

Juristische Wochenschrift

Zeitschrift des Deutschen Anwaltvereins

im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

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

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

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

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

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

Die Stellung des Anwalts sowie der freien Berufe im Staat.

Von Rechtsanwalt Dr. Erwin Noack, Halle a. d. S., II. Präsident der Reichsrechtsanwaltskammer.

Ordentliches Mitglied der Akademie für Deutsches Recht.

Mit der Übernahme der politischen Macht durch die nationalsozialistische Revolution ist der Weg frei geworden zum Aufbau des Staates nach den Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung. Diese Weltanschauung, die sich — nach den Worten des Führers auf dem Nürnberger Parteitag — zu einer heroischen Lehre der Wertung des Blutes, der Rasse und der Persönlichkeit, sowie der ewigen Auslesegehalte bekennt, führt zwangsläufig zu einer Neuorientierung auf fast sämtlichen Gebieten des völkischen Lebens. So, wie zur Aufrechterhaltung jeder menschlichen Gesellschaft gewisse Prinzipien vertreten werden müssen, ohne Rücksicht darauf, ob alle Einzelnen sich damit einverstanden erklären, so muß auch das kulturelle Bild eines Volkes geformt werden nach seinen besten Bestandteilen und nach den dank ihrer Art einzig dazu geborenen Trägern der Kultur.

Es ist daher angesichts dieser leitenden Gedanken notwendig, sich Klarheit darüber zu verschaffen, welche Stellung die für die Kultur eines Volkes unentbehrlichen freien Berufe, insbes. der freie Beruf des Rechtsanwalts, im nationalsozialistischen Volksstaat einzunehmen haben.

Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, bedarf es zunächst einer grundsätzlichen Behandlung der Betrachtungsweise des Staates und der in ihm wirkenden freien Berufe als wesentliche Träger dieses Ständestaates.

Der Staat ist die organische Zusammensetzung der deutschen Volksgenossen innerhalb des deutschen Staatsgebietes zum Zwecke der Erhaltung und Förderung ihrer ererbten Kulturgüter. Aus der in dieser Definition enthaltenen Zweckbestimmung des Staates ergibt sich notwendigerweise die nationalsozialistische Auffassung, daß der Staat nicht als ein Lebewesen zu betrachten ist, das um seiner selbst willen besteht, sondern daß der Staat dem Volk gegenüber als das Sekundäre betrachtet werden muß. Der Staat ist eine Organisation, die nicht um ihrer selbst willen da ist, sondern die den Zweck hat, ein in einem bestimmten Gebiet lebendes Volk gleichen Blutes und gleicher Tradition in seinem rassenmäßigen Bestand und in seinen Kulturgütern zu erhalten und zu fördern. Faßt man aber den Staat demgemäß nicht als individuelles Wesen, sondern als eine zweckmäßige Organisation zur Erhaltung und Förderung des einzelnen Volksgenossen sowie der Gesamtheit der blutsmäßig verbundenen Volksgenossen auf, so ergibt sich daraus, daß die Träger dieses Staates, nach nationalsozialistischer Weltanschauung die Stände, auch nur vornehmlich diesen Zwecke dienen dürfen und in diesem Sinne aufgebaut werden müssen.

So auch die freien Berufe, die als wesentliche Faktoren des Ständestaates, bevorzugt, betraut mit der Erhaltung

und Förderung des Kulturgutes, besonderer Arbeit und Pflege bedürfen.

Was sind nun die sogenannten freien Berufe?

Der „Begriff“ des „freien Berufes“ ist zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern nicht derselbe gewesen. Der Wandel ist einer der Gründe dafür, daß der Begriff der freien Berufe heute nicht eindeutig bestimmbar und umstritten ist. Ursprünglich — bei den Römern — „des freien Mannes würdige Beschäftigung“, entstand im Mittelalter das Wort der „freien Künste“ oder „freien Berufe“ als Abgrenzung eines Wissensstoffes, später als Abgrenzung der durch die eigenartige Vorbildung bestimmten Berufe, so daß sich der Kreis der — akademisch Gebildeten — mit den Angehörigen der freien Berufe ziemlich weit deckte. Bei zunehmender Arbeitsteilung, fortschreitender wirtschaftlicher Entwicklung und Verbreiterung des Bildungswesens ist jedoch die akademische Vorbildung keineswegs mehr Kennzeichen gerade der freien Berufe, wie andererseits auch Künstler ohne akademische Vorbildung typische Vertreter der freien Berufe sind. Negativ ist jedoch festzustellen, daß zu den freien Berufen nicht zählen, die Beamten, die Gewerbetreibenden und die Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnlichen Personen. Positiv ist als gemeinsames Merkmal aufgestellt worden: „Der dem freien Beruf zugehörige Arbeiter, der seinen Unterhalt erwirbt durch eigenbestimmte Arbeit im Dienste wechselnder Auftraggeber, und dessen Erwerbstreben gebunden ist durch eine höhere ethische, vom Allgemeinwohl geforderte Berufsanschauung.“ Es kommt danach an auf eigenbestimmte geistige Qualitätsarbeit, also nicht abhängige Arbeit, die offenbar zum Ziele hat, die Erstellung von Kulturgütern. Sie wird geleistet nicht des Erwerbes wegen, sondern um ihrer selbst willen. Daraus ergibt sich die höhere ethische Berufsauffassung, in der Richtung der Bindung des Erwerbstriebes.

bleiben wir zur Charakterisierung bei dem uns am nächsten liegenden Beispiel des deutschen Rechtsanwalts als einem maßgeblichen Organ der deutschen Rechtspflege.

Der „homo ethicus“, nicht der „homo oeconomicus“ ist Organ der Rechtspflege, Kulturorgan, Produzent von überindividuellem Gemeinschaftsgut. Diese Erfahrung ist den Anwälten, die die schwierigen Daseinsprobleme des Homo ethicus und die Versuche, diese zu lösen, in der Praxis alltäglich erleben, lebendige Gewißheit.

Im individualistisch-liberalistischen Zeitalter war der Anwaltsberuf einer der in privatrechtlicher Richtung selbständigen, in öffentlich-rechtlicher Richtung privilegierten Dienstberufe, deren Angehörige die Rechtswissenschaft im Dienste

anderer für deren individuellen Zweck anwenden und dadurch den Erwerb des Lebensunterhaltes und den Erwerb von Geld betreiben. So lautet die Definition des in individualistisch-liberalistischer Betrachtungsweise aufgebauten Werkes des Düsseldorf'schen Rechtsanwaltes Caspar Anraths über das Wesen der sogenannten freien wissenschaftlichen Berufe. Nach dieser Auffassung dient also die Ausübung der Rechtsanwaltschaft — und das gilt entsprechend in gleicher Weise für jeden anderen freien Beruf — in erster Linie dem eigenen Erwerbsinteresse, dann dem Interesse des Dienstbestellers und schließlich den Aufgaben des Rechts und der Rechtsordnung und zwar in der hier ausgesprochenen Rangordnung.

Es bedarf keiner Bemerkung, daß für diese Auffassung im Dritten Reich kein Raum mehr ist, in dem als oberstes Berufsethos der nationalsozialistische Grundsatz zu stehen hat:

„Gemeinwohl geht vor Eigennutz.“

Dieser Grundsatz bedingt gerade die entgegengesetzte Reihenfolge, die den Berufszweck in der Pflege des Rechtes zum Wohle der Gesamtheit unter berechtigter Berücksichtigung der Interessen des Dienstbestellers in dem dadurch gegebenen Rahmen sieht, und als letztes erst den Erwerbszweck kennt unter dem Gesichtspunkt der Sicherstellung der Lebensbedürfnisse der Angehörigen der freien Berufe, um ihnen ihre hohen Aufgaben zu ermöglichen.

Aus welchen Erwägungen heraus auch jemand zu oem Berufe des Arztes, Rechtsanwaltes, Schriftstellers gekommen sein mag, sobald er Angehöriger dieses Berufes ist, soll er dem Beruf leben und erst dadurch dazu kommen, auch von ihm zu leben.

Das erst ist das wahre Berufsethos des freien Berufes.

Soll aber diese Kennzeichnung des Berufsethos eine Forderung sein, so ist für den nationalsozialistischen Staat ihr wesentliches Merkmal das der freiwilligen Unterordnung des Schaffens unter die Erfordernisse des gemeinen Wohls.

Daß die Arbeit des freien geistigen Qualitätsarbeiters um ihrer selbst willen geschieht, jedenfalls vorzugsweise um ihrer selbst willen, daß das Erwerbstreben durch das Berufsethos gebunden ist, das allein macht ihre Freiheit noch nicht aus. Denn diese Bildung ergibt sich einesteils aus der Natur der Sache — dem Schaffen aus innerem Drang —, andererseits ist die freiwillige Unterwerfung unter diese Bildung noch keine rechte Freiheit. Diese ist erst vorhanden, wenn das Schaffen sich unterordnet unter die Belange der Volksgemeinschaft, wenn der freie geistige Arbeiter arbeitet zur Förderung des gemeinen Wohls, nicht seiner beliebigen Bestimmung gemäß. Sonst wäre die Freiheit eine Erscheinungsform des Liberalismus, weil es dann ein Schaffen von Kulturgütern — vermeintlichen — ohne Rücksicht auf den Staat und seine Belange wäre. Denn Kultur ist Kultur eines bestimmten Volkes und Ausdruck seiner Seele. Solange der Staat nicht eine einzige Volksgemeinschaft war, solange verschiedene sich bekämpfende Weltanschauungen eine einheitliche und entsprechende Ausdrucksform verhinderten, solange konnten die freien Berufe ihren höchsten Aufgaben nicht genügen. Sie waren mit einbezogen in den Kampf aller gegen alle.

Aus den Erfahrungen ergeben sich die typischen Erscheinungsformen des freien Berufes: der Künstler, der Schriftsteller, der Gelehrte, der Architekt, der Arzt, der Rechtsanwalt. Es handelt sich zum Teil um greifbare Güter, die durch ihre Tätigkeit geschaffen werden — das Bild, das Tonwerk, das Buch, das Gebäude —, teils um Dienstleistungen — die Tätigkeit des Arztes und des Rechtsanwaltes.

Es ist einleuchtend, daß alles Schaffen dieser geistigen Arbeiter nur einen Sinn hat, wenn es der Volksgemeinschaft förderlich ist, wenn es also entspricht den kulturellen Bedürfnissen dieser Volksgemeinschaft. Diese Bedürfnisse werden im nationalsozialistischen Staat bestimmt von den Trägern der nationalsozialistischen Weltanschauung. Das deutsche Volk will diese Weltanschauung, hat sie anerkannt und formt sich nach ihr. Folglich müssen auch alle Kulturgüter entsprechend gerichtet werden. Der Künstler, der die Seele dieses einen Volkes nicht empfindet, der Schriftsteller und der

Gelehrte, die nicht ihre Regungen vernehmen, der Architekt, der sie nicht begreift, der Arzt, der sich wider sie versündigt, der Anwalt, der ihre Willensäußerungen nicht in sich aufnimmt und vertritt, sie haben keinen Platz in dieser Volksgemeinschaft.

Es entsprach der liberalistisch-demokratischen Haltung, daß der Wissenschaftsbetrieb, die Ausübung der Heilkunde, die Tätigkeit der Rechtsanwälte, die Ausübung der freien Künste ohne Rücksicht darauf staatlich zugelassen wurde, ob sie das Gemeinwohl förderten oder nicht. Dieser Zustand ergab sich zwangsläufig aus dem System. Im heutigen Staat ist ein Lehrstuhl zur Vorbildung der Jugend im jüdisch-marxistischen Sinne und zur Produktion entsprechender Erzeugnisse nicht mehr möglich. Ein Kunstwerk, das demselben Geiste seine Entstehung verdankt, würde keine Abnehmer finden, seine Verbreitung vom Staate verhindert werden. Das gilt von allen wissenschaftlichen, schriftstellerischen und künstlerischen Erzeugnissen beim beruflichen Arbeiter. Denn soweit die Leistung der frei beruflich Schaffenden eine marktfähige Gestalt angenommen hat, genügt zur Abwehr dieses Erzeugnisses die ablehnende Haltung der Nachfrage, unter Umständen der Boykott, gegebenenfalls durch staatliche Kundmachung eingeleitet oder gefördert. Man erinnere sich der symbolischen Bücherverbrennung als propagandistisch einleitende Handlung.

Diese nachträgliche Unschädlichmachung würde aber nur imstande sein, die Anstetzung und Vergiftung zu verhindern, die ausgeht von marktgängigen Erzeugnissen freier beruflicher Arbeit. Soweit diese in Leistungen von Diensten besteht: man denke an das Kolleg des Hochschullehrers, die Tätigkeit des Arztes und des Rechtsanwaltes, können nur vorbeugende Maßnahmen helfen. Denn solche Art Dienste sind nicht beliebig erhältlich, soweit sie entweder grundsätzlich oder ausnahmslos eben dem bestimmten freien Berufe vorbehalten sind. So muß der Volksgenosse die Hilfe des Arztes in Anspruch nehmen, der Studierende muß das Kolleg besuchen, wer vor dem Landgericht einen Prozeß führen will, muß sich des Beistandes eines Rechtsanwaltes bedienen. Handelt es sich also um Monopolstellung oder monopolartige Stellung eines freien Berufes, dessen Aufgabe die Leistung von Diensten ist, so gehört zur Aufgabe des totalen Staates die vorsorgliche Verhinderung von Tätigkeiten, die dem Volksganzen schädlich sind.

Diese Aufgabe ist von größter Bedeutung und gleichermaßen schwierig. Sie ist deshalb von größter Bedeutung, weil im nationalsozialistischen Staat entsprechend der Wertung der Persönlichkeit und ihrer Leistung die frei berufliche Arbeit unentbehrliches Mittel zur Herstellung von Kulturgütern ist, sofern sie dem gemeinen Wohl des Volkes dient und mit den Grundfäden seiner einheitlichen Weltanschauung übereinstimmt. Die Verbeamtung der freien Berufe würde einen wesentlichen Antrieb beseitigen, nämlich die eigene Bestimmung des Schaffens aus innerem Drang unter der nach dem Berufsethos als notwendig erkannten, von mir schon behandelten Vernachlässigung oder sogar Außerachtlassung des Erwerbszweckes. Das aber ist Voraussetzung aller ganz großen kulturellen Leistungen.

Entscheidend ist also das Ziel: die geistige und körperliche Kultur der Volksgemeinschaft zu fördern, und zur Erreichung dieses Ziels — als angemessenes Mittel — sich der freien Arbeit wertvoller geeigneter Persönlichkeiten zu bedienen. — Das Ziel kann nicht ausschließlich durch die Tätigkeit staatlicher oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Beamter erreicht werden, weil sie im Dienste einer Behörde schaffen, also im wesentlichen nicht eigene, sondern fremdbestimmte Arbeit leisten. Soweit andererseits Kulturgüter in gewerblicher Arbeit von Unternehmern gegen Entgelt auf Grund von Kalkulationen hergestellt werden, zum Umsatz im Tauschverkehr, als Leistung gegen Leistung, als Ware gegen Preis, insoweit bestimmt die Nachfrage am Markte nach solchen Gütern das Angebot. Jedoch ist der Kreis solcher gewerblicher Kulturgüter naturgemäß begrenzt. Denn zur gewerbmäßigen Herstellung und zum Vertrieb am Markte eignen sich nur Kulturgüter mehr technischer Art, man denke an das Radio, das Automobil, die Erzeugnisse des Wohnbedarfes, des Kunsthandwerkes usw. Die Übergänge

sind natürlich flüchtig. Denn infolge der durch die technischen Fortschritte bewirkten Arbeitsteilung werden viele geistige Arbeiter in abhängiger Arbeit von gewerblichen Unternehmern beschäftigt, die sonst im freien Beruf tätig sein würden. Doch ist ihre Arbeit nicht mehr eigenbestimmt.

Zu den typischen Kulturgütern, die den freien Berufen vorzubehalten sind, gehört die geistige Qualitätsarbeit, zu deren Ausübung nicht die Maschine und die Bereitstellung gewerblicher Produktionsmittel Erfordernis ist. Diese Arbeit soll dem Körper, dem Geist und der Seele des Volksgenossen dienen, der Pflege seiner Persönlichkeit und damit seinem Rechtsschutz. Ein Beamtenapparat wäre zur Leistung dieser differentiellen Arbeiten zu schwerfällig sachlich, zeitlich, örtlich zu gebunden, nicht anpassungsfähig, instinkticher und findig, nicht schöpferisch genug, die Ausübung andererseits durch gewerbliche Unternehmer zu einseitig nach dem materiellen Eigennutz orientiert (was die Arbeit kostet und was sie einbringt), man denke an die Auswüchse auf dem Gebiet der gewerblichen Herstellung von Kunsttisch, von Schund- und werbmäßigen Herstellung von Kunsttisch, von Schund- und Schmuckliteratur, von gesundheitschädlichen oder unnützen Heilmitteln, von unhygienischen Wohnungen u. dgl. m.

Zur Förderung der obenerwähnten Belange der Volksgenossen und der Volksgesamtheit, mit anderen Worten, zur Pflege der Volkskultur, bedarf also der Staat der Tätigkeit der freien Berufe.

Ist die Kultur eines Volkes der Ausdruck seines wertvollen Kernes, der Rasse, der Art, so hat folglich der Staat Vorsorge zu treffen, daß, wie bei den Trägern seiner öffentlich-rechtlichen Funktionen, auch bei den freien Berufen nur solche Persönlichkeiten Eingang finden, die eben diese Rasse und Art verkörpern. Denn die geistige Qualitätsarbeit ist der Ausdruck der Persönlichkeit. Wie der Seelforger die Seele seiner Gemeinde verstehen muß, so der frei beruflich Schaffende die seines Volkes.

Diese einfachen Wahrheiten hat der verflossene Staat nicht gesehen, konnte sie naturgemäß nicht sehen. Der freie Beruf stand jedem offen, der den vorgeschriebenen Bildungsgang ablegte und die Examina bestand, sich also den für nötig gehaltenen Wissensstoff angeeignet hatte. Soweit der Beruf, wie beim Anwalt als Stand organisiert und mit öffentlich-rechtlichen Funktionen nach innen: der Standesgerichtsbarkeit, ausgestattet war, konnte er gegenüber seinen Mitgliedern nur polizeimäßig wirken. Nach außen spielte der Stand überhaupt keine Rolle. Die Vereinigung seiner Kammervorstände war ein privater Verein, Parlament und Regierung nahmen keine Notiz von ihm.

Der Deutsche Anwaltverein verhielt sich politisch neutral. Sein Haupttätigkeitsfeld blieb die Herausgabe der „Juristischen Wochenschrift“. Seine gelegentlichen Resolutionen waren kraftlos und verhallten ohne Wirkung, aber nicht im Geiste eines echten Standes, des berufenen Organs der Rechtspflege des Staates. Im nationalsozialistischen Staat hat der Stand der Anwälte — und von ihnen soll als den typischen Vertretern der freien Berufe hier im besonderen die Rede sein — eine ganz andere Bedeutung.

Während die liberalistisch-marxistisch eingestellte frühere Zeit auf dem Standpunkt steht, daß es keine Ehre des Anwaltsstandes, sondern lediglich eine Berufsehre gibt, steht der nationalsozialistische Staat auf dem Standpunkt, daß die freien Berufe nicht Berufe im gewöhnlichen Sinne sind, sondern daß die freien Berufe einen Stand bilden, der als Stand auch eine besondere, nämlich seine Standesehre besitzt. Maßgebend für diese Einstellung des nationalsozialistischen Staates ist die Auffassung, daß nicht das Einzelindividuum der ausschlaggebende Faktor in der Volksgemeinschaft ist, sondern daß Personen der gleichen Vorbildung und der gleichen Rasse innerhalb der Volksgesamtheiten einen besonderen Stand bilden und als Stand besondere Aufgaben in der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft zu erfüllen haben. Diese besonderen Aufgaben, die einem Stande durch die Volksgesamtheit gestellt werden, lassen sich aber nur dann erfüllen, wenn dieser Stand auf Grund seiner besonderen Einstellung zum Volksganzen straff organisiert und straff diszipliniert ist. In einem Berufe, der lediglich dem Erwerb dient, läßt sich,

da die Interessen des Einzelindividuums den Interessen der Berufsgruppe des öfteren entgegenstehen, eine derartige Zusammenfassung nicht erreichen. Grundgedanke des nationalsozialistischen Anwaltsstandes ist aber die Auffassung, daß der Anwalt in seiner Eigenschaft als Organ der Rechtspflege sich niemals allein von dem Erwerbsgedanken leiten lassen darf, sondern daß sein höchstes Ziel seine Tätigkeit innerhalb der ihm durch seinen Stand gezogenen Pflichten als Mitglied der Volksgemeinschaft zum Besten seiner Volksgenossen auszuführen hat. Hieraus ergibt sich auch, daß der Anwaltsstand, der ja auch in öffentlich-rechtlicher Beziehung eine besondere Stellung innerhalb des Staatsganzen einnimmt, eine eigene Standesehre besitzen muß und besitzt. Gerade dadurch, daß dem Anwaltsstand besonders schwierige Aufgaben im Volksganzen gestellt sind, muß der Staat und für den Staat die Gesamtheit des Standes darüber wachen, daß diese Aufgaben im Sinne der Regierung, d. h. im nationalsozialistischen Sinne, im Sinne des Volkes durch die einzelnen Vertreter des Standes erfüllt werden. Hierin liegt nicht etwa eine Bevorzugung des Anwaltsstandes gegenüber den anderen Volksgenossen, sondern hierin liegt die besondere innere Verbindung des Anwaltsstandes mit dem Staate und damit mit dem Volksganzen.

Als Organ der Rechtspflege hat der Stand der Rechtsanwälte die Aufgabe, daß der neuen Volksgemeinschaft angemessene Recht mit zu finden, zu gestalten und das Volksrecht zu verwirklichen im Sinne des nationalen Sozialismus. Seine Mitglieder hat er im Geiste dieses Sozialismus zu erziehen, nicht nur zu bevormunden. Die fehlende Zentrale wurde geschaffen durch die Gründung der Reichsanwaltskammer. Sie ist dabei, einen neuen Entwurf der Rechtsanwaltsordnung vorzulegen, der der veränderten Gestaltung der Dinge durch die Bewegung Rechnung trägt.

Da der Anwaltsstand nur ein Teil des Juristenstandes ist, der Staat aber eine einheitliche Rechtsfront braucht zur Zusammenfassung und Erziehung aller an der Rechtsentwicklung und Rechtsverwirklichung Tätigen, so ist der einzelne Anwalt neben dem Richter, dem Rechtslehrer, dem Verwaltungsbeamten, Volkswirt als Rechtspfleger berufen, Mitglied der einheitlichen Rechtsfront zu sein, ebenso wie der Deutsche Anwaltverein sich eingegliedert hat. Diese Rechtsfront unter dem Namen „Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen“ hat die Aufgabe der gemeinschaftlichen Schulung und Erziehung der beruflich mit der Anwendung des deutschen Rechts Befassten im nationalsozialistischen Gedankengut, der Gemeinschaftsarbeit an der Gestaltung des neuen Volksrechtes und der Verwirklichung des sozialen Gedankens der Verbundenheit aller Volksgenossen in dem einheitlichen Streben nach Wiederaufrichtung der deutschen Nation. Hier ist alles noch im Anfang. Es gibt noch bedeutende Aufgaben zu lösen hinsichtlich der Organisation, Funktion, Verbindung mit dem Rechtssetzungsorgan usw.

Diese Zusammenfassung aller juristischen Kräfte ohne Unterschied, ob freier Beruf oder Beamter, die Art ihrer Ausnutzung, wird geeignet sein, in Verbindung mit der allmählichen Erneuerung des Rechts und seiner Gestaltung zum wahren Volksrecht, das Vertrauen der Volksgenossen, insbesondere zum Anwalt, als seinen gegebenen Berater, Betreuer und Kämpfer wieder herzustellen.

Da der Blick des Staatsmannes in die Zukunft gerichtet ist, so stehen ihm noch weitere schwere Aufgaben bevor, wenn man den Anwaltsstand betrachtet, nicht weniger auch den Anwalt selbst, da der Staat nicht für ihn allein da ist. Charakteristisch ist seine Überfüllung, wie auch beim Arztstand. Was beim abhängigen Arbeiter als Arbeitslosigkeit in Erscheinung tritt, das bedeutet bei dem freien Beruf die Überfüllung. Die Folge ist ein völlig unzureichendes Berufseinkommen vieler. Nicht aber soll hier über die Tatsache der materiellen Notlage der Anwaltschaft und die Ursachen dieser Notlage gesprochen werden. Alle Realpolitik, die diesen Namen verdient, muß, wenn sie fruchtbar sein soll, auf der Grundlage einer klar durchdachten Idee aufgebaut sein. Ist dies nicht der Fall, so verfällt jede Politik, wie wir es ja erlebt haben, einem Bon-der-Hand-in-den-Mund-Leben, einer

Abhängigkeit von den Zufälligkeiten des Tages. Es muß eine Idee da sein, die die Richtung des Weges bestimmt. Die materielle Not des Anwaltstandes war und ist nicht die Not, mit der der Anwaltstand zu kämpfen hatte, das einzige Leiden war das Nichtvorhandensein des Ideals. Der Gegensatz zwischen der materiellen Not und der Verwirklichung des Ideals ist nichts weiter als der schon von Kant gebauertlich herausgearbeitete Gegensatz zwischen der empirischen Wirklichkeit, die Gegenstand der Beurteilung und der Fortbildung ist, und der Idee, die den Maßstab der Beurteilung und die Anweisung zur Fortbildung gibt. Der deutschen Anwaltschaft ist zu sagen, daß sie Stand werde. Die Gemeinsamkeit derselben beruhte höchstens in dem Bewußtsein der gleichartigen Funktion und Stellung, nicht aber in dem, worin sie eigentlich bestehen sollte, in der Gemeinschaft des Gefühls, das Recht des eigenen Volkes zu vertreten und weiter zu bilden. Nicht Kläger, Beklagter und Geschäftsmann soll der Anwalt sein, sondern Träger der Rechtsbildung seines Volkes, in der Mitte des Rechtslebens, des Ganzen stehend. Es ist aber so gewesen, daß die Idee vor der Wirklichkeit kapituliert. Dies ist aber heute nicht mehr möglich, wo der Stand wieder seine ideale Zielsetzung durch die nationalsozialistische Weltanschauung erhalten hat. Eine rein um Geldes willen erzeugte Leistung ist minderwertig im Sinne unseres Nationalsozialismus. Die Idealität ist mehr als bloße Phrase. Das Produkt der Leistung ist abhängig von der Idee, und nur der Volksgenosse, der so arbeitet, wird das Vertrauen des Volkes genießen. Aber gleich wie das Berufsziel, dem der einzelne Berufsträger zustreben soll, so sind auch die Wege dorthin wirtschaftsgesetzlich bedingt. Die ideale Arbeit muß leider zugleich dem materiellen Erwerb des Idealarbeitenden dienen. Er erhält als Entgelt seiner idealen Arbeit materielle Leistung, die wieder materielle Voraussetzung seiner ideellen Arbeit ist. Hier haben wir das Problem des Zwiespalt zwischen Idee und Wirklichkeit, Sein und Sollen. Die notwendige Verknüpfung mit der Sachgüterwelt darf aber niemals zur Abhängigkeit von der letzteren führen. Es bestand aber die Gefahr, daß eine große Anzahl ihre Aufgabe, Kulturwerte zu schaffen, durch Dienstleistungen nicht mehr oder nur unzureichend zu erfüllen vermögen, weil die Nachfrage zu gering ist. Diese Gefahr besteht heute nicht mehr in dem Maße, da durch die neue ethische Auffassung auch wieder das Volkstrauen kommen wird und damit Steigerung der Nachfrage. Nicht ist aber dem Zwiespalt, soweit er überhaupt vom alten System erkannt wurde, beizukommen mit den Mitteln, wie sie in der vergangenen Epoche gefordert wurden. Als Allheilmittel haben völlig auszuschreiben auf der Einkommenseite die Erhöhung der Gebühren, auf der Seite des Nachwuchses der numerus clausus.

Eine Erhöhung der Gebühren ist bei der jetzigen sozialen Lage der Bevölkerung nicht möglich. Es würden dadurch weitere Volksgenossen davon abgehalten werden, sich der Hilfe des Anwalts zu bedienen, während doch gerade umgekehrt das Bestreben des Staates dahin gehen muß, die Nachfrage nach freiberuflicher Anwaltsarbeit zu verbreitern. Dies könnte durch Herabsetzung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit erreicht werden. Mit der Beseitigung der Gründe für das fehlende Vertrauen zum Anwalt würde auch die Möglichkeit gegeben sein, dem Anwalt manche verlorene Stellung wieder einzuräumen.

Die Einführung des „numerus clausus“ würde eine nicht gerechtfertigte Privilegierung der im Beruf befindlichen Anwälte bedeuten und eine Ungerechtigkeit gegenüber der dem Beruf zustrebenden Jugend (ganz abgesehen von unlöslichen technischen Schwierigkeiten). Die Zukunft gehört der deutschen Jugend.

Andererseits besteht das unabwiesbare Bedürfnis, einer weiteren Verarmung des Anwaltstandes vorzubeugen, soll nicht die Gesamtheit schließlich Schaden leiden.

Besteht die Aufgabe des Standes in seiner Beteiligung an der Hervorbringung und Vermittlung von Kulturwerten für die Volksgemeinschaft, so muß der Staat sein Augenmerk richten auf die Auslese der Qualitätsarbeiter. Diese Auslese wird bereits heute nicht so sehr getroffen nach dem

Maß des Wissensstoffes, als vielmehr nach der Gesamtpersönlichkeit. Die Charakterprüfung, die Pflicht zur Kameradschaftlichen Betätigung im Referendarlager bildet nur einen Anfang der Versuche. Soziale Gesinnung, Charakterfestigkeit, Mannhaftigkeit, Treue, Volkverbundenheit, sind Eigenschaften, die neben der besonderen Berufsbegabung und der Aneignung des notwendigen wissenschaftlichen und praktischen Rüstzeuges im nationalsozialistischen Staat ein unbedingtes Erfordernis sind zur Wiederherstellung des Vertrauens des Volksgenossen zum Anwalt seines Rechtes.

Da die Berufsauslese bisher erst einsetzte, wenn der Anwärter bereits die höhere Schule und das Studium durchlaufen hatte, so müssen Mittel und Wege gefunden werden, die Vorjahren der Auslese vorzuberlegen. Ein Weg in dieser Richtung ist bereits beschritten. Die Erziehung der Hitlerjugend ermöglicht in gewissen Umfange bereits die Feststellung und Erprobung von Persönlichkeitswerten.

Im übrigen ist es Sache der künftigen Gestaltung der Schulausbildung, auch die Feststellung der besonderen Berufsbegabung auf einen möglichst frühen Zeitpunkt zu verlegen. So kann verhindert werden, daß unnötiger Aufwand an Erziehungs- und Ausbildungskosten fehlschlägt und kann erreicht werden, daß nur die wirklich Geeigneten den Eingang in den Beruf finden.

Das gilt schließlich für alle typischen freien Berufe.

Die Wahl dieser wertvollen freien Berufe darf nicht ein Monopol der Besitzenden sein. Die Statistik des Jahres 1930 lehrt, daß nur ein geringer Prozentsatz des Nachwuchses Kinder von Handarbeitern sind, 47% aller Studierenden (aus denen die Anwärter für die freien Berufe sich rekrutieren), sind Beamtenkinder, 11% Kinder von Großunternehmern, 22% von Kleinunternehmern, 8% Kinder von Angehörigen freier Berufe, 3% Arbeiterkinder. Es zeigt sich, daß zu den oberen Schichten rund ein Drittel der Studierenden zu rechnen sind, zu den unteren Schichten 6%, der weitaus größere Teil, 61%, entfällt auf den Mittelstand.

Die soziale Gerechtigkeit erfordert es, zukünftig Mittel und Wege zu finden, die Qualität schon frühzeitig zu sichten, hohe Anforderungen an sie zu stellen und den Aufstieg des Geeigneten ohne Ansehung des Besitzes und des Herkommens zu ermöglichen. Je später die Eignungsprüfung stattfindet (nach vollendetem Studium) und je mehr der Nachwuchs sich ergänzt aus besitzenden Schichten des Volkes, desto geringer ist die Durchschnittsqualität, weil bereits von vollendeten Tatsachen auszugehen ist und erfahrungsgemäß die mittlere Linie entscheidet.

Soweit die eigentliche Berufsausbildung des Juristen in Frage kommt, denen sowohl der Beruf des Richters, wie des Verwaltungsbeamten, wie des Anwalts vor Augen steht, ist eine einheitliche Ordnung des Prüfungsrechts für das gesamte Reich zu erstreben. Zu erwägen ist die Einschaltung von vorübergehender Arbeitsleistung in Betrieben der Handarbeiter (Bergwerk, Eisenindustrie u. dgl.), damit der künftige geistige Arbeiter den körperlich Arbeitenden und seine Situation kennenlernt. Auch der einseitigen Betonung des Wissensstoffes ist als Ausgleich entgegenzusetzen die praktische Anschauung in Betrieben der schaffenden abhängigen Arbeit.

Es gibt mancherlei Mittel und Wege und Möglichkeiten, die gangbar sind, um das hohe Ziel der Volkverbundenheit des Anwalts und überhaupt der typischen freien Berufe zu erreichen. Auf die Verwirklichung wird der Staat bedacht sein. Nicht minder gehört das zur Aufgabe der Standesvertretungen.

Die Behandlung der hier berührten Fragen, die im Rahmen eines Vortrages naturgemäß nur gestreift werden können, wäre unvollständig, würde nicht noch auf eine wichtige Tatsache hingewiesen, und auf Mängel, die zur Erreichung der gestellten Ziele zu beseitigen sind. Das ist die Tatsache, daß sich im liberalistisch-demokratischen Staatsgebilde sogenannte „Ersatzberufe“ eingerichtet haben, auf Grund der feierlich verkündeten und anbejohlenen Gewerbefreiheit gemäß dem Grundsatz des „laissez faire, laissez passer“.

Bearbeitung der Mahnsachen.

Auszug aus der Rundverfügung des Amtsgerichtspräsidenten Berlin vom 4. Mai 1933.

I. Prüfung der Mahngesuche.

1. Allgemeines: Die Bearbeitung der Mahnsachen ist eine dem Urkundsbeamten zur selbständigen Erledigung übertragene richterliche Tätigkeit¹⁾. Es ist daher erforderlich, daß er auf diesen wichtigsten Teil seines Arbeitsgebietes besondere Sorgfalt verwendet. Jede einzelne Sache ist gewissenhaft zu prüfen.

Allgemeine Richtschnur für die Bearbeitung der Mahnsachen kann selbstverständlich nur sein, daß die gesetzlichen Bestimmungen genau zu beachten sind. Andererseits sind unnötige und kleinliche Beanstandungen zu vermeiden. Dieser Gesichtspunkt kann jedoch niemals eine ungenaue Bearbeitung rechtfertigen. In Zweifelsfällen wird es sich empfehlen, den Grund für die Nichtbeanstandung eines den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Mahngesuchs attenkundig zu machen.

Bei der Prüfung des Gesuchs sind die tatsächlichen Angaben des Gläubigers — auch hinsichtlich der Vereinbarung der Zuständigkeit — als richtig zu unterstellen. Die Prüfung muß sich also darauf beschränken, ob diese Angaben den gesetzlichen Erfordernissen genügen und zur Begründung des Rechtsanspruches ausreichen. Eine Glaubhaftmachung kann dagegen nur insoweit verlangt werden, als sich Zweifel hinsichtlich des Vorliegens der allgemeinen Prozessvoraussetzungen (vgl. unten Ziff. 3 Abs. 1) ergeben (vgl. Stein-Jonas, Bem. I zu § 691 ZPO.).

Die Prüfung ist sogleich auf den gesamten Inhalt des Mahngesuchs zu erstrecken. Etwaige Rückfragen müssen in jedem Falle erschöpfend sein. Wiederholte Rückfragen werden von den Beteiligten als Belästigung empfunden und schädigen das Ansehen der Rechtspflege. Insbes. ist auch im Falle der Einforderung eines Kostenvorschusses eine etwa notwendige sonstige Beanstandung gleichzeitig vorzunehmen.

2. Mahngesuch. Nach § 29 Abs. 2 GeschO. ist in zwangloser Weise darauf hinzuwirken, daß das Gesuch in dreifacher Ausfertigung unter Verwendung des dem amtlichen Vordruck entsprechenden Entwurfs angebracht wird (vgl. auch AllgVfg. v. 4. Jan. 1932 [ZMBl. 2]).

3. Zulässigkeit. Die Prüfung des Mahngesuchs muß mit der Prüfung der Frage beginnen, ob die allgemeinen Prozessvoraussetzungen gegeben sind. In Betracht kommen vor allem die Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtsweges (§ 13 GVG.). So darf z. B. in solchen Sachen, die zur ausschließlichen Zuständigkeit des ArbG. gehören, ein Zahlungsbefehl nicht erlassen werden (AllgVfg. v. 21. Mai 1928 [ZMBl. 280]). Für die Berliner Gerichte sind ferner die Vorschriften und allgemeinen Grundsätze über die Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit von besonderer Bedeutung (vgl. §§ 18 ff. GVG. und RundB. v. 26. Aug. 1932 und vom 10. Jan. 1933, IA 1618/32, betr. Exterritoriale). In Betracht kommen ferner die allgemeinen Prozessvoraussetzungen der Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit usw.

Die Vorprüfung ist ferner darauf zu erstrecken, ob die besonderen Prozessvoraussetzungen des Mahnverfahrens gegeben sind (§ 688 ZPO.). Ich verweise besonders auf die oft verkannnten Bestimmungen des § 688 Abs. 2. Nach der herrschenden Meinung muß der Gläubiger in dem Gesuch irgendwie ersichtlich machen, daß er die ihm obliegende Gegenleistung bereits bewirkt hat, oder daß der Schuldner vorzuleisten hat. Die Behauptung, daß der Schuldner die Annahme der Gegenleistung verweigert habe, genügt nicht (vgl. Stein-Jonas, Bem. 15 zu § 688 ZPO.; Baumbach, Anm. 2 das.).

5. Bezeichnung der Parteien.

a) Die Bezeichnung der Parteien muß nach dem Zweck des § 690 ZPO. so bestimmt sein, daß über ihre

Identität kein Zweifel obwalten kann (AllgVfg. v. 17. Dez. 1883 [ZMBl. 363]). Eine ungenaue Parteibezeichnung führt erfahrungsgemäß immer wieder zu Unzuträglichkeiten, besonders bei der Zwangsvollstreckung. Auch zur Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Zustellung ist grundsätzlich darauf zu halten, daß der Schuldner nach Vor- und Zunamen, Stand, Wohnort (gegebenenfalls Postanstalt) und Wohnung vollständig und deutlich angegeben wird (vgl. AllgVfg. v. 6. Juli 1929 [ZMBl. 263]). Insbes. ist auf genaue Bezeichnung der Wohnung nach Straße und Hausnummer hinzuwirken (RundB. d. RGPräs. v. 10. Mai 1910, IG 41/35)²⁾.

Andererseits ist jedoch eine Überspannung der Anforderungen, die über den Zweck des Gesetzes hinausgeht, zu vermeiden. Der Gläubiger ist besonders dann, wenn er einem auswärts wohnenden Schuldner auf Grund schriftlicher Bestellung Ware geliefert hat, häufig nicht in der Lage, ohne kostspielige Ermittlung die in § 690 Ziff. 1 ZPO. vorgesehenen Angaben vollständig zu machen. Von einer Rückfrage wird daher abgesehen werden können, wenn die Identität durch die übrigen Angaben zusammengenommen ausreichend festgelegt ist und das Fehlen der übrigen Angaben nach den Umständen des Falles (z. B. Art des Vertrages, Geringfügigkeit des Streitwerts usw.) entschuldigbar erscheint. Nach den von den Richtern der Vollstreckungsabteilungen erstatteten Berichten ist allerdings die Angabe des Vornamens (und zwar ausgeschrieben) im allgemeinen unerlässlich. Dagegen ist die Angabe des Standes oder Gewerbes unter den angegebenen Voraussetzungen entbehrlich. Ausnahmsweise wird auch von der Angabe des Vornamens abgesehen werden können, wenn die Identität durch Angabe einer Amtsbezeichnung, eines Titels usw. völlig zweifelsfrei festgestellt ist.

b) Bei Mahngesuchen gegen eine Ehefrau wird oft übersehen, daß die Frau ihren Vornamen und den Familiennamen des Ehemannes führt (§ 1355 BGB.). Wenn es sich auch empfiehlt, gelegentlich — z. B. in der mündlichen Verhandlung — auf die Angabe des Mädchennamens hinzuwirken, so kann diese Angabe doch nicht verlangt werden (vgl. AllgVfg. v. 17. Dez. 1883 [ZMBl. 363]). In jedem Falle ist aber bei den bisweilen vorhandenen Abkürzungen „Fr.“ od. dgl. klarzustellen, ob es sich um eine Frau, ein Fräulein oder eine Firma handelt.

Bei Duldnungsansprüchen ist darauf zu achten, daß auch die genaue Anschrift des Ehemannes mit Stand und Vornamen angegeben wird.

c) Bei Firmen genügt die Angabe der Firmenbezeichnung nur dann, wenn die Firma im Handelsregister eingetragen ist (vgl. §§ 17, 4, 29 HGB.). Bei nicht eingetragenen Firmen kann nur der Inhaber verklagt werden, seine genaue Anschrift ist daher anzugeben. Das Fehlen dieser Angabe führt besonders zu Schwierigkeiten bei der Zwangsvollstreckung. Besteht ein Anhalt dafür, daß die angebliche Firma nicht eingetragen ist, so ist regelmäßig eine Rückfrage geboten. Häufig ergibt sich schon aus der Angabe eines den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Firmennamens (z. B. „Kaufhaus E. Müller“), daß es sich in Wirklichkeit um ein nicht eingetragenes Unternehmen handelt (vgl. §§ 18 ff. HGB.).

Häufig wird beantragt, einen Zahlungsbefehl gegen eine Firma und ihren Inhaber „als Gesamtschuldner“ zu erlassen. Ein solcher Antrag ist bei Einzelfirmen unrichtig, da die Firma nur der kaufmännische Name des Firmeninhabers, aber kein selbständiges Rechtsgebilde ist. Eine Berichtigung derartigen Parteibezeichnungen ist schon zur Vermeidung unnötiger Zustellungskosten geboten.

¹⁾ Die Übertragung auf den Rechtspfleger ist auf Grund des EntlG. v. 11. März 1921 (RGBl. 229) und der EntlVfg. durch Vfg. d. RGPräs. v. 14. Juni 1923, IA 2248 und IA 2250, angeordnet worden.

²⁾ Für Postsendungen nach Berlin ist nach einer Bekanntmachung der Postbehörde Angabe des Postbezirks und der Nummer des Postamts, bisweilen auch des Gebäudeteils und Stockwerks geboten (vgl. AllgVfg. v. 31. Dez. 1900 [ZMBl. 1901, 2]). Insbesondere werden Rückfragen in dieser Richtung entbehrlich sein, wenn die Wohnung zweifelsfrei bezeichnet ist.

d) Die Angabe des gesetzlichen Vertreters ist für das Mahnverfahren nicht vorgeschrieben. Bei nicht prozessfähigen natürlichen Personen ist die Angabe selbstverständlich unerlässlich. Dagegen ist bei juristischen Personen die namentliche Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter regelmäßig entbehrlich. Bei der Zustellung können aus dem Fehlen dieser Angabe Schwierigkeiten kaum entstehen, da die Postbeamten mit allgemeiner Anweisung für derartige Zustellungen versehen sind (vgl. § 6 der durch AllgVg. v. 26. März 1914 [ZMBl. 453] mitgeteilten Anweisung). Bei Mahngesuchen gegen den Fiskus ist darauf zu achten, daß die Behörde, die den Fiskus vertritt, richtig angegeben ist³⁾.

Die Bezeichnung der Parteien nach den vorstehend erörterten Gesichtspunkten würde allerdings für die Zwangsvollstreckung und besonders für die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis nicht immer ausreichen. Die Zahl der Eintragungen in das Schuldnerverzeichnis ist jedoch im Verhältnis zu der Zahl der Mahnsachen so gering, daß es unwirtschaftlich und unbillig erscheint, dem Gläubiger bereits für das Mahngesuch die Beibringung aller dieser Angaben zuzumuten, die er oft nur durch kostspielige Rückfragen, Anfragen bei dem Einwohnermeldebeamten usw. ermitteln kann. Die fehlenden Angaben können, wenn die Identität feststeht, später nachgeholt werden.

6. Betrag und Grund des Anspruchs.

a) Hauptforderung. Der Grund des Anspruchs muß nach Art und Zeit so bestimmt angegeben sein, daß die Schlüssigkeit ersichtlich ist, und zugleich die Identität des Gegenstandes ausreichend sichergestellt ist. Allgemeine Angaben wie: „Aus Vertrag“, „für Schadenersatz“ usw. genügen also nicht. Allerdings kann bei der Angabe des Grundes eine rechtlich zutreffende Bezeichnung nicht gefordert werden. So dürfte die Angabe „für Warenlieferung laut Rechnung vom ...“ regelmäßig als eine ausreichende Bezeichnung des Rechtsgrundes (Kaufvertrag) zu erachten sein. Es ist ferner darauf zu halten, daß die Identität durch Angabe der Zeit (z. B. des Rechnungsdatums) bestimmt wird. Von einer Angabe in dieser Hinsicht wird nur ausnahmsweise abgesehen werden können, wenn nach dem Inhalt des Mahngesuchs (Beruf und Wohnort der Parteien, Art des Geschäfts) anzunehmen ist, daß es sich um ein einmaliges Rechtsgeschäft handelt und Verwechslungen nicht zu befürchten sind.

Auch bei Zessionen ist auf die bestimmte Angabe des eigentlichen Schuldgrundes Wert zu legen. Dagegen dürfte die Auffassung einiger Rechtspfleger, daß der Gläubiger auch die Befamntgabe der Abtretung an den Schuldner darzulegen habe, kaum eine rechtliche Grundlage haben.

Der Grund des Anspruchs muß auch für die Nebenansprüche dargetan sein (vgl. Stein-Jonas, Bem. II, 2 zu § 690 ZPO.). Es ist daher — auch zur Vermeidung einer ungerichtfertigten Übervorteilung des Schuldners — streng darauf zu halten, daß Nebenforderungen für Zinsen, Mahnspesen, Kosten usw. stets gesondert angegeben werden. Nicht selten wird sich aus einem Vergleich der im Mahngesuch geltend gemachten Forderung mit dem Rechnungsbetrag ergeben, daß in der Hauptforderung Nebenforderungen an Verzugschaden u. dgl. enthalten sind. Eine scharfe Unterscheidung dieser Beträge ist schon im Hinblick auf § 4 ZPO., § 9 ORG. und § 20 EntfZD. geboten.

b) Eine einheitliche Beurteilung ist besonders bei der Behandlung der Zinsen erwünscht. Unter den jetzt herrschenden Kreditverhältnissen hat sich die Rechtsübung herausgebildet, dem Gläubiger unter dem Gesichtspunkt des Verzugschadens einen Zinsbetrag in Höhe von 1% über den jeweiligen Reichsbankdiskont zuzubilligen (vgl. RundB. vom 26. März 1932, IA 1063/32). Bei höheren Zinsansprüchen wird, wenn eine Vereinbarung nicht behauptet oder ein anderer Rechtsgrund dargetan ist, Rückfrage geboten sein. Sehr häufig werden von den Gläubigern in offener Unkenntnis des Gesetzes Zinseszinsen berechnet (vgl. hierzu §§ 248, 289 BGB.; §§ 353, 355 HGB.).

³⁾ Zur Prozessvertretung des Justizfiskus ist im allgemeinen der Generalstaatsanwalt i. d. DLG. (RG.), für die aus der Kostenbeitreibung hervorgehenden Rechtsstreitigkeiten der Rassenrendant zuständig (AllgVg. v. 23. März 1885 [ZMBl. 119]).

c) Mahnkosten. Als besonders mißlich wird von dem Publikum ferner die verschiedenartige Behandlung der vorgerichtlichen Mahnkosten empfunden. Nach dem Beschluß der Prozeßrichtervereinigung v. 11. Mai 1931, Nr. 85⁴⁾, sind die vorgerichtlichen Mahn- und Nachmahnespesen erstattungsfähig, „wenn sie nach Verzug des Schuldners entstanden sind und ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Ein solcher ist zu vermuten, soweit der Rahmen des üblichen und Angemessenen nicht überschritten ist“. Nach dem Ergebnis meiner Umfrage v. 16. Juni 1932, IA 1326, wird diese Auffassung auch von der überwiegenden Mehrheit der Prozeßrichter und Rechtspfleger geteilt.

Die Durchsicht von fast 1000 Mahngesuchen hat ergeben, daß der Betrag der in Ansatz gebrachten Mahnkosten in etwa 80% der Fälle unter 1 RM liegt. Der Betrag von 1 RM dürfte daher im allgemeinen als die Grenze des üblichen und Angemessenen anzusehen sein. Indessen darf auch hier nicht schematisch verfahren werden. So kann auch bei Mahnspesen unter 1 RM eine Rückfrage geboten sein, wenn die Mahnspesen in einem auffälligen Mißverhältnis zu dem Streitwert stehen. Andererseits wird auch bei Mahnspesen über 1 RM von einer Rückfrage abgesehen werden können, wenn der geforderte Betrag ausreichend begründet ist. Jedenfalls ist bei größeren Beträgen eine kritische Prüfung geboten, da unter der Bezeichnung „Mahnspesen“ vielfach eine anteilmäßige Beteiligung an allgemeinen Geschäftsunkosten versteckt ist.

Über den Anspruch auf Erstattung der Mahnspesen ist nach der herrschenden Meinung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Ersatz des Verzugschadens zu entscheiden (§ 286 BGB.).⁵⁾ Dagegen gehören die Mahnkosten wohl nicht zu den Kosten des Rechtsstreits i. S. von § 91 ZPO.⁶⁾ Es dürfte hiernach zumindest bedenklich sein, über diesen Anspruch im Kostenfestsetzungsverfahren zu entscheiden und von dem Gläubiger eine Glaubhaftmachung der Mahnspesen zu fordern oder gar den Betrag der Mahnspesen nach eigenem Ermessen herabzusetzen.

d) Antragskosten. Nach der bei dem AG. Berlin-Mitte herrschenden Rechtsübung wird dem Gläubiger die Erstattung der für das Mahngesuch aufgewandten Vordruckkosten nahezu durchweg zugebilligt. Es dürfte auch bei vollständiger Auslegung des § 91 ZPO. keinem Zweifel unterliegen, daß die Verwendung von Vordrucken für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung — insbes. bei Laien — notwendig ist⁷⁾. Nach der herrschenden Praxis werden dem Gläubiger ferner Aufwendungen für Postgebühren einschließlich etwaiger Einschreibgebühren zugebilligt.

⁴⁾ Den Abteilungen mitgeteilt durch RundB. v. 16. Juni 1932, IA 1326.

⁵⁾ Vereinzelt wird gegen die Erstattung der Mahnspesen eingewendet, daß eine Erstattung nicht möglich sei, da durch das Mahnschreiben erst der Verzug des Schuldners herbeigeführt werde. Dieses Bedenken dürfte jedoch nur hinsichtlich des ersten Mahnschreibens und auch hier nicht immer stichhaltig sein. Im allgemeinen wird davon ausgegangen werden können, daß der Gläubiger Erstattung der Mahnspesen nur für wiederholte Mahnschreiben verlangt. In jedem Falle sind die Auslagen für das erste Mahnschreiben im Geschäftsverkehr stets so gering, daß eine Rückfrage, ob unter den Mahnkosten nicht auch Auslagen für dieses erste Mahnschreiben enthalten seien, von dem Publikum mit Recht als kleinlich empfunden werden würde.

⁶⁾ Vgl. Foerster-Kann, Anm. 6 zu § 91 ZPO.; Stein-Jonas, Bem. VI, 4 zu § 91; Baumbach, Anm. 3 E zu § 91 ZPO.

⁷⁾ Die in einigen älteren Entscheidungen des LG. I vertretene Auffassung, daß Erstattung der Vordruckkosten nicht verlangt werden könne, erscheint durch die allgemeine Verbreitung des Vordruckwesens überholt. Die Erstbarkeit der Vordruckkosten dürfte der allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprechen, sie ist auch in amtl. Vordrucken und Geschäftsanweisungen anerkannt (vgl. z. B. den amtl. württ. Vordruck und § 4 Abs. 4 württ. WD. über die Listen und Übersichten der streitigen Gerichtsbarkeit i. d. Fafi. v. 5. Dez. 1929 [Amtsblatt S. 139]; vgl. auch Stein-Jonas, Bem. II, 2 zu § 692).

Allerdings können Bedenken sich insoweit ergeben, als es sich um die der Urchrift beigefügten Vordrucke für die Ausfertigungen handelt, da die Kosten hierfür streng genommen vom Fiskus zu tragen sind. Eine Unterscheidung dieser Beträge erübrigt sich indessen schon deshalb, weil diese Ausfertigungen vielfach im Handel nur zusammen mit der Urchrift zu haben sind. Es dürfte auch kaum dem Willen der Parteien entsprechen, wegen so geringfügiger Beträge Rückfragen anzustellen.

Auch bei den Antragskosten ist eine gewisse Vorsicht geboten, da in ihnen Ansprüche auf Erstattung allgemeiner Geschäftskosten enthalten sein können. Andererseits dürfte es nicht dem Wesen der Rechtspflege entsprechen, die Berechtigung der Antragskosten auch dann zu erörtern, wenn es sich um ganz geringfügige Beträge handelt.

7. Armenrecht. Das Armenrecht darf nur bewilligt werden, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg bietet. Vor der Bewilligung des Armenrechts soll der Gegner gehört werden, wenn die Anhörung nicht „aus besonderen Gründen unzumutbar erscheint“ (Teil 6 Kap. I § 11 NotW. v. 6. Okt. 1931 [RWB. I, 537]). Nach dem Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift wird auch für das Mahnverfahren von der Anhörung des Gegners nicht allgemein, sondern nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen werden können.

Allerdings ist die Anhörung des Gegners mit dem Wesen des Mahnverfahrens schwer in Einklang zu bringen. Es empfiehlt sich daher, im Mahnverfahren von einer Entscheidung über die Bewilligung des Armenrechts überhaupt abzuheben. Ein Bedürfnis für die Bewilligung des Armenrechts dürfte für das Mahnverfahren kaum bestehen, da der Zahlungsbefehl auch ohne Vorauszahlung der Gebühr erlassen werden kann, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, daß ihm die alsbaldige Zahlung der Gebühr mit Rücksicht auf seine Vermögenslage Schwierigkeiten bereiten würde (§ 74 Abs. 4 GKG.; vgl. hierzu Stein-Jonas, Bem. II, 2 zu § 119 ZPO.). Auch im Falle der Anwendung des § 74 Abs. 4 GKG. dürfte jedoch die Anhörung des Gegners in entsprechender Anwendung der NotW. v. 6. Okt. 1931 geboten sein, wenn das Mahngesuch mutwillig oder mißbräuchlich erscheint.

II. Zurückweisung (§ 691 ZPO.).

1. Zwischenverfügungen. Bei allen behebbaren Mängeln ist dem Gläubiger, auch soweit es gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, durch eine ershöpfende (vgl. oben I, 1) Auflage Gelegenheit zur Beseitigung zu geben. Die Auflage ist, insbesondere durch Hinweis auf die gesetzlichen Vorschriften, zu begründen, damit der Eindruck eines willkürlichen Vorgehens vermieden wird. Die Rückfragen sind grundsätzlich im Wortlaut zu verfügen; die Fassung darf nicht der Geschäftsstelle oder Kanzlei überlassen werden. Bei Vordrucken kann die Aktienverfügung in abgekürzter Form getroffen werden.

Eine Zwischenverfügung ist regelmäßig auch dann geboten, wenn gegen eine Nebenforderung Bedenken bestehen. Die bei einzelnen Abteilungen bestehende Übung, zu hoch erscheinende Nebenforderungen (z. B. an Zinsen und vorgerichtlichen Mahnkosten) kurzerhand herabzusetzen, ist gesetzwidrig. Nach § 691 Abs. 2 ZPO. ist das Gericht überhaupt nicht berechtigt, einen zu hoch erscheinenden Anspruch oder eine zu hoch erscheinende Nebenforderung herabzusetzen, es kann nur den ganzen Anspruch oder die ganze Nebenforderung zurückweisen (vgl. Stein-Jonas, Bem. III zu § 691). Die genaue und einheitliche Durchführung dieses Grundsatzes wird, wenn sie zunächst auch eine gewisse Mehr-

belastung mit sich bringt, im Ergebnis zu einer Erleichterung des Gerichtsbetriebes führen, da der Gläubiger durch die Rückfragen angehalten wird, die Fehler in künftigen Mahngesuchen zu vermeiden.

Bei den Antragskosten bedarf es keines besonderen Zurückweisungsbefehles (vgl. Stein-Jonas, Bem. II, 2 zu § 692; Baumbach, Anm. 2 zu § 692). Demgemäß erscheint auch eine Zwischenverfügung hier häufig entbehrlich. Regelmäßig wird es genügen, dem Gläubiger von der Absetzung Kenntnis zu geben mit dem Anheimgen, den Mehrbetrag, falls er den Antrag aufrechterhalte, gelegentlich des Antrages auf Erteilung des Vollstreckungsbefehls⁸⁾ darzulegen und glaubhaft zu machen.

III. Zahlungsbefehl.

3. Widerspruchsfrist. Bei Bemessung der Widerspruchsfrist ist besonders zu unterscheiden, ob die Zustellung im Bereiche der Stadtgemeinde Berlin oder außerhalb Berlins erfolgen soll (§§ 692, 499 ZPO.). Dagegen dürfte der Streitwert für die Bemessung der Widerspruchsfrist unerheblich sein, da für das Mahnverfahren auch in solchen Fällen, in denen im Widerspruchsfalle die Zuständigkeit des LG. gegeben sein würde, lediglich die allgemeinen Vorschriften des amtsgerichtlichen Verfahrens (also nicht die für die Einlassungsfrist im landgerichtlichen Verfahren gegebene Vorschrift des § 262 ZPO.) maßgebend sind (§§ 689, 495, 499 ZPO.; vgl. Stein-Jonas, Bem. II, 3 zu § 692). Im Wechselmahnverfahren sind bei der Bemessung der Widerspruchsfrist die besonderen Vorschriften des § 604 ZPO. zu beachten.

Eine Abkürzung der Widerspruchsfrist ist unzulässig.

IV. Geschäftliche Behandlung der Mahnsachen.

7. Vollstreckungsbefehl. Der Antrag auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls kann nach der herrschenden Meinung erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist gestellt werden (vgl. Stein-Jonas, Bem. II 1 zu § 699).

Nach § 5 Abs. 2 GesChD. gilt die Briefannahmestelle als Geschäftsstelle sämtlicher Abteilungen des LG. Der Vollstreckungsbefehl darf daher erst verfügt werden, wenn die bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist bei der Briefannahmestelle eingegangenen Schriftstücke bei der Abteilung eingetroffen und durchgesehen sind.

Vor Erteilung des Vollstreckungsbefehls ist die Vollmacht zu prüfen. Über die Niederlegung der Generalprozeßvollmacht vgl. RundB. v. 19. Sept. 1931 und v. 23. Okt. 1931 (X 75 I).

Die Anwaltsgebühr für den Antrag auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls entsteht nach der Rechtsprechung der 27. ZK. des LG. I nur, wenn der Vollstreckungsbefehl erteilt wird (vgl. Ziff. 3 der RundB. v. 6. April 1932 [IA 898/32]).

⁸⁾ Nach der Entsch. des LG. I v. 29. Juni 1931, 29 T 5263: GrundG. v. 18. Okt. 1931 kann der Gläubiger nichtberücksichtigte Kosten in dem Antrage auf Erteilung des Vollstreckungsbefehls erneut in Rechnung stellen (a. M. Stein-Jonas, Bem. II, 2 zu § 692, und Bem. IV zu § 699).

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

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

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

Von Rechtsanwalt Georg Krauß II, München.

Nachtrag.

Zu meinem Artikel: *ZW.* 1933, 1745 ff. sind noch folgende nachträgliche Erörterungen notwendig:

I.

Bei der in Abs. I, 2b erörterten Frage der durch das *ÄndG.* eröffneten Möglichkeiten der Nichtzulassung von ent-

lassenen Beamten zur Rechtsanwaltschaft, ist mir ein *Fertum* unterlaufen, auf den mich Herr Kollege Sieger-Berlin-Wilmersdorf dankenswerterweise aufmerksam gemacht hat.

Es kann entgegen meinen dort gemachten Ausführungen den sog. *Parteibuchbeamten*, die auf Grund des § 2 des *Ges.* zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums entlassen wurden, aus diesem Grunde die Zulassung zur Rechts-

anwaltschaft nicht versagt werden, dagegen den auf Grund des § 2a (welcher durch das Ges. zur Ergänzung des Ges. zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 20. Juli 1933 neu eingefügt wurde) entlassenen Beamten, d. h. denjenigen, die der kommunistischen Partei oder kommunistischen Hilfs- oder Ersatzorganisationen angehört oder sich sonst in kommunistischem Sinne betätigt haben, oder sich in Zukunft in marxistischem (kommunistischem oder sozialdemokratischem) Sinne betätigen und deshalb aus ihrem Beamtenverhältnis entlassen wurden oder entlassen werden, oder zwar anderwärts aus ihrem Amte in der Zeit zwischen dem 7. April 1933 und 1. Okt. 1933 ausgeschieden sind, bei denen jedoch nach der Erklärung der nach § 7 der Berufsbeamtentums zuständigen Stelle die Voraussetzungen des § 2a vorgelegen hätten.

II.

Zu der unter II erörterten Frage der Ausschließung von Rechtsagenten usw. von der mündlichen Verhandlung, werde ich von amtsgerichtlichen Kollegen darauf aufmerksam gemacht, daß bei einzelnen Gerichten bereits jetzt der Versuch gemacht wird, die Bestimmung dahin einschränkend auszulegen, daß die Rechtsagenten usw. nur von der streitigen Verhandlung ausgeschlossen seien. Dieser Auffassung ist mit aller Energie entgegenzutreten.

Der Zweck des Gesetzes ist, die Tätigkeit der Rechtsagenten, Rechtskonsulenten usw. bei Gericht im Interesse der Anwaltschaft und des rechtsuchenden Publikums weiter als bisher einzuschränken.

Die versuchte Auslegung, daß sie nur von der streitigen Verhandlung ausgeschlossen seien, würde ein vom Gesetzgeber nicht gewollter Rückschritt gegenüber dem bisherigen Zustand sein.

Schon unter der Herrschaft des gegenwärtigen Rechtes bezog sich die durch § 157 eröffnete Möglichkeit der Zurückweisung von gewerbsmäßigen Parteivertretern, die nicht Anwälte sind, nicht nur auf die mündliche Verhandlung im Streitverfahren, sondern auch in den Terminen vor dem beauftragten Richter und ersuchten Richter und ebenso im Güteverfahren (s. Stein-Jonas § 157 Anm. 1 Abs. 4 und § 499 c I). Keine Interpretationskunst berechtigt, das Gesetz in der neuen Fassung, nämlich, daß Rechtsagenten usw. in der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen sind, dahin umzudeuten, daß sie nur in der streitigen Verhandlung ausgeschlossen, dagegen in der Güteverhandlung, die ebenfalls von dem Prinzip der Mündlichkeit im wesentlichen beherrscht ist, zugelassen sein sollen. Der Gesetzgeber hätte sonst bestimmt nicht den Ausdruck „mündliche Verhandlung“, sondern den Ausdruck „streitige Verhandlung“ gewählt.

Eine derartige Auslegung würde auch den Grundsätzen des neuen Rechtes widerstreiten, das sich bewußt vom Rechtspositivismus ablehrt und von dem Richter verlangt, in Zweifelsfällen so zu entscheiden, wie es dem Grundgedanken und dem Zweck des Gesetzes entspricht.

Dieser Rechtsatz, der sogar in dem preuß. Gesetze über das bäuerliche Erbhofrecht in § 63 als Norm festgestellt wurde, dürfte wohl mit der versuchten einschränkenden Auslegung des § 157 ZPO. in seiner neuen Fassung aufräumen.

Die Stellung der Kommissare über juristische Personen.

Hier interessieren nur Kommissare mit Vorstandsbefugnissen, nicht die rein öffentlich-rechtlich zu beurteilenden „organisationsfremden“ Kommissare, die den juristischen Personen von außen her Auflagen erteilen (wie z. B. der Reichskommissar für das Bankengewerbe, vgl. WD. v. 8. Dez. 1931 [RGBl. I, 699]; Ges. v. 7. Aug. 1933); wo derartige öffentlich-rechtliche Stellen Eingriffe mit privatrechtlichen Folgen (z. B. Einberufung einer Mitgliederversammlung) vornehmen können sollen, muß das ausdrücklich gesagt sein (vgl. Art. I § 3 für die Prüfungsbehörden im Ges. zur Sicherung der Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen v. 14. Juli 1933).

Eine Klärung der Stellung und Befugnisse der Kommissare mit Vorstandsmacht über juristische Personen in der Art, daß die von ihnen ausgeführten Rechtsgeschäfte die juristische Person unmittelbar verpflichten und berechtigen, bzw. in ihrem Schoße die vorgesehene sühnungs- oder gesetzmäßigen Wirkungen auslösen, erscheint in doppelter Hinsicht geboten; nicht nur, weil die Wirkung noch öfter für die Vergangenheit zu Fragen Anlaß geben wird, sondern weil der heutige autoritäre und totale Staat sich auch in Zukunft die Einsetzung solcher Kommissare vorbehalten muß. Zwei verschiedene Lösungen sind in der JW. vorgeschlagen worden: eine bürgerlich-rechtliche durch Weikert (S. 1376), der allerdings den Kommissaren nur dann Vorstandsbefugnisse einräumt, wenn sie vom Gericht nach § 29 BGB. bestellt werden, während Langen (S. 1816) ihre Stellung öffentlich-rechtlich unterbaut und die Einsetzung von Kommissaren aus der Befugnis des RegPräs. herleitet, Auflösungsklage gem. Art. IV PrAusfG. z. GStB. anzutragen, wenn eine juristische Person des Handelsgesetzes sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird. Die — hier noch nachzutragende — reichsrechtliche Vorschrift des § 43 BGB. spricht deutlicher von einem gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder solchen Verhalten des Vorstandes und rechtfertigt die Behauptung Langens, irgendein gesetzwidriges Verhalten irgendeines verantwortlichen Organs berechtige zur Auflösungsklage. Dabei muß „gesetzwidrig“ als materiell-rechtswidrig (Gegensatz: formell-tatbestandswidrig) aufgefaßt werden; d. h.: die Gefährdung des Gemeinwohls kann auch in einem Verstoß gegen „Grundgesetzentscheidungen“ der heutigen Rechtsordnung, nicht bloß in einem solchen gegen einen speziellen Tatbestand eines Gesetzes liegen.

Die verschiedene Erklärung der Vereinskommissare erscheint bedenklich, weniger um einen Rechtsittel für die Einsetzung zu finden, sondern für Inhalt und Grenzen des Amtes selbst: Der Kommissar ist „Amtswalter der nationalen Belange“, bei wirtschaftlichen Vereinen: „Amtswalter des Nationalvermögens“. Ist

dieser nun gedacht als Organ, das nur deswegen nötig geworden ist, weil der Verein seinen völkischen und nationalwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht nachkommen ist? — von dieser Annahme geht die Anwendung des § 29 BGB. aus. Oder ist er zu denken als öffentlich-rechtlicher Amtsträger? — davon geht die andere Lösung aus. In dieser Fragestellung erscheint das Problem in neuem Lichte.

Die praktischen Folgen sind denkbar verschieden. Die gesetzgeberische Lücke ist unter Zugrundelegung des Zwecks der Kommissare (vgl. die Regel des § 63 PrErbhofG.) mit Rücksicht auf die bestehende Interessenlagerung und die Folgen der Entscheidung auszufüllen. Die Interessenlagerung ist hier nicht so wie sonst im bürgerlichen Rechte, daß der einzelne gegen den einzelnen Recht begehrt, sondern daß der Gemeinnutz seinen Vorrang vor dem Sondernutzen der betroffenen juristischen Person erheischt. Daher ist dem Kommissar die Stellung einzuräumen, die dem Gemeinnutzen am nachhaltigsten gerecht wird. Das beantwortet sich nach den Folgen der Entscheidung, und zwar nach folgenden Maßstäben: Was kann der Kommissar tun, wenn er nur Amtsträger im öffentlich-rechtlichen Sinne, was, wenn er auch Organ im privatrechtlichen Sinne ist? Wer haftet aus seinem, möglicherweise unrechtem, Tun?

Wenn der Kommissar Organ ist, so kann er schalten und walten, wie es einem Organe zukommt. Ist er öffentlich-rechtlicher Amtswalter, so ist nicht klar, wie er auf einmal Geschäfte des Privatrechtes mit Wirkung für und gegen den Verein vornehmen können soll, da die Voraussetzungen einer öffentlich-rechtlichen Zwangsvollstreckung kaum gegeben sein werden oder doch nicht zum Ziele führen (insbes. auch nicht etwa die „Ersatzvornahme“, die ja den Vollstreckungsschuldner nur gegenüber der Behörde verpflichtet, vgl. § 55 Abs. 5 PrPolVerwG.). Die organisationsfremden Kommissare mit ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen (vgl. Einleitung) sind eben gerade nicht die, mit denen es sich hier auskommen läßt. — Aus dem möglicherweise deliktischen Verhalten haftet der Staat, wenn der Kommissar öffentlich-rechtlicher Amtsträger ist (§ 839 BGB.; Art. 131 RWerf.), dagegen der Verein, wenn es sich um ein Organ handelt (§ 31 BGB.). Die Vereinshaftung rechtfertigt sich, da der Verein auch die Vorteile hat, nunmehr rechtmäßige Organe und eine auf die Belange des Nationalvermögens und des Volkes ausgerichtete Verwaltung zu bekommen, wozu er im heutigen Staate verpflichtet ist. So wie in § 29 BGB. kann der kommissarische Vorstand ein angemessenes Entgelt verlangen (vgl. RGRKomm. § 29 Anm. 1; Pland-Konk. § 29 Anm. 2 d), da sein Organbestellungs- und Dienstvertrag bereits mit seiner Ernennung als mit dem Vereine geschlossen anzusehen ist (§ 29 BGB. bildet insofern ein rechtsgeschäftliches frühes Beispiel eines diktierten Vertrages).

Der Aufgabekreis des Vereinskommissars, dessen Berufung

als solche natürlich ein öffentlich-rechtlicher Akt bleibt, baut sich auf der Ebene des Privatrechtes auf, dessen Lösung hier dem Gemeinnutzen am ehesten gerecht wird und das im heutigen Staat mehr und mehr „Deutsches Gemeinrecht“ (Punkt 19 des Programms der NSDAP.) werden wird. Die Anregung Welkies aus § 29 BGB., der ja auch bei der Erörterung über den „Wirtschaftsprüfer“ eine gewisse Rolle gespielt hat, ist wertvoll und von einer Kautelarjurisprudenz auch ruhig befolgbar. Zweierlei ist aber festzustellen: 1. ist die Bestellung nach § 29 BGB. nicht notwendig; jedenfalls hat der Bestellungsbeschluß anders als in § 29 BGB. (ARRomm. a. a. O.) keine rechtsgestaltende, sondern nur rechtsbezügliche Wirkung. Überhaupt muß eine — für das öffentliche Recht des bürgerlich-liberalen Rechtsstaates typische — justizförmige Beaufsichtigung der politischen Gewalt, die ja bei der Ernennung durch einen öffentlich-rechtlichen Akt tätig wird, innerhalb eines neuen Rechtsstatbestandes der heutigen Ordnung suspekt erscheinen (vgl. Koellreutter: DZf. 1933, 522). 2. ist das nach § 29 BGB. eingesezte Organ der Vorstand, aber es kann auch nicht mehr als dieser tun. Dagegen wird sich — je nach dem Inhalte des öffentlich-rechtlichen Kommissarbestellungs-geschäftes — die Stellung des Vereinskommissars häufig nach dem „Führerprinzip“ des neueren Vereinsrechtes bestimmen.

