

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 Vofß**, 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 / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63 673.

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

Aufruf der Reichsregierung an das deutsche Volk!

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk sind sich einig in dem Willen, eine Politik des Friedens, der Versöhnung und der Verständigung zu betreiben, als Grundlage aller Entschlüsse und jeden Handelns.

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk lehnen daher die Gewalt als ein untaugliches Mittel zur Behebung bestehender Differenzen innerhalb der europäischen Staatengemeinschaft ab.

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk erneuern das Bekenntnis, jeder tatsächlichen Abrüstung der Welt freudig zuzustimmen, mit der Versicherung der Bereitwilligkeit, auch das letzte deutsche Maschinengewehr zu zerstören und den letzten Mann aus dem Heere zu entlassen, insofern sich die anderen Völker zu Gleichem entschließen.

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk verbinden sich in dem aufrichtigen Wunsche, mit den anderen Nationen einschließlich aller unserer früheren Gegner im Sinne der Überwindung der Kriegspychose und zur endlichen Wiederherstellung eines aufrichtigen Verhältnisses untereinander alle vorliegenden Fragen leidenschaftslos auf dem Wege von Verhandlungen prüfen und lösen zu wollen.

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk erklären sich daher auch jederzeit bereit, durch den Abschluß kontinentaler Nichtangriffspakte auf längste Sicht den Frieden Europas sicherzustellen, seiner wirtschaftlichen Wohlfahrt zu dienen und am allgemeinen kulturellen Neuaufbau teilzunehmen.

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk sind erfüllt von der gleichen Ehrauffassung, daß die Zubilligung der Gleichberechtigung Deutschlands die unumgängliche moralische und sachliche Voraussetzung für jede Teilnahme unseres Volkes und seiner Regierung an internationalen Einrichtungen und Verträgen ist.

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk sind daher eins in dem Beschlusse, die Abrüstungskonferenz zu verlassen und aus dem Völkerbund auszuschcheiden, bis diese wirkliche Gleichberechtigung unserem Volke nicht mehr vorenthalten wird.

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk sind entschlossen, lieber jede Not, jede Verfolgung und jegliche Drangsal auf sich zu nehmen, als künftighin Verträge zu unterzeichnen, die für jeden Ehrenmann und für jedes ehrliebende Volk unannehmbar sein müssen, in ihren Folgen aber nur zu einer Berewigung der Not und des Elends des Versailler Vertragszustandes und damit zum Zusammenbruch der zivilisierten Staatengemeinschaft führen würden.

Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk haben nicht den Willen, an irgendeinem Rüstungswettlauf anderer Nationen teilzunehmen, sie fordern nur jenes Maß an Sicherheit, das der Nation die Ruhe und Freiheit der friedlichen Arbeit garantiert. Die deutsche Reichsregierung und das deutsche Volk sind gewillt, diese berechtigten Forderungen der deutschen Nation auf dem Wege von Verhandlungen und durch Verträge sicherzustellen.

Die Reichsregierung richtet an das deutsche Volk die Frage:

Billigt das deutsche Volk die ihm hier vorgelegte Politik seiner Reichsregierung und ist es bereit, diese als den Ausdruck seiner eigenen Auffassung und seines eigenen Willens zu erklären und sich feierlich zu ihr zu bekennen?

Berlin, den 14. Oktober 1933.

Die Reichsregierung.

Der Reichskanzler Adolf Hitler. — Der Stellvertreter des Reichskanzlers v. Papen. — Der Reichsminister des Auswärtigen Freiherr v. Neurath. — Der Reichsminister des Innern Fried. — Der Reichsminister der Finanzen Graf Schwerin v. Krosigk. — Der Reichswirtschaftsminister Dr. Schmitt. — Der Reichsarbeitsminister Franz Selbte. — Der Reichsminister der Justiz Dr. Gurtner. — Der Reichswehrminister v. Blomberg. — Der Reichspost- und Reichsverkehrsminister Freiherr v. Elz-Rübenach. — Der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft R. Walther Darré. — Der Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda Dr. Goebbels. — Der Reichsminister der Luftfahrt Göring.

Die Grundzüge des Reichserbhofrechts.

(Gesetz vom 29. September 1933, RGBl. I, 685.)

Von Ministerialrat Dr. W. Bogels, Berlin.

Als Festgeschenk zum ersten Erntedankfest nach der nationalen Erhebung hat die Reichsregierung dem deutschen Bauern das Reichserbhofgesetz dargebracht. Das neue Recht soll eines der Mittel sein, um die Not des Bauerntums und des deutschen Volkes zu beseitigen. Die Bedeutung des Gesetzes geht über eine Neuordnung des bäuerlichen Erbrechts weit hinaus. Es bildet das Kernstück unserer Bevölkerungs- und Agrarpolitik. Nur wer sich den Ernst der Lage vor Augen hält, wird das Gesetz richtig verstehen.

In Deutschland kamen noch um das Jahr 1900 jährlich auf 1000 Einwohner 36 Geburten. Heute ist diese Zahl auf 14 herabgesunken. Diese Entwicklung muß zum Bevölkerungszustand, zur Schrumpfung des Volkskörpers und schließlich zum Volkstod führen. Die Erfahrung hat gezeigt, daß das Land gegenüber diesem Niedergang widerstandsfähiger ist als die Stadt. Die Umkehr muß daher auch zunächst vom Land ausgehen. Der Bauer hat im allgemeinen mehr Verständnis für die Notwendigkeit der Fortpflanzung und für die Erhaltung seines Geschlechts als der Städter. Er ist auch in der Regel körperlich kräftiger und gesünder. Wenn wir als Volk nicht zugrunde gehen wollen, müssen wir also den Bauer als Lebensquell der Nation erhalten und den Bauernhof als Unterlage erbgesunder Bauerngeschlechter vor Gefahren schützen. Diese Erkenntnis ist nicht neu, neu sind aber die Wege, auf denen die Regierung Adolf Hitlers dieses Ziel zu verwirklichen sucht: Diese Wege sind

1. Zusammenschluß der gesamten bäuerlichen Selbstverwaltung im Reichsnährstand, der nach dem Führerprinzip geleitet wird (Ges. v. 15. Juli 1933 [RGBl. I, 495]),
2. Schaffung von Festpreisen für landwirtschaftliche Erzeugnisse, um den Bauer aus den Schwankungen der Markt- und Wirtschaftslage herauszulösen (Ges. v. 13. und 26. Sept. 1933 [RGBl. I, 626, 667]; WD. vom 29. Sept. 1933 [RGBl. I, 701]),
3. Entschuldung der Landwirtschaft (Ges. v. 1. Juni 1933 [RGBl. I, 517]), insbes. der Erbhöfe (durch ein noch zu erlassendes Gesetz), um sie aus der Abhängigkeit vom Leihkapital zu befreien, und schließlich
4. Erhaltung des Hofes im Besitz des Bauerngeschlechts durch das Auerbenrecht sowie durch Verbot der Veräußerung, Belastung und Zwangsvollstreckung.

Dies ist die Aufgabe des von dem RZM. Dr. Gürtner und dem RNährM. und Reichsbauernführer R. Walter Darré geschaffenen Reichserbhofgesetzes v. 29. Sept. 1933 [RGBl. I, 685]). Der in diesen Gesetzen zum Ausdruck gekommene grundsätzliche Wandel der Anschauungen läßt sich am besten wie folgt zusammenfassen: Der Bauer soll sich nicht wie ein amerikanischer Farmer als kapitalistischer Unternehmer ansehen, der seinen Boden ausschließlich nach dem aus ihm zu ziehenden Geldbetrag bewertet. Für den deutschen Bauern soll vielmehr der Hof ein heiliges Erbe sein, das ihm von seinen Vätern anvertraut ist, damit er es seiner Familie und Sippe erhalte und zum Besten des Gemeinwohls verwalte.

Wie groß die Bedeutung des Reichserbhofgesetzes ist, erhellt daraus, daß es rund 500 000 bäuerliche Betriebe erfassen soll. Es verlohnt sich daher für alle Beteiligten der Mühe, sich mit seinen Grundzügen vertraut zu machen.

I. Der Erbhof.

Im Mittelpunkt des Gesetzes steht der Erbhof. Hierunter ist eine land- oder forstwirtschaftlich genutzte Besitztung von mindestens einer Ackerfrucht und nicht mehr als 125 ha zu verstehen, die im Alleineigentum einer bauernfähigen Person steht.

1. Mindest- und Höchstgrenze.

Eine Besitztung, die nicht zur Erhaltung eines bäuerlichen Geschlechts ausreicht, kann nicht Erbhof sein. Andererseits muß es eine obere Grenze geben, denn das Gemeinwohl

verlangt, daß möglichst viele Familien eine selbständige Ackerfrucht erhalten. Diesem Zwecke würde es widersprechen, wenn man auch den Großgrundbesitz maßlos zum Erbhof erklären wollte. Die Grenze wurde auf 125 ha festgesetzt, weil vor dem Beginn des Bauernlegens (also vor der Zeit um 1800) das normale Landgut auch im Osten in der Regel nicht größer war als 500 Morgen.

Besitzungen, die innerhalb dieser Größenmaße liegen, werden ohne weiteres Erbhof. Die Höfe sollen zwar in eine Erbhöferolle eingetragen werden. Diese Eintragung hat aber nur bestätigende, nicht rechtsbegründende Bedeutung. Auch Renten- und Ansiedlungsgüter, die innerhalb der Mindest- und Höchstgrenze liegen, erhalten die Erbhofeigenschaft. Nur Höfe, die ständig durch Verpachtung genutzt werden, da der Eigentümer sie nur als eine Kapitalanlage betrachtet, und vorläufig auch Erbpachtgüter sind ausgenommen.

Der größere, nicht zu stark verschuldete Besitz kann Erbhof werden, wenn er in mehrere selbständige Betriebseinheiten zerlegt wird, von denen jede für sich den Erfordernissen eines Erbhofs entspricht. Diese mehreren Erbhöfe können zunächst noch in der Hand desselben Eigentümers bleiben; bei dem nächsten Erbfall kann aber grundsätzlich keinem Erben mehr als ein Hof zufallen.

Außerdem kann der Reichsernährungsminister Besitzungen von mehr als 125 ha durch Einzelverfügung auf Antrag oder von Amts wegen zum Erbhof erklären, wenn besondere Gründe vorliegen (z. B. Rechtfertigung der größeren Ausdehnung durch Bodenart oder Klima, Forterbung des Hofes in demselben Geschlecht seit mehr als 150 Jahren, Ehrung eines besonders verdienten Deutschen, Zusammenhang mit künstlerisch oder kulturgeschichtlich wertvollen Gebäuden oder Anlagen). Diese Bestimmung ist besonders wichtig für die Fideikommissionen. Familiengüter unter 125 ha werden, wenn sie den Erfordernissen des Gesetzes genügen, ohne weiteres Erbhof. Familiengüter über 125 ha erfahren zunächst keine Veränderung. Die reichsrechtliche Anordnung, daß Familienfideikommissionen aufzulösen sind, sowie die Auflösungsgeetze der Länder bleiben bestehen. Wird bei der Auflösung aus dem Fideikommiß nach dem preußischen Zwangsauflösungsgezet v. 22. April 1930 (GS. 125) ein staatlich überwachtcs Waldgut oder Deichgut gebildet, so wird es zwar nicht Erbhof, es darf aber nach dem bisherigen Auerbenrecht vererbt werden. Das Familien- oder das Waldgut können aber auch durch Verfügung des Ministers zum Erbhof erklärt werden mit der Wirkung, daß ihre rechtliche Behandlung sich von da ab in erster Linie nach den Regeln des Reichserbhofgesetzes bestimmt.

2. Erfordernis des Alleineigentums.

Ein Besitz, der im Eigentum einer juristischen Person oder mehrerer natürlicher Personen steht, wird nicht Erbhof. Die Staatsdomänen, die Besitzungen einer Gemeinde, einer Stiftung, einer GmbH, einer AktG. usw. werden also nicht dem Erbhofgesetz unterstellt. Juristische Personen können nicht im eigentlichen Sinne beerbt werden. Hier hätte also das Auerbenrecht keinen Sinn.

Auch die Besitzungen, die zu einer ehelichen Gütergemeinschaft gehören, werden nicht Erbhof. Der Hof soll im Besitz der angestammten Familie bleiben. Diesem Zweck widerspricht es, wenn das Eigentum am Hof zur Hälfte auf den Ehegatten übertragen wird mit der Folge, daß der Hof beim Tode des einen u. U. auf den überlebenden Ehegatten und damit auf eine andere Familie übergeht. Der Gesetzgeber hat zunächst davon abgesehen, die bestehenden Gütergemeinschaften aufzulösen. Er rechnet damit, daß die mit dem Erwerb der Erbhofeigenschaft verbundenen Vorteile (Unteilbarkeit, Entschuldung, Vollstreckungsschutz, Befreiung von Erbschafts- und Grunderwerbsteuer usw.) so groß sind, daß die Beteiligten sich über ein vertragliches Ausscheiden des Hofes

aus der ursprünglichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft oder aus sonstigem Miteigentum einigen. Vielleicht bringt auch die Durchf. d. eine besondere Übergangsbestimmung.

3. Der Weinbau sowie der Gemüse- oder Obstbau gehören zur Landwirtschaft im weiteren Sinne. Auch Betriebe dieser Art können eine Familie durch Generationen hindurch erhalten. Daher lag kein Anlaß vor, ihnen die Erbhofeigenschaft zu verweigern.

II. Der Bauer.

Der Eigentümer eines Erbhofs ist Bauer. Eigentümer oder Besitzer (z. B. Pächter) anderen land- oder forstwirtschaftlich genutzten Besitzes heißen Landwirt. Andere Bezeichnungen, z. B. Rittergutsbesitzer, Majoratsherr, sind von jetzt ab unzulässig.

1. Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit und Rasseinheit.

Der Bauer muß deutscher Staatsangehöriger sein. Ein Ausländer (z. B. ein Österreicher) kann also nur Anerbe werden, wenn er sich zuvor in Deutschland einbürgern läßt.

Der Bauer muß ferner deutschen oder stammesgleichen Blutes sein. Das Gesetz stellt hier zunächst den wichtigsten Fall klar: Deutschen oder stammesgleichen Blutes ist nicht, wer unter seinen Vorfahren jüdisches oder farbiges Blut hat; das heißt aber nicht, daß alles Blut, das weder jüdisch noch farbig ist, stammesgleich sei. Stammesgleich sind vielmehr nur die Völker, die in geschlossener Volkstumsstiedlung seit geschichtlicher Zeit in Europa beheimatet sind. Hierzu gehören alle arischen Europäer und ihre reinblütigen Nachkommen in den Kolonialländern, aber auch die nichtarischen Europäer, z. B. Ungarn, Finnen und Esten, dagegen wohl nicht die mehr asiatischen Türken. Stichtag für die Nachprüfung der Rasseinheit ist der 1. Jan. 1800. Man muß also bei der Nachprüfung bis zu den Voreltern zurückgehen, die am 1. Jan. 1800 gelebt haben. Dieses Datum wurde gewählt, weil vor der um diese Zeit stattfindenden Judenemanzipation Ehen mit Juden oder Farbigen in den europäischen Ländern durchweg verboten oder doch tatsächlich unmöglich waren. Bestehen Zweifel über die Rasseinheit, so können diese durch Anfrage beim Sachverständigen für Rasseforschung beim Reichsministerium des Innern geklärt werden.

2. Ehrbarkeit des Bauern.

Der Bauer muß ehrbar sein. Im Bauernstand soll ähnlich wie im Offiziersstand oder im Adel das Ehrgefühl besonders gepflegt werden. Wer in grober Weise gegen die Standesehre verstoßen hat, kann nicht Anerbe werden. Wenn er schon Bauer ist, kann ihm die Verwaltung und Nutzung, u. U. sogar das Eigentum am Hof genommen werden. Der Unehrlbarkeit steht es gleich, wenn der Bauer seine Schulden nicht zahlt, obwohl er dazu bei ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung in der Lage wäre. Der Druck der Standesgewalt soll also den staatlichen Vollstreckungszwang ergänzen.

3. Befähigung des Bauern.

Der Bauer muß fähig sein, den Hof ordnungsmäßig zu bewirtschaften. Es ist nicht unbedingt notwendig, daß der Bauer den Hof persönlich verwaltet. Er kann ihn auch vorübergehend verpachten oder durch einen Angestellten verwalten lassen. Er muß aber durch seine Persönlichkeit die Gewähr dafür bieten, daß der Hof in ordnungsmäßigem Zustand dem Geschlecht erhalten bleibt. Untauglich ist z. B., wer entmündigt ist, in der Regel auch, wer unter das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 529) fällt.

III. Erbsfolge kraft Anerbenrechts.

Ein Bauernhof kann nicht wie eine Summe Geldes in beliebige Teile zerlegt werden. Er bildet eine Wirtschaftseinheit, die durch Teilung ihren Wert verliert. Dieser Sachverhalt hat von jeher dazu geführt, daß der Bauernhof in der überwiegenden Zahl der Fälle auf einen Erben übergeht, während die übrigen Erben in irgendeiner Weise befunden werden. Die Anerbensitte hat schon im Mittelalter in entsprechenden Rechtsfähen ihren Niederschlag gefunden.

Diese haben sich auch gegenüber dem römischen und dem Naturrecht behauptet. In neuerer Zeit hat man den Wert des Anerbenrechts wieder erkannt. Bereits das preussische Gesetz über die bauerliche Erbsfolge in der Provinz Westfalen vom Jahre 1836 führte das Anerbengesetz wieder in das geschriebene Recht ein. Diesem Gesetz sind zahlreiche weitere Gesetze für einzelne Teile Preußens und für die übrigen deutschen Länder gefolgt. Es ist das Verdienst der preussischen Staatsregierung, durch das Gesetz v. 15. Mai 1933 (GS. 165) diese ungerechtfertigte Vielgestaltigkeit durch ein einheitliches Gesetz für ganz Preußen ersetzt zu haben. Das Reichsgesetz konnte einen großen Teil dieses preussischen Rechts übernehmen.

1. Die Anerbenordnung.

Der Erbhof fällt einem der Erben, dem Anerben, zu. Die Reihenfolge für die Berufung zum Anerben weicht von der gesetzlichen Erbsfolge des BGB. erheblich ab. Es kann auch der Fall vorkommen, daß jemand Anerbe wird, der nach BGB. überhaupt nicht gesetzlicher Erbe wäre. Daher bestimmt das Gesetz, daß der Erbhof hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolgeordnung einen besonderen Teil der Erbschaft bildet.

Die Abweichung vom allgemeinen Erbrecht besteht hauptsächlich darin, daß die männlichen Verwandten vor den weiblichen bevorzugt werden. Dies erklärt sich aus dem Bestreben, den Hof möglichst dem angestammten Geschlecht zu erhalten und den Übergang in eine andere Familie zu verhindern. Deshalb sollen z. B. die Brüder des Erblassers und deren Söhne den Töchtern des Erblassers vorgehen. Der Gesetzgeber war sich aber dessen bewußt, daß diese Bevorzugung der Agnaten (die uns aus dem Fideikommißrecht geläufig ist) zur Zeit noch nicht überall der bauerlichen Auffassung entspricht. Das Gesetz bestimmt daher, daß für den nächsten auf das Inkrafttreten des Gesetzes folgenden Erbfall die Schlechterstellung der Töchter gegenüber den Agnaten noch nicht eintreten soll. Auch später kann der Erblasser mit Zustimmung des Anerbengerichts die Töchter vor anderen Verwandten zum Anerben bestimmen.

Zu den gesetzlichen Anerben gehört nicht der Ehegatte des Erblassers. Dieser erhält den Anteil, u. U. auch bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des Anerben die Verwaltung und Nutzung am Erbhof. Er kann auch vom Erblasser zum Anerben bestimmt werden, aber nur wenn gesetzliche Anerben nicht vorhanden sind. Diese verhältnismäßig ungünstige Stellung des Ehegatten erklärt sich aus dem Wunsch des Gesetzgebers, den Übergang des Erbhofs in eine andere Familie nur im äußersten Notfall zuzulassen.

Sind keine gesetzlichen Anerben vorhanden und hat der Erblasser keinen Anerben bestimmt, so fällt der Hof nicht etwa an irgendeinen entfernteren Verwandten, sondern dann wird der Anerbe durch den Reichsbauernführer bestimmt. Dieser soll hierbei die Verwandten oder Verschwägerten des Erblassers bevorzugen. Diese Regelung bietet die Gewähr dafür, daß der Hof nur an einen geeigneten Nachfolger weitergeht.

Innerhalb der gleichen Ordnung soll je nach dem in der Gegend geltenden Brauch Ältesten- oder Jüngstenrecht gelten. Besteht kein bestimmter Brauch, so gilt Jüngstenrecht. Der Gesetzgeber bevorzugt also das Jüngstenrecht, und zwar wohl mit Recht, denn dieses ermöglicht eine bessere Ausstattung der älteren Geschwister und bewirkt, daß der Hof weniger oft seinen Besitzer wechselt.

2. Beschränkung der Testierfreiheit.

Die Erhaltung des Bauerngeschlechts auf der angestammten Scholle entspricht, wie eingangs dargelegt wurde, einem zwingenden Bedürfnis des Gemeinwohls. Der Gesetzgeber kann daher nicht zulassen, daß der Bauer die Erbsfolge kraft Anerbenrechts durch Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) ausschließt oder abändert. Der Bauer kann nur unter gewissen Voraussetzungen den Anerben bestimmen. Im übrigen kann er nur über das außerdem am Hof vorhandene Vermögen (im Fideikommißrecht würde man es Allod nennen) von Todes wegen verfügen. Hiermit wird der Grundsatz der Testierfreiheit, wie er noch in Art. 64 Abs. 2 GG/BGB. enthalten war, ausgegeben. Hier zeigt sich die Abkehr von der liberalen Staatsauffassung zu dem Grundsatz: Gemeinnutz geht vor Eigennutz.

3. Versorgung der Miterben.

In den bisher geltenden Anerbengesetzen war stets vorgesehen, daß die Miterben wegen ihres Anteils am Erbhof durch eine Geldrente abzufinden seien. Der Bauer konnte diese Rente bei seinem geringen Verdienst nur schwer aufbringen. Er wich dieser Belastung aus, indem er die Zahl der Kinder und damit der Erben beschränkte. Um dieser unerwünschten Folge entgegenzutreten, hat bereits das vom preußischen JustMin. Kerkel geschaffene preußische Erbhofgesetz v. 15. Mai 1933 sich dazu entschlossen, von einer Verabfindung der Miterben grundsätzlich abzusehen. An deren Stelle ist für den Ehegatten des Erblassers der Anteil und für die Abkömmlinge des Erblassers die Versorgung auf dem Hof bis zur Volljährigkeit sowie der Anspruch auf Berufsausbildung und Ausstaltung getreten. Das Reichsgesetz ist hierin dem preußischen Vorbild gefolgt. Es ist in der Tat für die Familie besser, daß der Hof bei Kräften bleibt und daß die Miterben in den Stand gesetzt werden, sich eine selbständige Lebensstellung zu verschaffen, als daß der Hof durch die Abfindungsrenten zugrunde gerichtet wird. Der Tüchtige unter den Miterben wird sich immer durchsetzen. Der Untüchtige kann nicht verlangen, daß ihm das Wohl der Familie aufgeopfert werde. Dieser Grundsatz der natürlichen Auslese hat sich z. B. im englischen Adel außerordentlich bewährt. Er ist einer der Gründe für die Tüchtigkeit dieser englischen Geschlechter.

Der außer dem Erbhof vorhandene Nachlaß dient in erster Linie zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten. Der danach verbleibende Überschuß gebührt grundsätzlich den Miterben. Es versteht sich von selbst, daß der Bauer, dem alle Kinder gleich lieb sind, seinen Stolz daineinsetzen wird, bei Lebzeiten so viel zu ersparen, daß auch die übrigen Kinder, namentlich die Töchter, einen angemessenen Anteil an der Erbschaft erhalten. Dies wird dem Bauern in Zukunft wohl stets möglich sein, da sich die wirtschaftliche Lage des Bauernstandes durch die Entschuldung, durch die Gewährung von Festpreisen sowie durch die vielen anderen ihnen zugewendeten Vorteile wesentlich verbessern wird.

IV. Verfügungsbeschränkungen.

1. Veräußerungsverbot.

Der Gesetzgeber kann nicht zulassen, daß die gesetzliche Anerbenordnung durch eine Veräußerung unter Lebenden umgangen wird. Daher ist der Erbhof grundsätzlich unveräußerlich. Dies gilt sowohl für den Erbhof als Ganzes wie für seine einzelnen Teile. Auch dies ist eine Auswirkung des Grundsatzes, daß der Einzelne seine Belange dem Gemeinwohl unterzuordnen hat. Das Anerbengericht kann bei wichtigem Grund eine Ausnahme zulassen. Der Hauptfall ist der Übergabevertrag. Es ist in manchen Gegenden üblich, daß der Bauer schon zu Lebzeiten den Hof seinem Nachfolger überträgt. In diese Sitte will das Gesetz nicht eingreifen. Der Hof darf aber auf diese Weise nur demjenigen übertragen werden, der auch beim Erbfall der gesetzliche Anerbe wäre oder zum Anerben bestimmt werden könnte.

2. Unbelastbarkeit.

Einer der Gründe für den Niedergang des Bauernstandes war seine starke Verschuldung. Die Erbhöfe sollen durch ein besonderes Gesetz entschuldet werden, und zwar in der Form, daß die Gläubiger durch eine Rentenbank befriedigt werden, während der Bauer an die Bank eine tilgbare Rente von mäßiger Höhe zahlt. Eine weitere Belastung des Hofes ist grundsätzlich verboten. Nur auf diese Weise glaubt der Gesetzgeber den Bauer den Klauen des Leihkapitals entreißen zu können. Die Rehrseite dieser Regelung ist, daß dem Bauer der Immobilienkredit nicht mehr zur Verfügung steht. Hiermit muß man sich abfinden. Der Bauer soll sich nur noch solche Dinge anschaffen, die er bar bezahlen kann oder für die er Personalkredit erhält.

Das Veräußerungsverbot gilt naturgemäß nicht für Grunddienstbarkeiten oder beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, z. B. nicht für die dingliche Verpflichtung, die Aufstellung eines

elektrischen Leitungsmaßes zu dulden. Dies wird in einer Ausführungsbestimmung klarzustellen sein.

3. Vollstreckungsverbot.

Das Veräußerungs- und Belastungsverbot wäre wirkungslos, wenn dem Bauern der Hof oder seine Verwaltung durch Zwangsvollstreckung weggenommen werden könnte. Daher gelangt der Gesetzgeber folgerichtig zu der Bestimmung, daß in den Erbhof wegen einer Geldforderung nicht vollstreckt werden kann. Nicht verboten ist die Vollstreckung auf Räumung, die z. B. im Falle der Entziehung vom Hof auf Antrag des Reichsbauernführers oder bei ungerechtfertigter Besitzergreifung durch einen Erbschaftsbefiger (§ 2018 BGB.) in Frage kommen kann. Das Vollstreckungsverbot erstreckt sich dagegen grundsätzlich auch auf die landwirtschaftlichen Erzeugnisse des Erbhofs. Hier sind aber Ausnahmen sowohl zugunsten öffentlich-rechtlicher wie privatrechtlicher Geldforderungen zugelassen: Die Erzeugnisse stehen dem Zugriff der Gläubiger insofern offen, als sie nicht für die Weiterführung des Hofes oder für den Unterhalt des Bauern und seiner Familie erforderlich sind. Für privatrechtliche Forderungen ist diese Vollstreckungsmöglichkeit allerdings nur widerruflich vorgesehen (§ 59); es ist aber unwahrscheinlich, daß dieser Widerruf in absehbarer Zeit ausgesprochen wird.

Der Gläubiger kann unbeschränkt in das außer dem Erbhof vorhandene Vermögen vollstrecken. Er kann sich ferner an den Reichsbauernführer wenden, damit er den Bauern an seine Ehrenpflicht zur Bezahlung seiner Schulden erinnere. Hinter dieser Mahnung steht die Drohung mit der Abziehung und Vertreibung vom Hof (§ 15). Bei dieser ganzen Regelung muß man sich vor Augen halten, daß der Bauer durch die Entschuldung, durch die Beseitigung der Abfindungsrenten für die weidenden Erben, durch die Sicherung fester Preise und durch das Verbot der dinglichen Belastung in Zukunft nicht mehr wie bisher immerzu mit Geldsorgen zu kämpfen haben wird. Ein normaler Bauernhof kann also in Zukunft kaum jemals in wirkliche Zahlungsschwierigkeiten geraten.

V. Die Anerbenbehörden.

Das Gesetz sieht einen dreigliedrigen Aufbau gerichtlicher Behörden vor, bei denen Bauern als Beisitzer tätig sein sollen, und zwar Anerbengerichte beim AG., Erbhofgerichte beim OLG. und über ihnen ein selbständiges Reichserbhofgericht. Diese Behörden sollen nach den Regeln des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die Erbhofoseignenschaft einer Person, über die Bauernfähigkeit einer Person, über Streitigkeiten unter Miterben über das Versorgungsrecht, über Abweichungen von der gesetzlichen Anerbenordnung sowie namentlich über die Eintragung des Hofes in die Erbhöferolle entscheiden. Bei all diesen Fragen spielt die Vertrautheit mit den Anschauungen bäuerlicher Kreise und die enge Fühlungnahme mit den Organen des Reichsnährstandes eine bedeutende Rolle. Es erschien daher gerechtfertigt, die Zuständigkeit zur Entscheidung dieser Fragen den ordentlichen Gerichten zu entziehen und sie der ausschließlichen Entscheidung der Anerbenbehörden anzuvertrauen.

Da es sich hier vielfach um Dinge handelt, die für die Bevölkerungs- und Agrarpolitik von Bedeutung sind, ist dem Kreis- und dem Landesbauernführer ein Beschwerderecht eingeräumt. Außerdem steht dem RNährM. gegen die Entscheidungen des Reichserbhofgerichts ein Bestätigungsrecht zu, auf das der Minister allerdings sowohl hinsichtlich einzelner Gruppen von Entscheidungen als auch später allgemein verzichten kann.

Das Erbhofgesetz wendet sich in vielen Dingen entschlossen von bisher herrschenden Auffassungen ab. Niemand wird aber bestreiten können, daß das Gesetz alle seine durchgreifenden Maßnahmen nur trifft, um den Bauer und seine Familie zu fördern und um den ganzen Bauernstand einer glücklicheren Zukunft entgegenzuführen. Diese Erkenntnis, so darf man zuversichtlich hoffen, wird sich bald überall im Land durchsetzen, und es wird sich bestätigen, was vielleicht jetzt nicht alle erkennen, daß dieses Gesetz in Wahrheit eine geschichtliche Tat und den Beginn einer neuen Bauernbefreiung darstellt.

Die deutschrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Von Rechtsanwalt Dr. Rudolf Bechert, München.

Im Anschluß an meine Denkschrift zur Umgestaltung des juristischen Hochschulstudiums, welche im Auftrag des bayr. Staatsmin. der Justiz gefertigt und am 22. April 1933 vorgelegt worden war, hielt es das Ministerium für eine gebotene Aufgabe, die deutschrechtliche Rechtsprechung des RG. zu untersuchen und darzustellen, inwieweit eine solche nachweisbar wäre, um damit zu zeigen, inwieweit noch heute deutschrechtliche Gedanken die Rechtsprechung befruchten. Damit sollte nicht bloß ein Zeugnis für die Lebensfähigkeit deutschen Rechtes geliefert, sondern zugleich sein innerer Wert für die künftige Rechtserneuerung aufgewiesen werden.

Es war nicht zu erwarten, daß die Rechtsprechung im wesentlichen deutschen Rechtsgedanken Raum gegeben hätte; dies verbot ja schon die Aufgabe des RG., geltendes Recht anzuwenden, und aus ihm konnte lediglich vorwiegend romanistischer Geist vernommen werden. Es fragt sich vielmehr, inwieweit das höchste Gericht Deutschlands dort, wo die Rechtsanwendung die ergänzende Auslegung des Gesetzes erheischte oder freie Rechtschöpfung erforderte, in deutschem Rechtsgeiste entschied. Das Ergebnis dieser Untersuchung konnte mit Recht als ein Zeugnis für die Lebenskraft deutschen Gerechtigkeitsempfindens angesehen werden, ein um so überzeugenderes Zeugnis, als sich das deutsche Rechtsempfinden durch die romanistische Schule und ihre Denkweise hindurch erfüllen mußte. Es gibt keine allgemeingültige Gerechtigkeit, sondern lediglich eine aus dem völkischen Bewußtsein hervorquellende Gerechtigkeit. Diese Gerechtigkeit hat das RG. oft lauter und klar geschöpft.

Nach der zu lösenden Aufgabe ist der Teil der Rechtsprechung, welcher auf deutsches Rechtsgut in der Gesetzgebung sich gründet, ohne Bedeutung. Es sind also zu unterscheiden die deutschrechtlichen Gesichtspunkte der Rechtsprechung von dem deutschrechtlichen Gehalt der Gesetze. Auf jene kommt es an; dieser bleibt außer Betracht, auch soweit er notwendig die Rechtsprechung beeinflusst.

Trotz der Pflege einer einheitlichen Rechtsprechung ist die Neigung des RG. zu deutschem Rechtsdenken von der Besetzung der Senate abhängig. Beispielsweise faßte das RG. in der großenteils deutschen Besetzung seine Entscheidungen überwiegend romanistisch. Am deutlichsten kommt dies im Nachbarrecht zum Ausdruck. Wenn die Entscheidung RG. 98, 16 im Ergebnis nach Lage des Falles auch billig sein mochte, so war doch ihre Begründung unzulänglich und insbes. deutschem Rechtsdenken fremd. Es bedurfte lediglich einer weiteren und auch natürlicheren Auslegung des § 907 BGB., um zu dem deutschen Nachbarrecht zu gelangen. Licht und Luftrecht ist ein alter deutscher Nachbarrechtsatz. Er ist bereits im Sachsenspiegel und im Schwabenspiegel enthalten. Derselbe stark romanisierende Senat hat z. B. auch in RG. 131, 159 = JW. 1931, 3434 den den treffenden Erwägungen des OLG. Marienwerder zugrunde liegenden Grundsatz: wer den bösen Tropfen genießt, soll auch den guten genießen, verkannt und mit stark romanistischer Betonung bezweifelt, ob überhaupt § 242 BGB., den das OLG. unbedenklich und mit Recht auf sachenrechtliche Verhältnisse übertrug, auf solche anwendbar sei, und damit seine romanistische Haltung bis in die neueste Zeit grundsätzlich verfolgten.

Im Folgenden wird zunächst ausschließlich die bürgerlichrechtliche Rechtsprechung berücksichtigt. Dabei kommt nichts auf die Vollständigkeit der angeführten Entscheidungen, aber alles auf die in ihnen zum Ausdruck gelangten deutschrechtlichen Rechtsätze an. Als Beleg genügt jeweils die grundsätzliche Entscheidung. Die Überprüfung der gesamten auch nicht-zivilistischen Rechtsprechung erfordert eine umfassende Darstellung, aus welcher hier, der einseitigen Aufgabe entsprechend, nur die wichtigsten Teilergebnisse vorgelegt werden.

Unter den Grundsätzen des deutschen Rechts, welche das bürgerliche Recht beherrschen und in der Rechtsprechung zur Anwendung kamen, lassen sich allgemeine Auslegungsgrundsätze unterscheiden, die für das gesamte Rechts-

gebiet gelten, ferner Grundsätze, welche aus der Rechtsanwendung selbst gewonnen werden, schließlich Rechtsgrundsätze, welche aus besonderen Rechtsrichtungen folgen und deutschrechtliche Rechtsgewohnheiten.

I.

Zu den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen gehört a) die Beschränkung der Einzelrechtsbefugnisse durch die Belange der Volksgemeinschaft.

In diesem Sinne hat das RG. in wiederholten Entscheidungen die Beschränkung des Grundeigentums an gewidmeten Straßen durch den nach den Verkehrsanschauungen und der Verkehrsübung abgewandelten Begriff des Gemeingebrauchs anerkannt. Besonders RG. 125, 113 = JW. 1929, 3383, wo die Aufstellung von Ständen für Zeitungshändler gebilligt wird; ferner RG. 123, 185 = JW. 1929, 1241, wo die Anbringung einer Lichtreklame aus ähnlichen Erwägungen gebilligt wird. Von grundsätzlicher Bedeutung ist die Entsch. RG. 52, 376. Diese überaus fesselnde Entscheidung ist ein deutlicher Beweis dafür, wie sehr der Geist unseres bürgerlichen Rechts die deutschrechtliche Denkweise erschwert. Das RG. führt aus: „es fragt sich nun aber, ob überhaupt eine Verpflichtung des Eigentümers oder Besitzers eines Baumes besteht, Sorgfalt anzuwenden, damit der Baum keinem andern Schaden zufüge, ob nicht vielmehr jeder das Recht hat, seine Sache in dem Zustand zu belassen, in den sie ohne sein Zutun geraten ist, auch wenn sie anderen gefährlich geworden ist, nach dem Grundsatz: qui jure suo utitur, neminem laedit. Das BGB. spricht sich über diese Frage nicht ausdrücklich aus. Wollte man sich bei dieser Sachlage an die Auktorität des römischen Rechts halten, das bis zum Jahre 1900 auch in diesem Punkte das gemeine deutsche Recht war, so würde man dazu gelangen, die Frage in dem letzteren Sinne zu beantworten. Denn das römische Recht beharrte durchaus auf dem Standpunkt, daß an sich niemand zu einer positiven Handlung zu dem Zweck, eine schädliche Einwirkung seiner Sache auf andere Menschen oder fremde Sachen zu verhindern, verpflichtet sei; was insbes. in Beziehung auf Grundstücke darin hervortritt, daß es erst der Bestellung einer *damni infecti cautio* von Seiten des Eigentümers oder sonstigen Berechtigten oder wenigstens des Verlangens einer solchen bedurfte, um einen Anspruch auf Ersatz des durch den fehlerhaften Zustand des Grundstücks verursachten Schadens zu erlangen, während die *actio legis Aquiliae* durch solche Beschädigung nicht begründet wurde.“ Das RG. untersucht dann die systematische Stellung des § 836 BGB. und fährt fort: „wenn man also im übrigen auf dem Standpunkt des römischen Rechts verbleiben, d. h. dabei beharren wollte, daß der Eigentümer bzw. Besitzer einer Sache völlig in seinem Rechte sei, wenn er sich um Gefahren, die anderen durch dieselbe drohen, gar nicht kümmere, so würde der Rechtszustand nach dem BGB. in dieser Materie hinter dem durch das römische Recht aufgerichteten, an billiger Abwägung der in Betracht kommenden Interessen erheblich zurückstehen. Dies kann unmöglich der Sinn der neuesten Rechtsbildung sein wollen und daher verdient die Auffassung den Vorzug, daß in dieser Beziehung der § 836 keine singuläre Norm enthält, sondern daß er insofern nur eine einzelne Anwendung eines dem einseitigen römischrechtlichen entgegengesetzten Grundsatzes darbietet, als jetzt ein jeder auch für Beschädigung durch seine Sachen insoweit aufkommen soll, als er dieselbe bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen hätte verhüten müssen.“ Mit keinem Wort streift das RG. in dieser im Ergebnis deutschrechtlichen Entscheidung deutsche Rechtsgrundsätze, obgleich dies schon nach dem deutschrechtlichen Gehalt des Nachbarrechts greifbar nahe gelegen wäre, ebensowenig wie es auf den erwähten allgemeinen Auslegungsgrundsatz des deutschen Rechts verwies.

b) Ferner werden Einzelrechte durch höhere sittliche Werte, insbes. Persönlichkeitsrechte beschränkt.

Das RG. entschied in RG. 79, 399 = JW. 1912, 867, daß ein allgemeines Persönlichkeitsrecht zwar nicht aus dem bürgerlichen Recht schlechthin folge, sein Schutz aber aus „der Ergänzung bedürftigen Bestimmungen des Kunstschutzgesetzes selbst entnommen werden“ müsse. In folgerichtiger Anwendung dieses deutschrechtlichen Gedankens verwehrt das RG. dem Eigentümer, das Urheberrecht des Künstlers durch Übermalung seines Bildes zu verletzen.

c) Schließlich durch sittliche Pflichten gegenüber der Allgemeinheit.

In vorbildlicher Weise erläutert das RG. in einem Wettbewerbsfall diese Grenzen des Eigenrechts; zunächst erörtert es zutreffend, daß die Anforderungen, die an das sittliche Bewußtsein zu stellen seien, nicht unabänderlich, sondern der „Entwicklung des wirtschaftlichen, sittlichen und geistigen Lebens des Volks“ anzupassen seien. Die Beschränkung der Einzelberechtigung sei insbes. gerechtfertigt aus einem allgemeinen Notrecht; „schwerste Opfer werden von jedem einzelnen im Interesse des Volksganzen gefordert. Es gilt ein Notrecht mit weitreichender Außerkraftsetzung sogar verfassungsmäßiger Grundrechte, insbes. des Art. 153 I RVerf. über die Gewährleistung des Eigentums.“ (RG. 134, 356 = JW. 1932, 1893.) Eine durchaus deutschrechtliche Denkweise. — In ähnlicher Weise hat schon früher der gleiche Senat eine grundsätzliche Entscheidung über die Anfechtbarkeit von Arztpraxiskäufen mit Berufung auf „das allgemeine Volksempfinden“ und die „der Allgemeinheit gegenüber obliegenden Pflichten“ begründet, unter Billigung der bereits von den Vorinstanzen, insbes. dem OLG. Dresden gefundenen Entscheidung RG. 66, 141 = JW. 1907, 473; 75, 120 = JW. 1911, 276.

II.

Deutschrechtliche Grundsätze, welche aus der Rechtsanwendung selbst entspringen, sind

a) die Kundbarkeit.

1. In RG. 93, 243 hat das RG. die aus der Zeit des R.D.H.G. stammende Rechtsprechung (RG. 23, 281) gebilligt, wonach „ein Recht des Dritten im Handelsverkehr“ bestehe, „von den Veränderungen eines einmal kundgegebenen Rechtszustandes oder dem Vorhandensein besonderer von präsumptiven abweichender Ausnahmestände Mitteilung zu erhalten“. Im Sachenrecht hat die teilweise deutschrechtliche Gesetzgebung die Kundbarkeit gefördert. Doch hat auch hier das RG. in der grundsätzlichen Entscheidung RG. 54, 72 die deutschrechtliche Rechtsprechung zur Geltung gebracht, soweit das Gesetz der Auslegung bedurfte, mit dem Satze, daß nach dem Grundsatz Hand muß Hand wahren, und zwar „für den Regelfall, daß dem Inhaber die Inhabung vom Eigentümer überlassen ist“, „der Eigentümer gegenüber einem gutgläubigen Erwerber die Gefahr einer unrechtmäßigen Verfügung des Inhabers tragen“ müsse. Wenn der Grundsatz Hand muß Hand wahren auch lediglich die Bedeutung hat, die Fahrnisverfolgung zu beschränken, so schließt er doch zugleich den öffentlichen Rechtszweck ein und nützt damit der Kundbarkeit. Das RG. und das gesamte neurechtliche Schrifttum pflegt die Bedeutung des Satzes ohnehin nur in letzterem Sinne zu verstehen. Eine weitere auf dem Grundsatz der Kundbarkeit aufgebaute Entscheidung von größter Bedeutung ist die Entscheidung RG. 77, 210 = JW. 1911, 811, „das Geschäftsgebahren von Kaufleuten, mit deren geschäftlichem Unternehmen es abwärts geht, auf das Andringen eines einzelnen Hauptgläubigers, diesem das gesamte Warenlager mit Einschluß der als Ersatz für abgehende Waren neu einlaufenden Waren zu verpfänden oder zur Sicherheit zu übereignen, bildet für den gesunden Kreditverkehr eine schwere Gefahr, wenn nicht das neu-geschaffene dingliche Rechtsverhältnis mit für alle Beteiligten, die sehen wollen, deutlich wahrnehmbaren Kennzeichen nach außen kundgemacht wird. Pfandbestellungen dieser Art, die so wenig äußerlich hervortreten, ... können als rechtsgültig nicht anerkannt werden und können Rechtsschutz gegen Dritte nicht verlangen.“ Wäre das RG. auf diesem vortrefflichen Standpunkt verblieben, so wären wir vor den Gefahren der Sicherungsübereignung verschont geblieben.

Ferner gehört hierher der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, daß jeder seine Handlungen so

gegen sich gelten lassen muß, wie sie von der Verkehrsanschauung aufgefaßt werden. Das RG. bricht hier ausdrücklich mit der Willenstheorie des römischen Rechts und erklärt (RG. 95, 124 = JW. 1919, 450): „das angefochtene Urteil entschuldigt das Verhalten des Klägers ... es sei deshalb nicht festzustellen, daß der Beklagte den Willen gehabt habe, in den Frachtvertrag einzutreten. Auf letzteres kommt es aber, wie dargelegt, nicht an. Entscheidend ist vielmehr, wie sein Verhalten von der Verkehrs-sitte und den Verkehrsanschauungen gewürdigt wird. In dieser Hinsicht kann es nun aber einem Zweifel nicht unterliegen, daß derjenige, der Frachtgut an sich nimmt, wissend, daß es mit einer Nachnahme belastet ist, zu deren Bezahlung er vorher aufgefordert war, und der dann trotz Aufforderung keine Anstalten macht, es herauszugeben, so anzusehen ist, wie einer, der sich zur Bezahlung der Nachnahme und der Fracht verpflichtet hat.“ — Ferner anerkennt das RG. im gleichen Sinn den Grundsatz, daß die Zuverlässigkeit ausdrücklicher vertraglicher Erklärungen ein Erfordernis der Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs sei (RG. 97, 139). Weiterhin ergibt sich aus dem Grundsatz der Kundbarkeit der Rechtsgeschäfte auch die Pflicht der Kundgabe aller für den Gegner „beim Vertragschluß bedeutsamen Tatsachen“, die „nach den Anforderungen von Treu und Glauben im redlichen Verkehr“ zu beurteilen sei (RG. 97, 327). Eine solche Pflicht gilt auch im öffentlichen Recht, z. B. für eine Stadtgemeinde gegenüber ihren Beamten (RG. 110, 387; 125, 298 = JW. 1929, 3375, 318 = JW. 1929, 3377; 126, 244 = JW. 1930, 1188). Mit Recht hat das RG. sogar aus solchem Verhalten weiterreichende Pflichten, als sie in der unmittelbaren Geschäftshaltung begründet sind, auferlegt: wer für Rechnung eines anderen verkauft, sei nach Treu und Glauben auch verpflichtet, den Kaufpreis einzuziehen (RG. 91, 259 = JW. 1918, 138). In der gleichen Richtung liegt die Erwägung, daß ein Verhalten der Partei im Rechtsstreit, das mit einem früher von ihr betätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist, die Einrede der allgemeinen Arglist begründe (RG. 87, 283 = JW. 1916, 184).

Fortschrittlich erklärte schon früher das RG. (RG. 85, 196 = JW. 1914, 934; JW. 1929, 3375, 3377), daß die Verkehrs-sitte selbst bei der Auslegung wechselmäßiger Erklärungen und Unterschriften berücksichtigt werden müsse; ein Grundsatz, der mit Recht bei allen schriftlichen Erklärungen berücksichtigt werden sollte (vgl. jetzt: R.A. Flügge, Berlin: LZ. 1933, 573, formularmäßige und undurchsichtige Verträge als Benachteiligung des Publikums).

In Stillschweigen kann unter Umständen eine arglistige Täuschung gesehen werden. Dies folgt aus dem Grundsatz der Offenheit des Rechtsverkehrs (RG. 77, 314 = JW. 1912, 68): „haben die Beklagten die Unklarheit der Klägerin über die Rechtslage gekannt, so war es ihre Pflicht, sie aufzuklären. Sie durften nicht dazu schweigen, daß ihnen ein wertvolles Vermögensstück, wie die Firma, ohne Gegenleistung allein aus dem Grund ausgeliefert wurde, weil die Klägerin die ihr zustehenden Rechte verkannte.“

Was der Verkehr erfordert, ergibt sich aus der tatsächlichen Übung (RG. 55, 377; 104, 361).

2. Die Rehrseite der Kundbarkeit ist die Verschweigung.

Die Gesetzgebung kennt diese deutschrechtliche Einrichtung nur beim Fund. Die Rechtsprechung hat allgemeine Grundsätze daraus entwickelt. Wenn jemand jahrelang das mangelhafte Vieh nützt, ohne seine Rechte wahrzunehmen, so hat er seine Gewährleistungsansprüche verwirkt (RG. 123, 215 = JW. 1927, 1972). Dieser Grundsatz ist besonders in der Aufwertungsrechtsprechung verwertet worden: sogenannte Verwirkung (RG. 124, 46 = JW. 1929, 1871; 117, 211 = JW. 1929, 1457; 118, 375 = JW. 1928, 650). In dieser Entscheidung meint das RG.: „namentlich ist es das Interesse der Rechtssicherheit, das verlangt, daß längst abgewickelte Geschäfte, auf die man sich allseitig eingestellt hatte, nicht ohne Grund wieder ausgetrieben werden. Ein Wiederauflösen von längst als abgetan betrachteten Geschäften stößt ferner, wie nicht zu verkennen ist, insofern auf besondere Schwierigkeiten, als sich nach so langer Zeit kaum wird feststellen lassen,

welcher Ausgleich den Belangen beider Teile wirklich gerecht wird.“ Diese Verwirkung gründet das RG. auf § 242 BGB. In RG. 127, 323 = JW. 1930, 1694 führt es aus: „an das Verhalten des Verletzten (sc. des Berechtigten) denkt man hauptsächlich, wenn man von Verwirkung spricht. Man beanstandet deshalb ein unverhältnismäßig langes, durch keine besonderen Gründe gerechtfertigtes Zuwarten, wenn der Berechtigte das Verhalten des anderen Teils kennt und nichts unternimmt, obwohl man nach Lage der Umstände ein Vorgehen des Verletzten erwarten mußte, so daß der andere nun annehmen muß, der Berechtigte habe gegen sein Verhalten nichts einzuwenden.“ Im gleichen Sinn (RG. 129, 404 = JW. 1931, 2699): „bei der Verjährung gilt allerdings der Satz, daß die Einklagung eines Teilanspruchs die Verjährung in Ansehung des Restes nicht unterbricht. Aber es wäre verfehlt, diese Auffassung auf die Verwirkung zu übertragen und daraus zu folgern, daß der Gläubiger bei Vermeidung der Verwirkung seines Anspruchs mit der Geltendmachung des vollen Anspruchs nicht zu lange warten dürfe. Denn was sich bei der Verjährung aus den Bedürfnissen des Verkehrs erklärt, ist nicht bestimmend für die Anforderungen von Treu und Glauben, nach denen sich die Frage der Verwirkung entscheidet.“

b) Der Grundsatz, daß jeder seine Erklärungen so gegen sich gelten lassen müsse, wie sie nach der Verkehrsauffassung zu verstehen seien.

Diesem Grundsatz billigt das RG. (RG. 105, 185). Er gilt selbst für stillschweigende Erklärungen (RG. 126, 351 = JW. 1930, 1381). Auch für das öffentliche Recht (RG. 130, 99 = JW. 1931, 1964).

c) Die Billigkeit.

Auf ihrer Grundlage hat das RG. eine bedeutende Rechtsprechung entwickelt, hervorgerufen insbes. durch die ungewöhnlichen Verhältnisse der Kriegs-, Nachkriegs- und Geldentwertungzeit. Die einschlägige Rechtsprechung ist sehr umfangreich. Die Billigkeit kommt zum Ausdruck in Vorteilsausgleichung (RG. 99, 118), in Ungumutbarkeit der Vertragsleistung (RG. 101, 83; 106, 151, 183 = JW. 1923, 291, 307), insbes. in der Berücksichtigung des Einwands der *clausula rebus sic stantibus* (RG. 102, 99 = JW. 1921, 830; 103, 178 = JW. 1922, 798, 328 = JW. 1922, 702; 104, 220 = JW. 1922, 1321). Die Grenzen der Anwendung RG. 102, 273 folgendermaßen an: „nicht jede Erschütterung der wirtschaftlichen Grundlagen vermag schlechthin die einseitige Lösung eines Vertrags zu rechtfertigen, und zwar auch dann nicht, wenn die Vertragserfüllung für denjenigen, der zu einer Sachleistung verpflichtet ist, mit großen Geldverlusten verbunden sein würde (das RG. zitiert: RG. 88, 172 = JW. 1916, 830; 92, 322; 98, 260; 99, 258 = JW. 1921, 291). Erst dann, wenn die Vertragserfüllung sich wirtschaftlich als unmöglich erweist, wenn sie, sei es allein, sei es im Zusammenhang mit dem Zwang, andere gleichartige Verträge unter gleichen Opfern erfüllen zu müssen, den Lieferanten geschäftlich vernichten oder doch an den Rand des geschäftlichen Ruins bringen würde, ergibt sich die wirtschaftliche und rechtliche Notwendigkeit, derjenigen Vertragspartei, die alle Nachteile der wirtschaftlichen Umwälzung der anderen Partei aufbürden will, den Rechtsschutz zu versagen.“ Während diese Erwägungen angreifbar sind, fährt das RG. zutreffend fort: „denn ein Ergebnis, das alle Vorteile der neuen, bei dem Vertragschluß nicht vorhersehbaren wirtschaftlichen Verhältnisse dem einen Vertragssteil allein zugute kommen und den anderen dabei wirtschaftlich zugrunde gehen läßt, würde von ehrbaren Volksteilen nicht verstanden und mit ihrem Gerechtigkeitsgefühl in schroffen Widerspruch treten“ (ferner: RG. 106, 329, 368 = JW. 1923, 992; 107, 126 = JW. 1924, 669). Auf die Geldentwertung angewendet: RG. 106, 10 = JW. 1923, 288; 139, 236 = JW. 1924, 1428; 401 = JW. 1924, 53; 424 = JW. 1923, 803; 107, 21 = JW. 1923, 983; 88, 92, 93 = JW. 1924, 38; 128 = JW. 1924, 669; 149, 150 = JW. 1924, 175, 159, 185, 217; 108, 26 = JW. 1924, 676; 112, 157 = JW. 1924, 1138; 175, 181 = JW. 1924, 1507; 109, 40 = JW. 1925, 600; 99 = JW. 1925, 780; 110, 124. Ausschließlich Billigkeitsgesichtspunkte hebt hervor: RG. 110,

377 = JW. 1925, 1266. Eigene Unachtsamkeit darf man nicht auf den Gegner abwälzen: RG. 121, 57 = JW. 1928, 1813. Schließlich auf die Aufwertung angewendet: RG. 121, 133 = JW. 1928, 1805, wo dargetan wird, daß der Aufwertungsanspruch den wegen veränderter Geschäftszugrunde (clausula rebus sic stantibus) gewährten Rücktritt ablöse (RG. 121, 147 = JW. 1928, 2526; 163 = JW. 1928, 2015, 269; 122, 383 = JW. 1927, 735; 123, 374 = JW. 1929, 1966; 124, 44 = JW. 1929, 1871; 171 = JW. 1929, 2519; 233 = JW. 1929, 2334; 271 = JW. 1929, 2144; 126, 15 = JW. 1930, 58; 47 = JW. 1930, 255; 125 = JW. 1930, 3766). Ferner entwickelte das RG. aus Billigkeitsgrundsätzen den sogenannten Ausgleichsanspruch (RG. 130, 116 = JW. 1931, 1027): „der für die Zubilligung des Ausgleichsanspruchs leitende Rechtsgedanke geht dahin, daß es bei erheblichem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegen Treu und Glauben und damit gegen den das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz des § 242 BGB. verstieße, wenn der Erwerber des Grundstücks den Veräußerer an einem Vertrag festhalten wollte, der mit Rücksicht auf die Aufwertungsgefügung nicht allenthalben bei Bestand bleiben kann.“ — „Die gesetzliche Grundlage des Ausgleichsanspruchs bildet danach der § 242 BGB.“ In einer jüngsten Entscheidung (RG. 140, 273 = JW. 1933, 1766) spricht das RG. von „Rechtsregeln und Grundsätzen der Billigkeit“. Die Billigkeit wurde vom RG. auch bereits zum § 254 BGB. berücksichtigt, wenn auch nicht in diesem bedeutenden Umfang (z. B. RG. 55, 33).

III.

Deutschrechtliche Grundsätze, welche aus besonderen Rechtseinrichtungen folgen, sind

a) aus dem Gesamthandbegriff

1. die Gesamthandberechtigung. Aus der Natur der Gesamthand folgert das RG. 65, 235 = JW. 1907, 303 (94, 243) richtig, daß grundsätzlich jeder Gesamthänder auf das Ganze berechtigt und er nur durch die Rechte seiner Mithänder eingeschränkt sei. Demgemäß entschied das RG., daß auch die Kommanditeinlage den Erben zur gesamten Hand gehöre (RG. 123, 370 = JW. 1929, 1361). Die Entscheidung RG. 70, 33 wendet mit Recht bereits die Bestimmung des § 2039 BGB. auf alle Gesamtsrechtsverhältnisse an, da dieser Rechtsatz keine singuläre Bestimmung enthalte. Bestätigt in RG. 100, 166 = JW. 1921, 526. Zur offenen Handelsgesellschaft hat das RG. den Grundsatz der Gesamthandberechtigung in den Entscheidungen RG. 61, 75; 65, 232 = JW. 1907, 303; 68, 412 = JW. 1908, 450; 73, 293 = JW. 1910, 572; 83, 109 = JW. 1913, 1109), besonders schon in den grundlegenden Entscheidungen RG. 56, 209, in welcher ausdrücklich auf deutsches Privatrecht verwiesen wird (ebenso das 432) wiederholt festgehalten. Ferner entwickelten RG. 71, 370 = JW. 1909, 490 und RG. 86, 68 = JW. 1915, 273 die Grundsätze der Gesamthandklage, erstere weist insbesondere auf die von den Gesamthändern gebildete notwendige Streitgenossenschaft hin.

2. Das Anwachsungsrecht. In folgerichtiger Durchdringung des deutschen Gesamthandgedankens entwickelte das RG. in der grundlegenden Entscheidung RG. 65, 235 = JW. 1907, 303: „den Vorgang bei der Auseinandersetzung zwischen den beiden die OHG. bildenden Teilhabern, wonach der eine das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen und fortsetzen und dagegen den anderen abfinden soll, kann man rechtlich in dem Sinn verstehen, daß der übernehmende den Anteil des Abzufindenden auf Grund einer von diesem vorzunehmenden Übertragung zu seinem eigenen Anteil hinzuerwerbe... Es fragt sich aber, ob der Vorgang in dieser Weise richtig vorgestellt sei. Schon vom Boden des allgemeinen Gesellschaftsrechts nach dem BGB. aus könnte man entgegenhalten, bei der Konstruktion der Gesellschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand sei es gar nicht gerechtfertigt, als wirkenden Grund für den Eigentumserwerb oder die Eigentumsvermehrung in der Hand des abfindenden Gesellschafters eine Übertragung des anderen anzusehen, viel näher liege vielmehr die Erklärung, daß es sich nicht um eine Hinzuerwerbung der Mitberechtigung des Abgefundenen,

sondern lediglich um den Wegfall dieser beschränkenden Mitberechtigung unter Zerfallung des gesamthänderischen Verbands, also um Aktrezienz, Zuwachsung handle.“ (Auf die weiteren z. T. für die Gesamthand unzutreffenden Bemerkungen kommt hier nichts an.) Diese Rechtsanschauung hat das RG. auch in RG. 68, 416 = JW. 1908, 450 festgehalten.

b) Aus dem Genossenschaftsbegriff.

1. Die Unveräußerlichkeit und Höchstpersönlichkeit der Genossenschaftsgliederschaft. Diesen Grundsatz legte das RG. in RG. 87, 409 = JW. 1916, 410 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf O. Gierkes Genossenschaftsrecht fest.

2. Die Deliktshaftung der verfassungsmäßigen Organe. RG. 64, 81 stellt diese Frage für die OHG. und die Kommanditgesellschaft dahin (vgl. aber RG. 109, 275 = JW. 1925, 250), während RG. 64, 27 die Haftung der juristischen Personen aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableitet, wonach „die Verfehlungen, die von den Willensorganen einer juristischen Person im Bereich ihrer gesetzlichen oder satzungsmäßigen Obliegenheiten begangen werden, als eigene Verfehlen der juristischen Person anzusehen seien, für die letztere unmittelbar haftet“. Zur Anwendung der §§ 31 und 89 BGB. ist eine ausgedehnte Rechtsprechung ergangen, die hier wegen der im Gesetz enthaltenen deutschrechtlichen Fassung außer Betracht bleibt.

c) Aus dem Beamtenverhältnis die Treupflicht. Diese im mittelalterlichen Lehnsrecht begründete Treupflicht hat das RG. in einer sehr bemerkenswerten Entscheidung (RG. 124, 234 = JW. 1929, 2334) ausdrücklich auch dem Staat gegenüber seinen Beamten auferlegt. Hieraus ergebe sich die Verpflichtung, entwertete Beamtengehälter aufzuwerten; denn dies sei „eine aus dem Treuverhältnis zwischen Beamten und Körperschaft sich ergebende Pflicht der letzteren“.

d) Aus dem deutschen Sachbegriff.

1. Die Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten (RG. 58, 341).

2. Der Begriff der Sachgesamtheit. Anerkannt in RG. 87, 45 = JW. 1915, 911. Die Sachgesamtheit ist auch als solche Vollstreckungsgegenstand, z. B. ein Lichtspieltheater (RG. 123, 388 = JW. 1929, 1381). Im übrigen ist sie beim Nießbrauch auch gesetzlicher Rechtsbegriff.

e) Aus dem Satz: Feuer geht vor Kauf, daß das Pachtverhältnis über das ganze Grundstück auch nicht durch den Zuschlag eines zwangsversteigerten Grundstücksteils zerrissen wird (RG. 124, 198 = JW. 1929, 1975).

f) Aus der Anwendung des Veranlassungsgrundsatzes: Ausgleichung des Schadens, der durch eine genehmigte Anlage entsteht, ohne Nachweis eines Verschuldens durch den Geschädigten (RG. 92, 49; 97, 291; 98, 348; 99, 98; 100, 72).

IV.

Unter den deutschen Rechtsgewohnheiten, welche, ohne gesetzliche Regelung erlangt zu haben, in der Rechtsprechung von Bedeutung sind, ist die wichtigste

a) die Treuhand.

Zu Bestätigung früherer Erkenntnisse erklärt RG. 91, 16: „von einem Treuhandverhältnis kann . . . nur in solchen Fällen die Rede sein, in denen der eine (Treuhandgeber) einen bisher auch rechtlich zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstand einem anderen (dem Treuhänder) zu treuen Händen übereignet hat, so daß das Treugut zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich aus seinem Vermögen ausgeschieden ist. Dagegen hat das RG. die Annahme eines Treuhandverhältnisses abgelehnt in solchen Fällen, in denen jemand einen Gegenstand lediglich für Rechnung und im Interesse eines anderen als stiller Stellvertreter für diesen von einem Dritten erworben hatte, so daß dem anderen ein schuldnereischer Anspruch auf Übereignung des Gegenstandes an ihn zustand.“ „Das Treuhandverhältnis setzt voraus, daß der eine (Treuhandgeber) den in seinem Eigentum stehenden Gegenstand dem anderen (dem Treuhänder) zu treuen Händen übereignet.“ (RG. 92, 342). Schon RG. 84, 217 = JW. 1914, 596 umreißt den Begriff in folgender Weise: „von einem Treu-

handverhältnis) kann man schon nach allgemeinen Verkehrs-begriffen, jedenfalls aber im Rechtsinn, nur dann sprechen, wenn der eine (Treugeber) aus seinem Vermögen dem anderen (Treuhänder) einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet, und zwar derart, daß der andere das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll. Das Treugut scheidet hierbei rechtlich, wenn auch nicht wirtschaftlich, aus dem Vermögen des Treugebers aus. Der Begriff des Treuhandverhältnisses würde aber völlig ins Unbestimmte zerfließen, wenn man dabei vom Erfordernis des Unvertrauens zu treuen Händen ganz absehen und ein solches Verhältnis überall schon da als vorhanden ansehen wollte, wo jemand im Auftrag eines anderen für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen handelt.“ Während der 7. Senat sich so um die Begriffsbestimmung bemühte, gab der 6. Senat diese Auffassung preis: „ein typischer Treuhändervertrag gibt es nicht; das Rechtsverhältnis muß vielmehr nach den jeweiligen Umständen, insbes. nach dem zugrunde liegenden Auftrag bestimmt werden. In der Rechtsprechung des RG. ist es schon früher als unfruchtbar bezeichnet worden, einen Vertrag als Treuhändervertrag zu bezeichnen und danach entscheiden zu wollen (LJ. 1913, 395; RG. 127, 345 = JW. 1930, 2394). Das RG. hat somit die Treuhand als Rechtsgebilde zur Anerkennung gebracht und ins geltende Recht einzugliedern versucht, wenn dies auch nur unter Erinnerung an die römische fiducia gelingen wollte.“

Ferner gehört in die hier zu behandelnden Rechtseinrichtungen

b) der Garantievertrag. Er hat seine geschichtliche Wurzel in der Geiselschaft. Er bedeutet das Einstehen für einen bestimmten Erfolg, in Form einer selbständigen Verpflichtung. Das RG. hat mehrfach die Begriffsbestimmung des Garantievertrags und seine Abgrenzung von ähnlichen Verträgen, insbes. der Bürgschaft versucht (z. B. RG. 72, 140 = JW. 1909, 722; 90, 416 = JW. 1918, 37 begrenzt den Begriff folgendermaßen): „der Begriff des Garantievertrags, den das Gesetz selbst überhaupt nicht regelt, ist kein einheitlicher. Als Garantievertrag werden im Verkehr vielfach die Nebenverträge bezeichnet, in denen der Verkäufer einer Sache die Gewährleistung für bestimmte Eigenschaften der Sache, der Bedent einer Forderung die Gewähr für die Sicherheit der Forderung übernimmt. . . Als Garantievertrag im eigentlichen Sinn gelten die selbständigen Verträge, in denen jemand sich verpflichtet, für das Eintreten eines bestimmten Erfolges einzustehen, insbes. diejenigen Verträge, in denen jemand der Unternehmung eines anderen dadurch Unterstützung und Förderung zuwendet, daß er das damit verbundene Risiko ganz oder teilweise übernimmt. Unter den Begriff des Garantievertrags in diesem Sinn sind auch solche Verträge eingereicht, bei denen der Erfolg, für den eingestanden wird, in der Vermeidung eines Verlustes durch die Kreditgewährung an einen Dritten, das Risiko, das dem Unternehmer gegenüber übernommen wird, in der Zahlungsunfähigkeit des Dritten besteht. Zur Annahme eines solchen, von der Bürgschaft verschiedenen und den Formvorschriften dieser nicht unterliegenden Garantievertrags genügt aber nicht die Übernahme einer Verpflichtung, für die Schuld eines anderen aufzukommen, für sie einzustehen. Eine solche Verpflichtung übernimmt auch der Bürge; auch er steht, wenn auch in anderer Weise als es beim Garantievertrag geschieht, dafür ein, daß der Gläubiger wegen seiner Forderung befriedigt werde, also nicht den Verlust dieser Forderung erleide. Begrifflich scheidet sich die Bürgschaft von dem Garantievertrag wie auch von der Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme) dadurch, daß sie das Einstehen für eine fremde Schuld als eine der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinzutretende (akzessorische) Verpflichtung enthält, der Garantievertrag in dem hier in Betracht kommenden Sinn dagegen ebenso wie die Schuldmitübernahme die Begründung einer selbständigen, von der des ursprünglichen Schuldners unabhängigen Verpflichtung zum Gegenstand hat. Ob die Vertragsschließenden die eine oder die andere Art dieser Verpflichtungen, die im wesentlichen dem gleichen wirtschaftlichen Zweck dienen, gewollt haben, kann nicht aus der Wahl der gebrauchten Ausdrücke allein ent-

nommen werden; die Ausdrücke aufkommen, einsteigen, sich verbürgen, garantieren können bei der Übernahme einer Bürgschaft wie bei der Garantieübernahme gebraucht werden. Die Entscheidung kann vielmehr nur unter Berücksichtigung der Lage des Falles in ihrer Gesamtheit getroffen werden. Im Zweifel aber, wenn die Prüfung des Falles nicht bestimmt ergibt, daß die Vertragsschließenden die Begründung einer selbständigen, von der des ursprünglichen Schuldners von vornherein und fortdauernd unabhängigen Verpflichtung (vgl. RG. 64, 318) gewollt haben, kann in der Verpflichtung für die Schuld eines anderen aufzukommen, für die Befriedigung des Gläubigers einzustehen usw., nur die Übernahme einer Bürgschaft erblickt werden. Von einem Garantievertrag, der die Schadloshaltung des Gläubigers wegen des ihm durch die Nichterfüllung eines Vertrags seitens des Schuldners oder durch dessen sonstiges vertragswidriges Verhalten entstehenden Schaden zum Gegenstand hat, kann nun nur dann die Rede sein, wenn dieser Schaden bei dem Vertragsschluß noch nicht entstanden ist, sondern erst mit der Möglichkeit seines Eintritts gerechnet wird. Durch das Garantieverprechen soll dem Gläubiger eine Sicherheit für die Zukunft gegeben wer-

den, eine Sicherheit, die bestimmend wirken soll auf seinen Entschluß, das mit einer Gefahr verbundene Geschäft abzuschließen. Ist der Schaden bereits entstanden, der Mißerfolg eingetreten, dann kann von einem Einsteigen für den Erfolg, dem Kennzeichen des Garantievertrags dieser Art, nicht mehr gesprochen werden; die Zeit des Risikos ist vorüber."

Schließlich ist

c) das dingliche Anwartschaftsrecht eine deutschrechtliche Rechtsgewohnheit. Der Begriff wird technisch verwendet in RG. 101, 187. Nach dem in dieser Entsch. gemeinten Sinn handelt es sich um die anwartschaftliche Gewere. „Die sog. dinglichen Anwartschaftsrechte, wie sie u. a. durch Setzung einer Bedingung geschaffen werden, ... das inhaltlich machtvollste Warterecht aber ist unzweifelhaft die den Gegenstand des Nacherbenrechts bildende Anwartschaft auf den Erwerb der Erbschaft, das aus diesem Grunde in mehreren Entsch. des RG. als ein bereits gegenwärtiges subjektives Recht bezeichnet worden ist“ (vgl. u. a. RG. 83, 254 = JW. 1914, 150). Das RG. betrachtet solche Anwartschaftsrechte als übertragbare Vermögensrechte (S. 191).

Die Neuordnung der deutschen Milchwirtschaft und ihre Bedeutung für das Recht.

Von Rechtsanwält Dr. Hans Merkel II, Augsburg.

I. Die deutsche Milchwirtschaft ist durch das zweite Gesetz zur Änderung des Reichsmilchgesetzes auf eine neue organisatorische Grundlage gestellt worden (RGBl. 1933, I, 527). Der Wert der deutschen Milcherzeugung beträgt jährlich mehrere Milliarden Mark. Die Milchgebzahungen stellen für den Landwirt die einzige ständig fließende Einnahmequelle dar. Die Milch selbst ist eines der wichtigsten Volksernährungsmittel. Auf dem Gebiet der Milchwirtschaft war ein Eingreifen des Gesetzgebers dringend geboten. Um die Jahreswende 1932/1933 waren die Werfmilchpreise in Deutschland auf einen bis dahin unerhörten Tiefstand abgeglitten, die Frischmilchmärkte waren teilweise desorganisiert, die Kleinverkaufspreise und Handelspreisen gegenüber dem Erzeugerpreis überhöht.

Eine Befundung dieser Verhältnisse sollte durch die Organisation der Milchmärkte erzielt werden. Einen Anknüpfungspunkt bildete § 38 MilchG. Die Grundgedanken dieser Vorschrift wurden bereits früher dargestellt (Merkel: JW. 1933, 657). Sie haben durch die Neuregelung eine Fortbildung und Erweiterung erfahren. Es soll nun zunächst der frühere und der gegenwärtige Rechtszustand einander gegenübergestellt werden.

