



# Juristische Wochenschrift

Zeitschrift der Fachgruppe Rechtsanwälte (Deutscher Anwaltverein)

im  
Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V.

Herausgeber: Der Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt Dr. Walter Raeke.

Unter Mitwirkung von

Rechtsanwalt Dr. Droege, Hamburg; Rechtsanwalt Dr. Freih. von Hodenberg, Celle; Rechtsanwalt Dr. Mößner, München; Rechtsanwalt Dr. Müller, Neustrelitz; Rechtsanwalt Dr. Noack, Halle a. S.; Rechtsanwalt Dr. Römer, Hagen; Rechtsanwalt Dr. Rudat, Königsberg/Pr.; Rechtsanwalt Dr. Wilh. Scholz, Berlin; Patentanwalt Dr. Ulrich, Berlin.

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

Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63673.

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

## Rechtsstudium.

Von Geh. Justizrat Professor Dr. Krüdmann, Münster (Westf.)

Es ist schon so entsetzlich viel hin und her geschrieben und geredet worden, daß man eigentlich meinen sollte, nun wüßte man mittlerweile gründlich Bescheid. Nur das Wichtigste, das, worauf es ankommt, ist noch immer nicht gesagt.

Zunächst muß man wissen, was man von dem Rechtsunterricht verlangt und erwartet.

Das Ziel. Vor Jahren sagte ein von mir persönlich sehr geschätzter Senatspräsident an einem DVG.: Auf der Universität lernt der junge Mann die Theorie und als Referendar lernt er die Praxis. Ich traute meinen Ohren nicht, derartiges zu hören, nachdem schon wer weiß wieviel über die Reform des Rechtsstudiums disputiert war. Mein Einwand, eine theoretische Unterweisung, die nicht praktisch sei, und eine praktische Ausbildung, die nicht wissenschaftlich durchsättigt sei, taugten beide nichts, machte gar keinen Eindruck. Die Praktiker, die so denken, wissen anscheinend nicht, wie gering sie selber ihre eigene Praxis damit einschätzen, denn ihre „Praxis“ so, wie sie sie verstehen, müßte dann auf die äußeren handwerksmäßigen Hilfsbehandlungen hinauslaufen.

Auf der anderen Seite sehen Dozenten, die sich dagegen wehren, daß der Rechtsunterricht auf die Praxis vorbereiten muß, die Sachlage ebenfalls gründlich unrichtig und wissen offenbar nicht, wozu das Hochschullstudium da ist. Es scheinen noch immer viel zu viele zu glauben, die Universität vermittelte die Gelehrsamkeit. Demgegenüber muß doppelt und dreifach unterstrichen werden, daß der Rechtsunterricht, wenn er richtig betrieben werden und seine Aufgabe erfüllen soll, Erziehung ist und sein muß, Erziehung und nochmals Erziehung. Das schließt gedächtnismäßiges Pauken von Gedächtnisformeln ebenso aus, wie Gelehrsamkeit um der Gelehrsamkeit willen. L'art pour l'art! Das ist etwas ganz anderes, denn es ist Erziehung zu einer Kunst, Übung in einer Kunst. Hierin stehen die Aufgaben der Juristen und der Mediziner gleich. Beide sollen künftig Kunstleistungen vollbringen und uns Juristen ist — dies gibt auch der Philosoph Wundt zu — die schwerere Aufgabe zugefallen. Wir sollen Kunstaufgaben lösen nicht bloß mit äußeren technischen Kunstgriffen und Handgriffen und sinnlich wahrnehmbarem Beobachtungsmaterial, sondern ausschließlich und allein mit abstrakten Begriffen und einer Beobachtung des Unsinnlichen. Nur ausnahmsweise kann man in bescheidenen Grenzen von einer Beobachtung des sinnlich wahrnehmbaren reden, wenn es sich um Formfehler von Urkunden handelt. Allein schon an dieser Tatsache kann man sehen, wie unendlich viel leichter die Medizin es hat. Wir

haben zu ausschließlich mit abstrakten Begriffen zu arbeiten und aber diese sind nicht Selbstzweck, sondern dienendes Mittel zur Erfüllung unserer Kunstaufgaben.

Die Frage ist: Wie wirken wir am erfolgreichsten, mit dem geringsten Kraftverlust und der größten Wirkung auf das heranwachsende Juristengeschlecht ein, um in der Erziehung zur Rechtskunst einen höchstmöglichen Erfolg zu erreichen. Da steht — und dies ist hier schon deutlichst vorwegzunehmen — eines ganz sicher fest: Die abstrakte Vortragsweise vom Katheder herunter ist, pädagogisch angesehen, das primitivste und ungeschickteste Mittel zu diesem Zweck. Für uns Juristen ist der übliche Vortrag vom Katheder herunter im wesentlichen eine große Rückständigkeit. Freilich gibt es ja immer noch Studenten und Dozenten, die in einem guten „Hef“ das Hochziel des Studiums sehen, hoffentlich sterben diese Vorurteile aber einmal gründlich aus<sup>1)</sup>. Ich möchte jedoch umgrenzen, wie weit sich meine Forderungen erstrecken. Rein geschichtliche Vorlesungen können den freien Vortrag, also das „Hef“, nicht entbehren, hieran weiß ich nicht viel zu ändern. Es könnten wohl Studenten mehr als bisher gelesen werden, hierzu müßte man aber ausreichende Faksimilia oder einen Projektionsapparat haben. Sodann beschränke ich mich ausdrücklich auf Privatrecht und Prozeß, zumal hier die pädagogischen Aufgaben am schwierigsten sind, zum mindesten mit dem Privatrecht begonnen werden muß<sup>2)</sup>.

Pädagogik. Wenn ich immer wieder auf die Erfahrungen der Lehrerschaft hinweis, war entweder Stillschweigen die Antwort oder es wurde erwidert, derartiges sei unwissenschaftlich, oder es wurde gesagt, die Pädagogik passe für uns nicht, denn sie habe es „mit dem ganzen Menschen zu tun“. Ein Einwand, der mir leider sogar von dem von mir hochgeschätzten feingebildeten Bierhaus feinerzeit

<sup>1)</sup> Ich sage meinen Mitarbeitern, nicht „Hörern“: „Bei mir gibt es ein schlechtes Kollegheft. Nachgeschrieben wird nur, was wir — nicht etwa oßoß ich — an die Tafel schreiben und was ich Sie ausdrücklich auffordere, aufzuschreiben. Im übrigen aber wird exerziert, danach wollen Sie sich richten.“ Und mein Jungvolk richtet sich danach.

<sup>2)</sup> Strafrecht und öffentliches Recht, vor allem Staatsrecht, vertreten schon eher die Einseitigkeiten der herrschenden Lehrmethode, aber hier müssen sich die zuständigen Dozenten selber mit den pädagogischen Notwendigkeiten abfinden, ich kann ihnen da nicht hineinreden. Um so mehr haben sie sich aber bei Behandlung der Fragen der ersten zivilrechtlichen Semester zu bescheiden. Wie Zivilisten und Prozeßjuristen ihre Erziehungsaufgabe am besten lösen, geht die Kriminalisten und Publizisten nichts an.

entgegengehalten wurde. Unwissenschaftlich kann am Rechtsunterricht nur sein, was inhaltlich juristisch unwissenschaftlich ist, die Form der Darbietung ist nie unwissenschaftlich, wenn man davon absieht, daß ein Mindestmaß von Lehrwürde innegehalten werden muß. Das ist aber nicht Frage der Methode, denn auch bei der deduktiven Methode kann der Lehrer sich selber, seiner Stellung und seiner Aufgabe persönlich genau so viel vergeben wie bei einer anderen Unterrichtsmethode. Es ist so weit gekommen, daß der deduktiv systematische Aufbau des Stoffes als der allein juristisch wissenschaftliche angesehen wurde und auch heute sicher vielfach noch angesehen wird. Der Außenstehende stellt sich nicht vor, wieviel unbleibbare Befangenheit bei den Dozenten war und vermutlich auch heute noch ist. In einem Gespräch mit dem von mir persönlich ebenfalls sehr hoch geschätzten Otto v. Gierke sagte ich einmal, der Student müsse mit der produzierenden Lehrmethode erzogen werden. Gierke, ahnungslos, antwortete: Wenn ihm der Stoff vorgetragen wird, dann arbeitet er ihn doch im Geiste nach, und das ist doch produzierende Lehrmethode. Diese Unwissenheit war einfach erschütternd. Gierke wußte nicht einmal, daß das, was er als produzierende Lehrmethode ansehen zu dürfen glaubte, gerade der Typus der rein rezeptiven Methode mit ihrer passiven Aufnahme ist.

Ich muß gegen meine Gegner den doppelten Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit erheben. Einmal dahin, daß sie nicht wissen, wie weit der Umfang der Pädagogik als Wissenschaft und als Praxis reicht. Die Pädagogik umfaßt schlechthin alles: sittliche, ästhetische Erziehung, Übermittlung positiven Wissensstoffes, aber auch Ausbildung in technischem Wissen und technischer Kunst. Nichts ist ihr fremd, darum werden die Fragen der besten Unterrichtstechnik schon seit mehr als einem Jahrhundert immer wieder in der Pädagogik behandelt.

Zum zweiten erhebe ich den Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit gerade gegen die, die eine pädagogisch richtige Methode als (juristisch) unwissenschaftlich scheitern. Auch diese wissen nicht, worauf es ankommt. Eine richtige Unterrichtstechnik — um sie handelt es sich — ist nie unwissenschaftlich, weder pädagogisch noch viel weniger juristisch, und es ist eine sehr bedauerliche Verwechslung von juristischer und pädagogischer Wissenschaftlichkeit, wenn gegen eine pädagogisch richtige Methode der Vorwurf der (juristischen) Unwissenschaftlichkeit erhoben wird. Das ist blutiger Dilettantismus, der nicht weiß, worauf es ankommt.

Es ist auch schon gesagt worden, die Lehren der Pädagogik paßten für den Rechtsunterricht nicht wegen des Stoffes. Auch dies ist mindestens hilfloser Dilettantismus. Jeder Lehrstoff paßt für eine psychologisch richtig berechnete und an ihren Erfahrungs ausgebildete Methode. Es ist außerordentlich gleichgültig, ob Naturgeschichte, Erdkunde, Latein, Medizin oder Rechtswissenschaft gelehrt wird, jeder Stoff kann erfolgreich und mit dem geringsten Kraftverlust nur auf eine einzige Methode angegriffen werden, auf die aus den Erfahrungen der Psychologie abgezogene Methode. Es wird ewiges Geheimnis derer, die für die Rechtswissenschaft die alleinige Daseinsberechtigung ihrer bisherigen, nämlich der abstrakt deduktiven Vortragsmethode behaupten, bleiben, womit sie dies anders als mit ihren Vorurteilen begründen wollen. Es wird eben nichts übrig bleiben, als daß sich der Rechtsunterricht, sagen wir richtiger die Erziehung zur Rechtskunst dem anpaßt, was durch hunderttausendfältige Untersuchung als praktisch brauchbar erprobt worden ist. Es ist eigentümlich. Am höchsten entwickelt ist die Unterrichtskunst in der Volksschule, weniger schon in den Mittelschulen, noch weniger in den höheren Schulen, am wenigsten auf der Universität. Als ich anfang zu dozieren, hatte ich sofort das Gefühl, es müsse ganz anders gemacht werden, und um mich zu vergewissern, studierte ich erst mehrere Monate, indem ich gleichzeitig nebenher meine eigenen Versuche machte, die pädagogisch-wissenschaftliche Literatur: Herbart, Diesterweg usw., außerdem aber hörte ich mich bei den Volksschullehrern um. Alles paßte ineinander, was ich zunächst erfühlt, dann versucht, dann studiert, dann erfragt hatte. Welcher Kollege kann von sich behaupten, daß er sich auch nur an-

nähernd ebenso um die pädagogischen Notwendigkeiten bemüht habe wie ich?

Die Stoffanordnung. Das geschichtliche Prius und das pädagogische Prius. Seit mehr als einem Menschenalter kämpfe ich gegen das Vorurteil an, das geschichtliche Prius müsse in der Unterrichtsdarbietung auch das pädagogische Prius sein. Als ich dies wiederholt öffentlich äußerte, wurde es sofort als „unwissenschaftlich“ versemnt. Man konnte sich einfach gar nichts anderes denken, als daß der Unterricht mit dem beginnen müßte, womit die Anfänge der Rechtsbildung bei den Römern begonnen hatten. Denn mit dem römischen Recht sollte natürlich auch angefangen werden. Also nicht bloß römisches System, sondern auch römische Rechtsgeschichte voran. Arger konnte dem gesunden Menschenverstand wie den einfachsten Regeln der Pädagogik nicht ins Gesicht geschlagen werden. Immer wieder habe ich dem entgegengehalten, was ich nunmehr zum hundertsten Male wiederhole, die eiserne Fünfzahl der Pädagogik: Vom Näheren zum Ferneren. Vom Bekannten zum Unbekannten. Vom Leichteren zum Schwereren. Vom Einfachen zum Zusammengesetzten. Vom Konkreten zum Abstrakten. Man sollte meinen, dies alles sei so selbstverständlich, rechtfertige sich durch den gesunden Menschenverstand derart von selber, daß demgegenüber kein Widerspruch auftauchen könnte. Weit gefehlt, alles war und ist zum größten Teil auch heute noch in den Wind geredet.

Die Folgerungen aus jenen Sätzen sind: Die Behandlung des römischen Rechts zu Beginn des Studiums widerspricht den Forderungen, daß vom Näheren zum Ferneren, vom Bekannten zum Unbekannten ausgegangen werden muß. Sie widerspricht aber auch den beiden anderen Forderungen, daß vom Leichteren zum Schwereren und vom Einfachen zum Zusammengesetzten zu gehen ist. Die Erscheinungsformen des römischen Rechts hängen bekanntlich mit dem römischen Zivilprozeß auf das engste zusammen, dieser römische Zivilprozeß ist für den Anfänger aber so ziemlich das dunkelste, was es gibt. Für den Zivilprozeß muß zunächst einmal vom *AG.*, *LG.* usw. ausgegangen werden, aber nicht vom römischen Prätor und dem *iudex Octavius*. Ferner ist auszugehen von Müller und Schulze, die wegen Kauf oder Miete miteinander streiten, aber nicht von Aulus Agerius und Numerius Negidius. Es ist ein Gedanke von geradezu trostloser pädagogischer und psychologischer Verlassenheit, dieses geschichtliche Prius als das pädagogische Prius zu behandeln. Aber auch der Forderung vom Einfachen zum Zusammengesetzten entspricht die Stellung des römischen Rechts zu Beginn des Studiums nicht. Differenzierte Rechte sind einfach, primitive Rechte sind zusammengesetzt, weil sie eben noch nicht differenziert sind. Wie haben wir die Haftung des Käufers aufgelöst: Gewährschaft, verschuldete Mangelhaftigkeit, verschuldete Unmöglichkeit, Verletzung der Anzeigepflicht bei Vertragsschluß, nach Vertragsschluß, Verzug, Verletzung von sonstigen Nebenpflichten. Damit kann sich das römische Recht gar nicht vergleichen, so hoch sonst gerade die Fündertat des römischen Adilen einzuschätzen ist. Wo wir Unausgeglichheiten haben, rühren sie daher, daß wir die Unausgeglichheiten des römischen Rechts übernommen und nicht verstanden haben, sie schon im vorigen Jahrhundert zu überwinden.

Dazu kommt die fremdsprachliche Erscheinungsform, die für die späteren Semester bestimmte noch zu erwähnende Vorzüge bietet, aber zu Beginn des Studiums die vielfach mit lateinischen Vokabeln und Grammatik überfüllte Jugend eher abstößt.

Die Lehrform. Wie schon angedeutet, muß mit dem auch heute noch bestehenden Monopol der deduktiven Darbietungsweise gebrochen werden. Rücksichtslos. Deduktiv ist das Verfahren, von abstrakten Oberbegriffen auszugehen und von da zu den Einzelerkenntnisse herunterzusteigen. Typus: die großen Lehrbücher. Darum auch das verhängnisvolle Vorurteil, den allgemeinen Teil voranzustellen und im Schuldrecht mit den allgemeinen Lehren zu beginnen. Es muß genau umgekehrt gemacht werden. Zu beginnen ist mit Kauf, Miete, Darlehen usw. Im Sachenrecht mit dem Eigentum, aber nicht mit dem Besitz. Dieser ist für den Juristen, der das System beherrscht, das einfachste, weil er das primitivste ist, aber

gerade darum ist er für den Beginn des Studiums ganz unmöglich. Das rechtliche Haben mit der Folgerung, daß der Eigentümer das absolute, unentziehbare Recht gegen jedermann habe, ist viel leichter vorzustellen als das tatsächliche Haben, das aber überraschenderweise ebenfalls Klagebefugnisse mit sich bringen soll. Für den Laien gehört es zu den selbstverständlichsten Tatsachen, daß Bote oder Botin (Köchin), denen auf dem Wochenmarkt ihr Gemüse gestohlen wird, dagegen Notwehrbefugnisse haben, juristisch gehört dies zu den Erscheinungen, die am allerschwersten der jungen Welt klargemacht werden können. Nun gar die vindikatorischen und negatorischen Besitzklagen. Sie sind, wie mit Händen zu greifen, den Eigentumsklagen nachgebildet, daher muß doch zuerst das Vorbild erklärt sein, bevor man sich mit der Nachbildung befassen kann. Der Rechtsunterricht stellt auch hier psychologisch und pädagogisch alles auf den Kopf. Und dann wundert man sich über den „Anfleiß“.

Daher: Allgemeiner Teil, Familienrecht und Erbrecht gehören hinter Schuldrecht und Sachenrecht. Das bisherige Schwierigkeit mit der beschränkten Geschäftsfähigkeit ist zu überwinden und man braucht nicht einmal das Zugeständnis zu machen, daß aus dem Allgemeinen Teil das Personenrecht herausgehoben wird. Die nötigen Bemerkungen lassen sich leicht nach Bedarf einschleichen. Keinenfalls gehört die Lehre von den Handlungen an den Anfang, da geht z. B. das ganze Anfechtungsrecht und seine praktische Bedeutung glatt über die Köpfe weg, auch ist die Auseinandersetzung mit Gewährungsschaft usw. nicht durchzuführen. Erst Gewährungsschaft, dann Anfechtung!

Innerhalb der Vorlesungen des Schuldrechtes ist unbedingt mit dem einzelnen Rechtsverhältnis zu beginnen, also meinetwegen mit dem Kauf, obgleich dies seine Bedenken hat, die Miete wohl reichlich so gut an den Anfang gehört. Zugleich muß aber schon sofort bei Kauf, Miete, Wertvertrag usw., um das Bild vollständig zu machen und den Gegenstand herauszuarbeiten, das Recht des Verzuges, der Unmöglichkeit, der positiven Vertragsverletzungen angezogen werden. Es genügt, wenn für jeden Fall zunächst ein drastisches Beispiel als Gegenstand gegeben wird und der Student darauf aufmerksam gemacht wird, wie die Sonderbestimmungen des einzelnen Schuldverhältnisses und die allgemeinen Bestimmungen ineinander übergreifen und sich gegenseitig ergänzen. Sonst schwebt z. B. das Unmöglichkeitsrecht für den Anfänger vollständig in der Luft und er sieht gar kein begriffliches Verhältnis zu den Einzelbestimmungen von Kauf usw.

Das, was hier befürwortet wird, ist der induktive Aufbau des Lehrstoffes, die Anwendung des Grundsatzes: vom Konkreten zum Abstrakten. Auch dies war früher als unwissenschaftlich verpönt.

Die produzierende Lehrform und die Verlangsamung der Apperzeption. Einer der wenigen, die mir zur Seite gestanden haben, war Kuhlenbeck. Er erkannte und sprach es auch aus, daß die herrschende Lehrform des abstrakt deduktiven Vortrages vom Katheder herunter feminin sei. Insofern mit Recht, als sie nur die passive, rezepptive Tätigkeit des Hörers fordert. Auch das muß genau umgekehrt sein, der Student muß produzierend lernen. Für den Dozenten natürlich schwer, für manche sehr, wenn nicht zu schwer, aber es hilft nichts, es muß geschafft werden. Daher muß aus der Hörerschaft das, was sie lernen soll, herausgefragt werden, sie muß möglichst selbständig zu finden versuchen, was sie nach Absicht des Lehrers lernen soll. Das hat zugleich einen großen weiteren pädagogischen Vorteil, der gar nicht hoch genug gewertet werden kann: Die Verlangsamung der Apperzeption. Sie ist ein, wenn nicht geradezu der Schlüssel zum Erfolg des Unterrichtes. Ich kann in abstrakt deduktiver Weise in einer Stunde das vielfache von dem vortragen, was ich in derselben Zeit produzierend in konversatorischer Weise unter bester Anwendung der Verlangsamung der Apperzeption abhandeln kann. Aber das meiste des ersten wird vergessen, das meiste des zweiten folgt, und es bleibt absolut gerechnet bei der zweiten Methode mehr hängen als bei der ersten. Es ist hiergegen eingewandt worden, daß zu einer solchen Behandlung des Stoffes keine Zeit sei. Ich behaupte aus hundert-

facher Erfahrung, daß die Zeit vollkommen da ist, man muß sie nur zu nutzen verstehen. Dazu gehört auch, daß der Dozent, der Schuldrecht und Sachenrecht behandelt, gleichzeitig die Anfängerübungen in der Hand hat. Diese drei Dinge müssen ineinander übergreifen, es geht nicht, daß sie in demselben Semester in verschiedenen Händen sind. Dann stehen für Schuld- und Sachenrecht nebst Anfängerübungen elf Stunden zur Verfügung. Das genügt vollaus, da bei der hier vorgeschlagenen Methode die höchstmögliche intensive Einwirkung auf die Studenten gewährleistet wird. Nur in Schuld- und Sachenrecht wird die unentbehrliche Grundlage für alles folgende gewonnen, sogar für das öffentliche Recht, das schließlich doch nur vom Zivilrecht seine wichtigsten Begriffe entlehnt hat. Ich rede also der konversatorischen, oder wenn man will, sokratischen Methode uneingeschränkt das Wort, denn nur mit ihr werden wir unseren Erzieheraufgaben gerecht.

Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei eingeschoben: Die induktive Methode, vom Konkreten zum Abstrakten, ist nicht dasselbe wie die konversatorische. Induktiv kann man auch in der hergebrachten Vortragsform verfahren, aber bei ihr geht der große Gewinn der Verlangsamung der Apperzeption verloren und droht die Überhäufung mit jeweils zu viel Stoff. Andererseits kann konversatorisch durchaus in der Repetitionsform verfahren werden, indem einfach die abstrakten Begriffe gefragt werden.

Eine ministerielle Verordnung hat Besprechungsstunden vorgegeben, die anscheinend so gedacht sind, daß das Vorgebrachte gewissermaßen repetitionsweise nachträglich wieder besprochen werden soll. Dies ist ein Mißgriff. Etwas repetieren, was der junge Jurist meistens noch nicht begriffen hat, ist Verschwendung von Kraft und Zeit. Auch hier ist alles umgekehrt anzufassen, die „Besprechungen“ haben nicht nachzuzufolgen, sondern voranzugehen.