Der — nicht organisationsfremde (siehe oben) — Kommissar einer juristischen Person ist nach alledem ein von der Staatshoheit eingeseztes außerordentliches Organ der juristischen Person, dessen Einsetzung zwar nur die Ausrichtung des Vereins auf die Belange des Volkes, insbes. des Nationalvermögens bezweckt, dessen Handlungs- und Vertretungsmacht aber nicht darauf beschränkt ist. Der Untergang der Vertretungsmacht des alten Vorstandes ist zum Register anzumelden wegen des Schutzes, den das Vertrauen Dritter auf die Eintragungen genießt. Sinn der Gleichschaltungskommissare ist es, nicht als Belassung des Vorstandes dessen Rechte zu mindern, sondern vielmehr: an dessen Stelle zu treten.

Ref. Ritter, Breslau.

Die Aufhebung der Nachlasspflegschaft.

Nach § 1960 BGB. ist Voraussetzung der Anordnung und Fortdauer einer Nachlasspflegschaft,

1. daß der Erbe unbekannt ist, oder daß er die Erbschaft noch nicht angenommen hat, oder daß es ungewiß ist, ob er sie angenommen hat, oder ob sie wegen Veräußerung der Frist zur Ausschlagung als angenommen gilt (§ 1943 BGB.),
2. und daß ein Bedürfnis der Fürsorge besteht.

Fällt auch nur eine der beiden Voraussetzungen fort, so ist die Pflegschaft gem. §§ 1919, 1962 BGB. aufzuheben. In der Praxis wird die erste Voraussetzung — von dem Wegfall der zweiten Voraussetzung soll hier nicht die Rede sein — in aller Regel nur dann nicht mehr als vorliegend erachtet, wenn sich die Erbeneigenschaft und die Annahme der Erbschaft aus einem Erbschein ergibt. Die Nachlasspflegschaft wird deshalb regelmäßig erst nach Erteilung des Erbscheins aufgehoben. Das ist auch zweifellos in der Mehrzahl der Fälle richtig. Denn es muß vor der Aufhebung der Nachlasspflegschaft zuverlässig feststehen, wer die Erben sind, und daß sie die Erbschaft angenommen haben (vgl. RG. Recht 1917 Nr. 1837).

Es gibt aber Fälle, in denen die Nachlasspflegschaft auch ohne die Beibringung eines Erbscheins aufgehoben werden muß, nämlich wenn die Erben einen Erbschein beibringen können, es aber nicht tun (I), oder wenn sie an der Beibringung eines Erbscheins gehindert sind (II).

I. Es kommt vor, daß der Nachlasspfleger oder das Nachlassgericht vollkommen zuverlässig die gesetzliche oder die auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beruhende Erbfolge feststellen, oder daß jedenfalls diese Feststellung vollkommen zuverlässig erscheint, daß sie aber den oder die Erben nicht zur Beibringung eines Erbscheins zu bestimmen vermögen. Diese Fälle sind gar nicht so selten. Die Erben sind zuweilen mit der Erwirkung eines Erbscheins selbst bei einer nicht unbeträchtlichen Erbmasse ertauulich nachlässig. Das gilt insbes. dann, wenn es sich um eine große Anzahl Erben handelt, die keine Beziehungen zueinander unterhalten und auch räumlich getrennt sind. In solchen Fällen ist die Nachlasspflegschaft aufzuheben, obgleich kein Erbschein vorliegt. Denn die eine der beiden Voraussetzungen für die Pflegschaft ist fortgefallen, und die Gerichte sind nicht dazu da, für die Erbschaften faumseliger Erben zu sorgen.

Es fragt sich nur, was aus dem Nachlass wird. Der Nachlasspfleger hat nach Aufhebung der Pflegschaft den Erben den verwalteten Nachlass herauszugeben und ihnen Rechenschaft abzulegen (§§ 1962, 1915, 1890—1892 BGB.). Die Verpflichtung zur Rechnungslegung kann er, wenn die Erben sich nicht durch

einen Erbschein ausweisen, dadurch erfüllen, daß er dem Nachlassgericht Rechnung legt. Wenn die Erben später von ihm Rechnungslegung verlangen, kann er auf die dem Nachlassgericht gelegte Rechnung Bezug nehmen (§ 1890 Satz 2 BGB.). Nicht ganz so einfach kann er seine Verpflichtung zur Herausgabe des verwalteten Vermögens zum Erlöschen bringen. Er kann natürlich den Nachlass an die als Erben ermittelten Personen herausgeben, also erfüllen. Er läuft dabei aber Gefahr, daß die als Erben ermittelten Personen oder eine davon in Wirklichkeit doch nicht die Erben sind, daß er also an Nichtberechtigte leistet, und deshalb und weil ihm der Schutz der §§ 2366, 2367 BGB. nicht zur Seite steht, den wahren Berechtigten gem. §§ 1890, 276 BGB. ersatzpflichtig ist. Besser ist es, wenn er den Nachlass gem. §§ 372 ff. BGB. zum Zweck der Schuldbefreiung unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt. Die Voraussetzungen für die Hinterlegung, nämlich Annahmeverzug der Gläubiger (Erben) oder Ungewißheit über ihre Person (§ 372 Satz 1 und 2 BGB.), liegen bei dem den Ausführungen zugrunde gelegten Sachverhalt vor. Es sind also Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden und Kostbarkeiten zu hinterlegen (§ 372 BGB.), zur Hinterlegung nicht geeignete bewegliche Sachen sind zu versteigern und der Erlös ist zu hinterlegen (§§ 383 ff. BGB.), der Besitz von Nachlassgrundstücken ist aufzugeben (§ 303 BGB.). Die Hinterlegung wird zweckmäßig nicht für A., B., C. usw. als Erben des X., sondern für die, die sich durch Erbschein als Erben des X. ausweisen, erfolgen. Sind mehrere Erben vorhanden, so ist zu beachten, daß auf Verlangen auch nur eines von ihnen nicht zur Hinterlegung geeignete Sachen an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abzuliefern, also nicht zu versteigern sind (§ 2039 Satz 2 BGB., § 165 FFG.).

Wenn wirklich andere als die, die dafür gehalten worden sind, die Erben sind, und wenn ihnen durch die Hinterlegung, Versteigerung und Besitzübergabe ein Schaden entstanden ist, so wird dafür unter den geschilderten Umständen weder der Nachlasspfleger noch der Nachlassrichter verantwortlich gemacht werden können. Denn beide haften nur bei schuldhafter Verletzung ihrer Pflichten (§§ 1890, 276 BGB., Art. 131 RW., §§ 1 ff. des Preuß. Gef. v. 1. Aug. 1909), und wenn sie trotz sorgfältiger Prüfung sich in der Person der Berechtigten geirrt haben, so wird ihnen daraus kein Vorwurf gemacht werden können.

II. Die Nachlasspflegschaft muß auch ohne Beibringung eines Erbscheins ferner dann aufgehoben werden, wenn die Erbfolge völlig zuverlässig festgestellt ist oder diese Feststellung jedenfalls völlig zuverlässig erscheint, der oder die Erben aber an der Beibringung eines ihren Erbteil betreffenden Erbscheins gehindert sind. Auch hier ist eine der beiden oben näher bezeichneten Voraussetzungen für die Fortdauer der Pflegschaft fortgefallen (§§ 1919, 1962 BGB.). Auch diese Fälle sind nicht so selten. Man denke nur daran, daß sich die Erben in fernen Ländern aufhalten und deshalb die zur Erwirkung des Erbscheins erforderlichen Urkunden nicht zu beschaffen und die erforderlichen Erklärungen in der gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht abzugeben vermögen. In den letzten Jahren ist es auch öfter vorgekommen, daß in Sowjetrußland lebende Personen aus Furcht vor den mit einem Vermögenserwerb verbundenen Angelegenheiten es nicht gewagt haben, die zum Nachweis ihres Erbrechts erforderlichen Maßnahmen zu treffen. In allen diesen Fällen ist die Nachlasspflegschaft aufzuheben. Sie kann nicht etwa bis zur Behebung des Hindernisses fortgeführt werden. Von der Verpflichtung zur Rechnungslegung und zur Herausgabe des Nachlasses kann sich der Nachlasspfleger in der zu I. geschilderten Weise befreien (Rechnungslegung gegenüber dem Gericht, Hinterlegung der hinterlegungsfähigen Sachen, evtl. Versteigerung und Hinterlegung des Erlöses usw.).

Das soeben Gesagte erfährt aber eine praktische nicht unbedeutende Einschränkung. Wenn nämlich der oder die Erben den Erbschein nicht beschaffen können, so wird zu prüfen sein, ob ihnen nicht hierzu und zur Verwaltung des durch den Erbsfall erworbenen Vermögens gem. § 1911 Abs. 2 BGB. ein Abwesenheitspfleger zu bestellen ist. Da das zur Bestellung eines solchen Pflegers zuständige Gericht meist ein anderes sein wird als das Nachlassgericht (vgl. §§ 39, 36 Abs. 2, 37 Abs. 2 FFG.), so wird das Nachlassgericht dem anderen Gericht von dem Sachverhalt Mitteilung machen und dessen Entscheidung abwarten. Falls ein Abwesenheitspfleger nicht bestellt wird, so ist wie dargelegt zu verfahren. Die Nachlasspflegschaft ist also ohne weiteres aufzuheben. Falls ein Abwesenheitspfleger bestellt wird, so wird mit der Aufhebung der Nachlasspflegschaft zweckmäßig zu warten sein, bis der Abwesenheitspfleger den Erbschein beibringt, dessen Erteilung er anders als der Nachlasspfleger nachsuchen kann (RN. 13, 198). Notwendig ist das aber nicht. Es wird jedoch dadurch die Hinterlegung des Nachlasses erspart. Er kann alsdann unmittelbar dem Abwesenheitspfleger herausgegeben werden.

GerAlt. Dr. Greiser, Berlin-Karlshorst.

Die Neubelastung von Entschuldungsbetrieben.

Nach § 91 Satz 1 Gesf. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schulverhältnisse v. 1. Juni 1933 dürfen Entschuldungsgrundstücke nur innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze und nur mit unkündbaren Tilgungsforderungen neu belastet werden. Die Auslegung dieser Best. ist nach mehreren Richtungen hin zweifelhaft.

Sicher ist, daß von ihr nur solche Grundstücke betroffen werden, die zu einem Entschuldungsbetriebe i. S. des § 80 gehören, d. h., die Anwendung des § 91 kommt erst dann in Frage, nachdem das Entschuldungsverfahren durch Bestätigung des Entschuldungsplans oder des Zwangsvergleichs abgeschlossen worden ist.

§ 91 Satz 1 schränkt nur die Zulässigkeit der Neubelastung ein. Um eine Neubelastung dürfte es sich dann nicht handeln, wenn für denselben Gläubiger unter Löschung seines alten Rechts ein gleich hohes oder niedrigeres Recht eingetragen wird (z. B. wenn an Stelle mehrerer für ihn eingetragener Rechte ein einheitliches Recht begründet wird). Dagegen wird eine Neubelastung vorliegen, wenn eine Hypothek mit Mitteln, die ein Dritter gewährt hat, abgelöst und dafür unter Löschung der abgelösten Hypothek für den Dritten eine neue Hypothek eingetragen wird. Der Umstand, daß der abgelöste Gläubiger von dem neuen Gläubiger verschieden ist, macht die Belastung zu einer neuen. Daß die Beteiligten die Anwendung des § 91 Satz 1 dadurch verhindern können, daß die abgelöste Hypothek an den Dritten zur Sicherung des von ihm gewährten Ablösungskredits abgetreten wird, ist ohne Bedeutung.

Welcher Art kann die Neubelastung sein? Das Gesetz spricht von unkündbaren Tilgungsforderungen. Damit ist selbstverständlich nicht die schuldrechtliche Forderung, sondern das sie sichernde dingliche Recht gemeint. Nur solche dinglichen Rechte kommen in Frage, die einer Kündigung und einer Tilgung unterliegen können. Das sind Hypotheken, aber auch Grundschulden. Dagegen nicht das dritte Grundpfandrecht, die Rentenschuld. Sie läßt nicht eine Tilgung, sondern nur eine Ablösung zu (§ 1199 BGB.).

Ob durch § 91 Satz 1, abgesehen von der Ausnahmebestimmung des § 92 Abs. 1 für die Rentengutszene, die Eintragung anderer dinglicher Rechte als Hypotheken und Grundschulden ausgeschlossen ist, ist nicht einheitlich zu entscheiden. Auszugehen ist von dem mit § 91 Satz 1 verfolgten Zweck, zu verhindern, daß der wirtschaftliche Bestand des Entschuldungsbetriebs durch Neubelastungen gefährdet wird. Dieser gesetzgeberische Grund trifft auf alle Belastungen zu, die zu der Beleihungsgrenze in Beziehung gesetzt werden können, den Kapitalwert des Grundstücks also mindern. Das ist z. B. der Fall bei allen Dienstbarkeiten und der Reallast. Da diese Rechte andererseits den Charakter einer Tilgungsforderung nicht haben können, so ist ihre Eintragung nach § 91 Satz 1 stets unzulässig.

Dagegen ist die Eintragung von Rechten wie das Vorkaufrecht statthaft. Das Vorkaufrecht kann zu der Beleihungsgrenze nicht in Beziehung gesetzt werden; es mindert den Kapitalwert des Grundstücks nicht.

Ebenso ist die Eintragung von Verfügungsverboten zulässig.

Unter den Begriff der Neubelastung des § 91 Satz 1 fällt nur die Neubelastung durch Rechtsgeschäft. Nach § 91 Satz 2 steht ihr eine Belastung im Wege der Zwangsvollstreckung gleich, vor allem eine Zwangshypothek.

Belastungen, die kraft Gesetzes entstehen, werden durch § 91 nicht getroffen. In dieser Hinsicht besteht eine Lücke. Hat jemand einen Auflassungsanspruch gepfändet, so erwirbt er nach § 848 Abs. 2 ZPO. mit der Eintragung des Schuldners als Eigentümer eine Sicherungshypothek. Die Eintragung dieser Sicherungshypothek hat nur bedeutende Bedeutung und wird durch § 91 nicht beschränkt. Es wäre zweckmäßig, durch DurchfW. auch sie den Beschränkungen des § 91 zu unterwerfen.

Soweit die endgültige Eintragung nach § 91 unzulässig ist, darf zu ihrer Sicherung auch keine Vormerkung eingetragen werden.

RGK. u. LGK. Dr. v. R o z y k i = v. H o w e l, Magdeburg.

Strafbarer Stimmmkauf in Konsortialverträgen.

Durch die Entsch. RG. 132, 33 v. 24. Febr. 1931¹⁾ wie auch unamentlich infolge der von den Regierungsstellen neuerdings erhobenen Aufforderung, in wirtschaftlichen Strafsachen mit besonderer Schärfe vorzugehen, wird man in Konzern- und Bankkreisen erneut und mit besonderer Sorgfalt alle bestehenden Konsortialverträge auf Richtigkeit und evtl. Strafbarkeit hin durchsehen. Eine der gefährlichsten Klippen für den Bestand aller Aktien-Pool-Verträge ist die Bestimmung des § 317 StGB. über den Stimmmkauf. Sie bedarf um so sorgfältiger Beachtung, als die Gerichte im Gegensatz zu der in der Praxis der Nachkriegsjahre eingerissenen laxen Auffassung in der Anwendung dieser Vorschrift ziemlich weit gehen und weil diese Vorschrift, was meistens überhaupt vergessen

wird, nicht nur zivilrechtliche Wirkungen hat, sondern in erster Linie ein Strafgesetz ist. Selbst im juristischen Schrifttum werden die mit Stimmmkauf zusammenhängenden Fragen durchweg nur an der betreffenden Gesetzesstelle (§ 317 StGB.; § 243 RD.; § 96 VerglD.; § 23 SchuldverschreibungsG.; § 151 GenG. und endlich teilweise §§ 331 ff. StGB. sowie § 12 UnWG.) behandelt. Es scheint daher nützlich, die Merkmale des Stimmmkaufes einmal auf größerer Basis festzustellen:

Die Straftat des § 317 StGB. kann im Gegensatz zu der des § 243 RD. von jedermann begangen werden. Man braucht hierzu nicht Aktionär zu sein, sondern es genügt, daß man Bevollmächtigter oder auch nur Legitimationsaktionär ist (vgl. A n s m a n n, SchuldverschreibungsG. § 23 Anm. 3). Daher machen sich zweifellos auch die nicht im eigenen Namen, sondern im Namen einer von ihnen gesetzlich vertretenen juristischen Person (z. B. Holdinggesellschaft) handelnden Personen strafbar, wenn sie als Vorstandsmitglieder einer solchen Holdinggesellschaft einen Konsortialvertrag abschließen, der einen Stimmmkauf enthält.

Zum objektiven Tatbestand gehört, daß ein besonderer Vorteil versprochen oder gewährt wird. Vielfach wird geglaubt, daß Stimmmkauf erst vorliege, wenn der versprochene Vorteil auch tatsächlich geleistet worden ist. Das ist ein verhängnisvoller Irrtum. Das Gesetz stellt lediglich auf den zustande gekommenen obligatorischen Vertragsabschluß ab. Schon dieser begründet die Strafbarkeit. Die Gründe hierzu sind deutlich aus den Motiven zum AktG. von 1884 (II 256) zu ersehen, wo es heißt:

„Nur unter der Annahme, daß alle Aktionäre sich bei der Abstimmung in der Generalversammlung durch das Interesse der Gesellschaft leiten lassen, rechtfertigt es sich, die Generalversammlung als dasjenige Organ der Gesellschaft anzusehen, in welchem der wahre Wille der Gesellschaft zum Ausdruck kommt. Daher widerspricht es dem Wesen der Gesellschaft, wenn ein Aktionär sich besondere Vorteile dafür gewähren oder versprechen läßt, daß er in der Generalversammlung in einem bestimmten Sinne stimmt. Präsumtiv läßt ein solcher Aktionär sich bei seiner Abstimmung nicht durch das Interesse der Gesellschaft, sondern lediglich durch den gewährten oder versprochenen Vorteil leiten. Indessen kann den inneren Beweggründen nicht nachgeforscht werden. Als unzulässig und im Hinblick auf die Zwangsnatur des Mehrheitsbeschlusses als strafbar erscheint es schon, daß der Aktionär seine Stimme durch Geld oder sonstige Vorteile zu kaufen läßt.“

Die Vorschrift hat also „überwiegend polizeilichen Charakter“ (F a e g e r²⁾, Kontursordnung, § 243 Anm. 1). Sie ist aber gerade deshalb in Zeiten wieder erstarkender kaufmännischer Moral von besonderer Beachtlichkeit.

Es wird auch geglaubt, daß man dann nicht aus § 317 strafbar sei, wenn das Versprechen der Vorteile nur ein bedingtes ist, also z. B. die Zahlung der versprochenen Vergütung von der Genehmigung des Aufsichtsrates oder überhaupt irgendeiner dritten Stelle abhängig gemacht wird. Hier ist an die Rechtsprechung zur Bestechung zu erinnern, namentlich RG. 57, 28 vom 14. März 1924, wo ausdrücklich ausgeführt ist:

„Ein Versprechen gibt bei der sogenannten aktiven Bestechung nach § 333 StGB. auch, wer die Hingabe eines Geschenkes von dem Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig macht“ (zustimmend L o b e = G e b e r m a y e r § 333 Anm. 14).

In solchen Fällen wird also nicht verachtet Stimmmkauf anzunehmen sein, der wegen § 43 Abs. 2 StGB. straflos wäre, sondern vollendeter. Ebenso ist es natürlich straf- wie zivilrechtlich gleichgültig, wenn eine der Parteien sich insgeheim vorbehalten hat, das Erklärte nicht zu wollen oder die Vereinbarung nicht einzuhalten (sogenannte Mental-Reservation § 116 BGB.; a. M. S t a u b = P i n n e r¹⁴, § 317 Anm. 8).

Am schwierigsten ist die Bestimmung dessen, was als „besonderer Vorteil“ im Einzelfalle anzusehen ist. Die Formulierung, die eine einfache Übersetzung der Worte „avantages particuliers“ des Art. 597 des französischen Gesetzes vom 28. Mai 1833 darstellt, hat durch den Kommentar von S t a u b = P i n n e r (§ 317 Anm. 8) eine Auslegung dahin erfahren, daß besondere Vorteile im Sinne des Gesetzes nur solche sind, die sich nicht aus der betreffenden Abstimmung selbst ergeben, sondern außerhalb ihrer liegen. Das RG. hat zwar in der Entscheidung JW. 1916, 576 diese Formulierung angewandt und damit eine Entscheidung des OLG. Dresden aufgehoben, es ist aber irreführend, wenn S t a u b = P i n n e r a. a. O.²⁾ ausführen, daß das RG. in dieser Entscheidung einen Vertrag für gültig erklärt habe, in dem die Gesellschafter einer GmbH. sich gegenseitig u. a. verpflichteten, für die Gewährung von Gehalt, Provisionen usw. an sich selbst zu stimmen. Im Gegenteil hat das RG. diesen Vertrag als ohne jeden Zweifel wegen Sittenwidrigkeit nichtig behandelt, weil die beiden Gesellschafter darin zu Lasten des dritten Gesellschafters miteinander einig wurden. Die Formulierung von S t a u b = P i n n e r ist, ganz abgesehen von ihrer Unbestimmtheit,

¹⁾ JW. 1931, 2963.

²⁾ Anm. 21 der nach Drucklegung erschienenen 14. Auflage.

im übrigen auch sachlich verfehlt. P i n n e r will damit beweisen, daß die vor jeder Abstimmung unvermeidlichen und notwendigen Gruppenbildungen und Kompromisse nicht strafbar seien, bei denen der eine sich im Stimmrecht nur mit Rücksicht darauf bindet, daß auch der andere eine Bindung eingeht. In Wahrheit kann von einer grundsätzlichen Straffreiheit bei derartigen Verabredungen nicht gesprochen werden. Zu weit geht andererseits H o r r w i t z (Das Recht der Generalversammlungen, S. 141), der solche Vereinbarungen grundsätzlich dem § 317 HGB. unterstellt, weil der unerlaubte Vorteil im Kompromiß liege. Den allein richtigen Weg hat inzwischen das RG. in seinen neueren Entscheidungen: JW. 1929, 642 und RG. 132, 37^a) beschritten. Es hat dort darauf abgestellt, daß die versprochenen Vorteile „die Gegenleistung oder mit die Gegenleistung für die übernommene Abstimmungsverpflichtung des Klägers gebildet haben und ausschließlich dem Kläger hätten zugute kommen sollen“. Der erste erhebliche Gesichtspunkt ist also der, daß der Stimmverkauf und der versprochene Vorteil im ursächlichen Zusammenhang stehen, daß also das ganze Geschäft sonst nicht zustande gekommen wäre. Der zweite Gesichtspunkt ist derjenige, daß der versprochene Vorteil nur dem Stimmverkäufer, aber nicht den übrigen Aktionären unmittelbar oder auch nur durch die Aktiengesellschaft selbst mittelbar zukommt. Dies letztere war in der Entscheidung JW. 1929, 642 schon mit ganz klaren Worten in einem Falle ausgesprochen worden, wo der Stimmverkäufer, aber nur dieser und nicht die übrigen Aktionäre oder die Aktiengesellschaft selbst, vom Stimmkäufer eine Dividendengarantie erhalten hatte. — Woher der versprochene Vorteil stammt, ist nach dem Gesetz gleichgültig. Es schließt also nicht die Anwendbarkeit des § 317 aus, sondern führt nur noch einen weiteren Strafbarkeitsgrund, nämlich handelsrechtliche Untreue, herbei, wenn die Parteien wie im Falle JW. 1916, 575 vereinbaren, daß als Folge des gemeinsamen Zusammengehens jeder von der Gesellschaft selbst etwas erhalten solle. Die m. E. durchaus zutreffende Begründung des OLG. Dresden hat das RG. damals als eine „schiefe Wendung“ bezeichnet, ist aber in der Entscheidung RG. 132, 37 schon wenigstens zum Teil von seiner früheren Auffassung abgewichen und würde nach seinen oben angeführten neuen Richtlinien den damals aus § 138 BGB. entschiedenen Fall heute wohl auch als einen Stimmkauf ansehen; denn gerade solche Fälle, wo zwei Gesellschafter zu Lasten der ahnungslosen übrigen Gesellschafter Verträge über gemeinsame Abstimmung unter gegenseitigen Versprechen einer Vergütung aus der Gesellschaftskasse abschließen, widerstreiten den aus den Motiven ersichtlichen Grundgedanken des Gesetzgebers, die übrigens ihrem Wesen nach auch nichts weiter bedeuten als die Abwandlung des allgemeinen Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ für das Gebiet der Aktiengesellschaften. Selbst der Umstand, daß ein Gesellschafter oder Aktionär im gegebenen Falle auch ohnedies einen Anspruch gegen die getroffene Vereinbarung der erleichterten Durchsetzung oder unangemessenen Erhöhung dieses Anspruches dienen soll (vgl. A n s m a n n § 23 Anm. 2, ebenso K i e s o w, VerglD. § 96. Eine dem § 86 VerglD. entsprechende Vorschrift betreffend Straffreiheit im Falle offengelegter Vorteile kennt das Aktienrecht nicht).

Die besonderen Vorteile müssen endlich zu dem Zweck gewährt werden, daß der andere in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung nicht teilnehme. Es ist anerkannt, daß dieser Zweck der Vereinbarung nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein braucht (in der Regel wird er sogar möglichst verschleiert), es genügt vielmehr, daß die Absicht der Parteien aus den gesamten Umständen des Falles erkennbar ist (S t a u b - P i n n e r, § 317 Anm. 5 mit weiteren Nachweisen). Selbstverständlich ist, daß die Straftat des § 317 HGB. nicht fahrlässig begangen werden kann, also die Täter das Bewußtsein haben müssen, daß die besonderen Vorteile mit Rücksicht auf die Stimmabgabe versprochen werden (S t a u b - P i n n e r a. a. O.). Ferner ist bisher einstimmige Meinung, daß ein Stimmverkaufer „im gewissen Sinne“ auch schon dann gegeben sei, wenn der Stimmverkäufer sich verpflichtet, stets nach den Weisungen eines Dritten zu stimmen. Die häufig vorkommende Form, daß der Verkäufer dem Stimmkäufer seine Stimmvollmacht gibt oder kurzerhand seine Aktien für ihn bei der Bank hinterlegt, kann nicht als eine Verpflichtung im gewissen Sinne zu stimmen aufgefaßt werden, sondern unterfällt der zweiten Möglichkeit. Der Verkäufer ist nämlich in diesem Falle verpflichtet, in der Generalversammlung nicht zu erscheinen; diese Verpflichtung ist in der viel weitergehenden Erteilung der Stimmvollmacht an den Stimmkäufer enthalten.

Zum Schlusse sei noch darauf hingewiesen, daß auch Dritte als Anstifter oder Gehilfen wegen Teilnahme an der Straftat des § 317 HGB. bestraft werden können, wenn sie durch Rat oder Tat wesentlich Hilfe geleistet haben. Diese Bestimmung kann namentlich für Rechtsanwälte, die einen Konsortialvertrag ent-

werfen, oder für Banken, die als Kreditgeber solcher Konsortien auftreten, von Bedeutung werden.

Ger. Ass. Dr. Eugen Langen, z. Z. Berlin.

Kein Vollstreckungsschutz bei Forderungen aus unerlaubten Handlungen.

Der § 18 Abs. 2 Vollstr. v. 26. Mai 1933 (RGBl. 302) schützt den Vollstreckungsschuldner dann, wenn er sein Unvermögen zur Erfüllung der Verbindlichkeit nicht verschuldet hat. Die V. berücksichtigt sein Verhalten bei Entstehung der Vollstreckungsforderung jedoch nur bei solchen Forderungen, die aus Vertrag entstanden sind. Der Schutz ist dann nicht zu gewähren, wenn der Schuldner schon bei Vertragsabschluss zur Vertragserfüllung außerstande war. Der Vollstreckungsschutz soll kein Freibrief zur Eingehung von Verträgen sein, von denen der Schuldner schon bei Eingehung weiß, daß er zu ihrer Erfüllung außerstande ist.

Die V. schweigt aber darüber, ob der Schutz auch dann zu gewähren ist, wenn die Vollstreckungsforderung aus einer unerlaubten Handlung des Schuldners entstanden ist. Ein solcher Schutz würde jedoch dem Sinne des Gesetzes widersprechen, denn das hiesie, den Schuldner einer unerlaubten Handlung zunächst strafen und ihn dann gegen die Strafe schützen. Einem Schuldner, dem durch die Vollstreckung ein unverhältnismäßiger Nachteil erwachsen würde, wäre damit gegenüber einem wirtschaftlich starken Gläubiger ein Freibrief zu unerlaubten Handlungen gegeben, ohne je Vollstreckung befürchten zu müssen. Dieses würde z. B. auf dem Gebiete des Wettbewerbsrechts zu unüberschaubaren Folgen führen; eine wirtschaftlich starke Firma würde nicht mehr die Möglichkeit haben, sich des unlauteren Wettbewerbs wirtschaftlich schwacher Mitbewerber zu erwehren.

Ebenso wenig, wie das Gesetz einen Freibrief zur Eingehung von Verträgen geben wollte, von denen der Schuldner weiß, daß er sie nicht werde erfüllen können, hat es auch keinen Freibrief zur Begehung von unlauteren Wettbewerbshandlungen geben wollen.

Der gleiche Gesichtspunkt ist auch maßgebend bei der Beantwortung der Frage, „ob durch die Aufhebung der Zwangsvollstreckung die wirtschaftliche Lage des Gläubigers ernstlich gefährdet werden würde“ (§ 18 Abs. 2 Satz 3). Bei der Beantwortung dieser Frage ist es nicht auf den Schaden abzustellen, welcher dem Gläubiger durch die Aufhebung der einzelnen gerade betriebenen Vollstreckungsmaßnahme entsteht; entscheidend kommt es auf die Rückwirkung an, welche eine Aufhebung von Zwangsvollstreckungen bei Forderungen dieser Art auf die gesamte wirtschaftliche Lage des Gläubigers zur Folge hat. Eine wirtschaftlich starke Firma z. B., die nur kleinere Artikel, diese aber in Massen herstellt, würde zweifellos durch die Aufhebung der Zwangsvollstreckung wegen einer einzigen Forderung, die ihn kleinen von ihr hergestellten Gegenständen entsprechend nur gering sein kann, in ihrer wirtschaftlichen Lage nicht ernstlich gefährdet werden. Würde dieser Standpunkt aber bei allen Kleinforderungen einer solchen Herstellerin von Massenwaren durchgeführt werden, so würde diese Firma bald dem Ruin ausgesetzt sein. Gerade auch wiederum auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbsrechts würde die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs kleinerer Mitbewerber unmöglich gemacht werden, wenn es bei der Gewährung des Vollstreckungsschutzes nur auf die Höhe der einzelnen gerade vollstreckten Forderungen abgestellt werden würde. Viele Großunternehmen sind gezwungen, zahlreiche gerichtliche Maßnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb kleinerer und kleinster Händler zu unternehmen. Die daraus entstehenden im Einzelfalle meist nur kleinen Kostenschulden bedeuten aber in ihrer Gesamtheit eine gewaltige Belastung des Etats großer Firmen. Es wäre aber unredlich, die Unkosten, die durch den unlauteren Wettbewerb ihrer Mitbewerber entstehen, den durch diesen Wettbewerb geschädigten Firmen auszubürden.

Ger. Ass. Dr. F. Steinriede, Berlin.

Auch gegenüber Mietsforderungen ist § 18 der Vollstreckungsschutzverordnung v. 26. Mai 1933 anwendbar.

Anwälte und Vollstreckungsrichter stehen täglich vor der Frage, ob der Vermieter, der wegen Mietszinsforderungen bei dem Mieter gepfändet hat, einem Antrage des Schuldners gem. § 18 V. vom 26. Mai 1933 entgegenhalten kann, der Antragsteller dürfe sich auf diese Bestimmung nicht berufen, weil der Gläubiger jederzeit auf Grund seines Vermieterspfandrechts eine Verwertung der Pfandstücke vornehmen könne, die von der V. nicht eingeschränkt werde. Rechtlich stellt sich diese Einwendung des Gläubigers als Arglisteneinrede dar: *dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est*.

Die Einrede ist im Schrifttum — H i n k e: GrundG. Nr. 34 S. 778 — und von der Ahrp. — W. Berlin: JW. 1933, 2023 f. und GrundG. Nr. 35 S. 802 — dem Vermieter gewährt worden, m. E. jedoch zu Unrecht.

^a) JW. 1931, 2963.

Für die Entscheidung des Problems kann man die von Rechtsprechung und Schrifttum bereits eingehend behandelte Frage heranziehen, ob dem Kläger, der ein die Veräußerung hinderndes Recht gemäß § 771 ZPO geltend macht, die Einwendung entgegengesetzt werden kann, daß er trotz dieses Rechts dem Gläubiger gegenüber zur Duldung der Vollstreckung verpflichtet sei, z. B. weil dieser ein vorgehendes gesetzliches Pfandrecht hat. Das ist dann zu bejahen, wenn der Gläubiger, gegen den sich die Interventionsklage richtet, sofort (statim) gegen den Kläger trotz dessen Obliegen im Interventionsstreit die Verpflichtung zur Duldung der Vollstreckung durchsetzen könnte, d. h. wenn er einen entsprechenden Titel gegen den Kläger hätte. Das Erfordernis eines Titels wird hervorgehoben von Stein-Jonas, II, § 771, II, 4; III, 4 und besonders gerade für den Fall der Interventionsklage gegen die Vollstreckung aus einem Mietzinsurteil von Jakusiel: JW. 1928, 2689. Die entgegengesetzte Ansicht des OVG. Frankfurt: JW. 1929, 2899, das die Interventionsklage eines Eigentümers wegen eines rangbesseren Vermieterpfandrechts auf Grund der Arglisteinrede abweist, kann deshalb nicht entscheidend herangezogen werden, weil die sonst außerordentlich sorgfältig begründete Entscheidung gerade die Frage, ob der Vermieter sein Pfandrecht sofort durchsetzen könnte, ob er also einen Titel auf Duldung des Pfandverkaufs hat, unbeantwortet läßt, ja sogar bei dem Zitat des Sages: dolo facit ... das Wort statim völlig fortläßt!

Man wird in der Tat nicht davon abgehen können, die Einrede der Arglist von dem Vorliegen eines Titels abhängig zu machen. Das Anwendungsgebiet der Einrede würde sonst unerlos erweitert werden. Es wäre nicht einzusehen, warum nicht auch dem Interventionskläger, der als Bürge oder Gesamtschuldner für die Forderung des Gläubigers mithaftet, entgegengehalten werden könnte, er handle arglistig, wenn er widerspreche, weil er für die Forderung hafte, wenn er auch noch nicht verurteilt sei. Wenn Muenzel: JW. 1929, 2855 gegen Jakusiel meint, mit dem Verlangen eines Titels entfalle das Anwendungsgebiet der Arglisteinrede überhaupt, weil dann auch der Dritte Vollstreckungsschuldner sei und gar nicht intervenieren könne, so ist das nicht zutreffend. Vollstreckungsschuldner ist nur derjenige, gegen den der Gläubiger die Vollstreckung richtet, hier der Mieter, bei dem gepfändet wird, nicht jeder, der durch die Pfändung betroffen wird.

Schließlich läßt sich auch nicht sagen, daß die Arglist gerade in der Berufung auf das Fehlen des Titels liege, die durchaus h. M. steht auf dem gegenteiligen Standpunkt (vgl. Stein-Jonas II, § 771, II, 4; RG. 68, 424 = JW. 1908, 477).

Die Anwendbarkeit der vorstehenden Auffassung auf § 18 W. d. 26. Mai 1933 wird nicht dadurch gehindert, daß hier nur zwei Personen, Gläubiger und Schuldner, sich gegenüberstehen. Die Sachlage ist insofern trotzdem die gleiche, als sich der Gläubiger zur Begründung der Arglisteinrede auf ein weiteres, vom Pfändungspfandrecht unabhängiges Recht, das gesetzliche Vermieterpfandrecht, beruft, für das er regelmäßig keinen Titel gemäß § 1233 Abs. 2 BGB. haben wird. Es ist h. M., daß eine Vollstreckung aus einer Mietzinsforderung keine Durchsetzung des Vermieterpfandrechts darstellt (vgl. RGW. Komm. § 1233 Anm. 3 und Muenzel: JW. 1929, 2855 und 1930, 3199).

Die Nichtberücksichtigung der Berufung auf das Vermieterpfandrecht mangels eines Titels gemäß § 1233 Abs. 2 BGB. entspricht im übrigen sowohl dem Sinn des Vollstreckungsverfahrens als auch einem praktischen Bedürfnis. Es war der Wille des Gesetzgebers, daß Rechte Dritter an Pfandstücken nicht im Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht geprüft werden sollten, daß bei der Vollstreckung in eine Prüfung der Eigentumslage grundsätzlich nicht eingetreten werden sollte (vgl. Stein-Jonas II, § 771, I, Baumbach § 771, 1). Auch § 18 W. d. 26. Mai 1933 ist so gefaßt, daß seine Anwendbarkeit nicht davon abhängig ist, ob die Pfandstücke dem Schuldner gehören.

Wird nun die Einrede der Arglist zugelassen, so muß in eine Prüfung der Frage eingetreten werden, welche Gegenstände dem Vermieterpfandrecht unterliegen, d. h. Eigentum des Schuldners sind oder waren, wobei meistens der Zeitpunkt des Einbringens der Sachen, also regelmäßig ein erheblich zurückliegender Zeitpunkt, maßgebend ist (§ 559). Nur soweit die Frage bejaht werden kann, dürfte eine Ablehnung des Antrages auf Vollstreckungsschutz erfolgen. Es wäre aber weiter die Vorschrift des § 560 BGB. zu beachten. Es müßte insbes. geprüft werden, ob die nicht gepfändeten Sachen, soweit es nicht Kompetenzstücke sind (§ 559 Satz 3), zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen (§ 560 Satz 2 letzter Halb.). Alles in allem wären ganz eingehende Untersuchungen erforderlich, die sowohl ihrem Umfang wie ihrer rechtlichen Schwierigkeit nach in dem grundsätzlich schriftlichen, schnell zu beendenden Vollstreckungsverfahren gar nicht hinreichend vorgenommen werden können, und die nicht Aufgabe des Vollstreckungsgerichts sein sollten.

Anhangsweise wird bemerkt, daß aus den gleichen Gründen wie oben auch die Berufung des Gläubigers auf Sicherungseigentum nicht

zu einer Abweisung des Antrages auf Vollstreckungsschutz führen kann, wenn nicht ein Titel auf Herausgabe vorhanden ist (a. A. LG. Berlin: JW. 1933, 2024).

Ger. Ass. Dr. Heinrichs, Berlin.

Auch für den Zivilrichter kann es von Bedeutung sein, ob ein Rechtsuchender Marxist oder Nationalsozialist ist.

Die zivilrechtliche Bedeutung der politischen Anschauung soll an folgenden beiden Fällen untersucht werden:

1. Ein Gastwirt, dessen Lokal vorwiegend von Sozialisten besucht wird, tritt lange Zeit vor der nationalen Revolution in die SA. ein. Da der größere Teil seiner Gäste infolgedessen fortbleibt, gerät er in Vermögensverfall, der noch durch die schwindende Kaufkraft der übriggebliebenen nichtsozialistischen Gäste beschleunigt wird. Das Gasthaus soll versteigert werden, doch der Wirt verlangt Einstellung des Verfahrens unter Berufung auf § 5 W. d. 26. Mai 1933, da die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten auf Umständen beruhe, die in der wirtschaftlichen Gesamtentwicklung begründet seien und die abzuwenden der Schuldner nicht in der Lage gewesen sei.

2. Derselbe Fall sei mit umgekehrten Vorzeichen gedacht, also als Vermögensverfall eines Kommunisten, der ebenfalls lange vor der Revolution von Deutschgefeintem boykottiert wird.

Wie ist zu entscheiden? Die schwindende Kaufkraft der übriggebliebenen, dem Wirt gleichgesinnten Gäste, kann für sich allein nur dann die Einstellung begründen, wenn dieser Umstand vom Erfolg — dem Wirtschaftsverfall — nicht weggedacht werden kann. Wenn man also folgerichtig die Frage stellt — „Hätte die SA. resp. Volkfronttätigkeit des Wirtes den Ruin für sich allein herbeigeführt, wenn die Kaufkraft der übrigen Gäste sich nicht verringert hätte?“ —, dann sieht man, daß der beim ersten Blick scheinbar in eine wirtschaftliche und eine politische Ursache auseinanderfallende Grund in Wahrheit gar nicht in dieser Weise getrennt werden kann: die Verschärfung der politischen Gegensätze und der Drang, durch politische Betätigung ein Zusammenleben der Menschen auf anderer Grundlage als bisher zu erreichen zu suchen, sind ebensosehr in der wirtschaftlichen Gesamtentwicklung begründet wie der Rückgang der Kaufkraft. Die W. d. will alle Fälle ergreifen, in denen der Einzelne mit in die Entwicklung hineingerissen wird, die die Gesamtheit des Volkes betrifft. Wenn einmal diese Abhängigkeit des Einzelnen von der Gesamtheit sich ausgewirkt hat, dann kann man nicht mehr einen Unterschied zwischen dem politischen und dem wirtschaftlichen Schicksal dieser Gesamtheit machen, weil beides eine Einheit bildet.

Es fragt sich nur, ob ein sorgfältiger Schuldner verpflichtet ist, sich diesem Drang nach politischer Betätigung zu entziehen, ob also der Schuldner „in der Lage war“, diesen, seinen Ruin herbeiführenden Umstand i. S. des § 5 Abs. 1 abzuwenden. Das „In-der-Lage-sein“ umfaßt ja nicht die tatsächliche Möglichkeit, sich von jeder Politik fernzuhalten: Es soll vielmehr ausdrücken, ob der Schuldner als sorgfältiger Vermögensverwalter verpflichtet war, sich diesem Drang nach politischer Betätigung entgegenzustellen. (Diese Deutung des Wortes: „In-der-Lage-sein“ als Hinweis auf sorgfältiges Wirtschaften kommt deutlich im Abs. 2 des § 5 in den Worten „ohne, daß ihn ein Verschulden trifft“ zum Ausdruck.)

Trifft nun den SA.-Mann oder Volkfrontkämpfer ein Verschulden, wenn er damals, als die großen Erfolge der nationalen Revolution noch nicht Gegenwart waren, bei einem oder der anderen Bewegung beitrug? Diese Frage ist für den SA.-Mann ebenso wie für jeden anderen Angehörigen einer deutschgefeinteten Partei zu verneinen. Es kann vom sorgfältigen Staatsbürger nicht verlangt werden, daß er, nur um gute Geschäfte zu machen, der Politik sich fernhält. Denn wenn alle das tun würden, dann würde die Volksgemeinschaft und letzten Endes er selbst damit zum sicheren wirtschaftlichen Untergang geführt werden. Es ist aber hier von entscheidender Bedeutung, ob er Wege geht, die allen bisherigen Erfahrungen widersprechen, oder ob er der im Volke lebendigen Überlieferung darüber folgt, was in Notzeiten von einem Staatsvolk zu tun ist. Wer Parteien unterstützt, die die Krise durch eine besonders betonte Volksgemeinschaft zu bekämpfen suchen, der handelt als sorgfältiger Wirtschaftler: Wer jedoch politische Wege beschreitet, deren Ziel die Zerstörung der Volksgemeinschaft und der Klassenkampf ist, der geht diesen von der Herrschaft abweichenden dunklen Seitenpfad auf eigene Gefahr. Es ist Sache eines sorgfältigen Wirtschaftlers, politische Experimente zu vermeiden, die bisher noch nie geübt sind, und selbst dem in rein sozialistischer Umgebung aufgewachsenen Arbeiter war ja die Unerprobtheit seiner Theorien und damit der Experimentscharakter seines politischen Weges klar.

Aus diesen Gründen ist dem nationalsozialistischen Gastwirt die Einstellung zu gewähren, dem kommunistischen aber zu versagen.

Ref. Egon Wendt, Stollberg i. E.

Fragen zur Neugestaltung des Offenbarungseidverfahrens.

Nachtrag.

Nach Fertigstellung des Aufsatzes erschien eine Ministerialverfügung (ZMBl. 1933, 258), die einzelne der angeführten Fragen klärt und anordnet:

1. Die Namen derjenigen Schuldner, die die Versicherung nach § 19 d Abs. 2 S. 1 W. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. Mai 1933 abgegeben haben, sind in ein alphabetisches Verzeichnis oder in eine Kartei aufzunehmen.

2. Einsicht in das Verzeichnis oder die Kartei darf grundsätzlich nicht gewährt werden. Nur dem Gläubiger, der die Berechtigung zu einem Antrag auf Bestimmung eines Termins zur Leistung des Offenbarungseides nachzuweisen vermag, ist Auskunft darüber zu erteilen, ob der betreffende Schuldner die Versicherung bereits abgegeben hat.

3. Abschrift des vom Schuldner bereits in anderer Sache abgegebenen Vermögensverzeichnisses ist entsprechend der W. vom 13. Juni 1908 (ZMBl. S. 242) zu erteilen.

Verf. Dr. Scharrenbroich, Koblenz.

ist ein Schuldner nach § 19 d Abs. 3 S. 1 W. vom 26. Mai 1933 zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet, wenn er vor dem Inkrafttreten der Verordnung Widerspruch erhoben hatte?

Die W. v. 26. Mai 1933 ist bereits in ZW. 1933, 1693 und 1860 in größerem Umfang dargestellt worden. Eine Anzahl Streitfragen ist aufgeworfen, manche sind nur gestreift, andere unberücksichtigt gelassen worden. Die Nr. selbst hat zu zahlreichen Fragen noch keine grundlegende Stellung genommen. Auch macht sich der Mangel veröffentlichter Entscheidungen bemerkbar. Es soll hier auf eine Frage eingegangen werden, die allerdings nur Übergangswert besitzt, deren Bedeutung aber nicht zu verkennen ist.

Nach § 19 d Abs. 3 S. 1 W. v. 26. Mai 1933 kann der Schuldner, wenn der Termin zur Eidesleistung infolge seines Widerspruchs erfolglos geblieben ist, die Versicherung nicht mehr abgeben, sondern ist zur Eidesleistung verpflichtet. Es fragt sich nun, ob diese Bestimmung auch auf Schuldner Anwendung findet, die vor Inkrafttreten der W. Widerspruch erhoben hatten. Der Gesetzestext ist an sich eindeutig. Abs. 3 spricht von „dem Termin“. Er knüpft damit zweifellos an Abs. 2 an. In diesem wird von dem nach § 900 ZPO anberaumten Termin gesprochen, in dem der Schuldner die Versicherung abgeben kann. Die Versicherung kann er nur nach Inkrafttreten der W. abgeben. Es handelt sich also um einen nach Inkrafttreten anstehenden Termin. Eine andere Auslegung scheint dem Wortlaut zu widersprechen.

Sie würde auch dem Sinn und Zweck der W. kaum gerecht. Die W. dient dem Schutze der Schuldner. Die wirtschaftlichen Nachteile der Eidesleistung und Eintragung ins Schuldnerverzeichnis sollen vermieden werden. Aus diesem Grunde sind auch vor Inkrafttreten der W. erlassene Haftbefehle aufzuheben, wenn der Schuldner die Versicherung nachträglich abgibt. Diese Übergangsvorschrift war notwendig, weil in Abs. 3 S. 2 schlechthin von Haftanordnung die Rede ist. Hätte das Gesetz den vor Inkrafttreten der W. widersprechenden Schuldner schlechter stellen wollen, so wäre ein überzeugender Grund hierfür nicht ersichtlich. Das Widerspruchsverfahren war vielfach erfolglos und unbegründet. Der Schuldner bezweckte damit meistens, die Eidesleistung hinauszuschieben. Vor dem Eid und der damit verbundenen Eintragung ins Schuldnerverzeichnis schreckte er begreiflicherweise zurück. Die W. gibt ihm jetzt die Versicherung. Wenn er sich auch gegen sie wehrt, dann erst ist er des Schutzes der W. nicht mehr würdig, denn damit gibt er zu erkennen, daß er sein Vermögen nicht offenbaren will. Auf dieser Erwägung beruhen auch, wie ohne weiteres zu erkennen ist, die Vorschriften der Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 und Abs. 4.

Solange dem Schuldner aber dieser Befehl noch nicht zur Seite stand, konnte auch der erhobene Widerspruch nicht die Folge haben, daß der Schuldner, falls der Eidstermin nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren in die Zeit nach Inkrafttreten der W. fällt, nun die Versicherung nicht abgeben darf.

Denselben Standpunkt¹⁾ vertritt das OLG. Dresden in 12 BC 1174/33 v. 11. Aug. 1933. Hier hat es die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen den Beschluß des OLG. Dresden, durch den der vor Inkrafttreten der W. erhobene Widerspruch des Schuldners zurückgewiesen worden war, zwar als unbegründet zurückgewiesen, den Schuldner jedoch für berechtigt erklärt, anstelle der Eidesleistung die Versicherung gemäß § 19 d Abs. 2 W. abzugeben. Zur Begründung führt es aus:

„§ 19 d Abs. 3 W. steht der Abgabe der Versicherung nicht entgegen, da der Schuldner den Widerspruch gegen seine Verpflichtung

zur Eidesleistung vor Inkrafttreten der genannten W. erhoben hat. Art. 7 Abs. 3 des Ges. v. 26. Mai 1933 bestimmt, daß sogar ein vor Inkrafttreten des Gesetzes erlassener Haftbefehl von Amts wegen aufzuheben ist, wenn der Schuldner nachträglich die Versicherung abgibt. Diese Möglichkeit muß daher dem Schuldner erst recht offen stehen, wenn noch kein Haftbefehl, sondern nur ein Widerspruch vorliegt.“

Zu welchem Ergebnis die gegenteilige Auffassung führen kann, wird an folgendem Fall klar:

Der Schuldner hat erfolglos Widerspruch erhoben. In einem späteren Termin — vor Inkrafttreten der W. — ist Haftbefehl gegen ihn ergangen. Nach der Übergangsvorschrift des Art. 7 Abs. 3 des Ges. v. 26. Mai 1933 ist der Haftbefehl aufzuheben, wenn der Schuldner nachträglich die Versicherung abgibt. Andererseits wäre der Schuldner aber zur Eidesleistung verpflichtet, weil er früher Widerspruch erhoben hatte. Daß in diesem Falle die Übergangsvorschrift nicht Platz greife, findet im Gesetz keine Stütze. Es würde daher bei der Versicherung und Aufhebung des Haftbefehls zu verwenden haben. Dagegen müßte ein Schuldner, der lediglich Widerspruch erhoben hatte, den Eid leisten. Dieses Ergebnis wäre unbillig und kann keinesfalls dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

Jonas (Komm. z. W. v. 26. Mai 1933) nimmt zu dieser Streitfrage nicht ausdrücklich Stellung. Aus seinen Erläuterungen zu § 19 d Abs. 3 scheint aber hervorzugehen, daß er nur den Widerspruch für beachtlich i. S. dieser Vorschrift hält, der nach Inkrafttreten der W. erhoben ist.

Einen anderen Standpunkt²⁾ nimmt offensichtlich OLG. Dresden in 6a Reg 484/33 v. 11. Juli 1933 ein. Hier lag der Fall so, daß die Schuldnerin vor Inkrafttreten der W. Widerspruch erhoben und erfolglos alle Instanzen durchschritten hatte. Danach wurde neuer Termin zur Eidesleistung auf den 30. Mai 1933 anberaumt. In diesem erging Haftbefehl. Die Schuldnerin rügte mit der sofortigen Beschwerde, daß ihre erklärte Bereitwilligkeit zur Abgabe der Versicherung nicht berücksichtigt worden sei. Das OLG. Chemnitz, 7 BC 471/33 meinte aber, die Schuldnerin müsse den Offenbarungseid leisten, da sie früher Widerspruch erhoben habe. Das OLG. trat dieser Auffassung bei. Allerdings beschäftigte es sich in der Hauptsache mit der Rüge der Schuldnerin, sie habe früher lediglich aus Rechtsgründen Widerspruch eingelegt, das könne nicht zu ihrem Nachteil ausschlagen. Aber es führt ausdrücklich den § 19 d Abs. 3 W. v. 26. Mai 1933 an, woraus sich entnehmen läßt, daß es der Ansicht ist, der früher erhobene Widerspruch wirke sich zuungunsten der Schuldnerin i. S. dieser Bestimmung aus.

Ref. W. Müller, Dresden.

Entgegnungen.

Kostenentscheidung bei Anerkennung und insbesondere bei Erledigung der Hauptsache.

I.

Die von SenPräf. Dr. Riedinger: ZW. 1933, 1750 vorgeeschlagene gesetzliche Regelung, daß im Falle des Anerkenntnisses oder der Erledigung der Hauptsache die Kosten nach billigem Ermessen zu verteilen seien, würde erfreulicherweise für den Fall der Erledigung der Hauptsache den Satz entthronen, daß die Kosten immer demjenigen aufzuerlegen seien, der ohne Erledigung unterlegen wäre. Dieser allgemein anerkannte Grundsatz mußte in zahlreichen Fällen — auch außerhalb des Interventionsprozesses — als Hindernis einer gerechten und praktischen Entscheidung empfunden werden.

Das galt zunächst für die Einzelfälle, in denen — von der Verteilung der Beweislast abgesehen — das Beweisergebnis fünfzig zu fünfzig stand, in denen also in der Hauptsache die Entsch. in vollem Umfange zuungunsten des Beweispflichtigen hätte ausfallen müssen. Bei der vorgeeschlagenen Regelung aber würde der Richter in der Lage sein, die Kosten gegeneinander aufzuheben, was sicher in den meisten Fällen als die befriedigendste Lösung empfunden würde. Man denke an die Unfallsprozesse, mag die Beweislast nun — normalerweise — beim Kläger oder — wie bei der Inanspruchnahme aus dem KraftG. — beim Beklagten liegen.

Günstiger aber noch würde sich die Möglichkeit einer Kostenentscheidung nach billigem Ermessen in den Fällen auswirken, in denen schon grundsätzlich auch eine Entscheidung in der Hauptsache von einer ins freie und billige Ermessen gestellten richterlichen Beurteilung der Tatumstände abhängt. Z. B. muß bei der Mietaufhebungsfrage aus § 2 MietSchG. (unzumutbare Belästigung) für ein klagezuprechendes Urteil in der Hauptsache zwar der Nachweis einer erheblichen schuldhaften Belästigung gefordert werden, schon

²⁾ Vgl. auch OLG. Frankfurt a. M.: ZW. 1933, 1738 und Nr. 5 d. Aufs. in ZW. 1933, 1986.

¹⁾ Vgl. auch OLG. Berlin: ZW. 1933, 2079.

wegen der schweren wirtschaftlichen Folgen eines solchen Urteils. Es würde aber sicher ganz unbillig sein, wenn bei Erledigung der Hauptsache durch Auszug des Beklagten diesen nicht die Kostenlast schon dann treffen sollte, wenn er sich einer die Voraussetzungen der Unzumutbarkeit nicht vollständig erfüllenden Belästigungen der Schuldig gemacht hat. Schon bisher hat wohl der praktisch denkende Richter dieses wünschenswerte Ergebnis herbeigeführt, aber er mußte dann unerwünschterweise, um eine seiner richtigen Überzeugung entsprechende Kostenentscheidung fällen zu können, die seiner Überzeugung widersprechende Begründung geben, daß die Belästigung als unzumutbar auch zur Aufhebung des Mietverhältnisses genügt haben würde. Ähnliches gilt für den Fall der Erledigung von Ehecheidungsklagen aus § 1563 BGB. u. ä.

Das Ermessen des Richters müßte ihm auch freistellen, eine Beweiserhebung, die er zur Hauptsache notfalls noch anordnen würde, für die bloße Kostenentscheidung zu unterlassen, auch wenn die Kosten der Beweisaufnahme nicht unverhältnismäßig höher sind als die das Streitobjekt bildenden Prozeßkosten.

Da die von Riedinger vorgeschlagene Lösung, daß die Kosten nach billigem Ermessen „zu verteilen“ sind, zu Zweifeln insofern Anlaß geben könnte, als dem Wortlaut nach eine völlige Belastung einer einzigen Partei nicht davon umfaßt ist, würde die Fassung wohl besser lauten, daß „über die Kosten nach billigem Ermessen zu entscheiden ist“.

WR. u. OR. Dr. Vins, Köln.

II.

Riedinger: JW. 1933, 1750 kommt zu dem Ergebnis, daß es theoretisch nicht zu rechtfertigen sei, ein nach Beweiserhebung erfolgtes Anerkennung als „sofortig“ anzusehen, und daß die dahingehenden Versuche auf ein lediglich mit dem praktischen Bedürfnis entschuldbares Ausnahmerecht für Interventionsprozesse hinauslaufen.

Dem kann nicht zugestimmt werden.

Die Frage liegt viel einfacher, als die Praxis meist anzunehmen geneigt ist. § 93 ZPO. stellt den im Prozeß anerkennenden Beklagten von der Kostenpflicht frei, wenn er zur Erhebung der Klage keinen Anlaß gegeben hat und sofort anerkennt.

Es ist verfehlt und praktisch ergebnislos, hier nach bestimmten formalen Momenten und Daten des Prozeßbetriebs zu suchen, vielmehr geht es um die Anwendung des das gesamte Rechtsleben und auch das Prozeßrecht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr. Daß es sich nicht um starres Formalrecht handelt, liegt bei der Frage nach dem Anlaß zur Klagerhebung an der Oberfläche, die Sofortigkeit aber ist von jener Frage nicht zu trennen. Der Begriff „sofort“ setzt einen im Gesetz nicht genannten Ausgangspunkt voraus, auch dann bleibt er noch dehnbar. Heißt sofort: Postwendend nach der Aufforderung, oder nach Zustellung der Klage, oder im Termin, oder nach streitiger Verhandlung, hat der Beklagte eine Überlegungsfrist usw.? Das Gesetz hat es wohlweislich vermieden, den Richter festzulegen. Die Auslegung kann nur aus dem Sinn des Gesetzes in freier Würdigung der Lage des Einzelfalles gesucht werden.

Der Pfändungsgläubiger hält sich an Sachen, die dem äußeren Besitzstande nach zum Vermögen des Schuldners gehören, und der Interventient stützt sich auf Vorgänge, die dem vermuteten Tatbestande zuwiderlaufen. Eine ähnliche Lage kommt auch in vielen anderen Rechtsverhältnissen vor. Es ist eine nicht beweisbedürftige Selbstverständlichkeit, daß der in seinem Recht Beeinträchtigte vor Erhebung der Klage zunächst an den Gegner heranzutreten und ihn über das von ihm in Anspruch genommene bessere Recht aufzuklären hat, und es heißt oft Gefagtes wiederholen, wenn darauf hingewiesen wird, daß der Interventient den behaupteten Tatbestand Stück für Stück durch greifbare Tatsachen und Daten darzulegen hat. Treu und Glauben im Verkehr und der Grundsatz, daß unnötige Prozesse zu vermeiden sind, gebieten eine so eingehende Darlegung, daß der Beklagte in die Lage versetzt wird, sich selbst ein Urteil zu bilden. Im ernsthaften und ehrlichen Rechtsverkehr ist es nicht anständig, dem Gegner durch Angabe verschleierte Tatbestände Rätsel aufzugeben und Fallen zu stellen. Ob die Auseinandersetzung sich vor oder nach Klagerhebung vollzieht, tut hier nichts zur Sache. Der Prozeß ist seiner Zweckbestimmung nach Nothbehelf, wenn der Gegner sich einer besonderen Einsicht verschließt. Solange die Klage nicht ausreichend substantiiert ist, kann dem Beklagten ein Anerkennung nicht zugemutet werden; nach ausreichender Substantiierung muß er sich schlüssig machen. Das „sofort“ des § 93 ZPO. kann hiernach nicht auf die Zustellung irgendeiner, wenn auch noch so oberflächlich begründeten, sondern nur auf die Erhebung einer dem Gesetz genügenden Klage abgestellt werden.

Die Frage, ob ein Anerkennung nach Beweiserhebung noch als sofortig gelten kann, könnte gar nicht auftauchen, wenn die Gerichte sich an die Prozeßordnung — § 253 Ziff. 2 ZPO. — halten und eine Beweisaufnahme vor gehöriger Substantiierung der Klage ablehnen wollten. Hierauf wird allenthalben ver-

stoßen und zum Schaden des Beklagten in falsch angebrachtem Wohlwollen und mit dem vermeintlichen Ziele, den Prozeß abzukürzen, auf dunkel gehaltene, nichtsfagende Rechtsbehauptungen hin ein Beweis erhoben. Dessen Ergebnis pflegt sich der Kläger dann anzueignen und passend zu ergänzen. Erkennt der Beklagte nunmehr an, so wird er noch mit der Aufbürdung der Kosten bestraft! Viel kürzer und im Ergebnis richtiger ist es, dem Kläger durch Zwischenverfügung die Ergänzung der Klage aufzugeben und ihn notfalls abzuweisen. Der Fehler einer mangelhaften Prozeßleitung aber kann sich nicht zum Schaden einer Partei auswirken. Folgt die Substantiierung der Beweiserhebung nach, so steht nichts im Wege, ein Anerkennung noch als sofortig anzusehen.

Diese vom 27. ZivSen. des RG. in jahrelanger Praxis — JW. 1928, 2732; 1929, 118 (vgl. auch 1929, 565) — angewendeten Grundsätze stellen auch kein Ausnahmerecht für Interventionsklagen dar. Als bloße Anwendungsfälle des Gebotes von Treu und Glauben und Ausfluß der für alle Prozesse geltenden Substantiierungspflicht haben sie Anspruch auf Allgemeingeltung. Ausnahmen wären unter keinen Umständen zu rechtfertigen. Richtig ist nur, daß in Interventionsprozessen gegen die Gebote der Substantiierung besonders häufig verstoßen wird, und daß eine mangelhafte Prozeßleitung hier allenthalben sich bemerkbar macht. Der Grund für die Rechtsunsicherheit liegt — wie so oft — nicht im Gesetz, sondern in der weitverbreiteten Scheu des Richters, von dem ihm an die Hand gegebenen Rechte der Prozeßleitung und freier Würdigung des Sachverhalts Gebrauch zu machen.

Dem Vorschlage, in Fällen des § 93 ZPO. eine angemessene Verteilung der Kosten nachzulassen, steht allerdings das Bedenken entgegen, daß eine derartige Befugnis zur Verschommenheit verleitet; indessen wäre sie immer noch dem bisherigen Zustande der Verfahrenheit vorzuziehen.

WR. Dr. Scholtz, Berlin.

Das Widerspruchs- und Prozeßverfahren bei der außerordentlichen Kündigung nach den Gesetzen vom 7. April 1933.

Den Ausführungen Wunderlich: JW. 1933, 1983 wird man nicht in vollem Umfange zustimmen können.

Das AG. Berlin-Mitte hat sich in der von Wunderlich besprochenen Entscheidung auf den Standpunkt gestellt, daß im Widerspruchsverfahren des Gesetzes v. 7. April 1933 auch über die Zulässigkeit der Kündigung an sich ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Parteien zu entscheiden sei. Dem gegenüber vertritt Günther (GrundG. 1933, 417), dem sich Wunderlich anschließt, die Ansicht, daß im Widerspruchsverfahren nicht über die materiellrechtliche Gültigkeit der Kündigung, sondern lediglich über ihre soziale Berechtigung zu befinden sei.

Auf diese Streitfrage soll hier nicht näher eingegangen werden. Es sei nur bemerkt, daß die Ansicht des AG. Berlin-Mitte auch von Zieger (Ges. üb. d. Kündigungsrecht § 2 Anm. 5 u. 6) geteilt wird. M. E. entspricht sie den praktischen Bedürfnissen besser. Vertritt man aber den Standpunkt, daß im Widerspruchsverfahren nicht über die materiellrechtliche Gültigkeit der Kündigung zu entscheiden ist, dann erscheint es nicht folgerichtig, wenn Wunderlich unter A ausführt, die außerordentliche Kündigung sei beim Unterlassen des Widerspruchs auf alle Fälle wirksam, und zwar selbst dann, wenn eine rechtlich unzulässige Kündigung vorliegt. Eine negative Feststellungsklage beim Prozeßgericht müsse als unzulässig abgewiesen werden.

Diese Ansicht ist m. E. nicht haltbar. Die Folge davon wäre, daß der Vermieter auch dann Widerspruch erheben müßte, wenn er dem Mieter überhaupt die Kündigungsbefugnis abstreitet. Es ist aber nicht einzusehen, welchen Sinn der Widerspruch in diesem Falle haben soll, wenn zur Entscheidung dieser Frage das Gericht im Widerspruchsverfahren gar nicht zuständig ist. Der Vermieter würde dadurch nur unnötige Kosten haben, da sein Widerspruch zurückgewiesen werden müßte. Es kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, vom Vermieter auch dann die Erhebung des Widerspruchs zu verlangen, wenn er von vornherein mit seinem Unterliegen rechnen muß. Daher muß unter Ablehnung der Ansicht Wunderlich's daran festgehalten werden, daß eine unzulässige Kündigung auch beim Unterlassen des Widerspruchs rechtlich unwirksam bleibt. Der Vermieter, der die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung überhaupt bestreitet, braucht daher keinen Widerspruch zu erheben, sondern kann sich darauf auch im ordentlichen Prozeßverfahren einbeweisen oder durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage berufen.

Die hier vertretene Ansicht deckt sich mit der Günther's, der a. a. O. zu § 2 unter Ziff. 2 Abs. 2 ausführt: „Hat dagegen das AG. den Widerspruch des Vermieters zurückgewiesen, so ist die Kündigung unbedingt wirksam, wenn sie nach § 1 zu Recht erfolgt ist. Ebenso liegt es, wenn der Vermieter den Widerspruch überhaupt unterlassen hat.“

WR. Dr. Lutz, Dresden.

Nachmals Einzelrichter, Armenrecht und Entwurf einer PO.

Fiedler: *JW.* 1933, 1573 ist mit dem Hinweis auf Teil 9 § 5 *W.* v. 1. Dez. 1930 im Recht. Allerdings ist die *W.* von Danzig nicht übernommen. Inwiefern aus dem Hinweis auf die genannte *W.* aber die „volle Berechtigung“ der deutschen *Rspr.* folgt, vermag ich nicht einzusehen. Der Einzelrichter des *LG.* erster Instanz entscheidet auch nach deutschem Recht nicht endgültig; seine Entsch. unterliegt vielmehr der Beschw. an das

OLG. (§ 350 Abs. 2 *PO.*). Es liegt deshalb keine Gefahr darin, dem Einzelrichter des *LG.* erster Instanz auch die Ablehnung des Armenrechts zuzuweisen.

Im übrigen wird die von mir vorgeschlagene Neufassung des Entw. durch die Ausführungen Fiedlers nicht berührt. Denn wenn nach deutschem — anders wie nach Danziger — Recht die Entsch. auch des *LG.* als *W.* über die Verjagung des Armenrechts unanfechtbar ist, so ist ja gerade nach der vorgeschlagenen Fassung die Zuständigkeit des Einzelrichters nicht gegeben.

DOR. Dr. Rumpf, Danzig.

Schrifttum.

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

Herbert Meyer: *Recht und Volkstum.* Weimar. Verlag Hermann Böhlau Nachf. Preis brosch. 1,10 *RM.*

Was dem Buch seinen besonderen Wert verleiht, das ist die Tatsache, daß sein Inhalt als Rede bereits vor vier Jahren kundgegeben wurde, also kein Erzeugnis der Konjunktur ist. Wie ja schon der Titel sagt, sollen die Zusammenhänge zwischen Volk und Recht aufgezeigt werden. Da unser geltendes Recht auf zwei Wurzeln zurückgeht, nämlich auf deutsche und römische Grundlagen, so nimmt die Darstellung dieses Gegenstandes einen breiten Raum ein. Richtig betont der Verf., daß man sich bei dieser Auseinandersetzung nicht auf Redensarten stützen darf, und verweist auf Otto v. Guericke, der als Prophet die Wahrheit verkündet habe.

Auch sonst wird die Einstellung der verschiedenen Rechtsschulen zum Deutschen Recht geschildert. Besonders interessant und anregend ist des Verf. Meinung über die im Zeitraum der Vorgeschichte liegende und daher mit unseren heutigen Mitteln nicht restlos zu lösende Frage der gemeinsamen Grundlagen der indogermanischen Rechte und ihren Zusammenhang mit anderen Völkern. Hier wird auch die Streitfrage berührt, ob die Stufentheorie richtig ist, und sie wird für die Rechtsentwicklung abgelehnt.

Im folgenden wird gesagt, daß im allgemeinen in die römische Form ein deutscher Inhalt gegossen wurde. So ist das Fideikommiß ebenso wie die Hypothek inhaltlich rein deutsch, ebenso wie das bei einer Reihe anderer Rechtsinstitute festgelegt werden kann.

Verf. kommt zu dem Ergebnis, daß sich zwar Rechtsätze und Institute mit den Zeiten und Bedürfnissen wandeln, daß aber die großen Grundgedanken bleiben, in denen sich Volkscharakter und nationale Weltanschauung spiegeln.

Als Besonderheiten unseres deutschen Rechts werden hervorgehoben die soziale Gebundenheit des Privatrechts, der Gedanke der Kundbarkeit, das Veranlassungsprinzip.

Selbst aber wenn das Gesetz aus fremden Quellen schöpfe, sei es Aufgabe der Rechtspflege, die Grundsätze des Volksrechts zu berücksichtigen.

Das Buch ist mit einem Anhang zahlreicher Anmerkungen versehen, die einerseits auf das rechtshistorische Schrifttum verweisen, andererseits die Verbindung der Ausführungen mit der Ibeiwelt des Nationalsozialismus herstellen. Ohne uns auf Otto v. Guericke so unbedingt festzulegen, wie es der Verf. tut, kann gesagt werden, daß das Buch wertvolle Gedanken enthält und einen Wegweiser zum tieferen Eindringen in das Wesen deutschen Rechts darstellt.

DRegR. Schraut, Berlin.

Stein-Jonas: *Kommentar zur Zivilprozessordnung.* 15. neu bearb. Aufl., Bief. 1. §§ 1—107. Tübingen 1933. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Subskriptionpreis 10,80 *RM.*, Einzelpreis 14,40 *RM.*

Besprechung folgt demnächst.

Dr. Franz Rudolf Kaestner: *Die rechtliche Natur der unvollkommenen Verbindlichkeiten.* (Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen. 16. Hest.) Leipzig 1933. U. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl. Preis geh. 3,80 *RM.*

Die Untersuchungen des Verf. beginnen mit den geschichtlichen Grundlagen der sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten. Es werden zunächst (§ 3—23) Begriff, Wesen, Wirkungen und Fälle der Naturalobligation des gemeinen Rechts sowie die Naturalobligation der klassischen Zeit im Lichte der modernen Forschung behandelt, und zwar unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungen Sibers. Sodann werden die Begriffe Schuld und Haftung nach deutschem und römischem Recht als die andere

historische Grundlage der heutigen dogmatischen Auffassung (Schuld ohne Haftung) dargestellt (§ 23—29). Der historische Teil schließt mit den unvollkommenen Verbindlichkeiten in den Partikularrechten, wobei das *PrAR.* und der Code civil — letzterer allerdings sehr kurz und ohne Berücksichtigung des franzöf. Schrifttums und der *Rspr.* — behandelt werden. (In allen diesen Fällen hätte der Verf. die für das geltende Recht wertvollen Erkenntnisse wohl noch stärker herausarbeiten können.)