1. Früher stand die Organisationsgewalt zur Bildung milchwirtschaftlicher Zusammenschlüsse den Ländern zu. Sie ist auf den Reichsernährungsminister übergegangen. Dieser kann seinerseits die ihm verliehene Gewalt auf einen Beauftragten übertragen. Durch Erlass v. 31. Juli 1933 ist als Reichskommissar für die Milchwirtschaft Freiherr von Ranke bestellt worden. Hierdurch ist der einheitliche und rasche Vollzug des Gesetzes gewährleistet.

2. Die bisherigen Verfahrensvorschriften zur Bildung milchwirtschaftlicher Zusammenschlüsse sind beseitigt (Art. 3 des Ges.). Zusammenschlüsse können nunmehr durch einfache Anordnung des Reichskommissars gebildet werden. Zur Behebung dringender Mißstände oder Notstände können einstweilige Anordnungen getroffen werden. Wie sich aus der Praxis ergibt, können sie auch materielle Anordnungen zur Absatzregelung treffen.

3. Die milchwirtschaftlichen Zusammenschlüsse sollen nach Wirtschaftsgebieten gebildet werden. Diese decken sich vielfach nicht mit den Landesgrenzen. Hieraus ergaben sich organisatorische Schwierigkeiten, solange sich die Organisationsgewalt bei den Ländern befand. Diese sind nunmehr beseitigt. Ebenso können verschiedene milchwirtschaftliche Zusammenschlüsse untereinander zusammengeschlossen werden. Es

stünde also praktisch einem Zusammenschluß der ganzen deutschen Milchwirtschaft nichts entgegen, sobald sie vollständig nach Milchverorgungs- und Milchverwertungsverbänden organisiert ist.

4. Die innere Verbandsgewalt war bisher unzulänglich. Der Milchkleinhandel konnte zwangsweise in die Zusammenschlüsse nicht einbezogen werden. Anzuverlässige Außenleiter konnten die Verbandsarbeit erschweren. Nunmehr ist auch der Kleinhandel in die Verbände einbezogen. Alle Gruppen sind lückenlos erfasst, die an der Milchverförgung beteiligt sind. Ebenso sind die Verbände ermächtigt worden, Ordnungsstrafen zu verhängen, die nach Art öffentlicher Gefälle beigetrieben werden können.

5. Eine Entschädigung durch das Reich oder das Land wegen eines Schadens, der durch Maßnahmen auf Grund des Gesetzes entsteht, wird nicht gewährt. Dagegen können die Verbände bei Machtmißbrauch Schadenersatzpflichtig gemacht werden. Soweit der Reichskommissar die Organisation durchführt, kann in bestehende Verträge, Lieferungsverhältnisse usw. eingegriffen werden, ohne daß hieraus Schadenersatzansprüche hergeleitet werden können. Soweit der Reichskommissar durch Anordnung oder Setzung die Verbände zu derartigen Maßnahmen ermächtigt, wird gleichfalls eine Schadenersatzpflicht verneint werden müssen. Diese Bestimmung mag im Einzelfall hart erscheinen. Sie war aber zur raschen Reinigung der Milchmärkte notwendig. Berechtigt werden die notwendigen Eingriffe durch den reichsrechtlichen Notstand, der eine rasche Hilfe für die Bauernschaft erfordert. Denn eine organische Marktregelung bedeutet für die Landwirtschaft einen Mehrerwerb von vielen Millionen, ohne daß sich deshalb der Preis für den Verbraucher erhöhen müßte.

6. Das Recht zur Festsetzung von Spannen und Preisen ist den Milchverförgungsverbänden wieder in vollem Umfang übertragen worden (Art. 2 des Ges.). Die Preisausschüsse werden wie bisher von Vertretern der Erzeuger, der Bearbeitungs- und Verarbeitungsbetriebe, des Milchhandels und der Verbraucher gebildet.

7. Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild:

- a) Durch die Übertragung der Organisationsgewalt auf das Reich ist der straffe und einheitliche Vollzug des Gesetzes gesichert.
- b) Die innere Verbandsgewalt der Zusammenschlüsse ist gestärkt. Sie sind damit zu öffentlich-rechtlichen Wirt-

schaftskörpern geworden mit dem Rechte der Selbstverwaltung.

- c) Aufgabe dieser Selbstverwaltungskörper ist die Pflege, Reinigung und Regelung des Marktes, sowie seine geordnete Versorgung.

II. Der Reichskommissar für die Milchwirtschaft hat auf Grund der ihm erteilten Vollmachten bereits weite Gebiete der deutschen Milchwirtschaft organisiert. Aus seinen Anordnungen über die Bildung milchwirtschaftlicher Zusammenschlüsse ergeben sich folgende Grundsätze, die in wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung gleich bedeutsam sind:

1. Die Organisation der Verbände baut sich auf den drei Säulen der Milchwirtschaft auf. Diese sind:

- a) Die Erzeugergruppe. Ihr gehören alle Betriebe des Verbandsgebietes an, die Milch erzeugen.
 b) Die Molkereigruppe. Ihr gehören alle Betriebe des Verbandsgebietes an, die Milch oder Milcherzeugnisse bearbeiten oder verarbeiten.
 c) Die Milchverteilergruppe. Ihr gehören alle Betriebe des Verbandsgebietes an, die mit Trinkmilch oder Milcherzeugnissen handeln.

Soweit einschlägige Verbände bereits bestehen, werden sie zu einheitlichen lückenlosen Organisationen umgebildet oder ausgebaut. Soweit sie nicht bestehen, werden sie neu gebildet. Hierdurch ist die Lückenlosigkeit des Verbandes gewährleistet.

2. Die innere Verbandsgewalt der Zusammenschlüsse äußert sich in folgenden Befugnissen:

- a) Die Regelung der Erzeugung: Der Verband hat das Recht, die von den Verbandsmitgliedern anzuliefernden Mengen Trinkmilch festzusetzen. Durch diese Kontingentierungsbefugnis wird die Erzeugung und Anlieferung dem jeweiligen Bedarf angepaßt. Hierdurch wird die Bildung gesunder und gerechter Preise ermöglicht. Der Preisdruck durch Überbelieferung und die Preissteigerung durch Warenmangel wird hintangehalten.
 b) Die Regelung des Absatzes durch Lieferzwang: Der Verband kann bestimmen, an welche Stelle die in den Verkehr zu bringende Milch zu liefern ist. Hierdurch wird der Absatz weitgehend beeinflusst. Es kann die Lieferung an Bearbeitungs- und Verarbeitungsbetriebe angeordnet werden. Dem Erzeuger wird unter Umständen das Recht genommen, sich seinen Abnehmer selbst auszusuchen. Die Bildung oder Stärkung zentraler Bearbeitungsstätten (Milchhöfe) ist möglich. Soweit eine solche Maßnahme erfolgt, um die Bearbeitungskosten durch die zentrale Erfassung zu senken und damit den hierauf entfallenden Teil der Handelsspanne herabzudrücken, ist hiergegen nicht viel einzuwenden. Unrentable Betriebe, Zerngmolkereien im Stadtgebiet können hierdurch praktisch stillgelegt, nicht voll ausgenützte Betriebe bis zur Höhe ihrer Leistungsfähigkeit beschäftigt werden.

Die zentrale Erfassung der Milch in Bearbeitungsstätten kann die Kontrolle des Marktes und seine Reinigung wesentlich erleichtern. Selbstverständlich müssen jeweils die örtlichen Bedürfnisse genauestens überprüft werden. Stets ist das große Ziel der Reinigung des Marktes, seine Ordnung und die Verkürzung des Weges vom Erzeuger zum Verbraucher im Auge zu behalten. Hinter diesem großen Ziel müssen die Privatwünsche Einzelner zurücktreten.

Die Verbände haben das Recht, einzelnen Betrieben Milch zur Verarbeitung zuzuwenden. Hierdurch ist die planvolle Verwertung der Magermilch zu Milchpulver und die hierdurch bedingte Entlastung des Weichkäsemarktes ermöglicht. Der Absatz des Magermilchpulvers ist durch das Gef. v. 12. Sept. 1933 (RGBl. I, 619) gewährleistet. Dieses sieht den Beimischungszwang von Magermilchpulver bei der Brotbereitung vor.

- c) Regelung des Absatzes durch Bezugszwang: Ebenso kann der Verband bestimmen, von welcher Stelle der Milchverteiler die von ihm benötigte Milch zu beziehen hat. Hierdurch kann weitgehend in die Absatzorganisation einzelner Betriebe eingegriffen werden. Ein

durch jahrelange Arbeit erworbenen oder im Wettbewerbserwerb eroberten Kundenstamm von Milchverteilern kann einem anderen Betrieb zugewiesen werden, falls dies aus Gründen der Marktregelung oder Marktvereinigung notwendig ist. Durch den Bezugszwang wird die Bewegungsfreiheit des Handels weitgehend eingeschränkt. Die ungesunden Konkurrenzverhältnisse im Milchgroßhandel und Molkereiwesen werden hierdurch praktisch unmöglich gemacht. Vielfach herrschte ein erbitterter Kampf um die einzelnen Absatzstellen mittels Überbietung der festgesetzten Spannen und Einräumung von Sondervorteilen. Dieser Kampf wurde im Endergebnis auf Kosten des Erzeugers oder des Verbrauchers ausgetragen. Der unzuverlässige Kleinhändler, der durch unlautere Preisunterbietungen den Preis aufbau gefährdete und den Markt beunruhigen konnte, ist nunmehr an eine Bezugsstelle gebunden. Er muß mit Liefer Sperre rechnen, wenn er weiterhin unlautere Machenschaften versucht.

- d) Durch die Versorgungsregelung sollen Härten und Schäden, die im Einzelfall entstehen können, gemildert werden. Insbesondere soll das Verhältnis von Trinkmilchmarkt und Werkmilchmarkt, Trinkmilchpreis und Werkmilchpreis auf eine gesunde Grundlage gestellt werden. Diesem Ziel dient die Schaffung von Ausgleichsstöcken. Der Verband hat das Recht, Abgaben zu erheben, die in der Regel auf den Liter Frischmilchlieferrung abgestellt sind. Diese Ausgleichsbeiträge können in Krisenzeiten zur Stützung des Werkmilchpreises verwendet werden, um Markt zusammenbrüche zu verhüten. Hierdurch wird die ungesunde Stützung durch staatliche Gelder beseitigt. Die Stützung wird zur Aufgabe desjenigen Wirtschaftszweiges erhoben, innerhalb dessen die Stützungsnotwendigkeit auftritt.

- e) Endlich haben die Verbände darüber zu wachen, daß die Versorgung vom Erzeuger bis zum Verbraucher in geregelten Bahnen läuft, daß die Verbandsbeschlüsse von allen Verbandsmitgliedern gewissenhaft eingehalten werden und Schädigungen des Landwirts durch Nichtzahlung von Milchgelbern unterbleiben.

Dem Verband steht deshalb ein weitgehendes Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher der Mitgliedsbetriebe zu. Selbstverständlich ist über die Geschäftsverhältnisse Stillschweigen zu bewahren. Es kann die zentrale Verrechnung der Milchgelber angeordnet werden. Dies kann einen Schutz des Landwirts vor ungerechtfertigten Preisabzügen, Preisdrückerei und Verlust des Milchgelbes bedeuten. Eine Durchbrechung der festgesetzten Preise und Spannen wird hierdurch praktisch unmöglich.

III. Das Recht der Milchversorgungsverbände stellt eine wichtige Neubildung des Rechtes dar. Alle Fragen, die auf dem Weg von der freien zur gebundenen Wirtschaft auftreten, stellen sich auch hier ein.

1. Die freie Wirtschaft ermöglichte jedem Glied des Wirtschaftskörpers die freie Preisbildung. Der freie Wettbewerb verhinderte ein starres Hochhalten der Preise. Den Auswüchsen des Wettbewerbes trat das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb entgegen.

Neben den freien Markt trat im Lauf der Entwicklung der letzten Jahrzehnte der beeinflusste Markt. Es bildeten sich Marktverbände (Kartelle), Syndikate und Monopole. Der Marktverband entsprang dem Streben nach Beherrschung des Marktes. Der Wettbewerb wandelte sich. Nach außen wurde er zum Kampf gegen den Außenseiter, nach innen äußerte er sich im Kampf um die Kartellquote und ähnlichen Machtkämpfen.

Zunächst waren die Marktverbände Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe. Einzelne solcher Verbände suchten aber nicht nur die Preisgestaltung der Verbandsmitglieder, sondern auch die der nächsten Wirtschaftsstufe vorzuschreiben. Bekannt ist in dieser Beziehung das Reverssystem, wodurch der Händler sich zur Einhaltung bestimmter Kleinverkaufspreise verpflichten mußte.

Noch eine weitere Stufe der Marktbeeinflussung sind die Gesamtvereinbarungen zwischen den Verbänden zweier aufeinanderfolgender Wirtschaftsstufen über die Marktbeflieferung. In dieser Beziehung sind insbesondere zwei Abkommen aus jüngster Zeit von Bedeutung. Das eine Abkommen hat der Zentralverband der Kohlenhändler Deutschlands mit den Kohlenhändlerverbänden zum Kampf gegen das Schleudern und zur Gesundung des Kohlenplatzhandels geschlossen (vgl. Kart-Ndsch. 1933, 402). Auf der anderen Seite kommt der Vertrag zwischen dem Deutschen Brauerbund und dem Reichsvereinsverband des Deutschen Gaststättengewerbes v. 22. Aug. 1933 (Allg. Brauer u. Hopfenzeitung Nr. 180/181 v. 24. u. 25. Aug. 1933) in Betracht. Hiernach kann über unzuverlässige Wirte die Lieferperre, über unzuverlässige Brauereien die Abnahmeperrre verhängt werden.

2. Demgegenüber stellt das Gef. über die Bildung von Zwangskartellen v. 15. Juli 1933 und die Neufassung des § 38 MilchG. eine durchgreifende Fortbildung dar. Soweit Zwangskartelle gebildet werden, wird der Marktverband einer Wirtschaftsstufe allumfassend gestaltet. Die Milchversorgungsverbände stellen Zusammenschlüsse sämtlicher Wirtschaftsstufen der Milchwirtschaft dar. — Was durch die Gesamtvereinbarungen in der Kohlenwirtschaft und im Brauergewerbe angestrebt wird, nämlich die Marktberreinigung und die Ausshaltung unzuverlässiger Außenseiter, wird hier in umfassenderer Weise bewirkt. Während die Gesamtvereinbarungen aber eine gewisse Spitze gegen den Verbraucher zeigen, ändert sich dies bei den Milchversorgungsverbänden. Bei der Preisbildung sind auch Verbrauchervertreter beizuziehen. Endlich haben die Milchversorgungsverbände öffentlich-rechtlichen Charakter, während den Marktverbänden und Gesamtvereinbarungen nur ein sozial-rechtlicher Charakter zukommt.

Rückwirkende Kraft von Strafgesetzen.

Am 27. Febr. 1933 erfolgte der frevelhafte Angriff von kommunistischen Umstürzern mit Brandfackeln auf das Reichstagsgebäude und damit symbolhaft auf die Ehre der deutschen Nation. Es ist nicht nur begreiflich, sondern auch ehrenvoll für das deutsche Volk, daß es auf dieses Vubenstück durch hellste Empörung reagierte. Der Führer und Reichskanzler selbst machte sich zum tatkräftigen Wortführer des Volksempfindens, indem er am 29. März 1933 das „Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe“ unterzeichnete, wonach die Todesstrafe für Brandstiftung und Hochverrat rückwirkend auch für Taten gelten sollte, die in der Zeit zwischen dem 31. Jan. 1933 und dem 28. Febr. 1933 begangen wurden. Der ehrlosen Gefinnung der kommunistischen Brandstifter entsprechend wurde weiter rückwirkend festgesetzt, daß die Vollstreckung des Urteils auch durch Erhängen erfolgen könne.

Entspricht dieses Gesetz zwar dem deutschen Volksempfinden und den tatsächlichen Bedürfnissen der Erhaltung unseres Volkstums und des neuen Staates, so rief umgekehrt diese juristische Tat nicht nur den Unwillen unserer Gegner im Inlande hervor, sondern stieß auch auf Bedenken im Auslande und, wie offen ausgesprochen werden soll, auch bei deutschen Juristen, an deren einwandfreier Staatsgefinnung im übrigen nicht gezweifelt werden kann.

Man kann dies verstehen. Denn dies Gesetz enthält ein juristisches Novum in der neueren Rechtsentwicklung. Nulla poena sine lege, der alt-römische Rechtsgrundsatz schien verletzt, der sagte, daß keine Strafe verhängt werden dürfe für eine Tat, die zur Begehung mit einer gesetzlichen Strafe nicht bedroht war. Es ist derselbe Grundsatz, den § 2 unseres Strafgesetzbuches ausspricht mit den Worten: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde“, und der auch in der liberalen Verfassung der jüngsten Vergangenheit seinen grundsätzlichen Niederschlag gefunden hatte.

Gewiß war durch das neue Gesetz formalrechtlich dieser Grundsatz rechtsgültig beseitigt. Aber war hier nicht ein Rechtsgrundsatz verletzt worden, ohne den überhaupt eine rechtliche Ordnung nicht aufrechterhalten ist? War man hier nicht im Begriff, im Wege des Gesetzes eine Willkürhandlung zu begehen, indem man einen Täter mit einer Strafe belegte, durch

Das privatwirtschaftliche Ziel der Marktbeherrschung wird abgelöst durch die sozialrechtliche Aufgabe der Marktregelung und die öffentlich-rechtliche Pflicht der Marktversorgung. Der ungesunde Wettbewerb, der zum Kampf Aller gegen Alle führen mußte, wird abgelöst durch die gebundene Wirtschaft, bei der der Wettbewerb zum Leistungswettbewerb wird. Krisen, Zusammenbrüche und Wertevernichtung können durch eine weitgehende Selbstverwaltung des ganzen Wirtschaftszweiges besser verhütet werden, als dies in früheren Zeiten möglich war. Die kaufmännische Initiative wird nicht beseitigt, sondern nur in andere Bahnen gelenkt. Beseitigt wird dagegen das spekulative Moment, das aus der Wirtschaft weitgehend ausgeschaltet werden soll. Ziel dieser Entwicklung ist die Verständigung aller Wirtschaftsglieder vom Erzeuger bis zum Verbraucher innerhalb eines Teilgebietes der Gesamtwirtschaft. Jedem das Seine, aber nur dann, wenn er seine Kraft und Leistung dem Ganzen zur Verfügung stellt.

3. Der Aufbau des Reichsnährstandes, der durch das Gef. v. 13. Sept. 1933 eingeleitet wird, bringt die gleichen Grundgedanken zum Ausdruck, wie sie auf dem Gebiet der Milchversorgung bereits ausgebaut oder in Angriff genommen worden sind.

Durch die gebundene Wirtschaft kann die Aufgabe der Wirtschaft, dem Ganzen zu dienen, leichter erreicht werden als durch die Konkurrenzwirtschaft oder den Wirtschaftskampf. Voraussetzung hierfür aber ist, daß sie nicht zentralistisch, sondern organisch — genossenschaftlich — ausgebaut ist, wie sich die Ansätze hierzu in Rechte der Milchwirtschaft finden. Aufgabe des Rechtes wird es dann sein, daß Machtmißbrauch und Kapitalfehleitung in wirksamer Weise unterbunden werden und stets die Handhaben vorhanden sind, die neuen Formen mit neuem Geiste zu erfüllen.

die er zur Zeit seiner Tat noch nicht bedroht war? Wankten hier nicht etwa alle überlieferten Rechtsgrundsätze? Wurde hier nicht eine Kulturereignis der Menschheit angefaßt, ohne die wir vielleicht zurückfallen könnten in mittelalterliche Barbarei?

Es ist zu beobachten, daß unsere Juristenwelt an diesen Bedenken häufig nicht vorbeikann. Erzogen im Denken einer Bergangenheit, das ganz anders ist als unser nationalsozialistisches Rechtsdenken, gebildet an den Weisheiten des römischen Rechts und, wie offen gesagt werden muß, unbekannt in der Rechtsgeschichte und kenntnislos in den Grundsätzen deutscherethischen Denkens sind unsere Juristen häufig nicht in der Lage zu verstehen, weshalb das Genie des Führers auch in diesem Falle wieder mit trefflicherem Instinkt die formal-juristischen Bedenken beiseite setzen mußte und konnte.

Deshalb scheint es mir nötig zu sein, einmal klar auszusprechen, daß wir Nationalsozialisten in unserem Programm die Ersetzung des römischen Rechts durch deutsches Recht fordern und daß in diesem Fall die Bedenken gegen die Aufhebung des Grundgesetzes nulla poena sine lege aus der römisch-rechtlichen Begriffswelt stammen, während die Gesetzgebung des Führers sich ohne weiteres auf deutsch-rechtliches Denken stützen läßt.

Denn nach deutsch-rechtlichem Denken kommt das Recht nicht aus dem Gesetz, sondern ist vor dem Gesetz da. Eine Untat ist auch dann eine Untat, wenn sie durch die Gesetzgebung aus irgendwelchen Gründen nicht als solche bezeichnet worden ist. Im germanischen Strafrecht, aber auch im gesamten sonstigen nordischen Strafrecht steht am Anfang der Entwicklung zwar ein Strafprozeßrecht, aber kein materielles Strafrecht. Es gibt keine scharf umgrenzten strafrechtlichen Tatbestände, sondern diese sind erst später langsam ausgebildet worden. Noch in der Carolina von 1555 sind zwar schon eine Menge von Straftaten gesetzlich formuliert, es ist aber dennoch offen gelassen worden, ob und welche sonstigen zweifelsfreien Untaten auch dann zu bestrafen sind, wenn sie im Strafgesetzbuch nicht genau umrissen sind. Die üble Gefinnung und die üble Tat verdienen eben eine Strafe, auch wenn das mangelnde Formulierungsbemühen des Gesetzgebers die Bedürfnisse zur Erhaltung des Volks und seiner rechtlichen Ordnung nicht genügend berücksichtigt hatte.

Das aber gerade ist hier der Fall gewesen. In meiner „Rassengesetzlichen Rechtslehre“ habe ich schon 1932 die grundsätzliche Anschauung vertreten, daß der neue Staat sich an eine fehlerhafte Gesetzgebung des Un-

staats von 1918 nicht werden halten können und Maßnahmen ungeschicklich machen werde, die dem deutschen Volke schädlich sein würden.

Ein völliges Versagen ist aber überall in der Vergangenheit gerade in der Strafrechtspflege festgestellt worden. Das Strafgesetzbuch erschien nicht mehr als ein Schutzwall der Volksgemeinschaft gegen den Übeltäter, sondern als magna Charta der Freiheit des Verbrechers. Mit dieser Auffassung muß aber grundsätzlich einmal aufgeräumt werden. Die notwendige Folgerung hieraus ist, daß wenigstens in ganz besonders schweren Fällen, wo das Gesamtleben der Nation und die Gesamtheit des deutschen Volkes auf dem Spiele steht, ein aus der Zerfallzeit des römischen Rechts und aus der Zerfallzeit der deutschen Rechtsauffassung stammender Rechtsgrundsatz kein Hemmnis sein darf, um die Hoheit des Rechtsgedankens und das Leben und die Sicherheit der Nation zu gewährleisten.

Wir haben gebrochen mit der liberalen Vergangenheit. Der neue Staat geht neue Wege und schafft sich sein neues Recht. Mit dem sonstigen liberalen Blunder müssen auch die strafrechtlichen Fehlsprüche beseitigt werden, die aus der römisch-rechtlichen Ideologie stammen. Gesetz den Fall — wozu ich mich nicht äußern möchte —, daß von der Lubbe und seine Genossen der Tat für schuldig erkannt werden, Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Gesetzes vom 29. März 1933 können nicht auftreten.

Mag dieser und jener vielleicht noch Anstoß nehmen an der Richtigkeit dieser Auffassung, weil es ihm noch nicht gelang, sein Denken auf den Gehirnsinhalt des Nationalsozialismus umzustellen, so mag er jedenfalls die Überzeugung haben, daß die Weltpeste des Kommunismus beseitigt werden muß mit allen Mitteln. Denn wäre der Bolschewismus unser Herr geworden, er hätte gewiß geköpft und gehängt, was ihm entgegenstand, ohne überhaupt nur durch irgendein Gesetz oder irgendeine Verordnung die Rechts- und Ordnungsmäßigkeit seines Tuns auch nur scheinbar noch zu begründen. Der nationalsozialistische Staat Adolf Hitlers aber tritt unzweifelhaft in diesem Falle nur auf, um das Recht der gesamten Kultur und der zivilisierten Menschheit zu verteidigen.

Reichsfachleiter der Berufsgruppe Verwaltungsbeamte im Bunde Nationalsozialist. Deutsch. Juristen RegPräf. Dr. Nicolai, Magdeburg.

Das Grundbuchverfahren auf Grund der Osthilfeentschuldungspläne.

Grundlage für das Grundbuchverfahren zur Durchführung der Osthilfeentschuldungspläne sind der § 21 SicherungsBD. und § 2 der 2. OsthilfeDurchfBD. v. 30. Mai 1932 (RGBl. I, 245). Nach der ersten Bestimmung gilt der bestätigte Entschuldungsplan (EPL.) als Bewilligung des Betroffenen zur Eintragung des in ihm bestimmten Fortfalls oder der Änderung dinglicher Rechte im Grundbuch. Die zur Herbeiführung der Grundbucheintragungen erforderlichen Anträge sind von der Sicherungsstelle für die Antragsberechtigten zu stellen. Nach § 2 der 2. OsthilfeDurchfBD. werden die erforderlichen Eintragungen auf Ersuchen der Entschuldungsstelle vorgenommen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich im Gegensatz zu § 21 SicherungsBD. um solche EPL., die auf Grund einer gütlichen Einigung zwischen Betriebsinhaber und Gläubiger aufgestellt worden sind.

Die Eintragungsvoraussetzungen des § 21 SicherungsBD. sind hiernach andere als die des § 2 der 2. OsthilfeDurchfBD. Bei der ersten Best. handelt es sich um gewöhnliche Eintragungsanträge i. S. des § 13 GBD. Das GBL. hat daher das Recht und die Pflicht, das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen wie bei jedem anderen Eintragungsantrage zu prüfen. Beschränkt ist es nur durch die oben angegebene Fiktion des § 21 S. 1 SicherungsBD. Sie hat nur den Fortfall und die Änderung dinglicher Rechte zum Gegenstande. Welcher Fortfall und welche Änderungen in Frage kommen, ist in § 18 SicherungsBD. aufgezählt. Diese Aufzählung ist wegen des mit der Best. verfolgten Zweckes, des Schutzes der betroffenen Gläubiger, ausschließlich.

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß das GBL. befugt ist, in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 18 SicherungsBD. erfüllt sind. Insbes. darf es nicht nachprüfen, ob die nach § 18 Abs. 3 und 4 SicherungsBD. für einige Rechtsänderungen und -minderungen erforderliche Zustimmung des betroffenen Gläubigers vorliegt. Es muß sich in dieser Hinsicht damit begnügen, daß der EPL. von der Landesstelle gem. § 18 Abs. 1 S. 1 SicherungsBD. bestätigt worden ist, und daß diese Bestätigung

bei solchen EPL. versagt werden muß, die nicht den Anforderungen des § 18 Abs. 3, 4 SicherungsBD. entsprechen.

Immer aber muß es sich um einen Fortfall oder eine Änderung dinglicher Rechte handeln. Andere Rechtsvorgänge fallen aus dem Rahmen der §§ 18, 21 SicherungsBD. heraus und können durch die Bestätigung der Landesstelle nicht geheilt werden. Das gilt insbes. für die Rangänderung. Sie ist in § 18 S. 1 SicherungsBD. nicht erwähnt; vor allem fällt sie nicht unter den Begriff der Rechtsänderung. Diese ist nach herrschender Ansicht eine Abtretung des Rangrechts, das in dem zurücktretenden Gegenstandsrechte enthalten ist¹⁾. Soll die Entschuldungshypothek den Rang vor einem anderen Rechte erhalten, so bedarf es stets einer besonderen Bewilligung des Inhabers des betroffenen Rechts und gem. § 27 GBD. der Zustimmung des Grundstückseigentümers.

Das wird von den Sicherungsstellen häufig übersehen. Diese sind vielfach der Ansicht, daß unter den § 21 SicherungsBD. auch eine Rangänderung fallen müsse, weil nach dieser Bestimmung in gewissen Grenzen sogar die Eintragung des Fortfalles eines Rechts beantragt werden kann. Der gegenteilige Standpunkt des Gesetzes hat jedoch seinen guten Grund. Eine Rangänderung kommt wirtschaftlich häufig einem Fortfall des Rechts gleich. Der Fortfall des Rechts ist in § 18 SicherungsBD. in den wichtigsten Fällen an die Zustimmung des betroffenen Gläubigers geknüpft. Diese Regelung des Gesetzes könnte leicht umgangen werden, wollte man die Rangänderung als Rechtsänderung i. S. des § 21 SicherungsBD. ansehen und damit einer Zustimmung des betroffenen Gläubigers nicht bedürftig erklären.

Die Regelung des § 2 der 2. OsthilfeDurchfBD. unterscheidet sich von der des § 21 SicherungsBD. im wesentlichen dadurch, daß es sich bei der ersten Bestimmung bei dem Ersuchen der Entschuldungsstelle um ein Eintragungsersuchen i. S. des § 39 GBD. handelt. Dadurch sind der Nachprüfungsbesugnis des GBL. engere Grenzen gezogen. Dieses darf im Falle des § 2 der 2. OsthilfeDurchfBD. im wesentlichen nur die Form des Ersuchens und die Zuständigkeit der ersuchenden Behörde nachprüfen. Dabei ist aber zu beachten, daß für die Zuständigkeit der ersuchenden Behörde der Inhalt des von der Entschuldungsstelle genehmigten EPL. von Bedeutung ist. Das Ersuchen darf nur auf die Eintragung solcher Rechtsvorgänge gerichtet werden, die Gegenstand des EPL. sind. Das Ersuchen um andere Eintragungen liegt außerhalb der Zuständigkeit der ersuchenden Behörde und ist daher zurückzuweisen²⁾. Deshalb ist dem Ersuchen auch eine Ausfertigung des EPL. beizufügen. Der innere Grund dieser gesetzlichen Regelung ist der, daß der EPL. des § 2 der 2. OsthilfeDurchfBD. auf einer gütlichen Einigung der Beteiligten beruht. Da das der Fall ist, so kann das Ersuchen andererseits aber auch auf die Eintragung von Rangänderungen gerichtet werden, sofern eine solche Rangänderung Gegenstand der EPL. ist. Daß § 2 der 2. OsthilfeDurchfBD. ebenso wie § 21 SicherungsBD. auch nur von „Fortfall und Änderung“ dinglicher Rechte spricht, steht dem angesichts der Verbindlichkeit des Gesetzespolitischen Grundes beider Bestimmungen nicht entgegen.

Amts- u. LG. Dr. v. Rozhd i - v. Soewel, Magdeburg.

Das Pfandrecht an Früchten auf dem Halm nach der VO. vom 19. Jan. 1933.

Nach der VO. des RPräf. v. 19. Jan. 1933 steht den Gläubigern aus den Ansprüchen für Lieferungen von Düngemitteln und Saatgut zur Verwendung für die Aussaat 1933 ein gesetzliches Pfandrecht an den im Erntejahr 1933 anfallenden Früchten der zum belieferten Betrieb gehörenden Grundstücke zu, und zwar ganz gleich, ob die Lieferung für den Eigentümer, Pächter oder sonstigen Nutznießer erfolgt ist. Nach § 2 der VO. geht dieses Pfandrecht allen etwa sonst bestehenden Rechten, auch den dinglichen, vor. Die Verwertung erfolgt sodann nach der Ernte, also nach der Trennung der Früchte vom Grund und Boden.

Diese Vorschrift stellt eine Besonderheit dar. Nach § 91 Abs. 1 BGB. sind die Früchte auf dem Halm wesentliche Bestandteile des Grundstücks und können demnach niemals Gegenstand besonderer Rechte sein. Eine Pfandbestellung andererseits ist nur möglich in der Form des Faustpfandes. Nur in der VO. findet sich in § 810 die Ausnahme, daß die Früchte auf dem Halm gepfändet werden können; allerdings erst 4 Wochen vor der Reife. Diese Pfändung wird nach den Regeln der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen betrieben, nicht etwa vorhandene Ansprüche auf Fruchtwerbung oder Antwortschaftsrechte auf Eigentumserwerb gepfändet. Inwieweit wurden also die an und für sich wesentlichen Bestandteile als körperliche Sachen angesehen.

Es war also bisher eine Verpfändung von Früchten auf dem

¹⁾ U. a. W o l f f, Sachenrecht, § 42.

²⁾ vgl. u. a. RG.: JFG. 7, 400/01.

Halm nicht möglich mangels Übergabe, ebenso war ein Sicherungsübereignungsvertrag nicht möglich. Man versuchte sich manchmal zu helfen durch Gestattung der Fruchtwerbung und durch Abtretung der Fruchtwerbungsansprüche.

Diese Art des Versuches der Sicherstellung des Gläubigers war aber eben nur ein Versuch, der in Wahrheit irgendwelche Sicherheit nicht bot. Da die Früchte auf dem Halm das Rechtschicksal des Grundstücks teilen, konnte eine dingliche Sicherung der Gläubiger nicht erfolgen. War der Schuldner Eigentümer des Grundstückes, so hafteten die Früchte ja ohne weiteres für die Hypothek gem. § 1120 BGB. und wurden in der Zwangsversteigerung vom Ersteher ohne weiteres miterworben, soweit sie noch auf dem Halm standen. (Nach der Trennung konnte u. U. die Zubehörereignenschaft ordnungsgemäß aufgehoben sein). War zuvor eine Pfändung gem. § 810 ZPO. erfolgt, so konnte jeder Grundstücksgläubiger nach § 810 Abs. 2 ZPO., § 771 ZPO. durch Widerspruchsklage die Pfändung zur Aufhebung bringen, wenn nicht gerade für Ansprüche gepfändet war, die auch in der Zwangsversteigerung gem. § 10 ZwVerfG. dem Anspruch des Grundstücksgläubigers vorgehen.

Ist das Grundstück verpachtet, so steht dem Pächter allein das Fruchtverwertungsrecht zu und mit der Trennung der Früchte werden dieselben gem. § 926 BGB. sein Eigentum. Hier würde eine Pfändung gem. § 810 ZPO. gegen den Pächter erfolgen. Da aber nach § 585 BGB. die Früchte dem Pfandrecht des Verpächters unterliegen, so kann er der Pfändung widersprechen. Solange die Früchte noch auf dem Halm stehen, hat er die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO., da ja die Früchte mit dem Grund und Boden in seinem Eigentum stehen. Nach der Trennung geht sein Pfandrecht, das in diesem Augenblick erst zur Entstehung gelangt — vorher sind die Früchte sein Eigentum — dem Pfändungspfandrecht vor, und er kann die vorzugsweise Befriedigung verlangen, nicht aber intervenieren.

Der Pächter andererseits kann, wenn gegen den Verpächter wegen einer Forderung in die Früchte auf dem Halm vollstreckt wird, der Vollstreckungshandlung selbst auf Grund seines Besitzes widersprechen. Ist aber die Pfändung erfolgt, so kann der Pächter gem. § 771 ZPO. intervenieren. Er hat den Besitz am Grundstück und damit auch an den Früchten; nach herrschender Meinung berechtigt der rechtmäßige Besitz, der durch die Pfändung gestört wird, zur Intervention gem. § 771 ZPO. (s. Stein - Jona s.). Im übrigen hat der Pächter im Augenblick der Verwertung der gepfändeten Früchte infolge der Trennung Eigentum an den Früchten und aus diesem Grunde schon ein die Veräußerung hinderndes Recht.

Gestattet nun also der Eigentümer, der zugleich Besitzer des Grundstückes ist, einem Gläubiger das Recht, die Früchte zu werben, so richtet sich der Eigentumserwerb nach § 956 BGB. Bei einer solchen zur Sicherheit gestatteten Fruchtwerbung ist wohl niemals gleichzeitig auch der Besitz des Grundstückes mißüberlassen. Es bedarf daher zum Eigentumserwerb an den Früchten noch der förmlichen Besitzergreifung. Ist aber vorher nach § 810 ZPO. eine Pfändung der Früchte erfolgt, so kann von dem betreffenden Sicherungsgläubiger das Eigentum nur mit dem Pfandrecht belastet erworben werden. Das gleiche gilt bei der Abtretung der Fruchtwerbungsansprüche durch den Pächter an einen seiner Gläubiger. In diesem Falle geht auf jeden Fall auch noch das Verpächterpfandrecht vor. Denn der betreffende Sicherungsgläubiger erwirbt keinerlei dingliche Rechte, sondern nur solche obligatorischer Natur, nämlich das Recht auf Gestattung der Besitzergreifung und damit des Eigentumserwerbes.

Durch Gestattung der Abtretung bzw. durch Abtretung der Fruchtwerbungsansprüche kann daher der Gläubiger nicht gesichert werden. Alle Versuche, dem Gläubiger durch die heranwachsenden Früchte irgendeine Sicherheit zu schaffen, waren vergeblich, wollte man nicht mit dem Gläubiger zugleich ein direktes Pachtrecht vereinbaren. Dies ist aber in den wenigsten Fällen praktisch möglich. Andererseits verlangte das Wirtschaftsleben, daß ein Gläubiger, der durch Hingabe von Waren zur Ermöglichung einer besseren Ernte bzw. zur Ermöglichung einer Ernte überhaupt Kredit gewähren mußte, besonders sichergestellt wurde. Hypothetische Belastungen vertrat der Grundbesitz nicht mehr, Inventarübereignungen boten meistens — auch ohne die vom Hypothekengläubiger geltend zu machende Zubehörereignenschaft — keine genügende Sicherheit. Daher mußte, um der Landwirtschaft den lebensnotwendigen Kredit zu verschaffen und zu erhalten, zu außerordentlichen Mitteln gegriffen werden. Zu diesem Zweck sieht die B.D. v. 19. Jan. 1933 vor, daß zugunsten einer bestimmten Gläubigergruppe ein Pfandrecht an den Früchten auf dem Halm gewährt wird.

Dieses Pfandrecht, das allen dinglichen Rechten vorgeht, entsteht sofort kraft Gesetzes mit der Kreditgewährung. Es ist also der Grundsatz, daß wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, gewissermaßen durchbrochen. Denn die Früchte werden als besondere Sachen behandelt. Da das

Pfandrecht allen, auch dinglichen Rechten vorgeht, so bleibt es auch bei der Zwangsversteigerung bestehen. Der Ersteher kann also ein Grundstück erwerben mit Früchten auf dem Halm. Nach den allgemeinen Regeln werden zwar die Früchte sein Eigentum, sind aber mit dem Pfandrecht behaftet. Dabei werden zunächst einmal alle Früchte von dem Pfandrecht erfaßt. Erst nach erfolgter Ernte (B.D. v. 19. Jan. 1933) kann im einzelnen die Aussonderung einer der Forderung entsprechenden Menge von Früchten erfolgen. An den übrigen Früchten erlischt sodann das Pfandrecht. Der Gläubiger kann dann nach der Trennung aus den gesamten, seinem Pfandrecht unterliegenden Früchten im Wege der Zwangsvollstreckung, die durch einstweilige Verfügung herbeizuführen ist, die zu einer Befriedigung notwendigen Menge verwerten.

Was also bisher nicht möglich war, nämlich Früchte auf dem Halm in irgendeiner Form rechtswirksam seinem Gläubiger zur Sicherheit zu bestellen, ist durch gesetzliche Maßnahme möglich gemacht. Die Früchte gelten insoweit als selbständige Sachen, an denen dem Gläubiger das alleinige Recht, ausgestattet mit dinglicher Wirkung und allen andern Rechten jeder Art vorgehend, zusteht. Die Rechtsposition des Gläubigers ist die eines Sicherungsgläubigers, dem Sachen durch Besitzkonstitut übereignet sind. Dabei liegt nach der Natur der Sache natürlich eine Eigentumsübertragung nicht vor. Auch das übliche Pfandrecht besteht eigentlich nicht, da die Übergabe der Sache nicht erfolgt ist und auch nicht einmal die Möglichkeit besteht, die Sache jederzeit in Besitz zu nehmen. Daß aber das Pfandrecht nicht etwa erst mit der Trennung der Früchte entsteht, sondern sofort an den noch auf dem Halm stehenden Früchten, geht aus dem Wortlaut des § 3 der B.D. hervor; denn es heißt, daß nach der Trennung eine bestimmte Menge aus den „dem Pfandrecht unterliegenden Früchten“ ausgeschieden werden kann. Das Pfandrecht besteht also schon, wenn die Früchte noch auf dem Halm stehen.

Da dieses Pfandrecht allen dinglichen Rechten vorgeht, so schließt es also auch die Haftung der Früchte für Hypotheken usw. aus.

Daß die Früchte nicht sofort in das Eigentum des Sicherungsgläubigers fallen oder in seinen Besitz zwecks späterer Verwertung, liegt auf der Hand. Denn schließlich bleiben die Früchte immer noch wesentliche Bestandteile. Daher wird man dem so gesicherten Gläubiger bei anderweitiger Pfändung der Früchte kein Interventionsrecht nach § 771 ZPO. einräumen, sondern nur das Recht auf vorzugsweise Befriedigung. Insoweit ist der Charakter der Früchte als Pfandsachen zu wahren.

Also aus wirtschaftlicher Not heraus: Durchbrechung des Grundsatzes, daß wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, und weiterhin Pfandrechtsbestellung kraft Gesetzes, ohne daß die Pfandstücke in den Besitz des Pfandgläubigers gelangen oder auch nur die Möglichkeit der Besitzergreifung vorliegt. Nach unseren bisherigen rechtlichen Begriffen ist also die Bezeichnung „Pfandrecht“ unrichtig und nur durch gesetzliche Fiktion zu halten. Darüber hinaus ist dieses so fingierte Pfandrecht noch mit der ganz besonderen Wirkung ausgestattet, daß es — ganz gleich ob es sich gegen Eigentümer, Pächter, Nutznießer oder sonst einen zur Fruchtziehung Berechtigten richtet, allen Rechten, also dem Eigentum, dem Verpächterpfandrecht und allen sonstigen Rechten am Grundstück und dessen Bestandteilen vorgeht und auch nicht vom Sicherungsverfahren und sonstigen Vollstreckungsschutzmaßnahmen betroffen wird.

Aff. Sch m i d t, Schwerin i. M.

Zur Frage der freiwilligen Beteiligung am Vergleichsverfahren.

Nach § 4 VerglD. ist der Gläubiger am Vergleichsverfahren nicht beteiligt, dessen Forderung auf einem gegenseitig verpflichtenden, aber beiderseits noch nicht oder nicht völlig erfüllten Betrage beruht. Zum Ausgleich hierfür kann sich der Vergleichsschuldner — mit Rücksicht auf dessen unsichere Vermögenslage aber auch der Gläubiger — unter Ermächtigung des Vergleichsgerichts vom Betrage lösen (§§ 28 ff. VerglD.). Mit dem hierdurch entstehender Schadenserlösanspruch nimmt der Gläubiger am Vergleichsverfahren teil (§ 30 VerglD.).

Abgesehen von dieser Möglichkeit wird behauptet, ein gemäß § 4 nicht beteiligter Gläubiger könne sich freiwillig dem Vergleichsverfahren unterwerfen, sei es durch einseitigen Verzicht auf seine Sonderstellung, sei es durch Vereinbarung mit dem Schuldner; so OLG. München: JW. 1926, 2108/9 für den gleichliegenden Fall unter der Gestalt JW.; LG. Leipzig: JW. 1931, 2187/8; Levg. KonkZw. 1933, 23/4, VerglD. 1932, § 2 Anm. 1 III b; Samolewicz, VerglD. 1933, § 2 Anm. 3; Eisold, VerglD. 1931, § 4 Anm. 8, wo aber irrig auf die RGEntsch.: JW. 1930, 2782 verwiesen wird, diese Entscheidung, in RG. 129, 228 ff. ausführlicher

abgedruckt, sagt gerade das Gegenteil; neuestens Klien: JW. 1933, 1105. Als Begründung wird ausgeführt, § 4 VerglD. sei, soweit er die Nichtbeteiligung gewisser Gläubiger ausspreche, nachgiebiges Recht, denn die Nichtbeteiligung sei ein Vorzug und betreffe nur die Belange des Gläubigers. Dieser müsse daher auf seine Stellung verzichten können.

Das RG. in RG. 129, 228 ff., insbes. 232, unter Verweisung auf RG. 112, 54 ff., insbes. 57, und neuestens in KonkTrW. 1933, 24 lehnt mit Jaeger, Lehrb. des Konkursrechts, 1932, S. 223; Kiefow, VerglD. 1932, § 2 Anm. 15, § 4 Anm. 17; Lucas, Neue VerglD. § 62 Anm. II S. 139; LG. I Berlin: JW. 1931, 2185 die Möglichkeit einer freiwilligen Beteiligung ab. Die von Kiefow a. a. O. bekämpfte Entscheidung des OLG. Celle: JW. 1932, 181 läßt übrigens auch eine freiwillige Beteiligung des Gläubigers nicht zu, sondern hält nur den Gläubiger an dem Vergleich fest, nachdem er sich an dem Verfahren durch Anmeldung der Forderung, Mitstimmen und Empfangnahme der Vergleichsbeträge beteiligt hatte, ein Ergebnis, das sich durch Annahme eines dadurch mit dem Schuldner stillschweigend abgeschlossenen Sondervergleichs rechtfertigen ließe.

Eine rechte Begründung für die Ablehnung der freiwilligen Beteiligung gibt die h. M. kaum. Soweit das RG. ausführt, § 30 VerglD. gewähre die einzige Möglichkeit einer Beteiligung, liegt darin die Meinung, das Schweigen des Gesetzes lasse die Frage der freiwilligen Beteiligung nicht offen, sondern es verneine sie, weil das Gesetz selbst einen besonderen Weg zeige, auf dem der ursprünglich nicht beteiligte Gläubiger zu einer Beteiligung kommen könne.

An der Lehre von der freiwilligen Beteiligung ist richtig, daß auch Verfahrensvorschriften, also öffentliches Recht, abdingbar sein können, nämlich wenn sie lediglich den Schutz des einzelnen bezwecken. Zutreffend ist auch, daß die Vorschrift über die Nichtbeteiligung den Gläubiger schützt, denn als beteiligter Gläubiger müßte er sich, mag er wollen oder nicht, eine Verkürzung seiner Forderung durch den angenommenen und bestätigten Vergleich gefallen lassen (§ 73 VerglD.). Damit erschöpft sich die Scheidung der Gläubiger in beteiligte und unbeteiligte aber nicht. Die Beteiligung gewährt das Recht, am Verfahren mitzuwirken, insbes. die Leistung des Offenbarungsbeitrages zu verlangen, § 61 Abs. 3 VerglD., einer Forderung das Stimmrecht zu bestreiten, § 62 Abs. 2 VerglD., und vor allem mitzustimmen, § 63 VerglD. Es geht nicht an, daß ein Gläubiger sich diese verfahrensrechtliche Stellung verschaffen kann, wenn er sie nach dem Gesetz nicht schon hat. Die Erwägungen, die er für die Ausübung jener Rechte anstellen kann, wenn er die freie Wahl hat, sich zu beteiligen oder nicht, sind, da er seine Belange schon bei dieser Wahl berücksichtigen kann, andere als die der von vornherein beteiligten Gläubiger. Deren Rechtsstellung würde verschlechtert werden, wenn der Kreis der stimmberechtigten Gläubiger willkürlich erweitert werden könnte. Die am Verfahren beteiligten Gläubiger müssen sich der Mehrheit fügen, sie brauchen aber nicht zu dulden, daß diese Mehrheit sich anders zusammensetzt, als das Gesetz es durch die Vorschriften über die Beteiligung selbst vorsieht. Ebensovienig geht es an, daß ein Gläubiger durch einseitigen Verzicht sich in das Verfahren wider den Willen des Schuldners eindringt und es vielleicht maßgeblich beeinflusst. Gegen die Lehre, daß wenigstens eine Vereinbarung, ein Vertrag des Gläubigers mit dem Schuldner eine Beteiligung ermöglichen müsse, spricht: Es ist ein unnötiger Umweg, wenn die Parteien sich zunächst über die Beteiligung des Gläubigers am Vergleichsverfahren einigen, damit die Forderung des Gläubigers vom Vergleich betroffen werde, anstatt unmittelbar einen Sondervergleich miteinander abzuschließen. Es ist nicht der Sinn des Rechts, den Parteien neben einem einfachen, klaren Wege noch einen umständlichen zur Verfügung zu stellen. Die Möglichkeit zudem, daß der Vergleichsschuldner sich mit den nichtbeteiligten Gläubigern durch Einzelvereinbarungen einigen kann, befriedigt durchaus jenes wirtschaftliche Bedürfnis, das für die, nach alledem abzulehnende, Lehre von der freiwilligen Beteiligung eines Gläubigers an dem Vergleichsverfahren angeführt wird.

Referendar Dr. Scherer, Berlin.

Fortsetzung der unter Auslagen eingestellten Zwangsversteigerung.

Der § 7 des Versteigerungsnotrechts ist durch das Gesetz vom 26. Mai 1933 geändert worden. Der neu eingeschobene Abs. 2 wird in der Praxis noch zu wenig beachtet. Die Einstellung der Zwangsversteigerung erfolgt heute recht häufig unter Auslagen nach § 5 Abs. 4 (Zahlung der laufenden Realsteuern und Zinsen oder gar Zahlung auf Rückstände). Eine solche bedingte Einstellung, wie sie besonders von den BeschwG. angeordnet wird, ist oft für den Eigentümer nur ein Pflrhusfieg. Denn, und das wird oft verkannt, erfüllt der Schuldner die Auslagen nicht, so kann das Verfahren sogleich fortgesetzt und nur unter den Voraussetzungen des § 7

Abs. 2 erneut eingestellt werden. Die allgemeinen Einstellungsgrundsätze des § 5 gelten also nicht mehr. Das ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes („so ist die erneute Einstellung zulässig, wenn...“), aus der bloßen Bezugnahme auf § 5 Abs. 2 S. 2 im Gegensatz zu den Fällen des § 7 Abs. 1 (Fortsetzung eines auf Bewilligung oder durch das Prozeßgericht eingestellt gewesenen Verfahrens), wo „nach den Vorschriften des § 5“ erneut eingestellt werden kann. Der Schuldner muß also darlegen und glaubhaft machen, daß die Nichterfüllung der Auflage auf eine unverschuldete Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse, also auf „in der Zwischenzeit“ eingetretene Ereignisse (Arbeitslosigkeit, Gehaltsabzüge usw.) zurückzuführen ist. Zwar ist nach § 7 Abs. 3 die erneute Einstellung mehrmals zulässig, aber bei Nichterfüllung von Auflagen eben nur unter den besonderen Voraussetzungen des Abs. 2. So müßte z. B. bei einer dritten Einstellung wiederum eine Verschlechterung der Lage des Schuldners in der letzten Einstellungszeit gegenüber derjenigen der ersten Einstellungsperiode eingetreten sein. In solchen Fällen wird aber eine Einstellung schon deshalb kaum in Frage kommen, da der Schuldner dann ja notorisch Sanierungsunfähig ist.

Ger.-Ass. Dr. Seibert, Berlin.

Gilt § 79 ZwVerfStG. auch für die Entscheidung über die einstweilige Einstellung nach § 6 der ZPO. vom 26. Mai 1933?

§ 79 ZwVerfStG. hindert den Eintritt der Rechtskraft (i. S. von Unabänderlichkeit) aller der Entscheidung über den Zuschlag vorhergehenden Beschlüsse. Zwar kann das Vollstreckungsgericht seinen Beschluß, der nicht mehr der Erinnerung, sondern nur noch der sofortigen Beschwerde des § 95 unterliegt, selbst nicht abändern, aber es kann in den Gründen der Entscheidung über den Zuschlag von der Rechtsauffassung seiner früheren Beschlüsse abgehen, sofern diese nicht vom Beschwerdegericht bestätigt worden waren (h. M.), das Beschwerdegericht kann in der Entscheidung über die Zuschlagsbeschwerde auch von seiner eigenen, in früheren Beschlüssen niedergelegten Rechtsauffassung abgehen (h. M.). Hat beispielsweise der Schuldner unter Berufung auf § 775 Ziff. 4 ZPO. rechtzeitig vor dem Termin die Einstellung des Verfahrens beantragt, das OLG. die Einstellung abgelehnt und auf die Beschwerde des Schuldners das OLG. diesen Beschluß bestätigt, so ist das OLG. doch nicht gebindert, auf eine etwaige Beschwerde des Schuldners gegen die Erteilung des Zuschlags diesen mit der Begründung zu versagen, es habe sich nunmehr davon überzeugt, daß der frühere Beschluß unrichtig gewesen sei und daß das Verfahren gemäß § 775 Ziff. 4 ZPO. habe eingestellt werden müssen.

Diese Regelung konnte durchgeführt werden, weil das Vollstreckungsgericht bisher nur die Einhaltung von Formvorschriften zu beachten hatte. Die materielle Rechtslage war für die Durchführung der Vollstreckung gleichgültig; beispielsweise war nicht zu prüfen, ob der Gläubiger dem Schuldner Stundung bewilligt hatte, sondern nur, ob der Schuldner eine Stundungsbewilligung in der Form des § 775 Ziff. 4 ZPO. vorgelegt hatte. Eine Ermessensentscheidung kam erst recht nicht in Frage. Bei der Bedeutung, die in der Zuschlagsentscheidung für den Schuldner liegt, wollte der Gesetzgeber den Richter nicht zwingen, den Zuschlag wider eine inzwischen gewonnene bessere Überzeugung zu erteilen, weil er im Lauf des Verfahrens einen den Fortgang des Verfahrens hindern den Antrag in einer beschwerdefähigen Entscheidung zurückgewiesen hatte und obwohl er nunmehr den Antrag für berechtigt hielt. Ob der Richter die Formvorschriften richtig angewandt hatte, war im Verfahren der Zuschlagsbeschwerde nachzuprüfen. Kein Beteiligter hatte einen Anspruch auf Durchführung des Verfahrens, wenn dieser gesetzliche Vorschriften entgegenstanden.

Durch §§ 5—7 WD. v. 26. Mai 1933 ist nunmehr dem Vollstreckungsrichter eine Ermessensentscheidung übertragen worden, und zwar infolge Wegfalls der Antragsfrist der früheren NotWD. zum erstenmal eine von Amts wegen zu treffende Ermessensentscheidung. Es ist die Frage, ob § 79 auch auf sie Anwendung findet. § 6 a. a. O. spricht zwar von der „Rechtskraft“ der Entscheidung, aber diese Wortfassung ist nicht maßgebend, denn auch sonst bezeichnet man die Beschlüsse, die außerhalb der Entscheidung über den Zuschlag nicht mehr abgeändert werden können, als „rechtskräftig“. Es muß deshalb dem Sinn dieser Vorschriften entnommen werden, ob § 79 auf sie angewandt werden kann und muß. Da leuchtet es zunächst ein, daß die Prüfung der Sanierungsmöglichkeit des Schuldners durch (bedingte oder unbedingte) Einstellung der Zwangsversteigerung einmal abgeschlossen sein muß. Müßte bei jeder Zuschlagserteilung das Vollstreckungsgericht (und bei jeder Zuschlagsbeschwerde das Beschwerdegericht) erneut prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 5, 7 a. a. O. zur Zeit vorlägen, gäbe es für die Gläubiger überhaupt keine Sicherheit mehr, daß sie ihr Verfahren durchführen können, keine Ausbietungsgaranten würden sich mehr finden, und jeder Schuldner, der nicht mehr zu verlieren hat als sein Grundstück,

würde Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschuß einlegen, wenn er damit das Beschwerdegericht zwingen könnte, erneut seine wirtschaftliche Lage im Vergleich mit den Interessen des Gläubigers zu prüfen. Dies kann der Gesetzgeber bei der Beseitigung des Antragsverfahrens und damit der Antragsfrist für diese Entscheidung nicht beabsichtigt haben.

Andererseits kann es sein, daß das Vollstreckungsgericht die Einstellung gemäß § 6 a. a. D. mit Gründen abgelehnt hat, die es selbst infolge Wandlung seiner Rechtsauffassung (oder das Beschwerdegericht) im Zeitpunkt der Entscheidung über den Zuschlag nicht mehr als zutreffend erachtet. Angenommen, der Schuldner habe damals keine Beschwerde gegen die Ablehnung der Einstellung eingelegt, ist dann das Gericht durch die Rechtskraft des damaligen Beschlusses im Gegensatz zu § 79 gehindert, durch Verjagung des Zuschlags mit der Wirkung der einseitigen Einstellung (eventuell unter der entsprechenden Bedingung) dem Schuldner nach seiner unter der entsprechenden Bedingung dem Schuldner nach seiner heutigen Auffassung Recht widerfahren zu lassen, und muß es wider bessere Überzeugung dem Schuldner das Grundstück nehmen? Eine solche Annahme würde zu dem in § 79 ausgesprochenen Grundsatze des gesamten Versteigerungsverfahrens in so schroffem Widerspruch stehen, daß sie in der W. v. 26. Mai 1933 hätte zum Ausdruck kommen müssen, wenn der Gesetzgeber sie geteilt hätte.

Man wird deshalb für die Anwendbarkeit des § 79 auf die Entscheidung gemäß § 6 a. a. D. folgenden Grundsatz aufstellen können: Bei der Entscheidung über den Zuschlag (die Zuschlagsbeschwerde) hat das Vollstreckungsgericht (das Beschwerdegericht) nachzuprüfen, ob die Gründe der ablehnenden Entscheidung gemäß § 6 a. a. D. nach seiner abzeitigen Rechtsauffassung die damalige Ablehnung der Einstellung rechtfertigen. Zwischenzeitlich eingereichte Unterlagen sind nicht zu berücksichtigen. Das Gericht hat also nicht erneut eine Ermessensentscheidung zu treffen, sondern lediglich die zutreffende Ausübung des richterlichen Ermessens in der früheren Entscheidung nachzuprüfen. Dabei gilt nach allgemeinen Grundsätzen, daß eine durch das Beschwerdegericht beschlossene oder sachlich bestätigte Ablehnung der Einstellung nur durch dieses, nicht jedoch durch das Vollstreckungsgericht nachgeprüft werden kann. Hält aber durch das Vollstreckungsgericht nachgeprüft werden kann. Hält das Gericht seine frühere Entscheidung im Zeitpunkt der Entscheidung über den Zuschlag für unrichtig, muß es, sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, insbes. wenn bei mehreren betreibenden Gläubigern durch die zu Unrecht abgelehnte Einstellung das geringste Gebot eine Änderung erfahren hätte, den Zuschlag verjagen.

Dieser Grundsatz hat zur weiteren Folge, daß die aus § 79 abgeleitete Unzulässigkeit einer sofortigen Beschwerde gegen die Ablehnung der Einstellung nach dem Schluß der Versteigerung (vgl. JW. 1933, 1899 und 2349¹³) auch hier gilt. Der Fall kann leicht eintreten, wenn in einem Verfahren bezüglich eines betr. Gläubigers die Einstellung rechtskräftig abgelehnt ist, danach gemäß § 6 Abs. 4 a. a. D. der Versteigerungstermin bekannt gegeben ist, und nun ein rangbesserer Gläubiger dem Verfahren beitrifft oder das bisher ihm gegenüber eingefestelte Verfahren zulässigerweise fortsetzt. Ihm gegenüber muß ein selbständiger Beschluß über die (erneute) Einstellung oder ihre Ablehnung erlassen werden (h. M.). Dieser Beschluß — unterstellt, er lautet auf Ablehnung, — ist zunächst zweifellos mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Ist er im Zeitpunkt des Versteigerungstermines noch nicht rechtskräftig und endigt die Versteigerung mit einem wirksamen Meistgebot, so hat das Vollstreckungsgericht nach dem oben Gesagten seine eigene Entscheidung über die Ablehnung der Einstellung bei der Entscheidung über den Zuschlag erneut nachzuprüfen, und auf die Zuschlagsbeschwerde hat das Beschwerdegericht ebenfalls die Richtigkeit der vorangegangenen Ablehnung der Einstellung nachzuprüfen. Zu einer gesonderten Entscheidung des Beschwerdegerichts über die Ablehnung der Einstellung ist nach dem S. 2349¹³ Ausgeführten kein Anlaß. Das Vollstreckungsgericht hat also nicht etwa die Entscheidung über den Zuschlag bis zur Rechtskraft des die Einstellung ablehnenden Beschlusses auszusetzen, sondern über die Zuschlagserteilung zu entscheiden und es dem Schuldner zu überlassen, die zu Unrecht erfolgte Ablehnung der Einstellung mit der Zuschlagsbeschwerde zu rügen.

Dr. u. Dr. Dr. Wilhelmi, Frankfurt a. M.

Zur Neuregelung des Offenbarungseidsverfahrens.

Nach § 19 d. W. über den Vollstreckungsschutz kann der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides dadurch abwenden, daß er die Versicherung abgibt, daß er sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. Er geht dieses Rechts verlustig, wenn er Haftbefehl gegen sich ergehen läßt, oder erfolglos Widerspruch eingelegt hat, oder wenn der Gläubiger Umstände glaubhaft macht, die die Abnahme des Eides rechtfertigen.

So einfach diese Regelung scheint, so kann sie in der Praxis doch zu Schwierigkeiten und Zweifelsfragen führen. Nicht selten kommt

es vor, daß ein Schuldner, gegen den zwei verschiedene Gläubiger kurz nacheinander das Offenbarungseidsverfahren betreiben, in dem Termin, der auf Antrag des ersten Gläubigers anberaumt ist, Haftbefehl gegen sich ergehen läßt, während er in dem späteren Termin, der auf Antrag des zweiten Gläubigers angelegt worden ist, erscheint, sein Vermögensverzeichnis überreicht und dessen Richtigkeit versichert. Will dann der erste Gläubiger den Haftbefehl vollstrecken, so beruft sich der Schuldner auf den für entsprechend anwendbar erklärten § 903 ZPO.

Bei dieser Sachlage braucht sich der erste Gläubiger auf die abgegebene einfache Versicherung aber nicht verlassen zu lassen, sondern er ist berechtigt, zu verlangen, daß der Schuldner den Offenbarungseid leistet. Dafür sprechen sowohl logische Erwägungen als auch besonders der Sinn und Zweck, den der Vollstreckungsschutz verfolgt.

Offenbarungseid und Versicherung der Richtigkeit des Vermögensverzeichnisses sind zwei Rechtsinstitute, die einander zwar ähneln, die aber nicht wesensgleich sind. Sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihren Rechtsfolgen unterscheiden sie sich. Der Offenbarungseid ist in seinen Voraussetzungen und in seinen Rechtsfolgen bei weitem strenger. Er braucht nur geleistet zu werden, wenn die besonderen oben geschilderten Voraussetzungen vorliegen. Er hat zur Folge, daß der Schuldner in das Schuldnerverzeichnis eingetragen wird und bietet schließlich auch die Gewähr strafrechtlichen Schutzes.

Es liegt auf der Hand, daß diese ungleich strengere Verpflichtung, auf deren Erfüllung der Gläubiger nach Erlaß des Haftbefehls einen Rechtsanspruch hat, nicht durch die weniger strenge Verpflichtung zur Abgabe einer einfachen Versicherung abgegolten werden kann. Logischerweise kann ein umfassenderer Anspruch nicht durch die Erfüllung eines weniger umfassenden ersähen.

Bei näherer Betrachtung ist nicht zu verkennen, daß der Gesetzgeber die Anwendung des § 903 ZPO. auch nur mit der vorstehend entwickelten Einschränkung gewollt hat. Der Vollstreckungsschutz soll nur solchen Schuldnern zuteil werden, die unverschuldet durch die Ungunst der wirtschaftlichen Verhältnisse in Not geraten sind. Für böswillige Schuldner ist er nicht geschaffen. Ein Schuldner, der Haftbefehl gegen sich ergehen läßt, muß aber zu denjenigen Deuten gezählt werden, die der Rechtswohltat des Vollstreckungsschutzes nicht würdig sind. Der Schuldner hat sich den Verdacht zugezogen, daß er wohl in der Lage, aber nicht gewillt ist, seine Gläubiger zu befriedigen. Diesen einmal begründeten Verdacht kann er nicht dadurch aus der Welt schaffen, daß er in einem zweiten Verfahren sich bereit erklärt, die Versicherung abzugeben. Die Tatsache, daß der Schuldner Haftbefehl gegen sich hat ergehen lassen, muß als ein Umstand angesehen werden, der die Anordnung der Eidesleistung rechtfertigt (§ 19 d. Abs. 4). Darum ist es dem Schuldner auch aus diesem Grunde nicht möglich, sich erfolgreich auf § 903 ZPO. zu berufen.

Ger.-Rat Dr. Höher, Köln.

Comité Maritime International.

(18. Tagung in Oslo, 22.—24. August 1933.)

Zum Verständnis der Arbeiten dieser vom norwegischen Höchstgerichtsrat Edvin Alten vorbildlich geleiteten, 90 Teilnehmer umfassenden Konferenz wird verwiesen auf JW. 1931, 128 (Antwerpener Tagung 1930).

In Oslo begann die Tagung mit einer Erörterung des Standes der Ratifizierung der internationalen Vereinbarungen über 1. Beschränkung der Reederhaftung, 2. Schiffsgläubigerrechte und Schiffshypotheken, 3. Haager Regeln, 4. Immunität der Staatschiffe. Ergebnis: Norwegen wird nunmehr die Abkommen zu 1. und 2. in seine nationale Gesetzgebung einfügen. Das gleiche kann für Deutschland erwartet werden, nachdem eine Streitfrage aus dem Reederhaftungsabkommen auf der Konferenz durch eine unter Beteiligung von Belgien, Deutschland, Frankreich, Großbritannien und Italien gebildete Kommission eindeutig entschieden ist. Vor Klärung dieser Streitfrage wollte Deutschland jenes Abkommen nicht in Kraft setzen. Wegen der engen Verbundenheit beider Abkommen erschien es nicht zweckmäßig, das an und für sich annehmbare Abkommen zu 2. selbständig zu ratifizieren. Die Streitfrage war die: wenn ein Schiff auf einer Reise nach Abfahrt aus einem Hafen einen Zusammenstoß mit einem anderen Schiff erleidet und nun vor Erreichung des nächsten Hafens einen neuen gleichen Unfall erleidet, der ihm ebenso wie der erste Zusammenstoß Schaden bringt, kommen in einem solchen Falle oder wenn Kollisionsansprüche des schuldlosen Schiffes mit Ansprüchen von Ladungsbeteiligten des schuldigen Schiffes zusammenstoßen, für den Reeder des schuldigen Schiffes, eine oder zwei Haftungssummen in Frage? Die einbellige Meinung der erwähnten Kommission ging dahin, daß sich in einem solchen Falle die Gesamtverantwortlichkeit des Reeders des schuldigen Schiffes auf den im nächsten Hafen festgestellten Wert, den das Schiff nach dem ersten Unfälle gehabt hat, beschränkt, daß er aber den Gläubigern aus dem ersten Unfälle für die Wertverminderung seines

Schiffes verantwortlich wird, die auf den zweiten auch seine beschränkte Verantwortlichkeit auslösenden Unfall zurückzuführen ist, also Haftung nur mit einer Summe. Ratifiziert Deutschland die beiden Abkommen, dann werden ihm voraussichtlich Schweden und Italien folgen, dann werden sich auch die Ausfichten auf Verabschiedung der in Frankreich und Großbritannien den gesetzgebenden Körperschaften zur Beschlußfassung vorliegenden entsprechenden Gesetzentwürfe ganz erheblich bessern.

Über die Ratifizierung der Haager Regeln soll eine alsbald zusammentretende Kommission der drei skandinavischen Länder erneut beraten. Von einflussreicher nordwegischer Seite ist erklärt worden, daß man auf Einführung der Regeln in Norwegen jetzt energisch dringen werde. Deutschland hat vornehmlich wegen der abwartenden Stellungnahme jener Länder noch nicht ratifiziert. Der Eindruck der deutschen Delegierten ist der, daß Deutschland sich der Ratifizierung jetzt nicht länger wird entziehen können. Eine Ratifizierung durch Deutschland wird aller Voraussicht die Ratifizierungsfrage in Frankreich und Italien günstig beeinflussen.

Nach dem was auf der Konferenz über das Abkommen betreffend Immunität der Staatsschiffe zur Sprache gebracht ist, kann man sich der Hoffnung hingeben, daß dieses Abkommen, welches entgegen der früheren Mitteilung bei uns noch nicht Gesetzeskraft erlangt hat, nun bald auch in weiteren Staaten und auch bei uns zum Gesetz erhoben werden wird.

Die Konferenz beschäftigte sich sodann eingehend mit neuen Kommissionsentwürfen zu internationalen Abkommen auf seerechtlichem Gebiete. Bei Erörterung des Entwurfes betreffend strafgerichtlicher Zuständigkeit in Kollisionsfällen, ergab sich Einmütigkeit darüber, daß bei Schiffszusammenstößen auf hoher See

der Kapitän oder ein Schiffsangestellter strafrechtlich und disziplinarisch nur verfolgt werden kann von den Gerichten seines Heimatstaates oder des Staates, dessen Flagge das schuldige Schiff z. B. des Zusammenstoßes getragen hat. Der dann beschlossene Entwurf über die zivilgerichtliche Zuständigkeit in Kollisionsfällen sieht, abgesehen von dem vereinbarten Gerichtsstande, nur folgende Gerichtsstände vor: des geschäftlichen evtl. persönlichen Wohnsitzes des zu verklagenden Schiffseigentümers, des Ortes, an welchem das schuldige oder ein anderes Schiff des zu verklagenden Reeders beschlagnahmt worden ist, des Ortes des Zusammenstoßes. Den Entwurf beherrscht der Gedanke, die Zahl der zuständigen Gerichte möglichst zu beschränken und dem Anspruchsberechtigten klar zu zeigen, vor welchem Gericht er seine Klage anhängig machen kann. Der dritte der vorgelegten und besprochenen Entwürfe betrifft das besonders wichtige Gebiet der Schiffsbeschlagnahme. Die Hauptfragen sind die, ob wegen der Folgen eines Zusammenstoßes der Reeder des schuldlosen Schiffes auch ein anderes Schiff des schuldigen Reeders beschlagnahmen kann und welches die zivilrechtlichen Folgen einer ungerechtfertigten Schiffsbeschlagnahme sein sollen (nur Tragung der Kosten der zwecks Freimachung des Schiffes geleisteten Sicherheit oder Haftung auch für den darüber hinausgehenden Schaden). Alle drei Entwürfe wurden nach sehr eingehenden, interessanten Erörterungen an die Kommission zurückverwiesen mit dem Auftrage, unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Debatten und nach weiterer Befragung von Interessenten der nächsten, wahrscheinlich 1935 in Frankreich abzuhaltenden Konferenz neue Entwürfe vorzulegen.

Im Ganzen betrachtet kann die Tagung als erfolgreich angesprochen werden.

RA. Dr. A. Schulze-Smidt, Bremen.

Schrifttum.

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

Das neue deutsche Reichsrecht. Herausgegeben von Hans Pfundtner, Geh. RegR. Staatssek. i. Reichsmin. des Innern, Dr. Reinhard Reubert, Rechtsanw., Präsident der Reichsrechtsanwaltskammer, unter Mitwirkung von Dr. G. A. Medicus, ORegR. i. Reichsmin. des Innern. Berlin. Industrieverlag Spaeth & Linde.

Lieferung 6. 70 Blatt Ergänzungen. Preis je Blatt 0,05 RM und Porto für die Sendung.

Die Lieferung 6 schließt ab mit dem Erscheinungstag des RGBl. v. 14. Sept. 1933 (auschl.). Sie enthält insges. 70 Blatt, hiervon 61 Blatt Gesetzestext und Erläuterungen.

Ferner umfaßt diese Lieferung ein Inhaltsverzeichnis für die Lieferungen 1—6, das Sachregister und ein neues zusammengefaßtes Verzeichnis der Mitarbeiter.

