich, daß auch zwischen H. und dem Eigentümer W. in Ansehung der Verwendungen keine schuldr. Beziehungen bestehen — die §§ 994, 996 sind deshalb insoweit anwendbar.

Daß J. rechtmäßiger Besitzer der Stoffe war (gegenüber dem Eigentümer W.), nimmt das BG. wohl irrtümlich an. Der Kaufvertrag zwischen H. und W. ist später rückwirkend aufgehoben worden, gleichviel ob durch Ausübung des Rücktritts seitens des W. oder durch Vereinbarung; eine andere als eine rückwirkende Aufhebung kann nicht in Frage kommen, da es sich um ein vorübergehendes Schuldverhältnis handelt; vgl. mein Lehrbuch des allg. Schuldrechts S. 157. Die rückwirkende Aufhebung aber bedeutet, daß H. niemals gegenüber dem Eigentümer W. zum Besitz berechtigt war, somit auch nicht J. (da dieser sein Besitzrecht nur aus dem des H. ableiten könnte). In Ansehung der Verwendungen bestehen sonach auch zwischen H. und W. keine vertragl. Beziehungen; deshalb sind in diesem Verhältnis die §§ 994, 996 anwendbar, bei Rücktritt des W. freilich nur nach Maßgabe des § 347 BGB.

Prof. Dr. Krenz, Würzburg.

fächlich zum Besitz Berechtigter den strengen Vorschr. des § 823 BGB. unterworfen sein sollte, er aber in dem Augenblicke, in dem er noch vermeintlich, wenn auch gutgläubig, zum Besitz berechtigt, aber in Wirklichkeit Nichtberechtigter wird, des Schutzes der milderen Best. der §§ 985 ff. BGB. teilhaftig werden sollte. Dies aber würde die sich aus der Rechtsansicht der Bekl. ergebende praktische Folge sein. Im Einklang mit der vorstehenden Auffassung führt übrigens auch Wolff, Sachenrecht, 1929, S. 287, II 5, bei der Bespr. der Haftung nach §§ 989—993 BGB. auch den berechtigten Fremdbesitzer an. Was vorstehend für die Verpflichtung des Besitzers zum Schadenersatz gesagt ist, muß um so mehr für den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen und auf Nutzungen gelten. Auch diese Verwendungen insbes. sind rechtlich bedeutungsvolle Vorgänge, die vom berechtigten wie vom nichtberechtigten Besitzer, innerhalb, außerhalb oder ohne schuldrechtl. Vertrag vorgenommen werden können. Auch hier könnte deshalb der zum Besitz Berechtigte schlechter gestellt sein als der nur vermeintlich Berechtigte, wenn ihm ein schuldrechtl. Ersatzanspruch nicht zur Seite steht und wenn man die Anwendbarkeit der Vorschr. der §§ 994 ff. BGB. für den Fall des Besitzrechtes verneinen wollte. Zu einer entgegenstehenden Ansicht kann auch hier nicht führen, daß in der Literatur überwiegend vom rechtlichen Besitzer schlechthin gesprochen wird, ohne daß hierbei auch ausdrücklich des auch tatsächlich berechtigten Besitzers gedacht wird.

(OLG. Düsseldorf, 5. Zivilsen., Ur. v. 3. Nov. 1931, 5 U 215/31.)

Mitgeteilt von FR. Dr. Schmidt-Ernsthäuser,
Düsseldorf.

*

Frankfurt a. M.

36. § 138 BGB. Die sog. Fünfzehnhundertmark-Verträge sind nach dem AnsG. anfechtbar. f)

Nach ständiger Anspr. wird die Anfechtung verweigert, wenn ein Schuldner mit seinem ArbG. vereinbart, daß nur ein Teil des Gehaltes oder der sonstigen Vergütung an ihn, der übrige Teil an ein Familienmitglied abzuführen ist, weil nach § 328 BGB. der Anspr. auf diesen Betrag unmittelbar in der Person des Familienangehörigen entstehe, also nichts, was zurückgewährt werden

Zu 36. Es ist erfreulich, daß gleich einigen ArbG. auch die OLG. namentlich im industriellen Westen gegen die wiederaufgelebte bedenkliche Vorkriegs-Anspr. zu den sog. Fünfzehnhundertmark-Vertr. nachdrücklich Front zu machen begonnen haben. Der hier besprochene Fall ist — neben dem von mir JW. 1931, 2554 erwähnten Falle JW. 1930, 648 — deshalb besonders bezeichnend, weil er zeigt, wie die Schuldner, die schwache rechtliche Grundlage der typischen auf § 328 BGB. gestützte Lohnschiebungsverträge wohl durchschauend, immer neue Schleichwege suchen, um die Schwächen der Umgehungsverträge zu verdecken. Im hier gegebenen Streitfall sucht der Schuldner, der von seinem Monatsgehalt in Höhe von 500 RM nebst Gewinnbeteiligung nur die unpfändbaren 195 RM sich vorbehält, den ganzen Rest aber „unmittelbar“ seiner Tochter versprechen läßt, den Eindruck zu erwecken, als ob er damit die Lohnforderung der in seinem Geschäft tätigen Tochter gegen ihn, den Schuldner, befriedigen wolle. Klarer konnte jedoch kaum herausgestellt werden, daß er damit, wie das OLG. richtig annimmt, über ein eigenes Vermögensstück, nämlich über einen Teil seiner Lohnforderung gegen den ihn beschäftigenden Unternehmer, verfügt und damit der Anfechtung Raum gibt. Die Beteiligten haben sich sogar regelrecht verplappert, indem sie vereinbarten, daß „von dem Gesamteinkommen des Schuldners an ihn lediglich 195 M abgeführt“ werden, während die „übrigen Bezüge“ die bekl. Tochter „erhält“. Es hätte wohl nichts entgegengefallen, in diesen Abreden eine Abtretung, die der Anfechtung noch weniger Schwierigkeiten bereitere, als das Versprechen der Leistung an den Dritten, zu erblicken, soweit man die ganze Vereinbarung nicht als reines, nur der Gesetzesumgehung dienendes Scheingeschäft ansieht (an der vielbekämpften Auffassung, daß diese beiden Charakterisierungen, die als Umgehungsakt und die als Scheingeschäft, einander durchaus nicht zu widersprechen brauchen, möchte ich festhalten).

Das OLG. hatte festgestellt, daß die Bekl. im Geschäft ihres Vaters lediglich die Tätigkeit eines Hauskindes im Rahmen des § 1617 BGB. entfaltet hatte, und das Ur. des OLG. legt klar, daß die verschobenen Lohnbeträge (Lohnansprüche des Vaters gegen den ihn beschäftigenden Unternehmer) die angeblichen Ansprüche der bekl. Hauskinder nach deren eigenen Angaben sogar um mehr als 900 RM überstiegen. M. E. lag daher nahe, die ganze auf § 328 BGB. gestützte Vereinbarung für lauter Schein zu erachten. Es steht aber m. E. nichts entgegen, dies wahrgestellt sein zu lassen und mit dem Ur. des OLG. den Weg der Anfechtung vorzuziehen, wenn er zu sicheren Ergebnissen führt. Ja ich halte dies selbst dann für anständig, wenn die Wichtigkeit der Lohnschiebungs-Abreden, sei es aus dem Gesichtspunkt des Scheins oder der Sittenwidrigkeit, auf der Hand liegt; denn wer sich dem Rechtsverkehr als vertraglichen Gläubiger und

könnte, aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben sei (so insbes. RG. in der Vorkriegszeit zu den sog. Fünfzehnhundertmark-Vertr.; vgl. Stein-Jonas, Anh. zu § 850 N. 68 und Mayer: JW. 1931, 2578; in der Nachkriegszeit ArbG.: vgl. Bensch-Samml. 3, 88; 6, 364 = JW. 1930, 3117; 7, 314 = JW. 1930, 3115; 8, 307; 10, 433, 461). Das RG. selbst hat in der Nachkriegszeit zu der Frage erneut noch nicht Stellung genommen. Dieser Rechtsauffassung kann nicht beigetreten werden. Da der Angehörige zum ArbG. nicht im Dienstverh. steht, würde er die an ihn zu zahlende Vergütung ohne jede Gegenleistung, also schenkungshalber, erhalten. Dies entspricht nicht dem Willen des Arbeitgebers. Es liegt vielmehr klar, daß der Schuldner, der Zahlung eines Teiles der ihm versprochenen Vergütung an einen Angehörigen ausbedingt, insoweit zugunsten des Angehörigen verfügt. So liegt der Fall auch, wenn im Aufstellungsvertrag vom 31. Dez. 1929 bestimmt wird, daß an den Schuldner „von seinem Gesamteinkommen“ an ihn lediglich 195 RM monatlich „abgeführt“ werden sollen, während „die übrigen Bezüge“ seine Tochter „erhält“. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen geht hervor, daß das Gesamteinkommen Gehalt des Schuldners, also Vergütung für seine Dienstleistungen, ist und er über einen Teil dieses Einkommens zugunsten der Tochter verfügt. Dem Einwand, der Gläubiger habe keinen Anspr. darauf, daß der Schuldner seine Arbeitskraft in best. Weise verwerte, ist oft genug entgegengehalten, daß, wenn der Schuldner arbeitet, das Ges. dem Gläubiger einen Anspr. auf die Befriedigung aus der Gegenleistung gewährt. Daß in diesen Fällen der Schuldner über eigenes Vermögen verfügt, wird von namhaften Vertretern des Schrifttums anerkannt (Stein a. a. O.; Dertmann: JW. 1930, 569; 1931, 115; Hoeniger: JW. 1930, 648; Volkmar: ArbG.-Rspr. 1929, 393; Mayer: JW. 1931, 2578¹; Hueck: Bensch-Samml. 6, 368; Hueck-Ripperdey, ArbR. I³ § 43 IV; und neuestens mit Bestimmtheit Schwister: JW. 1931, 2548 ff., insbes. Ziff. 5, S. 2553). Gegenüber diesen öffentlichen Schiebungen darf die Rechtswissenschaft nicht machtlos sein. Es ist neuerdings auch in der obergerichtl. Rspr. ein Umschwung eingetreten, und die Auffassung, daß die sog. Fünfzehnhundertmark-Vertr. den Zugriff eines Gläubigers nicht hindern, wiederholt, mit verschiedener

Empfänger der Vergütung darbietet, muß auch die Folgen tragen und kann sich nicht darüber beklagen, wenn aus dem Rechtschein die dem behaupteten Sachverhalt entsprechenden Folgerungen auch von Dritten und im Prozeß gezogen werden. — Wie sich die verschiedenen nun möglichen Ansprüche — aus dem Lohnvertrage, wegen Bereicherung, unerlaubter Handlung, aus Anfechtung — zueinander verhalten, das ist freilich ein nicht leichtes und in mehrfacher Beziehung noch nicht genügend geklärtes Problem. Ich würde es unter Umständen sogar für statthaft halten, dem Pfändungsgläubiger unter Feststellung der Scheinmatur und der Unbilligkeit der Schiebungsabreden (gegebenenfalls auch unter Heranziehung der §§ 117 Abs. 2, 140 BGB.) den Anspruch gegen den Unternehmer (ArbG.) auf Nachzahlung des pfändbaren Lohns einkommens zu geben und zugleich die Scheinempfängerin aus dem Grunde der Anfechtung, je nach Lage der Umstände auch beide wegen sittenwidriger Schädigung des Gläubigers als Gesamtschuldner zu verurteilen. Im Einzelfall werden sich dabei freilich manche Schwierigkeiten ergeben.

Es ist bekannt, ein wie starker Mißbrauch mit der Bestimmung des § 1617 BGB. in der Richtung gemacht wird, um Lohnpfändungen gegen Schuldner zu hintertreiben, die bei dem Vater-ArbG. angeblich nur im „familienhaften“ Verhältnis arbeiten. Hier haben wir es mit dem in entgegengesetzter Richtung wirkenden Mißbrauch, nämlich damit zu tun, daß einem rein familienhaften Verhältnis der Mantel eines echten Lohnvertrages umgehängt wird, um damit eine Lohnschiebung des Hausvaters zu vertuschen. Es ist nun in hohem Grade bezeichnend, daß und in welchem Zusammenhang auch hier der Satz austauscht, der Gläubiger habe keinen Anspruch darauf, daß der Schuldner seine Arbeitskraft für seine Gläubiger verwerte. Das Ur. des OLG. weist zutreffend darauf hin, daß man diesen Satz doch nicht anwenden könne, wenn der Schuldner tatsächlich arbeite. Es scheint sich allmählich aus dem subjektiven Recht auf Nichtarbeit nicht nur ein Recht auf Arbeit ohne Entgelt — gerade dann, wenn wirklich gegen (z. T. verschobenes) Entgelt gearbeitet wird — entwickeln zu sollen, sondern, wie der vorl. Fall aufzeigt, ein Recht darauf, sich den Gläubiger auszusuchen, der auf das pfändbare Arbeitseinkommen Beschlag legen darf. Aber das sind alles nur Winkeldzüge, und eine Anspr., die sich ihrer wirtschaftlichen Aufgaben bewußt ist, wird sich durch noch so fein ausgeklügelte Konstruktionskünste nicht beirren lassen dürfen.

Gegen die Fünfzehnhundertmark-Vertr. hat der Entw. einer neuen ArbG. ein wirksames Kraut gefunden, in dem beachtlichen Vorschläge des § 960 Abs. 1: „Das Entgelt für die Arbeit eines Schuldners bleibt (sehr gut) i. S. dieses Ges. Arbeitseinkommen des Schuldners auch dann, wenn es im voraus, gleichviel, unter welcher Bezeichnung, einem Dritten zugewendet wird. Hat das

Begründung, vertreten (OLG. Köln: JW. 1930, 569; OLG. Hamm: JW. 1930, 3104; UrVg. Köln: BenachSamml. 8, II, 70; UrVg. Frankfurt a. d. D. und Breslau, zit.: JW. 1931, 2553; wegen der früheren Rspr. der OLG. vgl. Mayer a. a. D.; f. aber auch OLG. Düsseldorf: JW. 1930, 648, das dem RG. folgt). Geht man davon aus, daß der Schuldner bei den sog. Fünfzehnhundertmark-Vertr. etwas aus seinem Vermögen weggibt, so muß die Anfechtung nach dem AufG. Erfolg haben.

(OLG. Frankfurt a. M., 5. CivSen., Ur. v. 28. Okt. 1931, 5 U 207/41.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Jhbell, Frankfurt a. M.

*

Vollst. Gemäß die Pfändung des Forderungsrechts des Dritten durch Beschl. für zulässig erklärt, so ist sie statthaft, wie wenn das Forderungsrecht dem Schuldner zustünde.“ Ob sich das, was der Entw. nach seiner Begründung (§. 546) mit der Vorschrift in dieser Formulierung erzielen will, immer erreichen läßt, und ob sie nicht über dies Ziel hinausschießt, darüber dürfte noch zu reden sein, andererseits m. E. auch darüber, daß durch die Bestimmung keine Ansprüche des Gläubigers, die sich aus dem gegenwärtigen Rechtszustande, ob nun gegen den UrVg. oder gegen den Scheinempfänger ergeben, ausgeschlossen werden dürfen.

Präf. des Jurist. Prüf. Schwister, Berlin.

Zu 37. Das Urteil berührt verschiedene z. T. schwierige und streitige Fragen, die sich schließlich alle um das Kernproblem herum bewegen, ob und inwieweit einer Pfandbesitzerin aus der Veräußerung der ihr gehörigen (zehn) Uhren durch die Firma H. ein Rückgriff gegen die Pfandbesitzerin einer weiteren, damals nicht mitveräußerten Uhr erwachsen sei. Die eigene Begründung der vom Gericht dazu eingenommenen Stellung ist ziemlich knapp. Um so ausführlicher muß die Anmerkung dazu, wenn sie überhaupt ersprießlich und verständlich sein soll, ausfallen.

1. Es steht zunächst fest, daß ein Nichtbesitzer (M.) die sämtlichen 11 Uhren bei der Firma H. verpfändet hat, ohne dazu ermächtigt zu sein. Trotzdem hatte die Firma ein Pfandrecht daran kraft guten Glaubens erlangt gemäß §§ 1207, 932 BGB., wie das Urk. zutreffend darlegt. Also hätte sie gemäß § 1230 auch auswählen können, welche von den mehreren Pfandsachen sie zum Pfandverkauf verwenden wolle. Sobald durch solchen Pfandverkauf der Gesamtbetrag der Forderung (oder Forderungen) des Pfandgläubigers gedeckt worden war, war das Pfandrecht an den übrigen Uhren erloschen. Es mußte auch davon abgesehen schon dadurch erlöschen, daß diese Uhren vom Pfandgläubiger an den Verpfänder zurückgegeben wurden (§ 1253).

Es würde sich dann, soweit an den Pfandsachen eine Mehrheit von Eigentümern beteiligt war, das Problem eines Ausgleichungsanspruchs für den Eigentümer der versteigerten gegen denjenigen der nicht versteigerten Pfandstücke ergeben. Angenommen, wenn schon nicht zugegeben, daß es sich in unserem Falle wirklich um einen Pfandverkauf oder ein ähnliches nach dessen Regeln zu beurteilendes Geschäft handelt, müßte das Urk. in der Tat auf diese Frage des Ausgleichungsanspruches Antwort geben. Und er hat das in der Tat getan, so daß auch der Kritiker Anlaß hat, ihm dabei zu folgen. In diesem, wie gesagt nur hypothetischen Sinn bin ich geneigt, meine Zustimmung zu erklären; es gilt insoweit nur eine nähere Begründung.

Die Frage des Ausgleichs ist bekanntlich schon oft behandelt worden für die verwandten Fälle, wo für dieselbe Forderung sowohl ein Pfand wie ein Bürge haftet und nun vom Gläubiger sei es das eine, sei es der andere in Anspruch genommen ist. Eine auch nur einigermaßen einhellige Stellungnahme dazu steht leider noch immer aus (f. die Angaben in m. Komm. z. BGB. § 774 Ziff. 8). Die besseren Gründe dürften jedoch wohl dafür sprechen, daß die Last endgültig vom Pfand und nicht vom Bürgen getragen werden soll, wie sich mit genügender Sicherheit aus §§ 774 und besonders aus 776 ergeben dürfte. Auf den Fall mehrerer für dieselbe Schuld bestellter Pfänder ist dieser Grundsatz natürlich nicht anwendbar — hier kommt vielmehr nur eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über das interne Haftungsverhältnis mehrerer Mitbürgen in Betracht, die bekanntlich laut § 774 Abs. 2 i. Verb. m. § 426 im Innenverhältnis im Zweifel nach Kopfteilen haften. Bei mehrfachen Pfändern ist das nicht ohne weiteres anwendbar; dafür gilt hier aber § 1225, der auf solche Fälle eine entsprechende Anwendung des § 774 — also doch offenbar auch seines zweiten Absatzes! — anordnet. Wo hin aber diese entsprechende Anwendung führe, ist streitig. Strohal (Jahrb. Dogm. 61, 97) leugnet mangels besonderer Innenbeziehung unter den Pfandbesitzern jeden Ausgleichsregreß; dieser beruhe im Fall der Mitbürgen auf ihrer gesamtschuldnerischen Haftung, die bei den mehreren Pfandbesitzern nicht in Frage steht. Aber dies Ergebnis kann das unbefangene Rechtsgefühl nicht befriedigen. Dogmatisch steht die Behauptung, der Ausgleichsregreß beruhe allein auf der Gesamtschuldnerschaft, auf schwachen Füßen; keinesfalls läßt sich der Wert „nur“ in

37. §§ 1247, 1249, 268, 1225 BGB. Sind mehrere Sachen verschiedener Dritteigentümer zum Pfand gegeben und ist eine dieser Sachen auf Grund eines vom Schuldner (Verpfänder) erteilten Versteigerungsauftrags versteigert und damit der Pfandgläubiger befriedigt worden, so hat der Eigentümer dieser versteigerten Sache gegen die Eigentümer der anderen mitverpfändeten gewesenen Sachen einen Ausgleichsanspruch.†)

(OLG. Frankfurt a. M., Ur. v. 26. Nov. 1930, 5 U 280/30.)

Abgedr. JW. 1931, 2751*.

*

§ 774 Abs. 2 dafür anführen. Ferner kommt auch bei der Pfandmehrheit etwas der Solidarität ähnliches vor — § 1222 läßt doch jede Sache für die ganze Forderung, also in solidum, in Anspruch genommen werden können. Und da § 1225 überhaupt nur eine entsprechende Anwendung des § 774 vorieht, ist m. E. genügender Grund vorhanden, um grundsätzlich einen Ausgleichsanspruch zu bejahen. Fraglich nur, in welchem Umfang? Der Unterschied gegenüber den Mitbürgen liegt auf der Hand: Die Schuld jedes gesamtschuldnerisch haftenden Mitbürgen ist zugesagen gleichwertig, belastet jeden gleichstark. Dagegen wird die Last jedes Pfandbesitzers wirtschaftlich, aber auch rechtlich um so härter, je größer der Wert des oder der ihm gehörigen Pfandstücke ist. Es ist etwas ganz anderes, ob jemand — für eine fremde Schuld — etwa mit einem Stücke im Werte von 100 oder mit zehn Stücken in solchem von zusammen 1000 haftbar gemacht werden kann. Eine Teilung der Last im Innenverhältnis nach Köpfen (so Wolf, Sachenrecht § 760 Anm. 6) bleibt unbefriedigend, indem sie den oben erwähnten grundsätzlichen Gegensatz nicht beachtet. Die sinngemäßeste Anwendung des § 774 dürfte vielmehr einen Ausgleichsregreß nach dem Werte der dem einen oder anderen gehörigen Pfandstücke erfordern. Das nimmt auch das Urk. an, unter Berufung auf die dort angezogenen Erkenntnisse und Kommentare. Daher gebührt ihm insoweit hypothetisch Zustimmung.

2. Aber auch nur solche. Denn die Vorfrage ist die, ob in unserem Fall die Regeln über Pfand und Pfandverkauf überhaupt anwendbar seien. Und das muß ich entschieden bestreiten. Das Urk. legt selbst dar, daß der Verpfänder (M.) zwar nicht zur Verpfändung, wohl aber zur Veräußerung seitens beider Parteien — der einen Partei hinsichtlich der zehn Uhren, der anderen hinsichtlich der sog. Antoniusuhr, ermächtigt gewesen sei. Auf Grund dieser Ermächtigung hat nun seinerseits M. der Firma H. einen „Verkaufsauftrag“ erteilt, den diese in bezug auf die zehn Uhren auch ausgeführt hat. Ob es sich dabei um eine Substitution in die zunächst dem M. erteilte Ermächtigung gehandelt hat, oder ob M. überhaupt nur damit betraut war, als Vertreter der Eigentümer eine erste Ermächtigung an H. zu erteilen, ist ebenso gleichgültig wie die andere Frage, ob es sich um eine Veräußerungsvollmacht zum Handeln im Namen des Erteilers, oder aber um eine Ermächtigung zum Handeln im eigenen Namen des Empfängers (§ 185 BGB.) gehandelt hat. Denn jedenfalls lag, soweit die Firma H. von der Ermächtigung Gebrauch machte, eine gewöhnliche Veräußerung vor, die den Grund der Wirksamkeit lediglich in jener Ermächtigung hatte, nicht in einem eigenen Veräußerungsrechte des Veräußernden, und die von einem Pfandverkauf so verschieden war wie nur möglich. Soweit aber davon nicht Gebrauch gemacht wurde, ist das Eigentum des Ermächtigenden natürlich durch den Vorgang völlig unberührt geblieben; er kann — oder konnte doch bis zu einer anderweitigen Veräußerung, wie sie in unserem Fall hernach stattgefunden hat — dieses ihm verbleibende Eigentum in vollem Umfang geltend machen, und es fehlte an jedem Anlaß, dem Eigentümers der veräußerten Sachen einen Ausgleichsregreß gegen ihn zuzuschreiben. Daß auch an der — nichtverkauften — Sache ein Pfandrecht bestand, ist gänzlich gleichgültig, da die Entwicklung der Sachlage laut Tatbestand darauf eben nicht beruht hat, und zudem jenes Pfandrecht, wie oben dargelegt, durch Rückgabe an den Eigentümer oder seinen Vertreter M. überhaupt zum Erlöschen gebracht ist. Wenn trotzdem unser Urteil verschiedene pfandrechtliche Regeln, besonders § 1249, auf den Fall entsprechend angewandt werden läßt, so ist das durchaus willkürlich — von einer dazu erforderlichen Rechtsähnlichkeit der beiden Vorkommnisse kann nicht im entferntesten die Rede sein. Am bedenklichsten erscheint es, wenn die entsprechende Anwendung des § 1249 BGB. sogar dazu führen soll, daß die Forderung des Veräußerers — der Firma H. — jetzt auf die Eigentümerin der veräußerten Uhren durch cessio legis übergegangen sei. Selbst angenommen, es habe sich um Pfandverkauf gehandelt, würde mit Staudinger und dem RGRKomm., allerdings gegen die herrschende Meinung, von einer Anwendung des § 1249 nicht, wie das Urteil will, die Rede sein können. Denn in § 1249 wird nur dem Eigentümer die Möglichkeit gewährt, sich sein Eigentum mittelst des sog. ius offerendi zu erhalten, einen Pfandverkauf zu verhindern — tut er das, so soll die Forderung des abgefundenen Gläubigers auf ihn übergehen. Ganz anders da, wo es zum Pfandverkauf gekommen, der nichtschuldende Eigentümer passiv geblieben

Hamm.

38. Eine bis zur Veräußerung des Kaufgegenstandes im regelmäßigen Geschäftsverkehr des Käufers für den Verkäufer vorbehaltenes Eigentum erlischt auch dann, wenn der Kaufgegenstand einem Angestellten des Käufers als Weihnachtsgratifikation zugewendet wird.