Die dann folgenden dogmatischen Ausführungen verdienen volle Anerkennung. Zur allgemeinen Grundlegung geht der Verf. von den Begriffen der Naturalobligation, der Schulden ohne Haftung und der unklagbaren Ansprüche im Sinne Reichels (Fheringsf. 59, 60) an die sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten heran. Die Konstruktion der Schuld ohne Haftung lehnt er ab (§ 38 ff.), weil Schuld und Haftung im Recht des *BGB.* eine untrennbare Einheit seien, wobei allerdings die „Haftung“ nicht zu eng aufgefaßt werden dürfe. (Verf. hätte hier noch Tige, Recht der Schuldverhältnisse S. 5 anführen können.) Besonderen Nachdruck legt er auf den Nachweis, daß die „Erfüllbarkeit“ noch keinen Beweis für eine Schuld (ohne Haftung) bedeutet (z. B. S. 44, 46, 51). Zur Rechtfertigung dieser Auffassung schließt er sich (§ 45 ff.) der Sibera'schen Lehre vom Erwerbgrund (deutlicher vielleicht: Erwerbsrechtfertigungsgrund) und vom Rechtsgrundgeschäft an; die Fälle der sog. reinen Schulden sind dann nicht verpflichtende, sondern „bloße“ Rechtsgrundgeschäfte.

Der Hauptteil der Arbeit (§ 48—100) bringt nun die Anwendung dieser dogmatischen Erkenntnisse auf die einzelnen in Frage kommenden Fälle. Es werden u. a. behandelt: §§ 762, 656, 764, 313, 518, 766, 814, 222, 1297, 110, 1000 ff., 1394 *BGB.*; §§ 50 ff. *BörsG.*; § 15 Abs. 4 *GmbHG.*; § 193 *RD.*; § 73 *VerglD.*; die Pflicht des Bezogenen im Schecks, Wechsel- und Anweisungsgeschäft; die rechtskräftig zu Unrecht abgewiesene Forderung; der nichtaufgewertete Teil des Goldmarkbetrages einer aufzuwertenden Markforderung. Erstreulich ist, daß Verf. überall dem Zweck der einzelnen Vorschriften und den zu schützenden Interessen nachgeht; die sich daraus für die dogmatische Auffassung ergebenden Folgerungen lassen sich allerdings bisweilen methodisch noch sicherer begründen. Aus dem Schrifttum fehlt: Rudolf Schmid, Die rechtliche Wirkung der Befolgung sittlicher Pflichten, *RGFeftg.* II S. 25 ff.

Im Ergebnis kommt der Verf. zur Feststellung einer ganz verschiedenen rechtlichen Natur der sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten: teilweise sind sie vollständige Obligationen, seltener unklagbare Ansprüche (wo einige, aber nicht alle Haftungswirkungen fehlen); vielfach aber (z. B. bei Spiel und Wette) besteht überhaupt keine Schuld, gewisse rechtliche Wirkungen des Tatbestandes sind mit der Lehre vom Erwerbgrund gerechtfertigt. Niemals aber findet sich eine Schuld ohne Haftung.

Die Arbeit des Verf. zeichnet sich aus durch eine klare dogmatische Grundlegung und eine gute Darstellung der Anwendungsfälle. Sowohl zu der Ablehnung der „Schuld ohne Haftung“ wie zur Begründung der Lehre vom Erwerbgrund hat der Verf. einen wertvollen und im Grundsätzlichen überzeugenden Beitrag geliefert.

PrivDoz. Dr. W. Siebert, Halle a. S.

Alf Hof: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis.*

Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft. 1933. 456 S. Preis brosch. 15 *RM.*

Das Buch soll hier nur in bezug auf seine vorbereitende Kritik der Rechtswissenschaft gewürdigt werden. Hier gehört es zu jener in Deutschland fastjam bekannnten Literatur, welche sich an dem gegenwärtigen Tiefstand der offiziellen Rechtsphilosophie selbst emporkritisiert und große Besprechungen in bezug auf die kommende eigene Rechtsphilosophie am eigenen Beginne macht. Denn erst, wenn weitere drei Bände — sollten diese im gleichen Umfang wie der vorliegende ausfallen, dann kann man sich auf

die Lesung von insgesamt 2000 Seiten in Großformat gefakt machen! — dem Verfasser gelungen sind, hofft er in dem vierten Bande die Kritik durch einen positiven Beitrag zur Bestimmung der Aufgabe und Methode der Rechtswissenschaft ausbauen zu können. Auch gegenüber dieser Bescheidenheit des Verfassers in bezug auf seine eigenen Zukunftsleistungen müssen wir nach dem bisher Gebotenen recht skeptisch sein. Denn wenn dieses sich auch völlig in einer negativen gelegentlichen Tendenz zur Rechtskritik erschöpft, ist das ganze doch ein Fehltritt. R o ß führt den alten Windmühlkampf auf gegen den Willen, das Interesse, die Pflicht, während es außerhalb der offiziellen Rechtsphilosophen, wenigstens in Deutschland, längst Allgemeingut geworden ist, daß es sich hier für die Philosophie vom Recht nicht um lekte, sondern nur um vorlekte Dinge handelt. Zu diesen selbst vorzubringen, ist R o ß versagt geblieben. Dazu wäre er nur imstande, wenn er über die bisherigen Problemstellungen hinaus zu einer eigenen und selbständigen, originären Schau des Rechts in seiner Gesamtheit und in seiner materialen Inhaltlichkeit hätte vorzubringen vermögen, wie es z. B. die dynamische Betrachtung der Rechtswirklichkeit auf wertwissenschaftlicher Grundlage längst erreicht hat. Was R o ß in seinem Vorwort von dem Eindruck sagt, den ein Philosoph vom Fach von den Rechtsphilosophen häufig gewinnt, deren Schöpfungen ihm höchst unwissenschaftlich und wenig original vorkommen, möge R o ß selbst für seine eigenen weiteren Veröffentlichungen warm beherzigen. Denn mit derselben Freiheit, die er für sich in Anspruch nimmt, möge ihm mit seinen eigenen Worten bestätigt werden, daß seine bisher vorliegenden rechtsphilosophischen Forschungsergebnisse und die hierbei offenbar gewordene „spinnwebbinne Verbindung mit den Problemen und Begriffen der Rechtswissenschaft den unangenehmen Verdacht aufkommen lassen, daß Rechtsphilosophie, juristisch gesehen, eine Mischung von Dilettantismus und unsinnigem Tiefsein sei.“

Priv.-Doz. Dr. F. A. Müller-Eisert, Berlin.

Staatsrat Dr. h. c. Wilhelm v. Henle: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung nebst Einführungsgezet und Ausführungsverordnungen. Mit Einleitung, Anmerkungen und Sachverzeichnis. Bearbeitet von Oberstaatsanwalt Eugen Henle, Augsburg. 5. Aufl. München 1933. C. F. Beck'sche Verlagsbuchh. Preis Reinenband 8 RM.

Die Neuauflage dieses Buches muß begrüßt werden, da sie für die Praxis ungemein wichtig ist. Gerade für den Praktiker ist das Werk wertvoll, nicht nur ob seiner Handlichkeit, sondern besonders wegen der Übersichtlichkeit und der raschen Auffindungsmöglichkeit. Die knappe und klare Fassung des Textes gibt ein Nachschlagewerk von besonderem Wert. Das Werk geht über den Rahmen einer Erläuterung weit hinaus und führt das für die Praxis notwendige Schrifttum an. Der Verf. nimmt in zahlreichen Fällen eigene Stellung, in klarer, deutlicher Sprache.

Die Angabe der landesrechtlichen Bestimmungen ist sehr zweckmäßig und, nachdem die Ungenauigkeit der 4. Aufl. bei § 25 Anm. 3 nunmehr richtiggestellt ist, auch auf den neuesten Stand gebracht. Gerade die Einfügung der landesrechtlichen Ausföhr. in die Gesetzesbesprechung erleichtert das Suchen und die Auskunftserteilung bei landesrechtlichen Verschiedenheiten. Nur hätte bei § 13 Anm. 1 bei Einföhr. noch die für die Praxis wichtige Regelung, daß die Versteigerung des Armenrechtsgesuches stets dem AG. verbleibt, angeführt werden sollen. Die für Bayern angeführten Entsch. Bd. 28, 758 u. 790 treffen diese Frage überhaupt nicht. Vielmehr wird sowohl in Baden als auch in Bayern die Zuständigkeit des AG. daraus abgeleitet, daß § 13 Einföhr. eine Überweisung dieser Entsch. an das Notariat gar nicht treffen konnte, da es sich nicht um eine im Vorverstöhr. dem Vollstör. zugewiesene Amtshandlung, sondern um eine Entsch. auf Grund der ZPD. handelt.

Gerade wegen der Verwertung des Buches in der Praxis, besonders bei Terminen außerhalb des Gerichtszirkels am Orte des beschlagnahmten Grundbesitzes, hätte sich vielleicht die Einreihung der Vorschriften des Zwangsvollstreckungsnotrechtes in die Erläuterung des Gesetzes empfohlen, wie dies z. B. bei § 31 Anm. 8 geschehen ist. Daburdh wäre ein doppeltes Suchen vermieden worden. Die Vorschrift des § 3 W. v. 26. Mai 1933 ist auf alle Fälle eine bleibende Regelung, die zu dem Gesetz selbst gehört.

Die für den Praktiker in Betracht kommende Fülle des Stoffes ist beinahe lückenlos gemeinert. Wesentlich wäre vielleicht für gegenwärtige Fälle gewesen, bei der Einföhrung in das Notrecht einzuföhren, daß die Schutzbestimmungen in erster Linie nur für deutsche Schuldner gelten (W. I Berlin v. 5. Juli 1933: JW. 1933, 1785), daß ein Verzicht auf den Vollstreckungsschutz schließlich nur bei landwirtschaftlichem Grundbesitz möglich ist (§ 105 Wf. 3 Entschöhr.); bei § 150 hätte noch angeführt werden können, daß nach verschiedenen landesrechtlichen Vorschriften der Zwangsverwalter aus der Reihe

listenmäßig geföhrt Personen (z. B. in Bayern W. v. 27. März 1933) zu entnehmen ist, bei § 152, daß der Zwangsverwalter die Ausgabe und Verwertung der Steuergutscheine herbeiföhren muß usw.

Der Anm. 2 zu § 113 muß widersprochen werden, da diese Meinung dem nationalsozialistischen Empfinden widerspricht. Der Beamte, der auftragsgemäß oder zuständigkeitshalber einen Teilungsplan entwirft, kann hierfür nicht als Rechnungssachverständiger Gebühren beanspruchen, gleichgültig, ob der Plan einfach oder schwierig ist, ob er außerhalb der üblichen Amtsstunden entworfen wird oder nicht. In manchen Gegenden ist auf Grund dieser Ansicht sogar eine regelmäßige Übung dieses Verfahrens entstanden. Der festen Gehalt beziehende Beamte hat sich aber seiner Amtspflicht und seines Auftrages stets voll und ganz und ohne weiteres Entgelt zu unterziehen, auch wenn der Fall schwieriger und zeitraubender ist.

Notar Dr. W. Beyer, Bad Dürkheim.

Pagenstecher: Vorträge über Konkursrecht. Gesehen 1932. Verlag Emil Roth. Preis kart. 4 RM.

Das äußerlich unscheinbare Werk des bekannten Zivilprozessrechtstehers behandelt in kurzer, knapper, aber überaus erschöpfender Weise die Grundzüge des geltenden Konkursrechtes. Das Buch ist an Hand einiger Vorträge entstanden, die der Verf. i. J. 1924 vor Bühnerevisoren in Frankfurt a. M. gehalten hat. Es ist daher in erster Linie für Nichtjuristen bestimmt, die im Wirtschaftsleben stehen und die heute nach den einschlägigen Prüfungsbestimmungen ebenfalls positive Kenntnisse des Konkursrechtes vorweisen müssen. Daneben ist die Arbeit aber auch durch ihre leicht faßliche Art für Studierende des Rechts und der Volkswirtschaft wie geschaffen, zumal ein großer Teil des 150 Druckseiten umfassenden Bändchens mit aus der Praxis entnommenen Beispielen versehen ist, die auch den Studierenden das Verstehen der gesetzlichen Bestimmungen außerordentlich erleichtern. Gerade diese Beispiele geben dem Buch einen ganz besonderen Charakter, wenn man berücksichtigt, daß der Verf. einzelne komplizierte Gesetzesbestimmungen lediglich an Hand dieser Beispiele zu erklären versucht (§ 38 RD. S. 98).

Das Werk füllt m. E. eine wesentliche Lücke auf dem Gebiete der Konkursliteratur aus. Wie der Verf. in seinem Vorwort zu Recht ausführt, fehlt gerade Nichtjuristen sehr oft ein leicht faßlicher Überblick über die gesamte Materie, der das Verständnis für die Bestimmungen der einzelnen konkursrechtlichen Vorschriften zueinander erleichtert. In der Literatur nehmen neben Handbüchern und Kommentaren des Konkursrechtes, die oft in ziemlich umständlicher Weise ohne Beispiele das geltende Recht zu erläutern versuchen, die sog. Pauk- und Examenbücher, einen ziemlich umfangreichen, ohne daß dieselben meist das Verständnis des Gesetzes erleichtern oder irgendeinen wissenschaftlichen Wert besitzen. Das vom Verf. selbst herangezogene, von vielen Studierenden benutzte Büchlein von Reich (Grundzüge des Konkursrechtes, Mannheim 1925) hat auf diesem Gebiete zuerst versucht, sowohl die Vorzüge eines Lehrbuches wie auch eines Examenwerkes zu vereinen. Auf ähnlicher Basis wurde das vorliegende Werk geschaffen, das darüber hinaus auch Kenntnisse der in das Konkursrecht hineinragenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu vermitteln sucht.

Das einzige, was man vielleicht vermischen könnte, obwohl das Buch für Praktiker bestimmt ist, wäre ein kurzes, schlagwortartiges Eingehen auf die geschichtliche Entwicklung des Konkursrechtes. Gerade heute, da das alte deutsche Recht bei allen Prüfungen wieder in den Vordergrund rückt, dürfte es allgemeines Interesse erregen, erwähnt zu finden, welchem Rechtssystem die konkursrechtlichen Grundzüge angelehnt und welche Gedanken des germanischen Rechts übernommen sind. Z. B. würden Anknüpfungen an das frühere Recht in den alten Handels- und Hansastädten, wie Lübeck, Augsburg und Nürnberg, bei Besprechung des Grundgesetzes der verhältnismäßigen Befriedigung im Konkursrecht möglich sein.

Sonst ist begrüßenswert, daß der Verf. eingehenden Abhandlungen über reine Theorien dort aus dem Wege geht, wo die Rechtsprechung des RG. seit langem unzweideutig die Wege für die Rechtsfindung geföhrt hat (z. B. Frage der Rechtsstellung des Konkursverwalters S. 34). Andererseits finden sich überall eingehende Literaturnachweise, so daß der interessierte Leser sich jederzeit in die berührten Fragen weiter vertiefen kann. Hervorzuheben ist endlich, daß Fragen, die den Praktikern täglich begegnen und deren Lösung für den Nichtjuristen an Hand der konkursrechtlichen Bestimmungen ohne weiteres nicht erhellen, in besonderen Kapiteln behandelt werden. So sind u. a. in besonderen Abschnitten folgende wichtige Probleme erörtert worden: Der Widerspruch des Konkursverwalters im Prüfungstermin wegen Vorliegens eines Anfechtungsgrundes (S. 110). Welche Bedeutung hat das Bestreiten des Gemeinschuldners im Prüfungstermin? (S. 112). Welche Folgen hat es, wenn bei Abschlagsverteilungen Konkursforderungen nicht berücksichtigt werden? (S. 119).

Alles in allem kann die Lektüre des vorgenannten Buches nur empfohlen werden.

RA. Dr. Wilhelm Pée, Halberstadt.

Das badische Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit mit Vollzugsvorschriften. Erläutert von Landgerichtsdirektor Richard Küger in Freiburg, und Ministerialrat Dr. Joseph Siefert im badischen Justizministerium. Karlsruhe 1933. Verlag C. F. Müller. Preis geb. 30 RM.

Die beiden Verf., die mit gebiegem wissenschaftlichen Rüstzeug eine tiefe Kenntnis der Bedürfnisse des Rechtslebens und der Anforderungen der Praxis verbinden, haben sich das Ziel gesetzt, ein neues Erläuterungsbuch zu schaffen, das die Ergebnisse der Rechtsprechung und Wissenschaft zusammen mit den praktischen Erfahrungen zur Darstellung bringt und den Zusammenhang zwischen Reichs- und Landesrecht klarstellt. Dieses Ziel haben sie erreicht.

Auf eine vortreffliche Einleitung, in der das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ihr Verhältnis zur streitigen Gerichtsbarkeit dargelegt wird, Zuständigkeitsfragen behandelt werden und ein Überblick über die Geschichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Reich und in Baden geboten wird, folgt zunächst der Wortlaut des Landesgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FVG.). Ihm schließt sich (S. 49—377) als Kern des ganzen Werkes das sorgfältig erläuterte Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (FVG.) an. Es folgen S. 378—414 die W.D. des Staatsministeriums über die Ausführung des BGB. und damit zusammenhängender Gesetze (Allgemeine Ausführungsverordnung: A.V.) mit Anmerkungen und S. 415—614 die eingehend erläuterte W.D. über die freiwillige Gerichtsbarkeit (FVG.).

Das Buch, das seine Entstehung einer Anregung des badischen Justizministeriums verdankt, ist nicht nur ein vortreffliches Nachschlagewerk für den badischen Juristen, sondern weit über die Landesgrenzen hinaus eine wertvolle Bereicherung des Schrifttums zur freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Gerade in der sorgfältigen Erläuterung zunächst der reichsrechtlichen Vorschriften, auf denen die landesrechtliche Regelung beruht, liegt der Hauptwert und die Eigenart des Buchs. Diese Erläuterungen bilden zusammenfassend einen ausgezeichneten, lehrbuchartigen Kommentar zu den wichtigsten Bestimmungen des FVG. und zu den in Betracht kommenden, insbes. ebrechtlichen und güterrechtlichen Vorschriften des BGB. Die Verf. haben sich nirgends auf bloße Worterklärungen oder auf Verweisungen auf das Schrifttum und die Rechtsprechung, die beide übrigens sorgfältig berücksichtigt sind, beschränkt, sondern in großem Umfange systematische, wissenschaftliche Abhandlungen über alle wichtigen Fragen, die mit dem erläuterten Stoff in Zusammenhang stehen, geliefert. Zu den wissenschaftlichen Streitfragen wird kurz aber entschiedene Stellung genommen, und immer wieder werden aus reicher praktischer Erfahrung heraus wertvolle Winke für eine vernünftige Auslegung und Anwendung der Vorschriften gegeben. Besonders willkommen werden dem Praktiker die im Anhang S. 615/84 dem Buche beigegebenen Muster wichtiger Urkunden sein, nämlich:

1. Nachlassverzeichnis bei gefälligem Güterstand mit Erbteilübertragungsvertrag, 2. Nachlassverzeichnis bei (übergleiteter) Erbschaftsgemeinschaft mit Auseinandersetzung, 3. Vermögensübergabe als vorweggenommene Teilung mit Ehe- und Erbvertrag der Übergeber und Erbverzicht der Übernehmer, 4. Ehevertrag mit Erbschaftsgemeinschaft und Erbvertrag, 5. Ehevertrag mit allgemeiner Gütergemeinschaft und Erbvertrag mit bäuerlichem Heimfallsrecht, 6. Testament und 7. Grundstücksversteigerung durch den Bürgermeister im Auftrag des Notariats.

Kaum eine der meist recht schwierigen Zweifelsfragen, die sich bei der Nachlassverzeichnung und der Erbauseinandersetzung ergeben, ist übergangen; die Abrechnung unter den Ehegatten und die Ausgleichung der Vorempfänge, jeweils unter Berücksichtigung des Aufwertungsrechts, sind musterhaft behandelt. Auch der erfahrene Notar und ebenso der mit Erbchaftsstreitigkeiten besetzte Prozeßrichter und Rechtsanwalt werden mit großem Gewinn diese Muster, die in dieser Art in keiner der vorhandenen Musterammlungen zu finden sind, durcharbeiten. Dem jungen Juristen aber geben sie in bunter Fülle den wertvollsten Anschauungsunterricht.

Zusammenfassend darf gesagt werden, daß das neue Erläuterungsbuch der Wissenschaft und der Praxis viel zu bieten hat, und die Erwartung ist berechtigt, daß es auf dem behandelten Gebiet als eine bedeutungsvolle Förderung der Rechtspflege sich erweisen wird.

OBPrä. Brugier, Freiburg i. Br.

Der große Brockhaus. Handbuch des Wissens in zwanzig Bänden. 15. völlig neubearbeitete Auflage von Brockhaus' Konversations-Lexikon. Vierzehnter Band: Osu—Por. Leipzig 1933. F. A. Brockhaus. 792 S.

Allgemein darf hinsichtlich der großen Reichhaltigkeit und der staunenerregenden Zuverlässigkeit auf die Anzeige der früheren Bände verwiesen werden. Hervorgehoben sei nur ein juristischer Spezial-

artikel, dessen Inhalt auch manchem juristischen Praktiker wertvolle Belehrung zu bieten vermag. Über die kurze Darstellung des deutschen, österreichischen und schweizerischen Patentrechts hinaus enthält das Stichwort „Patent“ eine gedrängte Übersicht über die patentrechtliche Regelung in den wichtigsten Ländern (S. 235 ff.). Außer den Gesetzen, Patentbehörden und dem Gegenstand des Patentschutzes sind dort die für die Praxis so besonders wichtigen Gebührensätze und die Gültigkeitszeiten angegeben. At.

Eingegangene Bücher.

Karl Sturm, Direktor der See-Berufsgenossenschaft, Hamburg: Deutsche Schiffsicherheits-Vorschriften. Berlin 1933. Deutsche Verlagswerke Strauß, Vetter & Co. Preis 17,50 RM.

Dr. Paul Hans Piechotta: Der prima-facie-Beweis im See- und Binnenschiffahrtsrecht, insbes. im deutschen und englischen Recht. (Abhandl. der Rechts- und Staatswissenschaftl. Fakultät der Univ. Göttingen. 17. Heft.) Leipzig 1933. A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl. 122 S. Ladenpreis geb. 4 RM.

Schneilkartei der Reichssteuergesetze. Teil I: Die gesamten Reichssteuergesetze. 23. Ergänzungslieferung. August 1933. 24. Ergänzungslieferung. August 1933. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln.

Arbeitsrecht und Arbeiterschutz. Ergänzungsheft 1933 zur 3. Aufl. Nach dem Stande v. 15. Juli 1933. Mit Deckblättern zur Handausgabe Nr. 220. Herausgegeben von Dr. Max Leberer, Sektionschef a. D., und Dr. Viktor Suchanek, Sektionschef a. D. (Handausgabe österr. Gesetze und Verordnungen, Nr. 220 a.) Wien 1933. Druck und Verlag der Österr. Staatsdruckerei. Preis 1,90 RM.

Die Allgemeinen Entscheidungsgrundlagen des Ständigen Internationalen Gerichtshofes. Eine kritisch-würdigende Untersuchung über Art. 38 des Gerichtshof-Statuts von Dr. jur. Elfried Harle. (Völkerrechtliche Monographien. Heft 10.) Berlin 1933. Verlag von Franz Vahlen. Preis kart. 18 RM.

Preussisches Stempelsteuergesetz v. 27. Okt. 1924. Gesetz über die Änderung stempelsteuerrechtlicher Bestimmungen v. 23. Mai 1933 (GS. 186) nebst Rechtsmittelverordnung für die Stempelsteuer v. 23. Mai 1933 (GS. 192). Von Dr. Albert Henckes, O.V.D. in Berlin. Nachtrag. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis 0,60 RM.

Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgegeben von Dr. Heinrich Lang. 70. u. 71. Lief. 2. Bd. 2. Halbbd., Bog. 45—52. Wien 1933. Druck und Verlag der Österr. Staatsdruckerei. Preis der Doppellieferung 6,40 S.

Juan de Hinojosa Ferrer, Juez de Primera Instancia del Distrito núm. 2 de Madrid: El enjuiciamiento en el derecho del trabajo. 1. Auflage. Madrid 1933. Editorial Revista de Derecho Privado. VIII, 308 S. Preis 12 Peseten.

Joaquín Garrigues, Catedrático de la Universidad Central: Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas. 1. Auflage. Madrid 1933. Editorial Revista de Derecho Privado. VI, 121 S. Preis 6 Peseten.

Pío Ballesteros, Profesor de la Universidad de Madrid y ex Magistrado del Tribunal Supremo: La contribución territorial en España. Madrid 1933. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid. 1.8 S. Preis 5 Peseten.

Manuel Lopez-Rey y Arrojo, Juez de primera instancia e instrucción, Profesor auxiliar de derecho penal en la Universidad de Madrid y en el Instituto de Estudios Penales, y Felix Alvarez-Valdés, Secretario de la Sala segunda del Tribunal Supremo: El Nuevo Código Penal, Notas, Jurisprudencia. Tablas, Referencias etc. Serie A Vol X. Madrid 1933. Editorial Revista de Derecho Privado. IX, 651 S. Preis 16 Peseten.

José Luis Díez Pastor, Notario de Madrid: La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio, según la Constitución. Madrid 1933. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid. 82 S. Preis 4 Peseten.

Alfonso Maeso, Abogado, Consejero de Trabajo y del Instituto Nacional de Previsión: Accidentes del trabajo, comentarios y aclaraciones a la nueva ley y su reglamento. 1. Auflage. Madrid 1933. Editorial Revista de Derecho Privado. VIII, 254 S. Preis 12 Peseten.

Rechtssprechung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

I. Bürgerliches Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch und Genossenschaftsgesetz.

1. §§ 133, 157 BGB. Nachprüfung der Auslegung des BGB wegen Unmöglichkeit. Wird einem Makler für die Vermittlung eines Grundstücksverkaufs eine Provision mit der Abrede versprochen, daß diese schon am Tage der notariellen Beurkundung fällig und zahlbar sein solle, so ist die Provision auch verdient, wenn der Verkauf wegen Versagung der behördlichen Genehmigung scheitert. †)

Nach den für den Maklervertrag geltenden Vorschr. ist die Maklerprovision in der Regel erst verdient und damit fällig und zahlbar, wenn das zu vermittelnde Geschäft — nur um ein solches handelt es sich, da ausweislich des Provisionsscheins die zu gewinnenden Vertragsgegner dem Kl. bekannt waren — rechtswirksam zustande gekommen ist. Sie ist also nicht verdient, wenn das vermittelte Geschäft der Genehmigung einer Beh. bedarf und diese versagt wird. Da es sich bei der gesetzlichen Regelung um nachgiebiges Recht handelt, ist die Vereinbarung zulässig, daß die Entstehung der Provisionsforderung von der Entsch. der Beh. unabhängig sein solle. Das Vorliegen einer solchen Abrede muß aber angenommen werden, wenn der Provisionschein die Best. enthält, daß die Provision fällig und zahlbar ist am Tage der notariellen Verkaufsabbarung des zu vermittelnden Geschäftes. Die auch sonst im Geschäftsverkehr der Grundstücksmakler vorkommende Vertragsbest. entsprang, wie das RG. schon in Warn. 1927 Nr. 177 ausgeführt hat, dem Bedürfnis der Makler, sich dagegen zu schützen, daß sie, obwohl ein Abschluß zustande gekommen war, um die Vergütung für die geleistete Arbeit nur deshalb kamen, weil die behördliche Genehmigung versagt wurde. Der Vertragswille, daß die Provisionsforde-

rung schon mit dem Vertragschluß zustande gekommen sei, ist auch für den Auftraggeber des Maklers eindeutig dadurch zum Ausdruck gekommen, daß gesagt wird, die Provision solle am Tage der notariellen Beurkundung fällig und zahlbar sein. Dem Fälligkeit einer Forderung setzt nach dem üblichen Sprachgebrauch deren Entstehung voraus. Dafür, daß im vorl. Falle unter Fälligkeit etwas anderes verstanden sein sollte, bietet weder der Wortlaut der Urkunde, noch der sonstige Sachverhalt eine Stütze. Insbes. bieten die Umstände des Falles auch keinen Anhalt für die Annahme des BG., die Klausel könne nur dahin verstanden werden, daß die Provision zunächst einmal gezahlt werden solle, damit der Bekl. gesichert war und nicht bis zur Erledigung des Genehmigungsverfahrens, das sich unter Umständen länger hinziehen könnte, zu warten brauchte. Wäre nur eine Sicherung bezweckt gewesen, so wäre es nicht nötig gewesen, die sofortige Auszahlung der Provision zu vereinbaren. Es ist auch nicht erkennbar, warum gerade der Bekl. wegen der nach Ansicht des Kl. noch gar nicht verdienten Provision gesichert werden sollte, nicht aber der Kl. für den Fall, daß er endgültig gar keine Provision schuldet. Auch der Umstand, daß die Entsch. über die behördliche Genehmigung vielleicht längere Zeit in Anspruch nehmen könnte, rechtfertigt nicht die sofortige Auszahlung, wenn die Provision noch nicht verdient war. Dagegen sprechen die Tatumstände dafür, daß die Klausel i. S. des sofortigen Entstehens der Provisionsforderung gewollt war. Denn schon mit dem Abschluß des notariellen Vertrages erlangte der Kl. erhebliche Vorteile, die auch weiterwirken konnten, wenn wider Erwarten die Parzellierung wegen Versagung der behördlichen Genehmigung scheitern sollte. Denn die kapitalkräftigen Vertragsgegner übernahmen nicht nur die Regulierung der Hypotheken und Grundschulden und laufenden Zinsen, sondern leisteten auch alsbald erhebliche Barzahlungen und bewahrten so den Kl. vor der bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckung in einer Weise, daß er auf mehrere Jahre Zeit gewinnen konnte. Dies konnte für den Kl. Anlaß sein, dem Bekl. die Provision schon für den Erfolg des Vertragschlusses endgültig zuzusichern und ihn dadurch zu seiner Vermittlertätigkeit anzuspornen. Andererseits hätte die Durchführung der Parzellierung, wie schon die Dauer der Unwiderruflichkeit der Vollmacht zeigt, möglicherweise mehrere Jahre in Anspruch genommen. Auch dies war für den Bekl. ein Grund zu vereinbaren, daß die Provision mit Abschluß des notariellen Vertrages sofort verdient sein solle. (U. v. 22. Nov. 1932; II 122/32. — Königsberg.) [Au.]

Zu 1. Da nach § 652 BGB. der Makleranspruch erst mit dem Zustandekommen des vermittelten Vertrages erworben ist, so entfällt für den Grundstücksmakler der Lohnanspruch, wenn der Grundstückskauf zwar notariell beurkundet ist, die für die Grundstücksveräußerung erforderliche behördliche Genehmigung aber nicht erteilt wird. Indessen enthält § 652 kein zwingendes Recht, und die Parteien können darum eine mehr oder minder große Unabhängigkeit der Provisionsforderung vom Geschäftsabschluß vereinbaren. Es fragt sich, ob eine solche Vereinbarung darin erblickt werden kann, daß der Provisionschein die Best. enthält, es solle die Provision „fällig und zahlbar“ sein am Tage der notariellen Verkaufsabbarung des Grundstückskaufes. Das BG. erblickt in einer solchen Klausel nur die Verabredung einer vorzeitigen Zahlung der Provision für den Fall, daß der Vertrag durch Erteilung der behördlichen Genehmigung Wirksamkeit erlange, m. a. W. es legt der Klausel nur die Bedeutung eines Sicherungsabkommens in Ansehung eines nach den Vorschr. des BGB. später vielleicht entstehenden Provisionsanspruches bei. Diese Auslegung wird vom BG. mit Recht verworfen. Sowohl auf Grund des allgemeinen Sprachgebrauches wie auf Grund des vom Unterrichter festgestellten Sachverhaltes gelangt es zu dem Ergebnis, es sei hier in Abweichung von § 652 BGB. ein Provisionsanspruch auch für den Fall ausgemacht worden, daß der Vertragschluß an der Versagung der behördlichen Genehmigung scheitern sollte. Wichtiger noch als dieses unschwer zu gewinnende Resultat ist der grundsätzliche Standpunkt, den auch hier wieder das RG. hinsichtlich des Ver-

hältnisses von Vertragsauslegung und Revisionsinstanz einnimmt. Das RG. rechtfertigt seine Einnischung in die Vertragsauslegung des Unterrichters damit, daß letztere „unmöglich“ sei. Es hält also an seiner ständigen Praxis fest, wonach bei untypischen Vertragsklauseln die Auslegung als tatsächliche Feststellung mit dem Rechtsmittel der Rev. dann nicht angegriffen werden kann, wenn sie eine „mögliche“ ist. So verständlich und beifallswert es ist, daß sich das RG. auf dem Gebiet der Vertragsauslegung, die eben doch nur selten eine über den konkreten Fall hinausragende Bedeutung hat, zu entlasten versucht, so zweifelhaft ist es, ob dafür der Gegensatz der möglichen und unmöglichen Auslegung der richtigen Weg ist. Ihm liegt die juristisch-logisch nicht unansehbare Vorstellung zugrunde, als ob es Auslegungen gäbe, die zwar in abstracto möglich und doch in concreto vielleicht nicht richtig seien. Aber auch wenn eine solche Auslegung denkbar wäre, so würde sie da, wo sie vorkäme, eine Verletzung des § 157 BGB. darstellen und darum der Rev. ebenso zugänglich sein, wie die „unmögliche“ Auslegung. Wirkliche Abhilfe kann hier nur im Wege der Gesetzgebung geschaffen werden, indem ähnlich, wie es mit den §§ 139, 286, 287 ZPO. geschehen ist, der § 157 BGB. der Rev. entzogen oder letztere doch wenigstens auf die Fälle beschränkt wird, wo es sich um „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ oder „Typische Vertragsklauseln“ handelt, bei denen ja allein auch die Rev. ihren Zweck, für eine einheitliche Rspr. zu sorgen, erfüllen könnte.

Prof. Dr. T i t z e, Berlin.

****2. §§ 275 ff. BGB. Auflösung eines Vertragsverhältnisses, wenn sich sein Zweck als unerreichbar herausstellt oder wenn ein persönliches Vertrauensverhältnis schwer erschüttert wird.†)**

(U. v. 27. Mai 1933; I 16/33. — Dresden.) [Ra.]

(= RG. 140, 378.)

Abgebr. JW. 1933, 2120⁵.

Zu 2. Der Entsch. ist sowohl im Ergebnis wie in der Konstruktion zuzustimmen. Die Bekl. kann nach der Entsch. aus zwei Gründen nicht mehr am Verträge festgehalten werden:

1. einmal, weil aus dem Gesichtspunkt der von keiner Seite zu vertretenden Unmöglichkeit der klägerischen Leistung beide Parteien von ihren Leistungen frei geworden sind,

2. weil infolge herabsinkender Äußerungen der Kl. über das Vorstandsmitglied der Bekl. die Bekl. ein fristloses Kündigungsrecht hatte.

Zu 1. a) Einen Teil der von der Kl. zu bewirkenden Leistungen stellt der Abdruck des Rundfunkprogramms in den von ihr an die Bekl. zu liefernden Werbeheften dar. Dieser Abdruck wurde nach dem Vertragschluß der Kl. durch ein Verbot der Reichs Rundfunkgesellschaft unmöglich (nachträgliches subjektives Unvermögen). Nun ist zwar durch spätere reichsgerichtliche Rspr. die urheberrechtliche Schutzfähigkeit solcher Programme verneint worden. Da jedoch zu der damaligen Zeit die Meinungen in Rspr. und Schrifttum auseinandergehen, stellt das RG. fest, wäre es der Kl. nicht zumuten gewesen, das Programm trotz des Verbots der Reichs Rundfunkgesellschaft abzudrucken und es auf einen kostspieligen, langwierigen Prozeß ankommen zu lassen. Das RG. stellt also seiner ständigen Rspr. gemäß hier einen Fall überobligationsmäßiger Schwierigkeit fest, welcher der Unmöglichkeit gleichsteht. Es liegt also danach ein Fall nachträglichen subjektiven Unvermögens vor, und zwar zunächst teilweisen Unvermögens.

b) Ob nun durch diese Teilunmöglichkeit die Kl. von ihrer gesamten Vertragspflicht frei wird bzw. ob die Bekl. von der Kl. noch zur Annahme der übrigen Leistungen angehalten werden kann, hängt davon ab, ob die noch mögliche Restleistung für sich betrachtet noch Interesse für die Bekl. hat. Denn da der Wesenszweck eines Schuldverhältnisses Verbiegung eines schutzwürdigen Interesses ist, steht Teilunmöglichkeit der Vollunmöglichkeit gleich, wenn infolge Wegfalls der unmöglich gewordenen Teilleistung das Interesse des Leistungsempfängers auch an der noch möglichen Restleistung weggefallen ist. Das BG. ebenso wie das RG. stellen übereinstimmend fest, daß der Abdruck des Rundfunkprogramms in den Werbeheften ein derartig wichtiger Teil der von der Kl. zu bewirkenden Leistung war, daß die Bekl. bzw. ihre Mitglieder ohne den Programmabdruck an dem übrigen Inhalt der Werbehefte kein Interesse haben. Dieser Feststellung ist bei der heutigen Verbreitung des Rundfunks und dem dadurch bedingten Geldwert eines Rundfunkprogramms durchaus beizutreten. Es liegt also danach ein Fall von Teilunmöglichkeit vor, der infolge Interessenwegfalls der Vollunmöglichkeit gleichsteht.

c) Für die rechtliche Beurteilung der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit ist nun zwar grundsätzlich die Frage ausschlaggebend, ob die Unmöglichkeit des Leistungsschuldners zu vertreten ist oder nicht. Da es sich hier um einen gegenseitigen Vertrag handelt, kommt im ersten Fall § 325 BGB. (wahrscheinliches Rücktritts- oder Schadensersatzrecht der Bekl.), im letzteren Falle § 323 BGB. (beiderseitige Leistungsbefreiung) in Frage. Da im vorl. Rechtsstreit aber eine Schadensersatzpflicht der Kl. nicht in Frage steht, sondern infolge des von der Kl. gestellten Klageantrages nur geprüft zu werden braucht, ob die Bekl. von der Kl. am Verträge festgehalten werden kann, so hätte an sich das RG. m. E. die Prüfung der Vertretbarkeit der Unmöglichkeit als unerheblich unterlassen können. Im Falle der Vertretbarkeit der Unmöglichkeit wäre die Klage gem. § 325 BGB. auf Grund des von der Bekl. erklärten Rücktritts abzuweisen gewesen. Im Falle der Nichtvertretbarkeit wären beide Parteien nach § 323 Leistungsfrei geworden, so daß aus diesem Grunde die Klage abzuweisen gewesen wäre.

d) Stellt das RG. trotz dieser Unerheblichkeit die Prüfung an, ob vertretbare oder nicht vertretbare Unmöglichkeit vorlag, so ist ihm beizustimmen, daß hier ein Fall nicht vertretbaren Unvermögens vorlag. Insofern kann im Hinblick auf die später ergangene RG-Entsch. über die Verneinung des Urheberrechtes der Rundfunkprogramme nicht davon die Rede sein, daß die Kl. die spätere Leistungsunmöglichkeit hätte voraussehen müssen. Auch von einer vertraglichen oder gesetzlichen Garantiepflicht der Kl. kann nicht gesprochen werden. Es liegt also tatsächlich nachträgliche subjektive, nicht vertretbare Unmöglichkeit vor.

2. Daß die Bekl., wie das RG. feststellt, noch aus einem zweiten Grunde von der Kl. nicht am Verträge festgehalten werden

3. § 284 BGB.

1. Ist im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages vereinbart, daß die gesamten Leistungen innerhalb eines Jahres in etwa gleichen Monatsraten erbracht werden sollen, so ist nur für die Lieferung der Gesamtmenge, nicht für die monatlichen Ratenlieferungen — und ebenso wenig für die bestimmte Zeit vor der jeweiligen Lieferung vorzunehmende Spezifizierung und Abruf — eine Zeit nach dem Kalender bestimmt.

2. Eine Vertragspartei kann nur im Falle eigener Erfüllungsbereitschaft den Vertragsgegner durch Mahnung in Verzug setzen.

3. Auch ohne Mahnung kann Verzug eintreten, wenn dies dem Willen der Vertragsschließenden und dem Sinn des Vertrages entspricht, so, wenn das Zeitmoment der Erfüllung im Rahmen des Vertrages von entscheidender Bedeutung ist.†)

Die Bekl. kaufte im Dez. 1929 von der Kl. 500 t Gasröhren, die in Abschnitten geliefert werden sollten. Nachdem im April 1930 die Kl. Mitglied des Röhrenverbandes geworden und dabei in ihrer Lieferungsfähigkeit beeinträchtigt worden war, ergaben sich zwischen den Parteien Schwierigkeiten bei der Abwicklung des Kaufgeschäftes. Dies führte zu dem zwischen den Parteien im Aug. 1930 abgeschlossenen Verträge. Auch bei Abwicklung dieses Verträge kam es zu Differenzen, in deren Verlauf sich die Kl. auf den Standpunkt stellte, sie habe noch aus Teillieferungen Kaufpreisforderungen gegen die Bekl., sei aber im übrigen mit Recht vom Verträge zurückgetreten und zu weiteren Lieferungen nicht mehr verpflichtet,

kann, ist ebenfalls zutreffend. In ständiger Rspr. hat das RG. den allgemeinen Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, jederzeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (besonders bei Erschütterung der Vertrauensbasis) gekündigt werden kann (vgl. besonders RG. 79, 160 = JW. 1922, 680; 128, 16 = JW. 1930, 1387). Man hat früher vielfach bei derartigen langfristigen Verträgen die einseitige Löslichkeitsmöglichkeit vom Verträge nach Analogie der §§ 325, 326 BGB. zu begründen versucht. Man nahm (insbes. bei Sukzessivlieferungsverträgen) an, daß einzelne „positive“ Erfüllungsverträge, wenn sie gleichzeitig den Vertragszweck gefährden, nach Analogie der §§ 325, 326 BGB. zum Rücktritt vom Verträge berechtigen. Offenbar fußt auch die Konstruktion des BG. im vorl. Falle auf diesem Standpunkt. Mit Recht gibt das RG. aber seiner früheren Rspr. entsprechend der Bekl. kein Rücktritts-, sondern ein fristloses Kündigungsrecht. Der Rechtsbefehl der Kündigung ist schon deshalb angebracht, als der des Rücktritts, weil ja nur die zukünftigen Rechtsbeziehungen der Parteien aufgelöst werden sollen. Zudem gibt es wohl bei allen denjenigen langfristigen Vertragsverhältnissen, bei denen das Gesetz die einseitige Löslichkeit wegen wichtigen Grundes ausdrücklich zuläßt, nur eine Auflösung des Vertragsverhältnisses für die künftigen Rechtsbeziehungen der Parteien, die als Kündigung oder in ähnlicher Weise gestaltet ist (vgl. z. B. Auflösung eines Dienstvertrages nach § 626 BGB., einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach § 723 Abs. 2 BGB., einer DGS. nach § 133 BGB., einer Ehe, eines unter Mieterschutz stehenden Mietverhältnisses). Es ist nur zutreffend, wenn aus der Fülle dieser Einzelfälle das RG. den allgemeinen Rechtsgedanken ableitet, daß bei allen ein Vertrauensverhältnis voraussetzenden langfristigen Rechtsverhältnissen ein wichtiger Grund (insbes. schwere Erschütterung des Vertrauensverhältnisses durch die eine Partei) zur fristlosen Kündigung berechtigt.

RA. Dr. Runkel, Halle a. d. S.

Zu 3. Am wichtigsten ist der in der Entsch. anerkannte Grundsatz, daß nach dem Sinn des Verträge mit Rücktritt auf die Bedeutung des Zeitpunkts der Leistung auch ohne dessen kalendermäßige Festlegung das Erfordernis der Mahnung für den Verzugsbeginn entfallen kann. Diese Ausübung unserer Verzugslehre ist besonders vom Standpunkt der Rechtsvergleichung aus interessant; galt es doch gerade für eine Besonderheit des deutschen Systems, daß nur das Mahnungserfordernis außer bei kalendermäßiger Zeitbestimmung haben: In England fehlt es ganz (vgl. Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im angloamerikanischen Recht S. 203), in Skandinavien bei jeder Art der Zeitbestimmung (§ 12 KaufG., so auch § 20 I 16 PrAM.), während es in Frankreich auch bei jedem „dies“ grundsätzlich besteht (Art. 1139 Code civ.).

Die Verträge, das Mahnungserfordernis durch weitherzige Aus-

wegen die Bekl. behauptete, Schadenserfajansprüche gegen die Kl. zu haben.

Die Kl. hat auf Zahlung der betr. Kaufpreisbeträge geklagt, die Bekl. hat ihre angeblichen Schadenserfajansprüche mittels Widerklage geltend gemacht.

Alle Instanzen haben die Bekl. unter Abweisung ihrer Widerklage verurteilt.

1. Der hier maßgebliche Teil des Parteivertrages vom Aug. 1930 lautet:

„Die Firma B. (die Bekl.) verpflichtet sich diese . . . Rohre (d. h. die 335 t Rohre, welche die Kl. noch zu liefern hatte) bis Ende d. J. 1930 zu spezifizieren; und zwar so rechtzeitig, daß die Auslieferung dieser Menge bis Ende Dez. 1930 seitens des Werkes erfolgen kann, wobei mit einer Lieferzeit von etwa vier Wochen gerechnet werden muß. Die Einteilung hat möglichst in gleichen Monatsmengen zu erfolgen.“

Das BG. hat jene Partevereinbarung dahin ausgelegt, daß die Bekl. verpflichtet war, die betr. Rohren in etwa gleichen monatlichen Mengen unter Berücksichtigung einer jeweiligen Lieferzeit von (etwa) vier Wochen zu spezifizieren und abzurufen, und daß das ganze Geschäft bis zu einem bestimmten Termin, nämlich bis zum 31. Dez. 1930, abgewickelt sein mußte.

Diese Auslegung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

2. Das BG. hat weiter ausgeführt, daß eine Mahnung seitens der Kl. nicht erforderlich gewesen sei, um die Bekl. wegen der Spezifizierung und des Abrufes der einzelnen Teillieferungen in Verzug zu setzen, da:

a) nach dem Sinne des Vertr. das Zeitmoment der Erfüllung der Spezifizierungspflicht derart wesentlich gewesen sei, daß es einer Mahnung nicht bedurft habe, um die Bekl. dieserhalb in Verzug zu setzen,

b) für die Erfüllung jener Verpflichtung, „auch ein Kalendertermin vorgelegen habe, der eine Mahnung gleichfalls überflüssig gemacht habe“.

Die unter b erwähnte Auffassung des BG. findet aber in den Zitaten (Staub, HGB., Anh. zu § 374 Anm. 17 und 17a; RGRKomm. § 284 Anm. 4; RG. v. 13. Juni 1911, II 617/10) keine Stütze. Andererseits ist in Schrifttum und Rspr. die der Auffassung des BG. entgegenstehende Ansicht vertreten: die Vereinbarung, daß innerhalb eines Jahres die einzelnen Monate ungefähr gleichmäßig verteilt zu liefern ist, enthalte wohl für die ganze Lieferungs menge eine nach dem Kalender bestimmte, mit dem letzten Tage des Jahres endigende Zeit, nicht aber für die einzelnen Monatsraten eine nach dem Kalender bestimmte Zeit (Staub-Bond i, 13. Aufl., Anh. zu § 374 Anm. 52 S. 1091; f. auch RG. v. 13. Juni 1911, II 617/10). Sollte aber in vorl. Falle für die monatlichen Lieferungen die Zeit nicht nach dem Kalender bestimmt gewesen sein, so gilt dies auch von der Spezifizierung und dem Abruf der einzelnen Lieferungen, die „etwa“

Legung der kalendermäßigen Zeitbestimmung einzuschränken, sind bisher nicht durchgedrungen, da das RG. noch in RG. 103, 33 scharf zwischen Berechenbarkeit und kalendermäßiger Bestimmtheit der Lieferungszeit unterscheidet. Auch obige Entsch. gehört hierher, da das RG. die Entbehrlichkeit der Mahnung für die einzelnen Raten auf Vertragsauslegung und gerade nicht auf § 284 Abs. 2 stützt, während es zum RM. in einem genau entsprechenden Fall („zu liefern in der Zeit vom Juli und August 1889 bis ult. Juni 1890 in möglichst gleichen monatlichen Raten“) wegen der vertraglichen Festlegung der Lieferungszeit die Mahnung für überflüssig erklärte (Volze XX Nr. 508).

Was ergibt sich daraus für die Bedeutung der Mahnung in unserem System? Gegenüber den Fällen, in denen der Schuldner genau weiß, wann er zu leisten hat und doch gemahnt werden muß, weil die Zeitbestimmung nicht kalendermäßig ist, läßt sich der Sinn der Mahnung nicht darauf beschränken, daß sie bloß dem Schuldner seine Leistungspflicht zum Bewußtsein bringen soll und deshalb sein Verschulden geradezu feststellt (vgl. S i b e r besonders für das römische Recht in Savigny, 29, 47 ff.). Vielmehr rücken diese Fälle unser Mahnungserfordernis in die Nähe der franzöf. Auffassung, nach der es auch den Schutz des bewußt säumigen Schuldners bezweckt: die Mahnung erscheint gewissermaßen als notwendige erste Maßnahme des Gläubigers zur Durchsetzung seines Anspruchs und führt als solche die Verschärfung der Schuldnerhaftung herbei. So betrachtet, hat die Mahnung, um eine überspitzte Formulierung zu gebrauchen, fast eine prozessuale Bedeutung, was zweifellos der Sinn der franzöf. Vor-

vier Wochen vor der jeweiligen Lieferung zu erfolgen hatten. Indessen bedarf es hier keines näheren Eingehens auf diese Frage. Denn abgesehen hiervon reichen die übrigen Feststellungen des BG. aus, um seine Annahme wenigstens im Ergebnis rechtlich begründet erscheinen zu lassen: Durch die Verzögerung der Spezifizierung der Teillieferungen seitens der Bekl. bis in den Nov. 1930 hinein und die Androhung der Bekl., den Vertr. nicht zu erfüllen, sondern Schadenserfaj zu verlangen oder zurückzutreten, sei die Bekl. in Verzug gekommen. Infolge dieses Verzuges habe die Kl. an der Erfüllung des Vertr. kein Interesse mehr gehabt und sei berechtigt gewesen, gem. § 326 BGB. ohne Fristsetzung vom Vertr. zurückzutreten. Dieser Rücktritt sei laut Schreiben der Kl. v. 13. Nov. 1930 hinsichtlich der Teiltraten, mit deren Spezifizierung und Abruf die Bekl. bis dahin in Verzug gekommen sei, ordnungsmäßig und mit genügender Deutlichkeit erklärt. Die in dem genannten Schreiben der Kl. ausgesprochene Beschränkung ihrer Lieferungsbereitschaft auf 150 t Gasrohre sei berechtigt gewesen und bedeute keine Vertragsverletzung auf Seiten der Kl. Dasselbe gelte hinsichtlich des später erklärten Rücktritts der Kl. auch vor diesem Teil des Vertrages.

Die Bekl. hatte erst 30,73 t abgerufen, als die Kl. ihr mit Schreiben v. 22. Okt. 1930 erklärte:

„Wir gestatten uns, darauf hinzuweisen, daß wir entsprechend unseren Abmachungen v. Aug. 1930 unseren Betrieb auf etwa 80 t per Monat für Sie eingestellt haben. Mengen, die in einem Monat nicht abgenommen sind, können daher dem folgenden Monat nicht zugeschlagen werden.“

Wir bitten dies bei etwa noch vorzunehmenden Einteilungen zu berücksichtigen.“

Dieses Schreiben war allerdings nicht geeignet, die Bekl. wegen der bereits fälligen Spezifikation und des Abrufes der für Sept. und Okt. 1930 vorgesehenen Lieferungen — abgesehen von den derzeit bereits abgerufenen 30,73 t — in Verzug zu setzen. Denn die Kl. lehnte ersichtlich die Lieferung für die vergangenen Monate ab, in Verzug setzen aber kann nur derjenige, der selbst erfüllungsbereit ist (vgl. RGRKomm. § 284 Anm.; RG. 76, 413¹); RGRWarn. 1921, 42). Trotzdem erscheint insoweit die Annahme eines Verzuges der Bekl. begründet, da die Erwägungen des BG. rechtlich bedenkenfrei sind, daß nach dem Sinn des Vertr. das Zeitmoment der Erfüllung der Spezifizierungspflicht derart wesentlich gewesen sei, daß es einer Mahnung nicht bedurft habe, um die Bekl. dieserhalb in Verzug zu setzen. Auch ohne Mahnung kann, abgesehen von den Fällen des § 284 Abs. 2 BGB. Schuldnerverzug eintreten, wenn dies dem Willen der Vertragsschließenden und dem Sinne des Vertr. entspricht (RG.: Recht 1925 Nr. 965 = JW. 1925, 1748).

Auf das Schreiben der Kl. v. 22. Okt. 1930 hat die Bekl. inhalts ihres Schreibens v. 31. Okt. 1930 eine Spezifikation „möglichst im Laufe des Nov. bzw. Anfang Dez.“

schriften ist: Dort ist die Mahnung ja auch bei kalendermäßiger Festsetzung der Leistungszeit erforderlich und geschieht im Zivilrecht mit Hilfe des Gerichtsvollziehers.

Aber diese Schutzfunktion der Mahnung für den Schuldner darf nicht übertrieben werden, wenn sich aus dem Vertrag ein überwiegendes Interesse des Gläubigers ergibt. Das ist schon die franzöf. Auffassung, indem Art. 1657 Code civ. das Mahnungserfordernis entfallen läßt, wenn es sich um die Verpflichtung zur rechtzeitigen Abnahme verkaufter Waren handelt, und kann verallgemeinert werden (Art. 1139, Planio l., Traité de dr. civ. Bd. II Nr. 170). Deshalb hat die Entsch. hier mit Recht von dem Mahnungserfordernis abgesehen, wie schon früher bei Zahlungsverzögerung in der Inflationszeit (JW. 1925, 1748), weil mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse das Zeitmoment wesentlich war.

Auch verdient es Anerkennung, wenngleich die Entsch. im ganzen den gemeinsamen Kern aller Verstöße gegen die Obligation unterstreicht, daß das RG. hier nicht seine Zuflucht zu den übrigen Kategorien der Vertragsverletzung (positive Vertragsverletzung oder Unmöglichkeit) genommen (dagegen vor allem S i b e r zu § 284 unter Nr. 6), sondern ehrlich die Verletzung der Schuldnerpflicht in bezug auf die Zeit als Verzug herausgestellt und offen von dem Mahnungserfordernis dispensiert hat.

PrivDoz. Dr. E d u a r d W a h l, Berlin.

zunächst nur in Aussicht gestellt. Dagegen war der von der Kl. in ihren Schreiben v. Okt. 1930, v. 30. Okt. 1930 und v. 3. Nov. 1930 eingenommene Standpunkt berechtigt, daß die Kl. mangels gehörigen Abrufes der Befl. grundsätzlich nach dem 31. Dez. 1930 keine Lieferungen mehr auszuführen brauchte.

Dementsprechend war die Befl. auch mit ihrer Spezifizierungs- und Abrufspflicht hinsichtlich der dritten Monatsrate im Verzug, als sie das Schreiben der Kl. v. 13. Nov. 1930 erhielt. Auf Grund dieses Schreibens der Kl. vom 13. Nov. 1930 hat die Befl. nur 75 t Rohre, und zwar erst am 17. Nov. 1930 abgerufen.

Andererseits genügen die Feststellungen des BG., insbes. über die in Verfolg der Aufnahme der Kl. in den Röhrenverband eingetretene Beugung derselben in ihrer Lieferungs-fähigkeit, um die Annahme des BG. zu rechtfertigen, daß eine genaue Einhaltung des Parteivertrages v. Aug. 1930 hinsichtlich der Spezifikations- und Lieferungszeiten für die Kl. von derartig entscheidender Bedeutung war, daß sie an der Erfüllung dieses Vertr., soweit die Befl. mit der Spezifikation und dem Abruf von Teilraten in Verzug gekommen war, infolge dieses Verzuges kein Interesse hatte und daher insoweit ohne Fristsetzung gem. § 326 Abs. 2 BGB. vom Vertrage zurücktreten konnte.

Somit handelte die Kl. jedenfalls insofern nicht vertragswidrig, wenn sie in ihrem Schreiben v. 13. Nov. 1930 sich nur noch zur Lieferung von 150 t Gasrohre bis zum 31. Dez. 1930 bereit erklärte. An sich hätte die Kl. wegen des Verzuges der Befl., da es sich um ein Sukzessivlieferungsgeschäft handelte, schon am 13. Nov. 1930 von dem ganzen Vertr. zurücktreten können (RGKomm. § 326 Anm. 1c). Dementsprechend war nicht nur das von der Befl. inhalts ihrer Schreiben v. 29. und 31. Okt. 1930 an die Kl. gestellte Verlangen, sie solle erklären, daß sie bis Ende 1930 noch 300 t Gasrohre liefern werde, und die in dem Schreiben der Befl. angebotene oder erklärte Inverzugsetzung der Kl. unberechtigt, sondern auch die geltend gemachte Erfüllungsweigerung und Aufrechnung mit angeblichen Schadensersatzansprüchen der Beklagten.

Das BG. hat daher ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Kl. auf Grund ihrer, die aus Teillieferungen vom Aug. 1930 rückständigen Kaufpreisbeträge betr. Mahnungen v. Nov. 1930 und des Verhaltens der Befl. auch wegen der in dem Schreiben v. 13. Nov. 1930 angebotenen 150 t Gasrohre ohne Fristsetzung vom Vertrage zurücktreten konnte.

(U. v. 26. Okt. 1932; I 235/32.)

4. §§ 989, 990 BGB. Der Konkursverwalter, der den vom Gemeinschuldner getätigten Verkauf einer an ihn unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Sache mit Erfolg ansieht, hat nicht nur die dadurch zurückerlangte Sache, sondern, wenn er statt ihrer einen Ersatzbetrag zur Konkursmasse erhalten hat, diesen für den ursprünglichen Eigentümer auszufordern. Ist er nicht mehr in der Masse vorhanden, so wird jener Massegläubiger.)

Im Mai 1927 hatte die H.-WerkeAktG. der jetzt als Gemeinschuldnerin in Betracht kommenden WAktG. einen Kraftwagen zum Preise von 12325 RM käuflich geliefert,

und zwar unter Vorbehalt ihres Eigentums bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises. Die Käuferin hat darauf keinerlei Zahlungen geleistet, obgleich ihr die klagende Gesellschaft hierfür ein Darlehen gewährt hatte. Zur Rückzahlung dieses Darlehens gegebene Wechsel konnte die „W.“ nicht einlösen, weshalb es am 16. Sept. 1927 zum Abschluß eines Vertrages zwischen dieser und der Kl. kam. Danach verpflichtete sich die letztere zur Fortsetzung des Kredits, während ihr die „W.“ zu ihrer Sicherung neben anderen Werten den ihr von den H.-Werken gelieferten Wagen übereignen sollte. Dieser gelangte am 7. Okt. 1927 in den Besitz der Kl.; im Febr. 1928 verkaufte sie ihn weiter gegen bare Zahlung von 8700 RM.

Inzwischen war am 15. Okt. 1927 über das Vermögen der „W.“ das Konkursverfahren eröffnet und der Befl. zum Verwalter bestellt worden. Er betrieb die Anfechtung der Übereignung des Wagens an die jetzige Kl. (sowie die Anfechtung sonstiger Rechtshandlungen) und siegte in einem gegen diese geführten Rechtsstreit ob. Das BG. Köln erachtete den Erwerb des Wagens durch die Kl. für anfechtbar gem. § 30 Nr. 1 (zweiter Halbsatz) RD. und verurteilte sie am 15. Okt. 1929 unter anderem zur Herausgabe des von ihr dafür erzielten Verkaufserlöses nebst Zinsen. Das Ur. erlangte die Rechtskraft, und die Kl. zahlte daraufhin wegen des Wagens insgesamt 10127,65 RM an die Konkursmasse.

In einem weiteren Rechtsstreit verfolgte die H.-WerkeAktG. ihr Eigentum an dem Wagen mittels einer gegen die jetzige Kl. gerichteten Klage. Im ersten Rechtszuge verlangte sie Herausgabe des Wagens, in der Berufung verurteilt das OVG. die jetzige Kl. mit Rücksicht auf die Weiterveräußerung des Wagens, an die H.-WerkeAktG. als Wertersatz 12325 RM zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche, die der H.-WerkeAktG. auf Grund ihres Eigentums an dem im Mai 1927 der Gemeinschuldnerin gelieferten Kraftwagen gegen diese zustanden.“ Die Kl. zahlte an die H.-Werke und empfing dafür eine Abtretungsurkunde v. 3. Dez. 1931. Darin erklärte die H.-WerkeAktG., ihr stehe im Konkursverfahren über das Vermögen der „W.“ eine in die Konkursstabelle eingetragene und nachträglich als gewöhnliche Konkursforderung festgestellte Forderung von 12325 RM zu; sie trete ihre Ansprüche an die Konkursmasse „nebst allen hiermit verbundenen Rechten“ an die Kl. ab.

Die Kl. fordert jetzt Zahlung des auf Grund des Kölner Ur. gezahlten Betrages.

OG. und BG. haben abgewiesen; RG. hat aufgehoben.

Es besteht kein Zweifel, daß die H.-WerkeAktG. alle Ansprüche gegen die Konkursmasse der WAktG., die ihr aus irgendeinem Rechtsgrunde zustanden, an die Kl. abgetreten hat, so daß diese ohne weiteres besugt ist, einen jeden für die H.-WerkeAktG. im Rechte begründeten Anspruch gegen den verklagten Konkursverwalter geltend zu machen.

Die Kl. beruft sich zunächst auf § 46 Satz 2 RD. Die Tragweite dieser Vorschr. wird vom BG. zu eng aufgefaßt. Wie der frühere 6. Ziv.Sen. des RG. in der grundlegenden, auf eingehender Würdigung der Vorarbeiten zur RD. beruhenden Entsch. v. 19. Febr. 1920 (RG. 98, 143) festgestellt hat, ist die Vorschr. — trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes — auch auf die Einziehung fremder Forderungen durch den Konkursverwalter anwendbar (a. a. D. S. 146, 148 [vgl. dazu Menckel, RD., 4. Aufl., S. 279

Zu 4. Die in der Entsch. behandelte Frage konnte nur deshalb auftauchen, weil das Ur. des OVG. Köln v. 15. Okt. 1929 insoweit unrichtig ist, als der Konkursverwalter mit seiner Anfechtungsklage auf Rückgewähr des Hoch-Wagens oder Wertersatz hätte abgewiesen werden müssen. Voraussetzung jeder Anfechtung ist die objektive Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger (Menckel, RD., 4. Aufl., § 29 Anm. 3). Die anzusehende Verfügung muß in ihren Folgen die gemeinschaftliche Befriedigung der Konkursgläubiger beeinträchtigen (Jaeger, RD., 6.—7. Aufl., § 29 Anm. 44). Hieran fehlte es im vorl. Falle. Denn die Gemeinschuldnerin hatte auf den Kaufpreis des unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Wagens noch nichts gezahlt. Der Wagen stand also noch im Eigentum der Lieferfirma G. Das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Wagens, um das die Masse geschmälert worden ist, war wertlos, da es durch die volle Kaufpreiszahlung bedingt war. Eine Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger ist also durch die Weiterveräußerung des dem Gemein-

schuldner unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Wagens nicht entstanden, denn er wäre der Masse auch ohne die Verfügung des Gemeinschuldners durch das Aussonderungsrecht der G. entzogen worden. Der Verwalter hätte die Aussonderung nur durch Zahlung des vollen Preises abwenden können. Das RG. 67, 20 = JW. 1907, 842 nimmt eine Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger nur in dem Falle an, wenn der Gemeinschuldner einen unter Eigentumsvorbehalt gekauften Gegenstand weiterveräußert hat, den er bereits zum großen Teile bezahlt hatte, weil dann der Konkursverwalter durch die Restzahlung den wertvolleren Gegenstand zur Masse ziehen kann (Jaeger a. a. D. § 29 Anm. 42). Jedenfalls dürfte die Verfügung über einen unter Eigentumsvorbehalt gelieferten, völlig unbezahlten Gegenstand mangels Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger nicht anfechtbar sein (Menckel a. a. D. § 29 Anm. 3e).

Das RG. versucht nun in der vorl. Entsch. die doppelte Verurteilung der jetzigen Kl. in den Vorprozessen auszugleichen, die auf

Ann. 3d zu § 46; Jaeger, *R.D.*, 6./7. Aufl., Bd. 1 S. 821, Ann. 9 zu § 46). Ein solcher Fall liegt hier vor. In dem beim *R.G.* Köln geführten Rechtsstreit hatte der jetzige Bekl. als Kl. Ansprüche verfolgt, die in Wahrheit der *H.-Werke*-AktG. zustanden. Denn diese hatte sich, als sie der Gemeinschuldnerin den streitigen Kraftwagen lieferte, das Eigentum daran vorbehalten, und in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin war sie berechtigt, von der zunächst im Besitze des Wagens befindlichen Kl. dessen Herausgabe nach § 985 *B.G.B.* und, nachdem sich diese durch die das Eigentum der *H.-Werke* beseitigende Weiterveräußerung des Wagens zu dessen Herausgabe außerstande gesetzt hatte, Ersatzleistung gem. §§ 989, 990 *B.G.B.* zu verlangen. Der Konkursmasse standen diese Ansprüche nicht zu; mithin machte der Konkursverwalter, indem er dem *Röln*er Rechtsstreit Auszahlung des von der jetzigen Kl. erzielten Verkaufserlöses forderte, eine fremde Forderung geltend und zog sie dann auf Grund der Verurteilung der Kl. auch zur Konkursmasse ein. Dieser Vermögenswert hat als die „Gegenleistung“ i. S. des § 46 Satz 2 *R.D.* zu gelten (vgl. *R.G.* 98, 150).

Die Annahme, der verfl. Konkursverwalter habe eine fremde Forderung eingezogen, wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß er in jenem Rechtsstreit als Anfechtungskl. § 36 *R.D.* aufgetreten ist. Jede Anfechtung i. S. der gem. § 36 *R.D.* objektive Benachteiligung der Gläubiger des *R.D.* setzt die objektive Benachteiligung der Gläubiger des Gemeinschuldners voraus (vgl. *Menzel* a. a. D. S. 165 ff. Ann. 3 zu § 29 *R.D.*), und § 37 Abs. 1 *R.D.* stellt klar, daß sich der Rückgewähranspruch, auf den die Anfechtung zu richten ist, nur auf solche Werte bezieht, die aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben worden sind. Da der streitige Kraftwagen nicht zum Vermögen der „*W.*“ gehört hat, so stellt auch das im Wege der Anfechtungsklage nach § 30 Nr. 1 *R.D.* betätigte Vorgehen des Konkursverwalters eine Verfügung über ein fremdes Recht dar.

Es kommt auch nicht in Frage, daß der Berechtigte den Gegenwert für den Aussonderungsgegenstand bereits anderweitig erlangt hatte. Ein Ausschluß des Ersatzaussonderungsanspruchs kann deshalb nicht angenommen werden, weil der *H.-Werke*-AktG. in dem zweiten Vorprozeß der Anspruch auf Zahlung des Wertersatzes von 12325 *RM* mit Zinsen nur mit der Auflage zuerkannt worden ist, der Kl. (damaligen Bekl.) Zug um Zug diejenigen Ansprüche abzutreten, die der *H.-Werke*-AktG. auf Grund ihres Eigentums an dem streitigen Wagen gegen die „*W.*“ (Gemeinschuldnerin) zustanden. Der maßgebende Urteilspruch des *B.G.* setzte mithin das Bestehen solcher Ansprüche gegen die Gemeinschuldnerin — die richtiger Ansicht nach möglicherweise aus § 46 Satz 2 *R.D.* herzuweisen sind — voraus, und demnach kann ihm keinesfalls die Tragweite beigemessen werden, daß der *H.-Werke*-AktG. (als abtretender Gläubigerin) und der jetzigen Kl.

Grund der Anfechtungsklage des Verwalters den Erlös aus dem Verkauf des Wagens an die Masse und auf Grund der Eigentumsklage der *G.* an diese Wertersatz gegen Abtretung deren Ansprüche an die Gemeinschuldnerin geleistet hat. Das Ergebnis, das durchaus der Billigkeit entspricht, kann jedoch m. E. nicht mit dem § 46 *R.D.* begründet werden. Zwar ist die Auslegung, nach der diese Vorschr. auch auf die Einziehung fremder Forderungen durch den Gemeinschuldner oder Konkursverwalter anwendbar ist, bereits in *R.G.* 98, 143 eingehend begründet und auch von der Rechtslehre allgemein anerkannt (vgl. *Menzel* a. a. D. § 46 Ann. 3d; *Jaeger* a. a. D. § 46 Ann. 9). Jedoch erscheint es bedenklich, wenn das *R.G.* in der vorl. Entsch. sagt, daß der Verwalter mit der Anfechtung der Übereignung des Wagens Rechte verfolge, die in Wahrheit der *G.* zuständen. Mit der Ausübung der Konkursanfechtung und der Einziehung des daraus entstehenden Rückgewähranspruches macht der Konkursverwalter Rechte geltend, die nach § 36 *R.D.* lediglich ihm als Verwalter zustehen. Die *G.* dagegen hat auf Grund ihres Eigentums völlig andersgeartete Ansprüche gegen die jetzige Klägerin.

Der Konkursverwalter verfügte also mit dem Einzuge des Rückgewähranspruches aus der zu Unrecht durchgeführten Anfechtung nicht über das Recht der *G.* gegen die jetzige Kl. Beide Ansprüche haben zwar denselben Inhalt, gründen sich aber auf völlig verschiedene Tatsachen, der Anspruch des Verwalters beruht auf Anfechtung, der der *G.* auf Eigentum. Der § 46 *R.D.* kann aber nur dort Anwendung finden, wo der Gemeinschuldner oder der Konkursverwalter als ansehbliche Berechtigte wirksam über fremde Gegenstände verfügt haben.

(als Abtretungsempfängerin) der Ersatzaussonderungsanspruch dadurch hätte entzogen werden sollen.

Doch bleibt zu erwägen, daß die eingezogene „Gegenleistung“ noch unterscheidbar (aussonderungsfähig) in der Konkursmasse vorhanden sein muß, wenn die Ersatzaussonderung Erfolg haben soll (*R.G.* 41, 3; 94, 25¹⁾; 98, 149; *Uz.* 1908 Sp. 855 Nr. 18 [vgl. auch *Menzel* a. a. D. S. 281 u. 282, Ann. 4 zu § 46 *R.D.*; *Jaeger* a. a. D. S. 825, Ann. 17 zu § 46, S. 744 Ann. 8 zu § 43 *R.D.*]). Hier ist diese Voraussetzung vielleicht gegeben; denn nach der Darlegung der Kl. soll der in Frage kommende Betrag nebst Zinsen und Kosten vereinbarungsgemäß vom Bekl. ausgedient und auf einem besonderen Bankkonto hinterlegt worden sein. Jedoch hat das *B.G.* insoweit noch keine Feststellung getroffen; deshalb verbietet sich für das *Rev.G.* eine endgültige Stellungnahme zur Frage, ob die Zuerkennung des Klagenanspruchs aus § 46 Satz 2 *R.D.* begründet werden kann. Das *B.G.* wird sonach die Frage der Unterscheidbarkeit zu prüfen haben. Sollte an ihr der Anspruch aus § 46 Satz 2 scheitern, so wäre weiter in Betracht zu ziehen, daß in einem solchen Falle dem Ersatzaussonderungsberechtigten ein Masseanspruch erwächst, sei es nach § 59 Nr. 1 *R.D.* oder nach Nr. 3 das. (vgl. *R.G.* 64, 338; 94, 25²⁾; 98, 150; *Menzel* a. a. D. S. 282; *Jaeger* a. a. D. S. 825). Hilfsweise würde also der *Verf.* unter diesem Gesichtspunkt die Begründetheit eines Masseanspruchs der Kl. und gegebenenfalls der etwa vom Bekl. dagegen zu erhebenden Einwendungen zu würdigen haben.

(U. v. 2. Mai 1933; VII 42/33. — Hamm.)

[Ru.]