Selbstverständlich „bespreche“ ich nicht die ganze Stunde hindurch, sondern füge nach Bedarf auch Vorträge ein, ja es kommt vor, daß ich die ganze Stunde spreche, aber das ist eine Ausnahme. Wo es irgend angeht, habe ich immer jemand an der Wandtafel, der mit Hilfe der Hörerschaft die Stichworte des logischen Aufbaues oder die Aufzählung der zum Gesamtbild zusammenzuführenden Einzelheiten an die Tafel zu schreiben hat. Das gibt natürlich manchmal für manche Studenten, aber auch für manche Studentin, manche heiße Minuten, aber dann merken sich diese Spießkützenläufer das, worauf es ankommt, für immer. Natürlich suche ich mir gern auch gerade solche aus, von denen ich annehme, daß sie in der vorhergehenden Stunde nicht da waren, und strafe sie damit, daß sie beschämt an ihren Platz zurückzuschleichen müssen. Dagegen von der äußerlichen Schulmeisterei der Gegenwartslisten halte ich nichts. Wer den äußeren Zwang braucht, soll nicht lehren, soll aber auch nicht auf die Unversität gehen. Mögen die Schwächlinge ruhig untergehen, ich kann den Eltern leider nicht helfen.

Den Vorwurf, daß dies von mir vorgeschlagene Verfahren Schulmeisterei sei, muß ich nachdrücklich zurückweisen. Das Verfahren mit den Gegenwartslisten ist die schlimmste Schulmeisterei, die es gibt. Ferner will meine „Schulmeisterei“ durchaus als Erziehungsarbeit gewertet sein, der Listenzwang hat mit Erziehung nichts zu tun. Damit zwingt man nur die Leiber, aber packt nicht die Geister, und bereitet höchstens dem Professor die Genugtuung, daß er volle Säle sieht. Die Erziehung zur Gerechtigkeitkunst fordert genau das, was hier gesagt ist. Vom Einzelfall ist auszugehen, an ihm ist die innere Gerechtigkeit der abstrakten Norm, ihr Zweck, und an ihm gemessen, ihr Inhalt zu entwickeln. Es ist ferner — und dazu bieten gerade erst die Antworten der Teilnehmer den richtigen Anlaß — auf die Rückwirkungen der Entscheidung auf andere Rechtsverhältnisse hinzuweisen, es ist darzulegen, zu welchen unpraktischen und ungerechten Folgen, vor allem auch im Prozeß, die von dem jungen Juristen gegebene Antwort führt. Die Zusammenhänge mit anderen Rechtsfällen, auch des öffentlichen Rechtes, sind aufzudecken, man darf sich vor kleinen Exkursen auf andere Gebiete nicht scheuen, muß vielmehr gerade darauf ausgehen, das praktisch zusammengehörige gelegentlich ohne Rücksicht auf die System-

reinheit an ganz anderer Stelle abzuhandeln, als die systematische Folgerichtigkeit fordert. Es muß nur später an der richtigen Stelle des Systems darauf hingewiesen werden, so daß auch eine Repetitionswirkung entsteht. Dies alles ist deshalb notwendig, weil unter allen Umständen das Kausalitätsbedürfnis der Hörer befriedigt werden muß. Wer nicht bewußt darauf ausgeht, das Kausalitätsbedürfnis der Hörer zu wecken und es dann zu befriedigen, hat seinen Beruf als Erzieher zur Rechtskunst verfehlt.

Was ist zu tun? Die Besprechungsstunden sind auszubauen, aber ganz anders als bisher anzufassen. Die Unterrichtsveraltung muß hierin noch vollständig umdenken, und es ist sehr bedauerlich, daß in ihr Kenner des Universitätswesens so wenig vertreten sind, vielmehr nahezu alles von dem Studentrat gemacht wird. Die Folge sieht man. Die Besprechungsstunden wurden nach ministerieller Verfügung höher honoriert als die Vortragsstunden. Jetzt sind sie wieder auf den Stand der Vortragsstunden zurückgeschraubt. Ein ganz schwerer Fehler. Es hätte auch hier wieder einmal alles umgekehrt gemacht werden müssen. Zunächst mußte jedem Dozenten freigegeben werden, seine Vorlesung, soweit wie er es ausdehnen wollte, in Besprechungsform zu halten und dafür nach der Zahl der Besprechungsstunden das erhöhte Honorar zu liquidieren. Selbstverständlich muß sich jeder Dozent innerhalb der vorgeschriebenen Höchstzahl von Vorlesungsstunden halten, und damit er nicht mehr Besprechungsstunden liquidiert, als er wirklich hält, sind ihm zunächst nur drei Viertel aller Stunden als Besprechungsstunden zuzugestehen.

Heute beträgt die Höchstzahl zwei Drittel im Schuldrecht, ein Viertel und weniger in den anderen Teilen. Also rechnen wir auf eine vierstündige Vorlesung drei Besprechungsstunden. Das entspricht ziemlich genau dem pädagogisch notwendigen Maß, sowie dem unerläßlichen Rest für den freien Vortrag. Hierfür setze man wieder erhöhte Honorare an. Die Folge wird sein, daß sich der Nachwuchs der Dozenten dieser neuen Lehrmethode annehmen und sie pflegen wird. Aus ihnen erziehe man sich auf diese schonende Weise die künftigen Erzieher der deutschen Jugend heran, mit bloßen Befehlen und dergleichen Ungeschicklichkeiten erreicht die Unterrichtsverwaltung nichts. Sie ist überhaupt auf einem Irrweg. Die Universitäten werden, wenn es so weiter geht, zu höheren Gymnasien usw. nach dem Direktorialsystem, und dann ist es mit der Weltstellung der deutschen Universitäten ganz sicher aus. Wir sind groß geworden nach dem entgegengesetzten System, das, was uns groß gemacht hat, bleibt nach einem alten Gesetz auch immer der weitere Garant unserer Größe, aber nicht das, was jetzt im Zuge ist. Also passe man sich mit seinen Maßnahmen dem an und versuche, die freiwillige Befolgung des pädagogisch notwendigen zu erreichen, die notwendige Kontrolle übt schließlich die Studentenschaft selber. Sie wird sich schon äußern, wenn sie sich betrogen fühlt.

Es ist auch nichts dagegen einzuwenden, daß bei juristischen Habilitanden eine fest begründete Kenntnis der Lehren der Pädagogik gefordert wird. Das gehört zum Handwerkszeug und muß gewertet werden, ist aber bisher von den Fakultäten nahezu ganz vernachlässigt worden. Ich habe es leider nie erreichen können, daß bei der Habilitation vorher Ausweise über Erzieherfähigkeit und Lehrerschaft verlangt würden, vielleicht kommt dies jetzt endlich.

Das römische Recht. Das immer wieder gezogene Register ist bekannt: Unerreichte Meister, unerreichtes Vorbild, Lehrer der Welt usw. Damit wird nicht gerechtfertigt, daß das römische Recht auch heute noch im Lehrplan eine Rolle spielt. Auch nicht dadurch, was zweifellos zutrifft, daß die eine Wurzel des heutigen Rechtes römisch ist. Zugegeben, daß es sehr wünschenswert ist, wenn alle Juristen wenigstens aus Gründen der allgemeinen juristischen Bildung so viel von dem römischen Recht wissen, um doch immerhin sagen zu können, diese oder jene Bestimmung ist von den Römern ererbt. Unbedingt muß das römische Staatsrecht gekannt werden, schon um den Gegensatz gegen moderne Staatseinrichtungen herauszuarbeiten. Aber ebenso wichtig ist auch die Kenntnis des athenischen und lakonischen Staatsrechtes. Deshalb lehrt man

aber kein griechisches Recht. Obgleich ich der herkömmlichen tralatizischen Einschätzung des römischen Rechtes durchaus nicht beipflichte, befürworte ich doch noch nicht, daß wir uns von dem römischen Recht trennen, wengleich einmal die Trennung vollzogen werden muß. Aber mein Grund ist ein ganz anderer, ist von den Romanisten bis auf diesen Augenblick als solcher noch gar nicht erkannt. Dieser Grund ist die Verlangsamung der Apperzeption. Sie ist ohne weiteres durch die fremdsprachliche Form und ferner durch die kasuistische Erscheinungsform, d. h. durch die Notwendigkeit exegetisch-induktiver Behandlung, gegeben. Dies, und nur dies allein, rechtfertigt noch das römische Recht im heutigen Auszubildungsprogramm. Die mit der Behandlung des römischen Rechtes in Form der Exegese notwendig verbundene Verlangsamung der Apperzeption zwingt auch den ungeschicktesten und unerfahrensten Dozenten, unbewußt diese Haupt- und Grundregel der Pädagogik zu befolgen. Daß die Unkenntnis pädagogischer Regeln hieraus etwas ganz anderes machte, sei verziehen, wenn nur jetzt die Folgerungen richtig gezogen werden. Diese bestehen darin, daß das römische Recht nur noch in Form der Exegese behandelt wird. Es ist Aufgabe der Kunst des Lehrers, diese Exegese richtig auszubauen, nicht aber sie mit dem alten Schlagwort abzulehnen, daß dem jungen Juristen doch ein System geboten werden müsse. Dies bestreite ich ganz entschieden, es braucht ihm noch kein System, noch dazu ein so abstraktes System wie das deduktiv aufgebaute, geboten zu werden. Das System ist zu befolgen, aber nicht abstrakt vorzutragen, sondern aus den Einzelfällen zusammenzusetzen. Was der Anfänger lernen und wissen muß, ist ihm gelegentlich der Exegese vorzutragen, z. B. Unterschied von Konsensualvertrag und Stipulation. Das System als solches ist dem *BBW.* vorzubehalten, das genügend vollkommen, zumal das römische Recht mit zu viel geschichtlich-nationalen Zufälligkeiten belastet ist, die das Verständnis und die gedächtnismäßige Aufnahme nur erschweren. Also nicht die inhaltliche Vortrefflichkeit des römischen Rechtes — diese ist längst überwinden —, sondern die pädagogisch nützlich auszuwertende Erscheinungsform ist es, die es empfiehlt, das römische Recht jedenfalls einstweilen noch beizubehalten, allerdings nur in ausschließlich exegetischer Behandlung. Überhaupt ist gegen die zu früh einsetzende Jagd nach dem System bestimmtester Widerspruch anzumelden. Ich behalte meine Jugend bis zum dritten Semester einschließlich im Auge und fasse immer wieder nach, was sie wohl vom römischen Recht weiß. Auf meine Fragen erhalte ich denn auch regelmäßig ein mehr oder minder vergnügliches Schmunzeln als Antwort. Das ist das, was bei der jetzigen Pflege des römischen Rechtes herauskommt, und an anderen Universitäten weiß das Jungvolk sicher genau so wenig.

Wird für das römische Recht die exegetische Methode gewählt, neben der eine kurze Vorlesung über römische Rechtsgeschichte vielleicht erhalten bleiben kann, dann wird man die Erfahrung machen, die längst sicherer Besitz unserer Pädagogen ist, daß es nämlich für den Beginn ganz gleichgültig ist, wo man einsetzt, vorausgesetzt, daß nur die schon erwähnten pädagogischen Regeln befolgt werden. Wir verlegen in den jugendlichen, von keiner Sachkenntnis beschwerten Geist, immer unsere Vorstellungen hinein, die wir auf Grund unserer Sachkenntnis haben. Wir orientieren uns nach dem System, weil wir das System innehaben, der Neuling denkt gar nicht daran, er orientiert sich und kann sich auch nur orientieren an der Einzelercheinung. Also biete man sie ihm, das System kommt noch immer früh genug.

Es muß aber auch bei der Schule eingezogen werden. Die vielen, die über Juristen und Juristentum schelten, vergessen, daß die Schule auf alles vorbereitet, Theologie, Philologie, Geschichte, Naturwissenschaften, aber nicht auf das Recht. Die Versuche mit der Staatsbürgerkunde sind kläglich ausgefallen und werden immer kläglich ausfallen, solange nicht das alte Wort befolgt wird: Der Lehrer muß viel mehr wissen als er lehrt. Wer nicht im Privatrecht und öffentlichem Recht richtig durchexerziert ist, kann über Staatsbürgerkunde auf der Schule überhaupt nicht mitreden, kann auch die antiken Stadtverfassungen, ja unser altes Kaisertum, nicht richtig verstehen. Das Recht gehört also auf die Schule. Zunächst

mittelbar, indem die Lehrer ein Existenzminimum von öffentlichem und Privatrecht sicher beherrschen, von dem ihr Unterricht durchsättigt ist. Sodann unmittelbar, indem sich die Philologenschaft endlich an die lateinischen Rechtsquellen heranmacht. Das echteste Latein wird nicht behandelt, das Juristenlatein, aber der Helleniker Cicero mit dem bloßen lateinischen Wortüberzug wird als die Hochleistung des Lateinischen gepriesen. Sein Latein ist gar kein Latein, ist Griechisch mit lateinischen Worten. Er hat sich ganz an Thukydides und Demosthenes verkauft, diese beiden waren für diesen Schwächling so übermächtig groß, daß er sich ganz an sie verlor. Und das wird der Jugend als Latein vorgelesen. Wie lange wird man sich dieses gefallen lassen? Gerade Cicero trägt mit die Hauptschuld, wenn Oberlehrerreden so in Mißkredit gekommen sind wegen ihrer tönenden Praefen. Hat man denn gar kein Empfinden dafür, daß Cicero lügt, sprachlich lügt, und daß es eine Versündigung ist, die Jugend an Cicero auszubilden? Da wirkt die nüchterne Sachlichkeit der Juristen unendlich viel wahrhafter. Natürlich, berauschen kann man sich nicht daran, dazu hat man aber sonst noch ausreichend Gelegenheit. Darum müßte in der Schule eine ausgesuchte Präparation aus Juristenquellen behandelt werden, wozu ich übrigens aber auch ausgesuchten Stoff aus dem Monumenta Germaniae rechne. Das mittelalterliche Latein ist richtige Fortbildung des alten Latein, die Philologen greifen sich aber das Latein einer willkürlich ausgewählten Zeitsstufe heraus und tragen dies als das eigentliche und alleinige Latein vor. Wir Juristen dürfen denn doch sehr ernstlich bitten, daß sich die Studienräte mit diesen bisher ganz ungehobenen Schätzen etwas näher beschäftigen, das bekommt ihnen gut, bekommt der Jugend gut und schließlich auch dem ganzen Volke.

Das antike Recht auf der Universität. Lehre und Pflege bedenken sich nicht, gehen heute sogar sehr weit auseinander. Die romanistischen Juristen sind weit in das griechische und orientalische Recht hineingeraten und die Berufungen werden von den Fakultäten wesentlich mit danach bemessen, was im ägyptischen, koptischen, hellenischen, sumerischen usw. Recht geleistet worden ist. Dies ist für die Erziehung der Jugend Part pour Part und ohne jeden Wert für sie. Die Helleniker, Koptiker, Sumeriker, Ägyptiker usw. gehören nicht in die juristische Fakultät, sondern in die philologische. Zum Teil werden schon jetzt von den Orientalisten juristische Aufgaben übernommen, die als juristische eigentlich von Juristen gelöst werden müßten. Die Philologen werden damit aber ganz gut fertig. Sie werden noch leichter damit fertig, wenn erst zur richtigen philologischen Ausbildung ein Existenzminimum von Rechtskenntnissen gehört.

Die Einführung in den Zivilprozeß. Wie gänzlich die Studienregelung von allem pädagogischen Geist verlassen ist, ergibt sich daraus, daß es für den Zivilprozeß keine konversatorische Einführung gibt. Naiverweise scheinen mancherlei Leute zu glauben, der römische Zivilprozeß, das pädagogisch schwierigste, das es überhaupt gibt, sei eine Einführung in den heutigen Prozeß. Uns fehlt eine Einführung, die sich einen ganz einfachen Prozeß zum Vorbild nimmt, so wie ich ihn in meiner Einführung in das Recht entworfen habe. Dieser muß in allen seinen Phasen nach der Frageform: Was muß nun geschehen? Was kommt nun? durchgesprochen werden. Vor allem muß der Anfänger auch ein Bild von den Vorgängen hinter den Kulissen haben. Er muß wissen, wie es kommt, daß in dieser Klagesache zwischen diesen Parteien, vor diesem Richter, an diesem Tage, in dieser Sache, ein Termin stattfindet. Klagerhebung, Terminverfügung, Klagezustellung sind dem Anfänger böhmische Wälder, er erhält hierin auch dann noch keinen Einblick, wenn er sich auf das Gericht begibt und einen Termin mit anhört. Was vorher geschehen ist, geschehen mußte, bleibt im dunklen. Was er sieht, ist nur ein kleiner Ausschnitt. Nahezu alles ist ihm meltenfern, und gerade hier muß nach dem Grundsatz der Verlangsamung der Apperception verfahren werden. Man setze sich nur unsere Lehrbücher des Zivilprozesses an, für den Anfänger mit ihrer begrifflichen Aufteilung der Vorgänge ganz unmöglich. Erst die Vorgänge, dann die Begriffe, d. h. vom Konkreten zum Abstrakten, induktiv. Es ist einfach unverständlich, wie hieran hat vorbeigezogen werden können.

Aber dies hängt mit der Rückständigkeit zusammen, mit der die Einführung in die „Rechtswissenschaft“ behandelt wird. Jede bisher geschriebene Einführung in die Rechtswissenschaft ist eine pädagogische Unmöglichkeit für den Anfänger. In ihnen allen — meine eigene ist bewußt umgekehrt aufgebaut — wirken noch die überholten Vorstellungen der alten Enzyklopädie und Methodologie nach, die eine rein abstrakt deduktive Zusammenfassung der Oberbegriffe eines Stoffes ist, von dem der Anfänger keine Ahnung hat und die gerade zur „Einführung“ seiner ahnungslosen Unwissenheit in das Recht dienen soll. Alle diese Bücher sind pädagogischer Kopfstand und taugen als Einführungen pädagogisch gar nichts, sind als abschließende Zusammenfassungen aber durchaus gut. Auch hier muß das Dozententum vollständig umdenken lernen. Die Einführung ist rein in Besprechungs- und Frageform zu halten, vertritt es aber ganz vorzüglich, daß wirkungsvolle Vorträge eingeflochten werden, denen das Jungvolk dann regungslos und mit gespanntester Aufmerksamkeit bis zum Schluß der Stunde zuhört.

## Kirchliche Verfassungsfragen unter besonderer Berücksichtigung der evangelischen Kirche der Altpreußischen Union<sup>1</sup>).

Von Rechtsanwalt Dr. Erwin Noack, Halle a. S., Mitglied der Nationalkirche und der Generalkirche.

Der Abschn. 2 Art. 2 der Verfassung der deutschen evangelischen Kirche v. 11. Juli 1933 regelt die Rechtsverhältnisse zwischen der deutschen evangelischen Kirche und den Landeskirchen. Nach dem Art. 2 sind die Landeskirchen die Grundlage der deutschen evangelischen Kirche, und ihre Selbständigkeit wird im Abs. 3 des Art. 2 garantiert.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß von der deutschen evangelischen Kirche den Landeskirchen für ihre Verfassung durch Gesetz einheitliche Richtlinien gegeben werden können. Zu diesem Satz gibt wohl der zweite Satz des Abs. 4 des Art. 2 noch eine Auslegung. Danach sollen diese Richtlinien für die Verfassungen der Landeskirchen sich insbes. auf die rechtliche Einheit unter den Landeskirchen auf dem Gebiete der Verwaltung und Rechtspflege beziehen. Daraus ergibt sich aber, daß diese Richtlinien, die von der deutschen

evangelischen Landeskirche zu geben sind, auch die territoriale Organisation der Landeskirchen ergreifen können; denn die territoriale Gliederung einer Landeskirche ist Grundlage für ihre Verwaltungshandhabung.

Hängt so selbst der territoriale Bestand der Landeskirche von den von der deutschen evangelischen Kirche zu gebenden Richtlinien ab, dann ist es verständlich, daß die verfassunggebende Arbeit der Landeskirchen selbst bisher wenig vorwärts gekommen ist, da diese Richtlinien bisher fehlen.

Auch bei der evangelischen Kirche der Altpreußischen Union sind daher bis jetzt nur wenige, den Aufbau dieser Landeskirche betreffende Gesetze erlassen worden. Von besonderer Wichtigkeit ist lediglich, soweit man die Organisation der Landeskirche betrachtet, das Kirchengesetz über die Errichtung des Landesbischofsamts und von Bistümern vom 6. Sept. 1933. Der § 1 dieses Gesetzes bestimmt, daß ein Landesbischof unbeschadet der Befugnisse des Kirchenrats die evangelische Kirche der Altpreußischen Union vertritt. Über

<sup>1</sup> Vgl. Gebhard, „Die Neugestaltung des evangelischen Kirchenwesens in Deutschland“; JW. 1933, 2551 ff.

schon der § 2 zeigt, daß die Einrichtung des Amtes eines Landesbischofs nicht etwa in eine Konkurrenzfähigkeit zum Reichsbischofs ausarten sollte; denn man legte das Amt des Landesbischofs in die Hand desjenigen Mannes, der aller Voraussicht nach das von der deutschen evangelischen Kirche zu schaffende Amt des Reichsbischofs besetzen sollte. Aus dieser Personalunion, die bewußt von vornherein erstrebt wurde, sind weitgehende Folgerungen für den endgültigen Aufbau der Landeskirchen zu ziehen. Sollte es sich erreichen lassen, daß einmal das Amt aller Landesbischöfe in der Hand des Reichsbischofs vereinigt wird, so könnte das Institut des Landesbischofs überhaupt wegfallen, und die übrigen Bischöfe, wie sie im § 5 des genannten Gesetzes für jedes Bistum vorgesehen sind, würden unmittelbar unter dem Reichsbischofs stehen unter Wegfall des Zwischengliedes Landesbischofs. Eine solche Regelung würde wohl auch der geschichtlichen Entwicklung der deutschen Bischöfe entsprechen, im übrigen mit der staatsrechtlichen Entwicklung Deutschlands zu einem Einheitsreiche übereinstimmen.

Welche Organe dem Bischof zur Seite gestellt werden sollen, steht nach der bisherigen Gesetzgebung für die Zukunft noch nicht fest. Der § 4 des Gesetzes v. 6. Sept. 1933 bestimmt lediglich, daß das Amt der Generalsuperintendenten für die Zukunft verschwindet. Dennoch wird dem Bischof ein Konsistorium, ähnlich wie bisher, zur Seite stehen müssen. Nur fragt es sich, wer als seine Gehilfen an die Stelle der Generalsuperintendenten treten sollen. Der § 6 gibt hier einen Hinweis; denn die Bistümer gliedern sich ja in Probsteien. Dabei wird man sich hüten müssen, die Probsteie etwa am Sitze des Bischofs zusammenzufassen; sonst würde das Amt des Generalsuperintendenten nur unter einer neuen Bezeichnung fortleben. Das Gesetz zeigt im § 6 klar, daß die Probsteie an der Spitze einer Probsteie stehen sollen, und da das Bistum territorial in Probsteien zerfällt, so muß der Probsteie seinen Amtssitz innerhalb seiner Probsteie haben. Daraus ergibt sich eine lokale Dezentralisation der kirchlichen Verwaltung, die viel volksgebundener ist, als wenn, wie bisher, der leitende Generalsuperintendent erst durch längere Reisen seinen Sprengel erreichen konnte.

Mehr als das Ange deutete läßt sich aus dem Gesetz vom 6. Sept. 1933 für die zukünftige Verfassung der Altpreußischen Union nicht entnehmen, wohl aber gibt das Vorbild der Verfassung der deutschen evangelischen Kirche noch weitere Fingerzeige.