Aus dem Inhalt der Lieferung 6, die die Gesetze vom Ende Juli bis Ende August 1933 enthält, seien folgende gesetzliche Bestimmungen hervorgehoben:

Durchf. v. 29. Aug. 1933 zum Beamtengesetz v. 30. Aug. 1933 (erl. v. RegR. Wichert);

Scheckgesetz v. 14. Aug. 1933 nebst EinfG. v. 14. Aug. 1933 (erl. v. MinR. L. Quassowski);

7. Dthilfe-Durchf. v. 12. Aug. 1933 (erl. v. ORegR. Heinrich);

Schiffsbankgesetz v. 14. Aug. 1933 (erl. v. MinR. Dr. Vogels);

VD. über die Zulassung von Zahnärzten und Zahntechnikern zur Tätigkeit bei den Krankenkassen v. 27. Juli 1933 (erl. v. RegR. Grünwald);

2. Durchf. v. 27. Juli 1933 über die Gewährung von Ehestandsdarlehen v. 26. Juli 1933 (erl. v. ORegR. Herting);

Lieferung 7. 68 Blatt, hiervon 62 Blatt Gesetzestext mit Erläuterungen.

Die unter dem 5. Okt. angegebene Lieferung 7 enthält außer dem Inhaltsverzeichnis ein neues Stichwortverzeichnis zu den Lieferungen 1—7, durch das die bisherigen Stichwortverzeichnisse entbehrlich werden, und 62 Blatt Gesetzestext mit Erläuterungen. Aus dem reichen Inhalt insbes. an Gesetzen, die in den ersten drei Wochen des Monats Sept. verkündet worden sind, sei auf folgende hingewiesen:

Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933, Neufassung nach der Novelle v. 22. Sept. 1933 (erl. v. MinR. Seel);

Bekanntmachung über das Reichskonkordat v. 12. Sept. 1933 (erl. v. Buttman);

Reichskulturkammergesetz v. 22. Sept. 1933 (erl. v. MinR. Dr. Hoche);

Gesetz zur Änderung des deutschen Auslieferungsgesetzes v. 12. Sept. 1933 (erl. v. Mettgenberg);

3. Durchf. v. der Landwirtschaftlichen Schuldenregelung v. 15. Sept. 1933 (erl. v. MinR. Dr. Harmening);

Gesetz aus dem vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 13. Sept. 1933 (erl. v. ORegR. Dr. Schefold);

Gesetz über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 (erl. v. Schmidt-Leonhardt);

Gemeindeumschuldungsgesetz v. 21. Sept. 1933 (erl. v. Herting-Neuning);

Gesetz über die Bürgersteuer 1934 v. 15. Sept. 1933 (erl. v. ORegR. Dr. Kühne).

Die Bedeutung des Werkes ist in der Besprechung: JW. 1933, 1640, auf die verwiesen wird, gewürdigt.

RA. Rudolf Jensen, Berlin.

Das neue Recht in Preußen. Herausgegeben von Dr. Roland Freisler, Staatssekretär im preuß. JustMin., preuß. Staatsrat, Ludwig Grauert, Staatssekretär im preuß. Innenmin., preuß. Staatsrat, unter Mitwirkung von Dr. Karl Krug, Justizrat und Staatsanwaltschaftsrat im preuß. JustMin. Lieferung 2. 130 Blatt Ergänzungen. Hiervon 127 Blatt Gesetzestext mit Erläuterungen. Preis je Blatt 5 Pf. und Postgebühr für die Sendung. Berlin 1933. Industrieverlag Spaeth & Linde.

Die Besprechung folgt demnächst.

Dr. Arnold Röttgen, Professor an der Universität Greifswald: **Deutsches Universitätsrecht.** Tübingen 1933. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 204 S. Preis 7,50 RM, geb. 10 RM.

In einer Zeit, die mit ihrer Umwertung aller politischen Werte zweifellos auch die Universitäten in ihrem innersten Kern berührt und noch weiterhin berühren wird, ist ein „deutsches Universitätsrecht“ eine besonders dankenswerte Arbeit, weil damit auf einem juristisch sehr verworrenen Rechtsgebiet der geltende Zustand einmal dargestellt wird — dem Rückblickenden wie dem Vorwärtsschauenden zur wert-

vollen Belehrung. Der Augenblick des Erscheinens des Werkes, das Frühjahr 1933, ist besonders günstig, da mit diesem Zeitpunkt wohl die zweite große Epoche der deutschen Universität, die Humanismus und Liberalismus vereinigte, abgeschlossen ist, denn alle Reformen, die das 20. Jahrhundert der deutschen Universität bisher brachte, dienten lediglich der Verfeinerung und Vollendung jenes Baues, an den sich Namen wie Humboldt u. a. knüpfen, vermochten aber nicht den Geist der Universität in befriedigendem Maße der geistigen und sozialen Wandlung des deutschen Volkes während der letzten hundert Jahre anzupassen und ihn damit für unser Volkstum und unseren Staat richtungweisend umzugestalten. Wenn demnächst im Zuge der nationalen Revolution der Versuch einer großzügigen Universitätsreform gemacht werden sollte, so wird die Klarstellung der jetzigen Rechtslage, von der der Reformator auszugehen hat und deren tieferer Grund in Röttgens Darlegungen erörtert wird, besonders begrüßt und auch die Beurteilung der dann getroffenen Maßnahmen dem Außenstehenden wesentlich erleichtert werden. Dieser Vorteil erweist sich als um so größer, als die logisch scharfen, klaren Ausführungen des Verf., gepaart mit einer gerade auf dem vorl. Gebiet seltenen Sachkunde, ein im ganzen einwandfreies Bild des deutschen Universitätsrechts entrollen — freilich nur des Rechts der Universität, nicht der Universität selbst. Wenn auch zuzugeben ist, daß durch die Beschränkung auf das Rechtliche die Geschlossenheit und Klarheit der Darstellung gewonnen haben, so wäre m. E. wohl richtiger, gerade heute wenigstens von der geistesgeschichtlichen Situation der deutschen Universität und ihrer geistigen Krise ausgegangen worden, um so mehr als die letzten Reformversuche und die Neuformulierung der preussischen Universitätsstatuten in den jüngst vergangenen Jahren prinzipiell an der alten Universitätsidee festhalten und die Brücke zum 20. Jahrhundert auf rein organisatorischem Wege herstellen wollten. Die Krise der deutschen Universität, die durch Vorfälle von Eduard Spranger, Günther Holstein, Rud. Smend, Reinhold Seeberg, Werner Richter u. a. (vgl. besonders „Das akademische Deutschland“, Bd. 3, Berlin 1930) besonders mehr oder weniger deutlich zum Gegenstand besonderer Erörterung gemacht wurde, beeinflusste auch die Rechtsbegriffe des Universitätsrechts und macht manchen Bedeutungswandel — wie z. B. das Verhältnis von Staatsanstalt und öffentlich-rechtlicher Körperschaft — erst voll verständlich.

Daß auch ein juristisches Bedürfnis nach der vorl. Arbeit besteht, ist unbedingt zu bejahen. Die früheren Arbeiten von Lubrich, Bornhak, Holstein u. a. erfassen nur Teilgebiete; die vergleichenden Schriften von Ludw. Bernhard und Flexner verfolgen andere Ziele; die treffliche Schrift von Wende (Grundlagen des preussischen Hochschulrechts, Weimannsche Buchhandlung 1930, vgl. meine Besprechung: JWB. 1931, 650), die ihren Rahmen enger spannt, wird durch die Arbeit eines Hochschullehrers mit der von der Selbstverwaltung kommenden Blickperspektive glücklich ergänzt und in verschiedener Hinsicht wesentlich vertieft.

Röttgen behandelt in 14 Kapiteln die Rechtsquellen, Wissenschaft — Staat — Universität, die Rechtsnatur der Universität, Wesen und Eigenart der akademischen Selbstverwaltung, die Universitätskorporation und ihre Mitglieder, das akademische Bürgerrecht, Universitätslehrer und Beamtenrecht, Lehrfreiheit, den nichtbeamteten Universitätslehrer, den Studenten, die Organisation der Universitäten, ihre Aufgaben und endlich die Staatsaufsicht und erschöpft damit das ihre Aufgaben nach Umfang und Inhalt. Aus der Fülle des Gebotenen sollen nur einige Punkte herausgegriffen werden, in denen ich dem Verf. nicht glaube folgen zu können.

Die Auffassung (§. 7), eine juristische Person des öffentlichen Rechts könne nur auf besonderer formalespezifischer Grundlage ins Leben gerufen werden, halte ich mit der herrschenden Ansicht für unrichtig; eine Universitätsgründung ist ein Verwaltungsakt, der nicht unmittelbar belastend in die Sphäre des Bürgers eingreift. Wenn die Verfassung der Universität letzteres gleichfalls nicht tut, bedarf es auch hierfür keines Gesetzes, und täte sie es, so genügte immer noch eine gesetzliche Ermächtigung speziell für diesen Eingriff. — Grundsätzlich anderer Meinung wie Röttgen (§. 11, 33 ff.) bin ich hinsichtlich der Rechtsnatur der Universität; diese ist m. E. eine selbständige Staatsanstalt mit Rechtspersönlichkeit; etwas anderes besagt auch § 1 der preuss. Universitätsstatuten nicht. Der Irrtum des Verf. liegt darin, daß er nicht genügend den Einfluß des absoluten Staates auf die Rechtsgestaltung der Universität wertet; mit der Auswirkung dieser Tatsache beginnt eben die zweite Periode der Entwicklung der deutschen Universität. Gewiß finden sich noch Rudimente aus der Zeit der Korporationsverfassung, so daß der im neuen Verwaltungsrecht herausgebildete Anstaltsbegriff nicht ganz genau paßt; die noch vorhandenen Reste einer Autonomie sind insofern keine rechtliche Unmöglichkeit. Sie führen auch nicht dazu, die Auffassung von der juristischen Einheit der Universität zu durchbrechen. Immer wieder kommt Röttgen durch seine Auffassung in Schwierigkeiten, die er mit meist nicht recht haltbaren Stützen zu begründen sucht, so z. B. bei der Konstruktion des akademischen Bürgerrechts (§. 86 ff.), der Rechtsnatur der Universitätsgebühren (§. 142), der

Stellung der nichtbeamteten Universitätslehrer und der Studenten (§. 156), bei der Erörterung des Haushaltsplanes (§. 195) sowie der Aufgaben der Universität (§. 192). — Daß von Kommunalverbänden schon deshalb keine Universität errichtet werden darf, weil es sich bei solchen Gründungen um überörtliche Bedürfnisse handele, ist kein durchschlagendes Argument (§. 29), da dieser Gesichtspunkt für die Provinzialverbände nicht gelten würde; im Ergebnis hat Verf. freilich recht. Wohl aber können, wie ich im Gegensatz zum Verf. (§. 30) annehme, nach geltendem Recht die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften Universitäten errichten, sofern nicht — wie in Preußen — letztere ausdrücklich als Staatsveranstaltungen gesetzlich bezeichnet sind.

Die Darlegungen über das Wesen der akademischen Selbstverwaltung gehen von der m. E. irrigen Voraussetzung aus, die moderne Universität sei wesensnotwendig Genossenschaft (§. 50 ff.). Gerade umgekehrt liegen die Dinge: im Mittelalter mit seinem festen Wissenschaftsbegriff, an den wir heute nach Ausmerzungen der Fehler der zweiten Universitätsentwicklungsperiode wieder anknüpfen müssen, war und konnte die Universität Genossenschaft sein. Dem stand der absolute Staat mit seinen Totalitätsansprüchen entgegen. Die liberale, selbständige Entscheidungsfreiheit des wissenschaftlichen Forschers beweist nichts gegen den auch hier (§. 51) wieder geeigneten anstaltlichen Charakter der Universität; selbst „Beamte“ einer unbefristeten Staatsbehörde wie die Richter können selbstverantwortliche Entscheidungsfreiheit besitzen, erst recht also Personen innerhalb einer selbständigen Anstalt. Selbstverwaltung bedeutet hier, daß gewisse Aufgaben der Universitätsanstalt den Organen der juristischen Person zur Erfüllung unter eigener Verantwortung und frei von staatlicher Anweisung übertragen sind. Sie setzt weder den Körperschaftscharakter der Universität voraus noch ist die Forschungs- und Lehrfreiheit ein Ausfluß der Selbstverwaltung; das hat Verf. m. E. trotz seiner sonst zutreffenden Darlegungen §. 54 nicht deutlich genug herausgearbeitet. Demgemäß erledigt die Universität als juristische Person auch keine Aufgaben, die außerhalb staatlicher Möglichkeiten liegen (a. A. Röttgen §. 57), so daß die daraus gezogene Folgerung bezüglich des Unterschieds zwischen akademischer und kommunaler Selbstverwaltung unzutreffend wird; die Unterschiede liegen in den Aufgaben und in der Organisationsform (richtig §. 59). In diesem Zusammenhang verdienen besondere Beachtung die Ausführungen (§. 66—69), die sich mit der aktuellen Frage der weltanschaulich gebundenen, nationalen Universität befassen; Röttgen bringt die Gründe für ihre Ablehnung — durchschlagend freilich nur, wenn man die Idee der Universität des 19. Jahrhunderts und den bisherigen liberalen Wissenschaftsbegriff aufrechterhalten will. Aber gerade um dieses letztere Problem dreht sich der Streit, und wenn man eine ganze Entwicklung von 150 Jahren, den Liberalismus und die sog. Errungenschaften von 1789 austilgen will, warum sollte man dann gerade vor den Toren der Universitäten haltmachen?

Zutreffend scheint mir die Unterscheidung zwischen den Funktionen der Dozenten als Staatsbeamte und als Organen der juristischen Person (Verf. spricht von seinem Standpunkt aus zutreffend von „Mitgliedern der Korporation“). Manche Unklarheit besonders bezüglich der Stellung der Nichtordinarien erfährt hierdurch eine neue Beleuchtung.

Die Darlegungen über das akademische Bürgerrecht (§. 86 ff.) geraten infolge der rechtlichen Konstruktion der Universität als Körperschaft in Schwierigkeiten, aus denen der Fehler der Grundanschauung des Verf. deutlich erkennbar wird; m. E. bleibt vom Standpunkt des Verf. aus nichts anderes übrig, als das Immatrikulationsgeschäft als staatliche Auftragsangelegenheit anzufassen, was Röttgen aber §. 88 Anm. 3 ablehnt. — Besonders interessant sind die Erörterungen der beamtenrechtlichen Stellung des Universitätslehrers, insbes. die Begründung der Selbständigkeit des Hochschullehrers (§. 103 ff.), aus dem Wesen der Sache heraus — Darlegungen, die gerade auch im heutigen Zeitpunkt Beachtung verdienen. Gelegentliche Unstimmigkeiten wiegen nicht allzu schwer. So wird man wohl die Geltung der allgemeinen beamtenrechtlichen Treupflicht für den Professor — im Gegensatz zu Röttgen (§. 105) — nicht bestreiten können; dem Professor obliegt m. E. eine durch Vertiefung und Vergeistigung modifizierte Treupflicht; Wer der Wahrheit in der Erkenntnis zum Siege zu verhelfen sucht, dient damit auch treu seinem Staate; denn wie Gerechtigkeit und Recht, so ist auch die Wahrheit eines der Fundamente jedes Staats. Richtig verstanden, sind hier Konflikte ausgeschlossen. Immerhin betont Röttgen zutreffend als Ergebnis seiner Ausführungen (§. 106), daß die beamtenrechtliche Stellung des Hochschullehrers einzigartig ist und sein muß — eine Erkenntnis, die einem großen Teil der staatlichen Bürokratie in den letzten Jahren sehr zum Schaden der Sache abging, nicht zuletzt weil eine erhebliche Anzahl selbst unserer akademisch gebildeten Beamten zur Grundidee von Wissenschaft und Universität kein inneres Verhältnis mehr hat.

Naturngemäß widmet Röttgen der Lehrfreiheit umfassende Ausführungen; er warnt vor der Verwechslung mit der Unterrichtsfreiheit (§. 121) und widerlegt mit Recht die Auffassung, die Lehrfreiheit sei

ein individualistisches Grundrecht (§. 111), ein Unterfall der Meinungsfreiheit: „Die Wissenschaft ist frei und nicht der Professor!“ Dagegen unterschätzt Röttgen (§. 113) neben der Lehrfreiheit die Freiheit der Wissenschaft. Daraus, daß die Forschung in den letzten Jahrzehnten unbehindert blieb, darf man nicht den Schluß der Bedeutungslosigkeit ihrer Freiheit ziehen. Freilich möchte ich nicht so weit wie Röttgen (§. 117) gehen: M. E. gehören Lehr- und Forschungsfreiheit, so bedeutsam sie auch kulturell sein mögen, nicht zu den der Religionsfreiheit vergleichbaren Menschenrechten; dagegen spricht schon die Tatsache, daß sie keine Individualrechte sind, aber auch daß der bisherige Wissenschaftsbegriff kein absoluter ist. Nachdem in den letzten Jahren von Spranger u. a. wieder deutlich betont wurde, daß es eine voraussetzungslose Wissenschaft nicht geben könne, und nachdem die katholische Kirche seit Jahrhunderten die wissenschaftliche Auseinandersetzung unter die Voraussetzung der Anerkennung ihrer Dogmen gestellt hat, wodurch, wie die Geschichte aller Wissenschaften zeigt, nirgends ein erheblicher Schaden für die Wissenschaft entstanden ist, kann jedenfalls die Forderung nach absoluter Freiheit der Wissenschaft und nach Freiheit von nationalen Einflüssen nicht logisch zwingend begründet werden. Wenn das Wesen des nationalen Staates in einigen formulierbaren Dogmen zu erfassen wäre, dann würde eine „nationale Wissenschaft“ m. E. durchaus möglich sein, indem jene Dogmen in die Voraussetzungen der Wissenschaft mit aufgenommen würden. Da seit der Reformation in Deutschland eine von allen angenommenen, dogmatisch gebundene Religion fehlt und damit für eine bestimmte Staatsreligion bis auf weiteres in Deutschland kein Raum ist, kann „nationale Wissenschaft“ bei uns nur bedeuten, daß infolge der Besonderheiten unseres Volkstums eine nationale Färbung in die Wissenschaft eingebracht und künftig staatlischerseits besonders betont wird und ferner — für den liberalen Wissenschaftsbegriff neu! — daß eine Werteskala zur Anerkennung gebracht wird, in der — wie schon bisher von der katholischen Kirche die religiösen — nun auch die nationalen Gesichtspunkte über die der Wissenschaft gestellt werden und erstere die letzteren übertrumpfen und begrenzen. Man muß m. E. bei allen diesen Erörterungen deutlich unterscheiden, was logisch zwingend, was aus der Natur der Sache heraus geboten, und was staats- und kulturpolitisch wünschenswert ist.

Das Kapitel über den Studenten ist angesichts der Fülle hier bestehender Rechtsfragen im Verhältnis zum Gesamten etwas zu kurz geraten; die Begründung, die Verf. hierfür gibt, ist nicht ganz einleuchtend. Besonders bemerkenswert ist die Darstellung der Wesensverschiedenheit des sachlichen Gehalts der Universität einerseits und der mit neuen Aufgaben hervortretenden Studentenschaft andererseits und der Schwierigkeit einer idealen Verknüpfung beider. Es wird hier die Strukturänderung der Universität besonders deutlich. Hier (§. 169 f.) und bei Erörterung der Aufgaben der Universität (§. 190) kommt jedoch der Erziehungszweck der Universität zu kurz, und dadurch wird Verf. m. E. dem Thema nicht ganz gerecht. Die Frage, ob die Universität die Erziehungsaufgabe ohne innere Widersprüche erfüllen kann, wird offen gelassen. Die alte Universität sah in der ernsthaften Beschäftigung mit der Wissenschaft unter Anleitung eines erfahrenen Forschers das Bildungsmittel auch für die Charaktererziehung. In der Tat zweifeln wir heute an der Nichtigkeit dieser Auffassung, ja wir müssen im Gegenteil zugeben, daß die Wissenschaft, mindestens wie sie heute vom Gros der Studenten betrieben wird, die Erziehungsaufgabe nicht zu erfüllen vermag. Es kann dahingestellt bleiben, ob sie dazu absolut untauglich ist oder ob nur besondere, in den letzten hundert Jahren eingetretene Veränderungen hierzu geführt haben; jedenfalls stehe ich auf dem Standpunkt, daß mit dieser Erkenntnis die Universität ihren Erziehungszweck nicht aufgeben darf, sondern sich nunmehr neuer Mittel bedienen muß, das alte Ziel zu erreichen, da sie schon bei ihrer zeitlichen Inanspruchnahme der Studenten für deren charakterliche und nationale Erziehung zu sorgen verpflichtet ist. Borderländische Aufgabe einer Universitätsreform scheint mir zu sein, das Verfallene nachzuholen.

Es ist auch nicht richtig, wenn Röttgen eigenständige Kompetenzen akademischer Instanzen nur dort anerkennen will, wo eine konkrete Aufgabe ausschließlich am Maßstabe der Wissenschaft erledigt werden soll. Bei Anerkennung des Erziehungszwecks würde sich der Kreis der universitäts-eigenen Aufgaben wesentlich erweitern. Damit gewinnt auch die Frage nach den bei Aufstellung von Berufungsstellen und bei Habilitationen maßgebenden Gesichtspunkten eine z. T. andere Beleuchtung. Endlich würde mir eine etwas eingehendere Behandlung der mit der Staatsaufsicht zusammenhängenden Rechtsfragen begrüßenswert erschienen sein; immerhin finden sich auch hier nach verschiedener Richtung interessante Darlegungen; so sind z. B. die bildungsorganisatorischen Ideen und die Diskussionen anläßlich des Hamburger Hochschulgesetzes vom Jahre 1921 und in der Folgezeit gerade heute wieder beachtlich.

Im ganzen verdient — das hofft Rezensent mit vorstehender ausführlicher Besprechung gezeigt zu haben — Röttgens Buch weitgehendste Beachtung bei allen mit hochschul- und kulturpolitischen Fragen befaßten Kreisen. Unbeschadet vorstehender kritischer Be-

merkungen kann das ausgezeichnete, den neuen Ideen durchaus aufgeschlossene Buch warm empfohlen werden.

Prof. Dr. Hans Peters, Berlin.

Kassenrecht für Zahnärzte und Zahntechniker. Herausgegeben und erläutert von Dr. med. dent. **Lothar Hoffmann** und Dr. rer. pol. **Robert Benter.** Berlin 1933. Verlag Karl Lohner. Preis geh. 5,50 RM, geb. 7 RM.

Das Kassenrecht der Zahnärzte und Zahntechniker ist in organisatorischer und personeller Hinsicht durch die VD über die Kassenzahnärztliche Vereinigung Deutschlands und über die Zulassung von Zahnärzten und Zahntechnikern zur Tätigkeit bei den Krankenkassen v. 27. Juli 1933 in jüngster Zeit stark umgestaltet worden. Die Schrift, die in einem Augenblick erscheint, in dem diese Um- und Neugestaltung noch nicht zu einem endgültigen Abschluß gelangt ist, will und kann kaum mehr bieten als eine organisierte Materialsammlung. Sie wird in erster Linie geeignet sein als Wegweiser für Zahnärzte und Zahntechniker, die ihre Weiter- oder Neuzulassung erstreben. Die Schrift bringt neben den genannten hauptsächlichsten Gesetzeswerken, die mit kurzen Erläuterungen versehen sind, sämtliche nur irgendwie wesentlichen Gesetze, die VD, des ArbZM. sowie die Ausführungsbestimmungen der Länder über die Anerkennung als Zahntechniker nach der ArbZ. Für ihre Zweckbestimmung wird die Schrift als zuverlässige vorläufige Zusammenstellung der geltenden verstreuten Vorschriften gute Dienste leisten und auch dem Juristen dienlich sein, der über dies Gebiet eine Orientierung sucht.

RA. Dr. Helmut Seydel, Berlin.

Sonderarbeiten zur Förderung des deutschen Außenhandels. Prozeßführung und Gerichtsstand im Auslandsgeßäft. Bd. 1: Europäische Staaten, 127 S.; Bd. 2: Außer-europäische Staaten, 111 S. Eildienst für amtliche und private Handelsnachrichten GmbH., Berlin W 9. Preis 8 RM, einzeln 4,50 RM (1) und 4,25 RM (2).

Die beiden Bände, herausgegeben von der Außenhandelsstelle für Niederschlesien, Breslau, im April (1) und Juni 1933 (2) und für den Exporthandel und die Exportindustrie bestimmt, behandeln von der kaufmännisch-praktischen Seite aus — mit wenigen Ausnahmen ohne Angabe der Gesetzesstellen — die Fragen, was ein Prozeß im Ausland kostet, wie lange er vermutlich dauern wird, ob ein Gerichtsstand vereinbart werden kann und soll und in welcher Form das gegebenenfalls zu geschehen hat.

Die Zusammenstellung kann und will natürlich Anspruch auf Vollständigkeit nicht erheben.

Für die Prüfung der Frage, ob und wie eine Geschäftsverbindung zu beginnen, bzw. wie man notfalls vorgehen soll, sind die Bändchen ein brauchbarer Berater für den Kaufmann und können ihn rechtzeitig warnen.

Für den Anwalt wird das Buch zur Information, nicht aber für die Beratung in wichtigeren Sachen oder für die Bearbeitung anhängiger Streitigkeiten in Betracht kommen. Dafür wird schon auf die Gesetze des Landes und die Staatsverträge zurückgegriffen werden müssen.

Der Zweck hätte sich wohl auch noch bei erheblicher Kürzung und stichwortartiger Fassung vieler Sätze erreichen lassen.

Zu vermeiden waren m. E. die Hinweise, daß man sich vor Prozeßbeginn über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners vergewissern möge oder daß man Prozesse nur bei aussichtsreicher Rechtslage anstrengen soll. Diese ständig wiederholten Hinweise sind keine „Besonderheiten“ des Auslandsgeßäfts.

Ebenso stört die Bemerkung, daß in einzelnen Ländern (??) der Schuldner meist Wert darauf legt, an seinem Wohnsitz verklagt zu werden, wie auch die ständig wiederholte Bemerkung, daß wegen der Dualität der Rechtspflege keine Bedenken zu bestehen brauchen. Über die letzten ist ein Urteil in einer derartigen Arbeit nicht möglich. Ausdrückliche Warnungen finden sich auch nur bei China II 13 (keine Gewähr für unabhängige Rechtspflege), bei Spanisch-Marokko II 49: „eine Klage auf Abnahme von Waren wird niemals (?) zum Erfolge führen“, bei Absentien II 39, wo z. B. die Vorstehenden der Gemischten Gerichtshöfe wegen der Gerichtspraxis ihre Mitwirkung verweigern und die Rechtsverfolgung für Ausländer daher z. B. nicht möglich ist.

Das Buch zeigt, welche Schwierigkeiten auch von der Seite des Rechtsschutzes aus für den Export vorhanden sind. Manche Staaten scheinen geradezu darauf auszugehen, diese Schwierigkeiten zu verstärken, so, wenn Estland I 20 (ähnlich Litauen I 71 und Rumänien I 98, ähnlich auch Spanien I 112, Türkei II 34) bei der Vollmacht notarielle Beglaubigung und Legalisation durch VPräsidenten, Auswärtiges Amt und den Generalkonsul verlangt (!). Damit dürften

die ersten Monate für die ordnungsmäßige Ausstellung der Prozeßvollmacht verbraucht sein.

Hier Erleichterungen zu schaffen, wäre eine sinnvolle Aufgabe des Völkerbundes, die er auch als unpolitische jedenfalls bewältigen könnte.

Auch für die Rechtungleichheit in den durch die Pariser Vorortverträge geschaffenen oder vergrößerten Staaten finden sich lehrreiche Hinweise, so für Polen I 89, Jugoslawien I 63, Rumänien I 100, Palästina II 23.

Beachtenswert und überraschend ist der Hinweis, daß in den Vereinigten Staaten, II 61, zwischen Einreichung der Klage und erstem Termin zur mündlichen Verhandlung oft ein bis zwei Jahre verstreichen und daß dort keine unmittelbare Vollstreckungsmöglichkeit für ein Urteil eines Bundesstaates in einem anderen Bundesstaat besteht.

Inhaltlich ist m. E. bedenklich, von der Begründung eines deutschen Gerichtsstandes auch dann abzuraten, wenn nur die Vereinbarung eines ausschließlich deutschen Gerichtsstandes zwecklos ist. Hier hätte nur von der Begründung des ausschließlich deutschen Gerichtsstandes abgeraten werden sollen, da man auch eine unwahrscheinliche Möglichkeit des Zugriffs auf Vermögen des Schuldners in Deutschland nicht unnötig außer acht lassen soll.

Von besonderem Interesse ist noch, daß in den meisten Ländern, auch denen mit hochentwickelter Rechtsprechung und intensivem geschäftlichen Verkehr, die Kostenverteilung abweichend von der deutschen so getroffen wird, daß der obliegende Kläger einen Teil auch der notwendigen Kosten selbst tragen muß.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Bücher geeignet erscheinen, den Kaufmann und Fabrikanten vor Schäden zu bewahren.

RA. Carl, Düsseldorf.

Entscheidungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs.

Herausgegeben von dem Institut für Internationales Recht in Kiel. 8. Band (1931). Leiden 1932. A. W. Sijthoffs Uitgeverijmaatschappij N. W. 158 S.

Langsam folgt diese hier mehrfach (zuletzt JW. 1932, 571) angezeigte Übersetzung den amtlichen Druckschriften der Cour. Das ist nicht nur für den bedauerlich, der, obwohl er die offizielle Ausgabe zur Verfügung hat, aus Bequemlichkeit die vortreffliche vom deutschen nationalen Richter der Cour Prof. Dr. Schüßling mitverantwortete Übersetzung gern benutzt — schlimmer ist es für die Benutzer der (nicht unbedeutenden) deutschen Bibliotheken, die nur die (nicht maßgebliche) deutsche Ausgabe anschaffen. Der vorliegende Band enthält vier Entscheidungen; den meisten Raum nimmt das Gutachten (nebst dissentierenden Noten und Anlagen) über die deutsch-österreichische Zollunion ein. D. S.

Bernhard Groethuyse: Die Entstehung der bürgerlichen Welt- und Lebensanschauung in Frankreich. Band II:

Die Soziallehren der katholischen Kirche und das Bürgertum. Halle 1930. Verlag Max Niemeyer. Preis geh. 14 RM., geb. 16 RM.

In JW. 1930, 48 f. ist der erste Band dieses Wertes angezeigt, ist insbes. die Bedeutung der neuen bürgerlichen psychischen Gesamthaltung und des Lebensstils in privat- und staatsrechtlicher Hinsicht hervorgehoben. In einem eingehenden Vorwort zu Band II legt Groethuyse noch einmal Ziel und Methode seiner Forschungen dar. Es erweist, wie sehr aus der Diltzeyschen Auffassung „menschlich-geschichtlicher Wirklichkeit“ heraus das Gesamtwerk bis hierher gearbeitet ist. Im Gegensatz zu dem Unternehmen einer rein geistesgeschichtlichen Deutung einer Epoche, der es genügen müsse, die Namen der großen Lehrer und den Einfluß auf die Zeitgenossen festzustellen und zu schildern, leugnet Groethuyse für seinen Forschungsbereich wenigstens die Wirksamkeit jeder Ideenpriorität für das Werden der Moderne, wie sie damals in der bürgerlichen Welt- und Lebensanschauung konzentriert geworden ist. Nicht um formulierte Ideen als Ausdruck bestimmter theoretischer Überzeugungen habe es sich gehandelt, sondern um unreflektierte Bedeutungsverschiebungen und Umwertungen. Diese hätten sich derart zu einem Ganzen zusammengefügt, daß sie zur Gegenständlichkeit gegenüber den kirchlichen Anschauungsweisen hätten heranreifen können und müssen. Lebenserfahrung ohne jede theoretische Formulierung, die Tatsache also des Lebens selbst habe den Bürger zu der Überzeugung geführt, „daß sich sein Leben in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht nicht mehr von den überkommenen, religiös festgelegten Werten und Grundsätzen aus deuten und „regeln“ lasse. Thema des Wertes also die Aufdeckung eines Ablaufes von Wertstellungen, der (logischer Folgerung abgekehrt) eine eigene Lebensgesetzlichkeit sei.

Es ist bekannt, daß auch die juristische Forschung einen derartigen Wert- und Bedeutungswechsel konkreter gesellschaftlicher Formulierungen herauszufinden versucht hat, sei es, daß es sich um richterliches Erleben oder um breite Schichten beruflichen Zusam-

mengehörigkeitsgefühls handelt (vgl. Logos, Bd. XVI, S. 1 ff.). Nun gibt freilich eine derartige Anpackung des Materials selbst wieder eine Fülle von Problemen auf. Wie dem aber auch sein mag. Jedenfalls setzt die Betrachtungsweise immer das Sein von Normen voraus, seien diese rechtlicher oder religiöser Art. Im Band II ist es das traditionell übernommene Gedankengut der Soziallehren der katholischen Kirche, das den Maßstab für die Absonderung eines neuen autonomen kollektiven Bewußtseins in eigengeklärter Wirklichkeit gibt.

Auf Einzelheiten braucht nicht eingegangen zu werden. Die Charakteristika dieses so lebensvoll dargestellten historischen Prozesses (die Selbstverfestigung und vor allem die Zielstrebigkeit, die Forderung der Vorausberechenbarkeit des schaffenden Lebens im Schutz privatrechtlicher Normierung z. B. S. 94 f., 211 und 217 f.) treten auch in diesem Bande überall hervor. In JW. 1932, 3749 hat Referent des Widerspruchs Benedetto Croce gegen Groethuyse Charakterisierung des „Bürgers“ gedacht. Die Öffnung des Begriffes des „Bürgerlichen“ zu dem Begriff des „immer Modernen“ seelischer Haltung, die Groethuyse im ersten Band wenigstens andeutet, ist im Band II nicht beibehalten, so daß jene Kontroverse ungelöst steht.

Erwähnt sei nur ein Axiomatisches: Vielleicht mag es auf den ersten Blick scheinen, daß die Bildgebung des Fanatismus im Band I (vgl. JW. 1930, 49) nicht ganz mit der Behandlung im vorliegenden Bande zusammenstimmt, da hier der Fanatismus doch auch wieder als Motivierungsfaktor in dem Entstehungsprozeß der bürgerlichen Wert- und Gefühlshaltungen aufgedeckt wird. Doch mag man bedenken, daß es sich für Groethuyse mehr um die Aufweisung von schroffen Widersprüchen in der Ebene des durch das Leben Bewußt-Gewordenen gehandelt hat. Denn solche reflektierten Ablehnungen können gleichwohl (im Widerspruch zu sich selbst) positiv gestaltend im Unbewußten werden. Das, was der soziologischen oder psychologischen Betrachtung widerspruchsvoll erscheinen muß, kann gleichwohl widerspruchslös als Wirkung in sich ruhender objektiver Kulturgehalte — hier des religiösen Logos — als einer Größe, die das Leben meistert, gesehen werden.

Prof. Dr. Dr. F. Söldner, Dresden.

Emil Erich Hölscher: Die ethische Umgestaltung der römischen Individual-Justitia durch die universalistische Naturrechtslehre der mittelalterlichen Scholastik. (Veröffentlichungen der Rechts- und staatswissenschaftlichen Sektion der Görres-Gesellschaft, Heft 59.) Paderborn 1932. Verlag von Ferdinand Schöningh. 110 S. Preis 5,50 RM.

Der Verfasser — bekannt durch seine vorwiegend philosophisch gerichtete „Ethische Rechtslehre“ (2 Bde., München 1930) und durch seine historische Schrift: „Von römischen zum christlichen Naturrecht“ — gehört zweifellos zur modernen naturrechtlichen Richtung; er hat aber richtig erkannt, daß deren gedankliche Begründung ohne eine Vereinigung von manchen noch über die Geschichte des Naturrechts verbreiteten irrigen Ansichten nicht möglich ist. Nachdem neuesten das ausgezeichnete Werk von Johann Sauter, „Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre“ (Wien 1932), von der philosophiegeschichtlichen Seite her mit großen Fertigkeiten über die geschichtliche Entwicklung des Naturrechts aufgeräumt und somit Bereinigungsarbeit im ange deuteten Sinne geleistet hat, trifft es sich gut, daß nun das angezeigte Werk von Hölscher auf einige Dinge eingeht, die bei Sauter mehr zurückgetreten waren. Somit bieten diese beiden wichtigen Neuerscheinungen bei allem Eigenwert doch auch wieder eine wertvolle gegenseitige Ergänzung.

Hölscher geht aus von dem bereits von Spann hervorgehobenen Gegensatz des universalistischen, makroskopisch ersichtlichen und individualistischen, mikroskopisch gesichteten Naturrechts. Beiden entspricht jeweils ein besonders gearteter Begriff der Justitia. Das universalistische Naturrecht ist, da es gedanklich von der metaphysisch begründeten Totalität der Seinsordnung ausgeht, seiendes Recht, absoluter Wert, der mit zunehmender Rechtskenntnis auch immer mehr in der menschlichen Sägung zum Ausdruck kommt (S. 7). Das individualistische Naturrecht ist und bleibt, da an subjektives Rechtsgefühl, Rechtsbewußtsein usw. anknüpfend, relativer Wert, lex ferenda (S. 6). Wie auch das genannte Buch von Sauter zeigt, liegen hier tatsächlich die beiden grundsätzlichen Möglichkeiten, über Recht und Gerechtigkeit zu denken. Historisch gesehen, sind sie natürlich dem geistesgeschichtlichen Hintergrund einer Kultur notwendig verhaftet. — Eine gründliche quellenmäßige Untersuchung führt den Verf. zu dem einen wichtigen Ergebnis seiner Studie: das Naturrecht der klassischen römischen Juristen gehört zweifellos der individualistischen Richtung an (S. 18). Auch die von hellenistisch alexandrinischer Geistigkeit beeinflussten Schöpfer der justinianischen Kodifikation haben es trotz ehelichen Bemühens

nicht vermocht, die Ansätze neuer Erkenntnis harmonisch in das Gesamtwerk einzubauen. Wissen wir ja auch, wie mancher Riß in rein juristischen Dingen in diesem Werke klappt. — Demgegenüber mußte sich das neue christliche Naturrecht, entsprechend dem metaphysisch verankerten Weltbild des Christentums, notwendig als eigenwertiges unversalfistisches Naturrecht ausbilden. Eine allmähliche Entwicklung ist hier unverkennbar; das frühchristliche Naturrecht ist weltfremder als das der eigentlichen Scholastik. Die weltgeschichtliche Aufgabe des scholastischen Naturrechts, dessen Geist natürlich auch alsbald die junge Wissenschaft der Kanonistik in seinen Bann zog, sieht Hölscher ausgedrückt in dem Worte des sonst übrigens in der Rechtswissenschaft einflusslosen Raymundus Vullus (vgl. meine Studie: Ramon Vull und die Rechtswissenschaft in Ernst Mayer-Festschrift, Weimar 1932, S. 169 ff.) „omne ius positivum ad ius naturale reducere“ (S. 65, 101). Das bedeutete, wie schon Gierke, Sohn und neuerdings Enrico Besta (Storia del diritto italiano, Vol. I, Fonti, Milano 1923/25, S. 844 ff.) richtig gesehen haben, den Einzug der Philosophie in die Rechtswissenschaft. So wird es auch verständlich, daß neuestens Ernst Kantorowicz, Kaiser Friedrich II, Berlin 1927, S. 208, das Jahrhundert von 1150—1250 mit Recht als ein juristisches Zeitalter bezeichnen kann. Erst nur theoretisch fühlbar ist die Umgestaltung des römischen Rechts durch den Geist des christlichen Naturrechts bei den Glossatoren, zu praktischen Folgerungen vortragen wird sie dann bei dem Postglossatoren. Auch dem Kampf von Papst und Kaiser glaubt Hölscher so einen geistesgeschichtlichen Hintergrund geben zu können.

Mit einem Ausblick auf zeitgemäße Probleme schließt das gut geschriebene Buch, in dem eine reiche Quellen- und Literaturkenntnis sich mit selbständiger Durchdringung der Probleme zu einer wertvollen Gesamtleistung auf einem in neuerer Zeit stark vernachlässigten Gebiete vereinigt. Wir halten die Folgerungen, die

Hölscher aus seinem Stoffe gezogen hat, für richtig; aber auch, wer diesen Gedanken gegenüber sich noch Zurückhaltung aufgelegt, wird das Buch nicht ohne reichste Anregung aus der Hand legen.
PrivDoz. Dr. E. Wohlhaupter, München.

Eingegangene Bücher.

Die Rechtssprechung in Miet- und Wohnungsfragen im Jahre 1933 (1. Halbjahr — Nr. 17 der Sammlung) von B. Gramse, Berlin, Geschäftsträger des Bundes Deutscher Mietervereine eV., Inhalt: Entscheidungen zu den Notverordnungen, zum Reichsmieten- und Mieterschutzgesetz und zu den Ausführungs- und Vorkerungsverordnungen. Anhang. Berlin 1933. Verlag: Reichsmieterdienst, Berlin-Zehlendorf. Preis 2,75 RM (192 Seiten).

Das Recht im neuen Reich. Josefblattausgabe der Gesetze des Reichs mit den wichtigsten Ausf. in systemat. Anordnung. Hrsg. von Karl Waldmann, Staatsrat im würt. Staatsmin., Dr. Otto Müller, RegR. beim würt. OVerf., Eugen Wunder, RechnR. beim würt. OVerf. Stuttgart 1933. Verlag von W. Kohlhammer. Preis 5,40 RM. 1. Nachtragslieferung zur Ausgabe Reich, 56 Blatt. Preis 1,50 RM.

Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Handausgabe mit den Ausf. und den grundsätl. Entsch. des RVerf. Herausgegeben von F. Berndt, B. Lehfeldt, D. Weigert, M. Ehler, F. Syrup. 12. Bief. Berlin 1933. Verlag von Reimar Hobbing. 65 Blatt Großoktav. Preis 3,25 RM.

	<h1>Rechtssprechung.</h1>	
--	---------------------------	--

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

I. Materielles Recht.

1. §§ 1, 4 Kap. III Teil 5 NotV. v. 6. Okt. 1931. Auf Abfindungen für Aufgabe des Dienstverhältnisses finden die Vorschriften über die Ermäßigung von Dienstvergütungen keine entsprechende Anwendung.

I. § 1 Kap. III Teil 5 V. des RPräf. v. 6. Okt. 1931 gestattet die Herabsetzung einer Vergütung, zu deren Zahlung sich ein Dienstberechtigter in einem vor dem 7. Okt. 1931 geschlossenen Dienstvertrage verpflichtet hat. Zwischen den Parteien bestand seit dem Herbst 1929 ein Dienstvertrag, aber die streitige Zahlungsverpflichtung der Veff. beruht nicht mehr auf jenem Dienstvertrage. Vielmehr haben die Parteien im Abf. v. Juni 1931, dessen Inhalt unstreitig in dem Bestätigungsschreiben des Kl. von demselben Tage zutreffend niedergelegt ist, den Dienstvertrag von 1929 aufgehoben. Das ist in der Bestätigung klar zum Ausdruck gelangt, indem es dort heißt, daß der Kl. am 1. Juli als Vorstand der Veff. ausscheide und gleichzeitig in den Aufsichtsrat der Firma eintrete. Damit war das i. F. 1929 begründete Dienstverhältnis, durch das er zum Vorstand bestellt war, aufgehoben und erledigt. Allerdings übernahm der Kl. gleichzeitig für die Zeit bis Ende 1931 noch gewisse Verpflichtungen zur Auskunfts- und Ratserteilung, wie er auch bis zu diesem Zeitpunkt noch das bisherige Gehalt weiter erhielt. Ob man danach für den Rest des Jahres 1931 den Abschluß eines neuen Dienstvertrages annehmen will, ist für die Entsch. ohne Bedeutung, denn der Streit betrifft nur die der Veff. für die Zeit nach dem 1. April 1932 obliegenden Zahlungen.

Vom Jahre 1932 ab aber bestand jedenfalls irgendein Dienstverhältnis aus dem Abf. vom Juni 1931 nicht. Allerdings gehörte der Kl. zunächst noch dem Aufsichtsrat der Veff. an, aber seine Pflichten und Rechte aus dieser Stellung waren im Gesellschaftsvertrage, nicht in jenem Abkommen geregelt. In letzterem hatte der Kl. lediglich die Verpflichtung übernommen, bis zum Ende des Jahres 1934 jede die Veff. schädigende Konkurrenz zu unterlassen und während derselben Zeit sämtliche von ihm getätigten Expeditionsgeschäfte durch die Veff. zu bewerkstelligen. Eine Verpflichtung zu irgendwelchen Dienstleistungen sieht der neue Vertrag dagegen nicht vor, zutreffend stellt das BG. vielmehr fest, daß der Kl. seine jetzt freigewordenen Kräfte anderweit verwerthen konnte. Deshalb kam jetzt eine Vergütung für Dienste des Kl. auch nicht mehr in Frage. Derhauß richtig spricht das Bestätigungsschreiben vielmehr aus: „Als Abfindung zahlt mir die Firma L. ... in den Jahren 1932, 1933 u. 1934 in jedem Jahre 30000 GM.“ Mit diesen Zahlungen erkaufte die Veff. den Verzicht des Kl. auf die Fortsetzung seines Dienstvertrages und auf die ihm aus dem Dienstvertrage zustehenden Ansprüche. Mit einer Dienstvergütung haben diese Zahlungen nichts zu tun, so daß der § 1 a. a. D. nicht zur Anwendung kommen kann.

II. Damit ergibt sich gleichzeitig die Ansicht als unzutreffend, daß auf alle Fälle der Tatbestand des § 4 a. a. D. als gegeben anzusehen und deshalb die Herabsetzung der dem Kl. zu zahlenden Beträge begründet sei. Nach § 4 findet § 1 entspr. Anwendung auf Verforgungs- und ähnliche Bezüge eines Dienstberechtigten oder seiner Hinterbliebenen. Danach muß es sich, um eine Herabsetzung aus § 4 zu rechtfertigen, um Bezüge handeln, die einem Dienstverpflichteten eben mit Rücksicht auf die von ihm früher geleisteten Dienste gewährt werden. Deshalb werden solche Bezüge in der Regel alsbald im Dienstvertrage selbst vorgesehen sein, aber es scheint nicht unbedingt erforderlich, daß sie, wie Bogels: JW. 1931, 3644 ff. annimmt, in jedem Falle auf Grund eines Dienstvertrages gezahlt werden. Es ist wohl denkbar, daß Verforgungsansprüche erst später vereinbart werden, etwa in dem Falle, daß ein auf Lebenszeit vorgeesehenes Dienstverhältnis

bei Erreichung des 60. Lebensjahres des Dienstverpflichteten aufgehoben und letzterem nun für weitere Jahre eine Rente zugesagt wird. Ob sich eine solche Rente dann als eine weitere Vergütung für die bisher geleisteten Dienste darstellt, oder ob es sich lediglich um eine Abfindung für den Verzicht auf die Fortsetzung des Dienstvertrages handelt, kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden.

Deshalb war es notwendig und richtig, daß das BG. die Beweggründe für die Vereinbarung vom Juni 1931 heranzog. Für die Bekl. lag keinerlei Veranlassung vor, dem Kl., der nur 1½ Jahre in ihrem Dienste tätig gewesen war und während dieser Zeit ein beträchtliches Einkommen bezogen hatte, für diese kurze Tätigkeit noch auf Jahre hinaus ein weiteres Entgelt zukommen zu lassen. Dagegen hatte sie ein Interesse daran, ein Opfer dafür zu bringen, daß der Kl. auf seinen langjährigen Dienstvertrag verzichtete und so den Reorganisationsplänen in ihrem Konzern nicht im Wege stand. Nicht bestimmend für den Charakter der von der Bekl. übernommenen Zahlungen kann es dagegen sein, daß diese in vierteljährlichen Raten zu leisten sind, und daß die Höhe der Jahresbeträge ungefähr dem früheren Gehalt des Kl. gleichkommt. Es ist allerdings anzunehmen, daß die Parteien bei der Bemessung der Abfindung von der Höhe eines Jahresgehalts ausgegangen sind, das ändert aber nichts daran, daß es sich hier um eine Abfindung handelt, die in ihrer Gesamtsumme auf 90 000 RM neben einer geringen Gewinnbeteiligung bemessen ist. Nur unter diesem Gesichtspunkte ist eine Vereinbarung dahin, daß bei nicht fristmäßiger Zahlung der Raten der Rest der Gesamtforderung fällig sei, verständlich, während für eine Gehaltszahlung eine derartige Best. ganz undenkbar wäre. Es ist deshalb irreführend, wenn die RevBegr. stets von der Gehaltszahlung an den Kl. spricht und daraus den Charakter dieser Zahlungen als Versorgungs- oder ähnlicher Bezüge zu begründen sucht. Nicht die Höhe der zu zahlenden Beträge, nicht die Art der Zahlung ist bestimmend für ihren Charakter, sondern die mit der Übernahme der Zahlungsverpflichtung verfolgte Absicht. Ging diese hier allein dahin, von dem Kl. den Verzicht auf die Fortsetzung seines Dienstvertrages zu erkaufen, so kann auch von Versorgungs- oder ähnlichen Bezügen i. S. von § 4 a. a. D. keine Rede sein. Außer Betracht muß dabei auch § 6 Abs. 1 a. a. D. bleiben, da diese Vorschr. lediglich den Verzicht der Vergütung im Hinblick auf die Form der Leistung erweitert, dagegen ohne Einfluß auf den Charakter der Leistung ist.

III. Die Bekl. hat wiederholt betont, ihr Recht auf Herabsetzung der dem Kl. zu zahlenden Beträge ergebe sich aus einer sinngemäßen Anwendung der NotWD.

Dabei aber überieht sie, daß der von der WD. erstrebte Zweck, „Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit durch Anpassung der Aufwendungen an die veränderte Wirtschaftslage“ (Wogelz a. a. D.), insbes. durch Herabminderung der überhöhen persönlichen und VerwAusgaben, auch bereits Veranlassung und Ziel der Vereinbarung der Parteien vom Juni 1931 gewesen ist. Die Bekl. sollte zur Hebung ihrer Wettbewerbsfähigkeit im Rahmen des Konzerns, dem sie angehört, auf eine andere Grundlage gestellt werden. Dazu war der Abbau leitender Persönlichkeiten erforderlich, auch der Abbau des Kl. wurde angestrebt und erreicht. Dadurch wurde die Bekl. von der

Zu 2. Die Parteien hatten in dem Vorprozeß darüber gestritten, ob ein zwischen ihnen bestehender mehrjähriger Mietvertrag nichtig oder als Vertrag auf unbestimmte Dauer anzusehen sei. Im vorl. Prozeß ist darüber hinaus auch der Fall geprüft, daß entgegen der Meinung beider Parteien der Vertrag als mehrjähriger gültig gewesen sein möchte.

War der ursprüngliche Vertrag als langfristiger Vertrag gültig, so stand dem Mieter die außerordentliche Kündigung nach Kap. III § 1 NotWD. v. 8. Dez. 1931 zu. Nun hatten aber die Parteien nach dem 15. Juli 1931 einen Vergleich geschlossen, und es fragte sich, ob dadurch das Recht zur außerordentlichen Kündigung entfallen war. Hätte es sich lediglich um eine Mietermäßigung bei diesem Vergleich gehandelt, die unter dem Betrag blieb, der im § 2 Nr. 1 NotWD. festgelegt ist, so hätte der Vergleich dem Kündigungrecht nicht entgegenstanden. Handelte es sich aber um eine neue Mietvereinbarung, wie es hier das OLG. unter Billigung des RG. angenommen hat, so konnte der Mieter nicht kün-

dingung frei, noch auf 8 Jahre hinaus das dem Kl. vertragsmäßig zustehende Gehalt zu zahlen; sie übernahm dafür die Zahlung einer Abfindung, die noch nicht den für 3 Jahre zu zahlenden Gehaltsbeträgen gleichkam. Der Zweck einer Minderung der personellen Ausgaben war erreicht, und zwar auf Kosten des Kl., dessen im Herbst 1929 geschlossener Dienstvertrag zur Aufhebung kam. Es würde der Billigkeit und dem Sinn der WD. widersprechen, wenn diese im Juni 1931 getroffene Regelung auf Grund der wenige Monate später erschienenen NotWD. erneut zum Nachteil des Kl. geändert werden sollte.

(U. v. 14. Febr. 1933; II 323/32. — Hamburg.) [Ru.]
(= RG. 140, 18.)

**2. §§ 1 u. 2 Teil 2 Kap. III der 4. NotWD. v. 8. Dez. 1931. Bei Unterlassung der ordentlichen Kündigung mag die außerordentliche u. U. zulässig bleiben, zwar nicht immer dann, wenn der Vermieter das Kündigungsrecht bestritten, wohl aber dann, wenn der Mieter am Bestehen seines Kündigungsrechtes ernste Zweifel gehabt hat. Ein nach dem 14. Juli 1931 abgeschlossener Vergleich auf Fortsetzung des Mietverhältnisses unter Ermäßigung des Mietzinses schließt die außerordentliche Kündigung aus, wenn er nicht nur eine Ermäßigung des Mietzinses i. S. des § 2 Ziff. 1 darstellt.†)

Die Kl. hatte durch notariellen Vertrag vom Jan. 1927 ein Anwesen gemietet. In einem Vorprozeß kam es Okt./Nov. 1931 zu einem Vergleich, in dem die Mietdauer und der Mietzins herabgesetzt wurde. Die Kl. kündigte auf Grund der 4. NotWD. und klagte auf Feststellung der Rechtswirksamkeit ihrer Kündigung. Sie wurde in allen drei Rechtszügen abgewiesen.

Die Parteien haben im zweiten Rechtszuge übereinstimmend die Ansicht vertreten, der notarielle Mietvertrag v. 17. Jan. 1927 sei wegen Formmangels nichtig. Das BG. hat sich jedoch einer abschließenden Stellungnahme zur Gültigkeit dieses Vertrages enthalten und festgestellt, daß jedenfalls zwischen den Parteien seit den Verhandlungen i. J. 1927 ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossenes Mietverhältnis bestehe, das durch Kündigung gem. § 565 BGB. hätte beendet werden können. Eine ausdrückliche Kündigung dieses Mietverhältnisses sei aber bis zum Abschluß des Vergleichs von 1931 nicht erfolgt. Ein Recht zur außerordentlichen Kündigung nach der NotWD. sei daher grundsätzlich gegeben, auch wenn der beurkundete Mietvertrag nichtig sei.

Das BG. unterstellt sodann zunächst, daß der Mietvertrag nichtig und nur das erwähnte, auf unbestimmte Zeit geltende Mietverhältnis zustande gekommen sei. Für diesen Fall verneint es das Kündigungsrecht der Kl. gem. Teil 2 Kap. III § 1 Abs. 1 Satz 2 der 4. NotWD. v. 8. Dez. 1931, weil die Kl. gem. § 565 BGB. nach dem 15. Juli 1931 hätte kündigen können, von diesem Recht aber keinen Gebrauch gemacht habe.

Die Rev. führt demgegenüber an, die Kl. habe kein gesetzliches oder vertragliches Kündigungsrecht gehabt, das sie

digen, weil nur Verträge, die vor dem 15. Juli 1931 geschlossen sind, von der NotWD. erfasst werden.

Das RG. unterstellt in seiner Entsch. ferner den Fall, daß der Mieter ein vertragliches Recht zur Kündigung gehabt hat, daß er aber über seine Kündigungsbefugnis im Zweifel gewesen ist. Hätte der Mieter das außerordentliche Kündigungsrecht ausüben können, wenn er im Hinblick auf seinen Zweifel die vertragliche Kündigung nach dem 15. Juli 1931 unterlassen hat? Das RG. neigt anscheinend zur Bejahung, wenn die Zweifel des Mieters „ernst“ gewesen sind. Dieser Ansicht wird man schwerlich zustimmen können. Anders würde der Fall liegen, wenn der Mieter das Bestehen seines vertraglichen Kündigungsrechtes nicht gekannt hat und seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Praktische Bedeutung konnte im vorl. Falle diese Rechtsfrage nicht haben, weil hier der Zweifel des Mieters sich nur auf die Frage bezog, ob sein Mietvertrag nichtig oder für unbestimmte Zeit gültig sei. Für beide Fälle hätte er auf die NotWD. nicht zurückzugreifen brauchen, um vom Vertrage los zu kommen.

HA. Andreas Delze, Essen.

seit dem 15. Juli 1931 habe ausüben können. Vielmehr sei ihr durch den Vergleich v. 17. Nov. 1931 jedes Kündigungsrecht, das vorher die Bekl. bestritten hätten, genommen worden. Die Bekl. könnten nachträglich nicht im Gegensatz zu ihrem früheren, für den Vergleichsabschluss ursächlichen Verhalten ein Kündigungsrecht der Kl. aus § 565 BGB. einwenden, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen. Die Kl. habe von ihrem Kündigungsrecht damals auch keinen Gebrauch machen wollen, um nicht die Vergleichsverhandlungen zu gefährden.

Diese Darlegungen der Rev. gehen fehl. Das außerordentliche Kündigungsrecht der NotW. besteht nicht, wenn der Mieter seit dem 15. Juli 1931 von einem ihm gesetzlich oder vertraglich zustehenden Kündigungsrechte keinen Gebrauch gemacht hat. Geht man davon aus, daß das Mietverhältnis der Parteien nach § 565 BGB. gekündigt werden konnte, so stand der Kl. dieses Kündigungsrecht auch in der Zeit zwischen dem 15. Juli 1931 und dem Abschluß des Vergleichs zu. Sie war also durch den Vergleich keineswegs an der Kündigung gehindert. Sie hat aber nicht gekündigt, wie das BG. festgestellt hat. Mit der Unterlassung der Kündigung ist dann aber schon die Wirkung eingetreten, daß der Kl. ein außerordentliches Kündigungsrecht nicht erwachsen ist. Eine Berufung auf Treu und Glauben hat in diesem Zusammenhange keinen Platz, denn die Unterlassung der nach Vertrag oder Gesetz zulässigen Kündigung gibt nicht den Bekl. einen Einwand gegen das außerordentliche Kündigungsrecht der Kl., sondern hat schon der Entstehung eines solchen die Grundlage entzogen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Bekl. das vertragliche oder gesetzliche Kündigungsrecht früher bestritten haben.

Bei Unterlassung einer auch ohne die Best. der NotW. zulässigen Kündigung ist zum Ausdruck gekommen, daß der Mieter die vertragliche Bindung nicht in einem solchen Maße als drückend empfindet, daß bei ihm die einschneidende Maßnahme des Rechts zur außerordentlichen Kündigung erforderlich ist. Diese Erwägung liegt ganz offensichtlich der Regelung in § 1 Abs. 1 NotW. zugrunde. Es können deshalb gewisse Zweifel bestehen, ob mit dem BG. anzunehmen ist, die Auffassung der Kl., das nicht ausgeübte ordentliche Kündigungsrecht müsse unbestritten sein, sinde in Wortlaut und Sinn der NotW. überhaupt keinen Anhalt. Vielmehr könnte mit gewisser Berechtigung auch die Meinung vertreten werden, bei Unterlassung der ordentlichen Kündigung bleibe die außerordentliche Kündigung unter Umständen zulässig; zwar nicht immer dann, wenn der Vermieter das Kündigungsrecht bestritten, wohl aber in solchen Fällen, in denen der Mieter am Bestehen seines Kündigungsrechts ernste Zweifel gehabt hat. Auf diese Frage hier einzugehen, erübrigt sich jedoch, denn im vorl. Falle haben solche Zweifel bei der Kl. nicht bestanden. Sie hat vielmehr die Kündigung, wie die Rev. ausdrücklich vorträgt, bewußt unterlassen, weil sie einen Vergleich über den Inhalt des Mietverhältnisses herbeiführen, also das Mietverhältnis nicht lösen, sondern erhalten wollte.

Das BG. hat sodann unterstellt, daß die Kl. nicht schon durch Unterlassung der ordentlichen Kündigung den Schutz der NotW. eingebüßt hat, insbes. daß entgegen dem Vortrage der Parteien der anfängliche Mietvertrag nicht nichtig war. Auch unter diesen Voraussetzungen lehnt es das Recht

zur außerordentlichen Kündigung aus zwei selbständigen Gründen ab.

Es sieht in dem Vergleich v. 17. Nov. 1931 einen neuen Mietvertrag der Parteien oder doch eine Bestätigung des bisherigen Vertragsverhältnisses durch die Kl. Aus dem Umstande, daß die NotW. die außerordentliche Kündigung nur bei Mietverträgen zuläßt, die vor dem 15. Juli 1931 geschlossen sind, entnimmt es, daß schon eine nach diesem Stichtage liegende Vereinbarung, die den Mietvertrag aus früherer Zeit bestätigt, der außerordentlichen Kündigung entgegensteht, sofern die neue Vereinbarung nicht nur eine Ermäßigung des Mietzinses i. S. des § 2 Ziff. 1 NotW. darstellt. In diesem Zusammenhange hat es tatsächlich festgestellt, daß die Kl. sich durch den Vergleich, also zu einer Zeit, in der die wirtschaftlichen Vorgänge schon geschehen waren, die in der Hauptsache Anlaß zur Zulassung der außerordentlichen Kündigung gaben, neu binden und trotz der völlig veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse das Mietverhältnis fortsetzen wollte. Diese Feststellung ist einwandfrei getroffen und bindet das RevG.; sie wird übrigens durch den Vortrag der Rev., die Kl. habe die Kündigung unterlassen, um den Abschluß des Vergleichs nicht zu gefährden, im vollen Umfange bestätigt. Sie rechtfertigt die Auffassung des BG., daß der Vergleich nicht nur die Bedeutung einer Mietzinsermäßigung i. S. des § 2 Ziff. 1 hat, die dem außerordentlichen Kündigungsrecht nicht im Wege stehen würde. Es können gegen die Entsch. auch keine Bedenken daraus hergeleitet werden, daß die neue Abmachung der Parteien ein Vergleich ist. Nach der getroffenen Feststellung hat sich die Kl. zum Abschluß des Vergleichs keineswegs durch das Bestehen einer Bindung aus dem älteren Mietvertrage bestimmen lassen, sondern weil sie Wert darauf legte, den Bestand des Mietverhältnisses für die Zukunft aufrechterhalten. Dann aber kann der Vergleich ohne Rechtsirrtum als eine freiwillig eingegangene neue Mietvereinbarung behandelt werden.

(U. v. 13. Juli 1933; VIII 83/33. — Köln.)

[5.]

*3. § 2 Nr. 1 Teil 2 Kap. III B. D. v. 8. Dez. 1931; Art. 1 Abs. 1 B. D. v. 23. Dez. 1931. Hat der Mieter die Tragung von Grundvermögensteuer übernommen, so ist für die Frage des Kündigungsrechts der zur Zeit seiner Ausübung bestehende Steuerfuß maßgebend. Das Wort „dauernd“ ist nicht dahin zu verstehen, daß gerade jede einzelne Mietzahlung v. 1. April 1932 ab ermäßigt sein muß; nur muß die Ermäßigung die Gesamtmiete der Restzeit, nicht nur eines Teilzeitabschnittes davon ergreifen. †)

Durch Vertrag v. 30. Okt. u. 20. Nov. 1928 verlängerten die Parteien ein seit Jahren bestehendes Mietverhältnis über Geschäftsräume bis zum 30. Sept. 1934. Dabei vereinbarten sie als Mietzins für das erste (mit dem 1. Okt. 1929 beginnende) Mietjahr 42 500, für das zweite 45 000, für das dritte 47 500, für das vierte 50 000 und für das fünfte 52 000 RM. Neben dem eigentlichen Mietzins übernahm die Kl. die 100% übersteigende Grundvermögensteuer „zu dem auf sie entfallenden Anteil“.

Im Jahre 1931 klagten die Bekl. gegen die Kl. rückständige Miete ein. Dieser Rechtsstreit wurde durch den Ver-

Zu 3. Der Entsch. des RG. ist zuzustimmen. Das durch die NotW. v. 8. Dez. 1931 den Mietern gewährte außerordentliche Kündigungsrecht sollte nach § 2 nicht Platz greifen, wenn der Vermieter im Laufe des Jahres 1931 den Mietzins im Wege der Vereinbarung spätestens mit Wirkung v. 1. April 1932 dauernd um mindestens 20% des z. B. der Vereinbarung maßgebenden Betrages ermäßigt hatte. Bei dem Vergleich zwischen dem vereinbarten und dem ermäßigten Mietzins sollen Heizungskosten und sonstige Nebenleistungen außer Betracht bleiben, wenn die gesetzliche Miete gilt oder wenn solche Kosten neben der Vertragsmiete besonders berechnet werden. RG. 137, 218 = JW. 1932, 2981 hat bereits ausgeführt, daß unter die letztgenannte Best. nur Vergütungen für wirkliche Nebenleistungen wie Heizung, Warmwasserversorgung und Fahrstuhlbetrieb, nicht dagegen auch Beteiligung des Mieters an der Grundvermögensteuer bzw. dem Gemeindefußschlag fallen. Durch die Sonderzahlung des Mieters auf die Steuer würden keine besonderen Leistungen des Vermieters wegen der durch sie entfallenden Unkosten abgegolten, sondern es liege darin eine richtige Erhöhung des Raumentgelts. In dem damaligen Falle

waren in der ermäßigten Miete alle Umlagen miteinbegriffen, während zu der vereinbarten Miete noch die anteiligen Kosten für Sammelheizung und Fahrstuhlbetrieb sowie der auf die Räume entfallende Gemeindefußschlag zur Grundvermögensteuer hinzutrat, soweit er 100% überstieg. Das RG. hatte es damals gebilligt, daß hier für die Frage, ob eine 20%ige Ermäßigung vorliege, nicht einfach der vereinbarte feste Mietzins mit dem ermäßigten Mietzins zu vergleichen sei, sondern daß einerseits zu dem vereinbarten Mietzins der Betrag der Grundvermögensteuer hinzuzurechnen sei und daß andererseits von dem ermäßigten Mietzins die Beträge für Sammelheizung und Fahrstuhlbetrieb zu kürzen seien. Im vorl. Falle war sowohl neben dem vereinbarten wie neben dem ermäßigten Mietzins der 100% übersteigende auf die Räume entfallende Grundvermögensteuerfußschlag zu entrichten. Hier muß, wie das RG. mit Recht ausführt, sowohl zu dem vereinbarten wie zu dem ermäßigten Mietzins der vom Mieter zu entrichtende Steuerbetrag bei Ermittlung der 20%igen Ermäßigung hinzugerechnet werden. Da im Augenblicke der Kündigung, die ja bis zum 5. Jan. 1932 erfolgen mußte, noch nicht feststand, wie

gleich v. 11. Nov. 1931 beendet. Darin wurde unter Aufrechterhaltung der übrigen Vertragsbestimmungen der Mietzins für die Geschäftsräume im Erdgeschoß und im ersten Stock mit Wirkung v. 1. April 1931 ab auf jährlich 38 000 RM ermäßigt.

Die Kl. hat den Mietvertrag auf Grund der RotW. v. 8. Dez. 1931 Teil 2 Kap. III § 1 zum 31. März 1932 gekündigt. Die Bekl. haben die Wirksamkeit der Kündigung bestritten. LG. und BG. gaben der Klage statt. RG. hob auf.

Das BG. verneint die Anwendbarkeit der Vorschr. des § 2 Nr. 1 Teil 2 Kap. III W.D. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699, 708) i. Verb. m. Art. 1 Abs. 1 W.D. v. 23. Dez. 1931 (RGBl. I, 796). Es geht davon aus,

a) daß bei Vergleichung des ursprünglichen Mietzinses mit dem ermäßigten Mietzins neben den im Mietvertrag v. 30. Okt. 1928 als „Miete“ bezeichneten Mietzins auch diejenigen Beträge zu berücksichtigen seien, die für Grundvermögensteuer von der Mieterin dem Vermieter zu erstatten seien,

b) daß bei gestaffeltem Mietzins, wie er im gegebenen Falle zunächst vereinbart gewesen sei, das Kündigungsrecht wegen einer i. Z. 1931 bewilligten Ermäßigung nur verfallt, wenn die Ermäßigung des Mietzinses v. 1. April 1932 ab bis zum Vertragsablauf in jedem Zeitraum mindestens 20% betrage, daß das Kündigungsrecht dagegen unberührt bleibe, wenn der Mietnachlaß — wie im gegebenen Falle — (unter Mitberücksichtigung der zu a bezeichneten Beträge) zwar im Durchschnitt der Gesamtmietzeit über 20% hinausgehe, aber für einen Teil der Gesamtmietzeit (hier für die Zeit v. 1. April bis zum 30. Sept. 1932) unter 20% bleibe.

Nach beiden Richtungen greift die Rev. das Urtr. an.

Zu a) hat das BG. seine Entsch. auf die Erwägung gestützt: Die Übernahme von Grundstücksabgaben, insbes. von Teilen der Grundvermögensteuer, stelle keine bloße Nebenleistung des Mieters i. S. des § 1 RotW., sondern eine Erhöhung des Mietzinses i. e. S. dar, weil mit ihr keine Unkosten abgegolten würden, die dem Vermieter für eine im Interesse des Mieters vorgenommene Leistung erwachsen. Das BG. stützt sich dafür (u. a.) auf die in RG. 137, 218¹⁾ abgedruckte Entsch. des erf. Sen.

Die Rev. ist dagegen der Meinung, der in RG. 137, 218 behandelte Fall unterscheide sich von dem vorliegenden rechtlich bedeutungsvoll dadurch, daß in jenem die ermäßigte Miete alle Umlagen eingeschlossen habe, während in dem jetzigen Falle zu dem ermäßigten Mietzins — ebenso wie zu dem ursprünglich vereinbarten — die Umlagen hinzutreten. Es sei dabei zu berücksichtigen, daß die Grundsteuerzuschläge beweglich seien, daß sie also zur Zeit der Kündigung noch nicht feststanden hätten, so daß sich bei der Kündigung noch nicht habe sagen lassen, wie hoch unter Berücksichtigung dieser Zuschläge der Unterschied zwischen Altmiete und ermäßigter Miete sein werde.

¹⁾ JW. 1932, 2981.

hoch der Gemeindefachschlag für die vielleicht noch viele Jahre umfassende restliche Dauer des Mietvertrages sich belaufen werde, kann bei der Vergleichung natürlich nur von der z. B. der Kündigung geltenden Höhe des Steuerzuschlages ausgegangen werden. Es ergibt sich danach, daß, wenn die Ermäßigung 20% beträgt, die Kündigung unbedingt unzulässig ist. Es geht nicht an, daß etwa die Wirksamkeit der Kündigung in der Schwebe bleibt und die Kündigung noch nach Jahren, wenn der Steuerzuschlag erhöht und damit bei der Ermäßigung die Grenze von 20% unterschritten wird, Wirksamkeit erlangt. Es kommt daher nur auf die Höhe der Steuer z. B. der Kündigung, nicht auf die z. B. der Urteilsfällung an, und der Satz in dem Urtr., es habe z. B. der Urteilsfällung feststanden, daß die aufschiebende Bedingung, von welcher die Kündigung abhängig war, eingetreten sei, wäre besser weggeblieben; denn von einer aufschiebenden Bedingung kann keine Rede sein.

Die Ermäßigung muß eine dauernde sein, d. h. sie muß für die Zeit vom 1. April 1932 bis zum Ende der vereinbarten Vertragsdauer gelten. Durch die Durchf. v. 23. Dez. 1931 war nun eine Unklarheit in die W.D. hineingetragen worden, indem gesagt wurde, daß, wenn der Mietzins für einzelne Abschnitte der Mietzeit in bestimmter Höhe festgesetzt ist, die vereinbarte Ermäßigung sich auf mindestens 20% des Betrages belaufen müsse, der nach der ursprünglichen Vereinbarung von dem Zeitpunkte der Ermäßigung

Dieser Eingriff kann nicht zum Erfolg führen. Daß im gegebenen Falle der ermäßigte Mietzins die Steuerzuschläge ebensowenig einschloß, wie es der ursprünglich vereinbarte getan hatte, kann an der Rechtsauffassung des Sen. nichts ändern; es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich dieser Fall in der Grundfrage von dem in RG. 137, 218²⁾ entschiedenen rechtlich unterscheiden soll.