*5. §§ 84, 89 *H.G.B.* Unter den provisionsberechtigenden Agenturvertrag fallen nur solche Geschäfte, die dem kaufmännischen Güterumschlag und Warenvertrieb oder der Weiterermöglichung des Betriebs (Austausch gegen Halbfabrikate oder Rohstoffe), nicht aber solche, die nur der Abwicklung dienen (Hingabe von Waren zur Befriedigung der Gläubiger).†

Die Kl. übernahm den Vertrieb der von der Bekl. hergestellten „*D.*“-Lastkraftwagen im Bezirk *F.* In der Vertragsurkunde übernahm die Bekl. die Verpflichtung, während der Dauer des Vertrages „*D.*“-Lastkraftwagen im Bezirk der Kl. nur durch diese zu verkaufen und alle aus diesem Bezirk einlaufenden Anfragen an die Kl. zur Bearbeitung zu übergeben mit einer geringen, hier nicht interessierenden Ausnahme. Die regelmäßige Provision der Kl. war auf 10% vom Fabrikpreise festgesetzt; für den Fall, daß aus irgend einem Grunde ein Verkauf unter Fabrikpreis getätigt werden müßte, sollte hinsichtlich der Provision eine besondere Abmachung getroffen werden.

In der Zeit von Dez. 1925 bis zum Frühjahr 1926

Daran fehlt es hier. Der Konkursverwalter hat nicht über fremdes Recht verfügt, sondern eigene Rechte wahrgenommen, die ihm nach dem Gesetz zustehen. Die Vorschr. des § 46 *R.D.* über die Ersatzaussonderung ist deshalb nicht anwendbar.

Ein Ausgleich ist nur durch den § 59 Ziff. 3 *R.D.* möglich. Durch die zu Unrecht erfolgte Anfechtung und Rückgewähr ist die Masse zum Nachteil der *G.* rechtlos bereichert. Da der Kl. die Rechte der *G.* an die Gemeinschuldnerin abgetreten sind, kann sie die Herausgabe der Bereicherung als Massefchulb geltend machen.

Verf. Dr. Kernert, Dresden.

¹⁾ *JZ.* 1919, 186.

²⁾ *JZ.* 1919, 186.

Zu 5. In einer Zeit der Zahlungsschwierigkeiten ist das Ur. von weittragender Bedeutung. — Es ist nun zweifellos richtig und allgemein anerkannt, daß die Bezirksprovision nach § 89 *H.G.B.* nur für solche unmittelbare Geschäfte geschuldet wird, die in den Geschäftskreis des Handlungsagenten fallen, deren Vermittlung durch ihn selbst also einen Provisionsanspruch nach § 88 *H.G.B.* begründen würde. Bei einer Verkaufsagentur braucht indessen das Geschäft nicht gerade ein Verkaufsgeschäft zu sein, sondern es genügt ein wirtschaftlich gleichartiges Geschäft (vgl. mein Handlungsagentenrecht in *Chrenbergs* *Hdb. d. H.R. V.*, 1, 114 ff. und dort Angef.). Die Hingabe der Lastkraftwagen gemäß der Vereinbarung beruhte nun entweder auf einem Verkauf mit vereinbarter Aufrechnung des Kaufpreises, also rechtsformal gesehen auf einem in den Geschäftskreis des Agenten

hat die Bekl. infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten an eine Reihe ihrer Lieferanten Lastwagen in Gegenrechnung gegeben. So sind auch 17 Wagen an Gläubiger der Bekl. geliefert worden, die ihren Sitz in F. hatten. Die Kl. verlangt die vertragsgemäße Provision.

LG. hat zum vollen, BG. nur zu einem Teilbetrage verurteilt, RG. die Klage ganz abgewiesen.

Wenn in der Urkunde über das Agenturverhältnis davon die Rede ist, daß die Bekl. sich verpflichtete, während der Vertragsdauer ihre Lastkraftwagen im Bezirk der Kl. nur durch diese verkaufen zu lassen, und wenn auch sonst mehrfach von Verkauf und Kaufvertrag die Rede ist, so ergibt der Gesamteindruck der Vereinbarungen doch, daß die Provisionspflicht der Bekl. nicht nur auf reine Verkaufsgeschäfte beschränkt sein sollte. An sich ist es deshalb zutreffend, daß auch andere Geschäfte den Provisionsanspruch der Kl. begründen konnten, wie denn auch § 89 HGB. allgemein von „Geschäften“ spricht. Aber nicht jedes beliebige Geschäft kommt dabei in Frage. Wenn § 84 HGB. den Aufgabenkreis des Handlungsagenten dahin umschreibt, daß er ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen, und wenn § 89 die Provisionsberechtigung des Bezirksagenten auf solche Geschäfte ausdehnt, die in dem Bezirk „ohne seine Mitwirkung“ geschlossen sind, so folgt daraus, daß in den Aufgabenkreis des Agenten in der Regel nur neue Geschäfte fallen, bei denen eine vermittelnde Tätigkeit an sich möglich und sinnvoll ist, und daß auch der Provisionsanspruch des § 89 nur für solche direkten Geschäfte erwächst, bei denen üblicherweise eine Mitwirkung des Bezirksagenten hätte erfolgen können. Dem entspricht auch der Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen „Vertretungsvertrages“. Dadurch, daß dieser in seinen verschiedenen Best. immer wieder auf Kaufverträge abstellt, ist das Verhältnis der Parteien aufgebaut und zugeschnitten auf den typischen sich in der Form des Kaufvertrages abspielenden kaufmännischen Güterumsatz und

fallenden Geschäft, oder sie stellte eine Hingabe an Erfüllung statt dar, also ein wirtschaftlich gleichartiges Geschäft, da der Erlangung des Kaufpreises die Befreiung von einer gleich hohen Schuld wirtschaftlich entspricht. Daß an und für sich die Hingabe von Waren an Erfüllung statt dem Verkauf wirtschaftlich gleichstehen kann, erkennt wohl auch das RG. an, indem es die Bezirksprovision zusprechen würde, wenn der Geschäftsherr vereinbart, daß ihm Rohstoffe gegen Hingabe von Waren in Anrechnung auf den Kaufpreis geliefert werden. Das RG. meint aber, weil die Hingabe der Lastwagen im vorl. Fall zum Zwecke der Abdeckung schon bestehender Schulden, die nicht bar bezahlt werden konnten, erfolge, liege das Geschäft außerhalb des Tätigkeitsbereiches des Agenten, da die Schuldenregelung allein Sache des Geschäftsherrn sei und das Geschäft aus dem Rahmen des eigentlichen Warenumschlages falle. Das ist m. E. in dieser Form abzulehnen. Es ist vielmehr wesentlich, ob der Gläubiger als typischer Abnehmer der betreffenden Waren in Betracht kommt, d. h. in seinem Betriebe solche Waren braucht oder mit ihnen handelt — wir wollen hier von „Abnehmern“ i. e. S. sprechen — oder ob das nicht der Fall ist und er die Waren nur annimmt, um statt baren Geldes einen Wert in die Hand zu bekommen, den er gelegentlich in Geld oder in Waren, die er braucht, umsetzen kann. Im ersten Fall, der bei den Gläubigern vorgelegen haben dürfte, welche die Lastwagen selbst behalten haben, ist m. E. die Bezirksprovision verdient, im zweiten Falle nicht. Im ersten Fall liegt nämlich die Vereinbarung, soweit sie die Veräußerung des Wagens umfaßt, durchaus in dem Geschäftskreis des Agenten. Hier wird ein Absatzgeschäft, wie es das Unternehmen typischerweise erfordert und wie es der Agent zu vermitteln hat, lediglich der Schuldenregelung dienstbar gemacht; die normalen Motive des Umsatzes, Deckung eines Bedarfs, treten hier nur neben das Motiv, die Forderung zu retten: Es liegt nicht anders, als wenn der Gläubiger sich aus allgemeinen Gründen entschlossen hätte, einen Wagen von dem Geschäftsherrn zu kaufen und die Kaufpreisforderung aufzurechnen, ein Fall, in dem sicher die Bezirksprovision geschuldet würde. Hier wäre auch eine Mitwirkung des Agenten durchaus sinnvoll: Er könnte den Gläubiger ebenso wie jeden anderen durch Hervorhebung der Güte des Wagens zum Kauf oder zur Annahme an Zahlungs Statt bestimmen und dabei etwa noch das Motiv der Forderungszettlung verstärkend verwerten. Der Gläubiger erwirbt nicht nur, um die Forderung zu retten, sondern auch, weil er den Wagen gebrauchen kann. Daß nicht nur die typischen, sondern noch besondere Motive zu einem dem typischen wirtschaftlich gleichartigen Geschäft führen, kann die Provision nicht ausschließen, jowenig ein atypisch gesteigerter Bedarf der Bezirkskunden die Provision ent-

Warenvertrieb, auf einen Geschäftsverkehr, in dessen Rahmen im allgemeinen für die Hilfsleistung des Agenten Raum und der Agent deshalb zu solcher Tätigkeit berufen ist.

Aus dem so gekennzeichneten, in gleicher Weise im Gesetz wie im Verträge der Parteien vorgesehenen Rahmen fallen jedoch die hier streitigen Geschäfte der Bekl. heraus. Sie hat mit ihren Gläubigern ein Abkommen geschlossen, wonach sie ihnen zur Verrechnung auf die geschuldeten Beträge eine Anzahl Lastkraftwagen lieferte. Der Vorderrichter stellt fest, daß die Bekl. nicht hätte weiterbestehen können, wenn sie ihre Gläubiger damals nicht sofort befriedigt hätte. Ihr Angebot erfolgte also zur Abwendung des Konkurses unter dem Druck finanzieller Nöte, und es wurde von den Gläubigern angenommen aus der Furcht heraus, sonst überhaupt nichts oder sehr viel weniger von ihrer Forderung retten zu können. Solche Geschäfte, die nur der außergerichtlichen Abwicklung der Verbindlichkeiten des Geschäftsherrn dienen, stellen sich nicht mehr als kaufmännischer Güterumschlag und Warenvertrieb dar, zu dem der Agent dem Geschäftsherrn mitverhelfen soll, indem er für dessen Waren wirbt und Absatz schafft. Derartige Abkommen mit den Gläubigern richten sich nicht nach Angebot und Nachfrage, sollen nicht der Rette der kaufmännischen Umsatzgeschäfte neue Glieder hinzufügen, sondern sie sollen bestehende Interessentenverbindungen lösen unter dem Druck des sonst bevorstehenden offenen Zusammenbruchs des Schuldners. Die Interessentenlage ist hier eine völlig andere als im typischen Warenverteilungsgeschäft, wo der Agent seine Tätigkeit zum Nutzen des Geschäftsherrn entfalten soll und kann. Die Erklärung, nicht mehr zahlen zu können und deshalb Vorschläge zur anderweitigen Abwicklung bestehender Verpflichtungen machen zu müssen, ist Sache des Geschäftsherrn oder seiner gesetzlichen Vertreter; nicht anders verhält es sich mit der Führung und Beendigung der anschließenden Verhandlungen. All dies fällt ganz aus dem gesetzlichen, verkehrsüblichen und hier auch aus dem vertraglichen Auf-

fallen läßt (siehe dazu meine Ausführungen a. a. O. 273). Hier liegt im Gegensatz zur Auffassung des RG. im Rahmen der Schuldenregelung und in sie eingeschlossen durchaus ein „kaufmännischer Güterumschlag und Warenvertrieb vor, zu dem der Agent dem Geschäftsherrn mitverhelfen soll, indem er für dessen Waren wirbt und Absatz schafft“. Der Geschäftsherr rettet sich hier vor dem Konkurs, indem er einen an und für sich typischen Absatz findet. Zwar fällt das Geschäft, mit dem der Absatz verbunden ist, nicht in den Bereich des Agenten, aber eben der Absatz selbst; wollte man daraus, daß der Absatz mit einem agenturferremden Geschäft verbunden ist, herleiten, daß auch das Absatzgeschäft nicht zu dem Geschäftskreis des Agenten gehöre, müßte man auch bei dem Erwerb von Rohstoffen gegen Waren folgern, daß der Agent keine Provision verlangen könnte, weil das Rohstoffgeschäft, mit dem der Absatz verbunden ist, den Agenten nichts angeht; dies empfindet wohl auch das RG. unbestimmt und bringt deshalb am Ende plötzlich die vorher nicht begründete Unterscheidung zwischen Abwicklungsgeschäften und neuen, einen Akt des Weiterbetriebs bildenden Geschäften: Aber das Absatzgeschäft als solches ist immer, auch wenn es der Erledigung alter Schulden dient, ein neues, das zum Weiterbetriebe des Geschäftes gehört, und ob die Schuld, die ausgeglichen werden soll, auf einem alten oder einem neuen Geschäft beruht, hat mit den Gründen der Provisionspflicht nichts zu tun — im übrigen dient andererseits auch die Abdeckung einer alten Schuld dem Weiterbetriebe des Geschäftes (über den richtigen Kern dieser Unterscheidung s. freilich unten).

Auch die Richtigkeitsgründe des § 89, die von den Belangen des Agenten ausgehen (s. dazu meine Ausführungen a. a. O. 280 ff. u. dort Angef.), führen zu unserer Entscheidung. Legt man die Auffassung zugrunde, daß der Bezirk dem Agenten wirtschaftlich vorbehalten bleiben soll, daß ihm alle Absatzmöglichkeiten des Bezirks gewahrt bleiben sollen und jede Entziehung solcher Möglichkeit durch unmittelbaren Abschluß deshalb die Provision auslöst, so kann kein Zweifel bestehen, daß auch eine derartige Hingabe an einen „Abnehmer“ dem Agenten eine Abschlußmöglichkeit nimmt — eine besondere Wahrscheinlichkeit ist nicht erforderlich. Geht man davon aus, daß die Einführungsarbeit des Agenten, seine allgemeine Bearbeitung des Bezirkes dadurch entlohnt werden soll, daß alle Geschäfte, die dieser Bezirk nunmehr gewissermaßen als Ertrag liefert, wenn sie auch im Einzelfalle nicht auf die Bearbeitung zurückzuführen sind, ihm doch Provision abwerfen sollen, so ist sicherlich auch dieser Absatz an einen „Abnehmer“ als Bezirksertrag anzusehen. Wie unbillig wäre es auch z. B., wenn der Geschäftsherr mit dem Hauptabnehmer des Bezirkes, der ihm etwa einen Kredit gewährt hat, zu

gabentkreis des Bezirksagenten heraus. Ist dem aber so, dann kann der Bezirksagent auch keine Provision verlangen, wenn diese Verhandlungen damit endigen, daß der Geschäftsherr seinen Gläubigern zur außerkontursmäßigen Abgeltung ihrer Ansprüche Waren abläßt, gleichviel, ob der ihm gutgebrachte Betrag über oder unter dem Herstellungspreis liegt.

Gewiß können auch Gegengeschäfte des Geschäftsherrn unter § 89 HGB. fallen. Hätte die Bekl., um weiter arbeiten zu können, Halbfabrikate oder Rohstoffe in der Weise erworben, daß sie dem Hersteller oder Händler dafür Kraftwagen lieferte, so wäre das ein neues und daher provisionspflichtiges Geschäft gewesen. Entscheidend ist eben, ob das Geschäft einen Akt des Weiterbetriebes bildet, oder ob es sich als Abwicklungsmaßnahme darstellt. Bei den hier in Betracht kommenden Geschäften der Bekl. handelt es sich nach dem festgestellten Sachverhalt um reine Abwicklungsmaßnahmen, die deshalb eine Provisionspflicht nicht begründen.

Die Verjagung der Provision stellt sich auch nicht als eine Unbilligkeit gegenüber dem Agenten dar. Hätte die Bekl. das Abkommen mit ihren Gläubigern nicht getroffen, so würde die Gefahr bestanden haben, daß sie in Konkurs ging und der Agenturvertrag so sein Ende fand (§ 23 Abs. 2 R.D.). Ober aber es war mit der Notwendigkeit zu rechnen, daß die Bekl. ihren Betrieb wegen mangelnder Rentabilität einstellen mußte, und daß sie dann nach ständiger Rspr. befugt war, den Agenturvertrag nach § 92 HGB. fristlos zu kündigen (RG.: JW. 1911, 158²¹; 1912, 250²⁰). In jedem Falle würde die Beendigung des Vertragsverhältnisses der Kl. die Möglichkeit genommen haben, Provisionsansprüche zu erwerben.

(U. v. 3. März 1933; II 276/32. — Düsseldorf.) [Ru.]
<= RG. 140, 80.>

dessen Abdeckung eine derartige Vereinbarung trafe und so dem Agenten die Haupteinnahmequelle entzöge, aber keine Provision zu zahlen brauchte.

Soweit dagegen die Gläubiger die Wagen nur angenommen haben, um statt des Geldes ein anderes verwertbares Gut in die Hand zu bekommen, liegt kein Abnahmgeschäft vor, wie es der Agent zu vermitteln hat. Dieser Fall ist offenbar bei denjenigen Firmen gegeben, die die Wagen in Gelegenheitskäufen an andere weiterverkauft haben. Hier handelt es sich um Ausnahmgeschäfte; die Vereinbarung geht gewissermaßen in der Schuldenregelung auf, die Hingabe der Wagen ist nicht eigentliches Abnahmgeschäft im Sinne des typischen Warenumsatzes. Dies entspricht auch wieder dem Grundgedanken des § 89 vom Standpunkt des Agenten aus, denn hier wird ihm keine Abschlußmöglichkeit genommen — diese Firmen hätten ohne die Schuldenregelung nie einen Wagen gekauft, während dies bei den anderen, was genügt, mindestens möglich gewesen wäre —, und solche Hingabe stellt sich auch nicht als eigentlicher Ertrag des Bezirkes dar. Auch wenn diese Gläubiger die Wagen an bezirkszugehörige „Abnehmer“ weiterveräußert haben, würde ich die Provision nicht zubilligen, weil der Agent gegen Gelegenheitsverkäufe Dritter an Bezirksfirmen niemals geschützt ist und von ihnen auch sonst keine Provision bezieht. Nur wenn im Einzelfalle gewissermaßen ein mittelbarer Absatz des Geschäftsherrn an den weiteren Abnehmer angenommen werden müßte, wäre anders zu entscheiden.

Die Hingabe an diejenigen Firmen, welche die Wagen an ihre Zweigniederlassung weitergegeben haben, fällt m. E. unter die Provisionspflicht, da sie in dieser Beziehung als „Abnehmer“, wenn auch nur für ihre Zweigniederlassungen, gelten müssen (über die grundsätzliche Behandlung von Abschlüssen für Zweigniederlassungen, auf denen diese Stellungnahme beruht, vgl. meine Ausführungen a. a. D. 276 u. dort Angef.).

Jetzt erhebt sich, welches der richtige, aber nicht klar erkannte Kern ist, der in der Unterscheidung des RG. zwischen „Abwicklungs-“ und „neuen“ Geschäften liegt. Bei einem „neuen“ Geschäft wird es sich stets um Personen handeln, die die Ware selbst brauchen, denn sonst würden sie sich kaum auf solches Geschäft einlassen, während bei Abwicklungsgeschäften der Druck, den die Gefährdung der Fortberung auf den Gläubiger ausübt, ihn bestimmen kann, auch Waren anzunehmen, die er nicht braucht.

Die Billigkeitserwägung, die das RG. am Schlusse bringt, ist m. E. nicht überzeugend, denn auch bei Provisionspflichtigkeit wäre ja das Abkommen mit den Gläubigern nicht ausgeschlossen gewesen. Diese Billigkeitserwägung läßt aber auf den emotionalen Untergrund des Urts. schließen. Man hatte wohl das Gefühl, dem Geschäftsherrn eine an sich erwünschte Sanierung nicht erschweren zu sollen — aber

**6. §§ 111, 113 GenG.

1. Die eine Vorschubberechnung verspätet anfechtenden Genossen können sich nicht darauf berufen, daß andere rechtzeitig anfechtende Genossen mit dem gleichen Anfechtungsgrund obgesiegt haben.

2. Die rechtzeitige Erhebung der Anfechtungsklage ist von Amts wegen zu prüfen; eine vertragliche Verlängerung der Anfechtungsfrist ist unwirksam. Denkbar ist nur eine Verpflichtung des Konkursverwalters, die Genossen aus der für vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung nicht in Anspruch nehmen zu wollen. f)

Die Kl. sind alle in der gerichtlichen Liste der Genossen als Mitglieder der Beamtenbank in P. eingetragen. Nachdem über deren Vermögen Konkurs eröffnet worden war, hat vor dem Konkursgericht Termin zur Erklärung über die von dem bekl. Konkursverwalter aufgestellte Vorschubberechnung stattgefunden, in welcher die Kl., wie andere Genossen auch, auf Zahlung eines Vorschusses in voller Höhe der Haftsumme für den Anteil in Anspruch genommen wurden. In diesem Termin haben die Kl. mit noch weiteren listenmäßigen Genossen Einwendung gegen ihre Veranziehung in der Vorschubberechnung erhoben, weil sie in Wirklichkeit gar nicht Mitglieder der Gemeinschuldnerin geworden seien. Die Vorschubberechnung ist aber trotzdem von dem Konkursgericht auch gegenüber den Kl. für vollstreckbar erklärt worden. Diese für vollstreckbar erklärte Vorschubberechnung ist dann innerhalb der Monatsfrist des § 110 GenG. in einem Vorprozeß von anderen darin herangezogenen Genossen angefochten worden mit dem Antrag, festzustellen, daß die Vollstreckung aus derselben ihnen gegenüber unzulässig sei und Bekl. von ihnen auch keine Einzahlungen auf Geschäftsanteil verlangen könne; sie seien nämlich nicht Genossen der Gemeinschuldnerin geworden;

es besteht keine Veranlassung, dies auf Kosten des Agenten zu erreichen. Daß bei einer Verwertung der Wagen im Konkurs der Agent keine Provision erhalten hätte — gewisse Andeutungen lassen darauf schließen, daß auch dieses Moment mitgespielt hat —, kann keinen Grund dafür abgeben, ihm die Provision für Geschäfte zu entziehen, durch die sich der Geschäftsherr vor dem Konkurs rettet und sich die Fortführung des Geschäfts ermöglicht.

Daß die hier vertretene Auffassung auch nicht dem kaufmännischen Rechtsempfinden widerspricht, ergibt das Gutachten der Industrie- und Handelskammer Frankfurt a. M. (Handelsrecht und Handelsbrauch 1929 Nr. 186), in dem — übrigens schlechthin, ohne die hier vertretene Ausnahme für Nichtabnehmer — die Bezirksprovision für derartige Geschäfte zuerkannt wird. Düringer-Hagenburg-Hoeniger³, § 89 A. 5 haben sich diesem Gutachten ohne nähere Begründung angeschlossen.

Ob in dem Fall, daß die Hingabe zu einem besonders ungünstigen Anrechnungspreise erfolgen mußte, etwa aus diesem Grunde die Provision entfallen oder herabgesetzt werden müßte, ist hier nicht zu erörtern: Das RG. stützt seine Begründung jedenfalls nicht auf dieses Moment, und der Tatbestand enthält nichts Näheres darüber; im übrigen war ja hier zwischen den Parteien vereinbart, daß bei Verkauf, also auch Anrechnung, unter dem Fabrikpreis eine besondere Abmachung über die Provision getroffen werden sollte.

Prof. Dr. Schmidt-Kimpler, Breslau.

Zu 6. Der Entsch. ist durchaus zuzustimmen. Die vollstreckbar erklärte Vorschubberechnung kann nur durch Klage binnen der Monatsfrist eines Monats seit der Verkündung angefochten werden. Die Frist kann gem. § 224 Abs. 1 ZPO. weder verlängert noch verkürzt werden.

Die Kl. stützten die verspätete Anfechtung darauf, daß andere rechtzeitig anfechtende Genossen mit dem gleichen Anfechtungsgrund obliegt hatten (Vorprozeß). Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 233, 234 ZPO.) war nicht gestellt und konnte im Hinblick auf § 234 Abs. 3 ZPO. nicht mehr gestellt werden. Die Behauptung der Kl., daß das rechtskräftige Urk. im Vorprozeß auch zu ihren Gunsten wirke, weil es gem. § 111 Abs. 2 GenG. „für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen“ wirke, ist abwegig. Es wirkt nur für die Genossen, welche sich an dem Streit als Kl. oder Nebenintervenienten (§ 66 ZPO.) beteiligen, und es wirkt gegen alle Genossen insofern, als infolge des Ausscheidens der obsiegenden die verbleibenden zahlungspflichtigen Genossen gegebenenfalls zu einer Mehrleistung auf Grund der Zuschubberechnung (§ 113 GenG.) herangezogen werden können. Durchaus zutreffend wird in der Begründung darauf hingewiesen, daß die von der Rev. vertretene Meinung dahin

wohl hätten sie eine Liste unterzeichnet, die am Kopf eine Beitrittserklärung zu der gemeinschuldnerischen Genossenschaft getragen habe; die Liste sei ihnen aber zu dem Zweck vorgelegt und von ihnen auch nur in dem Sinn unterzeichnet worden, ob sie für die Errichtung einer selbständigen Beamtenbank in der Rechtsform einer eingetragenen GmbH. Interesse hätten; nur so sei auch ihre unterschriftliche Erklärung gemeint gewesen; jene Genossen sind im Vorprozeß durchgedrungen. Im gegenwärtigen Rechtsstreit haben weitere Genossen geklagt mit dem Antrag, festzustellen, daß sie nicht Genossen der Gemeinschuldnerin seien, daß ferner die Zwangsvollstreckung aus der für vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung ihnen gegenüber unzulässig sei, Befl. ihnen auch die Zahlungen auf Geschäftsanteil und Haftsumme zurückzuerstatten habe; sie machen geltend, daß auch sie nur die sog. „Interessentenliste“ unterschrieben hätten und deshalb gleichfalls nicht Genossen der Gemeinschuldnerin geworden seien; zwischen ihnen und dem Befl. sei ferner bei der Verhandlung über die Vorschubberechnung vereinbart worden, daß nur einige der in derselben Lage befindlichen Genossen im Wege der Klage die Vorschubberechnung anfechten sollten, und daß das so erstrittene Urte. auch für die anderen gleichbeteiligten Genossen gelten solle; falls aber je eine solche Vereinbarung nicht zustande gekommen sei, würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn der Befl. sie aus der vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung in Anspruch nehmen würde. Denn er habe die Kl. in den Glauben versetzt, daß das im Vorprozeß ergehende Urte. auch zu ihren Gunsten wirke und sie dadurch von rechtzeitiger Klagerhebung abgehalten.

LG. hat verurteilt, BG. abgewiesen, RG. die Rev. zurückgewiesen.

1. Die Kl. sind auf Grund äußerlich einwandfreier, echter, unzweideutiger und unbedingter schriftlicher Beitrittserklärungen in die gerichtliche Liste der Genossen der Gemeinschuldnerin als Mitglieder eingetragen worden. Auch die Rev. verkennt nicht, daß ihnen deshalb als einziger Rechtsbehelf gegen ihre Inanspruchnahme aus der sie mitumfassenden, für vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung zunächst nur die Anfechtungsklage aus § 111 GenG. zur Verfügung stand. Diese Klage muß aber innerhalb der Frist von einem Monat seit Verkündung der Entsch. über die Vollziehbarkeit der Vorschubberechnung erhoben werden. Die Einhaltung der Frist ist von Amts wegen zu beachten; Beginn, Lauf und Dauer derselben sind der Parteivereinbarung schlechthin entzogen. Die Einmonatsfrist des § 111 GenG. war aber zur Zeit der Klagerhebung längst abgelaufen. Gegen ihre Versäumung war rechtlich gem. § 111 GenG. vgl. mit §§ 233, 234 ZPO. der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich. Ein solcher Antrag ist nicht gestellt und könnte nunmehr im Hinblick auf § 234 Abs. 3 ZPO. mit Aussicht auf Erfolg gar nicht mehr gestellt werden.

2. Dem Berf. ist ferner unbedenklich darin beizutreten, daß allen in die Vorschubberechnung aufgenommenen Genossen wegen solcher Einwendungen, welche die darin festgestellten Ansprüche betrafen und auf erst nach dem Erklärungstermin entstandenen Gründen beruhten, die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO. als besonderer Rechtsbehelf zur Seite steht. Die Rev. macht nun in erster Linie geltend, daß, weil im Vorprozeß durch rechtskräftiges Urte. die Zwangsvollstreckung aus der vollziehbar erklärten Vorschubberechnung auf die Anfechtungsklage eines Teils der damaligen Kl. diesen gegenüber für unzulässig erklärt wurde, die Vorschubberechnung im ganzen und damit auch den jetzigen Kl. gegenüber hinsichtlich geworden sei. Sie beruft sich für diese ihre Ansicht auf § 111 Abs. 2 GenG. Allein zu Unrecht. Fehl geht vorab insoweit der Hinweis auf RG. 69, 366 ff. Dort ist u. a. der Fall behandelt, daß der Konkursverwalter in die Vorschub-

berechnung gegen Genossen auch noch andere Ansprüche als solche, die sich aus dem Umlageverfahren gem. §§ 106 ff. GenG. ergaben, aufgenommen hatte. Dazu ist ausgeführt, daß auch hiergegen dem betreffenden Genossen als Rechtsbehelf zunächst nur die Anfechtungsklage offengestanden habe. Dagegen läßt sich aus jenem Urte. nichts dafür herleiten, daß die erfolgreiche Anfechtungsklage eines Genossen zur Verneinung der für vollziehbar erklärten Vorschubberechnung schlechthin und überhaupt führen müßte. Der erf. Sen. hat sodann schon in II 334/31 dargelegt, daß der Obstieg eines Anfechtungskfl. die Vorschub- oder Zusatzberechnung nicht schlechthin und im ganzen auch bzgl. aller anderen darin mit herangezogenen Genossen, die keine Anfechtungsklage erhoben hatten, vernichte. Vielmehr ist dort ausgeführt, daß das einer Anfechtungsklage stattgebende Urte. (anders als z. B. im Fall des § 51 Abs. 5 GenG. oder des § 271 Abs. 4 ZGB.) Vorschub- bzw. Zusatzberechnung mit Vollziehbarkeitsklärung nur bzgl. der dem obsiegenden Kl. zugeteilten Beträge außer Kraft setze. Zweck und Ziel der Anfechtungsklage aus § 111 GenG. ist eben nicht die Aufhebung der Vorschubberechnung im ganzen, sondern nur ihre Aufhebung, soweit sie auf Heranziehung des oder der Anfechtungskfl., sei es überhaupt oder über einen bestimmten Betrag hinaus abzielt. Insofern wirkt es dann allerdings gem. § 111 Abs. 2 GenG. nicht nur zwischen den Parteiparteien, sondern für und gegen alle Genossen. Das bedeutet zunächst unzweifelhaft so viel, daß gegen eine wegen Obstiegen des oder der Anfechtungskfl. notwendig gewordene Zusatzberechnung (§ 113 GenG.) andere Genossen nicht geltend machen können, daß der oder die Anfechtungskfl. zu Unrecht nicht mit herangezogen seien, und daß andererseits im Fall der Klageabweisung die übrigen Genossen die Mitheranziehung des unterlegenen Kl. zu verlangen berechtigt sind. Freilich ist im Schrifttum auch die Ansicht vertreten, daß die Rechtskraftwirkung darüber hinaus den jeweils geltend gemachten Anfechtungsgrund umfasse, so zwar, daß das ergehende Urte. bzgl. dieses selben Anfechtungsgrundes für und gegen alle Genossen Rechtskraft schaffe. Allein zu diesem Meinungsstreit braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Denn die Frage, ob die Beitrittserklärung eines Genossen rechtswirksam ist und ob etwaige äußere oder Willensmängel noch mit Erfolg vorgebracht werden können, kann notwendig nur von Fall zu Fall bzgl. der betreffenden Genossen entschieden werden. Dem steht der Zweck des § 111 Abs. 2 GenG., in Anfechtungsprozessen widerstrebende Entsch. und eine Vielheit von Prozessen zu vermeiden, durchaus nicht entgegen, ebensowenig der Umstand, daß die jetzigen Kl. die Gültigkeit ihrer Beitrittserklärungen mit derselben tatsächlichen Begr. bestreiten, wie dies von seiten der siegreichen Kl. im Vorprozeß geschehen ist. Insofern ist dem Vorderkl. durchaus beizutreten. Alles, was die Rev. dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Die hier vertretene Auffassung ist mit dem Sinn und Zweck des Ges. sehr wohl zu vereinbaren. Sie ist auch nicht gekünstelt. Ebensowenig steht sie mit dem Wortlaut des Ges. im Widerspruch. Soweit in RG. 132, 349¹⁾ eine von dem jetzt eingenommenen Standpunkt abweichende Rechtsansicht vertreten sein sollte, ist sie schon in II 334/31 aufgegeben worden. Die von der Rev. vertretene Meinung würde zu praktisch ganz befremdlichen Ergebnissen führen, nämlich dahin, daß auch, wenn der Anfechtungsgrund nur einen Genossen betreffen würde und die Inanspruchnahme der übrigen Genossen in der Vorschubberechnung dadurch in keiner Weise geändert würde, das Verfahren im ganzen wiederholt werden müßte, obwohl dadurch nicht unerhebliche Verzögerungen und Kosten entstehen würden und bei der Möglichkeit neuer Anfechtungsklagen gegen die „Zusatzberechnung“ die Durchführung des Umlageverfahrens völlig ins Ungewisse gestellt würde. Vom Standpunkt der Rev. aus würden ferner all die

führen würde, daß die erfolgreiche Anfechtung nur eines Genossen dazu zwingen würde, das Verfahren im ganzen zu wiederholen und dadurch die Durchführung des Umlageverfahrens völlig ins Ungewisse zu stellen.

Denkbar wäre nur eine Verpflichtung des Konkursverwalters, die Genossen aus der für vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung nicht in Anspruch nehmen zu wollen, wenn der Vorprozeß dessen Kl. Erfolg bringt. Eine derartige Abrede war, wie namentlich aus dem

nichtveröffentlichten Teil der Begründung klar zu ersehen ist, nicht getroffen. Wäre sie getroffen und hätte der Konkursverwalter sich abredewidrig verhalten, dann wäre Klage gem. § 767 ZPO. am Plage gewesen und gegebenenfalls wäre auch die Anwendbarkeit des § 826 BGB. in Frage gekommen.

Dr. Hildebrand, Berlin.

¹⁾ ZB. 1931, 2103.

Anfechtungsgründe, mit deren Geltendmachung die Genossen gem. § 111 Abs. 1 S. 3 GenG. ausgeschlossen waren, wieder aufleben, obwohl der Zweck dieser Best. doch offensichtlich der ist, die möglichst rasche Abwicklung des Umlageverfahrens sicherzustellen. Wenn weiter in § 113 GenG. von der Aufstellung einer Zusatzberechnung auch für den Fall die Rede ist, daß sich in Gemäßheit eines auf eine Anfechtungsklage hin ergangenen Urts. eine Änderung der Berechnung als nötig erweist, so spricht auch dies nicht für, sondern gegen die Rechtsauffassung der Revision.

3. Die Rev. rügt weiter Verletzung der §§ 133, 157 BGB. sowie der Grundsätze über das Zustandekommen von Verträgen. Auch dieser RevAngriff ist nicht begründet. Es handelt sich um die angeblich zwischen den im Termin anwesenden und ihre Mitgliedschaft auf Grund Unterzeichnung der sog. „Interessentenliste“ betreitenden „B.“ Genossen einerseits und dem Bekl. andererseits getroffene Abrede. Der VorderR. hat die Rechtsgültigkeit eines solchen Abkommens dahingestellt gelassen. Sie wäre aber jedenfalls unbedenklich insofern zu verneinen, als die Vereinbarung auf eine vertragliche Verlängerung der Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage gegen die Vorschubberechnung gerichtet gewesen wäre. Wie schon in anderem Zusammenhang ausgeführt, unterliegt diese Frist als Kofrist nicht der Verfügung der Parteien und ist ihre Wahrung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Demnach wäre rechtlich weder eine unmittelbare Erstreckung der Frist im Wege der Parteiabrede möglich gewesen, noch hätte sich der Bekl. rechtswirksam verpflichten können, den Mangel der Wahrung der Frist nicht zu rügen. Was in Betracht kommen könnte, wäre allein eine Abmachung etwa des Inhalts gewesen, daß sich der Bekl. als Konkursverwalter vergleichsweise den in Betracht kommenden Genossen gegenüber schuldrechtlich verpflichtet hätte, sie im Fall seines Unterliegens im Vorprozeß, sei es schlechthin, sei es unter gewissen Voraussetzungen, aus der für vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung nicht in Anspruch zu nehmen. Aus einer solchen Abrede könnten alsdann diejenigen Genossen, mit denen sie getroffen war, gegen ihre trotzdem erfolgte Heranziehung aus der Vorschubberechnung gegebenenfalls eine Einwendung gem. § 767 ZPO. herleiten. Insofern wäre daher eine vertragliche Einigung an und für sich rechtlich denkbar und möglich. Eine Abmachung dieses Inhalts wollen die Kl. unzweifelhaft auch behaupten. Der VorderR. hält jedoch den Beweis für das Zustandekommen einer Vereinbarung dieser Art nicht für erbracht.

4. Ebensowenig lassen die Ausführungen des VorderR., auf Grund deren er die Anwendbarkeit des § 826 BGB. verneint und den Kl. auch den Einwand der Arglist gegen ihre Heranziehung nach Maßgabe der vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung verjagt, einen Rechtsirrtum erkennen.

(U. v. 3. Jan. 1933; II 193/32. — Hamm.) [Ru.]

<= RG. 139, 168.>

II. Patentrecht.

****7.** Inhalt und Umfang des Patentschutzes, wenn dem Patentamt bei der Erteilung des Patentes entgangen war, daß der Erfindungsgedanke von einem früheren (ausländischen) Patente schon vorweggenommen war. In diesem Falle darf das ältere Patent nicht berücksichtigt werden. †)

Die Kl. ist Inhaberin eines Patentes, dessen erster Anspruch lautet: „Verfahren zum Aufbau von ringförmig geschlossenen Retorten bzw. Kammern mit von einem Ende

zum anderen erweiterten Querschnitten aus einzelnen feuerfesten Steinen, dadurch gekennzeichnet, daß normale Formsteine für alle Querschnitte verwendet werden und durch einzelne Paßsteine bei jeder merkbaren Querschnittsänderung der Ausgleich geschaffen wird.“ Die Bekl. hat an Gasanstalten Kammeröfen geliefert. Die Kl. behauptet, daß die Bekl. dadurch ihr Patent verletzt habe. Sie hat auf Unterlassung geklagt. BG. hat verurteilt, BG. die Klage abgewiesen. RG. hob auf und wies die Berufung gegen das Urts. des BG. zurück.

Das BG. erörtert zunächst die Aufgabe, die sich die Erfinderin des Klagepatents gestellt hat. Es erblickt sie in der Beseitigung der Schwierigkeiten, die bei der Herstellung und beim Aufbau ringförmig geschlossener, konisch nach unten zu sich erweiternder Retorten bisher insofern bestanden hätten, als man zur Erzielung der bei dieser Bauart vorhandenen Querschnittsvergrößerungen die Abmessungen aller Steine in den einzelnen Querschnitten vergrößert habe. Das BG. betrachtet als die durch das Patent gebrachte Lösung dieser Aufgabe den Vorschlag, zwei Arten von Steinen zu verwenden, nämlich normalisierte Formsteine, die in gleicher Abmessung in sämtlichen Lagen benutzt würden, und Paßsteine von verschiedenen Abmessungen je nach dem Umfang der Schichten, in denen sie eingebaut würden. Es sagt, diese Bauart erfordere nur eine verhältnismäßig geringe Zahl von Paßsteinen verschiedener Größe und bringe den Vorteil, daß die Herstellung einfacher und billiger werde und der Aufbau leichter und schneller vonstatten gehe. Das Klagepatent schütze somit ein Verfahren zum Aufbau solcher ringförmig geschlossener vertikaler Retorten mit von einem Ende zum anderen erweiterten Querschnitten aus einzelnen feuerfesten Steinen, bei denen für alle Querschnitte normale Formsteine verwendet würden und der bei jeder merkbaren Querschnittsänderung erforderliche Ausgleich durch einzelne Paßsteine bewirkt werde. Zur Beschränkung des Schutzzumfangs auf allseitig beheizte Retorten gebe weder der Wortlaut der Patentschrift noch der Inhalt der Erteilungsakten Veranlassung. Das BG. stellt weiterhin fest, daß die Bekl. bei ihren Retorten von dem Erfindungsgedanken des Klagepatents Gebrauch gemacht habe. Denn ihre Retorten seien ringförmig geschlossen, ihr Querschnitt erweiterte sich von oben nach unten. Für alle Querschnitte seien unstrittig normale Formsteine verwendet worden, und man habe zum Ausgleich der Querschnittsänderung sowohl in den Längswänden wie in den Stirnseiten Paßsteine benutzt. Ob diese fabrikmäßig zugerichtet oder erst am Bauplatz behauen worden seien, sei unerheblich. Ebenso komme es nicht darauf an, daß die Schichthöhe der Längsseiten verschieden sei von der Schichthöhe der Stirnseiten.

Gleichwohl ist das BG. nicht dazu gelangt, eine Verletzung des Klagepatents durch die Bekl. anzunehmen, weil seiner Ansicht nach der Stand der Technik zu einer Beschränkung des Schutzzumfangs des Klagepatents nötigt. Es stellt nämlich fest, daß die nur an den Längsseiten beheizten Retorten der vorveröffentlichten britischen Patentschrift sowohl an den Längs- wie an den Stirnseiten Form- und Paßsteine zeigten. Es sagt deshalb, daß das britische Patent das Klagepatent vorwegnehme und der Schutzzumfang des letzteren demgemäß nicht über seinen überschießenden Inhalt hinausgehe, trotzdem dieser letztere keine erfinderische Bedeutung beanspruchen könne. Diesen Überschuß sieht das BG. darin, daß bei den in den Fig. 1, 3 und 4 des Klagepatents gezeigten als vorbekannt nicht nachgewiesenen Ausführungsformen die Ofen als echte Ringe oder ringähnliche allseitig beheizte Gebilde gestaltet seien, deren Form- und Paßsteine sämtlich auf Nut und Feder gearbeitet seien. Das habe den Vorteil der allseitigen und demgemäß vollkommeneren Beheizung, einer

men, den Anforderungen an eine Erfindung genügt, so daß er für sich allein ein Patent erlangt hätte, oder aber nicht.

Die vorl. Entsch. hält an diesem Standpunkte fest. Er beruht letztlich auf der Erwägung, daß das nun einmal erteilte Patent nicht im Wege der Auslegung nach dem Stande der Technik völlig wirkungslos gemacht werden dürfe, was der Fall wäre, wenn das völlig vorweggenommene Patent für schutzlos erklärt würde, während es nicht der Fall ist, wenn die Möglichkeit besteht, einen irgendwie gearteten Überschuß der patentierten vor der

Zu 7. Die Entsch. betrifft die bekannte Streitfrage, wie es zu halten sei, wenn das PatA. bei Erteilung des Patentes übersehen hat, daß die patentierte Erfindung durch eine frühere ganz oder teilweise vorweggenommen war. Die Rpr. des RG. unterscheidet bekanntlich, wie folgt. Bei völliger Vorwegnahme hat das erteilte Patent den seinem Inhalte entsprechenden vollen Schutzzumfang, bei teilweiser Vorwegnahme dagegen ist nur der Überschuß als geschützt anzusehen; und zwar soll es nach der neueren Rpr. gleichgültig sein, ob dieser Überschuß, für sich genom-

größeren Ersparung an Paßsteinen und einer größeren Festigkeit und besonders guten Dichtigkeit der Retorten. Diese Merkmale zeigten die Retorten der Bekt. nicht; sie seien weder allseitig beheizt noch sämtlich mit Nut und Feder versehen.

Das BG. hat geglaubt, sich bei dieser rechtlichen Beurteilung mit der neueren Rspr. des RG., wie sie insbes. RG.: MuW. 1931, 533 und 1932, 92 zugrunde liegt, in Übereinstimmung zu befinden. Die Rev. macht die Bedenken geltend, die ihrer Ansicht nach dieser Rspr. entgegenstehen und bittet um erneute Prüfung der Rechtsfrage. Indessen sind diese Bedenken, wie sie vornehmlich von Fjäh, PatG., 5. Aufl., § 4 A 12, näher ausgeführt worden sind, dem Sen. bereits bei Erlaß der früheren Entsch. bekannt gewesen und von ihm gewürdigt worden. Es fragt sich, wie im Verletzungsstreit der Schutzzumfang eines Patents zu bestimmen ist, wenn sich herausstellt, daß sein Erfindungsgedanke i. S. des § 2 PatG. nicht mehr neu, sondern zur Zeit der Anmeldung des Patents bereits in einer öffentlichen Druckschrift beschrieben oder im Inlande offenkundig benutzt worden war, ob der Schutzzumfang des Patents dann ohne Rücksicht auf diese Druckschrift oder Benutzung zu bestimmen oder auf den in der Patentschrift offenbarten Überschuß, mag ihm auch nicht die Bedeutung einer Erfindung zugesprochen werden können, zu beschränken ist. Der Sen. verkennt nicht und hat es nie verkannt, daß sich für beide Ansichten gewichtige Gründe anführen lassen. Gegen die letztere, vom RG. neuerdings im Gegensatz zu RG. 86, 197 vertretene Meinung kann vornehmlich geltend gemacht werden, daß sie noch nach Ablauf der zur Erhebung der Nichtigkeitsklage in § 28 Abs. 3 PatG. vorgesehenen fünfjährigen Frist zu einer der Nichtigkeit fast gleichkommenden Entwertung des Patentes und damit zu schweren wirtschaftlichen Schäden führen kann. Die andere Ansicht wieder kann zur Folge haben, daß das schlechteste Patent den umfassendsten Schutz erhält. Letzteres hält der Sen. für so unvereinbar mit dem Grundgedanken des Patentrechts, dem Erfinder einen seinem wahren Verdienst entsprechenden Schutz zu gewähren, daß er von seiner neuerlichen Rspr. abzugehen, nicht für angezeigt zu halten vermag.

Diese Rspr. ist aber vom BG. mißverstanden worden; denn einen Überschuß in ihrem Sinne über das britische Patent enthält das Klagepatent nicht. Zunächst scheint die

Annahme des BG., daß die Form- und Paßsteine der Ofen nach Fig. 1 des Klagepatents sämtlich mit Nut und Feder versehen seien, auf einem Irrtum zu beruhen, indem dort, soweit ersichtlich, zwar die Formsteine, aber nicht die Paßsteine, Nut und Feder haben. In den Fig. 3 und 4 sind allerdings sämtliche Form- und Paßsteine mit Nut und Feder dargestellt; aber es erhellt in keiner Weise, daß dies für den Erfindungsgedanken des Klagepatents von irgendwelcher Bedeutung sei. Letzteres ist auch nicht die Meinung des BG., wie seine zutreffenden Ausführungen über den Erfindungsgedanken des Klagepatents erkennen lassen. In der Beschreibung Zeilen 1 bis 6 wird es als eine bekannte Maßnahme bezeichnet, die Steine zum Aufbau von Retorten und Kammern mit Nut und Feder auszugestalten. Etwas weiteres ist darüber weder in der Beschreibung noch in den Patentansprüchen gesagt. Letzteres gilt auch für den vom BG. fernerhin als einen Überschuß des Klagepatents über das britische Patent betrachteten Umstand, daß die Retorten oder Kammern des Klagepatents allseitig geheizt seien. Zwar entspricht dies den Patentzeichnungen; Beschreibung und Ansprüche sagen darüber aber ebenfalls nichts. Bei beiden Maßnahmen handelt es sich nicht nur um nichts Erfindarisches, sondern um eine vielleicht zweckmäßige und mit gewissen Vorteilen verbundene Ausgestaltung, die aber in keiner Weise den Erfindungsgedanken des Patents berührt. Dieser ist vielmehr, wie sich aus den im übrigen zutreffenden Ausführungen des BG. ergibt, durch die britische Patentschrift vollkommen vorweggenommen, trotzdem die dort gezeigten Retorten oder Kammern nicht allseitig beheizt sind; das Klagepatent offenbart demgegenüber keinerlei Überschuß.

Bei dieser Sachlage, wie sie in gleicher oder ähnlicher Art noch in keinem der vom RG. in den letzten Jahren entschiedenen Fälle vorgelegen hat, muß das britische Patent bei der Best. des Schutzzumfangs des Klagepatents unberücksichtigt bleiben. Denn nach dem vollkommen klaren Inhalt der Beschreibung und der Ansprüche des Klagepatents kann kein Zweifel darüber bestehen, daß das PatV., dem das britische Patent offenbar nicht bekannt gewesen ist, danach den gleichen Erfindungsgedanken unter Schutz gestellt hat, den die britische Patentschrift schon vorher offenbart hatte.

Von diesem Erfindungsgedanken macht die Bekt. nach den

bekannt gewordenen älteren Erfindung festzustellen und wenigstens für diesen Überschuß den Patentschutz aufrechtzuerhalten.

Das Problem ist außerordentlich verwickelt. Nachdem nun einmal die Nichtigkeitsklage an eine fünfjährige Frist gebunden ist, scheint es zunächst nicht recht einleuchtend, daß man auch nach Ablauf dieser Frist unter Hinweis auf den Stand der Technik den Schutzzumfang des unanfechtbar gewordenen Patentes auf einen unter Umständen minimalen Umfang einschränken kann, und gar auf einen Umfang, der für sich allein von vornherein zur Erteilung des Patentes nicht ausgereicht haben würde. Auch scheint es, wenigstens auf den ersten Blick, kaum folgerichtig, einem durch die frühere Erfindung völlig vorweggenommenen Patent in vollem Umfang, d. h. eben soweit es sich mit der früheren Erfindung deckt, die Wirksamkeit zu belassen, während bei dem kleinsten Überschuß der patentierten Erfindung der Schutz für denjenigen Teil, der sich mit der früheren Erfindung deckt, umgekehrt verjagt wird. Konsequenter möchte es erscheinen, in allen Fällen, d. h. sowohl bei teilweiser wie bei vollständiger Kongruenz, die Vorwegnahme, wenn nicht darauf eine Nichtigkeitsklage gegründet werden will und kann, außer acht zu lassen.

Wenn dennoch das BG. auch im vorl. Falle einen anderen Standpunkt einnimmt, d. h. den Grundsatz vertritt, daß bei vorliegendem, sei es auch nicht erfindarischen, Überschuß (der nur im vorl. Falle tatsächlich verneint wird), die Vorwegnahme in Rücksicht zu ziehen sei, so beruft es sich zur Begr. darauf, daß bei anderer Auffassung unter Umständen „die schlechteste Erfindung den umfassendsten Schutz erhalten könne“. Diese Begr. ist aber in einem Falle wie dem vorliegenden zunächst nicht recht verständlich. Sie ließe sich allenfalls verwerten, um zu rechtfertigen, daß die Vorwegnahme auch dann zu berücksichtigen sei, wenn der nach Abzug derselben verbleibende Überschuß kein erfindarischer sei, (diese Annahme allein ist es, durch welche sich die neuere Rspr. des RG. von der älteren Entsch. RG. 86, 197 unterscheidet). Alsdann nämlich genügt ein noch so geringer Überschuß, um die Berücksichtigung der früheren Vorwegnahme zu rechtfertigen, und die Fälle, in denen die Vorwegnahme (wegen reifloser Deckung mit der patentierten Erfindung) außer Betracht

zu bleiben habe, sind alsdann tatsächlich so gut wie ausgeschlossen, so daß es praktisch kaum noch zu dem an sich fremdlichen Ergebnis komme, daß die schlechteste Erfindung, nämlich die völlig vorweggenommene, in vollem Umfang geschützt sei, während die bessere Erfindung (nämlich die einen Überschuß darstellende) nur hinsichtlich dieses Überschusses geschützt werde. Der Gedanke ist also wohl derselbe, den RGD. Krauß in seiner anregenden Abhandlung in MuW. 1927/28 a. E. ausführt mit dem Verfügen, daß Fälle mit völliger Vorwegnahme bisher nicht bekanntgeworden seien.

Interessanterweise nun nimmt das BG. in der vorl. Entsch. gerade einen solchen Fall an, in welchem jeder, also selbst ein nicht erfindarischer, Überschuß fehle. Und gerade hier ergibt sich schließlich dann doch der Zustand, dessen Vermeidung das BG. zur Begr. seines grundsätzlichen Standpunktes verwerten will, daß nämlich das schlechteste Patent den umfassendsten Schutz erlangt. Denn hier erklärt ja das BG. die Vorwegnahme, weil sie eine vollständige sei, für unbeachtlich, während sie bei einem noch so geringen Überschuß auch nach der jetzigen grundsätzlichen Einstellung des BG. in Rücksicht zu ziehen sein würde. Wollte das BG. dieser Folgerung entgegen, so müßte es sich entschließen, seine frühere Rspr. in jeder Hinsicht aufzugeben und auch bei völliger Vorwegnahme, wie sie hier tatsächlich angenommen wird, die frühere Erfindung in Rücksicht zu ziehen. Dies aber würde wiederum zu dem praktischen Ergebnis führen, daß das erteilte Patent völlig wirkungslos würde, was um deswillen nicht angingig erscheint, weil sich dadurch das Gericht eine Funktion anmaßen würde, die allein den Patentbehörden zusteht, nämlich die Funktion, ein Patent wegen mangelnder Neuheit der Wirksamkeit zu entkleiden.

Aus all dem ist zu ersehen, daß die Entwicklung der Rspr. noch immer keine klare und allseitig befriedigende ist, und daß auch heute noch das BG. den zu widerspruchsvollen Ergebnissen führenden Unterschied der Behandlung zwischen völliger und teilweiser Vorwegnahme zwar in seiner praktischen Anwendbarkeit einschränkt, aber grundsätzlich nicht aufgegeben hat.

Geh. Jd. Prof. Dr. W. Risch, München.

bedenkenfreien Feststellungen und Ausführungen des BG. Gebrauch. Danach hat sie das BG. mit Recht verurteilt.

(U. v. 21. Dez. 1932; I 241/32. — Berlin.) [Ra.]

(= RG. 139, 155.)

III. Konkursordnung.

**8. § 17 KO.

1. Ein Verkauf mit Vorbehalt des Eigentums gegen Übereignung von Wechseln, die zwar vom Verkäufer diskontiert, aber vom Käufer noch nicht eingelöst sind, ist, wenn zu diesem Zeitpunkt der Konkurs über das Vermögen des Verkäufers eröffnet wird, von beiden Seiten noch nicht erfüllt.

2. Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, löst aber später der Käufer die Wechsel ein, so daß ein Regreß für den Gemeinschuldner nicht mehr zu befürchten ist, so würde dem Rückgabeanpruch des Verwalters ein Bereicherungsanspruch des Käufers entgegenstehen.

3. Der Verwalter darf aber nach Treu und Glauben die Erfüllung nur bedingt, d. h. für den Fall verweigern, daß Wechselregreßansprüche gegen die Masse erhoben werden.

Der Gemeinschuldner D. hat in den Monaten Juli bis Oktober 1931 231 Schweine unter Eigentumsvorbehalt bis zur Vollzahlung des Kaufgeldes an den Bekl. geliefert. Den Preis hat dieser teils in bar, im übrigen mit auf die Monate Januar und Februar 1932 fällig gestellten eigenen Akzepten gedeckt. Diese Akzente hat D. bei verschiedenen Banken diskontiert, die ihm den Gegenwert gutschrieben. D. starb, über seinen Nachlaß wurde Konkurs eröffnet. Der Kl. lehnte als Konkursverwalter gem. § 17 KO. weitere Erfüllung der Kaufverträge über die Schweine ab und forderte deren Rückgabe. Diese hat der Bekl. inzwischen weiterverkauft. Die erwähnten Wechsel sind sämtlich eingelöst.

Mit der Klage fordert der Kl. den Wert der angeblich bei Konkursöffnung noch vorhanden gewesenen Schweine. Der Bekl. rügt seinen Klageabweisungsantrag in erster Linie darauf, daß § 17 KO. nicht eingreife. Der Kl. ist in allen Instanzen unterlegen.

1. Der Vorderrichter stellt in den Mittelpunkt seiner Erörterungen die Frage, ob die von dem Konkursverwalter des Verkäufers gem. § 17 KO. erklärte Ablehnung der weiteren Erfüllung der Kaufverträge über die Schweine zu Recht erfolgt und wirksam war. Er verneint dies. Zwar sei richtig, daß zur Zeit der Konkursöffnung diese Verträge von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt gewesen seien; denn der Bekl. habe damals seine Wechselakzente, die mangels besonderer Vereinbarung nach der Regel des § 364 Abs. 2 BGB. nur erfüllungshalber gegeben seien, noch nicht eingelöst gehabt; deshalb sei auch der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers hinsichtlich der den Gegenstand der Kaufverträge bildenden Schweine noch nicht erledigt und damit der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung nicht voll nachgekommen gewesen. Hieran würde, so fährt der VerR. fort, selbst dann nichts geändert, wenn das Eigentum an den Schweinen entgegen der Regel des § 455 BGB. auflösend bedingt übertragen wäre. Demnach seien an und für sich die Voraussetzungen des § 17 KO. für die von dem Kl. gemäß dieser Vorschrift erklärte Ablehnung der Erfüllung der Kaufverträge gegeben gewesen. Der vorliegende Fall sei nun aber besonders gelagert. Einerseits seien die Schweine längst vom Verkäufer übergeben und vom Bekl. in volle eigene „Bewirtschaftung“ genommen gewesen, andererseits habe sich der Verkäufer durch die Diskontierung der Wechsel schon wegen des ganzen Kaufpreises bezahlt gemacht gehabt. Für den Verkäufer seien also die Verkäufe lange vor Konkursöffnung wirtschaftlich abgewickelt gewesen. Er habe seinerseits das zur Erfüllung erforderliche getan und sich den durch die Kaufverträge erstrebten wirtschaftlichen Vorteil gesichert; die zur rechtlichen Erledigung des Geschäfts noch fehlende Tatsache — die Einlösung der diskontierten Akzente — und damit der selbsttätig eintretende Übergang des Eigentums an den Schweinen auf den Bekl. habe sich bei normalem Verlauf ganz ohne Zutun des Verkäufers vollzogen. Nur dann habe die Befriedigung des Verkäufers nachträglich wieder in Frage gestellt werden können, wenn die Wechsel nicht eingelöst und die Wechselnehmer sich nunmehr an ihn, den Verkäufer, gehalten hätten; wegen dieser Möglichkeit sei seine Befriedigung keine vollständige gewesen. Mache aber der Kl. deshalb von dem Recht auf Erfüllungsaufhebung nach § 17 KO. Gebrauch, so habe das zur Folge, daß er auf Grund des vorbehaltenen Eigentums die Schweine zur Konkursmasse herausverlange und damit die bereits abgeschlossene Leistung des Verkäufers aus dem Kaufgeschäft in vollem Umfang wieder rückgängig mache, während die Verpflichtung des Bekl. aus den Wechseln infolge deren Weiterbegebung an Dritte bestehen bleibe, der Bekl. mithin gezwungen werde, seine volle Leistung aus den Kaufverträgen zu bewirken. Ein solches Ergebnis, das jedem Rechtsempfinden widerspreche, sei mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht vereinbar. § 17 KO. wolle der Unbilligkeit vorbeugen, daß der Konkursverwalter die Ansprüche des Gemeinschuldners aus einem gegenseitigen Vertrag voll zur Geltung bringen und den anderen Teil auf die Konkursdividende verweisen könne. Gerade diese Unbilligkeit werde hier aber herbeigeführt, wenn der Kl. ohne weiteres die Erfüllung des Kaufvertrags schlechthin ablehnen dürfte. Es müsse daher das Wahlrecht des Konkursverwalters eingeschränkt werden. Liege der Fall so, daß zur Zeit der Konkursöffnung ein von dem Gemeinschuldner abgeschlossener Kaufvertrag auf Grund der getroffenen Maßnahmen wirtschaftlich bereits abgewickelt und der Vertragsgegner zur Bewirkung seiner vollen Vertragsleistung unter allen Umständen gezwungen sei, so dürfe der Konkursverwalter die weitere Erfüllung nur für den Fall ablehnen, daß die Leistung des Vertragsgegners trotz der bestehenden und durch das Wahlrecht des Konkursverwalters unberührt bleibenden Verpflichtung nicht bewirkt werde. Diese Einschränkung entfalle dann, wenn der Konkursverwalter den für den Vertragsgegner bestehenden tatsächlichen Zwang zur vollen Vertragserfüllung, z. B. durch Rückwerb der Wechsel, wieder beseitige. Demnach sei die Erklärung des Kl., daß er von weiterer Erfüllung des Vertrags Abstand nehme und Rückgabe der Schweine verlange, nur bedingt zulässig gewesen, nämlich nur unter der Bedingung, daß der Bekl. die seitens des Verkäufers weitergegebenen Wechsel nicht einlöse. Hier sei aber diese Einlösung pünktlich erfolgt und deshalb die Erfüllungsaufhebung des Konkursverwalters wirkungslos. Damit sei auch den Schadenersatzansprüchen die Grundlage entzogen.

2. Bei Nachprüfung dieser Entsch. ist zunächst zu fragen, ob der Tatbestand des § 17 KO., wonach der gegenseitige Vertrag bei Konkursöffnung noch von keinem Teile vollständig erfüllt sein darf, wirklich vorliegt. Dies wird bejaht.

Nach der bisherigen Rspr. des RG. wäre hiernach der Kaufvertrag i. S. des § 17 KO. auch vom Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt gewesen (vgl. Urte. des 1. ZivSen. v. 20. Okt. 1906: RG. 64, 204; Urte. des 7. ZivSen. vom 12. Okt. 1906: RG. 64, 334; Urte. des erf. Sen. v. 11. Jan. 1907, II 313/06; Urte. des 5. ZivSen. v. 2. Nov. 1914: RG. 85, 402¹⁾; Urte. des 7. ZivSen. v. 4. März 1919: RG. 95, 105 und Urte. des 7. ZivSen. v. 2. Juni 1931: RG. 133, 40²⁾); siehe ferner Urte. des erf. Sen. v. 4. Okt. 1907: RG. 66, 83³⁾, aber auch das zu § 454 BGB. ergangene Urte. des 6. ZivSen. v. 26. Sept. 1927: RG. 118, 100⁴⁾). Gegen diese Rspr. wird in neuester Zeit von sehr beachtlichen Vertretern der Wissenschaft eingewandt, daß es auf die Beendigung der Leistungstätigkeit, nicht auf den Eintritt des Leistungserfolges ankomme (vgl. namentlich *De rmann*: LZ. 1927, 16; derselbe: *JHR.* 93, 356, 396; *Rühl*, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft 204; derselbe: *JZP.* 56, 159 sowie in LZ. 1931, 158; *H. Lehmann*, Festgabe für R. Schmidt S. 346). Ob diese Angriffe das RG. zum

¹⁾ *JZP.* 1915, 100.

²⁾ *JZP.* 1932, 164.

³⁾ *JZP.* 1907, 389.

⁴⁾ *JZP.* 1927, 2919.

Verlassen seines Standpunktes nötigen werden, kann für die hier zu entscheidende Streitsache dahingestellt bleiben. Eine Anrufung der VerZivSen. würde nur dann zulässig sein, wenn bei Befragung der Voraussetzungen des § 17 RD. der Klage stattgegeben werden müßte. Das trifft jedoch nicht zu. Weder hat die beiderseitige Unerfülltheit der Leistungen die Wirksamkeit der Erfüllungsablehnung zur notwendigen Folge, noch würde, auch bei vorhandener Wirksamkeit, der Besl. den Erlös der Schweine schlechthin herausgeben müssen.

3. Um mit dem letzteren Punkte zu beginnen, so soll nach Rühl, Eigentumsvorbehalt S. 212 und H. Lehmann a. a. D. S. 348, wenn der Konkursverwalter des Vorbehaltsverkäufers die Erfüllung ablehnt, der Käufer allemal auf eine Konkursforderung auf Schadenersatz beschränkt sein. So allgemein läßt sich das aber nicht sagen. Hat er, wie im vorliegenden Falle, dem Verkäufer zahlungshalber Wechsel gegeben, die dieser diskontiert hat, so kann ihm aus der nachträglichen Einlösung der Wechsel sehr wohl ein Massenschuldanspruch nach § 59 Nr. 3 RD. erwachsen. Wie das BG. erwähnt, wurden dem D. die Gegenwerte der Wechsel von den diskontierenden Banken gutgeschrieben. Soweit er die Beträge also noch nicht abgehoben hatte, gehörten die Forderungen aus den Gutschriften zur Masse. Diese Forderungen waren in ihrem Bestand durch die Aufrechnungsbefugnis der Wechselinhaber bedroht, denn nach § 54 RD. scheiterte die Aufrechnung nicht daran, daß die Wechselregreßansprüche zur Zeit der Konkursöffnung bedingt waren. Indem der Besl. die Wechsel einlöste, rettete er mithin der Masse Werte, die ohne die Einlösung untergegangen sein würden. Und er tat dies, ohne der Masse dazu verpflichtet zu sein. War die Erfüllungsablehnung wirksam, so wurde dadurch seine Kaufpreisschuld für die Zukunft aufgehoben. Wäre doch auch der Konkursverwalter, wenn er die Papiere unbegeben vorgefunden hätte, nach der Ablehnung nicht mehr imstande gewesen, Ansprüche daraus zu erheben. Nicht anders läge die Sache dann, wenn sich D. zwar die Diskonterlöse vor dem Konkurs hätte auszahlen lassen, aber die Regreßansprüche der Wechselkäufer durch Verpfändung oder Sicherungsübereignung von Vermögensstücken geschützt hätte. Auch dann wäre die Masse durch die spätere Einlösung der Wechsel und den damit verbundenen Wegfall der Absonderungsrechte auf Kosten des Besl. ohne Rechtsgrund bereichert (§ 812 BGB.).

Müßte hiernach mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Wechsel einlösung aus der Masse vorweg zu berechtigende Bereicherungsansprüche ins Leben gerufen hat, so würde die Tatsache Bedeutung gewinnen, daß auch die Klage einen Bereicherungsanspruch geltend macht. Wegen der Weiterveräußerungen, die der Besl. nach der Erfüllungsablehnung vornahm, wird vom Kl. nicht etwa Schadenersatz gefordert — das hierzu laut §§ 990 Abs. 1 Satz 2 Abs. 2, 285 BGB. nötige Verschulden des Besl. wäre auch sicherlich durch seine Überzeugung, im Rechte zu sein, ausgeschlossen —, sondern nur Wertersatz nach §§ 816, 818 Abs. 2 BGB. Als dann aber würde gemäß der vom RG. bei § 818 Abs. 3 befolgten Salotheorie die Klageforderung durch die Gegenposten ohne weiteres gemindert oder aufgezehrt sein. Eine Aufrechnung, die tatsächlich nicht stattgefunden hat, wäre weder notwendig noch auch nur denkbar gewesen (vgl. RG. 129, 310⁵) mit Nachweisen).

4. Indessen bedarf es keiner Zurückverweisung an das BG., um die Frage, ob Abhebungen oder Sicherungen vorgenommen worden sind, zu prüfen. Nach Lage der Umstände kann die Erfüllungsablehnung des Kl. nicht für wirksam erachtet werden.

Ausgehend von dem reichsgerichtlichen Standpunkt, wonach der Eigentumsvorbehalt die Erfüllung unvollständig macht, meint Hey: *Judicium* 1932, 209, daß gleichwohl der Konkursverwalter des Vorbehaltsverkäufers niemals die weitere Erfüllung ablehnen dürfe. Er sucht das zu begründen mit der Anwartschaft des Käufers auf den Eigentumserwerb. Wie Zwischenverfügungen des Verkäufers und seines Konkursverwalters ihr gegenüber zurücktreten müßten (§ 161 Abs. 1 BGB.), so habe das gleiche auch für die Erfüllungsablehnung zu gelten. Dieser Ansicht vermag sich der Sen.

nicht anzuschließen. Nicht nur daß § 17 RD. im Vergleich zu den Vorschr. über die Wirkungen der schwebenden Bindung die speziellere Rechtsnorm ist: ein allgemeines Verbot der Erfüllungsablehnung würde überall da, wo dem Käufer Zahlungsfristen von längerer Dauer eingeräumt wurden, zu unerträglichen Ergebnissen führen.

Wohl aber muß als oberstes Gesetz anerkannt werden, daß die Erfüllungsablehnung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf. Dieser das ganze Rechtsleben beherrschende Grundgedanke, der für gegenseitige Verträge in § 320 Abs. 2 BGB. eine besondere Ausprägung erfahren hat, liegt auch dem § 17 RD. zugrunde. Auch diese Vorschr. beruht auf einer Billigkeitserwägung, indem sie verhüten will, daß bei beiderseits nicht vollständig erfüllten Verträgen der Gegner des Gemeinschuldners voll erfüllen muß und selber mit einer mageren Konkursdividende abgefunden wird. Eine ebenso große Unbilligkeit könnte entstehen, wenn ein Käufer, wie hier der Besl., der den dem Verkäufer gegebenen Wechsel dem Inhaber gegenüber pflichtmäßig einlöst, trotzdem zur Herausgabe der Ware oder ihres Wertes gezwungen werden dürfte. In diesem ausschlaggebenden Punkte tritt der Sen. der Aufassung des BG. durchaus bei. Mag der Konkursverwalter auch triftigen Anlaß gehabt haben, dem Zahlungsvermögen des Besl. zu misstrauen, so, wie er hier vorgegangen ist, durfte er unter den besonderen Umständen des Falls nicht verfahren. Es war hier vorläufige Befriedigung schon erlangt; die Wechsel liefen nicht mehr lange — der letzte war in wenigen Wochen, am 20. Febr. 1932 fällig —, die Entscheidung über die Einlösung stand also binnen kurzem bevor. Da durfte der Verwalter, wenn er die Wechsel nicht zurückgeben wollte oder konnte, die Erfüllung nur bedingt ablehnen, nämlich nur unter der Bedingung, daß die Einlösung nicht erfolgen werde. Der unbedingt erklärten Ablehnung ist für den Fall der Einlösung, der hier eingetreten ist, die Wirksamkeit abzuspochen.

(U. v. 22. März 1932; II 406/32. — Marienwerder.)

[Ru.]

<= RG. 140, 156.>

IV. Zivilprozessordnung.

9. § 78 Abs. 2 ZPO. und § 27 RAO. sind auf das Patentstreitverfahren nicht entsprechend anwendbar. †)

Im Beschl. v. 31. Mai 1930, I 251/29: MuW. XXX, 406 hat der Sen. die hier zur Entsch. stehende Frage für das Verfahren vor dem beauftragten Richter i. S. der Nichtzulassung entschieden. Es handelte sich dort um auswärtige Termine, die ein Mitglied des Sen. als beauftragter Richter abhielt. Dort ist ausgeführt: Nach § 14 RD. v. 6. Dez. 1891

Zu 9. Richtig, daß das Nichtigkeitsverfahren kein Zivilprozeß ist; das hat aber doch mit der Entsch. über die Mitwirkung von RA., die nicht beim RG. zugelassen sind, bei einer Beweisaufnahme vor dem ersuchten Richter nichts zu tun.

Es handelt sich hier um einen typischen Fall deutscher Präjudizienarbeit. Der Patentenat des RG. hat früher einmal (vgl. die Anführung) entschieden, daß vor dem beauftragten Richter nur die beim RG. zugelassenen RA. auftreten können. Dieser Satz wird ohne weiteres Bedenken übernommen mit einer Begründung, die keine ist. Denn es ist keine Begründung, wenn man sagt, die für den Anwaltsprozeß geltenden Vorschr. der ZPO. seien nicht entsprechend anwendbar, wenn man nicht sagt, warum nicht. Auch die Behauptung, diese Begründung stütze sich „auf die Eigenart des Patentstreitverfahrens“, ist keine Rechtfertigung, wenn nicht ausgeführt wird, inwiefern diese Eigenart diese Behandlung der Anwaltschaft notwendig macht. Am wenigsten ist aber richtig, zu sagen, eine unterschiedliche Behandlung, je nachdem, ob der beauftragte Richter einen auswärtigen Zeugentermin abhalten will oder der ersuchte Richter amtiert, sei nicht zu rechtfertigen.