Ergeben die bisherigen Ausführungen in der Kirchenprovinz das Amt des Bischofs und einer ihm zur Verfügung stehenden Behörde, wie das Konsistorium, so zeigt die Organisation der deutschen evangelischen Kirche neben dem Reichsbischof eine deutsche evangelische Nationalsynode, die bei der Bestellung der Kirchenleitung und bei der Gesetzgebung mitwirkt. Weiter sind beratende Kammern vorhanden. Wendet man das auf die Kirchenprovinz entsprechend an, so würde neben den Bischof die Provinzialsynode zu treten haben, die den Bischof bei der Verwaltung der Kirchenprovinz zu unterstützen hätte. Überflüssig würde werden der Provinzialkirchenrat, für den ja ein entsprechendes Organ bei der deutschen evangelischen Kirche nicht vorhanden ist.

Wer in der Provinzialsynode den Vorsitz zu führen hat, läßt sich aus den adäquaten Bestimmungen der Verfassung der deutschen evangelischen Kirche nicht ohne weiteres herleiten. Nach Art. 8 der Verfassung der deutschen evangelischen Kirche ist der Vorsitzende nach der ersten Tagung, die der Reichsbischof leitet, von der Synode selbst zu bestimmen — sicher eine weise Vorschrift. Man vermied dadurch die Ausschaltung interessierter Laienelemente, und so wird man wohl auch bei der Provinzialsynode in der Zukunft den Vorsitzenden von dieser selbst bestimmen lassen.

Dabei ist es selbstverständlich, daß die Provinzialsynode in ihrer Gesamtheit entsprechend dem durch die Einführung des Bischofsamts anerkannten Führerprinzipie lediglich bei der Bestellung der kirchlichen Leitung innerhalb der Provinz und bei der Gesetzgebung wird mitwirken, ohne sonst irgendwie in die Tätigkeit des Bischofs einzugreifen.

Ob in der Kirchenprovinz entsprechend der Verfassung der deutschen evangelischen Kirche noch beratende Kammern zu bilden sein werden, mag dahingestellt bleiben. Man wird sich hier vor einer Überorganisation hüten müssen, zumal wenn die Mitwirkung des Laienelements in der Provinzialsynode gewährleistet ist.

Dem Probsteie werden besondere Behörden nicht zur Seite zu stellen sein, da er ja innerhalb der Probsteie nur der Vertreter des Bischofs ist.

Daß die Probsteien selbst in Kirchenkreise, und diese wieder in die einzelnen Gemeinden mit bestimmten Organen zerfallen werden, ergibt ihre Größe. Aus dem bisher ergangenen Gesetz läßt sich darüber für die Zukunft, für das zukünftige Verfassungswerk, noch nichts entnehmen.

## § 419 BGB. und unpfändbare Gegenstände.

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Schmidt, Köln.

Die gesetzgeberischen Erwägungen bei § 419 waren: Die Schulden bilden eine Last des (Aktiv-) Vermögens, so daß sie ihm folgen; der Gläubiger soll und darf daher die Befriedigung da suchen, wo die Vermögensmasse, die natürliche Unterlage des dem Schuldner gewährten Kredits, geblieben ist (RG. 69, 284 ff.<sup>1</sup>). Das Gesetz will also den Sachkredit schützen.

Von diesem Grundgedanken aus ist auch die in letzter Zeit mehrfach auftauchende Frage zu lösen, ob der sog. Geschäftswert, also die bei Unternehmungen bedeutsamen wertschöpfenden Umstände, wie Kundschaft, gute Lage, Beliebtheit, Firma, Kenntnis der Bezugs- und Absatzquellen, ein gut eingearbeiteter Stamm von Arbeitskräften, als Vermögensgegenstände anzusehen sind. Dies ist zu verneinen, selbst wenn man im Übergabevertrag bei der Preisbestimmung für den Geschäftswert einen besonderen Posten ausgeworfen hat. Diese Verhältnisse bilden zunächst regelmäßig nicht die Unterlage für den in § 419 geschützten Sachkredit. Schon im allgemeinen hält man diese Gewinnmöglichkeiten für ungewiß und zweifelhaft. Den Handelsgesellschaften mit festem Grundkapital ist es verboten, für den Geschäfts- oder Firmenwert einen besonderen Posten unter die Vermögenswerte der laufenden

Bilanz zu setzen (§ 261 HGB.). Nur beim Neuerwerb darf ein Posten hierfür unter den Vermögenswerten erscheinen. Er wird aber so schnell wie möglich abgeschrieben. Diese Bilanzgrundsätze beobachtet auch der ordentliche Einzelkaufmann. Ebenso läßt das Steuerrecht den Geschäftswert bei der Vermögen- und Erbschaftsteuer außer Betracht (RFG.: JW. 1933, 1740). Der erfahrene Darlehensgeber betrachtet mit größtem Mißtrauen einen solchen Posten. Er weiß, wie schnell gerade diese Werte schwinden, wenn nicht der Geist eines tüchtigen Geschäftsmannes dahinter steht. Den Kredit, den er im Hinblick auf den Geschäftswert gibt, gewährt er vor allem dem Geschäftsinhaber persönlich, der nach seiner Überzeugung diese günstigen Gewinnmöglichkeiten ausnützen wird. Der Kredit ist Personalkredit. Der entgegengesetzte Standpunkt in der Entscheidung JW. 1932, 114 ist nicht zu teilen. Die Erfahrungen, auf die sich das Urteil beruft, stützen ihn nicht.

Der andere Grund, der dagegen spricht, leitet sich aus dem Vermögensbegriff des § 419 ab, nämlich daraus, daß der Gläubiger den Geschäftswert zwangsweise durch Pfändung oder sonstwie nicht verwerten kann. Er ist nicht pfändbar (RG. 70, 226<sup>2</sup>). § 419 soll aber gerade, wie schon erwähnt, dem Gläubiger die Befriedigung aus dem übergebenen Ver-

<sup>1</sup>) JW. 1908, 548.

<sup>2</sup>) JW. 1909, 202.

mögen sichern. Es fallen daher nur die Gegenstände unter das Vermögen nach § 419, die ihrer Natur nach dem zwangsweisen Zugriff des Gläubigers zugänglich sind. Nur die Zwangsvollstreckung zeigt also hier, ob man bei der Auslegung auf dem rechten Weg ist. Dies beachtet Bondi in der Anm. JW. 1932, 1579 nicht genügend. Er prüft den Fall, daß jemand sein Geschäft mit der gut eingeführten Firma, sein einziges Vermögen, an seine Frau veräußert. Er meint, weshalb solle § 419 nicht anwendbar sein; auch der Erbe, der nicht pfändbare Erbschaftsgegenstände verwertet habe, könne nicht unter Hinweis auf die Unpfändbarkeit den Erlös den Gläubigern vorenthalten. Diese Ansicht führt aber zu Ergebnissen, die dem Gedanken des § 419 zuwider sind und auch von Bondi nach seiner grundsätzlichen Einstellung wohl nicht gebilligt werden. Überläßt nämlich der Schuldner seine Waren und sein ganzes pfändbares Vermögen einem anderen etwa durch Sicherungsübereignung (vgl. den Fall DRZ. 1931 Nr. 474), bleibt er aber im übrigen Inhaber des wertvollen Geschäfts, so ist eine Klage aus § 419 meist unbegründet, jedenfalls zwecklos. Denn der Schuldner hat nach Bondi den erheblichen Wert seines Geschäfts und seiner Firma behalten, hat also nicht sein ganzes Vermögen übertragen. In das Geschäft als solches, das dem Schuldner verblieben ist, kann der Gläubiger nicht vollstrecken. Er wird durchweg leer ausgehen.

Auch der Hinweis auf den Erlös der unpfändbaren Sachen beweist die Richtigkeit der Meinung Bondi's nicht. Allerdings ist der Erbe und auch der Vermögensübernehmer verpflichtet, den Erlös herauszugeben. Aber dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen. Wenn der Geschäftswert auch nicht pfändbar ist, so kann doch er wie das Handelsgeschäft Gegenstand schuldrechtlicher Verträge sein (RG. 70, 228<sup>3</sup>); DLG. Braunschweig: DRZ. 1933 Nr. 74). Es kann daher der Vermögensübergabevertrag schuldrechtlich den Geschäftswert mitumfassen und doch kann er gleichwohl für die Frage außer Betracht bleiben, ob der Übergeber sein Vermögen vollständig übertragen hat. Da er nicht Gegenstand eines einheitlichen Rechts ist, sind hierzu lediglich die einzelnen unter der Bezeichnung Geschäftswert zusammengefaßten pfändbaren Sachen, Rechte und Rechtsverhältnisse heranzuziehen. Erlangt später der Übernehmer durch Weiterveräußerung ein Entgelt auch für die tatsächlichen Verhältnisse und Gewinnmöglichkeiten, so muß er diesen Betrag dem Gläubiger herausgeben. Denn sie waren ebenfalls Gegenstand des Übergabevertrags. Es gilt bei § 419 zwar nicht die sog. dingliche Surrogation, aber es besteht eine Pflicht zur Herausgabe (Siller: Gruch. 71, 200; RG. R. Anm. §§ 1978 Anm. 2, 1990 Anm. 4).

Es kommt noch ein weiterer Grund hinzu. Was nützt dem Gläubiger ein Urteil gegen den Übernehmer, wenn das Vermögen im wesentlichen aus einem hohen Geschäftswert besteht? Falls dem Übernehmer, wie es regelmäßig geschieht, die Haftung auf das Vermögen vorbehalten wird, vermag er mit dem Urteil nichts anzufangen, weil der Geschäftswert nicht pfändbar ist und der Vorbehalt der beschränkten Haftung ihm den Zugriff auf die Einkünfte des Übernehmers aus dem Geschäft nimmt.

Es kommt hiernach für § 419 nur das Vermögen in Frage, bei dem die einzelnen Bestandteile ihrer Natur nach

dem zwangsweisen Zugriff des Gläubigers unterworfen sind, und der Geschäftswert bleibt bei Prüfung der Voraussetzungen des § 419 außer Betracht (ebenso DRZ. 1931 Nr. 474; DLG. Braunschweig: DRZ. 1933 Nr. 74). Soweit indes der Übernehmer bei der Weiterveräußerung ein Entgelt für den Geschäftswert und die damit verbundenen tatsächlichen Möglichkeiten bekommt, ist er verpflichtet, den Erlös den Gläubigern herauszugeben.

Anders ist es mit den pfandbefreiten Sachen des § 811 ZPO. und der VO. v. 26. Mai 1933 (RGBl. 302). Ihre Pfändung ist an sich möglich, sie wird nur unzulässig wegen der persönlichen Verhältnisse des derzeitigen Besitzers. Es treffen daher die vorhergehenden Erwägungen hier nicht zu. Man könnte wie die Entsch. JW. 1932, 1572 die Meinung vertreten, der Übernehmer, der nur pfandbefreite Sachen übernommen hat und der auch selbst die Unpfändbarkeit für seine Person geltend machen kann, vermöchte mit der Berufung hierauf die Klage aus § 419 zu Fall zu bringen. Das würde aber zu einer Verschlechterung der Lage des Gläubigers führen. Denn vor der Übernahme konnte er zwar ebenfalls bei seinem Schuldner nicht in die pfandbefreiten Sachen vollstrecken, aber er konnte sich z. B. an dem Arbeitsertrag erheben, den jener mit Hilfe der pfandbefreiten Sachen erzielte. Bei dem Übernehmer fällt der Zugriff auf den Arbeitsertrag weg, wenn er sich seine Haftung auf das übernommene Vermögen vorbehalten läßt. Das kann nicht der Wille des Gesetzes sein, das gerade den Schutz des Gläubigers im Auge hat. Wenn dem Übernehmer die Beschränkung der Haftung vorbehalten wird, ist er nach dem entsprechend anwendbaren § 1990 Abs. 1 Satz 2 verpflichtet, das Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben. Es sind zwar grundsätzlich für die Frage der Pfandbefreiung die persönlichen Verhältnisse des Übernehmers maßgebend. Aber § 1990 bestimmt für den Erben schlechthin die Herausgabe sämtlicher Nachlassgegenstände. Er kann sich nicht auf § 811 ZPO. berufen (Stein-Jonas § 911 Anm. II 3). Damit, wie erwähnt, die Lage des Gläubigers nicht verschlechtert wird, führt die entsprechende Anwendung dazu, dieses Ergebnis auch für den Übernehmer gelten zu lassen. Er verzichtet damit nicht etwa für sein Vermögen auf die Wohlstat des § 811 ZPO., was unzulässig wäre, sondern nach der Regelung des § 419 wird durch den Vorbehalt die Forderung des Gläubigers aus einer persönlichen des Übernehmers tatsächlich zu einer fremden Schuld, weil er für sie nicht mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Er muß deshalb dafür die mit der Schuld belasteten Gegenstände herausgeben. Wahrung des öffentlichen Interesses, nach § 811 ZPO. zugrunde liegt, kommt bei dieser Sachlage nicht in Frage. DLG. Königsberg: JW. 1932, 1579 hätte hiernach der Klage aus § 419 stattgeben müssen.

Der Übernehmer kann sich aber auf § 811 ZPO. berufen, wenn er keinen Vorbehalt erwirkt hat. Er haftet dann persönlich für die Schuld des Übergebers mit seinem ganzen Vermögen. Es liegt kein Grund vor, ihm in diesem Fall die Vorteile des § 811 ZPO. zu verweigern. Auf den Vorbehalt kann der Übernehmer nach Erlaß des Urteils, etwa bei der Vollstreckung, verzichten und dadurch die Voraussetzungen für die Anwendung des § 811 ZPO. wieder schaffen. Allerdings muß er dann auch als Folge tragen, daß er für die Forderung persönlich haftet.

<sup>3</sup>) JW. 1909, 202.

## Die §§ 1123, 1124 BGB. gelten nicht für die öffentlichen Grundstückslasten.

Von Gerichtsassessor Wilhelm Buhlmann, jur. Hilfsarbeiter beim Brandenburgischen Sparkassen- und Giroverband, Berlin.

I. Die Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung sind geteilt. Die Rechtsprechung steht wohl überwiegend auf dem Standpunkt, daß die Steuerforderungen nicht das Recht der §§ 1123, 1124 BGB. genießen (LG. Dortmund: JW. 1933, 1963; LG. Duisburg: JW. 1933, 1903; LG. Köln: JW. 1933, 1274; LG. Hagen [zu vgl. bei Trepper: JW. 1933, 1380]). In einem Urteil v. 8. April 1933 hat sich das

RG. (15. Zivilsen., 15 U 1342/33) auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt; auch sonst ist die Ansicht im Schrifttum und vereinzelt wohl auch in der Rechtsprechung vertreten worden (zu vgl. bei Trepper: JW. 1933, 1380). Eine neuere Entscheidung des RG. ist bisher nicht ergangen. Auch früher hat das RG. zu der Frage nicht eindeutig Stellung genommen.

Die Gründe, die das RG. für seine Entscheidung anführt, sind m. E. nicht zureichend. Das RG. geht davon aus, daß die dingliche Haftung einer Sache darin beruht, daß der dinglich Berechtigte durch Verwertung der ihm verhafteten Sachen unter Ausschluß Dritter Befriedigung suchen kann. Zutreffend ist, daß Grundvermögensteuer und Hauszinssteuer als öffentliche Lasten i. S. des § 10 Ziff. 3 ZwVerstG. anzusehen sind, die dinglich auf dem Grundstück lasten (Art. I Ziff. 2 PrAusfG. z. ZwVerstG.; RG. 23, 236 ff.; Jaeckel-Gütthe, Bem. 14 zu § 10). Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt bei der Zwangsversteigerung durch Verwertung des Grundstücks selbst, bei der Zwangsverwaltung durch Verwertung der Früchte und Nutzungen (u. a. Miet- und Pachtzinsen). Zwar entspricht dies auch der Bestimmung des § 1147 BGB., und diese — nicht § 10 ZwVerstG. — würde die materielle Grundlage bilden dafür, daß auch die Dinglichkeit der öffentlichen Grundstückslasten eine privatrechtliche ist wie die der privatrechtlichen Grundstückslasten (zu vgl. Jaeckel-Gütthe, Bem. 14 zu § 10). Aber — mag auch der Begriff der Befriedigung aus dem Grundstück durch § 1147 BGB. für alle Rechte, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren, allgemein bestimmt sein (zu vgl. M. Wolff, § 127 Bem. I, 5) — so kann daraus doch darüber hinaus nichts für den materiellen Inhalt der Grundstückslasten als dinglicher Rechte und noch weniger ihren Gegenstand hergeleitet werden. Keinesfalls kann m. E. die materielle Regelung als eine „beispielhafte Ausgestaltung“ des sich aus den formellen Vorschriften des ZwVerstG. ergebenden allgemeinen Wesens (Inhalt und Gegenstand) der Grundstückslasten angesehen werden. Der Ausgangspunkt des RG. erscheint danach nicht richtig zu sein.

Es darf hier nur darauf hingewiesen werden, daß sonst für alle Gläubiger, die auf irgendeine Weise bei der zwangsweisen Verwertung — sei es im Wege der Zwangsversteigerung, sei es im Wege der Zwangsverwaltung — berücksichtigt werden, die materielle Regelung des BGB. als beispielhafte Ausgestaltung gelten müßte. Insbesondere müßte sonst die Regelung des BGB. (§§ 1123, 1124) auch für die persönlichen Gläubiger gelten. Diese Anwendung insbesondere aber hat das RG. selbst (JW. 1927, III, 2583 ff.) mit Recht abgelehnt (ebenso: DLG. Frankfurt: HöchstNRspr. 1929 Nr. 2035; Reinhard-Müller, 2. Aufl., zu § 148 S. 727; Mittelstein, Die Miete, 4. Aufl., S. 748; Vorherdt, Handbuch des Mietrechts, 2. Aufl., S. 249; anderer Meinung: Staudinger zu § 1123 Bem. I, 4c; Stillschweig, Bespr. d. Ur.: JW. 1927, auch schon in einer Bemerkung JW. 1916, 314; Jaeckel-Gütthe, Bem. 4 zu § 148; Brand-Baur, Parz., S. 447; Riendorff, Mietrecht, 10. Aufl., S. 329; DLG. Hamburg: JW. 1932, 193). In der angezogenen Entscheidung hat das RG. die ausdehnende Anwendung der Regeln der §§ 1123, 1124 BGB. auf den persönlichen Gläubiger auf Grund eben der Bestimmungen (§§ 148, 20 ZwVerstG., § 865 ZPO.) abgelehnt, auf Grund deren es hier die Anwendung auf die Grundstückslasten bejaht.

Es kann m. E. dahingestellt bleiben, ob auf die bei der Hypothek gegebenen Vorschriften bei den übrigen im BGB. geregelten privaten Grundstückslasten verwiesen ist (§§ 1107, 1192, 1200) und ob insbesondere die §§ 1120 ff. auch auf diese Grundstückslasten Anwendung finden. Denn, wenn sie Anwendung finden, dann finden sie Anwendung möglicherweise doch eben erst auf Grund dieser Verweisung. So lange nicht erwiesen ist, daß sie auch ohne diese Verweisung gelten würden — denn eine solche Verweisung gibt es nirgends im Recht für die öffentlichen Grundstückslasten —, ist es m. E. nicht angängig, durch Heranziehung dieser Verweisungen im bürgerlichen Recht beweisen zu wollen, daß die für die Hypothek geltenden Bestimmungen der §§ 1120 ff. als eine „beispielhafte Ausgestaltung“ für das dingliche Wesen der Grundstückslast allgemein anzusehen sind. Die Verweisung für die Reallast selbst aber würde auf die Steuerlast nicht zur Anwendung kommen können, weil jene (zu vgl. M. Wolff, § 127) eine im deutschen Recht des Mittelalters (Hof- und Stadtrecht) wurzelnde Grundstücksbelastung mit einem privatrechtlichen Rechtsgrunde darstellt und weil die einzelnen

Leistungen bei den Steuerforderungen ihrem Wesen nach niemals den Zinsen der Hypothek gleich behandelt werden könnten (vgl. § 1107 BGB.).

Im übrigen ist die Anwendbarkeit insbesondere der §§ 1123, 1124 auf die Reallasten durchaus bestritten (RG-Norm. Bem. 2 zu § 1107; Staudinger, Bem. 2b zu § 1107; anderer Meinung: DLGNspr. 29, 359; RG.: Gruch. 61, 319; vgl. aber RG.: Gruch. 58, 1031).

RG. 103, 137 ff. hat die Frage der Anwendbarkeit der §§ 1123, 1124 auf die öffentlichen Grundstückslasten nicht behandelt, vielmehr nur über den Rang zweier im Zwangsvollstreckungswege auf Grund dinglichen Titels vorgehender Hypothekengläubiger entschieden. Nach einer anderen Entscheidung (JW. 1933, 1658) scheint das RG. allerdings sich auf den Standpunkt stellen zu wollen, daß § 1124 auf jeden Gläubiger Anwendung findet. Der Standpunkt dürfte jedoch kaum als endgültiger anzusehen sein. In dem betreffenden Falle kam es auf die Entscheidung dieser Frage nicht an, und überdies ist die Ansicht ohne Begründung mit einem kurzen Hinweis auf die Literatur erwähnt. Die Ansicht dürfte m. E., wie sich aus dem oben angegebenen Stande in Schrifttum und Rechtsprechung ergibt, auch keinesfalls als die überwiegende geschweige denn die „herrschende“, angesehen werden können.

Im übrigen hat das RG. jetzt eine beispielhafte Ausgestaltung auch nur bezüglich der Bestimmungen der §§ 1123, 1124 BGB. bejaht. Die Bestimmungen der §§ 1127 ff. z. B. aber scheiden ohne weiteres aus (so auch Riewald: JW. 1932, 451). Ob etwa die anderen Bestimmungen des Hypothekenrechts auf die Steuerforderungen zur Anwendung gebracht werden sollen, ist nicht gesagt. Zweifellos steht der Annahme, daß es sich bei der Hypothek um den Typ des dinglichen Rechts handelt, zunächst entgegen, daß andere dingliche Rechte in jeder Hinsicht wesentlich anders ausgestaltet sind. Sodann aber müßten, wenn es sich bei den im BGB. für die Hypothek getroffenen Vorschriften um eine beispielhafte Ausgestaltung des allgemeinen Wesens der Grundstückslasten handeln würde, auch andere, wenigstens die der Hypothek typischen Bestimmungen, auch auf die öffentlichen Grundstückslasten zur Anwendung gebracht werden können. Dies ist aber m. E. ausgeschlossen. Es sei nur § 1118 BGB. hier angeführt. Was für die Verzugszinsen der Hypothek gilt, gilt nicht für die steuerlichen Verzugszinsen. Man wird hier schon aus Abs. 2 des § 10 ZwVerstG. schließen müssen, daß nur für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung und auch für diese nur auf Grund eben dieser besonderen Vorschrift die gleiche Regelung gilt wie für die Hypothek. Bezeichnenderweise hat der RZM. in Übereinstimmung mit dem RZM. (zu vgl. bei Vänder: Dtsch. SpartZ. 1933 Nr. 15 v. 4. Febr. 1933 und Nr. 18 v. 11. Febr. 1933; Vfg. abgedr. PrZMBl. 1931 Nr. 42) die Verzugszuschläge als Ungehorsamsfolgen bezeichnet, die den Ungehorsamen persönlich treffen und an der für die Steuerforderungen bestehenden dinglichen Sicherung überhaupt nicht teilnehmen, also nicht zu den öffentlichen Lasten gehören. Die Verfügung lehnt also offensichtlich — mit Recht — die Anwendung der hypothekenrechtlichen Behandlung der Strafzinsen (Gütthe-Triebel, Vorbemerkung 33 zum zweiten Abschnitt) für das Steuerrecht ab.