An der Stellungnahme des Sen. ändert es auch nichts, daß die Verpflichtung zum Erfaß der dem Vermieter obliegenden Grundvermögensteuerzuschläge, soweit diese über 100% hinausgingen, naturgemäß von der Erhebung solcher Zuschläge durch den Steuerfiskus abhängig war; denn es stand jedenfalls zu der Zeit, zu der das angefochtene Urtr. erlassen wurde, fest, daß sie in der im Urtr. angegebenen Höhe — und nur in dieser Höhe — erhoben worden sind, daß also die aufschiebende Bedingung, von der die Kündigung abhing, eingetreten war. Maßgebend für die Frage des Kündigungsrechts ist der zur Zeit seiner Ausübung bestehende Steuerfaß. Ist danach das Kündigungsrecht gegeben, so ändert die — an sich immer bestehende — Unsicherheit darüber, ob dieser Satz bestehen bleibt, an dem Rechte nichts.

Zu b). Die Ansicht, daß die Vorschr. des § 2 Nr. 1 Teil 2 Kap. III RotW. v. 8. Dez. 1931 bei gestaffelter Miete nur Anwendung finde, wenn die Ermäßigung in jedem einzelnen Zeitabschnitt die ursprünglich vereinbart gewesene Miete um mindestens 20% herabsetze, schöpft das BG. ersichtlich aus dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 Ausf. v. 23. Dez. 1931. Das ergibt sich aus der Bezugnahme auf Äußerungen im Schrifttum, die — wenn auch nicht mit näherer Begründung — gerade diesen Gedankengang vertreten.

Die Rev. führt dagegen aus, der „Mietzins“, der i. S. des Teil 2 Kap. III § 2 Nr. 1 RotW. um mindestens 20% gesenkt sein müsse, um das Kündigungsrecht des § 1 das auszuschließen, sei der Mietzins, der für die gesamte Laufdauer des Mietvertrages zu berechnen sei; auf dessen Ermäßigung von mindestens 20% komme es an. Dem Art. 1 Abs. 1 W.D. v. 23. Dez. 1931 komme in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. Insbes. könne dem Worte „jeweils“ nicht entnommen werden, daß der Mietzins — auch wenn die gesenkte Miete keine Staffelmiete sei — in jedem Zeitabschnitt um 20% gesenkt sein müsse.

Der Ansicht der Rev. ist beizutreten.

Die Fassung des Art. 1 Abs. 1 W.D. v. 23. Dez. 1931 läßt eine verschiedene Deutung zu. Sie kann einmal den Sinn haben, den das BG. ihr beilegt, daß nämlich auf Grund der neuen Vereinbarung die Miete in jedem Zeitabschnitt der Vertragszeit mindestens um 20% geringer sein muß, als sie es nach der früheren Vertragsabrede in jedem dieser Zeitabschnitte war. Sie läßt sich aber sehr wohl auch dahin auffassen, daß sie nur die Höhe der gesamten Miete, die für die nach der W.D. in Betracht zu ziehende Restmietzeit zu

²⁾ JW. 1932, 2981.

ab jeweils zu zahlen war. Daraus war im Schrifttum gefolgert worden, daß das Kündigungsrecht des Mieters bestehen bleibe 1. wenn die Ermäßigung schon im Laufe des Jahres 1931 gewährt worden war, für die Zeit vor dem 1. April 1932 aber weniger als 20% betragen hatte (Brandis: JW. 1932, 23) und ebenso 2. wenn die Ermäßigung nicht für jeden einzelnen Abschnitt 20% betrage, auch wenn der Mietzins für die gesamte Vertragszeit nach dem 1. April 1932 insgesamt mehr als 20% hinter der ursprünglich vereinbarten Miete zurückbleibt (Brandis a. a. D.; Lilienthal: GrundE. 1932, 30, 780 und Hertel, Beil. zu Nachr. 27 S. 36). Für den ersteren Fall hatte bereits das RG. das Pfahgreifen des außerordentlichen Kündigungsrechts verneint, es dagegen für den zweiten Fall bejaht.

Im Gegensatz hierzu hat das RG. das Kündigungsrecht auch für den zweiten Fall verneint. Dem RG. ist darin beizutreten, daß die Auslegung des RG. zu Punkt 2 nicht dem Geiste der RotW. entspricht, nach welcher eben der Vermieter, der dem Mieter freiwillig i. Z. 1931 für die ganze restliche Dauer des Vertrages den Mietzins um 20% ermäßigt hatte, von dem Kündigungsrecht nicht betroffen werden soll. In der Regel kommt es für den Mieter nur darauf an, daß er für die restliche Mietdauer in ihrer Gesamtheit 20% weniger bezahlt als früher vereinbart, nicht aber, wie hoch die Ermäßigung für die einzelnen Zeitabschnitte der restlichen Mietdauer ist.

zahlen ist, im Auge hat, daß sie die Ermäßigung dieser gesamten Miete um mindestens 20% für ausreichend erachtet und nur besagen will, die einzelnen Beträge, die für die Berechnung der zu ermäßigenden Gesamtsumme maßgebend seien, seien diejenigen, die auf Grund der zur Zeit der Vereinbarung geltenden Vertragsbestimmungen jeweils zu zahlen waren. Ob die Best. den einen oder den anderen Sinn hat, läßt sich nur aus Inhalt und Bedeutung des Teil 2 Kap. III § 2 Nr. 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 entnehmen. Denn wenn § 5 daf. dem RM. auch gestattet, „zur Durchführung und Ergänzung“ der W.D. Rechtsverordnungen zu erlassen, so ist es doch ausgeschlossen, daß dieser sich in der W.D. v. 23. Dez. 1931 mit dem Grundgedanken der HauptW.D. hat in Widerspruch setzen wollen. § 2 Nr. 1 HauptW.D. schließt die Kündigung aus, „wenn der Vermieter ... den Mietzins ... spätestens mit Wirkung v. 1. April 1932 dauernd um mindestens 20% ... ermäßigt hat“. Der Zweck der W.D. war, dem Mieter, für den infolge der tiefgehenden Wirtschaftsveränderung von Mitte Juli 1931 die unter den früheren Verhältnissen vereinbarte Miete untragbar geworden war, die Möglichkeit zu geben, sich von dem alten Vertrage zu befreien und so durch neue Vereinbarungen zu einem den veränderten Verhältnissen angepaßten Mietzins zu kommen. Es sollten also für die Folgezeit, d. h. für den Rest der Mietzeit, die Mietkosten herabgesetzt werden. Die Herabsetzung der gesamten Mietkosten dieser Zeit war das Ziel. Dementsprechend genügte es dem Gesetzgeber zum Ausschluß der Kündigung, wenn eine von ihm für angemessen erachtete Herabsetzung des Mietzinses bereits vorher i. F. 1931 von den Parteien für jene Restmietzeit vereinbart war. Es kam also auch dabei auf das Gesamtergebnis an und nicht darauf, ob sich die Ermäßigung nun gerade bei jeder Mietzinszahlung gleichmäßig bemerkbar machte. Das Wort „dauernd“ in § 2 Nr. 1 a. a. D. ist hiernach dahin zu verstehen, daß die Ermäßigung die Gesamtmiete der Restzeit nicht nur diejenige eines Teilzeitabschnittes davon, ergreifen muß, und nicht etwa dahin, daß gerade jede einzelne Mietzahlung v. 1. April 1932 ab ermäßigt sein muß. Bei solcher Auffassung ergibt sich, daß nur die Vergleichung der Summen der für diese ganze Zeit nach der ursprünglichen und nach der abgeänderten Vereinbarung zu zahlenden Mietentgelte in Betracht kommt, daß also bei ungleichmäßiger Bemessung der Ermäßigung für die einzelnen Mietabschnitte die in einzelnen Zeiträumen über 20% hinausgehende Ermäßigung für diejenigen Abschnitte, in denen die Ermäßigung hinter diesem Hundertsatz zurückbleibt, zum Ausgleich herangezogen werden darf. Eine derartige Betrachtung der W.D., die dem Wortlaut der HauptW.D. keinerlei Zwang antut, entspricht auch der Billigkeit, die den Gesetzgeber bei Erlaß der W.D. mit geleitet hat.

Hiernach ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob der Mietzins dauernd um 20% gesenkt worden ist, bei gestaffelter Miete durch Vergleichung der Summen der Mietzinsbeträge, die für die gesamte Vertragszeit nach dem ursprünglichen Vertrag und nach der ihn abändernden Vereinbarung zu zahlen sind.

(U. v. 6. Juli 1933; VIII 94/33. — Berlin.) [S.]

****4.** Der Girovertrag ist in dem Sinne ein Vertrag zugunsten eines Dritten, daß der begünstigte Dritte ein unmittelbares Recht auf Zahlung des überwiesenen Betrages mit der tatsächlich vollzogenen Gutschrift erwirbt.†)

Der Kl. ließ im Sommer 1930 einen Teil seines Grundbesitzes durch die Grundstücksverwertung eGmbH. in S. par-

zellieren. Die Parzellenkäufer überwiesen die Preise für die von ihnen erworbenen Flächen auf Anweisung des Dr. G., der Vorstandsmitglied der Genossenschaft war und die Parzellierung besorgte, auf das bei der Best. für die Genossenschaft geführte Konto. Dort hat G. die eingegangenen Gelder im Betrage von über 27000 RM. abgehoben und für sich verbraucht. Der Schwiegervater G.s hat dem Kl. 7500 RM. erstattet. Von G. selbst ist kein Ersatz zu erlangen. Die Genossenschaft, welche Ansprüche gegen die Best. zu haben glaubt, hat diese an den Kl. abgetreten. Letzterer hat auf Grund dieser Abtretung Klage auf Zahlung von 15000 RM. erhoben.

Der Kl. hat vorgetragen: Das Konto für die Genossenschaft bei der Best. sei von G. allein ohne Wissen der übrigen Mitglieder des Vorstandes eingerichtet worden. Die Best. habe sich dadurch, daß sie die Kontoerrichtung nicht von der Mitwirkung eines weiteren Vorstandsmitgliedes abhängig gemacht und später zugelassen habe, daß G. allein über die auf dem Konto eingezahlten Gelder verfügte, über § 25 GenG. hinweggesetzt. Hierdurch habe sie die Unterschlagungen des G. ermöglicht. Sie sei daher zum Ersatz des eingetretenen Schadens verpflichtet.

Die Best. hat ausgeführt, daß die übrigen Vorstandsmitglieder der Genossenschaft dem G. die Geschäftsführung völlig überlassen und sich damit stillschweigend auch mit der Errichtung des Kontos und mit der Verfügung darüber durch G. einverstanden erklärt hätten. Zum mindesten liege eine nachträgliche Genehmigung dieser Rechts-handlungen des G. durch die übrigen Mitglieder des Vorstandes vor, weil sie nicht eingeschritten seien, obwohl ihnen der Sachverhalt nicht habe verborgen bleiben können. Es verstoße daher gegen Treu und Glauben, wenn sich die Genossenschaft jetzt darauf berufen wolle, daß die Abhebungen des G. vom Konto ihr gegenüber unwirksam gewesen seien. Gehe man aber davon aus, daß schon die Errichtung des Kontos die Genossenschaft nicht berührt habe, so fehle es überhaupt an einer rechtlichen Grundlage für die Klage.

Die ersten Instanzen haben abgewiesen, die Rev. hatte Erfolg.

Das OLG. hat seine Entsch. darauf gestützt, daß die Grundstücksverwertungsgenossenschaft eGmbH. (im folgenden kurz als Genossenschaft bezeichnet) durch die Überweisung der Grundstückskaufpreise von Seiten der Käufer durch die von ihnen beauftragten Banken an die Best. zugunsten der Genossenschaft einen vertraglichen Anspruch gegen letztere nicht erworben habe. Dagegen spricht es der Genossenschaft einen Schadensersatzanspruch zu, weil die Best. sich im Verkehr mit G. als Vertreter der Genossenschaft über die zwingende Vorschr. des § 25 GenG. hinweggesetzt habe. Unklar bleibt dabei, auf welcher rechtlichen Grundlage dieser Schadensersatzanspruch beruhen soll. Offenbar kann es sich nach der Stellungnahme des BG. nur um einen außervertraglichen Anspruch handeln. Ob dieser nun auf §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 (§ 25 GenG. als Schutzgesetz?) oder 826 BGB. gegründet werden soll, ist unerörtert geblieben. Es bedarf aber eines weiteren Eingehens hierauf nicht, da die Annahme des BG., daß die Genossenschaft keinen unmittelbaren vertraglichen Anspruch gegen die Best. aus den Überweisungen der Grundstücks Käufer erworben habe, nicht haltbar ist. Das OLG. beruft sich für seine Annahme auf die Entsch. des RG.: RG. 102, 65. Es übersieht aber dabei, daß der Tatbestand, der jener Entsch. zugrunde lag, sich in wesentlichen Punkten von dem hier in Frage kommenden unterscheidet. Damals wollte jemand, der ein Girokonto bei einer Bank hatte, aus seinem teils schon vorhandenen, teils in Aussicht stehenden Guthaben einem

Zu 4. Dem Ur. ist beizustimmen. Das Ur. führt die bisherige Mpr. des RG. über den Girovertrag und seine rechtliche Grundlage weiter und gleicht die Widersprüche, die in dieser Mpr. mehrfach zutage getreten sind, aus. Die in der Entsch. zitierten früheren Entsch. des RG. 102, 65 = JW. 1921, 678 und 105, 399 scheinen äußerlich entgegengesetzte Auffassungen über die Rechtsnatur des Girovertrages zu enthalten. Wie sich bei näherem Studium ergibt, sind beide Entsch. im Ergebnis richtig. Die Entsch. 102, 65 vertritt den grundsätzlichen Standpunkt, daß der Girovertrag kein Vertrag zugunsten eines Dritten sei. In der Entsch. RG. 105, 399 ist dagegen gesagt, daß eine Bank, wenn sie im Wege der Überweisung Geld für eine bestimmte Person empfangen hat, damit auch

rechtlich Schuldner dieser dritten Person geworden ist. Durch den in dem jetzigen Ur. aufgestellten Grundsatz, der Girovertrag sei als Vertrag zugunsten eines Dritten mindestens in dem Sinne aufzufassen, daß der begünstigte Dritte ein unmittelbares Recht auf Auszahlung des überwiesenen Betrages mit der vollzogenen Gutschrift erwirbt, lassen sich beide vom RG. früher behandelten Fälle unschwer lösen. Die erste Entsch. erweist sich deshalb als zutreffend, weil bis zum Augenblick der Gutschrift aus nach der jetzigen Auffassung des RG. der Dritte kein Recht erwirbt; das zweite oben erwähnte Ur. behandelt, wie die jetzige Entsch., einen Fall, in dem Gutschrift bereits erfolgt ist.

An sich ist die Frage, die das RG. in allen diesen Fällen zur

Dritten, seinem Gläubiger, Zahlung leisten. Er beauftragte seine Bank, den Betrag, den er dem Dritten schuldete, an eine andere Bank zu überweisen, bei der der Dritte ein Konto hatte. Die Überweisung unterblieb aus einem nicht festgestellten Anlaß. Es entstand die Frage, ob der Dritte aus dem Zahlungs- und Überweisungsauftrage, der der Bank erteilt war, Rechte herleiten könne. Das ist verneint und zugleich betont worden, daß die in früheren Entsch. — aber nur nebenher — ausgesprochene Ansicht, daß der Überweisungsauftrag bereits als ein Vertrag zugunsten eines Dritten aufzufassen sei, nicht gebilligt werden könne. Hier aber handelt es sich darum, daß die Bekl. — wirtschaftlich gesprochen — Geld in Händen hatte, das der Genossenschaft gehörte, und dies an einen Unberechtigten ausgekehrt hat. Es liegt also derselbe Fall vor, wie er in RG. 105, 399 ff. behandelt worden ist. Dort ist ausgeführt, daß die Bank, wenn sie Geld für eine bestimmte Person empfangen hat, dies auch dieser Person, dem wahren Berechtigten, auszahlen muß. Der Sen. hält an dieser Ansicht mit folgender Einschränkung fest: Der Girovertrag ist als ein Vertrag zugunsten eines Dritten mindestens in dem Sinne aufzufassen, daß der Dritte, Begünstigte, ein unmittelbares Recht auf Auszahlung des überwiesenen Betrages mit der tatsächlich vollzogenen Gutschrift erwirbt. Von diesem Zeitpunkt an will sich der überweisende Teil jeder Verfügung über den überwiesenen Betrag enthalten, andererseits will die gutschreibende Bank mit der Gutschrift den Dritten als ihren Gläubiger anerkennen. Der übereinstimmende Wille der Beteiligten geht daher im Zeitpunkt der Gutschrift dahin, dem Dritten einen unmittelbaren Anspruch gegen die gutschreibende Bank zu verschaffen. Nicht erforderlich ist, daß der Dritte die Gutschrift annimmt oder auch nur Kenntnis von ihr erlangt.

Danach ist im vorl. Falle ein unmittelbarer vertraglicher Anspruch der Genossenschaft gegen die Bekl. auf Auszahlung der von den Parzellenkäufern überwiesenen Beträge entstanden. Die Gutschrift ist bei der Bekl. auf einem für die Genossenschaft geführten Bankkonto erfolgt. Allerdings war das Konto nicht mit Zustimmung von zwei vertretungsberechtigten Vorstandsmitgliedern eingerichtet und insoweit ein ordnungsmäßiger Begründungsvertrag zwischen der Bank und der Genossenschaft nicht geschlossen worden. Das ändert aber nichts an der rechtlich erheblichen Tatsache, daß die Bank die Gutschrift zugunsten der Genossenschaft hat vollziehen wollen und auch vollzogen hat. Damit sind für die Genossenschaft der

Entsch. hatte, eine tatsächliche Frage. Es muß nämlich ermittelt werden, ob die Parteien i. S. des § 328 BGB. den Willen hatten, einem anderen Dritten ein unmittelbares Recht zu verschaffen. Die Befugnisse des RG. in der Rev.Just., diese tatsächliche Frage nachzuprüfen und u. U. anders zu entscheiden, als die Tatsachenzustände, folgt aus der Entwicklung der Giroüberweisung und des Girovertrages zu einem besonders typischen Rechtsgeschäft. Sobald ein Vertrag, der an sich im Gesetz keine besondere Regelung gefunden hat, durch die wirtschaftliche Entwicklung derart häufig wird, daß er zu einem besonderen Vertragstypus wird, wird er auch zu einer besonderen Rechtsfigur und unterliegt damit der Rev. Auch die in den besonderen Schuldverhältnissen heute besonders geregelten Verträge wie Kauf-, Tausch-, Darlehensverträge usw., sind ja ursprünglich, bevor sie gesetzliche Regelung erfuhren, nur Vertragstypen gewesen, die sich allmählich herausentwickelt hatten. So entwickelt auch das moderne Recht stets neue Rechtsfiguren. Das RG. hat sich daher mit Recht für befugt gehalten, die tatsächlichen Feststellungen des OLG. über den Vertragswillen der Parteien i. S. des § 328 BGB. nicht als für sich bindend anzusehen. Es stellt des vielmehr selbständig in der Entsch. fest, welchen Willen die Beteiligten normalerweise bei einer Giroüberweisung und bei einer Gutschrift haben, und zieht daraus seine rechtlichen Schlüsse.

Die Konstruktion der Girogutschrift als Vertrag zugunsten eines Dritten ist die einzig mögliche und befriedigende. Diese Konstruktion kann allein klären, warum, wie es ja im Verkehr selbstverständlich erscheint, der dritte Gutschriftempfänger schon durch die Tatsache der Umschreibung in den Büchern der Bank forderungsberechtigt wird, ohne daß es seines Einverständnisses und einer Nachricht an ihn bedürfte. Die anderen zahlreichen Theorien über den Girovertrag vermögen diese Tatsache nicht zu klären. Sie verlangen vielmehr stets ein besonderes Schuldversprechen der Bank i. S. des § 780 BGB. gegenüber dem Überweisungsempfänger, das aber nach der Verkehrsauffassung gerade nicht notwendig ist.

RA. Dr. Wilhelm Ritter, Berlin.

Bekl. gegenüber die unmittelbaren Ansprüche entstanden, auf welche sich die Klage stützt.

Gegenüber diesen vertraglichen oder mindestens vertragsähnlichen Ansprüchen kann sich die Bekl. nicht auf § 254 BGB. berufen, weil das nur gegenüber einem Schadenersatzanspruch möglich ist. Es kann nur in Frage kommen, ob der Klage, wenn sie von der Genossenschaft erhoben sein würde, die Einwendung der Arglist entgegenstehen würde, die sich dann auch der Kl. entgegensetzen lassen müßte. Das BG. hat ausgeführt, daß, wenn man einen Vertragsanspruch der Genossenschaft anerkennen wolle, seiner Geltendmachung der Einwand der Arglist entgegenstehen würde. Das bezieht sich aber nur auf einen Erfüllungsanspruch, den die Genossenschaft etwa darauf stützen würde, daß ihre übrigen Vorstandsmitglieder dem G. völlig freie Hand gelassen und damit alle Handlungen und Verfügungen G.s genehmigt hätten. Diese Ermächtigungen sind nicht oder nicht ohne weiteres zu übertragen auf einen Erfüllungsanspruch, dessen Grundlage in dem Überweisungsvertrage besteht. Das BG. hat auch positive Feststellungen über das Verhalten der übrigen Vorstandsmitglieder nicht getroffen.

(U. v. 28. Juni 1933; I 82/33. — Celle.) [Ra.]
(= RG. 141, 287.)

5. § 1624 BGB. Bei der Frage, ob ein Ausstattungsversprechen das den Umständen entsprechende Maß übersteige, ist regelmäßig die Zeit des Versprechens, nicht der Leistung, entscheidend. — Die Frage des Fortbestandes eines Verlöbnisses beantwortet sich nur danach, ob die Verlobten selbst an ihrem Eheversprechen festgehalten haben.†)

Es handelt sich um den Anspruch der Kl. auf Zahlung von 50 000 RM, der darauf gestützt ist, daß der Bekl. der Kl. zu 2 im April 1929 die Zahlung dieses Betrags mit Rücksicht auf ihre bevorstehende Verheiratung mit dem Kl. zu 1 als Ausstattung versprochen habe.

Der Bekl. hatte eingewendet, daß das Ausstattungsversprechen das den Umständen, insbes. seinen Vermögensverhältnissen entsprechende Maß überstiege habe. Träfe dies zu, so würde es nach § 1624 Abs. 1 BGB. insoweit, als es das den Umständen entsprechende Maß überstieg, als Schenkung gelten und daher in diesem Umfang mangels Inne-

Zu 5. 1. Wenn der 4. ZivSen. des RG. für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Ausstattungsversprechers den Zeitpunkt des Versprechens maßgebend sein läßt, so weicht er damit von seiner ständigen Rspr. bei der Aussteuer ab. Früher sind stets die im Zeitpunkte der Eheschließung bestehenden Verhältnisse als ausschlaggebend erachtet worden mit der Begründung, aus der Zweckbestimmung, zur Einrichtung des Haushalts zu dienen, ergabe sich, daß der Anspruch regelmäßig mit der Eheschließung erst entstehe (vgl. JW. 1915, 331⁷; Warn. 1921 Nr. 129; JW. 1925, 354⁸; OLG. 46, 172 [Hamm]; RGNom. § 1620 Anm. 3). Da die Ausstattung hier demselben Zweck dient, kann der früheste Zeitpunkt, in dem der Anspruch auf sie fällig wird, auch nur die Eheschließung sein; es käme höchstens in Frage, ob nicht erst der Zeitpunkt der Leistung heranzuziehen wäre (vgl. RGNom. § 1624 Anm. 3). Selbstverständlich entscheidet sich die Frage der Formbedürftigkeit des Ausstattungsversprechens nach dem Zeitpunkte seiner Erteilung.

2. Wenn das RG. beim Versprechen einer Kapitalzahlung zu Ausstattungs Zwecken die Möglichkeit, daß ein solches Ausstattungsrentenversprechen unter dem stillschweigenden Vorbehalte gleichbleibender Verhältnisse erteilt wird, zwar nicht völlig ausschließen, sondern von der Darlegung besonderer Umstände, aus denen der Wille des Versprechenden entnommen werden könnte, im Falle einer Änderung seiner Vermögensverhältnisse eine Einschränkung oder den völligen Wegfall seiner Verpflichtung geltend zu machen, abhängig machen will, so ist es dafür jede Begründung schuldig geblieben. Das ist m. E. darauf zurückzuführen, daß das RG. sich zwar bewußt ist, daß das Verlöbniß dem Familienrecht angehört (RG. 61, 271), daß zwischen dem Verlöbnißvertrage, der Verlobung, und dem durch diesen Vertrag begründeten familienrechtlichen Verhältnisse, dem Brautstande, zu unterscheiden ist (vgl. RG. 80, 89 = JW. 1913, 38), daß es aber im übrigen in der Verlobung nur einen Vertrag und in dem durch die Verlobung begründeten Verlöbniß ein Vertragsverhältnis erblickt (vgl. JW. 1906, 9³; RG. 98, 14). Es handelt sich aber bei dem Verlöbniß nicht

haltung der Form des § 518 BGB. nichtig sein. Es wäre dann an der Hand des § 139 BGB. weiter zu prüfen, ob die teilweise Nichtigkeit das ganze Ausstattungsversprechen nichtig macht. Das BG. hat jedoch aus tatsächlichen, in diesem Rechtszuge nicht nachprüfbaren Gründen nicht als dargetan angesehen, daß eine Mitgift von 50 000 RM bei der Vermögenslage des Bfll. im April 1929 unangemessen hoch gewesen sei. Beweispflichtig war hierfür, wie das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, der Bfll. (RG.: Gruch. 56, 1003).

Die Rev. bezeichnet die Ansicht des BG. als rechtsirrig, es komme bei der Entsch., ob die Ausstattung das den Vermögensverhältnissen des Bfll. entsprechende Maß übersteige, lediglich auf den Zeitpunkt der Abgabe des Versprechens an. Das RG. habe, wie die Rev. unter Bezugnahme auf RG.: JW. 1916, 588 ausführt, prüfen müssen, ob die Fortdauer der Vermögensverhältnisse, die — wenn auch nur stillschweigende — Voraussetzung des Versprechens gebildet habe; sei dies der Fall gewesen, so sei nicht der Bfll. für den Wegfall, sondern seien die Kl. für die Fortdauer der Leistungsfähigkeit beweispflichtig gewesen. Mit diesem Angriff kann die Rev. keinen Erfolg haben. Für die Beurteilung, ob und in welchem Umfang ein noch nicht erfülltes Ausstattungsverspre-

um einen gewöhnlichen Vertrag zwischen zwei Parteien, sondern um einen solchen, der zu einer Verbindung zweier Familien führen und demnach nach erfolgter Eheschließung die Verwandten des einen Ehegatten mit dem anderen verschwägern soll. Es ist klar, daß dieses familienrechtliche Verhältnis bei allen Rechtsabhandlungen, die von Familienmitgliedern in Rücksicht auf den bereits bestehenden oder noch zu begründenden Brautstand nicht außer acht gelassen werden darf. So gibt der Brautvater das Mitgiftversprechen an die Tochter nicht etwa im luftleeren Raum, sondern im Rahmen der Familie ab. Regelmäßig wird die Tochter selbst sehr wohl beurteilen können, ob die versprochene Ausstattung das den Umständen, insbes. den Vermögensverhältnissen ihres Vaters entsprechende Maß übersteigt. Treten bis zur Eheschließung ungünstige Veränderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen ihrer väterlichen Familie ein, so hat sie als Mitglied dieser Gemeinschaft dem Rechnung zu tragen. Denn ganz besonders für eine so eng verbundene Gemeinschaft wie die Familie müssen Eru und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte Auslegungsmassstäbe für die Vertragsauslegung sein. Wird im Wohlstand die Mitgift versprochen und kommt bis zur Heirat der Tochter Unglück über das väterliche Haus, dann ist das früher abgegebene Zahlungsversprechen des Vaters so auszulegen, daß es nicht auch für den eingetretenen Fall des Vermögensverlustes und des Mangels an Einnahmen vom Vater gegeben ist. Ein ausdrücklicher Vorbehalt ist nicht erforderlich, jedenfalls nicht bei bloß mündlichem Versprechen. Eine solche Einschränkung wird wohl gemeinhin in den Familien als selbstverständlich vorausgesetzt, auch wenn bei Abgabe des Versprechens gar nicht daran gedacht worden ist. Welcher Vater und welche Tochter würden sich darüber veruneinigen, wenn bei der Versprechensabgabe die Rede auf einen solchen Vorbehalt gebracht wird? Der Vater aber, der gleichwohl sich bereit fände, vorbehaltlos sich für alle Fälle zu verpflichten, würde unverantwortlich an seiner Familie, insbes. an weiteren noch ausstattungsberechtigten Kindern und benachteiligend gegenüber seinen Gläubigern handeln, eine solche Ausstattungsforderung müßte der Konkursverwalter des Vaters bestreiten. So lassen sich m. E. besondere Umstände für den Willen einer solchen einschränkenden Auslegung nicht erfordern und in den seltensten Fällen dazun, höchstensfalls wäre es denkbar, im Einzelfalle Verhältnisse darzulegen, aus denen der unbedingte Zahlungswille unter allen Umständen abzuleiten wäre.

3. Nach dem Ur. steht fest, daß die Tochter im März 1930 ihrem Vater und im Bekanntenkreise zum Schein das Verlöbniß als aufgelöst erklärt hat. So wie der höchste Gerichtshof bei Vorlage von wichtigen oder verwerflichen Gründen bei Zurückziehung der Einwilligung zur Eheschließung geprüft hat, ob der Vater nicht alsdann aus allgemeinen Rechtsgründen Schadensersatz zu leisten hat (vgl. RG. 58, 255), so könnte man hier sehr wohl an eine unerlaubte Handlung der Tochter denken. Es handelte sich ja um eine nicht ernstliche Willenserklärung, die von vornherein von der Tochter abgegeben wurde, um ihren Vater zu täuschen; dieser sollte die Entlobung für ernst halten. Die Auflosungserklärung, die dem Vater und den Bekannten gegenüber abgegeben wurde, fällt an sich deshalb unter den Begriff des geheimen Vorbehalts (§§ 116, 118 BGB.;

chen als Schenkungsversprechen anzusehen und daher formbedürftig ist, kann nur der Zeitpunkt der Erteilung des Versprechens maßgebend sein (Planck, 3. Aufl., § 1624 Bem. 2; Staudinger Bem. 4a; Endemann Bd. II, 2 S. 540 Anm. 31). Die Ansicht von Blumes § 1624 Bem. 4, nach der nicht die Zeit des Versprechens, sondern die der Leistung maßgebend ist, kommt für den hier vorl. Fall nicht in Betracht. Verschieden hiervon ist die Frage, ob ein Ausstattungsversprechen als unter dem stillschweigenden Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse erteilt anzusehen ist. Die Möglichkeit eines solchen Vorbehalts hat das RG. in der von der Rev. angeführten Entsch. für ein Ausstattungsverrentenversprechen bejaht (vgl. auch WarnRspr. 1920 Nr. 98). Hier handelt es sich um das Versprechen einer Kapitalzahlung zu Ausstattungs Zwecken. Zwar ist auch in einem solchen Falle die Möglichkeit nicht völlig auszuschließen, daß das Versprechen unter dem Vorbehalt des Gleichbleibens der Verhältnisse in der Zeit bis zu seiner Erfüllung erteilt wird. Jedoch bedürfte es für eine solche Annahme der Darlegung besonderer Umstände, aus denen der Wille des Versprechenden entnommen werden könnte, im Falle einer Änderung seiner Vermögensverhältnisse eine Einschränkung oder den völligen Wegfall seiner Verpflichtung geltend zu machen. Im Sachvortrag

vgl. SeuffArch. 59 Nr. 228; Enneccerus, 25./29. Aufl., I 1 § 1561). Eine solche Willenserklärung ist aber „nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte, b. h. die als gewollt bezeichneten Rechtswirkungen, nicht zu wollen, vielmehr wird ein solcher geheimer Vorbehalt nicht beachtet, weil es aller Dreie widerpricht, sich darauf zu berufen“. Das gilt nicht nur von empfangsbedürftigen, sondern auch von nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen (Enneccerus a. a. O. 3a). Das Verlöbniß ist als das gegenseitige Versprechen der Ehe eine „empfangsbedürftige Willenserklärung“ i. S. des BGB. Dasselbe gilt naturgemäß von der Verlobungsauflosungserklärung. Kannte der Bräutigam den geheimen Vorbehalt der Braut, so ist die Rücktrittserklärung nichtig (vgl. auch §§ 117 Abs. 1, 116 Satz 2 BGB.). Das BGB. kennt allerdings keinen allgemeinen Grundsatz, daß man sich einem Dritten gegenüber jedenfalls dann nicht auf eine Simulation berufen könne, wenn dieser Dritte im Vertrauen auf die Ernstlichkeit des an den Simulanten erklärten Willens, eine Handlung oder Unterlassung begangen hat. Das BGB. gibt nur besondere Vorschr., durch die in einigen Fällen gutgläubige Dritte gegenüber Scheingeschäften geschützt werden. Streit herrscht darüber, ob über jene Vorschr. hinaus ein Schutz Dritter zuzulassen ist (vgl. RG. 90, 274 ff.).

Ist also die Rspr., wonach ein Ausstattungsversprechen mit der Aufhebung des Verlöbnisses hinfällig wird, richtig, so konnte für den Brautvater nur die Auflosungserklärung, wie sie vorlag, maßgebend sein; er durfte deshalb darauf bauen, daß sein Ausstattungsversprechen dadurch bereits hinfällig geworden war, ohne daß es z. B. noch einer Anfechtungserklärung ob. dgl. seinerseits bedürfte. Der Vater würde dann mit Unrecht Schaden erleiden, wenn durch die ihn nicht berührende Tatsache, daß die Auflosungserklärung nicht ernstlich gewollt war, der durch diese ihm vorgetragene Familienvorgang von familienrechtlicher Tragweite unberücksichtigt bliebe. Andererseits widerspricht den Verlobten kein Unrecht, wenn sie dem Brautvater gegenüber an der Tatsache festgehalten werden, daß sie nach außen die Rücktrittserklärung abgegeben haben; sie müssen für die Folgen ihres eigenen Handelns einstehen, das dem gutgläubigen Vater keinen Nachteil bringen darf. Das gilt um so mehr, als es zur Rückgängigmachung eines einmal aufgelösten Verlöbnisses des Abschlusses eines neuen Verlöbnißvertrages bedarf (RGWarn. 1914 Nr. 164; DW. 30, 33 [Stettin]). Darüber hinaus wird es kaum einem Zweifel unterliegen können, daß eine derartig scheinbare Verlobungsauflosung unter den obwaltenden Umständen ein wider die guten Sitten verstoßendes (Scheine-) Geschäft nach § 826 bedeutet (vgl. RG. 95, 163).

Besondere Beachtung verdient die Vorschr. des § 1298 Abs. 1 BGB., wonach der zurücktretende Verlobte den Eltern sowie dritten Personen u. a. den Schaden zu ersetzen hat, der daraus entstanden ist, daß sie in Erwartung der Ehe Verbindlichkeiten — also z. B. auch Ausstattungsverbindlichkeiten — eingegangen sind. An den Abschluß des Verlöbnißvertrages werden aber auch im übrigen gesetzlich — und zwar nicht nur vom BGB. — mehrfache Rechtswirkungen geknüpft, die klar erkennen lassen, daß der Brautstand ein familienrechtliches Verhältnis ist. In einem solchen Gemeinschaftsverhältnis kann man aber das Verhalten gegenüber den Gemeinschaftsgliedern nicht für rechtlich bedeutungslos erklären, wie dies das RG. tut.

des Befl. war für eine solche Annahme keinerlei Anhalt gegeben. Daher bestand für das BG. keine Veranlassung, die von der Rev. vermehrte Prüfung vorzunehmen.

Ein weiterer Einwand des Befl. geht dahin, daß das zwischen den Kl. bestehende Verlöbniß im März 1930 aufgelöst, seine Verpflichtung zur Gewährung der Ausstattung also hierdurch weggefallen sei. Es trifft allerdings zu, daß der erf. Sen. im Ur. v. 17. Nov. 1904 (IV 227/04) ausgesprochen hat, ein Ausstattungsversprechen werde mit der Aufhebung des Verlöbnisses hinfällig, weil mit dem Wegfall des Verlöbnisses auch der rechtliche Grund des Versprechens wegfaile. Ob an dieser Rspr. auch jetzt noch festzuhalten wäre, kann unerörtert bleiben. Ebenso kann es dahingestellt bleiben, ob zur Zeit der Erteilung des Ausstattungsversprechens überhaupt bereits ein Verlöbniß vorlag, das den rechtlichen Grund des Versprechens hätte bilden können, oder ob die Verlobung damals erst noch bevorstand. Denn das BG. hat festgestellt, daß der Befl. zwar auf Lösung des Verlöbnisses gedrängt habe, die Kl. zu 2 aber nur scheinbar darauf eingegangen sei, indem sie dem Vater gegenüber und im Bekanntenkreise das Verlöbniß als aufgelöst hingestellt, tatsächlich aber dem Kl. zu 1 gegenüber an dem Verlöbniß festgehalten habe und niemals zurückgetreten sei. Ohne Erfolg bekämpft die Rev. die Feststellung des BG., daß eine Aufhebung des Verlöbnisses nicht stattgefunden habe. Für die Frage des Fortbestandes des Verlöbnisses kann nur entscheidend sein, ob die Verlobten selbst an dem gegenseitig gegebenen Eheversprechen festgehalten haben oder nicht. Auf ihr Verhalten gegenüber Dritten kommt es nicht an, wenn sie nur selbst darüber einig waren, daß das Verlöbniß fortbestehen solle. Das stellt das BG. rechtsirrtumsfrei fest.

(U. v. 13. Juli 1933; IV 139/33. — Hamburg.)

****6.** §§ 606, 559 HGB. Inhalt und Umfang der Beweislast des Reeders für Schäden, die auf dem Transport entstanden sein sollen. †)

Der Streit dreht sich darum, ob die Transportgüter, in Säcke verpackte Erdnüsse, die nach ihrer Ankunft im Bestimmungsort festgestellten Beschädigungen, soweit sie von der Befl. nicht gedeckt sind, nach der Annahme der Güter seitens der Befl. zur Beförderung auf dem Transporte durch Umstände erlitten haben, die von der Befl. zu vertreten sind, oder ob diese Schäden auf eine innere Beschaffenheit (innere Feuchtigkeit) der Erdnüsse zurückzuführen sind, die bereits vorhanden, aber äußerlich nicht erkennbar war, als die Ware von der Befl. angenommen und an Bord des Transportschiffes gekommen ist.

Das maßgebliche Konnossement enthält die Klausel: „shipped in apparent good order and condition“. Das BG. meint, auf Grund dieser Klausel sei die Befl. beweispflichtig dafür, daß sie die Beförderung der Erdnüsse mit ihrem Dampfer mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausgeführt habe. Diesen Beweis habe die Befl. nicht geführt, da sich nicht aufklären lasse, worauf der streitige Schaden zurückzuführen und wer für ihn verantwortlich ist. Mangels eines solchen Entlastungsbeweises sei die Befl. für sachfällig zu erachten.

Alle Instanzen haben verurteilt.

Die Konnossementsklausel „shipped in apparent good order and condition“ bezieht sich, wie Wortlaut, Sinn und Zweck dieser Erklärung des das Transportgut an Bord übernehmenden Schiffes oder seines Vertreters ergeben, nur auf den für ihn, d. h. bei Anwendung des Wahrnehmungsver-

Zu 6. Das Problem liegt im obigen Ur. in der Frage der Beweislast bzgl. der Unversehrtheit der Güter bei der Übernahme an Bord, bei einer Klage ex recepto. Der Einwand des Befl. geht dahin, daß die Güter bei der Übernahme zwar äußerlich mangelfrei, aber mit einem inneren Mangel behaftet gewesen seien, der die Ursache für den entstandenen Schaden darstelle. Wenn man die in dem Ur. nicht erwähnte ältere Entsch. des RG. v. 11. März 1912 (RZ. 1912, 674) heranzieht, so ist dort die Beweislast dahin verteilt, daß der Empfänger beweisen müsse, daß die Ware bei der Übernahme mangelfrei war; ob hiermit auch Freiheit von geheimen Mängeln gemeint sein soll, ist nicht ausgeführt. Mit der obigen Entsch. bin ich der Meinung, daß sich aus dem Gesetz eine Verteilung der Beweislast dahin, daß der Empfänger der Ware auch beweisen müsse, daß die Ware bei der Übernahme frei von geheimen Mängeln gewesen sei,

mögens eines sorgfältigen Schiffskapitäns ohne entsprechende kaufmännische Sach- und Warenkenntnis, äußerlich erkennbaren Zustand der Güter nebst Verpackung (Schaps, Seerecht, 2. Aufl., § 658 Anm. 1; Wüstendörfer, Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtvertrages Bd. I S. 453). Dafür, daß die Güter in dieser Beschaffenheit an Bord gekommen sind, hat auf Grund der sog. Skripturobligation (Haftung aus schriftlicher Erklärung) gem. § 651 ff. HGB. die Befl. derart einzustehen, daß sie für eine etwaige Nichtübereinstimmung der Konnossementserklärung mit der tatsächlichen Beschaffenheit der Ware der Kl. als der legitimierten Konnossementsinhaberin haftbar ist.

Die Klage stützt sich aber gar nicht darauf, daß etwa die erwähnte Konnossementserklärung unrichtig gewesen und dadurch Schaden entstanden sei. Vielmehr soll nach der Darstellung der Kl. der streitige Schaden ausschließlich nach der Übernahme der Ware an Bord des Schiffes auf der Transportreise entstanden sein, indem die Ware infolge mangelhafter Schiffseinrichtungen, insbes. einer unzureichenden Ventilation der Laderäume während der Reise sowie unangemessener Stauung und Abdeckung des Transportgutes an Bord stark erhitzt und verbrannt und außerdem durch eingedrungenes Regenwasser (abgesehen von Schweißbildung) beschädigt sei. Es handelt sich also nur um einen Transportschaden. Ein solcher Schaden wird durch die Konnossementshaftung des Reeders nur insoweit gedeckt, als die Haftung ex recepto (aus Übernahme) und nicht ex scriptura (aus schriftlicher Erklärung) in Frage kommt.

Die Konnossementshaftung aus Übernahme erfordert ebenso wie die Haftung des Reeders (Verfrachters) aus dem Frachtvertrage grundsätzlich den zunächst von dem Schadensersatzberechtigten zu führenden Nachweis, daß die Güter zur Zeit der Übernahme an Bord (Annahme) unbeschädigt waren, d. h. die Schäden nicht hatten, deren Erstattung verlangt wird (Schaps, Seerecht, 2. Aufl., § 606 Anm. 16/18, 4 ff., 2; § 651 Anm. 6 ff.). Die hier streitigen Schäden gehen über eine bloße Veränderung des im Konnossement bescheinigten äußeren Zustandes der Ware — in äußerlich guter Beschaffenheit (in apparent good order and condition) — weit hinaus. Ob trotzdem das BG. angenommen hat, daß der nach Obigem an sich der Kl. obliegende Nachweis durch die erwähnte, nur den äußeren Anschein der in Säcke verpackten Ware betreffenden Konnossementsklausel erbracht sei, oder aus einem anderen Grunde wegen jener Klausel die Befl. für exkulpationspflichtig erklärt hat, kann dahingestellt bleiben (siehe aber HansRGZ. 1931 Bd. I Abt. B S. 755). Denn die Befl. hat, indem sie sich ausdrücklich darauf berufen hat, daß der streitige Schaden auf dem Transport entstanden sei, selbst den Standpunkt eingenommen, daß dieser Schaden bei Übernahme der Ware an Bord bzw. bei der Annahme der Ware seitens der Befl. noch nicht vorhanden gewesen ist. Die von der Befl. gegen ihre Haftpflicht erhobenen Einwendungen gehen nun dahin, daß die Ware bei ihrer Ankunft an Bord und zur Zeit der Ausstellung des Konnossements den äußerlich nicht erkennbaren Mangel eines großen inneren Feuchtigkeitsgehaltes gehabt habe, auf den allein die streitigen Transportschäden zurückzuführen seien.

Richtig ist, daß für solche Transportschäden grundsätzlich der Reeder und Verfrachter weder aus einem Konnossement noch aus einem Frachtvertrag aufzukommen hat. Wenn aber, wie hier, davon auszugehen ist, daß die Güter frei von solchen Transportschäden von dem Schiff übernommen sind, so ist es

nicht begründen läßt. Es muß genügen (vgl. Schaps zu § 606 U. 18), daß der Empfänger beweist, daß die Güter bei der Übernahme unversehrt waren bzw. die jetzt vorhandenen Schäden nicht hatten. Mit Recht würdigt das RG. die Einlassung des Befl. dahin, daß sich zugunsten des Kl. insoweit eine Beweisführung erübrigt. Daß an und für sich bei anderer Einlassung des Befl. die Konnossementsklausel „shipped in apparent good order and condition“ diesen Beweis allein nicht zu erbringen vermocht hätte, muß gegenüber dem RG., das die Frage offen läßt, mit dem HansRGZ.: HansRGZ. 1931, B 755 bejaht werden. — Überraschend ist allerdings, daß das Konnossement keine Freizeichnungsklauseln (vgl. Schaps zu § 606 U. 51) enthalten zu haben scheint, nicht einmal eine Klausel, die zugunsten des Schiffes die gesetzliche Beweislast umkehrt.

RA. Dr. Kurt Mittelstein, Hamburg.

an sich Sache der aus dem Konnossement oder dem Frachtvertrag oder beiden in Anspruch genommenen Bekl., zu ihrer Entlastung den Nachweis zu führen, daß die Güter bei jener Übernahme den von ihr behaupteten, äußerlich nicht erkennbaren Mangel eines überprozentigen inneren Feuchtigkeitsgehaltes gehabt haben, und daß durch diese Beschaffenheit des Gutes der streitige Transportschaden verursacht ist (§§ 606, 559 Abs. 2 HGB.; Schaps a. a. O. § 606 Anm. 21 ff., Anm. 2; § 651 Anm. 6 ff.). Insofern sind also die Feststellungen des BG. im Beihalt des Parteivorbringens geeignet, seine Annahme zu rechtfertigen, daß die Bekl. beweispflichtig dafür sei, daß die Beförderung der Erdnüsse mit ihrem Dampfer mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausgeführt ist. Daß die Bekl. sich im Konnossement oder im Frachtvertrage durch besondere Klauseln von der streitigen Haftung oder der dargelegten Exkulpationspflicht freigezeichnet habe, ist weder behauptet noch ersichtlich. Die Feststellung des BG., es lasse sich nicht aufklären, worauf der streitige Schaden zurückzuführen ist, beruht auf rein tatsächlichen und mit der Rev. nicht angreifbaren Erwägungen. Die Annahme des BG., daß dies insofern zum Nachteil der Bekl. gehe, als sie hinsichtlich des Klageanspruches für nicht entlastet zu erachten sei, entspricht allgemein anerkannter Rechtsauffassung (Schaps a. a. O. § 606 Anm. 23 ff.).

(U. v. 8. Juli 1933; I 81/33. — Hamburg.) [Ra.]

7. §§ 2 Abs. 1, 7 Abs. 1, 15 WbzG.; § 1 UnlWG.

1. Die Schwarz=weiß=Bezeichnung eines Warenzeichens deckt alle Farben, auch in umgekehrten Helligkeitswerten; danach richtet sich auch die Priorität.

2. Die Zeichenbeschreibung ist nur von Bedeutung, soweit sie zur Erklärung des Zeichens notwendig ist.

3. Ein Ausstattungsschutz muß gegen ein eingetragenes Zeichen schon bei dessen Anmeldung erworben sein. Dies gilt für das Inland auch dann, wenn ein Ausstattungsschutz im Ausland (Verbandsstaat) erworben ist.

4. Durch die Eintragung eines Warenzeichens wird nur der Zeichenschutz, nicht dagegen einem anderen Zeichen gegenüber ein Ausstattungsschutz erworben; Annäherung an dieses kann deshalb gegen § 1 UnlWG. verstoßen. †)

Die Erstkl., die in London ihren Sitz hat, und die Bekl., die in Nürnberg ihren Sitz hat, erzeugen und vertreiben im großen Maße Tabakpfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen. Sie versehen ihre Waren auf der oberen Seite des Mundstücks mit einem weißen Punkt. Für die Erstkl. ist auf ihre Anmeldung v. 27. Febr. 1925 am 7. Nov. 1925 unter Nr. 343082 in die Zeichenrolle des RPatA. ein Warenzeichen für Tabakpfeifen eingetragen worden, das aus einem schwarzen Streifen (sog. Balken) mit einer weißen Scheibe (Kreis) in der Mitte besteht und die Aufschrift „The White Spot“ trägt. Für die Zweitkl., eine Tochtergesellschaft der ersteren mit dem Sitz in Paris, ist bei dem Internationalen Büro in Bern die Marke Nr. 53324 am 11. Aug. 1927 für Tabakpfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen und viele andere Raucherartikel eingetragen worden. Diese Marke besteht aus einer schwarzen Fläche, die in der Mitte einen weißen Punkt aufweist.

Für die Bekl. ist auf Grund ihrer Anmeldung v. 2. Okt. 1924 für Tabakpfeifen unter Nr. 345248 in die

Zeichenrolle des RPatA. am 17. Dez. 1925 ein Warenzeichen eingetragen worden, das eine Tabakpfeife mit einem schwarzen Punkt auf der — weiß gehaltenen — oberen Seite des Mundstücks zeigt. Nach der ursprünglichen, zugleich mit der Anmeldung eingereichten Beschreibung sollte der Punkt rund oder viereckig, weiß oder farblich sein dürfen; infolge von Beanstandungen und Widersprüchen anderer Firmen erklärte die Bekl. in der endgültigen Beschreibung, der Punkt solle vorzugsweise weiß, keinesfalls rot oder rötlich sein.

Ferner ist für die Bekl. auf Grund ihrer Anmeldung v. 22. Juli, 1930 für Tabakpfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen am 1. Nov. 1930 unter Nr. 425309 in die Zeichenrolle des RPatA. ein Warenzeichen eingetragen, das ebenfalls aus dem Bilde einer Tabakpfeife mit einem Punkt auf der oberen Seite des Mundstücks besteht. Nach der von der Bekl. der Anmeldung beigegebenen Beschreibung soll der Punkt gewöhnlich in weißer Farbe auf den Waren erscheinen; rote oder rötliche Farbe ist ausgeschlossen.

Die Bekl. bringt auf ihren Waren einen weißen Punkt so an, wie er in den Warenzeichen dargestellt ist.

Die Kl. machen geltend, der weiße Punkt habe sich — wie im gesamten Ausland, so auch in Deutschland — als Kennzeichen ihrer Waren durchgesetzt. Sie hätten daher Ausstattungschutz erlangt, zum mindesten aber die Anwartschaft auf einen solchen. Die Bekl. habe den weißen Punkt zum Zwecke der Täuschung in ihre Warenzeichen aufgenommen und auf ihren Erzeugnissen angebracht, um beim Publikum den Irrtum zu erwecken, daß es sich um Waren der Kl. handle.

Sie verlangen daher mit der vorl. Klage von der Bekl. Unterlassung, Vöschung und Auskunfterteilung.

Das BG. hat im wesentlichen die Klage abgewiesen bis auf einen in den Gründen angegebenen Punkt. Die Rev. beider Teile ist zurückgewiesen.

Die Klageansprüche scheitern, soweit sie auf die für die Kl. eingetragenen Warenzeichen gestützt sind, an dem zeitlichen Vorrang des Zeichens der Bekl. Nr. 345248. Die Kl. machen zur Begründung ihres Standpunktes in erster Linie geltend, daß sich das Zeichen der Bekl. im Gegensatz zu dem der Kl. in Wahrheit überhaupt nicht auf einen weißen Punkt auf dunklem Grunde beziehe, sondern, wie die Eintragung ergebe, auf einen schwarzen Punkt auf weißem Grunde. Demgegenüber verweist das BG. mit Recht auf den in der Rspr. des erf. Sen. stets vertretenen Grundsatz, daß die Schwarz=weiß=Eintragung regelmäßig alle Farben bedeute. Mit Recht lehnt das BG. die Ausnahme ab, die die Kl. gegenüber diesem Grundsatz machen wollen. Denn es besteht kein Grund für die Einschränkung der Geltung dieses Grundsatzes in der Richtung, daß bei der farbigen Verwendung des Zeichens zur Erhaltung seines Schutzes das Verhältnis von hell und dunkel, wie es die Eintragung zeige, erhalten bleiben müsse und nicht in das Gegenteil verkehrt werden dürfe. Deckt die Schwarz=weiß=Eintragung die Wiedergabe des Zeichens in allen Farben, so widerspräche es diesem von jeher in der Rspr. in Übereinstimmung mit dem Schrifttum anerkannten Grundsatz, wenn man den Zeichenschutz nur noch als gegeben ansehen wollte, sofern lediglich an Stelle des in der Zeicheneintragung dargestellten schwarzen Punktes gewisse Farben, die ebenfalls gegenüber dem weißen Untergrund der Eintragung dunkel wirkten — blau, rot, grün od. dgl. — gewählt würden, statt des Weiß der Eintragung aber höchstens gelb verwendet würde. Das BG. verweist auch mit Recht auf die nicht tragbaren Ergebnisse, zu denen der von den Kl. vertretene Standpunkt in der Praxis führen

der Erläuterung eines undeutlichen Zeichenbildes, kann aber den Zeicheninhalt nicht ergänzen (RG.: WuB. 31, 263 Ende). Darum besagt es für den Schutzzumfang nichts, wenn die Anmeldung schwarz=weiß als Farben angibt. Natürlich kann der Anmelder seinen Schutzanspruch bei Zeichen auf gewisse Farben beschränken. Das ist aber ein außergewöhnlicher Fall, der zudem den Schutzzumfang auch nur da beschränkt, wo das Zeichen tatsächlich gerade nur durch die Verwendung dieser Farben kennzeichnend wirkt.

Nichts Neues ist es auch, daß beim Widerstreit von Ausstattung und Zeichen die Priorität entscheidet. Erfreulich ist der Satz des Urteils: „Da somit die Ausstattung i. S. des § 15

Zu 7. Das Urteil trifft in allen Punkten zu. Neues bringt es nicht.

Daß die Schwarz=weiß=Eintragung eines Zeichens sämtliche Farben deckt, ist anerkanntes Recht. Daraus folgt schon, daß die Umkehrung der Farben den Schutzbereich nicht verläßt. Auch die Umkehrung der Helligkeitwirkung kann nichts ausmachen. Anders könnte es im Einzelfall liegen, wenn statt dunkel=hell dunkel=dunkel oder hell=hell gewählt würde, wenn sich dadurch nämlich das Wesen des Zeichens, wenn sich die Bildwirkung, völlig veränderte und wenn die Gefahr der Annäherung durch Abblenden usw. fehlte.

Die Zeichenbeschreibung in der Anmeldung dient nur

könnte, z. B. durch Entwicklung der auch nach Ansicht der Kl. ursprünglich zulässigen, d. h. vom Zeichenschutz der Bekl. umfaßten Farben unter dem Einfluß des Lichts (Sonnenbestrahlung) im Schaufenster zu unzulässigen, d. h. nach Ansicht der Kl. nicht mehr dem Zeichenschutz der Bekl. unterliegenden und daher ihr — der Kl. — Zeichenrecht auf Grund dieser Farbenveränderung nunmehr verletzenden Farben.

Der Heranziehung der „Beschreibung“ ihres Zeichens durch die Bekl. bedarf es für den Standpunkt, daß die Schwarz-weiß-Eintragung die Wiedergabe des Punktes auch in weißer Farbe bede. nicht. Deshalb kann auch der Gesichtspunkt eines Widerspruchs zwischen der Art der Eintragung und der Beschreibung des Zeichens hier keine Rolle spielen.

Verfehlt ist auch der Hinweis auf die spätere Abänderung der ursprünglichen Beschreibung. Durch die Anmeldung eines alsdann eingetragenen Zeichens entsteht dessen Priorität, wenn die Anmeldung ordnungsmäßig erfolgt ist (§§ 2 Abs. 1, 7 Abs. 1 WbZG.). Nach § 2 WbZG. muß der Anmeldung, „soweit erforderlich“, eine Beschreibung des Zeichens beigelegt sein. Erforderlich ist die Beschreibung nur, wenn sich aus dem Zeichen allein der Schutzzumfang nicht feststellen läßt. Das kam hier nur insoweit in Betracht, als durch die Beschreibung des Zeichens, welches das Bild einer ganzen Tabakspfeife mit einem auf ihrem Mundstück angebrachten andersfarbigen Punkt zeigt, klargestellt wird, daß der Zeichenschutz nicht das gesamte Bild umfassen soll, sondern daß das Zeichen nur in dem Punkt besteht, der, wie die Abbildung zeigt, auf der Pfeife angebracht ist. Dementsprechend war im Schlußsatz der Beschreibung ausdrücklich hervorgehoben, daß in der Zeichenabbildung die ganze Pfeife mit dem Punkt nur deshalb dargestellt sei, um zu zeigen, in welcher Weise das eigentliche Zeichen, d. h. der Punkt an der Pfeife, angebracht werde. Dieser Satz der gleichzeitig mit der Anmeldung des Zeichens v. 2. Okt. 1924 beim RPatA. eingegangenen Beschreibung ist allein als Erläuterung eines sonst nicht genügend deutlichen Zeichens und daher als „erforderlich“, somit für die Begründung der Priorität des letzteren als notwendig anzusehen. Der übrige Inhalt der Beschreibung, der eine Angabe darüber enthält, wie der fragliche Punkt technisch hergestellt und welches Material dazu verwendet werden soll und in welcher Farbe („weiß oder farbig“), hat mit der Erläuterung des Zeichens nichts mehr zu tun. Deshalb ist auch die auf Veranlassung des RPatA. im Laufe des Widerspruchsverfahrens erfolgte wiederholte Abänderung dieses Teils des Inhalts ohne jede Bedeutung für die Frage der Priorität des Zeichens der Bekl. Nr. 345 248.

Da dieses hiernach die Priorität v. 2. Okt. 1924 besitzt, das der Erstkl. aber erst am 27. Febr. 1925 und das der Zweitkl. noch bedeutend später angemeldet ist, so ist ein zeichenrechtlicher Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Grund des ersten Zeichens derselben Nr. 345 248 nicht gegeben, des weiter aber auch nicht auf Grund des zweiten Zeichens der Bekl. Nr. 425 309, da dieses seinem wesentlichen sachlichen Schutzzumfang nach nicht über das erste Zeichen der Bekl. hinausgeht. Der Zweck, der mit der Anmeldung und Eintragung eines zweiten Warenzeichens vernünftigerweise nur verfolgt werden kann, muß der Erwerb eines neuen Zeichenschutzes sein im Vergleich zu dem durch das erste Zeichen bereits erworbenen. Der hiernach erforderliche Unterschied

zu dem schon bestehenden Zeichenschutz kann durch einen Unterschied des Zeichens selbst oder der geschützten Waren bewirkt werden. Beides ist hier der Fall.

Auf zeichenrechtlicher Grundlage kann die Klage also keinen Erfolg haben.

Ebenso vermag der Klagegrund des Ausstattungsschutzes i. S. des § 15 WbZG. Um mit diesem Klagegrunde durchzu- bringen, hätten die Kl. den Nachweis führen müssen, daß der weiße Punkt auf ihren Tabakspfeifen bereits zur Zeit der Anmeldung des ersten Zeichens der Bekl. am 2. Okt. 1924 in Deutschland Verkehrsgeltung als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus ihrem Betriebe erlangt habe. Das BG. stellt fest, daß das nicht der Fall gewesen ist. Dabei geht das BG. durchaus zutreffend zugunsten der Kl. davon aus, daß es für eine Durchsetzung als ausreichend anzusehen sei, wenn diese in den Kreisen derjenigen stattgefunden habe, die als Interessenten für so teure Pfeifen, wie die Kl. sie vertreiben, in Frage kommen. Das BG. legt seiner Prüfung den Zeitraum von Anfang 1924 bis in das Jahr 1927 zugrunde mit Rücksicht auf seine Feststellung einerseits, daß Tabakspfeifen der Kl. erst Anfang 1924 in irgendwie in Betracht kommendem Umfang nach Deutschland gekommen seien, andererseits, daß die Bekl. spätestens i. J. 1927 damit begonnen habe, auch ihrerseits Tabakspfeifen mit weißem Punkt zu vertreiben. Weiter stellt das BG. als Hindernisse, zum mindesten als sehr erhebliche Erschwerung für den Erwerb des Ausstattungsschutzes fest, daß der weiße Punkt schon seiner ganzen Natur nach sehr wenig geeignet sei, sich als Kennzeichen für die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb darzustellen, daß nach allgemeiner Erfahrung jedenfalls in der in Betracht kommenden kurzen Zeit nur durch sehr erhebliche Werbemaßnahmen eine solche Durchsetzung zu erreichen wäre, daß solche Werbeanbahnungen der Kl. aber in Deutschland jedenfalls in dem oben angegebenen kurzen Zeitraum (1924—1927) nicht stattgefunden haben. Dabei ist zugunsten der Kl. der Zeitraum rechtsirrig viel zu lang angenommen. Für den hier in Betracht kommenden Klagegrund des Ausstattungsschutzes der Kl. in Deutschland an dem weißen Punkt, auf Grund dessen sie Löschung der beiden ebenfalls einen Punkt zum Gegenstande habenden Warenzeichen der Bekl. sowie Unterlassung der Anbringung eines solchen und Schadensersatz verlangen, gilt — wie für das gesamte Recht der gewerblichen Kennzeichnungen — der Grundsatz der Priorität. Danach ist im Streit zweier Kennzeichnungsmittel das früher entstandene das stärkere. An sich ist keines von ihnen stärker als das andere. Da somit die Ausstattung i. S. des § 15 WbZG. und das Warenzeichen an sich als gleichwertige Rechte einander gegenüberstehen und die Best. des WbZG. sinngemäß auf den Ausstattungsschutz anzuwenden sind, so folgt daraus, daß für den quasinegativen Unterlassungs- und Löschungsanspruch der angebliche Ausstattungsschutz der Kl. bereits vor der Anmeldung des eingetragenen Gegenzeichens erworben sein mußte, hier also schon vor dem 2. Okt. 1924.

Das BG. prüft dann die Frage, ob der Ausstattungsschutz, den die Erstkl. nach ihrer insoweit unstrittigen Darstellung in England und anderen außerdeutschen Ländern bereits vor der Anmeldung des Zeichens der Bekl. Nr. 345 248 erlangt hatte, für die Ansprüche der Kl. erheblich sei. Dabei geht das BG. mit Recht davon aus, daß für einen außerhalb Deutschlands erworbenen Ausstattungsschutz grundsätzlich das gleiche gelte wie für einen dort erworbenen Schutz an einem Firmenschlagnwort, da auch dieser letztere Schutz

überhaupt nicht darauf an, ob ein fremdes Ausstattungs- oder Zeichenrecht eine „hohe Wahrscheinlichkeit für eine in nächster Zeit eintretende Ausdehnung“ seiner Verbreitung hat. Ist es in Deutschland nicht national oder international bereits geschützt, so kann es keinen Schutz gegen Verwechslung beanspruchen. Die berühmte Eskimo-Pfeil-Entsch., die ja das Urteil auch angeht, lag anders. Dort handelte es sich um Namensschutz. Der Handelsname ist nach Art. 8 Parlln. schlechthin in allen Verbandsstaaten zu schützen. Kann das auch nicht dahin verstanden werden, daß jeder fremde, noch so unbekannt Name zu schützen ist, so genügt es, wenn der Name in starkem Maß in den inländischen Verkehr eingebracht ist, auch ohne daß er volle Verkehrsgeltung erlangt hat (Baumbach, WettbRecht S. 449).

SenPräf. a. D. Dr. Baumbach, Berlin.

WbZG. und das Warenzeichen an sich als gleichwertige Rechte einander gegenüberstehen. . . . Hoffentlich wird das nicht hinterher wieder als beiläufige, unverbindliche Bemerkung bezeichnet. Denn hier erkennt das BG. endlich einmal die Ausstattung als Recht an, wie ich es schon in der 1. Aufl. meines WettbRechts verlangt habe. Es wäre begrüßenswert, wenn die Wortschöpfung „Ausstattungsbesitz“ endgültig aus dem Wortschatz des RG. verschwände.

Schließlich ist klar und folgt schon aus dem eben Gesagten, daß man der Zeichenverletzungsklage nicht den Einwand entgegensetzen kann, man habe hinterher eine Ausstattung am geschützten Bild erworben.

Für wenig glücklich halte ich nur die Ausführungen des BG. zur Frage des zwischenstaatlichen Schutzes. Es kommt m. E.

auf der Verkehrsgeltung beruht (§ 12 BGB., § 16 UrtW.G., § 15 WbzG.), wie der auch jetzt erf. Sen. in der Standard-Entsch. v. 6. Juni 1930, II 390/29 = NuW. XXX, 430 ff. (432) ausgeführt hat. Weiter nimmt das BG. an, daß der auf Grund der Verkehrsgeltung nur in einem ausländischen Wirtschaftsgebiet erworbene Schutz grundsätzlich keine Ausschließungsrechte in Deutschland begründe. Das ist zutreffend nach dem im Pariser Unionsvertrag an die Spitze gestellten Grundsatz (Art. 2 und 8 daf.), daß die Angehörigen der Vertragsstaaten den gleichen — nicht aber einen stärkeren — Schutz gegen Verletzung ihrer gewerblichen Kennzeichnungsrechte (und ihres Firmenrechts) genießen wie die Staatsangehörigen desjenigen Mitgliedsstaates, in dem der Schutz begehrt wird. Allerdings hat der erf. Sen. in seiner Mspr. den Anforderungen der Wirtschaft entsprechend dem Gedanken der Möglichkeit künftiger Ausdehnung eines Geschäftsunternehmens auf verschiedenen Gebieten des Warenzeichnungs- und Wettbewerbsrechts Rechnung getragen, insbes. in bezug auf die sachliche Ausdehnung, d. i. den Kreis der geschützten, aber vom Zeichner bisher nicht geführten Waren, ebenso in bezug auf die räumliche Ausdehnung eines Geschäftsunternehmens. Aber Voraussetzung für die Berücksichtigung dieser Ausdehnungsmöglichkeiten ist doch stets, daß nach den Umständen des Falles eine begründete Aussicht, sogar eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht für eine in nächster Zeit eintretende derartige Ausdehnung. Diese Voraussetzung mußte naturgemäß schon zur Zeit der angeblichen Verletzungshandlung des anderen Teils gegeben sein, hier also zur Zeit der Anmeldung des Warenzeichens der Bekl. Nr. 345 248 am 2. Okt. 1924. Aber auch bei Anwendung dieser vom erf. Sen. für Fälle des durch Verkehrsgeltung im Auslande dort erworbenen Schutzes an einem schlagwortartigen Firmenbestandteil in bezug auf dessen etwaige Verletzung in Deutschland in mehreren Urten entwickelten Grundsätze (beginnend mit der Eskimo-Pie-Entsch. v. 3. Juni 1927 = RG. 117, 215¹⁾, insbes. in der Manon-Entsch. v. 30. April 1931 = RG. 132, 374 ff.²⁾ [379, 380] und in der Elida-Uhren-Entsch. v. 12. Mai 1931 = NuW. XXXI, 373 ff. [375]) auf den vorl. Fall wären die Klageansprüche nicht begründet. Denn in diesem — für die Kl. günstigsten — Fall mußte im Zeitpunkt der Anmeldung des ebenfalls einen Punkt auf dem Mundstück von Tabakspfeifen darstellenden Warenzeichens Nr. 345 248 durch die Bekl. v. 2. Okt. 1924 in bezug auf die Verwendung eines solchen Punktes auf Tabakspfeifen in Deutschland bereits ein Zustand bestanden haben, der vielleicht noch nicht als völlig abgeschlossene Verkehrsgeltung eines solchen Punktes als Kennzeichnungsmittel für Waren der Kl. bezeichnet werden könnte, bei dem aber diese Durchsetzung im Verkehr auf Grund eines starken, sich ständig steigenden Umfangs der Geschäftstätigkeit der Kl. innerhalb Deutschlands mit Sicherheit in kurzer Zeit bevorstand.

Aber nach der Feststellung des BG. haben die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens Nr. 345 248 am 2. Okt. 1924 und später in dem der Ingebrauchnahme des letzteren i. J. 1927 durch die Bekl. bestanden haben, nicht ausgereicht, um auch nur die vorstehend angegebene geringere Voraussetzung für das Bestehen eines Schutzes der Erstkl. zu erfüllen.

Das BG. prüft schließlich, ob die Klageansprüche aus § 1 UrtW.G. gegeben sind. Es bejaht diese Frage aber nur bzgl. der mit dem ersten Hilfsantrag beanstandeten, von der Bekl. in ihren Ankündigungen und sonstigen geschäftlichen Werbeschriften verwendeten Kennzeichnung, bestehend aus einem schwarzen Balken, in dessen Mitte sich ein weißer Kreis befindet mit der sich über das ganze Bild (Balken und Kreis) hinziehenden Inschrift oder der Überschrift: „Der weiße Punkt“ oder „Weißpunkt“. Das BG. stellt fest, daß die Verwendung dieser Kennzeichnung offensichtlich dem Zweck der Irreführung diene. Denn die Bekl. suche durch die Benutzung dieser Kennzeichnung ohne sachliche Notwendigkeit, so nahe wie nur irgend möglich an das Warenzeichen der Erstkl. und an die Art, in der diese ihr Zeichen reklamemäßig verwerte, heranzukommen. Dieser Grad der Annäherung läßt nach Lage der Umstände nur die Deutung zu,

daß die Bekl. bei denjenigen Interessenten, die das Zeichen der Erstkl. und die Art seiner Verwertung zu Werbebezwecken kennen und die Waren der Erstkl. schätzen, den Irrtum hervorrufen wolle, als handle es sich um Gegenstände, die von ihr herrühren. Auch die Wahl der Bezeichnung „London de Luxe“ seitens der Bekl., deren Waren mit London nichts zu tun haben, spricht nach der Feststellung des BG. für die Irreführungsabsicht der Bekl.

Der Anschlussrev. der Bekl., die sich gegen diesen Standpunkt des BG. wendet, war der Erfolg zu versagen. Ihr Hauptangriff geht dahin, daß, selbst wenn eine Irreführungsabsicht ihrerseits bei Ingebrauchnahme der mit dem ersten Hilfsantrag beanstandeten Kennzeichnung vorhanden gewesen sein sollte, diese Absicht doch schon vor der Klageerhebung nicht mehr bestanden haben könne, weil die beanstandete Kennzeichnung zu diesem Zeitpunkt zur Ausgestaltung i. S. des § 15 WbzG. für die Ware der Bekl. geworden sei. Es kann sich gegenüber dem durch Anmeldung und darauf erfolgte Eintragung eines Warenzeichens erworbenen Zeichenschutz nicht eine schutzfähige Ausstattung i. S. des § 15 WbzG. herausbilden, ganz unabhängig davon, ob eine Irreführungsabsicht des angeblichen Ausstattungsbesitzers vorgelegen hat oder nicht. Ein solcher Ausstattungsbesitz wäre unter allen Umständen rechtswidrig und müßte daher nach dem für gewerbliche Kennzeichnungsmittel maßgebenden Grundsatz der Priorität vor dem identischen älteren, in die deutsche Zeichenrolle eingetragenen Warenzeichen der Erstkl. weichen.

(U. v. 26. Mai 1933; II 11/33. — Berlin.)

[Ru.]

(= RG. 141, 110.)

II. Verfahren.

****§. § 274 ZPO.** Die Richtigkeit eines Prozeßvergleiches ist nicht im alten, sondern in einem neuen Rechtsstreit zu verfolgen, wenn nicht der Richter aus dem Inhalt des alten Rechtsstreites die Gründe für die Richtigkeit entnehmen kann.†)

Der Kl. hatte sich auf Grund eines Gesellschaftsvertrags v. 15. März 1921 mit dem Kaufmann Julius B. zu einer OHG. vereinigt. Diese betrieb eine Lebensmittelhandlung mit einer Dampfmühle und einer Bäckerei, die sich auf den Grundstücken des Kl. befanden, sowie mit 25 über B. verstreuten Zweigverkaufsstellen. Durch privatschriftlichen Vertrag vom 22. Juni 1921 verkauften die OHG. und der Kl. „als Haus-eigentümer“ persönlich „ihr Geschäft nebst allen Aktiven, wie es geht und steht, unter Ausschluß der Passiven“ an die Bekl. zu 1 und 2; zugleich wurden ihnen die Grundstücke des Kl. verpachtet; auch sollte die Firma „E. G.“ auf sie übergehen. An demselben Tage erklärte ferner der Kl. zu notariellem Protokoll, daß er den beiden Bekl. seine Grundstücke zum Kauf für 800 000 M bis zum 15. Juli 1926 anstelle. Dieses Angebot nahmen sie am 11. Okt. 1922 an, doch ist es zur Auflassung des Grundbesitzes nicht gekommen.