Diese Gedankengänge verkennen die Stellung der Anwaltschaft und die Sonderstellung der Rechtsanwälte, die beim RG. zugelassen sind. Es ist richtig, daß nach § 14 RD. v. 6. Dez. 1891 nur die beim RG. zugelassenen RA. bezeugt sind, in der VerZivSen. des Nichtigkeitsverfahrens die Vertretung einer Partei zu übernehmen. Es läßt sich aber wohl kaum bestreiten, daß diese Vorschr. immerhin etwas sehr Eigenartiges hat. Es ist nämlich den Parteien selbst unbenommen, ihre Rechte vor dem RG. persönlich wahrzunehmen. Sie können auch in der mündlichen Verhandlung selbst

betr. das Berufungsverfahren beim RG. in Patentsachen seien nur die beim RG. zugelassenen RA. befugt, in diesem Verfahren die Vertretung einer Partei zu übernehmen. Die für den Anwaltsprozeß der ZPO. geltende Vorschr. in § 78 Abs. 2 ZPO. und § 27 RW. seien auf das Patentstreitverfahren nicht entsprechend anwendbar. Diese Begr., an der festzuhalten ist, stützt sich auf die Eigenart des Patentstreitverfahrens, muß also in gleicher Weise Geltung haben für die Beweisaufnahme vor dem ersuchten Richter, ist denn auch im Schrifttum nicht anders aufgefaßt worden (Seligsohn, PatG., 7. Aufl., § 33 Anm. 15 S. 413; Krauß, PatG., § 33 Anm. 4 S. 286). Eine unterschiedliche Behandlung, je nachdem, ob der beauftragte Richter einen auswärtigen Zeigetermin abhält oder der ersuchte Richter, wäre auch nicht zu rechtfertigen.

(Urt. v. 14. Jan. 1933; I 353/31.)

10. §§ 285 ff. ZPO. Der persönliche Eindruck, den ein Zeuge auf den Berichterstatter gemacht hat, darf bei der Urteilsfindung nur dann verwertet werden, wenn der Richter darüber einen Vermerk in das Protokoll gemacht hat. Sonst liegt eine Verletzung nicht nur des § 286 ZPO., sondern auch der §§ 285, 288 ZPO. vor.

Das RG. hat zur Widerklage festgestellt, daß die Kl. im Sommer 1931 mit dem Ehemann A. ehewidrige Beziehungen unterhalten habe, durch die der Tatbestand des § 1568 BGB. gegen sie erfüllt worden sei. Es hat diese Feststellung u. a. auf den persönlichen Eindruck gegründet, den der eidlich vernommene Zeuge R. und die uneidlich gehörte Zeugin A. auf den Berichterstatter gemacht hätten.

Die Rev. beanstandet die Verwertung dieses persönlichen Eindruckes der Zeugen auf den Berichterstatter im Urt. mit Recht. Nach § 128 ZPO. ist die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erf. Gericht eine mündliche. Damit ist der Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung ausgesprochen. Der Grundsatz der Mündlichkeit bedeutet, daß das Gericht eine Entsch. nur auf Grund mündlicher Verhandlung treffen und als Prozeßstoff nur das ihm in der mündlichen Verhandlung Vorgelegte berücksichtigen darf. Darin liegt zugleich, daß die

erscheinen. Die vorbereitenden Schriftsätze können sie auch nach ihrem Belieben von irgendwelchen geeigneten (oder ungeeigneten) Vertretern fertigen und einreichen lassen. Die Fiktion des Amtsverfahrens (im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime des Zivilprozesses) läßt auch die schlechteste und unzureichendste Vorbereitung und eigene Wahrnehmung als ausreichend erscheinen selbst in der mündlichen Verhandlung, die ja der Ausgangspunkt für den Anwaltszwang des Zivilprozesses ist.

Wenn aber die Parteien sich in der mündlichen Verhandlung vertreten lassen wollen, so können sie nur den beim RG. zugelassenen RA. eine Vollmacht erteilen. Es steht zwar nicht so in der ZPO.; diese sagt nur, daß die RA. befugt sind, eine solche Vertretung zu übernehmen. Man könnte daran denken, daß diese Best. etwaige Zweifel aus § 100 Abs. 2 RW. beseitigen sollte; es mag aber als feststehend und richtig anerkannt werden, daß für die beim RG. anhängigen Nichtigkeitsprozesse nur die RA. Anwälte als Prozeßbevollmächtigte tätig werden können. Denn dies rechtfertigt sich aus der besonderen Organisation des Reichsgerichts und aus dem Grundgedanken des Lokalisierungsprinzips, das ja nicht irgendwelche Fesseln schaffen, sondern ein glattes, reibungsloses Zusammenarbeiten zwischen Gericht und Anwaltschaft sicherstellen soll.

Von diesem Gesichtspunkt aus läßt sich rechtfertigen, daß auch vor dem beauftragten Richter — abweichend von den Vorschr. der ZPO. —, wenn überhaupt ein Anwalt, dann nur der beim RG. zugelassene erscheint; denn der beauftragte Richter ist Mitglied des Gerichts, mit dem dieser Anwalt zusammenarbeitet. Hier setzen aber schon Bedenken ein; denn es handelt sich beim beauftragten Richter nicht mehr um mündliche Verhandlung, von der nun einmal die Regelung der anwaltschaftlichen Vertretung nicht zu trennen ist. Die Vorschr. der ZPO. über den Wegfall des Anwaltszwanges vor dem beauftragten Richter ist nicht willkürlich, sondern erklärt sich aus der Bedeutung, die gerade der mündlichen Verhandlung beigemessen wird; und dieser Charakter der mündlichen Verhandlung hat trotz des Amtscharakters des Verfahrens auch beim RG. seine Bedeutung. Wird der beauftragte Reichsrichter nun aber auswärts tätig, dann verbläht dieser Zusammenhang. Auch ist es mit einer gelinden Prozeßökonomie kaum noch vereinbar, daß man die Partei,

Verhandlung vor dem erf. Gericht selbst stattfinden, also insofern eine unmittelbare sein muß.

Auch die Beweisaufnahme ist grundsätzlich eine unmittelbare, denn sie erfolgt nach § 355 Abs. 1 Satz 1 ZPO. vor dem ProzeßGer. Wird sie gem. § 355 Abs. 1 Satz 2 ZPO. einem Mitglied des ProzeßGer. oder einem anderen Gericht übertragen, so haben die Parteien nach § 285 Abs. 2 ZPO. das Ergebnis derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen. Dies gilt auch für die Verhandlung vor dem Kollegium nach vorangegangenen einzelrichterlichen Verfahren.

Es steht nichts im Wege, entspricht vielmehr, nicht nur dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO.), sondern auch dem der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, daß der persönliche Eindruck, den ein Zeuge bei seiner Vernehmung auf das erf. Gericht gemacht hat, der Urteilsfindung zugrunde gelegt wird. Ist jedoch der Zeuge nicht vor dem erf. Gericht vernommen worden, die Beweisaufnahme also keine unmittelbare gewesen, so dürfen nur die gem. § 285 Abs. 2 ZPO. ordnungsmäßig vorgetragene Beweisverhandlungen von dem erf. Gericht berücksichtigt werden. Bestandteil dieser Beweisverhandlungen ist aber der Eindruck, welchen ein Zeuge auf den vernehmenden Richter gemacht hat nur dann, wenn das Vernehmungsprotokoll einen dahingehenden Vermerk dieses Richters enthält (vgl. RGWarn. 1931 Nr. 147 sowie aus neuerer Zeit RG. v. 2. Mai 1932, IV 89/32, und v. 24. Febr. 1933, III 215/32).

Indem nun das RG. sich auf den Eindruck berufen hat, den die Zeugen R. und A. bei ihrer Vernehmung auf den Einzelrichter hinsichtlich ihrer Glaubwürdigkeit gemacht haben, obwohl das Vernehmungsprotokoll v. 18. Okt. 1932 keinen Vermerk über diese Eindrücke enthält, hat es gegen § 286 ZPO. — dessen Verletzung zur Zeit nicht gerügt werden kann — insofern verstoßen, als seine Überzeugung aus einer Beweisaufnahme geschöpft worden ist, zu deren Bestandteil dieser persönliche Eindruck des Einzelrichters nicht gemacht worden ist. Darauf beschränkt sich indessen der prozesuale Verstoß nicht. Denn der Eindruck der Zeugen auf den Einzelrichter ist weder Gegenstand des mündlichen Vortrages über das Ergebnis der Beweisaufnahme gewesen (§ 285 ZPO.), noch entsprach die Verwertung dieses Eindruckes dem Grund-

will sie durch einen RA. vertreten sein, zwingt, sich einen der RA. Anwälte für die Wahrnehmung dieses Termins zu verschreiben. Der alte Beschl. des RG., der dazu führt, daß jeder andere RA. zurückgewiesen wird, gibt überhaupt kein Wort einer sachlichen Rechtfertigung; er sagt nur, so müsse es sein, und es anders zu machen, bestehe kein Grund. Derartige Begründungen findet man in der reichsgerichtlichen Rspr. unter den Ausgangspunkten einer „ständigen“ Rspr. nur allzu häufig; sie sind keine Begründungen.

Es ist kaum verständlich — und für RA., die dem engen Kreise des RG. fernstehen, unsehbar mit dem Gefühl einer ungerechtfertigten Kränkung verbunden —, wenn an dem Orte, wo ein Anwalt seinen Sitz hat, wo er vielleicht die Partei beraten, von wo aus er den ganzen Prozeß instruiert, wenn nicht geleitet hat, der aus Leipzig herbeireisende Reichsrichter ihm kurzerhand erklärt, er sei von der Mitarbeit bei der Beweisaufnahme ausgeschlossen —, während doch die Partei selbst, sei sie so ungeschickt wie sie wolle, und neben ihr jeder „technische Beistand“ (keineswegs nur der hierzu berufene Patentanwalt) auftreten darf. Das RG. übersieht vermutlich die psychologischen Widerstände, die es sich und seiner Arbeit selbst mit einer solchen Rspr. gegen die berufenen Vertreter von Parteiinteressen schafft.

Läßt sich aber wenigstens noch ein Zusammenhang mit dem an sich gebilligten Grundsatz herstellen, so verlagert diese Rechtfertigung vollständig, wenn an die Stelle des Reichsrichters der ersuchte Amtsrichter tritt. Hier den RA., der die Partei ständig betreut, oder gar den am Ort der Vernehmung in Verbundenheit mit dem Richter arbeitenden Anwalt auszuschließen, verstößt gegen die elementaren Grundlinien des Aufbaues der Anwaltschaft; denn hier besteht überhaupt kein Zusammenhang mehr, der die Ausdehnung eines schon an sich nicht allzu festen und die große Anwaltschaft außerhalb des RG. herabdrückenden Verschrenzungszwanges irgendwie rechtfertigen könnte. Wenn also für den früheren Beschl. noch eine Brücke des Verständnisses sich finden ließ — daß im vorl. Falle die Notwendigkeit einer unterschiedlichen Behandlung nicht erkannt worden ist, läßt sich nur daraus erklären, daß der entscheidende Sen. anwaltschaftlichen Fragen fremd gegenübersteht.

RA. Prof. Dr. W. Fischer, Hamburg.

faß der Unmittelbarkeit (§§ 128, 355 Abs. 1 Satz 1), der nur da zurücktritt, wo diese Bewertung auf Grund einer mittelbaren Beweisaufnahme zulässig ist. Auch auf diesem prozessualen Verstoß gegen die §§ 128, 285 ZPO. beruht das angefochtene Urteil.

(U. v. 29. Mai 1933; IV 81/33. — Berlin.) [Ra.]

****11.** § 340 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.; § 276 BGB. Die Einspruchsschrift braucht nicht unbedingt das Wort „Einspruch“ zu enthalten; es genügt vielmehr jede Wendung, durch welche der Wille, Einspruch einzulegen, unzweideutig zum Ausdruck kommt. †)

(U. v. 12. Juli 1933; III 435/32. — Braunschweig.)

12. § 511a Abs. 1 u. 4 ZPO.; § 112 GenG. Wird im Konkurs über das Vermögen einer Genossenschaft der Beschluß des Konkursgerichtes, durch den die Voranschuberechnung des Konkursverwalters für vorläufig vollstreckbar erklärt, von mehreren Genossen mit der Klage angefochten, so ist für diese grundsätzlich das AG, erst bei Überschreitung der Zuständigkeitssumme das LG, zuständig. Die Berufung ist deshalb nicht ohne Rücksicht auf den Beschwerdegegenstand zulässig. Werden die Klagen mehrerer Genossen miteinander verbunden, so hängt die Zulässigkeit der Berufung davon ab, ob für den einzelnen Genossen die Berufungssumme gegeben ist, oder

Zu **11.** I. Die Entsch. ist, soweit sie sich mit der Frage einander setzt, ob die Einspruchsschrift gem. § 340 ZPO. unbedingt das Wort „Einspruch“ enthalten müsse, zutreffend und bemerkenswert. Ihr kommt über den Rahmen des § 340 ZPO. hinaus Bedeutung zu für alle Rechtsmittel, Rechtsbehelfe und Anträge, da sie ganz allgemein den § 133 BGB. auch auf das formale Prozessrecht für anwendbar erklärt und darüber hinaus in erfreulicher Deutlichkeit die Tendenz der ZPO. zur Formfreiheit herausstellt und maßgebend sein läßt. Die Entsch. ist geeignet, die unteren Gerichte i. S. einer nicht formalistischen, volksverständlichen Rspr. zu beeinflussen.

II. Sehr zweifelhaft ist dagegen die Begründung, mit welcher das RG. die Haftung des beklagten Anwalts ablehnt. Es mag richtig sein, daß, wie das RG. ausführt, nur eine entfernte Möglichkeit bestand, daß das LG. in Südbesheim den überaus formstrengen Standpunkt einnehmen würde, daß eine Einspruchsschrift, in der das Wort „Einspruch“ fehle, nicht rechtsgültig sei. Es erscheint mir jedoch außerordentlich bedenklich, im vorl. Fall die Entsch., ob den Anwalt ein Verschulden trifft, wie das RG., lediglich davon abhängig zu machen, ob der Anwalt mit dieser Möglichkeit rechnen mußte. Das RG. hätte vielmehr noch die Frage prüfen müssen, ob nicht der Anwalt verpflichtet gewesen wäre, die Einspruchsschrift so zu verfassen, daß das Gericht keinen Zweifel über die Ordnungsmäßigkeit dieser Einspruchsschrift haben konnte und somit einer Entsch. hierüber entgehen war. Das ist zu bejahen. Der RM. hat eine prozessual bevorzugte Stellung, die ihre Rechtfertigung nicht zuletzt in seiner Vorbildung und der hierdurch vermittelten Kenntnis des Rechts und Rechtsganges findet. Wegen dieser Rechts- und Gerichtskennntnis wird der RM. aber auch von der Partei in Anspruch genommen. Es muß daher von ihm erwartet werden, daß er, soweit die Formalien einer Prozeßhandlung in Betracht kommen, diese so eindeutig und korrekt vornimmt, daß ein Zweifel an deren Rechtsgültigkeit überhaupt nicht aufkommt. Das muß vor allen Dingen dann gelten, wenn der vom Anwalt eingeschlagene Weg eindeutig und klar vom Gesetzgeber geregelt ist. Diese Verpflichtung hat der Anwalt seiner Partei gegenüber, weil er von dieser hierzu bestellt ist; er hat sie aber auch dem Gericht gegenüber entsprechend seiner privilegierten Stellung. Nicht zu Unrecht wird daher von Stein-Jonas (Komm. zur ZPO., § 340 Anm. II) bei der Prüfung der Frage, ob das Wort „Einspruch“ erforderlich sei, ein Unterschied gemacht, zwischen der von einer unvertretenen Partei und der von einem Anwalt abgefassten Einspruchsschrift. Die Anwaltschaft selbst sollte Wert darauf legen, daß ein solcher Unterschied gemacht, und sie nicht jeder rechtsunkundigen Person gleichgestellt wird; denn mit der Forderung auf Gleichstellung würde sie ihrer bevorzugten Stellung in der Rechtspflege die innere Rechtfertigung entziehen. Erkennt man aber diese Verpflichtung des Anwalts an, dann handelte der beklagte Anwalt im vorl. Falle schuldhaft, wenn er in Schriftsatz v. 5. Aug. 1929 nicht ausdrücklich die Erklärung abgab, daß er gegen das Versäumnisurteil Einspruch einlege. Diese Formalie ist jedem Anwalt derartig geläufig, daß man sie beinahe zum Handwerkszeug eines Anwalts rechnen kann. Andererseits war das Fehlen des Wortes „Einspruch“

ob bei Erreichung der Berufungssumme durch Zusammenfassung mehrerer Genossen diese einheitlich durch einen Schriftsatz Berufung einzulegen.

(Beschl. v. 4. Juli 1933; II B 5, 6/33. — Hamburg.) [Ku.]

b) Strafsachen.

Berichtet von Rechtsanwalt Rudolf Jensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden.

13. § 154 StGB. Die Frage, ob eine strafbare Tatesverletzung vorliegt, wird regelmäßig dadurch nicht berührt, daß bei Tatesverletzung verfahrenrechtliche Vorschriften unbeachtet bleiben. In diesem Falle hat der Strafrichter jedoch besonders genau zu prüfen, welches der wahre Sinn der Bekundung ist.

Die Rev. weist mit Recht darauf hin, daß die in den Urteilsgründen geschilderte Art der Vernehmung des Angekl. nicht den Vorschriften der ZPO. entspricht. Der vernehmende Richter hat dem damaligen Zeugen und nunmehrigen Angekl. lediglich die von dem Reisenden L. den Eheleuten H. hinterlassene Auftragskopie vorgelegt und an ihn die im Beweisbeschluss enthaltenen beiden Fragen gerichtet, ob der (damalige) Bekl. H. die in der Auftragskopie aufgeführten Waren gestellt habe und ob diese Waren einen Wert von 248,50 RM repräsentierten. Der Angekl. hat diese Fragen dahin beant-

bei dem strengen Wortlaut des § 340 Ziff. 2 („muß die Erklärung enthalten, daß gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt werde“), insbes. aber auch im Hinblick auf den früheren strengen Standpunkt des RG. (RG.: JW. 1892, 334) geeignet, Zweifel an der Rechtsgültigkeit des Einspruchs bei dem Gericht zu erwecken. Die Möglichkeit, daß ein deutsches Gericht bei dem heutigen Stande der höchstrichterlichen Rspr. diesem Zweifel zum Opfer fiel und ein derartiges formaljuristisches Urte. fällte, mag zwar, wie das RG. ausführt, gering gewesen sein; jedenfalls handelte aber der beklagte Anwalt fahrlässig, wenn er von der naheliegenden und durchaus üblichen Möglichkeit durch Verwendung des Wortes „Einspruch“ eine zweifelsfreie Prozeßhandlung vorzunehmen, keinen Gebrauch machte. So erfreulich es also ist, daß das RG. in der besprochenen Entsch. zu der Streitfrage des § 340 Ziff. 2 ZPO. grundsätzlich Stellung genommen hat, so wenig konnte es für die im vorl. Rechtsstreit allein zu entscheidende Frage, ob den Anwalt ein Verschulden treffe, auf die Entsch. dieser Streitfrage ankommen.

Das RG. weicht in der vorl. Entsch. offensichtlich auch von seinem in früheren Entsch. vertretenen Standpunkt zu dieser Frage ab. Die besprochene Entsch. erwähnt selbst den Grundsatz, daß der Anwalt im Zweifel das Verfahren einzuschlagen habe, das die größere Sicherung gegen Schädigung der Partei gewähre. Das ist unzweifelhaft eine der Willigkeit entsprechende Forderung (vgl. Ausführungen JW. 1919, 904 ff.).

Dementprechend hat das RG. verschiedentlich entschieden, daß der Anwalt schuldhaft handele, wenn er von zwei möglichen Maßnahmen die gefährlichere anträt, obwohl er sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als solche hätte erkennen müssen (vgl. RG.: JW. 1910, 297; 1921, 893).

Bei dem diesen Entsch. zugrunde liegenden Sachverhalt handelt es sich darum, daß einem Anwalt zur Erreichung des von der Partei angestrebten Zieles zwei rechtliche Möglichkeiten offen standen, und daß er die gefährlichere ergreifen und ordnungsmäßig durchgeführt hat. Hierbei handelt es sich also um Fälle, wo dem Anwalt ordnungswidriges Verhalten nicht vorgeworfen werden kann. Kommt man aber in diesen Fällen zur Bejahung eines Verschuldens des Anwalts, so muß das um so mehr in dem Falle gelten, wo es sich nicht um die Wahl zwischen zwei verschiedenen Wegen zur Erreichung eines Zieles handelt, sondern um die korrekte, einwandfreie Durchführung eines vom Gesetzgeber in seinen Voraussetzungen genau vorgeschriebenen Weges.

Das verkennt das RG. offenbar. Es dürfte daher der Anwaltschaft mit dem vorliegenden anscheinend anwaltsfreundlichen Urte. des RG. wenig gebient sein; denn es ist nicht anzunehmen, daß das RG. mit dieser Entsch. eine grundsätzlich andere Einstellung zur Frage der Anwaltschaft annehmen wollte. Dies anzunehmen, gibt die Art der Begründung keine Veranlassung. Es dürfte sich daher für jeden Kollegen nach wie vor empfehlen, bei der Vornahme von Prozeßhandlungen zum mindesten die üblichen Formalien genau zu beachten.

RM. Herriger, Düsseldorf.

wortet: „Die in der mir vorgelegten Auftragskopie aufgeführten Waren sind von dem Best. bestellt worden. Ich kann nicht genau sagen, ob diese Waren einen Wert von 248,50 RM haben; ich glaube aber wohl sagen zu dürfen, daß ich nach Erteilung des Auftrags angenommen habe, daß es sich um eine Bestellung von mindestens 200 RM handle.“ Entgegen den wohlervogenen Vorschr. des § 396 ZPO. (vgl. hierzu u. a. Baumbach, Anm. 1 und 2 zu § 396 i. Verb. m. Übersicht 6 vor § 373 ZPO.) ist der Zeuge nicht veranlaßt worden, dasjenige, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt war, im Zusammenhang anzugeben; auch sind ihm keine weiteren Fragen zur Aufklärung und zur Vollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf dem seine Wissenschaft beruhte, gestellt worden. Eine solche — namentlich bei ungenügend besetzten Gerichten vielfach übliche — Art der Ausführung von Beweisbeschlüssen durch den eruchten oder beauftragten Richter liefert zwar scheinbar ein glattes Ergebnis, beruht aber auf einer Verneinung der Psychologie der Zeugenaussage und birgt die große Gefahr in sich, daß das scheinbar glatte Ergebnis falsch ist und zu einem falschen Urteil führt. Der vorl. Fall bietet hierfür ein besonders einleuchtendes Beispiel. Eine so zustande gekommene Zeugenaussage ist, soweit nicht ihre Verwendung im weiteren Verlauf des Prozesses überhaupt unzulässig ist, jedenfalls nur von ganz beschränktem Wert für die Entscheidung des Rechtsstreits, in dessen Verlauf sie abgegeben worden ist. Soweit es sich aber, wie im gegebenen Fall, um die Frage handelt, ob eine strafbare Eidesverletzung vorliegt, ändert der Umstand, daß die Vernehmung gegen verfahrensrechtliche Vorschr. verstieß, in der Regel nichts daran, daß ihr Ergebnis ein „Zeugnis“ und, soweit es falsche Angaben enthält, ein „falsches Zeugnis“ i. S. des § 154 StGB. darstellt. Es besteht nur Veranlassung zu besonders genauer Prüfung, welches der wahre Sinn der Bekundung ist und ob eine hiernach festgestellte objektive Unrichtigkeit auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht. Dieser Pflicht ist aber das SchwG. nachgekommen.

(1. Sen. v. 19. Mai 1933; 1 D 1134/32.)

[W.]

14. § 159 StGB. Der Begriff des „Unternehmens“ der Verleitung zum Meineid setzt nur voraus, daß der Verleiter mit der Willensbeeinflussung begonnen hat.

Es besteht kein Zweifel, daß der Angekl. während der Unterredung mit St. den Willen, diesen zur Leistung eines Meineids zu bestimmen, durch Handlungen betätigt hat, die bereits einen Anfang der Ausführungen der Willensbeeinflussung enthalten, indem er St. den Beweisgegenstand und den wesentlichen Inhalt der ihm zugemuteten Aussage bekanntgab und ihm eine rechtliche Belohnung versprach. Daß er dabei eine nochmalige Unterredung über die genaueren Einzelheiten in Aussicht stellte, ändert an dieser Beurteilung nichts. Denn der Begriff des „Unternehmens“ der Verleitung zum Meineid erfordert nicht, daß der Verleiter mit seinen Einwirkungshandlungen bereits zu Ende gekommen ist, sondern setzt nur voraus, daß der Verleiter mit der Willensbeeinflussung begonnen hat. Dazu genügt es aber, wenn dem zu Verleitenden die allgemeine Richtung, in der er aussagen soll, bekanntgemacht wird (RGSt. 9, 280 [281]; 15, 259 [260, 261]). In dem Ur. ist ferner ausreichend festgestellt, daß das, was St. beschwören sollte, objektiv unrichtig und daß der Angekl. sich dessen bewußt war, sowie daß der Angekl. dabei wußte und wollte, daß St., wenn er die ihm zugemutete Aussage mache, wissentlich ein falsches Zeugnis ablegen und beschwören würde.

(U. v. 18. Mai 1933; 2 D 454/33.)

[Sn.]

15. §§ 211, 51 StGB.; §§ 155 II, 267 StPO.

1. Der Ursachenzusammenhang zwischen einem bewußt abgegebenen Schuß und dem Tode des Opfers ist auch dann gegeben, wenn sich während des Zielens ohne Willen des Täters ein zweiter Schuß löste und sich nicht feststellen läßt, welcher der beiden Schüsse die tödliche Wirkung hatte.

2. Die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 51

StGB. bedarf auch dann einer eingehenden Begründung, wenn sich zwar nicht der Angekl., wohl aber sein Verteidiger auf diesen Schuldaußschließungsgrund beruft oder sonst dem Gericht Umstände bekannt werden, die auf die Möglichkeit der Voraussetzungen des § 51 StGB. hinweisen. †)

1. Nach den Feststellungen des Ur. kniete der Angekl., als er T. auf der Chaussee einherkommen sah, durch Gebüsch und ein Getreidefeld gedeckt, und von der Chaussee durch den Straßengraben getrennt, nieder, machte das mitgenommene Gewehr durch Spannen der Hähne schußfertig, wartete bis T. ganz aus dem Walde herausgetreten und von dem Mondlicht voll beleuchtet war, zielte, in der Absicht, T. zu töten, nach dessen Kopf und drückte ab. Dabei gingen beide Schüsse auf einmal los. T. wurde getroffen und getötet. Das SchwG. hat die Angabe des Angekl., er habe nur einen Hahn des Gewehrs abgedrückt, der zweite Schuß habe sich ohne seinen Willen gelöst, nicht für widerlegt erachtet. Mit Rücksicht hierauf hält die Rev. eine Klärung der Frage für erforderlich, ob der erste — mit dem Willen des Angekl. abgegebene — oder der zweite Schuß, der sich ohne Willen des Angekl. gelöst hatte, die Tötung des T. zur Folge gehabt habe. Sie vertritt den Standpunkt, daß in letzterem Falle der Ursachenzusammenhang zwischen der vorsätzlichen Handlung des Angekl. und dem eingetretenen Erfolge nicht gegeben sei.

Diese Auffassung geht fehl. Nach der ständigen Rspr. des RG. in Strafsachen ist als Ursache eines Erfolges jede Handlung anzusehen, die nicht weggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfällt (RGSt. 58, 368; 63, 213; 64, 318). Wird diese Rechtsauffassung zugrunde gelegt, so kann die ursächliche Verknüpfung der Handlung, die der Angekl. durch Abgabe des Schusses auf T. ausführte, mit dessen Tode auch dann nicht zweifelhaft sein, wenn davon ausgegangen wird, daß möglicherweise nicht derjenige Schuß, den der Angekl. bewußt auf T. abgab, sondern der Schuß, der sich ohne Willen des Angekl. löste, den Tod des T. herbeigeführt hat; denn, wenn der Angekl. nicht in der Zielrichtung auf T. abgedrückt hätte, würde auch die Möglichkeit entfallen, daß sich gleichzeitig der zweite Schuß löste, in lebenswichtige Organe des T. eindrang und die tödliche Wirkung herbeiführte.

Das SchwG. hat tatsächlich festgestellt, daß der Angekl. im Bewußtsein der Folgen seines Handelns den tödlichen Schuß auf T. abgegeben habe. Es hat seine Überzeugung nach dieser Richtung auf die Geständnisse gestützt, die der Angekl. dem Kriminalkommissar und dem Untersuchungsrichter gemacht hatte, sowie auf den Umstand, daß er auf den Kopf des T. gezielt hatte. Damit ist der Tötungsvorsatz rechtlich bedenkenfrei nachgewiesen. Die dagegen gerichteten Angriffe der Rev. wenden sich in unzulässiger Weise gegen die tat-

Zu 15. Durch diese Entsch. werden hauptsächlich angeregt die Fragen

1. der Rechtsstellung des Verteidigers gegenüber dem Verteidigten,
2. nach Umfang und Grenze der richterlichen Pflicht, sich über die Zurechnungsfähigkeit des Angekl. Klarheit zu verschaffen.

1. Man hat den Verteidiger „Parteigehilfe“ genannt und damit den Irrtum nahegelegt, als habe er nur das vorzubringen, was der Angekl. vorgebracht sehen will, und als sei das nicht vom Willen des Angekl. mitgetragene Entlastungsvorbringen des Verteidigers unbeachtlich. Das SchwGUr. ließ nicht deutlich genug erkennen, ob nicht etwa auch bei ihm dieser Irrtum obgewaltet habe; deshalb ist es vom RG. m. E. zu Recht aufgehoben worden. Das RG. befindet sich damit im Einklang mit der h. M. im Schrifttum (s. bes. v. Beling, Reichsstrafprozeßrecht, § 38 IV, S. 151). Zu anderer Entsch. schien v. Holzendorff zu neigen (s. Handbuch d. dtsh. Strafprozeßrechts I, 1879, S. 405). Er machte eine m. E. in diesem Umfang sehr bedenkliche Unterscheidung von notwendigem und gewähltem Verteidiger. Für den gewählten Verteidiger behauptet er: „Sein Verhältnis zum Klienten ist abhängig von den besonderen Abreden, die unter den Beteiligten getroffen worden sind, so daß der erwählte Verteidiger nichts gegen den ausgesprochenen Willen des Klienten unternehmen darf, und der Angekl. bis zum Schlusse der Verhandlung seinen Auftrag zurückziehen darf.“ Ähnlich urteilt Gerland, Der dtsh. Strafprozeß, 1927, S. 49 ba (S. 151).

M. E. ist dem nicht zu folgen, sondern mit Beling, S. 151, festzustellen: „Innerhalb des Bereichs der Schutptätigkeit ist der Ver-

fächlichen Feststellungen des Urts. und seine Beweisannahmen und können daher in diesem Rechtszuge nicht gehört werden (§§ 337, 261 StPD.).

In zutreffender Umschreibung des Begriffs der „Überlegung“ (§ 211 StGB.) hat das SchwG. die Überzeugung ausgesprochen, daß der Angekl. im Augenblick der Tat klare Erwägungen über den zur Erreichung seines Zweckes gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenen Beweggründe, sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit anstellt und danach gehandelt habe, und daß er auch zur Anstellung solcher Erwägungen fähig gewesen sei. Diese Grundgedanken, von denen das SchwG. ausgeht, und denen es in seinen Ausführungen im einzelnen überall Rechnung trägt, decken sich mit der von dem RG. in ständiger Mspr. (RGSt. 42, 260, 262; 62, 196, 197) gegebenen Begriffsbest. des straferschwerenden Umstandes der Überlegung. Es wäre sogar nicht einmal erforderlich gewesen, festzustellen, daß ein Abwägen widerstreitender Beweggründe im Innern des Angekl. wirklich stattgefunden und zu seiner Willensbildung geführt habe; es genügt vielmehr, daß er zu einer solchen überlegten Handlung fähig war und in voller Besonnenheit sowie mit bedachtem Willen zur Ausführung der Tat geschritten ist (RGSt. 62, 197).

Der hiernach einwandfreien grundlegenden Stellungnahme des SchwG. zu der Frage, ob der Angekl. die Tötung des T. mit Überlegung ausgeführt habe, entsprechen auch die hierzu gemachten näheren Darlegungen der Urteilsgründe; es wird ausgeführt, daß die Gemütsregung, die das hartherzige Verhalten des T. bei dem Angekl. bei dem Gespräche beider in der Wohnung des Angekl. hervorgerufen hatte, sich bis zur Ausführung der Tat gelegt habe; es wird dabei in zulässiger Weise als Beweisgrund das Verhalten des Angekl. unmittelbar vor der Tat und nach der Tat gewürdigt, und es wird ferner dargelegt, daß der Angekl. auch allgemein seiner Persönlichkeit nach durchaus die Fähigkeit zu der erforderlichen Überlegung bei Ausführung der Tat besessen habe. Die Behauptung der Rev., daß das SchwG. seine Überzeugung von dem überlegten Handeln des Angekl. seinem „Geständnis“ entnommen habe, findet in den Urteilsfeststellungen keine Stütze.

Die Erwägungen, auf die das SchwG. seine Überzeugung von dem überlegten Handeln des Angekl. gestützt hat, liegen im wesentlichen auf tatsächlichen Gebieten und sind daher in diesem Rechtszuge nicht nachzuprüfen. Anlaß zur Beanstandung gibt lediglich folgende Erwägung des Urts., die unter Hinweis darauf angestellt wird, daß der Angekl. nach dem Wortwechsel mit T. vor der Tat in schnellem Laufe einen Weg von mindestens 1,5 km zurückgelegt habe: „Erfahrungsgemäß ruft schnelles Laufen auf weite Strecken eine Erhitzung hervor; es ist aber eine rein körperliche Erhitzung, unter deren Wirkung sich die geistige Erregung zu legen pflegt.“ Ob solches im gegebenen Fall auf den Angekl. zutrifft, wird unter Berücksichtigung seines körperlichen und geistigen Zustandes in der aus anderen Gründen notwendigen neuen Verhandlung unter Hinzuziehung eines ärztlichen Sachverständigen nochmals zu untersuchen sein.

2. Zur Aufhebung des Urts. muß die Behandlung führen, die in den Urteilsgründen dem Schuldausschließungsgrunde des § 51 StGB. zuteil geworden ist. Das Urts. bemerkt in dieser Hinsicht lediglich: „Daß der Angekl. während der Tat unzurechnungsfähig i. S. des § 51 StGB. gewesen ist, hat er

teidiger grundsätzlich von den Wünschen, einer Spezialermächtigung, der Zustimmung oder dem Widerspruch seines Klienten . . . unabhängig. Er hat z. B. dessen sachlich gebotene Freisprechung auch dann zu betreiben, wenn der Angekl. selbst verurteilt sein möchte; seine Entlastungsbeizugnisse sind vom Gericht zu berücksichtigen, auch wenn der Angekl. ihnen widerspricht (vgl. z. B. RG.: JW. 1926, 2782 11).“

Der Verteidiger ist Organ der Rechtspflege, wenn auch ein im Interesse des Angekl. geschaffenes. Seine objektiven, vom Parteiwillen unabhängigen Aufgaben müssen gerade da beginnen, wo der Parteiwille wegen Unzurechnungsfähigkeit unbeachtlich sein könnte.

2. Dem RG. ist m. E. darin beizupflichten, daß es unbedingt zur Pflicht des Gerichtes gehört, von Amtz wegen Klarheit über die Zurechnungsfähigkeit des Angekl. zu schaffen. Daraus darf aller-

selbst niemals behauptet. Es ist auch nichts dafür erbracht.“ Diese kurze Bemerkung läßt die Frage offen, ob damit hat gesagt werden sollen, eine Unzurechnungsfähigkeit habe der Angekl. persönlich — im Gegensatz zu dem Verteidiger — niemals behauptet. Wsdann würde verkannt worden sein, daß der Verteidiger ein selbständiges Recht hat, neben dem Angekl. und unabhängig von ihm Anträge zu stellen und sich auch auf Schuldausschließungsgründe zu berufen. Gerade bei dem Schuldausschließungsgrunde des § 51 StGB. wird, wie die Rev. nicht ohne Grund hervorhebt, der Angekl. persönlich mitunter eine erklärliche Scheu davor haben, sich selbst als unzurechnungsfähig hinzustellen; vielfach wird der Angekl. selbst sich auch dessen gar nicht bewußt sein, daß die Voraussetzungen des § 51 StGB. bei ihm gegeben sind.

Im vorl. Falle hat der Verteidiger vor der Hauptverhandlung in dem Schriftsatz v. 19. Sept. 1932 Tatsachen angeführt, welche im Sinne einer Geltendmachung des Schuldausschließungsgrundes des § 51 gedeutet werden konnten, daß der Angekl. nämlich erblich belastet sei (drei Geschwister von ihm sollen „blöde“ sein), und daß er selbst bereits zwei Selbstmordversuche unternommen habe. Wenn nach alledem angesichts der kurzen Bemerkung der Urteilsgründe mit der Möglichkeit zu rechnen ist, daß der Verteidiger in der Hauptverhandlung strafausschließende Umstände i. S. des § 51 StGB. behauptet hat, so muß die von der Rev. erhobene Rüge einer Verlesung des § 267 Abs. 2 StPD. durchgreifen. Nach dieser Vorschr. hätte sich alsdann das Gericht in den Urteilsgründen darüber aussprechen müssen, ob die behaupteten Umstände für festgestellt oder nicht festgestellt erachtet worden sind. Diesem Erfordernis genügte die oben wiedergegebene kurze Bemerkung des Urts. nicht. Das SchwG. war vielmehr verpflichtet, wenn die Voraussetzungen des § 51 StGB. verneint wurden, in den Gründen des Urts. zu der angeblichen erblichen Belastung des Angekl. und zu seinen Selbstmordversuchen Stellung zu nehmen und sich — unter Wiedergabe der Stellungnahme des ärztlichen Sachverständigen — damit auseinanderzusetzen, weshalb die behaupteten oder sonstige Umstände nicht geeignet waren, i. S. des § 51 StGB. bei Ausführung der Tat einen die freie Willensbestimmung des Angekl. ausschließenden Zustand von Bewußtlosigkeit (oder Bewußtseinsstörung [RGSt. 64, 349, 351]) oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit zu begründen. Darlegungen in dieser Richtung wurden auch nicht etwa durch die Ausführungen des SchwG. entbehrlich, durch welche die Fähigkeit des Angekl. nachgewiesen wird, eine Tötungshandlung mit Überlegung auszuführen. Ein vorbedachtes und planvolles Handeln ist nicht immer ein untrügliches Zeichen für das Vorliegen einer Zurechnungsfähigkeit i. S. des § 51 StGB. Eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit braucht die Erkenntnisfähigkeit und die Verstandestätigkeit nicht auszuschließen; sie führt aber zur strafrechtlichen Unzurechnungsfähigkeit (§ 51), wenn sie zur Folge hat, daß der geistig gestörte nicht fähig ist, seine Entschlüsse und sein Handeln der ihm verbliebenen verstandesmäßigen Einsicht gemäß einzurichten, wenn ihm also die freie Willensbestimmung fehlt, weil infolge der Störung seiner Geistestätigkeit irgendwelche Vorstellungen oder Empfindungen oder Einflüsse seinen Willen derart übermäßig beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist (RGSt. 63, 46, 48; vgl. auch 64, 349 ff.).

Sollte dagegen durch die Bemerkung des Urts. zu § 51 StGB. zum Ausdruck gebracht werden, daß in der Hauptver-

handlung weder gefolgert werden, daß in jeder Gerichtsverhandlung der ärztliche Sachverständige erscheinen solle, noch, daß die Zurechnungsfähigkeit in jedem Urts. mit langer Begründung dargetan werden müsse. Es ist dem Richter weiterhin zu vertrauen, daß er den Alltagsfall des Lebens, in dem die Zurechnungsfähigkeit selbstverständlich ist, mit kurzem Blick zu erkennen und mit knappen Worten zu kennzeichnen vermag. Aber wenn sich in irgendeinem Abschnitt des Verfahrens — ganz gleich — als Haupt- oder Vorverfahren — irgendwelche Zweifel wegen der Zurechnungsfähigkeit ergeben oder Bedenken geäußert worden sind, so bedarf diese hochwichtige Frage der sorgsamsten Klärung. —

Den Ausführungen des RG. über Beurkundung, sowie zu dem Begriffe „Überlegung“ ist m. E. beizutreten.

Prof. Dr. Arthur Wegner, Breslau.

handlung von keinem an dem Verfahren Beteiligten schuld-
ausschließende Umstände i. S. von § 51 StGB. behauptet
worden seien — und dafür spricht in gewissem Sinne die Tat-
sache, daß der Verteidiger nach dem Inhalt der Sitzungs-
niederschrift in seinem Schlussantrage lediglich die Verurteilung
des Angekl. wegen Totschlags beantragt hatte —, so würde
allerdings ein Verstoß gegen § 267 Abs. 2 StPD. nicht vor-
liegen. Alsdann ist aber die von der Rev. erhobene Rüge
einer Verletzung des § 155 Abs. 2 (i. Verb. m. § 244 Abs. 3)
StPD. begründet.

Wenn in bezug auf einen des Mordes Angekl. im Laufe
des Verfahrens Tatsachen geltend gemacht werden, welche
auf die Möglichkeit der Voraussetzungen des § 51 StGB.
hinweisen, so ist es die Pflicht des Vorsitzenden — sofern in
der Hauptverhandlung die Tatsachen von den Prozeßbeteilig-
ten nicht vorgebracht werden —, dem Gerichte hiervon Mit-
teilung zu machen, und dieses ist wiederum gehalten, falls es
die Voraussetzungen des § 51 StGB. nicht für vorliegend er-
achtet, von Amts wegen Aufklärung über die Richtigkeit oder
Unrichtigkeit der behaupteten Tatsachen und ihre Bedeutung
für die Anwendung des § 51 zu schaffen, sowie in den Urteils-
gründen ersichtlich zu machen, daß es dieser Aufklärungs-
pflicht genügt hat. Geben die Urteilsgründe, wie im vor-
liegenden Falle, nach dieser Richtung keinen Aufschluß, so
muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß das Schwur-
gericht sich entweder seiner Pflicht, den Sachverhalt, auch
soweit es sich um Schuldausschließungsgründe handelt, von
Amts wegen aufzuklären, nicht bewußt gewesen, oder daß es
die gebotene Aufklärung infolge rechtsirrtümlicher Beurteilung
der Voraussetzungen des § 51 StGB. unterlassen hat. Des-
halb bedarf es einer neuen Verhandlung und Entsch.

(2. Sen. v. 12. Dez. 1932; 2D 1311/32.)

****16.** § 246 StGB. Konkursverbrechen und Kon-
kursvergehen, Vergehen gegen §§ 64, 84 Abs. 1
GmbHG. Unterschlagung sicherungsübereigne-
ter Gegenstände.

Wie RG.: GoldArch. 60, 91 bereits dargelegt hat, han-
delt es sich im § 64 GmbHG. nicht um solche Zuwiderhandlungen,
die, wie die Bankrottbehandlungen i. S. der §§ 239 f. RD.
erst durch das Hinzutreten einer Zahlungseinstellung oder
Konkursöffnung strafbaren Charakter erlangen, sondern um
die Nichterfüllung einer Rechtspflicht, die das Bestehen einer
Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft zur
Voraussetzung hat und durch sie überhaupt erst begründet
wird. Eine Tateinheit mit den gegen den Angekl. festgestellten
Bankrottbehandlungen, die sich zum Teile schon mit dem Ein-
tritt der Zahlungseinstellung der Gesellschaft vollendeten,
kommt daher nicht in Frage.

Im Falle „B.“ begegnet die Annahme der Strk., daß
sich der Angekl. durch Übereignung des zuvor der Firma „G.“
sicherungsweise übereignet gewesenen Schuppens an B.
einer vollendeten Unterschlagung i. S. des § 246 StGB.
schuldig gemacht habe, keinen durchgreifenden rechtlichen Be-
denken. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß B.
im Hinblick auf die Best. des § 933 BGB. das Eigentum an
dem Schuppen nicht erworben hatte. Die bürgerlich-rechtliche
Unwirksamkeit des Vertrags schließt die Begehung einer voll-
endeten Unterschlagung durch den unwirksamen Ver-
trag selbst an sich nicht aus. Denn es kommt nur darauf
an, ob der Täter über die in seinem Gewahrsam befindlichen
fremden Sachen bewußt widerrechtlich wie ein Eigentümer
verfügt; der Zueignungswille kann auch in einer rechtsunwirk-
samen Sicherungsübereignung oder Verpfändung zum Aus-
druck gelangen (vgl. u. a. RGSt. 61, 65, 66 und RGUrt.
I 321/28 v. 5. Okt. 1928). Nur dann, wenn sich der Täter
bei Abschluß eines Sicherungsübereignungsvertrags bewußt
ist, daß die Übereignung, wenigstens dinglich, nicht wirksam
ist, könnte er die Übereignung nicht wollen, sondern nur vor-
täuschen, also auch eine aus der Übereignung abzuleitende
Zueignungsabsicht nicht haben (vgl. RG.: Recht 1928, 423
Nr. 1711). Nach der Rspr. des RG. (vgl. RGSt. 62, 15,
17, 18; 64, 406; sowie III 910/32 v. 24. Nov. 1932)
ist der Begriff der Zueignung durch Diebstahl oder Unter-
schlagung, wenn der Tatbestand dieser Vergehen auch keine

Bereicherungsabsicht erfordert, dann nicht erfüllt, wenn der
Täter über die fremde Sache nicht in eigenem Namen und
nicht zu eigenem Nutzen, sondern namens und in Vertretung
eines Dritten und zu dessen Nutzen verfügt, weil er als-
dann nicht in der Absicht handelt, die Sache sich zuzueignen,
sie als eigene, ihm gehörende zu verwerten und für sich
wirtschaftlich auszunutzen. Soweit in RGSt. 34, 374, 376
eine andere Rechtsauffassung zum Ausdruck gelangt sein
sollte, hat dieser StrSen. an ihr ausweislich der angeführten
späteren Urte. nicht festgehalten. Auch der erst. Sen. hat sich
der in den Urte. RGSt. 62 u. 64 vertretenen Rechtsauf-
fassung des 2. StrSen. angeschlossen. Die vom Angekl. am
21. Aug. 1927 gegründete GmbH. war eine reine „Ver-
wandten-GmbH.“. Der Angekl. war „die allein maß-
gebende Person im Betriebe der GmbH.“. Dargelegt ist
weiter, „es könnte selbst angenommen werden, daß der An-
gekl. nach den besonderen Verhältnissen der GmbH.
unmittelbar für sich selbst einen Vermögensvorteil erlangt
habe oder auch nur habe erlangen wollen“. Was die Strk.
damit hat sagen wollen, wird besonders durch die zum Be-
trugsfalle B. getroffene Feststellung auf Urt. S. 85 klar-
gelegt, daß nämlich der Angekl. auch sich selbst unmittel-
bar einen rechtswidrigen Vermögensvorteil habe verschaffen
wollen. Denn er sei trotz der äußeren Form des Geschäfts
der GmbH. und seiner Stellung als Geschäftsführer der tat-
sächlich allein Verfügungsberechtigte und auch „Allein-
interessierte“ an dem Unternehmen gewesen. Daraus
und aus dem sonstigen Urteilszusammenhange ergibt sich mit
hinreichender Deutlichkeit als die tatsächliche Auffassung der
Strk., daß der Angekl. in den erörterten 3 Fällen trotz
seines scheinbaren Handelns für die Gesellschaft doch im
Hinblick auf das vollkommene Zurücktreten seiner Verwandten
in der Gesellschaft tatsächlich die Geschäfte der GmbH.
in seinem alleinigen Interesse geführt und daß er des-
halb die jeweiligen Verfügungen ausschließlich zu eigenem
Nutzen getroffen hat. So verstanden, begegnet die Annahme,
daß der Angekl. die betreffenden Gegenstände in allen drei
Fällen i. S. des § 246 StGB. „sich“ rechtswidrig zu-
geeignet hat, keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

(3. Sen. v. 3. Juli 1933; 3D 1164/32.)

[Hn.]

****17.** § 253 StGB. Nicht jede Behinderung des
Rechts, auf Grund eines Zwangsvollstreckungs-
titels die Vollstreckung zu betreiben, bedeutet
für den Gläubiger einen Vermögensnachteil. Es
ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die in der
Behinderung liegende Minderung des Gläu-
bigerrechts notwendigerweise eine Minderung
des wirtschaftlichen Wertes des Gesamtver-
mögens des Gläubigers zur Folge hat.

Nach den von RGSt. 16, 1 f. entwickelten Grundsätzen,
die die Annahme einer Vermögensbeschädigung in den — in-
soweit gleichliegenden — Fällen des Betrugs betreffen, kann
zwar auch die Nichtausübung eines Rechtes mit der Wirkung,
daß der Berechtigte der mit diesem Rechte verbundenen oder zu
erreichenden Vorteile verlustig geht, die ihm bei Aus-
übung des Rechtes sicher gewesen wären, als das Vermögen
beschädigend angesehen werden. Im Falle der Nichtausübung
des vermögensrechtlich bedeutsamen und wirtschaftlich wert-
vollen Vollstreckungsrechtes kann die Vermögensbeschädigung,
da die Forderung selbst und der Vollstreckungstitel in ihrem
Bestande nicht berührt werden, sondern nach wie vor Be-
standteile des Vermögens des Gläubigers bleiben, ihrem
Wesen nach nur darin bestehen, daß der Gläubiger an dem
Erwerb des aus der Zwangsvollstreckung erwachsenden Rechtes
auf Befriedigung aus der Sache in einer Weise verhindert
wird, daß die Nichtausübung des Vollstreckungsrechtes nach
den Umständen des jeweiligen Einzelfalles im Ergebnisse dem
Verluste dieses Rechtes gleichkommt. Ein Fall dieser Art
wird namentlich dann gegeben sein, wenn aus der — unter-
bliebenen — Vollstreckung eine Befriedigung des Gläubigers
zu erwarten gewesen wäre, eine anderweitige Befriedigung
aber im Hinblick auf die Vermögenslage des Schuldners nicht
zu erlangen ist (vgl. RGUrt. I 777/13 v. 26. Jan. 1914:
Recht 1914 Nr. 1015). Schon hieraus ergibt sich, daß die

Nichtausübung des Vollstreckungsrechts nicht notwendig und nicht unter allen Umständen eine Beschädigung des Vermögens des betreibenden Gläubigers bedeutet; vielmehr wird eine solche entfallen, wenn die Durchführung der Vollstreckung in Wahrheit nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt haben würde. Dies ist aber im gegebenen Falle anzunehmen, weil die Strk. als wahr unterstellt hat, daß im Hinblick auf den „Gegenwartswert“ des Grundstücks und auf die Höhe der Forderung des Gläubigers Dr. F. im Range vorausgehenden Belastungen dieser Gläubiger bei einer Fortsetzung des Zwangsversteigerungsverfahrens „mit seiner Forderung ausgefallen sein würde“, da er nicht damit habe rechnen können, daß eine Hypothek werde ausbezahlt werden. Die Annahme der Strk., daß jede „Behinderung des Rechtes“, auf Grund eines Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung zu betreiben, für den Gläubiger einen Vermögensnachteil bedeute, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Vielmehr ist in jedem Einzelfalle zu prüfen, ob die in der „Behinderung des Vollstreckungsrechtes“ liegende Minderung des Gläubigerrechtes notwendigerweise eine Minderung des wirtschaftlichen Wertes des Gesamtvermögens des Gläubigers zur Folge hat. Dies wird dann zu verneinen sein, wenn die in der Abstandnahme von der Zwangsversteigerung liegende Stundung der Forderung gerade im eigenen wirtschaftlichen Interesse des Gläubigers vorgenommen wird. Wie die Urteilsgründe ergeben, hat der Angekl., und zwar ersichtlich unwiderlegt, behauptet, es sei ihm gelungen, einen Verwandten des Vollstreckungsschuldners Z. zur Hergabe eines größeren Geldebetrages zu veranlassen; bei einem Entgegenkommen des N. Dr. F. würde es daher möglich gewesen sein, den Z. mit Hilfe des zur Verfügung gestellten Geldes „zu sanieren“. Dann hätte aber die Strk. prüfen und die Feststellungen darauf erstrecken müssen, ob die von ihr angenommenen, ganz ungewissen Möglichkeiten, daß nämlich Dr. F. bei Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens unter Umständen das Grundstück zu vorteilhaften Bedingungen hätte erstehen können — eine Möglichkeit, die im Hinblick auf die tatsächliche Gestaltung des gegebenen Falles einer näheren Begründung bedurft hätte —, oder daß der Schuldner Z. bei einer nachdrücklich durchgeführten Zwangsvollstreckung Mittel und Wege zur Befriedigung des Gläubigers Dr. F. ausfindig gemacht haben würde, ihren Ausgleich in der Wahrscheinlichkeit einer Einbringlichkeit seiner Forderung nach Eintritt der durch die Abstandnahme von der Zwangsversteigerung bedingten „Sanierung“ des Schuldners Z. gefunden haben würden. Wäre letzteres der Fall gewesen, so wäre der wirtschaftliche Wert des Gesamtvermögens des Gläubigers Dr. F. durch die Abstandnahme von der Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht gemindert worden (vgl. RG.: JW. 1908, 382). Nach alledem ist der Wille des Angekl. auf Herbeiführung einer dem von ihm erstrebten Vermögensvorteil entsprechenden Vermögensbeschädigung auf der Seite des N. Dr. F. nicht ausreichend dargetan.

Ein Versuch der Erpressung könnte nach den vom RG. aufgestellten Grundsätzen über den sog. untauglichen Versuch dann vorliegen, wenn der Angekl. irrigerweise angenommen hätte, daß durch die von ihm durch Ausübung von Zwang auf den Willen des Dr. F. herbeiführende Zurücknahme des Antrags auf Zwangsversteigerung das Vermögen des Dr. F. beschädigt werden würde. Ein dahin gehender Irrtum des Angekl. ist jedoch nicht nachgewiesen.

(3. Sen. v. 24. April 1933; 3 D 291/33.) [Hn.]

****18.** §§ 60, 61, 274 StPD. Das Sitzungsprotokoll kann durch eine entsprechende Erklärung des Vorsitzenden seine Beweiskraft verlieren. Informativische — nicht zeugenschaftliche — Vernehmung einer der Verhandlung als Zuhörer bewohnenden Person ist unzulässig.†)

Über den von der Rev. gerügten Vorgang enthält das Sitzungsprotokoll nichts. Die Darstellung der Rev. wird aber

Zu 18. 1. Der vorstehenden Entsch. ist zuzustimmen mit einer Einschränkung. Der Satz, daß das Sitzungsprotokoll durch eine entsprechende Erklärung des Vorsitzenden (was für diesen gilt, muß

durch die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden bestätigt. Dieser hat erklärt, der der Verhandlung als Zuhörer bewohnende Konkursverwalter habe bei der an der Hand der Konkursakten erfolgten Vernehmung des Angekl. über seine persönlichen Verhältnisse und seine wirtschaftliche Lage von sich aus einige Erläuterungen hierzu gegeben; seitens des Angekl. oder seiner Verteidiger sei dies nicht beanstandet, auch eine förmliche Vernehmung nicht beantragt worden. Durch diese Erklärung wird die Ausschließlichkeit der Beweiskraft des Sitzungsprotokolls (§ 274 StPD.) beseitigt und das RevG. zur Prüfung des Sachverhalts in freier Beweiswürdigung berechtigt und verpflichtet. Das danach als festgesetzt anzusehende Verfahren ist von der Rev. mit Recht als ein Akt unzulässiger „informativischer“ — gemeint nicht nach den Vorschr. der StPD. insbes. ihrer §§ 60, 61 über Vernehmung erfolgter — Beweisaufnahme gerügt. Der Konkursverwalter hat seine Wissenschaft zur Sache zur Kenntnis des Gerichts gebracht. Damit hat er die Stellung eines Zeugen eingenommen. Ob er dies von sich aus, ohne einen Antrag der am Verfahren Beteiligten und ohne Aufforderung des Gerichts getan hat, ist unerheblich, ebenso, ob der Vorgang von einem der Beteiligten gebilligt oder beanstandet worden ist. Der Vorsitzende hatte Sorge zu tragen (§ 238 Abs. 1 StPD.), daß die Befundung des Konkursverwalters über seine Wahrnehmungen zur Sache entweder unter Wahrung der strafprozessualen Vorschr. erfolgte, oder aber daß sie unterblieb.

(3. Sen. v. 13. Juli 1933; 3 D 679/33.)

[W.]

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

I. Materielles Recht.

Braunschweig.

1. § 1189 BGB.; § 306 HGB. Ist einer als Grundbuchvertreterin bestellten AktGes. die Ernennung eines Rechtsnachfolgers vorbehalten, so geht bei ihrer liquidationslosen Fusion mit einer anderen AktGes. die Stellung als Grundbuchvertreterin auf diese über.

Wie in RG.: HöchstRRspr. 1930, 1949 ausgeführt ist, ist in der Rspr. und im Schrifttum von der herrschenden Meinung die Ansicht vertreten, daß die Stellung einer AktG. als einer nach § 1189 BGB. bestellten Grundbuchvertreterin bei der liquidationslosen Verschmelzung der AktG. mit einer anderen AktG. nicht auf diese über-

natürlich auch für den Urkundsbeamten gelten!) seine Beweiskraft verliert, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht halten, wie denn übrigens auch nicht anzunehmen ist, daß das RG. den Satz ganz allgemein hat aufstellen wollen. Würde sich doch sonst der 3. Sen. mit einer ständigen, durch Plenarbeschluß des RG. (RGSt. 43, 1 ff.) begründeten Judikatur des RG. in Widerspruch setzen. Danach kann ein Sitzungsprotokoll nur dann berichtigt werden, wenn durch diese Berichtigung einer bereits eingelegten Rev. nicht die Rechtsgrundlage entzogen wird. Da dies hier nicht der Fall ist (die Berichtigung stiftet die Revisionsrüge!), so ist im Rahmen der bisherigen Judikatur des RG. das Ur. zutreffend. Ich darf hier beiläufig eines bemerken: In meinem Strasprozeß habe ich S. 386 die Ansicht vertreten, eine Berichtigung sei nach Einlegung eines Rechtsmittels überhaupt nicht mehr zulässig. Diese Auffassung läßt sich aus praktischen Gründen nicht aufrechterhalten. Würde doch dann im vorl. Fall die tatsächlich begründete Revisionsrüge keinen Erfolg haben können, da die Beweiskraft des Protokolls nicht beseitigt werden kann, ein praktisch unmögliches Resultat. Ich gebe meine bisherige Ansicht mithin auf und schließe mich der des RG. ausdrücklich an.

2. Wenn das RG. die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden schlechthin für hinreichend erachtet, die Ausschließlichkeit der Beweiskraft des Sitzungsprotokolls zu beseitigen, so dürfte das doch wohl formal zu weit gehen. Im allgemeinen muß das Protokoll berichtigt werden, was durch eine gemeinsame Erklärung des Vorsitzenden und des Urkundsbeamten zu geschehen hat. Kann eine übereinstimmende Erklärung nicht erzielt werden, weil Dissens der Ansichten besteht oder der Urkundsbeamte gestorben ist, so genügt einseitige Erklärung. Allein es muß sich aus dieser ergeben, daß und warum eine übereinstimmende Erklärung nicht abgegeben werden kann (vgl. etwa die Entsch. des RG., GoldArch. 44, 42). Würde man einfach eine dienstliche Äußerung des Vorsitzenden genügen lassen, so bliebe in der Tat von § 274 StPD. kaum noch etwas übrig.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

geht (vgl. RGZ. 45, 292; OLG. Dresden 34, 217; RGRKomm.⁶ § 1189 Anm. 2; Planck⁴, Anm. 6 b β zu § 1189 BGB.; Staudinger⁹, Anm. Va zu § 1189 das.; Güthe-Triebel⁵ S. 2067; a. M. Predari: Ruch. 58, 101). Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung richtig ist. Jedenfalls können die Grundsätze nicht auf den hier zu entscheidenden Fall angewendet werden.

Es ist im Schrifttum sehr bestritten, wie die Stellung des nach § 1189 BGB. bestellten Grundbuchvertreters aufzufassen ist (vgl. Planck⁴, Anm. 2 zu § 1189 BGB. mit Nachweisungen). Nach der im Schrifttum überwiegenden auch in der Rspr. herrschenden Auffassung (vgl. Nachweisungen in HöchstRspr. 1930, 1949) ist der nach § 1189 BGB. bestellte Grundbuchvertreter als ein durch Rechtsgeschäft bestellter Vertreter anzusehen (s. a. RGRKomm.⁶ § 1189 Anm. 1). Wenn der Grundbuchvertreter in RG. 117, 371¹) mehrfach als Treuhänder bezeichnet ist, so soll damit wohl nicht gesagt sein, daß ein Treuhandverhältnis in dem sonst vom RG. gebrauchten Sinne vorliegt. Dessen entscheidendes Merkmal liegt nach RG. 133, 87²) darin, daß der Treugeber einem anderen einen zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstand zu treuen Händen übereignet mit der Best. des Nichtgebrauchs im eigenen Interesse. Dieses Merkmal ist hier nicht vorhanden, da der Grundbuchvertreter ein vom eigentlichen Gläubiger verschiedener Dritter und nicht Inhaber des Rechts ist. Auch das RG. geht davon aus, daß der Grundbuchvertreter ein durch Rechtsgeschäfte bestellter Vertreter der Gläubiger ist (RGRKomm., Anm. 1 zu § 1189 BGB.).

Bei der Stellung des Grundbuchvertreters als rechtsgeschäftlich bestellter Vertreter ist es gerechtfertigt, auch die Best. des BGB. auf ihn anzuwenden, die für den nach § 166 BGB. bestellten Vertreter bezüglich des Erlöschens der Vollmacht gelten (so RGRKomm.⁶, Anm. 1 zu § 1189; Planck⁴, Anm. 6 zu § 1189 BGB.). Nach § 168 BGB. richtet sich das Erlöschen einer Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse. In dieser Hinsicht ist es wichtig, daß die nach § 1189 BGB. erteilte Vollmacht in der Regel keine sog. abstrakte Vollmacht ist, bei dem der Vollmacht kein Rechtsverhältnis zugrunde liegt. Mit Recht ist schon in RG. 90, 214 darauf hingewiesen, daß bei der Bestellung eines Grundbuchvertreters regelmäßig zugleich auch ein verpflichtendes Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Gläubiger begründet wird. So ist es auch hier. Zwar ist bei der Bestellung der D.-Bank als Grundbuchvertreterin nicht besonders zum Ausdruck gekommen, daß sie den Gläubigern gegenüber verpflichtet sein sollte. Man kann aber auch ohne solche Best. annehmen, daß die Bank zur Vertretung der Gläubiger nicht nur berechtigt war, solange das Vollmachtverhältnis dauerte, sondern daß sie deren Interessen auch wahrzunehmen hatte. Da die Bank es hiernach übernommen hatte, ein ihr von den Gläubigern übertragenes Geschäft für diese zu besorgen, und hierfür keine Vergütung zu beanspruchen hatte, sind auf das Verhältnis zwischen ihr und den Gläubigern die Vorschr. über den Auftrag anzuwenden (§§ 662 ff. BGB., vgl. RGRKomm., Anm. 1 zu § 1189 BGB.; Heck § 99 Ziff. 5; a. M. Endemann § 130, 4c, der regelmäßig die Vorschriften über den Arbeitsvertrag angewendet wissen will). In diesen ist der Fall nicht ausdrücklich geregelt, wie die liquidationslose Fusion zweier AktG. auf einen der aufgenommenen Gesellschaft erteilten Auftrag einwirkt. Als besondere Fälle der Beendigung sind vielmehr außer dem Widerauf und der Kündigung nur der Tod des Auftraggebers und des Beauftragten behandelt. Vielfach, wenn auch in anderem Zusammenhang, ist darauf hingewiesen, daß die Rechtslage bei der sofortigen Verschmelzung zweier AktG. ohne Liquidation (§ 306 BGB.) ähnlich ist wie beim Tode einer natürlichen Person (vgl. RG. 123, 294³). Wie beim Tode einer natürlichen Person endet bei der liquidationslosen Fusion die Rechtspersönlichkeit der übernommenen Gesellschaft. Wie beim Tode geht das Vermögen der übernommenen Gesellschaft mit den Schulden im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über.

Es mag wegen dieser Ähnlichkeit der Rechtslage daher gerechtfertigt sein, bei der liquidationslosen Fusion der beauftragten AktG. ebenso wie beim Tode eines Beauftragten im allgemeinen anzunehmen, daß der Auftrag erlischt (§ 673 BGB.). Das gilt aber nur im Zweifel. Wenn und soweit Umstände vorliegen, die mit genügender Sicherheit auf einen anderen Willen der Beteiligten schließen lassen, gilt der Auftrag als fortbestehend. In der Urkunde, die der Bestellung der D.-Bank als Grundbuchvertreterin zugrunde liegt, ist des Falles einer liquidationslosen Fusion nicht ausdrücklich gedacht. Aus dem Zusammenhang der übrigen Vertragsbestimmungen kann man aber schließen, daß die liquidationslose Fusion der D.-Bank nicht das Erlöschen des Auftrages zur Folge haben sollte. Der Grund des als Regel vorgesehenen Erlöschens des Auftrages beim Tode des Beauftragten liegt darin, daß ein Auftrag in der Regel ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzt. Man wird nicht ohne weiteres vermuten können, daß der Auftraggeber den Erben des Beauftragten dasselbe Vertrauen schenken kann (Dertmann⁵,

Anm. 1 zu § 673 BGB.). Erwägt man dies, so kann man in dem hier zu entscheidenden Falle nicht das Erlöschen des Auftrages infolge der Fusion annehmen. Gewiß hat die D.-Bank ihre Stellung als Grundbuchvertreterin auf Grund besonderen Vertrauens erhalten. Diese Vertrauensstellung war aber nicht derart, daß sie die persönliche Ausführung des Auftrages gerade durch die D.-Bank zur Voraussetzung hatte. Der Bank war vielmehr ausdrücklich das Recht vorbehalten, an ihrer Stelle einen anderen Grundbuchvertreter zu bestellen. Bei der Bestellung der D.-Bank wurde es also als genügend angesehen, daß die als vertrauenswürdig betrachtete Bank ihren Nachfolger auswählte. Es ist nicht so, wie in dem im OLG. 34, 217 entschiedenen Falle, daß die Erwerber der Teilschuldverschreibungen beim Erwerb sich auf die Wahrnehmung ihrer Rechte gerade durch die D.-Bank verlassen konnten.

Wäre das der D.-Bank geschenkte Vertrauen so weit, daß ihr die Ernennung eines Nachfolgers überlassen war, so stößt nichts im Wege, hier bei Untergang der D.-Bank im Wege der Vollfusion das Weiterbestehen des Auftrages und der damit zusammenhängenden Vollmacht für die D.-Bank anzunehmen. Ebenso wie die vertraglich als möglich vorgesehene Bestellung eines Nachfolgers beruht die Gesamtrechtsnachfolge, die den Übergang der Stellung als Grundbuchvertreter auf die D.-Bank zur Folge hatte, auf einem besonderen Rechtsakt. Ebenso wie dort konnte die Bank auch hier die Interessen ihrer Auftraggeber zur Geltung bringen, als die vereinbarte Fusion den Übergang ihres gesamten Vermögens zur Folge hatte.

(OLG. Braunschweig, 1. Zivilsen., Beschl. v. 24. Jan. 1933, 1 W 247/32.)

Eingef. von OGR. Dr. Fricke, Wolfenbüttel.

*

Dresden.

2. §§ 142, 147 FGG.; §§ 242, 119 BGB.; § 9 Abs. 2 B.D. über das Genossenschaftsregister v. 22. Nov. 1923. Löschung einer Eintragung in der Liste der Genossen.†)

In das Genossenschaftsregister beim AG. ist am 6. Juli 1920 die M.-Genossenschaft, eGenmbH., eingetragen worden. Mit einer Eingabe v. 26. Mai 1923, die am 29. Mai 1923 beim Registergericht eingegangen ist, hat der damalige Vorstand zusammen mit 42 weiteren Beitrittserklärungen auch die Beitrittserklärung des Beschw. (W.), die unter dem 10. Nov. 1920 ausgestellt ist, beim Registergericht zur Eintragung eingereicht. Daraufhin ist der Beschw. am 7. Juni 1923 unter Nr. 73 als Genosse in die Liste der Genossen eingetragen worden.

Der Beschw. hat mit Schriftsatz v. 20. März 1933 beim Registergericht beantragt, auf Grund von §§ 142, 147 FGG. von Amts wegen seine Eintragung als Genosse zu löschen. Er hält in erster Reihe diese Eintragung für unzulässig, weil seine Beitrittserklärung, da sie nicht alsbald, sondern erst nach unangemessen langer Zeit beim Registergericht eingereicht worden sei, nach Treu und Glauben ihre Wirksamkeit verloren gehabt habe. Der Vorstand der Genossenschaft hätte die Beitrittserklärung nach so langer Zeit nur dann zum Genossenschaftsregister einreichen dürfen, wenn er sich zuvor seines — des Beschw. — Einverständnisses vergewissert gehabt hätte. Ferner bezeichnet W. seine Beitrittserklärung als ungültig, weil sie nach der Unterzeichnung durch ihn vom Genossenschaftsvorstande verfällicht worden sei; denn dieser habe sämtliche Ausfüllungen des Vordruckes zur Beitrittserklärung nachträglich ohne oder gegen seinen — W.s — Willen vorgenommen, insbes. den Verzicht auf Benachrichtigung von der Eintragung ohne seine Zustimmung nachträglich eingefügt. Schließlich will sich der Beschw. durch die Unterzeichnung des Vordruckes noch zu nichts verpflichtet haben; das sei in der Interessenverklammerung im Nov. 1920, bei der er anwesend gewesen sei und die Beitrittserklärung unterzeichnet habe, ausdrücklich betont worden.

Gegen den ablehnenden Beschl. des Registergerichts hat W.

Zu 2. Die Einreichung einer Beitrittserklärung erst 2½ Jahre nach deren Abgabe ist ein recht ungewöhnlicher Vorgang. Man kann verstehen, daß der Beschw. sich dagegen wehrt, auf Grund einer längst vergessenen Beitrittserklärung zum Genossen gestempelt zu werden. Offenbar hat er sogar jahrelang von dieser Eigenschaft als Mitglied nicht einmal Kenntnis erlangt — infolge des angeblichen Verzichts auf Benachrichtigung von der Eintragung — und war infolgedessen auch nicht in der Lage, von der ihm zugeschriebenen Rechtsstellung Gebrauch zu machen oder sich durch rechtzeitigen Austritt unangenehme Folgen aus seiner Zugehörigkeit zur Genossenschaft zu entziehen. Es ist nicht begreiflich, daß die Vorinstanzen, offenbar aus formalen Erwägungen heraus, dieser Sachlage, in der alle Billigkeitsgründe auf Seiten des Beschw. stehen, so wenig Rechnung trugen und sich gegen die Ansicht des AG. verschließen, das den Weg zu einer richtigen und gerechten Lösung bereits aufgezeigt hat. Übrigens hat schon das AG. (FZB. 1916, 47¹⁰) ähnliche Gedankengänge wie das RG. entwickelt.

I. In der Frage, ob eine Beitrittserklärung durch Zeitablauf unwirksam wird, wenn sie nicht im Anschluß

¹) ZB. 1927, 2122.

²) ZB. 1931, 3105.

³) ZB. 1929, 1242.

Beschw. erhoben. Das RG. hat sie als unbegründet zurückgewiesen. Zwar hat es keine Bedenken gegen die Anwendung des Verfahrens nach §§ 142, 147 ZOG. Es lehnt aber die Ansicht des RG. in dessen Beschl. 1 b X 988/27 v. 19. Jan. 1928: ZW. 1929, 673 ab und billigt die Meinung von Josef: ZW. 1930, 2977, wonach die Zuverlässigkeit des Registers darunter leiden würde, wenn im Falle verspäteter Einreichung einer Beitrittserklärung die Mithaftung des eingetragenen Genossen befristet werden könnte.