Es zeigt sich eben, daß das Wesen der dinglichen Haftung (Inhalt und Gegenstand) doch keineswegs in den Bestimmungen über die Hypothek etwa beispielhaft ausgestaltet ist, sondern daß diese das Wesen der Hypothek darstellen, und daß ebenfowenig aus den Bestimmungen des ZwVerstG. oder der ZPO. etwas für das Wesen des betreffenden Rechts zu schließen ist. Die Bestimmung des § 10 ZwVerstG. „ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren...“ enthält über das materielle Wesen des Rechtes gar nichts. Die Rangordnung des § 10 ist ein Erfordernis der Eigenart der Zwangsvollstreckung in Grundstücke, die eine Art Gesamtvollstreckung ist. Die Aufzählung der einzelnen Rechte und damit die Rangordnung entspricht der Natur der Gesamtvollstreckung, wie sich zweifelsfrei aus § 61 RD. ergibt, wo die Steuergläubiger gleichfalls vorzugsweise berücksichtigt sind. Man wird doch auch nicht deswegen, weil der persön-

liche Gläubiger in Ziff. 5 oder in Ziff. 1 oder die im Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehenden Personen in Ziff. 2 des § 10 genannt sind, sagen können, daß damit das Recht als solches eine wesensmäßige Ausgestaltung i. S. der Hypothek erhält. Es kann wohl nicht bestritten werden, daß der persönliche, wenn auch die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger damit kein Hypothekengläubiger, auch nicht ein diesem materiell gleich zu behandelnder Gläubiger ist. Sedes materiae für den Inhalt und Gegenstand des Rechtes sind weder das ZwVerfG. noch die ZPD. § 865 ZPD. regelt weder Art noch Umfang der Haftung, sondern die Form der Vollstreckung. § 835 enthält lediglich eine Erweiterung der für die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen geltenden Vorschriften. Das ergibt sich unzweideutig aus Abs. 2 des § 835 ZPD. sowie aus seiner Stellung im Gesetz. Ein schlüssiges Argument kann auch nicht aus § 866 ZPD. hergeleitet werden. Wenn auch jeder Personalgläubiger die Möglichkeit hat, sich auf Grund seines persönlichen Titels durch Eintragung einer Sicherungshypothek die Stellung eines Hypothekargläubigers im Zwangsverwaltungsverfahren zu verschaffen und auch materiell in gleichem Umfang wie ein bereits früher eingetragener Gläubiger die Rechte der §§ 1123, 1124 zu erwerben, so stehen sie ihm doch nicht notwendigerweise auch ohnedies zu. Das gleiche gilt für die Gläubiger der Ziff. 1 und 2 des § 10. Sie haben, ohne daß sie eine Sicherungshypothek eintragen lassen, niemals die Stellung von Hypothekengläubigern. Das aber muß grundsätzlich auch für die Steuer- gläubiger gelten. Die Tatsache allein, daß es sich bei diesen Steuerforderungen im Gegensatz zu den Forderungen der persönlichen Gläubiger um dingliche Rechte handelt, rechtfertigt die Anwendung der für ein einzelnes dingliches Recht geltenden Bestimmungen nicht. Es ist keineswegs ein Erfordernis, daß alle dinglichen Rechte oder auch nur alle dinglichen Grundstückslasten ihrem Inhalt oder Umfang nach gleich sind. Insbesondere hat das RG.: Gruch. 58, 1030 sich auf den Standpunkt gestellt, daß z. B. dem Nießbraucher auch nur deshalb ein Vorrecht zusteht, weil ihm gemäß § 1030 BGB. ein dingliches Recht auf die Nutzungen und somit auch auf die Mietzinsen zusteht (zu vgl. Trepper: JW. 1933, 1380).

Sind sonach die Bestimmungen der §§ 1120 ff. BGB. als eigenartige der Hypothek anzusehen, oder finden sie durch Verweisung auch auf einzelne andere Rechte Anwendung, so steht einer ausdehnenden Auslegung hinsichtlich der Anwendung von § 1124 BGB. insbesondere der allgemeine Grundsatz entgegen, daß Voraussetzungen als dingliche Akte von einer nachfolgenden Veränderung der Rechtslage nicht betroffen werden. Die Ausnahmen sind in den einzelnen Gesetzen niedergelegt (RG.: JW. 1927, III, 2583 ff.; insoweit zustimmend auch Stillschweig ebenda). Eine solche Ausnahme enthält § 1124 BGB., wonach eine Verfügung in bestimmtem Umfang dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist. Stillschweig a. a. O. sieht eine solche Ausnahme auch in dem Verwaltungsbeschlag (§§ 20, 146, 148 ZwVerfG.). Das ist richtig, aber es ist damit nicht gesagt, wann und in welchem Umfang er wirksam wird. Zunächst gilt doch, was auch das RG. sagt, daß eine Beschlagnahme nicht zurückwirkt. Aus dem Verwaltungsbeschlag als solchem ergibt sich also nichts. Es fragt sich nur, ob sonst das Gesetz eine Bestimmung getroffen hat, die über § 1124 BGB. hinaus auch für Steuergläubiger eine Unwirksamkeit von Voraussetzungen enthält. Zu den §§ 865, 866 ZPD. ist bereits Stellung genommen. Auch das ZwVerfG. hat eine Ausnahmebestimmung nicht getroffen (RG.: JW. 1927 a. a. O.; heute scheint das RG. allerdings anderer Meinung zu sein: „... der Umfang der durch den Anordnungsbeschluß für die öffentlichen Grundstücksgläubiger bewirkten Beschlagnahme nach ausdrücklicher Vorschrift der §§ 20, 146 ZwVerfG. und des § 865 ZPD. gleichermaßen grundsätzlich durch den Umfang der hypothekarischen Haftung bestimmt wird“). Sedes materiae für die Beschlagnahme der Mietzinsen bei der Zwangsverwaltung ist § 148 Abs. 1 ZwVerfG. und nicht etwa § 20 Abs. 2 ZwVerfG. § 20 Abs. 2 sagt lediglich, daß die Beschlagnahme auch die Gegenstände ergreift, auf die sich die Hypothek erstreckt; in § 21 ZwVerfG. sind aber die

Mietzinsen ausdrücklich davon ausgenommen. Die Bestimmungen der Zwangsversteigerung gelten auch gemäß § 146 ZwVerfG. nur insoweit, als nicht in den besonderen Vorschriften für die Zwangsverwaltung eine Regelung getroffen ist. Aus § 148 Abs. 1 ZwVerfG. ergibt sich nun nichts über den Umfang der Beschlagnahme der Mietzinsen. § 148 Abs. 1 verweist auf § 21 Abs. 1 und 2 ZwVerfG. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen und nach der bloßen Bezugnahme des § 148 ZwVerfG. kann nur die Gattung der Miet- und Pachtzinsen, nicht aber der Umfang, in Bezug genommen sein. Das RG.: JW. 1927 a. a. O. hat diese Ansicht daraus abgeleitet, daß es sich bei § 21 Abs. 2 um eine Ausnahmevorschrift des § 20 Abs. 2 ZwVerfG. handelt. Dieser Ableitung bedarf es m. E. gar nicht, weil diese §§ 20 Abs. 2, 21 ZwVerfG. eine Bestimmung über die Miet- und Pachtzinsen ausdrücklich nicht treffen, auch gar nicht treffen können, weil die Miet- und Pachtzinsen ja durch die Zwangsversteigerung unberührt bleiben. Die Verweisung in § 146 ZwVerfG. auf die Bestimmungen der Zwangsversteigerung ist daher insoweit gegenstandslos. Aus diesen Bestimmungen kann also nicht das geringste hergeleitet werden. Vielmehr ist sedes materiae § 148 ZwVerfG., und dieser ist mangels einer besonderen Bestimmung aus dem materiellen Recht zu ergänzen, das aber nur die §§ 1123, 1124 BGB. kennt. Die Regelung der §§ 1123, 1124 BGB. gilt also nur für den Hypothekengläubiger. Wie aus dem oben angegebenen Stand der Frage in Schrifttum und Rechtsprechung zu entnehmen ist, dürfte diese Ansicht wohl auch als die überwiegende zu bezeichnen sein.

Daß die Bestimmungen der §§ 1123, 1124 BGB. insbesondere für die Steuerlasten nicht gelten, wird noch durch eine weitere Überlegung bestätigt. Die Anwendbarkeit der §§ 1123, 1124 BGB. wird aus der Bestimmung der §§ 146, 148 i. Verb. m. § 20 ZwVerfG. hergeleitet. Einmal vorausgesetzt, daß dies richtig wäre, so wird von dieser Ansicht übersehen, daß die Beschlagnahme im Wege der Zwangsverwaltung ja nur einen der Fälle trifft, in denen durch Maßnahmen des Hypothekengläubigers die Beschlagnahme herbeigeführt werden kann. Der Hypothekengläubiger kann nach überwiegender Ansicht auch durch Pfändung auf Grund dinglichen Titels die Beschlagnahmewirkung herbeiführen (vgl. RG. 103, 137 ff.). Für die Ausdehnung auf die Pfändung des Steuergläubigers aber gibt es nicht einmal einen so zweifelhaften Ausgangspunkt wie den § 148 mit § 20 für die Ausdehnung auf die Zwangsverwaltung. Ein Schluß aus dieser für ein besonderes Verfahren geltenden Vorschrift auf die Vollstreckung allgemein könnte aber m. E. keinesfalls zulässig sein. Wird man danach der Pfändung des Steuergläubigers auf Grund dinglichen Titels die Beschlagnahmewirkung aberkennen müssen, so muß man auch allgemein das von dem RG. in der neuen Entscheidung der öffentlichen Steuerlast beigelegte Wesen bezüglich Inhalt und Gegenstand verneinen.

II. Erwägungen rechtspolitischer Natur dürften die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigen. Die für das ganze System der Bestimmungen über den Inhalt des Hypothekenrechts maßgebenden kreditwirtschaftlichen Grundlagen treffen auf die Steuergläubiger nicht zu. Die Frage des einheitlichen Rechtssystems (zu vgl. Niewald a. a. O.) hat m. E. mit dieser Frage nichts zu tun. Jedenfalls wird doch ein System wie das des Hypothekenrechts auf andere (dingliche) Rechte nur dann zur Anwendung gebracht werden können, wenn es mangels jeder anderen systematischen Vergleichsmöglichkeit wenigstens die gleichen wirtschaftlichen Grundlagen aufweist, oder nur sonst rechtspolitische Gründe zu einer gleichen Behandlung mahnen. Dies ist nicht der Fall. In diesem System, das wirtschaftlich auf den Erfordernissen des Kredites aufbaut und selbst das Wesen des Realcredits rechtlich darstellt, paßt die öffentliche Steuerlast nicht. Den Belangen des Steuergläubigers ist genügt damit, daß er die Möglichkeit der Eintragung einer Hypothek hat, daß sein Anspruch (dinglich) gegen jeden Eigentümer wirkt und daß er endlich bei der Zwangsverwaltung die vorzugsweise Rangstelle der Ziff. 3 innehat.

Die Steuerforderungen stehen aber nicht in der zeitlich

gleitenden Abhängigkeit von den Mietzinsezahlungen wie die Hypothekenzinsen. Die Mietzinsen können zwar in Beziehung stehen zu der Steuerforderung insofern, als die Mietzinsezahlungen die Grundlage für die Bewertung des zu besteuerten Gegenstandes bilden können und die Höhe der Steuerforderung bestimmen. Auch dies trifft jedoch nur in beschränktem Maße zu. Der Bewertung des städtischen Haus- und Grundbesitzes für die Grundvermögensteuer liegt z. B. der gemeine Wert (Verkaufswert) zugrunde (über dessen Begriff vgl. für das Reichsteuerrecht § 138 ABGD.). Daß nach den verschiedenen Erlassen eine Ermäßigung der Steuer mit Rücksicht auf einen verminderten Mietertrag eintritt, ändert an dem Wesen des für die Grundvermögensteuer maßgebenden Wertes nichts. Die Hauszinssteuer wiederum steht zwar in enger Beziehung zu der Miete (zu vgl. §§ 1, 2 Abs. 3, 9 HauszinsStW. v. 2. Juli 1926), stellt aber wirtschaftlich nur einen Teil der Miete dar. Stets stehen nach dem Wesen des Steueranspruchs wirtschaftlich die Steuerforderungen laufend nur insofern in Beziehung zu den Mietzinsen, als sie u. U. die Höhe der Steuerzahlungen bestimmen können. Hingegen ist rücksichtlich der Hypothekenzinsforderungen das Wesen der Mietzinsezahlungen ein ganz anderes. Die Höhe der Hypothekenzinsforderung ist von den Mietzinsen in jeder Beziehung völlig unabhängig; wenn sie in Beziehung zueinander stehen, so beruht dies lediglich auf dem dem Realkredit eigentümlichen Erfordernis, die Kreditforderung zu sichern. Die Bestimmungen der §§ 1123, 1124 BGB. stehen in engstem Zusammenhange mit den wirtschaftlichen Erfordernissen des Realkredits und stellen sein rechtliches Wesen dar. Sie lassen sich von diesem nicht lösen. Der Gedanke ist der, daß Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrage mit dem Grundstück verbunden sind, daß sie wirtschaftlich zur Deckung der Hypothekenzinsen bestimmt sind, wobei länger rückständige Mieten ihre Natur als solche und damit die Verbundenheit verloren haben. Daher sollen diese letzteren nur wie gewöhnliche Forderungen behandelt werden (zu vgl. Riendorff, S. 329; Mot. z. BGB. S. 658; RWZG. [Älteste der Kaufmannschaft Berlin] 13, 25 ff.). Der bei den Steuerforderungen völlig entgegengesetzt nicht auf den Gegenstand, sondern auf die Höhe des Anspruchs gerichtete Einfluß der Mietzinsen läßt eine entsprechende Anwendung auf diese m. E. nicht zu; denn die Mietzinsen stellen hier dem Wesen nach keine Sicherung des Steueranspruches dar, sondern bedingen in weitgehendem Maße dessen Inhalt. Bezeichnenderweise hält z. B. auch Riewald a. a. O. die Bestimmung des § 1127 ff. nicht für anwendbar, weil die öffentliche Last das Grundstück nur als solches erfaßt, im Gegensatz zu der Hypothek, die, dem Kreditcharakter entsprechend, um eine unberechtigte Vermögensverschiebung zwischen Gläubiger und Schuldner (aus dem Kreditvertrage) zu verhindern, auch den Anspruch gegen den Versicherer ergreift. Auch dies zeigt deutlich den wesensmäßigen Unterschied.

Der Einbruch der öffentlichen Lasten in das System des Realkredits hat sich bereits als außerordentlich schädlich erwiesen.

a) Die Steuerbehörden haben in wachsendem Maße in den letzten Jahren außergewöhnlich hohe Beträge für Verzugszinsen, Verzugszuschläge und Stundungszinsen an der bevorrechtigten Rangstelle geltend gemacht. Mit Recht hat z. B. Bänder a. a. O. darauf hingewiesen, daß die Verzugszuschläge (mitunter 120% p. J.), die z. T. als Verzugszinsen angesehen werden (RZS. 28, 342) und damit die Vorzugsstellung der Ziff. 3 des § 10 genießen würden, für die nachfolgenden Hypothekengläubiger eine untragbare Belastung darstellen. Der Hypothekengläubiger kann sich nur dadurch dagegen schützen, daß er die Miete schon früher pfändet oder sich abtreten läßt. Würde der § 1124 auch auf den Steuergläubiger Anwendung finden, dann wäre dieser Schutz aber illusorisch, weil der Steuergläubiger oder einer der an-

deren Bevorrechtigten des § 10 ZwVerfSt. ihm dann vorgehe, soweit die Verfügung ihnen gegenüber gemäß § 1124 unwirksam wäre. Die notwendige Folge aller solcher Risiken ist eine Verteuerung des Kredits, die sich zunächst im Hypotheken-, Bau- und Grundstücksmarkt nachteilig auswirken muß und auch auf die gesamte Kreditwirtschaft nicht ohne Einfluß bleiben kann. Diese Auswirkung mag vielleicht übertrieben erscheinen. Aber auch die kleinen Ursachen gilt es zu erkennen, wenn man dem Erfolg entgegenarbeiten will.

b) Wie oben gesagt, sind gerade die Bestimmungen der §§ 1123, 1124 BGB. aus dem Wesen des Realkredits erwachsen und daher einer ausdehnenden Auslegung nicht fähig. Der Schutz des Realkreditgläubigers, den diese Bestimmungen bezwecken, würde insbesondere in Krisenzeiten — gerade dann aber werden sie ja in erster Linie praktisch — illusorisch, wenn er sich den Steuergläubiger oder einen der anderen Bevorrechtigten vorgehen lassen müßte. Zum Schutze des Steuergläubigers aber bedarf es der Anwendung dieser Bestimmungen auf ihn nicht, denn er kann sich jederzeit die Stellung eines Hypothekengläubigers verschaffen, indem er sich für seine Steuerforderung eine hypothekarische Sicherheit eintragen läßt. Er erlangt dadurch gegenüber Dritten die Rechte aus § 1124 BGB. auch materiell in gleichem Umfange wie ein bereits früher eingetragener Gläubiger (Staudinger, Bem. I, 2 zu § 1123; Dernburg, Das bürgerliche Recht, § 229 I 1). Wenn der Steuergläubiger im Wege der Pfändung vorgeht, so stellt diese Pfändung genau wie eine Pfändung der Miet- und Pachtzinsen durch den Hypothekengläubiger eine reine Pfändung dar, wobei es bezüglich des Ranges nur auf das Alter der Pfändungen ankommt (Staudinger, Bem. I 4c zu § 1123). Im übrigen erwirbt der Steuergläubiger durch Pfändung gemäß § 1124 Abs. 1 Satz 2 BGB. ein Recht, das der Hypothek im Range vorgeht. Es ist daher unrichtig, wenn man etwa daraus etwas für ein Schutzbedürfnis des Steuergläubigers herleiten wollte, daß er nicht außerhalb der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung durch Pfändung der Mietzinsezinsforderungen Befriedigung suchen könne. Er kann dies ebensogut wie der Hypothekengläubiger. Daß unter Umständen, falls der Hypothekengläubiger die Mietzinsen durch Pfändung auf Grund seines dinglichen Titels mit Beschlag belegt und gemäß § 1124 Abs. 2 daher vorgeht, der Steuergläubiger praktisch nichts bekommt, kann nicht das Argument für ein Schutzbedürfnis des Steuergläubigers außerhalb der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung bilden, weil durch eben dieses Schutzbedürfnis gerade bewiesen werden soll, daß er nicht vorgeht. Nur daß im Verhältnis mehrerer Pfändungen auf Grund dinglichen Titels das Rangverhältnis zwischen diesen als dinglichen Rechten maßgebend ist, hat das RG. 103, 137 ff. gesagt, nicht aber, ob jeder dingliche Titel die Beschlagnahmewirkung i. S. der §§ 1123, 1124 BGB. herbeiführen kann. Überdies handelt es sich in diesem von dem RG. entschiedenen Fall nur um das Rangverhältnis zwischen zwei Hypothekengläubigern. Wollte man der Steuerforderung den Charakter der Hypothek zusprechen, dann bliebe dem Hypothekengläubiger u. U. nichts für seine Befriedigung außerhalb des Verfahrens der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung. Denn der Schuldner könnte die Hypothekenzinsen nicht leisten, weil der Steuergläubiger praktisch mit seinem Vorrecht die Mietzinsen mit Beschlag belegt. Die Folge wäre, daß der Hypothekengläubiger gezwungen würde, die Zwangsversteigerung zu betreiben. Wie wenig dies im volkswirtschaftlichen Interesse liegt, hat ja wohl die vergangene Zeit gezeigt.

Man wird daher die Anwendbarkeit der §§ 1123, 1124 BGB. auf die öffentlichen Grundstücks- (Steuer-) Lasten nicht nur aus reinen Rechtsgründen, sondern auch im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse eines auf einer festen rechtlichen Basis stehenden Realkredits verneinen müssen.

## Treuhandvertrag im außergerichtlichen Vergleichsverfahren.

I. Fessen: JW. 1933, 1699.

### II.

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. R. Münzel, Kassel.

Es ist Fessen (JW. 1933, 1699) darin zuzustimmen, daß in der praktisch außerordentlich wichtigen Frage, ob der Treuhänder, dem in einem außergerichtlichen Vergleich der Schuldner sein Vermögen zur Sicherung der Gläubiger übertragen hat, gegenüber der Pfändung späterer Gläubiger die Widerspruchsklage erheben kann, die von ihm angezogenen, in der Rechtsprechung vielfach verwendeten rein konstruktiven Gründe nicht die entscheidenden sein können. Es ist richtig, daß die geeignete Methode zur Lösung neuer Rechtserscheinungen nur die von ihm angewandte sein kann, nämlich zu prüfen, ob diese Neuschöpfungen des Lebens den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens wie den von der Rechtsordnung zu stellenden Anforderungen gerecht werden; gerade unter diesen Gesichtspunkten können aber gegen die Gründe Fessens Bedenken bestehen, die nicht unbeachtet bleiben dürfen.

Fessen führt zugunsten des außergerichtlichen Vergleichs an: die Wirtschaft billige ihn, er verursache geringere Kosten, biete dem Gläubiger ein Optimum und ermögliche dem Schuldner ohne die infamierenden Wirkungen des gerichtlichen Vergleichsverfahrens den Aufbau einer neuen Existenz. Demgegenüber darf man die Frage erheben, ob der außergerichtliche Vergleich auch den Tendenzen der Rechtsentwicklung entspricht und deren Billigung hat. Seit Jahren müht sich die Gesetzgebung ab, ein Verfahren zu finden, das einen angemessenen Ausgleich zwischen den Vorteilen des Vergleichs für den Schuldner und den Gefahren für die Gläubiger und die Allgemeinheit darstellt. Gerade ein solcher Ausgleich bringt die Innehaltung gewisser Vorichtsmaßnahmen und Verfahrensmethoden mit sich, die naturgemäß eine Verteuerung bedingen, so daß man sich fragen kann, ob deren Umgehung vom Standpunkt des Gesetzes aus gebilligt werden kann. In dieser Richtung dürfte wohl bedeutsam sein, daß die ersten Versuche der Schaffung eines Insolvenzrechtes von einer Öffentlichkeit des Verfahrens absahen, daß aber die unerfreulichen Folgen zu der Anordnung der Veröffentlichung und anderer Sicherungsmaßnahmen führten, und daß der Entwurf wieder weitere Maßnahmen in dieser Richtung vorschlägt, ja sogar die Selbstverwaltung der Gläubiger einschränkt. Ob es den vom Gesetze verfolgten Zwecken und der Idee der Rechtsentwicklung entspricht, wenn unter Umgehung dessen die Gläubiger sich wieder stillschweigend in das Vermögen des Schuldners teilen, kann man sehr bezweifeln. Das Problem spitzt sich letzten Endes darauf zu, ob im Staate der Gesetzgeber das Wirtschaftsleben führt und in die Bahnen lenkt, die er zum allgemeinen Besten für richtig hält, oder ob einzelne Gruppen ihre Sonderinteressen durchdrücken dürfen.