Zu 8. Das RG. hält an seiner ständigen Mspr. fest, nach der die Richtigkeit eines Prozeßvergleiches nur ganz ausnahmsweise im alten Prozeß geltend gemacht werden kann, ohne daß aber die an sich schon nicht sehr durchsichtige Lösung des Problems durch das BG. in der vorl. Entsch. einer besseren prinzipiellen Klärung zugestimmt würde; es wird lediglich die Kasuistik der Ausnahmefälle erweitert. Für und gegen das BG. ist schon so viel gesagt, daß es mir bei der gewissen Erstarrung, die hier in die gegnerischen Fronten eingetreten ist, müßig erscheint, etwas Neues hinzuzufügen. Man wird für jede der sich befindenden Ansichten mehr oder weniger gewichtige Gründe der Dogmatik oder der Prozeßökonomie anführen können. Von allen „Unzuträglichkeiten“, die aber hier in die Waagschale geworfen zu werden pflegen, wird eine nicht genügend beachtet, nämlich die Unsicherheit der Prozeßbeteiligten darüber, ob der Streit über die Wirksamkeit des Vergleiches „aus dem Rahmen des bisherigen Prozesses“ (RG. 106, 314) fällt oder nicht. Dem abzuhelfen, sollte sich die Mspr. vor allem angelegen sein lassen und die Prozeßreform nicht vergessen. Dann wird man sich aber nur für die Fortsetzung des alten Rechtsstreites oder nur für die Geltendmachung im neuen Prozeß entscheiden müssen und Ausnahmen nicht mehr anerkennen dürfen.

Prof. Dr. Wilhelm Groh, Heidelberg.

¹⁾ JW. 1927, 3045.

²⁾ JW. 1932, 579.

Im Jahre 1922 erhob der Kl. gegen die Bekl. Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit eines mit ihnen geschlossenen Vertrags, sowie auf Herausgabe der damals übertragenen Grundstücke, Zweiggeschäfte und Inventarien. Er stützte diese Ansprüche darauf, daß jene Abmachungen wegen Verstoßes gegen § 313 BGB. nichtig seien. Der Rechtsstreit wurde durch einen Vergleich beendet. Darin wurde u. a. bestimmt, daß die Bekl. die Grundstücke sowie sechs Zweiggeschäfte an den Kl. zurückzugeben hätten; ferner wurde die Firmenführung eingehend geregelt. Zum Abschluß des Vergleiches wurde auch ein Dritter, B., zugezogen, der sonst an dem Rechtsstreit nicht beteiligt war. Er trat dem Vergleich genehmigend bei und übernahm auch gewisse Verpflichtungen. Alle Bestimmungen des Vergleiches sind sodann ausgeführt worden.

Mit der gegenwärtigen Klage macht der Kl. geltend, der Vergleich sei nichtig, weil B. damals geisteskrank gewesen sei. Der Kl. beantragt Feststellung dieser Nichtigkeit.

Die Vorinstanzen haben abgewiesen, RG. hat aufgehoben. Der an die Spitze der Gründe des U. gestellte Entsch. Grund, daß die von den Bekl. hilfsweise erhobene Einrede der Rechtshängigkeit begründet und die vorl. Klage unbedeutend sei, soweit die gegenwärtigen Klageanträge mit den im Vorprozeß vom Kl. gestellten Anträgen übereinstimmen, wird mit Recht von der Rev. bekämpft. Schon in RG. 78, 286¹⁾ ist dargelegt, daß im Regelfalle die Anfechtung eines Prozeßvergleichs in einem besonderen Rechtsstreit zu erfolgen hat. Ausnahmen hat dort der Sen. anerkennen wollen für solche Fälle, wo der Richter des früheren Prozesses ohne weiteres auf Grund des Inhalts seiner Akten erkennen kann, ob der Versuch der Beseitigung des Prozeßvergleiches gerechtfertigt ist, weil es dann keinen Sinn und Zweck hätte, den Anfechtenden auf den Weg eines besonderen Prozesses zu verweisen (289). Auch die dort als weitergehend bezeichneten Entsch. (Gruch. 50, 425 und RG. 65, 420²⁾) hatten mir angenommen, es sei über die Gültigkeit des Vergleiches dann in Fortsetzung des früheren Rechtsstreits von dem früheren ProzeßGer. zu entscheiden, wenn die Behauptung des Anfechtenden zutrefte, daß der Vergleich aus bloßen Rechtsgründen, wegen des darin enthaltenen Verstoßes gegen eine bestimmte Gesetzesvorschr., ungültig sei. In derselben Richtung bewegt sich auch die frühere, in RG. 65, 422 u. 423 mitgeteilte Rspr. des RG. Später ist sie namentlich noch in RG. 106, 312 zum Ausdruck gelangt, dem der erf. Sen. schon im Ur. JW. 1930, 1201³⁾, unter Ziff. 4 S. 1202 zugestimmt hat. In RG. 106, 314 ist ausgeführt, aus dem Rahmen des bisherigen Prozesses falle ein Streit heraus, der entsteht, „wenn ein formgerecht und endgültig abgeschlossener Vergleich durch Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Irrtums vernichtet werden soll oder seine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten geltend gemacht wird“. Weitere Erörterungen darüber, ob der in Gruch. 50, 425 und in RG. 65, 420³⁾ vertretenen Meinung, wonach die Entsch. über die Fortsetzungsmöglichkeit des Verfahrens von der Frage abhängig gemacht sei, ob die Ungültigkeit des Vergleiches auf illiquide Behauptungen gestützt oder nur aus Rechtsgründen hergeleitet werde, zuzustimmen sei, hält RG. 106, 315 für entbehrlich; es spricht dort aus: „Aber es kommt darauf nicht an, weil hier die Entsch. über die Rechtsgültigkeit des Vergleiches jedenfalls noch tatsächlicher Feststellungen und Beweiserhebungen bedurfte und sich darum die Notwendigkeit eines besonderen Prozesses auch von diesem Gesichtspunkte aus ergab.“

Dasselbe ist für den hier vorl. Fall zu sagen. Die vom Kl. i. J. 1932 aufgestellte Behauptung, der Kaufmann B. sei i. J. 1925 nach § 104 Nr. 2 BGB. oder nach § 105 Abs. 2 das. geschäftsunfähig gewesen, war sicherlich in hohem Maße „illiquide“; denn ihre Erörterung erforderte umfangreiche Beweiserhebungen. Der Fall, daß die Wirksamkeit eines Prozeßvergleiches wegen Geisteskrankheit einer an seinem Abschluß beteiligt gewesenen Person nachträglich in Frage gestellt wird, ist aber unbedenklich den Fällen der Anfechtung nach § 119 und § 123 BGB. und der Nichtigkeit nach § 138 BGB. gleichzustellen, die RG. 106, 314 als grundsätzlich aus

dem Rahmen des früheren Rechtsstreits herausfallend kennzeichnet. Die Bedürfnisse der Praxis, auf die bei den einschlagenden Erwägungen in RG. 78, 290⁴⁾ und 106, 314 bis 316 mit Recht Rücksicht genommen wird, können auch im vorl. Falle nur zugunsten der Auffassung ins Gewicht fallen, welche die Rev. vertritt. Denn es wäre zweifellos mit großen Unzutuglichkeiten verbunden gewesen, wenn ein im Sept. 1925 als erledigt behandelter Rechtsstreit nach mehr als sechs Jahren hätte fortgesetzt werden sollen.

(U. v. 19. Mai 1933; VII 22/33. — Berlin.) [Ru.]

(= RG. 141, 104.)

****9.** §§ 707 ff. ZPO. Eine Bürgschaft, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil geleistet wird, haftet für die ganze Urteilssumme — entsprechend ihrem Zwecke.)

In dem Einstellungsbeschlusse, den im Vorprozeß des Kl. zu 4 die dort Bekl. aus §§ 719 Abs. 1, 707 ZPO. erwirkt hat, war dieser eine Sicherheitsleistung in Höhe von 25 000 RM aufgegeben. Sie hat die Sicherheit, wie ihr nachgelassen war, durch selbstschuldnerische Bürgschaft der hier Bekl. geleistet. Die Parteien streiten darüber, in welchem Umfange die Bekl. aus der Bürgschaft haftet. Der Zweck einer solchen Bürgschaft ist der, den Gläubiger, zu dessen Ungunsten die Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Ur. eingestellt wird, ebenso sicherzustellen, wie wenn die Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder geeigneten Wertpapieren geleistet würde. Als die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung ist daher die den Gegenstand des damaligen Rechtsstreits bildende Forderung des Gläubigers, und zwar in dem vom BG. festzustellenden Umfange, anzusehen, sofern eine in Geld- oder Wertpapieren geleistete Sicherheit für diese Forderung haften würde. Ist das letztere nicht der Fall, haftet die Sicherheit vielmehr nur für den Verzögerungsschaden, der dem Gläubiger durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwächst, so ist diese Schadenersatzforderung als die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung anzusehen.

Wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, kann die Frage, wofür eine bestellte Sicherheit haftet, beim Fehlen besonderer gesetzlicher Best. nur nach den jeweils in Betracht kommenden Umständen entschieden werden (JW. 1900, 80²³⁾; Gruch. 50, 1105 [1109]). Es kommt wesentlich auf den Zweck der Sicherheitsleistung an. In dieser Hinsicht begründet es einen Unterschied, ob die Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Ur. überhaupt eingestellt wird oder ob die Einstellung sich nur auf bereits eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen, z. B. auf eine Pfändung, bezieht. In letzterem Falle wird der Gläubiger durch den Einstellungsbeschlusse nicht gehindert, auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Ur. andere gesetzlich zulässige Vollstreckungsmaßnahmen zu ergreifen. Das rechtfertigt die Annahme, daß die im Einstellungsbeschlusse ge-

⁴⁾ JW. 1912, 285.

Zu 9. Die Entsch. ist richtig. Gegen die Art der Begr. lassen sich aber Bedenken vorbringen.

Geklagt war aus einer Bürgschaft, und der Streit der Parteien ging darum, für welche Forderung die Bürgschaft übernommen worden war. Dafür war der Bürgschaftsvertrag maßgebend. Die Bürgschaftserklärung der Bekl. war — wie es oft geschieht — schon vor Erlass des Beschl., durch den das OLG. die Einstellung der Zwangsversteigerung gegen Sicherheitsleistung anordnete, ausgestellt und mit dem Antrag auf diese Anordnung dem OLG. in beglaubigter Abschrift unterbreitet worden. Sie nahm auf die zu erlassende Anordnung des OLG. Bezug: für die Forderung, für die das OLG. Sicherheit zur Abwendung der Zwangsversteigerung verlange, werde die selbstschuldnerische Bürgschaft zum Betrage von 25 000 RM übernommen. Also ist entscheidend, für welche Forderung das OLG. Sicherheit verlangt hat. Es kommt vor, daß Gerichte die Einstellung der Zwangsversteigerung davon abhängig machen, daß Sicherheit geleistet wird „für den Ausfall, den der Kl. durch den Ausschub der Zwangsversteigerung erleidet“. Eine solche Anordnung entspricht nicht dem Gesetz. So war aber auch im vorl. Falle die Anordnung des OLG. nicht auszulegen. Wenn ein BG. anordnet, daß die Zwangsversteigerung aus dem erstinstanzlichen Ur. einzustellen sei, sofern der Bekl. eine Sicherheit von 25 000 RM nachweise, so ist das dahin zu ver-

¹⁾ JW. 1912, 285.

²⁾ JW. 1907, 311.

³⁾ JW. 1907, 311.

forderte Sicherheit dem Gläubiger nur für den Schaden haften soll, der ihm möglicherweise durch die einstweilige Nichtausführung der bereits eingeleiteten Vollstreckungsmaßnahmen entsteht. Werden diese Vollstreckungsmaßnahmen, z. B. Pfändungen, gar nicht aufgehoben, was nach § 719 Abs. 1, 707 ZPO. zulässig erscheint, so beschränkt sich der Schaden, für den der Gläubiger sich an die Sicherheit halten kann, auf die Nachteile, die ihm durch die verzögerte Vollstreckung, insbes. durch eine inzwischen eintretende Verminderung des Wertes der gepfändeten Sachen, entstehen (ZB. 1900, 80²³; auch RG. 37, 430). In diesem Sinne ist der Ansicht von Stein-Jonas in Bem. III und Petersen, 5. Aufl., Anm. 7 zu § 707 ZPO. zuzustimmen, daß die Sicherheit nicht für die Forderung selbst haftet, wenn nicht die erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben werden.

Eine andere Beurteilung muß Platz greifen, wenn dem Gläubiger die Möglichkeit, aus dem vorläufig vollstreckbaren Urte. Vollstreckungshandlungen vorzunehmen, durch die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung völlig genommen wird. In diesem Falle soll die vom Schuldner zu leistende Sicherheit dem Gläubiger einen Ersatz für den Wegfall der ihm zugesprochenen vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urte. überhaupt bieten. Aus diesem prozessualen Grunde der Sicherheitsleistung ergibt sich ohne weiteres, daß sie die spätere Zwangsvollstreckung aus dem Urte. des BG., soweit dieses die Beurteilung des Schuldners bestätigt, sicherstellen soll. Wollte man hier die Haftung der Sicherheit auf denjenigen Schaden beschränken, der dem Gläubiger dadurch erwächst, daß er infolge des Einstellungsbeschlusses das Urte. nicht alsbald vollstrecken konnte, so würde man ihm im einzelnen Fall den Nachweis aufbürden, daß er ohne den Einstellungsbeschuß zur Vollstreckung geschritten wäre, und daß diese Vollstreckung zu seiner Befriedigung geführt haben würde. Damit würde man indessen den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht gerecht werden; denn jener Nachweis wird sich mitunter schwer oder gar nicht führen lassen. Das RG. hat sich denn auch schon in der Entsch. RG. 25, 376 auf den Standpunkt gestellt, daß in diesem Falle die Sicherheit nicht nur für den gedachten Schaden, sondern pfandgleich für dasjenige haftet, wozu der Schuldner in dem vorläufig vollstreckbaren Urte. verurteilt ist, insoweit die Beurteilung vom BG. bestätigt wird. Daß überdies die Sicherheit für die Verzögerung, d. h. dafür haftet, daß die Zwangsvollstreckung nicht schon zur Zeit des Einstellungsbeschlusses erfolgen konnte, versteht sich von selbst. Das ist in dem angegebenen Urte. ebenfalls bereits ausgeführt.

Hiernach ist der angefochtenen Entsch. dahin zuzustimmen, daß die von der Bfkl. übernommene Bürgschaft zur Sicherheit der Kl. für die vom BG. festgestellten Forderungen selbst dienen sollte. Die Rev. stellt sich auf denselben rechtlichen Standpunkt für den Fall, der der Entsch. RG. 25, 376 zugrunde liegt, daß nämlich das Urte. erster Instanz ohne Sicherheitsleistung von seiten des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Sie meint, daß die umfassende Haftung der Sicherheit dann nicht gelten könne, wenn die Vollstreckung des ersten Urte. von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig gemacht war und dieser, wie es die Bfkl. hier geltend gemacht habe, zur Sicherheitsleistung gar nicht in stande gewesen wäre. Auch in diesem Falle den Bürgen für die ganze Forderung haften lassen, heiße den Gläubiger grundlos bereichern. Zwar solle der Gläubiger durch die Sicherheit vor jedem Schaden geschützt sein; er dürfe aber aus ihr keine Vor-

stehen, daß eine Sicherheit für die Forderungen zu bestellen sei, die dem Kl. nach dem ersten Urte. zustehen (Hauptbeträge, Zinsen, Kosten). Denn das sind die Forderungen, wegen deren nach dem Inhalt des ersten Urte. die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. An Stelle der M ö g l i c h k e i t, für diese Forderung Befriedigung durch die Zwangsvollstreckung des ersten Urte. zu erlangen, soll die Möglichkeit für den Kl. treten, sich später wegen dieser Forderungen aus der Sicherheit zu befriedigen.

Die Bfkl. hatte also gebürgt für die Forderungen, die dem Kl. nach dem ersten Urte. zustanden. Die Einwände der Rev. aber wären nur schlüssig, wenn sie sich lediglich verpflichtet hätte zum Ersatz des Schadens, der den Kl. daraus entstehen würde, daß ihnen die Möglichkeit der Vollstreckung genommen wurde.

Das RG. führt hier und in RG. 25, 376 aus, es verstehe sich

teile ziehen, die er sonst nicht gehabt hätte. Für eine derartige Auffassung gewähre die ZPO. keinen Anhalt.

Dieser Angriff geht fehl. Somenig vom Gläubiger der Nachweis verlangt werden kann, daß er, falls die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht erfolgt wäre, alsbald und mit Erfolg vollstreckt haben würde, somenig kann die Haftung der vom Schuldner geleisteten Sicherheit davon abhängen, daß der Gläubiger eine ihm auferlegte Sicherheit aufgebracht haben würde. Es ist Sache des Schuldners, zu prüfen, wie nahe oder fern die Gefahr einer Vollstreckung des ersten Urte. durch den Gläubiger liegt. Ist er der Ansicht, daß der Gläubiger zu der ihm auferlegten Sicherheitsleistung nicht imstande sei, dann mag er von einem Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung Abstand nehmen. Schätzt er dagegen die Gefahr einer Zwangsvollstreckung von seiten des Gläubigers so hoch ein, daß er sich zu dem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung unter dem Anerbieten einer Sicherheit entschließt, so muß er, falls seinem Antrag stattgegeben wird, auch alle rechtlichen Folgen der Sicherheitsleistung auf sich nehmen. Auch in diesem Falle haftet also die Sicherheit in dem oben umschriebenen Umfange, ohne daß es darauf ankäme, ob der Gläubiger seinerseits zur Sicherheitsleistung imstande gewesen wäre und sie auch geleistet hätte. Aus dem von der Rev. angezogenen Urte. RG. 86, 39 ist nichts anderes zu entnehmen. Der dort behandelte Fall der Interventionsklage (§ 771 ZPO.) liegt insoweit anders, als der Dritte, der dem Gläubiger einen Gegenstand der Zwangsvollstreckung streitig macht, nicht als Schuldner der zu vollstreckenden Forderung in Betracht kommt. Die Haftung der Sicherheit kann sich daher dort niemals auf die Forderung als solche beziehen, sondern immer nur insoweit eintreten, als der Gläubiger aus den streitigen Gegenständen Befriedigung erhalten hätte.

(U. v. 19. Juni 1933; IV 116/33. — Hamm.) [Ra.]
 (= RG. 141, 194.)

b) Strafsachen.

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

I. Materielles Recht.

10. Zum rechtlichen Wesen des Fortsetzungszusammenhanges gehört die stückweise Verwirklichung eines einheitlichen Vorsatzes durch mehrere Betätigungen, die sich gegen dasselbe Rechtsgut richten und gegen das gleiche Strafgesetz oder mindestens gegen wesensgleiche gesetzliche Bestimmungen verstoßen (RGSt. 51, 305 [308]; 57, 140; 58, 19 [20]; 59, 258 [262]; 61, 81 [89]; 64, 17 [20]).

Ein gewisser zeitlicher Zusammenhang muß dabei, wie in Bd. 58 a. a. D. dargelegt, bestehen. Das bedeutet jedoch keineswegs, daß Gleichzeitigkeit erfordert werde, die Annahme von Fortsetzungszusammenhang also bei zeitlichem Auseinanderfallen der Einzelbetätigungen zu verneinen sei. Im Gegenteil weist das Wort Fortsetzungszusammenhang schon sprachlich darauf hin, daß die eine die andere fortsetzt, ihr also nachfolgt. Rechtlich ist es sehr wohl denkbar, daß sie durch Zwischenräume von Tagen und Wochen, sogar durch noch längere Zeitspannen, voneinander getrennt sind. Ein

von selbst, daß die Sicherheit auch für die Verzögerung, d. h. dafür hafte, daß die Zwangsversteigerung nicht schon z. B. des Einstellungsbeschl. erfolgen konnte. Dieser Standpunkt läßt sich nicht aufrechterhalten. Indessen war in dem vorl. Falle Ersatz derartigen Schadens nicht verlangt. Veranlassung, auf diese Frage einzugehen, bestand also nicht.

Der von dem RG. entschiedene Fall gibt Veranlassung zu einem Hinweis darauf, daß solche Prozesse leicht vermieden werden können. Wird Einstellung einer Zwangsvollstreckung gegen Sicherheit angeordnet oder ist sonst eine Maßnahme von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen, so sollte das Gericht sich immer klar darüber aussprechen, für welche Forderung die Sicherheit zu leisten ist.

Prof. Dr. Karl Blomeyer, Jena.

rechtliches Hindernis gegen die Annahme von Fortsetzungszusammenhang wurde auch dadurch nicht begründet, daß sich die Diebstahlshandlungen gegen verschiedene Eigentümer richteten. Diesen u. a. in dem Ur.: RSt. 43, 134 (136) eingewonnenen Standpunkt hat die Rspr. des RG. bis zur Gegenwart ständig vertreten.

(3. Sen. v. 10. Juli 1933; 3 D 806/33.)

[Gn.]

11. 1. § 49b StGB. macht bestimmte Vorbereitungshandlungen zum Tatbestand einer selbständigen Straftat. § 49b StGB. findet keine Anwendung, sobald und soweit bei einem Teilnehmer an der Verabredung die Strafbarkeit des Verabredens mit seiner Strafbarkeit als Täter oder Teilnehmer der infolge der Verabredung ausgeführten Tat zusammentrifft.

2. Beihilfe zum Totschlag.†)

1. Das angef. Ur. stellt fest, daß beide Angekl. mit dem Mitangekl. St. in durchaus ernstlicher Weise verabredet haben, St. solle die B., falls sie nicht freiwillig Selbstmord beginge, in den Main werfen, während A. und E. hierbei Wache stehen sollten. Das SchwG. hätte daher prüfen müssen, ob diese Verabredung bei beiden Angekl. nach § 49b i. d. Fass. des § 9 WD. des RPräs. v. 19. Dez. 1932 (RGBl. I, 548) strafbar war. Zwar galt zur Zeit der Begehung der Tat (7. Dez. 1931) der § 1 RepSchG. v. 25. März 1930 (RGBl. I, 91), der denselben Tatbestand unter Strafe stellte. Da aber § 49b StGB., der mit dem Außerkrafttreten des RepSchG. in Kraft getreten ist (vgl. § 12 der gen. WD.), die mildere Strafandrohung enthält, so kommt nach § 2 Abs. 2 StGB., auf den in § 14 der WD. ausdrücklich Bezug genommen wird, der § 49b StGB. zur Anwendung. Diese Vorschr. setzt nicht eine Verabredung von längerer Dauer voraus. Eine solche Einschränkung findet in dem Wortlaut des Gesetzes, der ganz allgemein Verabredungen, die Verbrechen wider das Leben bezwecken, bestrafen will, keine Stütze. Auch ist nicht erforderlich, daß die Verabredung die Begehung mehrerer solcher Verbrechen bezwecken muß; es genügt vielmehr auch die Verabredung zu einer Einzeltat.

Das SchwG. war auch an einer Prüfung der Anwend-

Zu 11. Die Schwierigkeit des Sachverhalts liegt darin, daß, wenn überhaupt Strafbarkeit anzunehmen, ein schwieriger Fall aus dem Grenzgebiet zwischen Beihilfe zum Tötungsverbrechen und Mordverabredung vorliegt.

Das RG. dehnt die Beihilfe durch Rat weit aus: wenn bei der Vorbereitung des Verbrechens wider das Leben, hier also bei der „Verabredung“, „Ratschläge über die Einzelheiten der Ausführung der Tat gegeben“ werden oder der Haupttäter „in seinem Entschluß zur Tat bestärkt“ worden ist und „diese psychische Einwirkung die den Verbrechenstatbestand verwirklichende Handlung des Haupttäters zu irgendeinem Zeitpunkt tatsächlich gefördert hat“, liegt nicht mehr § 49b, sondern § 49i. Verb. m. § 211 oder § 212 vor, d. h. nicht mehr die zur selbständigen Straftat erhobene Vorbereitungshandlung allein, sondern Beihilfe zur Haupttat, neben der — wegen der Subsidiarität des § 49b — die Mordverabredung ihre selbständige Bedeutung verliert (PzRom., 4. Aufl., 1929, Nr. 1 zu § 49b; Frank, Nr. 1 zu § 49b). Ich stimme dieser weiten Auslegung mit der h. M. (v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl., § 49 II 2; Gerland, 2. Aufl., § 56b, c) zu. Ebenso scheint es mir richtig zu sein, daß ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 46 Nr. 1 hier vom RG. nicht angenommen wird. Ist die Tat vom Haupttäter vollendet worden, so sind nur ganz wenige Fälle denkbar, in denen die Strafbefreiung aus § 46 Nr. 1 dem Gehilfen zugute kommen kann. Der erste Verbrechensentschluß, zu dem der Teilnehmer durch Rat geholfen hat, muß wirklich völlig aufgegeben, darf nicht bloß abgeändert worden sein. Der Sinn des § 46 ist ja nicht der, reuevolle Gesinnung und ihre Betätigung zu belohnen, sondern die Rechtsgutverletzung abzuwenden, nur deshalb wird dem Täter und Teilnehmer bis zum letzten Augenblick noch die goldene Brücke zur Erfolgsabwendung gelassen.

Die Rücktrittsfrage spielt im vorl. Falle auch eine Rolle, wenn man Beihilfe verneint und lediglich Strafbarkeit aus § 49b, also Mordverabredung annimmt. Hier stellt sich das RG. auf den in seiner Rspr. stets festgehaltenen Standpunkt: „Da die Tat des § 49b StGB. mit dem Zustandekommen der Verabredung vollendet ist, kann ein Rücktritt nach § 46 StGB. nicht in Frage kommen.“ Dieser Standpunkt bedarf der Durchdenkung nach mehreren Seiten hin. Beim Hochverrat tritt eine verwandte Frage von höchster Wichtigkeit hervor: Gibt es strafbefreienden Rücktritt

barkeit des § 49b StGB. nicht dadurch gehindert, daß sich die Verabredung zu einem Verbrechen wider das Leben als eine andere Tat darstellen würde, die vom Eröffnungsbeschluß nicht umfaßt war! Wie sich vielmehr aus diesem in Verbindung mit der Anklageschrift ergibt, liegt insoweit Identität der Tat vor, da gerade auch die Verabredung der Angekl. zur Tötung der B. zum Gegenstand der Beschuldigung gemacht worden war.

Endlich ist der Gegenerklärung des Angekl. A. zwar zuzugeben, daß sich begrifflich die Verabredung zu einem Verbrechen wider das Leben als eine Vorbereitungshandlung zu dessen endgültiger Ausführung darstellt. Aber Zweck des § 49b StGB. ist es gerade, solche Vorbereitungshandlungen unter Strafe zu stellen, die es deshalb zum Tatbestand einer selbständigen Straftat macht (vgl. RSt. 59, 376 [377] für den früheren § 49b StGB. i. d. Fass. des § 25 des früheren RepSchG. v. 21. Juli 1922 RGBl. I, 585). Lediglich dann kann diese Strafbest. keine Anwendung finden, sobald und soweit bei einem Teilnehmer an der Verabredung die Strafbarkeit des Verabredens mit seiner Strafbarkeit als Täter oder Teilnehmer der infolge der Verabredung ausgeführten Tat zusammentrifft, da auch in diesem Fall wie sonst allgemein die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung in der Strafbarkeit der vollendeten oder wenigstens versuchten Tat aufgeht (RG. a. a. O.). Da die Tat des § 49b StGB. mit dem Zustandekommen der Verabredung vollendet ist, kann ein Rücktritt nach § 46 StGB. nicht in Frage kommen.

2. Aber auch schon die Verneinung des Tatbestands der Beihilfe zum Totschlag bei den Angekl. A. und E. ist nicht bedenkenfrei.

Zwar ist den Urteilsgründen insoweit beizutreten, als sie verneinen, daß die beiden Angekl. dem Mitangekl. St. zur Tötung der B. Beihilfe durch Tat geleistet haben. Dagegen erscheint die Entsch. insoweit nicht frei von Rechtsirrtum, als sie das Vorliegen von Beihilfe durch Rat verneint. Obwohl sich die Tat des Mitangekl. St. zur Zeit der Verabredung mit den beiden Angekl. noch im Stadium der Vorbereitung befand, so bestand doch rechtlich die Möglichkeit, daß die von den beiden Angekl. bei dieser Verabredung entwickelte Tätigkeit

vom Hochverratsversuch? Die h. M. verneint, weil der Hochverrat mit dem Unternehmen (= Versuch) schon vollendet ist. Vereinzelt wurde darauf hingewiesen (besonders von Bisouklides, Hochverrat, 1903, S. 108), daß die Gleichstellung von Versuch und Vollendung nur in bezug auf das Strafmaß erfolgt sei, das Unternehmen dabei aber sein Wesen als Versuch noch nicht eingebüßt habe, so daß also Rücktritt gem. § 46 denkbar bleibe. Der Gedanke, daß die goldene Brücke zur Erfolgsabwendung bis zuletzt erhalten bleiben und zum Rücktritt einladen soll, spricht für diese Auslegung. Mühte man folgerichtig Rücktrittsmöglichkeit für alle Vorbereitungsfälle annehmen, also den für Versuch gegebenen § 46 entsprechend auf die Vorbereitung anwenden? Das wäre ein folgenreicher Satz, den ich im engen Rahmen einer Anmerkung nicht zu behaupten wage.

Nur auf eine Schwierigkeit möchte ich hinweisen, die sich zunächst auch vom Standpunkt des RG. aus ergibt. Wenn man Vorliegen von Beihilfe durch Rat verneint, bleibt Verabredung gem. § 49b übrig, also auf jeden Fall Strafbarkeit, auf keinen Fall die Möglichkeit strafbefreienden Rücktritts. Wenn man dagegen Beihilfe durch Rat bejaht, dann gibt es scheinbar — wenn auch wenige — Fälle völliger Straflosigkeit wegen Rücktritts gem. § 46, da nämlich, wo wirklich anzunehmen ist, daß der Gehilfe alles, was er gedanklich und seelisch dem Haupttäter gegeben hatte, zerstörte, d. h. den Haupttäter zur Aufgabe des Verbrechensentschlusses bewog. Das wäre ein befremdendes Ergebnis: Wo der Angekl. nicht bloß verabredete, sondern mehr tat, nämlich zur Haupttat half, käme er besser weg als da, wo sein Tun sich ganz in der — allerdings verselbständigten — Vorbereitungshandlung der Verabredung erschöpfte. Das kann nicht sein. Wir haben hier den Fall „des qualifizierten Versuchs“, d. h. in unserem Falle: der Versuch, Gehilfe des Haupttäters zu werden, enthält in sich bereits das vollendete Vergehen der Verabredung des § 49b. Zwar ist es richtig, daß „die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung in der Strafbarkeit der versuchten Tat aufgeht“, aber das gilt nur, wenn die Versuchsstraftat auch wirklich anwendbar ist. Muß der Versuch, Beihilfe zur Tötung zu leisten, „als solcher“ straflos bleiben, so wird die in dem Versuch enthaltene vollendete Verabredung des § 49b in ihrer selbständigen Bedeutung wieder frei (s. a. Frank IV zu § 46).

Prof. Dr. Arthur Wegner, Breslau.

den Tatbestand einer solchen Beihilfe erfüllte (vgl. dazu RGSt. 59, 376 [378 ff.]). Insbes. ist denkbar, daß die beiden Angekl. dem Mitangekl. St. Ratschläge über die Einzelheiten der Ausführung der Tat gegeben oder ihn in seinem Entschluß zur Tat bekräftigt haben, und daß diese psychische Einwirkung die den Verbrechenstatbestand verwirklichende Handlung des Mitangekl. St. zu irgendeinem Zeitpunkt tatsächlich gefördert hat (RGSt. 58, 113 [115]). Das SchwG. hat aber irgendwelche Feststellungen in dieser Richtung nicht getroffen, sondern verneint das Vorliegen von Beihilfe durch Rat deshalb, weil beide Angekl. noch vor der Tat den Mitangekl. St. gemeinschaftlich vor deren Ausführung gewarnt und damit soweit möglich den psychischen Erfolg der vorausgegangenen Beratung beseitigt haben. Dies ist rechtsirrtümlich. Nicht darauf kommt es an, ob die beiden Täter das möglichste getan haben, den Erfolg ihrer Beratung abzuwenden, sondern ob tatsächlich eine Förderung der Tat durch sie stattgefunden hat oder nicht. Da die Tat des Angekl. St. ausgeführt und vollendet worden ist, so kann ein strafbefreiender Rücktritt der Gehilfen, der an sich möglich ist, nur nach § 46 Nr. 1 StGB. erfolgen. Dazu wäre aber erforderlich, daß die beiden Angekl. durch ihre Warnung erreicht hätten, daß der Mitangekl. St. den Entschluß zur Tötung der B. ernstlich aufgegeben hätte (RGSt. 47, 361; 54, 177 [179]; 55, 105). Hätte dann der Mitangekl. St. auf Grund eines völlig neuen Vorjages die Tat doch begangen, so würde ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dieser Tat und der früheren beratenden Tätigkeit der Angekl. nicht mehr vorliegen. Ein solcher Sachverhalt ist aber den tatsächlichen Feststellungen des angef. Urts. nicht zu entnehmen. Der von ihm gezogene Schluß, der Kaufaufsammenhang zwischen dem, was St. in jener Nacht mit der B. vorgenommen habe, und der Verabredung am Nachmittag müsse als unterbrochen angesehen werden, weil es nunmehr eines Entschlusses des St. bedurft habe, auch ohne Mitwirkung der beiden anderen die B. zu beseitigen, findet daher in dem festgestellten Sachverhalt keine Stütze. Die Feststellungen des Urts. lassen vielmehr durchaus die Möglichkeit offen, daß der Mitangekl. St. seinen ursprünglichen Entschluß, die B. zu töten, niemals aufgegeben, sondern ihn lediglich dahin abgeändert hat, die Tötung der B. nunmehr allein auszuführen. Dann war es aber durchaus möglich, daß eine von den beiden Angekl. bewirkte psychische Beeinflussung zur Zeit der Ausführung der Tat noch in St. nachwirkte und so seine Tat förderte, wenn dies auch dem nunmehrigen Willen der beiden Angekl. nicht mehr entsprach.

(FerSen. v. 10. Aug. 1933; 1 D 455/33.) [Hn.]

12. § 157 StGB. Die Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift steht erst dann fest, wenn der Tatrichter alle Möglichkeiten durchdacht hat, die zu einer Strafverminderung führen können.

Die Rev. rügt mit Recht, daß das SchwG. die Anwendbarkeit des § 157 StGB. nicht geprüft hat.

Im Urts. ist dargetan, daß der Angekl. die Jagd als Jagdgast des Jagdpächters R. ausgeübt habe und nicht als dessen Jagdaufsicher. Gleichwohl habe der Angekl. sich der zuständigen Behörde gegenüber als Jagdaufsicher — und zwar als solchen eines anderen Jagdpächters — ausgegeben und dadurch bewirkt, daß ihm der Jagdpafß gegen Zahlung einer Gebühr von 20 RM statt einer solchen von 50 RM ausgehändigt wurde. Hierin kann ein Vergehen des Betrugs liegen. Hätte der Angekl. bei seiner Vernehmung wahrheitsgemäß ausgesagt, daß R. die Jagd mit einem Gewehr ausgeübt und auf Wild geschossen habe, so wäre die Möglichkeit nahe gelegen, daß er gefragt worden wäre, welche Rolle denn dann er bei der gemeinsamen Jagdausübung gespielt habe und daß dann seine Eigenschaft als Jagdgast offenbar geworden wäre.

Bei den Ausführungen zu der Anklage gegen R. legt das Urts. dar, daß die Vermutung bestehe, dieser habe den Angekl. zu der unwahren Aussage angestiftet. Außerdem ist in diesem Zusammenhange festgestellt, daß der Angekl. und R. über die Aussage, die der Angekl. zu machen haben würde, mehrfach gesprochen haben und daß der Angekl. dem R. willfährig sein mußte, um in dessen Jagdbrevier die Jagd ausüben zu dürfen. Diese Tatsachen haben in der Richtung gegen R. zur

Erhebung der Anklage wegen Anstiftung zum Meineid geführt. Wenn es nicht zu dem Meineid gekommen wäre, hätten dieselben Tatsachen eine genügende Unterlage für eine Anklage gegen R. und den Angekl. wegen eines Vergehens nach § 49a StGB. geben können. Denn wenn der Angekl., bei seiner Vernehmung als Entlastungszeuge benannt, den R. durch eine wahrheitsgemäße Aussage belastet hätte, so hätte doch die Frage nahe gelegen, wie es zu seiner Benennung als Entlastungszeugen komme. Die Hauptverhandlung hat aber zu der Anklage gegen R. wegen Anstiftung zum Meineid keineswegs ergeben, daß eine Einwirkung R.s auf den Angekl. nicht vorgekommen wäre.

Das SchwG. wird auf Grund der neuen Hauptverhandlung unter Berücksichtigung der dargelegten und vielleicht noch anderer hervortretenden Gesichtspunkte (Beihilfe zu einem Vergehen des R. oder Begünstigung eines solchen?) zu prüfen haben, ob nicht die Angabe der Wahrheit gegen den Angekl. eine Verfolgung wegen eines Vergehens des Betrugs oder wegen eines Vergehens nach § 49a StGB. nach sich ziehen konnte. Auf die Entsch. RGSt. 64, 215, 219 (Fall des Zusammenstehens mehrerer Milderungsgründe) und 61, 383 (Bedeutung des Verbotes der ref. in peius) wird hingewiesen. (1. Sen. v. 26. Mai 1933; 1 D 419/33.) [W.]

13. § 223 StGB. Züchtigungen von Fürsorgezöglingen, die über das in einem Erlaß des Preussischen Ministers für Volkswohlfahrt v. 12. Juli 1929 gestattete Maß hinausgehen, sind rechtswidrige Körperverletzungen.

Gesetzliche Bestimmungen über das Züchtigungsrecht in öffentlichen Schulen oder sonstigen öffentlichen Anstalten kommen für das Erziehungsheim W. nicht in Frage, weil dieses eine Privatanstalt ist. Über das Recht der Züchtigung von Fürsorgezöglingen als solchen hat weder das die Fürsorgeerziehung regelnde JWohlfG. v. 9. Juli 1922 i. d. Fass. v. 14. Febr. 1924 noch das PrAusfGef. v. 9. Juli 1922 i. d. Fass. v. 5. Juli 1929 besondere Bestimmungen erlassen. Nach § 26 AusfGef. haben die Oberpräsidenten und in höherer Instanz der Minister für Volkswohlfahrt die Aufsicht über die Ausführung der Fürsorgeerziehung durch die Kommunalverbände und die von ihnen zur Unterbringung von Minderjährigen benutzten Anstalten zu führen. Dem Ministerium für Volkswohlfahrt als der obersten Aufsichtsbehörde stand es daher zu, das Recht der Züchtigung von Fürsorgezöglingen für seinen Amtsbereich zu regeln, und zu den Anstalten, die so seiner Aufsicht unterstanden, gehört das Erziehungsheim W., das in der Hauptsache Fürsorgezöglinge, schulpflichtige wie schulentlassene, aufnimmt. Kraft dieses Aufsichtsrechts hat der Minister unterm 12. Juli 1929 in einem Erlaß „mit sofortiger Wirkung für alle Fürsorgeerziehungsheime“ unter anderem angeordnet: „Mädchen, gleichviel welchen Alters, Knaben im vorerschulpflichtigen Alter sowie im ersten und zweiten Schuljahr und schulentlassene männliche Zöglinge dürfen nicht körperlich geächtigt werden.“

Nach dieser dem Ermessen der Anstaltsleitung und der Lehrer und Erzieher keinen Spielraum lassenden unzweideutigen Bestimmung und der in der Einleitung des Erlasses gegebenen Begründung kann kein Zweifel bestehen, daß der Minister nicht allgemeine Leitsätze geben oder nur Ratschläge erteilen wollte, sondern daß es seine Absicht war, eine bindende Norm aufzustellen. Der Erlaß wurde allen Oberpräsidenten, denen in erster Linie die Aufsicht über die Ausführung der Fürsorgeerziehung zusteht und den RegPräs. mitgeteilt, denen die Durchführung oblag. Hiernach kennzeichnet sich der Erlaß als eine rechtsverbindliche VO. Dem steht nicht entgegen, daß er nur im Amtsblatt des Preuß. Ministers für Volkswohlfahrt (Nr. 15 v. 1. Aug. 1929, Sp. 684) und nicht in der Gesetzesammlung veröffentlicht wurde. Denn er ist nicht allgemein für die Staatsbürger bestimmt, sondern für die Leiter der Fürsorgeerziehungsheime und die in ihnen wirkenden Erzieher. Mit der Eröffnung an diese war der Erlaß für sie verbindlich geworden. Zuwiderhandlungen stellen sich daher als objektiv rechtswidrige Handlungen dar. Die Fürsorgezöglinge, deren Züchtigung durch die Angekl. als Körperverletzungen beurteilt wurden, waren sämtlich schulent-

lassene Zöglinge männlichen Geschlechts. Die körperlichen Züchtigungen fallen alle in die Jahre 1930 und 1931. Die genannten Angekl., denen das Verbot bekannt war, sind daher, und da auch sonst kein Rechtsirrtum obwaltet, insoweit mit Recht wegen Körperverletzung verurteilt worden. Es kann ihnen auch nicht zur Entschuldigung dienen, daß sie im Einzelfall die körperliche Züchtigung zur Erreichung des Erziehungszwecks für zweckmäßig oder geboten gehalten haben. Denn für ein solches Ermessen blieb kein Raum. Es stand ihnen insbes. nicht zu, die ihnen auferlegte Pflicht hinter das vermeintliche überwiegende Interesse der menschlichen Gesellschaft an körperlicher Züchtigung zurückzustellen. Die Verantwortung hierfür hatte der Minister übernommen und zu tragen. Der Erzieher hat nur das Recht, erlaubte Strafen zu verhängen (vgl. RGSt. 15, 376; 16, 34; 19, 265; 40, 432; 42, 347; 43, 281).

(2. Sen. v. 8. Mai 1933; 2 D 1161/32.) [Mt.]

****14.** § 266 StGB. Untreue bei einem durch eine Sicherungsabtretung begründeten Treueverhältnis.†)

Der Angekl. hatte den R. durch einen Betrug veranlaßt, in einen von ihm mit Sch. abgeschlossenen Pachtvertrag, in einen Filmmietvertrag einzutreten, ihm ein Abstandsgebid zu zahlen und ihm vier Hypotheken (A, B, C, D) sicherungshalber abzutreten. Die durch die Abtretung der Hypotheken besonders gesicherte Gläubigerstellung hatte sich der Angekl. durch Betrug verschafft. Nach Annahme der StrR. soll sich der Angekl. unabhängig von dieser durch den Betrug erlangten gesicherten Gläubigerstellung, welche auch eine etwaige vertragmäßige Verwertung der Sicherheiten mitumfaßte, durch eine aus anderen Gründen unzulässige Verwertung von zweien der vier ihm zur Sicherung abgetretenen Hypotheken der erschwerten Untreue schuldig gemacht haben. Wäre dies einwandfrei dargetan, so wäre die Annahme von Tatmehrheit zwischen Betrug und Untreue rechtlich nicht zu beanstanden, da dann eine sog. straflose Nachtat nicht vorliegen würde (vgl. RGSt. 15, 426; 35, 64; 48, 290; 62, 61). Die in der genannten

Zu 14. Die Entsch. ist sehr zu begrüßen. — Sie enthält eine erschöpfende, klare Darstellung der Grundsätze, die sich über die Sicherungsabtretung, insbes. die Rechte und Pflichten des Zedenten und des Zessionars (Fiduziars) in Wissenschaft und Rspr. herausgebildet haben, sowohl nach der bürgerlich- wie strafrechtlichen Seite hin. Sie bringt weiterhin eine Klärung einer dieses Rechtsgebiet sehr wesentlich berührenden, bisher ungeklärten Frage sachlich strafrechtlicher Art. Auf sie allein müssen sich die nachfolgenden Erörterungen beschränken.

1. Die Entsch. ist, ebenso wie die kürzlich von mir in JW. 1933, 2007 besprochene, noch auf Grund des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. a. F. ergangen, da die Tat sowohl, wie das Ur. des Tatrichters vor Inkrafttreten des Gef. v. 26. Mai 1933 liegen. Daher kann schon aus diesem Grunde § 2 Abs. 2 StGB. keine Anwendung finden, wenn auch das Ur. des RevG. zu einer späteren Zeit ergangen ist (RG. 67, 35 = JW. 1908, 3). Abgesehen davon ist aber auch das neue Gesetz härter.

2. Die Entsch. ist von großer Bedeutung. Sie berührt das sehr wichtige, aber auch sehr unstrittene Gebiet der Fiduzia — einer Treuhandschaft nur mit einer Innenseite (Prof. W. Bartsch) — und befaßt sich insbes. mit dem zwischen dem Sicherungsübernehmer einer Hypothek und dem Fiduziar bestehenden Innenverhältnissen, in dem sie die Frage erörtert, ob bei einer Abtretung von Hypotheken zur Sicherung von Forderungen dem Fiduziar eine Bevollmächtigteneigenschaft i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. a. F. zukommt. Diese Frage ist bis jetzt vom RG. noch nicht entschieden worden; über sie herrscht in der Rspr. wie im Schrifttum Meinungsverschiedenheit (vgl. hierzu Dr. Vore Ehrlich, „Die neue Rspr. zur Untreue des Bevollmächtigten“; ZStW. 1932, 179, 181 und die dort angegebene Judikatur und Literatur). Bei den Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages 1931 über das Thema „Empfehlte eine gesetzliche Regelung des Treuhänder-Verhältnisses“ und den hierzu erstatteten Gutachten und Referaten (vgl. hierzu Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1931, Bd. 1 S. 632—715, insbes. S. 650 zu d; 750 zu XIV S. 805—1140; Bd. 2 S. 9—79; 806—808), in denen auch die rechtliche Natur der Fiduzia mit in den Kreis der Erörterungen gezogen worden ist, ist auch die Möglichkeit der Bestrafung des Fiduziars angeschnitten (so u. a. Bd. 2 S. 66, 67), aber nicht näher behandelt worden. Eingehend hat sich mit ihr nur das von R. Friedmann erstattete Gutachten befaßt (Bd. 1 S. 805 ff., 872 ff., 1116—1124). Auf Einzelheiten kann im Rahmen dieser

Richtung sich bewegenden Ausführungen sind jedoch durch Rechtsirrtum beeinflusst.

Der Gesetzgeber hat die Sicherungsabtretung nur in § 223 Abs. 2 BGB. in einem einzelnen Punkte behandelt, im übrigen aber deren weitere Ausgestaltung der Wissenschaft und Rspr. überlassen. Es haben sich folgende Grundsätze herausgebildet: Die Zession zur Sicherheit enthält begrifflich einen Auftrag und begründet ein Treueverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben i. Verb. m. den §§ 662 ff. BGB. ist ein solcher Zessionar einer Forderung verpflichtet, neben seinen eigenen Interessen auch diejenigen des Zedenten wahrzunehmen, also z. B. die Forderung, zu deren Geltendmachung er allein befugt ist, ordnungsmäßig einzuziehen und den Erlös (falls er nicht vertragsgemäß nur als Sicherheit in Händen behalten werden darf) an den Zedenten herauszugeben, soweit er die gesicherte Forderung überschreitet (§ 667 BGB. [RG. 59, 190; 76, 345¹⁾; 116, 330²⁾). Auf die Herausgabe dieses Übererlöses hat der Zedent einen Individualanspruch. Dieser Anspruch ist ein der Untreue durch den Zessionar zugängliches Vermögensstück des Auftraggebers (RGSt. 62, 58 und 3 D 356/32). Der Zessionar ist, falls die Sicherungsabtretung ohne Befügung einer auflösenden Bedingung geschehen ist, zur weiteren Sicherungsabtretung der Forderung befugt (RG. 95, 244; RGNKomm., 6. Aufl., zu § 398 BGB. Anm. 1 S. 599 und zu § 930 BGB. Anm. 6 Abs. 3; JW. 1928, 2782). Der Gläubiger (Fiduziar) ist sonach, falls Gegenteiliges nicht verabredet ist, insbes. berechtigt, wenn der Schuldner nach Eintritt der Fälligkeit nicht leistet, ohne weiteres seine Befriedigung aus der abgetretenen Forderung zu suchen (JW. 1914, 76³⁾). Er bedarf hierzu weder einer (gerichtlichen) Feststellung des Bestehens seiner gesicherten Forderung oder deren Fälligkeit oder gar des Schuldnerverzuges, noch der Zustimmung des Schuldners. Unstreitigkeit, insbes. Feststehen des Betrages, ist nicht erforderlich (vgl. RGNKomm., 6. Aufl., zu § 1228 BGB. Anm. 2). Rechtsirrig ist daher die Auffassung der StrR., der Angekl.

Besprechung nicht eingegangen werden. Friedmann kommt, nachdem er sich insbes. mit den Ausführungen von Mahyer, der eine Bestrafung des Fiduziars ablehnt (Die Untreue, 1926), auseinandergesetzt, zu dem Schlusse, daß „bei einer Sicherungsübertragung die Bevollmächtigteneigenschaft des Fiduziars zu bejahen ist, weil der Sicherungsnehmer nicht unbedingt machtlos ist, sondern in Wahrheit im Falle der Nichterfüllung seiner Hauptforderung verfügen darf. Die Verwertung der Sicherheit geschieht allerdings in seinem eigenen Interesse, aber zugleich doch auch für Rechnung des Sicherungsgebers (bestimmt z. B. hinsichtlich des Überschusses [Bd. 1 S. 1128]). Das Gutachten stellt sich somit auf den wohl durchweg anerkannten Standpunkt, daß der Bevollmächtigte i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. a. F. nicht bloß ausschließlich fremde Interessen wahrzunehmen braucht (vgl. übrigens zu der Frage der Uneigennützigkeit eines Treuhänders (u. a. Haemle a. a. O. Bd. 1 S. 640, „Gemischte Treuhandschaft“). Das RG., das in seiner bekannten, auf dem Gebiete der Fiduzia bahnbrechenden Entsch. RG. 62, 58 den Schutz dieses, wie es selbst sagt, „wichtigen und dem Umfange nach wesentlichen Gebietes“ ganz besonders in den Vordergrund gerückt hat, hat nunmehr auch diesen, von ihm bisher noch nicht behandelten Fall der Fiduzia einer näheren Prüfung und Erörterung unterzogen und gelangt hierbei zu dem Schlusse, daß dem Fiduziar die Bevollmächtigteneigenschaft des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. zukommt. Soweit erkenntlich folgt es hierbei im wesentlichen den Gedankenängen des Friedmannschen Gutachtens. In der Zession zur Sicherung sieht es begrifflich einen Auftrag enthalten (vgl. hierzu die Forderung von Mahyer, W. D. A.: Der Fiduziar sei kein Bevollmächtigter; es müsse immer ein besonderer Auftrag festgestellt werden) der ein Treueverhältnis zwischen Zedenten und Zessionar begründet und, falls nicht andere Vereinbarungen entgegenstehen, den Fiduziar bei Fälligkeit seiner Forderung ohne weiteres zur Befriedigung aus der ihm sicherungshalber abgetretenen Hypothek berechtigt. Damit befaßt dieser auch, da die Art der Verwertung dieser Hypothek seiner selbständigen Entscheidung unterliegt, die rechtsgeschäftliche Selbstständigkeit (vgl. hierzu meine Ausführungen S. 2007 u. auch Olschhausen, 10. Aufl., R. 6 a). Somit sind die Voraussetzungen des Vollmachtverhältnisses i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. a. F. gegeben. Diese Entsch. hat auch für die unter das RGef. v. 26. Mai 1933 fallenden Fälle

1) JW. 1911, 712. 2) JW. 1927, 2295.

habe „von den Hypotheken durch Verfügung nur dann Gebrauch machen dürfen, wenn eine schuldhaftige Verletzung der Vertragspflichten des R. festgestellt gewesen wäre und zwischen den Beteiligten hierüber auch kein Streit bestanden hätte“. Wie dem Ur. zu entnehmen ist, war R. (einmal abgesehen davon, daß der Angekl. seine ganze Gläubigerstellung durch Betrug erlichlich hatte) spätestens seit Ende 1930 sowohl mit der Restzahlung des Abstandsgebüdes wie mit seinen bis 31. Dez. 1931 laufenden weiteren Verpflichtungen, nämlich der Zahlung der Pacht an Sch. und der Entrichtung der Mietmieten, im Verzuge, während der Angekl. die Hypothekenforderung A erst am 13. Mai 1931 weiter zur Sicherung abgetreten, die Hypothekenforderung B erst im Sept. 1931 eingezogen und den Hypothekenbrief der Hypothek C erst im Nov. 1931 zum Zwecke der Verpfändung dem Magistrat als Sicherheit übergeben hat, worin das LG. die Einräumung eines Zurückbehaltungsrechtes erblickt. Hiernach kann die Feststellung, daß der Angekl. absichtlich zum Nachteil des R. über die Hypotheken A und C verfügt habe (bei der Hypothek B hat das LG. eine solche Absicht nicht für erwiesen erachtet), und die Verurteilung wegen Untreue in den beiden erstgenannten Fällen durch Rechtsirrtum beeinflusst sein.

(3. Sen. v. 6. Juli 1933; 3 D 598/33.) [W.]

****15.** §§ 267 ff. StGB. Urkundenfälschung durch Änderung der in dem Ausgangsjournal eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes enthaltenen Eintragungen über die ausgehenden Briefe. Fortsetzungszusammenhang.

Der Angekl. hat in seinem kaufmännischen Geschäftsbetrieb in einem „Ausgangsjournal“ in zeitlicher Reihenfolge unter fortlaufenden Nummern und Beschreibung der Porti alle aus dem Geschäft hinausgehenden Briefe nach Namen der Empfänger und Abgangstagen aufgeführt und die Briefe selbst mit den gleichen Nummern versehen. Das Ausgangsjournal sollte so über den gesamten Briefausgang lückenlose und erschöpfende Auskunft geben. Der Angekl. wollte sich damit in den Stand setzen, den Empfängern und anderen gegenüber u. U. die Abfertigung von Briefen urkundlich nachzuweisen oder doch glaubhaft zu machen. Ein derartiges, in geregelter Geschäftsbetrieb eingeführtes und in ordentlicher kaufmännischer Buchführung gehaltenes Ausgangsjournal kann Gewähr für die Geschlossenheit und Vollständigkeit der

einer Untreue Bedeutung, in dem bei der 2. Alternative des § 266 StGB. n. F., die den Begriff des Bevollmächtigten i. S. des ehemaligen § 266 Abs. 1 Ziff. 2 nicht kennt, die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, auch auf einem Treuerverhältnis beruhen kann. Unter sie fällt zweifellos auch der Fiduziar. — Soweit das RG. in seiner Entsch. das Vorliegen des Begriffes des Bevollmächtigten i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 a. a. D. annimmt, obwohl die Abtretung der Hypotheken zur Sicherung auf einem Betrage beruhte und weiterhin eine Übertragung dieses hierdurch begründeten Vollmachtverhältnisses im Wege einer weiteren Sicherungsabtretung der Hypotheken für zulässig erklärt, folgt es seiner bisherigen Rpr. auch auf strafrechtlichem Gebiete (so RG. 61, 174 und 42, 265). Dasselbe ist auch der Fall, wenn es den Anspruch auf den Überschuß des Erlöses aus der Verwertung der Hypotheken über die Höhe der Schuld als einen Individualanspruch und damit auch als ein der Untreue zugängliches Vermögensstück des Sicherungsübereigners bezeichnet (RG. u. a. 62, 58). Auch die Ausführungen der Entsch. in ihrem ersten Abschnitt über ein sachliches Zusammenreffen der Untreue mit einem Betrage entsprechen, wie dies auch die in ihr bezogenen Entsch. ergeben, der bisherigen Rpr. des RG. Hiernach würde eine Mehrheit von strafbaren Handlungen dann vorliegen, wenn einem durch einen Angekl. bereits Geschädigten durch das spätere Verhalten desselben Angekl. ein weiterer Nachteil zugefügt wird, der durch eine neue, selbständige Handlung verursacht ist. So nimmt im vorl. Falle das Ur. neben einem Betrage als weitere selbständige Straftat noch eine Untreue an. Handelt es sich aber bei dem späteren Verhalten des Angekl. nur um eine Erweiterung und Vertiefung des bereits entstandenen Schadens, so würde nur eine sog. straflose Nachtat oder, wie das RG. sich ausdrückt, „eine Weiterführung des bereits vollendeten, aber noch nicht beendeten Betrugs“ vorliegen.

GenStA. i. R. Dr. Schneider-Neuenburg, Düsseldorf.

Aufzeichnungen bieten und ist dann auch geeignet, urkundlich zum Nachweise dafür beizutragen, daß unter einem bestimmten Tage ein Brief an eine bestimmte Person abgefertigt oder nicht abgefertigt worden ist, womit Rechtsfolgen aller Art verknüpft sein können. Das LG. durfte deshalb das Abgangsjournal des Angekl., bei dem es jene Voraussetzungen für vorliegend erachtete, als eine in sich geschlossene, zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erhebliche Privaturschrift ansehen. Dem stand nicht entgegen, daß aus der Urkunde — wie auch sonst bei Handelsbüchern — die Person eines bestimmten Ausstellers nicht hervorging.

Der Angekl. hat diese Urkunde in den beiden Anklagefällen nachträglich in ihrem Inhalt dadurch verändert, daß er bei mehreren Nummern an Stelle der dort nur durch Wiederholungsstriche gekennzeichneten richtigen Briefempfänger andere Personen als Empfänger eintrug, so daß die ursprünglichen Einträge nicht ohne weiteres mehr, sondern nur bei eingehender Prüfung erkennbar waren. Er wollte durch Vorlegung des so veränderten Buchs zu eigenem Vorteil dem Gericht gegenüber die Abfertigung gewisser Briefe an die Prozeßgegner glaubhaft machen, deren Empfang diese im Rechtsstreite bestritten hatten und die tatsächlich nicht abgefertigt worden waren. In beiden Fällen hat er sich im Rechtsstreite auf das Abgangsjournal als Beweismittel bezogen, zur Vorlegung ist es aber nur im ersten gekommen.

1. Das LG. nimmt an, in beiden Fällen sei das Abgangsjournal vom Angekl. unbefugt inhaltlich verändert, verfälscht worden. Es geht dabei zwar richtig davon aus, daß der Aussteller nur so lange zur Abänderung der in seinem Besitz verbliebenen Urkunde befugt sei, als nicht ein Dritter ein Recht auf ihre Unversehrtheit erlangt hat, hält aber dann unzutreffend dem Angekl. schon von dem Zeitpunkt ab nicht mehr für abänderungsberechtigt, von dem ab er entschlossen gewesen sei, das Abgangsjournal als Beweismittel gegenüber den Streitgegnern zu benutzen, weil diesen schon von da ab das Recht auf Unversehrtheit der Urkunde erwachsen sei. Die bloße Absicht des Angekl., die — wie die Urkunde selbst — den Gegnern noch unbekannt war, konnte jedoch diesen keine Rechte an der Urkunde verleihen. Ein Recht auf Unversehrtheit der Urkunde erlangten sie vielmehr erst, sobald sie erfuhr, daß der Angekl. im Rechtsstreite gegen sie durch mündliche oder schriftliche Erklärungen auf das Abgangsjournal als Beweismittel Bezug genommen habe. Das wird für einen ähnlichen Fall (RGSt. 52, 88 [90, 91]) näher dargelegt. Auf die dortige Begr. wird verwiesen. Die Strf. hat nicht festgestellt, wann der Angekl. — ob insbes. erst nach solcher Bezugnahme — das Abgangsjournal abgeändert hat. Es bleibt darum die Möglichkeit offen, daß er es getan hat, als er noch dazu befugt war.

2. Im Falle Sch., St. kommt noch ein weiterer Mangel des Ur. hinzu: Zur Vorlegung des Buchs, auf das sich der Angekl. als Beweismittel im Rechtsstreite bezogen hatte, ist es hier nicht gekommen, weil der Angekl. „vorgezogen hat, einen Vergleich zu schließen.“ Das LG. hat hier den Tatbestand der versuchten schweren Urkundenfälschung für erfüllt erachtet, hat aber nicht geprüft, ob etwa der Angekl. das beabsichtigte Gebrauchmachen von dem abgeänderten Buch unterlassen hat, ohne daß er an der Vollendung der Urkundenfälschung durch Umstände gehindert worden wäre, die von seinem Willen unabhängig waren, ob also der Versuch nach § 46 Nr. 1 StGB. straflos zu bleiben hatte.

3. Die Begr. des Fortsetzungszusammenhangs ist zu beanstanden, wenn auch dessen Annahme den Angekl. nicht beschweren würde. Nach der Rpr. des RG. (vgl. z. B. RGSt. 51, 305 [308]) ist die Einheitlichkeit des Vorsatzes für den Fortsetzungszusammenhang unerlässlich. Sie hat nach Ansicht des LG. hier nicht bestanden. Es meint aber, es genüge, wenn der Täter durch Ausnützung derselben Gelegenheit gegen das gleiche Rechtsgut durch gleichartige Tätigkeit verstoße. Das ist rechtlich unzutreffend, es ist aber auch nicht ersichtlich, inwiefern hier der Angekl. in den beiden Fällen dieselbe Gelegenheit ausgenutzt habe.

(2. Sen. v. 29. Mai 1933; 2 D 295/33.) [H.]

II. Verfahren.

16. § 69 StPD. Ist durch die Verletzung des § 69 StPD. eine falsche Zeugenaussage gefördert worden, so ist eine besonders genaue Prüfung geboten, ob eine strafbare Eidesverletzung vorliegt.

Dem SchwG. ist schon durch die Verlesung des Protokolls über die eidliche Vernehmung der U. zur Kenntnis gebracht worden, daß der den Gegenstand der Anklage bildende Teil der Aussage auf den Vorhalt des Nebenkl. D. gemacht worden war. Es ist nicht ersichtlich, daß dies von irgend jemand bestritten worden wäre. Der Beweis Antrag kann also nicht bezweckt haben, diese offenbar von niemandem bezweifelte Tatsache durch die benannten Zeugen erhärten zu lassen. Es liegt die Annahme nahe, daß der Beweis Antrag in der Sitzungsniederschrift nicht richtig wiedergegeben ist; doch kann im Hinblick auf § 274 StPD. diese Annahme nicht zur Grundlage der Entsch. gemacht werden. Ist aber der Beweis Antrag so gestellt worden, wie er niedergeschrieben ist, dann wäre das Gericht gem. § 155 Abs. 2 StPD. verpflichtet gewesen, durch Befragung des Antragstellers zu ermitteln, was mit dem — nach der Sachlage sinnlosen — Beweis Antrag bezweckt werde. Es würde sich dann ergeben haben, daß die Angekl. und ihr Verteidiger nicht beweisen wollten, wer der Angekl. bei ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung den letzten Vorhalt gemacht, sondern wie dieser Vorhalt gelaute hat. Die Angekl. hatte ja dem Sinn nach geltend gemacht, daß sie durch den nicht zum Beweisthema gehörigen Vorhalt überrascht worden sei und deshalb sowie infolge der durch ihre Erregung und durch den suggestiven Einfluß des R. bedingten Beeinträchtigung ihrer Denkfähigkeit den Vorhalt zunächst nur auf etwaige weitere Zusammenkünfte der D. mit R. in der D.'schen Wohnung bezogen habe, daß ihr erst bei nachträglicher ruhiger Überlegung Bedenken gekommen seien, ob sie nicht auch die von ihr miterlebten sonstigen Zusammenkünfte hätte erwähnen sollen, und daß sie deshalb zu Gericht gegangen sei, um ihre Aussage zu ergänzen. Für die Entsch. der Frage, ob dieses Verteidigungsvorbringen glaubwürdig sei, konnte es sehr wohl von Bedeutung sein, wie der Vorhalt D.s gelaute und ob etwa R. auch hierbei durch die in der RevBegr. behauptete Zwischenbemerkung einen suggestiven Einfluß auszuüben versucht hatte.

In den Gründen des schwurgerichtlichen Urts. wird freilich das Verteidigungsvorbringen der Angekl. schon durch die Darlegung zu entkräften gesucht, daß die Angekl. als Zeugin dafür benannt gewesen sei, welche Beziehungen zwischen R. und der Frau D. überhaupt bestanden und ob sie schon vor dem 7. Juli 1931 bestanden hätten, daß also die Angekl. auf eine Frage über ihre Kenntnis von diesen gesamten Beziehungen habe gejaht sein müssen. Allein gerade dieser Ausgangspunkt der UrtsBegr. beruht auf einem offensichtlichen Irrtum. Nicht über ihr Wissen von den Beziehungen zwischen R. und Frau D. war die Angekl. von R. als Zeugin benannt worden, sondern über ihr Wissen davon, daß D. sich der ihm von R. vorgeworfenen strafbaren Handlungen, der Abtreibung und der Blutschande, schuldig gemacht habe. Wenn ihr überhaupt bei ihrer Ladung ein Beweisthema mitgeteilt worden ist, kann es nur dies letztere gewesen sein. Es ist nicht einmal ersichtlich, ob die Angekl. vor ihrer Vernehmung — etwa von R. oder von den Eheleuten D. — oder bei ihrer Vernehmung — insbes. von dem vernehmenden Richter — den äußeren Anlaß ihrer Benennung als Zeugin erfahren hat. Der vernehmende Richter hätte ja gemäß den §§ 69, 241 StPD. in der Weise verfahren müssen, daß er die damalige Zeugin U. mit dem aus den Akten ersichtlichen Gegenstand der Vernehmung, nämlich mit der gegen R. erhobenen Beschuldigung und mit dem der Führung des Wahrheitsbeweises dienenden Antrag des R., bekannt machte, daß er sie dann veranlasste, das, was ihr von dem Gegenstand der Vernehmung bekannt war, im Zusammenhang anzugeben, und daß er schließlich zur Aufklärung und Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf dem ihre Wissenschaft beruhte, nötigenfalls weitere Fragen stellte oder die Stellung solcher Fragen dem damaligen Angekl.

seinem Verteidiger oder dem Nebenkl. gestattete, dabei aber ungeeignete und nicht zur Sache gehörige Fragen zurückwies. Er ist aber nach seiner oben wiedergegebenen Erklärung offenbar nicht in dieser Weise vorgegangen, hat vielmehr von vornherein dem Angekl. R. überlassen, Fragen an die U. zu stellen. Als sicher darf nach dem, was bisher feststeht, angenommen werden, daß nicht etwa der vernehmende Richter der U. ihr Wissen über die Beziehungen zwischen R. und Frau D. als Beweisthema bezeichnet hat; denn er hat ja gerade, wie er erklärt, den jene Beziehungen betreffenden Vorhalt des Nebenkl. D. als nicht zum Beweisthema gehörig erachtet. Ist aber der Richter, wie es nach seinen eigenen Erklärungen bisher der Ansicht hat, in der hier angenommenen Weise vorgegangen, dann hat er für die U. eine gewisse Gefahrenlage geschaffen, insbes. auch dadurch, daß er einerseits eine Frage und ihre Beantwortung, die nach seiner eigenen Auffassung nicht zur Sache gehörte, zuließ, andererseits aber eben wegen ihrer Bedeutungslosigkeit nicht weiter darauf einging, sich mit der kurzen Antwort begnügte und durch sein Verhalten möglicherweise auch bei der U. den Eindruck der Bedeutungslosigkeit hervorrief oder bestärkte. Allerdings muß der Zeuge auch Fragen, die für das Verfahren unerheblich sind, wahrheitsgemäß beantworten, zumal er in der Regel nicht ermessen kann, ob die Antwort nicht doch für die Entsch. in irgendeiner Beziehung von Bedeutung sein kann. Es bedarf aber bei Befundungen über wirklich oder vermeintlich unerhebliche Punkte einer besonders sorgfältigen Prüfung des inneren Tatbestandes; denn es ist hier eher als bei offensichtlich erheblichen Punkten mit der Möglichkeit zu rechnen, daß eine unrichtige Befundung nicht auf Absicht, sondern auf Fahrlässigkeit beruht. Die Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte läßt es aber im gegebenen Falle erst recht als geboten erscheinen, zu erforschen, wie der Vorhalt gelaute hat und ob er bei ungenauer Prüfung in dem von der Angekl. behaupteten Sinne verstanden werden konnte, zumal wenn der Erregungszustand der Angekl. in Betracht gezogen wird.

Die — auch im angefochtenen Urts. angenommene — Erregung der Angekl. ist auch dann erklärlich, wenn sie von vornherein nicht damit rechnete, daß sie über die von ihr miterlebten Zusammenkünfte zwischen R. und Frau D. aussagen müsse. Denn sie sollte in Gegenwart des Mannes ihrer Freundin über schwere Verfehlungen eben dieses Mannes Auskunft geben, von denen sie durch Mitteilungen ihrer Freundin Kenntnis erlangt hatte.

(1. Sen. v. 27. Juni 1933; 1 D 362/33.)

[W.]

*17. §§ 69, 249, 250 StPD. Es ist nicht statthaft, daß die Vernehmung eines Zeugen, bevor er die begonnene Aussage über seine auf ein bestimmtes Ereignis bezüglichen Wahrnehmungen beendet hat, auf Grund eines Verzichts der Prozeßbeteiligten abgebrochen wird. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit gestattet die Verlesung einer schriftlichen Erklärung nicht, wenn die Person, deren Wahrnehmung verwertet werden soll, an sich vernommen werden kann, aber in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht, weil sie abwesend ist.

Die Sitzungsniederschrift beweist, daß der Zeuge C. unter Aussetzung der Beeidigung über seine persönlichen Verhältnisse befragt und daß dann „nach informatorischer Vernehmung im Einverständnis aller Beteiligten auf die weitere Vernehmung des Zeugen verzichtet wurde“. Hat aber ein Zeuge i. S. des § 69 StPD. mit der Angabe dessen begonnen, was er vom Gegenstand seiner Vernehmung weiß, so ist für einen Verzicht auf seine fernere Vernehmung nur Raum gegeben, wenn er über ein bestimmtes Ereignis erschöpfend ausgesagt hat und der Verzicht lediglich bedeutet, daß er über einen anderen, bei der Vernehmung nicht berührten Vorgang nicht gehört werden soll. Die gesetzliche Regelung läßt es nicht zu, daß die Vernehmung eines Zeugen, bevor er die begonnene Aussage über seine auf ein bestimmtes Ereignis bezüglichen Wahrnehmungen beendet hat, vermöge eines Verzichts der Prozeßbeteiligten endgültig abgebrochen werde. Ist der Zeuge vor seiner Ver-

nehmung beidigt worden, so schließt der Umstand, daß er mit dem Eid für die Offenbarung seines ganzen Wissens eingetreten ist, ein solches Verfahren aus. Ist die Beidigung bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt worden, so kann ihm allerdings nicht angeordnet werden, daß er das unvollständige Zeugnis mit dem Eid, nichts verschwiegen zu haben, bekräftige. Hieraus ist jedoch keineswegs zu folgern, daß der in die unabgeschlossene Vernehmung eingelegte Verzicht der Prozeßbeteiligten es erlaube, das unbeeidete Zeugnis unbeeidigt bestehen zu lassen, obwohl das Gesetz die Beidigung, sofern nicht eine der in §§ 57, 58 StPD. bestimmten Ausnahmen vorliegt, zwingend vorschreibt (a. M. 4. StrSen. RGSt. 37, 194). Einer Vernehmung, durch die das Gericht sich erst davon überzeugen will, ob der Zeuge in der Lage sei, etwas Erhebliches auszusagen, sind also enge Grenzen gezogen; sobald überhaupt auf die Sache eingegangen ist, muß die Vernehmung unter Wahrung der gesetzlichen Vorschr. ungeachtet eines Verzichts der Prozeßbeteiligten zum Abschluß gebracht werden. Es geht keinesfalls an, daß eine solche „informativische“ Vernehmung des unbeeidigten Zeugen zur Sache durchgeführt werde, damit das Gericht und die Prozeßbeteiligten einen Eindruck von der Glaubwürdigkeit des Zeugen erlangen, und daß dann der Abschluß der Vernehmung und die Beidigung im allseitigen Einverständnis unterbleiben (RGSt. 66, 114).