Nach §§ 142, 147 Abs. 1 ZOG. kann das Registergericht eine Eintragung im Genossenschaftsregister und nach § 9 Abs. 2 W.D. über das Genossenschaftsregister i. d. Fass. v. 22. Nov. 1923 auch eine Eintragung in der Liste der Genossen von Amts wegen löschen, wenn sie mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Das Registergericht wird allerdings von dieser Befugnis nach pflichtgemäßem Ermessen im einzelnen Falle nur Gebrauch machen, wenn es die Sach- und Rechtslage für zweifels- und bedenkenfrei hält (RG.: OVGPr. 38, 8 = ZW. 15, 313). Ob aber die Sach- und Rechtslage zweifels- und bedenkenfrei ist, das kann das Registergericht erst entscheiden, wenn es den Sachverhalt auf Grund seiner Erörterungspflicht aus-

reichend geklärt hat (§ 12 ZOG.). Schon die vom RG. bejahte Frage, ob eine Beitrittserklärung nach § 242 BGB. ihre Wirksamkeit verliert, wenn sie erst nach unangemessen langer Zeit beim Registergericht eingereicht wird, läßt sich im einzelnen Falle erst beantworten, wenn geklärt ist, unter welchen Umständen die Beitrittserklärung abgegeben worden ist, ob zur Zeit der Unterzeichnung der Beitrittserklärung der Verzicht auf die Benachrichtigung von der Eintragung in der Liste der Genossen schon in den Vordruck eingefügt war — der Beschw. bestreitet dies —, und warum die Einreichung der Beitrittserklärung vom Vorstande der Genossenschaft verzögert worden ist. Wollte der Senat die Rechtsansicht des RG. mit dem O.G. grundsätzlich ablehnen, dann müßte er die weitere Beschw. nach § 28 Abs. 2 ZOG. dem RG. vorlegen. Bevor er sich jedoch hierüber schlüssig werden kann, muß der Sachverhalt in jeder Hinsicht geklärt sein.

Der Beschw. hat ferner behauptet, in der Interessentenversammlung im Nov. 1920, in der er die Beitrittserklärung unterschrieben habe, sei vom Versammlungsleiter H. ausdrücklich betont worden, die Unterzeichnung der Urkunde verpflichte noch zu nichts, es solle vielmehr zunächst nur festgestellt werden, ob sich genügend Anhänger für

hieran zur Anmeldung und Eintragung in die Liste der Genossen führt, ist allerdings zuzugeben, daß die an sich zutreffende Meinung des RG. an unzulänglicher Begründung leidet. Die Berufung auf Treu und Glauben ist dazu nicht geeignet. Denn schließlich stehen hier auch die Interessen der Gläubiger auf dem Spiel, die sich auf die durch das Register bezugte Mitgliedschaftseigenschaft des Beigetretenen verlassen haben. Und diesen gegenüber kann höchst unbillig sein, was unter den Parteien recht und billig erscheint. Insofern, aber auch nur insofern, hat Josef recht (ZW. 1930, 2977 Anm.), wenn er den Schutz des Vertrauens auf die Zuverlässigkeit des Registers betont. Indes darf darüber auch nicht übersehen werden, daß dieses Interesse der Gläubiger es nicht rechtfertigt, jede Person als Mitglied anzusehen, die in der Liste der Genossen irgendwie Aufnahme gefunden hat. Wenn etwa ein betrügerischer Vorstand es sich einfallen lassen sollte, mit gefälschten Beitrittserklärungen eine Reihe vermögender Mitbürger in die Liste aufnehmen zu lassen, um sich weiteren Kredit zu verschaffen, oder wenn etwa ein gestesverwirrter Amtsrichter willkürlich ohne vorliegende Anmeldungen in die Liste die Namen seiner Bekannten einsetzt, so würde niemand auf den Gedanken kommen, daß die nichtsahnenden eingetragenen Personen als Mitglieder der Genossenschaft für deren Verbindlichkeiten zugunsten der Gläubiger haftbar zu machen seien. Die Eintragung kann eben niemals bei Mangel des materiellen Rechtsakts die Mitgliedschaft begründen. Und dieser materielle Rechtsakt setzt sich zusammen aus Beitrittserklärung und Aufnahme. Die Bedeutung der letzteren, der erforderlichen Zulassung des Beitritts durch die Genossenschaft, verkennt das RG., wenn es (ZW. 1929, 673) betont, die Begründung der Mitgliedschaft beruhe neben der Eintragung lediglich auf der Beitrittserklärung, und diese sei in ihrer Wirkung unabhängig von dem Zustandekommen eines sog. Aufnahmevertrags. Genöß liegt in Beitritt und Aufnahme kein Vertrag. Dieser könnte höchstens als Vorvertrag mit der Verpflichtung, den Beitritt zu erklären oder die Beitrittserklärung zuzulassen, nebenherlaufen, würde aber die zur Begründung der Mitgliedschaft erforderlichen Erklärungen keinesfalls ersetzen können. Es handelt sich vielmehr um die Bestandteile eines sog. sozialrechtlichen Konstitutivakts (vgl. meine Ausführungen in ZW. 88, 487 ff. u. Feine, GmbH., in Ehrenb. Fhb. III, 3 S. 173, wobei ich freilich bemerken möchte, daß die Auffassung des Gesamtvorgangs als eines körperrechtlichen Gesamtwillensakts heute nicht mehr aufrecht erhalten). Der Schwerpunkt des Vorgangs liegt durchaus in der Aufnahme, so sehr auch das Gesetz die Beitrittserklärung besonders hervorhebt und die Aufnahme unerwähnt läßt. Beide Erklärungen vereinigen sich zu der erstrebten sozialrechtlichen Wirkung, der Begründung der Mitgliedschaft, erzeugen aber keinerlei vertragliche Bindung und sind nicht etwa als Angebot und Annahme aufzufassen.

Es kann daher keine Rede davon sein, daß die Beitrittserklärung nach den Regeln des Vertragsantrags in ihrer Wirkung erlischt, wenn sie nicht gem. § 147 BGB. rechtzeitig angenommen wird. Aber andererseits kommt die Wirkung des sozialrechtlichen Konstitutivakts auch nicht zustande, wenn sich nicht binnen angemessener Frist die Aufnahme dessen, der den Beitritt erklärt hat, anschließt. Die Begründung der Mitgliedschaft ist als mißlungen zu betrachten und kann lediglich durch Wiederholung des gesamten Vorgangs, also auch der Beitrittserklärung, nachmals noch rechtliche Bedeutung erlangen. Es ist ein einheitlicher, auch zeitlich nicht zerreißbarer Vorgang. Dabei ist die maßgebliche Frist, binnen der die Beitrittserklärung ohne nachfolgende Aufnahme ihre Wirkung verliert, viel kürzer zu bemessen, als das gemeinhin geschieht. Daß mehrere Jahre hingezogen sein müßten bis zur Nachholung der bisher unterlassenen Aufnahme, ist nicht zu verlangen. Es genügt, daß der Vorstand bei der nächsten — in der Regel wohl allmonatlich erfolgenden — Anmeldung neuer Mitglieder zum Genossenschaftsregister eine Beitrittserklärung unberücksichtigt läßt. Darin liegt sogar mehr als das Unwirksamwerden der Beitrittserklärung durch Zeitablauf. Es kann das nichts anderes

als die Ablehnung der Aufnahme bedeuten, die ja als Teil eines sozialrechtlichen Konstitutivakts keines Zugangs bedarf. Und damit ist die Wirkung der Beitrittserklärung unter allen Umständen erledigt, ohne daß man sich über die Angemessenheit des verfloßnen Zeitraums den Kopf zu zerbrechen braucht. Dieser Zusammenhänge sind sich das RG. und Sängler, der die Entsch. in der Anm. kommentiert, nicht genügend bewußt geworden. Das RG. und Sängler arbeiten offenbar mit dem Gedanken der Verwirkung, der hierher nicht paßt, weil er ein zu verwirkendes Recht der Genossenschaft voraussetzen würde.

Sonach hätte im vorl. Fall das O.G. Dresden nicht nötig gehabt, nähere Ermittlungen nach dem Grunde der Verzögerung in der Einreichung der Beitrittserklärung anzuordnen. Ein Zeitraum von 2½ Jahren genügt unter allen Umständen, um die Beitrittserklärung als hinfällig erscheinen zu lassen, mag die Ursache der Verzögerung sein welche sie will, mag der Vorstand mit oder ohne Schuld — was für die Frage der Mitgliedschaftsbegründung ganz ohne Bedeutung ist — die Einreichung unterlassen haben. Wohl aber wäre zu erforschen gewesen, ob nicht die Aufnahme als durch das Verhalten des Vorstands längst abgelehnt zu gelten hat.

Ist aber eine wirkliche Mitgliedschaftsbegründung nicht erfolgt, so kann der Beigetretene trotz Eintragung in der Liste ebensowenig als Mitglied betrachtet werden wie eine Person, die eine Beitrittserklärung niemals abgegeben hat. Die Gläubiger mögen sich an den Vorstand halten, wenn durch dessen Schuld ihr Vertrauen auf die Richtigkeit der Genossenliste getäuscht wurde. Ja sogar der Registerrichter mag ihnen erspächlicht werden, wenn er eine Eintragung auf Grund einer offensichtlich nicht mehr rechtlich bedeutsamen Beitrittserklärung vollzieht. Die zwischen den Zeilen zum Ausdruck gebrachte Ansicht des RG., daß der Registerrichter nicht darauf zu achten habe, welche Zeit zwischen Beitrittserklärung und Eintragung verfloßen war, ist rechtlich nicht haltbar. § 29 Abs. 3 u. 4 GenRegW. v. 22. Nov. 1923 erschöpfen keineswegs die Prüfungspflichten des Registerrichters. Es geht sogar daraus deutlich hervor, daß der Registerrichter bei fehlender oder unwirksamer Beitrittserklärung die Eintragung verweigern kann und, wie hinzuzufügen ist, bei eindeutiger Rechtslage, wie sie hier gegeben ist, pflichtmäßig zu verweigern hat. Es bezweifelt ja wohl auch niemand, daß der Registerrichter ohne Antrag des Vorstands, der ihm die Gewißheit über die erfolgte Aufnahme verschaffen soll, die Eintragung nicht vollziehen darf, obwohl hiervon gleichfalls der § 29 nichts erwähnt. Eine wenigstens formale Prüfung der materiellen Wirksamkeit der Mitgliedschaftsbegründung bleibt also dem Registerrichter keinesfalls erspart.

Ganz anders liegt der Fall, wenn der Vorstand die Beitrittserklärung eines Genossen nicht rechtzeitig zum Register einreicht. Die Gleichstellung beider Tatbestände durch Josef (a. a. O.) ist verfehlt. Die Eintragung des Austritts im Register vollendet erst die Wirkung eines an sich gültigen materiellen Rechtsakts. Bei der Mitgliedschaftsbegründung vermag aber nicht die Eintragung die Ungültigkeit des materiellen Rechtsakts zu heilen.

II. Ohne rechtliche Bedeutung ist hingegen das übrige Vorbringen des Beschw. Mag in Wirklichkeit der Vorstand bei der Unterzeichnung der Beitrittserklärung bemerkt haben, die Erklärung verpflichte zu nichts, so ist dies für die Wirkung der unterschriebenen Erklärung gleichgültig. Klar und deutlich wird darin der Wille zum Ausdruck gebracht, Mitglied zu werden. An diesem Willen ist der Beschw. in Unbetracht der sozialrechtlichen und konstitutiven Wirkung der Mitgliedschaftsbegründung unbedingt festzuhalten. Er könnte höchstens den Vorstand verantwortlich machen für die Verletzung der übernommenen Verpflichtung, die Beitrittserklärung nicht gegen den Willen des Ausstellers dem Gericht zur Eintragung in der Liste vorzulegen. Belanglos ist auch die angebliche Ausfüllung des Vordrucks durch den Vorstand der Genossenschaft. Es lag insofern eine Blanketterklärung

den Gedanken der Genossenschaft zusammenfänden. Infolgedessen habe er — der Beschw. — seine Beitrittserklärung nur in diesem Sinne verstehen können und nicht damit rechnen müssen, daß er dadurch schon eine unmittelbare, rechtliche Verpflichtung übernehme. Der Beschw. will sich jedenfalls über den Inhalt seiner Erklärung geirrt haben (§ 119 BGB.). Ein rechtlich beachtlicher Irrtum hätte den Beschw. zur Anfechtung seiner Beitrittserklärung berechtigt (RG. 68, 344 f., 352¹); Parisius-Crüger, GenG., 12. Aufl., § 15 Anm. 15). Eine — rechtzeitige — Anfechtung hätte aber die Beitrittserklärung von Anfang an nichtig gemacht (§ 142 BGB.). Die Eintragung des Beschw. in die Liste der Genossen wäre dann unzulässig gewesen. Auch insoweit bedarf der Sachverhalt noch der Aufklärung.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 11. Juli 1933, 5 A Reg. 799/33, 6 Reg 111/33.)

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

*

Düsseldorf.

3. §§ 571, 1124 BGB. Die Frage vertragsmäßiger Voraussetzungen ist bei der Veräußerung (§ 571) anders zu beurteilen als gegenüber Hypothekengläubiger und Zwangsverwalter. Im letzteren Fall sind solche Verfügungen unwirksam †)

Es ist dem Wortlaut, Sinn und Zweck des § 1124 BGB. nicht zu entnehmen, weshalb vertragsmäßige Vorauszahlungen des Mietzinses wirksam sein sollen, während alle Verfügungen unwirksam sind. § 1124 BGB. spricht nicht von Vorausverfügung, sondern lediglich von Verfügung über den Mietzins. Eine Verfügung über die Mietbeträge ist aber von dem Eigentümer F. durch die Einziehung der Miete getroffen worden, da damit sein durch den Abschluß des Mietvertrages nach § 535 BGB. entstandener Anspruch auf den Mietzins unterging. Eine andere Auslegung würde dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen. § 1124 BGB. will dem Hypothekengläubiger die Mietzinsforderung des belasteten Grundstücks, auf die sich nach § 1123 BGB. die Hypothek erstreckt, gegen überraschende Eingriffe des Eigentümers schützen. Dieser Zweck würde aber vereitelt, wenn alle Verfügungen des Vermieters die in Gemäßheit des Mietvertrages erfolgen, wirksam sein sollten. Der Eigentümer könnte dann jederzeit sein Mietgrundstück auf längere Zeit vermieten und den Mietzins für die Vertragszeit einziehen. Damit würde er im wirtschaftlichen Enderfolg den sämtlichen Hypothekengläubigern, ohne daß diese sich gegen eine derartige Vereinbarung schützen können, eine Hypothek in Höhe des im voraus gezahlten Mietzinses vorziehen.

Der Hinweis der Best., daß die vom RG. zu den §§ 571 ff. BGB. entwickelten Grundsätze auch auf die ähnlich lautende Best. des § 1124 BGB. anzuwenden seien, geht fehl. Rechtlich und wirtschaftlich muß die Frage der Wirksamkeit von Mietzinsvorauszahlungen beim Hypothekengläubiger und Zwangsverwalter anders beurteilt werden als im Falle der Veräußerung des Grundstücks. § 1124 BGB. bezweckt allein den Schutz des Realkredits. Während der Erwerb eines Grundstücks vor dem Erwerb die Mietverträge einsehen und sich vergewissern kann, ob Vorausverfügungen über den Mietzins vorliegen, ist der Hypothekengläubiger nur dann in der Lage, die Hergabe von Hypothekengeldern von dem Inhalt der Mietverträge abhängig zu machen, wenn der Mietvertrag, wie hier nach dem unbestrittenen Vortrag des Kl. nicht geschlossen ist, vor Bestellung der Hypothek abgeschlossen worden ist. Auch besteht

vor. Im übrigen betrifft die hinzugefügte Erklärung auch gar nicht den Beitritt selbst, sondern nur den Verzicht des Erklärenden auf Benachrichtigung von der Eintragung in der Liste der Genossen. Soweit etwa dieser Verzicht nicht rechtsverbindlich wäre, könnte dies lediglich Ansprüche des Beschw. wegen unterbliebener Benachrichtigung begründen, insbes. im Hinblick auf die ihm hierdurch getonnene Möglichkeit, sich durch Austritt rechtzeitig den Folgen der erworbenen Mitgliedschaft zu entziehen.

Auch eine Anfechtung der Beitrittserklärung kommt nicht in Frage. Der Stand der Rpr. wird in dem vorl. Beschl. und bei Parisius-Crüger nicht zutreffend gekennzeichnet. Hat auch das RG. anfänglich den Ausfluß der Anfechtung auf gewisse Fälle beschränkt und die Anfechtung noch zugelassen, wenn die Beitrittserklärung tatsächlich nicht gewollt war, so hat doch späterhin sich das RG. gegen jede Berufung auf Willensmängel generell ausgesprochen (vgl. RG. 71, 97 = JW. 1909, 433; 72, 291 = JW. 1910, 154; 123, 107 = JW. 1929, 643; 124, 287 = JW. 1929, 2134 u. a.); es bezeichnet diese Regel sogar als „Gewohnheitsrecht“ (123, 104). Die Begründung für diese zutreffende Ansicht ist freilich nicht in der Rücksicht auf die Erhaltung der Kapitalgrundlage und in „der sich an die Öffentlichkeit richtenden“ Natur der Beitrittserklärung zu finden. Vielmehr resultiert der Rechtsatz aus dem sozialrechtlich-konstitutiven Charakter der Mitgliedschaftsbegründung (vgl. meine Ausf. BPr. 88, 527 ff. und Feine S. 177 ff.).

Prof. Dr. Ruth, Halle a. d. S.

1) JW. 1908, 498.

ein besonderes Bedürfnis, den Mieter zu schützen, nicht, da er sich bei Vorauszahlung des gesamten Mietzinses für die Mietzeit in einem derartigen hohen Betrage durch Eintragung einer Hypothek sichern kann.

Die vertragsmäßige Vorauszahlung des Mietzinses durch die Best. an den früheren Eigentümer F. ist daher dem Kl. als Zwangsverwalter gegenüber gem. §§ 1123, 1124 BGB. unwirksam (dazu JW. 1930, 3198).

(OLG. Düsseldorf, Urf. v. 27. Juni 1933, 9 U 7/33.)

Eingef. von RA. Dr. F. Bechstein, Düsseldorf.

*

Röln.

4. § 1244 BGB.; § 803 ZPO. Kein Pfändungspfandrecht durch Pfändung einer nicht dem Schuldner gehörigen Sache. Eigentümerswerb des Ersteheres an einer solchen Sache, wenn er des guten Glaubens ist, daß an der Sache ein wirksames Pfandrecht begründet worden ist.

§ 1244 BGB. findet auch auf das durch Zwangsvollstreckung begründete Pfändungspfandrecht Anwendung (vgl. RG. 104, 300). Wird eine nicht dem Schuldner gehörige Sache gepfändet, so erwirbt der Gläubiger kein Pfandrecht. Kommt eine solche Sache zur Versteigerung, so kann der Ersteher nur dann Eigentum an der Sache erwerben, wenn er des guten Glaubens ist, daß an der Sache ein wirksames Pfandrecht begründet worden ist. Auf diesen guten Glauben kann der Best. sich nicht berufen. Denn er kann nicht mit Recht behaupten, er habe, ganz abgesehen von der Eigentumsfrage, angenommen, daß jedenfalls durch die von dem Gerichtsvollzieher ausgebrachte Pfändung der Maschinen ein wirksames Pfandrecht entstanden sei.

Dem Zuschlag in einer Mobiliarzwangsversteigerung aber die Wirkung eines originären Eigentümerserwerbs durch den Ersteher beizumessen, fehlt es an einem rechtfertigenden Grunde. Der Umstand, daß der Zuschlag durch den Gerichtsvollzieher in Ausübung einer staatlichen Hoheitsfunktion erfolgt, zwingt keinesfalls zu einer solchen Folgerung. Die Interessen der gutgläubigen Ersteher sind durch die Best. des § 1244 BGB. ausreichend gewahrt. Andererseits würde die Anerkennung eines originären Erwerbs infolge des Zuschlags Mischungen zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem bösgläubigen Ersteher zum Nachteil des Eigentümers der gepfändeten Gegenstände ermöglichen.

(OLG. Köln, 4. ZivSen., Urf. v. 9. Juni 1933, 4 U 306/32.)

Ver. von RA. Dr. Plum, Köln.

*

Marienwerder.

5. §§ 1, 4 II. Entsch. v. 21. Okt. 1932 (RGBl. 509); § 9 Durchf. v. 14. Dez. 1932 (RGBl. 560). Die Wechselforderung einer Genossenschaft geht nur dann auf das Reich über, wenn ihr auch wirtschaftlich ein Geschäft zwischen der Genossenschaft und dem Betriebsinhaber zugrunde liegt.

Nach § 1 II. Entsch. v. 21. Okt. 1932 gehen Geldforderungen, die bei Inkrafttreten der VO. am 26. Okt. 1932 einer landwirtschaftlichen Genossenschaft gegen den Inhaber eines Entschuldungsbetriebes zustehen, kraft Gesetzes auf das Reich über, wenn das Entschuldungsverfahren vorher eröffnet, der Entschuldungsplan aber noch nicht bestätigt oder genehmigt war. Nach dem Wortlaut des § 1

Zu 3. Das Thema, das obige Entsch. und VO. Leipzig unten S. 2233^o behandeln, ist nachgerade ausgeschrieben. Neue rechtliche Gesichtspunkte zu der erörterten Frage enthalten die Urf. nicht, und es ist auch nicht zu erwarten, daß solche sich in Zukunft noch ergeben. Bezüglich meiner Stellungnahme verweise ich auf meine Besprechung von VO. III Berlin: JW. 1933, 1736 f. unter I. Der Gewinn der Entsch. des OLG. Leipzig liegt in dem Anerkenntnis, daß die Frage nach der Rechtswirksamkeit vertragsgemäßer Mietzinsvorauszahlungen bei allen in Betracht kommenden Gesetzesstellen (neben §§ 574, 1124 BGB. und § 57 ZwBVerfG. noch § 21 RD.) nur einheitlich entschieden werden kann. An dieser Notwendigkeit wird auch das RG., das die Rechtswirksamkeit derartiger Verfügungen dem Grundstückserwerber gegenüber wiederholt festgestellt hat, nicht vorbeigehen können. Das RG. wird also entweder seine zu § 574 BGB. bisher vertretene Auffassung revidieren oder die Gültigkeit vertragsgemäß erfolgter Vorauszahlungen auch dem Hypothekar, dem Ersteher in der Zwangsversteigerung (unbeschadet der aus § 57 a ZwBVerfG. sich ergebenden Befugnis), dem Zwangsverwalter und dem Konkursverwalter gegenüber bejahen müssen. Zu wünschen wäre nur, daß das RG. alsbald Gelegenheit zu abschließender Stellungnahme erhalte. Die bisher auf diesem Gebiete herrschende Rechtsunsicherheit ist schwerer erträglich als selbst eine unrichtige Entsch. der Rechtsfrage.

RA. Günter Legart, Berlin.

würden darunter an sich auch Wechselforderungen einer Genossenschaft gegen den Betriebsinhaber fallen. Für die Wechselforderungen ist indessen nach § 4 II. EntschW. eine Sonderregelung getroffen. Danach steht, soweit der Betriebsinhaber für eine auf das Reich übergegangene Forderung eine Wechselverbindlichkeit eingegangen ist, der Erstattungsanspruch gegen das Reich dem Wechselinhaber zu; die Verbindlichkeit des Betriebsinhabers aus dem Wechsel erlischt in voller Höhe, die der anderen Wechselverpflichteten, die nicht selbst Inhaber eines Entschuldungsbetriebes sind, in Höhe von 70%. Die Regelung des § 4 bezieht sich aber nur auf Wechselverbindlichkeiten des Betriebsinhabers, die er für eine nach § 1 auf das Reich übergegangene Forderung der Genossenschaft gegen ihn eingegangen ist, oder — wie es im § 9 DurchfW. v. 14. Dez. 1932 (RGBl. I, 560) noch klarer ausgesprochen ist — § 4 gilt nur für Wechsel, denen eine Forderung zugrunde liegt, die einer Genossenschaft gegen den Inhaber eines Entschuldungsbetriebes als Hauptschuldner zusteht. Andernfalls können die Ansprüche aus dem Wechsel nur außerhalb der durch die II. EntschW. getroffenen Regelung geltendgemacht werden (§ 9 Abs. 1 daselbst). Es muß also, wenn § 4 Anwendung finden soll, dem Wechsel unter allen Umständen auch wirtschaftlich ein Geschäft zwischen der Genossenschaft und dem Betriebsinhaber zugrunde liegen. Die entgegenstehende Ansicht des Reichsverbandes der deutschen landwirtschaftlichen Genossenschaften, wie sie in dem vom Kl. überreichten Druckheft und dem Rundschreiben v. 30. Jan. 1933 zum Ausdruck gelangt, ist in sich nicht klar und nach dem Wortlaut der DurchfW. nicht zu halten (vgl. Szoggs in Agrarrecht, 2. Aufl., S. 163 Anm. I B Abs. 3 zu § 4 II. EntschW. und Beispiel 24 Abs. 1).

(OV. Marienwerder, Ur. v. 8. Mai 1933, 1 U 23/33.)

Ber. von Ger. Ass. Dr. Szoggs, Schneidemühl.

*

Stuttgart.

6. § 766 BGB. Für die Bürgschaft im Vergleichsverfahren gelten keine vom allgemeinen Recht abweichenden Bestimmungen.

An der materiellrechtlichen Gültigkeit der Bürgschaftserklärung des Kl. hat der Sen. keinen Zweifel. Die Gründe des OVG. Frankfurt (HöchstRpPr. 1932 Nr. 2302) sind nicht überzeugend. Es ist nicht einzusehen, warum an die Form einer Vergleichsbürgschaftserklärung größere Anforderungen gestellt werden müssen als an die anderer Bürgschaften.

Es wäre dies auch ein durch nichts begründeter Formalismus. Im Befehl steht davon nichts. Eine andere Frage ist es, ob auf Grund einer nur privatschriftlich erklärten Vergleichsbürgschaftserklärung eine vollstreckbare Ausfertigung gegen einen Bürgen erteilt werden darf.

(OVG. Stuttgart, Ur. v. 13. Juli 1933, U 362/33.)

Eingef. von RA. Diesem, Stuttgart.

II. Verfahren, Gerichtskosten, Zeugengebühren.

Berlin.

7. §§ 98, 100, 788 ZPO. Kostenregelung im Vergleich ist wie Urteilkostenentscheidung zu behandeln. Zwangsvollstreckungskosten folgen nicht der Kostenentscheidung, sondern dem § 788 ZPO.

I. Die Grundlage für die Kostenfestsetzung ist ein gerichtlicher Vergleich. In diesem haben die Bekl. zu 1 und 2 sich als Gesamtschuldner verpflichtet, die Klagesumme an die Kl. zu zahlen und die sie betreffenden Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Zu Unrecht bemängelt nun der Bekl. zu 2, daß bzgl. der Kosten eine gesamtschuldnerische Haftung im Kostenfestsetzungsbeschl. ausgesprochen sei. Nach § 100 Abs. 4 ZPO. haften mehrere Bekl. für die Kosten dann ohne weiteres als Gesamtschuldner, wenn auch in der Hauptsache eine Verurteilung als Gesamtschuldner erfolgt ist. Entsprechendes hat zu gelten, wenn die gesamtschuldnerische Zahlungsverpflichtung nicht durch Urteil, sondern in einem dem Urteil gleichstehenden gerichtlichen Vergleich begründet worden ist. Der Senat hat auch bereits in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 12092/32 v. 22. Nov. 1932 (Rartei zu § 98 ZPO.) ausgesprochen, daß die Regelung der Kostentragung in einem gerichtlichen Vergleich genau so auszuulegen ist, als wenn ein Urteil mit gleichlautender Kostenentsch. ergangen wäre. Der Kostenfestsetzungsbeschl. spricht somit zu Recht aus, daß die Bekl. zu 1 und 2 für die Kosten gesamtschuldnerisch haften.

II. Diese gesamtschuldnerische Haftung bezieht sich indessen nur auf die Kosten des Rechtsstreits. Nur über sie wird im Urteil entschieden. Nur über sie verhält sich auch die Kostenübernahme im Vergleich. Die Zwangsvollstreckungskosten hingegen folgen anderen Regeln. Der Senat hat bereits in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 5/33 v. 7. Jan. 1933 (Rartei zu § 788 ZPO.) ausgesprochen,

daß die Erstattungsfähigkeit der Zwangsvollstreckungskosten sich nicht nach der Kostenentsch., sondern nach § 788 ZPO. richtet, so daß also im einzelnen Falle zu prüfen ist, ob die entstandenen Zwangsvollstreckungskosten notwendig waren. Für sie gelten mithin weder die Vorschriften des § 100 ZPO. noch erstreckt sich der oben erwähnte Grundsatz über die Auslegung des Vergleichs auf die Kosten auch der Zwangsvollstreckung, sofern nicht etwa ausdrücklich im Vergleich etwas anderes bestimmt ist. Das ist hier nicht der Fall. Infolgedessen können die Zwangsvollstreckungskosten nur gegen denjenigen Bekl. festgesetzt werden, gegen den sie entstanden sind. Insofern findet eine gesamtschuldnerische Haftung nicht statt.

(RG., Beschl. v. 29. März 1933, 20 W 3393/33.)

Ber. von OVG. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

Jena.

8. Wenn im Offenbarungsseidverfahren der Gläubiger den Schuldner nur wegen eines Teilbetrags seiner Forderung zur Eidesleistung laden läßt, ist trotzdem als Streitwert der volle Betrag der Forderung festzusetzen.

Die Gläubigerin hat den Schuldner wegen eines Teilbetrags von 50 RM ihrer 421,20 RM betragenden Forderung zum Offenbarungsseid laden lassen. Auf ihre Erinnerung hin setzte das OVG. den Streitwert fürs Offenbarungsseidverfahren auf 50 RM fest; das OVG. aber änderte auf die Beschw. der Staatskasse den Beschl. ab und setzte den Streitwert nach dem Betrage der ganzen Forderung der Gläubigerin auf 400—500 RM fest. Die Beschw. war ohne Erfolg.

In der Rpr. wird zwar vielfach die Ansicht vertreten, daß im Offenbarungsseidverfahren, das wegen eines Teiles der Forderung betrieben wird, der Teilbetrag für die Streitwertfestsetzung maßgebend sei (vgl. RG.: JW. 1930, 194; OVG. Kottbus: JW. 1931, 1832). Dieser Ansicht hat sich auch die Rechtslehre zum Teil angeschlossen (Stein-Jonas, Komm., 14. Aufl., 1928/29, Bd. II, § 900 III 1). Zur Begründung dieser Ansicht wird geltend gemacht, daß für die Streitwertfestsetzung das Interesse des Gläubigers an der Eidesleistung maßgebend sei. Dieses Interesse könne aber nicht höher als der Teilbetrag sein, wegen dessen der Gläubiger das Verfahren durchgeführt haben wolle; denn zahle der Schuldner den Teilbetrag vor oder im Termin, so sei das Verfahren beendet, ohne daß der Eid wegen des überschießenden Betrags geleistet zu werden brauche. Das Interesse des Gläubigers am Offenbarungsseid sei also tatsächlich auf den Teilbetrag beschränkt. Zudem sei der Antrag auf Abnahme des Offenbarungsseids ein selbständiger Vollstreckungsantrag und brauche auch deshalb ebensowenig wie die Klage stets auf den ganzen Betrag gerichtet zu sein.

Dieser Auffassung vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Es ist zwar richtig, daß das Interesse des Gläubigers an der Eidesleistung maßgebend für die Festsetzung des Streitwerts ist. Es trifft aber nicht zu, daß dieses Interesse sich auf den Teilbetrag beschränkt, wegen dessen das Verfahren betrieben wird; das Interesse übersteigt vielmehr den Teilbetrag und bemißt sich nach der ganzen im Titel verbrieften Forderung, deretwegen der Gläubiger noch nicht befriedigt ist. Das Gegenteil kann nicht daraus geschlossen werden, daß das Verfahren beendet ist, wenn der Schuldner vor der Eidesleistung den Gläubiger in Höhe des Teilbetrags befriedigt. Denn der Zweck des Offenbarungsseidverfahrens besteht nicht darin, den Schuldner zur Zahlung von Teilbeträgen anzuhalten, es soll nicht als Druckmittel zur Zahlung der Schuld in Teilbeträgen verwandt werden. Das Offenbarungsseidverfahren dient vielmehr dazu, die künftige Vollstreckung des Gläubigers in Gegenstände des Schuldners vorzubereiten oder zu ermöglichen, die ihm bisher unbekannt waren. Auch wenn der Eid nur wegen eines Teilbetrags geleistet ist, steht dem Gläubiger nichts im Wege, die Vollstreckung wegen seiner ganzen Forderung in das offengelegte Vermögen zu betreiben. Das ist auch regelmäßig die wahre Absicht des Gläubigers. Will er aber mit dem Antrag auf Ableistung des Offenbarungsseids in Wahrheit die Vollstreckung der ganzen noch außenstehenden Forderung, über die der Titel lautet, vorbereiten, dann entspricht sein Interesse am Offenbarungsseid auch dieser Forderung und nicht nur dem Teilbetrag, deretwegen er die Eidesleistung verlangt. Die ganze Forderung ist also als Streitwert einzusetzen. Dieses Ergebnis ist auch deshalb gerechtfertigt, weil sich die Wirkung des Seids für den Schuldner nicht auf einen Teilbetrag beschränken läßt. Gleichgültig ob er den Eid wegen der ganzen Forderung oder wegen eines Teilbetrags leistet, ist er gezwungen, sein gesamtes Vermögen offenzulegen, dem Gläubiger alle Zugriffsmöglichkeiten anzugeben. Insofern unterscheidet sich das Offenbarungsseidverfahren wesentlich von anderen Verfahrensarten, bei denen, wenn sie wegen eines Teilbetrags betrieben werden, auch der Streitwert nach diesem Teilbetrag festgesetzt wird, so bei der Klage auf einen Teilbetrag und bei der gewöhnlichen Vollstreckung wegen eines Teils der ausgedachten Forderung. In diesen Fällen wird der Schuldner zunächst nur dazu angehalten, diesen Teil zu leisten, und er braucht auch in dem anhängigen Verfahren nicht mehr zu leisten, als der Gläubiger verlangt und vorerst erhalten kann. Deshalb ist die Festsetzung des Streitwerts nach

dem Teilbetrag in diesen Fällen begründet. Für das Offenbarungs-
eidsverfahren aber kann die Leistung des Schuldners — die Offen-
legung seines Vermögens — nicht auf einen Teilbetrag beschränkt
werden, der Gläubiger erhält vielmehr immer alles, was er in diesem
Verfahren überhaupt erreichen kann (vgl. *Baumbach*, *ZPD.*,
6. Aufl., § 900 Anm. 2; *Kann*, *Komm.*, § 900 Anm. 3; *Wals-*
mann-Seuffert, *ZPD.*, 12. Aufl., Bd. II, §§ 900, 901 Anm. 5;
LG. II Berlin: *ZW.* 1929, 886).

(*OLG. Jena*, 1. ZivSen., Beschl. v. 15. Febr. 1933, 1 W 249/33.)

Ver. von *OLGR. Dr. Rittweger*, Jena.

*

9. Die Sachverständigenvergütung nach § 3 Zeug-
GebD. ist keine gesetzlich bemessene Gebühr i. S. von § 12
UmsStG.

§ 12 UmsStG. gibt dem StPfl. nur dann das Recht, dem
Leistungsberechtigten die UmsSt. gesondert in Rechnung zu stellen, wenn
als Entgelt gesetzlich bemessene Gebühren festgelegt sind. Das ist bei
den gerichtlichen Sachverständigen nicht der Fall. Nach § 3 ZeugGebD.
erhält der Sachverständige für seine Leistung eine Vergütung nach
Maßgabe der erforderlichen Zeitverräumnis im Betrage bis zu 3 *Rh.*
(oder 6 *Rh.*) für jede angefangene Stunde. Im Gegensatz zu den Ge-
bühren z. B. der Rechtsanwälte wird den Sachverständigen nicht eine
bestimmte Tätigkeit ohne Rücksicht auf die Zeitdauer vergütet, sondern
die aufgewendete Zeit wird in dem für die einzelne Stunde gezogenen
Rahmen bis zu 3 *Rh.* (oder 6 *Rh.*) bezahlt. Schon deshalb kann
von einer gesetzlich festgelegten Gebühr nicht die Rede sein;
nur der Rahmen, innerhalb dessen sich die Stundenvergütung bewegen
darf, liegt fest. Die Sachverständigengebühren werden aber auch nach
§ 3 Abs. 2 ZeugGebD. unter Berücksichtigung der gesamten Er-
werbsverhältnisse des Sachverständigen festgesetzt, so daß grundsätzlich
mit der Festsetzung ohne weiteres auch der UmsSt. und ihrer Ab-
wälzbarkeit Rechnung getragen wird. Bei Festsetzung der Gebühren für
den Antragsteller ist das auch geschehen. Denn dieser hatte zunächst
einschließlich der UmsSt. 5 *Rh.* für die Stunde verlangt. Da nur
3 *Rh.* für die Stunde bewilligt worden sind, so ergibt sich daraus, daß
in dieser verhältnismäßigen Kürzung des geforderten Stundenbetrags
auf 3 *Rh.* die UmsSt. eingeschlossen ist. Der Senat kann sich der
Entsch. des *OLG. Braunschweig*: *ZW.* 1933, 558 nicht anschließen.
Diese Entsch. erscheint schon deshalb bedenklich, weil sie anscheinend
nur für den Fall gelten soll, daß der Stundenhöchstbetrag von 3 *Rh.*
(oder 6 *Rh.*) als angemessene Vergütung bewilligt wird. Entweder ist
die Gebühr für den Sachverständigen ganz allgemein gesetzlich be-
messen oder nicht. Etwas anderes ist bei der Fassung des § 3
ZeugGebD. nicht möglich. Bei der Vergütung für die Sachverständigen
bis zu 3 (6) *Rh.* für die Stunde ist es nicht anders als bei den Höchst-
preisen, bei denen nach allgemeiner Meinung eine offene Abwälzung
nicht möglich ist (vgl. *Pöpiß*, *UmsStG.*, zu § 11 Anm. VI 1 b 2).

(*OLG. Jena*, 2. ZivSen., Beschl. v. 2. Mai 1933, 2 U 1191/31.)

Ver. von *OLGR. Dr. Rittweger*, Jena.

*

Karlsruhe.

10. § 148 ZPD. ist nicht gegeben, solange nicht fest-
steht, daß der Rechtsweg zulässig ist.

LG. hatte die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges
wegen Unzuständigkeit auf Grund des § 13 *GWG.* abgewiesen,
weil es sich um eine öffentlich-rechtliche Forderung handle.
KL. hat Ver. eingelegt, gleichzeitig aber auch beim *BezA.* Antrag
auf Entsch. der zuständigen *BerwBeh.* gestellt, und bittet um
Aussetzung bis zur Entsch. dieser Behörde.

Die Entsch. des Rechtsstreits hängt nicht, wie § 148 voraus-
setzt, „von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhält-
nisses“ ab, „das von einer *BerwBeh.* festzustellen ist“. Davon
(nämlich von der Vorfrage, ob die klagende Gemeinde dem bekl.
Verbande f. Z. rechtswirksam beigetreten ist oder nicht) hängt
ab, ob *KL.* ihre Beiträge mit Recht zurückverlangt. Nicht ab-
hängig hiervon aber ist die Frage der Zulässigkeit des Rechts-
weges, über die die *Vorinstanz* allein entschieden hat: Denn ob
die Klageforderung begründet oder unbegründet ist, ihr Charakter
als öffentlich-rechtliche oder bürgerlich-rechtliche Forderung wird
dadurch nicht verändert. Herrschender Meinung nach steht die An-
wendung des § 148 voraus, daß der Rechtsweg überhaupt zu-
lässig ist. Ihr ist beizustimmen. Ist aber, wie hier, die Zulässig-
keit des Rechtsweges einstreifen der einzige Streitpunkt, so
scheidet auch das Ermessen des Gerichts („*kann*“) aus, und für
eine Aussetzung ist somit kein Raum.

(*OLG. Karlsruhe*, 3. ZivSen., Beschl. v. 16. Juni 1933, III Z BR
18/33.)

Ver. v. *OLGR. i. R. Dr. Wolff-Williger*, Freiburg i. Br.

*

11. § 233 ZPD. „Verhinderung durch unabwendbaren
Zufall“. §§ 25, 29, 13 Ziff. 1, 14, 89, 48, 52 *RAGebD.*: Wenn
der *Erstinstanzanwalt* nach *Berufungseinlegung* der
Gegenseite bei *Vergleichsverhandlungen* tätig wird und
ein *Zweitinstanzanwalt* für seine Partei nicht bestellt ist,
steht dem *Erstinstanzanwalt* die erhöhte Gebühr von
 $\frac{5}{10}$ zu).

Die Klage ist nach *Verweisung* des Rechtsstreits vom *AG.* an
das *LG.* mit Urteil des *LG.* abgewiesen worden. Die *Berufung* des
KL. ist wegen *Nichtzahlung* der *Prozessgebühr* nach §§ 519 Abs. 6,
519 b *ZPD.* durch *Beschl.* des *OLG.* mit *Kostenfolge* für *KL.* ver-
worfen. Ein *Zweitinstanzanwalt* ist für *Bekl.* nicht bestellt. Der beim
LG. zugelassene *RA. B.* hat auf *Grund* dieses *Beschlusses* für *Bekl.*
gegen *KL.* *Kostenfestsetzung* beantragt für eine nach § 52 *RAGebD.*
erhöhte Gebühr von $\frac{5}{10}$, weil ihm als *Erstinstanzanwalt* des *Bekl.*
die *Berufungsschrift* sowie die auf die *Prozessgebühr* bezüglichen *Ver-*
fügungen und der *Verwerfungsbeschluss* des *OLG.* zugestellt worden
seien, worauf er jeweils den *Bekl.* unterrichtet habe, auch habe er
Besprechungen mit *Bekl.* über *Weiterbehandlung* der Sache und über
einen ihm *telephonisch* vom *Gegenanwalt* mitgeteilten *Vergleichs-*
vorschlag des *KL.* gepflogen und auf *Grund* der *Besprechung* über
den *Vorschlag* dem *Gegenanwalt* die *Ablehnung* des *Vergleichs-*
vorschlags telephonisch mitgeteilt. Der *Urkuandsbeamte* des *LG.* hat den
Kostenfestsetzungsantrag abgelehnt, das *LG.* hat die *Erinnerung* des
Bekl. zurückgewiesen, weil *RA. B.* als nicht am *OLG.* zugelassener
Anwalt die *Gebühr* nicht habe verdienen können, ihm auch keine *Ge-*
bühr nach § 44 *RAGebD.* zustehe. *RA. B.* hat für *Bekl.* *sofortige*
Beschwerde hiergegen unmittelbar beim *OLG.* am 22. Juni 1933
eingelegt. Der *Senatsvorsitzende* hat am gleichen Tag *Überfendung* der
Beschwerde an das *LG.* „zur Kenntnis mit *Ersuchen* um *Akten-*
mitteilung“ verfügt. Infolge eines *Verfahrens* der *Kanzlei* des *OLG.*
blieb diese *Verfügung* liegen und ging erst nach der mit 27. Juni
1933 abgelassenen *Beschwerdefrist* beim *LG.* ein. *RA. B.* wurde
aufmerksam gemacht, daß die *Notfrist* des § 577 *ZPD.* von ihm
nur durch *Einlegung* der *sofortigen* *Beschwerde* beim *LG.* hätte ge-
wahrt werden können, da es sich um einen vom *AG.* an das *LG.*
verwiesenen *Rechtsstreit* handelte (*Stein-Jonas*, 14. Aufl.,
Anm. V, 7; *Baumbach*, Anm. 7 zu § 104 *ZPD.*), und daß der
aus dem *Anwaltszwang* sich ergebende *Mangel* der *Beschwerde-*

Zu 11. Die vorstehende Entsch. behandelt einige recht interessante
(z. T. allerdings schon des öfteren entschiedene) Fragen.

I. 1. Gegen die *Ablehnung* des *Kostenfestsetzungsantrages* durch
den *Urkuandsbeamten* der *Geschäftsstelle* des *LG.* war zunächst nach
§ 104 Abs. 3 Satz 1 *ZPD.* die *Erinnerung* gegeben und gegen die
Entsch. des *Gerichts* nach § 104 Abs. 3 Satz 5 *ZPD.* die *sofortige*
Beschwerde.

2. Es fragt sich, ob sie *frist-* und *formgerecht* eingelegt wor-
den ist.

a) Nach § 569 Abs. 2 Satz 1 *ZPD.* erfolgt die *Einlegung*
der *Beschwerde* grundsätzlich durch *Einreichung* einer *Beschwerde-*
schrift. Ist dagegen der *Rechtsstreit* bei einem *AG.* anhängig oder
war er bei ihm anhängig, so genügt die *Einlegung* zur *Niederschrift*
des *Urkuandsbeamten* (Satz 2). Hier fragt sich nun, war der *Rechts-*
streit i. S. dieser *Best.* beim *AG.* anhängig, wenn das *AG.* über
den *Kostenfestsetzungsantrag* selbst nicht entschieden hat und in der
Hauptsache auch nur den *Rechtsstreit* gem. §§ 276 oder 506 *ZPD.*
an das *LG.* verwiesen hat.

Der 1. Sen. des *RG.* hat schon in *ZW.* 1893, 349²⁷ aus-
gesprochen, daß es in diesem Fall entscheidend darauf ankomme,
daß das *Kostenfestsetzungsverfahren* selbst nicht beim *AG.* anhängig
gewesen ist. Diese Ansicht ist in *RG.* 35, 384 für die damaligen
§§ 464 und 532 Abs. 2 *ZPD.* aus der *Entstehungsgeschichte* und
dem *Sinne* der *Best.* eingehend begründet worden und wird auch
heute nahezu einhellig von der *Rspr.* und dem *Schrifttum* geteilt
(vgl. aus neuerer Zeit insbes. *OLG. Kiel*: *ZurRdsch.* 1927, 855
sowie *Stein-Jonas*, 14. Aufl., *Bem. V*, 7 zu § 104 *ZPD.*).
Im vorliegenden Fall ist die *Beschwerde* durch *Einreichung* einer *B-*
eschwerdefrist eingelegt worden.

b) Nach § 78 Abs. 1 *ZPD.* müssen sich die *Parteien* vor den
LG. und den *Gerichten* höherer *Instanz* durch einen bei dem *ProzGer.*
zugelassenen *RA.* als *Bevollmächtigten* vertreten lassen. Aus den
Ausführungen zu 12 a ergibt sich, daß die *Ausnahme* des § 78
Abs. 2 *ZPD.* (*Partei-prozess* bei *Prozesshandlungen*, welche vor dem
Urkuandsbeamten der *Geschäftsstelle* vorgenommen werden können) im
vorliegenden Falle nicht anzuwenden sei. Es bestand also *Anwalts-*
zwang. Nach § 569 Abs. 1 Satz 1 *ZPD.* ist die *Beschwerde* grund-
sätzlich bei dem *iudex a quo* einzulegen; ausnahmsweise kann sie
beim *iudex ad quem* eingelegt werden. Der beim *LG.* zugelassene
RA. B. hat für den *Bekl.* *sofortige* *Beschwerde* unmittelbar beim
OLG. eingelegt. War das zulässig?

Seit dem *Beschluß* der *BerZivSen.*: *RG.* 1, 431 f. steht in
der *Rspr.* folgender *Grundsatz* fest: Die *Beschwerde* kann nur ein-
gelegt werden entweder bei dem *Gericht*, gegen dessen *Entsch.* *Be-*

einlegung infolge des Versehens der Kanzlei des OLG. nicht, wie vom Senatsvorsitzenden gewollt, rechtzeitig geheilt worden sei (vgl. Stein-Jonas, Note 12 zu § 569 ZPO. und JW. 1904, 117). Er hat umgehend beim OLG Wiedereinlegung beantragt. Das OLG. hat diesem Antrag und zugleich der sofortigen Beschwerde stattgegeben, dem Wiedereinlegungsantrag nach §§ 233 Abs. 1, 234, 236 bis 238 ZPO., weil, wenn auch zunächst durch ein Versehen des Anwalts des Bekl. die Einhaltung der Frist gefährdet war, so doch der ursächliche Zusammenhang zwischen diesem Versehen und der Versäumung der Frist dadurch unterbrochen wurde, daß die noch immer mögliche und mit der Verfügung des Senatsvorsitzenden v. 22. Juni 1933 in die Wege geleitete Wahrung der Frist durch einen nicht zu erwartenden Fehler im Kanzleibetrieb des OLG., also einen für Bekl. unabwendbaren Zufall, vereitelt worden ist. Die sofortige Beschwerde ist auch begründet. Die Ansicht des OLG., daß der Erstinstanzanwalt keine Prozeßgebühr in der Ver. Inst. verdienen könne, weil er nicht zum Prozeß bev. bestellt werden konnte und nicht bestellt worden ist, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend (vgl. RG. 26, 418; RG.: JW. 1929, 877²⁵; Walter-Joachim-Friedlaender, 9. Aufl., Anm. 52 Abs. 3 zu § 13 RVGebD.; § 89 RVGebD.). Es kann sich nur darum handeln, ob die von N. B. ohne Ein-

schwerde erhoben wird durch einen bei diesem Gericht zugelassenen N. B. oder bei dem Beschw. Ger., soweit die Beschwerde hier eingelegt werden kann, durch einen bei diesem Gericht zugelassenen.

Diese Ansicht ist auch im Schrifttum überwiegend gebilligt worden (vgl. Stein III zu § 569 ZPO.).

aa) N. B. hätte also die sofortige Beschwerde beim OLG. einreichen müssen; allerdings hätte nach § 577 Abs. 2 Satz 2 ZPO. auch die Einlegung durch einen beim OLG. zugelassenen Anwalt genügt. Der Formmangel wäre zweifellos dann „geheilt“ worden, wenn N. B. innerhalb der Frist des § 577 ZPO. einen mit der Beschwerdeschrift übereinstimmenden Schriftsatz an das OLG. gerichtet hätte.

Der Senatsvorsitzende hat am Tage der Einlegung der sofortigen Beschwerde Überfendung der Beschwerde an das OLG. zur Kenntnis mit Ersuchen um Aktenmitteilung verfügt. Er hätte, wenn seine Verfügung ordnungsmäßig ausgeführt und dem Ersuchen ordnungsmäßig entsprochen worden wäre, noch Gelegenheit gehabt, den N. B. so rechtzeitig auf die Bedenken gegen die Zulässigkeit aufmerksam zu machen, daß dieser noch beim OLG. hätte Beschwerde einlegen können.

bb) Das OLG. Karlsruhe vertritt die Ansicht, daß in diesem Falle die Unzulässigkeit der Beschwerde auch in anderer Weise hätte „geheilt“ werden können, nämlich dadurch, daß die Beschwerde des N. B. in der Frist des § 577 ZPO. an das OLG. gelangt wäre. Der 1. Sen. des RG. hat allerdings in JW. 1904, 117 (ohne nähere Begründung) ausgeführt, daß es ausreiche, wenn innerhalb der Frist des § 577 die vom ersten Anwalt an das OLG. gerichtete Beschwerde an das OLG. gelange. Der Ansicht haben sich vor allem Förster-Kann, 3. Aufl., Anm. 2a zu § 569 angeschlossen; auf Stein-Jonas dagegen beruft sich der obenstehende Beschluß des OLG. Karlsruhe m. E. zu Unrecht. Dieses Erläuterungswerk versteht in Note 12 zu § 569 ZPO. die Entsch. RG.: JW. 1904, 117 mit einem Fragezeichen. Vor allen Dingen scheint mir aber übersehen worden zu sein, daß diese Entsch. in der Zeit ergangen ist, in der § 577 Abs. 3 i. d. Fass. der Novelle v. 17. Mai 1899 galt. Damals konnte bekanntlich auch der iudex a quo den Kostenfestsetzungsbeschluß ändern, obwohl die sofortige Beschwerde gegeben war, sofern sie nur im konkreten Falle zulässig war. Die Vorlegung der Beschwerde an das OLG. hatte also eine ganz andere Bedeutung als heute. Es ist mindestens sehr zweifelhaft, ob die der Entsch. RG.: JW. 1904, 117 zugrunde liegenden Erwägungen noch heute zutreffen.

cc) Wenn man auch heute noch in Fällen der vorliegenden Art annimmt, daß es ausreiche, wenn auf die vom OLG-Anwalt beim OLG. eingelegte sofortige Beschwerde die Beschwerdeschrift innerhalb der Frist des § 577 an das OLG. gelangt, wird man bei Versäumung dieser Möglichkeit jedenfalls an eine (mindestens entsprechende) Anwendung der §§ 230 ff. denken müssen.

Die Versäumung der Frist beruhte darauf, daß 1. N. B. die Beschwerde zu Unrecht beim OLG. eingelegt hatte und 2. darauf, daß die Verfügung des Senatsvorsitzenden nicht ordnungsmäßig ausgeführt worden war. Das Versehen des N. B. konnte nicht als unabwendbarer Zufall i. S. von § 233 ZPO. angesehen werden. Das OLG. Karlsruhe meint nun, der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Versehen des N. B. und der Versäumung der Frist sei „unterbrochen“ worden durch das Versehen der Gerichtskanzlei, das jedenfalls seinerseits für die Bekl. und N. B. als unabwendbarer Zufall anzusehen sei. Das ist juristisch und denkgeseglich mindestens sprachlich (besser, gleichfalls zu § 233 ZPO., RG. 4. Sen.: JW. 1925, 1370²: „Neue Ursachenreihe“) bedenklich.

Der ursächliche Zusammenhang zwischen einem äußeren Erfolg (hier Versäumung der Frist) und einem ersten Ereignis (hier der mangelhafte Antrag) fehlt dann, wenn der äußere Erfolg nur unter

wendungen der Gegenseite geschilderte Tätigkeit schon durch die für seine Erstinstanztätigkeit verdienten Gebühren abgegolten ist, oder ob er hierbei eine neuerdings gebührenpflichtige Tätigkeit in einer neuen Instanz entwickelt hat (§§ 25, 29 RVGebD.). Soweit er lediglich Schriftstücke an den Bekl. weitergegeben oder den Bekl. davon unterrichtet hat, wird allerdings diese Tätigkeit als abgegolten anzusehen sein (vgl. Sydow-Busch-Krieg, 13. Aufl., Anm. 12 zu § 29 RVGebD.; Friedlaender a. a. O. Anm. 5 zu § 29, Anm. 8 und 9 zu § 25; Fürst-Koth, Anm. 8 zu § 29 RVGebD.). Richtig ist auch, daß die Voraussetzungen von § 44 RVGebD. nicht gegeben sind. Soweit N. B. den Bekl. auch nach Einlegung der Berufung seitens des Kl. beraten hat, käme aber die Gebühr nach § 47 RVGebD. in Frage, wenn nicht die höhere Gebühr nach §§ 13 Ziff. 1, 14, 89, 48 RVGebD. zubilligen wäre. Dies ist aber der Fall, nachdem er vom Gegner in der Ver. Inst. mit — wenn auch gescheiterten — Vergleichsverhandlungen befaßt worden und in diesen für den Bekl. weiterhin durch Besprechung, Beratung und als Erklärungsbeauftragter tätig geworden ist. Es konnte dem Bekl. nicht zugemutet werden, diese Verhandlungen ohne Anwalt zu führen. Wenn er zu diesem Zweck einen Prozeß bev. für die zweite Instanz aufgestellt hätte, so wäre die von N. B. berechnete Gebühr nach

Mitwirkung eines zweiten Ereignisses (hier Versehen der Gerichtskanzlei) zustande gekommen ist, das mit dem ersten keinen Zusammenhang hat, so daß vom Standpunkt eines alle den Menschen zu Gebote stehenden Erfahrungs und Kenntnisse beherrschenden Beurteilens zur Zeit des ersten Ereignisses eine derartige schadenstiftende Kette von Umständen ebenso wahrscheinlich erscheinen mußte, wenn jenes Ereignis eintrat, als wenn es ausblieb. Die Versäumung der Frist war zunächst bedingt durch das Versehen des N. B. Hätte N. B. sofort Beschwerde beim OLG. eingelegt, so hätte es der Verfügung des Senatsvorsitzenden um Aktenmitteilung nicht bedurft, und das Versehen in der Gerichtskanzlei hätte nicht erfolgen können (war in jedem Fall nicht „ebenso wahrscheinlich“ im Sinn der mitgeteilten RG.-Definition). Man muß nun m. E. fragen: Ist die Versäumung der Frist nichtatypische Folge des mangelhaften Antrags? Das führt weiter zur Frage: Widerspricht es den Erfahrungen des täglichen Lebens, daß nach einem solchen Versehen des Anwalts eine Pflichtverletzung derjenigen Behörden bzw. Beamten eintritt, die den mangelhaften Antrag des Anwalts zu behandeln haben? Ich habe großes Bedenken, diese letztere Frage zu bejahen und demgemäß den ursächlichen Zusammenhang zu verneinen. Der 4. Sen. des RG. hat in HöchstRRspr. 1932 Nr. 93 den ursächlichen Zusammenhang zwischen einer durch einen Auseinanderetzungsprüfer pflichtwidrig erklärten Löschungsbevollmächtigung und der Löschung im Grundbuch bejaht, obwohl der Grundbuchrichter übersehen hatte, daß wahrscheinlich das Amt des Auseinanderetzungsprüfers längst erloschen war und daß eine vormundschafliche gerichtliche Genehmigung erfolgen mußte (!). Das RG. hat also keine Bedenken gehabt, auszusprechen, daß eine pflichtwidrige Behandlung eines mangelhaften Antrages durch ein Organ der Justizverwaltung nicht den Erfahrungen des Lebens widerspreche. Mir scheinen die beiden Fälle ziemlich verwandt zu liegen.

II. Die Begründung der Beschwerde hängt von der Entsch. der interessanten kostenrechtlichen Frage ab: Inwieweit kann der Anwalt des ersten Rechtszuges, der nach Beginn des zweiten Rechtszuges eine Tätigkeit für seine Partei ausübt, obwohl er beim Gericht des zweiten Rechtszuges nicht zugelassen ist, Kostenersatzung verlangen.

1. Sicher ist an sich eine „Vergütung für die Berufstätigkeit des N. B.“ i. S. des § 1 RVGebD. zu zahlen ohne Rücksicht darauf, ob der N. B. bei dem für die betreffende Sache zuständigen Gericht zugelassen ist. Das geht schon daraus hervor, daß einige Arten der Tätigkeit, für welche die Vergütung im Gesetz bestimmt ist, sich nie bei demselben Gericht abspielen, bei welchem der N. B. zugelassen ist (vgl. §§ 43, 44, 46 bis 48 RVGebD.; RG. 26, 416 ff.).

2. Eine andere Frage jedoch ist es, ob der N. B. eine solche Vergütung unter dem Gesichtspunkt der Kostenersatzung vom Gegner verlangen kann. Der 6. Sen. des RG. hat in RG. 26, 416 ausgeführt, daß der Gegner sogar zur Doppelterstattung (im Rahmen des § 87 Abs. 2 [des heutigen § 91 Abs. 2 ZPO.]) verpflichtet sein kann, wenn der Rechtsstreit von einem Gericht, an dem der obliegende Anwalt zugelassen war, an ein solches verwiesen ist, an dem er nicht mehr zugelassen ist. Es wird daher auch grundsätzlich möglich sein müssen, daß ein OLG-Anwalt vom Gegner Ersatzung von Kosten verlangen kann, die schon in den Tätigkeitsbereich eines OLG-Anwalts fallen könnten.

3. Zutreffend stellt es das OLG. Karlsruhe im übrigen darauf ab, ob die von N. B. geschilderte Tätigkeit schon durch die Gebühren abgegolten ist, die er für seine Tätigkeit im ersten Rechtszuge verdient hat.

a) Der Begriff der Beendigung der Instanz i. S. von § 29 RVGebD. deckt sich nicht mit dem allgemeinen verfahrensrechtlichen Begriff, und zwar wird sich die kostenrechtliche Instanz grundsätz-

§§ 13 Ziff. 1, 14, 52 RWObD. auch erwachsen. Diese Tätigkeit von N. B. ist auch nicht durch seine in erster Instanz verdienten Gebühren abgegolten, und es war ihm diese neue Tätigkeit im Laufe der zweiten Instanz nicht zuzumuten, ohne daß ihm eine neue Gebühr in den Grenzen von § 48 RWObD. zustände. Er hat jedenfalls die Tätigkeit bezüglich der Vergleichsverhandlungen in einer neuen Instanz entwickelt und hat somit den Anspruch aus §§ 13 Ziff. 1, 14, 89 RWObD. auf eine nach § 52 ZPO. erhöhte Gebühr von $\frac{5}{10}$ (vgl. auch RG.: JW. 1929, 877 und Friedlaender a. a. O. Anm. 3 zu § 14, Anm. 6 zu § 29 RWObD.). Daß diese Gebühr zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig war, ergibt sich aus dem oben Gesagten; sie ist dem Bekl. nach § 91 Abs. 1 und 2 ZPO. zu ersetzen.

(OLG. Karlsruhe, 3. ZivSen., Beschl. v. 14. Juli 1933, 3 ZBS 47/33.)
Ver. von OGR. Dr. Ruoff, Karlsruhe.

12. § 866 ZPO. Nach Eintragung einer Zwangshypothek auf Grund persönlichen Vollstreckungstitels braucht der Gläubiger einen besonderen dinglichen Titel, um im Rang der Hypotheken die Zwangsversteigerung zu betreiben.

Die Frage ist bestritten. Der Senat schließt sich der in JW. 1932, 3192¹¹ zusammenfassend dargelegten herrschenden Meinung an, wonach ein besonderer dinglicher Titel zu erfordern sei. Diese führt allerdings gelegentlich zu Umständenlichkeiten. Darauf aber kann es nicht ankommen.

(OLG. Karlsruhe, 3. ZivSen., Beschl. v. 7. April 1933, 3 ZBS 26/33.)

Ver. v. OGR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

13. Hilfsweise Haftstrafe nach § 890 ZPO.

Gegen den Schuldner ist gem. § 890 ZPO. eine Geldstrafe und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine entsprechende Haftstrafe ausgesprochen worden.

Streitig ist, ob im Falle des § 890 neben der Verurteilung zu einer Geldstrafe gleichzeitig Hilfsweise eine Haftstrafe ausgesprochen werden kann. Das Gesetz enthält darüber keine Best. und das RG. hat sich (22. Mai 1882: RG. 7, 358) dagegen ausgesprochen. Herrschender Meinung nach hat aber das Gericht nach Androhung von Geld- und Haftstrafe die freie Wahl zwischen beiden Strafarten. Es kann also, wenn eine Geldstrafe nicht betreibbar ist, wegen derselben Zuwiderhandlung nachträglich eine Haftstrafe ausgesprochen werden. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb das nicht gleichzeitig von vornherein geschehen kann. Gesetzlich steht nichts entgegen. Das praktische Bedürfnis ist unabweisbar. Der Senat schließt sich daher der die Zulässigkeit behandelnden Auffassung (OLG. Stuttgart v. 30. Aug. 1929: JurAbsh. 1930 Nr. 68 und RG. v. 11. Febr. 1932: GoldschmidtsZ. S. 417 Anm. 11 a) an.

(OLG. Karlsruhe, 4. ZivSen., Beschl. v. 14. Juni 1933, 4 ZBS 122/33.)

Ver. v. OGR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

Kiel.

14. § 6 ZPO. Zur Streitwertberechnung beim Arrest.

Das Arrestverfahren hat die Sicherstellung einer Forderung zum Gegenstande. Der Streitwert ist daher nach § 6 und nicht nach § 3 ZPO. zu finden, wie auch überwiegend angenommen wird. Richtungsgebend ist, welche Forderungen in dem Arrestverfahren sichergestellt werden sollen. Das erhellt aus dem Arrestantrag. Nach ihm beehrte der Arrestkl. die Sicherstellung seines Herausgabeanspruchs und ferner die Sicherung der überschläglichen geschätzten Kosten. Letzterer Anspruch war keine Nebenforderung i. S. von § 4 ZPO. Der § 4 kann (RG.: JW. 1930, 644 ff.) im Arrestverfahren nicht zum Zuge kommen. Denn der Arrestprozeß hat gar nicht die Entscheidung über einen Hauptanspruch und ebensowenig eine solche über den neben ihm geltend zu machenden

sich noch über die allgemeine verfahrensrechtliche Instanz hinaus erstrecken.

b) Es scheint mir aber auch durchaus zutreffend zu sein, wenn das OLG. Karlsruhe ausführt, daß die Mitwirkung bei den Verhandlungen, die zu einem Vergleich führen sollten, während der Rechtsstreit schon in der VerInst. anhängig war, jedenfalls nicht als durch die Tätigkeit im ersten Rechtszuge abgegolten anzusehen ist.

c) Endlich halte ich es für richtig, daß das OLG. Karlsruhe dem N. B. die nach § 52 RWObD. erhöhte Gebühr zuspricht. Es entspricht dem zu II, 1 erwähnten Grundsatz, wenn man es in dieser Beziehung darauf abstellt, daß er tatsächlich nur in der zweiten Instanz tätig geworden ist.

N. Dr. Matzke, Berlin.

Kostenanspruch zum Gegenstande, sondern dient lediglich dazu, prozessuale und tatsächliche Sicherheiten dafür zu schaffen, daß ein nach Grund und Betrag noch festzusetzender Anspruch nach Erwerb des zu seiner Vollstreckung notwendigen Titels auch mit Erfolg verwirklicht werden kann. Ist dem aber so, so ist § 4 ZPO. auszuschalten und ist nach § 5 ZPO. der Gesamtbetrag der zu sichernden Ansprüche, d. h. der Hauptforderung und der Kostenpauschalforderung als „Arrestforderung“ anzunehmen und der Erwägung aus § 6 a. a. O. zugrunde zu legen. Der insbesondere von Seuffert-Walshmann, 12. Aufl., § 4 Anm. 4 und von Baumbach, 6. Aufl., § 3 Anm. 4 S. 154 vertretenen Gegenauffassung kann der Sen. nicht folgen, da sie mit dem Gesetz nicht im Einklang steht.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Beschl. v. 10. Juni 1933, 4 W 135/33.)
Ver. von OGR. Schumacher, Altona.

15. §§ 71, 56 ZPO. Keine Beschwerde gegen ein Urteil, das eine Nebenintervention nicht zuläßt wegen Prozeßunfähigkeit des Nebenintervenienten.

Der Kl. hat der Beschw. den Streit verkündet. Die Beschw. ist der Bekl. beigegeben und hat beantragt, den Beitritt zuzulassen. Der Kl. hat zu diesem Antrage keine Stellung genommen. Das OLG. hat durch Ur. die Klage abgewiesen, die Nebenintervention nicht zugelassen und der Beschw. die Kosten der Nebenintervention auferlegt. Es hat die Entsch., soweit sie die Nebenintervention betrifft, damit begründet, daß der Beschw. für den Beitritt die Prozeßfähigkeit gefehlt habe. Die Beschw. sei vertreten durch ihren Korrespondententredner, dem Rechtsstreit beigegeben. Dieser habe aber ohne eine besondere Vollmacht, die nicht vorgelegen habe, die Beschw. nicht vertreten können, da der Beitritt zu dem Rechtsstreit eine Angelegenheit betreffe, die über das hinausgehe, was der Geschäftsbetrieb einer Rederei gewöhnlich mit sich bringe (§ 493 Abs. 1 und 3 HGB.). Gegen dieses Ur. hat die Beschw. sofortige Beschw. eingelegt. Sie trägt vor, das OLG. habe zu Unrecht angenommen, daß sie durch ihren Korrespondententredner vertreten gewesen sei; sie sei selbst dem Rechtsstreit beigegeben. Dies könne sie, da sie als Rederei nach feststehender Rpr. parteifähig und daher auch prozeßfähig sei.

Die sofortige Beschw. ist unzulässig. Sie ist nach § 71 Abs. 2 ZPO. das zulässige Rechtsmittel nur gegen ein Zwischenurt., das über einen Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zwischen den Parteien und dem Nebenintervenienten entscheidet (§ 71 Abs. 1 ZPO.). Das OLG. hat aber nicht über einen derartigen Zwischenstreit entschieden, der voraussetzt, daß eine Partei die Zurückweisung der Nebenintervention beantragt. Einen dahingehenden Antrag hatte Kl. nicht gestellt. Das OLG. hat vielmehr von Amts wegen (§ 56 ZPO.) den Beitritt der Beschw. zurückgewiesen, weil nach seiner Ansicht ihr hierfür die Prozeßfähigkeit gefehlt habe. Diese nach vorgängiger mündlicher Verhandlung ergangene Entsch. ist ein Zwischenurt., das etwa einer Prozeßabweisung gem. § 275 Abs. 1 ZPO. entspricht. Es ist unerschlich, daß die Entsch. in das Endurt. aufgenommen ist. Durch diese nur äußere Verbindung wird dem über den Beitritt erkennenden Teil des Ur. die formale Bedeutung eines Zwischenurt. nicht genommen (RG. 38, 402). Wird aber die Nebenintervention von Amts wegen durch Zwischenurt. zurückgewiesen, so findet § 71 ZPO. keine Anwendung (Schadow-Busch, 20. Aufl., 1930, Anm. 1 zu § 71). Das Ur. des OLG. ist als Zwischenurt. mangels einer besonderen Vorschr. für die Beschw. nur mit dem Endurt. anfechtbar.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Beschl. v. 2. März 1933, 1 W 89/33.)
Ver. von OGR. Dr. Brunau, Kiel.

16. § 3 ZeugObD. Zur Zubilligung des Höchstfases an den Sachverständigen genügt die Anerkennung der Leistung als einer besonders schwierigen; eine Spitzenleistung wird nicht verlangt.

Die Beschw. des Sachverständigen richtet sich mit Erfolg gegen den Beschl. des OLG., durch welchen auf Erinnerung der DRKStf. der Stundensatz von 6 RM auf 4,50 RM unter der Begründung herabgesetzt ist, es liege zwar eine besonders schwierige, aber keine Spitzenleistung vor. In Übereinstimmung mit dem OLG. hält der Senat die Arbeitsleistung des Sachverständigen für eine besonders schwierige, deren Verantwortung der Sachverständige nicht ohne weiteres aus seinem Wissensvorrat entnehmen konnte. Das Gutachten erforderte außergewöhnliche Aufwendungen des Sachverständigen in geistiger Hinsicht. Lag danach eine besonders schwierige Leistung i. S. des § 3 ZeugObD. vor, so besteht kein Grund, den Stundensatz von 6 RM herabzusetzen. Den Begriff einer Spitzenleistung, wie ihn die DRKStf. in der Erinnerung anführt, kennt das Gesetz nicht; vielmehr genügt es zur Zubilligung des Höchstfases, daß die Leistung als besonders schwierige anerkannt wird.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 20. Mai 1933, 2a W 61/33.)
Ver. von OGR. Schumacher, Altona.

Köln.

17. § 91 ZPO. Kostenerstattungspflicht bei Wahrnehmung eines Beweistermines durch die Partei.

Die Kl. hatte verschiedene Beweistermine, die außerhalb des Sitzes ihres Prozeßbevollmächtigten stattfanden, durch einen Vertreter wahrnehmen lassen und die Festsetzung der dafür entstandenen Reise- und Aufwandskosten beantragt.

Diese Kosten erreichten nicht die Höhe der Beträge, die entstanden wären, wenn jeweils ein auswärtiger Prozeßbevollmächtigter mit der Wahrnehmung der Termine beauftragt worden wäre.

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des LG. hat die Kosten lediglich im Rahmen der ZeugGebD. festgesetzt, wonach bestimmte Fahrtkosten und eine Aufwandsentschädigung nach den innerhalb der ZeugGebD. festgesetzten Richtlinien vergütet werden konnten. Die Erinnerung der Kl. hat das LG. zurückgewiesen und gleichfalls entschieden, daß der Kl. ein Ersatz der zu erstattenden Auslagen nach ausdrücklicher Vorschr. der ZPO. nur in Höhe der Beträge zustünde, die unter den gleichen Verhältnissen einem Zeugen gebührten.