Fessen führt weiter für die Gültigkeit der Vermögensübertragung gegenüber späteren Gläubigern des Schuldners an, die derzeitigen Gläubiger seien in der Lage, im Wege der sofortigen Vollstreckung Befriedigung zu suchen und das Vermögen des Schuldners für sich in Anspruch zu nehmen, es sei nicht einzusehen, weshalb sie ihre Lage mit Rücksicht auf künftige Gläubiger verschlechtern lassen sollten. Richtig! Aber durch die Zwangsvollstreckung würde der Schuldner auch nach außen sein Vermögen verlieren und die zukünftigen Gläubiger, die beim Privatvergleich mit Rücksicht auf das äußerlich bei dem Schuldner verbleibende Vermögen später entstehen, würden bei Durchführung der Vollstreckung nicht in diese Stellung kommen. Fessen hält diese Erwägung nicht für bedeutsam, weil heute infolge der Eigentumsvorbehalte und der Sicherungsübereignungen niemand darauf vertrauen dürfte, daß das äußerlich dem Kaufmann gehörende Vermögen wirklich sein eigen sei. Dem ist zu widersprechen. Gerade in dieser Unehrlichkeit und dem daraus sich ergebenden Mangel an Vertrauen im Geschäftsverkehr liegt der

Krebschaden der heutigen Entwicklung, dem abzuheilen, man von allen Seiten auf geeignete Mittel sinnt. Ob es einer gesunden Entwicklung entspricht, zu den schon bestehenden, zu diesen unerfreulichen Ergebnissen führenden Wegen, von denen die Sicherungsübereignung dem ursprünglichen Sinne des Gesetzes jedenfalls nicht entsprach, noch einen weiteren hinzuzufügen, kann man füglich bezweifeln. Man heißt nicht, indem man dem Übel neue Türen öffnet. — Diese Erwägungen gelten auch für den Fall, daß der Schuldner sein Vermögen nicht einem Treuhänder für die Gläubiger, sondern diesen selbst übertragen hat.

Ist dem Problem des außergerichtlichen Vergleichs nicht mit den Mitteln der Konstruktionsjurisprudenz beizukommen, so zeigt sich, daß die Ergebnisse der von Fessen vorgeschlagenen Methode auch nicht so eindeutig sind, daß sie eine zwiespältige Beurteilung der Frage in der Rechtsprechung und Praxis verhüten könnten. Es dürfte auch hier Aufgabe des neuen Staates sein, der Wirtschaft in der neuen Vergleichsordnung den Weg zu zeigen, an den sie sich zu halten auch gebunden ist.

### III.

#### Schlusswort.

Von Rechtsanwalt Paul Fessen, Kiel.

Wesentlich ist, daß Münzel der von mir vorgeschlagenen Methode der Rechtsfindung zustimmt; darauf kommt es in erster Linie an. Ferner stimme ich mit ihm in dem Wunsch überein, daß die in der Rechtsprechung bisher ungelösten Zweifel durch den Gesetzgeber geregelt werden; dagegen kann ich die von ihm erhobenen Bedenken nicht teilen.

1. Die Zweckmäßigkeit und rechtliche Zulässigkeit eines außergerichtlichen Vergleichsverfahrens wird in der Rechtsprechung weit überwiegend anerkannt und in den Wirtschaftskreisen nicht bezweifelt. Vorausgesetzt, daß nicht etwa im Einzelfall der eine oder andere Mißbrauch getrieben wird, was bei jeder Rechtseinrichtung vorkommen kann, ist nicht erkennbar, inwiefern ein außergerichtlicher Vergleich die Interessen der „Allgemeinheit“ gefährden sollte. Wohl hat Münzel darin recht, daß es sich bei einer gesetzlichen Regelung darum handelt, inwiefern das Wirtschaftsleben den Gesetzgeber beeinflussen oder umgekehrt der Gesetzgeber das Wirtschaftsleben in die von ihm bestimmten Bahnen lenken soll. Das letztere wird aber doch nur dann am Platz sein, wenn es gilt, offenbare Mißstände des Wirtschaftslebens zu beseitigen. Daß der außergerichtliche Vergleich eine Mißerscheinung ist, bedarf aber noch des Nachweises.

2. Die von Münzel hervorgehobenen Mißstände der Sicherungsübereignung sind nicht zu leugnen; zu deren Beseitigung sind auch schon längst Vorschläge de lege ferenda gemacht. Sie liegen auf dem Gebiet der Publizität (Rundbarkeit) und lenken auf die bekannte Streitfrage der Mobiliarpfandhypothek, die unter den heutigen Umständen einer erneuten Nachprüfung bedarf. Solange aber die jetzigen Zustände tatsächlich bestehen, ist es m. E. nicht angängig, daß ein neuer Kreditgeber der wirklichen Lage zuwider einfach unterstellt, der in der Vermögenslage des Schuldners äußerlich sichtbare Schein sei mit dem wirklichen Eigentum identisch. Der neue Gläubiger hat die Möglichkeit, sich vor Schaden zu bewahren, in seiner eigenen Hand, indem er sachgemäße Erkundigungen einzieht, wie es bei Kreditgewährungen in der Praxis weit überwiegend auch geschieht. Bemüht man sich, die wahre Sachlage zu erforschen, anstatt leichtgläubig auf den äußeren Schein hereinzufallen, dann dient man dem Streben nach Ehrlichkeit. Wenn der Schuldner weiß, daß er jederzeit zur Offenbarung seiner Verhältnisse genötigt sein kann, wird er nicht mehr auf den Gedanken kommen, durch Sicherungsübereignungen über seine wahre Vermögenslage einen Schleier zu decken.

## Erwerb eigener Aktien.

Von Senatspräsident Dr. Ritter, Hamburg.

Daß die Rechtsperiode, die hinter uns liegt, zur Rechtschöpfung berufen gewesen ist, hat m. W. noch niemand behauptet. Daß sie aber noch nicht einmal das Handwertzeug des Schöpfers, die juristische Technik gehörig zu handhaben verstanden hat, soll zunächst an einem lehrreichen Beispiel, an dem Beispiel gleich der ersten Vorschrift der Aktiennovelle, des neuen § 226 BGB. dargetan werden. Damit das Beispiel abschreckend wirke. Auch damit es zeige, daß die Rechtswissenschaft würdigere Aufgaben hat als die, die sie (etwa unter dem Zeitpruch: „Man soll das Gesetz nicht unter dem Geber leiden lassen“: Goldschmit) mit ihrer unüberbietbaren Konjunkturalkritik an Vorschriften gleich denen der Notnov. zu erfüllen sich abmüht. Schließlich damit es mahne, das kommende AktG. einem „Geber“ anzuvertrauen, der Gewalt nicht nur über die Gesetze des Rechts und der Wirtschaft, sondern auch über die der Sprache hat.

1. Nach Art. 215 WGG. (Nov. 1870) „darf“ die AktG. eigene Aktien nicht erwerben (d. h. nach RDHG. 17, 381: kann die Gesellschaft eigene Aktien nicht erwerben). Nach § 226 BGB. (seit Nov. 1870 bis zur Notnov. 1931) „soll die AktG. eigene Aktien im (bis 1900: ‚geschäftlichen‘, seitdem:) regelmäßigen Geschäftsbetrieb, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen“; „eigene Interimsscheine“ und eigene nicht voll bezahlte Aktien „kann sie im regelmäßigen Geschäftsbetrieb weder erwerben noch zum Pfande nehmen“. Hierbei hatte man es dahin gebracht, daß Anfang 1932 die Großbanken fast die Hälfte ihrer Aktien selbst besaßen (Brodmann: ZentrBlSHR. 1932, 50). Die Notnov. 1931 (über-einst. AktGEntw. 1931 § 56) setzt gleichwohl die Gesetzgebung der von Ausnahmefällen zermürbten Grundsätzlichkeit fort. „Warum kann man sich eigentlich nicht entschließen, der Gesellschaft den Ankauf eigener Aktien überhaupt zu versagen? Andere Länder tun es doch auch und man hört nicht, daß ihr Aktienwesen darunter leidet“ (Brodmann). Der Einwand, das „Verbot würde, wie die Erfahrung gezeigt habe, in Fällen ernsthafter Not übertreten oder umgangen werden“ (Düringer-Hachenburg), ist wohl nicht ganz ernst zu nehmen. Die Erfahrung hat auch gezeigt, daß das Diebstahlsverbot „in Fällen ernsthafter Not übertreten“ wird, darum aber doch nicht entbehrt werden kann.

2. Der rechtsfähige Verein Concordia, der aus Mitgliedern besteht, kann natürlich nicht auch eines dieser Mitglieder sein — so wenig, wie etwa das aus Steinen erbaute Haus eines dieser Steine sein kann, so wenig, wie sonst etwas oder jemand zugleich eines seiner Bestandteile sein kann. Das ist so, wie man auch immer zu dem in der Rechtsgeschichte hin und her schwankenden Charakterbild der juristischen Person stehen mag. Die AktG. kann also auch nicht Mitglied ihrer selbst sein und deshalb auch nicht ihre eigenen Aktien erwerben, d. h. den bisherigen Aktionär sich seiner Mitgliedschaft entkleiden lassen und an seiner Stelle selbst Mitglied werden. Die Antinomie, die Brodmann, A.R., zu sehen glaubt, besteht nicht. Er meint, der Unmöglichkeit eigener Mitgliedschaft stehe die aus der Rechtsfähigkeit der AktG. sich ergebende Fähigkeit des Erwerbs „negoziabler Wertpapiere“, also auch eigener Aktien gegenüber. Aber ganz abgesehen davon, daß die Mitgliedschaft nicht beurkundet zu sein braucht — der Erwerb „negoziabler Wertpapiere“ kann doch ebensogut, wie etwa gesetzlich verboten, begrifflich ausgeschlossen sein. Und hier ist er eben wegen der Natur des Wertpapiers begrifflich ausgeschlossen — was übrigens auch Brodmann anerkennt: „an und für sich wäre wohl der erstere Gedanke (die begriffliche Unmöglichkeit eigener Mitgliedschaft) der stärkere“. Gewiß ist er das. Man hat also kein Recht, von einer nur „konstruktiven Schwierigkeit“ (Düringer-Hachenburg) zu sprechen. Man darf nicht sagen, die Mitgliedschaft der Gesellschaft bei sich selbst sei „nicht begrifflich undenkbar“ (so Düringer-Hachenburg gegen RG. 93, 247) oder sie sei „keine Fiktion“ (so Düringer-Hachenburg gegen

RG. 26, 100). Man darf sich nicht darauf berufen, daß nach RG. 18, 7 (folg. RfS. 24, 140 u. bei Mrozek, SteuerRspr. III. StRtW. § 21 Satz 6) die Gesellschaft ja auch ihre eigenen Schuldverschreibungen erwerben könne, „ohne daß hierdurch die Forderung notwendig untergehe“ (Düringer-Hachenburg); RG. 18, 9 sagt vielmehr, daß nach solchem Erwerb „kein Gläubiger vorhanden“ sei und insofern „das Obligationsverhältnis ruhe“, bis „das Papier wieder weitergegeben“ werde. Nein, man muß ehrlicherweise anerkennen, daß die Gesellschaft nicht Mitglied ihrer selbst sein kann. Das Gesetz hätte deshalb, ohne daß es darüber ein Wort hätte zu verlieren brauchen, von der Unmöglichkeit der eigenen Mitgliedschaft ausgehen sollen. Dann würde sich auch ohne weiteres ergeben haben, daß der Vertrag, durch den sich der Aktionär verpflichtet, der Gesellschaft seine Mitgliedschaft zu verschaffen, durch den er insbes. seine Aktien der Gesellschaft verkauft, auf eine unmögliche Leistung gerichtet und mithin nichtig ist (§ 306 BGB.). Das Gesetz tut aber ein übriges — was rechtshistorisch zu begreifen (oben Nr. 1), methodologisch zu verwerfen ist. Es sagt, daß die Gesellschaft eigene Aktien nur in Ausnahmefällen, also grundsätzlich nicht erwerben darf. Das Gesetz verbietet also den Erwerb eigener Aktien. Jetzt ist nicht nur der Erwerb eigener Aktien wegen der begrifflichen Unmöglichkeit des Erwerbs gar kein Erwerb. Es ist auch die Einigung über den Erwerb ein nach § 134 BGB. nichtiges Rechtsgeschäft und der Erwerb auch aus diesem Grunde gar kein Erwerb.

3. Gesetze bringen u. U. auch das begrifflich Unmögliche fertig. Nach § 226 ist der Erwerb eigener Aktien in der Regel „wirksam“. Damit wird begrifflich Unmögliches möglich und überdies gesetzlich Verbotenes und darum Ungültiges gültig. Von dem solchem „wirksamen“ Erwerb zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäft (insbes. vom Kauf der eigenen Aktien) spricht das Gesetz nicht. Zwar behauptet man, es spräche doch davon, § 223 meine nämlich mit dem Ausdruck „Erwerb“ nicht nur den Erwerb, sondern auch den auf Erwerb gerichteten Schuldvertrag, das „obligatorische Erwerbsgeschäft“ (Düringer-Hachenburg). Aber das ist eine bedenkliche Beweisführung, „Erwerb“ und „Erwerbsgeschäft“ scheinen so nahe verwandte Ausdrücke zu sein, daß man, wenn man nicht näher zusieht, den einen für den andern nehmen mag. „Erwerbsgeschäft“ ist aber ein bloß dialektischer Ausdruck. Ist man ihn auf, so kann er doch wohl nur das Geschäft bedeuten, das zum Erwerb berechtigt u./o. verpflichtet. Vielleicht ist solches Geschäft denkbar. Man macht es aber jedenfalls nicht und das gewöhnliche Schuldgeschäft, der Aktienkauf ist solches „Erwerbsgeschäft“ gewiß nicht. Man darf also auch nicht sagen, daß Erwerb und Kauf gleichzuachtende Ausdrücke sind. Nach feststehender, von der Rechtsordnung gewissenhaft befolgter terminologischer Regel bezeichnet „Erwerb“ die aktive Seite des Rechtsübergangs und nichts anderes. Nein, man darf in das Gesetz nicht etwas hineinzwingen, woran sein Verfasser nicht hat denken können und, wie man ja nun auch weiß (Schlegelberger, Notnov., § 226 Anm. 4, 23), gar nicht gedacht hat. Das Gesetz hat also versäumt, das Schuldgeschäft zu behandeln. Das Versäumte wird deshalb nachgeholt: im Gesetz, sagt man, ist auch das Verbot des dem Erwerb zugrunde liegenden Schuldgeschäfts beschloffen; dieses Geschäft ist also nach § 134 BGB. nichtig (Schlegelberger u. a.). Es bleibt auch nichts anderes als solche Lösung übrig. Man kann insbes. nicht annehmen, daß die im Schuldgeschäft versprochene Leistung zwar bewirkbar, aber doch verboten, deshalb nicht zumutbar und aus diesem Grunde unmöglich im Rechtsinn, das Schuldgeschäft also nach § 306 BGB. nichtig sei. Denn die versprochene Leistung ist nicht der verbotene Erwerb, sondern die erlaubte Verschaffung der Mitgliedschaft. Ebenjowenig kann man annehmen, daß das Schuldgeschäft gültig und nur unflagbar sei, weil der Staat nicht den gesetzlich verbotenen Erwerb erzwingen dürfe (so Neu-

feld). Denn weder ist der Gesellschaft verboten, den Kaufpreis zu zahlen, noch ist dem Aktionär verboten, der Gesellschaft gegen Zahlung des Kaufpreises die Mitgliedschaft zu verschaffen. Eine Klage auf Verteilung der Gesellschaft zum Erwerb (die Schlegelberger für möglich hält) wäre natürlich schon aus anderen Gründen abzuweisen. Noch viel weniger läßt sich annehmen, daß das dem Erwerb zugrunde liegende Schuldgeschäft gültig ist, insbes. also der Verkäufer gegen die Gesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Aktien klagen kann (so Düringer-Hachenburg, Friedländer, Rosendorff, Staub, Netter: ZentrBlStR. 1931, 246; Werner: JW. 1932, 704). „Der Staat kann die Gerichte oder Organe der Zwangsvollstreckung nicht bereitstellen, um Rechtsfolgen zu erzwingen, die durch Gesetz verboten sind und nach dem Zweck des Gesetzes verhindert werden sollen.“ Das war die Ansicht der Gesetzesverfasser (Schlegelberger). Es entspricht deutschem Rechtsempfinden. Von einem „Zirkelschluß“ (so Düringer-Hachenburg) ist dabei nicht die Rede. Es ist doch das Schicksal des Mitgliedschaftsverhältnisses, das auf dem Spiel steht. An diesem Verhältnis sind beide, Gesellschaft und Aktionär beteiligt. Das Gesetz verbietet nun zwar der Gesellschaft, dieses Verhältnis durch „Erwerb“ zu lösen. Es verbietet nicht dem Aktionär, das Verhältnis auf die Gesellschaft zu „übertragen“. Aber hier ist auch die Grenze. Jenseits dieser Grenze ist das an die Gesellschaft gerichtete Verbot im Mitgliedschaftsverhältnis wirksam. Beide, Gesellschaft und Aktionär stehen also insoweit unter der Herrschaft des das Mitgliedschaftsverhältnis betreffenden Verbots. Das Mitgliedschaftsverhältnis schließt insbes. den Gedanken aus, der Aktionär dürfe die Gesellschaft zwingen, dem Verbot zuwiderzuhandeln, die Gesellschaft dürfe sich ihm durch Kauf oder sonstigen Schuldvertrag verpflichten, dem Gesetz zu trotzen und etwas zu tun, was den Erwerb zur Folge hat. Nur wer dies verkennet, kann behaupten, die Unwirksamkeit des „Erwerbsgeschäfts“ führe zu „unannehmbaren Ergebnissen“ (Düringer-Hachenburg), weil der Verkäufer nicht wissen könne, ob das schuldrechtliche Erwerbsgeschäft verboten oder (ausnahmsweise) erlaubt sei. In anderem Zusammenhang müssen Düringer-Hachenburg doch selbst bekennen: „der Verkäufer ist ja kein Dritter, sondern eben Aktionär“. Nun also. Wer sich mit eben der Gesellschaft, deren Mitglied er ist, in Geschäfte einläßt, die das Gesetz grundsätzlich verbietet, mag zufrieden sein, daß das Gesetz Veräußerung und Erwerb trotzdem für wirksam erklärt, und nicht noch mehr verlangen. Übrigens machen Düringer-Hachenburg eine Einschränkung, die sich ebensowenig wie ihre grundsätzliche Auffassung dem Gesetz erschließen läßt: das schuldrechtliche Erwerbsgeschäft sei ungültig, wenn „dem Verkäufer die Unzulässigkeit des Erwerbs bekannt“ sei! Obgleich sie sonst den richtigen Standpunkt einnehmen, daß „Lösungsversuche, von denen das Gesetz nichts weiß“, besser unterbleiben. Überdies müssen sie zugeben, daß eigene, nicht voll bezahlte Aktien und Interimscheine nicht wirksam an die Gesellschaft verkauft werden können. Umsonst suchen sie die Folgewidrigkeit dieses Zugeständnisses zu rechtfertigen: „der Erwerb nicht voll bezahlter Aktien bedeute für die Gläubiger und Aktionäre eine erhebliche höhere Gefahr“, auch „könne hier dem Verkäufer die Prüfung eher zugemutet werden“. So läßt sich Folgewidriges überhaupt nicht rechtfertigen. Und warum hier dem Verkäufer die Prüfung der ausnahmsweisen Zulässigkeit des Erwerbs zugemutet werden kann, sonst nicht, bleibt dunkel. Diese Prüfung ist u. U. besonders schwierig, wenn der Verkäufer nicht voll bezahlte Aktien oder Interimscheine der herrschenden Gesellschaft an die abhängige Gesellschaft verkauft (§ 226 Abs. 4). Das Gesetz denkt aber nicht daran, hierauf Rücksicht zu nehmen. — Die Satzung kann natürlich nicht wirksam bestimmen, daß die Gesellschaft dem gesetzlichen Verbot zuwider Aktien erwerben darf. Die Generalversammlung kann also erst recht nicht wirksam beschließen, daß der Vorstand dem gesetzlichen Verbot zuwider Aktien erwerben soll. Beschließt sie doch und befolgt die Verwaltung die Weisung, so haften also die Verwaltungsmitglieder gleichwohl nach § 227 a HGB. (so auch anscheinend allgemeine Ansicht trotz angeblicher Verschiedenheit; unklar Staub § 227 a Anm. 9).