Die noch nicht bezahlten Teppiche sind alsbald nach der Lieferung dem K. übergeben worden, der eine neue Wohnung bezog. Die Zuwendung, die offenbar schon bei der Bestellung in Aussicht genommen war, weil K. sie selbst ausgesucht hat, erfolgte in Anrechnung auf die Weihnachtsgratifikation, auf die K. als Teil seiner Vergütung vertragl. Anspruch hatte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Firma S. bei der Bestellung von der beabsichtigten Zuwendung durch K. in Kenntnis gesetzt ist und damit die Verfügung über sie genehmigt hat. Denn jedenfalls kann die Weitergabe an K. unter den obwaltenden Umständen nicht als eine Verfügung angesehen werden, die nicht im normalen Geschäftsverkehr i. S. der Verbandsbedingungen erfolgt ist. Diese Bedingungen können an der entscheidenden Stelle unter „normalen Geschäftsverkehr“ nicht nur Veräußerungen an Kunden allein im Auge haben. Ihnen können vielmehr unbedenklich auch Verkäufe an Angestellte gleichgeachtet werden. Der Senat geht noch einen Schritt weiter und rechnet dazu auch entgeltl. Zuwendungen wenn sie, wie hier, auf die geschuldete Gratifikation angerechnet werden, wozu die besonderen Umstände Anlaß geben.

(OLG. Hamm, 7. ZivSen., Urf. v. 22. Okt. 1931, 7 U 157/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Edmund Meher, Köln.

Berlin.

III. Verfahren.

39. §§ 899, 512a ZPO. Die Nachprüfung der örtlichen Zuständigkeit in der Beschwerdeinstanz ist unzulässig.

Die Auffassung des OLG. von der Geltung des Grundsatzes des § 512a ZPO. auch auf das BeschwVerf. entspricht der ständ. Praxis des Sen. Dementpr. ist davon auszugehen, daß auch der Beschw. unterliegende Beschl., ebenso wie erstinstanzl. Urf. jeder Art (vgl. RG. 110, 57 ff. = JW. 1925, 762) der Anfechtung wegen der mit Unrecht angenommenen örtl. Zuständigkeit schlechthin entzogen sind. Das OLG. hat dementspr. hier mit Recht die Nachprüfung der Gründe des amtsgerichtl. Beschl. abgelehnt.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 20. Nov. 1930, 8 W 11960/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Auerbach, Stettin.

*

Hamm.

40. § 50 Abs. 2 ZPO. Es ist zulässig, daß sämtliche Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins ihre Ansprüche an ein einzelnes Vereinsmitglied abtreten, um diesem die Klagebefugnis für den Verein als solchen zu beschaffen.

Dieser Weg der Abtretung der Ansprüche der einzelnen Vereinsmitglieder an ein einzelnes Mitglied ist möglich, um diesem Vereinsmitglied die Klagebefugnis für alle Mitglieder und damit für den Verein als solchen zu verschaffen. Dann müssen aber sämtliche Mitglieder ohne jede Ausnahme ihm ihre Ansprüche abtreten. Fehlt auch nur ein Mitglied, dann ist die Klagebefugnis des Mitgliedes, in dessen Hand sich die Ansprüche der übrigen Vereinsmitglieder vereinigen, nicht gegeben (RG. 78, 107 = JW. 1912, 302). Diese Vereinigung der Ansprüche aller Vereinsmitglieder auf Grund der Abtretungen in der Hand des einen klagenden Vereinsmitglieds muß aber schon zur Zeit der Klage-

ist. Dann gilt die Forderung des Pfandgläubigers als durch ihn berechtigt, sie ist also untergegangen, und ob und welche Rückgriffsansprüche der als Berechtigter geltende Eigentümer gegen den befreiten Schuldner gewinnt, bestimmt sich nach dem etwaigen Innenverhältnis oder den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, insbesondere dem mindestens entsprechend anwendbaren § 816. Von einem Übergang der bereits befriedigten Forderung des Pfandgläubigers kann nach § 1247, anders als bei dem erst zur Befriedigung führenden ius offerendi des § 1249, m. E. nicht die Rede sein. Die rechtspolitische Beurteilung liegt anders als in den Fällen des § 1249: hier macht der Abfindende von einem ihm ein für allemal zur Wahrung seiner Interessen verliehenen Recht Gebrauch, und da ist es ohne weiteres angebracht, ihn von den dabei zu bringenden Auswendungen zu entlasten. Dagegen läßt sich da, wo der Eigentümer des Pfandes nicht zugleich Schuldner ist, nicht ohne Rücksicht auf sein Innenverhältnis zum letzteren bestimmen, wem von beiden schließlich der Verlust der Pfandsache im Ergebnis ökonomisch zur Last fallen müsse — der Eigentümer kann ja sehr wohl für die Verpfändung vom Schuldner einen Gegenwert erlangt haben! Diesem Teil der Ausführungen des Urteils muß ich also durchaus die Folge versagen.

Geh. J.R. Prof. Dr. Paul Dertmann, Göttingen.

erhebung bestehen. Fehlt auch nur eine Abtretung, dann fehlt ihm die Befugnis zu klagen.

(OLG. Hamm, Urf. v. 21. Nov. 1931, 9 U 221/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Niemoeller, Hamm (Westf.).

Stettin.

IV. Armenrecht.

41. § 1 ArmAnwG.; § 13 Nr. 3 RMGebD. Die Vergleichsgebühr wird in Ehesachen nicht nur bei einem Vergleich nach Erhebung von Klage und Widerklage, sondern auch dann fällig, wenn der Beklagte eine Widerklage erheben könnte. †)

Der BeschwF. war dem K. im Armenrecht für die Ehescheidungsklage beigeordnet. Die Klage war auf ein unfittliches Verhalten der Bekl. gestützt. Diese hat das Klagevorbringen bestritten und geltend gemacht, sie sei der Ansicht, daß der K. sie nur zur Erhebung der Widerklage wegen der ihr selbst zur Seite stehenden Ehescheidungsgründe veranlassen wolle (§ 616 Satz 2 ZPO.). Schließlich haben die Parteien sich dahin verglichen, daß der Kläger die Klage zurücknahm, die Bekl. auf die Widerklage verzichtete und die Kosten gegeneinander aufgehoben wurden.

Der BeschwF. hat seine VerglGeb. nach einem Streitwert von 2000 RM berechnet. Im ErinnerVerf. ist ihm nur die Gebühr für einen Vergleich über die Prozeßkosten zugewilligt worden. Die Beschw. ist begründet.

Die früher überwiegende Meinung, daß ein solcher Vergleich mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbar sei und dem Anwalt deshalb eine nach dem Streitwert der Ehesache zu berechnende VerglGeb. nicht erwachsen könne, kann nicht mehr als vorherrschend angesehen werden (vgl. z. B. DRZ. 1931 Nr. 581, 582, 678, 679). In der Tat erscheint auch eine Beschränkung des § 13 Nr. 3 RMGebD. auf Vergleiche aus § 779 BGB. über vermögensrechtl. Angelegenheiten nicht überzeugend. Die Ausöhnung der Ehegatten, die die Vorkommnisse in ihrer Ehe und daraus hergeleitete oder herzuleitende Rechtsansprüche zur gerichtl. Entsch. gestellt haben, ist nicht mehr ein rein tatsächl. Vorgang von sittl. Bedeutung. Ihr ist vielmehr rechtsgeschäftlicher Charakter zuzusprechen; wenn sie nicht spontan erfolgt, sondern sich als das Ergebnis der Verhandlungen darstellt (und ohne solche kann ein Mitwirken des Anwalts bei Vergleichsabschluss i. S. des § 13 Nr. 3 RMGebD. überhaupt nicht in Frage kommen), bei denen jede Partei von ihrem Standpunkt und ihren Rechten mit Rücksicht auf Zugeständnisse der Gegenseite etwas nachläßt. Das gilt nicht nur für die gewöhnlich lediglich ins Auge gefaßten Fälle der §§ 1565, 1568 BGB. Ein Vergleich ist auch in anderen Ehesachen möglich, z. B. über die Bestätigung einer nichtigen Ehe oder die Zurücknahme einer Anfechtungsklage (§§ 1325, 1341 BGB.); hier zeigt sich sogar der rechtsgeschäftl. Charakter einer solchen vergleichsweisen Einigung noch deutlicher als bei der Ausöhnung über Tatbestände, die eine Scheidung wegen Verschuldens rechtfertigen sollten und bei denen mit der Beilegung des Rechtsstreits zugleich die persönl. Kränkung als eine Verletzung des Sittengesetzes ausgeglichen wird. Die Eheschließung ist selbst ein Vertrag; es ist deshalb mit ihrem Wesen nicht unvereinbar, daß die Ehegatten durch Vertrag (Vergleich) die Ausübung der Rechte und Befugnisse regeln, die das Ges. jeweilig dem einen und anderen gegeben hat, um je nach der Sachlage die Aufrechterhaltung oder — z. B. durch Nichteinlegung von Rechtsmitteln — die Auflösung der Ehe herbeizuführen. — Die rechtl. Möglichkeit eines Vergleichs in Ehesachen ist hiernach gegeben. Daß ein solcher auch tatsächlich hier erfolgt ist, wo jede Partei das ihr — mindestens ihrer Behauptung nach — zustehende Scheidungsrecht aufgegeben hat, kann keinem Zweifel unterliegen.

Zu 41. Die — auch zur Auslegung der §§ 23, 36 GRG. bedeutung — Frage der rechtl. Möglichkeit eines Vergleichs in Ehesachen bildet eine der unerfreulichsten und kompliziertesten Streitfragen aus dem Anwaltsgebührenrecht. An Bedeutung hat sie gewonnen, seitdem in Armensachen, also auch Ehesachen, die ja den größten Teil der Armensachen bilden, die anwaltschaftliche Tätigkeit aus der Staatskasse honoriert wird. Eine Übersicht über die verschiedenen Rechtsauffassungen der strittigen Materie findet sich bei Gelinsh-Meyer, Armenanwaltskosten, S. 122, mit der bis Ende 1930 ergangenen neuerlichen Nrpr. Die eine Auffassung hält jeden Vergleich über Lösung oder Aufrechterhaltung der Ehe für unzulässig, also auch über Ausöhnung; eine andere Ansicht erachtet zwar Vergleiche über Ehescheidung als unstatthaft, nicht aber solche über Fortführung der Ehe (Ausöhnung); eine dritte Meinung läßt unter Ablehnung eines Vergleichs in der Hauptsache solchen über die rein prozessuale Einigung hins. Zurücknahme von Klage und Widerklage (Ziel also: Vergleichung) zu; eine vierte weitergehende Auffassung nimmt prozessualen Vergleich auch bei Vereinbarung der Nichteinlegung oder Zurücknahme eines Rechtsmittels gegen ein Scheidungsurteil (Ziel also: Ehescheidung) an; schließlich wird vielfach die Meinung vertreten, daß über eherechtliche Verhältnisse zwar ein Vergleich rechtsunzulässig, wohl aber im Ehe-

Es war deshalb auf die Beschwerde dem Armenanwalt noch der an der Vergleichsbetrag nebst Umsatzsteuer für die Ehefache selbst fehlende Betrag zuzuerkennen.

(OLG. Stettin, 5. ZivSen., Beschl. v. 21. Okt. 1931, 5 W 32/31.)
Mitgeteilt von OMR. Fischer, Stettin.

*

42. § 1 ArmAnwG. Der auch für die Zwangsvollstreckung beigeordnete Armenanwalt erhält für den Antrag auf Eintragung einer Arresthypothek eine nach der LGeGD. zu bemessende Gebühr aus der Staatskasse ersetzt. Das BeschwG. hat nicht nur den angegriffenen Gebührenansatz, sondern auch den nichtangegriffenen Gebührenansatz zu prüfen und kann im Rahmen der gestellten Anträge einen Ausgleich zwischen diesen vornehmen, je nachdem ein Abstrich oder ein Zusatz gerechtfertigt ist. +)

Die Beschw. ist insofern unbegründet, als sie auf eine völlige Abhebung der Zwangsvollstreckungsgebühr für den Antrag auf Eintragung der Arresthypothek abzielt. Den Ausführungen des Justiz- und Rassenrats, daß sich die Bewilligung des Armenrechts nicht auf den Antrag auf Eintragung einer Arresthypothek erstreckt, daß dieser nicht zu den bürgerl. Rechtsstreitigkeiten gehöre und die Bewilligung des Armenrechts nur für solche wirke und das ArmAnwG. nicht für ein dem FGW. unterstelltes Verfahren gelte, kann der Sen. nicht folgen. Dem Arrestkl. ist das Armenrecht für das Arrestverfahren einschl. der Zwangsvollstreckung bewilligt und in diesem Umfange der ArmAnw. beigeordnet worden. Daher werden von diesem Beschl. alle Vollstreckungshandlungen des ArmAnw. für die arme Partei mitumfaßt, gleichviel nach welchen gesetzl. Best. sich der einzelne Vollstreckungsakt richtet. Der Antrag

prozeß über vermögensrechtliche Fragen (Unterhalt, Güterrecht, Wohnsitz, Aunderziehung, Prozeßkosten usw.) Vergleich möglich sei. Die eingehende Erörterung aller Fragen würde eine umfangreiche Abhandlung nötig machen, für welche hier der Raum fehlt. Es muß genügen, einiges Grundsätzliche hervorzuheben und die neueste Rspr. samt Schrifttum anzuführen.

Der besprochene Beschl. zusammen mit den von ihm zitierten und anderen in gleicher Richtung ergangenen Entsch. und dem neuerlichen Schrifttum schafft herrschende Praxis dahin, daß grundsätzlich Vergleiche in Ehefachen, insbes. über Aufrechterhaltung und Auflösung der Ehe, statthaft sind. Auch ich halte diese Auffassung durchaus für zutreffend. Sie wird neuerdings geteilt von OLG. Hamm: JW. 1931, 1389; OLG. Köln (4. Entsch. des 7. ZivSen. [KostSen.]): JW. 1931, 1391 (abgebr. auch DRZ. 1931 Beil. Nr. 582); ebd. Nr. 581, 678, 679; Fürst: JW. 1930, 2994, 3000; 1931, 1116, 1389; Carlsebach: JW. 1931, 2047; Friedlaender: JW. 1931, 1833; Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebD. (9) zu § 13 (unter Aufhebung fröh. ablehnender Ansicht). Auf anderem und älterem Standpunkt stehen noch OLG. Dresden: JW. 1931, 2047 u. OLG. Breslau: JW. 1931, 1833 (kein Vergleich in Ehehauptsache); OLG. Düsseldorf: DRZ. 1931 Beil. Nr. 681 (ebenso, auch nicht bei Ausöhnung); OLG. Kiel: JW. 1931, 1835 (Klage u. Widerklagerücknahme dem Vergleich nicht zugänglich); RG. 20 (KostSen.): JW. 1931, 1116 erachtet Vergleich über Rücknahme von Klage u. Widerklage zwecks Eheaufrechterhaltung für zulässig, über Rechtsmittel zwecks Ehelösung für unstatthaft, nimmt also eine Mittelmeinung ein. Die ablehnende Ansicht geht von der Annahme aus, daß die Ehegatten über das Rechtsverhältnis Ehe nicht verfügen können, selbst die Veröhnung werde nicht durch Vertrag herbeigeführt, sondern durch die Tatsache der Veröhnung von Scheidungsgründen, Abmachungen zur Erleichterung der Scheidung seien nach § 134 BGB. nichtig, weil (so RG. 118, 171 = JW. 1928, 113; 123, 87 = JW. 1929, 851; 70, 59 = JW. 1908, 54) der Grundsatz des Ehebuches auch gegen den Willen der Gatten aus Eheverhaltensvorschriften, insbes. § 617—622 ZPO. sich ergäbe. Diese Auffassungen sind grundsätzlich unzutreffend: Der Vergleichsbegriff des § 779 BGB. erschöpft sich nicht in Anwendung auf schulrechtliche Verhältnisse, sondern erstreckt sich auch auf dingliche, erbrechtliche, familienrechtliche, prozeßuale Rechtsverhältnisse (so z. B. Staudinger, BGB.; Warneher; RWRomm.; je zu § 779), nur müssen sie der Verfügung der Parteien unterliegen, Vergleiche über durch zwingende Rechtsätze geregelte Rechtsverhältnisse sind nichtig. Einzelne aus dem Eheverhältnis fließende Ehegattenrechte unterliegen aber der Vg. der Parteien, insbes. steht es trotz der Formvorschr. der §§ 617 ff. ZPO. dem Ehegatten bei Vorliegen von Scheidungsgründen völlig frei, ob er Scheidung begehren, sein Scheidungsverlangen zurücknehmen, auf sein Scheidungsrecht verzichten, sich ausöhnen, Rechtsmittel gegen ein Scheidungsurteil einlegen will oder nicht; es handelt sich um zweifelhafte im Gesetz begründete materielle und prozeßuale Rechte. Daß im Einzelfalle ein Ehevergleich unbilligen oder verbotsgesetzwidrigen Charakter haben und deshalb nichtig sein kann, hat er mit reinen schuldrechtlichen Vergleichen gemein und bildet keine rechtliche Besonderheit. Wenn bei-

auf Eintragung der Arresthypothek findet seine gesetzl. Grundlage in § 932 ZPO. Die Stellung dieses Antrages bildet bereits die Vollstreckungshandlung, durch welche der Kl. seine Gebühr verdient. Daß dieser Antrag an das GWA. und nicht an das VollstGer. zu richten ist, nimmt diesem Antrag nicht die Eigenschaft einer Vollstreckungshandlung (f. Jonas: JW. 1930, 3353 zu Nr. 51 unter B; RG.: JW. 1931, 2035 1).

Ob die Vergütung des Kl. für diese Vollstreckungshandlung nach der RAGebD. oder nach der LGeGD. zu bemessen ist, darüber gehen die Meinungen auseinander. Der Sen. schließt sich der jetzt überwiegend vertretenen Meinung an, daß die Eintragung einer Zwangshypothek, d. h. auch der Arresthypothek, zwar einen Zwangsvollstreckungsakt darstellt, aber in einem Verf. der freiw. Gerichtsbarkeit vollzogen wird und daher der Antrag auf Eintragung einer Hypothek nach der LGeGD. zu vergüten ist. Für Anträge bei Behörden wird dem Kl. nach Art. 8 PrARAGebD. eine gem. Art. 3 a. a. D. nach § 32 PrARAGebD. zu berechnende $\frac{8}{10}$ -Gebühr gewährt.

Diese Gebühr ist auch dem ArmAnw. zuzubilligen. Wie sich die Bewilligung des Armenrechts für die Zwangsvollstreckung auch auf die Zwangsvollstreckungshandlungen bezieht, die sich in einem nach den Grundsätzen der freiw. Gerichtsbarkeit geregelten Verfahren vollziehen, so erstreckt sich auch der Geltungsbereich des ArmAnwG. auf die Tätigkeit eines ArmAnw., die er in einem solchen Verfahren ausübt (Jonas a. a. D.).

Die Höhe der Gebühren richtet sich nach der einzutragenden Forderung, und diese beträgt mit ihren Nebenforderungen 5000 RM; daher sind dem ArmAnw. 17,60 RM für den Antrag auf Eintragung der Arresthypothek aus der Staatskasse zu erstatten. Er hat für diesen Antrag 15 RM erstattet erhalten, so daß ihm noch weitere 2,60 RM zustehen.

Spießweise Ehegatten sich über fingierte Scheidungsgründe vergleichen und etwa ein Scheidungsurteil erschleichen würden, so läge ein verbotswidriger und wohl auch unbilliger Vergleich vor; ähnlich, wenn der Scheidungswille durch unstatthafte Zusagen besonders wirtschaftl. Art herbeigeführt würde. Es gibt natürlich auch in Ehefachen Vergleichsfälle, bei denen einzelne begriffliche Voraussetzungen des Vergleichs fehlen, z. B. bei Vereinbarung der Rücknahme von Klage und Widerklage liegt kein „gegenseitiges Nachgeben“ vor, wenn keine Gründe für Klage oder Widerklage vorliegen; ebenso bei Ausöhnung und Klagerücknahme, ohne daß Bekl. irgendwelche Scheidungsgründe befaß. Dagegen liegt bei Ausöhnung unter Verzicht auf Scheidungsbegehren ein gegenseitiges Nachgeben in Mitte, wenn auch der Bekl. auf ihm zur Seite stehende, wenn auch noch nicht mit Widerklage verfolgte Scheidungsrechte verzichtete. Zulässig ist auch Herbeiführung der Rechtskraft der Scheidung durch Vereinbarung des Verzichts auf Rechtsmittel oder der Rechtsmittelzurücknahme; denn in diesem Fall liegt ja eine richterliche urteilsmäßige Feststellung des Bestehens von Gründen vor.

Erwähnt sei noch OLG. Breslau: JW. 1931, 1833 (ob. zit.): Es lehnt Hauptachevergleich in Ehefachen ab, nimmt im Fall eines solchen nur Vergleich über die Prozeßkosten an, bemißt aber die Gebühr für den Kostenvergleich in Eheamenfachen mit 25 RM nach § 7 TL. 9 NotWD. v. 1. Dez. 1930, weil diese feste Gebühr unabhängig vom Streitwert gelte; dagegen Friedlaender a. a. D.

JR. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

Zu 42. Das Armenrecht war ausdrücklich auf die Zwangsvollstreckung mit erstreckt worden; zwar spricht § 1 ArmAnwG. von „bürgerl. Rechtsstreitigkeiten“; trotzdem wird es nicht darauf ankommen, ob die Entsch. solcher bürgerl. Rechtsstreitigkeit nach Normen der ZPO. oder nach sonstigen Vorschr. zur Vollstreckung gelangt; daß der Antrag auf Sicherungshypothekenintragung eine Vollstreckungshandlung darstellt, kann nicht wohl bezweifelt werden; die Vollstreckungsgrundlage findet sich übrigens in der ZPO. (§§ 866 ff., 932); die Form des Vollzugs richtet sich freilich nach der GWD.; demgemäß entscheidet nach h. M. Landesrecht über die Vergütung für den Antrag (so Walter-Joachim-Friedlaender, RAGebD. (8), § 23 Anm. 53 u. dort zit.; Krämer: JW. 1930, 3350; OLG. Stuttgart: JW. 1930, 663; a. A. OLG. Köln: JW. 1930, 3350). Der Meinung, daß der Antrag auf Zwangshypothekenintragung, weil letztere einen Akt der freiw. Gerichtsbarkeit darstellt, überhaupt nicht zu vergüten sei (so OLG. Breslau: JW. 1930, 2457), wird mit Recht von Kaufmann a. a. D. und Jonas: JW. 1930, 3353 widersprochen; es kann ja für die arme Partei, wie für den Fiskus, kein Unterschied sein, in welchen Formen sich die Vollziehung eines zivilprozeß. Entsch. abspielt, wenn das Armenrecht bewilligt ist.

Die Änderung nicht beanstandeter Posten hat ob. Beschl. in Anlehnung an die von Willenbücher, 11. Aufl., S. 175 angeführte Rspr. des RG. vorgenommen, wobei er sich in dem von RG. 35, 427 vorgeschriebenen, durch den BeschwAntrag abgesteckten ziffermäßigen Rahmen hielt.

JR. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

Gleichwohl ist die Beschwerde zu einem gewissen Betrage begründet; denn das Beschw. hat auch zu prüfen, ob der Anfsatz der übrigen dem ArmAnw. erstatteten Beträge gerechtfertigt ist oder etwa im Rahmen des Antrags des Beschw. eine Streichung der zu Unrecht in Anfsatz gebrachten Gebühren vorzunehmen ist, zumal eine formelle Rechtskraft der Festsetzung der einzelnen Gebühr nicht vorliegt (vgl. Willenbücher, Kostenfestsetzungsverf., 11. Aufl., S. 175). Der ArmAnw. ist unter Hinweis auf die entstandenen Bedenken gegen den Gebührenanfsatz gehört worden. Es hat sich nämlich ergeben, daß für die beiden anderen Vollstreckungsakte 15 + 15 RM zu Unrecht festgesetzt worden sind. 15 RM hätte er nach dem Ges. v. 20. Dez. 1928 (RGBl. I, 411) nur dann beanspruchen können, wenn die Vollstreckungshandlungen nach dem 1. April 1929 vorgenommen worden wären. Sie waren aber bereits vor diesem Zeitpunkt vollzogen, so daß sich der ArmAnw. mit einer Gebühr von je 10,50 RM nach dem bis dahin geltenden Ges. begnügen muß. Es sind ihm also hiernach 4,50 + 4,50 RM zuzubilligen. Folglich ermäßigt sich der ihm zu erstattende Kostenbetrag um 9 - 2,60 RM = 6,40 RM und die Umsatsteuer um 0,05 RM.

(OLG. Stettin, 5. Zivilsen., Beschl. v. 1. Sept. 1931, 5 W 30/31.)
Mitgeteilt von OLG. Fischer, Stettin.

b) Strafsachen.

Dresden.

I. Materielles Strafrecht.

43. § 137 StGB. liegt vor, wenn eine zum Inventar eines Grundstücks gehörende Kasse nach Erteilung des Zuschlags im Zwangsvollstreckungstermin entfernt wird, noch ehe die Ersteherin sich in den Besitz des Grundstücks und der Kasse gesetzt hatte. †)

Mit Recht hat das OLG. den Tatbestand des § 137 StGB. als erfüllt angesehen. Daß die Kasse im Schankraum als Zubehör des

Zu 43. Durch den Zuschlag erwirbt der Ersteher nach § 90 Abs. 2 ZwVerfG. zugleich mit dem Grundstück auch die Gegenstände, auf welche sich die Zwangsversteigerung erstreckt hat. Nach § 55 Abs. 2 ZwVerfG. erstreckt sich die Versteigerung auch auf diejenigen Zubehörstücke, die im Besitze des Schuldners, aber im Eigentum eines Dritten stehen, sofern nicht der Eigentümer sein Recht nach § 37 Nr. 5 ZwVerfG. geltend gemacht hat. Zur Geltendmachung des Rechts nach § 37 Nr. 5 genügt nicht die bloße Anmeldung, sondern es ist ein vor der Erteilung des Zuschlages vom Eigentümer des Zubehörstückes erwirkter Beschluß über die Aufhebung oder die einseitige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens in den Zubehörgegenstand erforderlich. Liegt ein solcher Beschluß vor — aber auch nur dann —, so scheidet das dem Dritten gehörige Zubehörstück auch nur dann aus dem Versteigerungsverfahren aus; der Zuschlag erstreckt sich in diesem Falle kraft Gesetzes nicht auf diesen Gegenstand (Jaekel-Gütche⁶, § 90 Anm. 8a Abs. 5).

Nach dem geltenden Recht werden die Zubehörgegenstände erst dann von der hypothekarischen Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt worden sind, bevor sie zugunsten des Hypothekars in Beschlag genommen worden sind.