In der Sitzungsniederschrift ist ferner beurkundet, daß „die polizeilichen Protokolle v. 20. Jan. und 30. Dez. 1930 über die Vernehmung des verstorbenen K. L. nach entsprechendem Gerichtsbeschl. aus den Akten verlesen wurden“. Auch hierdurch wurde das Verfahrensrecht verletzt. Die StPD. läßt zwar den Beweis durch Urkunden zu; sie bestimmt dessen Form in § 249 gemäß dem Grundsatz der Mündlichkeit. Doch wahren die §§ 250 ff. den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung durch eine Beschränkung der Zulässigkeit des Urkundenbeweises. Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese nach § 250 in der Hauptverhandlung zu vernehmen; die Vernehmung darf nicht durch Verlesung einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit gestattet also die Verlesung einer schriftlichen Erklärung nicht, wenn die Person, deren Wahrnehmung verwertet werden soll, an sich vernommen werden kann, aber in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht, weil sie nicht anwesend ist. Nun enthielten jene polizeilichen Protokolle schriftliche Erklärungen der Polizeibeamten darüber, was sie hinsichtlich der vor ihnen gemachten Angaben des hernach verstorbenen K. L. wahrgenommen hatten. Da es an jedem Anhalt für die Unmöglichkeit der Vernehmung der Polizeibeamten gebrach, mußten sie als Zeugen vorgeladen und in der Hauptverhandlung gehört werden; hierbei konnten ihnen die Protokolle, die sie aufgenommen hatten, zwecks Auffrischung ihres Gedächtnisses überlassen oder vorgehalten werden (RGSt. 36, 54). Eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme von dieser Beschränkung der Zulässigkeit des Urkundenbeweises lag nicht vor. Insbes. war die Voraussetzung des § 251 Abs. 1 Satz 1 StPD. nicht erfüllt. Denn die durch den Tod des K. L. bewirkte Unmöglichkeit seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung hätte nur die Verlesung eines Protokolls über seine frühere richterliche Vernehmung — unter Einfluß eines darin etwa in Bezug genommenen polizeilichen Protokolls (RG. Rfpr. 9, 176; RGSt. 14, 1; RG.: JurRdsch. HöchstRfpr. Bd. 3 Nr. 1365, I 326/18 vom 14. Okt. 1918) — in Rücksicht darauf erlaubt, daß beim richterlichen Protokoll auf die zutreffende Wiedergabe einer erschöpfenden Vernehmung vertraut werden kann. Dagegen war die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Prozeßbeteiligten, da nur die polizeilichen Protokolle als Beweisurkunden in Betracht kamen, nicht geeignet, das Erfordernis der Vernehmung der Polizeibeamten zu beseitigen und die Verlesung der von ihnen aufgenommenen, in keiner nachfolgenden richterlichen Vernehmung erörterten und bestätigten Protokolle zu rechtfertigen (RGSt. 9, 49).

(2. Sen. v. 22. Juni 1933; 2 D 483/33.) [Gn.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

I. Wert der Unterschriftsbeglaubigung bei Handelsregisteranmeldungen betr. Kapitalsherabsetzungen in erleichterter Form.

Nach § 41 Abs. 1 PrGG. werden für die Beglaubigung von Unterschriften $\frac{2}{10}$ der vollen Gebühr erhoben. Die §§ 38, 39 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 a. a. O. sind entsprechend anzuwenden. Sie finden nach § 2 NotarGebD. auch entsprechende Anwendung, soweit der Gegenstandswert für die Berechnung der Gebühren der Notare zu berechnen ist. Nach diesen Best. wäre mithin der Gebührenberechnung ein Wert von 40 000 RM (der Betrag, um den das Kapital herabgesetzt worden ist) zugrunde zu legen, weil der zur Eintragung in das Handelsregister angemeldete Beschluß der Kapitalsherabsetzung einen bestimmten Geldwert, eben 40 000 RM hat. Die genannten Best. des PrGG. haben aber durch § 18 W. v. 18. Febr. 1932 (RGBl. I, 75) eine Einschränkung erfahren. § 18 findet auch Anwendung auf die Beurkundung der Anmeldung der Eintragung der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form, wenn die Beurkundung durch einen Notar erfolgt. Einmal schließt der Wortlaut des § 18 W. dessen Anwendung im Falle der Beurkundung der Anmeldung durch einen Notar nicht aus. Zum andern zwingt der § 2 Abs. 2 NotarGebD., nach der auf die Berechnung des Gegenstandswerts die Vorschr. des PrGG. entsprechende Anwendung finden sollen, dazu, die durch § 18 W. eingeschränkten Best. des PrGG. über die Berechnung des Werts von Anmeldungen zum Handelsregister mit dieser Einschränkung auch anzuwenden, wenn ein Notar die Beurkundung vorgenommen hat. Auch der Einwand des Beschw. daß § 18 W. sich nur auf die Beurkundung der Anmeldung erstrecke, nicht aber auf die Beglaubigung der Unterschrift unter der Anmeldung, ist nicht begründet. Abgesehen davon, daß der Gesetzgeber kaum beabsichtigt haben kann, den Wert des Gegenstands nur bei der Beurkundung der Anmeldung zu ermäßigen und nicht auch bei der Beglaubigung, würde die Auslegung, die der Beschw. dem § 18 W. zuteil werden lassen will, dem Grundsatz des § 41 Abs. 1 Satz 2, daß bei Unterschriftsbeglaubigungen der Wert derselbe sein soll wie bei Beurkundungen, widersprechen. Der Standpunkt des Beschw. kann auch schon deshalb nicht richtig sein, weil sonst ein Notar, der die Anmeldung entwirft und die Unterschriften beglaubigt, die Gebühr nur nach dem fünften Teil des Betrages der Kapitalsherabsetzung berechnen könnte, während er die Gebühr nach dem vollen Betrage der Kapitalherabsetzung berechnen könnte, wenn er nur die Unterschriften beglaubigt. Der OGP. hat nach allem mit Recht angenommen, daß der Beschw. die Gebühr nur nach einem Gegenstandswert von 8000 RM liquidieren konnte, nämlich dem fünften Teil des nach § 38 Abs. 5 PrGG. als Wert zugrunde zu legenden Betrages der Kapitalherabsetzung.

(RG., Beschl. v. 26. Mai 1933, 1a X 647/33)

Ber. von W. Beuschhausen, Berlin.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

I. Materielles Recht.

Berlin.

I. §§ 138, 139 BGB.

1. Die zwischen einer Religionsgemeinde und einem Gemeindegliedigen im Rahmen eines die Überlassung eines Erbegräbnisses auf dem Gemeindefriedhof regelnden Vertrages getroffene Abrede, daß das Gemeindeglied beim Ausscheiden aus der Gemeinde für sich und alle seine Angehörigen sowie jeden Dritten alle Rechte an dem Erbegräbnis verlieren und dieses ohne Rückvergütung an die Gemeinde zurückfallen soll, zerfällt in eine Verwirkungsklausel (Heimfall des Erbegräbnisses) und eine Verfallsklausel (Ausschluß der Rückwirkung).

2. Die Verwirklungsabrede enthält keinen Verstoß gegen die guten Sitten. Sie ist rechtswirksam auch für den Fall, daß die Verfallabrede nichtig sein sollte.

Der Fell. gehörte der jüdischen Gemeinde zu B. (M.) an. Auf Grund eines Antrages vom Jahre 1924 auf Überlassung eines Erbegräbnisses für drei Personen auf dem Friedhof der M. wurde ihm ein Erbegräbnisplatz eingeräumt, dessen eine Grabstelle alsbald belegt wurde. Die M. übersandte demnächst dem Fell. persönlich ein ausgefülltes Vertragsformular zur Unterschrift, das der Fell. unterschriftlich vollzogen hat. Nach dem Vertrag erfolgte die Überlassung des Erbegräbnisses unter Vorbehalt des vollen Eigentumsrechtes der M. Auf der Rückseite enthält die Vertragsurkunde die „Allgemeinen Bedingungen“ der M. Diese bilden einen Bestandteil des Vertrages und lauten unter A.: „Wer aus der hiesigen jüdischen Gemeinde ausscheidet, verliert nicht nur für sich, sondern auch für alle seine Angehörigen

und jeden Dritten jedes Recht auf das Erbbegräbnis. Das Erbbegräbnis fällt vielmehr im ganzen, oder wenn es schon zum Teil belegt ist, mit seinen noch unbelegten Stellen ohne irgendeine Rückvergütung zur völlig freien Verfügung an die Gemeinde zurück."

Unter G. sind die Befugnisse des Erbbegräbnisberechtigten hinsichtlich der Verwendung des Erbbegräbnisses näher begrenzt.

J. J. 1931 ist der Bess. aus der jüdischen Gemeinde ausgetreten.

Die Kl. hat, da der Bess. auch weiterhin Ansprüche auf das Erbbegräbnis erhob, auf Feststellung dahin geklagt, daß das Erbbegräbnis mit seinen beiden noch unbelegten Stellen an die Kl. zurückgefallen und die Kl. berechtigt ist, über diese beiden Stellen frei zu verfügen.

Der Bess. ist der Ansicht, daß die unter F. getroffene Vereinbarung gegen die guten Sitten verstoße.

Mit Recht zerlegt das LG. die Vereinbarung in eine Wirkungsklausel (Rechtsverlust und Heimfall des Erbbegräbnisses an die Kl.) und eine Verfallsklausel (Ausschluß jeder Rückvergütung).

Da der Bess. einen Rückzahlungs- oder Vergütungsanspruch oder ein hierauf gegründetes Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht hat, ist es auch nicht zu beanstanden, daß das LG. die Frage der Sittenwidrigkeit der Verfallsklausel überhaupt nicht geprüft hat. Der Senat sieht keine Veranlassung, anders zu verfahren und eine für den gegenwärtigen Rechtsstreit unerhebliche Frage mitzuerörtern. Selbst wenn hier die Nichtigkeit der Verfallsklausel unterstellt wird, ist anzunehmen, daß die Parteien den Vertrag auch ohne diesen wichtigen Teil geschlossen hätten (§ 139 BGB.); der Bess., weil er von dem Wegfall der Klausel nur Vorteil hatte, und die Kl., weil keine Veranlassung bestand, das Erbbegräbniswesen auf ihrem Friedhof überhaupt nicht oder anders zu regeln, falls sie davon ausgegangen wäre, daß die Verschärfung der Bedingungen durch die Verfallsklausel nicht durchzusetzen sei.

Für die Prüfung der Sittenwidrigkeit der Wirkungsklausel ist davon auszugehen, daß die Kl. den Friedhof grundsätzlich für ihre Gemeindeangehörigen geschaffen hat, und daß im Gemeindebezirk verstorbene Personen jüdischen Glaubens, die ihr nicht angehören, hier nur bestattet werden, wenn sie im Gemeindebezirk keinen Wohnsitz gehabt haben (§ 2 Beerdigungs- und Friedhofsges. d. der Kl.). Wer hier wohnt und aus der Synagogengemeinde austritt, verliert mithin, auch wenn er nicht gleichzeitig seinen Austritt aus dem Judentum erklärt, das Recht, auf dem Gemeindefriedhof beerdigt zu werden. Diese Best. der Beerdigungs- und Friedhofsges. verstößt nicht wider die guten Sitten; denn es kann der Gemeinde nicht zugemutet werden, Nichtmitgliedern ihre mit beträchtlichen Unterhaltungskosten verbundenen Einrichtungen zur Verfügung zu stellen. Die Vereinbarung, daß das Erbbegräbnis mit seinen noch unbelegten Stellen an die Gemeinde zurückfallen soll, rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß der Erbbegräbnisberechtigte durch den insolge seines Ausscheidens aus der Gemeinde eingetretenen Rechtsverlust regelmäßig kein Interesse an den noch unbelegten Stellen hat, da er das Recht, sich dort beerdigen zu lassen, auf Grund der Beerdigungs- und Friedhofsges. und des Erbbegräbnisvertrages verloren hat. Andererseits hat die Gemeinde an diesen unbelegten und unbelegbaren Stellen bei dem auf den innerhalb des Weichbildes der Stadt belegenen Friedhöfen herrschenden Platzmangel ein großes Interesse. Der Heimfall an die Gemeinde setzt diese dann auch in den Stand, Vorkehrungen zu treffen, daß die dauernd unbenutzten Stellen nicht in Verwahrlosung geraten und das Aussehen des Gesamtfriedhofes in seiner Würde beeinträchtigen. Er ist also regelmäßig durch die überwiegenden Interessen der Kl. gerechtfertigt. Auch wenn der Berechtigte noch Angehörige hat, die Gemeindeglieder geblieben sind und die er in dem Erbbegräbnis beisetzen möchte, ist das Ergebnis kein anderes. In solchen Fällen kann nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, daß der Austritt hauptsächlich durch steuerliche Gründe veranlaßt worden ist. Ein schutzwürdiges Interesse daran, einen solchen Austritt ohne Nachfolge für die Betätigung der Pietät jederzeit vollziehen zu können und seinen Angehörigen alle ideellen Vorteile der Gemeindegliederhaftigkeit gleichwohl zu erhalten, kann der Senat nicht anerkennen, jedenfalls nicht in dem Sinne, daß die Erschwerung des Austritts durch die hier vereinbarte Wirkungsklausel als unsittlich anzusehen wäre.

Darin, daß die vom RG. in seinem Urt. v. 3. Nov. 1930, IV 69/1930 entwickelten Grundsätze den Standpunkt des Bess. nicht rechtfertigen, ist dem LG. gleichfalls beizutreten. Das RG. hat seine Entsch. darauf abgestellt, daß die Gemeinde ihre allgemeinen Bedingungen erst abgeändert hatte, nachdem die dortige Kl. auf dem Begräbnisplatz weitergehende vertragliche Rechte erworben hatte.

(RG., 16. ZivSen., Beschl. v. 29. Nov. 1932, 16 W 6935/32.)

*

Kiel.

2. §§ 765, 768 BGB. Die Bürgschaftsschuld verjährt in 30 Jahren, auch bei kürzerer Verjährung der Hauptschuld. Ein Anerkenntnis durch den Hauptschuldner wirkt gegen den Bürgen, da es zwar nicht die Verjährung der Bürgschaftsforderung selbst unterbricht, wohl aber der Bürgen nicht mehr Verjährung der Hauptschuld einwenden kann.

Die Forderung gegen den Bürgen unterliegt, da sie auf einem besonderen Vertrage beruht und eine selbständige Verbindlichkeit darstellt, zunächst der allgemeinen Verjährungsfrist des § 195 BGB. von 30 Jahren. Eine kürzere Verjährungsfrist ist vom Gesetze für die Bürgschaftsforderung als solche nicht bestimmt. Diese Verjährungsfrist von 30 Jahren muß daher für die Bürgschaftsforderung als solche auch an sich dann gelten, wenn die verbürgte Forderung einer kürzeren Verjährung unterliegt. Das wird in Abspr. und Rechtslehre überwiegend angenommen (vgl. RGKRomm. Anm. 1 zu § 765; Planck, Anm. 8 zu § 768; OLG. München; JW. 1929, 1404⁶; a. M.: Düringer-Hachenburg, Anm. 24 zu § 349 BGB.; wohl auch Staub, Anm. 14 zu § 349 BGB.). Andererseits folgt aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft, nämlich aus § 768 BGB., daß der Bürgen sich auf eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede der Verjährung der Hauptschuld auch seinerseits berufen kann. Wenn nun, wie hier, die Verjährung der Hauptschuld durch Anerkenntnis des Hauptschuldners und durch Klagerhebung gegen ihn unterbrochen ist, so ist zwar anzuerkennen, daß die Unterbrechung der Verjährung durch den Hauptschuldner an sich nicht zugleich die Verjährung der Forderung gegen den Bürgen unterbricht (vgl. Planck, Anm. 8 zu § 768 BGB.; RGKRomm. Anm. 1 zu § 768 BGB.; OLG. Kiel; Schlesw.-Holst. Anz. 1906, 331; OLG. Celle; OLG. 21, 208). Wohl aber bleibt bestehen, daß der Bürgen Verjährung der Hauptschuld nicht einwenden kann, weil diese Verjährung unterbrochen ist. Die Bürgschaftsschuld aber ist nicht verjährt, weil die Frist von 30 Jahren nicht abgelaufen ist. Nun ist zwar richtig, daß durch eine solche Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld die Lage des Bürgen verschlechtert wird und daß bei der Unterbrechung durch Anerkenntnis dies lediglich auf dem Willen des Schuldners beruht. Eine solche Verschlechterung seiner Rechtsstellung braucht sich aber der Bürgen nach § 768 Abs. 2 BGB. nur dann nicht entgegenhalten zu lassen, wenn sie durch einen Verzicht des Hauptschuldners auf eine Einrede erfolgt. Ein solcher Verzicht auf eine bereits erworbene Einrede liegt aber in der Anerkennung der Schuld durch den Hauptschuldner nicht, vielmehr verhindert diese Anerkennung, daß die Verjährung sich vollendet, daß also die Einrede der Verjährung überhaupt entsteht. Die Bess. kann sich deshalb nicht darauf berufen, daß die Unterbrechung der Verjährung durch die Hauptschuldnerin ihr gegenüber ohne Rechtswirkung ist.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Urt. 7. März 1933, 2 U 208/31.)

Ber. von OLG. Dr. Römer, Kiel.

*

Naumburg.

3. §§ 422 ff., 1173 BGB.; § 53 ZwVerfG. § 1173 Abs. 1 BGB. findet auch auf eine an Eigentümerbruchteilen eines einheitlichen Grundstücks bestehende Hypothek Anwendung. Der Ersteher eines Eigentumsbruchteils ist verpflichtet, auch den Eigentümer des anderen Bruchteils von Grundstückslasten, die in einem Verhältnis der Beteiligten den Eigentümer des versteigerten Bruchteils treffen würden, zu befreien.

Für die beiden Hyp., die auf den beiden ideellen Grundstücksanteilen des Kl. und seiner Ehefrau eingetragen waren, hafteten der Kl. und dessen Ehefrau als Gesamtschuldner persönlich. Der Bess. hat im Wege der Zwangsversteigerung die Grundstücksanteile des Kl. erstanden. Nach dem Zuschlagsbeschlusse blieben die beiden Hyp. als in das geringste Gebot fallend bestehen. Infolgedessen hat der Bess. gem. § 53 ZwVerfG. für den Kl. dessen persönliche Schuld in Höhe der beiden Hyp. übernommen.

Damit ist die für den Bess. an der Grundstücksanteile der Ehefrau des Kl. eingetragene Hyp. von 3000 RM gem. § 1173 Abs. 1 BGB., der auch auf eine an Eigentumsbruchteilen eines einheitlichen Grundstücks bestehende Hyp. Anwendung findet, erloschen. Die Forderung und Schuld haben sich in der Person des Bess. als Eigentümers der bisher dem Kl. gehörenden Grundstücksanteile vereinigt, und da der Bess. der Gläubiger war, ist die Schuldübernahme auch i. S. des § 416 BGB. als durch den Bess. genehmigt anzusehen. Die Voraussetzungen des § 1173 Abs. 2 BGB. ist nicht gegeben. Der Kl., dessen persönliche Schuld der Bess. durch den Zuschlag übernommen hatte, konnte von der Ehefrau des Kl., auf deren Grundstücksanteile die Hyp. ebenfalls eingetragen war, obwohl sie zusammen mit dem Kl. dem Bess. gesamtschuldnerisch haftete, keinen Ersatz verlangen; denn unstreitig stammten die Forderungen des Bess. aus Geschäften, die der Bess. mit dem

kl. abgeschlossen hatte, im Innenverhältnis zwischen dem Kl. und dessen Ehefrau hatte der Kl. für die Forderungen des Bekl. allein. Auch aus § 425 BGB. kann der Bekl. eine Weiterhaftung der Ehefrau des Kl. und damit ein Weiterbestehen der Hyp. auf der der Ehefrau gehörenden Grundstückshälfte nicht herleiten. § 425 BGB. bestimmt, daß andere als die in den §§ 422—424 bezeichneten Tatsachen, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten. Dies hätte zur Folge, daß der Bekl. die Ansprüche, die dem Kl. gegen seine Ehefrau nach dem unter ihnen bestehenden Innenverhältnis zustanden, erworben hätte. Da aber der Kl. unstreitig keine Ausgleichsansprüche gegen seine Ehefrau hat, so hat auch der Bekl. irgendwelche Ansprüche gegen die Ehefrau nicht erwerben können. Die Schuld der Ehefrau ist daher erloschen. Sie kann verlangen, daß der Bekl. die Löschung der Hyp. auf ihrer Grundstückshälfte bewilligt und zu diesem Zwecke den Hypothekenbrief dem GVA. einreicht.

Die in Abt. III Nr. 8 für den Bekl. eingetragen gewesene Hyp. von 5000 G.M. war z. B. des Zuschlags bereits an den Halleschen Bankverein abgetreten. Auch die dieser Hyp. zugrunde liegende persönliche Schuld des Kl. hat der Bekl. durch den Zuschlag übernommen. Da nach § 53 ZwVerstG., der auf § 416 BGB. Bezug nimmt, diese Schulübernahme bis zur Genehmigung durch den Bankverein nur die Wirkung des § 415 Abs. 3 BGB. zeigt, so ist der Bekl. als Ersther der dem Kl. gehörenden Grundstückshälfte dem Kl. gegenüber verpflichtet, den Kl. von der Schuld gegenüber dem Bankverein zu befreien und diesen rechtzeitig zu befriedigen, sobald die Forderung fällig geworden ist. Dies ist jetzt eingetreten, da der Bankverein infolge unpünktlicher Zinszahlung dem Kl. und dessen Ehefrau die Forderung zur sofortigen Rückzahlung gekündigt hat. Die unterlassene Zinszahlung beruht nicht auf Arglist des Kl. oder dessen Ehefrau; denn der Bekl. war auf Grund des Zuschlags dem Kl. gegenüber verpflichtet, für rechtzeitige Zinszahlung zu sorgen. Die gleiche Verpflichtung hat der Bekl. auch gegenüber der Ehefrau des Kl., der ebenfalls gekündigt ist, da der Bekl. durch den Zuschlag die persönliche Schuld des Kl. übernommen hat, der Kl. aus dem mit seiner Ehefrau bestehenden Innenverhältnis heraus keine Ausgleichsansprüche gegen seine Ehefrau hat, vielmehr im Innenverhältnis allein haftet und da der Bekl. in die Rechtsstellung des Kl. eingetreten ist. Kann aber die Ehefrau des Kl. von dem Bekl. Befreiung von der persönlichen Schuld verlangen, so kann sie auch verlangen, daß der Bekl. die Löschung der zur Sicherung der persönlichen Schuld eingetragenen Hyp. von 5000 G.M. auf der Grundstückshälfte der Ehefrau herbeiführt.

(OLG. Naumburg, 5. ZivSen., Ur. v. 22. Dez. 1932, 5 U 256/32.)
Eingef. von RA. Glöde, Naumburg a. S.

II. Zivilprozessordnung und Rechtsanwaltsgebührenordnung. Berlin.

4. §§ 3, 767 ZPO. Ist die Zwangsvollstreckungsgegenklage darauf gerichtet, daß die Vollstreckung mangels Fälligkeit der Forderung nur auf bestimmte Zeit für unzulässig erklärt werde, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach § 3 ZPO. festzusetzen. †)

Der Streitwert der Vollstreckungsgegenklage muß gem. § 3 ZPO. nach freiem Ermessen festgesetzt werden, wenn mit der Klage nicht die Unzulässigkeit der Vollstreckung schlechthin geltend gemacht wird, sondern nur verlangt wird, daß die Vollstreckung zeitweise unterbleibe, weil die Forderung, deren Bestehen an und für sich nicht bestritten wird, noch nicht fällig sei. Die vom Beschw. angezogenen Entsch. des RG. in RW. 28, 429 und ZW. 1895, 197 betreffen nicht den vorl. Fall, sondern eine Klage, mit der die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung überhaupt verfolgt wird. Maßgebend für die Berechnung des Streitwertes ist das Interesse des Kl. an der gerichtlichen Fest-

Zu 4. Die Zwangsvollstreckungsgegenklage hat die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des im Vorprozess ergangenen Ur. zum Ziel. Deshalb ist ihr Streitwert grundsätzlich der des festgestellten Anspruchs (vgl. auch Stein-Jonas § 4 Bem. III). Wenn der Kl. im Widerspruchsprozess geltend macht, die Zwangsvollstreckung sei unzulässig, weil ihm nach Schluß der früheren mündlichen Verhandlung Stundung gewährt oder — etwa gegenüber der Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde mit Unterwerfungsklausel — weil nicht ordnungsmäßig gekündigt sei, muß grundsätzlich dasselbe gelten. Denn auch hier ist das Ziel die Beseitigung der Vollstreckbarkeit im ganzen. Wird die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, so bleiben nicht etwa wie bei der urkundlich nachgewiesenen Stundung die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen bestehen (§§ 775 Ziff. 4 u. 776 ZPO.), sondern es sind die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben (§§ 775 Ziff. 1 u. 776 ZPO.). Die Vollstreckung ist eben — wenn auch nur zur Zeit — ganz unzulässig. Der Vergleich des RG. mit der negativen Feststellungsklage überzeugt m. E. nicht. Ziel-

stellung. Soweit er Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung schlechthin begehrt, ist der Streitwert unbedenklich nach dem Betrage der Forderung zu bemessen, in deren Höhe vollstreckt wird. Denn hier will sich der Kl. dagegen wehren, daß er überhaupt zur Zahlung der sich aus dem Titel ergebenden Summe verpflichtet ist. Anders ist es, wenn der Kl. das Bestehen der Forderung nicht in Abrede stellt und mit der Klage lediglich die Fälligkeit der Forderung bestrittet; dies gilt insbef. dann, wenn, wie im vorl. Falle, der Kl. auch schon im Klageantrage zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nur für einen bestimmten Zeitraum begehre. In einem solchen Falle ist nicht die volle Summe des zur Vollstreckung stehenden Anspruchs der Wert des Streitgegenstandes, sondern das Interesse, das der Kl. daran hat, daß er die ihm obliegende Zahlung nicht sofort, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt leistet. Die vorstehende Auffassung des Senats steht in Übereinstimmung mit derjenigen des VGH. 3, 174 und des 5. ZivSen. des RG.: RW. 1913, 20; ähnlich OLG. München: OLG. 18, 409 für den Fall des § 768 ZPO. Es liegt bei der Zwangsvollstreckungsgegenklage hinsichtlich des Streitwertes nicht anders als bei der negativen Feststellungsklage, bei der nach richtiger Ansicht der Streitwert gleichfalls nach § 3 ZPO. festzusetzen ist, wenn nicht das Bestehen der Forderung, sondern nur die Fälligkeit Gegenstand des Streites ist (vgl. RG., 4. ZivSen.: OLG. 2, 264; OLG. Hamburg und OLG. München: OLG. 23, 70). Within kann der vom Beschw. angeführten Auffassung von Rittmann, Der Wert des Streitgegenstandes, 3. Aufl., S. 266 nicht beigetreten werden.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 31. Aug. 1933, 14 W 7370/33.)
Ber. von OGR. Dr. Hoche, Berlin.

*

5. § 124 ZPO. Umschreibung des Kostenfestsetzungsbeschlusses auf den Armenanwalt.

Die Umschreibung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses oder der Vollstreckungsklausel eines solchen Beschlusses, der auf den Namen der Partei beantragt und ergangen ist, auf den Armenanwalt als Erstattungsberechtigten an Stelle der Partei gem. § 124 ZPO. wird in der Praxis an sich überwiegend als zulässig anerkannt (vgl. Willenbücher, Kostenfestsetzung 1933, S. 87; Schönböck-Busch-Ranz 1930, Anm. 1 zu § 124 ZPO. mit Nachweis der Rspr.). Auch der entscheidende Sen. hat sie regelmäßig zugelassen. Doch ist dabei zu beachten, daß es sich nur um einen von der Praxis für zulässig erklärten Notbehelf handelt, daß dagegen eine Rechtsgrundlage für ein derartiges Verfahren nicht besteht. Zwar gehen Stein-Jonas III zu § 124 ZPO. und Seuffert-Walsmann 1932, Anm. 1 zu § 124 ZPO. davon aus, daß der Armenanwalt kraft seines Rechtes in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung des Festsetzungsbeschlusses auf seinen Namen verlangen, den Beschl. auf sich „umstellen“ lassen könne. Dieser Ansicht kann indes nicht gefolgt werden. Denn die entsprechende Anwendung des § 727 ZPO. hat zur Voraussetzung, daß dem Armenanwalt eine rechtsnachfolgende Stellung vom Gesetz zugewilligt würde. Das ist aber nicht der Fall. Der Anwalt hat vielmehr nur neben der Partei ein eigenes selbständiges Vertretungsrecht (zu vgl. grundsätzliche Entsch. des Sen. 20 W 8254/31, Kartei zu § 124 ZPO.). Wenn gleichwohl in der Rspr. eine „Umschreibung“ des bereits für die Partei erlassenen Festsetzungsbeschlusses auf den Armenanwalt selbst als zulässig anerkannt wird, so mag, wie auch das RG. in seiner Entsch. ZW. 1896, 146^o zugibt, ein derartiges Verfahren nicht ganz formgerecht erscheinen, ist aber im Ergebnis nicht zu beanstanden, weil es auf einfachstem Wege dem Anwalt zu seinem Recht aus § 124 verhilft, sofern nicht von Anfang an die Festsetzung auf den Namen des Armenanwalts betrieben worden ist.

Dann bestehen aber auch keine Bedenken dagegen, diese Umschreibung auch noch nach der Rechtskraft des Kostenfest-

setzungsbeschlusses vorgenommen werden. Würde der Bekl. gegenüber einer Zahlungsgegenklage lediglich einwenden, daß der Anspruch noch nicht fällig sei, so bliebe trotzdem der Streitwert gleich dem Betrage des geltend gemachten Anspruchs, und insoweit erscheint die Widerspruchsklage nur als Fortsetzung des alten Prozesses; Angreifer ist nach wie vor der Kläuber, wenn auch die Parteipersonen gewechselt haben.

Trotzdem ist der Ansicht des RG. m. E. aus praktischen Gründen zuzustimmen. Aber sie ist zu beschränken auf die Fälle, in denen der Kl. den Widerspruchsprozess die Vollstreckbarkeit nur für einen genau bestimmten Zeitraum ausgeschlossen haben will, so daß nach dem Inhalt des im Widerspruchsprozess ergangenen Ur. die Vollstreckung nach diesem Zeitpunkt ohne weiteres begonnen oder fortgesetzt werden kann. Fehlt es aber an solcher festen Begrenzung, dann kann das Ur. nur auf Unzulässigkeit der Vollstreckung schlechthin lauten, und dann muß auch entsprechend dem Wesen der Widerspruchsklage der Wert des festgestellten Anspruchs maßgebend sein.

RA. Dr. Bartels, Bochum.

lezungsbeschlusses zuzulassen (so auch Willenbücher a. a. O. S. 87).

Voraussetzung für eine derartige Umschreibung ist jedoch, daß durch dieses Verfahren sich inhaltlich nur die Gläubiger-schaft — Armenanwalt an Stelle der Partei — ändert und schließlich, daß auch sonst Unzuträglichkeiten daraus nicht entstehen. Sobald sonstige Änderungen, insbes. in dem Umfang der Erstatzungspflicht, dadurch bedingt würden, kann eine Umschreibung nicht mehr erfolgen. Als lediglich von der Praxis zugelassener Notbehelf findet er als solcher keine Schranken dann, wenn praktische Erwägungen zwingend gegen ein solches Verfahren sprechen, also da, wo dieser Weg nur zur Verwirrung und Unklarheit führen muß. Dies z. B. dann, wenn, wie hier, die erst- und zweitinstanzlichen Kosten zusammen festgesetzt sind, wenn in beiden Instanzen verschiedene Armenanwälte tätig gewesen sind und wenn sogar bei einem von ihnen nur eine teilweise Beordnung erfolgt ist. In solchem Falle besteht weder Veranlassung noch Bedürfnis, dem Armenanwalt diesen Weg zu eröffnen, um sein Recht aus § 124 BPO. zu verwirklichen. Denn der gegebene und ursprüngliche Weg ist der der Kostenfestsetzung auf den Namen des Anwalts selbst, und zwar nur bezüglich der ihn selbst betreffenden Gebühren und Auslagen. Macht der Anwalt davon keinen Gebrauch, schaltet er sich vielmehr in die Kostenfestsetzung erst dann ein, wenn bereits die Festsetzung auf den Namen der Partei erfolgt ist — zumal wenn das entweder auf Betreiben des Armenanwalts selbst oder mindestens mit seinem Wissen und des Willen geschieht —, dann kann er nicht beanspruchen, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Gestaltung des Festsetzungsverfahrens nachträglich jederzeit als Gläubiger an Stelle der Partei eingesetzt zu werden.

(RG., 20. JivSen., Beschl. v. 8. Juli 1933, 20 W 6411/33.)

Ver. von OGR. Dr. Gaedeker, Berlin.

*

6. § 18 Abs. 6 RM.D.; § 1 ArmAnwG. Kein Erstattungsanspruch des als Armenanwalt beigeordneten Simultananwalts an die Staatskasse für Reisekosten zu Verhandlungsterminen.

Die Reisekosten des beim LG. in B. zugelassenen, in B. wohnhaften Armenanwalts der RL., die ihm durch die Wahrnehmung der Verhandlungstermine in B. entstanden sind, sind aus der Staatskasse nicht zu erstatten.

§ 18 Abs. 6 RM.D. bestimmt, daß die Mehrkosten, die bei der Vertretung einer Partei vor einem Kollegialgericht durch einen bei demselben zugelassenen RA. dadurch entstehen, daß dieser seinen Wohnsitz nicht am Orte des Gerichts hat, die Gegenpartei zu erstatten nicht verpflichtet ist. Diese Vorschr. bezieht sich zunächst allerdings nur auf das Verhältnis der Parteien zueinander im Kostenfestsetzungsverfahren. Im Gegensatz zu der Ansicht von Friedlaender, RM.GebD. 1932, Anl. III, 8 zu § 18 und W.-S.-Friedlaender, RM.GebD. 1932, Anl. II zu § 1 ArmAnwG., die in Anwendung des § 1 ArmAnwG. die volle Erstattungspflicht für Reisekosten des Rechtsanwalts anerkennen, verneint der beschließende Sen. in Übereinstimmung mit der überwiegenden Rspr. (zu vgl. die Zusammenstellung bei Gelinsky-Meyer, Armenanwaltskosten, 2. Aufl. S. 154) die Erstattungspflicht der Staatskasse.

Es fehlt an jedem Anhaltspunkt dafür, daß die Sonderregelung des § 1 ArmAnwG. den allgemeinen Grundsatz des § 18 Abs. 6 RM.D. beseitigen sollte. Es wäre schon an sich kein Grund ersichtlich, weshalb der der Partei beigeordnete Armenanwalt in dieser Hinsicht eine andere Stellung einnehmen sollte als der Wahlanwalt. Erst recht ist nicht verständlich, weshalb die Staatskasse mit Kosten belastet werden sollte, deren Richterstattungsfähigkeit gegenüber der unterliegenden Partei von vornherein feststeht, wegen deren also trotz der Zahlung an den Armenanwalt ein Übergang auf die Staatskasse nicht stattfinden würde. Die Staatskasse käme so in die Lage, dem Armenanwalt Aufwendungen zu vergüten, die das Gesetz grundsätzlich als unnötige, auf den Gegner deshalb nicht abwälzbare Anwaltskosten bezeichnet.

Der Sinn der Regelung in § 18 Abs. 6 RM.D. ist der, daß der Anwalt, dem in Durchbrechung der Residenzpflicht ausnahmsweise das Wohnen außerhalb des Ortes des Gerichtssitzes gestattet ist, daraus keine Rechte für sich herleiten kann, die von vornherein eine Verteuerung des Prozesses gegenüber dem sonst erforderlichen normalen Kostenaufwand bedeuten. Dann ist es aber für die Staatskasse unzumutbar und mit dem Wesen der Wahrnehmung der Rechte der armen Partei zunächst auf Kosten des Staates, also der Allgemeinheit, unvereinbar, wenn der der armen Partei beigeordnete Pflichtanwalt besser dastehen und zu dem Vorteil der Bedienung mit Armenachen auch noch den Vorteil der Erstattungsfähigkeit solcher Auslagen erhalte, deren Erstattungsfähigkeit das Gesetz jedem anderen Anwalt abspricht.

Mithin bedeutet § 1 ArmAnwG. keine Sonderregelung vor

§ 18 Abs. 6 RM.D. zugunsten des Armenanwalts. Auch dieser unterliegt vielmehr als Simultananwalt den Beschränkungen des § 18 Abs. 6 RM.D.

(RG., 20. JivSen., Beschl. v. 8. Juli 1933, 20 W 6377/33.)

Ver. von OGR. Dr. Gaedeker, Berlin.

*

7. § 25 RM.GebD. Einheit der Instanz bei Widerspruch gegen einzelne Punkte einer EinstwVerf. in verschiedenen getrennten Verfahren.

RA. A. hat gegen die EinstwVerf., durch welche eine Unterhaltszahlung angeordnet und das Getrenntleben der Parteien gestiftet, ferner ein Prozeßkostenvorschuß zugunsten des Prozeßbevollmächtigten der Ehefrau angeordnet war, zunächst nur wegen des letzteren Punktes Widerspruch erhoben und ist insoweit dem Antragsgegner als Armenanwalt beigeordnet worden. Er hat später Widerspruch auch wegen der Unterhaltszahlung erhoben und ist auch insoweit dem Antragsgegner als Armenanwalt beigeordnet worden.

Die Beschw., die sich dagegen wendet, daß dem Beschw. nicht für das zweite Verfahren die sämtlichen Gebühren nach dem Streitwert dieses Verfahrens voll festgesetzt worden sind, konnte keinen Erfolg haben.

Der Beschw. verkennt die Tragweite des § 25 RM.GebD., wenn er meint, daß es sich hier um zwei getrennte, kostenrechtlich gesondert voneinander zu behandelnde Widerspruchsverfahren handle. Es ist davon auszugehen, daß eine EinstwVerf. über mehrere Ansprüche erlassen worden ist. Gebührenrechtlich ist es dann ohne Bedeutung, ob gegen diese EinstwVerf. sofort in vollem Umfange oder erst nach und nach zu den verschiedenen Punkten Widerspruch erhoben und auf diese Weise über die EinstwVerf. einheitlich oder in verschiedenen Teilabschnitten verhandelt wird. § 25 RM.GebD., der bestimmt, daß jeder der in § 13 benannten Gebühren von dem Anwalt in jeder Instanz rüchlich eines jeden Teils des Streitgegenstandes nur einmal beansprucht werden kann, findet auch dann Anwendung, wenn mehrere in einer EinstwVerf. zusammengefaßte Ansprüche einzeln und in verschiedenen Widerspruchsverfahren behandelt werden, sei es auch, daß das nacheinander geschieht, die verschiedenen Ansprüche also im Widerspruchsverfahren nicht mehr zusammenreffen. Es handelt sich stets nur um die Erledigung der EinstwVerf. in derjenigen Instanz, von der sie erlassen worden ist, also um eine Instanz. Wenn sogar Verfahren über den Antrag auf Abänderung oder Aufhebung einer EinstwVerf. nach § 28 Abs. 2 RM.GebD. mit dem Verfahren über den Antrag auf Anordnung als eine Instanz anzusehen sind, so gilt das erst recht für das bloße Widerspruchsverfahren.

Die Art des Vorgehens des Antragsgegners, nicht gleichzeitig die gesamte EinstwVerf. anzugreifen, sondern in mehreren getrennten Verfahren Widerspruch gegen die einzelnen Punkte zu erheben, kann mithin in Wahrheit nicht mehrere Verfahren begründen. Dem Anwalt können keine höheren Gebühren entstehen, als wenn der Widerspruch sogleich gegen die gesamte EinstwVerf. gerichtet worden wäre.

(RG., 20. JivSen., Beschl. v. 10. Juni 1933, 20 W 5615/33.)

Ver. von OGR. Dr. Gaedeker, Berlin.

*

Dresden.

8. Der Armenanwalt darf die Zahlungen der Staatskasse zunächst auf diejenigen Kosten verrechnen, für die der Prozeßgegner nicht haftet. Nur wenn dem Anwalte ein Erstattungsanspruch aus § 124 BPO. in voller Höhe zusteht, geht dieser in Höhe der vom Staate gezahlten Armenanwaltsgebühren auf die Staatskasse über. Durch § 5 ArmAnwG. soll nur verhindert werden, daß der Armenanwalt durch die Vergütung aus der Staatskasse und aus der Vertreibung des Erstattungsanspruchs zusammen mehr als seine gesetzlichen Anwaltsgebühren erhält.

Die angef. Entsch. steht im Einklang mit der Entsch. des 5. Sen. v. 27. Juli 1932, 5 C Reg 301/32. Dieser vermag der jetzt erk. Sen. nicht beigutreten. Die Frage, ob bei Kostenteilung der vom Gegner zu erstattende Betrag zunächst auf den durch die Armenanwaltsgebühren nicht gedeckten Teil der gesetzlichen Kosten des Armenanwalts zu verrechnen ist, oder ob er auf die Staatskasse übergeht ohne Rücksicht darauf, ob der Armenanwalt wegen seiner gesetzlichen Gebühren befriedigt ist, konnte erst dann auftreten, als die dem Armenanwalte aus der Staatskasse zu ersetzenden Gebühren unter die Sätze der RM.GebD. gesenkt wurden. Durch die Herabsetzung der Armenanwaltsgebühren entstand gleichzeitig die ähnliche Frage, ob die dem Armenanwalte von der Partei oder einem Dritten geleisteten Zahlungen schlechthin von dem von der Staatskasse zu ersetzenden Betrage abzuziehen oder zunächst auf den ungedeckten Teil seiner gesetzlichen Vergütung anzurechnen sind. Der § 3 Arm-

ArmAnwG. entscheidet diese Frage in dem dem Anwalte günstigen Sinne. Vorschüsse oder Zahlungen der Partei oder eines Dritten sind danach zunächst auf den nicht gedeckten Teil der Anwaltsgebühr zu verrechnen.

Dieser allgemeine Grundsatz muß auch für den dem Armenanwalte nach § 124 ZPO. zustehenden Erstattungsanspruch seiner Partei gegen den Gegner gelten. Durch den § 124 ZPO. wird dem Armenanwalte ein Recht auf den Erstattungsanspruch seiner Partei zum Zwecke der Sicherung seiner Kostenforderung eingeräumt. Durch die Beitreibung des zu erstattenden Betrages vom Gegner erhält also der Armenanwalt nur Befriedigung wegen seiner Gebührenforderung durch einen Dritten. Der § 3 ArmAnwG. ist somit schon seinem Wortlaute nach auch auf diesen Fall anzuwenden. Also ist auch der dem Armenanwalte nach § 124 ZPO. zustehende Erstattungsanspruch gegen den Gegner zunächst auf den durch die Armenanwaltsgebühren ungedeckten Teil seiner Kostenforderung zu verrechnen (vgl. OLG. Dresden 7 CReg 301/25: SächsArch. 1926, 197; ferner JW. 1930, 187, 664, 1095).

Der § 5 ArmAnwG. hat offenbar den Fall im Auge, daß dem Armenanwalte ein Erstattungsanspruch in voller Höhe zusteht; nur in diesem Falle geht der Erstattungsanspruch in Höhe der vom Staate gezahlten Armenanwaltsgebühren auf die Staatskasse über. Durch den § 5 ArmAnwG. soll nur verhindert werden, daß der Armenanwalt durch die Vergütung aus der Staatskasse und aus der Beitreibung des Erstattungsanspruches zusammen mehr als seine gesetzlichen Anwaltsgebühren erhält. Eine Änderung des in § 3 ArmAnwG. niedergelegten Grundsatzes ist im § 5 nicht enthalten. Das ergibt sich besonders daraus, daß für das Verhältnis des Armenanwaltes zu seiner Partei im § 5 ebenfalls bestimmt ist, daß sein Anspruch gegen sie auch nur in Höhe des erstatteten Betrages auf die Staatskasse übergeht.

Danach ist also der Antrag des Kl. Dr. A., die dem Kl. vom Bekl. zu erstattenden Kosten auf seinen Namen festzusetzen, gerechtfertigt, denn er hat auf seine Kostenforderung von 268 RM erst 156 RM aus der Staatskasse erhalten. Durch die Beitreibung des Erstattungsanspruches vom Bekl. würde er noch nicht mehr als seine gesetzliche Kostenforderung erhalten.

(OLG. Dresden, 2. ZivSen., Beschl. v. 31. Jan. 1933, 2 CReg 528/32.)

*

Riel.

9. §§ 91, 698 ZPO. Im Mahnverfahren muß die Partei bei der Auswahl des RM., wenn sie Ersatz der dadurch entstehenden Kosten vom Gegner verlangt, dem voraussetzlichen Verhalten des Gegners Rechnung tragen.

Es ist dem Belieben einer Partei überlassen, ob sie im Mahnverfahren einen RM. zuziehen will, und es mag ihr auch freistehen, ihre Ansprüche zunächst im Mahnverfahren zu verfolgen. In der Wahl des RM., welchen eine Partei für das Mahnverfahren zum Prozeßbevollmächtigten bestellt, ist sie aber insoweit nicht frei, als die Auswahl nicht dazu führen darf, daß unnötigerweise ein Wechsel in der Person des RM. eintreten muß, wenn vom Mahnverfahren in das ordentliche Verfahren überzugehen ist. Will die Partei die ihr entstehenden Unkosten in vollem Umfange ersetzt haben, so muß sie ihre Prozeßführung so einrichten, daß die Gegenpartei nicht mit vermeidbaren Kosten belastet wird. Die Kosten der Vertretung durch einen beim OLG. nicht zugelassenen RM. sind aber vermeidbar, falls vorauszusehen ist, daß die Gegenpartei es nicht beim Mahnverfahren bewenden lassen wird. In solchem Falle muß bei der Auswahl des RM. dem voraussetzlichen Verhalten der Gegenpartei von vorneherein Rechnung getragen werden. Der gegenteiligen Auffassung kann sich der Senat nicht anschließen.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Beschl. v. 17. Aug. 1933, 2a W 40/33.)

Ber. von UBR. Schumacher, Altona.

*

10. § 307 ZPO.; § 133 BGB. Auslegung von Prozeßhandlungen. Eine Anfechtung von Prozeßhandlungen wegen Irrtums ist nicht zulässig. †

Die Erklärung des Bekl., er erkenne den Klageanspruch an, unterliegt, wie alle Prozeßerklärungen, der Auslegungsvorschr. des § 133 BGB. Unter Klageanspruch ist alles dasjenige zu ver-

Zu 10. Die Entsch. betrifft drei wichtige Fragen aus der Lehre der Prozeßhandlungen: Sie behandelt eingehend die Auslegung von Prozeßhandlungen und die Einwirkung von Willensmängeln auf Prozeßhandlungen und berührt flüchtig die Frage der Doppelnatur von Prozeßhandlungen. Das Ergebnis ihrer Stellungnahme ist zutreffend, die Begr. befriedigt aber nicht.

Bei der Auslegung von Prozeßhandlungen wendet das OLG. Kiel den § 133 BGB. an. Hierzu hätte es einer besonderen Begr. bedurft. Das RG. vertritt in ständiger Rspr. den Grundsatz, daß die Anwendung bürgerlich-rechtlicher Rechtsätze auf prozess-

stehen, was vom Kl. beansprucht war, also der Hauptspruch mit den Zinsen. Gegenüber dieser wörtlichen Auslegung müßte der Bekl. dartun, daß seine Erklärung anders aufzufassen ist. Diesen Beweis hat er nicht erbracht. Zwar ist dem Bekl. zuzugeben, daß die Frage der Zinszahlung ebenso wie die Frage der Kostentragung mit dem Verzuge im unmittelbaren Zusammenhang steht und daß es deshalb nahe gelegen hätte, auch die Frage der Zinszahlung dem Schlussurteil vorzubehalten. Indessen war die Frage der Zinszahlung bis dahin niemals streitig gewesen und es hätte eines besonderen Vorbehalts seitens des Bekl. bedurft, wenn er die Zinsen von dem Anerkenntnis ausnehmen wollte. Hinzu kommt, daß unmittelbar nach Abgabe des Anerkenntnisses ein Vergleich zwischen den Parteien, wenn auch unter Widerruf, geschlossen ist, in dem sich der Bekl. zur Zinszahlung verpflichtete und in dem wegen der bis dahin noch zu entscheidenden Kostenfrage ein Vergleich geschlossen wurde. Zum mindesten in diesem Augenblick wäre es Sache des Bekl. gewesen, zu erklären, daß sich sein Anerkenntnis nicht auf die Zinsen hätte beziehen sollen. Da somit der Bekl. das Gegenteil nicht bewiesen hat, muß sein Anerkenntnis so verstanden werden, wie es dem Wortlaut entspricht. Anerkannt sind danach auch die Zinsen in der geforderten Höhe.

Zu prüfen war weiter, ob dieses Anerkenntnis der Anfechtung unterlag. Ob derartige prozessuale Erklärungen anfechtbar sind, ist in Rspr. und Schrifttum streitig. Es wird die Ansicht vertreten, daß eine derartige Erklärung rein prozessual zu betrachten sei, daß sie also unwiderruflich sei und den materiellen Vorsch. über die Willenserklärungen völlig entriecht ist (so Förster-Kann § 307; Rosenbergs § 135; Baumbach, Anm. B zu § 306 ZPO.). Eine andere Meinung geht dahin, daß das prozessuale Anerkenntnis eine Doppelnatur habe, einmal eine prozessuale und weiter eine materielle, und daß deshalb eine Anfechtung zulässig sei (so Stein-Jonas zu Anm. 5 § 307; ebenso RG. 90, 190¹); JW. 1926, 2740; JW. 1887, 434; OLG. 18, 57; OLG. 35, 31). Das RG. hat in der neueren Rspr. die Ansicht vertreten, daß eine solche Anfechtung von Prozeßhandlungen wegen Irrtums nicht zulässig sei (vgl. RG. 105, 355). Der Senat hat sich dieser Ansicht angeschlossen. Prozeßhandlungen müssen so aufgefaßt werden, wie sie abgegeben sind. Es würde zu einer Unsicherheit führen, wollte man derartige prozessuale Erklärungen nachträglich durch Anfechtung beseitigen lassen. Ist danach die Anfechtung nicht zulässig, so war der Bekl. gem. § 307 ZPO. seinem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen. Dabei sei bemerkt, daß der Bekl. auch aus materiellen Gründen zur Zinszahlung, wenigstens in Höhe der Hinterlegungssumme, zu verurteilen gewesen wäre. Das zwischen den Parteien bestehende Ver-

sualet Rechtsgeschäfte nicht zulässig sei (z. B. RG. 105, 311 und 355; 118, 176 = JW. 1928, 113; 135, 339 = JW. 1932, 2868). Zwar ist dieser Satz vom RG. nur für die Frage, wie weit Willensmängel auf Prozeßhandlungen einwirken, entwickelt worden. Man muß jedoch auch darüber hinaus diesen Rechtsatz gelten lassen. Dazu nötig die grundsätzliche Verschiedenheit der rechtlichen Natur der Prozeßhandlungen und der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfte. Die Prozeßhandlungen haben ihren Ursprung im Prozeßrecht, sie dienen der Gestaltung des Prozesses, sie gehören also dem Verfahrensrecht an. Da kann ihre rechtliche Beurteilung auch nur dem Verfahrensrecht entnommen werden. Bürgerlich-rechtliche Vorsch. können auf Tatbestände aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts nicht unmittelbar angewendet werden. Will man aber auch nur einer rechtsähnlichen Anwendung das Wort reden, dann muß hierfür ein besonderer Rechtfertigungsgrund angegeben werden. — Daß Prozeßhandlungen überhaupt auslegungsfähig sind, bedarf weiter keiner Begr. Das Recht zu ihrer Auslegung nimmt das RG. in ständiger Rspr. für sich als RevG. in Anspruch (vgl. von anderen vielen Entsch. RG. 104, 136; 107, 344; 134, 132 = JW. 1932, 652; 136, 206 = JW. 1932, 2150). Die Grundätze der Auslegung müssen dem Rechtsgebiet entnommen werden, dem die Prozeßhandlungen angehören, nämlich dem Prozeßrecht (vgl. Förster-Kann ebe vor § 128). Wo besondere prozessuale Vorsch. hierüber fehlen, muß die Rechtslehre eingreifen. Es erscheint nicht angängig, hierbei auf § 133 BGB. zurückzugreifen und daraus eine allgemeine auch für andere Rechtsgebiete geltende Norm zu entwickeln, denn ein solches Verfahren läßt die Besonderheiten des Prozeßrechts außer Betracht. Dies scheint auch das OLG. Kiel selbst zu empfinden, denn in einem späteren Absatz des obigen Art. findet sich die Bemerkung, daß Prozeßhandlungen so aufgefaßt werden müßten, wie sie abgegeben sind. Dieser Satz ist zutreffend. Im Prozeßrecht steht dem Wortlaut der prozessualen Erklärung das Primat über den Erklärungswillen zu. Nur das, was dem Empfänger einer prozessualen Erklärung, also dem Gericht oder dem Prozeßgegner, aus dem Wortlaut der Erklärung als Wille des Erklärenden wirklich erkennbar ist, ist für das Prozeßrecht beachtlich. Das RG. hat

tragsverhältnis verpflichtete ihn, die Hinterlegungssumme verzinslich anzulegen, entweder auf einer Bank oder bei der Hinterlegungsstelle. Unterließ er dieses, so ist er verpflichtet, dem Kl. den hierdurch entstandenen Schaden, nämlich den entgangenen Gewinn, zu ersetzen, auch wenn ein Verzug nicht vorlag.

Da der Bell. den Klageanspruch unverzüglich anerkannt hat, die Klage bis dahin aber nicht begründet war, so fallen gem. § 93 ZPO. die Prozeßkosten dem Kl. zur Last. Der Kl. kann sich auch nicht darauf berufen, daß der Bell. nachträglich die Erfüllung eines Teiles der Klageforderung verweigert hat. Zwar ist die Ansicht des Bell., er könne mit dem Kostenerstattungsanspruch aus diesem Prozeß aufrechnen, irrig, da dieser Anspruch selbst erst aufrechenbar ist, wenn er im Kostenfestsetzungsverfahren festgesetzt ist (§ 387 BGB.). Bis dahin handelt es sich nur um einen bedingten Anspruch, dessen Höhe noch ungewiß ist.

(OLG. Kiel, Ur. v. 20. Dez. 1932, 2 U 7/32.)

Ver. von OLG. Dr. R ö m e r, Kiel.

*

diesen Satz gelegentlich der Frage aufgestellt, inwieweit offenbare Unrichtigkeiten bei prozessualen Erklärungen berichtigt werden können (vgl. RG. 105, 356). Dieser Satz dürfte allgemein für Auslegung von Prozeßhandlungen Geltung beanspruchen. Maßgebend ist demnach lediglich der objektive Erkenntniswert der Prozeßhandlung. Damit ist aber ein anderer Rechtsatz gewonnen als § 133 BGB. zum Ausdruck bringt. Natürlich wird das Gericht nicht der Prüfung überhoben, welches der eigentliche Erklärungswille gewesen ist (vgl. RG. 134, 132 = JW. 1932, 652). Dieser darf aber nur berücksichtigt werden, wenn er in der Prozeßhandlung erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Von diesem Rechtsstandpunkt aus hätte sich in der vorl. Entsch. die Erörterung darüber erübrigt, ob der Bell. den Willen gehabt hat, auch die Zinsen mitanzuerkennen, denn er hat seine Anerkenntniserklärung nicht auf einen Teil des geltend gemachten Klageanspruches beschränkt. Bei Fehlen dieser Einschränkung ist sein andersartiger Erklärungswille nicht beachtlich.

Die Unfechtbarkeit von Prozeßhandlungen wegen Willensmängeln erklärt die obige Entsch. zutreffend für unmöglich. Indessen befriedigt auch hier die Begr. nicht. Die Entsch. stützt ihren Standpunkt lediglich auf den Satz, daß die Zulassung einer Anfechtung von Prozeßhandlungen zu einer Unsicherheit führen würde. Dieses Argument ist nicht der Sache entnommen, sondern den Auswirkungen in der Praxis. Daraus kann aber nicht die innere Rechtfertigung für einen Rechtsatz hergeleitet werden. Auch die Begr., die das RG. in der für die Lehre von Prozeßhandlungen grundlegenden Entsch. RG. 105, 355 gibt, will nicht überzeugen. Es sagt, die öffentlich-rechtliche Natur des Prozeßes nötige im Interesse der Sicherstellung eines geordneten Fortgangs des Verfahrens dazu, der unzweideutigen Verfügung einer Prozeßpartei über die fernere Gestaltung der prozessualen Beziehungen der Parteien zueinander die Rechtswirksamkeit nicht um deswillen zu nehmen, weil sie dem inneren Willen des Erklärenden nicht entspricht. Hier schleicht sich der gleiche methodische Fehler ein, wie in der obigen Entsch.: Der Rechtsatz wird nicht aus der Natur des Rechtsinstituts selbst entwickelt, sondern aus Umständen, die sich erst aus seiner Anwendung ergeben. Aber auch eine positive Unrichtigkeit scheint hierbei mitzuunterlaufen. Das Verfahrensrecht kennt ja selbst Fälle, in denen eine Prozeßhandlung nachträglich beseitigt werden kann, z. B. das Geständnis. Das Gesetz geht demnach doch wohl davon aus, daß der nachträgliche Wegfall einer Prozeßhandlung den geordneten Fortgang des Verfahrens nicht störe, es stellt mithin das Parteiinteresse nicht grundsätzlich hinter das öffentliche Interesse am geordneten Fortgang des Verfahrens zurück. — Der innere Grund, weshalb die Anfechtung von Prozeßhandlungen wegen Willensmängeln ausgeschlossen ist, liegt in der Wesensart der Prozeßhandlungen selbst. Da sie ihren Ursprung und Zweck im Verfahrensrecht haben, können sie auch nur nach Verfahrensrecht beurteilt werden. Dieses kennt nun aber eine Anfechtung wegen Willensmängeln nicht. Damit ist nicht gesagt, daß Prozeßhandlungen überhaupt nicht nachträglich beseitigt werden können. Wie das bereits erwähnte Beispiel des Geständnisses zeigt, ist der Widerruf und die Rücknahme von Prozeßhandlungen dem Verfahrensrecht nicht fremd. Teils wird beides ganz unbeschränkt zugelassen, teils unter erschwerenden Voraussetzungen (vgl. Stein-Jonas V 6 vor § 128; Kann Ann. 2 c dd vor § 128). Bei jeder Prozeßhandlung muß im Einzelfall geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen sie dem Widerruf bzw. der Rücknahme zugänglich ist. Wo man zu der Feststellung kommt, daß das Gesetz schweigt, ist die Unwiderruflichkeit dieser Prozeßhandlung fest. In solchen Fällen liegt nicht etwa eine Lücke des Gesetzes vor, die durch bürgerlich-rechtliche Vorschr. auszufüllen wäre. Trotzdem die Prozeßhandlungen von Privatpersonen ausgehen, gehören sie dem Verfahrensrecht, also dem Gebiet des öffentlichen Rechts, an, auf

Raumburg.

II. § 124 ZPO.; § 5 ArmAnwG. Der Armenanwalt ist berechtigt, eine ihm auf seine Kostenforderung aus der Staatskasse geleistete Zahlung zunächst auf den Teil seiner Kosten anzurechnen, für die die Gegenpartei nicht haftet. Der ihm danach verbleibende Erstattungsanspruch geht dem auf die Staatskasse übergegangenem Erstattungsanspruch auch dann vor, wenn die Staatskasse wegen ihres Anspruchs die Gegenpartei schon in Anspruch genommen hat.

Die Entsch. hängt von der Stellungnahme zu der Frage ab, ob der Armenanwalt, der Zahlung aus der Staatskasse erhalten hat, in deren Höhe den ersatzpflichtigen Gegner der Armenpartei überhaupt nicht in Anspruch nehmen darf, weil insoweit sein Erstattungsanspruch nach § 5 ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928 auf die zahlende Staatskasse übergegangen ist, oder ob der Armenanwalt sich die Zahlungen aus der Staatskasse zunächst auf den durch die Finanzsicherung des Gegners nicht gedeckten Teil seiner Kostenforderung anrechnen kann. Die Frage wird in der Rpr. verschieden beantwortet. Der Senat schließt sich der vorstehend zuletzt erwähnten Meinung an (s. dazu die ausführliche Erörterung im Beschluß des OLG. Dresden v. 10. Dez. 1932: JW. 1933, 550⁴⁸ mit den mehrfachen Verweisungen auf anderweitige Entsch. und auf die einschlägigen Erläuterungswerke zur ArmAnwG.); denn nur sie wird dem Zweck des ArmAnwG. in vollem Umfange gerecht, dem Armenanwalt neben oder an Stelle des einstweilen zahlungsbesreiten Auftraggebers in dem Staat in gewissen Grenzen einen zahlungsfähigen Schuldner zu geben, im übrigen ihm aber seine weiteren Rechte gegen Auftraggeber und Gegenpartei ungefährdet zu belassen. Die Zahlung durch die

dessen Tatbestände die Vorschr. des Privatrechts nicht übertragen werden können. Auf die alleinige Maßgeblichkeit der ZPO. weist auch das RG. 105, 355 hin, indem es auspricht, daß mangels eines Anhalts in der ZPO. die Vorschr. des BGB. über die Anfechtung keine Anwendung finden können. Für die Prozeßhandlungen besteht der Grundsatz, daß die Partei an der Willenserklärung, die sie einmal abgegeben hat, festgehalten wird (vgl. Kann a. a. O.).

Dieser Grundsatz erleidet nun aber eine Einschränkung: Er gilt nur für rein prozessuale Rechtsgeschäfte. Daneben gibt es auch Fälle, in denen Prozeßhandlungen mit privatrechtlichen Rechtsgeschäften verbunden werden. Solche Rechtsgeschäfte haben eine Doppelnatur, sie gehören teils dem Prozeßrecht, teils dem bürgerlichen Recht an. Hier entsteht die Frage, welches Rechtsgebiet für die Beurteilung solcher Rechtsgeschäfte heranzuziehen ist. Das RG. 118, 176 = JW. 1928, 113 und 123, 84 = JW. 1929, 851 hat dem bürgerlichen Recht die Vorherrschaft zugesprochen, allerdings nicht grundsätzlich, sondern unter Beschränkung auf den zur Entsch. stehenden Fall, in welchem nur die Einwirkung des Verstorbenen gegen die guten Sitten zu prüfen war. Es handelte sich um Verträge, die zur Erleichterung der Scheidung geschlossen waren und in denen sich ein Teil zur Rücknahme der Ver., der andere Teil zur Übernahme einer Zahlung an den Gegner verpflichtet hatte. Hier ist mit Recht der durch die Sittenwidrigkeit bedingten Nichtigkeit des privatrechtlichen Rechtsgeschäfts auch die gleiche Wirkung auf die Prozeßhandlung zugesprochen worden. Das Prozeßrecht ist nur die Dienerin des Privatrechts. Es regelt die Formen, in denen ein privatrechtlicher Anspruch durchgesetzt werden kann, der Endzweck des Verfahrens bleibt der materielle Anspruch. Das Prozeßrecht kann sich daher nicht, wie das RG. 118, 176 = JW. 1928, 113 zutreffend betont, in den Dienst eines Erfolges stellen, den das Privatrecht mißbilligt. Die beiden Entsch. des RG. lassen aber zwei Fragen offen: Gilt die Vorherrschaft des bürgerlichen Rechts auch bei einseitigen Rechtsgeschäften mit Doppelnatur und besteht sie außer dem Falle der Nichtigkeit des Privatrechtsgeschäfts auch in dem Falle bloßer Unfechtbarkeit? Zu diesen Fragen Stellung zu nehmen, hätte das OLG. Kiel in der vorl. Entsch. Anlaß gehabt. Es hatte die Bedeutung des Anerkenntnisses zu untersuchen, einer Prozeßhandlung, die sich unmittelbar auf den materiellen Anspruch auswirkt. Dann mußte es zunächst zu dem von ihm selbst zitierten Streit der Meinungen Stellung nehmen, ob das Anerkenntnis als eine reine Prozeßhandlung oder als ein Rechtsgeschäft mit prozeßrechtlich und bürgerlich-rechtlich gemischtem Tatbestand anzusprechen ist. Es war ein Fehler, daß es die Entsch. des RG.: JW. 1926, 2740 unter den Zitaten anführte, welche die Doppelnatur des Anerkenntnisses bejahen. In dieser Entsch. hat das RG. vielmehr ausgesprochen, daß das prozessuale Anerkenntnis ein rein prozessuales Rechtsgeschäft sei. Es betont ausdrücklich, daß das Anerkenntnis dem freien Widerruf und der Kondition entzogen sei. Mit der Einreihung des prozessualen Anerkenntnisses unter die reinen Prozeßhandlungen ist dann die Ausschließung seiner Unfechtbarkeit nach den oben entwickelten Rechtsätzen gegeben.

RA. Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Staatskasse soll, wie sich aus § 3 ArmAnwG. ergibt und worauf OLG. Dresden a. a. O. mit Recht hinweist, keine Abfindung des Armenanwalts wegen seiner Kostenforderung sein, so daß sonst dann der Staat kraft gesetzlicher Forderungsübergangs in Höhe der geleisteten Zahlung in jedem Fall vorginge, sondern sie soll dem Armenanwalt eine Vergütung für seine Arbeitsleistung zunächst wenigstens in gewissem Umfange verschaffen. Aus dieser Erwägung heraus darf die Vorschr. in § 5 ArmAnwG. über den Forderungsübergang auf den Staat nicht bloß aus sich heraus verstanden werden, sondern sie muß im Zusammenhang mit § 3 a. a. O. und damit dahin ausgelegt werden, daß der Forderungsübergang u n b e s c h a d e t der sonstigen Rechte des Armenanwalts erfolgt, also auch unbeschadet des Rechts aus § 124 ZPO. auf Beibehaltung seiner durch die Zahlung der Staatskasse noch nicht gedeckten Kosten von der Gegenpartei. Sein Kostenerstattungsanspruch geht, soweit er ungedeckt geblieben ist, dem auf den Staat übergegangenen Ersatzanspruch vor. Nur mit dieser Beschränkung tritt der gesetzliche Forderungsübergang aus § 5 auf den Staat ein.

Ist dem aber so, dann kann das Recht des Armenanwalts, von der Gegenpartei den durch die Zahlung der Staatskasse an ihn noch nicht gedeckten Teil seiner Kosten erstattet zu verlangen, auch nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß die Staatskasse wegen ihrer Zahlung an den Armenanwalt bereits die Gegenpartei — sei es im ganzen Umfang oder zum Teil — in Anspruch genommen hat; denn geht der Anspruch des Armenanwalts auf den Staat nur insoweit über, als sein Recht auf Befriedigung wegen seiner Kosten dadurch nicht geschmälert wird, gehen also seine Rechte denen der Staatskasse vor, dann kann die Staatskasse natürlich nicht Befriedigung vor ihm verlangen. Selbstverständlich darf unter der Inanspruchnahme von beiden Seiten, einmal durch den Armenanwalt und das andere Mal durch die Staatskasse, auch die Gegenpartei nicht leiden. Sie braucht gemäß dem gegen sie ergangenen Urk. im ganzen hier nicht mehr als die Hälfte der außergerichtlichen Kosten des Kl. zu zahlen, also auch nicht mehr als die Hälfte der Kosten des Armenanwalts. Was sie darüber hinaus an die Gerichtskasse etwa schon gezahlt haben sollte, würde des Rechtsgrundes entbehren und könnte sie daher von der Gerichtskasse wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückerstattet verlangen, gegebenenfalls müßte sie gegen die Gerichtskostenrechnung Erinnerung nach Maßgabe des § 4 GKG. einlegen. Alles das geht aber den Armenanwalt nichts an, betrifft vielmehr nur das Verhältnis zwischen Gegenpartei und Staatskasse und ist von diesen beiden unter sich zum Austrag zu bringen. Der Armenanwalt kann sich darauf berufen und verlassen, daß ihm die Gegenpartei die Hälfte seiner Kosten ungekürzt durch die an ihn geschehene Zahlung der Gerichtskasse zu erstatten hat, und er braucht sich von der Gegenpartei nicht entgegenhalten zu lassen, daß sie durch die Inanspruchnahme auch seitens der Gerichtskasse schon mehr gezahlt hat oder mehr zu zahlen haben würde, als sie urteilsmäßig nur zu zahlen braucht.

(OLG. Raumburg a. S., 7. ZivSen., Beschl. v. 14. Juli 1933, 7 W 152/33.)

Ver. von OLG. Biedermann, Raumburg a. S.

Berlin. III. Zwangsversteigerungsgesetz.

12. §§ 28, 146, 150, 161 ZwVerstG.; §§ 325, 727, 766, 769, 771, 794, 795, 800 ZPO.

1. Die Zwangsverwaltung ist zunächst unbeschränkt anzuordnen, auch wenn ein Nießbrauch am Grundstück eingetragen ist.

2. Legt der im Besitz des Grundstücks befindliche Nießbraucher gemäß § 766 ZPO. Erinnerung ein, so darf die Zwangsverwaltung nur beschränkt, d. h. unbeschadet seiner Rechte, fortgesetzt werden. Der nicht im Besitz des Grundstücks befindliche Nießbraucher kann den Fortgang der Zwangsverwaltung nicht im Wege des § 766 ZPO. hindern. Er kann sein besseres Recht nur durch Interventionsklage verfolgen.

3. Die Anordnung der beschränkten Zwangsverwaltung darf unterbleiben, wenn der betreibende Gläubiger einen gegen den Nießbraucher gerichteten vollstreckbaren Titel vorlegt, der geeignet ist, den Nießbraucher aus dem Besitz des Grundstücks zu setzen. Als Titel kommt das von dem Gläubiger der im Range vorgehenden Hypothek erwirkte Urteil gegen den Nießbraucher auf Duldung der Zwangsvollstreckung oder die vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Eigentümer erwirkten Urteils auf Befriedigung wegen der Hypothek bzw. der gegen den Eigentümer vollstreckbaren Urkunde unter den Voraussetzungen der §§ 325, 727, 794, 795, 800 ZPO. in Betracht.

4. Eines Titels gegen den besitzenden Nießbraucher,

der sein Recht gemäß § 766 ZPO. geltend macht, bedarf auch der Gläubiger der im Range vorstehenden Hypothek zur unbeschränkten Fortsetzung der Zwangsverwaltung.

5. Dem Gläubiger kann im Wege einstweiliger Einstellung gem. § 28 ZwVerstG. auch im Zwangsverwaltungsverfahren eine Frist zur Beschaffung des Titels gesetzt werden.

Auf dem Grundstück der Vollstreckungsschuldner sind für die Gläubigerin zwei Hyp. seit dem Jahre 1908 eingetragen. Hinsichtlich beider Hyp. hat sich seinerzeit der Eigentümer in den notariellen Eintragungsbewilligungen der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück in der Weise unterworfen, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Diese Unterwerfung ist gem. § 800 ZPO. in dem Grundbuch vermerkt. Im Mai 1931 wurde ein Nießbrauch für R. eingetragen.

Auf Antrag der Gläubigerin ist die Zwangsverwaltung des Grundstücks angeordnet worden.