4. Das Gesetz erklärt also den (begrifflich unmöglichen und gesetzlich verbotenen) Erwerb eigener Aktien für „wirksam“. Noch mehr: es erlaubt in Ausnahmefällen den Erwerb eigener Aktien und damit auch das schuldrechtliche Erwerbsgeschäft. Darin liegt gewiß eine „starke Singularität“, und die Ausnahmenvorschriften müssen „auf das engste ausgelegt werden“ — sagt Brodmann mit vollem Recht. Man hat aber nicht nur nicht die Ausnahmenvorschriften auf das engste ausgelegt, sondern einfach „Ausnahmen von dem Erwerbsverbot, die im § 226 nicht ausdrücklich erwähnt sind“ (Schlegelberger), behauptet — was Düringer-Hachenburg eine „einschränkende Auslegung des (im § 226 Abs. 1 enthaltenen) Wortes erwerben“ nennen, ein bisher im allgemeinen nicht geübtes, schon im Interesse der Rechtsicherheit und des gemeinen Vertrauens zum Gesetz wenig empfehlenswertes und sonst auch von Düringer-Hachenburg (z. B. § 226 Anm. 19) mit Recht gemißbilligtes Verfahren. Hiernach soll das harmlose Wort „erwerben“ nur „solche Erwerbsarten umfassen, bei denen typisch die Gefahren entstehen, die in erster Reihe die Sonderregelung des § 226 veranlaßt haben“ (Düringer-Hachenburg). Welche Gefahren das sind, welche Gefahren in erster Reihe bestanden haben, bei welchen Erwerbsarten diese Gefahren typisch sind, verschweigt das Gesetz, da es ja eben diese Ausnahmen gar nicht macht (und wenn es sie hätte machen wollen, besser getan hätte, statt des unstreitig verunglückten § 226 zu bestimmen, daß gefährlicher Erwerb eigener Aktien unzulässig, ungefährlicher dagegen zulässig ist). Der bedauerenswerte Gesetzeskonjunkt soll sich von den gefährlichen und den ungefährlichen Erwerbsarten selber ein Bild machen. Er wird sich mit Recht darauf berufen, daß sich auch die Welt dieser verschwommenen „Ausnahmen“ in jedem Kopf verschieden malen muß — und schon in den Köpfen ihrer Urheber verschieden malt. Nach Düringer-Hachenburg sind z. B. „Erwerbsarten, die nicht unter § 226 fallen“ (!):

a) Unentgeltlicher Erwerb voll bezahlter (nach anderen auch nicht voll bezahlter) Aktien auf Grund von Schenkung oder Vermächtnis. Die Mot. z. AltNov. 1884, 223 halten es für ganz selbstverständlich, daß auch unentgeltlicher Erwerb i. S. des § 226 ist. Sie meinen nur, daß der unentgeltliche Erwerb nach § 226 a. F. nicht verboten sei, weil unentgeltlicher Erwerb kein Erwerb „im regelmäßigen Geschäftsbetrieb“ sei! Auch Brodmann (ZentrBlStR. 1932, 52) hält es für ganz selbstverständlich; es sei, meint er mit Recht, ein „reines Versehen“, daß man den unentgeltlichen Erwerb nicht ausgenommen habe. Im übrigen sollte man nicht so viel Aufhebens davon machen. Es genügt doch, daß der Erwerb nach § 226 Abs. 2 „wirksam“ ist. — Erbschaftserwerb soll übrigens auch „nicht unter § 226 fallen“. Denn es fehle überhaupt an einer rechtsgeschäftlichen oder sonstigen aktiven Mitwirkung der Gesellschaft. „Als verboten wird man nur den Erwerb anzusehen haben, der sich mittels Einzelübertragung vollzieht“ (Schlegelberger). Von „aktiver Mitwirkung“ oder „Einzelübertragung“ (womit wohl Übertragung im Gegensatz zum Übergang von Rechts wegen gemeint ist) liest man im Gesetz nichts. Abs. 3 und 4 des § 226 sprechen ausdrücklich von der „Zur-Pfand-“ und „Als-Pfand-Nehmung“, schließen also gesetzlichen Pfanderwerb aus; das Gesetz hätte also von der Übertragung oder Übernahme sprechen müssen, hätte es nicht jeden Erwerb, sondern nur den Erwerb durch Übertragung treffen wollen. Man braucht sich aber auch hierbei nicht lange aufzuhalten. Der Erwerb ist ja nach § 226 Abs. 2 wirksam. Anders, wenn die Aktien nicht voll bezahlt sind — was auch ganz in der Ordnung ist, wenn man den Standpunkt des Gesetzes überhaupt gelten läßt.

b) Erwerb nach § 700 BGB., § 2 DepotG. (abweisend Neufeld, Staub). Ebenso treuhänderischer Erwerb. Das Gesetz weiß davon nichts. Die Notwendigkeit der unbeschränkten Zulässigkeit solchen Erwerbs ist nicht einzusehen. Die Zulässigkeit treuhänderischen Erwerbs nicht voll bezahlter Aktien würde „typisch die Gefahren entstehen“ lassen, die man zur Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 226 macht.

c) Erwerb durch Depotgeschäft. H. A. denkt über die „typische Gefährlichkeit“ dieses Geschäfts anders (Schlegel-

berger, Anm. 5; Staub, Anm. 3). Dagegen ist man über die „typische Gefährlichkeit“ des Reportgeschäfts einig.

d) Erwerb eigener Aktien von dem, der erlaubt für Rechnung oder mit Kursgarantie der Gesellschaft oder als abhängige Gesellschaft erworben hat. Die Zulässigkeit solchen Erwerbs ergibt sich indessen nicht aus seiner „typischen Ungefährlichkeit“, sondern, wenn überhaupt, aus anderen Umständen (unten Nr. 13).

e) Erwerb zur Einziehung, wenn die Kapitalherabsetzungsvorschriften (§§ 288 ff. HGB.) befolgt werden (§ 227 Abs. 2 HGB.) und die Aktien nach Ablauf des Sperrjahres und nach Befriedigung oder Sicherstellung der Gesellschaftsgläubiger gekauft oder zwar vorher gekauft, aber erst nachher bezahlt (§ 288 Abs. 4 HGB.) und so die „typischen Gefahren“ des Erwerbs eigener Aktien vermieden werden. Gewiß kein Erwerb, der sich besonders empfiehlt. Auch kein ungefährl. Denn — andere sind anderer Ansicht. Sie sind der „strengeren“ Ansicht, daß diese Erwerbsart doch „unter § 226 fällt“ (z. B. Lehmann-Hirsch, Staub, Quassowski: JW. 1931, 2920). Und wer möchte voraussagen, auf wessen Seite die Gerichte treten würden?

f) Erwerb durch Fusion, d. h. Erwerb eigener, der aufgenommenen Gesellschaft gehörender Aktien, soll „unter § 226 fallen“. Denn er sei „typisch gefährlich“. Zwar gebe die aufnehmende Gesellschaft nichts weg, aber sie übernehme auch die Schulden der aufgenommenen Gesellschaft. Andere (z. B. Goldschmidt, Neufeld, Staub) sind (aus verschiedenen Gründen) anderer Ansicht. Nach Schlegelberger ist Fusionserwerb Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge, und „unter § 226 fällt nur der Erwerb, der sich mittels Einzelübertragung vollzieht“ (oben a).

5. § 226 beginnt, statt mit der Regel, nämlich dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien, vielmehr mit einer von mehreren Ausnahmen: die Gesellschaft darf eigene Aktien oder (wie überflüssigerweise hinzugefügt wird) Interimscheine zur notwendigen Abwendung schweren Schadens von der Gesellschaft erwerben. Wer sich darauf beruft, daß sie darf, muß also beweisen (Quassowski: JW. 1931, 2919).

a) Sie darf erwerben. Sie darf, was ihr das Gesetz im zweiten Satz grundsätzlich verbietet. Das ist aber nicht die Hauptsache. Die Hauptsache ist, daß die Gesellschaft erwerben kann. Die Gesellschaft kann begrifflich nicht ihr eigener Aktionär sein. Dem Gesetz ist zu erschließen, daß sie doch ihr eigener Aktionär werden und mithin sein kann.

b) Sie kann und darf eigene Aktien erwerben. Der Ausdruck ist dreideutig. Er kann bedeuten: Mitgliedschaften bei der Gesellschaft. Er kann bedeuten: bereits bestehende Mitgliedschaften Dritter bei der Gesellschaft. Er kann bedeuten: der Gesellschaft bereits gehörende Mitgliedschaften bei sich selbst. Die dritte Bedeutung kommt hier natürlich nicht in Betracht. Die erste Bedeutung wäre die, die allgemeinen Auslegungsgrundsätzen entsprechen würde. Die zweite Bedeutung ist die, die man gleichwohl allgemein dem Ausdruck beimißt (unten c). Eigene Aktien sind bestehende Mitgliedschaften Dritter, die (was hinzugefügt werden muß, weil das Gesetz nun einmal auch von Interimscheinen spricht) in Aktienurkunden oder Interimscheinen beurkundet sind. An unbeurkundete bestehende Mitgliedschaften zu denken, hat man vergessen. Man wird sie aber doch nicht auslassen dürfen und den in Interimscheinen beurkundeten Mitgliedschaften gleichachten dürfen (Düringer-Hachenburg).

c) Sie kann und darf eigene Aktien erwerben. Sie kann und darf also ihr eigenes Mitglied in eben derselben Weise werden, wie Dritte ihr Mitglied werden können. Sie kann und darf also insbesondere durch Übertragung, zu vollem Recht oder nur Nießbrauchs- oder pfandweise erwerben. Nach allgemeiner Ansicht ist nur der „abgeleitete“ Erwerb gemeint, nicht auch der „ursprüngliche“. Das soll heißen: die Gesellschaft kann und darf im Fall der Kapitalerhöhung keine Aktien zeichnen. Nach § 226 könnte und dürfte sie es schon. Denn eigene Aktien sind an und für sich nicht bloß bereits bestehende Mitgliedschaften Dritter bei der Gesellschaft (oben b;

RG. 108, 41). Und § 226 weiß nichts von „abgeleitetem“ oder „ursprünglichem“ Erwerb eigener Aktien. Dem § 226 würde also auch zu entnehmen sein, daß die Gesellschaft den Zeichnungsvertrag mit sich selbst würde schließen können. Aber aus § 260 a HGB. ergibt sich, daß § 226 nur den Erwerb bereits bestehender Mitgliedschaften, also den „abgeleiteten“ Erwerb meint (unten Nr. 10; kurz und knuipferei: RStBl. 1932, 536: „keine AktG. kann ihre eigenen jungen Aktien als Ersterwerber zeichnen“).

d) Sie darf eigene Aktien erwerben, wenn es zur Abwendung schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist. Diesem Fall wird der andere gleichzuachten sein, daß schwerer Schaden bereits entstanden und der Aktienerwerb notwendig ist, um ihn so weit zu mindern, daß er nicht mehr schwer ist (vgl. z. B. § 254 BGB., § 62 WVG.). — Schaden kann Vermögens- und anderer Schaden sein. Die AktG. kann nur Vermögensschaden erleiden. — Schaden kann positiver Schaden und entgangener Gewinn sein. Hier hat man wohl nur an positiven Schaden gedacht (vgl. ZentrAktGes. 38, 6). Bloßer Gewinnentgang wird auch in der Regel nicht „schwer“ sein. — Der Schaden muß schwer sein. Ob er schwer ist, richtet sich nach den Umständen des Falles und der Verkehrsanschauung. Zu den Umständen des Falles gehört insbesondere das Verhältnis des Schadensumfangs zu dem mit dem Aktienerwerb verbundenen Risiko. Der Schaden kann absolut klein, aber doch schwer sein, weil das mit dem Aktienerwerb verbundene Risiko besonders klein ist (abweichend ohne Grund Staub). Kann der Gesellschaftschuldner nicht zahlen und nur Aktien der Gesellschaft an Zahlungs Statt oder sicherungsweise geben, so darf die Gesellschaft diese ihre Aktien nehmen, „erwerben“. Die Behauptung, der Schaden müsse so schwer sein, daß er „im Falle seines Eintritts geeignet ist, die Lage der Gesellschaft ernstlich zu gefährden“ (so Staub), ist nicht begründet und nicht zu begründen (Düringer-Hachenburg). — Der Schaden muß von der Gesellschaft abzuwenden sein, also der Gesellschaft drohen. Insbesondere ist ohne Bedeutung, daß der Schaden einzelnen oder auch allen Aktionären droht. Ob der Gesellschaft von einem Machtkampf ihrer Aktionäre Schaden droht, der durch Aktienerwerb abgewandt werden muß, ist Frage (JW. 1929, 1761, 2183). Ebenso, ob ihr von der Veräußerung ihrer Aktien an Ausländer Schaden droht (Gefahr der Überfremdung) oder von der Veräußerung an einen Konkurrenten oder von einer Anfechtungsklage. Ebenso insbesondere, ob ihr von der Veränderung des Marktpreises ihrer Aktien (von der Kursentwicklung) ein so schwerer Schaden droht, daß der Aktienerwerb notwendig ist. Nach der Kundgebung der Reichsregierung v. 5. Juni 1931 ist „die normale Kurspflege in den eigenen Aktien ausgeschlossen; aber um z. B. schwere Baisseangriffe und damit gefährliche Kursstürze in den Aktien hintanzuhalten, ist der Erwerb von eigenen Aktien zuzulassen“ (anders Staub, der auch die „normale Kurspflege“ durch Aktienerwerb für zulässig hält und damit freilich vom gesetzlichen Verbot des Aktienerwerbs nichts Wesentliches mehr übrig läßt). — Der Erwerb muß zur Schadensabwendung notwendig sein. Es kommt nicht darauf an, daß die Gesellschaft den Erwerb für notwendig hält. Nicht einmal darauf, daß sie den Erwerb für notwendig halten darf, d. h. ohne Fahrlässigkeit für notwendig hält (vgl. § 670 BGB.). Auch nicht darauf, daß sie mit dem Erwerb die Abwendung des Schadens bezweckt. Ebensovienig darauf, daß der Erwerb wirklich notwendig ist. Sondern darauf, daß ein objektiver, unbeteiligter Beurteiler ihn für notwendig halten würde (vgl. z. B. § 66 WVG.: „den Umständen nach geboten war“). Er kann auch notwendig sein, wenn der Schaden auf andere Weise abzuwenden ist (abweichend ohne Grund Düringer-Hachenburg); aber er ist dann nur notwendig, wenn auf die andere Weise ein anderer schwerer Schaden entstehen würde. Auch der Erwerb nicht voll bezahlter Aktien kann zur Schadensabwendung notwendig sein. Aber solcher Erwerb macht die Einlegungspflicht des Aktionärs ruhen und auch für den Fall der Wiederveräußerung den Rechtsvorgänger von der Haftung aus § 220 HGB. frei (unten Nr. 14), ist also aus diesem Grunde u. U. nicht „notwendig“.

e) Das Gesetz lenkt aber alsbald wieder ein (was weder mutig noch klug ist, wenn man sich einmal davon überzeugt hat, daß man der Gesellschaft das Mittel des Aktienerwerbs zur Abwendung schweren Schadens nicht vorenthalten darf): die Gesellschaft darf auch zur Abwendung schweren und schwersten Schadens nicht mehr erwerben als einen bestimmten Prozentsatz des Grundkapitals und darf überhaupt nicht erwerben, wenn trotz Erwerbs in diesem Umfang schwerer (wenn auch vielleicht minder schwerer) Schaden übrigbleiben würde. Des Grundkapitals: nicht des eingelegten Betrags, nicht des Grundkapitals minus Gesamtnennbetrag der früher erworbenen Aktien (abweichend nur Goldschmit), auch nicht des Grundkapitals minus Gesamtnennbetrag solcher Aktien, die die Gesellschaft früher zur Abwendung schweren Schadens erworben hat (abweichend z. B. Düringer-Hachenburg, v. Gierke, dagegen z. B. Schlegelberger, Staub). Freilich zeigt sich wieder, daß mit dem gesetzlichen Verbot eigener Aktien kein Staat zu machen ist (vgl. Brodmann: ZentrBlStR. 1932, 53). Das berechtigt aber nicht, das zwar mangelhafte, aber wenigstens in diesem Punkt klare Gesetz zu „verbessern“, das zwar in der Nr. 2, aber nicht in der Nr. 1 die früher erworbenen Aktien mitgerechnet wissen will. Dürfte man es verbessern, so müßte man auch solche Aktien vom Grundkapital abrechnen, die die Gesellschaft früher zu anderen Zwecken, insbesondere solche, die sie früher verbotswidrig, aber „wirksam“ erworben hat (Düringer-Hachenburg), und solche, die sie unter der Herrschaft des § 226 a. F. erworben hat.

6. Abgesehen vom Fall des Erwerbs zur Schadensabwendung darf die Gesellschaft eigene Interimsscheine nicht erwerben (und auch nicht eigene beurkundete Mitgliedschaften: oben Nr. 5). Warum sie Interimsscheine in denjenigen Fällen nicht erwerben darf, in denen sie in gewöhnlichen Aktienurkunden beurkundete Mitgliedschaften erwerben darf, weiß man nicht. — Nicht voll bezahlte Interimsscheine kann die Gesellschaft auch nicht erwerben. Voll bezahlte Interimsscheine kann sie erwerben; der Erwerb ist nach § 226 Abs. 2 „wirksam“. Das dem Erwerb zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft ist in allen Fällen unwirksam, wird aber im zweiten Fall durch Erwerb wirksam (unten Nr. 8). — übernimmt es die Gesellschaft, in eigenem Namen für fremde Rechnung zu verkaufen, so darf sie nicht gemäß § 400 HGB. selbst eintreten, kann aber, wenn die Interimsscheine voll bezahlt sind, wirksam eintreten. — Bloßer Legitimationserwerb ist kein Aktienerwerb.

7. Abgesehen vom Fall des Erwerbs zur Schadensabwendung darf die Gesellschaft eigene Aktien nur erwerben, wenn sie voll bezahlt sind (weil sonst der Rückgriff gegen Rechtsvorgänger verlorenginge: unten Nr. 14) und wenn

a) entweder die Gesellschaft damit eine Einkaufskommission ausführt. Die Gesellschaft darf eigene Aktien im eigenen Namen für fremde Rechnung (sei es auch nur für kapitalschwache fremde Rechnung!) erwerben. Eigene Interimsscheine nicht — warum nicht, wird geheimgehalten. — Die Gesellschaft „führt eine Einkaufskommission aus“, auch wenn sie selbst eintritt (§ 400 HGB.) — mit dem Deckungsgeschäft und dem darauf beruhenden Erwerb.

b) oder der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien einen bestimmten Prozentsatz des (zur Zeit der Einziehung sachungsmäßigen) Grundkapitals nicht übersteigt und die Aktien zur Einziehung (§ 227 HGB.) erworben werden. Hier werden (im Gegensatz zum Fall des Erwerbs zur Schadensabwendung: oben Nr. 5) den zu erwerbenden Aktien die Aktien (oder Interimsscheine) hinzugerechnet, die „der Gesellschaft bereits gehören“ oder (wie man wohl mit H.A. den Abs. 3 und 4 des § 226 entnehmen darf) der Gesellschaft verpfändet sind oder einem andern für Rechnung oder mit Kursgarantie der Gesellschaft oder einer abhängigen Gesellschaft gehören usw. — Die Gesellschaft muß die Aktien also mit der Absicht der Einziehung erwerben. Das Gesetz fügt aber hinzu, daß die Aktien nur dann als zur Einziehung erworben gelten, wenn sie binnen sechs Monaten nach Erwerb eingezogen werden. Macht man mit dem Gesetz Ernst, so bedeutet dies: die Gesellschaft muß die Aktien in der Absicht,

sie einzuziehen, erwerben; die Aktien gelten jedoch als nicht mit der Einziehungsabsicht erworben, wenn sie nicht in sechs Monaten nach Erwerb eingezogen werden. „Aber man darf hiermit nicht Ernst machen“, sagt die H.A. — und angesichts der technischen Mangelhaftigkeit des Gesetzes wohl mit Recht. Es kommt hiernach nur darauf an, daß die Aktien in der Sechsmonatsfrist eingezogen werden. Die Frist beginnt mit dem Erwerb (nicht mit dem Abschluß des schuldrechtlichen Erwerbsgeschäfts, wie Düringer-Hachenburg gegen H.A. meinen: oben Nr. 4). Sie beginnt also in den Fällen des § 226 Abs. 3, 4 mit der Inpfandnahme usw., wenngleich die Gesellschaft ihre Aktien nicht gerade zum Pfande nehmen wird, um sie einzuziehen. Die Aktien müssen (damit der Erwerb zulässig ist) in der Sechsmonatsfrist eingezogen, die Mitgliedschaften in der Frist erloschen sein. Sind sie erloschen, so kann das Spiel von neuem beginnen. Bis sie erloschen sind oder die Sechsmonatsfrist verstrichen ist, ist die Zulässigkeit des Erwerbs in der „Schwebel“ — was freilich „etwas ganz Neues“ (Brodmann) und für das dem Erwerb zugrunde liegende Schuldverhältnis wenig erfreulich ist. — Bei der Einziehung der zur Einziehung erworbenen Aktien brauchen nach § 227 Abs. 2 HGB. die Vorschriften über Kapitalherabsetzung (§§ 288 ff. HGB.) nicht befolgt zu werden. Aber sie können befolgt werden. Werden sie befolgt, so darf die Gesellschaft nicht etwa schrankenlos zur Einziehung erwerben. Die Gesellschaft kann ihr Grundkapital nach §§ 288 ff. HGB. herabsetzen. Der Herabsetzungsbeschuß muß festsetzen, „in welcher Weise die Maßregel (der Herabsetzung) auszuführen ist“ (§ 288). Er kann insbes. festsetzen, daß die Herabsetzung durch Einziehung erworbener oder zu erwerbender Aktien „auszuführen“ ist. Über den Erwerb bestimmt § 226. § 226 bestimmt nicht, daß die Gesellschaft, die „die Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals befolgt“, mehr als den bestimmten Prozentsatz zur Einziehung erwerben darf (obgleich § 289 HGB. die Gesellschaftsgläubiger schützen würde). Die Gesellschaft darf es also auch nicht. So auch die überwiegende Meinung. Anders z. B. Düringer-Hachenburg gemäß ihrer Gefährlichkeitslehre: die „typischen Gefahren“ des Erwerbs eigener Aktien fehlten, wenn „die Aktien nach den Vorschriften über die Kapitalherabsetzung erworben“ würden, § 226 sei also unanwendbar. Gegen die Gefährlichkeitslehre: oben Nr. 4. Nach dieser Lehre müßte § 226 auch unanwendbar sein, wenn die Gesellschaft „zu Lasten des nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinns oder eines Reservefonds“ (§ 227 HGB.) einziehen will. Gleichwohl hiergegen: Düringer-Hachenburg (und überhaupt die H.A.). Werden die Kapitalherabsetzungsvorschriften nicht befolgt, so sind bei der Einziehung die Sondervorschriften des § 227 Abs. 3, 5 HGB. zu befolgen. Gesellschaftsgläubiger, die noch nicht Befriedigung verlangen können, können, nachdem die Eintragung des Einziehungsbeschlusses der Generalversammlung bekanntgemacht ist, von der Gesellschaft Sicherheit verlangen (§ 227 Abs. 4 HGB.). Das ist kaum mehr als Verhöhnung der Gläubiger. Denn inzwischen hat die Gesellschaft gezahlt. — Vereinbaren Aktionär und Gesellschaft, daß der Aktionär die nicht voll bezahlte Aktie nach Vollzahlung gegen Zahlung eines Kaufpreises auf die Gesellschaft übertragen soll, so ist die voll bezahlte Aktie Gegenstand des Kaufvertrags, der Erwerb also jedenfalls „wirksam“ und der Kaufvertrag wirksam, wenn er geschlossen werden „darf“ (vgl. DJZ. 1913, 867).

8. Begrifflich kann die Gesellschaft, rechtsgrundfänglich darf sie keine eigenen Aktien erwerben. Aber sie soll es im allgemeinen doch können und sie soll es auch im allgemeinen dürfen, wenigstens insofern dürfen, als sie trotz des gesetzlichen Erwerbsverbots erwerben kann: die Gesellschaft erwirbt gleichwohl, wenn die Aktien oder Interimsscheine voll bezahlt sind. Was § 226 Abs. 2 ungeschickt so ausdrückt: Die Wirksamkeit des Erwerbs (als ob, was glücklich erworben ist, „wirksam“ oder „unwirksam“ erworben sein — als ob, wer Eigentümer eines Grundstücks ist, auch „unwirksamer“ Eigentümer sein könnte!) eigener Aktien wird durch den Verstoß gegen die Vorschriften des Abs. 1 (d. h. gegen das im Abs. 1 mitenthaltene Erwerbsverbot) nicht berührt, es sei denn, daß (als ob es hier auf die Regelung der Beweislast

ankäme!) sie noch nicht voll bezahlt sind. Der geglättete Verstoß gegen das Erwerbsverbot führt nur die Ersatzpflicht der Verwaltungsmitglieder herbei (§ 227 a HGB.).

a) H. A. (wohl noch im Sinn des § 226 a. F.) erklärt auch den Erwerb voll bezahlter Interimsscheine für „unwirksam“: Interimsscheine ständen immer „im Rahmen des § 226 den nicht voll bezahlten Aktien gleich“ (Düringer-Hachenburg). Gewiß nicht. Interimsscheine stehen dort, wo das Gesetz sie nicht neben den „Aktien“ besonders aufführt (wie in § 226 Abs. 3, 4), und so auch hier im § 226 Abs. 2 den „Aktien“ gleich, weil sie ebenfogut Aktienurkunden sind wie die „Aktien“. Aber sie stehen keineswegs, wenn sie voll bezahlt sind, den nicht voll bezahlten Aktien gleich. Warum sollten sie auch?

b) Das verbotwidrige, dem „wirksamen“ Erwerb zugrunde liegende Schuldgeschäft war nichtig (oben Nr. 3). Ist es jetzt, nach dem Erwerb, noch nichtig? Dann wäre nach Kondiktionsgrundsätzen auszugleichen. Dies aber wäre doch mit der vom Gesetz bestimmten „Wirksamkeit“ des Erwerbs unvereinbar. Die Unmöglichkeit der Leistung ist infolge des Erwerbs und seiner „Wirksamkeit“ behoben, das gesetzliche Verbot infolge der „Wirksamkeit“ des Erwerbs unwirksam geworden und das Schuldgeschäft ist ebenso wirksam geworden, wie der auf eine unmögliche Leistung gerichtete, aber für den Fall der Möglichkeit geschlossene oder der verbotene, aber für den Fall der Unwirksamkeit des Verbots geschlossene Vertrag nach §§ 308, 309 BGB. gültig ist (im Ergebnis ebenso v. Gierke, Horrwitz-Ullmann, Lehmann-Hirsch, Brodmann; ZentrBl. 1932, 51: Heilung des unwirksamen Schuldgeschäfts durch Erfüllung, ähnlich wie nach §§ 313, 518, 766 BGB., § 15 GmbHG.). Nach Schlegelberger soll, wie etwa „in anderen Fällen, wo eine Verbindlichkeit nicht begründet werden kann oder nicht mehr besteht, das zur Erfüllung der Verbindlichkeit Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat (vgl. §§ 222, 656, 762 BGB., § 55 B. O. G.)“, so auch das auf Grund des Schuldgeschäfts über eigene Aktien Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden können, weil das Schuldgeschäft unwirksam ist (ebenso Neufeld). Das liegt weit ab, wäre auch gewiß gesagt worden, hätte man es sich vorher, vor Erlaß der Mot. vor- gestellt, und genügt auch für den Fall nicht, daß die Aktie erworben, der Kaufpreis aber noch nicht bezahlt ist. Nach Kaufung (M. Reform 57) ist der Veräußerer die Aktien los und muß dafür Empfangenes zurückerstatten.

c) Wenn der Aktionär seine Aktie an einen anderen verkauft und der andere seine Forderung gegen den Aktionär auf Übertragung der Mitgliedschaft an die Gesellschaft verkauft und abtritt, obgleich der Erwerb verboten ist, ist der Verkauf des andern unwirksam, die Abtretung dagegen nach § 226 Abs. 2 wirksam und der Erwerb der Aktie auf Grund der wirksamen Abtretung natürlich auch „wirksam“.