Im vorliegenden Falle war das streitige Zubehörstück — die Kasse —, das der hier in Rede stehenden Hypothek ursprünglich verhaftet gewesen war, durch seine Veräußerung von seiner hypothekarischen Haftung nicht frei geworden, weil seine Entfernung von dem Grundstück unterblieben war. Daher haftete es bei der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens noch fort.

Darüber, bis zu welchem Zeitpunkte die Beschlagnahme durch das Zwangsversteigerungsverfahren dauert, enthält das Gesetz keine besondere Bestimmung. Nach § 90 ZwVerfG. erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag das Eigentum des versteigerten Grundstücks unter gleichzeitigem Übergange der Gefahr und der Nutzungen. Faßt man gleichgültig diese Bestimmung ins Auge, so könnte u. U. die Ansicht vertreten werden, daß mit dem Zuschlage auch die Beschlagnahme ihr Ende erreiche, da ja eine Sache des Schuldners zugunsten des Gläubigers beschlagnahmt werden sollte und diese Maßregel sich ohne weiteres erledige, wenn die Sache nicht mehr dem Schuldner, sondern dem Gläubiger bzw. dem Ersteher gehöre. Dies kann jedoch, wie das OLG. wiederholt überzeugend ausgeführt hat, nicht die Absicht des Gesetzes gewesen sein. Denn, wie die Bestimmungen des § 91 ZwVerfG. ergeben, ist mit der Erteilung des Zuschlages das Verfahren nicht beendet; wenn auch das Eigentum sofort übergeht, so kann doch der Ersteher die Übergabe des Grundstücks erst nach Bezahlung des Kaufgeldes fordern; bis dahin ist das Grundstück auf Antrag des Ersteheren oder eines Gläubigers, der aus dem Versteigerungserlös Befriedigung zu erwarten hat, für Rechnung des Ersteheren in gerichtliche Verwaltung zu nehmen. Da die zugleich mit der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens erfolgende Beschlagnahme des Grundstücks offenbar den Sinn und Zweck hat, dem betreibenden Gläubiger das beschlagnahmte Objekt nebst Zubehör als

Grundstücks von der Beschlagnahme erfaßt worden ist und die bloße Veräußerung der Kasse — ohne ihre Entfernung vom Grundstück — die Beschlagnahme nicht berührt, ist außer Zweifel (vgl. §§ 20, 22 ZwVerfG.; §§ 1120, 1121 BGB.). Allerdings setzte die Beschlagnahme der Kasse voraus, daß diese zur Zeit der Eintragung der hier in Rede stehenden Hypothek vom Angekl. noch nicht an die Firma W. veräußert worden war; denn sonst würde die Hypothek und die ihrem Schutze dienende Beschlagnahme sich nicht auf sie haben erstrecken können. Nach dem Gesamteinhalt des Urte. muß jedoch angenommen werden, daß die Veräußerung der Kasse erst nach Eintragung der Hypothek erfolgt ist.

Auch der Umstand, daß der Angekl. die Kasse erst nach der Erteilung des Zuschlages an die Zeugin W. beiseitegeschafft hat, stand seiner Verurteilung aus § 137 StGB. nicht entgegen. Der Meinung der Rev., daß mit Erteilung des Zuschlages auch die Beschlagnahme ihr Ende erreiche, kann nicht beigetreten werden. Wenn auch das ZwVerfG. über die Dauer der Beschlagnahme keine ausdrücklichen Vorschriften enthält, so erschließen — unerachtet des Umstands, daß mit dem Zuschlag das Eigentum an dem Grundstück und an den Gegenständen, deren Beschlagnahme zur Zeit der Versteigerung noch wirksam war, an den Ersteher übergeht (vgl. §§ 90, 71 ZwVerfG.) — ihre Wirkungen nach der im Schrifttum herrschenden Meinung (vgl. Reinhard-Müller, Komm. z. ZwVerfG., 2. Aufl., S. 105, § 22 Anm. IV 2; und die allerdings das preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 betr. Entsch. RGSt. 31, 83), doch erst mit der vollständigen Durchführung des Verfahrens, d. h. mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ersteher den Besitz des Grundstücks und der mitversteigerten Sachen erlangt hat (§ 93 ZwVerfG.). Da im vorliegenden Falle, als der Angekl. die Kasse fortgeschickte, die Ersteherin W. sich noch nicht in den Besitz des Grundstücks und der Kasse gesetzt hatte, so war demnach die Beschlagnahme noch wirksam. (OLG. Dresden, Urte. v. 6. Mai 1931, 1 OSt 63/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Mittel zu seiner Befriedigung zu erhalten und ihn gegen fraudulöse, auf Vereitelung der Zwangsversteigerung berechnete Mächenschaften des Schuldners zu sichern, so muß auch angenommen werden, daß die Beschlagnahme in Wirksamkeit bleibt, bis das Verfahren vollständig mit der Übergabe des Grundstücks an den Ersteher durchgeführt oder sonstwie beendet ist. Also nicht schon mit der Erteilung des Zuschlages, obwohl durch ihn der Ersteher Eigentum erwirbt, sondern im Falle der Durchführung des Verfahrens mit dem Zeitpunkte, in welchem der Schuldner auch tatsächlich aus dem Besitz kommt, sei es, daß er freiwillig räumt, oder daß er hierzu im Wege der Zwangsversteigerung aus § 93 ZwVerfG. gezwungen wird; denn bis dahin ist er in der Lage, auf das Grundstück und die von der Beschlagnahme ergriffenen beweglichen Sachen zum Nachteil des Gläubigers einzuwirken (vgl. Ullmann, Komm. z. ZwVerfG., 1897, § 23 A. 6; Fischer-Schäfer, 2. Aufl. 1910, Komm. z. ZwVerfG. § 23 Anm. 6; Niedner, Komm. z. ZwVerfG., 1904, § 23 Anm. 5; Jaekel-Gütche, 6. Aufl., § 23 Anm. 10; Traub, Handausg. z. ZwVerfG., 1929, § 23 I 1; Kerschmar: SauffBl. 76, 100 A. 19; OLG.: Recht 1904, 110 Nr. 562; OLG.-Rspr. IV, 375 (Dresden); a. U. Wolff, Komm. z. ZwVerfG., 3. Aufl. 1909, § 20 A. 3; Reinhard-Müller, Komm. zum ZwVerfG., 2. Aufl. 1929, § 23 A. IV 1 b; v. d. Pforten, Komm. z. ZwVerfG., 1905, S. 75). Sind also die Zubehörstücke für mitversteigert zu erachten, wie im vorliegenden Falle die fragliche Kasse, und ist demgemäß, wie anzunehmen, der Zuschlag erfolgt, dann liegen die Voraussetzungen des § 137 StGB. vor, auch wenn die Beiseiteschaffung eines Zubehörstückes — der Kasse — erst nach dem Versteigerungstermin geschehen ist; denn die Beschlagnahme hört eben erst mit der Übergabe des zwangsversteigerten Grundstücks an den Ersteher auf, wenn auch das Eigentum des Grundstücks mit seinem Zubehör schon mit der Verkündung des Zuschlages auf den Ersteher übergeht. Ob eine Beiseiteschaffung dann zum Nachteil des Ersteheren oder der zur Befriedigung kommenden Gläubiger geschieht, ist gleichgültig, da ein solcher Nachteil überhaupt nicht zum Tatbestande des Vergehens gehört. Die Gläubiger sind übrigens zugleich wegen der Möglichkeit der Wiederversteigerung (§ 133 ZwVerfG.) interessiert (vgl. RGSt. 8, 113 ff.; 31, 80 ff.).

Das RevG. ist hier offenbar davon ausgegangen, daß die Beiseiteschaffung der Kasse vor der Übergabe des Grundstücks an den Ersteher erfolgt ist, denn sonst würde Diebstahl zum Nachteil des Ersteheren vorliegen.

Wenn die Zwangsversteigerung, nicht aber auch die Zwangsverwaltung eines Grundstücks eingeleitet ist, die Verwaltung des Grundstücks also dem Schuldner belassen wird, ist dieser besagt, über das Inventar insoweit zu verfügen, als dies durch die ordnungsmäßige Verwaltung geboten ist (vgl. RGSt. VIII, 115; OLG.: OLG.-Rspr. XV, 169). Das vorliegende Urteil enthält aber keine Andeutung, daß der Verkauf der Kasse nur zur Fortführung der Wirtschaft erfolgt ist; es scheint vielmehr im Gegenteil davon auszugehen, daß der Kaufvertrag über die Kasse nur bezweckte, den Gläubigern ein Objekt ihrer Befriedigung zu entziehen.

In subjektiver Beziehung läßt der mitgeteilte Sachverhalt zu

44. § 137 StGB. Geschicht eine Beschlagnahme nur zur Erfüllung eines privatrechtlichen Anspruchs, so ist § 137 StGB. nicht anwendbar. f)

Die Anwendung des § 137 StGB. setzt voraus, daß die entzogenen Sachen durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten gepfändet oder in Beschlag genommen waren. Hat hiernach ein Polizeibeamter eine Beschlagnahme vorgenommen, so muß er hierzu im allgemeinen befugt und örtlich zuständig gewesen sein. Die Wirksamkeit einer solchen Beschlagnahme wird nicht beeinträchtigt, wenn sich hinterher herausstellt, daß im gegebenen Falle die tatsächlichen Umstände die angeordnete Maßnahme nicht gerechtfertigt haben. Auch ist für eine polizeiliche Beschlagnahme keine besondere Form vorgeschrieben (RGSt. 63, 349).

Die Befugnis der Polizei zu der Vornahme einer Beschlagnahme ist zweifellos dann gegeben, wenn sie zu den Zwecken der Staatsstrafgewalt auf dem der Staatsanwaltschaft überwiesenen Gebiete mitzuwirken berufen ist, also insbes. dann, wenn auf Grund von § 98 StPD. eine Beschlagnahme nach § 94 StPD. vorgenommen wird. Daneben kann die Befugnis der Polizei zu einer Beschlagnahme i. S. von § 137 StGB. darauf beruhen, daß die Polizei selbständig die Aufgabe hat, zum Zwecke der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit Vorbeugungsmaßnahmen zu ergreifen, gegen die Beeinträchtigung fremden Eigentums einzuschreiten und der Erforschung aller strafbaren Handlungen zu dienen (so §§ 9, 29 Sächs.-AusfPD. v. 15. Sept. 1922 z. sächs. Ges. über Änderungen im Polizeiwesen v. 27. Juni 1921). Es kann daher den polizeilichen Organen nicht versagt sein, u. U. eine sich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlich machende Beschlagnahme i. S. von § 137 StGB. vorzunehmen. Dabei ist es jedoch anerkanntes Recht, daß die Voraussetzungen zu einer Beschlagnahme durch die Polizei nicht als gegeben anzusehen sind, wenn es sich nur darum handelt, ein Rechtsverhältnis unter Privaten zu regeln oder die Erfüllung eines privatrechtlichen Anspruches sicherzustellen (RGSt. 13, 44; 63, 349 u. Rpr. 3, 786).

Wenn zunächst festgestellt ist, daß U. bei der Gendarmerie gegen den Angekl. Anzeige wegen Scheckbetrugs gestellt und um Sicherstellung der inzwischen in die Appretur des Schwagers des Angekl. verbrachten Waren gebeten hat, die der Angekl. mit einem ungedeckten Scheck bezahlen wollte, so geschah dies annehmbar lediglich zu dem Zwecke, um seinen privatrechtlichen Anspruch gegen den Angekl. zu sichern. Aus welchem Grunde die Gendarmerie sich veranlaßt gesehen hat, diesem Ersuchen U.s. nachzukommen, und aus welchem Grunde sie eine Beschlagnahme durch die an sich örtlich zuständige Kriminalabteilung zu C. veranlaßt hat, ist nicht festgestellt. Das gleiche gilt für die Vornahme der Beschlagnahme durch den auf Grund des Ersuchens der Gendarmerie tätig gewordenen Polizeibeamten, der annehmbar auf Anordnung der Kriminalabteilung zu C. einge-

wünscht übrig. Für den § 137 StGB. sind die allgemeinen Grundsätze über den Vorfall maßgebend. Der Vorfall ist grundsätzlich auf alle in dem Deliktsgedanke enthaltenen Umstände zu beziehen, was durch die Vorschrift des § 59 Abs. 1 StGB. besonderen Ausdruck erhalten hat, da danach, wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören, ihm diese Umstände nicht zugurechnen sind (vgl. RGSt. I, 368 ff.; X, 430 ff.; XIX, 291 ff.). Ob die Zubehöreigenschaft für die fragliche Kasse besteht, bestimmt sich aber nach einer Reihe tatsächlicher Voraussetzungen, die sich oft erst nach einer eingehenden Sachuntersuchung ermitteln lassen, die keineswegs stets zu einem zweifelsfreien Ergebnis führt (RGSt. 61, 367 ff.). Es genügt jedoch schon, wenn der Täter über die Zubehöreigenschaft im Zweifel gewesen ist; denn in diesem Falle hat er immerhin mit dem eventuellen Vorfall, die Beschlagnahme auch dann, wenn sie eingetreten war, unwirksam zu machen, gehandelt. U. Dr. Fraeb, Hanau.

Zu 44. Die vorl. Entsch. befindet sich in Einklang mit der herrsch. Lehre und Rpr., indem sie den Strafschutz der §§ 113 und 137 StGB. verjagt, wenn ein zu strafprozessualen oder präventivpolizeilichen Beschlagnahmen befugter Beamter lediglich zur Sicherung privatrechtlicher Ansprüche tätig wird (Rpr. 3, 786; RGSt. 29, 191). Das Problem des Falles liegt in der am Schluß des Urteils aufgeworfenen Frage, ob für eine rechtswirksame Beschlagnahme lediglich die objektiven Voraussetzungen des Prozeß- oder Verwaltungsrechtes, oder darüber hinaus die subjektiven Zwecke des Beamten maßgebend sind. Diese Frage hat überall dort praktische Bedeutung, wo verschiedene, eine Beschlagnahme erheischende Interessen konkurrieren, sei es — wie hier — zivilrechtliche und strafprozessuale, sei es — im Hinblick auf die personelle Beschränkung in § 98 StPD. § 152 StGB. — strafprozessuale und präventivpolizeiliche. Das RG. läßt hier eine bewußte, klare Linie vermissen, neigt aber zum subjektiven Standpunkt. RGSt. 9, 121 u. 52, 117 prüfen lediglich, ob der Beamte, der nicht Hilfsbeamter der StA. war, zur präventivpolizeilichen Beschlagnahme befugt war, und ob er Anlaß und Möglichkeit zu einem solchen Vorgehen hatte. RGSt. 21, 49 vermisst eine Feststellung der StrR. darüber, ob der Beamte den Gegenstand „im Interesse der öffentlichen Sicherheit“ beschlagnahm-

schritten ist. Auch hier fehlt es an der Feststellung des Grundes, aus dem die Beschlagnahme vorgenommen wurde. Diese fehlende Feststellung kann auch nicht durch die Angabe ersetzt werden, daß der Polizeibeamte für die Vornahme der Beschlagnahme zuständig war, zumal hieraus nicht hervorgeht, ob damit die sachliche oder örtliche Zuständigkeit gemeint ist.

Die Feststellungen schließen demnach nicht aus, daß die Beschlagnahme lediglich privatrechtlichen Zwecken gedient hat.

Allerdings zieht die StrR. in den Kreis ihrer Erwägungen, daß der Polizeibeamte als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft eine Beschlagnahme nach § 98 i. Verb. m. § 94 StPD. habe vornehmen können und daß die Voraussetzungen für eine solche Beschlagnahme hier gegeben gewesen seien. Ob aber tatsächlich eine solche Beschlagnahme nach der StPD. vorgenommen wurde, ist nicht festgestellt worden. Hierzu genügt die Ausführungen der StrR., daß der Beamte „also im Rahmen seiner Zuständigkeit und damit auch wirksam handelte“, nicht. Denn es geht hieraus nicht mit genügender Klarheit hervor, ob die StrR. auch nur für den Fall der Möglichkeit der Vornahme einer Beschlagnahme aus §§ 94, 98 StPD. eine zulässige Verstrickung angenommen hat, selbst wenn der Polizeibeamte eine solche Beschlagnahme nicht vornehmen wollte, oder ob sie damit feststellen wollte, daß die Beschlagnahme aus §§ 98, 94 StPD. vorgenommen worden ist. Im ersteren Falle würde die Ansicht der StrR. von einem Rechtsirrtum beeinflusst sein, da für den durch die getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossenen Fall, daß die Beschlagnahme lediglich privatrechtlichen Zwecken gedient haben sollte, eine Verstrickung i. S. von § 137 StGB. nicht eingetreten ist.

(OLG. Dresden, Urf. v. 4. Aug. 1931, 2 Ost 137/31.)

Mitgeteilt von OstA. Dr. Alf. Weber, Dresden.

II. Verfahren.

45. §§ 244, 338 Ziff. 6 StPD.; § 174 Abs. 1 Satz 2 StGB.

1. Die Ablehnung eines Augenscheineinnahmeantrags als Revisionsgrund.

2. Die Notwendigkeit der öffentl. Verkündung des die Öffentlichkeit für die Vernehmung eines Zeugen ausschließenden Beschl. gilt auch für den weiteren Beschl., welcher die Öffentlichkeit auch für die Gegenüberstellung dieses Zeugen mit bereits vernommenen Zeugen ausschließt.

Der Beschl. der StrR. genügt nicht dem Erfordernis, daß die Begr. der Ablehnung eines Beweisanspruchs vollständig und speziell sein muß (Löwe, 18. Aufl., Anm. 11 zu § 244 StPD.). Wenn, wie hier, der Beweisanspruch dem Zweck dient, die Aussage eines

hat, RGSt. 13, 44 u. 39, 189 beziehen sich auf die ausdrückliche Feststellung der StrR., daß die Beamten einer drohenden Gefahr vorbeugen wollten, daß sie ein „außerhalb des Strafverfolgungszweckes liegender Beweggrund“ (sic) leitete. Dem entspricht die vorl. Entsch., indem sie die bloße rechtliche Möglichkeit einer strafprozessualen Beschlagnahme nicht ohne weiteres ihrem wirklichen Vorrang gleichsetzt.

Theoretisch hängt diese Frage mit den Versuchen zusammen, den Ausschluß der Rechtswidrigkeit für diejenigen Amtshandlungen zu begründen, welche den Tatbestand strafbarer Handlungen erfüllen (hierzu Mezger: GS. 89, 287 ff. u. Deutsches Strafrecht, 1931, S. 225 f.). Wer die Amtshandlung als Ausübung eines Rechtes oder als Erfüllung einer Pflicht aufsaßt, wird zur subjektiven Auffassung gedrängt, wer den rechtsstaatlichen Forderungen möglicher Rechtsicherheit den Vorrang gibt, läßt die allgemein erkennbaren, objektiven Rechtschranken maßgebend sein. Die richtige Erkenntnis muß von der Überlegung ausgehen, daß staatliche Organhandlungen untauglich sind, den unrechtsbegründenden Tatbeständen subsumiert zu werden. Wann das Verhalten eines Beamten als Organhandlung dem Staate zugurechnen ist, bestimmt die Rechtsordnung. Es wird damit zu einer Aufgabe der Interpretation der einzelnen besonderen Rechtsnorm, zu ermitteln, inwieweit sie objektive oder subjektive Merkmale zu ihren Voraussetzungen hat. Ein subjektives Moment liegt zweifellos dort vor, wo die Rechtsordnung die Amtshandlung nur bei pflichtgemäßem Ermessen zuläßt. Da aber als staatliche Organe denkende und wolkende Menschen vorausgesetzt werden, so muß die betreffende Handlung aus der ihr von der Rechtsordnung zugeordneten Tendenz heraus begangen sein. Ebendies unterscheidet sie von einer Privathandlung, die in einer Situation begangen ist, in der eine Amtshandlung rechtlich zulässig gewesen wäre. Zu einer strafprozessualen, den Schutz des § 137 StGB. genießenden Beschlagnahme sind daher nicht nur die objektiven Voraussetzungen des § 94 StPD. erforderlich, sondern auch eine allgemeine Strafverfolgungstendenz i. S. des § 163 StPD. Eine Grenze findet diese Berücksichtigung der subjektiven Einstellung des Beamten allerdings darin, daß die Rechtsordnung gewissen Staatsakten eine betont abstrakte, von ihrer Causa unabhängige Wirksamkeit beigelegt hat; das gilt vom Urteil und vom Satzbehl. Prof. Dr. May Grünhut, Bonn.

Zeugen durch die Vornahme des richterl. Augenscheins zu erschüttern, genügt es zur Ablehnung nicht, zu sagen, daß die Sache genügend aufgeklärt oder die Erhebung des Beweises nicht erforderlich sei. Davon abgesehen, bedeutet die Ablehnung des Beweisanspruchs möglicherweise eine unzul. Beschränkung der Verteidigung des Angekl., wenn ihm der Gegenbeweis gegen den Zeugen X. abgeschnitten wurde, und enthält die Ablehnung eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses. Eine Nachprüfung des Beschl. des UG. gestattet seine kurze Begr. mit „nicht erforderlich“ nicht. Dieser Mangel führt zur Aufhebung des Urts. Dem steht nicht entgegen, daß regelmäßig für die Erhebung einer beantragten Augenscheinsaufnahme das Ermessen des Tatrichters ausschlaggebend sein und auf ihre Ablehnung mithin die Rev. nicht getüßt werden können soll (Löwe, Anm. 14 zu § 244 StPO.; RGSt. 47, 100). In Fällen der vorl. besonderen Art, wo es sich für den Angekl. um die Entkräftung der Aussage eines Zeugen handelt, kann der Augenscheinsbeweisanspruch nicht mit einer Begr. abgelehnt werden, die sich auf die Aussage dieses Zeugen stützt (vgl. RG.: JW. 1928, 68¹⁰; 1929, 3016¹³; 1930, 714¹⁷, 933⁴⁴; 1931, 1040¹⁸, 1608⁶⁶ nebst den Fußn. von Löwenstein, Mannheim und Alsbach, Urts. des RG. vom 22. Aug. 1931, 2 S 397/31, und Schlosky: JW. 1930, 2506³ sowie RGSt. 61, 273 für den Sachbeweis).

Außerdem hat die Str. Vorshr. über die Öffentlichkeit des Verf. verlegt; denn nach § 174 Abs. 1 Satz 2 StGB. muß der Beschl., der die Öffentlichkeit ausschließt, öffentl. verkündet werden, und der weitere Beschl. ist in geheimer Verhandlung verkündet worden. Es läßt sich auch nicht sagen, daß die Gegenüberstellung des Zeugen X. mit den bereits vernommenen Zeugen Y. und Z. einen Bestandteil der Vernehmung des Zeugen X. zur Sache bilde, der einmal für die Vernehmung des Zeugen X. beschlossene Ausschluß der Öffentlichkeit sich mithin ohne weiteres auch auf die Gegenüberstellung des X. mit Y. und Z. erstrecke. Mit Recht trennt daher auch das UG. bei dem Erlasse des zweiten Beschl. scharf zwischen der Vernehmung des Zeugen X. zur Sache und seiner Gegenüberstellung mit den vorher schon vernommenen Zeugen Y. und Z. als zwei ganz verschiedenen Teilen der Hauptverhandlung. Die Gegenüberstellung erschöpfte sich nicht in der Vernehmung des X. zur Sache. Auch die Zeugen Y. und Z. mußten sich naturgemäß bei der Gegenüberstellung zur Sache äußern, und gerade das Ergebnis der Gegenüberstellung war von ausschlaggebender Bedeutung für die Würdigung der Bekundung nicht bloß des X., sondern auch von Y. und Z. War aber die Öffentlichkeit zunächst nur für einen Teil der Verhandlung ausgeschlossen und beschließt das Gericht demnächst, sie noch weiter auszuschließen, so gilt die Vorshr. des § 174 Abs. 1 Satz 2 StGB. auch für den neuen Beschl. (vgl. Löwe, 18. Aufl., Anm. 4 zu § 174 StGB.).

(RG., 2. StrSen., Urts. v. 2. Dez. 1931, 2 S 527/31.)

Mitgeteilt von RGR. Körner, Berlin.

Landgerichte.

Augsburg.

a) Zivilsachen.

1. § 61 RD. Staatlich geprüfte Dentisten genießen das Vorrecht des § 61 Ziff. 4 RD.)

Schon die Einreichung der Personengruppen in § 61 RD. läßt klar erkennen, daß der Gesetzgeber nicht nur solchen Personen für ihre Hilfeleistung ein Vorrecht im Konkurse des Patienten einräumen wollte, die akademische Bildung genossen haben, sonst wären nicht die Hebammen und die Krankenpfleger mit in Ziff. 4 a. a. D. eingereicht worden. Alle dort erwähnten Personen mit Ausnahme der Krankenpfleger haben Berufe, die eine staatliche Prüfung als Voraussetzung für die Ausübung des Berufes voraussetzen. Wenn bei den Krankenpflegern hier eine Ausnahme gemacht worden ist, so mag den Gesetzgeber bei der Sonderstellung dieser Personengruppen die Erwägung geleitet haben, daß sie zwar wie die Ärzte ihre Hilfe dem Kranken zur Verfügung stellen, dabei aber doch hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit immer unter einer gewissen Kontrolle der Ärzte stehen. Der

1) Gl. Anf. UG. Bremen, Urts. v. 24. Nov. 1931, S II 411/31, welches ausführt:

Das Vorrecht soll nur solchen Heilpersonen zukommen, deren Fähigkeit der Staat durch Approbation oder Prüfung kontrollieren kann. Nachdem jetzt die Dentisten sich einer staatlichen Prüfung unterziehen können, und dann durchaus wie die Zahnärzte zu der Behandlung der Krankenkassenmitglieder zugelassen sind, müssen die Best. des § 61 Ziff. 4 mindestens analog Anwendung finden, wobei es unerörtert bleiben kann, ob man die staatlich geprüften Dentisten den Zahnärzten, die zweifellos unter den Begriff der Ärzte fallen, oder den Krankenpflegern i. S. des § 61 Ziff. 4 gleichstellen will.

Mitgeteilt von RA. Dr. Heinrich Storch, Bremen.