Gegen den Anordnungsbeschl. v. Juli 1932 hat der Nießbraucher Erinnerung nach § 766 ZPO. eingelegt. Die Gläubigerin hat gem. § 28 ZPO. um eine Frist zur Beibringung eines rechtskräftigen Duldungstitels gebeten. Das OLG. hat die Erinnerung zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschw. des Nießbrauchers hat das OLG. gem. § 28 ZwVerstG. die Zwangsverwaltung einstweilen eingestellt und der betreibenden Gläubigerin eine Frist von zwei Monaten zur Beibringung eines Duldungstitels gegen den Nießbraucher gesetzt. Damit hat das OLG. über die Beschw. sachlich entschieden. Eine Zwischenentsch., die das OLG. nach der Form seines Beschlusses getroffen hat, war nicht am Platze. § 28 ZwVerstG. gewährt dem Gericht nach seinem Ermessen zwei Möglichkeiten: Entweder sofortige Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens. Durch die eine oder andere Anordnung wurde das OLG. dem Beschw. Verlangen des Nießbrauchers gerecht. Der Beschl. des OLG. stellt in Wirklichkeit die den zweiten Rechtszug abschließende Entsch. dar und unterliegt der weiteren sofortigen Beschw.

Nach §§ 17, 146 ZwVerstG. ist die Zwangsverwaltung anzunehmen, wenn der Schuldner als Grundstückseigentümer eingetragen ist. Das Vollstreckungsgericht ist nicht verpflichtet, vor Anordnung der Zwangsverwaltung zu prüfen, ob ein Nießbrauch am dem Grundstück besteht. Auch wenn sich aus den Feststellungen des Vollstreckungsgerichts ergibt, daß ein Nießbrauch eingetragen ist, ist die Zwangsverwaltung zunächst unbeschränkt anzuordnen (Armstross, Zwangsvollstreckung; Bape, Gerichtspraxis, 1 II, 2. Aufl. 1927, § 21 S. 107). Bei der Zwangsverwaltung bilden die Einkünfte aus dem Grundstück das Mittel zur Befriedigung des Gläubigers. Zur Erhebung der Einkünfte wird dem Schuldner durch die Beschlagnahme die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen und dem gerichtlichen Zwangsverwalter übertragen, der zu diesem Zwecke den Besitz des Grundstücks erhalten muß (§§ 148, 150 ZwVerstG.). Der Besitz des Zwangsverwalters ist demnach Erfordernis der Durchführung der Zwangsverwaltung (Reinhard-Müller, 3. u. 4. Aufl. 1931, § 146 IV 3; § 147 I 1; OLG. Dresden: OLGPr. 14, 207 = ZVStG. 8, 42). Wenn eine andere Person als der Eigentümer das Grundstück besitzt, muß sich die Zwangsverwaltung zugleich gegen den dritten Besitzer richten. Der Besitz eines Mieters oder Pächters bleibt allerdings von der Zwangsverwaltung unberührt. Mieter oder Pächter haben lediglich den Miet- oder Pachtzins an den Zwangsverwalter abzuführen (§§ 21, 148, 152 ZwVerstG., § 1123 BGB.). Ist der dritte Besitzer zur freiwilligen Aufgabe des Besitzes und zu dessen Überlassung an den Zwangsverwalter nicht bereit, so ist die Übergabe des Grundstücks an den Zwangsverwalter zu erzwingen. Hierzu bedarf es nach den Grundrissen des Vollstreckungsrechts eines Duldungstitels gegen den dritten Besitzer (Jaekel-Gütthe § 150 Anm. 6; Reinhard-Müller § 150 II 1 c; RG.: OLGPr. 20, 389 u. 390). Gleiches gilt, wenn ein eingetragener Nießbraucher das Grundstück im Besitz hat. Das Bestehen des Nießbrauchs als dingliches Recht ist unabhängig davon, ob der Nießbraucher gem. § 1036 BGB. den Besitz des Grundstücks erlangt hat. Wenn der Nießbraucher das Grundstück nicht besitzt, so besteht für die Zwangsverwaltung, die sich gegen den im Besitz befindlichen Eigentümer richtet, kein Hindernis. Dem nicht besitzenden Nießbraucher steht daher das Recht der Erinnerung nach § 766 ZPO. nicht zu, weil die Zwangsverwaltung nicht in seinen Besitz eingreift. Hat der nicht im Besitz des Grundstücks befindliche Nießbraucher ein besseres Recht als der betreibende Gläubiger, ist es ihm unbenommen, sein Widerspruchsrecht im Wege der §§ 771, 769 ZPO. geltend zu machen. Der im Range nachgehende, nicht besitzende Nießbraucher hat diese Möglichkeit nicht, falls nicht das Recht des betreibenden Gläubigers aus anderen Gründen anfechtbar ist (Armstross S. 108). Wenn der Nießbraucher dagegen das Grundstück im Besitz hat, so steht sein Recht der Fortsetzung der Zwangsverwaltung entgegen, gleichviel, ob der Nießbrauch dem betreibenden Gläubiger im

Ränge vor- oder nachgeht. § 28 ZwVerfG., der entgegenstehende grundbuchliche Rechte betrifft, ist auch im Zwangsverwaltungsverfahren anwendbar (§ 161 ZwVerfG.). Der Nießbraucher, der seinen Besitz durch Erinnerung nach § 766 ZPO. wahren will, muß aber vollen Beweis seines Besitzes führen. Glaubhaftmachung genügt im Falle des § 766 ZPO. nicht (Stein-*Jonas* § 766 III 3). Hier hat der Nießbraucher in seiner Erinnerung nach § 766 geltend gemacht, daß er den Nießbrauch seit Jahresfrist ausübe. Das wird durch die Anzeige des Zwangsverwalters in der Übernahmebehandlung bestätigt. Da es sich um ein Mietshausgrundstück handelt, ist somit davon auszugehen, daß sich der Nießbraucher z. B. der Beschlagnahme zum mindesten im mittelbaren Besitz des Grundstücks befand. In diesen Besitz kann der Zwangsverwalter auf Grund des vollstreckbaren Titels gegen den Eigentümer nicht eingreifen. Das Zwangsverwaltungsverfahren ist deshalb in uneingeschränkter Form nicht aufrechtzuerhalten, sondern darf nur unbeschadet des Rechtes des Nießbrauchers fortgesetzt werden (Jaedel-Güthe § 146 Anm. 5; Reinhard-Müller § 146 IV 1). Eine völlige Aufhebung der Zwangsverwaltung findet nicht statt. Die Anordnung der beschränkten Zwangsverwaltung, die gegenüber der unbeschränkten Zwangsverwaltung von wesentlich verminderter Bedeutung ist und hauptsächlich dem Zwangsverwalter die dem Eigentümer gegen den Nießbraucher verbliebenen Befugnisse gewährt, darf aber unterbleiben, wenn der Gläubiger einen gegen den Nießbraucher gerichteten vollstreckbaren Titel vorlegt, der geeignet ist, den Nießbraucher aus dem Besitz des Grundstücks zu setzen. Die Möglichkeit, einen solchen Titel noch im Laufe des Vollstreckungsverfahrens zu beschaffen, ist durch § 28 ZwVerfG. gegeben. Nach dieser Vorschr. kann das Verfahren unter Best. einer Frist, binnen welcher der Gläubiger die Hebung des Hindernisses nachzuweisen hat, einstweilen eingestellt werden. § 161 ZwVerfG., der § 28 ZwVerfG. anführt, handelt allerdings nicht von der Aufhebung der Zwangsverwaltung. Es ist aber anerkannt, daß auch im Falle der Zwangsverwaltung eine einstweilige Einstellung gem. § 28 ZwVerfG. statthaft ist (Reinhard-Müller § 161 III 1; Armströf § 112). Eine einstweilige Einstellung auf Grund des § 28 ZwVerfG. wird vor allem in Frage kommen, wenn das Recht des Nießbrauchers dem Rechte des betreibenden Gläubigers nachgeht. Zur Beschaffung eines vollstreckbaren Titels gegen den nachstehenden Nießbrauchsberechtigten bieten sich folgende Wege. Einmal ist kraft der Hyp. eine Klage des vorgehenden Hypothekengläubigers gegen den Nießbraucher auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gegeben (OLG Rsp. 20, 390). Wenn ferner eine dingliche Klage des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Befriedigung wegen der Hyp. aus dem Grundstück rechtshängig war, bevor der Nießbrauch eingetragen wurde, so finden die §§ 727, 325 ZPO. Anwendung. Denn der nach der Rechtshängigkeit eingetragene Nießbraucher ist Rechtsnachfolger des Eigentümers in dem weiteren Sinne, in dem der Begriff der Rechtsnachfolge in § 727 ZPO. aufzufassen ist. Unter diesen Begriff fällt nicht nur der volle Rechtsübergang, sondern auch der Erwerb eines dinglichen Rechtes an dem in Streit befangenen Grundstück (Sternberg, Festschr. f. Obernec, 1930, S. 76; Mendel: DNotB. 1914, 314, 317; RG.: OLG Rsp. 26, 88; RGZ. 49, 20).

Nach § 727 ZPO. ist die Rechtsnachfolge, sofern sie nicht bei dem Gericht offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentliche beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Dieser Nachweis ist durch ein Zeugnis des GVL. über die Eintragung des Nießbrauchs zu erbringen. Die Beschaffung dieses Zeugnisses ermöglicht § 11 GVO., nötigenfalls § 792 ZPO. Der Nießbraucher, dem der Eigentümer den Besitz übergeben hat, würde außerdem als Besitzer der in Streit befangenen Sache nämlich des Grundstücks i. S. des zweiten Anwendungsfalles des § 727 ZPO. anzusehen sein. Im Streit befangenen ist auch ein Grundstück, hinsichtlich dessen ein dingliches Recht geltend gemacht wird (RG. 102, 179¹); OLG Rsp. 26, 88; Sternberg S. 76). In diesem Falle muß allerdings das Besitzverhältnis des Nießbrauchers, wenn es nicht bei dem Gericht offenkundig ist, gleichfalls durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Dieser Nachweis wird zunächst auf Schwierigkeiten stoßen und daher der Nachweis der Rechtsnachfolge einfacher sein. Die vollstreckbare Ausfertigung des Urts. gegen den dinglichen Schuldner kann demnach unter den angegebenen Voraussetzungen gem. § 727 ZPO. gegen den Nießbraucher des Grundstücks erteilt werden (vgl. für den Fall des Nießbrauchs an einem Vermögen Stein-*Jonas* §§ 737 II 2, 738 I). Bei einer nach § 794 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen vollstreckbaren Urkunde, auf die nach § 795 ZPO. § 727 ZPO. entsprechend anzuwenden ist, ist dem Eintritt der Rechtshängigkeit der Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde gleichzustellen (RGZ. 49, 20). Wenn also der Eigentümer sich in notarieller Urkunde wegen der Hyp. der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück gem. § 800 ZPO. unterworfen hat und später ein Nießbrauch an dem Grundstück ein-

getragen ist, so ist zugunsten des Gläubigers die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Nießbraucher als Rechtsnachfolger oder Besitznachfolger gem. § 727 ZPO. zulässig, ohne daß es einer Duldungsklage gegen den Nießbraucher bedarf (RG.: OLG Rsp. 25, 264; 26, 88; Staudinger vor § 1030 Anm. 6 a; Armströf S. 108; Reinhard-Müller § 146 IV 1; Littmann: JW. 1932, 3169; vgl. auch Jaedel-Güthe § 146 Anm. 5). Die Beschaffung eines vollstreckbaren Titels gegen den Nießbraucher ist also auch ohne Erhebung einer Duldungsklage gegen den Nießbraucher möglich. Die Auffassung (vgl. JW. 1932, 2384), daß es eines Duldungstitels gegen den Nießbraucher nicht bedürfe, wenn die Zwangsverwaltung aus einem im Rang vorgehenden und gem. § 800 ZPO. gegen den jeweiligen Eigentümer vollstreckbaren Recht betrieben werde, kann nicht auf RG. 81, 150 = JW. 1913, 330 gestützt werden. Die dort erörterte Zwangsvollstreckung des Hypothekengläubigers in Mietforderungen steht der Zwangsverwaltung nicht gleich, weil bei der Pfändung der Mieten die Frage des Besitzes des Grundstücks keine Rolle spielt, und daher bei der Zwangsvollstreckung in die Mieten ein Duldungstitel gegen den bestehenden Nießbraucher nicht nötig ist. Die Entbehrlichkeit eines Duldungstitels gegen den nachgehenden Nießbraucher im Zwangsverwaltungsverfahren kann auch nicht darauf gegründet werden, daß nach der im Schrifttum (Jaedel-Güthe § 17 Anm. 3; Reinhard-Müller § 16 VII 1 a; Marcus: ZVfZ. 14, 592) herrschenden Meinung in dem ähnlich liegenden Falle des ehemännlichen Nießbrauchs von einem Duldungstitel gegen den Ehemann abgesehen werden kann, wenn die Zwangsverwaltung wegen einer mit der Unterwerfungsklausel (§ 800 ZPO.) versehenen Hyp. beantragt wird, die bereits eingetragen war, als die Ehefrau das Grundstück erwarb oder die Ehe schloß. Das Schrifttum beruft sich hierfür auf RG.: OLG Rsp. 25, 233 = ZVfZ. 14, 592. Dort ist aber die Frage offengelassen worden. Der herrschenden Meinung kann auch aus den zutreffenden Gegenständen von Bede: JW. 1916, 1444 und Sternberg, Festschrift für Obernec 1930, S. 72 ff. nicht beigetreten werden. Im Falle des ehemännlichen Nießbrauchs ist vielmehr gleichfalls wegen des Eingriffs in die Rechte des Ehemannes ein Duldungstitel gegen den Ehemann (gegebenenfalls nach § 727 ZPO., dessen Voraussetzungen in der Regel der Fälle erfüllt sein werden) erforderlich (ebenso Pland, 4. Aufl. 1928, § 1411 Anm. 14 b; Schmidt-Knaß: DJZ. 1907, 1019; Mendel: DNotB. 1914, 317; Buhe: JW. 1918, 498; OLG. Frankfurt: Frankf.-AnwR. 1930, 86). Im vorl. Falle genügt aber als Duldungstitel die gegen den Nießbraucher nach § 727 ZPO. erteilte vollstreckbare Ausfertigung der vom Schuldner ausgestellten vollstreckbaren Urkunde nach §§ 794 Nr. 5, 800 ZPO.

Die einstweilige Einstellung nach § 28 ZwVerfG. läßt die Befugnisse des Zwangsverwalters im allgemeinen unberührt. Die Befriedigung des betreibenden Gläubigers aus den Verwaltungsumschüssen hat allerdings bis auf weiteres zu unterbleiben. Im übrigen hat jedoch der Zwangsverwalter alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen. Er hat die Abgaben zu erheben und aus den Erträgen die Verwaltungsausgaben sowie die laufenden Ausgaben zu decken (Reinhard-Müller § 161 III 3).

(RG., Beschl. v. 2. Nov. 1932, 12 W 9432/32)

Ver. von Ger. Ass. Gerhard Hofmann, Berlin.

13. §§ 33, 95 ZwVerfG. Unzulässigkeit einer schon vor Schluß der Versteigerungsverhandlung eingelegten Beschwerde gegen die Ablehnung der einstw. Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens, wenn der Zuschlag inzwischen erteilt worden ist. — Darin, daß der betreibende Gläubiger der Aufhebung des Versteigerungstermins nicht widerspricht, liegt keine Bewilligung der einstw. Einstellung des Verfahrens. — Erteilung des Zuschlags, wenn wegen nachträglicher Befriedigung des an erster Stelle betreibenden Gläubigers und Rücknahme seines Versteigerungsantrags das geringste Gebot unrichtig gebildet worden ist. †)

(RG., 12. Zivilsen., Beschl. v. 25. Jan. 1933, 12 W 12001/32; 154/33.)

Abgedr. JW. 1933, 1899⁹.

Zu 13. A. Anm. Fraeb, ebenda.

B. Ich halte die Auffassung des RG., die auch Jaedel-Güthe-Volkmar-Armströf, Anm. 1 a. E. zu § 95 vertreten, nicht für so angreifbar, wie Fraeb meint. Zunächst übersieht er, daß das RG.: JW. 1932, 188 ausdrücklich betont, es komme nicht darauf an, wann der zur Befriedigung des Zuschlags gem. § 33 führende Grund entstanden sei, sondern darauf, daß er erst nach dem

¹) JW. 1921, 1599.

IV. Konkursordnung und Vergleichsordnung.

Braunschweig.

14. § 7 VerglD. Die Vollstreckungsklausel wegen der ganzen Forderung darf nur erteilt werden, nachdem klargestellt ist, ob die Voraussetzungen der Verfallklausel gegeben sind.

Die Vollstreckungsklausel kann wegen der ganzen Forderung nur erteilt werden, wenn der Vergleich eine kassatorische Klausel enthält, die eine Vollstreckung wegen der ganzen Forderung ermöglicht, oder wenn die Verfallklausel des § 7 VerglD. gilt. Es braucht zwar nicht festgestellt zu werden, ob die Voraussetzungen der Verfallklausel gegeben sind. Zum mindesten muß doch aber klargestellt werden, ob der Vergleich überhaupt bei nicht pünktlicher Zahlung wegen der ganzen Summe vollstreckt werden kann. Die Vollstreckungsklausel muß dem Ur- oder dem sonstigen Vollstreckungstitel entsprechen, zu dem sie erteilt wird (Förster-Kann, Anm. 2 zu § 725 ZPO.). Wenn hier in ihr ausdrücklich bezeugt werden soll, sie werde wegen der ganzen Forderung erteilt, mußte daher auch geprüft werden, ob der abgeschlossene Vergleich überhaupt eine derartige Vollstreckungsmöglichkeit gibt. Diese Prüfung obliegt derjenigen Stelle, die die Vollstreckungsklausel erteilt. Diese Stelle muß auch, wenn notwendig, durch Auslegung des Vergleichs dessen Sinn ermitteln und kann das nicht einem späteren Verfahren überlassen, soweit ihr die Auslegung möglich ist (vgl. Stein-Jonas II, 3a vor § 704 ZPO.; Förster-Kann zu § 724 ZPO.).

Hier ergibt die Auslegung des Vergleichs nicht klar, ob die Verfallklausel des § 7 VerglD. durch den Vergleich ausgeschlossen oder nur näher ausgestaltet werden sollte. Die Best. des Vergleichs, bei 14tägigem Verzug mit einer Rate solle die jeweilige

Schluß der Versteigerung als solcher erkannt worden sei. Das entspricht der h. M. Wenn das RG. weiter aus § 33 folgert, daß das BeschwG. nach dem Schluß der Versteigerung über eine Beschw. gegen die Ablehnung eines Einstellungsantrages nicht mehr entscheiden könne, weil die Entsch. im Falle der Einstellung nur durch Verjagung des Zuschlags erfolgen dürfe, so könnte man dem mit Traub entgegenhalten, daß das BeschwG. ja nicht gehindert sei, in dieser Form über die Einstellung zu entscheiden. Die Begründung trägt also die Entsch. des RG. nicht völlig. Die Ansicht des RG. teile ich aber aus einem anderen Grund.

Das gesamte Versteigerungsverfahren ist so aufgebaut, daß alle Entsch. des VollstrGer. bei der Entsch. über den Zuschlag erneut nachgeprüft werden (§ 79) und demgemäß auch durch die Zuschlagsbeschw. erneut der Nachprüfung des BeschwG. unterbreitet werden können. Es gibt deshalb nur ganz wenige Entsch. des VollstrGer. vor dem Zuschlag, die so stark in die Rechte der Betroffenen eingreifen, daß sie selbständig beschwerdefähig sind (§ 95). Trotz der Beschwerdemöglichkeit werden auch diese Entsch. mit Rücksicht auf § 79 niemals rechtskräftig im Sinne von unabänderlich, denn bei der Entsch. über den Zuschlag ist das VollstrGer. an diese früheren Entsch. nicht gebunden, wenn sie nicht von dem BeschwG. erlassen oder sachlich bestätigt worden sind, das BeschwG. ist an sie überhaupt nie gebunden (h. M.). Es entspricht deshalb dem Sinn des § 95, die selbständige Beschw. über eine dem Zuschlag vorangehende Entsch., wie das RG. es tut, dahin einzuschränken, daß sie nur zulässig ist, wenn sie mit der Zuschlagsbeschw. zeitlich auseinanderfällt. Denn — um bei dem Fall ZW. 1932, 188 zu bleiben — wenn das RG. die Einstellung ablehnt und dann die Versteigerung durchführt, so muß es seinen eigenen ablehnenden Beschl. bei der anschließenden Entsch. über den Zuschlag erneut nachprüfen. Es besteht nicht das geringste Bedürfnis, vor dieser eigenen erneuten Nachprüfung eine Entsch. des BeschwG. herbeizuführen. Das ist auch der im letzten Absatz der Entsch. ZW. 1932, 188 zum Ausdruck kommende Gedanke des RG.: „Der Versteigerungsrichter hat vielmehr bei der Entsch. über den Zuschlag (siez: erneut) nachzuprüfen, ob ein Grund zur Verjagung vorliegt.“ Der BeschwG., dessen Beschw. dem VollstrGer. keine Veranlassung gegeben hat, gem. § 572 Abs. 2 ZPO. von der Durchführung des Versteigerungstermines Abstand zu nehmen — und das wird wohl die Regel sein — kann nunmehr günstigstenfalls mit der Beschw. die Verjagung des Zuschlags erreichen, denn das BeschwG. müßte nach dem Schluß der Versteigerung in der Form des § 33 entscheiden. Die Prüfung, ob der Zuschlag zu verjagen ist, braucht aber das BeschwG. dem VollstrGer. nicht abzunehmen. Der BeschwG. mag also nach Durchführung der Versteigerung seine Beschw. als gegenstandslos zurücknehmen und demnach mit der Zuschlagsbeschw. betreiben. Gerichtsgebühren entstehen bei der Zurücknahme der Beschw. nicht, und die Erstattungspflicht bzgl. der außergerichtlichen Kosten (vgl. OLG. Karlsruhe: ZW. 1933, 1899) kann allein zu einer gegenteiligen Beurteilung der Rechtslage nicht führen. Inwieweit die Grundsätze des § 79 auch für die Entsch. gem. § 6 W.D. v. 26. Mai 1933 gelten und deshalb auch die oben dargelegten Folgerungen, ist hier nicht der Ort zu untersuchen.

UR. u. UR. Dr. Wilhelm, Frankfurt a. M.

Restforderung in vollem Umfange fällig werden, kann so verstanden werden, daß die ganze ursprüngliche Forderung abzüglich der gezahlten Vergleichsraten fällig werden soll. Es ist aber auch möglich, daß sich diese Best. nur auf den nicht erlassenen Teil der ursprünglichen Forderung beziehen soll. Dann würde man annehmen müssen, daß die Geltung des § 7 VerglD. ausgeschlossen sein sollte, und es käme nur eine Vollstreckung wegen der nicht erlassenen Forderung in Frage. Die Auslegung des Vergleichs ergibt nicht mit Sicherheit, welche Ausfassung richtig ist. Unter diesen Umständen kann die Vollstreckungsklausel zwecks Vollstreckung der gesamten Forderung nicht erteilt werden.

(OLG. Braunschweig, Beschl. v. 15. März 1933, 1 W 10/33.)

Ver. von OGR. Dr. Friede, Wolfenbüttel.

*

15. § 73 VerglD.; § 826 BGB. Dem Gläubiger, der sich bewußt auf Grund besonderer Zusagen vermögensrechtlicher Art dem Vergleichsverfahren fernhält, steht gegenüber der Berufung auf die Vorteile des Vergleichs, insbes. auch gegenüber der Inanspruchnahme des Vergleichsbürgers, die Einrede der Arglist entgegen.

Die Firma H. hat das gerichtliche Vergleichsverfahren eingeleitet. Der von ihr gemachte Vergleichsvorschlag, wonach die Gläubiger in Höhe von 35% ihrer Forderungen befriedigt werden sollten, wofür sich der Bekl. selbstschuldnerisch schriftlich verbürgte, wurde angenommen und gerichtlich bestätigt. Die Kl. hat behauptet, eine Forderung an H. zu haben. Der Anspruch ist aber weder von ihr noch von H. im Vergleichsverfahren angemeldet worden. Sie hat den Bekl. auf Grund der von ihm eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung auf Zahlung in Anspruch genommen. Der Bekl. hat geltend gemacht, die Kl. habe die Anmeldung ihrer Forderung auf Grund eines Abkommens mit H. unterlassen, weil letzterer ihr zugesichert habe, sie nach Beendigung des Vergleichsverfahrens in voller Höhe zu befriedigen.

LG. hat beurteilt, OLG. die Klage abgewiesen.

M. R. hält der Bekl. dem Klagebegehren die Einrede der Arglist entgegen. Allerdings ist der bestätigte Vergleich nach § 73 VerglD. wirksam für und gegen alle an dem Verfahren beteiligten Gläubiger, auch wenn sie am Verfahren nicht teilgenommen haben. Dies schließt nicht aus, daß im einzelnen Falle das bewußte Sichfernhalten eines Gläubigers vom Vergleichsverfahren gegen Treu und Glauben verstoßen kann. Denn wenn auch ein Gläubiger seine Forderung im Vergleichsverfahren nicht anzumelden braucht und trotzdem die Rechte aus § 73 VerglD. für sich in Anspruch nehmen kann, so ist doch das Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner, vor allem aber das erstere von erheblicher Bedeutung für den Gang des Vergleichsverfahrens. Denn nach dem — nötigenfalls berichtigten — Gläubigerverzeichnis richtet sich das Stimmrecht — § 62 VerglD. —, und letzteres ist für das Zustandekommen oder das Scheitern des Vergleichs von Bedeutung, § 63 a. a. V. Abmachungen zwischen Schuldner und Gläubiger über Nichtanmeldung von Forderungen zielen also darauf hinaus, die wahre Vermögenslage zu verfälschen und so nicht nur bei dem Gericht, sondern auch bei den übrigen Beteiligten, insbes. bei einem etwaigen Bürgen irrtümliche Vorstellungen über den tatsächlichen Vermögensstand zu erwecken. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob im Einzelfall ein solches Abkommen für den Verlauf des Vergleichsverfahrens ursächlich gewesen ist, ob insbes. der Vergleich auch bei Anmeldung der Forderung die notwendige Mehrheit (§ 63 VerglD.) gefunden hätte. Ebenso ist es unerheblich, ob im Einzelfall eine Täuschung der übrigen Beteiligten geradezu beabsichtigt gewesen ist. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß heute die maßgebenden Best. der VerglD. den weitesten Kaufmannskreisen bekannt geworden sind, nachdem das Gesetz vor mehr als 5 Jahren in Kraft getreten ist, und daß Kaufleute wie die Kl. sich bei Abmachungen der hier behaupteten Art der vollen Tragweite ihrer Abreden bewußt sind. Ist somit jedes Abkommen über Nichtanmeldung von Forderungen nicht unbedenklich und geeignet, Mißtrauen zu erwecken, so ist der unlautere Charakter offensichtlich, wenn es, wie hier behauptet ist, mit dem Versprechen von Vorteilen irgendwelcher Art verbunden ist. Die Rücksicht auf die Redlichkeit im Geschäftsleben verlangt gebieterisch, derartigen Machenschaften auszuscheiden und entgegenzutreten. Der Schutz des ehrlichen Verkehrs bliebe aber unvollkommen, wenn zwar eine solche Abrede als nichtig zu behandeln wäre (§ 5 Abs. 3 VerglD.), der unredliche Gläubiger aber trotzdem die Vorteile des Vergleichs für sich beanspruchen könnte. Vielmehr sind einem Gläubiger, der sich auf Grund von besonderen Zusagen vermögensrechtlicher Art bewußt dem Vergleichsverfahren fernhält, gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben die besonderen Vergünstigungen des Vergleichs, insbes., wie hier, der Rückgriff auf den Bürgen zu verjagen.

(OLG. Braunschweig, 2. Zivilsen., Ur. v. 7. Febr. 1933; 2 V 129/32.)

Ver. von OGR. Dr. Friede, Wolfenbüttel.

*

Breslau.

16. § 68 RD. ist nicht nur bei persönlicher Mithaftung, sondern auch bei reiner Sachmithaftung anwendbar.

Die Frage ist dann begründet, wenn die Rechtsfrage, ob der § 68 RD. nur bei persönlicher Mithaftung oder auch bei reiner Sachmithaftung gilt, im Sinne der zweiten Möglichkeit zu entscheiden ist.

Der Senat hat diese Frage bejaht.

Im Anschluß an die von Bleher, Komm. zur RD., 3. Aufl. (Anm. zu § 68) vertretene Auffassung hat das OLG. die Bedeutung des § 68 RD. darin erblickt, daß er eine Ausnahmenvorschrift gegenüber dem allgemein bürgerlichen Rechtsgrundsatz sei, wonach die Befriedigung sich insoweit mindert, als der Gläubiger durch eine Teilleistung befriedigt wird. Dem weiteren Grundsatz folgend, daß Ausnahmenvorschriften nicht ausdehnend angewendet werden dürfen, hat das OLG. eine Ausdehnung der Vorschr. des § 68 über die persönliche Mithaftung hinaus auf bloße Sachmithaftung abgelehnt. Im Grunde genommen aber enthält der § 68 RD. nicht eine Ausnahme von dem erwähnten Rechtsgrundsatz. Vielmehr besteht die Besonderheit des § 68 RD. in der Anordnung, daß im Konkursverfahren der Gläubiger an der Dividende mit seiner Forderung in der Höhe teilnehmen soll, wie sie zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden hat. Es soll also der Bestand der Forderung zur Zeit der Eröffnung des Konkurses für die Berechnung der Dividende maßgebend bleiben und es soll die Befriedigung, die der Gläubiger später von dritter Seite, nicht aus der Konkursmasse erhalten hat, nur insoweit berücksichtigt werden, als sie und die Dividende zusammen die Forderung selbst nicht übersteigen dürfen. Sieht man hierin die Besonderheit des § 68 RD., wie es auch Jaeger unter Aufgabe seines früheren Standpunktes in eingehenden und überzeugenden Darlegungen in LZ. 1919, 1055/56 (s. eingehenden und überzeugenden Darlegungen in LZ. 1919, 1055/56), so erscheint eine verschiebenartige Behandlung der Fälle der persönlichen Mithaftung und derjenigen der bloßen Sachmithaftung sachlich nicht gerechtfertigt. Für die Konkursmasse ist es einerlei, ob der anderweit gesicherte Gläubiger nach Konkurseröffnung durch einen persönlichen Mitschuldner des Gemeinschuldners eine teilweise Befriedigung erhält oder ob dies aus einer fremden Sachmithaftung geschieht. Denn weder in dem einen noch in dem anderen Falle kann der befriedigende Dritte Konkursgläubiger werden (RG. 42, 37; 14, 176; LZ. 1908, 458). Schließlich könnte es sogar dahingestellt bleiben, ob durch die Anwendung des § 68 RD. auf die Fälle bloßer Sachmithaftung eine Schädigung der anderen Gläubiger herbeigeführt wird, denn § 68 RD. bringt sogar in gewissen Fällen rein persönlicher Mithaftung eine Schlechterstellung der anderen Konkursgläubiger mit sich. Es sind dies die Fälle, in denen sich der Gemeinschuldner in Gemeinschaft mit Person befindet, die mit ihm aus unerlaubter Handlung haften. Denn befriedigt einer der anderen Mithaftenden den Gläubiger teilweise, so hat er selber gegen die anderen Mithaftenden, also auch gegen den Gemeinschuldner nur einen Ausgleichsanspruch, und er könnte, wenn er z. B. den Gläubiger in Höhe von 50% befriedigt hätte, neben den § 68 RD. nur zu 50% dividendenberechtigten Gläubigern nur weniger als 50% der Forderung, nämlich nur den in jedem Falle geringeren Ausgleichsanspruch anmelden. Unter Umständen besteht sogar überhaupt kein Ausgleichsanspruch, wenn nämlich im Innenverhältnis über eine Mithaftende den Schaden allein zu tragen hat (§§ 840, 426 BGB.). In diesen Fällen der rein persönlichen Mithaftung bringt also der § 68 RD. nicht nur dem Gläubiger für die Errechnung seiner Dividende Vorteile, sondern auch den anderen Konkursgläubigern Nachteile. Bedenkt man diese Auswirkungen, so will es unbillig erscheinen, auf die Fälle der bloßen Sachmithaftung, in denen die Konkursmasse nicht geschädigt wird, den § 68 RD. nicht anzuwenden. Unterläßt wird das Ergebnis auch durch die Überlegung, daß der Gläubiger andernfalls gezwungen wird, das gleiche Endergebnis dadurch zu erreichen, daß er die Verwertung einer Sachhaftung bis nach Beendigung des Konkurses hinauschiebt, was unter Umständen für alle Beteiligten nachteilig sein kann.

Den hier vertretenen Standpunkt nehmen ein: Jaeger, auper LZ. 1919, Lehrb. des deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. 1932, S. 121, 124; ferner Warneher sowie Mangel, Komm. zur RD. in den Anmerkungen zu § 68; OLG. Hamm: SeuffArch. 73 Nr. 89; OLG. Kassel: SeuffArch. 75 Nr. 248; Recht 1920, 3235; dagegen Bleher a. a. D.; OLG. Dresden: LZ. 1908, 89, gestützt auf den inzwischen aufgegebenen Standpunkt von Jaeger.

(OLG. Breslau, 2. ZivSen., Art. v. 6. April 1933, 2 U 2465/32.)
Eingef. von R. Dr. Heinrich Polke, Breslau.

Karlsruhe.

17. Kap. I §§ 3, 4 NotW.D. v. 27. Sept. 1932; §§ 8, 14 Bergl.D. Bei Ablehnung des Vermittlungsverf. ist die weitere Beschw. nicht gegeben.

Auf das Vermittlungsverf. finden nach Kap. I § 3 Abs. 2 NotW.D. die Vorschr. der §§ 8, 14 Bergl.D. sinngemäß Anwendung; § 8 erklärt die Best. der 3.W. für anwendbar, § 14 Abs. 1 sieht vor, daß die Entsch. des Gerichts nur insoweit der Anfechtung unterliegt, als es das Gesetz (hier die NotW.D.) bestimmt. Sie erfolgt nach § 14

Abs. 2 (binnen der Notfrist von einer Woche) durch sofortige Beschw. Eine weitere Beschw. findet nicht statt. Nach Kap. I § 4 Abs. 2 NotW.D. findet gegen einen die Eröffnung des Vermittlungsverf. ablehnenden Beschl. auch nur die sofortige Beschw. statt. Eine weitere Beschw. ist, da in der NotW.D. nicht vorgesehen, gem. § 3 Abs. 2 i. Verb. m. § 14 Abs. 2 nicht gegeben. Auch die DurchW.D. vom 17. Nov. 1932 ändert daran nichts.

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 11. Mai 1933, II ZBS 95/33.)

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

*

Kiel.

18. Zum Begriff der Benachteiligungsabsicht nach § 31 Ziff. 1 RD. und § 3 Ziff. 2 AufG.

An den Beweis einer solchen Absicht sind selbst bei sog. kongruenten Deckungsgeschäften keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Der Sen. teilt durchaus die Auffassung Jaegers (Komm. 3. RD., 6/7. Aufl., Anm. 6 zu § 31 Abs. 1 S. 611 ff.), daß eine allzu zaghafte Rechtsanwendung des Tatbestandes der Benachteiligungsabsicht den bedeutenden Schutz des § 31 Ziff. 1 RD. wie auch des § 2 Ziff. 2 AufG. zu Schaden der Konkurs- wie auch der Anfechtungsgläubiger geradezu entwerten würde. Der Grundgedanke beider Gesetze, der RD. sowohl wie des AufG. möglichst weitgehender Schutz der Gläubiger gegen eine unter ihrer Schädigung erfolgte Begünstigung eines von ihnen, erfordert geradezu eine scharf zufassende Anwendung und Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes, nur sie wird den berechtigten Bedürfnissen eines laienten Geschäftslebens gerecht. Hierauf in erster Linie muß sich die Rechtsprechung einstellen.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Art. v. 13. Juli 1933, 1 U 365/31.)

Eingef. v. OGR. Dr. Dr. Bovenfjepfen, Kiel.

*

Nürnberg.

19. Das Befriedigungsvorrecht des Kommittenten nach § 7a BankdepG. ist weder ein Aussonderungs- noch ein Absonderungsrecht, vielmehr nur eine bevorrechtigte Konkursforderung. Maßgebend ist der Kurs des Tages der Konkurseröffnung.

Der Kl. hat dem nunmehr in Konkurs geratenen Bankier K. den Auftrag zum Einkauf von nominell 3000 RM Charlottenburger Wasser- und Industrierwerkkaktien gegeben und dieselben bezahlt. Er hatte weder durch Übersendung eines Stückverzeichnis noch auf sonstige Weise das Eigentum an diesen Wertpapieren erworben.

Er erhob gegen den Konkursverwalter Klage auf Herausgabe von 1 Stück 1200 RM nominal Charlottenburger Wasser- und Industrierwerkkaktie, hilfsweise auf Bezahlung des Erlöses zur Zeit der Verwertung. Der bekl. Konkursverwalter erklärte sich bereit, den Kurswert zur Zeit der Konkurseröffnung zu bezahlen, da bezüglich dieses Wertpapiers andere Kommittenten nicht vorhanden waren; im übrigen beantragte er kostenfällige Klageabweisung. Der Kl. ist in beiden Instanzen unterlegen.

Das Befriedigungsvorrecht des § 7a BankdepG. ist weder ein Aussonderungs- noch ein Absonderungsrecht, sondern ein eigenartiges Konkursvorrecht, vergleichbar den in § 61 Abs. 3 BesvAufG. und in § 35 HypBankG. geschaffenen Vorrechten (Düringer-Hagenburg, HW., 3. Aufl., S. 915 Anm. 6 Abs. 2 und dort Zit.; Staub, HW., Anh. zu § 424 Anm. 107). Die Vorzugsberechtigten haben nicht wie Absonderungsberechtigte unabhängig vom Konkursverfahren (§ 4 Abs. 2 RD.), sondern als Konkursgläubiger innerhalb dieses Verfahrens, also nur kraft Anmeldung und Feststellung durch den Konkursverwalter und erst hinter Masse- und Absonderungsgläubigern Befriedigung zu beanspruchen (Jaeger: RAB. 49, 29; Kießer-Vernstein, BankdepG., 5. Aufl., S. 171; Wassertrüdinger: LZ. 1931, 805). Daß der Kommittent nur ein vor anderen herausgehobener Konkursgläubiger ist, sagt übrigens § 7a Abs. 1 BankdepG. ausdrücklich.

Gemäß § 69 RD. tritt daher die Umwandlung des Anspruchs des Kommittentengläubigers auf Verschaffung der Wertpapiere in eine Geldforderung ein (Düringer-Hagenburg a. a. D.; Jaeger a. a. D.; Kießer-Vernstein a. a. D.; Wassertrüdinger a. a. D.). Die Verwirklichung des Vorzugsrechts erfolgt durch Verkauf der Wertpapiere (§ 117 RD.), nicht durch Verteilung derselben in Stücken unter die Berechtigten. Und. Anf. ist nur Staub a. a. D. Num. 108, wonach die Deckungsmasse der Kommittenten im Stück unter die Kommittenten aufzuteilen ist. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Mit Recht wird insbes. von Kießer-Vernstein (s. auch Wassertrüdinger a. a. D.) darauf hingewiesen, daß eine solche Behandlung mit der grundsätzlichen Stellung der Kommittenten als bevorrechtigten Konkursgläubigern (nach oben Ausgeführten) vereinbar ist und auch in den meisten Fällen schon praktisch gar nicht durchführbar ist, da die vorhandenen oder noch zu liefernden Stücke sich selten ganz glatt unter die Berechtigten nach Verhältnis ihrer Forderungen aufteilen lassen werden. Staub bemerkt, die Befriedigung sei nach dem Vorbild der Pfandbriefgläubiger und der

Lebensversicherern (§ 35 Abs. 1 u. 2 HypothekG.; §§ 61 Abs. 3 S. 2, 62 Abs. 1 VerwAussG.) in § 7a Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 BankdepG. geordnet und in §§ 7a Abs. 2, 62 Abs. 2—5 VerwAussG. ausdrücklich als entsprechend anwendbar erklärt. Aber eine entsprechende Anwendung der für die Absonderungsberechtigten geltenden §§ 64, 163, 155, 156, 168 Nr. 3 R.D. schreibt § 7a Abs. 1 S. 3 BankdepG. nur dann vor, wenn der Kommittent für seinen Ausfall verhältnismäßige Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen des Einkaufskommissars fordert und § 7a Abs. 2 spricht nur davon, daß den Kommittenten erforderlichenfalls von dem Konkursgericht ein Pfleger zu bestellen ist, und hierfür ist § 62 Abs. 2—5 VerwAussG. für entsprechend anwendbar erklärt.

Der Stand der Befriedigungsmasse richtet sich nach dem Zeitpunkt der Konkursöffnung. Maßgebend ist also der Kurs der Wertpapiere in diesem Zeitpunkt (§ 69 R.D.). Dies ist die weitauß herrschende Anschauung (gl. Ansicht auch Staub a. a. D. Anm. 107). Nachträgliche Wertsteigerungen oder Wertminderungen der Wertpapiere bleiben sonach bedeutungslos (Düringer-Sachenburg a. a. D. Anm. 4; Nießer-Bernstein a. a. D.). Es würde auch zu großen Unzuträglichkeiten in der Abwicklung des Konkursverfahrens führen, wenn der Stand der Deckungsmassen von dem schwankenden Kurs der in Betracht kommenden Wertpapiere abhängig wäre.

Der Kl. kann somit weder die Herausgabe der Charlottenburger Wasser- und Industriewerksaktie in Natur noch den Kurswert zur Zeit der Verwertung dieser Aktie verlangen. Mit dem Kurs dieses Wertpapiers zur Zeit der Konkursöffnung ist die Forderung des Kl. von dem Konkursverwalter in den Plan über die Verteilung der einschlägigen Deckungsmasse bereits eingesezt.

(Ost. Nürnberg, 1. Zts. u. v. 3. Febr. 1933, L 660/32.)

Berlin.

b) Strafsachen.

20. § 4 UnlWG. Die auf deutsche Kleiderstoffe aufgedruckten englischen Stempel: „Warranted Shrunken by London Prozess“ oder „Guaranteed Pure Wool, Superfine Quality“ verstoßen gegen § 4 UnlWG. f)

Sie sind Mitteilungen, für einen größeren Kreis von Personen bestimmt, da sie bei Ausbreitung der Tuchballen von dem kaufslustigen Publikum wahrgenommen werden sollen, und zwar während des ganzen Verkaufsprozesses erster Hand, zweiter Hand usw. Die beiden Stempel enthalten ferner zwar, wenn man lediglich ihren Inhalt als solchen ins Deutsche übersetzt, keine unwarahren Angaben im vorl. Fall. Hier von kann aber nicht ausgegangen werden; vielmehr ist entscheidend, ob der Eindruck dieser Kundgebung als Ganzes (englische Stempel auf Kleiderstoffen) unrichtige Vorstellungen erweckt, mag auch die einzelne Angabe, für sich betrachtet, zutreffend sein. Maßgebend ist dabei die Durchschnittsauffassung des Publikums; dabei ist der überwiegende Teil dieses kaufslustigen Publikums der englischen Sprache gar nicht oder nur zum Teil mächtig und zieht aus dem in englischer Sprache abgefaßten Ausdruck den Schluß, daß die Stoffe

Zu 20. In der Rspr. hat sich seit längerer Zeit die Auffassung durchgesetzt, daß unwarahre Reklame weniger nach der objektiven Unrichtigkeit ihres Inhalts als nach den unrichtigen Vorstellungen, die sie bei dem Publikum — und zwar gerade bei der unerfahrenen, oberflächlich urteilenden Bevölkerung — erweckt, zu beurteilen ist (vgl. RG.: JW. 1931, 457; WuB. 31, 20). Sie befriedigt das Rechtsgefühl, das sich hier mit Recht dagegen wendet, daß ein Unternehmer auf die noch immer nicht ausgerottete Vorliebe und Hochachtung der deutschen Käufer vor ausländischen Erzeugnissen spekuliert und offensichtlich mit dem englischen Ausdruck den Eindruck ausländischer Herstellung zu erzeugen sucht. Immerhin ist doch die Frage aufzuwerfen, ob solche Auslegung der §§ 3, 4 UnlWG. noch mit dem Gesetzeswortlaut zu vereinbaren ist. Es läßt sich kaum leugnen, daß man damit die zweite Voraussetzung („geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzuufen“) in die erste („unrichtige Angaben“) hineinträgt, indem man gewissermaßen die Täuschung des Publikums als Tatbestandsmerkmal für die Unrichtigkeit der Angabe wertet. Die unrichtige Wirkung einer wahren Angabe wird so der unwahren Ankündigung gleichgesetzt. Darin liegt zweifellos die Gefahr einer Überspannung des gesetzlichen Verbots, insbes. wenn jene Rechtsübung allzu kritiklos verwendet wird. Grundsätzlich aber ist die herrschende Auffassung zu rechtfertigen. Man darf nicht von dem ausgehen, was der Geschäftsmann gesagt hat, sondern was er sagen wollte, und ob seine Angabe in diesem Sinn von den Kreisen, an die er sich mit seinem Angebot wendet, überwiegend so verstanden wurde, bzw. verstanden werden mußte. Der Erklärungswille hat in dieser Beziehung eine nicht geringere Bedeutung zu beanspruchen wie in der Lehre vom Rechtsgeschäft. Es ist recht und billig, daß der Verf. der Reklame an seinem Erklärungswillen festgehalten wird, wenn dieser mit genügender

in England hergestellt sind. Das ist die Wirkung der gesamten Mitteilung in ihrer äußeren Erscheinung. Zu dem Zwecke sind die Stempel auch angebracht. Inwieweit ist danach diese Mitteilung als Ganzes auch objektiv „unwahr“ i. S. des § 4 UnlWG. Daß sie ferner zur Irreführung geeignet ist, sowie daß sie in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzuufen, gemacht ist, hat der Vorderrichter einwandfrei festgestellt. An diesem Ergebnis wird auch nichts dadurch geändert, daß die Erstabnehmer genau gewußt haben, daß die Stoffe nicht in England, sondern in Deutschland hergestellt waren.

(RG., 2. Zts. u. v. 14. Aug. 1933, 2 S 300/33.)

Ber. von RGR. Dr. Stienen, Berlin.

*

Dresden.

21. § 23 Abs. 2 GaststättG. v. 28. April 1930. Unterschied der ersten von der zweiten Alternative des ersten Satzes.

Die Hotel-Gesellschaft ist Inhaberin der nach § 1 Abs. 1 GaststättG. erforderlichen Erlaubnis zum Schankgewerbebetriebe in dem ihr gehörigen Kurhaufe. Ihre Schankwirtschaftskonzession erstreckt sich insbes. auf diejenigen Räume des Kurhaufes, die der Zeuge A. von der Gesellschaft ermiert und an die Kasino-Gesellschaft, deren Vorsitzender er ist, untervermietet hat. Die letztgenannte Gesellschaft benützt die gemieteten Räume unter dem Namen Kasinoale. Nach wie vor übte die Hotel-Gesellschaft in diesen unter ihrer Schankkonzession verbliebenen Räumlichkeiten das Schankwirtschaftsgewerbe aus, indem sie in ihnen regelmäßig bis kurz vor Eintritt der auf 1 Uhr nachts festgesetzten Polizeistunde durch Angestellte ihres Schankwirtschaftsbetriebes Getränke und Speisen unter die zu den Spielzusammenkünften versammelten Mitglieder der Kasino-Gesellschaft absetzte. In einer Reihe von Nächten wurde im Kasino über den Eintritt der Polizeistunde hinaus bis in die 6. Morgenstunde fortgespielt, ohne daß hierbei noch irgendwelcher Schankwirtschaftsbetrieb dort stattfand.

Die Sache lag demnach so, daß die Kasino-Gesellschaft für ihre Spielzusammenkünfte Räume benützte, die zu dem der Hotel-Gesellschaft für die Ausübung des Schankgewerbes konzessionierten Raumbereichs in deren Kurhaufe gehörten. Damit war der vom GaststättG. selbst in § 23 Abs. 2 — erste Alternative des ersten Satzes — vorgegebene Fall gegeben, wonach die in § 14 enthaltenen Best. über die Polizeistunde auf Zusammenkünfte von geschlossenen Gesellschaften dann zur Anwendung kommen, wenn diese in einer Schankwirtschaft — d. i. innerhalb ihres konzessionierten Raumbereiches — stattfinden.

Dahingegen lagen die in § 23 Abs. 2 — zweite Alternative des ersten Satzes — und die auf Grund von § 23 Abs. 2 Satz 2 GaststättG. in der fähs. 2. Ausf. v. 15. Febr. 1932 geforderten Voraussetzungen nicht vor. Denn die erstbezeichnete Vorschr. geht davon aus, daß die Zusammenkünfte der geschlossenen Gesellschaft in Räumen erfolgen, die mit einer Schankwirtschaft nur verbunden, selbst jedoch — anders wie vorliegendenfalls — nicht innerhalb des für den Inhaber der Schankwirtschaft konzessionierten Raumgebietes gelegen und in der eigenen Schankkategorie der betreffenden Gesellschaft sind, während die fähs. Ausf. Best. Zusammenkünfte in Räumlichkeiten betreffen, die weder zum Konzessionsbereichs der einem andern ge-

Deutlichkeit zum Ausdruck kam, und daß ihm nicht gestattet wird, sich hinter den an sich weniger besagenden Wortlaut zu verstecken. Man wird nur darauf zu achten haben, daß dieser wirkliche Erklärungswille auch zweifelsfrei festgestellt wird, daß es also nicht genügt, bloß die unrichtige Wirkung der gemachten Angaben nachzuweisen, und zwar gilt das, unabhängig von der nur nach § 4 und § 13 Abs. 2 zu prüfenden Frage des Verschuldens, auch für den Unterlassungsanspruch nach § 3.

Andererseits darf diese Betonung des Erklärungswillens nicht zu dem Mißverständnis verführen, daß das tatsächlich nach objektiver Auffassung erklärte gleichgültig sei, wenn der Befl. überhaupt und nachweist, daß er damit eine andere, eine wahre Angabe machen wollte. Die Berufung auf den inneren Willen bleibt ihm allemal verschlossen, wenn dieser den beteiligten Kreisen nicht erkennbar war; wie ja auch der Befl. dann nicht belangt werden kann, wenn er etwas Unwahres durch seine Reklame zwar bekunden wollte, aber seine Erklärung nicht in diesem Sinne verstanden wurde und verstanden werden konnte. Maßgebend bleibt immer, ob der innere Wille einen für den Verkehr genügend deutlichen Ausdruck gefunden hat. Mit der Beachtung des Erklärungswillens in diesem Sinne wird die durch die §§ 3, 4 gezogene Grenze der Ermittlung des objektiven Erklärungsinhalts keineswegs überschritten.

Von diesem Standpunkt aus ist die Entscheidung des RG. im Ergebnis und Begründung nicht zu beanstanden. Es fehlt zwar eine ausdrückliche Feststellung, daß sich der Täter i. S. des § 4 der Unwahrheit seiner Angabe (d. h. der Herkunft der Stoffe aus England) bewußt war. Doch ist diese Annahme nach Lage des Tatbestandes eine Selbstverständlichkeit.

Prof. Dr. R u t h, Halle a. d. Saale.

hörigen Schankwirtschaft zählen noch mit einer solchen bloß verbunden sind, sondern die entweder im Eigentum der Gesellschaft selbst stehen oder ihr in einem Grundstücke überlassen worden sind, in dem überhaupt kein Schankgewerbebetrieb eines anderen und ebensowenig eine örtliche Verbundenheit der überlassenen Räume mit einem solchen besteht, diese Räumlichkeiten vielmehr von vornherein ausschließlich von Seiten der Gesellschaft im Rahmen ihrer Veranstaltungen zur eigenen Schankstätte gemacht und als solche betrieben werden, wie es beispielsweise bei selbständigen Klubhäusern oder Klubräumen der Fall ist (vgl. Rohmer, Komm. z. GaststättG. Anm. 4 a bis c zu § 23).

Fanden aber im gegenwärtigen Falle die Zusammenkünfte der Kasino-Gesellschaft innerhalb des für die Hotelgesellschaft konzeffionierten Raumgebietes in deren Kurhause statt, so war der Angekl. als Betriebsleiter der Konzeffionsrätigerin und mithin Vertreter der Schankwirtschaftsinhaberin, die den Schankgewerbebetrieb des Kurhauses auch im Kasino tatsächlich ausübte, dafür verantwortlich, daß in diesem konzeffionierten Schankbereiche der Hotelgesellschaft gehörigen und zufolge dieser Zugehörigkeit den West. über die Polizeistunde unterworfenen Räumen kein Gast über den Eintritt der geschlossenen Zeit hinaus verweilt (§ 29 Biff. 7 GaststättG.). Das vertragliche Verhältnis, das der Überlassung jener — für die Hotelgesellschaft konzeffionierten und von ihr auch nach wie vor bewirtschafteten — Schankbetriebsräume zugrunde lag, änderte nichts an der dem Schankgewerbeinhaber oder seinem Vertreter obliegenden gewerbepolizeilichen Pflicht, über die Einhaltung der Polizeistunde in diesem Raumgebiete zu wachen.

(OLG. Dresden, Urk. v. 20. Dez. 1932, 2 Ost 439/32.)

Ver. von GenStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

22. § 286 StGB. Schnellverkaufsapparat als Mittel einer Auspielung. Begriffe „Zufall“ und „Einsatz“.

Die Fleischkonservenfabrik D. vertreibt durch eine Anzahl von Vertretern sog. „Schnellverkaufsapparate“. Dieser „Schnellverkaufsapparat“ besteht aus einem Kasten, auf dem sich im oberen Teile eine Holzplatte befindet, die 304 mit Papier überklebte Löcher enthält. Mit einem zum Apparat gehörigen Werkzeug kann das Papier vor den Löchern durchstoßen werden. Dann fällt ein hinter dem Loch angebrachtes, zunächst unsichtbares Plättchen von verschiedener Farbe in ein unter der Holzplatte befindliches, mit Glas überdecktes Kästchen, so daß es nunmehr sichtbar wird. An dem Apparat befindet sich eine Tafel mit Gebrauchsanweisung und einem Verzeichnis der Waren, die auf verschiedenfarbigen Plättchen entfallen.

Die Benutzung des Apparates setzt voraus, daß bereits ein Plättchen sichtbar hinter der Glasplatte liegt. Der Besitzer des Apparates hat bei der Ingebrauchnahme ein Loch zu durchstoßen und auch später dafür zu sorgen, daß stets ein Plättchen sichtbar ist. Will jemand den Apparat benutzen, so zahlt er an den Besitzer 25 Pf. Er erhält dafür die auf das Plättchen entfallende Ware sowie das Recht, ein Loch zu durchstoßen. Das alte Plättchen wird entfernt. Macht der Benutzer von seinem Rechte Gebrauch und durchstößt er eines der Löcher, so ist er berechtigt, gegen Zahlung weiterer 25 Pf. die auf das neue Plättchen entfallende Ware und damit wiederum das Recht zum Durchstoßen eines neuen Loches zu erwerben.

Die geringwertigste Ware, die der Benutzer erwerben kann, ist eine Wackmurr. Ihr Kleinverkaufspreis entspricht dem zu zahlenden Betrage von 25 Pf., ihr Engrospreis ist 19 Pf. Der Gastwirt, bei dem der Apparat aufgestellt worden war, hat dieselbe Wurst ohne Benutzung des Apparates für 30 Pf. verkauft. Von den im Apparat enthaltenen 304 Plättchen sind 280 weiß. Auf sie entfällt eine solche Wurst, während auf die übrigen 24 andersfarbigen Plättchen höherwertige Fleischwaren entfallen. Die zum Apparat gehörigen Waren werden dem Besitzer von der Firma zum Preise von 60 RM geliefert, während der Besitzer aus den 304 Entnahmen 76 RM erlöst.

Das BG. hat die Angekl. freigesprochen. Es sieht in der Benutzung des geschilberten Apparates keine Auspielung, da es an dem Merkmal des Zufalls fehle. Der Benutzer des Apparates kaufe für 25 Pf. die auf das sichtbare Plättchen entfallende, also eine bestimmte, genau bekannte Ware sowie das Recht, ein Plättchen ausstechen zu dürfen. Nach dem Durchstechen aber sei der Käufer nicht verpflichtet, die auf das neue Plättchen entfallende Ware zu kaufen. Es stehe vielmehr in seinem freien Belieben, die nunmehr in Frage stehende, wiederum bekannte Ware gegen Zahlung weiterer 25 Pf. zu kaufen. Der Zufall sei infolgedessen ausgeschaltet.

Das BG. verkennt nicht, daß das Merkmal des Einsatzes gegeben ist. Der Begriff des Einsatzes erfordert allerdings, daß der Veranstalter, der gleichzeitig Waren liefert, für die Beteiligung an der Auspielung, für die Hoffnung auf Gewinn eine Mehrleistung verlangt, und daß sich Veranstalter und Teilnehmer der Auspielung dessen bewußt sind. Dieses Erfordernis wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Einsatz dem Kleinverkaufspreis oder dem gewöhnlichen Verkaufspreis der billigsten ausgespielten Waren gleichkomme. Auch wenn der Preis für die ausgespielten Waren nicht höher berech-

net wird, als er ohne die dem Käufer gewährte Gewinnaussicht berechnet worden wäre, wenn der Spieler also die Möglichkeit hat, einen der ausgelegten Gegenstände für den üblichen Handelspreis zu erwerben, und ihm daneben noch die Aussicht auf einen Gewinn gewährt wird, kann das Merkmal des Einsatzes gegeben sein (RGSt. 65, 196; BayObLG.: JW. 1932, 2630²). In diesen Fällen ist dann der Einsatz im Kaufpreis versteckt.

Die Möglichkeit hierfür ist insbes. dann gegeben, wenn der Spielunternehmer, wie hier festgestellt, auf Grund des in der Auspielung liegenden Kaufanreizes mit einem schnelleren und größeren Umsatz rechnen kann oder für den Absatz sonst erforderliche Unkosten, wie Ausgaben für Annoncen, Reklame, ersparen kann (vgl. DLZ-hausen, StGB., 11. Aufl., § 286 Anm. 4 b; JW. 1932, 2630; GoldtArch. 45, 56). Der Unternehmer erreicht auf diese Weise einen niedrigeren Selbstkostenpreis, so daß er an sich den gewöhnlichen Kleinverkaufspreis unterbieten könnte. Die hierdurch für den Unternehmer entstehende Spanne zwischen dem geforderten üblichen Kleinverkaufspreis und dem nach seinen Gestehungskosten an sich möglichen geringeren Preis stellt das Entgelt dar für die den Spielern eingeräumte Hoffnung auf Gewinn einer höherwertigen Ware.

Das BG. hat allerdings nicht festgestellt, wie hoch der von den Spielern geleistete Einsatz ist. Im Falle des versteckten Einsatzes ist es jedoch nicht notwendig, daß näher ermittelt wird, wie groß der Anteil des Einsatzes am Gesamtkaufpreis ist. Es genügt, daß die Feststellungen des BG. ergeben, daß in den von den Benutzern des Apparates zu zahlenden 25 Pf. überhaupt ein Gegenwert für die Auspielbeteiligung mit enthalten ist. Die Meinung der Verteidigung, daß die Gewinnaussicht gratis gegeben werde und es sich deshalb um eine straflose Gratisauspielung handle, trifft also nicht zu. Eine solche Gratisauspielung könnte allerdings nach den in RGSt. 65, 194 entwickelten, auf den objektiven Wert der beiderseitigen Leistungen abstellenden Grundsätzen dann vorliegen, wenn der objektive Wert der Ware, also der Wert, den die Ware an sich und ohne den üblichen vom Verkäufer zugeschlagenen Handelsgewinn hat, dem vom Käufer zu zahlenden Kaufpreis gleichkäme, da in einem solchen Falle der bezahlte Preis nicht zugleich einen Einsatz für die mit dem Verkauf verbundene Auspielung enthalten könnte. Dieser Fall ist aber hier nicht gegeben; der gezahlte Preis war höher als der objektive Wert der billigsten Ware. Die Absicht war hier, bei dem ganzen Unternehmen einen Reingewinn zu erzielen.

Ob eine Gratisauspielung in Frage kommen könnte, wenn der Verkauf von Waren mit der auspielungsweise Zugabe von Gegenständen unerheblichen Werts etwa zu Reklamezwecken verkoppelt würde, braucht hier nicht untersucht zu werden; denn um solche Zugabegegenstände handelt es sich bei den hier ausgespielten nicht.

Das BG. nimmt nun weiter aber an, daß eine Auspielung deshalb nicht vorliege, weil es am Merkmal des Zufalls fehle. Dieser Ansicht vermag der Sen. nicht beizutreten. Es ist allerdings richtig, wenn das BG. ausführt, der Benutzer des Apparates wisse stets, welche Ware er kaufe. Wie bereits erwähnt, kauft der Spieler jedoch mit Zahlung der 25 Pf. nicht nur die ihm bekannte bestimmte Ware, sondern erwirbt zugleich das Recht, ein Plättchen stechen zu dürfen, d. h. ein Kaufangebot des Unternehmers zu erlangen, das sich in dem Plättchen verkörpert. Ware und Recht auf Vertragsangebot bilden also die Gegenleistung des Spielunternehmers. Die Größe dieses in dem Recht auf Vertragsangebot enthaltenen Vermögenswertes ist unbestimmt, da der Inhalt des Vertragsangebotes ungewiß ist. Dieser wird erst durch das Herausstechen eines Plättchens bestimmt, ist also vom Zufall abhängig. Der Käufer erhält für seine 25 Pf. stets eine teilweise bestimmte Gegenleistung — die Ware — und eine teilweise unbestimmte, vom Zufall abhängige Gegenleistung — das Vertragsangebot, letzteres für den Fall der Annahme wieder verkoppelt mit dem Recht, von neuem zu stechen und dadurch ein neues Vertragsangebot herbeizuführen. Der Umstand, daß der Käufer die auf das gestochene Plättchen entfallende Ware nicht zu kaufen braucht, daß es also in seinem freien Belieben steht, ob er das Vertragsangebot unter Zahlung weiterer 25 Pf. annehmen will oder nicht, schließt das Moment des Zufalls in keiner Weise aus. Bei jeder Auspielung ist der Spieler in der Lage, auf den ihm zugefallenen Gewinn zu verzichten. Der Gewinn besteht hier aber darin, daß der Spieler nach Ausstechen des Plättchens das nunmehr bestimmte Vertragsangebot annehmen und dadurch im Glücksfalle Ware unter Wert erwerben kann.

Aus den §§ 762, 134 BGB. sind Bedenken nicht herzuleiten. Die Nichtverbindlichkeit der Vertragsangebote ist erst eine Folge davon, daß es sich um eine verbotene Auspielung handelt. Im übrigen ist es auch strafrechtlich bedeutungslos, ob ein zivilrechtlicher Anspruch auf den Gewinn besteht oder nicht.

(OLG. Dresden, Urk. v. 11. April 1933, 2 Ost 52/33.)

Ver. von GenStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Kartlsruhe.

23. Die wegen verbotener Einfuhr gem. § 156 BZollG. ausgesprochene Beschlagnahme wirkt gegen den damaligen Eigentümer, trotz seiner demnächstigen Freisprechung von

der vorsätzlich verbotenen Einfuhr und demgemäß ihm gegenüber erfolgten Aufhebung der Beschlagnahme, und ebenso gegen dessen späteren gutgläubigen Rechtsnachfolger, sofern die Beschlagnahme gegen einen wegen vorsätzlicher verbotener Einfuhr angeklagten und verurteilten Mittäter aufrechterhalten ist, obgleich dieser nicht Mit-eigentümer war.

Emil G. und Gen. führten 1925 eine Anzahl franz. Automobile nach Deutschland ein. Sie hatten Erlaubnis zur Einfuhr von „Sach-Personenwagen“, darunter auch zur Einfuhr des Wagens mit der Nr. 1056. Die Wagen, die sie über die Grenze brachten, waren aber keine „Sach-Wagen“, sondern Wagen der Marke „Aries“, für die die Einfuhrbewilligung nicht galt. In dem gegen Emil G. und Gen. eingeleiteten Strafverfahren wegen unerlaubter Einfuhr und Zollhinterziehung wurde der Wagen 1056 am 20. Juli 1925 in Berlin beschlagnahmt; er befand sich damals zum kommissionsweisen Verkauf im Besitz der Firma v. C., dem Mitinhaber F. v. C. wurde die Beschlagnahme eröffnet; auch wurde er auf § 137 StGB. hingewiesen.

Das RG. R. verurteilte am 18. Jan. 1927 den Emil und Karl G. wegen gemeinschaftlicher unerlaubter Einfuhr und gemeinschaftlicher Zollhinterziehung zu Geldstrafen, außerdem wurde u. a. der Wagen 1056 eingezogen. Dieses Urteil wurde, soweit es Karl G. betraf, rechtskräftig.

Auf die Berufung des Emil G. wurde schließlich durch rechtskräftig gewordenes Urteil der Strk. F. vom 18. Nov. 1932 Emil G. nur wegen fahrlässig begangener unerlaubter Einfuhr zu einer Geldstrafe verurteilt; die Einziehung der sechs Kraftwagen (darunter auch 1056) wurde aufgehoben, da sie neben der Verurteilung wegen fahrlässig begangener unerlaubter Einfuhr nicht zulässig war. Der in Berlin bei der Firma v. C. beschlagnahmte, aber in deren Besitz belassene Wagen 1056 wurde im März 1926 an den jetzigen Nebenbeteiligten St. veräußert; er verlangte Freigabe des Wagens, da er sein rechtmäßiges Eigentum geworden sei; die Zollbehörde lehnte dies ab; es erging vielmehr Strafbefehl des Hauptzollamts L. v. 3. Aug. 1927, worin gemäß dem damaligen § 413 Abs. 2 RAbgD. (jetzt § 448 Abs. 2 RAbgD.) ausgesprochen wurde, daß St. die Einziehung des Wagens 1056 gegen sich gelten zu lassen habe. Durch Urteil des RG. R. v. 9. März 1932 wurde der Befehl des Hauptzollamts L. aufgehoben und ausgesprochen, daß die Reichskasse die Kosten des Verfahrens zu tragen habe. Wegen dieses Urteil richtet sich die Rev. des Hauptzollamts L.

Das RG. hält für festgestellt, daß der Wagen 1056 nach der Beschlagnahme im Juli 1925 „in Gewahrsam des v. C.“ gelassen wurde. Im März 1926 habe Emil G. ihn an St. verkauft und samt Typenbescheinigung und Zulassung übergeben, die Tatsache der Beschlagnahme aber verschwiegen. St. habe in gutem Glauben an das Eigentum und die Veräußerungsbefugnis des Emil G. den Wagen erworben und sei Eigentümer geworden; er brauche den Wagen deshalb trotz der vorausgegangenen Beschlagnahme nicht herauszugeben; auch die Best. des § 935 BGB. stehe dem Eigentums-erwerb des St. nicht entgegen, da der Wagen nicht als dem Deutschen Reich abhandengekommen anzusehen sei; das Reich habe sich freiwillig des unmittelbaren Besitzes entäußert, indem es ihn den v. C. und Emil G. anvertraut habe. Die Rev. des Hauptzollamts rügt Verletzung des materiellen Rechts; sie ist begründet.

Der Wagen 1056 ist im Lauf des Ermittlungsverfahrens gegen den Emil G. und Gen. gem. § 156 ZollG. beschlagnahmt worden. Er stand damals, wie von keiner Seite bestritten ist, im Eigentum des Emil G. Die Beschlagnahme sollte nicht nur die Entrichtung des Zolls sichern (§ 14 des Gef.), sondern erfolgte in einem Strafverfahren zum Zweck der Sicherung der etwaigen späteren Einziehung. Zur Beschlagnahme in einem solchen Falle genügt es (Hoffmann-Trautvetter, ZollG., N. 1 zu § 156 und RGSt. 63, 350; 52, 117, auch 14, 117 und 58, 356), daß dem Besitzer des zu beschlagnahmenden Gegenstands zu erkennen gegeben wird, daß und zu welchem Zweck die Sache beschlagnahmt wird. Das ist hier geschehen. Die Zollbeamten haben damals dem F. v. C., Mitinhaber der Firma, die den Wagen besaß, eröffnet, daß der Wagen 1056 durch die Zollfahndungsstelle F. sichergestellt und die Firma, in deren Gewahrsam er belassen wurde, verpflichtet sei, die Herausgabe zu unterlassen; auch wurde auf § 137 StGB. besonders aufmerksam gemacht. Zur Gültigkeit der Beschlagnahme war es nicht erforderlich, daß sie gegenüber dem Eigentümer erklärt wurde; er brauchte davon nicht einmal in Kenntnis gesetzt zu werden. Eben-sowenig steht es der Gültigkeit der Beschlagnahme entgegen, daß sie in Berlin von Frankfurter Zollbeamten vorgenommen wurde (§ 14 ZollG.).

Nach § 156 ZollG. erwarb der Staat im Augenblick der Beschlagnahme das Eigentum an dem im Eigentum des Emil G. stehenden Wagen. In einem solchen Fall ist das Eigentum des Staates jedoch auflösend bedingt. Es fällt weg und das Eigentum dessen, dem der Gegenstand zur Zeit der Beschlagnahme gehörte, lebt wie-

der auf, sobald die Beschlagnahme aufgehoben wird, sei es, daß der Täter freigesprochen oder das Verfahren eingestellt wird (Havenstein, ZollG., N. 2 zu § 156; RGSt. [ständig] z. B. 14, 116; 49, 134). Nun ist vorliegendenfalls Emil G. endgültig allerdings nur wegen fahrlässiger unerlaubter Einfuhr verurteilt und die im Ur-t. gegen ihn ausgesprochene Einziehung des Wagens 1056 aufgehoben worden. Dies führt aber hier nicht zum Erlöschen des Eigentums des Staates, weil das Ur-t. des RG. R. v. 18. Jan. 1927 gegen Karl G. rechtskräftig und damit die dort gegen ihn ausgesprochene Einziehung wirksam geblieben ist (Hoffmann-Trautvetter, N. 9 zu § 156). . . .

„Die Konfiskation ist nur dem Täter gegenüber Strafe; dem Eigentümer gegenüber, der an der Tat in keiner Weise beteiligt ist, bedeutet sie ein Einstehenmüssen mit der ihm gehörigen, von der Strafe betroffenen und deshalb gewissermaßen mit dem Makel behafteten Sache für die strafbare Handlung eines anderen, eine dingliche strafrechtliche Haftung“ (RGSt. 62, 51). Infolge dieses gesetzgeberischen Gedankens muß der von der vorsätzlichen unerlaubten Einfuhr des Wagens 1056 freigesprochene Eigentümer Emil G. für die rechtskräftig festgestellte, vorsätzliche, durch Karl G. verübte Einfuhr mit dem ihm (Emil) gehörigen Wagen haften. Diese Haftung wird sichergestellt und erreicht dadurch, daß zufolge der nach § 156 ZollG. ausgesprochenen Beschlagnahme — einer Sicherungsmaßnahme — schon im Juli 1925 das Eigentum am Wagen, und zwar entgegen dem gesetzlichen Wortlaut: auf den Staat „übergeht“ — nicht als abgeleitetes, sondern als neu (originär), weil kraft Gesetzes in der Person des Staates entstandenes, diesem erwachsen ist. Weil diese Wirkung kraft Gesetzes somit ohne und gegen den Willen des bisherigen Eigentümers eingetreten ist, bedarf es zu ihrer Entstehung auch keines Richterspruches; wird ein solcher nötig, dann stellt er lediglich mit Wirkung gegen den jeweils am Verfahren Beteiligten den bereits erfolgten endgültigen Eintritt dieser gesetzlichen Folge fest. Zweifelhaft kann nur sein und war hier abermals zu entscheiden, wer i. S. des § 154 ZollG. „Eigentümer“, also Einziehungsbeteiligter ist, nämlich entweder derjenige, welcher das Eigentum zur Zeit der Beschlagnahme besaß, oder auch derjenige, der es danach bis zum Ur-t. gutgläubig vom früheren Eigentümer erworben hat. Das RGSt. 30, 413 hat sich im Fall der Konfiskation nach § 156 ZollG. für die mildere, dem Zollfiskus ungünstigere, im Fall des § 128 Abs. 1 BrantwollG. auf Grund anderen Wortlauts für die strengere, auch den gutgläubigen späteren Erwerber erfassende Auslegung entschlossen. Der erk. Sen. braucht nicht Stellung zu nehmen, ob diese verschiedene Beurteilung innerlich berechtigt und zu billigen ist. Denn selbst bei Befolgung der milderen ersteren Auf-fassung in RGSt. 30, 413 kann die Entsch. nur dahin lauten, daß der Staat im Juli 1925 Eigentümer des Wagens 1056 geworden und, wie schon durch Ur-t. v. 18. Jan. 1927 gegen Karl G. und hier wieder gegen den Einziehungsbeteiligten St. festzustellen war, die auflösende Bedingung weggefallen ist.