9. Kann und darf die Gesellschaft überhaupt eigene Aktien erwerben, so kann und darf sie natürlich eigene Aktien auch nießbrauchs- oder pfandweise erwerben. Wenn nicht — natürlich nicht. Es versteht sich also von selbst, was § 226 Abs. 3 (am § 226 a. F. klebend) in die Worte kleidet: dem Erwerb steht es gleich, wenn die Gesellschaft Aktien zum Pfand nimmt. Nun aber, wo die Worte einmal dastehen, mißt man dem Selbstverständlichen die besondere Bedeutung bei: die Gesellschaft kann und darf an eigenen Aktien gesetzliche oder Pfandpfandrechte erwerben. Ebenjowenig ist natürlich die Entstehung gesetzlicher oder vertraglicher Retentionsrechte verstränkt. — Die Beschränkung der Verpfändung hat wenig Sinn (Brodmann; Z. H. 1932, 52). Höchstens daß die unbeschränkte Zulässigkeit der Verpfändung Schiebungen begünstigen würde (Mot. z. AktNov. 1881, 23). Mit den Mitteln des § 226 verhindert man aber keine Schiebungen. Wenn die Gesellschaft einen Kreditvertrag schließt und morgen eigene Aktien zum Pfand nimmt, wer möchte sagen, daß die „Pfandnehmung“ nicht „zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig“ sei? Düringer-Hachenburg meinen freilich, auf solche Notwendigkeit könne sich die Gesellschaft nur berufen, wenn „der Schuldner als einziges Vermögensobjekt Aktien der Gesell-

schaft besitze“! — Es ist nicht leicht, dem Wort „Erwerb“ die Bedeutung des „typisch gefährlichen“ Erwerbs unterzulegen (oben Nr. 4). Noch schwerer ist es, den Worten „zum Pfand nehmen“ die Bedeutung der „typisch gefährlichen“ Pfandnahme unterzulegen. Man schreut aber auch hier vor nicht zurück (Düringer-Hachenburg). Nun kann man sagen, die kautionsweise Pfandnahme eigener Aktien sei „ungefährlich“ und „falle deshalb nicht unter § 226“ (Düringer-Hachenburg, ebenso aus ähnlichen Gründen Lehmann-Hirsch, Goldschmit: das Pfandnahmeverbot „treffe sinngemäß nur die Fälle, in denen wie beim Erwerb eigener Aktien Mittel der Gesellschaft in Anspruch genommen würden“ — was dem Standpunkt entspricht, daß unentgeltlicher Erwerb „nicht unter § 226 fällt“: oben Nr. 4; dagegen Neufeld, Schlegelberger, Staub). Nach der Gefährlichkeitslehre müßte auch jede Pfandnahme eigener Aktien für schon bestehende Gesellschaftsforderungen „nicht unter § 226 fallen“. Hiernach wäre auch die Wirksamkeit der üblichen Dankbedingung zu beurteilen, daß der Bank alle in ihren Besitz gelangenden Wertpapiere des Kunden (also auch eigene Aktien) für alle ihre Forderungen gegen den Kunden verpfändet sind: gelangen die Aktien vor Entstehung der Forderung in den Besitz der Bank, so ist die Verpfändung gefährlich und „fällt unter § 226“; gelangen sie nach Entstehung der Forderung in den Besitz der Bank, so ist die Verpfändung ungefährlich und „fällt nicht unter § 226“ (so wohl auch Düringer-Hachenburg; für die Wirksamkeit der Bedingung: Lehmann-Hirsch, Goldschmit: „sonst werde das ganze Depotgeschäft unmöglich gemacht“, für Unwirksamkeit der Bedingung: Horrwitz-Ullmann, Rosendorff, Schlegelberger, Staub; nach Breit: Z. W. 1932, 1455 ist nicht die Pfandnahme, sondern nur der Erwerb auf Grund Pfandverkaufs verboten). Die Bank hat jedenfalls das Pfandrecht des § 397 HGB. und das Retentionsrecht der §§ 369 ff. HGB. Der Streit ist also ohne zu große Bedeutung.

10. Das Gesetz stellt dem Erwerb eigener Aktien den Fall gleich, daß ein anderer (z. B. eine Bank) für Rechnung der Gesellschaft erwirbt (sei es zu vollem Recht, sei es nur pfandweise usw.: oben Nr. 9; H. A.).

a) Der andere darf also für Rechnung der Gesellschaft im bestimmten Umfang zur Schadensabwendung erwerben. Der andere darf sonst für Rechnung der Gesellschaft Interimsscheine überhaupt nicht, Aktien nur erwerben, wenn die Aktien voll bezahlt sind und wenn entweder die Gesellschaft damit eine Einkaufskommission ausführt (also die Gesellschaft Kommissionärin, der andere unterbeauftragt ist) oder die Aktien zur Einziehung erworben werden und zusammen mit den der Gesellschaft schon gehörenden Aktien nicht mehr als den bestimmten Prozentsatz des Grundkapitals ausmachen. Zusammen mit den der Gesellschaft gehörenden Aktien: das Gesetz meint wohl mehr, als seine schlecht gewählten Worte sagen: nicht nur der Erwerb der Aktien durch den andern soll dem Erwerb durch die Gesellschaft gleichstehen — auch die vom andern für Rechnung der Gesellschaft erworbenen und, noch mehr, überhaupt die dem andern für Rechnung der Gesellschaft gehörenden, ferner die dem andern mit Kursgarantie der Gesellschaft gehörenden und schließlich die einer ebhängigen Gesellschaft gehörenden Aktien sollen den der Gesellschaft gehörenden Aktien gleichstehen (oben Nr. 7).

b) Der andere erwirbt trotz des gesetzlichen Erwerbsverbots für Rechnung der Gesellschaft, wenn die Aktien voll bezahlt sind (§ 226 Abs. 2). Nicht voll bezahlte Aktien erwirbt er zwar auch, aber er erwirbt sie (abgesehen vom Fall notwendiger Schadensabwendung) nicht für Rechnung der Gesellschaft, sondern für eigene Rechnung. Es ist also selbstverständlich auch das schuldrechtliche Geschäft wirksam, durch das der Aktionär sich verpflichtet, dem andern die Aktien zu übertragen. Hat der andere (verbotswidrig oder nicht) für Rechnung der Gesellschaft erworben, so darf die Gesellschaft natürlich von ihm erwerben; der Erwerb des andern hat ja das verbotswidrige und deshalb unwirksame Rechnungsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem andern wirksam gemacht (oben Nr. 8). Teilweise anders H. A.:

„nach Sinn und Zweck der Vorschrift (des § 226 Abs. 3) sei wohl nicht der Erwerb durch andere dem Erwerb durch die Gesellschaft gleichzustellen, sondern die Begründung eines Rechtsverhältnisses, nach dem die Gesellschaft einem andern auf ihre Rechnung Aktien erwerben lasse“ (Neufeld). Die „Begründung eines Rechtsverhältnisses“, das schuldrechtliche Erwerbsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem andern ist genau so wirksam oder unwirksam, wie das schuldrechtliche Geschäft, durch das sich der Aktionär gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, die Aktien zu übertragen. Es wäre ja auch seltsam genug, wenn die Gesellschaft sich zwar nicht gegenüber dem verkaufenden Aktionär, wohl aber gegenüber dem einkaufenden Kommissionär wirksam verpflichten könnte, vollbezahlte Aktien in beliebiger Menge und zu beliebigem Zweck abzunehmen und zu bezahlen. Seltsam genug, wie seltsam auch immer der § 226 überhaupt ausgefallen ist. Und ferner: Der Einkaufskommissionär ist verpflichtet, dem Kommittenten gegen Erstattung seiner Aufwendungen usw. den eingekauften Gegenstand herauszugeben, hier: der Gesellschaft die Mitgliedschaft zu übertragen. Die Vereinbarung hierüber, der Kommissionsvertrag ist also das schuldrechtliche Geschäft über den Erwerb eigener Aktien. Dieser Erwerb ist also Erwerb i. S. des § 226 Abs. 1, 2. Das ihm zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft, eben der Kommissionsvertrag, muß also genau so wirksam oder unwirksam sein, wie das dem Erwerb etwa zugrunde liegende Kaufgeschäft. Man hat das übersehen. Düringer-Hachenburg machen darauf mit Recht aufmerksam, folgern daraus aber mit Unrecht, daß § 226 Abs. 3 auf die Einkaufskommission nicht anwendbar sei. Wie § 226 Abs. 3 nun einmal ist, ist er als Sondervorschrift, sind also nicht die Abs. 1, 2 des § 226 anzuwenden. Aber man darf aus § 226 Abs. 3 ebensowenig folgern, daß das Kommissionsgeschäft wirksam sei, obgleich doch das Kaufgeschäft unwirksam sein würde. Düringer-Hachenburg machen also denjenigen, die mit Unrecht so folgern, mit Recht den Vorwurf der Inkonsistenz. Aber auch ihre Behauptung, daß das Kaufgeschäft wirksam sein müsse, wenn und weil das Kommissionsgeschäft wirksam sei, fällt mit der Unwirksamkeit auch des Kommissionsgeschäfts in sich zusammen.

c) „Für Rechnung der Gesellschaft“ erwerben bedeutet an sich: so erwerben, daß das Ergebnis der Gesellschaft zukommt — sei es unmittelbar (wie im Fall der Vertretung), sei es mittelbar (Ritter, HGB. § 373 Anmerkung 4 gg). Der Fall des unmittelbaren Zukommens wird von § 226 Abs. 1, 2 behandelt, scheidet hier also aus. Nur der Fall, daß der andere in eigenem Namen handelt, kommt in Betracht. Auch nicht der Fall, daß die Gesellschaft mit einem Aktionär vereinbart, daß dieser fortan die Aktien für Rechnung der Gesellschaft halten soll. Wenigstens regelmäßig nicht. Denn regelmäßig müßte solcher Aktionär doch die Aktien der Gesellschaft auf Verlangen herausgeben, also die Mitgliedschaften auf die Gesellschaft übertragen. Dann aber wären die Abs. 1, 2 des § 226 anzuwenden. Anders, wenn Aktionär und Gesellschaft vereinbaren, daß der Aktionär die Aktien nicht an die Gesellschaft herausgeben, sondern sie gegebenenfalls für Rechnung der Gesellschaft an einen Dritten veräußern soll. In diesem Fall ist § 226 Abs. 3 sinngemäß anzuwenden. Vereinbaren ein anderer (z. B. die Bank der Gesellschaft) und die Gesellschaft, daß der andere für Rechnung der Gesellschaft erwerben und die Aktien nicht an die Gesellschaft herausgeben, sondern auf Verlangen und für Rechnung der Gesellschaft an einen Dritten veräußern soll, so ist § 226 Abs. 3 unmittelbar anzuwenden.

d) Erwirbt der andere zur notwendigen Abwendung von Gesellschaftsschaden nicht voll bezahlte Aktien für Rechnung der Gesellschaft, so geht auf ihn ebenso, wie auf den Aktionär, der für eigene Rechnung erwirbt, die unerfüllte Einlegungspflicht über (§ 220 HGB.; abw. ohne Grund Goldschmit: „da tatsächlich die Gesellschaft Eigentümerin ihrer Aktien werde“). Er kann auch nicht, auf Einlegung in Anspruch genommen, seine Forderung auf Erstattung (§ 670 BGB.) aufrechnen (§ 221 HGB.) und auch

nicht deswegen retinieren (abw. ohne Grund Düringer-Hachenburg).

e) Erwerb ist Erwerb. Sowohl Erwerb durch Übergang, insbes. Übertragung, als auch Erwerb durch Zeichnung und Zuteilung (RG. 108, 41 = JW. 1924, 679). § 226 unterscheidet nur im Abs. 4 unter den Erwerbsarten, sonst nicht. Wir dürften also sonst auch nicht unterscheiden. Freilich, bei der Gründung der Gesellschaft kann der andere natürlich nicht für Rechnung der Gesellschaft zeichnen; denn die Gesellschaft existiert ja noch gar nicht und deshalb kann ja auch kein Rechnungsverhältnis existieren. Der andere kann nur bei der Kapitalerhöhung für Rechnung der Gesellschaft zeichnen. Das könnte er nach § 226 ziemlich unbeschränkt, weil ja durch Zeichnung und Zuteilung „erworben“ wird und der Erwerb nach § 226 Abs. 2 im allgemeinen „wirksam“ ist. Aber er dürfte es nicht unbeschränkt. Und zwar dürfte er, wenn man sich die Schranken des § 226 daraufhin ansieht, so wenig, daß er überhaupt nicht dürfen würde. Dies kann nun gewiß nicht zu der Annahme führen, daß der andere unbeschränkt zeichnen darf. Man nimmt es gleichwohl an: Zeichnung „fällt nicht unter § 226“ (Schlegelberger)! „Es ist scharf zu scheiden zwischen Erwerb und Zeichnung“ (Staub)! Die Annahme ist auch in der Tat berechtigt. Denn § 226 ist insoweit eines der „unehrlichen“ Gesetze, die das Gegenteil von dem sagen, was sie meinen. Dies erfährt man, wenn man sich zum § 260a begibt. Dort liest man erstaunt, daß es Aktien gibt, „die von dem Aktionär als Zeichner für Rechnung der Gesellschaft übernommen worden sind“ (vgl. Vorratsaktien) — Aktien, die vom Aktionär für Rechnung der Gesellschaft nur dann übernommen werden dürfen, wenn man sich vom § 226 emanzipiert. Soll man den § 226 anwenden und den § 260a zur Unfurchtbarkeit verurteilen? Oder den § 260a anwendbar machen und den § 226 vergewaltigen? Man wird sich in diesem Dilemma für das letzte entscheiden dürfen. Und man mag es, wenn man will, so rechtfertigen: der Erwerb für Rechnung der Gesellschaft soll dem Erwerb eigener Aktien gleichstehen, mit dem Erwerb eigener Aktien ist der Erwerb bereits bestehender Mitgliedschaften gemeint (oben Nr. 5), folchem Erwerb kann nur der Erwerb bestehender Mitgliedschaften für Rechnung der Gesellschaft gleichstehen. Aber welcher ein Weg! Welche Zustimmung an jeden, der vom Gesetz Auskunft verlangt! Und welche „völlige Ungereimtheit“ (v. Gierke), den abgeleiteten Erwerb zu verbieten und den Zeichnungserwerb durch Vermittlung des „andern“ unbeschränkt zu erlauben!

11. Das Gesetz stellt schließlich dem Erwerb eigener Aktien den Fall gleich, daß jemand mit der Kursgarantie der Gesellschaft erwirbt, daß also die Gesellschaft sich gegenüber dem, der ihre Aktien erwerben soll oder schon besitzt (H.A.), verpflichtet, gegebenenfalls den Betrag zu zahlen, der dem Unterschied zweier „Kurse“ entspricht. Solche Garantien werden von der Gesellschaft nicht aus blauem Himmel übernommen. Ein Bankenkonzern verpflichtet sich z. B. der Gesellschaft, Aktien zur Kursstützung zu erwerben, und erhält von der Gesellschaft die Garantie, daß ihm im Verkaufsfall die Differenz zwischen Kauf- und Verkaufspreis erstattet wird. Diese Garantie wird regelmäßig ein Rückstattungsversprechen sein, das nach § 213 HGB. unwirksam sein würde. Es ist aber nicht nach der allgemeinen Vorschrift des § 213 unwirksam, sondern nach der Sondervorschrift des § 226 zu beurteilen (anschl. abw. Quassowski: JW. 1931, 2921). Anders Düringer-Hachenburg: „unter § 226 Abs. 3 fallen nur solche Kursgarantien, die für die Gläubiger und Aktionäre die gleichen, aber auch nicht höhere Gefahren mit sich bringen wie der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft selbst“. Wenn z. B. der Bestellungenvertrag das Vorstandsmitglied verpflichtet, Aktien der Gesellschaft zu erwerben und die Gesellschaft für den Fall der Beendigung des Bestellungenverhältnisses einen Mindestkurs garantierte, so sei die Garantie nach § 213 HGB. nichtig. Man kann niemandem zumuten, dies aus dem Gesetz herauszulesen, niemandem, im Verkehr die Gefahren des Erwerbs eigener Aktien und diejenigen einer Kursgarantie gegen einander abzuwägen. — Im übrigen gilt dasselbe, wie im Fall des Erwerbs von Aktien für Rechnung der Gesellschaft. Erwerb mit Kursgarantie ist ja auch nichts

anderes als Erwerb für beschränkte Rechnung der Gesellschaft.

12. Der Erwerb von Aktien durch einen andern ist nicht nur bedenklich, wenn der andere Aktien der Gesellschaft für Rechnung der Gesellschaft erwirbt, sondern auch dann, wenn der andere zwar für eigene Rechnung, aber unter dem Druck der Gesellschaft erwirbt. Denn solcher Erwerb kann insbes. der Herstellung unnatürlicher Mehrheitsverhältnisse, der Verwaltungsherrschaft über die Gesellschaft und der Kursbeeinflussung dienen. Dem trägt § 226 Abs. 4, wenn gleich nur beschränkt, Rechnung: Steht eine Handelsgesellschaft oder eine bergrechtliche Gewerkschaft unter dem beherrschenden Einfluß einer AktG. oder KommGes. a. N. („abhängige“ Gesellschaft), so darf sie Aktien dieser Gesellschaft, der „herrschenden“ Gesellschaft, nur beschränkt erwerben.

a) Abhängige Gesellschaft können also nur Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft sein. Warum, ist nicht einzusehen. Ob das Riesenunternehmen des Einzelkaufmanns Müller oder das Zwergunternehmen der offenen Handelsgesellschaft Meyer & Schmidt „abhängig“ ist, kann doch keinen Unterschied begründen. §§ 240 a, 261 a HGB. sprechen vom „abhängigen Unternehmen“. über „Handelsgesellschaften“: Ritter, § 6 HGB. Anm. 2. Die bergrechtlichen Gewerkschaften verdanken ihre Anführung offenbar dem Zufall, daß sie im Fall RG. 108, 41 = JW. 1924, 679 (Neustadt-Urteil) „abhängig“ waren und hier zu der (von § 226 und schon vorher von RG. 115, 246 = JW. 1927, 672 abgelehnten) sog. Einheitsstheorie geführt haben, nach der die herrschende und die abhängige Gesellschaft (wenigstens in bestimmter Lage) ein einheitliches Gebilde sein sollen und demgemäß die eine Gesellschaft ebenso sehr und ebensowenig Aktien der anderen Gesellschaft erwerben darf wie eigene Aktien.