Zahntechniker kann nach den verschiedenen RD. der einzelnen deutschen Staaten eine staatliche Prüfung machen. In Bayern wird gem. RD. des Staatsministeriums für soz. Fürsorge, des Innern und der Finanzen v. 20. April 1923 (GWB. 154) i. d. Fass. der Bek. der Staatsministerien des Innern, der Finanzen, für Landwirtschaft und Arbeit v. 27. Febr. 1929 (GWB. 22) als Zahntechniker nach der RD. (§§ 122 Abs. 1 und 123) vom Verf. anerkannt, wer 25 Jahre alt, im Besitze der deutschen Staatsangehörigkeit und der bürgerlichen Ehrenrechte ist, nach Maßgabe der einen Bestandteil der erwähnten Bekanntmachung bildenden Prüfungsbestimmungen mit Erfolg geprüft wurde und den hierüber ausgestellten Ausweis besitzt. Es ist nun nicht einzusehen, warum man derartig geprüfte Heilpersonen nicht auch unter die im § 61 Ziff. 4 RD. genannten Gruppen bringen dürfte. Der vom Staate geprüfte Dentist bietet Gewähr, daß er als selbständige Heilperson die von ihm geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten auch einwandfrei und zuverlässig zum Wohl der hilfesuchenden Personen verwertet. Er ist nun nicht in Bayern, sondern in Baden geprüft. Wenn das hinsichtlich Bayerns auch die Folge hat, daß er zu den bay. Krankenkassen nicht zugelassen zu werden braucht, wohl aber zugelassen werden kann, so muß nach der Anschauung des Gerichtes in Ansehung der Einreichung des geprüften Dentisten es genügen, daß nachgewiesen ist, daß der Zahntechniker überhaupt in einem deutschen Staate eine staatliche Prüfung abgelegt hat, nachdem es sich bei § 64 RD. um eine reichsgesetzliche Bestimmung handelt.

(UG. Augsburg, Urts. v. 10. Dez. 1931, II F 231/31.)

Mitgeteilt von RA. Luchs, Augsburg.

Berlin.

2. §§ 850, 811 Ziff. 8 ZPO. Das Gehalt eines Beamten bleibt auch dann nur im Rahmen der pfändungsbeschränkenden Vorschriften pfändbar, wenn es auf Wunsch des Beamten auf ein Bankkonto überwiesen ist.)

(UG. I Berlin, Beschl. v. 5. Nov. 1930, 25 T 2074/30.)

Mitgeteilt von GerUff. J. Rongen, Berlin.

3. § 883 ZPO. Auch bei EinstwVerf. auf Duldung der Herausgabe muß der Schuldner den Offenbarungseid nach § 883 ZPO. leisten.

(UG. I Berlin, Beschl. v. 28. März 1931, 25 T 2595/31.)

Mitgeteilt von GerUff. J. Rongen, Berlin.

4. §§ 929 Abs. 2, 936 ZPO. Bei einer EinstwVerf. auf vorläufige Sicherstellung von Sachen durch einen Gerichtsvollzieher kann Erinnerung und Beschwerde auch noch nach Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher eingelegt werden; durch die Wegnahme ist die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet. Zur Wahrung der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. genügt bei einer EinstwVerf. auf Herausgabe von Sachen die Zustellung an den Schuldner.

(UG. I Berlin, Beschl. v. 11. Juli 1931, 25 T 2457/31.)

Mitgeteilt von GerUff. J. Rongen, Berlin.

5. § 71 RD. Für das Konkursverfahren über das Privatvermögen des geschäftsführenden Gesellschafters einer OHG. ist das UG. zuständig, bei welchem die OHG. ihre gewerbliche Niederlassung hat.

Allerdings unterscheidet die RD. ausdrücklich zwischen dem Konkurse über das Gesellschaftsvermögen und dem Konkurs über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters. Es sind auch, wie Jaeger (Anm. 1 zu § 212 RD.) zutreffend hervorhebt, die Voraussetzungen der Privatkonkurse für das Eigenvermögen jedes Gesellschafters gesondert und unabhängig vom Gesellschaftskonkurse festzustellen, ebenso auch die Zuständigkeit des KonkursGer. Wenn das RG. in dem Beschl. v. 28. Sept. 1928 (6 W 8376/28) ausführt, die gewerbliche Niederlassung der Gesellschaft sei nicht schlechthin zugleich eine solche der einzelnen Gesellschafter, so ist dem beizutreten. In dem der Entsch. des RG. zugrunde liegenden Falle handelte es sich um den Privatkonkurs einer im Geschäft nicht tätigen, von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafterin. Wenn dort das RG. das Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung der Gesellschaft an dem Orte des Geschäftsbetriebes der OHG. verneint hat, so ist das nicht entscheidend für den vorl. Fall, weil hier der Gemeinschuldner persönlich als Kaufmann den Mittelpunkt seines wirtschaftl. Daseins in dem Geschäftsbetriebe zweier OHG. im Bezirke des UG. Berlin-Mitte hat.

Daß der tätige, geschäftsführende Gesellschafter Kaufmann i. S.

Zu 2. Vgl. auch RG. Beschl. v. 8. Aug. 1929: JW. 1930, 3562; a. M. UG. Köln, Urts. v. 18. Dez. 1929: JW. 1931, 2147; ferner die Urteile Grunau: JW. 1931, 2082 und Appellat.: JW. 1931, 2088. D. G.

des Gesetzes ist, ist anerkannter Rechts (vgl. Staub § 1 HGB. Anm. 18). Als Kaufmann betreibt er sein Geschäft im Rahmen der OHG. als Träger der Gesellschaftsrechte und Pflichten. Hier liegt der Mittelpunkt seines gesamten wirtschaftl. Daseins, auf den es nach dem Willen des Gesetzgebers allein ankommt (vgl. Landau, Die Vorschläge des Berliner Anwaltsvereins zur Konkursnovelle von 1898: DJZ. 1898, 133; Jaeger: LZ. 1909, 664 und den dort wiedergegebenen Kommissionsbericht). Daß das Handelsgewerbe nicht vor der durch das Gesamthandverhältnis verbundenen Einzelgesellschaft, sondern von ihrer Gemeinschaft als solcher betrieben wird, steht dem nicht entgegen. Wenn auch das RG. 86, 70¹) die OHG. als ein selbständiges Rechtsgebilde „das sich der juristischen Person nähert“, bezeichnet hat, so hat es doch immer wieder zum Ausdruck gebracht, daß die OHG. keine juristische Person darstellt, und daß die Gesellschafter die Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft sind (vgl. RG. 124, 150²), besonders den Fall RG. 106, 141, wo für den Kriegsteilnehmerzuschuß die einzelnen Gesellschafter und die Gesellschaft selbst völlig gleichgestellt werden). Im übrigen ist die Frage der gewerbli. Niederlassung, d. h. des Mittelpunkts des wirtschaftl. Daseins, wesentlich nach tatsächlich wirtschaftl. und nicht nach rechtl. Gesichtspunkten zu beurteilen. Und es steht tatsächlich fest, daß der Gemeinschaftsschuldner sich geschäftlich, wirtschaftlich ausschließlich im Betriebe der beiden OHG. betätigt hat.

§ 71 KO. ist geschaffen worden zu dem Zwecke, die Anzutraglichkeiten zu beseitigen, die sich in großen Städten, wie Groß-Berlin, dadurch ergeben hatten, daß bei Schuldnern, die ihren Wohnsitz in den Vororten, ihre gewerbli. Niederlassung aber im Stadtinnern hatten, früher der Konkurs bei dem vom Orte des Geschäftsbetriebes entfernten AG. eröffnet werden mußte (DJZ. 1898, 133).

Wenn das Gesetz diesen Anzutraglichkeiten hat abhelfen wollen, so hat es keinen Unterschied machen wollen zwischen einem Kaufmann, der sein Geschäft als Einzelkaufmann oder mit einem oder mehreren Teilhabern in Form der OHG. betreibt.

(RG. I Berlin, 3. ZR., Beschl. v. 1. Juli 1931, 18 T 5231/31.)
Mitgeteilt von LGDir. Dr. Gernsheim, Berlin.

*

Frankfurt.

6. § 901 ZPO. Nach der Praxis der Frankfurter Gerichte hindert ein Vertagungsantrag des Schuldners oder selbst des Gläubigers wegen schwebender Vergleichsverhandlungen nicht den Erlaß des Haftbefehls. Jedoch kann in solchen Fällen der Beschluß gefaßt werden, daß „Haftbefehl auf Anruf“ ergehen solle.†)

Infolge der wirtschaftl. Entwicklung der letzten Jahre hat das Offenbarungseidsverfahren, das in normalen Zeiten als letztes und schwerstes Mittel der Vollstreckung gegen zahlungsunwillige Schuldner gedacht war, seine Bedeutung grundtätig geändert. Mit wachsender Zahl der nicht wegen Böswilligkeit, sondern wegen Zahlungsunfähigkeit fruchtlosen Vollstreckungen hat sich der Zweck der Ladung zum Offenbarungseid insofern verschoben, als der Schuldner oft weniger zur Offenbarung verborgener Vermögensstücke angehalten als wegen der Folgen der Aufnahme in das Schuldnerverzeichnis und der Veröffentlichung in der Handels- und Gerichtszeitung zu schärfsten Bemühungen um die Befriedigung des Gläubigers gezwungen werden soll. Dieser Erkenntnis folgte ein weiteres Zunehmen der Offenbarungseidsachen, da den Gläubigern nach der Erlangung eines Vollstreckungstitels die Ladung zum Offenbarungseide wünschenswerter erschien als die vorherige Erschöpfung aller anderen Vollstreckungsmöglichkeiten. Die Schuldner erklärten sich infolge der drohenden Eidesleistung zu Ratenzahlungen bereit, die sie auch aufbrachten, woraus sich das Interesse der Gläubiger ergab, zwar die Ladung des Schuldners zum Offenbarungseide zu beschleunigen, die Leistung des Eides jedoch hinauszuzögern, damit der Schuldner

1) ZB. 1915, 273. 2) ZB. 1929, 1577.

Zu 6. I. Der Entsch. ist beizutreten, soweit sie die Beschw. als unzulässig verwirft, da nur der Widerspruch gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides in Frage kam oder später nach Erlaß des Haftbefehls die sofortige Beschw. gegen den Haftbefehl.

II. Wichtiger sind die allg. Darlegungen, die eine neben dem Ges. hergehende, aber nach der Entsch. anscheinend ständige Praxis des Frankfurter VollstrGer. behandelt. Auch ihnen wird nun in ihrem Kern und in den Auswirkungen beizutreten haben. Es ist richtig, daß sich in der Verwendung des Offenbarungseidsverfahrens im Kampf des Gläubigers gegen den Schuldner die Ziele und Zwecke verschoben haben. Die Ladung zum Offenbarungseide dient nur noch sekundär zur Erforschung weiterer Vermögenswerte und ist hauptsächlich ein Druckmittel auf den Schuldner. Es ist bei der heutigen wirtschaftl. Lage, in der die meisten Schuldner, wenn überhaupt, so nur in Raten zahlen können, klar, daß dieses Druckmittel praktischen Zweck nur hat, wenn auf den Schuldner die Beforgnis des Anstehens immer neuer Termine dauernd einwirkt. Es ist endlich klar — in dieser Richtung ist die Entsch. besonders dankenswert —, daß die ZPO. keinen Raum für ein Verfahren bietet, bei dem

ständig unter dem Druck der drohenden Veröffentlichung gem. § 915 ZPO. seine Ratenzahlungen beschaffte, woran er nach der Leistung des Eides das Interesse verlor, wenn er verborgenes Vermögen tatsächlich nicht besaß.

Diese Tendenz zur Verwendung des Offenbarungseidsverfahrens nicht zur Vorbereitung weiterer Sachpändung, sondern als Druckmittel zur Erzwingung von Ratenzahlungen veränderte auch die zahlenmäßige Bedeutung des Offenbarungseidsverfahrens unter den Geschäften der VollstrGer. Die Zahl der Offenbarungseidsachen vervielfältigte sich noch dadurch, daß die Gläubiger meist Vertagungen und Anberaumung neuer Termine erstrebten, je nach der Fälligkeit der vom Schuldner versprochenen Ratenzahlungen. Da es sich bei den Schuldnern, die es bis zur Ladung zum Offenbarungseid hatten kommen lassen, meist nur um kleine Ratenzahlungen handelte, hätten, wenn den in jedem Termin wiederholten Vertagungsanträgen stattgegeben worden wäre, die meisten Offenbarungseidsachen zahllose Gerichtstermine belastet. Abgesehen von diesen Überlastungsgründen ist ein solches Verfahren nach dem Sinn der ZPO. unzulässig. Das 8. Buch läßt erkennen, daß die Zwangsvollstreckung ein schleuniges Verfahren sein soll, das dem Gläubiger, der oft nach langem Rechtsstreit einen vollstreckbaren Titel erlangt, möglichst rasch zu seinem Rechte verhelfen soll. Soweit die Parteien bei der Vollstreckung die Hilfe des Gerichts in Anspruch nehmen, muß das Verfahren besonderen Grundsätzen folgen, die mit denen des Urteilsverfahrens wenig gemein haben. Insbes. die §§ 707, 719, 732 Abs. 2, 766, 769, 771 Abs. 3, 775, 776 enthalten eine genaue Regelung, die als selbständig und erschöpfend anzusehen ist. Auf das Verfahren der Zwangsvollstreckung findet das 1. Buch keine Anwendung. Auch nicht die Best. über Vertagung, Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens (so die h. M., z. B. 9. ZR. 14 T 104/29). Auch im Offenbarungseidsverfahren, in dem nach der Stellung des Antrags im wesentl. Amtsbetrieb herrscht, unterliegt daher der Zeitpunkt der Abnahme des Offenbarungseides nicht mehr der Parteidisposition. Mag auch ein praktisches Bedürfnis nach einer Änderung dieses Grundsatzes bestehen, im geltenden Recht ist es nicht anerkannt.

Ent. § 901 ZPO. hat das Gericht gegen den Schuldner, der im Termin zur Eidesleistung zwar erscheint, die Leistung des Eides jedoch „ohne Grund“ verweigert, d. h. ohne einen Grund für eine Eidesverweigerung anzugeben oder ohne seine Verpflichtung zur Ableistung des Eides zu bestritten, die Haft anzuordnen und den Haftbefehl zu erlassen. Nach verbreiteter Anspr. liegt eine Eidesverweigerung ohne Grund insbes. auch vor, wenn der Schuldner vorbringt, es schwebten Vergleichsverhandlungen, er wolle in Raten oder zu einem bestimmten Termine zahlen. Derartige Versprechungen für die Zukunft halten das Vollstreckungsverfahren auch deshalb nicht auf, weil erfahrungsgemäß ein Schuldner, bevor er gemahnt, verklagt, verurteilt, gepfändet und zum Offenbarungseid geladen ist, seinem Gläubiger die Zahlung schon oft versprochen hat. Über dieses Vorbringen ist deshalb nicht gem. § 900 Abs. 3 ZPO. zu entscheiden, sondern gem. § 901 ZPO. Haftbefehl zu ertlassen. Der Schuldner kann die Leistung des Eides bzw. die Aufnahme ins Schuldnerverzeichnis nur noch abwenden, wenn er entweder den Gläubiger befriedigt oder eine schriftl. Stundungserklärung gem. § 775 Ziff. 4 ZPO. dem VollstrGer. vorlegt oder den Gläubiger zur Zurücknahme des Antrags auf Abnahme des Eides veranlaßt.

Zur Zusammenhänge mit der Ablehnung von Vertagungsanträgen tragen die VollstrGer. im Rahmen des § 901 ZPO. der veränderten Bedeutung des Offenbarungseidsverfahrens Rechnung. Um dem Bedürfnis der Gläubiger, den zu Ratenzahlungen bereiten Schuldner unter dem Druck der drohenden Aufnahme ins Schuldnerverzeichnis zu halten, entgegenzukommen und zugleich dem Schuldner, der im Augenblick seine Ratenzahlungen nicht leisten kann, aber zahlungswillig ist und voraussichtlich demnächst wieder zahlen wird,

es unausgesetzt zu Vertagungen des Offenbarungseidsstermins kommen müßte, bis der Schuldner seine Verpflichtung erfüllt hat. Aus dieser Bedrängnis, die der Widerspruch zwischen dem hauptsächlichsten wirtschaftl. Zweck des Offenbarungseides und dem Ges. schafft, scheint die Frankfurter Praxis einen zweckmäßigen Ausweg für viele Fälle zu bieten. Die Androhung des Erlasses des Haftbefehls auf Anruf erscheint als ein Mittel praeter legem, aber deshalb doch nicht unzulässig. Wirtschaftlich wird auch hier ein Druck geschaffen durch die über dem Schuldner schwebende Gefahr der Vollstreckung des Haftbefehls; andererseits wird dieser Druck nicht ausgeübt durch eine ständige und darum im allg. Interesse zu mißbilligende übermäßige Inanspruchnahme richterl. und gerichtl. Kraft. Es ist zweckmäßig, daß die VollstrGer. sich der Frankfurter Praxis anschließen, freilich erst nach Bekanntgabe an die Anwaltschaft; solange diese nicht weiß, daß die VollstrGer. auf diesem Standpunkt stehen, werden weiter zur dauernden Erhaltung des wirtschaftl. Druckes Vertagungsanträge von der Gläubigerseite gestellt werden, die eine unmögliche Inanspruchnahme des gerichtl. Apparats bedeuten.

Für die Gläubigerschaft ist die gerichtl. Vertagung freilich erwünschter, da sie erheblich billiger ist als die Vollstreckung des Haftbefehls.

auch unter den Voraussetzungen des § 901 ZPO. eine letzte Zahlungsfrist zu gönnen, hat sich der Gebrauch herausgebildet, durch Beschl. anzuordnen, daß „Haftbefehl auf Anruf“ ergehen solle, d. h., daß der Haftbefehl, dessen Voraussetzungen bereits bei der Verkündung vorliegen, erst auf besonderer Antrag des Gläubigers ergehen werde.

Dieses Verfahren wird angewendet: 1. wenn allein der Schuldner im Termin erscheint und glaubhaft baldige Zahlung verspricht, falls ein schriftl. Haftantrag des Gläubigers vorliegt, 2. wenn der Gläubiger schriftlich Vertagung beantragt, ohne für den Fall der Ablehnung den Antrag auf Abnahme des Offenbarungseides zurückzunehmen, 3. wenn beide Parteien erschienen sind und übereinstimmend Vertagung beantragen, ohne daß ein mit Gründen versehener Widerspruch vorgebracht wird, 4. wenn allein der Gläubiger erscheint und mündlich Vertagung beantragt, ohne nach Ablehnung des Antrags sofortigen Erlaß eines Haftungsbescheides zu beantragen. Gegen den unentschuldig ausbleibenden Schuldner dagegen wird, außer im Falle 4, sofort Haftbefehl erlassen.

Dieser sog. „Haftbefehl auf Anruf“ ist, obgleich nicht ausdrücklich vorgesehen, anzuerkennen, da er mit dem Zwangsvollstreckungsrecht nicht in Widerspruch steht. Grundsätzlich berücksichtigt dieses in erster Linie die Interessen des Gläubigers; alle Vorschr. zum Schutze des Schuldners, z. B. §§ 811 ff., 850, 775 ZPO. und die Best. über die Hemmung der Vollstreckung sind ihrer Stellung dem Ges. nach Ausnahmevorschr., von denen abgesehen der Gläubiger ein Recht auf schleunigen Vollzug der Vollstreckungsmaßnahmen hat. Dieser Anspruch des Gläubigers wird durch den „Haftbefehl auf Anruf“ nicht verletzt, denn soweit der Gläubiger nicht selbst durch einen Vertagungsantrag den Willen der Verzögerung geäußert hat, kann er jederzeit durch formlosen Antrag den Erlaß des Haftbefehls ohne neue Ladung des Schuldners herbeiführen.

Durch den späteren Erlaß des sofort zulässigen Haftbeschl. erhält der Schuldner zugleich eine letzte Zahlungsfrist, auf die er nach dem Ges. keinen Anspruch hat. Gegen dieses Verfahren haben die Schuldner eingewendet: Es könnte geschehen, daß ein Schuldner vor dem Offenbarungseidstermin sich mit dem Gläubiger auf Ratenzahlungen einige und im Vertrauen auf dessen Zusage, gegen ihn nicht weiter vorzugehen, im Termin nicht erheine, daß aber, wenn er später in Verzug gerate, unerwartet ein Haftbefehl gegen ihn erlassen und vollstreckt werde, ohne daß der Schuldner Widerspruchsgünde habe vorbringen können. Dieser Einwand ist unbegründet: Der Gläubiger kann den Schuldner von der Verpflichtung zum Erscheinen im Offenbarungseidstermin auf die von Amts wegen erlassene Ladung nicht entbinden. Der Schuldner, der Einwendungen gegen die Verpflichtung zur Eidesleistung nur mündlich vorbringen kann, darf nicht damit rechnen, daß das Gericht einem Vertagungsantrag des Gläubigers stattgibt; er muß schon deshalb der Ladung folgen. Wenn er den Termin versäumt, läuft er stets Gefahr, daß der Gläubiger, falls er nicht den Antrag auf Abnahme des Offenbarungseides zurücknimmt, entgegen seiner Zusage den sofortigen Erlaß des Haftbefehls beantragt. Das Gericht müßte selbst bei einer Stundungsvereinbarung dem Haftbefehlsantrag des Gläubigers stattgeben. Der Schuldner könnte die Stundung nur dann wirksam geltend machen, wenn er im Termin erschiene und durch eine Urkunde gem. § 775 Ziff. 4 ZPO. nachweise. Anderenfalls kann ein Schuldner dem Erlaß des Haftbescheides gem. § 901 ZPO. wirksam nur begegnen, wenn er im Offenbarungseidstermin erscheint, und mit seinem Ausbleiben begibt er sich freiwillig der Möglichkeit, zu widersprechen. Dies gilt auch, wenn im Termin anstatt der Haftanordnung auf Anruf sofort nach § 901 ZPO. Haftbefehl erlassen wird; für die den Schuldner bei Nichterhaltung der vom Gläubiger gegebenen Zusagen treffenden Nachteile macht die vorbezeichnete Handhabung des § 901 nach Ablehnung des Vertagungsantrags keinen Unterschied. Schließlich kann ein Schuldner, wenn er seine Ratenzahlungen nicht einhält und auf Anruf des Gläubigers Haftbefehl gegen ihn erlassen wird, nicht überrascht sein; er weiß durch die Ladung zum Termin, daß das Verfahren gegen ihn noch anhängig ist, und daß er die Gelegenheit, im Termin Widerspruch zu erheben, verabsäumt hat. Im übrigen kann er nach der Rspr. der Frankfurter Gerichte auch dann noch, wenn ein Widerspruchsverfahren tatsächlich nicht stattgefunden hat, gegen den Haftbefehl nach § 793 ZPO. sofortige Beschwerde einlegen und Widerspruchsgünde in der Beschwerdef. nachträglich vorbringen (vgl. 9. R. 14 T 144/29, bestätigt in OVG. Frankfurt, 2 W 129/29, das die frühere Rspr. ausgibt). Jedenfalls ist hiernach der Anspruch des Schuldners auf die Möglichkeit, in mündl. Verhandlung der Pflicht zur Eidesleistung zu widersprechen, gewahrt. Hiernach ist gegen das Verfahren des OVG. bezügl. des § 901 ZPO. nichts zu erinnern.

Im vorl. Fall war die sofortige Beschw. gegen den Beschl., daß Haftbefehl auf Anruf ergehen solle, unzulässig, da der Beschl. nicht über den Widerspruch entschieden hat und da ein Haftbefehl noch nicht ergangen ist. Ein Bedürfnis für ein Rechtsmittel gegen diese Anordnung besteht nicht, weil der Schuldner kein Anrecht darauf hat, zweimal Gelegenheit zum Vorbringen von Widerspruchsgründen zu erhalten.

(OG. Frankfurt a. M., 9. R., Beschl. v. 13. Okt. 1931, 2/9 T 1023/31.)
Mitgeteilt von RA. Dres. Hirsch u. II, Ulm a. D.

Hamburg.

7. §§ 713 Abs. 2, 775 Nr. 3, 776, 271 Abs. 3 ZPO. Wenn im Offenbarungseidverfahren, nachdem der Schuldner durch Hinterlegung in Gemäßheit § 713 Abs. 2 ZPO. die Zwangsvollstreckung abgemindert hat, der Gläubiger seinen Antrag zurücknimmt, so treffen ihn die Kosten.

(OG. Hamburg, Beschl. v. 16. Nov. 1931, Z. Es I 819/31, 10.)
Mitgeteilt von Bürovorsteher Holm, Hamburg.

Königsberg.

8. Internationales Vergleichsrecht. Der in einem Danziger Vergleichsverfahren geschlossene Vergleich wirkt nicht im Deutschen Reich. †)

Die Gläubigerin hatte am 25. Aug. 1931 bei dem OVG. H. gegen die Schuldnerin ein Versäumisurteil erwirkt. Auf Grund dieses vollstreckbaren Titels hatte die Gläubigerin den Gerichtsvollzieher in R. beauftragt, auf dem Warenlager der schulnerischen Firma in R. Pfändungen auszubringen. Der Gerichtsvollzieher hatte sich geweigert, Zwangsvollstreckungshandlungen vorzunehmen mit der Begründung, daß über das Vermögen der DGH. von dem OVG. D. das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses eröffnet, und daß nach der Bestätigung des Treuhänders in D. das Zweiggeschäft in R. mit allen Warenbeständen und Inventar diesem zwecks Sicherstellung der Gläubiger der schulnerischen Firma übereignet worden sei.

Zu Recht hat das OVG. den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen der schulnerischen Firma angewiesen. Wenn auch im Gebiet der Freien Stadt Danzig über das Vermögen der Schuldnerin das Vergleichsverfahren eröffnet worden ist, so ist ein an diesem Verfahren nicht beteiligter Gläubiger nicht gehindert, in die im Gebiet des Deutschen Reichs befindl. Vermögensgegenstände der Schuldnerin die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Denn ein im Auslande eröffnetes Vergleichsverfahren äußert im Inlande keine Rechtswirkungen, sofern nicht dieserhalb eine besondere Vereinbarung in Staatsverträgen zwischen den beteiligten Ländern getroffen ist. Zwischen dem Deutschen Reich und der Freien Stadt Danzig besteht aber kein Staatsvertrag dieses Inhalts (Kiesow, VerglD., 3. Aufl., § 1 Anm. 16; Mayer, VerglD., § 1 Anm. 26).