Dem Einziehungsbeteiligten St., der im März 1926 gutgläubig Eigentümer des Wagens geworden sein will und sich mit der Be-hauptung, die Beschlagnahme wirke deshalb gegen ihn nicht, gemeldet hat, haben die §§ 408, 413 (jetzt §§ 443 und 448) RAbgD. den prozessualen Weg eröffnet, seine Interessen in dem Zollstraf-verfahren zu wahren. Es soll nach § 448 Abs. 1 in dem hier zulässiger-weise gegen ihn eingeleiteten besonderen Verfahren darüber erkannt werden, ob „er die Einziehung gegen sich gelten zu lassen hat“. Der Wortlaut kann irreführen. Der Zweck dieses Sonderverfahrens ist lediglich, eine Ergänzung der Konfiskation gegenüber dem an der Tat nicht beteiligten Eigentümer herbeizuführen und einen Voll-streckungsmittel auch gegen ihn zu beschaffen. Entsprechend den §§ 154 und 156 ZollG., auf die er allein gestützt werden kann, ist aber lediglich darüber zu entscheiden, ob die Beschlagnahme diesen Best-entspricht, also insbes. auch, ob die Beschlagnahme vom Juli 1925 die Ware noch erfaßt hat, ehe sie nach der Einfuhr von einem gut-gläubigen Dritten zu Eigentum erworben worden ist. Und zwar hat man davon auszugehen, daß, wenn sich etwa in diesem Verfahren nach § 448 ergeben hätte, daß St. den Wagen schon vor der Beschlagnahme, also vor Juli 1925 gutgläubig erworben hätte, ihn das gegen Karl G. ergangene, die Konfiskation bestätigende Ur-t. des RG. R. v. 18. Jan. 1927 nicht entgegengehalten werden könnte. Da aber St. den Wagen erst im März 1926 erworben hat, ist dieser Rechtsvorgang für dieses Strafverfahren ohne jede rechtliche Be-deutung. St. hat also lediglich gegen sich gelten zu lassen, daß der Staat seit Juli 1925 Eigentümer des Wagens ist; darin erschöpft sich die Bedeutung des jetzigen Ur-t. Diese Feststellung wirkt aber insbes. auch für einen etwaigen Zivilprozeß zwischen Staat und St., in welchem auf Grund des bürgerlichen Rechts zu entscheiden ist, ob der Staat sein Eigentum durch den Rechtsakt vom März 1926 zwischen Emil G. und St. etwa wieder verloren hat.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Ur-t. v. 14. Juli 1933, SM 49/33.)

Ver. von Präf. Dr. Buzengeiger, Karlsruhe.

24. Unter dem regelmäßigen Verkaufspreis i. S. des § 106 Abs. 3 BranntwMonG. ist nicht nur der nach § 89 Abs. 1 bestimmte Verkaufspreis, sondern auch der im Falle des Abs. 2 daselbst vorgesehene, durch Zuschläge erhöhte Kleinverkaufspreis zu verstehen.

Gegen den Angekl. Sch. erging Strafbefcheid, weil er Weingeist bei zwei Brennereibetrieben, den Liter zu je 4 RM und damit unter dem Kleinverkaufspreis (§ 106 Abs. 3 BranntwMonG.) gekauft habe. Vom O. D. verurteilt, wurde er von der Str. R. freigesprochen.

Die Rev. der Str. u. Zollbehörde sind begründet.

Im Gegensatz zum O. ist das LG. der Ansicht, daß unter dem regelmäßigen Verkaufspreis i. S. des § 106 Abs. 3 BranntwMonG. nicht der Kleinverkaufspreis, sondern nur der durch Bek. im Anz. v. 23. April 1932 neu festgesetzte „regelmäßige Verkaufspreis“ von 400 RM und der „besondere, ermäßigte Verkaufspreis“ von 240 RM je Hektoliter zu verstehen sei; es sei danach nur noch zu prüfen, ob im Hinblick auf § 131 b Abs. 2 BranntwVerwertD. der regelmäßige Preis von 4 RM pro Liter zu gering sei; diese Frage sei nach den tatsächlichen Verhältnissen der Hersteller zu verneinen.

Die Auffassung des LG. ist rechtsirrig. Festzustellen ist zunächst, daß der regelmäßige Verkaufspreis nach der oben erwähnten Bek. pro Hektoliter Weingeist 400 RM beträgt. Der „besondere ermäßigte Verkaufspreis“ (vgl. §§ 90, 92, 95 BranntwMonG.) kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Durch weitere Bek. vom 25. April 1932 ist der „Kleinverkaufspreis“ neu festgesetzt worden; er beträgt ab 25. April 1932 bei 10—25 Liter Weingeist 4,64 RM, bei 25—60 Liter Weingeist 4,38 RM. Der Angekl. hat für den von ihm erworbenen Weingeist je Liter nur je 4 RM bezahlt.

Nach § 106 Abs. 3 BranntwMonG. darf Branntwein nicht zu einem Preise angeboten, gehandelt oder erworben werden, der niedriger ist als der regelmäßige Verkaufspreis (§§ 88 ff.). Das Nähere regeln die Ausführungsbestimmungen. Als solche kommen die §§ 131 a und 131 b BranntwVerwertD. in Betracht, § 131 a bestimmt, daß unter Branntwein i. S. von § 106 Abs. 3 unverarbeiteter Branntwein und Trinkbranntweinerzeugnisse jeder Art zu verstehen seien; maßgebend ist der regelmäßige Verkaufspreis des Tages, an dem der Branntwein oder das Trinkbranntweinerzeugnis angeboten, gehandelt oder erworben wird. Nach § 131 b Abs. 1 berechnet sich der Preis, unter dem Branntwein (§ 131 a) nicht angeboten usw. werden darf, nach der im Branntwein enthaltenen Weingeistmenge und aus dem regelmäßigen Verkaufspreis; in § 131 b Abs. 2 ist vorgehoben, daß unter Umständen sich dieser Preis erhöhen kann. Über den regelmäßigen Verkaufspreis treffen weiter die §§ 88 ff. BranntwMonG. Bestimmungen, auf die in § 106 Abs. 3 verwiesen ist. Danach bewertet die Reichsmonopolverwaltung den unverarbeiteten Branntwein zu regelmäßigen und zu ermäßigten Verkaufspreisen. Nach § 89 werden die Verkaufspreise von der Monopolverwaltung in gemeinschaftlicher Beschlußfassung mit dem Beirat festgesetzt und öffentlich bekanntgemacht. Nach § 89 Abs. 2 können für Branntwein, der in anderen Gefäßen als in Keiselnagen geliefert wird, besondere Zuschläge zu den Verkaufspreisen festgesetzt werden. Wie oben erwähnt, ist der regelmäßige Verkaufspreis und auch der Kleinverkaufspreis festgesetzt und bekanntgemacht. Der ermäßigte Verkaufspreis kommt vorliegendenfalls nicht in Betracht.

Die Rechtsfrage, die zu entscheiden ist, ist die, ob unter dem regelmäßigen Verkaufspreis i. S. des § 106 Abs. 3 nur der nach § 89 Abs. 1 bestimmte Verkaufspreis oder auch im Fall des § 89 Abs. 2 der daselbst vorgesehene, durch Zuschläge erhöhte Kleinverkaufspreis zu verstehen ist. Die letztere Auffassung verdient den Vorzug. Sie ergibt sich schon daraus, daß in § 106 Abs. 3 ganz allgemein wegen des Begriffs „regelmäßiger Verkaufspreis“ auf die §§ 88 ff. verwiesen ist, dort ist zunächst bestimmt, was unter regelmäßigen und ermäßigten Verkaufspreisen zu verstehen ist (§ 88); in § 89 Abs. 1 wird die Festsetzung des regelmäßigen Verkaufspreises geregelt; nach Abs. 2 daselbst sind für Branntwein, der einem besonderen Kleinverkaufsverfahren unterlegen hat, und für Branntwein im Kleinverkauf Zuschläge zugelassen. Die §§ 90, 92 regeln den hier nicht in Betracht kommenden ermäßigten Verkaufspreis. Nun ist allerdings in § 88 gesagt, daß die Monopolverwaltung den Branntwein zu regelmäßigen und ermäßigten Verkaufspreisen verwerte; aber daraus kann nicht geschlossen werden, daß diese Preise nur für den Verkauf durch die Verwaltung gelten sollten. Im Gegenteil ist eben in § 106 Abs. 3 bestimmt, daß diese Preise auch sonst im Verkehr nicht unterschritten werden dürfen. Gerade hieraus aber ergibt sich wieder, daß auch im Kleinhandel und Kleinverkauf die nach § 89 Abs. 2 festgesetzten Kleinverkaufspreise nicht unterschritten werden dürfen, daß diese Preise sind, die unter allen Umständen eingehalten werden müssen. Es wäre ja auch widersinnig, wenn es anders wäre; denn sonst könnten ja private Händler und Hersteller die Monopolverwaltung unterbieten, was dem Zweck des Gesetzes zuwider wäre. § 131 b Abs. 2 BranntwVerwertD. sieht im Gegenteil sogar vor, daß sich über nach § 1 daselbst nach dem regelmäßigen Verkaufspreis bestimmende Preis, unter dem der Branntwein nicht angeboten, ge-

handelt oder erworben werden darf, unter Umständen noch erhöht, läßt also einen noch höheren Mindestpreis zu. Abs. 3 daselbst ermächtigt die Monopolverwaltung, Mindestpreise festzusetzen, die bei der Überwachung des Verkehrs zum Anhalt dienen können. Solche Mindestpreise sind zur Zeit nicht festgesetzt; sie würden den Richter auch nicht binden; es bedürfte im Einzelfall sorgfältiger Ermittlung durch den Sachverständigen. Eine solche Feststellung wäre wohl auch nur bei Umsätzen von größeren Mengen erforderlich, für die nach § 89 Abs. 1 BranntwMonG. der regelmäßige Verkaufspreis von zur Zeit 4 RM pro Liter gilt. Bei geringen Umsätzen — wie vorliegend — wird man sich in der Regel damit begnügen können, den nach § 89 Abs. 2 festgesetzten Kleinverkaufspreis als Mindestpreis anzusehen, der unter keinen Umständen unterschritten werden darf.

Dies ist auch der Standpunkt der Reichsmonopolverwaltung in ihren allgemeinen Anordnungen v. 30. Juni 1931 und 28. April 1932 (vgl. auch RSt. 66, 341).

(OLG. Karlsruhe, FerStrSen., Ur. v. 25. Juli 1933, SM 54/33.)

Ver. von Präf. Dr. Buzengeiger, Karlsruhe.

*

25. Teil 6 Kap. I § 7 NotW. v. 6. Okt. 1931. Sofortige Beschw. unter Beschränkung auf den Kostenpunkt nach Einstellung der Privatklage ist zulässig, kann aber nicht auf mangelnde Beweiserhebung gestützt werden.

Im Gegensatz zu OLG. Königsberg und Raumburg (Höchst-RRspr. 1932 Nr. 821 hzw. 501) hält der Sen. in ständiger Rspr. die Beschränkung der nach § 7 Abs. 3 a. a. D. gegebenen sofortigen Beschwerde auf die Auslagenverteilung für zulässig, sich anschließend an die überzeugende Begründung des R. (R. 1932, 426^b). So auch BayObLG., OLG. Köln und Kofstock: DRZ. Rspr. 1932 Nr. 70, 71, 462). Die sofortige Beschwerde ist aber im vorliegenden Falle unbegründet. § 7 Abs. 2 stellt die Verteilung der Auslagen in das billige Ermessen des Gerichts. Es kann nicht der Zweck dieser Best. sein, daß dieses lediglich zur Entscheidung über die Auslagenverteilung weitere Beweise erhebt.

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 29. Nov. 1932, SOL 212/32.)

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

Landgerichte.

Berlin.

1. § 9 b VollstrMaßnW. v. 26. Mai 1933 gilt auch bei Wiederversteigerungen.

Das O. hat den auf § 9 b W. v. 26. Mai 1933 gestützten Antrag des Konkursverwalters mit der Begr. abgelehnt, daß diese Best. bei Wiederversteigerungen nicht anwendbar sei. Dem kann nicht beigetreten werden. Wiederversteigerungen sind, was das Einstellungsverfahren anlangt, genau so zu behandeln wie gewöhnliche Subhastationen; denn auch die Wiederversteigerung (§§ 118 II, 132 f. ZwVerfG.) ist ein gegen einen Schuldner schwebendes Versteigerungsverfahren. Wird hier im Rahmen des § 5 W. kein Unterschied gemacht (Jonas S. 41, 47; Müller: JW. 1932, 3160; Wiesinger: BayNotWitt. 1932, 254), so ist nicht einzusehen, warum angesichts des § 9 b etwas anderes gelten sollte. Eine andere Frage ist, ob der Antrag aus materiellen Gründen des § 9 b abzulehnen wäre.

(O. Berlin, 1. R., Beschl. v. 18. Sept. 1933, 201 T 13535/33.)

Ver. von GerAlt. Dr. Seibert, Berlin.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

1. Teil 2 Kap. IV Art. 3 § 11 NotW. des RPräf. v. 1. Dez. 1930; § 35 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. Anwaltsgemeinschaft. Aufsichtsratsvergütung. Ist für eine Anwaltsgemeinschaft bei der einheitlichen Gewinnfeststellung festgesetzt, daß nur Einkünfte i. S. des § 35 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. vorliegen, so unterliegt eine in diesen Einkünften enthaltene Aufsichtsratsvergütung nicht dem Zuschlag. †)

Der Beschw. ist an einer Rechtsanwaltsaemeinschaft be-

Zu 1. Das allein Wichtige, was zu der vorl. Entsch. zu

teiligt. Er gehört dem Aufsichtsrat mehrerer Firmen an, die von der Societät anwaltlich beraten werden. An Aufsichtsratsantienten sind 4048,90 RM bezahlt worden. Dieser Betrag floß in die gemeinsame Kasse der Rechtsanwaltschaftsgemeinschaft; der Beschw. ist an ihm, wie an dem übrigen Gewinn in Höhe von 50% = 2024 RM beteiligt. Bei der einheitlichen Gewinnfeststellung ist der Betrag von 4048,90 RM mitberücksichtigt worden, ohne daß jedoch erkennbar wäre, ob diese Aufsichtsratsantienten als Einnahme i. S. von § 35 Abs. 1 Ziff. 1 oder Ziff. 2 EinkStG. angesehen worden ist. Bei der (vorläufigen) Veranlagung des Beschw. ist das FinA. dem einheitlichen Feststellungsbescheid gefolgt, hat aber aus dem Betrag von 2024 RM einen Aufsichtsratszuschlag von 10% = 202,40 RM festgesetzt. Streitig ist die Zulässigkeit dieser Zuschlagsfestsetzung.

Unstreitig ist der Beschw. zwar Aufsichtsratsmitglied von zwei inländischen und einer ausländischen AktG., und daher nach Kap. IV Art. 3 § 10 Teil 2 NotW.D. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517 ff., insbes. 527), subjektiv zuschlagspflichtig. Nach § 11 a. a. D. bilden aber die Bemessungsgrundlage für die Steuerpflicht die Einnahmen i. S. des § 35 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG., die bei den im § 10 bezeichneten Personen . . . der Einkommensteuer unterliegen. Diese Best. gelten unverändert für den hier streitigen Steuerabschnitt 1931. Es kommt daher darauf an, ob die 4048 RM bzw. 2024 RM für den Beschw. Einnahmen i. S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EinkStG. bilden. In Fällen, wo eine einheitliche Gewinnfeststellung zu erfolgen hat, muß nun nach der neuen Rpr. des erf. Sen. die Zurechnung von Einkünften zu bestimmten Einkommensarten und deren Abgrenzung von einander regelmäßig sowohl positiv wie negativ und mit bindender Wirkung für die Veranlagung in dem Verfahren über die einheitliche Gewinnfeststellung erfolgen, so daß z. B. Einkommensbeträge, die im Falle einheitlicher Gewinnfeststellung nicht als gewerbliche Einkünfte behandelt worden sind, bei der Veranlagung nicht als solche angezählt werden dürfen. Demzufolge wäre auch vorliegendenfalls dem einheitlichen Feststellungsbescheid bindende Wirkung hinsichtlich der Zurechnung der streitigen Beträge zum Einkommen i. S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EinkStG. zuzuerkennen. Eine ausdrückliche Feststellung in dieser Richtung enthält der Feststellungsbescheid jedoch nicht. Auch stillschweigend läßt sich etwa aus der Tatsache der Aufnahme des streitigen Betrags in den Bescheid nichts dafür entnehmen, daß der Betrag gerade als unter § 35 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. fallend anzusehen wäre. Denn eine einheitliche Feststellung hat auch im Falle des § 35 Abs. 1 Nr. 2 a. a. D. stattzufinden (§ 215 Abs. 2 Ziff. 3 RAbgD. n. F.). Bei dieser Sachlage kommt daher der übereinstimmenden Auffassung des FinA., des FinGer. und des Beschw. Bedeutung zu, daß es sich um Einkünfte i. S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 handle. Diese Auffassung deckt sich auch mit dem Ur. des erf. Sen. v. 19. Mai 1932, VI A 1262/31: RFG. 31, 112, wo das Verhältnis von Aufsichtsratsstätigkeit zu der Anwaltschaftstätigkeit erörtert ist. Einer der dort erörterten Ausnahmefälle — Aufsichtsratszugehörigkeit auf Grund kapitalistischer Beteiligung des Anwalts — liegt hier nicht vor.

sagen ist, ist die Feststellung, daß sie zwar der für den Steuerabschnitt 1931 in Geltung gewesenen Gesetzeslage im Ergebnis und Begr. völlig gerecht wird, daß sie aber für das heute geltende Recht nicht mehr zutrifft. Wenn damals trotz der subjektiven Zuschlagspflicht des Veranlagten vielfach eine Besteuerung der Aufsichtsratsvergütungen unterbleiben mußte, so war dies eine notwendige Folge der eigenartigen Gesetzeschnik, die (Kap. IV Art. 3 § 11 Teil 2 NotW.D. v. 1. Dez. 1930) die Steuerpflicht mit § 35 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. dezent verknüpfte, daß das Einkommen i. S. dieser Best. als Bemessungsgrundlage für die Besteuerung diene. Sind aber Aufsichtsratsvergütungen in aller Regel als Gewinn aus freiberuflicher Anwaltschaftstätigkeit, also als Einkommen i. S. von § 35 Abs. 1 Ziff. 1 EinkStG. anzusehen (vgl. das i. F. 1932 dem RFG. gen. § 6 Abs. 2 EinkStG. erstattete Gutachten des UAB.), so kam eine Sonderbesteuerung dieser Bezüge solange nicht in Betracht, als das Gesetz die Steuerpflicht von der Zurechnung zu der in § 35 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. gedachten Einkommensart abhängig machte.

Diese Bindung ist jetzt fortgefallen. Nach Kap. IV § 11 NotW.D. v. 18. März 1933 (RGBl. I, 114; Ausf. Best. in der V.D. v. 30. März 1933: RGBl. I, 155) werden die Zuschläge überhaupt nicht mehr im Wege der Veranlagung der Aufsichtsratsmitglieder, sondern dadurch erhoben, daß der Steuerbetrag bei Fälligkeit oder Ausschüttung der Vergütung einbehalten und an das FinA. abgeführt wird. Bei der Berechnung des Anwalts Einkommens selbst werden die einbehaltenen Lohntienzuschläge nicht auf die Einkommensteuer angerechnet; dagegen werden die um den Steuerabzugsbetrag gekürzten Aufsichtsratsvergütungen bei der Berechnung des Einkommens angezählt (§ 9 W.D. v. 30. März 1933). Hierbei muß berücksichtigt werden, daß gem. § 2 EinkStG. jeder deutsche RL. praktisch unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist.

RL. Günter Legart, Berlin.

Es ist daher davon auszugehen, daß dem Beschw. die Aufsichtsratsbezüge als Einkünfte i. S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. zugeflossen sind. Dann entfällt aber nach § 11 a. a. D. NotW.D. v. 1. Dez. 1930 die Zuschlagspflicht.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 21. Juni 1933, VI A 775/33.)

*

× 2. §§ 16, 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. Zur Frage der Abzugsfähigkeit von Schmiergeldern.

Der Beschw. hat keine ins einzelne gehenden Angaben für die von ihm behauptete Zahlung von Schmiergeldern beigebracht. Die Vorinstanz war daher auf Schätzung angewiesen. Wenn sie dabei zu dem Ergebnis gelangte, daß der Behauptung des Beschw. nicht gefolgt werden könne, so ist darin ein Rechtsirrtum oder ein Verstoß wider den Akteninhalt nicht zu finden. Unter diesen Umständen ist aber der RFG. nach § 288 RAbgD. an das Schätzungsergebnis gebunden. Er kann, da es sich um reine Tatsachenwürdigung handelt, die Höhe der Schätzung nicht nachprüfen. Die Veranlagungsbehörden sind verpflichtet, zu prüfen, ob die Aufwendungen tatsächlich gemacht sind. Lehnt der Pflichtige ab, die Verwendung im einzelnen darzulegen, so muß er darauf gefaßt sein, daß die Behörde die Verwendung — z. B. weil es sich um reine Entnahmen handeln kann — nicht für ausreichend nachgewiesen erachtet. Die Steuerbehörden sind ferner deshalb zur Nachprüfung berechtigt, weil sich unter den Aufwendungen Ausgaben befinden können, die einkommensteuerrechtlich deshalb nicht als Betriebsausgaben anerkannt werden können, weil sie — wie z. B. Aufwand für Geselligkeit, Gastereien, Jagden, Segelport — nach der Verkehrsauffassung überwiegend die private Lebenshaltung angehen. Es ist deshalb Sache des StPfl., über die Verwendung der als Schmiergelder bezeichneten Beträge wenigstens insoweit genügend genaue Angaben zu machen, daß die Behörde prüfen und entscheiden kann, ob und inwieweit es sich einkommensteuerrechtlich um Aufwendungen handelt, die überwiegend die Lebenshaltung angehen. Wenn der StPfl. im vorl. Falle weder die Empfänger der Schmiergelder genau mitteilt noch die einzelnen Geschäfte bezeichnet, die Schmiergelder veranlaßt haben, muß er sich damit abfinden, daß die Behörden seinen Angaben keinen Glauben schenken.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 28. Juni 1933, VI A 1700/32 S.)

*

× 3. Art. 82 RVerf. 1919; Art. 33 alte RVerf.; § 16 ZollG. Der Überlingersee (ein Teil des Bodensees) ist als Zollausfluß, der durch Gewohnheitsrecht entstanden ist, nicht anzuerkennen.

(RFG., 4. Sen., Ur. v. 5. April 1933, IV A 13/33, S.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Kersting, 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.]

I. Reichsversicherungsordnung.

**○ 1. § 1252 RVD. Die Wartezeit berechnet sich, selbst wenn der Verstorbene bereits vor dem 1. Jan. 1932 die Invalidentrente bezog, der Tod aber erst nach dem 31. Dez. 1931 eingetreten ist, nach den Vorschriften der 4. NotW.D. v. 8. Dez. 1931, Teil 5 Kap. IV Abschn. 1 § 9 (RGBl. I, 699, 723) und nicht nach den früheren Vorschriften.

Nach § 1252 RVD. wird Hinterbliebenensfürsorge unter anderem gewährt, wenn der Verstorbene zur Zeit seines Todes die Wartezeit für die Invalidentrente erfüllt hat. Durch die 4. NotW.D. v. 8. Dez. 1931, 5. Teil Kap. IV Abschn. 1 § 9 sind die Wartezeitvorschriften des § 1278 RVD. mit Wirkung v. 1. Jan. 1932 (§ 11 Abs. 1 a. a. D. NotW.D.) dahin abgeändert, daß an Stelle der bisher notwendigen 200 mindestens 250 auf Grund von versicherungspflichtiger Tätigkeit erdichtete Beitragsmarken, andernfalls 500 Beitragswochen nachzuweisen sind. Bei der Altersinvalidentrente, um die es sich hier handelt, dauert die Wartezeit 750 Beitragswochen. Hierzu hat die DurchW.D. v. 30. Jan. 1932 (RGBl. I, 55) zu § 11 Abs. 1 ausdrücklich vorgeschrieben, daß das neue Recht anzuwenden ist, wenn der Versicherungsfall nach dem 31. Dez. 1931 eingetreten ist, und daß als Versicherungsfall bei den Hinterbliebenenrenten der Tod des Versicherten gilt. Demnach unterliegen die Ansprüche der Hinterbliebenen eines nach dem 31. Dez. 1931 Verstorbenen, mag er nun lediglich Versicherter oder bereits Empfänger einer Invalidentrente gewesen sein, den am Todestage geltenden gesetzlichen Vorschriften. (vgl. auch RVerf. ArbVerf. 1932, 129, insbes. 132). Der Anspruch der RL. beurteilt sich also nach den

wesentlich strengerer Vorschr. der NotW.D. über die Wartezeit. Diese war zur Zeit des Todes ihres Ehemannes nicht erfüllt. Also besteht gem. § 1252 RWD. kein Anspruch der Kl. auf Hinterbliebenenrentenversicherung. Der Umstand, daß dem Verstorbenen die Invalidenrente bereits durch rechtskräftigen Bescheid der VersAnst. bewilligt war, steht nicht entgegen, da nach ständiger Rpr. der Anspruch auf Hinterbliebenenrente selbständig zu prüfen ist (vgl. Entsch. 1832, I; RVerfMadr. 1901, 170; Entsch. 2019 I; RVerfMadr. 1903, 566; Entsch. 2996 II; RVerfMadr. 1926, 445 = EuM. 19, 365; vgl. ferner Entsch. des RVerfOrgBer. 1, 191).

(RVerfM., 4. RevSen., Ur. v. 24. Jan. 1933, IIa 4763/32^a) [R.]

*

**** O 2.** § 1253 RWD. Erwärmt einem Invalidenrentenempfänger Anspruch auf Kinderzuschuß, so ist dessen Gewährung von der Vorschrift des § 7 der 4. NotW.D. v. 8. Dez. 1931, Teil 5 Kap. IV Abschn. 1 (RWB. I, 699, 723) unabhängig.

Der Ver. des Kl. war der Erfolg nicht zu versagen. Daß der Kinderzuschuß nach § 1291 RWD. nur ein Bestandteil der Invalidenrente ist und in allem ihr Schicksal teilt, ist vom RVerfM. bereits wiederholt entschieden worden. Es wird insoweit auf die Gründe der Entsch. 1650, 1840 und 2118 II (RVerfMadr. 1912, 1183; 1914, 506; 1915, 772) verwiesen. Hieraus folgt, wie das RVerfM. in der Entsch. 2372 II (RVerfMadr. 1917, 545 = EuM. 9, 318 Nr. 136) ausgeprochen hat, daß auch für den Fall des § 1253 RWD. der Kinderzuschuß nicht als selbständige Rente, sondern nur als ein Bestandteil der Rente zu behandeln und daher seine Gewährung von der Vorschr. des § 1253 unabhängig ist. Auch bei dem Kinderzuschuß für Stiefkinder und Enkel gem. § 1291 Abs. 3 RWD., der überwiegende Unterhaltsgewährung durch den Rentenempfänger voraussetzt, ist nach der Entsch. 4173 (MadrRVerf. 1931, IV 371 = EuM. 30, 499 Nr. 191¹) die Gewährung in gleicher Weise von der Vorschr. des § 1253 unabhängig und für deren Anwendung kein Raum. Was hinsichtlich der Vorschr. des § 1253 galt, muß nunmehr auch für die Vorschr. des § 7 4. NotW.D. v. 8. Dez. 1931, Teil 5 Kap. IV Abschn. 1 gelten, durch die der Beginn der Rentengewährung anderweitig geregelt und § 1253 RWD. beseitigt ist. Denn es besteht auch nach den Vorschr. der 4. NotW.D. kein innerer Grund, die Gewährung des Kinderzuschusses für die Vergangenheit derartig zu begrenzen, wie das bei den Renten vorgesehen ist. Der Umstand, daß der Kinderzuschuß nach der 4. NotW.D., Teil 5 Kap. IV Abschn. 2 § 1 mit Zustimmung des Berechtigten einem Dritten auf dessen Antrag ausgehändigt werden kann, wenn dieser den Unterhalt des Kindes überwiegend befreit, berechtigt nicht zu der Auffassung, daß der Kinderzuschuß nunmehr eine selbständige Rechtsnatur erhalten habe. Vielmehr ist durch diese besondere Regelung nur die Möglichkeit der Auszahlung eines dem Kinderzuschuß entsprechenden Teiles der Rente an einen Dritten für gewisse Fälle geschaffen, nicht aber die Rechtsnatur des Kinderzuschusses grundsätzlich geändert worden.

(RVerfM., 9. RevSen., Ur. v. 6. Mai 1933, IIa 1940/33^a) [R.]

*

**** O 3.** § 1324 RWD. Die VersAnst. kann nicht gegen Rentenbeträge aus der Invalidenversicherung mit Rentenbeträgen aus der knappschaftlichen Pensionsversicherung, die zu Unrecht gezahlt und ihr von der Knappschaft abgetreten worden sind, aufrechnen.

Außer im § 387 BGB. enthaltenen Voraussetzungen stellt aber auch die RWD. für die Zulässigkeit der Aufrechnung gewisse Bedingungen auf. Nach § 1324 RWD. dürfen die Rentenansprüche „nur aufgerechnet werden „auf zu Unrecht gezahlte Rentenbeträge“, die anderen hier aufgeführten Gegenforderungen kommen nicht in Betracht. Schon im § 55 Abs. II InvVersG. v. 13. Juli 1899 war die gleiche Vorschr. enthalten. Zu der Frage, was unter Rentenbeträgen in diesem Sinne zu verstehen sei, hat das RVerfM. in einem Bescheid v. 14. Juli 1900 (RVerfMadr. 1900, 725 Nr. 843) ausgeführt, daß damit nur Invaliden- und Altersrenten gemeint seien. Für eine Ausdehnung auf zu Unrecht gezahlte Unfallrenten böten weder das Gesetz noch seine Entstehungsgeschichte einen Anhalt. Das gilt auch heute noch. Die gleichen Vorschr. wie im § 1324 RWD. für die Invalidenversicherung sind im § 223 RWD. für die Krankenversicherung und im § 622 RWD. für die Unfallversicherung enthalten. Auch § 92 AngVersG. läßt die Aufrechnung von Ansprüchen auf Ruhegeld oder sonstige Renten nur zu gegen zu Unrecht gezahlte „Rentenbeträge“. Es ist also für jeden Versicherungszweig eine besondere Vorschr. vorhanden. Demnach kann sich der Wirkungskreis jeder einzelnen Vorschr. nur auf das Gebiet des betr. Versicherungszweiges beziehen. In der knappschaftlichen Versicherung gilt dieser Grundsatz gleichfalls. Denn nach § 226 KnappschaftG. dürfen die Ansprüche auf Leistungen aus der Kranken- und Pensionsversicherung nur aufgerechnet werden auf zu

Unrecht gezahlte Leistungen. Allerdings kann die Reichsknappschaft, da sie zugleich Trägerin der Versicherungsleistungen in der Pensionsversicherung und in der Invalidenversicherung ist, mit zu Unrecht von ihr gezahlten Rentenbeträgen aus der Pensionsversicherung gegen den Anspruch des Versichererten auf Invalidenrente aufrechnen (vgl. Entsch. 3839, MadrRVerf. 1930, IV 388 = EuM. 28, 164 Nr. 64¹). Da jedoch diese Möglichkeit nur aus der Eigenschaft der Reichsknappschaft als Sonderanstalt der Invalidenversicherung folgt, wird dadurch der Grundsatz nicht durchbrochen, daß nur Rentenbeträge aus dem gleichen Versicherungszweig zur Aufrechnung geeignet sind.

In Schrifttum vertritt Hanow-Lehmann (Komm. z. 4. Buch der RWD., 4. Aufl., S. 273 Anm. 13 Abs. 2) den Standpunkt, daß unter Rentenbeträgen i. S. des § 1324 RWD. nur Invaliden- und Altersrentenbeträge gemeint seien. Die Aufrechnung mit solchen gegen die von einer Berufsgenossenschaft zu Unrecht gezahlten Unfallrenten wird verneint, a. a. O. S. 271 Anm. 6 a allerdings wegen der fehlenden Wechselbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner; ob diese Gegenfälligkeit durch Abtretung hergestellt werden kann, dazu ist nicht ausdrücklich Stellung genommen. Der sch (Komm. z. AngVersG., 3. Aufl., S. 506 Anm. 4 a zu § 92) bejaht diese Frage und ist der Ansicht, daß die Aufrechnung durch Abtretung des Rückerstattungsanspruchs ermöglicht werden könne, verweist aber auf § 492 des Komm., wo zu § 78 eine entsprechende Erweiterung in der Aufrechnungsvorschr. des AngVersG. und der RWD. bei einer künftigen Gesetzesänderung empfohlen wird. Der Gesetzgeber hat diesen Weg auch bei der Versorgung der Militärpersonen und ihrer Hinterbliebenen beschritten. Nach § 68 RVerfOrg. kann der Anspruch auf Versorgungsgebührennie übertragen, verpfändet und gepfändet werden nur (Nr. 3) wegen des Anspruchs einer Krankenkasse auf Rückzahlung zu Unrecht empfangenen Versorgungskrankengeldes und Versorgungshausgeldes, sowie (Nr. 4) wegen eines Anspruchs einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft auf Rückzahlung einer nach gesetzlicher Verpflichtung gewährten Leistung. Solange aber eine ähnliche Vorschr. nicht in das 1. Buch der RWD. aufgenommen und die betreffenden Best. in den einzelnen Büchern der RWD. nicht beseitigt sind, ist die Aufrechnung nicht zulässig. Die bekl. VersAnst. kann daher die von ihr geschuldeten Rentenbeträge nicht gegen eine von der Knappschaft zu Unrecht gezahlte und der VersAnst. rechtswirksam abgetretene Invalidenpension aufrechnen.

(RVerfM., 5. RevSen., Ur. v. 29. März 1933, IIa 8674/31^a) [R.]

II. Reichsversorgungsgesetz.

**** O 4.** § 12 Abs. 2 Satz 2 RVerfOrg. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Einkommensminderung und der Erkrankung i. S. dieser Vorschrift in der vor dem Inkrafttreten der 2. NotW.D. v. 5. Juni 1931 (RWB. I, 279) geltenden Fassung ist auch dann gegeben, wenn der Beschädigte bei Beginn einer wiederholten Erkrankung noch Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung hat.

Nach § 12 Abs. 2 Satz 2 RVerfOrg. in der vor dem Inkrafttreten der 2. NotW.D. v. 5. Juni 1931 geltenden, hier noch anwendbaren Fassung, erhält der Beschädigte Versorgungskrankengeld nur, soweit sein Einkommen durch die Erkrankung gemindert ist. Mit Rücksicht hierauf hat das RArbM. in dem Erl. v. 12. Aug. 1930 zur Beseitigung von Zweifeln ausgeführt, daß Versorgungskrankengeld und Versorgungshausgeld an arbeitslose Beschädigte im günstigsten Fall nur bis zu dem Zeitpunkt gewährt werden dürfen, bis zu dem nach dem ArbVermG. die Arbeitslosenunterstützung gezahlt werden müßte, wenn der Beschädigte nicht erkrankt wäre. Diese Beschränkung des Bezugs von Versorgungskrankengeld und Versorgungshausgeld läßt sich nach dem Erlaß rechtlich nicht umgehen, weil mit dem Ablauf jener Frist das aus der Arbeitslosenunterstützung bestehende Einkommen kraft Gesetzes fortfallen würde, von einer Minderung des Einkommens durch die Erkrankung also nicht mehr die Rede sein könne. Zu diesem Erlaß hat das RArbM. in einem Schreiben v. 24. Jan. 1931, I B 7190/30 (abgedr. in „Die Krankenversicherung“ 1931, 201) noch weiter ausgeführt: „Der Erlaß behandelt ausschließlich die Fälle, in denen Beschädigte die Arbeitslosenunterstützung tatsächlich beziehen und infolge Erkrankung an dem Dienstbeschädigungsstellen arbeitsunfähig werden. Diese Beschädigten sollen, sobald ihre versicherungsrechtlichen Ansprüche gegenüber der Krankenkasse erschöpft sind (Aussteuerung), bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen des § 12 RVerfOrg. das Versorgungskrankengeld erhalten. Die Zahlung dieses Krankengeldes kommt aber nur für solche Beschädigte in Betracht, bei denen die gesetzlich begrenzte Bezugsdauer der Arbeitslosenunterstützung noch nicht abgelaufen ist, die also im Anschluß an die Aussteuerung bei der Krankenkasse für eine bestimmte Zeit noch Arbeitslosenunterstützung beziehen würden, wenn sie nicht arbeitsunfähig krank wären. Mit dem

¹) JW. 1932, 75².

¹) JW. 1930, 3663¹².

endgültigen Ablauf der Frist, bis zu der die Arbeitslosenunterstützung gezahlt werden könnte, hört auch die Zahlung des Versorgungskrankengeldes ohne weiteres auf.“ Nicht zweifelsfrei klargestellt ist hierdurch die Auffassung des ArbVerm. für den Fall, daß im Zeitpunkt einer wiederholten, mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Erkrankung der Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung an sich gem. § 99 ArbVermG. infolge Zeitablaufs erschöpft wäre, wenn sich nicht vorgängig während des Bezugs der Arbeitslosenunterstützung bereits eine solche Erkrankung eingeschoben hätte. Die Zeit einer solchen Erkrankung wird auf die im § 99 ArbVermG. geregelte Höchstbezugsdauer der Arbeitslosenunterstützung nicht angerechnet. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus dem Wortlaut dieser Vorschr., wonach der Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung erst erschöpft ist, wenn die Unterstützung für insgesamt 26 (jetzt 20) Wochen gewährt ist, i. Verb. m. § 89 a. a. D., wonach keine Arbeitslosenunterstützung erhält, wer Krankengeld empfängt (vgl. auch § 100 ArbVermG.; ferner Begr. der allerdings zu einer anderen Streiffrage ergangenen Entsch. 4010, NachtrVerf. 1931, IV, 92 = GrM. 29, 332 Nr. 134). Durch die erste Erkrankung wird also die Bezugsdauer der Arbeitslosenunterstützung lediglich unterbrochen, so daß nach dem Wegfall der Erkrankung die Arbeitslosenunterstützung weiter läuft, gegebenenfalls bis zur Höchstbezugsdauer infolge Zeitablaufs (26, jetzt 20 Wochen des tatsächlichen Bezugs). So kann es kommen, daß ein Arbeitsloser noch in einem erheblich späteren Zeitpunkt Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung hat als 26 Wochen, nachdem der Lauf der Unterstützung begonnen hat. Trat beispielsweise, nachdem der Arbeitslose 13 Wochen lang Arbeitslosenunterstützung bezogen hatte, eine mit Arbeitsunfähigkeit verbundene Erkrankung von 13 Wochen auf, so konnte sich der Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung nach der vor der 2. NotW.D. geltenden, hier noch anwendbaren Fass. des ArbVermG. erst erschöpfen, nachdem 39 Wochen seit Beginn der Arbeitslosenunterstützung abgelaufen waren. Erkrankte der Arbeitslose etwa bei Beginn der 30. Woche wiederholt, so hatte er demgemäß noch einen Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung, während sie bei ununterbrochenem Bezug zu jenem Zeitpunkt bereits erschöpft gewesen wäre. Der Sen. ist der Auffassung, daß in solchen Fällen einer wiederholten Erkrankung das Versorgungskrankengeld zu gewähren ist. Denn tatsächlich hätte der Beschädigte bei Beginn der 30. Woche noch Einkommen gehabt, nämlich die Arbeitslosenunterstützung, wenn er nicht wiederholt erkrankt wäre. Demgegenüber kann der Umstand, daß die Arbeitslosenunterstützung im Zeitpunkt der wiederholten Erkrankung bereits erschöpft gewesen wäre, wenn sie ununterbrochen gelaufen wäre, nicht ausschlaggebend sein; denn die Mpr. kann nur von den Verhältnissen ausgehen, wie sie sich tatsächlich gestaltet haben, nicht, wie sie sich hätten gestalten können. Ob auch die Absicht der erwähnten Erlasse des ArbVerm. in der erörterten Richtung geht, ist allerdings nicht zweifelsfrei; ihr Wortlaut steht aber jedenfalls nicht entgegen. Unter diesen Umständen kann es dahingestellt bleiben, ob diese Erlasse den Sen. überhaupt binden könnten. Die Auffassung des Sen. wird im übrigen auch durch Erwägungen der Billigkeit gestützt. Würde man der Auslegung des § 99 ArbVermG. folgen, bei wiederholter Erkrankung also keinen Anspruch auf Versorgungskrankengeld anerkennen, falls in diesem Zeitpunkt bei ununterbrochenem Bezug die Arbeitslosenunterstützung infolge Zeitablaufs bereits erschöpft wäre, so würde das bedeuten, daß ein solcher Beschädigter, wenn er wiederholt arbeitsunfähig erkrankt und von da an die Arbeitsfähigkeit nicht wieder erlangt, überhaupt keinen Anspruch mehr hätte. Er hätte gemäß § 87 ArbVermG. keinen Anspruch mehr auf Arbeitslosenunterstützung und ebensowenig könnte er nach der Meinung des § 99 ArbVermG. Versorgungskrankengeld erhalten. Dagegen hätte derjenige, der während des Bezugs der Arbeitslosenunterstützung nur einmal arbeitsunfähig erkrankt, nach dem Wegfall der Arbeitsunfähigkeit wieder den Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung für den Rest der gesetzlichen Höchstbezugsdauer. Benachteiligt wären also gerade die schwereren Fälle. Nach allem ist der Sen. der Auffassung, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen der Einkommensminderung und der Erkrankung i. S. des § 12 Abs. 2 S. 2 RVerfG. auch dann gegeben ist, wenn der Beschädigte bei Beginn einer wiederholten Erkrankung noch Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung hat. Unerheblich ist es dagegen, ob in diesem Zeitpunkt bei ununterbrochenem Bezug der Anspruch auf die Unterstützung infolge Zeitablaufs bereits erschöpft wäre.

(RVerfV., 1. RevSen., Unt. v. 7. Dez. 1932, IIa K 342/31¹). [R.]

**** 05.** § 12 RVerfG. Der Rückforderung zu Unrecht gezahlten Versorgungskrankengeldes kann der Empfänger nicht den Einwand entgegensetzen, daß er nicht mehr bereichert sei.

Sachlich ist davon auszugehen, daß nach ständiger Mpr. des RVerfV. (vgl. Entsch. 4069: NachtrVerf. 1931, IV, 221 = GrM. 30, 43 Nr. 22¹) der Rückforderung zu Unrecht gezahlter Renteleistungen der Empfänger nicht den Einwand entgegensetzen kann, er sei nicht mehr bereichert.

Es fragt sich, ob diese Entsch., die sich im wesentlichen mit der Rückforderung von Renteleistungen befaßt, das ein Versicherter lediglich auf Grund der R.D. und der Satzung als Mitglied erhalten hat, auch für die Rückforderung von Versorgungskrankengeld gelten muß. Das ist zu bejahen. Wenn auch das Versorgungskrankengeld im RVerfG. (§§ 3 Nr. 1, 12) geregelt ist und demgemäß zweifelsfrei zu den Versorgungsgebühren gehört, die letzten Endes nicht der Krankenkasse, sondern dem Reich zur Last fallen (§§ 15 ff. a. a. D.), so entpricht es doch seinem Wesen nach dem sachungsmäßigen Krankengeld. Beide Arten von Krankengeld dienen demselben vorübergehenden Zweck, nämlich den Bezüger und seine Familie während der Krankheit nicht in Geldnot geraten zu lassen und ihm für die durch die Erkrankung regelmäßig verursachte Einbuße an Einkommen in dem gesetzlich begrenzten Umfang Ersatz zu gewähren. Beide Arten von Bezügen unterliegen im allgemeinen denselben Voraussetzungen und haben denselben Inhalt. Sie sind also ihrer Natur nach wesensgleich, wenn sich auch einige, in ihrer verschiedenen Rechtsgrundlage begründete Abweichungen ergeben. Demgemäß wird das Versorgungskrankengeld kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift von den Krankenkassen gezahlt, denen gemäß § 15 RVerfG. vom Reich Ersatz geleistet wird. Die zur Leistung des Versorgungskrankengeldes verpflichtete Kasse hat dieses dem Kriegsbeschädigten zu zahlen, wie das Krankengeld einem Kassensmitglied nach der R.D. oder Satzung gewährt wird. Diese Wesensgleichheit des Rente- und des Versorgungskrankengeldes hat das RVerfV. schon wiederholt, wenn auch in anderen Beziehungen, zum Ausdruck gebracht und betont, daß Entsch., die es hinsichtlich des Rentekrankengeldes gefällt hat, auch entsprechend für das Versorgungskrankengeld gelten müssen (vgl. z. B. Entsch. 4308: NachtrVerf. 1932, IV 86 = GrM. 31, 441 Nr. 185²). Die nahe Verwandtschaft beider Arten von Krankengeld findet aber insbes. auch darin ihren Ausdruck, daß der Gesetzgeber für Streitigkeiten aus der Heilbehandlung der Versorgungsberechtigten, soweit sie den Krankenkassen obliegt, nicht, wie sonst bei den Versorgungsgebühren, den Rechtsgut vor den Spruchbehörden der Versorgung, sondern vor denen der Versicherung eröffnet hat (§ 37 Abs. 3 RVerfG., § 8 Abs. 5 RVerfG.), offenbar aus der Erwägung, daß v e r s i c h e r u n g s rechtliche Gesichtspunkte für die Entsch. der Fragen aus der den Krankenkassen übertragenen Heilbehandlung der Versorgungsberechtigten im Vordergrund stehen. Da es sich nach allem bei dem Versorgungskrankengeld um eine dem Krankengeld wesensgleiche Leistung handelt, erscheint es unangebracht, insoweit von der bisherigen, die Zulässigkeit des Einwandes des Wegfalls der Bereicherung verneinenden Mpr. des RVerfV. abzuweichen.

Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß nach der neuerlichen Mpr. des RVerfGer. (Entsch. des RVerfGer. 9, 74 Nr. 21) nach dem Inkrafttreten des RVerfG. v. 16. Dez. 1927 (RGBl. I, 349) zu Unrecht gezahlte Versorgungsgebühren grundsätzlich nicht zurückzuzahlen sind, wenn nach den §§ 812 ff. und insbes. 818 Abs. 3 BGB. eine Verpflichtung zur Rückzahlung nicht besteht. Abgesehen davon, daß das RVerfV. an diese Entsch. nicht gebunden ist, betraf sie zunächst die Überhebung eines Offizierpensionärs und war mit § 39 RVerfG. von 1927 begründet, der die Ver. auf den Wegfall der Bereicherung zuläßt. Es handelt sich dort also um einen rechtlichen Gesichtspunkt, der zu dem Versorgungskrankengeld in keiner Weise in Beziehung zu setzen ist. Denn die rechtliche Grundlage für die Berechnung des Versorgungskrankengeldes bietet das Einkommen und die danach maßgebliche Grundlohnstufe, aus der sich dann das Krankengeld errechnet. Allerdings hat sich das RVerfGer. auf S. 85 ff. a. a. D. auch mit der Frage auseinandergesetzt, wie es sich mit der Rückforderung von Gebühren nach dem RVerfG. verhalte, und auch ihnen gegenüber die Ver. auf den Wegfall der Bereicherung zu gelassen. Es geht davon aus, daß die Verpflichtung des Staates zur Versorgung der Militärpersonen, wie die zur Beamtenversorgung, auf dem Dienst am Staat und auf der dadurch herbeigeführten Behinderung des Dienstleistenden an einer Erwerbstätigkeit im Wirtschaftslieben beruhe. Diese Behinderung bestehe entweder insofern, als die Dienstzeit durch lange Dauer das Auffuchen einer anderen Erwerbstätigkeit verhindere (berufsmäßiger Beamten- oder Militärdienst) oder insofern, als die mit dem Dienst verbundenen gesundheitlichen Gefahren eine dauernde Störung der Erwerbstätigkeit herbeigeführt haben. In beiden Fällen entspreche der Staat seiner Verpflichtung durch Gewährung von gesetzlich festgelegten Bezügen, welche die rechtliche Natur einer Unterhaltsrente hatten, ähnlich wie die Beamtenversorgung. Diese gleiche Grundlage und diese gleiche Rechtsnatur der Leistungen rechtfertige die Anwendung des in § 39 RVerfG. enthaltenen Grundsatzes von der Zulassung des Einwandes des Wegfalls der Bereicherung auch auf Bezüge nach dem RVerfG. Diese Ausführungen in bezug auf Überhebungen von Versorgungsrenten passen jedenfalls nicht auf die hier fragliche Überhebung von Versorgungskrankengeld. Denn dieses ist kein einer Unterhaltsrente vergleichbarer, sondern nur ein von vornherein als vorübergehend gedachter Bezug für einen Ausnahmezustand, nämlich für den Fall einer Erkrankung.

1) JW. 1931, 3241^a.

2) JW. 1932, 3397^b.

Diese Eigenschaft des Versorgungskrankengeldes wird jetzt noch besonders hervorgehoben durch die Fassung, die § 12 Abs. 1 ArbVergG. durch die 2. NotV.D. v. 5. Juni 1931 (RWB. I, 279 ff.) 2. Teil Kap. IV Art. 1 Nr. 4a erhalten hat. Danach ist die zeitliche Dauer des Bezuges des Versorgungskrankengeldes als Rechtsanspruch jetzt in dem gleichen Maße wie beim Kassenkrankengeld nach der RVD. beschränkt.

Dieser Stellungnahme steht auch nicht entgegen, daß nach dem Erl. des ArbV. v. 24. März 1931 die Entsch. des ArbVergG. 9, 74 im Verwaltungsverfahren auch auf den Anspruch auf Rückerstattung zu Unrecht empfangenen Versorgungskrankengeldes Anwendung finden müsse. Denn der Erl. wollte, abgesehen davon, daß er für die Spruchbehörden der Versicherung nicht bindendes Recht schafft, offenbar noch keine abschließende Stellung zu der Streitfrage einnehmen, sondern nur eine einseitige Regelung vorbehaltlich der Entsch. im gesetzlich vorgesehenen Spruchverfahren treffen.

Auch Zweckmäßigkeitsgründe sprechen schließlich dafür, die Überhebung von Versorgungskrankengeld rechtlich ebenso zu beurteilen wie diejenige von Kassenkrankengeld. Es würde jedenfalls nicht verstanden werden, wenn ein Versorgungsberechtigter, der als Kassenmitglied auf Grund einer nicht mit einer Dienstbeschädigung zusammenhängenden Krankheit Krankengeld erhält und überhebt, dieses ohne Rücksicht darauf zurückzahlen muß, ob er es zur Verbesserung seines Lebensunterhalts verbraucht hat, während er als Ausgesteuerter oder als Zuteiler, wenn er infolge seiner Dienstbeschädigung erkrankt ist und zuviel Versorgungskrankengeld erhalten hat, gegenüber der Rückforderung der Kasse den Wegfall der Bereicherung einwenden könnte. Beide Fälle können nur nach einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkten entschieden werden. Eine unterschiedliche Behandlung würde also auch tatsächlich zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

(ArbV., 1. RevSen., Ur. v. 20. Jan. 1933, IIa K 142/3? 1.) [R.]

III. ReichsKnappschaftsgesetz.

**** 06.** § 23 RKnappschtG. Für die Gewährung von Familienhilfe an die nach dem RKnappschtG. Versicherten ist auch nach dem Inkrafttreten der NotV.D. v. 26. Juli 1930 (RWB. I, 311) nicht § 205 RVD., sondern allein § 23 RKnappschtG. maßgebend.

Streitig ist, ob die in § 23 Abs. 2 RKnappschtG. vorgeschriebene Beschränkung in der Gewährung der Familienhilfe an Knappschaftlich Versicherte auf deren uneheliche Kinder, die in häuslicher Gemeinschaft mit ihnen leben, nach Inkrafttreten der NotV.D. v. 26. Juli 1930 fortgefallen ist. Der Sen. hat diese Frage verneint. Durch die NotV.D. ist vor § 205a RVD. der § 205 neu eingefügt und so die Familienhilfe auch in der allgemeinen Krankenversicherung als Pflichtleistung im Rahmen der Krankenversicherung für Knappschaftlich Versicherte bereits seit dem 1. Juli 1926, dem Inkrafttreten des § 23 RKnappschtG. in Kraft bestanden hatte. Die Familienhilfe der NotV.D. weicht in verschiedenen Punkten von dieser Knappschaftlichen Familienhilfe ab (vgl. Thielmann in der „Arbeiterversorgung“ 1930, 483). In der Einleitung des neuen § 205 RVD. enthaltenen 2. Tit. des 4. Abschn. der NotV.D. heißt es, daß „die Vorschr. der RVD. vorbehaltlich einer gesetzlichen Regelung bis auf weiteres in nachstehender Fassung anzuwenden sind“. Nach § 20 RKnappschtG. sind diese Vorschr. aber auf Knappschaftlich Versicherte nicht anzuwenden, da die diesen Versicherten zu gewährende Familienhilfe in § 23 RKnappschtG. besonders geregelt ist. Diese besondere Regelung ist mithin durch die NotV.D. nicht berührt worden (vgl. auch RDruckf. 2221 4. Wahlp. 1928, S. 14 in Nr. 14). Diese Rechtsauffassung stimmt auch mit der im Schrifttum vertretenen überein (vgl. Mansfeld-Vohle, Komm. z. RKnappschtG. Anm. 1 zu § 23; Grieser-Sauerborn, Erl. der NotV.D. v. 26. Juli 1930, S. 279/80 Anm. k. Ziff. 2; Thielmann a. a. D.).

(ArbV., 3. RevSen. [KnappschtSen.], Ur. v. 28. April 1933, IIIa Kn 95/33^a) [R.]

IV. Arbeitsvermittlungsgesetz.

**** 07.** Eine im Verfahren nach den §§ 177 ff. ArbVermG. ergangene rechtskräftige Entscheidung darüber, daß zu Unrecht geleistete Beträge vom Unterstützungsempfänger zurückzuerstatten sind, ist für das Erbschaftsverfahren nach § 112a Abs. 3 Satz 6 ArbVermG. bindend.

Die Voraussetzungen, unter denen zu Unrecht gewährte Unterstützungsbeträge vom Empfänger zurückgefordert werden können, sind in § 177 ArbVermG. geregelt; über die Zulässigkeit der Rückforderung ist auf den Einspruch des Betroffenen im Instanzenzug nach §§ 178—180 a. a. D. zu entscheiden. Ob dem Arbeitsamt ein Anspruch auf Erstattung überhaupt zusteht, ist eine Vorfrage, von welcher

die Entsch. über den gegenüber dem Versicherungsträger nach § 112a Abs. 3 a. a. D. geltend gemachten Anspruch abhängt; denn wenn der Arbeitslose dem Arbeitsamt selbst nichts zurückzuerstatten hat, kann auch seine Rente nicht zur Deckung etwaiger überhöhter Unterstützungsbeträge herangezogen werden. Der Erbschaftspruch nach § 112a Abs. 3 a. a. D. ist nichts anderes als eine besondere Art der Durchführung des dem Arbeitsamt gegen den Empfänger zustehenden Anspruchs auf Erstattung nach § 177 a. a. D. Da aber über diesen Anspruch in einem besonders geregelten Instanzenzug nach §§ 178 ff. a. a. D. entschieden wird, ist für eine Entsch. der gleichen Frage im Rahmen des Erbschaftsverfahrens nach § 112a Abs. 3 S. 6 a. a. D. kein Raum mehr. Es bestünde sonst die Gefahr, daß darüber, ob der Empfänger zu Unrecht erhaltene Beträge zurückzuerstatten hat, in dem nach § 177 gegen ihn selbst gerichteten Verfahren und im Erbschaftsverfahren nach § 112a Abs. 3 widersprechende Entsch. ergehen.

(ArbV., 8. RevSen., Ur. v. 29. März 1933, IIa IE 649/33^a.) [R.]

II. Länder.

I. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Friesz u. RA. Dr. Görres, Berlin.

I. §§ 1 Abs. 2, 5 PrGewStV.D. Gewerbeertragsteuer. Der Teil einer ausgezahlten Versicherungssumme, der den Buchwert des versicherten Gegenstandes des gewerblichen Betriebsvermögens überschreitet, ist als gewerbebesteuerungspflichtiger Vermögenszuwachs bei der Berechnung des Gewerbeertrages zu berücksichtigen.

Der RVerfchw. der Parteienredererei gegen die Entsch. des VerLusfchw. war der Erfolg zu versagen. Der VerLusfchw. geht in Übereinstimmung mit der Rpr. des OVG. (vgl. R. u. PrVerwBl. 50, 415; 51, 231; 53, 316 = OVG. 88, 53) davon aus, daß Vorgänge, die außerhalb des Geschäftsbetriebs liegen, bei der Feststellung des steuerpflichtigen Ertrags außer Betracht zu bleiben haben. Er hat im vorl. Falle die Frage, ob die Auszahlung von Versicherungssummen einen außerhalb des Geschäftsbetriebs stehenden Vorgang darstellen, verneint. Diese Auffassung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Wenn die StPfl. hervorhebt, daß die Erzielung von Gewinn aus Schiffsuntergängen durch Versicherung kein Gewerbeertrag sein könne, weil eine Absicht auf Erzielung solcher Gewinne nicht vorliege und damit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 GewStV.D. nicht gegeben seien, so greift diese Begr. ihrer RVerfchw. nicht durch. Der § 1 Abs. 2 GewStV.D. schreibt nur vor, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein Betrieb als ein Gewerbebetrieb i. S. der GewStV.D. anzusehen ist und der Besteuerung als solcher unterliegt. Dagegen ist nicht jeder einzelne Geschäftsvorgang des hiernach steuerpflichtigen Betriebs daraufhin zu prüfen, ob bei ihm die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a. a. D. vorliegen. Bei der hier allein streitigen Frage, ob ein Vermögenszuwachs als Ertrag i. S. des § 5 GewStV.D. anzusehen ist, ist nach der ständigen, oben wiedergegebenen Rpr. des OVG. zu prüfen, ob er durch den Gewerbebetrieb, also durch gewerbliche Tätigkeit hervorgerufen ist oder sich wenigstens mittelbar als Frucht des in dem Gewerbebetrieb wirkenden Anlage- und Betriebskapitals darstellt. Was hiernach im einzelnen nicht unter den Begriff des gewerblichen Ertrags zu rechnen ist, muß von Fall zu Fall entschieden werden. Verneint ist die Eigenschaft eines gewerblichen Ertrags für einen Vermögenszuwachs, wie er insbes. aus der Veräußerung des Gewerbebetriebs im ganzen oder bei dem Erlaß einer Geschäftsschuld infolge Gläubigerakkords als sog. Sanierungsgewinn entsteht. Mit diesen Fällen kann jedoch das Zufließen einer Versicherungssumme nicht auf eine Stufe gestellt werden. Der die Zahlung der Versicherungssumme auslösende Schadensfall mag zwar durch höhere Gewalt verursacht worden sein. Er fällt aber trotzdem nicht aus dem Rahmen des Gewerbebetriebs, denn er bildet einen Teil des Risikos, mit welchem jeder Gewerbebetreibende rechnen muß. Dies gilt ganz besonders bei einem Schiffsahrtsbetrieb für den hier vorl. Fall eines Schiffsverlustes. Tatsächlich hat die StPfl. ja auch ordnungsgemäß diesen Fall in ihre Geschäftsführung einkalkuliert und für ihn durch Zahlung der Versicherungsprämien Vorproge getroffen. Wenn sie daher für den Verlust des Schiffes die ihr zustehende Versicherungssumme erhielt, so ist dies nur eine Folge der im Rahmen des Gewerbebetriebs hierfür geleisteten Werbungskosten, mithin ist das Herankommen der Versicherungssumme kein außerhalb des Betriebs liegender Vorgang, sondern eine wenn auch nur mittelbare Frucht des gewerblichen Betriebs (vgl. Pfeil-Roppe, 5. Aufl., S. 243). Umgekehrt könnte auch in dem Fall, daß das Schiff unterversichert oder gar nicht versichert gewesen wäre, ein dadurch eingetretener Geschäftsverlust nicht als betriebsfremder Vorgang erachtet werden.

Wenn die Beschw. darauf hinweist, daß die Verhältnisse bei einer Partenerederei anders seien als bei einer Handelsgesellschaft des HGB., so ist das für die hier zur Entsch. stehende Frage unersch. Es handelt sich bei der GewSt. um eine Objektsteuer, bei welcher der Gewerbetrieb als solcher besteuert wird. Ein Gewerbetrieb i. S. der GewStW. liegt aber bei der Partenerederei in gleicher Weise vor wie bei einem in der Form der Handelsgesellschaften betriebenen Schiffahrtsunternehmen. Auch die Partenerederei übt, was anscheinend die Beschw. bestreitet, eine fortgesetzte, auf Gewinnerzielung gerichtete selbständige Tätigkeit aus. Wäre sie das nicht, so fielen die GewStPfl. als solche fort, nicht aber wäre der Schluß gerechtfertigt, daß die hier streitigen Gewinne dem Ertrage nicht zuzurechnen waren.

(PrDVG., 8. Sen., Entsch. v. 10. Jan. 1933, VIII GSt 809/31.)

2. Gemeindevorstandswahl. GemWahlG. v. 12. Febr. 1924 (GS. 99) u. 26. Juni 1931 (GS. 116). Über die Feststellung eines Ersatzmannes für ein ausgeschiedenes Gemeindevorstandsmitglied findet ein Verwaltungsverfahren nicht statt.

Der BezAusSch. hat in seiner Entsch. auf das Erkenntnis des DVG. v. 19. Dez. 1927 (R.-u. PrVerwBl. 49, 603) verwiesen, in welchem folgendes ausgeführt worden ist:

„Der BezAusSch. hat aus zutreffenden Gründen unter Bezugnahme auf Leyden, Gemeindevorstand, S. 137 und den ... Erl. des MdZ. v. 24. Juli 1924, IV A I 736, angenommen, daß die Verweisung in § 9 Gef. v. 9. April 1923 i. d. Fass. v. 12. Febr. 1924 (GS. 99) auf § 8 Satz 1—5 bzw. weiter auf § 6 Abs. 8 bzw. § 6 Abs. 1—5 und 7 sich nicht auch auf die Art der Nachprüfung der Gültigkeit der Feststellung des Ersatzmannes für ein ausgeschiedenes Gemeindevorstandsmitglied beziehe, daß hier also nicht der Weg des Einspruchs und fernerhin des VerwStrVerf. gegeben ist. Die Nachprüfung erfolgt hier vielmehr durch die Aufsichtsbehörde im Bestätigungsverfahren gem. § 13 JustG. u. § 33 OstStädteD. Daß § 33 OstStädteD. insoweit durch das vorläufige GemWahlG. nicht gegenstandslos geworden ist, nehmen auch Stier-Somlo (Samml. von Ges. verwaltungsrechtlichen Inhalts) und Maull, StädteD. zu § 33 OstStädteD. an. In gleichem Sinne hat das DVG. schon hinsichtlich der Schleswig-Holstein-StädteD. entschieden (PrVerwBl. 47, 246). Der BezAusSch. hat daher mit Recht die Zulässigkeit des VerwStrVerf. gegen die Feststellung des Ersatzmannes für einen ausgeschiedenen Stadtrat verneint.“

An diesem Art., dem sich neuerdings im Schrifttum Loschelder im Komm. z. OstStädteD. S. 120 angeschlossen hat, hält der Senat auch für den vorl. Fall fest. Zwar haben die Kl. hiergegen Bedenken aus dem Wortlaut der angef. Gesetzesvorschriften geltend gemacht; diese Bedenken versagen aber gegenüber der gegenwärtigen Fassung des § 8. In der Fassung des Gef. v. 26. Juni 1931 (GS. 116) lauten die Sätze 1—4 des § 8 wie folgt:

„Wenn ein Gemeindevertreter die Wahl ablehnt oder vor Ablauf der Wahlzeit aussteht, oder wenn die Wahl eines einzelnen Gemeindevertreters für ungültig erklärt ist, so tritt an seine Stelle der Bewerber, der in demselben Vorschlage hinter den Gewählten an erster Stelle berufen ist. Die Reihenfolge, in der die Bewerber zu berufen sind, kann durch die Mehrheit der noch wahlberechtigten Unterzeichner des Wahlvorschlages geändert werden. Die Änderung muß dem Gemeindevorstande bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach erfolgter ortsüblicher Bekanntmachung der Erledigung der Stelle mitgeteilt werden. Die Feststellung des Ersatzmannes erfolgt durch den Gemeindevorstand.“

Erst im Satz 6 der jetzigen Fassung wird auf den § 6 a. a. D. Bezug genommen, der die Vorschr. über das Einspruchs- und Klageverfahren bei Gemeindevahlen enthält. § 9 a. a. D., der die Wahlen der unbesoldeten Gemeindevorstandsmitglieder zum Gegenstande hat, besagt aber lediglich, daß „§ 8 Satz 1—5 entsprechende Anwendung finden“. Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit der jetzigen Fassung des § 8 den Zweifeln begegnen wollte, die sich — allerdings entgegen der Rspr. und entgegen dem Erl. des MdZ. v. 24. Juli 1924 — aus der bisherigen Vorschr. etwa ergeben konnten; jedenfalls bestätigt der Wortlaut des § 8 i. d. Fass. des Gef. v. 26. Juni 1931 die bisherige Rechtsauffassung, daß für die Feststellung eines Ersatzmannes beim Ausschneiden eines Gemeindevorstandsmitgliedes das VerwStrVerf. nicht eröffnet ist.

In Übereinstimmung mit dem BezAusSch. war daher die Klage als unzulässig abzuweisen, ohne daß in der Sache selbst entschieden werden konnte. Es sei aber auf folgendes hingewiesen: Für die Feststellung, welcher Ersatzmann in die Stelle des ausgeschiedenen Gemeindevorstandsmitgliedes einzurücken hat, kommt es nur und ausschließlich darauf an, ob die Mehrheit der Unterzeichner des Wahlvorschlages die Reihenfolge ändert. Ist diese Änderung vorgenommen, so muß der Gemeindevorstand den durch die Mehrheit bezeichneten Gemeindevorstandsmitgliedern als Ersatzmann feststellen; das Gef. gibt keine

Stütze für die von den Kl. vertretene Auffassung, daß der Gemeindevorstand, trotzdem eine Erklärung der Mehrheit vorliegt, die dem Wahlvorschlages vorangegangenen Verhandlungen zwischen den einzelnen Parteien noch nachzuprüfen habe. Auch sei bemerkt, daß Fraktionen als solche im VerwStrVerf. über Gemeindevahlen die Rolle einer Parteipartei nicht übernehmen können.

(PrDVG., 2. Sen., Ur. v. 14. Febr. 1933, II B 20/32.)

3. § 70 RheinGemD. i. d. Fass. des Art. 18 GemVerfG. v. 15. Mai 1856. Das Ausschlußrecht des Gemeinderats aus § 70 RheinGemD. hat die Rechtsnatur einer disziplinarischen Strafbefugnis. Das Mitglied, das ausgeschlossen werden soll, muß die Versammlung nicht nur dreimal hintereinander ohne genügende Entschuldigung versäumt haben, sondern sich auch dessen bewußt geworden sein. Hat sich das Mitglied vor jeder versäumten Sitzung — wenn auch ohne Angabe von Hinderungsgründen — entschuldigt, ohne daß es um Mitteilung von Gründen ersucht worden ist, so darf es annehmen, daß sein Fernbleiben entschuldigt ist. Der Tatbestand der wiederholten Versäumnis ist dann in subjektiver Hinsicht nicht erfüllt.

§ 70 RheinGemD. bestimmt, daß der Versammlung des Gemeinderats alle Mitglieder regelmäßig beiwohnen müssen, und gibt gleichzeitig dem Gemeinderat die Befugnis, „ein Mitglied, welches die Versammlung dreimal hintereinander ohne genügende Entschuldigung versäumt oder wiederholt durch ungebührliches Benehmen Ruhe und Ordnung stört und den Zuruf des Vorsitzenden zur Ordnung nicht beachtet hat“, durch nicht genehmigungsbedürftigen Beschl. aus dem Gemeinderat auszuschließen. Das Fernbleiben des Kl. von drei einander folgenden Sitzungen ist unbestritten, die Parteien streiten lediglich darüber, ob er „ohne genügende Entschuldigung“ ferngeblieben ist. Dieser Ausdruck des Gesetzes ist in der Rspr. des DVG. (vgl. PrVerwBl. 14, 97; DVG. 33, 220) stets dahin ausgelegt worden, daß nicht die formell mangelhafte Begründung der Versäumnis, sondern nur das tatsächlich ungerechtfertigte Fernbleiben geahndet werden solle. Die Tatsache, daß der Kl. in seinen Entschuldigungsschreiben die Gründe seiner Behinderung nicht angegeben hat, konnte ihm also nicht zum Nachteil gereichen, sofern ihm nur triftige Hinderungsgründe tatsächlich zur Seite standen. Der Senat brauchte indes die Frage, ob die vom Kl. im Streitverfahren vorgebrachten Entschuldigungsgründe ausreichten, im vorl. Falle nicht zu prüfen, da es an den subjektiven Voraussetzungen für die Bestrafung des Kl. fehlte. Daß dem Ausschlußrecht des Gemeinderats in der Tat die Rechtsnatur einer Disziplinarstrafbefugnis innewohnt, ergibt deutlich die gesetzliche Gleichstellung der Sitzungsversäumung mit der Ungebühr. Die strenge Maßregelung ist von der ausdrücklichen Bedingung abhängig gemacht, daß die Versammlung des Gemeinderats dreimal hintereinander ohne genügende Entschuldigung versäumt worden ist. Damit soll die Hartnäckigkeit, die in solcher wiederholten Pflichtverletzung liegt, geahndet werden. Dem Täter muß aber auch subjektiv zum Bewußtsein gekommen sein, daß er die Sitzung ohne genügende Entschuldigung versäumt hat. Hieran fehlt es jedoch im vorl. Falle. Der Kl., der auf seine mit Gründen nicht versehenen Entschuldigungsbriefe keinen Bescheid erhielt, konnte sich mit Recht für genügend entschuldigt halten, indem er davon ausgehen durfte, daß der bekl. Gemeinderat, falls es ihm auf die Kenntnis der Hinderungsgründe ankam, um deren Mitteilung ersucht haben würde. Aus dem Schweigen des Bekl. burste der Kl. entnehmen, daß er als genügend entschuldigt angesehen werde. Die Borentscheidung, die dies verkannt hat, beruhte sonach auf Rechtsirrtum und unterlag der Aufhebung.

(PrDVG., 2. Sen., Ur. v. 14. März 1933, II C 173/32.)

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Bayern.

Bayerisches Landesverwaltungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

1. Ist der Kinderzuschlag nach § 14 BesoldG. 27 an einen verabschiedeten Offizier der alten Wehrmacht zu Unrecht gezahlt worden, weil die Voraussetzung für seine Gewährung weggefallen war, so kann der Empfänger des Zuschlages gegenüber der Rückforderung der gezahlten Beträge durch den Reichsfiskus nicht einwenden, daß er hinsichtlich der gezahlten Beträge nicht mehr bereichert sei.

(BayVerfG., Ur. v. 27. Jan. 1933, II MV Nr. 3364/31; Slg. 1933, 20 Biff. 202.)