Das BeschwG. hat den Urkundsbeamten angewiesen, die Ansprüche der Kl. in ihrer Kostenaufstellung insoweit festzusetzen, als dieselben zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, also nach § 91 Abs. 1 ZPO. Es hat die in der Erinnerungsentsch. gebilligte Rechtsauffassung des Urkundsbeamten, daß die in Ansatz gebrachten Kosten nach den Vorschr. der ZeugGebD. festzusetzen seien, für unzutreffend erachtet und ausgeführt, daß § 91 Abs. 1 Satz 2 die Anwendung dieser ZeugGebD. nur für Zeitversäumnis aus Anlaß notwendiger Reisen oder Wahrnehmung von Terminen bestimmt, während Reise- und Aufwandskosten nach § 91 Abs. 1 Satz 1 zu beurteilen seien.

(OLG. Köln, 2. FerzivSen., Beschl. v. 3. Aug. 1933, 8 W 202/33.)

Ber. von RA. Dr. Kugelmeier, Bonn.

*

Naumburg.

18. §§ 239, 519 Abs. 6 ZPO. Kann im Falle des § 239 Abs. 4 ZPO. zur Hauptsache nicht verhandelt werden, weil der Zahlungsnachweis aus § 519 Abs. 6 ZPO. noch aussteht, dann ist auf Antrag Versäumniszwischenurteil dahin zu erlassen, daß das Verfahren für vom Rechtsnachfolger aufgenommen erklärt wird. Die Frist zur Erbringung des Zahlungsnachweises läuft alsdann erst von der Rechtskraft des Versäumnisurteils ab.

In dem infolge Todes der Bekl. nach ihrer Berufungseinlegung durch Senatsbeschuß ausgesetzten Verfahren hat der Kl. die im jetzigen Urteilspruch Bezeichnete mit der Behauptung zur Aufnahme des Verfahrens geladen, daß sie Erbin der Bekl. geworden sei. In dem zur Verhandlung hierüber anberaumten Termin — nicht auch zur Verhandlung in der Sache selbst, weil die nach § 519 Abs. 6 ZPO. bestimmte Nachweisfrist z. Z. der angeordneten Aussetzung noch lief und durch diese nach Maßgabe des § 249 Abs. 1 ZPO. weiterzulaufen aufgehört hatte, die Zulässigkeit der Berufung infolge des Fehlens des Zahlungsnachweises deshalb bisher noch dahinsteht, — ist für die als Rechtsnachfolgerin Bezeichnete niemand aufgetreten. Der Kl. hat beantragt: die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen, und hat Erlaß des Versäumnisurteils gegen sie dahin beantragt: daß das Verfahren für von ihr aufgenommen erklärt werde.

Dem Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils als Zwischenurteils war stattzugeben. Infolge des Ausbleibens der in der Ladung als Erbin und demnach Rechtsnachfolgerin der verstorbenen Bekl. Bezeichneten ist die behauptete Rechtsnachfolge gem. § 239 Abs. 4 ZPO. als zugestanden anzunehmen. Da die eben — dort im unmittelbaren Anschluß hieran als Regel vorgeordnete Verhandlung zur Hauptsache vorliegenderfalls nicht stattfinden kann, weil bisher noch die Erfüllung der für die Berufung vorgeschriebenen Prozeßförmlichkeit des Zahlungsnachweises aus § 519 Abs. 6 ZPO. aussteht, der Lauf der Nachweisfrist infolge der Aussetzungsanordnung aufgehört hat und das Verfahren erst wieder aufgenommen sein muß, damit diese Frist nach § 249 Abs. 1 von neuem zu laufen beginnt, ist antragsgemäß (RG. 68, 390 ff. = JW. 1908, 453; f. auch Warn. 1916 Nr. 1) für einen ähnlichen Fall dargelegten Erwägungen) durch ein Zwischenurteil im Versäumnisverfahren die Aufnahme als durch die Rechtsnachfolgerin bewirkt zu erklären. Hierzu sei beiläufig bemerkt, daß, da gegen das Versäumnisurteil der Einspruch stattfinden kann, die ausgesprochene Aufnahmeerklärung erst mit der Rechtskraft des Versäumnisurteils ihre volle Wirkung wird äußern können, so daß auch erst dann die gefetzte Nachweisfrist von neuem zu laufen beginnen wird.

(OLG. Naumburg a. S., 7. ZivSen., Ur. v. 30. Jan. 1933, 7 U 240/32.)

Mitgeteilt von OLG. Biedermann, Naumburg a. S.

*

Stuttgart.

19. § 3 ZPO. Bei der negativen Feststellungsklage ist der Betrag des Anspruchs, dessen sich der Gegner berührt hat (RG. 71, 69)¹⁾, nicht maßgebend, wenn die Höhe auf Schätzung beruht.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 22. Dez. 1932, W 832/32.)

III. Rechtsanwaltsgebühren, Armentrecht.

Berlin.

20. § 44 RAGebD. Im Falle der Verweisung vom LG. an das LG. kann der RAAnwalt nicht neben der Prozeßgebühr noch die Verkehrsgebühr für den Verkehr mit dem landgerichtlichen Prozeßbevollmächtigten fordern.

Die Verkehrsgebühr kann nicht neben der Prozeßgebühr gefordert werden. Denn § 49 RAGebD. muß umgekehrt auch gelten, wenn der bisherige Prozeßbevollmächtigte später eine Tätigkeit ausübt, für die er an sich eine Gebühr in Höhe der Prozeßgebühr zu bekommen hätte, so insbes. wenn er später Verkehrsanwalt wird (vgl. Friedlaender, RAGebD., 9. Aufl., § 49 Anm. 7).

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 13. Mai 1933, 20 W 4655/33.)

Ber. von RA. Günther Paul, Zehden a. D.

*

Kiel.

21. § 17 RAGebD. Die weitere Verhandlungsgebühr des § 17 a. a. D. ist im gebührenrechtlichen Sinne des § 16 a. a. D. zu bemessen.

Der Kostenrat hat sich den von Friedlaender (JW. 1932, 2169) und von Krakenberger (JW. 1933, 546) angeführten Gründen nicht verschließen können. § 17 RAGebD. bestimmt, daß sich für die weitere mündliche Verhandlung die dem RA. zustehende Verhandlungsgebühr um $\frac{5}{10}$ und, falls die Verhandlung eine nichtkontradiktorische ist, um die Hälfte dieses Betrages erhöht. Wenn nun auch § 17 die Ausnahмовorschrift des § 16 Satz 2 nicht ausdrücklich erwähnt, so ergibt sich doch der Sinn des § 17 nicht aus diesem Schweigen des Gesetzes, sondern aus dem inneren Zusammenhange mit § 16. In § 16 ist der allgemeine Grundatz aufgestellt, daß in gewissen Fällen eine mündliche Verhandlung, obgleich sie eine nichtstreitige ist, als eine streitige gebührenrechtlich gelten soll. Es sind dieses die Fälle des § 21 OGG., sowie der auf Antrag erlassenen Entsch. nach Lage der Akten (§ 331a ZPO.). Daß dieser Grundatz des § 16 in § 17 für die weitere mündliche Verhandlung aufgegeben sein sollte, ist abzulehnen, da eine solche unterschiedliche Regelung der beiden Arten von Verhandlungen innerlich nicht gerechtfertigt ist. Es war, wie Friedlaender und Krakenberger m. R. ausführen, überflüssig, im § 17 auf die in § 16 Satz 2 enthaltenen Ausnahmen erneut hinzuweisen. § 17 bestimmt lediglich eine Erhöhung der dem RA. für die weitere mündliche Verhandlung zustehenden Gebühr. Wenn es dort weiter heißt, daß sich die Erhöhung auf die Hälfte des Betrages von $\frac{5}{10}$ gleich $\frac{5}{20}$ dann beschränkt, wenn die weitere mündliche Verhandlung eine nichtkontradiktorische ist, so sollen damit nur die Verhandlungen getroffen werden, die der Regel nach als nichtstreitige angesehen werden, nicht dagegen die Verhandlungen, die ausnahmsweise, obgleich sie nichtstreitige sind, als streitige gelten sollen.

Für die jetzt — im Gegensatz zu früher — vertretene obige Annahme spricht, daß die Ausnahmebest. des § 16 Satz 2 ihren Grund darin hat, daß der RA. in Statussachen und bei Entsch. nach Lage der Akten auch bei der nichtkontradiktorischen Verhandlung eine erhebliche Arbeit leisten muß. Ebenso liegt es in diesen Fällen bei der weiteren mündlichen Verhandlung nach Beweisaufnahme. Der RA. muß, nachdem der Prozeßstoff durch die Beweisaufnahme nicht nur angewachsen ist, sondern unter Umständen auch neue tatsächliche Umstände ergeben hat, den Stoff neu durcharbeiten, zu neuen Gesichtspunkten Stellung nehmen und also neue besondere Mühewaltung aufbringen. Kommt es dann wiederum zur Verhandlung, so ist es zwar in den Prozessen, in denen der RA. lediglich ein Versäumnisurteil zu beantragen hat, billig, für diese mit geringerer Mühewaltung verbundene Tätigkeit des RA. die weitere Verhandlungsgebühr nur zur Hälfte, also mit $\frac{5}{20}$ abzugelten. Das trifft aber nicht zu bei nichtstreitigen Verhandlungen in Statussachen oder wenn eine Entsch. nach Lage der Akten beantragt wird. Die nichtstreitige Verhandlung besteht hier nicht wie beim gewöhnlichen Versäumnisverfahren nur darin, daß der RA. die den Klageanspruch begründenden Tatsachen vorträgt, sondern darin, daß er den gesamten Akteninhalt behandelt und insbesondere die Beweisaufnahme würdigt. Das Gericht hat hierbei die Richtigkeit der Angaben des Kl. nicht zu unterstellen, es muß sie prüfen. Infolgedessen entsteht auch bei bloß einseitiger Verhandlung nach Beweisaufnahme für den RA. immer

1) JW. 1909, 316.

ein besonderer Arbeitsaufwand, der sich auf die mündliche Verhandlung erstreckt, und zwar im Gegensatz zu der gewöhnlichen nicht-kontraktlichen Verhandlung. Auch aus diesem Grunde erscheint es angemessen, die weitere Verhandlungsgebühr nach § 17 im gebührenrechtlichen Sinne des § 16 RMGebD. zu bemessen.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 24. Juni 1933, 2a W 74/33.)
Ver. von OGR. Schumacher, Altona.

*

22. Rückforderung von Armenanwaltsgebühren. Sie ist nur innerhalb der in § 5 GKG. bestimmten Frist zulässig. Berechnung dieser Frist.

Der Beschw. war der Erfolg nicht zu versagen. Werden die dem Armenanwalt und der Staatskasse erstatteten Gebühren nachträglich herabgesetzt, so hat die Staatskasse einen Bereicherungsanspruch. Nach Ziff. 17 AllgVfg. v. 20. März 1929 (ZMW. 83) finden auf die Wiedereinziehung des zuviel gezahlten Betrages von dem Empfänger die Vorschriften des § 131 Abs. 13—16 u. 18 Kassend. entsprechende Anwendung. Eine Best., binnen welcher Frist die Wiedereinziehung statthaft ist, findet sich weder in der Kassend. noch im ArmAnwG. Es muß aber § 5 GKG. entsprechende Anwendung finden, da der diesem zugrunde liegende Rechtsgedanke, eine Nachforderung von Gerichtskosten zeitlich zu beschränken, auch für die Rückforderung von Gebühren gelten muß (vgl. JW. 1932, 2910). Danach ist eine Rückforderung nur zulässig, wenn der berichtigte Ansat vor Ablauf des nächsten Kalenderjahres nach rechtskräftiger oder endgültiger Erledigung des Verfahrens dem Zahlungspflichtigen eröffnet ist. Über die Auslegung dieser Best., insbes. darüber, was im Sinne dieser unter Verfahren das „Verfahren i. S. des GKG.“ zu verstehen ist, herrscht Streit. Nach Baumbach, Komm. z. GKG., Anm. 4 zu § 5, ist unter Verfahren das „Verfahren i. S. des GKG.“ zu verstehen, so daß jedes dort als selbständiges Verfahren behandelte Verfahren auch nach § 5 selbständig zu beurteilen sei. Friedlaender, GKG., Note 5 zu § 5, führt aus, daß in allen Fällen, in denen gebührenrechtlich ein gesonderter Rechtsstreit, ein selbständiges Verfahren eigener Art vorliegt, das Verfahren auch i. S. des § 5 gesondert betrachtet werden muß, daß also als selbständig zu behandeln ist: der Hauptprozeß, das Mahnverfahren, das Beschwerverfahren; daß dagegen die Durchführung der das Prozeßverfahren beendigenden Entsch. (z. B. Kostenfestsetzung) nicht mehr zur Erledigung des Verfahrens i. S. des § 5 gehört. Rittmann-Wenz, GKG., Anm. 2 zu § 5 führt aus: Unter Verfahren sei jedes selbständige Verfahren zu verstehen; auf die gebührenrechtliche Sonderung, wie sie Friedlaender und Baumbach annehmen, komme es nicht an; für die Annahme eines einheitlichen Verfahrens i. S. des § 5 genüge ein prozeßrechtlicher Zusammenhang.

Auszugehen ist von dem Zwecke der Vorschr. des § 5, der dahin geht, daß eine Partei, der eine Kostenrechnung zugestellt ist, nicht nach länger als Jahresfrist mit Nachforderungen behelligt wird (Kommissionsberatung 1878, 72). Die Frist ist daher regelmäßig von der Beendigung des Verfahrens ab zu berechnen. In Übereinstimmung mit Friedlaender muß jedes Verfahren selbständig für sich betrachtet werden, also auch das Prozeßverfahren gesondert von dem Kostenfestsetzungsverfahren. Beide Verfahren sind selbständige Verfahren i. S. des § 5 GKG. und stehen kostenrechtlich selbständig nebeneinander. Kosten für das Prozeßverfahren können daher nur innerhalb der im § 5 bestimmten Frist nach Beendigung dieses Prozeßverfahrens nachgefordert werden. Für die Kosten, die durch das Kostenfestsetzungsverfahren selbst etwa entstehen, beispielsweise durch Beschw., ist maßgebend der Abschluß des Kostenfestsetzungsverfahrens. Da das Prozeßverfahren im vorl. Falle bereits 1930 rechtskräftig erledigt war, war eine Rückforderung der zuviel gezahlten Anwaltskosten nur bis zum Schluß des Kalenderjahres 1931 zulässig, nicht aber, wie hier, noch im Jahre 1932. Die Rückforderung von dem Beschw. war daher unzulässig. Daraus ergibt sich die ergangene Entscheidung.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 8. Dez. 1932, 2a W 169/32.)

Ver. von OGR. Römer, Kiel.

IV. Konkursordnung, Vergleichsordnung, Anfechtungsgesetz. Darmstadt.

23. § 17 KO.; § 138 BGB.

I. „Ein allgemeiner Satz, daß Unternehmen in Monopolstellung einem Abschlußzwang unterliegen, ist nicht aufzustellen.“ „Es ist dem Inhaber eines Monopols nicht verboten, seine Belange zu verfolgen, soweit dies ohne Mißbrauch geschieht.“

II. Lehnt der Konkursverwalter die Weitererfüllung des laufenden Versorgungsvertrages ab, so hat er keinen Anspruch auf Abschluß eines neuen Vertrages.†)

(OLG. Darmstadt, Ur. v. 25. April 1933, 1 U 197/32.)

Ver. von RA. Rumpff, Berlin.

Röln.

24. § 17 KO.

I. Der Elektrizitätsversorgungsvertrag ist ein einheitlicher Dauervertrag. (Der Senat gibt ausdrücklich seine frühere gegenteilige Einstellung auf.)

II. Der Konkursverwalter hat nach Ablehnung der Fortsetzung des laufenden Vertrages keinen Anspruch auf Abschluß eines neuen.

III. Hat der Konkursverwalter die Fortsetzung des laufenden Vertrages abgelehnt, aber die Weitererfüllung mit elektrischer Arbeit durch einseitige Verfügung erzwungen, so ergibt sich seine Verpflichtung zur vollen Bezahlung der Rückstände aus § 945 ZPO.†)

(OLG. Köln, Ur. v. 11. Mai 1933, 8 U 337/32.)

Ver. von RA. Rumpff, Berlin.

*

Zu 23—25. I. Alle drei Entsch. lehnen die Anwendung der Wiederkehrschuldbreite von Jaeger auf Versorgungsverträge (Elektrizität, Gas, Wasser) ab, wobei es sich bei OLG. Naumburg und OLG. Köln um sog. Kleinabnehmerverträge zu den allgemeinen Bedingungen und Tarifpreisen handelt, während es sich im Falle des OLG. Darmstadt um einen Sondervertrag über Elektrizität und Normalverträge über Gas und Wasser gehandelt zu haben scheint. Der 8. ZivSen. des OLG. Köln widerruft dabei ausdrücklich die in seinem Ur. v. 8. April 1932, 8 U 270/29 vertretene gegenteilige Auffassung, wie auch bereits der 1. ZivSen. des OLG. Braunschweig in der Entsch. v. 22. Juli 1932: JW. 1933, 1135 seine frühere Entsch. v. 21. Nov. 1929: JW. 1930, 1427 in demselben Sinne berichtigt hat, und auch Mengel in der 4. Aufl. seines Kommentars im Gegensatz zu den früheren Auflagen von der Wiederkehrschuldbreite abgerückt ist. Man kann heute wohl sagen, daß die Anspr. der oberen Gerichte in richtiger Würdigung der wirtschaftlichen und technischen Struktur der öffentlichen Versorgung fast einmütig unter Ablehnung der Wiederkehrschuldbreite den einheitlichen Dauercharakter der Versorgungsverträge anerkennt. OLG. Köln spricht ganz allgemein von dem „unklaren und gekünstelten, auch gefehlich nicht fundierten Begriff des Wiederkehrschuldbverhältnisses“. OLG. Naumburg begründet seine Auffassung im einzelnen durch Hinweis auf die zahlreichen Bestimmungen in den Lieferungsbedingungen der Versorgungsbetriebe, die sich mit der Annahme eines Wiederkehrschuldbverhältnisses schlechthin nicht vereinbaren lassen, wie Grundgebühren, Zählergebühren, Räumigungsfristen und ähnliches.

In Verfolg seiner Rechtsauffassung kommt OLG. Naumburg richtig zu dem Ergebnis, daß der Versorgungsbetrieb an dem Vergleichsverfahren über das Vermögen eines Abnehmers nicht beteiligt ist.

II. Übereinstimmend mit der feststehenden Anspr. des RG. stellen alle drei Ur. fest, daß eine monopolartige Stellung nicht einen voraussetzungslosen Kontrahierungszwang zur Folge hat; nur die unbegründete Ablehnung der Leistung sei verboten, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB. vorlägen.

Die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts aus § 320 BGB. ist daher in vollem Umfange zulässig, wenn der Abnehmer mit Zahlungen im Rückstand ist. Lieferungsbedingungen des Werks, die dieses Leistungsverweigerungsrecht ausprechen, sind keinesfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten, und erst recht nicht dann, wenn sie eine vorherige Mahnung vorsehen, die Befugnis aus § 320 BGB. also noch einschränken (OLG. Naumburg).

III. Den OLG. Darmstadt und Köln lag die Frage vor, ob der Konkursverwalter, der die Fortsetzung des laufenden Versorgungsvertrages abgelehnt hatte, den Abschluß eines neuen Vertrages erzwingen könnte. Beide Entsch. verneinen. Es könne nicht als Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden, wenn das Versorgungsunternehmen aus der Erklärung des Konkursverwalters, daß er den Versorgungsvertrag nicht fortsetzen wolle, die Folgerung ziehe, ihn nun nicht mehr zu beliefern. Man könne es eher als doloses Verhalten des Konkursverwalters auffassen, wenn er die Vorteile der Weitererfüllung genießen wolle, ohne die vom Gesetz durch § 59 KO. daran geknüpften Nachteile in Kauf zu nehmen. „Der Konkursverwalter ist zwar durch die ihm gestellte Alternative: Ablehnung oder Eintritt, in eine verantwortungsvolle Lage versetzt. Er muß dann aber die Vorteile gegen die Nachteile seines Entschlusses nach der einen oder anderen Seite gegeneinander abwägen... Entschließen er sich zur Ablehnung, so muß er damit rechnen, daß der Betrieb durch Einstellung der Stromlieferung zum Stillstand kommt. In jedem einzelnen Falle kann der Entschluß je nach den vorliegenden Verhältnissen verschieden ausfallen. Immer aber ist der Konkursverwalter frei in seinem Entschluß“ (OLG. Darmstadt). OLG. Köln weist noch darauf hin, daß das Ergebnis wirtschaftlich angemessen sei; auch könne man folgerichtig keinem anderen Stromabnehmer versagen, was dem Konkursverwalter zugebilligt werde, so daß jeder, der mit Zahlungen im Rückstand sei, durch Kündigung des bestehenden Vertrages und Verlangen eines Neuabschlusses sich dem Leistungsverweigerungs-

Naumburg.

25. §§ 320, 826 BGB; § 4 VerglD.

I. Monopolunternehmungen ist die Verweigerung der Leistung nicht schlechthin verboten. Ein Kontrahierungszwang „besteht nur insoweit, als die Ablehnung der Belieferung eine nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtende Handlung sein würde“.

II. Der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserunternehmer kann seine Leistung zurückhalten, wenn der Abnehmer mit Zahlungen im Rückstand ist.

III. Elektrizitäts-, Gas- und Wasserlieferungsverträge sind einheitliche Dauerverträge, keine Wiederkehrschuldverhältnisse. Der Unternehmer ist am Vergleichsverfahren eines Abnehmers nicht beteiligt. †)

(OLG. Naumburg, Urt. v. 4. Juli 1933, 7 U 54/33. †)

Ber. von R. Rumpff, Berlin.

*

Stuttgart.

26. §§ 16 Abs. 1 Nr. 5, 75 VerglD. Für eine Vergleichsbürgschaft genügt Privatschrift.

Der Kl. bestreitet die Wirksamkeit einer privatschriftlichen Verbürgung im Vergleichsverfahren unter Hinweis auf das Urt. des OLG. Frankfurt: HöchstRRspr. 32, 2302. Dieser Entsch. tritt das OLG. Stuttgart nicht bei. Es ist nicht einzusehen, warum an die Form einer Vergleichsbürgschaft größere Anforderungen zu stellen sind als bei anderen Bürgschaften. Im Gesetz steht davon nichts. Wenn in der genannten Entsch. eine Privaturskunde als ungeeignet zur Vollstreckung gegen den Bürgen bezeichnet wird, so ist vorliegend, nachdem auf Grund der Privaturskunde eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden ist, nicht mehr zu prüfen, ob das zulässig war.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Urt. v. 13. Juli 1933, U 362/33.)

rungsrecht des Versorgungsunternehmers entziehen könne. Es heißt dann wörtlich: „Das Elektrizitätswerk handelt mithin rechtlich und sittlich einwandfrei, indem es die Anerkennung dieser Masseschuld zur Voraussetzung für die Weiterbelieferung des Konkursverwalters macht.“

IV. Die Entsch. RG. 132, 273 = JW. 1931, 3102 wird von allen drei Urt. als nicht widersprechend angesehen, da sie ausdrücklich von einem Konkursordnungswidrigen Verlangen der Vollzahlung von Rückständen ausgeht, während die Forderung der Vollzahlung bei Weiterversorgung der Kd. (§ 59) und der VerglD. (§ 4) gemäß sei. OLG. Köln bezeichnet den Versuch Warners (KonkTrW. 5. Jahrg. Heft 11), die Entsch. RG. 132, 273 mit der Entsch. JW. 1930, 1402 in Einklang zu bringen, als gescheitert. In der Tat läßt sich nicht einsehen, inwieweit der Konkursverwalter im letzteren Falle, wie Warner angibt, ein unklares Verhalten gezeigt habe. Er hatte auf das Verlangen, sich gem. § 17 Kd. zu erklären, nicht geantwortet, und das RG. zieht daraus die Folgerung: „Es steht daher gem. § 17 Abs. 2 Kd. fest, daß er auf der Erfüllung des Vertrages v. 14. April 1928 nicht bestehen konnte. Die Bekl. war daher am 21. April 1928 berechtigt, den Strom zu sperren, und verstieß durch Ausübung dieses Rechtes nicht gegen die guten Sitten, auch wenn ihr bekannt war, daß dadurch Schaden für die Konkursmasse entstehen würde.“ Es handelt sich also um einen ganz klaren und eindeutigen Tatbestand, und das RG. hat ausdrücklich festgestellt, daß einem Konkursverwalter, der die Fortsetzung des laufenden Vertrages abgelehnt hat, die Weiterversorgung verweigert werden kann, ohne daß daraus Schadensersatzansprüche hergeleitet werden können.

V. In den beiden der Entsch. der OLG. Darmstadt und Köln unterliegenden Fällen hatte der Konkursverwalter trotz seiner Ablehnung des laufenden Vertrages Weiterversorgung durch EinstwVerf. erzwungen. OLG. Köln gibt einen Anspruch auf Vollzahlung der Rückstände aus § 945 ZPO. mit folgender Begründung: „Hätte der Kl. die von Anfang an ungerechtfertigte EinstwVerf. nicht erwirkt, so hätte ihm die Bekl. befugtermaßen Strom nur bei Anerkennung der Rückstände als Masseschuld geliefert. . . . Daß die Rückstände bisher nicht als Masseschuld anerkannt sind, bildet somit einen Schaden, welcher der Bekl. aus der Vollziehung der EinstwVerf. erwachsen ist. . . . Der Kl. hat der Bekl. den entstehenden Schaden zu ersetzen, indem er nunmehr die Rückstände als Masseschuld anerkennt.“ OLG. Darmstadt läßt die Frage, ob Ansprüche aus § 945 ZPO. hergeleitet werden könnten, dahingestellt, weil solche Ansprüche nicht erhoben worden seien; es kommt daher zur Abweisung des Anspruchs auf Anerkennung der Rückstände als Masseschuld, weil ja festgestellt sei, daß der Konkursverwalter den bestehenden Vertrag nicht fortgesetzt habe, und somit die Voraussetzung des § 59 Kd. nicht gegeben sei.

R. Dr. Fritz Rumpff, Berlin.

†) Der Wortlaut der Entscheidungsgründe wird veröffentlicht in Heft 10 der Rechtsbeilage der „Elektrizitätswirtschaft“ von 1933.

Berlin.

b) Strafsachen.

27. §§ 4, 18 Gef. betr. d. Bert. mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmittel. Butter und Margarine in Kaffeewirtschaften. Zum Begriff der „gewerbsmäßigen“ und „getrennten“ Aufbewahrung.

Vorliegend handelt es sich um ein Ausflugslokal, in dem Kaffeeportionen mit Brot und lediglich geformter, also unverbereiteter Butter an die Gäste verabreicht werden, d. h. um eine Gast- und Kaffeewirtschaft, in der die Kaffeewirtschaft im Sommer den größten Teil des Gewerbebetriebs ausmacht. Eine solche Kaffeewirtschaft unterscheidet sich aber hinsichtlich des Butterbetriebes nur dadurch von einer Butterkleinverkaufsstelle, daß in ihr Butter nicht nach bestimmtem Gewicht, sondern portionsweise abgegeben wird. Es ist danach nicht einzusehen, weshalb die Vorschr. des obengenannten Gesetzes auf derartige Wirtschaften keine Anwendung finden sollen. Denn hier besteht ebenso wie bei anderen Butterverkaufsstellen die Gefahr der Abgabe von Butterersatz anstatt der verlangten Butter, und damit die Gefahr einer Täuschung des Publikums. Derartiger Gefahr will aber das Gesetz in erster Linie entgegenwirken. — Dabei liegt eine „gewerbsmäßige Aufbewahrung“ i. S. des § 4 Abs. 1 des Gef. nicht nur dann vor, wenn das Aufbewahren selbst Gegenstand des Gewerbes ist. Das ergibt schon die Ausnahmenvorschr. des § 4 Abs. 2 des Gef. über den Kleinhandel, deren es sonst nicht bedürft hätte. § 4 Abs. 1 des Gef. unterscheidet nicht zwischen vorübergehender und dauernder Aufbewahrung. Auch die nur vorübergehende Aufbewahrung fällt unter diese Vorschr. Da das Gesetz hinsichtlich des Begriffs der Aufbewahrung nichts Besonderes bestimmt, so ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber darunter nichts anderes verstanden wissen wollte als das, was der allgemeine Sprachgebrauch darunter versteht. Dieser versteht nun allerdings unter „Aufbewahren“ nicht jedes bloße „aus der Hand stellen“ oder „aus der Hand legen“ eines Gegenstandes während dessen Gebrauchs, Verbrauch, Bearbeitung, Verarbeitung oder Weitergabe, sondern nur ein von vornherein auf gewisse, wenn auch evtl. nur ganz kurze Zeit berechnetes Hinstellen oder Hinlegen zum späteren Gebrauch oder Verbrauch usw. Nach den Urteilsfeststellungen hatte der Angekl. aber die Butter und Margarine in der Kaffeeküche nicht etwa nur während der Verarbeitung beider Fettarten aus der Hand gestellt. Er hatte sie vielmehr in dem Raume auf mehreren Tellern zu und bis zu deren portionsweisen Formung und Verabfolgung an die Gäste der Kaffeewirtschaft hingestellt. Darin liegt ein Aufbewahren i. S. des Gesetzes. — Auf die Ausnahmenvorschr. des § 4 Abs. 2 des Gef. kann sich der Angekl. schon deshalb nicht berufen, weil er die Margarine in der Kaffeeküche nicht an einer besonderen Lagerstelle, die gem. § 4 Abs. 2 S. 2 von der zur Aufbewahrung der Butter dienenden Lagerstelle getrennt war, aufbewahrt hat. Ebenso scheidet die Anwendbarkeit des auf Grund der Bef. über den Verkehr mit Butter usw. v. 16. Juli 1916 (RGBl. 751) ergangenen Runderl. d. Min. v. 22. Okt. 1926 und der auf Grund der gleichen Bef. erlassenen Ausnahmenvorschr. des OPräf. der Prov. Westfalen v. 3. Febr. 1926 (schon deshalb aus, weil es sich hier um Ausnahmenvorschr. aus § 1 Abs. 1 des Gesetzes handelt und weil nach den Urteilsfeststellungen im Widerspruch mit den Vorschr. des OPräf. die Butter und Margarine in der Kaffeeküche des Angekl. weder räumlich derart getrennt aufgestellt waren, daß eine Verwechslung ausgeschlossen war, noch auch die dort vorgeschriebenen Schilder angebracht waren. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Runderl. v. 22. Okt. 1926 und die Vorschr. des OPräf., sowie die grundlegende Bef. v. 16. Juli 1916 überhaupt als solche rechtsgültig sind (vgl. hierzu: JW. Erg. 6, 368; 11, 364; OLG. 79, 337 ff.; 81, 368 ff.).

(RG., 1. StrSen., Urt. v. 19. Mai 1933, 1 S 93/33.)

Ber. v. RGR. Dr. Stienen, Berlin.

Landgerichte.

Zivilsachen.

Altona.

1. §§ 4, 6 ZPO. Der Streitwert einer Freigabeklage ist nach dem Betrage der vollen Forderung, derentwegen das Pfandrecht in Anspruch genommen wird (einschließlich Zinsen und Kosten), festzusetzen.

Bei der Freigabeklage ist Gegenstand des Rechtsstreits ein Pfandrecht. Bei einem Streit über ein Pfandrecht ist nach § 6 ZPO. der Betrag der Forderung maßgebend. Das Pfandrecht der Bef. besteht nun aber nicht nur für die Hauptforderung des Urteils, aus dem vollstreckt wird, sondern auch für die ausfallenden Zinsen und Kosten. Im Freigabeprozess sind diese Beträge, die zwar im vorausgegangenen ersten Prozeß gegen den

Schuldner Nebenforderungen waren, Bestandteil einer einheitlichen Hauptforderung geworden.

(LG. Altona, Beschl. v. 8. Juli 1933, 5 T 86/33.)

Eingef. v. *W. Schulze-Langemann*, Barmstedt (Holstein).

Arnsberg.

2. § 72, 142 *R.D.* Derjenige, der seine Forderung nach dem allgemeinen Prüfungstermin anmeldet, kann nicht zum Armenrecht zugelassen werden. †)

Zwar finden nach § 72 *R.D.* auf das Konkursverfahren die Vorsch. der *Pr.D.* und damit auch die Vorsch. über die Bewilligung des Armenrechts grundsätzlich Anwendung, jedoch nur insoweit, als nicht besondere konkurssrechtliche Best. dem entgegenstehen. Eine solche entgegenstehende Best. enthält aber offenbar § 142 *R.D.*, wo es im entgegenstehenden Abs. 3 heißt, daß Gläubiger, welche Forderungen nach dem Prüfungstermin anmelden, die Kosten des besonderen Prüfungstermines zu tragen haben. Der Beschluß hat also in jedem Falle, und zwar ohne Rücksicht auf irgendeine Verschulden und ohne Rücksicht darauf, ob die Feststellung seiner Forderung zu erwarten ist oder nicht, die Kosten des besonderen Prüfungstermines zu tragen. Die Vorsch. über die Bewilligung des Armenrechts sind mithin deshalb unanwendbar, weil eine Prüfung, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg bietet, durch § 142 Abs. 3 ausgeschlossen ist. Eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Best. über die Bewilligung des Armenrechts ist mithin nicht vorhanden.

(LG. Arnsberg, Beschl. v. 4. Aug. 1933, 3 T 433/33.)

Eingef. von *W. Dr. Hamann*, Pilschenbach i. W.

Berlin.

3. §§ 115, 119 *Pr.D.*; § 161 Abs. 3 *ZwVerfG.* Armenrecht befreit nicht von der Vorschußpflicht aus § 161 Abs. 3 *ZwVerfG.*

Die Bewilligung des Armenrechts (durch das Prozeßgericht) erstreckt sich zwar auch auf das *ZwVerf.* Verfahren, da es zur Zwangsvollstreckung gehört (§§ 119 Abs. 1, 869 *Pr.D.*). Auch erlangt die arme Partei gem. § 115 Abs. 1 Satz 1 *Pr.D.* die einseitige Befreiung von der Verichtigung der Gerichtskosten, einschließlich der baren Auslagen. Dazu gehören jedoch die für besondere Aufwendungen zur Fortsetzung des Verfahrens erforderlichen Vorschüsse des § 161 Abs. 3 *ZwVerfG.* nicht. Nach der zwingenden Vorsch. des § 161 Abs. 3 ist das Verfahren aufzuheben, wenn der Gläubiger den nötigen Vorsch. nicht vorbringt. Das Gesetz geht also davon aus, daß der Gläubiger und nur dieser den Vorsch. zu leisten hat. Wollte man annehmen, daß der Gläubiger durch die Armenrechtsbewilligung von der Vorschußleistung befreit wäre, so wäre niemand da, von dem der Vorsch. erfordert werden könnte. Vom Gericht selbst kann er un-

Zu 2. Der Beschluß klingt im Ergebnis befriedigend, die Begründung dagegen ist nicht unbedenklich. Nach § 142 Abs. 3 *R.D.* hat der säumige Gläubiger die „Kosten“ des besonderen Prüfungstermines zu tragen, und zwar ohne Rücksicht auf Verschulden (Menzel, 4. Aufl., Anm. 5 zu § 142 *R.D.*; Jaeger, 5. Aufl., Anm. II zu § 142 *R.D.*). Zu den „Kosten“ gehören die Gerichtskosten des § 44 *GG.*, die baren Auslagen des Gerichts sowie die Kosten, die dem *Verw.* und den Konkursgläubigern persönlich durch ihre Beteiligung an diesen erwachsen. Dies folgt man aus § 95 *Pr.D.* (Jaeger, a. a. O.; Menzel a. a. O.). Von diesen „Kosten“ kämen schon, wenn § 115 *Pr.D.* anzuwenden wäre, nur die Befreiung von den Gerichtskosten in Betracht; soweit es sich um Kosten anderer Gläubiger handelt, würde m. E. schon aus § 117 *Pr.D.* gefolgt werden müssen, daß sie auch dann zu erstatten wären, wenn das Armenrecht bewilligt werden würde. Aber es hätte die grundlegende Frage geprüft werden sollen, welches die rechtliche Natur der „Kosten“ zahlungspflicht des § 142 Abs. 3 *R.D.* ist. Stellt sie sich ebenso wie die Pflicht der Partei zur Zahlung der Prozeßkosten i. S. der §§ 91 ff. als Schadenersatz aus „Unterliegen im Prozeße“ dar (so wird heute das Wesen der Kostenpflicht meistens verstanden, vgl. Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage 117 f.; Stein-Jonas, 5. Aufl., II vor § 91 *Pr.D.*) oder handelt es sich um eine sonstige Folge der säumigen Prozeßführung, für die ihrem Wesen nach die Bewilligung des Armenrechts nicht in Betracht käme? Man neigt ja heute noch überwiegend dazu, auch die Säumnisfolgen der §§ 278 Abs. 2, 283 Abs. 2, 344 als Prozeßkosten anzusehen. Für § 142 Abs. 3 *R.D.* ist die Frage m. W. noch nicht eingehend geprüft. Eine grundlegende Stellungnahme wäre erwünscht gewesen. Der Hinweis darauf, daß nach § 72 *Pr.D.* die Vorsch. der *Pr.D.* auf den Konkurs nur insoweit Anwendung finden, als sich nicht aus den Best. dieses Gesetzes Abweichungen ergeben, erscheint als Verlegenheitslösung. Es wird ja nicht dargetan, warum die Kostenfolge des § 142 Abs. 3 *R.D.* eine Abweichung von den §§ 91 ff. und 115 *Pr.D.* darstellt.

W. Dr. Mayke, Berlin.

möglich geleistet werden. Die Fälle, in denen die Staatskasse bei Bewilligung des Armenrechts — über die Befreiung der armen Partei hinaus — ihrerseits Leistungen zu bewirken hat, sind in dem Ges. betr. die Gebühren der Armenanwälte v. 20. Dez. 1928 abschließend und ausschließlich geregelt. Daß der Kapitalkostenvorsch. des § 911 *Pr.D.* in solchen Fällen von der Staatskasse vorzuschießen ist (Gruch. 33, 602; Baumach, Anm. 2 zu § 115; Anm. 1 zu § 911), beruht lediglich darauf, daß der Kapitalkostenvorsch. zu den baren Auslagen i. S. des § 115 Ziff. 1 *Pr.D.* gehört (§ 72 Ziff. 8 *GG.*). Der Vorsch. des § 161 Abs. 3 *ZwVerfG.* ist in § 72 *GG.* nicht aufgeführt. Dies ist auch erklärlich, denn er fällt weder unter die Gerichtskosten noch unter die sonstigen baren Auslagen des § 115 *Pr.D.* Der *Zwangsverw.* kann sich wegen der Anforderung der Vorschüsse nicht an das Gericht halten, d. h. ste von diesem erfordern. Vielmehr übt das Gericht hier lediglich eine vermittelnde Tätigkeit aus. Der Vorsch. wird auf Vorschlag des *Verw.* durch gerichtliche Anordnung vom Gläubiger mit der Bestimmung erfordern, daß er an den *Verw.* zu zahlen ist (Jaeger-Güthe, Anm. 2 zu § 161 *ZwVerfG.*). Mit der Vorsch. selbst hat das Gericht nichts zu tun, sondern lediglich der Gläubiger. So wird es auch in dem rechtsähnlichen Konkursverfahren gehandhabt (Jaeger, Anm. 4 zu § 107 *R.D.*).

(LG. I Berlin, 1. ZR., Beschl. v. 8. März 1933, 201 T 1528/33.)

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

4. § 699 *Pr.D.*; § 43 *Pr.D.* z. Vereinf. u. Verbill. der Verwaltung v. 1. Sept. 1932 (*PrG.* 283). Die Vollstreckbarerklärung des Zahlungsbefehls gegen preuß. Landgemeinden bedarf nicht der Genehmigung der staatlichen Beschlußbehörde.

§ 43 Abs. 1 Kap. II *Pr.D.* zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 1. Sept. 1932 (*GG.* 283) bestimmt: „Zur Einleitung der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen Gemeinden und Gemeindeverbände bedarf es der Verrichtung eines Beschlusses der Beschlußbehörde.“ Diese landesrechtliche Best. hält sich durchaus in dem Rahmen der durch § 15 Ziff. 3 *GG-Pr.D.* zugelassenen landesgesetzlichen Vorsch. über Zwangsvollstreckung gegen Körperschaften des öffentlichen Rechtes. Die *Pr.D.* v. 1. Sept. 1932 will keineswegs die Durchführung des bürgerlichen Rechtsstreites vor dem ordentlichen Gerichte, die durch § 4 *GG-Pr.D.* reichsgesetzlich besonders gewährleistet ist, hindern. Die Erteilung des Vollstreckungsbefehls, der einem vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil gleich steht (§ 700 *Pr.D.*), gehört noch zum Erkenntnisprozeß. Sie ist Voraussetzung und Vorbereitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens, aber noch nicht „Einleitung der Zwangsvollstreckung“ (vgl. Stein-Jonas vor § 704 *Pr.D.* VII; Rosenbergs, Lehrbuch § 175 II, 3. Aufl., S. 608/9).

Für die Anwendung des § 43 *Pr.D.* v. 1. Sept. 1932 auf die das *Mag.* Verfahren abschließende Erteilung des Vollstreckungsbefehls gegen Gemeinden ist also schon deshalb kein Raum, weil die insoweit bestehenden reichsgesetzlichen Best. landesrechtlich nicht eingeschränkt werden können.

Aber auch die Heranziehung der reichsrechtlichen Devest. zur Auslegung der *Pr.D.* v. 1. Sept. 1932 durch den ersten Richter dahin, daß auch der Vollstreckungsbefehl der Genehmigung bedürfe, ist nicht gerechtfertigt: Denn nach der *Pr.D.* über die Devest. bewirtschaffung v. 23. Mai 1932 (*RGBl.* I, 231 ff.) bedürfen nur sachliche Verfügungen, „Leistungen des Schuldners“, nicht prozeßuale Handlungen als solche der Genehmigung. Die Genehmigung der Devest. wird nur deshalb schon als Voraussetzung eines der Klage statgebenden Urteils gefordert, weil das Gericht den Schuldner sonst zu einer verbotenen Leistung verurteilen würde (vgl. Richtlinien zur Devest. Abschnitt II, 69 *RGBl.* 1932, I, 328; *RG.* VI, 159, 32 v. 12. Sept. 1932; *ZB.* 1933, 152). Die Leistung — Schuldbzahlung — ist der Landgemeinde durch die *Pr.D.* vom 1. Sept. 1932 aber nicht verboten.

(LG. I Berlin, 3. ZR., Beschl. v. 4. Febr. 1933, 208 T 921/33.)

5. §§ 829 ff., 767, 775 Ziff. 4, 5 *Pr.D.* Pfändung und Überweisung des Vollstreckungsanspruchs.

1. Verfahrensrechtliche Bedeutung für die Durchführung und Fortsetzung der Zwangsvollstreckung.

2. Vollstreckungsrechtliche Bedeutung des dem Gerichtsvollzieher geführten Nachweises der Zahlung der gepfändeten Vollstreckungsschuld an den Drittgläubiger.

Die beschließende Vollstreckungsbeschwerdekammer hat früher allerdings angenommen, daß in den Fällen einer Pfändung und Überweisung des Vollstreckungsanspruchs eine Einstellung der Vollstreckung gem. § 775 Ziff. 1 *Pr.D.* geboten sei (vgl. die bei Goldmann, Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, S. 126, 70 abgedr. Entsch.). Der Vollstreckungsbeschwerdenrat des *RG.* hat sich jedoch (vgl. *RGBl.* 1930, 54 f.) für die Pfändung auf den gegen-

teiliger Standpunkt gestellt, daß eine Beschränkung der Vollstreckung gem. § 775 Ziff. 1 ZPO. nicht in Frage komme und auch aus den sonstigen Best. des § 775 ZPO. in diesen Fällen eine Einstellung der Vollstreckung nicht abzuleiten sei. Die Kammer hat sich dieser Auffassung seither angeschlossen. Daß hier außer der Pfändung auch eine Überweisung erfolgt ist, vermag an der Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 775 ZPO. nichts zu ändern. Denn auch in den Fällen der Pfändung und Überweisung bleibt der Inhaber der gepfändeten und überwiesenen Vollstreckungsforderung, was das RG. in der angeführten Entsch. als für die Anwendung des § 775 ZPO. ausschlaggebend erachtet hat, weiterhin zur Geltendmachung und Beitreibung des bereits vollstreckbar festgestellten Anspruchs berechtigt (so für die Einklagung RG. in ständiger Rspr., vgl. die bei Stein-Jonas, Note 52 zu § 835 ZPO., mitgeteilten Entsch.). Auch aus sonstigen Vorschr. des Prozeßrechts läßt sich eine Beschränkung der Vollstreckung durch die Vollstreckungsorgane allein auf entsprechende Einwendungen des Schuldners hin in derartigen Fällen nicht rechtfertigen. Ob etwa für die Fälle, in denen der Pfändungs- und Überweisungsgläubiger die Vollstreckungsklausel gem. § 727 ZPO. auf sich hat umschreiben lassen, etwas anderes anzunehmen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Denn eine solche Umschreibung ist nicht erfolgt.

Nun kann allerdings der Vollstreckungsgläubiger nach der Pfändung und Überweisung die Vollstreckung nur mit dem Ziele der Zahlung des geforderten Betrages an den Pfändungs- und Überweisungsgläubiger betreiben, was sich aus §§ 829, 835 ZPO. sinngemäß ergibt, während hier mit der Erinnerung und Beschw. vom Vollstreckungsgläubiger die Beitreibung und Zahlung an sich verlangt wird. Allein auch dieser Umstand hätte den Gerichtsvollzieher von der Durchführung der Vollstreckung nicht abhalten dürfen und steht seiner Anweisung zur Pfändung nicht entgegen. Denn der für den Schuldner auf Grund einer Pfändung und Überweisung des Vollstreckungsanspruchs begründete Einwand, daß der im Vollstreckungstitel genannte Gläubiger Zahlung nicht mehr an sich, sondern nur noch an den Pfändungs- und Überweisungsgläubiger verlangen und demgemäß auch nur mit dieser Beschränkung die Vollstreckung betreiben könne, betrifft den im Schuldtitel festgestellten Vollstreckungsanspruch selbst und ist deshalb gegenüber der vom Vollstreckungsgläubiger mit dem Ziele der Zahlung an sich betriebenen Zwangsvollstreckung grundsätzlich nur auf dem Wege der Vollstreckungsgegenklage der §§ 767, 769 ZPO. zu verfolgen. Die Vollstreckungsorgane haben den Einwand somit nach der Prozeßordnung bei Durchführung der Zwangsvollstreckung grundsätzlich nicht zu beachten.

Aus demselben Gesichtspunkt ist es auch unerheblich gewesen, daß der Schuldner dem Gerichtsvollzieher die Zahlung der Vollstreckungssumme an die Pfändungsgläubiger nachgewiesen hat. Auch der Einwand der Zahlung kann gegenüber der vom Vollstreckungsgläubiger dennoch fortgesetzten Zwangsvollstreckung nur mit der Vollstreckungsgegenklage der §§ 767, 769 ZPO. geltend gemacht werden. Die Vollstreckung ist deshalb trotz entsprechender Einwände des Schuldners vorzunehmen und durchzuführen. Hieran mag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Schuldner dem Gerichtsvollzieher die Zahlung anscheinend in den Formen des § 775 Ziff. 4 oder 5 ZPO. nachgewiesen hat. Nach den Best. ist die Zwangsvollstreckung allerdings auch ausnahmsweise von den Vollstreckungsorganen einzufstellen oder zu beschränken, wenn bestimmte Quittungen oder Bescheine vorgelegt werden, aus denen sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlaß des Urts. befriedigt ist. Die Kammer nimmt ferner in ständiger Rspr. an, daß die Best. in den Fällen, in denen der Titel auf Leistung an einen Dritten lautet oder der Gläubiger kraft besonderer Vorschr. oder besonderen Staatsaktes wie auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an einen Dritten erfolgende Zahlung als forderungstilgend gegen sich gelten lassen muß, ebenfalls entsprechend zur Anwendung kommen müssen (vgl. Stein-Jonas, Anm. II 4 zu § 775 ZPO.). Für eine Beschränkung der Vollstreckung auf Grund dieser Best. ist aber vorliegend dennoch kein Raum. Denn der Vollstreckungsgläubiger hat ungeachtet des Zahlungsnachweises gegenüber dem Gerichtsvollzieher ausdrücklich die Durchführung der Vollstreckung verlangt. § 775 Ziff. 4 und 5 ZPO. enthalten aber, wie die Kammer dies in ständiger Praxis annimmt, nur einen vorläufigen Schutz für den Schuldner und die Vollstreckung ist deshalb trotz Vorlegung des Zahlungsnachweises fortzusetzen bzw. durchzuführen, sobald der Gläubiger dies fordert (vgl. auch Beschl. v. 30. Nov. 1932, 209 T 11100/32).

(RG. I Berlin, 9. Jk., Beschl. v. 18. Febr. 1933, 209 T 1508/33.)

Ber. von M. Dr. Fritz Schulze, Berlin.

*

6. §§ 899 ff. ZPO. Das Offenbarungseidsverfahren einschließlich der Verkündung der in ihm ergehenden Entscheidung ist nicht öffentlich.

Die Öffentlichkeit der Verhandlung und Entscheidungsverkündung ist in § 169 GVG. nur für das Verfahren vor dem erkennenden

Richter vorgesehen. Für das Verfahren vor dem bloß beschließenden Richter ist die Öffentlichkeit nicht vorgeschrieben. Dem § 169 ist im Gegenteil mittelbar zu entnehmen, daß das Verfahren nicht öffentlich sein soll. Aus § 172 Abs. 2 GVG. ergeben sich zwingende gegen- teilige Schlüsse nicht. Richtig ist, daß durch die Vorschr. das ohnehin ein bloßes Beschlußverfahren bildende Verfahren wegen Entmündigung oder Wiederaufhebung derselben (§§ 645 bis 663, 675 bis 676 ZPO.) für nicht öffentlich erklärt ist und die Best. vom Standpunkt der hier vertretenen Auslegung des § 169 GVG. aus überflüssig wäre. Allein deshalb kann aus der Vorschr. nicht, wie Kraus (WfM. 1906, 372 ff.) meint, auf einen allgemeinen prozessualen Grundsatz dahin geschlossen werden, daß die Öffentlichkeit des Verfahrens in den Verfahren, in denen der Richter nicht als erkennender Richter tätig wird, ins Ermessen des Gerichts gestellt sei. § 171 Abs. 2 GVG. findet seine ausreichende Erklärung darin, daß in § 171 die Frage der Öffentlichkeit in Entmündigungssachen betr. Verfahren eine besondere Regelung erfahren hat. Die § 171 Abs. 2 GVG. betr. gesetzgeberischen Materialien ergeben im übrigen auch in keiner Weise, daß in der Vorschr. ein prozessualer Grundsatz von so allgemeiner und weittragender Bedeutung hätte Ausdruck finden sollen. Ist danach aber mangels besonderer gegenständlicher Best. und nach dem Sinn des § 169 GVG. das Verfahren vor dem nur beschließenden Richter in jedem Falle nicht öffentlich, so ist auch anzunehmen, daß auch das Offenbarungseidsverfahren, das ja nur ein Verfahren vor dem beschließenden Richter ist, nicht öffentlich ist, das heißt (vgl. § 169 GVG.) weder die Verhandlung im Termin noch die Verkündung von Entsch. öffentlich erfolgt. Dies ist für die Verhandlung im Termin in der Rechtslehre auch allgemein anerkannt (Stein-Jonas, Anm. IV zu § 900 ZPO.; Rann, Anm. 6a zu § 900 ZPO.; Sydow-Busch-Kranz, Anm. 6 zu § 900 ZPO.; Waumbach, Anm. 4 A zu § 900 ZPO.; Seuffert-Walzmänn, Anm. 3a zu § 900 ZPO.; Neumann: DZ. 1907 Sp. 691 f.; Hein: DZ. 1914 Sp. 370 f.; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 975). Für die Verkündung der Entsch. etwas anderes anzunehmen, geht mit Rücksicht auf die Best. des § 169 GVG. nicht an und würde auch jeder inneren Rechtfertigung entbehren.

(RG. I Berlin, 9. Jk., Beschl. v. 13. Febr. 1933, 209 T 36, 274/33.)

Ber. von M. Dr. Fritz Schulze, Berlin.

*

Bonn.

7. § 750 Abs. 2 ZPO. Die nach § 750 Abs. 2 ZPO. vor Beginn der Zwangsvollstreckung zuzustellenden urkundlichen Nachweise müssen selbständig zugestellt werden; es genügt nicht, wenn sie in die Vollstreckungsklausel aufgenommen und mit dieser zugestellt werden.

Die Aufnahme des Erbscheins bzw. der Urkunde, auf der der Nachweis der Rechtsnachfolge beruht, in die Klausel beseitigt nicht die gesetzlich zwingend vorgeschriebene Notwendigkeit der selbständigen Zustellung dieser Urkunde an den Schuldner (§ 750 ZPO.).

(RG. Bonn, Beschl. v. 8. Mai 1933, 3 T 383/33.)

Ber. von Ger. Ass. Dr. S. M a c h e r y, Düren (Rhld.).

*

Ellwangen.

8. § 18 VollstrMaßnZPO. v. 26. Mai 1933. Darunter fallen nicht Fertigwaren, die der Kaufmann auf Lager hat.

Mit den Borräten, die der Erwerbstätigkeit des Schuldners dienen oder zu einem von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmen gehören, können nur solche gemeint sein, die der Schuldner zu verarbeiten hat. Der Schutz des § 18 gilt dem Fortgang des Betriebs, dieser wird nicht gestört, wenn fertige Ware herausgenommen wird. Vielmehr liegt das im Zweck und Wesen des Handelsgeschäfts, und das Gesetz kann nicht wollen, daß dem Schuldner gerade solche Gegenstände belassen werden, die nur dazu bestimmt sind, aus dem Geschäft weggegeben zu werden. Mit dem Erlös daraus hat der Kaufmann, der auf Kredit gekauft hat, nach den Regeln einer gesunden Wirtschaft in erster Linie seine Warenschulden zu bezahlen. Wenn das an seiner Stelle der Gerichtsvollzieher tut, wird der Betrieb nicht geschädigt. Wenn der Schuldner unter Berufung auf Bohn, Das gesamte Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., S. 10 einwendet, das Handelsgewerbe dürfe nicht vom Vollstreckungsschutz überhaupt ausgeschlossen werden, so ist das nur insofern richtig, als ihm die Laden- einrichtung, die Büroeinrichtung, die Beförderungsmittel u. dgl. ver- bleiben müssen.

(RG. Ellwangen, Beschl. v. 31. Aug. u. 19. Sept. 1933, T 140 u. 153/33.)

*

Leipzig.

9. §§ 574, 1124 BGB.; § 57 ZwpVerfG. Voraus- zahlungen auf den Mietzins gemäß dem Mietvertrag,

sind gegenüber Erwerber, Ersteher oder Hypothekengläubiger unwirksam. *)

Die Frage, ob Vorauszahlungen auf den Mietzins, die gemäß dem Mietvertrage erfolgen, dem Erwerber eines Grundstücks, dem Ersteher in der Zwangsversteigerung und dem Hypothekengläubiger gegenüber im Falle der Beschlagnahme wirksam sind, ist in Rechtslehre und Rpr. noch immer sehr bestritten.

Das BG. vermag auch der Ansicht, die das RG. 94, 281 *) und 136, 407 **) vertreten hat, nicht beizutreten. Die Best. der §§ 574 und 1124 BGB., die sich inhaltlich durchaus entsprechen, haben unverkennbar und unbestritten den Zweck, dem Erwerber eines ganz oder teilweise vermieteten Grundstücks und dem Hypothekengläubiger, der die Beschlagnahme des Grundstücks erwirkt hat, die unbedingte Gewähr dafür zu bieten, daß er nicht erheblich länger als ein Vierteljahr zu warten braucht, bis er auf den Eingang von Mietzinsen für die vermieteten Räume rechnen kann. Es ist deshalb in § 574 BGB. bestimmt, daß Rechtsgeschäfte zwischen dem Mieter und dem Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung, insbes. die Entrichtung des Mietzinses, dem Erwerber gegenüber unwirksam sind, soweit sie sich — hier wie überall von der Grenzvorschr. abgesehen — auf eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr beziehen, in dem der Mieter vom Eigentumswechsel Kenntnis erlangt. Es ist dabei mit keinem Wort davon die Rede, daß die Unwirksamkeit nur dann eintreten solle, wenn die Mietzinsforderung erst nach dem genannten Zeitpunkt fällig würde; das Gesetz stellt es nur darauf ab, daß es sich um den Mietzins für eine spätere Zeit handele. Nach § 574 BGB. müssen also auch Mietzinszahlungen dem Erwerber gegenüber als unwirksam angesehen werden, durch die der Mietzins für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr des Erwerbers getilgt werden sollte, selbst wenn nach dem Mietvertrage diese Zahlungen bereits vor dem Eigentumswechsel fällig wurden. Es geht aus dem Gesetz in keiner Weise hervor, daß solche Rechtsgeschäfte, die nach dem Willen des Gesetzes auf jeden Fall unwirksam sein sollen, etwa dadurch Wirksamkeit erlangen könnten, daß sie gleich bei Abschluß des Mietvertrages vorgenommen werden. Die gegenteilige Ansicht führt ohne weiteres dazu, den Willen des Gesetzes zu vereiteln. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auch zu Unrecht darauf, daß nach § 571 BGB. der Erwerber an Stelle des Vermieters in das Mietverhältnis eintrete, und daher nicht mehr Rechte erlangen könne, als dem bisherigen Eigentümer zustanden. Sie übersehen dabei, daß diese Rechtsfolge durch die Vorschr. der §§ 573, 574 BGB. bewußt dahin abgewandelt wird, daß Verfügungen über den Mietzins für die Zukunft und insbes. die Vorauszahlung des Mietzinses für eine Zeit nach dem dort festgelegten Zeitpunkt dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unwirksam sind. Ohne diese Vorschr. würde allerdings der Erwerber als Rechtsnachfolger des Veräußerers keine Mietzinsansprüche erlangen, wenn der Veräußerer wegen seiner Ansprüche für die ganze Dauer seines Mietverhältnisses bereits befriedigt wäre, gleichviel, ob auf Grund des Mietvertrages oder auf Grund späterer Vereinbarung. §§ 574 und 573 BGB. sind also die Quelle eines eigenen Rechtsserwerbs für den künftigen Eigentümer des Grundstücks, und für den Eintritt dieses Erwerbes sind die Vereinbarungen zwischen dem früheren Eigentümer und dem Mieter belanglos. Es kann dabei nichts ausmachen, ob diese Vereinbarungen im Mietvertrage oder nach seinem Abschluß getroffen worden sind.

Da nach § 57 ZwVorschr. für den Ersteher des Grundstücks die Vorschr. der §§ 571, 573 S. 1 und 574 BGB. entsprechend Anwendung finden, sind auch dem Ersteher gegenüber Vorauszahlungen der Miete für die Zukunft unwirksam ohne Rücksicht darauf, ob die Vorauszahlungen im Mietvertrage vorgesehen waren.

Noch klarer ist die Rechtslage für den Hypothekengläubiger im Falle der Beschlagnahme der Mietzinsen. Der Hypothekengläubiger wird nicht Rechtsnachfolger des Vermieters, so daß hier gar kein Raum für die Konstruktion ist, er müsse die Vereinbarungen des Vermieters als seines Rechtsvorgängers gegen sich gelten lassen. Nach § 1123 BGB. erträgt sich die Hypothek im Falle der Vermietung des Grundstücks auch auf die Mietzinsforderung, sobald also ein Mietvertrag zustande kommt, wird die dadurch begründete Mietzinsforderung, ohne daß dies durch Vereinbarung der Vertragsstelle ausgeschlossen werden könnte, von einer auf dem Grundstück ruhenden Hypothek erfaßt. Allerdings wird, solange nicht die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist, die Mietzinsforderung mit Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Fälligkeit von der Haftung frei; das ist jedoch bei Vorauszahlung in § 1123 Abs. 2 S. 2 BGB. ausdrücklich ausgeschlossen, soweit es sich um den Mietzins für eine spätere Zeit als das z. B. der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr handelt, und nach § 1124 Abs. 2 BGB. ist auch die Einziehung des

Mietzinses für diese Zeit dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam. Auch hier ist es ausschließlich darauf abgestellt, für welchen Zeitraum die Miete durch die Vorauszahlung abgegolten werden sollte, und nicht darauf, in welchem Zeitpunkt die Miete fällig wird; aus § 1123 Abs. 2 S. 2 BGB. geht sogar ganz klar hervor, daß auch eine Vereinbarung im Mietvertrage, wonach die Miete für einen längeren Zeitraum im voraus entrichtet werden soll, die Rechtsstellung des Hypothekengläubigers nicht beeinträchtigen kann. Für diesen Fall läßt sich also kein einigermaßen überzeugender Grund dafür angeben, daß etwa eine Vorauszahlung in Gemäßheit des Mietvertrages auch gegenüber dem Hypothekengläubiger, zu dessen Gunsten die Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt ist, wirksam sein sollte. Diese Ansicht würde hier nicht nur dem unzweideutigen Sinn, sondern auch dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechen. Hier kann es also wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auch vertragsgemäße Vorauszahlungen dem Beschlagnahmegläubiger gegenüber unwirksam sind. Auch dies spricht er für die Unwirksamkeit auch gegenüber dem rechtsgeschäftlichen Erwerber und dem Ersteher gegenüber anzunehmen, denn es ist allgemein anerkannt, daß die einander entsprechenden Best. der §§ 574 und 1124 BGB. die Rechtsstellung des Erwerbers und des Hypothekengläubigers in gleicher Weise regeln wollten. Dies ist denn auch der einzige Grund, der dafür angegeben werden kann, daß Vorauszahlungen dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam sein sollten; wenn man aber davon ausgeht, daß die Frage aus §§ 574 und 1124 BGB. in gleicher Weise beantwortet werden muß, und § 574 BGB. nicht zu einem klaren Ergebnis führt, während nach § 1124 BGB. die Wirksamkeit der Vorauszahlungen, wie schon ausgeführt, unbedingt zu verneinen ist, so zwingt das zu dem Schlusse, daß auch die bisher teilweise vertretene Ansicht von der Wirksamkeit der Vorauszahlungen gegenüber § 574 BGB. unrichtig ist. Daß diese Erkenntnis auch im Kreise des RG. Platz zu greifen beginnt, läßt der ausführliche und überzeugende Aufsatz von RGR. Dr. Brandis: JW. 1933, 881 erkennen.

Auch die Verfechter der hiermit abgelehnten Auffassung sind sich wohl im allgemeinen darüber klar, daß ihre Ansicht dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Best. nicht entspricht. Man hat zu den mehr als gefünstelten Konstruktionen, die zu ihrer Begr. erforderlich waren, nur deshalb gegriffen, weil man glaubte, dies sei erforderlich zum Schutze der Interessen derjenigen Mieter, die in den Zeiten des Raummangels Mieträume nur dadurch erlangen konnten, daß sie den Mietzins für größere Zeitabschnitte im Voraus entrichteten. Selbst wenn man annehmen will, daß im Falle der Zweifelhaftheit der Auslegung einer Gesetzesbestimmung es darauf abzustellen ist, welche Auslegung schutzbedürftigen Interessen am besten gerecht wird, kann man doch hier auch aus diesem Gesichtspunkt die Wirksamkeit der Vorauszahlung nicht annehmen. Es war von vornherein klar und auch vom Gesetzgeber schon beachtet, daß es sich im Falle solcher Vorauszahlungen um einen Konflikt der Interessen des Mieters und des künftigen Eigentümers oder des Hypothekengläubigers handeln mußte, und das Gesetz hat ausdrücklich die Interessen des künftigen Eigentümers und des Hypothekengläubigers als schutzwürdiger angesehen. Das ist auch durchaus mit Recht geschehen, denn sie können in keiner Weise verhüten, daß zu ihrem Schaden über den Mietzins für einen langen Zeitraum im voraus verfügt wird, während dem Mieter im allgemeinen auf eine lange Mitvorauszahlung nicht oder nur bei ausreichender dinglicher Sicherstellung einzugehen braucht. Tatsächlich ist es auch ein verhältnismäßig kleiner Kreis von Mietern, denen die Annahme der Wirksamkeit vertragsmäßiger Vorauszahlungen zugute kommen würde, während diese Ansicht geeignet ist, die Interessen der weitaus zahlreicheren Hypothekengläubiger und Hauseigentümer auf das schwerste zu gefährden, denn sie muß den Realcredit völlig untergraben. Nach der hier abgelehnten Auffassung wäre es möglich — und wenn diese Auffassung sich durchsetzte, dann würde es vermutlich auch bald üblich werden —, daß der Eigentümer eines Miethauses über sämtliche Räume im Hause neue Mietverträge abschließt, nach denen der Mietzins auf lange Jahre oder gar Jahrzehnte im voraus entrichtet wird, ohne daß die Hypothekengläubiger dann noch in der Lage wären, ihre Rechte zu verwirklichen. Durch Zwangsverwaltung oder Mietzinspfändung könnten sie sich nicht befriedigen, weil die Vorauszahlungen ihnen gegenüber wirksam wäre; im Falle der Zwangsversteigerung aber würde sich kaum jemand bereit finden, noch auf Mietgrundstücke zu bieten, weil er immer damit rechnen müßte, daß die Miete auf lange Zeit im voraus gezahlt ist und er keine Mietzinsforderungen geltend machen kann. Die einzige Möglichkeit für den Ersteher wäre, sämtliche Mietverträge alsbald zu kündigen; das führt aber, auch soweit nicht noch Mieter schutzbestimmungen entgegenstehen, zu lästigen Schwierigkeiten, und es liegt schließlich durchaus nicht im Interesse der Allgemeinheit der Mieter, wenn durch eine verfehlte Rpr. bei jeder Zwangsversteigerung der Ersteher genötigt wird, alle Mietverträge sofort zu kündigen. Die Ansicht, daß Vorauszahlungen,

*) 9. Vgl. die auch hierzu gehörende oben bei DVG. Düsseldorf S. 2223 abgedruckte Anm. Legart.

D. S.

1) JW. 1919, 674.

2) JW. 1932, 2934.

insbes. Vorauszahlungen des Mietzinses, dem Erwerber und dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam sind, auch wenn sie den Best. des Mietvertrages entsprechen, führt also allein zu einem Ergebnis, das nicht nur dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes am besten gerecht wird, sondern auch wirtschaftlich durchaus zu billigen ist.

(RG. Leipzig, 8. Bk., Urf. v. 5. Juli 1933, 8 Dg 53/33.)

Eingef. von RA. Dr. Clausniger, Leipzig.

Rostock.

10. § 811 Ziff. 5 ZPO. Die Tätigkeit der im Handwerksbetrieb beschäftigten Lehrlinge ist nicht als persönliche Tätigkeit innerhalb des Handwerks anzusehen.

Der Schuldner, ein Tischlermeister, ist im Besitz von vier Hobelbänken. Er beschäftigt zwei Lehrlinge. Nach § 811⁵ ZPO. sind unpfändbar diejenigen Gegenstände, die zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Schuldners unentbehrlich sind. Dazu bedarf es nur einer Hobelbank. Die Tätigkeit der Lehrlinge ist nicht als persönliche Tätigkeit innerhalb des Handwerks anzusehen. Es reicht aus, wenn dem Schuldner eine Hobelbank belassen wird; die übrigen drei Bänke unterliegen der Pfändung.

(RG. Rostock, Beschl. v. 9. Jan. 1933, 1 Ta 263/32.)

Stettin.

11. Pfändung und Überweisung einer angeblichen Lohnforderung des Schuldners in bestimmter Höhe. †)

Ob der Schuldner gegen seinen Schwiegervater Lohnansprüche hat oder nicht, ist in diesem Verfahren nicht zu prüfen, denn gepfändet wird nur die angebliche Forderung des Schuldners. Die Gläubigerin ist der Meinung, daß der Schuldner Anspruch auf Bezahlung hat. Die angebliche Forderung des Schuldners auf Zahlung von Vergütung für seine Tätigkeit mußte daher gepfändet werden, sofern die Pfändung nach der Best. des § 4a LohnbeschlG. zulässig erscheint. Letzteres ist der Fall, denn der Schuldner und seine Familie erhalten von dem Schwiegervater des Schuldners alles, was zum Lebensunterhalt erforderlich ist. Die etwaige Darlohnforderung — ohne die der Schuldner bisher ausgekommen ist, weil er nach seiner Meinung nichts zu beanspruchen hat — ist also für den Unterhalt des Schuldners und seiner Familie nicht erforderlich. Unerheblich ist, daß schon einmal eine Klage der Gläubigerin gegen den Drittschuldner abgewiesen worden ist. Trotzdem hat die Gläubigerin ein Rechtsschutzinteresse an der Erlangung eines Pfandrechts an der angeblichen Lohnforderung des Schuldners, denn die Rechtskraft des Urf. betrifft nur

Zu 11. 1. Es ist richtig, daß das Vollstreckungsgericht nicht zu prüfen hat, ob die angebliche Forderung besteht, sondern nur, ob solche Forderungen, wie angegeben, gesetzlich pfändbar sind.

2. Das UG. macht aber einen anderen, recht häufig vorkommenden Fehler. Es dürfte nicht dem Kinde (Gläubiger) einen bestimmten Betrag zusprechen, sondern mußte dem Vater (Schuldner) einen bestimmten Betrag freilassen (RG.: JW. 1930, 2802⁹; UG. I Berlin: JW. 1931, 3608¹). Dadurch wird die Fassung des Pfändungsbeschlusses in einem Falle wie hier sehr schwierig; aber ein Fehler in der Fassung schadet nichts, weil das ganze Vorgehen anscheinend doch vergeblich ist.

3. Denn wenn ein bestimmter Jahreslohn vereinbart ist und zahlungshalber Sachleistungen gewährt werden, so müssen diese mit einem bestimmten Geldbetrage angelegt werden, eventuell durch den Prozeßrichter in Anwendung §§ 315—319 BGB. Der Prozeßrichter wird die Sachleistungen nur zu dem Werte veranschlagen, der dem notdürftigen Unterhalt entspricht.

Wenn aber von vornherein kein Anspruch auf Geld, sondern nur auf Sachleistungen begründet ist, dann ist die Pfändung einer angeblichen Geldforderung gegenstandslos.

Die Zwangsvollstreckung in den Anspruch auf Sachleistungen fällt nicht unter §§ 828—845, 850—852 ZPO., sondern unter §§ 846—849, 857 ZPO. Die Pfändung des freien Unterhalts ist nicht möglich, selbst wenn das Gewährte über das Notdürftige hinausgeht. Es mag empörend wirken, wenn der Schuldner als Hausangestellter eines reichen Mannes am Tische seines Dienstherrn oder als Oberkellner usw. täglich ein herrschaftliches Mahl zu verzehren hat, während sein Gläubiger hungern muß, aber es kann nicht angeordnet werden, daß er nach dem zweiten Gange aufstehen und seinem Gläubiger Platz machen müsse (Überweisung an Zahlungs Statt unzulässig: § 849 ZPO.), ebenso wenig kann das Recht, Speisen und Getränke zum eigenen Bedarf (à discretion) zu entnehmen, in Geld umgesetzt werden. Dasselbe gilt auch für freie Wohnung und Kleidung und für Leistungen anderer Art, z. B. wenn der Drittschuldner sich verpflichtet, als Entgelt für Leistungen des Schuldners dessen Acker mit zu bestellen. Hier greift auch § 399 BGB. ein.

JR. Dr. Karl Friedrichs, Almenau.

die damals eingeklagte Forderung. Jetzt kann die Sachlage eine andere sein; der Gläubigerin muß dann aber auch die Möglichkeit gegeben sein, die angebliche Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner zu pfänden und sich damit die erforderliche Legitimation für eine neue Klage gegen den Drittschuldner zu verschaffen.

(RG. Stettin, 6. Bk., Beschl. v. 6. Dez. 1932, T 1101/32.)

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwält Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. § 618 BGB. Beweis des ersten Anscheins.

Die Dienstwohnung des Kl. (Chemiker bei der bekl. AktG.) hat sich zu Beginn des Dienstverhältnisses in gesundheitslich einwandfreiem Zustand befunden; später dagegen hat sich darin Feuchtigkeit in gesundheitsgefährlichem Maße gezeigt. Das beim Kl. aufgetretene Leiden ist auf die Feuchtigkeit der Wohnung ursächlich zurückzuführen.