Soweit der Beschw. das Eigentum an den gepfändeten Gegen-

Zu 8. Nach feststehender Rspr. des OVG. (zuletzt OVG. v. 5. Juni 1930: KonkTrW. 1931, 133) und nach der in Deutschland herrschenden Rechtslehre (vgl. dazu neuerdings Böttelheim: StRichtz. 1930, 159; Köppler: KonkTrW. 1930, 71) wirkt weder ein ausländischer Konkurs auf das in Deutschland befindl. Vermögen des Gemeinschuldners ein, noch werden die in einem solchen Konkurs geschlossenen Zwangsvergleiche in Deutschland anerkannt. Das gleiche wird man auch für ein im Auslande eröffnetes Vergleichsverfahren und einen im Auslande geschlossenen Vergleich sagen müssen (vgl. § 1 Anm. 16 meines Komm. zur VerglD.). Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Vorschriften des ausländischen Rechts, wie dies bei Danzig der Fall ist, tatsächlich mit den deutschen Vorschriften übereinstimmen. Ja, es ist sogar angenommen worden, daß der im Saargebiet eröffnete Konkurs, obgleich das Saargebiet ohne Zweifel deutsches Reichsgebiet ist, im Reich nicht anzuerkennen ist (vgl. OVG. Saarbrücken und OVG. Frankfurt a. M.: JW. 1928, 2036, 3129). Insofern kann also der Entsch. des OVG. Königsberg lediglich zugestimmt werden.

Es fragt sich aber, ob der Gesichtspunkt der Nichtanerkennung eines ausländischen Vergleichs hier überhaupt in Betracht zu ziehen war. Die Sache liegt doch offenbar so. In dem Danziger Vergleichsverfahren hatte der Vergleichsschuldner nach Abschluß des Vergleichs einem Treuhänder sein ganzes Handelsvermögen zur Sicherung der Vergleichsgläubiger übereignet; zu diesem mitübereigneten Vermögen gehörte nach der Behauptung des beschwerdeführenden Treuhänders auch die Königsberger Zweigniederlassung. In Vermögensgegenstände, die zu dieser Niederlassung gehörten, hatte der Vollstreckungsgläubiger vollstreckt. Wegen dieser Vollstreckung erhob der Treuhänder als Sicherungseigentümer Einwendungen. Es mag auf sich beruhen, ob der Treuhänder auf Grund seines Treuhänderigentums überhaupt befugt ist, gegen die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers des Treugebers Widerspruch zu erheben (die Frage ist bestritten: zu vgl. darüber außer der in meinem Komm. zur VerglD. Anm. 25 vor § 5 angegebenen Literatur noch Merkel: JW. 1930, 1343; Schwister: JW. 1931, 1163; Carstens: JW. 1931, 2183). Die Entsch. des OVG. war schon damit gerechtfertigt, daß der Treuhänder diesen Widerspruch im vorl. Falle nicht gem. § 766 ZPO. als Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, sondern nur im Wege der Klage gem. § 771 ZPO. hätte geltend machen können. Dagegen erscheint es mir nicht zutreffend, wenn das OVG. auch die Nichtanerkennung des ausländischen Vergleichs zur Begründung seiner Entsch. verwertet.

Die Nichtanerkennung kann sich nur auf den Vergleich als „Staatsakt“ beziehen, sie kann nur seine Zwangswirkung betreffen; der inländische Gläubiger, der dem Vergleichsvorlage nicht zugestimmt hat, braucht sich die Allgemeinwirkung des Vergleichs, die

ständen für sich in Anspruch nimmt und aus diesem Grunde die Unzulässigkeitsklärung der Zwangsvollstreckung begehrt, kann der Treuhänder gleichfalls nicht entprochen werden. Selbst wenn der Treuhänder Eigentümer der gepfändeten Sachen geworden sein sollte, ist weder die Art und Weise der Zwangsvollstreckung noch das bei der Ausbringung der Pfändung von dem Gerichtsvollzieher beobachtete Verfahren zu beanstanden. Die gepfändeten Gegenstände haben sich im Zeitpunkt der Pfändung in dem auf den Namen der schuldbnerischen Firma lautenden Zweigggeschäft in K. befunden. Zugunsten der Gläubigerin besteht daher die Vermutung, daß die schuldbnerische Firma Eigentümerin der in dem Geschäft befindl. Sachen ist (§ 1006 BGB.). Die Widerlegung dieser Vermutung in einem auf § 766 ZPO. gestützten Erinnerungsverfahren ist nicht zulässig. In jedem Falle hat die schuldbnerische Firma zur Zeit der Ausbringung der Pfändung Gewahrjam an dem Warenlager und an den Einrichtungsgegenständen des Geschäfts gehabt. Daß der Schuldnerin zu diesem Zeitpunkt der Gewahrjam nicht zugestanden hat, läßt sich nicht feststellen. Auch gegenwärtig noch ist das Ladengeschäft der schuldbnerischen Firma in K. mit einem Schilde „...“, nicht aber mit dem Namen des Beschw. versehen. Gemäß § 808 ZPO. unterliegen aber der Pfändung alle in Gewahrjam des Schuldners befindl. körperl. Sachen, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner Eigentümer ist oder nicht.

(O. Königsberg, Beschl. v. 2. Nov. 1931, 3 T 547/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Senf, Hirschberg i. Nsgb.

Berlin.

b) Strafsachen.

9. NotW. v. 6. Okt. 1931. Gebühren der Armenanwälte in Privatklagesachen. †)

Die NotW. des Präsid. v. 6. Okt. 1931 spricht allgemein von den Gebühren, die den im Armenrecht beigeordneten RA. nach dem Gef. v. 20. Dez. 1928 aus der Staatskasse zu erstatten sind. § 2 dies. Gef. betrifft die Gebühren im Verf. auf erhobene

Wirkung gegen die nicht zustimmenden Gläubiger, nicht entgegenhalten zu lassen, wenn das ausländische Recht eine solche Allgemeinwirkung anerkennen und, wie das deutsche Recht (Jaeger, RD., 6/7. Aufl., § 5 Anm. 3), auch auf die ausländischen Gläubiger erstrecken sollte. Es sind aber nicht etwa alle Rechtsgeschäfte, die aus Anlaß des ausländischen Vergleichsverfahrens vorgenommen werden, dem inländischen Gläubiger gegenüber unwirksam. Denn Privatrechtsgeschäfte werden grundsätzlich im Inlande anerkannt, da die Staaten untereinander ihre PrivatrechtsD. grundsätzlich anerkennen. Die Regeln, nach denen diese Anerkennung geschieht, enthält das internationale Privatrecht, das zwar nach heute herrschender Meinung autonomes Recht des einzelnen Staates ist, aber doch den Gedanken der grundsätzl. Anerkennung der fremden PrivatrechtsD. zur Grundlage hat. Die Grenze für die Anerkennung solcher Privatrechtsgeschäfte ist nicht, wie bei den Handlungen von Staatsbehörden und Verfahrensakten der Gedanke der territorialen Begrenzung der Staatsgewalt, sondern ein anderer Gesichtspunkt, der im deutschen Recht z. B. im Art. 30 EGVGB. seinen Ausdruck gefunden hat. Das BG. hätte daher, wenn es, was nicht nötig war, die Anerkennung der in Danzig vorgenommenen Sicherungsübereignung in Deutschland untersuchen wollte, das deutsche internationale Privatrecht heranziehen müssen. Es hätte demnach entscheiden müssen, ob nach deutschem internationalen Privatrecht für den Erwerb bewegl. Sachen maßgebend ist das sog. Personalfiat (mobilia ossibus inhaerent) oder das Sachstatut (lex rei sitae). Wie es scheint, neigt die deutsche Rechtslehre gegenwärtig der letzteren Auffassung zu. Die Entsch. darüber, ob die gepfändeten Sachen dem Treuhänder übereignet waren, hing also davon ab, ob bei der Übereignung die Vorschriften des deutschen Rechts beachtet worden waren. War dies gesehen, so war der Treuhänder Eigentümer auch für das deutsche Recht geworden. Ob dieses Eigentum ein Recht zum Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung gab, richtete sich dann nach deutschem Prozeßrecht. Im vorl. Falle hätte sich übrigens eine Stellungnahme zu der grundsätzl. Frage nach dem anzuwendenden Statut erübrigt, da auch in Danzig das deutsche BGB. gilt.

Min. Dr. Riesow, Berlin.

Zu 9. Es ist zweifellos richtig, daß durch die NotW. vom 6. Okt. 1931 auch die „Gebühren“ der Armenanwälte in Privat- und Nebenklagesachen um 20% gekürzt wurden. Schon die NotW. v. 1. Dez. 1930 machte für diese Ansprüche gegen die Staatskasse keine Ausnahme und minderte sie um 10% (§ 7 Abs. 2 des Neunten Teils). Die W. v. 6. Okt. 1931 unterschied dann lediglich zwischen Gebühren bei Streitwerten über 800 RM und sonstigen im § 7 Abs. 2 benannten Gebühren. Da es in Privat- und Nebenklagesachen überhaupt keinen Streitwert gibt, § 7 Abs. 2 sich aber — wie wir gesehen haben — auch auf diese Sachen bezieht, so findet hier seit Geltung der NotW. ein 20%iger Abschlag (aber auch kein höherer) statt.

RA. Dr. Friedlaender, München.

Privatklage. Es hätte einer ausdrükl. Best. in der NotW. bedurft, wenn die Gebühren für Armenanwälte im Privatklageverf. bzw. in Strafsachen von der 20%igen Kürzung ausgenommen werden sollten.

(O. III Berlin, StrR., Beschl. v. 27. Nov. 1931, I Q 574/31.)

Mitgeteilt von RA. Erich Wäsch, Charlottenburg.

Amtsgerichte.

Bad Homburg v. d. Höhe.

1. Die Schutzbestimmung des § 811 Ziff. 5 ZPO. gilt nicht zugunsten juristischer Personen.

Nicht nur ihr Wortlaut schließt juristische Personen aus, sondern auch der Sinn des Gesetzes, das nur den Schuldner persönlich schützen will.

(O. Bad Homburg v. d. H., Beschl. v. 4. Sept. 1931, 2 M 1088/31.)

Mitgeteilt von RA. Otto Rothbarth, Frankfurt a. M.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden.

1. § 138 BGB.; § 3 AnfG. Ein Vertrag, durch den ein verschuldeter Ehemann sich für seine Tätigkeit im Geschäft seiner Frau eine geringere als die sonst übliche Vergütung versprechen läßt, ist nur unter besonderen Umständen sittenwidrig; er unterliegt nicht der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung. †)

Der Kl. macht auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses eine angebliche Lohnforderung seines Schuldners Erich D. gegen die Bekl., seine Ehefrau, geltend. Diese führt das früher

Zu 1. Der Fall hat einige Ähnlichkeit mit dem von mir: JW. 1931, 2548 besprochenen Falle ArbMstr. 1930, 336 = ARrbG. 6, 282, liegt aber nicht so kraß. Auch bei der hier besprochenen Entsch. handelt es sich um einen Elektromeister, der, von seinen Gläubigern bedrängt, als „Geschäftsführer“ gegen freie Verpflegung und geringes Taschengeld im Geschäft (Elektrobüro) seiner Frau arbeitet; auch hier war übrigens geltend gemacht, daß das behauptete Arbeitsverhältnis einem TarVertr. unterfalle. Das ARrbG. stützt sich sowohl bei der Einwendung der Sittenwidrigkeit als auch hinsichtlich der Anfechtung auf die feststehende Rspr. Wie sehr diese in Wirklichkeit veraltet, jedenfalls stark umstrittene Rspr. einer gründlichen Nachprüfung bedarf, glaube ich a. D. dargetan zu haben. Auch vorliegend wird von dem Gedanken, daß der Schuldner seinen Gläubigern gegenüber nicht rechtlich verpflichtet sei, von seiner Erwerbsfähigkeit Gebrauch zu machen, in einem Falle, in dem der Schuldner tatsächlich doch eine Erwerbstätigkeit ausübt, eine m. E. durchaus verfehlte Anwendung gemacht; wieso „damit“ auch die Möglichkeit einer Anfechtung aus dem Gesichtspunkt der unentgeltlichen Verfügung entfällt, ist aus der Entsch. nicht ersichtlich.

Das Bedenkliche der Entsch. liegt aber auf einem anderen Gebiet: Ob sie im Ergebnis richtig ist oder nicht, läßt sich aus ihrem Inhalt schlechterdings nicht entnehmen. Nach der ganzen Sachlage und auch nach den Ausführungen der Urteilsbegründung war für die Beurteilung der behaupteten Sittenwidrigkeit von größter Bedeutung, ob der von seinen Gläubigern bedrängte Schuldner-Ehemann das Geschäft erst kürzlich auf seine Frau übertragen hatte, und ob nach den Erträgnissen des Geschäfts eine angemessene Entlohnung des Mannes möglich war. Beides ist vom Kl. behauptet. In dem Ur. des ARrbG. wird nun einerseits gegen den Kl. dessen vorinstanzliche Darstellung verwertet, wonach das Geschäft früher von dem Schuldner und seinem Bruder betrieben worden sei und der bekl. Ehefrau schon seit Jahren gehöre; andererseits hatte aber das BG. wiederum gegen den Kl. die eigene Behauptung der Bekl. benutzt, „daß das Geschäft vor noch nicht langer Zeit vom Mann auf die Frau übertragen worden sei“ und daraus eine Stütze für den Standpunkt der Bekl. entnommen, daß sie zur angemessenen Entlohnung nicht in der Lage sei. Auch das ARrbG. verwertet diese Erwägung zunächst, läßt es aber dann dahingestellt sein, ob die Behauptung der Bekl. zutrifft oder ob die Feststellung des BG. nur unter Verletzung des § 286 ZPO. getroffen ist. Das ist denn doch ein sehr bedenkliches Verfahren und eine recht schwankende Grundlage für eine höchstgerichtliche Entsch. Im Tatbestande wird freilich als unstrittig auf-

von Erich D. und seinem Bruder gemeinsam betriebene Geschäft seit Jahren auf ihren Namen, ihr Mann ist in dem Geschäft als Elektromeister und Geschäftsführer tätig und erhält außer freier Verpflegung nur ein geringes Taschengeld. Der Kl. steht auf dem Standpunkt, ein solches Lohnabkommen verstoße gegen die guten Sitten und sei deshalb nichtig; fehle es sonach an einer rechts-wirksamen Vereinbarung über die Höhe des Lohns, so habe Erich D. nach § 612 BGB. die übliche Vergütung zu beanspruchen, die bei einem Stundenlohn von mindestens 80 Pf. die gesetzliche Pfändungsgrenze übersteige. Hilfsweise hat er das Lohnabkommen auf Grund des AnsG. angefochten. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Das BG. geht — entsprechend dem übereinstimmenden Standpunkt der Parteien — davon aus, daß ein wirkliches Arbeitsverhältnis zwischen der Bekl. und ihrem Mann vorliege. Den hiergegen aus der gesetzlichen Verpflichtung des Ehemannes zum Unterhalt seiner Ehefrau (§ 1360 BGB.) etwa zu erhebenden Bedenken braucht nicht weiter nachgegangen zu werden, weil die Abweisung der Klage auch von diesem Ausgangspunkt aus rechtlich einwandfrei begründet ist. Es entspricht der ständigen Rspr. des RG. und des ArbRG., daß eine Sittenwidrigkeit, die nach § 138 BGB. die Nichtigkeit der Lohnvereinbarung herbeiführen könnte, nicht allein schon darin liegt, wenn ein verschuldeter Ehemann für seine Tätigkeit im Geschäft seiner Frau eine geringere als die sonst übliche Entlohnung erhält. Die Rev. zieht das auch nicht in Zweifel, will aber einen besonderen Umstand, der im vorliegenden Fall das Lohnabkommen als unsittlich kennzeichne, darin finden, daß Erich D. das ganze Geschäft erst kürzlich auf die Bekl. übertragen habe. Das widerspricht jedoch den vorinstanzlichen Behauptungen des Kl. Das Geschäft ist vielmehr nach der eigenen Darstellung des Kl. früher von Erich D. und seinem Bruder betrieben worden und gehört der Bekl. schon seit Jahren. Der Fall liegt insofern wesentlich anders als ArbG. v. 29. März 1930, RAG 480/29, in dem der Mann sein Fleischergeschäft mit Grundbesitz und Inventar an seine Frau übertragen hatte und in dem nunmehr auf deren Namen be-

triebenen Geschäft gegen freien Unterhalt und 50 M monatlichen Barlohn weiter tätig geblieben war — alles in der nachgewiesenen Absicht, seiner geschiedenen früheren Frau den sonst ohne weiteres möglichen Zugriff auf sein Vermögen abzuschneiden.

Auch die Anfechtung der Lohnabrede nach § 3 AnsG. ist nicht begründet. In der Zusage eines Arbeitnehmers, gegen geringeren als den angemessenen Lohn arbeiten zu wollen, liegt, wie in der Rspr. des RG. feststeht, deshalb keine Benachteiligung seiner Gläubiger im Sinn des AnsG., weil der Schuldner dem Gläubiger gegenüber rechtlich nicht verpflichtet ist, von seiner Erwerbsfähigkeit Gebrauch zu machen und so dem Zugriff des Gläubigers zugängliche Vermögenswerte zu schaffen. Damit entfällt auch die Möglichkeit einer Anfechtung aus dem vom BG. nicht besonders erörterten Gesichtspunkt der unentgeltl. Verfügung i. S. des § 3 Nr. 3, 4 AnsG.

(ArbG., Ur. v. 12. Juli 1930, RAG 82/30. — Münster i. W.) [D.]

*

**2. § 61 Ziff. 1 RD.; §§ 611, 631 BGB.; § 5 ArbGG. Die Feststellungen, die zur Anwendung des § 5 ArbGG. führen, sind nicht entscheidend für die Frage, ob es sich um einen Dienstlohn (Lohn) i. S. § 61 Ziff. 1 RD. handelt. Für seine Anwendung muß ein Dienstvertrag in Frage stehen; er kann nicht auf Werkverträge angewendet werden. Für die im Einzelfalle schwierige Frage, ob Dienstvertrag oder Werkvertrag, ist in erster Linie maßgebend, was die Parteien nach Lage der Umstände und ihrer Abmachungen gewollt haben. Ein sicheres Merkmal hinsichtlich der vom Hausgewerbetreibenden zu leistenden Akkorarbeit ist nur aus dem von den Parteien gewollten wirtschaftlichen Zweck der Arbeit unter gleichzeitiger und wesentlicher Berücksichtigung der zwischen Auftraggeber und Ausführndem hergestellten Beziehungen zu gewinnen.

Das ArbG. hat die Anwendung des § 61 Ziff. 1 RD. bejaht. Es stellt zunächst tatsächlich fest, der Betrieb des Kl. sei nach Art und Umfang nur ein kleiner Betrieb, daran andere nichts, daß Kl.

geführt, daß die Bekl. das früher von ihrem Mann und dessen Bruder gemeinsam betriebene Geschäft seit Jahren auf ihren Namen führe. In Wahrheit ergibt aber das Urteil, daß der in mehrfacher Beziehung bedeutsame Punkt — wann und von wem das Geschäft übertragen wurde — trotz des festgestellten Widerspruchs der Darstellungen überhaupt nicht aufgeklärt ist.

Aber auch darüber, ob die Frau instande wäre, einen angemessenen Lohn zu zahlen, läßt uns das Urteil völlig im unklaren. Dies wird mit Ausführungen über die Beweislast gedeckt, die zum mindesten anfechtbar sind. Das ArbG. billigt die Ausführung des BG., der Kl. hätte die Behauptung der Bekl. Ehefrau — ihr Geschäft werde nur sehr wenig ab, so daß ihr eine bessere Bezahlung des Mannes überhaupt nicht möglich sei — „zum mindesten widerlegen und angeben müssen, wieviel die Bekl. mit Rücksicht auf die Geschäftserträge ihrem Mann überhaupt zahlen könne“. Wenn nur ersichtlich wäre, wie denn der Pfändungsgläubiger das anfangen soll. Er kann doch gar nichts davon wissen; der bekl. Geschäftsinhaber in dagegen wären die näheren Angaben ein leichtes gewesen. Das ArbG. mißbilligt freilich die Füge der Revision, daß der VerK. nicht die Bekl. zu genauen Angaben über den Antrag des Geschäfts und ihre Unfähigkeit zu angemessener Bezahlung des Mannes veranlaßt habe, und meint, jedenfalls müsse der Kl., der seine Klage auf angebliche Unsittlichkeit des Vertrags stütze, deren Voraussetzungen behaupten und beweisen; die Bekl. habe nach dieser Richtung keine Aufklärungspflicht, und es lägen auch keinerlei Tatsachen vor, die etwa die Behauptung der Bekl. als von vornherein so unwahrscheinlich erscheinen ließen, daß an eine Umkehrung der Beweislast gedacht werden müßte. Auch diese Ausführungen sind m. E. sehr anfechtbar und weder mit der Sachlage noch mit den Grundätzen der §§ 139, 141, 286 ZPO. vereinbar. Der offenbare Zweck der Geschäftszuübertragung sprach doch von vornherein eher für als gegen die Annahme einer unsittlichen Schädigung. Es ist zudem m. E. eine mißliche Sache mit der Übung, die Beantwortung der Beweislastfrage, diese für so viele Prozesse praktisch ausschlaggebende Entsch., nach der rein formalen Frage zu richten, ob ein Vorbringen in abstracto in die Kategorie der „Einwendung“ einzuordnen sei, und mir wird immer zweifelhafter, ob sich hinj. der sog. Einwendungen (anders bei der Einrede) unsere herrschende — bekanntlich nur gewohnheitsrechtliche — Beweislastlehre überhaupt noch halten läßt. Noch bedenklicher aber erscheint mir, ob eine so verstandene Beweislastregelung auch für die Ausübung der Fragepflicht richtunggebend sein darf.

Sier stellt sich jedenfalls das unerfreuliche Ergebnis heraus, daß gerade die wichtigsten, auch im Urteil erörterten und als erheblich anerkannten Punkte einfach unaufgeklärt bleiben. Welchen Wert hat aber ein Urteil, dessen „Tatbestand“ nicht den „Sachverhalt“ erkennen läßt? Was ist eine Verhandlungsmaxime wert, die einen Prozeß in die RevJust. gelangen und ihn hier beendigen läßt, obwohl im Kernpunkt des Rechtsstreits der

wahre Sachverhalt im unklaren bleibt? Kürzlich wurde in einer Fachzeitschrift über einen Zivilprozeß berichtet, in dem sich erst bei der Abnahme das durch bedingtes Endurteil auferlegten Eides herausstellte, daß der gesamte dem Rechtsstreit zugrunde liegende, vom „Tatbestand“ gänzlich abweichende „Sachverhalt“ sich in einem völlig unstreitigen Briefwechsel erschöpfte. Viel häufiger als derartige „Gespensterprozesse“ sind die Fälle, in denen trotz aller Verhandlungen und Beweiserhebungen der wirkliche Sachverhalt überhaupt nicht zur Aufklärung gelangt. Das Muster eines derartigen Rechtsstreits dürfte der vorliegende besprochene Zivilprozeß sein. Das beste Mittel aber, um den einen wie den anderen Mißerfolg zu verhüten, scheint nur die weitgehende Ausnutzung der uns schon heute in den §§ 139, 141 ZPO. gebotenen Aufklärungsmittel zu sein; nur darf nicht auch hierbei die Beweislast, sondern vielmehr die Frage bedeutsam sein, welche Partei nach Lage der Sache dazu in der Lage ist, nähere Angaben zu machen. Ein Auseinanderklaffen von „Tatbestand“ und „Sachverhalt“ wird am sichersten vermieden, wenn nur einmal beide Parteien — mit ihren Anwälten — vor dem Gericht zusammengebracht werden. Bekanntlich hatte schon 1912 Wildhagen in der Schrift über den bürgerlichen Rechtsstreit die Widersprüche zwischen Tatbestand und Sachverhalt zum Gegenstand anregender Erörterungen gemacht. Leider sind durch den Streit der Meinungen über die Prozeßklüge und sodann den Eintritt des Weltkriegs die verdienstvollen Anregungen Wildhagens um den größten Teil ihrer Wirkung gebracht worden. Ich stimme nicht allen Ansichten bei, die Wildhagen damals ausgesprochen hat, und bin kein Befürworter des reinen Inquisitionsprozesses; ich schätze auch die aufklärende Tätigkeit der Anwälte sehr hoch ein und glaube, daß der Prozeß immer ein Kampf bleiben muß. Aber mit seiner Behauptung, daß die typische Entleerung des „Tatbestandes“ sehr häufig ein Hindernis für die Ermittlung des „Sachverhalts“ sei, hatte Wildhagen vollkommen recht, und auch heute sehe ich hierin einen der Hauptmängel unseres Verfahrens. Freilich ist es damit seit den Neuerungen der Novelle von 1924 wohl besser geworden. Möge die Durchführung des großzügigen Werks, das mit der Veröffentlichung des Entwurfs einer ZPO. einen i. g. erfreulichen Antriebe erfährt, der völligen Beseitigung des Mangels dienlich sein. Wie nach diesem Entwurf der hier besprochene Rechtsstreit entschieden worden wäre, erhellt ohne weiteres aus dem klaren und wohlthätigen Vorschlag im § 960 Abs. II: „Ist für eine Arbeitstätigkeit des Schuldners eine unverhältnismäßig niedrige oder gar keine Vergütung vereinbart, wird er aber tatsächlich, sei es auch nur durch die Gewährung des Unterhalts, mit einem Wertbetrag entlohnt, der die dem Anspruch des Gläubigers gegenüber bestehende Pfändungsgrenze übersteigt, so gilt die angemessene Barvergütung als vom Schuldner dem Drittschuldner verschuldet.“

Präj. des Jurist. Landesprüfungsamts Schwistler, Berlin.

in einem zweistöckigen eigenen Fabrikraum arbeiten lasse und 20 elektrische Webstühle besitze. Verschiedene Arbeiter bedienten mehrere Webstühle. K. sei kein selbständiger Geschäftsmann, denn er könne wegen der Kleinheit seines Betriebes nicht in beliebiger Weise Geschäfte abschließen, er sei vielmehr von drei bis vier größeren und einigen kleineren Firmen, also von einer begrenzten Zahl von Auftraggebern, abhängig. Hierdurch unterschieden sich die Lohngewerbetreibenden auch von den Handwerkern, die einen wechselläufigen Kundenkreis hätten. Außerdem leisteten sie ausgesprochene Lohnarbeit. Das ArbG. führt hinsichtlich der Anwendung des § 61 RD. aus, der Schutz dieser Bestimmung sei solchen Personen zu gewähren, die sich zur Leistung von Diensten für das Erwerbsgeschäft eines anderen verbünden hätten. Es genüge, daß der Betroffene seine Selbständigkeit in größerem oder kleinerem Umfange aufgabe, also auf die freie Verfügung über seine Arbeitskraft zugunsten der Auftraggeberin mehr oder weniger verzichte. Diese Voraussetzungen träfen nicht nur auf die eigentl. Heimarbeiter, sondern auch auf derartige kleine Hausgewerbetreibenden zu. Auch nach der wirtschaf. Seite bestehe insoweit ein Abhängigkeitsverhältnis, als im Regelfalle vorgeschriebene Lieferungsstermine streng einzuhalten seien und besondere Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Ware genau befolgt werden müßten. K. lasse Zeichnungen und Muster nicht selbst anfertigen, sondern erhalte sie mitübersandt. K. leiste auch die Arbeit, die ein Werkmeister innerhalb eines Fabrikbetriebes zu leisten habe. Daß K. gleichzeitig für verschiedene Unternehmer arbeite, schließe die Anwendbarkeit des § 61 Ziff. 1 RD. nicht aus, zumal der Kreis der Auftraggeber sehr klein sei; es sei auch noch auf § 45 HVG. hinzuweisen. Daß K. Gehilfen beschäftige, sei ebenfalls unerheblich.

Die Rev. rügt Verletzung des § 61 RD. und macht geltend: Dieses Vorrecht komme nur Forderungen aus Dienstverträgen, nicht aber aus Werkverträgen zu, um die es sich im vorliegenden Fall handle. Der Besteller liefere das Rohmaterial und der Unternehmer müsse die Stoffe daraus herstellen. Außerdem sei eine Lohnweberin in keiner Weise abhängig von Fabrikanten; es handle sich nicht um irgendeine Anstellung, sondern der Lohnweber suche sich seine Kundschaft genau wie jeder Handwerker oder Gewerbetreibender. Ferner bestehe irgendein Angestelltenverhältnis nicht, so daß der Lohnweber jederzeit erklären könne, nicht mehr für den Auftraggeber arbeiten zu wollen. Die Lohnweber machten auch regelmäßig von dem ihnen zustehenden Pfand- und Zurückbehaltungsrecht Gebrauch. Der Rev.-Bekl. hat demgegenüber ausführen lassen, K. leiste abhängige Arbeit sowohl nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite.

Es ist zunächst davon auszugehen, daß die Erwägungen und Feststellungen, welche zur Anwendung des § 5 ArbGG. führen, für die Frage, ob es sich um einen Dienstlohn (Vidlohn) i. S. des § 61 Ziff. 1 RD. handelt, nicht entscheidend sein können. Denn die dort zu entscheidende Frage, ob es sich um arbeitnehmerähnliche Personen und insbes. um Zwischenmeister handle, die den überwiegenden Teil ihres Verdienstes aus ihrer eigenen Arbeit am Stück beziehen, befaßt nichts Abschließendes über die Natur der Forderung selbst. Für die Anwendung des § 61 Ziff. 1 RD. muß aber in erster Linie entscheidend sein, ob es sich um Ansprüche aus einem Dienst- oder Werkvertrag handelt. Die Entsch. dieser Frage ist lediglich dem bürgerl. Recht zu entnehmen. Es geht nicht an, daraus, daß die Gesetze in Fürsorge für die Hausgewerbetreibenden und Zwischenmeister gewisse Best. wie die §§ 162, 165 u. 1226 RD., § 119b GewD., § 18 HVG. und §§ 3 u. 11 BetrVG. und insbes. auch im § 5 ArbGG. getroffen haben, einen allg. Grundsatz herzuleiten, so daß namentlich solchen Personen der Schutz anderer Gesetze einschlägigen Inhalts zuteil werden müsse. Es verbietet sich dies, ganz abgesehen von allg. Erwägungen, schon deshalb, weil der Kreis der von den gen. Best. betroffenen Personen ein ganz verschiedener ist.

Das ArbG. hat den entscheidenden Gesichtspunkt verkannt. Es geht von einer rechtlich irrigen Grundlage aus, indem es nicht untersucht, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt. Der Ansicht des ArbG., deren Mißbilligung das ArbG. nicht ausgesprochen hat, daß die Best. des § 61 Ziff. 1 RD. auch auf Werkverträge angewendet werden könne, kann nicht beigetreten werden. Das Vorrecht erfordert nach dem klaren Wortlaut des Ges. ein Verdingen zur Leistung von Diensten (vgl. auch Menzel, ErVBuch z. RD., Anm. 3 Abs. 2; Jaeger Anm. 15; Pland- & Knoke, Vorbem. zu § 611 Note VIII 22).

Die bisherigen Feststellungen reichen nicht aus, um einen Dienstvertr. i. S. des § 61 Ziff. 1 RD. anzunehmen. Wenn auch die vom ArbG. festgestellten Umstände in gewisser Beziehung für eine wirtschaf. und personenrechtl. Gebundenheit des Kl. sprechen können, so bleibt doch die Möglichkeit, daß der Kl. nach Art seines Geschäftsverkehrs mit seinen verschiedenen Arbeitgebern und im Hinblick auf die Art seines Betriebes und das Kapital, mit dem er arbeitet, als selbständiger Unternehmer erscheint, und Werkverträge mit der Gemeinschuldnerin abgeschlossen hat.

Die herrsch. Lehre und die Rpr. des RG. nimmt an, daß beim Dienstvertrag die Arbeit, die Tätigkeit als solche, ein bestimmtes Maß einzelner Dienstleistungen, ein Wirken geschuldet wird, beim Werkvertrag dagegen ein Arbeitserfolg, ein Arbeitsergebnis, ein Werk ohne Betrachtung der zur Vollen dung erforderlichen Einzelienleistungen unter eigener Verantwort-

lung des Leistenden (§§ 611 u. 631 BGB.); vgl. RG. 72, 179¹⁾; 81, 9²⁾; 86, 75; 91, 328³⁾; NZArbR. 1927, 309; Staubinger-Ripperden, Vorbem. zu § 611 BGB., Note I c mit weiteren Nachweisungen.

Die Entsch. mag im Einzelfalle schwierig sein, weil eine Arbeitsleistung sowohl in der Form des Werkvertrags wie in der des Dienstvertrags möglich ist. Es muß deshalb in erster Linie maßgebend sein, was die Parteien nach Lage der Umstände und ihrer Abmachungen im Einzelfalle gewollt haben, ferner müssen alle Momente gewürdigt werden, die für die Auslegung in Betracht kommen, insbes. die besondere Gestaltung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Daß an sich Akkordarbeit geleistet wird, ist nebensächlich. Ebenso kann das in der Entsch. RG. 72, 281⁴⁾ hervor gehobene Moment der Gefahrübertragung nicht ausschließlich entscheidend sein. Denn diese ist immer die selbstverständliche Folge des Werkvertrages.

Ein sicheres Entsch.-Merkmal hinsichtlich der von Hausgewerbetreibenden zu leistenden Akkordarbeit ist nur aus dem von den Parteien gewollten wirtschaftlichen Zweck der Arbeit unter gleichzeitiger und wesentlicher Berücksichtigung der zwischen Auftraggeber und Ausführendem hergestellten Beziehungen zu gewinnen.

In dieser Beziehung bedarf die Sachlage noch weiterer Klärung. Der Rechtsstreit war somit unter Aufhebung des angefochtenen Urts. an das ArbG. zurückzuverweisen, damit dieses von der richtigen Rechtsgrundlage aus entscheidet. Das ArbG. wird insbes. aufzuklären haben: die genaue Art und Entwicklung des Betriebes des Kl.; in der Klageschrift hat der Kl. vortragen lassen, daß er bis zu 17 Arbeitern beschäftigt habe; ferner die rechtl. und wirtschaf. Beziehungen zu seinen einzelnen Arbeitgebern, wobei der Umfang der verschiedenen Aufträge und die Entwicklung des Geschäftsverkehrs des Kl. zu erörtern sein wird. Die Geschäftsbedingungen für die Aufträge und die eigenen Arbeitsbedingungen (Tragung des Risikos für das Arbeitsprodukt, Entstehen für die Güte desselben) werden festzustellen sein. In dieser Beziehung ist auch aufzuklären, wie die Arbeit des Kl. sich in den allg. Arbeitsprozess hinsichtlich der Fertigen, von der Gemeinschuldnerin vertriebenen Waren eingliederte. Es mag bemerkt werden, daß der vom ArbG. in der Entsch. vom 27. Nov. 1929 (NZArbG. 4, 284) behandelte Fall wesentlich anders gelagert war, indem die seitens des dortigen Kl. geleistete Arbeit sich gegenüber dem gesamten Arbeitsprozess als sehr geringfügige darstellte.

Endlich muß das in den Maschinen und in den Arbeitsräumen des Kl. angelegte Kapital festgestellt und die Bilanzierung seines Betriebes erörtert werden. Auch dieser Umstand kann von erheblicher Bedeutung dafür sein, ob Kl. als selbständ. Unternehmer Werkverträge abschließt oder als Arbeiter in Dienstverträgen anzusehen ist. Daß die Liefertermine streng einzuhalten waren und besondere Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Arbeit befolgt werden mußten, ist kein ausschlaggebendes Merkmal des Dienstvertrages im Gegensatz zum Werkvertrag. Auch der ein Werk Ausführende muß sich an Zeichnungen und Muster halten.

Schließlich mag noch hervorgehoben werden, daß der Hinweis auf § 45 HVG. ebenfalls nicht ausschlaggebend ist, da Kl. infolge Beschäftigung anderer Arbeiter nicht Hausarbeiter i. S. des Hausarbeitsgesetzes ist (vgl. § 1 HVG. und ErVBuch von Gaebel, 3, HVG. S. 13 ff. und Rohmer S. 80). Der Kl. erscheint dagegen als Hausgewerbetreibender i. S. des § 18 HVG., wobei dahingestellt bleiben kann, ob er als typischer Zwischenmeister i. S. dieser Bestimmung angesehen werden kann (vgl. über die Abgrenzung Gaebel a. a. D. S. 16 ff.; Rohmer a. a. D. S. 82). Es ist nicht festgestellt und auch nicht ersichtlich, daß infolge regionaler Regelung eine Gleichstellung hinsichtlich des Kl. mit den Hausarbeitern i. S. der §§ 18, 45 HVG. stattgefunden hat. Es braucht deshalb auch nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob bei Anwendung des § 45 HVG. auch ein Vidlohn i. S. des § 61 RD. vorliegen würde (vgl. auch Richtlinien zu § 18 HVG. v. 7. Mai 1925 [NZArb. 329], Rohmer a. a. D. S. 136, wobei auch darauf hinzuweisen ist, daß ein bei der zweiten Beratung des HVG. im Plenum eingebrachter Antrag dahingehend, daß für das Rechtsverhältnis die gesamten Vorschriften des BGB. für den Dienstvertrag Anwendung finden sollten, ausdrücklich abgelehnt wurde).

(NZArbG., Urts. v. 17. Sept. 1930, RAG 171/30. — Chemnitz.) [A.]

*

3. § 771 ZPO. Fließen dem Arbeitnehmer die ihm gezahlten Geldsummen nicht als freies Eigentum zu, ist er vielmehr durch ein Treuverhältnis gebunden, derart, daß er das Recht an dem entsprechenden Teil seiner Bezüge zwar im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteile gebrauchen durfte, so ist das wahre Recht an diesem Teil des ausgezahlten Geldes und auch schon der Anspruch auf Auszahlung beim Arbeitgeber verblieben.

¹⁾ ZB. 1910, 8.

²⁾ ZB. 1913, 195.

³⁾ ZB. 1918, 215.

⁴⁾ ZB. 1910, 107.

ben, und er darf der Pfändung kraft eines die Veräußerung hindernden eigenen Rechts nach § 771 ZPO. widerprechen. f)

(RArbG, Urt. v. 1. Okt. 1930, RAG 147/30. — Berlin.)

Abgebr. ZB. 1932, 72°.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

(Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.)

I. § 18 Abs. 1 Nr. 8 ErbschStG. 1925. Eine steuerfreie Schuldbefreiung liegt nicht vor, wenn der Bürge die Bürgschaftsschuld mit dem Willen begleicht, auf Geltendmachung seines Rückgriffsrechts gegen den Schuldner zu verzichten. f)

Der Beschw. und sein Sohn Ernst D. (der Beschenkte) sowie ein gewisser F. E. und dessen Sohn waren Gesellschafter der DSG. F. E. Am 1. Aug. 1926 übernahmen der Beschw. und der Ge-

Zu 3. A. Ann. Dertmann, ebenda.

B. In dem vom RArbG. entschiedenen Falle handelt es sich darum, daß der Gläubiger eines auf einem Gute angestellten Ober-schweizers dessen Lohnanspruch gegen seinen Arbeitgeber gepfändet hatte, von dem ein Teil insofern zweckgebunden war, als der Ober-schweizer verpflichtet sein sollte, die von ihm selbständig einzu-stellenden Hilfskräfte mit diesem Teil des ihm zustehenden Entgeltes zu entlohnen. Ganz gleiche Tatbestände liegen in all denjenigen Fällen vor, in denen ein Arbeitnehmer auf Grund des mit seinem Arbeitgeber geschlossenen Vertrages zur Verrichtung von Dienst-leistungen verpflichtet ist, die ihrer Natur nach über den Rahmen der eigenen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers hinausgehen, bei denen also nach dem Inhalt des Vertrages die Einstellung von Hilfskräften vorausgesetzt ist, und die Entlohnung dieser Hilfskräfte durch den Arbeitnehmer selbst unmittelbar erfolgen soll (z. B. Ver-hältnis des Oberagenten zum Unteragenten).

Die Frage, ob dem Arbeitgeber an diesem zweckgebundenen Teil des Arbeitsentgeltes ein die Veräußerung hinderndes Recht i. S. des § 771 ZPO. zusteht, ist streitig.

Die Fragestellung ist eine doppelte:

1. Liegt bei Tatbeständen der vorerwähnten Art ein treuhänder-sches Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor?

2. Berechtigt das Vorliegen eines solchen Treuhandverhältnisses den Arbeitgeber, der Pfändung gem. § 771 ZPO. zu widerprechen? Beide Fragen sind m. E. zu bejahen.

Ein Treuhandverhältnis bez. des zweckgebundenen Arbeits-entgeltes dürfte stets und in allen Fällen vorliegen, in denen sich aus der Natur der vereinbarten Dienstleistung die Notwendigkeit der Zuziehung von Hilfskräften ergibt, und hinsichtlich eines Teiles des Entgeltes vereinbart ist, daß der Arbeitnehmer hiermit die Hilfskräfte entlohne. Eine solch fiduziarische Stellung des Arbeit-nehmers ergibt sich zwanglos aus der Auslegung des Parteiwillens. Der Arbeitgeber, der einem Arbeitnehmer Dienstleistungen über-trägt, die dieser nur unter Hinzuziehung von Hilfskräften verrichten kann, will, wenn er dem Arbeitnehmer für seine eigene Entlohnung und die Entlohnung der Hilfskräfte ein Entgelt zuzugt, daß der zweckgebundene Teil des Lohnes für die nach dem Vertrage voraus-gesetzte Entlohnung der Hilfskräfte verwendet wird. Daß dies der Wille des Arbeitgebers ist, ergibt sich allein schon daraus, daß er dem Arbeitnehmer durch den Vertrag die Verpflichtung auferlegt, die bestimmten Dienstleistungen zu verrichten, die Verrichtung dieser Dienstleistungen aber praktisch nicht ohne Hilfskräfte möglich ist. Da die Erreichung des Vertragszweckes die Arbeit von Hilfskräften erfordert und der Arbeitgeber zur Sicherstellung des Vertragszweckes in das seinem Arbeitnehmer zugewilligte Entgelt den Arbeitslohn für die Hilfskräfte miteingeschlossen hat, ist der diesem Arbeits-lohn entsprechende Teil des dem Arbeitnehmer zugewilligten Ent-geltes nach dem Willen des Arbeitgebers zweckgebunden.

Dieses Entgelt ist erfahrungsgemäß auch immer so bemessen, daß dem Arbeitnehmer bei Eingehung des Dienstverhältnisses die Zweckbestimmung eines Teiles des Entgeltes als Lohn für die Hilfskräfte unverkennbar sein wird. Der Arbeitnehmer erklärt sich also durch die Annahme des Angebotes des Arbeitgebers mit der Zweckbestimmung einverstanden.

Damit aber erhält der Arbeitnehmer hinsichtlich des zweck-gebundenen Teiles des Entgeltes und des diesbezüglichen Anspruchs lediglich die Stellung eines Treuhänders: Er wird zwar nach außen-

schaffter F. E. für die Beträge, die ihre Söhne der DSG. schuldeten, die selbstschuldnerische Bürgschaft. Dabei wurde ausdrücklich be-stimmt, daß bei Errechnung und Auszahlung der Kapitalkonten der beiden Bürgen in jedem der in dem Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Fälle das Debetkonto des betreffenden Sohnes und Mitgesellschafter's in Abzug zu bringen sei. Am 3. Okt. 1929 verstarb der Gesell-schafter F. E.; an seiner Stelle wurde seine überlebende Ehefrau, seine Alleinerbin, Mitgesellschafterin.

Durch Vertrag v. 18. Dez. 1929 schieden mit Wirkung v. 31. Dez. 1929 der Beschw. und die Witwe E. aus der DSG. aus, und die beiden Söhne übernahmen mit dem gleichen Tage die DSG. mit allen Aktiven und Passiven. Die Übernehmer verpflichteten sich dabei ausdrücklich, die auscheidenden Gesellschafter vor allen bis zum

hin im eigenen Namen berechtigt, im Verhältnis zu seinem Arbeit-geber bleibt er jedoch Verwalter fremden Vermögens.

Diese Auffassung liegt auch anscheinend dem vorerwähnten Er-kenntnis des RArbG. zugrunde. Allerdings beschränkt sich dieses Urteil auf die durch die Entsch. des besonderen Tatbestandes gezogenen Grenzen. Dabei ist hervorzuheben, daß der vom RArbG. ent-schiedene Tatbestand gegenüber dem vorerörterten allgemeinen Tat-bestande insofern eine Besonderheit enthält, als in diesem Fall zwi-schen den Hilfskräften und dem Arbeitgeber eine unmittelbare Be-ziehung dadurch bestand, daß der Arbeitgeber für die Hilfskräfte die Soziallasten nicht durch Vermittlung seines Dienstverpflichteten, sondern unmittelbar von sich aus beglich.

Es liegt auf der Hand, daß diese Eigenart der Beziehungen die Annahme eines Treuhandverhältnisses besonders stützt. Denn wenn schon der Arbeitgeber die Soziallasten der Hilfskräfte unmittel-bar trägt, so ist damit die Verpflichtung des Arbeitnehmers, mit einem Teil des ihm von dem Arbeitgeber zugesagten Arbeitsent-geltes die Hilfskräfte zu entlohnen, charakterisiert als eine Ver-pflichtung, für den Arbeitgeber — als Verwalter seiner Interessen — die Entlohnung der Hilfskräfte vorzunehmen.

Es liegt jedoch kein Anlaß vor, die Treuhänderstellung des Arbeitnehmers nur in dem besonderen vom RArbG. entschiedenen Fall zu bejahen. Die Vertragsauslegung führt vielmehr m. E. auch in den oben erörterten, allgemeinen Fällen zwanglos zur Annahme eines solchen Treuhandverhältnisses.

Eine abweichende Ansicht vertritt Dertmann in der Fuß-note zu der zitierten Entsch. des RArbG. Es bedeute — so meint Dertmann — eine „wesig sinnvolle Unfolgerichtigkeit“, dem Arbeitnehmer „einerseits das Eigentum zuzuschreiben und ihm an-dererseits kraft der Treuklausel die Konsequenzen des übertragenen Eigentums durch ein Hintertürchen wieder zu nehmen“, eine Unfol-gerichtigkeit, die man der Parteien nur bei einer ganz unzweideutig darauf gerichteten Erklärung unterschieben dürfte. Demgegenüber sei — so führt Dertmann weiter aus — nur zweierlei denkbar: ent-weder der Geldempfänger solle Eigentümer der empfangenen Beträge werden und nur schuldrechtlich verpflichtet sein, daraus die Unter-bedenkosten zu bezahlen. Oder es sei ihm das Geld nur insoweit an-vertraut, um daraus die vorgesehene Verwendung zu vollziehen.

Eine solche Gegenüberstellung dieser beiden Möglichkeiten einer-seits und der Annahme eines Treuhandverhältnisses andererseits ist m. E. nicht bedenkenfrei, denn die Annahme eines Treuhandverhält-nisses ist kein Gegensatz zu jenen Möglichkeiten der Vertragsaus-legung, sie ist vielmehr in ihnen eingeschlossen.

Sollte nämlich der Geldempfänger Eigentümer der empfangenen Beträge werden und nur schuldrechtlich verpflichtet sein, daraus die Hilfskräfte zu bezahlen, oder ist ihm das Geld nur insoweit anvertraut, um daraus die vorgesehene Verwendung zu vollziehen: In beiden Fällen geht der Parteiwille dahin, daß der Geldempfänger nach außen hin zwar berechtigt werde, insoweit im eigenen Namen zu verfügen, daß aber die damit erteilte Verfügungsbefugnis ihm nur mit der Maßgabe zuziehen sollte, sie im Rahmen des nach dem Vertrage vorausgesehenen Zweckes zu verwenden. In dieser von den Parteien gewollten Zweckgebundenheit, in der Einschränkung der nach außen unbeschränkten Verfügungsbefugnis gegenüber dem Ar-beitgeber liegt gerade die Begründung des Treuhandverhältnisses.

Die beiden von Dertmann dargelegten Möglichkeiten der Vertragsauslegung sind demnach m. E. kein Argument gegen die Annahme eines Treuhandverhältnisses, sie unterstützen vielmehr diese Annahme.

Wenn man demzufolge den Arbeitnehmer hinsichtlich des zweck-gebundenen Teiles des Arbeitsentgeltes lediglich als Treuhänder des Arbeitgebers ansieht, so ist auch dem Arbeitgeber ein die Ver-äußerung hinderndes Recht an dem sich auf diesen Teil des Ent-geltes beziehenden Anspruch des Arbeitnehmers und — bis zur Ver-mischung der Stücke — an dem fraglichen Teil des Entgeltes selbst zuzusprechen (vgl. Stein-Jonas zu § 771 ZPO. Bem. II, 1).

Dr. Ludwig Heymann, Essen.

Zu 1. Wenn der RAG. in der obigen Entsch. und auch in der amtlich veröffentlichten Entsch. (RAG. 29, 92 [97]) den Grundsatz aufstellt, daß die Befreiungsvorschr. des § 18 Abs. 1 Nr. 8 ErbschStG. die Befreiung von einer bereits bestehenden Schuld an den Erblasser

31. Dez. 1929 entstehenden Verbindlichkeiten der DKG. bei etwaiger Forderungszahlung zu befreien. Andererseits verpflichteten sich die auscheidenden Gesellschafter, den für sie für den 31. Dez. 1929 errechneten Kapitalanteil den beiden verbleibenden Gesellschaftern zur Fortführung der DKG. zur freien Verfügung zu belassen. Dafür hatte die DKG. den beiden auscheidenden Gesellschaftern monatlich je 300 RM bis zu deren Ableben zu zahlen. Beim Ausscheiden des Beschw. betrug die Schuld seines Sohnes an die DKG. 49.517,11 RM, das Kapitalkonto des Beschw. 38.596,83 RM. In Höhe dieses Betrags deckte letzterer die Schuld des Sohnes ab und minderte diese so auf 10.920,28 RM herab.

Das FinV. erblickte hierin eine steuerpflichtige Schenkung. Der Einspruch, mit dem geltend gemacht wurde, es handle sich um eine nach § 18 Abs. 1 Nr. 8 steuerfrei bleibende Schuldbefreiung, blieb ohne Erfolg, ebenso die Berufung.

Auch die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

Nach § 18 Abs. 1 Nr. 8 bleibt steuerfrei die Befreiung eines Steuerpflichtigen der Steuerklassen I, II von einer Schuld gegenüber dem Erblasser, soweit durch den Anfall lediglich die Befreiung von einer Überschuldung erreicht wird. Der Beschw. hält diese Voraussetzungen für gegeben.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen des FinV. in allen Punkten zutreffend sind. Der Senat stimmt dem FinV. im Ergebnis zu. Ohne Rechtsirrtum ist das FinV. davon ausgegangen, daß die Befreiungsvorschr. nur dann Anwendung finden kann, wenn es sich um die Befreiung von einer bereits bestehenden Schuld an den Erblasser oder Schenker handelt. Diesen Grundsatz hat der Senat erst kürzlich in seiner Entsch. RZS. 29, 92 ausgesprochen. In dem Ur. ist noch ausgeführt, daß eine Schuldbefreiung i. S. des § 18 Abs. 1 Nr. 8 nicht vorliegt, wenn jemand einem anderen Vermögen überläßt, ohne ein Entgelt oder eine dem Werte der eigenen Leistung entsprechende Gegenleistung zu fordern, da sonst in jeder Schenkung eine Schuldbefreiung läge. Entscheidend ist es daher, ob eine solche Schuld des Sohnes an den Beschw. bestand, die von diesem dann erlassen worden wäre. Die Frage ist in Übereinstimmung mit dem FinV. zu verneinen. Es ist zwar dem Beschw. zuzustimmen, daß nach § 774 BGB. die Forderung des Gläubigers an den Schuldner auf den Bürgen übergeht, soweit dieser den Gläubiger befriedigt. Diese Vorschr. besagt, daß im Regelfalle bei Zahlung einer Schuld durch den Bürgen dieser in Höhe der gezahlten Schuld Gläubiger des Schuldners wird, daß ihm also eine

oder Schenker voraussetzt, so kann gegen diese Auslegung nichts eingewendet werden. Der Beschw. hat mit seinem Guthaben bei der DKG. die Schuld seines Sohnes an diese abgedeckt. Diese Abdeckung erfolgte in Ausführung einer gegenüber der DKG. von ihm übernommenen Bürgschaft. Bevor der Beschw. die Schuld des Sohnes abdeckte, bestand keine Schuld des Sohnes (Beschw.) gegenüber dem Beschw. (Schenker). Daß der Sohn als Hauptschuldner aus irgendeinem Rechtsverhältnis dem Beschw. (Bürgen) etwas schuldet (etwa weil der Beschw. die Bürgschaft gegen Entgelt für den Sohn übernommen hätte), dafür ergibt der Tatbestand nichts. Ein Übergang der Forderung der DKG. als Gläubigerin gegen den Sohn auf den Beschw. erfolgte nicht, weil nach dem Sachverhalt der Beschw. die Bürgschaft in freigiebiger Absicht erfüllte (vgl. RG. Warn. 1919 Nr. 278). Es bestand also weder vor noch nach Abdeckung der bei der DKG. bestehenden Schuld eine Schuld des Sohnes gegenüber dem Beschw., so daß kein Raum für Anwendung der Befreiungsvorschr. war.