Zu der Frage des Verschuldens der Bekl. sind dem angefochtenen Urf. folgende Feststellungen zu entnehmen.

Kl. habe schon seit 1922 wiederholt die Bekl. auf die Feuchtigkeit der Wohnung hingewiesen. Die Bekl. habe daraufhin laufend Ausbesserungsarbeiten aufgewendet, die Wohnung durch ihren Bauleiter regelmäßig untersuchen lassen und die Arbeiten, die dieser bezeichnete, ausführen lassen. Aber all das sei nicht ausreichend gewesen, die Mängel zu beheben; der Mangel sei nicht beseitigt worden, obgleich die Bekl. ihn mittels zumutbarer Aufwendungen hätte beseitigen können.

Ein unmittelbares persönliches Verschulden der Personen, die zur gesetzlichen Vertretung der Bekl. berufen sind, hat der VerR. nicht festgestellt. Es bleibt mithin nur die Annahme übrig, entweder daß diejenigen Personen, deren sich die Bekl. zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bediente (§ 278 BGB.), ihrer Sorgfaltspflicht nicht gehörig nachgekommen sind, oder daß der Grund, aus dem die Ausbesserungsarbeiten fruchtlos waren, überhaupt unaufgeklärt blieb. In dem letzteren Fall muß die Entsch. zuungunsten desjenigen Teils fallen, dem die Beweislast obliegt. Die Beweispflicht der Bekl. ergibt sich aus den Grundbänden des Urf. v. 7. Okt. 1932: RG. 138, 37¹), denen beizutreten ist. Danach hat in Fällen des § 618 BGB., welche Vorschr. hier unmittelbar oder mindestens sinngemäß zur Anwendung kommt, der geschädigte Kl. nur zu beweisen, daß tatsächlich Mängel vorlagen, die nach dem natürlichen Verlauf der Dinge geeignet waren, die später eingetretenen Schäden hervorzurufen. Gelingt dem Dienstverpflichteten dieser Nachweis, so fällt dem bekl. Dienstberechtigten der Gegenbeweis zu, daß ihn und seine Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB.) kein Verschulden trifft.

(RArbG., Urf. v. 12. Juli 1933, RAG 124/33. — Altona.)

2. § 626 BGB. Veränderte Umstände, die auf dem Gebiet der Rentabilität des Betriebs liegen, geben dem Unternehmer kein Recht zu fristloser Entlassung seines Personals. †)

Wenn die Rev. ausführt, daß BG. habe nicht geprüft, ob angesichts der Verschlechterung der Wirtschaftslage der Güter der Bekl. diesem — ohne Rücksicht auf ein Verschulden des als Güterdirektor angeestellten Kl. — die Fortsetzung des Dienstvertrages überhaupt noch zuzumuten gewesen sei, und dabei auf die Lehre von der Clausula rebus sic stantibus Bezug nimmt, so bewegt sie sich in rechtlich unhaltbaren Gedankengängen. In diesem Zusammenhang kann für die Entlassung des Kl. allein die Frage nach dem Vorliegen eines wach-

1) JW. 1933, 1646 mit Anm. Ripperden; vgl. auch JW. 1933, 2080.

Zu 2. Die Entsch. verdient besondere Beachtung. Noch bis in die neueste Zeit hat das ArbG. und ihm folgend das RG. wiederholt ausgesprochen, daß wirtschaftlicher Niedergang des Dienstberechtigten für diesen ein wichtiger, zur fristlosen Lösung des Dienstverhältnisses berechtigender Grund sein könne, wenn auch nur unter besonderen für jeden Einzelfall festzustellenden Umständen: JW. 1927, 245; 1933, 1277 I u. II, 1765, 1969. Dagegen scheint der höchste Gerichtshof sich mit der vorl. Entsch. vorbehaltlos zu dem Standpunkt von Staudinger-Ripperden zu § 626 BGB. Dem. II 5b (9. Aufl., S. 901) bekennen zu wollen, wonach wirtschaftliche Schwierigkeiten in der Person des Arbeitgebers und Unrentabilität normalerweise nicht unter § 626 fallen, „da der Arbeitgeber die fristlose Entlassung nicht dazu benutzen darf, das Risiko der selbständigen Unternehmertätigkeit auf den Dienstverpflichteten abzuwälzen“ (vgl. auch Tye: JW. 1933, 1969).

Die beiden neuesten Fälle, in denen das ArbG. den wirtschaft-

tigen Grundes (§ 626 BGB.) maßgebend sein, und es ist eine dem Tatfahengebiet angehörende Entsch., ob vorliegende besondere wirtschaftliche Umstände ausnahmsweise, ohne daß ein Verschulden des Angestellten mitspielt, die sofortige Aufhebung des Dienstvertrages rechtfertigen. Mit der sog. Klausulalehre hat dies nicht das geringste zu tun, vielmehr ist grundsätzlich daran festzuhalten, daß auch veränderte, auf dem Gebiete der Rentabilität des Betriebes liegende Umstände mit Rücksicht auf das den Unternehmer treffende Betriebsrisiko diesem kein Recht geben, sich seiner Verpflichtungen aus den bestehenden Dienstverträgen seines Personals fristlos zu entledigen (vgl. Dertmann, BGB. § 626 Anm. 2 S. 944; Guck-Nipperden, Lehrb. I S. 332 unter X; JW. 1927, 245³). Im übrigen fehlt jede Darlegung dafür, daß der Betrieb des Bekl. nicht weiter durchführbar gewesen sei, und der Posten des Kl. aus dringender Veranlassung etwa habe eingespart werden müssen. Die Meinung der Rev., die Tatsache der während der Vertragszeit des Kl. eingetretenen Verschuldung des Grundbesitzes des Bekl. genüge auf den ersten Anschein für die Annahme, daß die Wirtschaftsführung des Kl. fehlerhaft gewesen sei, den Kl. treffe somit der Entlastungsbeweis, ist haltlos, da ein Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Kl. und der Verschuldung in keiner Weise zu bestehen braucht.

(NArbG., Urt. v. 26. Juni 1933, RAG 110/33. — Güstrow.)

3. §§ 225 Abs. 5, 226 ArbVermG.; Teil 1 Kap. II RotWD. v. 6. Okt. 1931; Teil 4 Kap. VII RotWD. v. 4. Sept. 1932. Berechnung der Höhe des Ruhegehaltsanspruchs bei den von der Reichsanstalt übernommenen Dauerangestellten der Arbeitsnachweiskämter. Kein Eingriff der RotWD. in die Berechnung der ruhegeldfähigen Dienstjahre.

Der Kl. war Angestellter der Stadt Berlin, und zwar seit 15. Okt. 1922 Dauerangestellter. Bei Eingliederung des Arbeitsnachweiskamters der Stadt in die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung wurde er am 1. Okt. 1928 in deren Dienst übernommen. Zum 1. Okt. 1931 ist er in den Ruhestand versetzt worden. Nach dem PenDrtzG. der Stadt Berlin hatte er bei dem Übertritt in den Dienst der Reichsanstalt einen Ruhegehaltsanspruch für den Fall der Versetzung in den Ruhestand erworben. Es wurde nämlich nach dem OrtsG. die Tätigkeit, die vor der Dauerstellung lag, mitgerechnet.

Der Kl. gehörte zu den Dauerangestellten i. S. des § 225 Abs. 5 ArbVermG. Danach sind auf sein Dienstverhältnis zur Bekl. die Best. des § 226 ArbVermG. sinngemäß anzuwenden (vgl. auch AngTarVertr. Reichsanstalt § 40 und AusfAnw. v. 30. April 1928 zu § 40 Abs. 3f. sowie NArbG. 7, 332¹). Der Kl. genießt daher insoweit hinsichtlich seiner Bezüge die Vergünstigung des § 226 Abs. 1 Satz 2 des Ges. Er ist in seinem Bestand an Rechten, die er beim Übertritt in den Dienst der Bekl. gegen die Stadtgemeinde Berlin erworben hatte, geschützt (NArbG. 12, 3²). Zu diesem Besitzstand gehört auch seine Anwartschaft auf Ruhegeld. Denn die aus einem Arbeitsnachweiskamter in den Dienst der Reichsanstalt übernommenen Angestellten sollten durch diese Übernahme in der Gesamtheit des Gewährten und zu Gewährten nicht schlechter gestellt oder zurückgesetzt werden (NArbG. 6, 355 [361]; 7, 163 [165] und mehrfach). Dies würde aber in der Regel der Fall sein, wenn die in ihrem früheren Dienstverhältnis erworbenen Anwartschaften mit dem Übertritt in den Dienst der Reichsanstalt entfallen würden. Sie bleiben also erhalten und die daraus entstehenden Verpflichtungen hat die Reichsanstalt zu erfüllen, und zwar auch dann, wenn die Anwartschaften sich erst mit dem Tage der Übernahme oder nach diesem Zeitpunkt auf Grund des Inhaltes des Vertragsverhältnisses i. Verb. m. der bisherigen Tätigkeit verwirklichen (NArbG. 9, 350; 11, 140 u. 304³) u. a.). Dies gilt besonders für die Dauerangestellten des § 225 Abs. 5 ArbVermG. (vgl. das. Abs. 6 und NArbG. 7, 326¹); 9, 262).

lichen Zusammenbruch des Arbeitgebers als wichtigen Grund zu fristloser Entlassung eines Arbeitnehmers anerkannt hat (RAG 486/32 v. 28. Jan. 1933 und RAG 296/32 v. 4. Febr. 1933; JW. 1933, 1277 I u. II), sind allerdings von dem vorliegenden wesentlich verschieden. In jenen beiden Fällen war der landwirtschaftliche Unternehmer durch Zwangsversteigerung bzw. durch Einsetzung eines Treuhänders auf Grund der OsthilfeschWD. v. 17. Nov. 1931 an der weiteren Beschäftigung des Arbeitnehmers tatsächlich behindert, ihm also jede Möglichkeit genommen, dem Arbeitnehmer eine Stelle zur Arbeit zu bieten. Dagegen hat es die vorl. Entsch. mit einem Großgrundbesitzer zu tun, der die fristlose Entlassung seines Güterdirektors mit der während der Vertragszeit eingetretenen starken Verschuldung des Besitzes begründet, also bei Fortbestand des Unternehmens die wirtschaftliche Gefahr auf den Angestellten abwälzen wollte. Die Entschiedenheit, mit der das NArbG. diesen Standpunkt ablehnt, ist immerhin bemerkenswert.

N. Dr. W. Doppermann, Dresden.

¹) JW. 1932, 3283.

Die für die Entstehung eines Ruhegehaltsanspruchs erforderliche zehnjährige Tätigkeit hatte der Kl. bereits erfüllt, bevor er in den Dienst der Bekl. übertrat. Auf einen Ruhegehaltsanspruch, wie er damals für den Kl. bei etwaigem Übertritt in den Ruhestand begründet gewesen wäre, glaubt die Bekl. ihn beschränken zu können, weil nach § 226 ArbVermG. nur die bisherigen Ansprüche des Kl. auf Ruhegehalt zu wahren seien und dem Kl. gegen die Bekl. noch kein Ruhegehaltsanspruch erwachsen sein würde. Sie will daher die drei Jahre, die der Kl. in ihrem Dienste verbracht hat, bei Berechnung der Höhe des Ruhegehaltsanspruchs nicht berücksichtigt wissen, legt also dem Ruhegehaltsanspruch nur die zehnjährige Dienstzeit des Kl. bei der Stadt Berlin zugrunde. Das ist unrichtig. Wollte man die bisherigen Ansprüche auf Ruhegehalt, die der Beamte oder Angestellte beim Übertritt in den Dienst der Reichsanstalt nach § 226 behält, dahin auffassen, daß damit nur bereits entstandene Ruhegehaltsansprüche gewahrt sein sollten, so wäre das eine inhaltslose Best., denn die Übergangsbest. des 8. Abschnitts ArbVermG. handeln nicht von den bereits in den Ruhestand versetzten Beamten und Angestellten, sondern von dem Übertritt der Beamten und Angestellten der bestehenden Arbeitsnachweiskämter in den Dienst der Reichsanstalt. Bisherige Ansprüche auf Ruhegehalt sind hiernach gerade die Anwartschaften, die der Angestellte bei dem Übertritt in den Dienst der Reichsanstalt erworben hatte, die also zu seinem Besitzstand gehören, mit denen er von der Reichsanstalt übernommen wird. In die sich daraus ergebenden Verpflichtungen tritt nach dem Gesetz die Reichsanstalt ein (NArbG. 7, 326¹); 9, 262; auch RG. 136, 305⁴).

Hiernach ist die erste RevKlage unbegründet (vgl. auch NArbG. 11, 301³).

Die weitere Klage der Rev. wendet sich dagegen, daß das BG. nicht den von der Bekl. erhobenen Einwand aus Teil 4 Kap. VII NPräV. v. 4. Sept. 1932 (RGBl. I, 425, 432) für durchgreifend erachtet hat. Die Reichsanstalt sei nach jener Best. nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Ruhegeldansprüche des Kl. herabzusetzen. § 226 ArbVermG. werde damit naturgemäß seit dem Inkrafttreten der RotWD. beseitigt. Dieser Angriff geht fehl. Die Best. der RotWD. ist auf die Ruhegeldansprüche des Kl. zweifellos anwendbar, weil es sich bei ihnen nicht um Bezüge handelt, die in einem TarVertr. oder in einer Dienstordnung geregelt sind (§ 7 des Teil 2 Kap. I NPräV. z. Sicherung v. Wirtschaft u. Finanzen v. 5. Juni 1931 [RGBl. I, 279, 283], in der sich aus Teil 1 Kap. II NPräV. v. 6. Okt. 1931 [RGBl. I, 537/539] ergebende Fassung). Die neue Best. gilt seit 1. Okt. 1932. Aber dies wird auch nicht vom BG. verkannt. Um die Herabsetzung handelt es sich bei dem Feststellungsauspruch des ersten Richters nicht, sondern darum, wie viele Dienstjahre für das Ruhegeld zu berücksichtigen sind. Nun ist für Beamte anerkannt, daß Zusicherungen insoweit wirksam gegeben werden können (vgl. RG. 136, 305⁴). Eine solche Zusicherung liegt in § 226 ArbVermG. Daß sie durch die RotWD. beseitigt sei, ist in keiner Weise erkennbar. Gilt aber für Reichsbeamte eine den einzelnen heraushebende Vergünstigung insoweit weiter, so muß dies auch für die unter § 226 ArbVermG. fallenden Dauerangestellten gelten. Nur mit einem so bevorzugten Reichsbeamten ist also der Kl. hinsichtlich seiner Ruhegehaltsbezüge zu vergleichen. Diese Bezüge sind zu kürzen, aber dies hat nicht dadurch zu geschehen, daß von den für das Ruhegeld zu berücksichtigenden Dienstjahren ein Teil unberücksichtigt bleibt.

(NArbG., Urt. v. 31. Mai 1933, RAG 490/32. — Berlin.)

****4.** § 1 TarV. Eine in Abweichung vom Tarifvertrag vereinbarte Hinausschiebung der Fälligkeit einer Lohnforderung bedeutet stets eine Änderung der Arbeitsbedingungen zuungunsten des Arbeitnehmers und ist deshalb nichtig. Das gilt auch dann, wenn die Hinausschiebung der Fälligkeit sich im Einzelfall zugunsten des Arbeitnehmers auswirken könnte, indem sie seiner Lohnforderung noch das Vorrecht im Konkurs des Arbeitgebers sichern würde (§ 61 Nr. 1 R.D.; § 2 BergID.).

(NArbG., Urt. v. 10. Mai 1933, RAG 91/33. — Berlin.)

Berlin.

Landesarbeitsgerichte.

1. Beim Vergleich auf Widerruf entsteht beim Widerruf für den Kl. keine Vergleichsgebühr. †)

Die Geschäftsstelle hat die Vergleichsgebühr abgesetzt, weil der Vergleich widerrufen worden ist. —

¹) JW. 1932, 3283.

²) JW. 1933, 135¹.

³) JW. 1932, 3523.

⁴) JW. 1932, 3448.

Zu 1. A. Der vorstehende Beschl. ist im Ergebnis abzulehnen.

Die Erinnerung ist nicht begründet. — Es ist allerdings dem Beschw. zuzugeben, daß der Kosten-Sen. (20. Ziv.Sen.) des RG. grundsätzlich die Vergleichsgebühr auch bei auf Widerruf geschlossenen Vergleichen zubilligt, selbst wenn der Vergleich später widerrufen wird (vgl. 20 W 11 927/31 v. 23. Nov. 1931, 20 W 10 175/32 v. 24. Okt. 1932 [VerlAnwBl. 1932, 283], 20 W 1639/33 v. 15. Febr. 1933 [VerlAnwBl. 1933, 41]). Das RG. hat bei seiner Beschlußfassung bzgl. der Vergleichsgebühr den Vergleich auf Widerruf dem auflösend bedingten Vergleich gleichgesetzt. Für letzteren Fall hat es schon durch Beschl. v. 8. Juni 1931, 20 W 5704/31, die Vergleichsgebühr zugesprochen (vgl. zustimmend Walter-Joachim-Friedlaender, § 13, Anm. 61, S. 292, Note 64; Willenbücher § 13 Anm. 10), dagegen entsprechend dem Beschl. v. 3. Okt. 1931, 20 W 9188/31, bei der aufschiebenden Bedingung einen bereits zur Beendigung des Rechtsstreits an sich geeigneten Vergleich solange verneint, als nicht die aufschiebende Bedingung eingetreten ist. In der Entsch. v. 23. Nov. 1931 ist ausgesprochen, daß, sofern nur der Vergleich geeignet und nach dem Willen der Parteien bestimmt ist, die Beendigung des Rechtsstreits zu bewirken, für die Frage der Vergleichsgebühr nicht entscheidend ist, ob dieser Zweck auch erreicht worden ist, und daß aus diesem Grunde die Tatsache des erfolgten Widerrufs eines solchen Vergleichs bedeutungslos ist. Der Sen. ist in dieser Entsch. davon ausgegangen, daß der Vorbehalt des Widerrufs in dem Prozeßabkommen selbst diesem auch nicht etwa von vornherein die Eigenschaft eines Vergleichs i. S. des § 13 Ziff. 3 RVGebD. nimmt. Auch der unter Vorbehalt des Widerrufs einstweilen geschlossene Vergleich sei rechtswirksam. Durch die Ausübung des Widerrufs werde dieser zunächst vorhandene und vollwirksame Vergleich lediglich später wieder beseitigt. Diese Ansicht des RG. wird von der beschließenden Kammer des ArbG. Berlin nicht geteilt. Insbes. ist nicht klar, inwiefern ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Vergleich auf Widerruf rechtswirksam sein soll, bevor die aufschiebende Bedingung eingetreten ist, sofern nicht etwa in Ausnahmefällen die Parteien ohne Rücksicht auf die aufschiebende Bedingung vereinbaren, daß der Vergleich auf

jeden Fall für eine mehr oder weniger lange Zeit rechtswirksam sein, die Parteien also vorübergehend an ihn gebunden sein sollen. An sich tritt nach § 158 BGB. bei einer aufschiebenden Bedingung die von der Bedingung abhängige gemachte Wirkung erst mit dem Eintritt der Bedingung ein, während bei einer auflösenden Bedingung das Rechtsgefäß sofort wirksam ist, mit dem Eintritt der Bedingung jedoch die Wirkung des Rechtsgefäßs erbit.

Das RG. hat auch selbst in dem Fall seines Beschl. v. 24. Okt. 1932, in welchem der Prozeßvergleich von einer Genehmigung der Firma G. abhängig gemacht worden war, anerkannt, daß, weil die Genehmigung nicht erteilt und die Bedingung nicht eingetreten war, der Rechtsstreit durch den Vergleich nicht seine Erledigung gefunden hat. Ist demgemäß die vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits i. S. des § 13 Ziff. 3 RVGebD. von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht worden, so ist in diesem Fall mangels Genehmigung ein Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 RVGebD. nicht abgeschlossen worden. Der Sen. des RG. will nur dann den Vergleich unter Widerruf nicht dem auflösend bedingten Vergleich gleichsetzen, wenn der Vergleich von vornherein ohne Aussicht auf endgültige Beendigung des Rechtsstreits geschlossen worden ist. Nach der Ansicht der beschließenden Kammer wird es wohl kaum vorkommen, daß Parteien einen Vergleich schließen, der von vornherein nicht die geringste Aussicht auf Annahme hat; denn es wäre eine unnötige Verschwendung von Zeit und Arbeit. Dagegen wird nach der Überzeugung der beschließenden Kammer dann, wenn bei einem aufschiebenden Vergleich auf Widerruf die Vergleichsgebühr für den Kl. entstehen würde, ein sehr großer Anreiz vorhanden sein, recht häufig einen Vergleich auf Widerruf abzuschließen, selbst wenn ihn der Anwalt unter Umständen seiner Partei nicht zur Annahme empfiehlt. Gerade in Arbeitsfachen, wo die beschließende Kammer mit Rücksicht auf die §§ 54, 57 Abs. 2 ArbGG., wonach die gütliche Erledigung des Rechtsstreits während des ganzen Verfahrens angestrebt werden soll, und mit Rücksicht auf § 12 Abs. 2 ArbGG., wonach im Falle des Vergleichs sämtliche Gerichtsgebühren für die betreffende Instanz in Fortfall kommen, den Parteien den Abschluß eines Vergleichs

Die Begründung ist z. T. verworren, z. T. schon denkgesetzlich nicht einwandfrei.

I. 1. Die Frage, ob dem Kl. bei einem auf Widerruf geschlossenen Vergleich die Vergleichsgebühr auch dann zusteht, wenn der Vergleich widerrufen wird, ist in der letzten Zeit wiederholt Gegenstand der Entsch. Berliner Gerichte gewesen. Das LG. I und das LG. III (vgl. VerlAnwBl. 1933, 98) haben die Frage verneint, die 5. Kammer des ArbG. Berlin entscheidet nunmehr ebenso; der Kosten-Senat des RG. hat dagegen die Frage in ständiger Mpr. grundsätzlich bejaht (vgl. 20 W 10 175/32 = VerlAnwBl. 1932, 283; 20 W 1639/33 = VerlAnwBl. 1933, 41; 20 W 4409/33 = VerlAnwBl. 1933, 147). Zu dem letzteren Beschl. führt das RG. aus: „Nur wenn aus besonderen Umständen erhellt, daß der Vergleich sachlich diesem Erfolg (d. h. der Beendigung des Rechtsstreits) gar nicht dienen konnte oder gar nicht ernsthaft zu diesem Zweck geschlossen worden ist, könnte ein Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 verneint und damit die Vergleichsgebühr abgelehnt werden.“ Der vorstehende Beschl. setzt sich in vollständig unzulänglicher Weise mit der Mpr. des RG. auseinander. Aus den mitgeteilten Gründen ist nicht einwandfrei ersichtlich, ob der Vergleich gleichzeitig mit der Widerrufsklausel und unter aufschiebender Bedingung abgeschlossen worden ist. Die Ausführungen am Ende der Gründe scheinen darauf hinzudeuten, daß lediglich die Widerrufsklausel vereinbart worden ist und daß das Gericht diese Klausel für die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung hält oder sie ihr in dieser kostenrechtlichen Frage gleichstellt. Dann ist aber nicht verständlich, was das ArbG. mit dem gegen die RG.Mpr. gerichteten Satz beweisen will: „Insbes. ist nicht klar, inwiefern ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Vergleich auf Widerruf rechtswirksam sein soll, bevor die aufschiebende Bedingung eingetreten ist, sofern nicht etwa in Ausnahmefällen die Parteien ohne Rücksicht auf die aufschiebende Bedingung vereinbaren, daß der Vergleich auf jeden Fall für eine mehr oder minder lange Zeit rechtswirksam sein, die Parteien also vorübergehend an ihn gebunden sein sollen.“ Die RG.Mpr. ist vollständig klar: bei aufschiebender Bedingung keine Vergleichsgebühr, wenn die Bedingung nicht eintritt; bei auflösender Bedingung Vergleichsgebühr, auch wenn die Bedingung eintritt; Vergleiche mit Widerrufsklausel werden grundsätzlich der Vereinbarung der auflösenden Bedingung gleichgestellt. Daraus ergibt sich m. E. zwingend, daß auch das RG. die Vergleichsgebühr nicht geben würde bei einem auf Widerruf geschlossenen, gleichzeitig (aus anderem Grunde) aufschiebend bedingten Vergleich, wenn die Bedingung ausfällt, bevor der Widerruf erklärt ist, ebenso wohl auch nicht, wenn der Widerruf erklärt wird, bevor die Bedingung eingetreten ist.

2. Auch die Feststellung der beschließenden Kammer, daß es wohl kaum vorkommen werde, daß Parteien einen Vergleich schließen, „der von vornherein nicht die geringste Aussicht auf Annahme hat; denn es wäre eine unnötige Verschwendung von Zeit und Ar-

beit“, geht am Kern der Sache vorbei. Von einem solchen Fall ist auch der Kosten-Senat des RG. niemals ausgegangen. Es ist selbstverständlich dem Richter möglich, auch nachträglich festzustellen, ob besondere Umstände schon bei Vergleichsabschluß vorlagen, aus denen erhellt, daß die Parteien entweder den Vergleich nicht ernstlich gewollt haben oder daß der Vergleich sachlich eine Beendigung des Rechtsstreits weder ganz noch teilweise herbeiführen konnte. Diese Feststellungen dürften dem Richter keineswegs größere Schwierigkeiten machen als beispielsweise die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs vom Standpunkt der nachträglichen Prognose aus.

3. Der nächste Satz des Beschl.: „Dagegen wird nach der Überzeugung der beschließenden Kammer dann, wenn bei einem aufschiebenden Vergleich auf Widerruf die Vergleichsgebühr für den Kl. entstehen würde, ein sehr großer Anreiz vorhanden sein, recht häufig einen Vergleich auf Widerruf abzuschließen, selbst wenn ihn der Anwalt unter Umständen seiner Partei nicht zur Annahme empfiehlt“ setzt ein unredliches, mindestens pflichtwidriges Verhalten des Kl. voraus!!

4. Die §§ 54, 57 Abs. 2 ArbGG. gelten als ungeschriebenes Gesetz auch in sonstigen Rechtsstreitigkeiten. Insbes. zeigt die eingehende Regelung des Güterverfahrens in den §§ 495 ff. ZPO., wie sehr dem Gesetzgeber daran gelegen ist, daß in einer tunlichst großen Zahl von Fällen der Rechtsstreit nicht durch Urt. entschieden, sondern durch Vergleich erledigt wird.

5. Die Gleichstellung des mit Widerrufsklausel geschlossenen Vergleichs mit dem aufschiebend bedingten ist vollständig unbegründet. Der obenstehende Beschl. versucht ja noch nicht einmal nachzuweisen, warum der Vorbehalt des Widerrufs nicht mit der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung gleichzusetzen ist, was doch jedenfalls schon bei primärer, lediglich die Denkgesetze berücksichtigender Betrachtungsweise naheliegt.

II. Der entscheidende Fehler des Beschl. scheint mir darin zu liegen, daß neben konstruktiven Erwägungen die Interessenlage nur in unzureichender Weise berücksichtigt wird. Nach § 13 Ziff. 3 RVGebD. steht dem Prozeßbevollmächtigten die Vergleichsgebühr zu „für die Mitwirkung bei einem zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleich“.

1. Der Wortlaut des Gesetzes „abgeschlossenen“ deutet doch wohl darauf hin, daß der Gesetzgeber nur verlangt, daß die Erklärungs- und Geltungsvoraussetzungen (i. S. Zitelmanns) gegeben sind; die Wirksamkeitsvoraussetzungen brauchen danach noch nicht vorzuliegen.

2. Der Zweck des Gesetzes muß darin bestehen, die Interessen der mehreren an dem Zustandekommen oder Nichtzustandekommen des Vergleichs interessierten Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Der Vergleich dient in erster Linie dem Interesse der Parteien, indem er ihnen das Risiko für die weitere Prozeßführung nimmt und ihnen unter Umständen erhebliche Kosten erspart; in

sehr empfiehlt, dürfte es dann nicht zweckmäßig sein, den Vergleich auf Widerruf zu schließen, wenn in diesem Fall der N. die Vergleichsgebühr bekäme, auch wenn der Vergleich später widerrufen wird.

Die Kammer schließt sich vielmehr der allgemeinen Meinung entgegen dem RG. und auch entgegen dem OLG. Kiel (v. 9. Juli 1931, 2a 161/31) an. Insbes. führt Walter=Joachim=Fried=Laender (NWGed., 9. Aufl., § 13 Num. 60 S. 292) mit Recht aus, daß ein aufschiebend bedingter Vergleich mangels Eintritts der Bedingung überhaupt nicht zustande gekommen ist. Dementprechend ist ein Vergleich unter Widerruf bei Widerruf überhaupt nicht zustande gekommen. Die Vergleichsgebühr entsteht nach seiner Ansicht nicht, so wenn der Vergleich unter Vorbehalt der Genehmigung eines Dritten oder unter Vorbehalt des Widerrufs abgeschlossen, die Genehmigung jedoch versagt oder der Widerruf erklärt wird (vgl. auch Willenbücher § 13 Num. 10). Endlich weist auch zutreffend Rittmann=Wenz (§ 23 RWG., Num. 4 S. 186, § 13 NWGed., Num. 4 S. 569) darauf hin, daß ein Vergleich nur dann vorliegt, wenn er den Rechtsstreit ganz oder teilweise „erledigt“.

(ArbG. Berlin, Beschl. v. 1. Aug. 1933, 105/107 S 1557/32.)
Ver. von ODir. Dr. Heise, Berlin.

zweiter Linie dient der Vergleich dem staatlichen Interesse. Der Staat muß im allgemeinen besorgt sein, daß der Gerechtigkeit zum Siege verholfen wird. Er ist daher daran interessiert, daß die Gefahr von Fehlentscheidungen durch Abschluß von Vergleichen tunlichst verringert wird. Neben diesem ideellen Interesse des Staates steht noch ein wirtschaftliches; seine Richter werden entlastet, wenn sie weniger Rechtsstreitigkeiten entscheiden müssen. Der Staat braucht also weniger Mittel für Gehälter aufzuwenden, wenn dauernd in erheblicher Zahl Vergleiche geschlossen werden. Der Staat braucht endlich auch, wenn ein Vergleich geschlossen wird, nicht Mittel aufzuwenden, die sonst erforderlich wären für die Erstattung der Armenanwaltskosten in den nächsten Instanzen. Für den Anwalt endlich bedeutet die Mitwirkung bei den Vergleichsverhandlungen unter Umständen die Aufwendung von viel Arbeit und Kosten. Auch er mußte daher daran interessiert werden, daß Vergleiche abgeschlossen werden.

Das staatliche Interesse geht nun dahin, daß Vergleiche entweder ohne Widerrufsklausel abgeschlossen werden oder daß von ihr kein Gebrauch gemacht wird. Von den Parteien mag häufig die eine letzten Endes daran interessiert sein, daß der Vergleich nicht zustande kommt oder widerrufen wird. Wollen die Parteien erstlich einen Vergleich, so geht ihr Interesse andererseits sicher dahin, ausreichend Zeit zu haben, die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen des Vergleichs genau zu überlegen. Dies ist um so wichtiger, als nach den Erfahrungen des Lebens vor Gericht nur zu häufig Vergleiche abgeschlossen werden, deren Vorhalt von den Vorstellungen der Parteien, wie sie bestanden, als sie noch auf dem Wege zum Gericht waren, erheblich abweicht. Der N. könnte in den Fällen am Scheitern des Vergleichs interessiert sein, in denen bei einer Fortsetzung des Prozesses sich für ihn größere Verdienstmöglichkeiten ergeben würden. Der Richter endlich ist ausschließlich daran interessiert, daß ein Vergleich tunlichst vorbehaltlos abgeschlossen wird oder daß er doch wenigstens nicht widerrufen wird.

Ein sachlicher Beurteiler muß aber davon ausgehen, daß der deutsche N. grundsätzlich pflichtgemäß handelt und nicht einer Partei rät, einen Vergleich zu widerrufen, obwohl er ihn für günstig hält, oder ihn unter Widerruf abzuschließen, obwohl er ihn für ungünstig hält. Die gebührenden Folgen bestimmen selbstverständlich einen deutschen N. nicht, eine prozessuale Handlung vorzunehmen, gegen die ihm bekannte sachliche Gründe bestehen oder zu unterlassen, obwohl ihm bekannte sachliche Gründe ihre Vornahme gebieten. Mit ebensoviel (oder vielmehr mit ebensowenig) Recht könnte man den Verdacht äußern, daß ein Richter, um sich nicht der lästigen Gefahr der Aufwendung von Mehrarbeit für einen Rechtsstreit auszusetzen, die Parteien veranlassen könnte, einen Vergleich vorbehaltlos abzuschließen, obwohl er sich sachlich davon überzeugt hat, daß den Parteien noch eine Überlegungsfrist gewährt werden muß. Die Gefahr, daß zum Zwecke der Gebührenerschleichung von vornherein aussichtslose Widerrufsvergleiche abgeschlossen werden, wird durch die Ausnahmen, die der Kostensenat des RG. anerkennt, vollständig beseitigt.

Entscheidend muß daher folgender Umstand berücksichtigt werden: Die Parteien können jederzeit den unter Widerrufsvorbehalt geschlossenen Prozeßvergleich auch gegen den Willen des Prozeßbevollmächtigten beseitigen, im Parteiprozeß ohne weiteres, im Anwaltsprozeß notfalls nach Widerruf der Prozeßvollmacht und Erteilung einer anderweiten Vollmacht. Wenn die hier abgelehnte Ansicht zutreffen würde, könnten die Parteien auf diese Weise den Anwälten ohne sachliche Gründe die Vergleichsgebühr nehmen. Das würde aber dem Zweck der Gebührenordnung, auch dem Anwalt tunlichst Lohn für seine Arbeit und Entschädigung seiner Aufwendungen zu geben, widersprechen.

III. Wenn man die Gründe der angeführten Beschl. der Berliner O. liest, kann man sich des Eindrucks, daß „irrationale“ Gründe (allerdings in einem anderen als dem bisherigen berücksichtigten

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

I. § 120 RWGd. n. F.; § 8 Nr. 5 GrEwStG.

a) Eine AktG., die bei ihrer Errichtung das ganze Vermögen einer DSG. oder KommGes. übernommen hat, kann wegen der zu dem übernommenen Vermögen gehörenden Steuer schulden nicht durch Steuerbescheid, sondern nur nach § 120 Abs. 1 S. 2 RWGd. (1931) in Anspruch genommen werden.

b) Auch in den Fällen des § 8 Nr. 5 S. 2 GrEwStG. ist Steuerbemessungsgrundlage nach §§ 11, 12 der gemeine Wert (Einheitswert), den das Grundstück bei der Einbringung in seinem damaligen Zustande gehabt hat, oder der höhere Gegenwert, der damals für die Einbringung gewährt worden ist. Der maßgebende Steuersatz bestimmt sich dagegen nach dem Zeitpunkt der Aufnahme des fremden Gesellschafters, in dem die Steuerpflicht eingetreten ist.)

Streitig ist ein auf § 8 Nr. 5 Satz 2 gestützter Steueranspruch, der auf der Annahme beruht, daß in die i. J. 1921 von dem Kaufmann Max L. und vier Söhnen errichtete DSG. Rud. A. J., in die der Vater damals steuerfrei (§ 8 Nr. 5 Satz 1) Grundstücke eingebracht hat, im Sept. 1929 auch die geschiedene Ehefrau des zu den Gesellschaftern gehörenden Sohnes Emil L. als Kommanditistin aufgenommen worden sei, nachdem bereits durch Vertrag v. 16. April 1923 die Beteiligung des Sohnes Emil in eine Kommanditbeteiligung umgewandelt worden war. Die beschwerdeführende AktG., die durch Gesellschaftsvertrag v. 6. Sept. 1929 von den damaligen Gesellschaftern der KommGes., darunter auch der Ehefrau Emil L., errichtet worden ist, ist von der Steuerstelle als vermeintliche „Rechtsnachfolgerin“ der KommGes. für die streitige Steuer schuld in Anspruch genommen worden, weil sie bei ihrer Gründung das ganze Vermögen der KommGes. mit Aktiven und Passiven für 1.500.000 RM von den Gründern übernommen hat.

Einspruch und Berufung erfolglos. Der Beschw. war stattzugeben. Das FinGer. geht ebenso wie die Steuerstelle davon aus, daß die BeschwF. „Rechtsnachfolgerin“ der KommGes. sei und aus diesem Grunde ohne weiteres auch als Steuer schuldnerin durch Steuerbescheid in Anspruch genommen werden könne. Dabei ist irrtümlich das Vorliegen einer Gesamtrechtsnachfolge angenommen worden. Da die AktG. nach dem Gründungsvertrag das ganze Vermögen der KommGes. übernommen hat und das von dieser betriebene Fabrikgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, so haftet sie allerdings sowohl nach § 419 BGB. als auch nach § 25 HGB. für alle gegen die KommGes. begründeten Ansprüche. Diese Haftung erstreckt sich nach § 120 Abs. 1 Satz 1 RWGd. n. F. auch auf die Steuer schulden der KommGes.; sie kann jedoch nach § 120 Abs. 1 Satz 2 nicht durch Steuerbescheid, sondern nur nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts geltend gemacht werden, unbeschadet der die vorläufige Beitreibung regelnden Vorschr. des § 330 RWGd. n. F. Hiernach war, da auch eine Anwendung des § 116 RWGd. gegen die BeschwF. nicht in Frage kommt, der angefochtene Steuerbescheid nebst den beiden Vorentscheidungen ersatzlos aufzuheben.

Die Steuerstelle wird sich nunmehr darüber schlüssig zu machen haben, ob sie die BeschwF. auf den vorbezeichneten Wegen oder andere Steuer schuldner oder Mithaftende durch neuen Steuerbescheid in Anspruch nehmen will.

Die Frage, ob Frau Emil L. schon zu einer Zeit Kommanditistin geworden ist, als die i. J. 1921 von Max L. eingebrachten Grundstücke noch rechtlich oder wirtschaftlich zum Vermögen der KommGes. gehörten, ist für den auf § 8 Nr. 5 Satz 2 GrEwStG. gestützten

(Sinne) bei der Entsch. eine Rolle gespielt haben, nicht vollständig erhehen, und auch dieser Konflikt in der Rspr. der Berliner Gerichte läßt den Wunsch nach einer Regelung des BeschwVerf. in Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit, wie sie für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den §§ 27, 28 NZOG., Art. 7 PrZOG., §§ 78, 79 GHD. getroffen worden ist und zu der vorzüglichen Rspr. des 1. OStz. geführt hat, immer verständlicher erscheinen.

RA. Dr. Ma y ke, Berlin.

B. Zustimmung OLG. Königsberg: DRZ. 1933 Beil. Rspr. Nr. 537. D. G.

Zu 1. In dieser Entsch. hat der RFH. zum ersten Male seit Inkrafttreten des GrEwStG. den Fall des § 8 Nr. 5 behandelt, daß nachträglich in die Gesellschaft jemand eingetreten ist, der nicht zu den begünstigten Familiengliedern gehört.

Steueranspruch ohne Bedeutung. Unstreitig ist nämlich, was die Behörden ganz außer Betracht gelassen haben, nach dem Tode des Max L. (22. Dez. 1927) auf Grund des § 14 des Gesellschaftsvertrages dessen Witwe als weitere Kommanditistin in die KommGes. aufgenommen worden, und zwar, soweit ersichtlich, erst i. J. 1928. Schon dadurch wäre Steuerpflicht nach § 8 Nr. 5 Satz 2 eingetreten, so daß durch die etwaige Aufnahme der Frau Emil L. i. J. 1929 keine weitere Steuerpflicht entstehen konnte. Wenn die Witwe Max L. Vorerbin ihres Ehemannes geworden ist, so konnte das die Entziehung der Steuerpflicht nicht hindern, selbst wenn anzunehmen wäre, sie habe auch ihren Kommanditanteil i. S. des § 8 Nr. 1 GrErbStG. von Todes wegen erworben. Denn es handelt sich nicht um die Besteuerung dieses Erwerbers, der ja auch als bloßer Personenwechsel innerhalb einer steuerlich selbständigen Gesamthandsgemeinschaft keinen steuerpflichtigen Eigentumsübergang darstellt (RZf. 12, 76), sondern um die Frage, ob durch diesen Erwerb die i. J. 1921 m. R. steuerfrei gebliebene Einbringung der Grundstücke in die damalige OHG. nachträglich steuerpflichtig geworden ist.

Steuerschuldner für den hiernach in Frage kommenden Steueranspruch wären nach § 20: 1. als Verkäufer Max L., jetzt dessen Erben nach § 95 Abs. 3 ABG.D.; 2. als Erwerberrin die OHG., spätere KommGes., die jedoch inzwischen aufgelöst und auch im Handelsregister gelöscht worden ist.

Mithaftbar i. S. des § 97 Abs. 2 ABG.D. sind: a) nach § 113 ABG.D. i. Verb. m. § 128 HGB. die sämtlichen bei der Aufnahme der Witwe L. vorhandenen persönlich haftenden Teilhaber der KommGes.; b) nach § 113 ABG.D. auch die drei Kommanditisten Emil L., Witwe L. und Frau Emil L., diese jedoch nur in den Grenzen der §§ 171—173 HGB.

Die beschwerdebeführende AktG. kann dagegen nicht durch Steuerbescheid, sondern nur nach § 120 ABG.D. in Anspruch genommen werden, unbeschadet § 330 ABG.D.

Da die Einbringung der Grundstücke den steuerpflichtigen Rechtsvorgang darstellt und die spätere Aufnahme der Witwe Max L. nur den Zeitpunkt des Eintritts der Steuerpflicht bestimmt, so ist Steuerbemessungsgrundlage nach §§ 11 und 12 GrErbStG. auf jeden Fall der gemeine Wert, den die Grundstücke i. J. 1921 bei der Einbringung in ihrem damaligen Zustande gehabt haben, oder der etwaige höhere Gegenwert, der damals für die Einbringung gewährt worden ist (ebenso Hagelberg=Krämer, 2. Aufl., Dem. 8 ff. zu §§ 8, 9; Lion, Anm. zu § 8 S. 67; Voethke=Vergschmidt, 3. Aufl., Anm. 5 zu § 8 Nr. 5; a. M. Ott, 3. Aufl., Dem. 103 zu § 8). Dagegen bestimmt sich der maßgebende Steuersatz nach dem vorbezeichneten Zeitpunkt des Eintritts der Steuerpflicht. Ferner ist § 15 Abs. 3 GrErbStG. für die Steuerberechnung zu berücksichtigen.

(RZf., 2. Sen., Bescheid v. 9. Aug. 1933, II A 165/33.)

*

2. §§ 193, 194, 207, 208, 222 ABG.D.; § 46 EinkStG.; WD. über Durchschnittsätze für Werbungskosten der freien Berufe v. 30. Jan. 1930. Grenzen des Nachschaurechts des FinA. für pauschalisierte Werbungskosten. †)

Nach § 46 EinkStG. sind die in der PauschalierungsWD. am-

Zu 2. Die für die freien Berufe durch WD. v. 30. Jan. 1930 (RStBl. 1930, 81) festgesetzten Pauschsätze für Werbungskosten sollen das Veranlagungsgeschäft vereinfachen und die Besteuerung gleichmäßig gestalten. Sie gelten sowohl zuungunsten wie zugunsten des Pflichtigen.

1. Zuungunsten des Pflichtigen sind die Pauschsätze für Werbungskosten zugrunde zu legen, wenn der Pflichtige nicht höhere Werbungskosten nachweist oder so belegt, daß eine von den Durchschnittssätzen abweichende Schätzung geboten ist: § 46 EinkStG., § 3 PauschalierungsWD.

2. Zugunsten des Pflichtigen sind die Pauschsätze für Werbungskosten zugrunde zu legen, wenn die tatsächlichen Werbungskosten nicht offensichtlich mindestens $\frac{1}{4}$ hinter den Pauschsätzen zurückbleiben: § 4 PauschalierungsWD. Diese Einschränkung der Geltung der Pauschsätze war in der Ermächtigungsnorm des § 46 EinkStG. nicht vorgesehen, ihre Gültigkeit ist aber vom RZf. bejaht worden: RZf., Ur. v. 19. Jan. 1927, VI A 631/31; StW. 1927 Nr. 65. In der Praxis wurde nunmehr vielfach eine Nachprüfung der Werbungskosten von den FinA. zwecks Feststellung des Zurückbleibens der tatsächlichen Werbungskosten hinter den Pauschsätzen um $\frac{1}{4}$ versucht und dadurch unerquickliche Auseinandersetzungen über die Höhe der abzugsfähigen Werbungskosten herbeigeführt, die gerade durch die Pauschsätze verhindert werden sollten. Das obige Ur. tritt diesem Sinn und Zweck der Pauschsätze widersprechenden Verfahren entgegen, indem es in bemerkenswerter Weise die nach den Best. der ABG.D. den FinA. zutehenden weitgehenden Ermittlungsrechte (§§ 193, 194 ABG.D.) und insbes. das Recht auf Einsicht in die Bücher und Aufzeichnungen des Pflichtigen (§§ 207, 208 ABG.D.) beschränkt, soweit es sich um die Ermittlungen von Werbungskosten für die freien Berufe handelt. Ermittlungsvoraussetzung

lich festgesetzten Durchschnittsätze grundsätzlich anzuwenden, wenn nicht gegen den StPfl. besondere Verhältnisse festzustellen sind, die die Durchschnittsätze als zu niedrig (bei Durchschnittssätzen für Abzüge als zu hoch) dartun. Es muß aber eine genügende tatsächliche Grundlage zur Annahme eines solchen besonderen Verhältnisses vorhanden und festgestellt sein. Eine solche Ausnahme regelt § 4 der WD. Eine Prüfung in dieser Richtung ist aber nur zulässig, wenn von vornherein offensichtlich ist, daß die Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahme nach § 4 PauschalierungsWD. vorliegen. Diese verfahrensrechtliche Voraussetzung der Offenheit der Ermittlung ist nur dann gegeben, wenn die Steuerbehörde vor allen Ermittlungen aus bestimmten objektiven Anzeichen aus dem ersten Ansehn die an Gewißheit grenzende Vermutung geschöpft hat, daß der Unterschied zwischen der Pauschberechnung und den tatsächlichen Werbungskosten mindestens $\frac{1}{4}$ beträgt. Darin liegt weiter, daß das FinA. nicht befugt ist, durch Befragung des Pflichtigen oder durch eine Buch- und Betriebsprüfung sich selbst erst Klarheit darüber zu verschaffen, ob Tatsachen vorliegen, die das erhebliche Abweichen der Werbungskosten vom Durchschnittssatz offensichtlich machen könnten. Nur wenn diese Voraussetzung der Offenheit bereits gegeben ist, kann das FinA. nachprüfen, ob und inwiefern seine Annahme zutrifft. In diesem Falle wäre es allerdings gleichgültig, ob die vorhandenen Aufzeichnungen gesetzlich geboten oder freiwillig gemacht sind. Andernfalls aber muß in Kauf genommen werden, daß die tatsächlichen Werbungskosten von den Durchschnittssätzen erheblich abweichen. Denn der Gesetzgeber hat hier eine Sicherung des Reichs durch eine rohe pauschmäßige Ansetzung der Werbungskosten für genügend und zweckmäßig gehalten; die Steuerbehörde kann ihrerseits nicht weiter gehen und die Anwendung der Pauschsätze ausschließen, wenn nicht alle Voraussetzungen für die Ausnahme gegeben sind. Es ist daher, von dieser Ausnahme abgesehen, nicht zulässig, daß die Steuerbehörde von einem pauschmäßigen Ansatze der Werbungskosten absteht und zu einer tatsächlichen Feststellung der Werbungskosten übergeht, indem sie ein hierauf gerichtetes Ermittlungsverfahren einleitet. Die Durchschnittsätze dienen der erstrebten Vereinfachung der Veranlagung nur dann, wenn sie die Ermittlung der tatsächlichen Ausgaben in den in Betracht kommenden Fällen regelmäßig entbehrlich machen. Sie sollen eine gewisse Gleichmäßigkeit der Besteuerung bei dieser Gruppe von StPfl. herbeiführen. Die Steuerbehörde ist also nicht berechtigt, jeden unter die WD. fallenden StPfl. ohne weiteres zum Nachweis seiner tatsächlichen Ausgaben aufzufordern, um auf diese Weise festzustellen, ob die genau berechneten Werbungskosten mehr oder minder vom Durchschnittssatz abweichen. Es genügt also nicht, daß die Steuerbehörde eine allgemeine Vermutung oder einen bloßen Verdacht hegt, die Höhe der tatsächlichen Werbungskosten könnte die Anwendung des § 4 der WD. rechtfertigen.

(RZf., 6. Sen., Ur. v. 30. Mai 1933, VI A 2063/32.)

*

3. §§ 5 Abs. 2, 23 Abs. 1b Nr. 3 GrErbStG.

a) Wird der Veräußerungsvertrag ersichtlich rückgängig gemacht, so ist gleichwohl ein Erlaß- oder Erstattungsanspruch nicht gegeben, wenn tatsächlich im Einverständnis beider Teile alles beim alten bleibt.

b) Weht das Eigentum nicht durch Eintragung auf

ist, daß bei der Steuerbehörde bereits eine an Gewißheit grenzende Vermutung über das Zurückbleiben der tatsächlichen Werbungskosten hinter den pauschalisierten Werbungskosten um $\frac{1}{4}$ besteht. Ein Tatbestandsmerkmal des Steueratbestands wird auf diese Weise Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.

Diese erfreuliche Begrenzung des finanzamtlichen Nachforschungsrechts wird aber zum Teil dadurch wieder illusorisch, daß das FinA. Einsicht in die Aufzeichnungen über die Ausgaben dann verlangen kann, wenn es aus der Höhe der Ausgaben Rückschlüsse auf die Höhe der Einnahmen zu ziehen beabsichtigt, wie der RZf. in dem im RStBl. 1933, 705 abgedruckten Teil des obigen Ur. ausdrücklich darlegt. Ebenso wird man dem FinA. nicht verwehren können, zwecks Ermittlung der nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben bei der Gewerbesteuer, z. B. zwecks Ermittlung von Mietzinsen oder Schuldzinsen, Einsicht in die Ausgabebücher des Angehörigen eines freien Berufes zu nehmen.

Nachdem durch § 161a ABG.D. mit Wirkung v. 1. Jan. 1932 für sämtliche Angehörige freier Berufe, die einen Gewerbebetrieb von mehr als 6000 RM nach den bei der letzten Veranlagung getroffenen Feststellungen gehabt haben, eine Buchführungs- und Bilanzierungspflicht begründet worden ist, wird für die Einkommensteuerveranlagung 1933 voraussichtlich überhaupt die Anwendung von Pauschsätzen aufgehoben werden (vgl. Erl. des RZf. v. 3. März 1933, S 2209—70 III unter E). Für die Zeit nach dem 1. Jan. 1933 dürfte deshalb dementsprechend auch auf Grund der PauschalierungsWD. das Recht der FinA. zur Ermittlung der Betriebsausgaben nicht mehr beschränkt sein.

RA. Dr. Heinz Meilicke, Berlin-Charlottenburg.

Grund einer Auffassung über, wird es vielmehr durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben, so kommt gleichwohl Anwendung von § 5 Abs. 2 in Frage.

(RFG., 2. Sen., Urt. v. 9. Aug. 1933, II A 11/23.)

4. § 8 Ziff. 5 GrEwStG.

a) Wenn ein Grundstück, das zu gleichen ideellen Anteilen dem A. und dem B., einem Seitenverwandten des A., gehört, in eine GmbH. eingebracht wird, deren alleiniger Gesellschafter ein Abkömmling des A. ist, so findet die Befreiungsvorschrift des § 8 Nr. 5 hinsichtlich der Hälfte dieses Grundstücks Anwendung.

b) Die Befreiungsvorschrift des § 8 Nr. 5 bleibt auch dann anwendbar, wenn die Vereinigung das Grundstück durch Zuschlagsbeschluss im Zwangsversteigerungsverfahren erwirbt.

(RFG., 2. Sen., Urt. v. 6. Sept. 1933, II A 351/33.)

5. § 14 GrEwStG.; §§ 86, 87, 235 Nr. 4 ABG.D. Ist ein Grunderwerbsteuerbescheid vor dem 1. Jan. 1931 rechtskräftig geworden und wird dann nach Ablauf des Jahres 1930 Erstattung auf Grund des § 14 beantragt, so ist dieser Antrag als Einspruch gegen den Steuerbescheid anzusehen und über ihn in dem vom 1. Jan. 1931 ab durch § 235 Nr. 4 ABG.D. eröffneten Berufungsverfahren zu entscheiden, wobei auch zu prüfen ist, ob wegen der Verjährung der Einspruchsfrist Nachsicht zu gewähren ist.

Durch Zuschlagsbeschl. v. 29. Juli 1930 wurde der Beschw. in der ZwVerst. ein Grundstück zugeschlagen. Das FinA. erließ sodann einen Grunderwerbsteuerbescheid v. 10. Sept. 1930, der der Beschw. am 12. Sept. 1930 zugestellt, von ihr aber nicht innerhalb der in ihm angegebenen Frist von einem Monat seit Zustellung angefochten wurde. Erst in einem am 7. Mai 1932 eingegangenen Schreiben v. 6. Mai 1932 beantragte die Beschw. Erstattung der Steuer, weil sie Hypothekengläubigerin gewesen sei und die Voraussetzungen des § 14 vorlägen.

Das FinA. lehnte durch Bescheid v. 26. Mai 1932 den Antrag ab, weil er nicht binnen einem Monat seit Zustellung des Grunderwerbsteuerbescheides gestellt worden sei.

Einspruch und Berufung hatten keinen Erfolg.

Die RBeschw. hatte im Ergebnis ebenfalls keinen Erfolg.

Wie die Rechtslage zu beurteilen ist, ergibt sich aus dem bereits von der Vorinstanz angeführten Urt. v. 15. Juli 1931, II A 261/31: RFG. 29, 196. In diesem Urt. ist mit eingehender Begründung ausgeführt, daß durch den durch die NotBd. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517) erlassenen § 235 Nr. 4 ABG.D. das Verfahren über die Geltendmachung der Vergünstigung aus § 14 seit dem 1. Jan. 1931 eine vollständige Änderung erfahren hat. Vor diesem Zeitpunkt liefen das Veranlagungsverfahren und das Verwaltungsverfahren aus § 14 selbständig nebeneinander her. Der Antrag aus § 14 konnte daher auch noch nach Eintritt der Rechtskraft des Steuerbescheides wirksam gestellt werden. Seit dem 1. Jan. 1931 dagegen ist hinsichtlich der Steuerbegünstigung aus § 14 nach § 235 Nr. 4 ABG.D. nicht mehr das Verwaltungsverfahren, sondern das Berufungsverfahren gegeben. Die Vergünstigung ist also seitdem ebenso zu behandeln wie die Befreiungsvorschriften des § 8, nur mit dem Unterschied, daß es noch eines Antrages bedarf. Das bedeutet also, daß über die Vergünstigung nur noch im Veranlagungsverfahren und in dem sich etwa anschließenden Berufungsverfahren entschieden werden kann. Hiernach hätte die Beschw. zwar bis Ende 1930 auch nach Rechtskraft des Steuerbescheides noch wirksam einen Antrag aus § 14 stellen können, dessen weitere Behandlung dann seit dem 1. Jan. 1931 in dem neuer Verfahren zu erfolgen hätte. Da die Beschw. einen solchen Antrag aber erst nachher gestellt hat, galt für ihn auschl. das neue Verfahren, nach dem, da ein Steuerbescheid bereits erlassen war, über die Vergünstigung aus § 14 nur noch im Berufungsverfahren entschieden werden konnte. Daher war die Geltendmachung dieser Vergünstigung nur noch durch Einspruch gegen den Grunderwerbsteuerbescheid möglich.

Der Antrag der Beschw. v. 6. Mai 1932 kann deshalb lediglich als Einspruch in Betracht kommen. Als solcher ist er verspätet eingelegt, da der Grunderwerbsteuerbescheid bereits rechtskräftig geworden war. Es war indessen zu prüfen, ob wegen der Verjährung der Einspruchsfrist Nachsicht zu gewähren war. Sie kann jedoch im vorl. Falle deshalb nicht gewährt werden, weil nach der zwingenden Vorschr. des § 87 Abs. 5 ABG.D. nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der verjährten Frist an gerechnet, Nachsicht nicht mehr bewilligt werden kann.

(RFG., 2. Sen., Urt. v. 11. Aug. 1933, II A 529/32.)

6. § 1 Nr. 1 UmjStG. 1926. Zuschüsse, die ein Zeit-
schriftenhändler zu seinen Kosten der Werbung neuer Be-
zieher durch seine Reisenden und Agenten vom Zeitschrif-

tenverlag erhält, sind beim Händler nicht umsatzsteuer-
pflichtig.

Die beschwerdeführende Zeitschriftengroßhändlerin erhält von den Verlegern der Zeitschriften für die neu gewonnenen Bezahler Zuschüsse zu den von ihr an ihre Vertreter zu zahlenden Provisionen.

Zu Unrecht ist das FinA. davon ausgegangen, daß die Zuschüsse Leistungsentgelt für Leistungen der Beschw. an die Verlagsfirmen seien. Sie stellen vielmehr umgekehrt eine Minderung des von der Beschw. an die Verlagsfirmen für deren Lieferung der Zeitschriften zu entrichtenden Entgelts, also einen Preisnachlaß dar. Ein die Steuerpflicht für die Zuschüsse auslösender besonderer, neben dem Zeitschriftenlieferungs-geschäft stehender Leistungsaustausch zwischen dem Beschw. und den Verlegern ist nicht erkennbar. Denn die Einrichtung und Unterhaltung des Vertreterapparats durch den Beschw., die Auswahl, Anleitung und, soweit solche stattfindet, Beaufsichtigung der Vertreter sind in der wirtschaftlichen Tätigkeit der Beschw. schon an sich begründet. Wenn sie auch als Absatz steigend zugleich im Interesse seines Lieferers liegen, so stellen sie doch keine Leistungen dar, die der Zwischenhändler seinem Lieferer gegenüber vornimmt. Die Zuschüsse, die die Verlagsfirmen der Beschw. gewähren, sind Absatzprämien, die sich als Preisnachlaß auswirken.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 10. Febr. 1933, V A 961, 962/32, S.)

7. § 2 Nr. 2 UmjStG. Porti und Spesen, die eine Bankfirma im Kontokorrentverkehr mit ihren Kunden diesen, sei es auch pauschal, in Rechnung stellt und von ihnen vereinnahmt, gehören zum umsatzsteuerfreien Entgelt.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 28. Juli 1933, V A 450/33 S.)

8. § 3 Nr. 1 UmjStG. 1926. Die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft ist für die Entgelte, die sie von der Reichspost aus der vertragsmäßigen Übernahme der Beheizung der Bahnpostwagen vereinnahmt, umsatzsteuerpflichtig.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 24. Juli 1933, V A 16/32 S.)

9. § 4 UmjStG. 1926; § 96 n. F., § 78 a. F. ABG.D. Der Vergütungsbescheid an den Ausführhändler kann unter Vorbehalt späterer Nachprüfung und Rückforderung des Vergütungsbetrags erlassen werden; wegen eines solchen Vorbehalts ist das ordentliche Rechtsmittelverfahren gegeben.

Vergütungsbescheide an einen Ausführhändler gehören zu den Verfügungen des § 96 n. F. (§ 78 a. F.) ABG.D. Diese Verfügungen können nach dem Gesetz nur unter den Bedingungen a. a. D. Nr. 1—3 zurückgenommen oder eingeschränkt werden. Dabei ist aber ausdrücklich vorausgesetzt, daß in der Verfügung selbst nicht schon Widerruf vorbehalten ist oder weitere Bedingungen aufgestellt sind. Davon ist auch der erk. Sen. im Urt. v. 30. Nov. 1928, V A 111/28 ausdrücklich ausgegangen (vgl. Popitz, UmjStG., 3. Aufl., ErgBd. S. 128 Bem. 6c zu § 4). Ob Widerruf oder

Zu 9. Der Entsch. des RFG. ist zuzustimmen.

Es wird zwar in dem Schrifttum die Ansicht vertreten, daß die Vergütungsbescheide, die von den zuständigen Behörden nach § 4 UmjStG. erlassen werden, den Steuerbescheiden gleichzusetzen sind (Popitz, Komm. z. UmjStG., 2. Aufl., § 4 Bem. VI, 8). Gestützt wird sie auf die Tatsache, daß diese Bescheide bezüglich der Rechtsmittel wie Steuerbescheide behandelt werden (§ 223 a. F., § 235 n. F. ABG.D.). Dem ist nicht beizupflichten. Wie der RFG. zutreffend ausführt, handelt es sich bei der Festsetzung der Vergütung um ein abgekürztes Verfahren, in dem in erster Linie auf Grund der von dem Antragsteller beigebrachten Unterlagen entschieden wird und das das FinA. die Möglichkeit hat, auch bei unvollständigem Nachweis die Vergütung zu gewähren (§ 37 Abs. 3 Satz 2, Abs. 8 Satz 4 Durchf. Best.). Könnten bei der Fassung des § 4 UmjStG. v. 8. Mai 1926 in dieser Richtung noch Bedenken bestehen, da das FinA. auf Antrag die Vergütung gewähren mußte, so dürften diese durch die Neufassung des § 4 UmjStG. v. 30. Jan. 1932 ausgeräumt sein, da die Nachvorschrift in eine Kannvorschrift abgeschwächt ist. Es handelt sich bei den Vergütungsbescheiden um Verfügungen i. S. der §§ 78 a. F., 96 n. F. ABG.D. Diese können nach der erwähnten Gesetzesstelle einen Widerruf oder andere Bedingungen enthalten. Die hierdurch mögliche Beschleunigung des Verfahrens dient auch den Belangen des Antragstellers. Die Gleichsetzung der Vergütungs- mit den Steuerbescheiden würde höchstwahrscheinlich dazu führen, daß die FinA. sie nur nach sorgfältigster Prüfung erlassen oder den Antragsteller in sinngemäßer Anwendung der §§ 82 a. F., 100 n. F. ABG.D. nur vorläufig bescheiden.

RA. Dr. Thiesing, Düsseldorf.

weitere Bedingungen in einer Verfügung i. S. von § 96 u. F. (§ 78 a. F.) AbgD. vorbehalten werden können, wird allerdings von der Art der Verfügung abhängen und daher im einzelnen Falle zu prüfen sein (vgl. Becker, AbgD., 7. Aufl., S. 240 ff. Bem. 4 zu § 96). Es ist aber kein Grund ersichtlich, der einen solchen Vorbehalt beim Vergütungsbescheid der vorliegenden Art hindert. Er wird im allgemeinen auf die bloße Versicherung der begründenden Tatsachen unter Hinweis auf die Buchführung des Antragstellers erteilt. Das Vergütungsverfahren entwickelt sich vorerst als eine Art summarisches Verfahren, bei dem verwaltungsmäßig z. B. auch Abschlagszahlungen gewährt werden können mit dem Ergebnis, daß zunächst eine vorläufige Erstattung der Steuer ausgeschrieben wird. Eine solche beschleunigte Erledigung des Vergütungsantrags liegt vornehmlich im Interesse des Antragstellers. Es sei aber auch darauf hingewiesen, daß die Vorschrift über die Ausführhändlervergütung im UmfStG. 1932 § 4 Abs. 1 zu einer Kannvorschrift geworden ist, und daß auch in § 37 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz und Abs. 8 Satz 4 die Gewährung der Vergütung auch bei unvollständigem Nachweis vorgesehen ist, was eine Nachprüfung und mögliche Änderung des Vergütungsbescheids dringend erheischt.

(RGZ., 5. Sen., Ur. v. 24. Juli 1933, VA 117/33 S.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Persting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt.]

**** 01.** § 1280 RVD. Der Tag der Ausstellung einer Quittungskarte ist der Berechnung der Anwartschaftsfristen auch dann zugrunde zu legen, wenn die Person, für die sie ausgestellt worden ist, zur Zeit der Ausstellung invalide war oder Invalidenrente bezog. Der entgegenstehende Grundsatz der Entsch. 1218, II, (RVerfANachr. 1905, 466) hat unter der Herrschaft der RVD. keine Geltung mehr.

Nach § 1445 Abs. 3 RVD. kann nach Ablauf von zehn Jahren seit Aufrechnung der Quittungskarte die rechtsgültige Verwendung der in der Aufrechnung bescheinigten Marken nicht mehr angefochten werden, es sei denn, daß der Versicherte oder sein Vertreter oder ein zur Fürsorge für ihn Verpflichteter die Verwendung der Marken in betrügerischer Absicht herbeigeführt hat. Diese Vorschr. schützt die Markenverwendung solcher Personen, die nicht versicherungspflichtig oder nicht versicherungsberechtigt waren, aber auf Grund irrtümlicher Annahme der Versicherungspflicht oder der Versicherungsberechtigung Beitragsmarken verwendet haben. Die Vorschr. des § 1445 Abs. 3 findet auch dann Anwendung, wenn eine Person, die schon beim Beginn der Beitragsleistung invalide war, Marken verwendet hat (vgl. Entsch. 1875 II, RVerfANachr. 1914, 605 = EuM. 3, 215 Nr. 89). Hiernach sind selbst solche Quittungskarten, die für invalide und mithin weder versicherungspflichtige (§ 1236 RVD.) noch versicherungsberechtigte (§ 1443 RVD.) Personen ausgestellt worden sind, an sich geeignet, zur Aufnahme von Beitragsmarken zu dienen; die in ihnen verwendeten Marken erlangen beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1445 Abs. 3 sogar volle Rechtswirksamkeit. Sind aber nach der RVD. Quittungskarten, die für invalide Personen ausgestellt worden sind, geeignet, als Hilfsmittel für eine Beitragsleistung zu dienen, so liegt es jedenfalls nicht in der Absicht des Gesetzes, daß solche Karten bei der Berechnung der Anwartschaftsfristen nach § 1280 Abs. 1 RVD. als nicht vorhanden angesehen und deshalb unberücksichtigt gelassen werden; vielmehr erscheint es geboten, solche Karten auch bei der Berechnung der Anwartschaftsfristen zu berücksichtigen und mithin gem. § 1280 Abs. 1 RVD. den Tag der Ausstellung einer solchen Karte als maßgebend für den Beginn einer Anwartschaftsfrist anzusehen. Diese Auffassung entspricht auch dem Grundsatz von Treu und Glauben. Ein Versicherter, der etwa nach Wiederherstellung seiner Erwerbsfähigkeit, aber vor der Entziehung der Invalidenrente die Arbeit wieder aufgenommen hat und sich in der Annahme der Versicherungspflicht eine neue Quittungskarte hat ausstellen lassen, muß sich darauf verlassen können, daß mit dem Tage der Ausstellung dieser Karte entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes eine neue Anwartschaftsfrist zu laufen beginnt und daß ihm nicht später entgegengehalten werden kann, die Karte sei zu Unrecht ausgestellt worden und komme deshalb für die Berechnung der Anwartschaftsfristen nicht in Betracht.

(RVerfA., 9. RevSen., Ur. v. 2. Febr. 1933, IIa 8502/31⁰) [R.]

II. Länder. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Pries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. § 1 GewStbD. Ein vom RGPräs. gemäß dem Schiedsvertrag ausgewählter und zum Obmann eines privaten Schiedsgerichts bestellter RGPr. ist gewerbeertragssteuerpflichtig.

Nach § 1 Abs. 2 GewStbD. gilt als steuerpflichtiger Gewerbebetrieb jede fortgesetzte, auf Gewinnerzielung gerichtete selbständige Tätigkeit, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Ob die Tätigkeit i. S. des Sprachgebrauchs oder nach der Sprachweise anderer Gesetze als „Gewerbe“ anzusehen ist, spielt nach der Umschreibung des Gewerbebegriffs im § 1 Abs. 2 a. a. D. keine Rolle (vgl. DWG. 89, 17). Der Einwand des Beschwz., daß die Schiedsrichtertätigkeit mit „Gewerbe“ nichts zu tun habe, ist daher unbeachtlich. Für die Frage der Gewerbesteuerpflicht kommt es lediglich darauf an, ob die Tätigkeit den Erfordernissen des § 1 Abs. 2 a. a. D. genügt. Die Berufung auf die Befreiungsvorschr. des § 3 Nr. 2 GewStbD. i. d. Fassung des Ges. v. 17. April 1930 (GS. 93) scheidet, wie der VerAusSch. mit Recht angenommen hat, von vornherein aus, weil die schiedsrichterliche Tätigkeit zweifelslos nicht als Ausübung eines der „reinen“ Wissenschaft genutzten Berufs anzusehen ist. Sie ist ebenso wie die Tätigkeit des RA. oder des Arztes nur eine mittelbare wissenschaftliche Tätigkeit (vgl. DWG. 89, 31; 88, 43, 44), die nach dem Willen des Gesetzgebers — sonst hätte die Streichung des Berufs als RA. und als Arzt in dem § 3 Nr. 2 GewStbD. ehemaliger Fassung keinen Sinn — v. 1. April 1930 ab keine Gewerbesteuerfreiheit mehr genießt.

Eine fortgesetzte Tätigkeit kann auch dann vorliegen, wenn die Tätigkeit nicht fortlaufend, sondern mit zeitlichen Unterbrechungen ausgeübt wird. Wurde die schiedsrichterliche Tätigkeit nicht nur gelegentlich und vereinzelt ausgeübt, sondern bestand bei Übernahme der einzelnen Tätigkeit die Absicht, sie bei nächster Gelegenheit zu wiederholen und aus dem wiederholt ausgeübten Schiedsrichteramte eine ständige Erwerbsquelle zu machen, so kann eine fortgesetzte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit nicht bezweifelt werden (vgl. DWG. i. StStS. XI, 128 f., 133). Der VerAusSch. hat nun in Betracht gezogen, daß der Beschwz. in den Jahren 1928—1931 in neun Fällen als Obmann in Schiedsgerichten tätig gewesen ist und i. J. 1929 dafür in zwei Fällen einen Gewinn von 10 972 RM erzielt hat. Wenn hieraus der Schluß gezogen worden ist, der Beschwz. habe die Absicht gehabt, die Schiedsrichtertätigkeit nicht nur einmalig und gelegentlich auszuüben, sondern bei sich später anbietender Gelegenheit zu wiederholen, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden und genügt zur Feststellung einer fortgesetzten, auf Gewinnerzielung gerichteten Tätigkeit.

Die Beteiligung am „allgemeinen“ wirtschaftlichen Verkehr erfordert, daß jene Tätigkeit nach außen hin in die Erscheinung tritt (DWG. i. StStS. 7, 407; 10, 382; 11, 127; R. u. PrVerwBl. 54, 34, 35). Wie der Sen. bereits für die Tätigkeit des gerichtlichen Sachverständigen sowie des Konkurs- und Zwangsverwalters ausgesprochen hat (vgl. R. u. PrVerwBl. 52, 741; DWG. 85, 85 f., 88), kann eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr auch dann stattfinden, wenn der Auftrag zu der einzelnen Tätigkeit durch eine amtliche Stelle — hier durch den RGPräs. — vermittelt wird, eine Stelle, der die Bereitwilligkeit des Auftragsempfängers zur Übernahme der Tätigkeit bekannt war. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist jene Amtsstelle nur eine Art Vermittlungsstelle zwischen dem Berufstätigen und dem Publikum, nämlich den Parteien, die ihn als Schiedsrichter in Anspruch nehmen wollen.

(PrDVG., 8. Sen., Ur. v. 30. Mai 1933, VIII G St 155/33.)

Ber. von RGPräs. Dr. Biermann, Paderborn.

*

2. § 84 Abs. 1 PrKontrAbgG. Wird ein Steuerschuldner hinsichtlich des von der staatlichen GrVermSt. freigestellten, gemäß der RabOrd. v. 8. Juni 1834 steuerpflichtigen Teils seines Grundbesitzes nicht zur Gemeindesteuer herangezogen, so gilt i. S. § 84 Abs. 1 KontrAbgG. dieser Teil als besonderes Steuerobjekt und ist, bei der Veranlagung übergangen, nicht minder veranlagt.

(PrDVG., 7. Sen., Entsch. v. 28. April 1933, VII C 141/32.)