Anderes wäre zu entscheiden, wenn der Beschw. nicht in freigiebiger Absicht die Schuld seines Sohnes bei der DKG. abgedeckt hätte; dann wäre zunächst die Rückgriffsforderung gegen den Sohn entstanden. Hätte dann später der Beschw. auf die Rückgriffsforderung verzichtet, so wäre der Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 8 erfüllt worden. Voraussetzung für die Anwendung der Befreiungsvorschr. wäre jedoch, daß nicht von vornherein ein Verzicht auf die Rückgriffsforderung ausgesprochen war, sondern der Beschw. zunächst ernstlich an seiner Forderung gegen den Sohn festhalten wollte.

Hätte der Beschw. als er noch Gesellschafter der DKG. war, die Schuld seines Sohnes gegenüber der Gesellschaft abgedeckt, so würde vielleicht teilweise eine Anwendung des § 18 Abs. 1 Nr. 8 in Betracht gekommen sein; denn die Schuld des Beschw., die offenbar eine echte Schuld darstellte und nicht nur ein negatives Kapitalkonto, bestand gegenüber den Gesellschaftern, und damit auch gegenüber dem Beschw., solange dieser noch Gesellschafter war. Da der RZS. auf dem Gebiet der ErbSt. geneigt ist, den Charakter der DKG. als Personalgesellschaft zu betonen (vgl. RZS. 23, 282), so hätte man die Schuld des Sohnes an die DKG. als zu einem Bruchteil dem Beschw. zustehend ansehen können. Hinsichtlich dieses Bruchteils wäre dann der Tatbestand der steuerfreien Schuldbefreiung gegeben: Mit Recht, denn hinsichtlich dieses Bruchteils hätte der Beschw. im Grunde seine eigene Forderung durch Zahlung erfüllt. Da aber im vorl. Falle der Beschw. zur Zeit der Abdeckung der Schuld seines Sohnes nicht mehr Gesellschafter war, stand ihm auch kein Anteil an der dem Sohn gegenüber bestehenden Forderung der DKG. zu.

RA. Dr. Fritz S. Strauß, Berlin.

Forderung in dieser Höhe an den Schuldner zusteht. Diese Rechtsfolge tritt indessen weder bürgerlich noch steuerrechtlich ein, wenn der Bürge die Bürgschaftsschuld mit dem nichtverkeimbaren Willen begleicht, auf Geltendmachung seiner Regressansprüche zu verzichten. Erfolgt der Verzicht unentgeltlich, dann ist durch die Zahlung des Bürgen eine Bereicherung des Bedachten durch Befreiung von seiner Schuld eingetreten. War diese Befreiung von dem Zuwendenden auch gewollt, dann handelt es sich um eine freigebige Zuwendung i. S. des § 3 Abs. 1 Nr. 2 und daher steuerpflichtige Schenkung. Es liegt in diesem Falle wirtschaftlich genau so, wie wenn der Schenker dem Beschenkten den zur Zahlung seiner Schuld erforderl. Betrag von vornherein unentgeltlich überlassen hätte. Daß im Streitfall der Beschw. bei Zahlung der Schuld nicht auf Rückzahlung gerednet, sondern den Betrag seinem Sohn bewußt und gewollt unentgeltlich zur Verfügung gestellt hat, ist vom FinV. ohne Rechtsirrtum angenommen und zudem auch von dem Beschw. nicht bestritten worden.

(RZS., 1. Sen., Ur. v. 27. Juli 1931, I A 61/31.)

*

2. § 3 GrEwStG. Sind sämtliche Anteile einer sog. Grundstücksmobilisierungsgesellschaft in einer Hand vereinigt worden, so daß der Veräußerer der letzten Anteile nicht auf Grund des § 3 herangezogen werden kann, so kommt Veranlagung nach § 1 GrEwStG. i. Verb. m. § 5 ABG.D. in Betracht.

Die am 25. Aug. 1922 mit einem Stammkapital von 50.000 M gegründete Grunderwerbs-GmbH. erwarb unstreitig unmittelbar nach ihrer Gründung ein Grundstück und hat niemals andere Vermögensstücke besessen. Von den beiden Gesellschaftern besaß der eine 49.000 M, der andere die restlichen 1.000 M Geschäftsanteile. In der notariellen Verhandlung v. 20. Nov. 1922 trat der erste Gesellschafter seine 49.000 M Geschäftsanteile an den Beschwerdegegner, der zweite Gesellschafter seine 1.000 M Geschäftsanteile an die Braut des Beschwerdegegners, Fr. K., ab, wobei die Abtretenden durch den zweiten Gesellschafter, die Abtretungsempfänger durch den Beschwerdegegner vertreten wurden. In der notariellen Verhandlung v. 26. März 1923, in der der Beschwerdegegner sowohl für sich selbst als auch als Bevollmächtigter des Fr. K. und der Direktor N. sowohl für sich selbst als auch als Bevollmächtigter des Fr. K., auftrat, trat der Beschwerdegegner seine 49.000 M Geschäftsanteile an H., Fr. K. ihre 1.000 M Geschäftsanteile an N. ab. Da N. später auf Befragen der Steuerstelle gegenüber erklärte, er habe die 1.000 M Geschäftsanteile nur als Treuhänder des H. erworben, sah die Steuerstelle § 3 i. Verb. m. § 5 ABG.D. als gegeben an.

Nachdem der Einspruch des Beschwerdegegners erfolglos geblieben war, stellte ihn die Vorinstanz frei, weil nach der Entsch. des Senats in RZS. 25, 26 die Veräußerer der Anteile für die hier nach § 3 GrEwStG., § 5 ABG.D. entstandene Steuer nicht hafteten.

Die RBeschv. der Steuerstelle führte zur Aufhebung.

Zu 2. Die Entsch. ist nach verschiedenen Richtungen bedeutsam:

a) Wer zu den bereits besessenen Gesellschaftsanteilen gem. § 3 den letzten Anteil hinzuerwirbt, so daß er sämtliche Anteile in seiner Hand vereinigt, hat Grunderwerbsteuer nach dem gesamten Grundbesitz der Gesellschaft zu zahlen. Das ist erträglich; denn der Erwerber kann ja die Folgen übersehen. Dagegen war es nicht erträglich, hier grundsätzlich gem. § 20 auch den Veräußerer haften zu lassen, der nicht zu wissen braucht, daß er mit seiner Aktie dem Erwerber die letzte ausfolgt, die diesem an 100% noch fehlt. Der RZS. hat sich in RZS. 25, 26 entschlossen, die Haftung des Veräußerers zu verneinen, und zwar ganz allgemein und unter Aufgabe der früheren Auffassung (in Mrozek, R. 9 zu § 20 Abs. 1), wonach bei besonderen Zusammenhängen die Mithaftung des Veräußerers gem. § 20 in Frage komme. Die vorliegende Entscheidung bestätigt, daß nunmehr bei dem nach manchen Schwankungen in RZS. 25, 26 eingenommenen Standpunkt verblieben wird.

b) Wenn der Veräußerer nach § 3 nicht haftet, so bedeutet das natürlich nicht, daß er, wenn der letzte Anteil einer Mobilisierungsgesellschaft veräußert wird, um deswillen auch von der Haftung gem. § 1 mit § 5 ABG.D. befreit ist. Im vorliegenden Fall hätte die Steuerstelle den Erwerber wegen des Erwerbs der einzelnen „Bruchteile“ gem. § 1 mit § 5 ABG.D. veranlagern oder aber § 3 mit § 5 ABG.D. anwenden können. Im ersteren Fall hätte die Mithaftung der Veräußerer außer Zweifel gestanden; augenscheinlich hat aber die Steuerstelle das letztere getan. Konnte hier der Veräußerer, der gem. § 20 nur gesamtschuldnerisch haftet, aus dem anderen Anlaß noch in Anspruch genommen werden? Die Entsch. unterstellt es als selbstverständlich.

c) Die Rspr., wonach es zulässig ist, im Rechtsmittelverfahren die Steuerforderung auf einen anderen Tatbestand zu stützen, wofür dieser einen Teil des vom Steuerbescheid erfaßten Tatbestands darstellt, ist im Interesse der Vereinfachung durchaus zu begrüßen und wird vom RZS. in der letzten Zeit festgehalten.

RA. Dr. Bergschmidt, Berlin.

Zwar ist der Vorinstanz darin beizutreten, daß aus den in RZS. 25, 26 angegebenen Gründen der Beschwerdegegner als Veräußerer eines Teiles der Geschäftsanteile nicht für eine etwaige Steuer aus § 3 haften würde. Sie hat aber, wie die Steuerstelle mit Recht rügt, die erforderliche Prüfung unterlassen, ob die Steuerforderung, die die Steuerstelle, nachdem sie auf RZS. 25, 26 hingewiesen worden war, schon in der Verzinst. auch auf die §§ 1, 4 GrEwStG., § 5 AbgD. gestützt hatte, nicht, und zwar inschl. danach gerechtfertigt war. Bei der nunmehr dem Senat zustehenden freien Beurteilung ist die Sache spruchreif. Allerdings wird der Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens durch den des Steuerbescheides bestimmt und begrenzt. Ein Hinausgehen über den Gegenstand des Steuerbescheides aber liegt nicht vor, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Steuerforderung nachträglich nur auf einen Teil des steuerlichen Tatbestandes des Steuerbescheides beschränkt wird. Davon ist der Senat auch bei der Entsch. RZS. 5, 247 ausgegangen. War es aber an sich zulässig, die Steuerforderung gegen den Beschwerdegegner nachträglich nur auf die Abtretung seiner 49 000 M Geschäftsanteile an D. zu stützen, so war diese Steuerforderung auch nach § 1 GrEwStG., § 5 AbgD. begründet, da es sich um einen Fall der Grundstücksmobilisierung handelt. Die es sich um einen Fall der Grundstücksmobilisierung handelt. Die UmhG. besaß nur ein Grundstück, war also eine reine Grundstücks-Gesellschaft. Ihr Zweck war von Anfang an die Mobilisierung des Grundstücks. Die beiden verhältnismäßig kurz hintereinander und zu den gleichen Teilen vorgenommenen Abtretungen der Geschäftsanteile erfolgten jedesmal gleichzeitig in derselben Urkunde. Jedesmal bestand sowohl auf der Veräußerer- als auch auf der Erwerberseite eine innerliche Verbundenheit der beiden Beteiligten mit Bezug auf das Grundstück, die auch äußerlich dadurch zum Ausdruck kam, daß auf jeder Seite stets nur einer für sich und den anderen Beteiligten auftrat. Die Steuer konnte deshalb nur nach § 1 GrEwStG., § 5 AbgD., nicht aber nach der Ersatzvorschrift des § 3 GrEwStG. i. Verb. m. § 5 AbgD. festgesetzt werden und war gegenüber dem Beschwerdegegner so zu berechnen, als wenn er $\frac{49}{50}$ des Grundstücks veräußert hätte.

(RZS., 2. Sen., Ur. v. 10. Febr. 1931, II A 646/30.)

3. § 6 GrEwStG.; § 23 ZwVerfStG. Ein schwebendes Zwangsversteigerungsverfahren schließt die Begründung wirtschaftlichen Eigentums an dem Versteigerungsgrundstück und Steuerpflicht nach § 6 grundsätzlich nicht aus. +)

Über die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 6 wird in der Vorentsch. ausgeführt: „Die Anwendung des § 6 setzt voraus, daß an Stelle der Übertragung des rechtl. Eigentums ein Rechtszustand geschaffen ist, bei dem die wesentl. rechtl. Befugnisse, die den Eigentumsbegriff ausmachen, einem anderen als dem rechtl. Eigentümer zustehen, so daß dieser andere wirtschaftlich im wesentl. so gestellt ist, als ob er Eigentümer im Rechtsinne geworden wäre. Zur wirtschaftl. Verfügungsmacht gehört in erster Linie Besitz und Nutzungsbefugnis für eigene Rechnung zu verkaufen.“ Diese Ausführungen entsprechen der ständigen Rspr. des RZS. Das FinGer. glaubt nun die Übertragung der nach § 6 erforderl. Verfügungsgewalt auf den Beschwerdegegner zunächst um deswillen verneinen zu sollen, weil zu der Zeit, in der die Vorgänge sich abgepielt haben, die nach Auffassung der Steuerstelle den wirtschaftl. Eigentumsübergang bedingt haben, das Zwangsverf. wegen der freiwilligen Grundstückshälfte im Gange war. Ferner steht nach Auffassung des FinGer. der Anwendung des § 6 entgegen, daß dem Beschwerdegegner die Veräußerungsbefugnis gefehlt habe und für ihn weder ein Verkaufsrecht noch ein Nießbrauchsrecht bestellt worden sei.

Zu 3. Der Rechtsgrundsatz, daß eine wirtschaftl. Übereignung auch während eines schwebenden Zwangsverf. rechtl. möglich ist, kann füglich nicht bestritten werden. Offenbar werden aber die Steuerstellen nun nicht versuchen, aus allerlei Rechtsworgängen, wie sie im Zwangsverf. oftmals vorkommen, eine wirtschaftl. Veräußerung zu konstruieren. Hält man daran fest, daß die wirtschaftl. Übereignung i. S. des § 6 GrEwStG. Besitz- und Nutzungsbefugnis für eigene Rechnung und daneben die Befugnis, das Grundstück auf eigene Rechnung zu verkaufen, erfordert, so wird eine wirtschaftl. Übereignung im Laufe eines Zwangsverf. selten festzustellen sein. Es werden vor allem die Fälle auscheiden, in denen gleichzeitig ein Zwangsverf. schwebt, weil in solchen Fällen die Übertragung der Nutzungsbefugnis praktisch nicht in Frage kommt. Aber auch abgesehen hiervon wird in der Abtretung der letztwilligen Hypothek oder Grundschuld, wie sie im Zwangsverf. häufig vorkommt, für sich allein keine wirtschaftl. Übereignung zu erblicken sein, auch wenn der Erwerber der Hypothek oder Grundschuld die offenkundl. Absicht verfolgt, das Grundstück selbst im Zwangsverf. Termin zu erstehen. Eine solche Abtretung kann auch nicht als verschleierter Kaufvertrag aufgefaßt werden.

RM. Dr. Ernst Hagemberg, Berlin.

Der Auffassung des FinGer., daß ein schwebendes Zwangsverf. die Begr. wirtschaftl. Eigentums und Steuerpflicht nach § 6 grundsätzlich hindere, vermag sich der Senat allerdings nicht anzuschließen. Daß Steuerpflicht entsteht, wenn das Versteigerungsgrundstück an einen Dritten in den bürgerl.-rechtl. Formen übereignet wird, ist unbestritten. Es wird dabei keine Rücksicht darauf genommen, daß solchenfalls das Eigentum mit gewissen aus §§ 23 ff. ZwVerfStG. sich ergebenden Mängeln behaftet ist. Dann kann aber der Besteuerung auch nichts entgegenstehen, wenn der dem Haupttatbestand steuerlich völlig gleichzubehandelnde Ersatzbestand nach § 6 geschaffen wird, dem die gleichen aus dem Zwangsverf. sich ergebenden Mängel anhaften. Die Vorentsch. wird jedoch durch andere Gründe getragen.

(RZS., 2. Sen., Ur. v. 20. Okt. 1931, II A 343/31.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor
Versting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (CuM.), abgedruckt.]

****○ I.** § 180 Abs. 2 Nr. 1 RVD. Die auf Grund des ArbVermG. gewährte Arbeitslosenunterstützung ist dem wirklichen „Arbeitsverdienst“ i. S. des § 180 Abs. 2 Nr. 1 RVD. bei der Berechnung des Grundlohns nicht gleichzustellen.

Nach § 182 Abs. 1 Nr. 2 RVD. wird als Krankengeld Krankengeld in Höhe des halben Grundlohns für jeden Kalendertag gewährt, wenn die Krankheit den Versicherten arbeitsunfähig macht; es wird vom vierten Tage der Arbeitsunfähigkeit an gewährt. Danach beträgt das Krankengeld den halben Grundlohn. Im vorliegenden Falle hat das RVerfA. der Berechnung des Grundlohns den § 19 Abs. 1 der Satzung der bekl. Allg. Ortskr.Kasse in der zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles geltend gewesenen Fassung zugrunde gelegt. Danach werden die haren Leistungen der Kasse nach einem Grundlohn bemessen, dessen Höhe der wirkliche Arbeitsverdienst ist; bei Kassenmitgliedern mit wechselndem Lohn gilt als Grundlohn der durchschnittliche wirkliche Arbeitsverdienst der letzten 6 Wochen. Diese Satzungsbestimmung beruht auf § 180 Abs. 1 u. 2 Nr. 1 RVD. Danach kann die Satzung den Grundlohn nach dem „wirklichen Arbeitsverdienst“ der einzelnen Versicherten festsetzen. Wie das RVerfA. in ständ. Rspr. angenommen hat, ist der Begriff des „Arbeitsverdienstes“ einheitlich dahin auszulegen, daß nur der auf Grund einer Beschäftigung gewonnene Entgelt als Arbeitsverdienst anzusehen ist (vgl. E. 3391, NachrRVerf. 1929, IV 162; CuM. 24, 210 Nr. 87 und E. 3392, NachrRVerf. 1929, IV 163; CuM. 24, 214 Nr. 88). Hiernach kann der Bezug der Arbeitslosenunterstützung auf Grund des ArbVermG. dem Arbeitsverdienst nicht gleichgestellt werden. Denn die Arbeitslosenunterstützung wird gerade dann gewährt, wenn für den Arbeitslosen kein Beschäftigungsverhältnis mehr besteht und er keine erwerbende Tätigkeit mehr ausübt. Hiermit steht nicht im Widerspruch, daß nach § 118 Abs. 1 Satz 3 ArbVermG., soweit Ansprüche auf Leistungen der Krankenversicherung für Angehörige des Versicherten davon abhängen, daß dieser den Angehörigen von seinem Arbeitsverdienst unterhalten hat, die Arbeitslosenunterstützung dem Arbeitsverdienst gleichsteht. Denn dabei handelt es sich um eine Sondervorschrift, deren Anwendbarkeit auf die dort bezeichneten Fälle beschränkt ist. Den gleichen Standpunkt hat das RVerfA. für die Zeit der Geltung der ErwFÜRVD. i. d. Fass. v. 23. April 1919 (RGBl. I, 149) hinsichtlich der Erwerbslosenunterstützung eingenommen. In der Entsch. 2571 II (RVerfANachr. 1920, 282; CuM. 12, 46 Nr. 20) hat es ausgesprochen, daß die auf Grund dieser VD. einem versicherten Erwerbslosen gewährte Unterstützung dem Arbeitsverdienst i. S. des § 186 RVD. nicht gleichzustellen ist. In der Entsch. 2881 II (RVerfANachr. 1925, 276; CuM. 18, 138 Nr. 60) hat es in einem Anwendungsfall des § 1259 RVD. unter Bezugnahme auf die Entsch. 2571 ferner angenommen, daß der Unterhalt aus der Erwerbslosenunterstützung dem Unterhalt aus dem Arbeitsverdienst nicht gleichzustellen ist.

Hiernach gilt im vorliegenden Falle als Grundlohn der Durchschnittsbetrag, der sich durch die Teilung des auf die Arbeitszeit vom 2. bis 22. Mai 1930 entfallenden Arbeitsverdienstes des Kl. von 209,38 RM durch die Zahl der in diese Zeit fallenden Kalendertage ergibt (vgl. auch Entsch. v. 11. Dez. 1929; CuM. 26, 391 Nr. 166). Der der Berechnung des Krankengeldes zugrunde zu legende Grundlohn beträgt danach 9,97 RM.

(RVerfA., 2. RevSen., Ur. v. 13. März 1931, II a K 680/30*) [R.]

**** 02.** Nach § 182 Abs. 1 Nr. 2 Halbsatz 2 RWD. i. d. Fass. der Notverordnung vom 26. Juli 1930 (RWB. I, 311) ist das Krankengeld bei dem Vorliegen eines einheitlichen Versicherungsfalls nur bei dem erstmaligen Eintritt der Arbeitsunfähigkeit vom vierten Tage der Arbeitsunfähigkeit an, dagegen bei jeder weiterhin während desselben Krankheitsfalls aufretenden Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Unterstützungsdauer sofort zu gewähren.

Das RVerf. hatte schon in seinem Bescheid v. 26. Jan. 1931 (I K 20/31): EuM. 29, 271 Nr. 19 seine Auffassung dahin zum Ausdruck gebracht, daß im Falle einer nach Erfüllung der dreitägigen Wartezeit eintretenden zeitweisen Unterbrechung der durch denselben Versicherungsfall ausgelösten Arbeitsunfähigkeit das Krankengeld im Rahmen der Unterstützungsdauer von neuem zu gewähren ist, ohne daß es der Erfüllung einer neuen dreitägigen Wartezeit bedarf. Es ist dabei davon ausgegangen, daß durch die Neufassung des § 182 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 RWD. in der NotV. v. 26. Juli 1930 (RWB. I, 311) lediglich die bisherige Regelung der Wartezeit geändert werden sollte. Während früher jeder Krankheitstag als solcher auf die Wartezeit anzurechnen war, sind jetzt nur noch solche Krankentage anrechenbar, an denen Arbeitsunfähigkeit besteht. Durch die Neufassung der Gesetzesvorschrift sollte nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß im Falle einer zeitweisen Unterbrechung der durch denselben Versicherungsfall ausgelösten Arbeitsunfähigkeit das Krankengeld erst vom vierten Tage des Wiedervorliegens von Arbeitsunfähigkeit von neuem zu zahlen sei. Vielmehr wird unter der Arbeitsunfähigkeit i. S. der Vorschrift die gesamte durch denselben Versicherungsfall verursachte Arbeitsunfähigkeit zu verstehen und demgemäß anzunehmen sein, daß die einmal erfüllte Wartezeit einen unbedingten Anspruch auf Krankengeld für alle in die Unterstützungsdauer fallenden Zeiten der Arbeitsunfähigkeit begründet. Wäre mit der Gesetzesänderung eine andere Absicht verbunden gewesen, so hätte diese eindeutig zum Ausdruck kommen müssen. Ein Anlaß, von der Auffassung abzugehen, besteht nicht. Insbesondere spricht aber auch die Entstehungsgeschichte der neuen Gesetzesvorschrift für die Richtigkeit der Auffassung (vgl. Grieser-Sauerborn, Erl. der NotV. zur Sozialversicherung v. 26. Juli 1930 S. 202 und 203). Der RegEntw. beschränkte sich darauf, das Wort „Krankentage“ der bisherigen Fassung des § 182 Abs. 1 Nr. 2 zweiter Halbs. RWD. durch die Worte „Werktage der Krankheit“ zu ersetzen. Dadurch wäre erreicht worden, daß Sonn- und Feiertage nicht mehr als sog. Karenztage gezählt worden wären. Auf Grund der Verhandlungen im Reichsrat und im RVerf. erhielt die Gesetzesänderung die jetzige Fassung gem. der NotV. v. 26. Juli 1930. Danach wird das Krankengeld vom vierten Tage der Arbeitsunfähigkeit an gewährt. Hiernach muß dem Krankengeldbezug in allen Fällen eine dreitägige Karenzfrist vorausgehen. Eine Beseitigung der Wartezeit durch freiwillige Mehrleistung oder durch Anrechnung von Krankheitstagen ohne Arbeitsunfähigkeit ist nicht mehr möglich (§ 191 RWD.). Auch Grieser-Sauerborn betonen (vgl. a. a. O. S. 203 unten unter b), daß diese Vorschrift kein neues Recht enthält. Es ist also nicht etwa an Stelle der Erkrankung, die den Versicherungsfall auslöst, gesetzlich ein neuer Versicherungsfall, der mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit beginnt, geschaffen worden.

(RVerf., 2. RevSen., Ur. v. 26. Juni 1931, IIa K 90/31²). [R.]

*

3. § 870 RWD. Aufgabe der Spruchbehörden, die über Beschwerden gegen die Festsetzung von Geldstrafen wegen Verstoßes gegen die Unfallverhütungsvorschriften zu entscheiden haben, ist es, die VerGen. in der Durchführung ihrer Pflichten zu unterstützen und nicht durch unbegründete Nachsicht die Durchführung der Unfallverhütungsvorschriften zu erschweren.

Die für die VerGen. ohnehin bestehenden Schwierigkeiten, die Unfallsicherheit in den Betrieben notfalls zwangsweise herbeizuführen, erforderten die Unterstützung durch die Spruchbehörden. Eine ungerechtfertigte Strafherabsetzung durch die Beschw.Just. bewirkt aber das gerade Gegenteil.

(RVerf., BeschlSen., Entsch. v. 22. Mai 1931, I 19/31 S B II, EuM. 30, 125). [3.]

*

4. § 1280 Abs. 1 RWD. Nach dem Übergang der Staatshoheit über den abgetretenen Teil Oberschlesiens auf Polen konnte eine rechtswirksame Quittungskarte von einer Deutschen LVerfAnst. nicht mehr ausgestellt werden. Aus einer solchen Karte laufen daher keine Anwartschaftszeiträume.

(RVerf., 3. RevSen., [KnappschSen.], Ur. v. 30. Okt. 1931, IIIa Kn 1469/30²). [Rg.]

*

5. § 108 KnappschG. Bei Betrieben, für die Tarifverträge abgeschlossen worden sind, sind bei der Ermittlung des Jahresarbeitsverdienstes nicht in allen Fällen die tariflichen Gehingelöhne der Lohnordnung maßgebend. Diese kommen jedenfalls dann nicht in Frage, wenn der Tarif — wie im Ruhegebiet — lediglich Mindestlöhne vorsieht. In einem solchen Falle bedarf es vielmehr stets der Feststellung, welchen Lohn die in Frage kommende Gattung von Arbeitern durchschnittlich tatsächlich erzielt. (Vgl. Entsch. 3083 II, RVerfNachr. 1927, 402; Entsch. 3526, NachrVerf. 1929, IV 350¹).

(RVerf., 3. RevSen. [KnappschSen.], Ur. v. 13. Nov. 1931, IIIa Kn 1225/30²). [Rg.]

*

6. Von einem Unterhalt i. S. der gesetzlichen Vorschriften kann nur dann gesprochen werden, wenn der Empfänger der Leistungen keinen vertraglichen Anspruch auf diese hat, sondern der Unterhalt auf Grund der gesetzlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts an einen Verwandten der aufsteigenden oder absteigenden Linie gewährt wird. Dazu gehören nicht Leistungen eines Versicherten an Angehörige auf Grund vertraglicher Verpflichtungen.

Der Kl. hat gem. § 29 Abs. 3 der Sondervorschr. der Br. er Knappschaf die Gewährung der Familienhilfe für seine erkrankte Mutter beantragt. Dieser Antrag ist von der Bekl. mit der Begründung abgewiesen worden, daß die Mutter von dem Kl. nicht ganz oder überwiegend aus dessen Arbeitsverdienst unterhalten werde. Gegen den Bescheid der Bekl. hatte Kl. Einspruch eingelegt, der vom Geschäftsaussschuß zurückgewiesen worden ist. Alle Instanzen haben den Anspruch abgewiesen, das RVerf. mit folgender Begr.: Der Kl. ist auf Grund eines Kaufvertr. über Grundstücke, die seiner Mutter gehörten, verpflichtet, dieser neben freier Wohnung auch Nahrung, Kleidung, Licht, Brand, Arzt, Apotheke sowie Krankenhausbehandlung zu stellen. Alles was die Mutter also von dem Kl. erhält, bekommt sie nicht auf Grund der Vorschr. des bürgerl. Rechts als Unterstützung von ihrem Sohn, sondern es steht ihr aus eigenem Recht auf Grund des Kaufvertr. zu. Die Sachlage ist nicht anders zu beurteilen, als wenn sie die Grundstücke einem Fremden verkauft und dieser dabei die Verpflichtungen übernommen hätte, die jetzt der Sohn als Käufer zu erfüllen hat. Nicht der Sohn gewährt also der Mutter Unterhalt aus seinem Arbeitseinkommen, sondern diese unterhält sich selbst auf Grund der ihr vertraglich zustehenden und der ihr sonst zustehenden Einnahmen selbst.

(RVerf., 2. RevSen., [KnappschSen.], Ur. v. 22. Okt. 1931, IIIa Kn 508/31²). [Rg.]

*

7. Das Abkommen zwischen der Reichsknappschaf und dem polnischen Knappschafverein (Spółka Braoka) vom 29. Dez. 1925, nach dem die Frist für die Zahlung der Anerkennungsgebühren für in Polen wohnende Mitglieder früherer deutscher Knappschafvereine gehemmt wird, ist weder im KnappschG. noch in der Satzung der Reichsknappschaf begründet, auch bisher nicht als Reichsgesetz verkündet und stellt daher nur eine freiwillige Vereinbarung dar.

(RVerf., 2. RevSen. [KnappschSen.], Ur. v. 12. Nov. 1931, IIIa Kn 216/31²). [Rg.]

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräf. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. GrVermStG. v. 14. Febr. 1923 (GS. 29) u. 28. Febr. 1924 (GS. 119) i. d. Fass. d. AbändG. v. 22. April 1927 (GS. 60). Die durch das AbändG. d. GrVermStG. v. 22. April 1927 für gewisse Grundstücke erfolgte Änderung des Steuerfahes machte zwar für die davon betroffenen Grundstücke eine Neufestsetzung der Steuer in der Form einer neuen Veranlagung (Nachveranlagung) erforderlich, die als solche eine Rechtsmittelbelehrung enthalten mußte. Die Rechtsmittel sind aber auf die Frage der zutreffenden Anwendung des neuen Ges. gegenständlich beschränkt. +)

B. war mit dem ihm gehörenden Gute S. im Wege des Nach

1) ZB. 1930, 496 17.

Zu 1. Die Entsch. entspricht der ständigen Rspr. des OVB.

prüfungsverfahren gem. § 21 Abs. 2 GrVermStG. v. 14. Febr. 1923 (GS. 29) i. d. Fass. des Gef. v. 28. Febr. 1924 (GS. 119) für die Zeit v. 1. Febr. 1924 ab durch Entsch. d. GrundstVerAusSch. vom 15. Juli 1925 unter Einordnung in den Abschn. b des § 2 Abs. 1 a. a. D. zur Grundvermögenst. rechtskräftig veranlagt worden. Infolge der durch das Gef. v. 22. April 1927 (GS. 60) bewirkten Änderung der im § 2 Abs. 1 Buchst. b vorgesehenen Steuerföge ist dem B. von dem Vorsiz. d. GrundstVerAusSch. ein neuer Steuerbescheid mitgeteilt worden. Im Rechtsmittelwege sucht B. eine Herabsetzung des rechtskräftig feststehenden Grundvermögensteuerwertes und die Zerlegung des Steuerobjekts in zwei getrennte wirtschaftl. Einheiten zu erreichen. Einspruch und Berufung waren ohne Erfolg. Auch die RBeschw. wies das DVG. zurück.

Das GrVermStG. v. 14. Febr. 1923 i. d. Fass. d. Gef. vom 28. Febr. 1924 enthält in § 2 Abs. 1 unter Buchst. b für Grundstücke, die dauernd land- oder forstwirtschaftl. oder gärtner. Zwecken zu dienen bestimmt sind, nach Wertstufen gestaffelte Steuerföge, die von monatlich 0,10 % bis 0,25 % für je 1000 M des Wertes stiegen, nahm aber Wirtschaftseinheiten mit einem Gesamtwerte von mehr als 200 000 M hiervon aus und unterwarf sie einheitl. dem höchsten Steuerföge mit 0,25 %. Durch das erwähnte Gef. v. 22. April 1927 ist die Höherbesteuerung der Wirtschaftseinheiten zum Werte von mehr als 200 000 M mit Wirkung v. 1. April 1927 ab in Fortfall gekommen, so daß sie nunmehr, ebenso wie alle anderen nach § 2 Abs. 1 Buchst. b eingestuften Grundstücke, der vorgenannten Staffelung der Steuerföge unterliegen.

Diese für die genannten Wirtschaftseinheiten v. 1. April 1927 eingetretene Steuerermäßigung machte eine Neu festsetzung der Steuer erforderlich. Soweit die bisherige Veranlagung der Wirtschaftseinheit noch nicht rechtskräftig durchgeführt war, konnte der neuen Gesetzeslage im Rechtsmittelwege Rechnung getragen werden. Soweit aber die bisherige Veranlagung bereits rechtskräftig war, bedurfte es einer neuen Veranlagung. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 7 GrVermStG. Denn nach dieser Vorschrift erfolgt die Heranziehung der Steuerföge durch den Steuerzuschuß. Zur Veranlagung gehört aber neben dem in § 7 ausdrücklich erwähnten Beschluß über die Steuerpflicht eines Grundstücks und dessen Einordnung in einen der drei Abschnitte des § 2 Abs. 1 sowie neben der Feststellung des Steuerwertes des Grundstücks begriffsnotwendig auch die Anwendung des in Betracht kommenden Steuerföges und die sich daraus ergebende Errechnung des Steuerbetrags.

Die Veranlagung zur Grundvermögenst. ist grundsätzl. eine einmalige. Mit Rücksicht auf das Wesen dieser Steuer als einer „vorläufigen“ (vgl. die Überschrift des Gef.) ist von periodischer Neuveranlagung abgesehen worden. Da aber eine fortlaufende Steuer unrichtig werden kann, z. B. bei Änderungen des Grundstücksstandes oder der Zweckbestimmung des Grundstücks, so ergibt sich für solche Fälle die Notwendigkeit zu Änderungen in der Veranlagung. Dasselbe gilt — und ist bei einmaliger Veranlagung und fortlaufender Steuer besonders wichtig —, wenn materielle Irrtümer in der Veranlagung aufgedeckt werden. Alle diese Veränderungen in der Veranlagung werden in Anlehnung an § 12 des Gef. nach Veranlagungen genannt. Nach der ständigen Apr. d. DVG. (vgl. Art. v. 20. Mai 1927: R.-u. PrVerwBl. 49, 172; auch bei R. Pape, D. Pr. Hauszins- u. GrundvermStRecht, 1928, S. 150 Nr. 46) kommt der Nachveranlagung grundsätzl. Selbständigkeit zu. Daher ist, wenn sie erst nach Rechtskraft der früheren Veranlagung erfolgt, die Unfechtbarkeit der Nachveranlagung unabhängig von der Rechtskraft der früheren Veranlagung und kann regelmäßig dem Steuerföge das Rechtsmittel gegen die Nachveranlagung nicht

Schon in früheren Entsch. ist die grundsätzliche Selbständigkeit der Nachveranlagung ausgesprochen worden. Diese Selbständigkeit bedingt die Unfechtbarkeit dieser Nachveranlagung ohne Rücksicht auf die bereits eingetretene Rechtskraft der früheren Veranlagung. Deshalb können auch gegen die Nachveranlagung an sich Einwendungen im gleichem Umfange wie gegen die erste Veranlagung erhoben werden. Dem DVG. ist auch darin beizutreten, daß die Änderung der in § 2 Abs. 1 Ziff. b enthaltenen Steuerföge durch Gef. v. 22. April 1927 den ausschließlichen Inhalt und Zweck der Gesetzesbestimmung bildet. Das Gef. beabsichtigte nicht, entgegen der rechtskräftigen ersten Veranlagung in den einschlägigen Fällen nochmals den Rechtsweg mit allen seinen Folgen zu eröffnen. Derartige Schlüsse können aus dem Gef. v. 22. April 1927 in Ermangelung besonderer Regelung nicht gezogen werden. Die dort vorgesehene Neu festsetzung bezieht sich nur auf den Steuerföge, während die Besteuerungsgrundlage unverändert bleibt. In Übereinstimmung mit dieser Auffassung des DVG. befindet sich der Erlaß des preuß. FinMin., der in der Entsch. selbst zitiert ist und der ebenfalls davon ausgeht, daß die Steuerberechnung unbeschadet der durch die Gesetzesänderung erforderl. gewordenen Neuberechnung der Steuer noch auf dem bisherigen, rechtskräftig veranlagten Grundvermögensteuerwert beruht. Eine vollständige Nachveranlagung, die der Beschw. wegen materiellen Irrtums verlangt, kann nur im Verwaltungswege erfolgen. R. A. Dr. Ludwig Krämer, Berlin.

mit dem Hinweis auf die Rechtskraft der früheren Veranlagung beschränkt werden. Dieser aus der inneren Einheit einer jeden Veranlagung sich ergebende Grundsatz müßte auch in Fällen der vorl. Art dazu führen, die Erhebung von Einwendungen gegen die Richtigkeit der Nachveranlagung ohne Einschränkung zuzulassen, so daß insbes. auch die Fragen der Steuerpflicht, der Einordnung und der Bewertung bei der Nachveranlagung und in dem daran anschließenden Rechtsmittelverfahren erneut zu prüfen wären. Dieses Ergebnis wäre aber nicht zu vereinbaren mit dem Umstande, daß das Gef. v. 22. April 1927 lediglich den Zweck hatte, den bisherigen Steuerföge für landwirtschaftl. Grundstücke mit einem Werte von mehr als 200 000 M herabzusetzen. In dieser Steuerermäßigung erschöpfte sich der Zweck des Gesetzes; er ging keineswegs auch dahin, einzelne Grundstückseigentümer auch im übrigen durch die nochmalige Veranlagung und Eröffnung eines Rechtsmittelverfahrens vor allen anderen Grundstückseigentümern, gegen die die Rechtskraft der ersten Veranlagung nach wie vor wirkte, verfahrensröchl. zu begünstigen. Wenn es sich hier auch um eine „Steueränderung“ handelt, und wenn für Steueränderungen die geföhl. Bestimmungen über die frühere Grund- und Gebäudesteuer auf die Grundvermögenst. sinngemäß anzuwenden sind (§ 11 Gef.), so ist doch ein ähnlicher Fall (Gesetzesänderung) dort nicht geregelt. Es können daher die Grundstücke der vorerwähnten Nachveranlagungen, die zwar ebenfalls eine „Steueränderung“ verfahrensröchl. durchzuführen bezwecken, auf Fälle der vorl. Art nicht unbeschränkt angewendet werden. Die vorl. Nachveranlagung, nicht in jenem älteren Rechte wurzelnd und ledigl. veranlaßt durch das mehrerw. Gef. v. 22. April 1927, kann ihre Tragweite nur aus diesem Gesetz empfangen. Diese Tragweite geht dahin, daß in der Form einer neuen Veranlagung (Nachveranlagung) ledigl. ein neuer Steuerföge angewendet und die daraus sich ergebende Steuer neu festgesetzt wird, während es im übrigen bei der Rechtskraft. Veranlagung verbleibt. Daraus ergibt sich, daß die neue Veranlagung, wie jede frühere, zwar eine Rechtsmittelbelehrung enthalten muß (§ 7 Abs. 2 Gef.), daß aber der Rechtsmittelzug auf die Frage der zutreffenden Anwendung des neuen Gesetzes (Wirkungsbeginn, Steuerföge, Zugrundelegung des rechtskräftigen Steuerwertes) beschränkt ist.

Entsprechend dieser Rechtslage hat der FinMin. durch den an die ihm nachgeordneten Behörden gerichteten Runderl. v. 6. April 1927, KV 2/1710 (FinMinBl. 304 ff.) angeordnet, daß die durch die Gesetzesänderung erforderl. gewordene Neuberechnung der Steuer durch neue, als Steuerbescheide bezeichnete Denachrichtigungsschreiben den Steuerföge mitzuteilen sei. In dem dem Erlaße beigegebenen und damit einen Bestandteil desselben bildenden Muster eines solchen Steuerbescheids heißt es zutreffend: „Für die Berechnung der Steuer bleibt der bisherige rechtskräftig veranlagte Grundvermögensteuerwert maßgebend.“ Am Schlusse findet sich die für Steuerbescheide durch § 7 Abs. 2 vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung, die aber im Zusammenhange mit dem hier wörtlich wiedergegebenen Satze dahin zu verstehen ist, daß die Einlegung neuer Rechtsmittel nur wegen der Anwendung der neuen Steuerföge, nicht auch wegen des im übrigen maßgebend bleibenden Teiles der bisherigen rechtskräft. Veranlagung zulässig sein soll. Daß diese Beschränkung aus der Rechtsmittelbelehrung hervorgehen müsse, ist übrigens gesetzlich nicht vorgeschrieben.

Mit Recht hat daher der VerAusSch. die Berufung des Beschw., die sich nicht gegen die Anwendung des neuen Gef., insbes. die zutreffende Anwendung der neuen Steuerföge, sondern gegen den von dem neuen Steuerbescheid unberührt gebliebenen Teil der rechtskräftigen Veranlagung richtet, als unbegründet zurückgewiesen. Der RBeschw. mußte daher der Erfolg versagt bleiben.

Ein Anspruch auf vollständige Nachveranlagung wegen materiellen Irrtums, wie sie der Beschw. zu seinen Gunsten fordert, ist im Rechtsmittelverfahren nicht verfolgbar (vgl. Art. v. 20. Mai 1927; R. Pape a. a. D. S. 153 Nr. 52). Vielmehr ist nur der Verwaltungsweg hierfür gegeben.

(PrDVG., 6. Sen., Entsch. v. 7. Okt. 1930, VI D 574/28.)

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Bayern.

Bayerisches Landesversorgungsgesetz.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

1. Die Dienstzeit in der militärischen Abwicklung kann nicht als ruhegehaltfähige Dienstzeit nach dem Dff-PenG. angerechnet werden, auch nicht zu einer Steigerung der Pension gem. § 8 DffPenG. führen.

(BayLVerfOrgGer., Art. v. 27. Aug. 1931, II MV Nr. 8725/29.)

[A.]

2. Die Rechtsauffassung, daß Versorgungsgelöhne, die nicht besonders anerkannt sind, als aberkannt zu gelten haben (vgl. RVerfG. 8, 256), kann nur auf die Fälle bezogen werden, in denen nach der ganzen Aktenlage anzunehmen ist, daß die Verwaltungsbehörde den fraglichen Anspruch geprüft hat.

(RVerfG., Urt. v. 22. Juni 1931, II MV Nr. 6966/30; Glg. 1931, 46 Ziff. 173.)

Hessen.

Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Rechtsanwalt Horch, Mainz.

3. Trotz § 287 RAbgD. fallen die Kosten eines erfolglosen Rechtsmittels in Landessteuerjahren nicht dem Reich, sondern dem Lande zur Last. †)

Ein Steuerpflichtiger hatte gegen seine Heranziehung zur hess. Gewerbesteuer mit Erfolg Einspruch erhoben. Der VGH. hat die Kosten dem Lande Hessen auferlegt.

§ 287 RAbgD. zwingt nicht dazu, auch bei Landessteuerjahren, die nach § 19 RAbgD. auf Reichsbehörden übertragen sind, dem Reich die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen. Die Materialien zu dem § 19 RAbgD. enthalten zu diesem Punkte nichts; es handelt sich daher um eine Lücke im Gesetz, eine offensibare Auslassung, deren Ausfüllung unter Berücksichtigung der leitenden Gedanken der RAbgD. und aller Interessen der Beteiligten zu geschehen hat (RZf. 4, 48 und 244; 10, 181). Es kann danach nicht eine wörtliche, sondern nur eine analoge Anwendung des § 287 RAbgD. in Betracht kommen. Wenn in § 287 das Reich für kostenpflichtig erklärt wurde, so hat damit der dem Steuerpflichtigen gegenüberstehende Steuergläubiger getroffen werden sollen, und dieser ist in Reichssteuerjahren, auf die die RAbgD. in erster Linie abgestellt ist, das Reich. In den Fall, daß später einmal die Entscheidung in Landessteuerjahren auf das Reich übergehen und durch Reichsbehörden betrieben werden sollte, hat man dabei offensichtlich nicht gedacht. Es würde an jedem ersichtlichen Grunde fehlen, einen Dritten mit den Prozeßkosten zu belasten, der an dem Rechtsstreit nicht beteiligt ist und an seinem Ausgange keinerlei Interesse hat. Ebenso unbegründet wäre es, das Land von den Kosten zu befreien, die es bis zur Übertragung der Zuständigkeit auf die Reichsbehörden selbst zu tragen hatte. Dies kann insbef. nicht daraus gefolgert werden, daß das Reich seine Beamten den Ländern unentgeltlich zur Verfügung gestellt hat, da bei jedem Gerichtsverfahren die Kosten des Behördenapparates streng getrennt sind von den durch Verhandlung der einzelnen Sachen entstehenden Gebühren und Auslagen. Auch der Umstand, daß die Reichsfinanzbehörden die Landessteuern selbständig unter eigener Verantwortung bearbeiten und den Ländern ein Einfluß auf die Entscheidung nicht mehr zusteht, kann nicht zur Überlegung der Kosten auf das Reich führen. Man hat zur Begründung dieser Ansicht das Reich als Steuergläubiger des Verfahrensrechts, die Länder als Steuergläubiger des Steuer schuld rechts bezeichnet. Eine derartige Unterscheidung ist abzulehnen. Es gibt noch eine Reihe weiterer Fälle im Rechtsleben, in denen dem eigentlichen Gläubiger jeder Einfluß auf das Prozeßverfahren entzogen ist, so z. B. Minderjährige und Entmündigte, die durch den Vormund oder Pfleger, Erben, die durch den Testamentsvollstrecker vertreten werden. Dabei ist niemals der Gedanke laut geworden, daß diese Vertreter Verfahrensgläubiger seien und deshalb zur Kostentragung verurteilt werden könnten.

Der RZf. hat denn auch (RZf. 16, 292) festgestellt, daß

Zu 3. Der Entsch. ist beizutreten. Ihre in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Rspr. befindl. Auslegung der lückenhaften einschlägigen Bestimmungen der RAbgD. wirkt insbes. durch den zutreffenden Hinweis auf die Analogie bei Prozessen des Testamentsvollstreckers einleuchtend. Übrigens wird die hier streitige Frage bald ihre Bedeutung verloren haben, da die ab 1. April 1932 gültigen Bestimmungen der RAbgD. in ihrer neuen Fassung v. 22. Mai 1931 (RWB. I Nr. 20), so insbes. die §§ 18—20, die Kostentragungspflicht in durch das Reich vertretenen Landessteuerjahren im einzelnen regeln. Dementsprechend bestimmt denn auch der den § 287 ablösende § 309: „Kosten, die weder dem Steuerpflichtigen, noch einem Lande, einer Gemeinde oder einem selbständigen Gutsbezirke zur Last fallen, hat das Reich zu tragen.“

RA. Dr. Lucas, Düsseldorf.

auch dort, wo nach § 19 RAbgD. die Verwaltung der Landesabgaben den Reichsbehörden übertragen ist, die Länder die Steuergläubiger bleiben, und diese haben beim Obliegen des Steuerpflichtigen unter analoger Anwendung des § 287 RAbgD. die Kosten zu tragen (vgl. auch RZf.: RStM. 1929, 577; Becker, RAbgD., 6. Aufl., § 288 Anm. 3; SächsVGH.: RStM. 1928, 297; HessVGH. v. 8. Febr. 1930 zu Nr. VGH 32/1929; anderer Ansicht, aber nicht mit überzeugender Begründung das RVerfG. Mecklenburg-Schwerin v. 29. Mai 1929, S 182/28; JW. 1929, 2481 [Reinhold] miderlegt diese Entsch. in der Fußnote JW. daselbst) und FinGer. Darmstadt v. 28. Mai 1930, 168/29).

(HessVGH., Urt. v. 5. Juli 1930, Nr. VGH 10/30.)

D. Ausländische Gerichte.

Schweiz.

Schweizer Bundesgericht.

1. Barzahlungsverprechen bedeutet Aufrechnungserzicht, wenn Gläubiger vor dem Konkurse steht. †)

B., der dem R. 15 000 Fr. schuldet und — wie auch R. mußte — vor dem Konkurse stand, verkaufte dem R. für 4000 Fr. Zucker „paiement comptant net“. Der Konkursverwalter des B. klagte später die 4000 Fr. ein. Der Aufrechnungseinwand des B. wurde zurückgewiesen. Nach Art. 126 OblR. kann Schuldner auf die Aufrechnung im voraus verzichten und zwar auch stillschweigend (Becker, OblR. zu Art. 126; v. Tuhr, OblR. 591). Die Bestimmung des früheren OblR. (Art. 139), wonach ein solcher Verzicht ohne weiteres dann anzunehmen sei, wenn Schuldner, im Bewußtsein, eine Gegenforderung zu besitzen, Barzahlung verpricht, ist nun zwar im revid. OblR. gestrichen. Das bedeutet aber nur, daß nunmehr die Frage des Verzichts diesfalls von Fall zu Fall zu prüfen ist (BundG., Praxis 1916 Nr. 62; v. Tuhr a. a. O.). Vorliegend mußte R., daß B. mehr als 1 Mill. Fr. Passiven hatte und daß im Konkurs nur eine lächerlich geringe Dividende zu gewärtigen stand. Vermöge der Aufrechnung hätte ihm also B., wie R. mußte, vor den übrigen Konkursgläubigern einen ungerechtfertigten Sondervorteil verschafft (V. aurait commis un acte que la loyauté en affaires lui interdit). Bei dieser besonderen Sachlage mußte R. die Klausel „netto Kasse“ loyalerweise dahin auffassen, daß sie diese Bevorzugung ausschließen sollte. Sein Einverständnis mit der Klausel bedeutete daher einen stillschweigenden Aufrechnungserzicht. (SchweizBundG., I. ZivAbt., Urt. v. 23. Sept. 1931, Pr 1931 Nr. 180.)

Zu 1. Die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners ist eine fac. alt. deb., d. h. das Recht, den Gläubiger auch wider dessen Willen durch eine datio in solutum (Befreiung von dessen Gegen schuld) zu befriedigen. Auf diese Befugnis kann Schuldner verzichten (§ 391 BGB.; vgl. Reichel: ArchZivPr. 125, 182). Ob Barzahlungsverprechen einen stillschweigenden Verzicht bedeute, ist Tatfrage (ebenda 183), im Zweifel aber wohl zu verneinen, da Verzicht nicht vermutet werden. Dies gilt auch von der Klausel: „netto Kasse“, „netto Kasse gegen Faktura“. Denn diese bedeutet handelsbräuchlich nur, Schuldner habe sofort (ohne Ziel), voll (ohne Skontoabzug) und in Geld (nicht in Wechseln usw.) zu zahlen; seiner Aufrechnungsbefugnis dagegen wird damit in Zweifel nicht präjudiziert. Die Feststellung eines Verzichts bedarf somit in jedem Einzelfalle besonderer Begründung. Diese ist im Textfalle beigebracht. Sie scheint mir auch stichhaltig. Alle Rechtsgeschäfte sind nach Treu und Glauben auszuulegen (Art. 2 BGB.). Läßt also eine Abmachung zwei Auslegungen zu, von denen die eine das Geschäft als loyal, die andere es als illoyal erscheinen läßt, so ist die erstere zu bevorzugen. Nun sind Geschäfte, die auf unlautere Benachteiligung Dritter abzielen, gewiß illoyal. Illoyal daher namentlich solche Geschäfte des späteren Gemeinschuldners, die den Tatbestand der Begünstigungs- oder Konkurspauliana (§ 30 RD.) erfüllen. Das Kaufgeschäft B. wäre von dieser Art gewesen, wenn R. hätte aufrechnen können (RG. 26, 85; RG.: JW. 1895, 82). Daher war vorl. die Barzahlungsklausel, die als Aufrechnungserzicht immerhin gedeutet werden kann, als ein solcher aufzufassen. Ja, man darf die Frage aufwerfen, ob nicht ebenso wäre zu entscheiden gewesen, wenn die Klausel unterblieben wäre. Der Satz quivis praesumitur bonus gilt nicht zuletzt für die Auslegung der Rechtsgeschäfte.

Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.