b) Die Gesellschaft muß „abhängig“ sein, d. h. nicht nur unter dem Einfluß der anderen Gesellschaft stehen (also unter einem Einfluß, dem man sich gegebenenfalls ohne besonderen Nachteil entziehen kann), sondern unter ihrem beherrschenden Einfluß. Spitz (ZentrBl. 1932, 192) klagt über den „Kautschubbegriff“. Nicht mit Unrecht. § 226 Abs. 4 will den Gefahren begegnen, die der Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige Gesellschaft für Aktionäre und Gläubiger der herrschenden Gesellschaft heraufbeschwört. Es liegt also nahe, anzunehmen, daß es nicht so sehr auf eine allgemeine Abhängigkeit bei der Geschäftsführung ankommt, sondern nur auf die Abhängigkeit beim Erwerb oder bei der Verwendung der Aktien. So vernünftig auch solche Annahme wäre, so läßt sie sich doch nicht rechtfertigen. § 226 Abs. 4 bestimmt die Bedeutung des Ausdrucks „abhängige Gesellschaft“ so, daß dieser Ausdruck überall, wo er wieder vorkommt, ebenso verstanden werden muß wie hier. Das Gesetz spricht nur noch einmal von der „abhängigen Gesellschaft“ (§ 260 a HGB.), noch zweimal vom „abhängigen Unternehmer“ (§§ 240 a, 261 a HGB.). In allen diesen drei Fällen ist der Ausdruck „abhängig“ offenbar im Sinne einer allgemeinen Abhängigkeit bei der Geschäftsführung gebraucht. Man wird ihn deshalb auch hier in diesem Sinne verstehen müssen (anschl. ebenso Düringer-Hachenburg). Nur das wird, wenn man nicht der Wortklauberei bezichtigt werden will, zuzugeben sein, daß die allgemeine Abhängigkeit, die sich ausnahmsweise auf Erwerb und Verwendung der Aktien nicht erstreckt, nicht ausreicht, die abhängige Gesellschaft als abhängig erscheinen zu lassen. — Nach Düringer-Hachenburg ist die Gesellschaft nur dann „abhängig“, wenn sie sich des beherrschenden Einflusses der anderen Gesellschaft „bewußt“ ist. Davon weiß das Gesetz nichts. Es widerspricht auch dem Grundgedanken des Gesetzes, daß auch der Gefahr begegnen will, die sich aus der Verwendung der Aktien durch die abhängige Gesellschaft und der Herrschaft der anderen Gesellschaft ergibt. — Auf welche „Weise“ die abhängige Gesellschaft unter dem Einfluß der herrschenden Gesellschaft steht, wie der Einfluß entstanden ist, wie er geltend gemacht wird, ist ohne Bedeutung, „Gruppen“ von Abhängigkeiten zu bilden (so Kronstein, Abh. jur. Pers.), wertlos. Ob dem Einfluß „rechtliche Tatbestände“ (wie Lehmann-Sirch verlangen) oder andere Tatbestände zugrunde liegen,

ob die abhängige Gesellschaft „in den Organismus der herrschenden Gesellschaft eingegliedert“ ist (was Friedländer verlangt) oder nicht, ist gleichgültig; ebenso, ob der Einfluß dauerhaft ist (was H.L. verlangt) oder nicht, ob er auf einer „Beteiligung“, insbes. einer Aktienmehrheit oder auch Minderheit beruht oder auf besonderem Herrschaftsvertrag oder auf Verschuldung oder auf wettbewerblichem oder sonstigem Druck. Immer kommt es auf die Tatfrage des (allgemein) beherrschenden Einflusses (nicht auch seines Zusammenhanges mit den aus Erwerb oder Verwendung der Aktien fließenden Gefahren) an. Eine sog. Sperrminorität (Minorität, die so groß ist, daß sie die Fassung von Generalversammlungsbeschlüssen verhindern kann, die mit größerer Stimmenmehrheit gefaßt werden müssen) wird hierzu regelmäßig nicht ausreichen. Sie kann aber hierzu ausreichen, wenn die Sperrung die Gesellschaft (allgemein) gefügig macht. Es ist also nicht so, daß (wie Düringer-Hachenburg behaupten, dagegen Staub) die Sperrminorität „immer nur negativ auftritt“ und deshalb die Gesellschaft nicht abhängig machen kann. Beständen hieran noch Zweifel, so würden sie dadurch gehoben, daß § 226 Abs. 4 auch den bloß „mittelbaren“ Einfluß genügen läßt. Auch das Depotstimmrecht der Banken kann die Bank zur beherrschenden Gesellschaft machen. Einschränkung Düringer-Hachenburg, Schlegelberger: „im allgemeinen“ nicht, weil es „in der Regel an dem Dauercharakter des Einflusses fehlt“. Abw. Goldschmit, Lehmann-Sirch: weil „weder Dauerbeziehungen vorliegen noch die Bank eigene Rechte ausübt“. Ob die Bank als wirklicher Aktionär oder als Legitimationsaktionär die Handelsgesellschaft beherrscht und so zum Erwerb ihrer Aktien zwingt, ist doch gleichgültig. Auch persönliche Beziehungen können die Abhängigkeit begründen. So, wenn Direktoren der einen Aktiengesellschaft Aufsichtsratsmitglieder der anderen Aktiengesellschaft sind. Man darf nicht sagen, daß solche Beziehungen im „Konfliktfall durch Abberufung gelöst oder durch Zuwahl gelodert werden“ und deshalb „allein keine Beherrschung begründen“ können (so Düringer-Hachenburg). Vor „Lösung“ und „Locherung“ kann die Abhängigkeit zum Erwerb geführt haben. Abhängigkeiten sind doch darum nicht weniger Abhängigkeiten, weil man ihnen ein Ende machen kann. Insbes. können auch der Aktienbesitz oder sonstige Eigenschaften eines Verwaltungsmitgliedes der einen Gesellschaft die andere von der einen abhängig machen (Goldschmit; abw. Düringer-Hachenburg u. a.: es „handle sich bei § 226 Abs. 4 immer nur um das Verhältnis zweier Gesellschaften zueinander“). Wenn die eine Gesellschaft sich des persönlichen Einflusses ihrer Verwaltungsmitglieder bedient, um sich die andere zu unterwerfen — warum sollte man sie nicht als herrschend, die andere als abhängig bezeichnen dürfen, müssen? Zumal, da doch das Gesetz noch ausdrücklich auch „mittelbare“ Beherrschung genügen läßt! übrigens hätte es nicht besonders auszusprechen brauchen, hätte sich vielmehr ohnedies von selbst verstanden, daß „mittelbare“ Beherrschung genügt, daß es insbes. genügt, wenn die eine Gesellschaft durch Vermittlung einer zweiten Gesellschaft (z. B. „Tochtergesellschaft“) auf eine dritte Gesellschaft (z. B. „Enkelgesellschaft“) beherrschenden Einfluß ausübt. Denn es handelt sich ja eben um eine bloße Tatfrage (oben). — Ist die Gesellschaft offene Gesellschafterin einer OHG. oder KommGes., so „beherrscht“ sie diese nach Düringer-Hachenburg nur dann, wenn „die übrigen Gesellschafter von jedem Einfluß auf die Geschäftsführung ausgeschlossen sind“. Das geht viel zu weit. Im übrigen ist diese von der AktG. beherrschte und etwa aus ihr und einer GmbH. gebildete „offene“ Handelsgesellschaft ein gutes Beispiel für das unbeherrschte Spiel, daß man mit der verantwortungslosen Gesellschaft treibt (näheres: Ritter, § 105 HGB. Anm. 2). — Am abhängigsten ist die sog. Organgesellschaft, die Gesellschaft, die sich zur herrschenden Gesellschaft so verhält, wie der Angestellte zum Prinzipal (vgl. hierzu SteuerSpr.). Der Vertrag, durch den solches Organverhältnis hergestellt wird, verstößt weder gegen aktienrechtliche Grundsätze (wie Brodmann glaubt) noch gegen die guten Sitten (Düringer-Hachenburg). Er kann aber gegen die guten Sitten verstoßen, wenn besondere Umstände hinzu-

kommen, wenn z. B. (der Fall: RG. 82, 308 = JW. 1913, 916) die Deutsch-Amerikanische Petroleumgesellschaft ihre Konkurrentin, die Deutsche Petroleumverkaufsgesellschaft im rücksichtslosen Wettbewerb auf die Knie zwingt und sie durch Schuldvertrag „zu ihrem willenlosen Werkzeug erniedrigt“.

c) Ist die Gesellschaft abhängig, so darf sie „Aktien oder Interimscheine (oder unbeurkundete Mitgliedschaften: oben Nr. 5) der herrschenden Gesellschaft nur nach Maßgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Bestimmungen der Abs. 1—3 (des § 226) erwerben“. Der Wortlaut des Gesetzes läßt wie gewöhnlich zu wünschen übrig. Nach dem Wortlaut dürfte die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden Gesellschaft nur ebenso erwerben (oder, wie überdies hinzuzufügen, von einem andern erwerben lassen), wie die abhängige Gesellschaft ihre eigenen Aktien erwerben (oder von einem andern erwerben lassen) darf. Das ist nicht gemeint. Gemeint ist, daß die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden Gesellschaft nur ebenso erwerben usw. darf, wie die herrschende Gesellschaft ihre eigenen Aktien erwerben darf (H.A.). Die abhängige Gesellschaft darf also, um Schaden von der herrschenden Gesellschaft abzuwenden, Aktien der herrschenden Gesellschaft bis zum bestimmten Prozentsatz des Grundkapitals der herrschenden Gesellschaft erwerben. Sie darf im übrigen Aktien der herrschenden Gesellschaft nur erwerben, wenn die Aktien voll bezahlt sind und wenn entweder die herrschende Gesellschaft eine Einkaufskommission ausführt (also die herrschende Gesellschaft Kommissionärin, die abhängige Gesellschaft unterbeauftragt ist) oder die Aktien zur Einziehung durch die herrschende Gesellschaft erworben werden und zusammen mit den beiden Gesellschaften schon gehörenden oder einem für ihre Rechnung oder mit ihrer Kursgarantie gehörenden oder schließlich einer anderen, von einer von ihnen abhängigen Gesellschaft gehörenden Aktien (vgl. oben Nr. 10) nicht mehr als den bestimmten Prozentsatz des Grundkapitals der herrschenden Gesellschaft ausmachen (§ 226 Abs. 1). Die abhängige Gesellschaft erwirbt trotz des gesetzlichen Erwerbsverbots, wenn die Aktien voll bezahlt sind (§ 226 Abs. 2). Das dem Erwerb zugrunde liegende verbotswidrige Schuldgeschäft ist unwirksam, wird aber wirksam, wenn die abhängige Gesellschaft erwirbt (oben Nr. 3, 8). Wie, wenn nun die herrschende Gesellschaft die Aktien von der abhängigen Gesellschaft erwerben will? Wie, wenn die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden Gesellschaft von dieser erwerben will? Hierüber unten Nr. 13. — Erwirbt die abhängige Gesellschaft zur notwendigen Abwendung von Gesellschaftsschaden nicht voll bezahlte Aktien der herrschenden Gesellschaft, so geht die unerfüllte Einlegungspflicht auf sie über (§ 220 HGB.). Der Verkäufer wird „Rechtsvorgänger“ und bleibt als solcher gem. § 220 HGB. „verhaftet“ (H.A.).

d) Die abhängige Gesellschaft kann natürlich auch für Rechnung der herrschenden Gesellschaft oder mit Kursgarantie der herrschenden Gesellschaft erwerben. In solchem Fall wird nach den Regeln über Gesetzeskonkurrenz nur Abs. 4, nicht Abs. 3 anzuwenden sein.

e) Die abhängige Gesellschaft darf Aktien der herrschenden Gesellschaft ebensowenig „als Pfand nehmen“ — was offenbar dasselbe bedeuten soll wie „zum Pfand nehmen“ im § 226 Abs. 3 und im § 241 Abs. 3. Näh. oben Nr. 9.

f) Erwerb ist i. S. des § 226 nicht jeder Erwerb, nämlich nicht auch der Erwerb durch Zeichnung und Zuteilung (oben Nr. 10). Im allgemeinen wenigstens nicht. Hier wird auch der Zeichnungserwerb in den Bereich des § 226 gezogen. Nicht etwa so, wie man vermuten sollte, nicht so, daß der Zeichnungserwerb im allgemeinen verboten, dagegen z. B. zur Schadensabwendung zugelassen wird. Sondern so, daß der abhängigen Gesellschaft der Zeichnungserwerb ausnahmslos verboten wird: sie darf Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht zeichnen. Warum hier ausnahmslos, weiß man nicht. Scheinbar hat man an etwas Außerliches gedacht. Daran, daß früher streitig war, ob die abhängige und die herrschende Gesellschaft eins seien (oben a). Man hat (sagt der für die Notov. unverantwortlich zeichnende Komm. von Schlegelberger) „diese viel erörterte und auch vom RG.

in verschiedenem Sinne beantwortete Streitfrage (vgl. RG. 108, 41; 115, 246) entschieden“. Vielleicht hat man auch gemeint, daß, da die herrschende Gesellschaft ihre Aktien nicht zeichnen kann, die abhängige sie auch nicht zeichnen soll. Man hat keinen Anstoß daran genommen, daß zwar die abhängige Gesellschaft keine einzige Aktie der herrschenden Gesellschaft zeichnen darf, daß dagegen andere, die für Rechnung oder mit Kursgarantie der Gesellschaft erwerben wollen, so viele Aktien der Gesellschaft zeichnen dürfen, wie sie wollen (oben Nr. 10) — wenn die andern nur nicht gerade auch abhängige Gesellschaften sind (vgl. oben d; anscheinend ebenso Düringer-Hachenburg). — Da die abhängige Gesellschaft nicht zeichnen darf, darf sie auch das gesetzliche Bezugsrecht nicht ausüben (vgl. § 231 HGB.). Sie darf und kann aber ihr Bezugsrecht an einen Dritten, dem zu zeichnen nicht verboten ist, verkaufen und übertragen (Düringer-Hachenburg; abw. Goldschmit: „unzulässige Umgehung des Gesetzes“). — Soweit die abhängige Gesellschaft nicht zeichnen darf, ist der Schuldvertrag, der sie zu zeichnen verpflichtet, unwirksam (oben Nr. 3). — Bei der Gründung der herrschenden Gesellschaft darf die abhängige Gesellschaft unbeschränkt zeichnen (H.A.). Denn bei der Gründung ist sie noch nicht „abhängig“. Sie wird vielleicht beherrscht; aber jedenfalls nicht von der AktG., die ja noch gar nicht existiert.

g) „Die Wirksamkeit einer solchen Zeichnung (von Aktien der herrschenden Gesellschaft) wird durch einen Verstoß gegen diese Vorschriften nicht berührt“ (§ 226). Das soll einfach heißen: Zeichnung und Zuteilung sind gleichwohl wirksam. Das der Zeichnung zugrunde liegende Schuldgeschäft wird damit auch wirksam (oben Nr. 8). Die Verwaltungsglieder müssen aber nach § 227a HGB. Ersatz leisten. — Düringer-Hachenburg meinen, das Zeichnungsverbot sei hiernach eine bloße „Sollvorschrift“. Das wäre richtig, wenn das Verbot nicht das auf die Zeichnung gerichtete Schuldgeschäft unwirksam machte.

h) Von der (inländischen) herrschenden Gesellschaft kann natürlich auch eine ausländische Gesellschaft abhängig sein. Die Ansicht, daß in solchem Fall § 226 unanwendbar sei (so Goldschmit, Lehmann-Hirsch, Menfeld), widerspricht internationalprivatrechtlichen Grundsätzen (Düringer-Hachenburg, Schlegelberger, Staub). Soweit der verbotene Erwerb nach § 226 „wirksam“ sein würde, richtet sich die Wirksamkeit des auf den Erwerb gerichteten Schuldgeschäfts der abhängigen Gesellschaft zunächst nach der für dieses Geschäft maßgebenden Rechtsordnung (abw. Düringer-Hachenburg, die ohne Grund behaupten, daß ausländische Gesellschaften stets wirksam kaufen). Ist dies eine ausländische Rechtsordnung, nach der das Geschäft wirksam sein würde, so wäre demnächst zu fragen, ob die Anwendung der ausländischen Rechtsordnung nach Art. 30 EGBGB. ausgeschlossen ist, weil sie gegen den Zweck des § 226 HGB. verstoßen würde. Die Frage ist wohl (mit Rosendorff, Schlegelberger, anscheinend auch Staub) gegen Düringer-Hachenburg zu bejahen. Ist er es auch in Wirklichkeit nicht, so soll doch § 226 und mit ihm sein Abs. 4 ein Eckpfeiler des Aktienrechts, ein Schutz gegen die Gefahren sein, denen das Aktienwesen in den letzten Jahren erlegen ist. — Soweit der Erwerb nach § 226 „unwirksam“ ist, erwirbt auch die ausländische abhängige Gesellschaft nicht. Denn über die Mitgliedschaft bei einer deutschen Gesellschaft bestimmt nur das deutsche Recht. Über die Wirksamkeit des dem „unwirksamen“ Erwerb zugrunde liegenden Schuldgeschäfts bestimmt wieder die für dieses Geschäft maßgebende Rechtsordnung. — Unstreitig sind die Verwaltungsglieder der abhängigen Gesellschaft nicht nach 227a HGB. (sondern, wenigstens ihrer Gesellschaft, nach dem für ihr Bestellungsverhältnis maßgebenden Recht) verantwortlich zu machen. Unstreitig sind die der abhängigen Gesellschaft gehörenden Aktien bei dem Prozentsatz des § 226 Abs. 1 Nr. 2 zu berücksichtigen.

13. Darf die Gesellschaft von einem andern, dem die Aktien für ihre Rechnung oder mit ihrer Kursgarantie gehören, oder von einer abhängigen Gesellschaft unbeschränkt erwerben? Der andere oder die abhängige Gesellschaft unbeschränkt von ihr erwerben? Der andere und

die abhängige Gesellschaft unbeschränkt voneinander erwerben? Man bejaht alle diese Fragen. Die Bejahung ergebe sich „aus der Gleichstellung dieser verschiedenen Gruppen eigener Aktien“, und „mit dem vorausgegangenen Erwerb habe sich das Verbot erschöpft“ (Schlegelberger). Überzeugend ist weder das eine noch das andere. Die „Gleichstellung“ hat doch eine ganz andere Bedeutung. Und die „Erschöpfung des Verbots“ ist nicht viel mehr als eine Nebenart. Wenn man aber schon das Gesetz „nicht ernst nimmt“ und (nicht nur die eine Erwerbssart der andern, sondern auch) die einen Aktien den andern gleichstellt (oben Nr. 10), mag dies auch hier geschehen. Hat ein anderer für Rechnung (oder mit Kursgarantie) der Gesellschaft erworben, so darf die Gesellschaft übrigens jedenfalls deshalb vom andern erwerben, weil der Erwerb des andern für Rechnung usw. der Gesellschaft das (unwirksame) Rechnungsverhältnis wirksam gemacht hat (oben Nr. 10). — Düringer-Hachenburg setzen voraus, daß der erste Erwerb nach § 226 zulässig, erlaubt war. Man wird sich mit der „Wirksamkeit“ begnügen können und müssen. — Veräußert die AktG. an einen „andern“ oder an eine „abhängige Gesellschaft“, so hört das Mitgliedschaftsverhältnis, das bei der AktG. geruht hat (unten Nr. 14), zu ruhen auf. Veräußert der „andere“ oder die „abhängige Gesellschaft“ an die AktG., so beginnt das Mitgliedschaftsverhältnis zu ruhen. Das würde nichts ausmachen. — Darf die Gesellschaft auch Vorratsaktien, also Aktien, die ein anderer für ihre Rechnung wirksam gezeichnet hat (oben Nr. 10), unbeschränkt erwerben? Gewiß nicht, wenn es richtig ist, daß der Aktionär in Wirklichkeit gar nicht für Rechnung der Gesellschaft zeichnet, also von der Gesellschaft insbes. nicht Erstattung des von ihm Eingelegten verlangen kann (so folgerichtig Düringer-Hachenburg). Aber wenn das Gesetz nicht lügt, wenn die Aktie wirklich für Rechnung der Gesellschaft geht, wenn der Aktionär also von der Gesellschaft Erstattung des Eingelegten verlangen kann, muß sie doch auch die Aktie erwerben dürfen. Unklar Schlegelberger: Erwerb „durch nachträgliche Vereinbarung“ unter § 226“. Abw. Friedländer, Staub, Ketter: ZentrBl. Nr. 1931, 242, wenn diese Schriftsteller nicht etwa voraussetzen, daß es sich um Vorratsaktien ohne vollständiges Rechnungsverhältnis, insbes. ohne Erstattungs-pflicht der Gesellschaft handelt.

14. Was ich rechtmäßig „wirksam“ erworben habe, das habe ich. Mag dies dem Gesetz der Logik noch so zuwider sein. Hat die Gesellschaft die Mitgliedschaft bei sich selbst erworben, so „gehört“ ihr die Mitgliedschaft, so ist sie ihr eigenes Mitglied. Wäre sie nicht ihr eigenes Mitglied, so hätte sie doch die Mitgliedschaft nicht erworben. Die Behauptung, die erworbene Mitgliedschaft sei mit dem Erwerb erloschen (so z. B. Ruth, EigAkt. 3), verstößt ebensosehr gegen das Gesetz des Rechts, wie das Gesetz des Rechts gegen das Gesetz der Logik verstößt. Man hat aber keine Ursache, noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß die eigenen Aktien „wirkliche Vermögenswerte“ oder „realisierbare Vermögensobjekte“ seien und daß dies auch der Verkehrsauffassung entspreche (so Düringer-Hachenburg). Die eigene Aktie unterscheidet sich von Zeitungspapier nur dadurch, daß sie wieder zu Wert kommen, daß man mit ihr groben Unfug treiben kann und daß man deshalb gut tut, sie einzusperren — gute und schlechte Eigenschaften, die sie mit der zu ihrem Ausgangspunkt zurückgekehrten Inhaberschuldverschreibung teilt, die sie aber ebensowenig wie diese zum „Vermögensobjekt“ machen. Und der „Verkehr“ weiß das alles nur zu gut. Es ist also nicht so unrichtig, wie Düringer-Hachenburg glauben, daß die Gesellschaft nur erworben hat, „was sie schon besitzt“, nämlich „die Beteiligung an Werten, die ihr bereits voll gehören“ (Brodmann, Quassowski: JW. 1931, 2919). Warum blanke Tatsachen ableugnen? Daß „der Gesellschaft gehörige eigene Aktien“ in der Jahresbilanz gesondert auszuweisen sind (§ 231a HGB.), das Grundkapital mit Einschluß der eigenen Aktien in der Jahresbilanz anzusetzen ist (worauf Düringer-Hachenburg sich berufen), hat damit doch nichts zu tun; es beruht auf bilanzrechtlichen Regeln und der Tatsache, daß nun einmal die Mitgliedschaft nicht als erloschen angesehen werden soll. Die

dem Erwerb eigener Aktien auf dem Fuße folgende Frage ist doch vielmehr nur die: wie sind mit dem begrifflichen Unsinn des Erwerbs eigener Aktien die Vorschriften des Aktienrechts zu vereinbaren, die auf solchen Unsinn nicht abgestimmt sind? Eine Frage, die eine gewisse Ähnlichkeit mit der Frage hat: wie kontrahiert man mit sich selbst? § 226 Abs. 5 greift zwei Punkte heraus:

a) „Das Stimmrecht aus eigenen Aktien (oder Interimsscheinen), die der Gesellschaft gehören, ruht“ (d. h. besteht, aber kann nicht ausgeübt werden — wie schon früher: RW. 103, 64). Das Stimmrecht aus den von der Gesellschaft durch Übergang erworbenen Aktien. Andere Aktien können ja auch der Gesellschaft nicht „gehören“ (oben Nr. 5 c, 10 e). — Wenn nach Gesetz (z. B. §§ 275, 288 HGB.) oder Satzung ein Teil „des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals“ erreicht sein muß, zählen also die eigenen Aktien nicht mit. Anders, wenn nach Gesetz (z. B. §§ 254, 264, 269, 270 HGB.) oder Satzung „ein Teil des Grundkapitals“ erreicht sein muß (Hl.). Denn das Grundkapital umfaßt auch die der Gesellschaft gehörenden eigenen Aktien. Anders mit nicht ganz sachlichen Gründen Reichel: JW. 1930, 1459. — Auch Legitimationsaktionäre der Gesellschaft können das Stimmrecht nicht ausüben. Denn Legitimationsaktionäre müssen sich gefallen lassen, daß sie wie diejenigen behandelt werden, die sie legitimiert haben. Ist, umgekehrt, die Gesellschaft Legitimationsaktionär, so kann sie gewiß nicht das Stimmrecht des wirklichen Namenaktionärs ausüben, wenn sie im Aktienbuch verzeichnet ist (§ 223 HGB.). Ist sie Legitimationsaktionär eines Inhaberaktionärs, so kann sie nach Hl. gleichfalls das Stimmrecht des wirklichen Aktionärs nicht ausüben, weil sie „der Gesellschaft als Aktionär gegenübertritt und nicht günstiger gestellt sein kann, als wenn sie wirklich Aktionär wäre“ (Düringer-Hachenburg, Staub). Warum sie nicht günstiger gestellt sein kann, obgleich sie fremdes Recht nach fremden Weisungen ausübt, ist nicht zu erkennen. Insbes. nicht, wenn man mit der Hl. (vgl. Ritter § 54 Anm. 2 HGB.) behauptet, daß juristische Personen vertreten können und daß die Gesellschaft demnach auch im Namen des Aktionärs stimmen kann. Wäre es aber richtig, daß die Gesellschaft nicht als Legitimationsaktionärin stimmen kann, so wäre jedenfalls nicht zu begründen, warum die Legitimationsübertragung nicht insoweit im Zweifel als eine solche zugunsten der Vorstandsmitglieder zu verstehen wäre (wie Düringer-Hachenburg, Ruth: JW. 1930, 1374 gegen Frohner, AktienSDep. 103, Simon: Festg. Wille 227 behaupten). Hat man doch auch z. B. die juristischen Personen erteilte Vollmacht bedenkenfrei in die ihren jeweiligen Vertretern erteilte Vollmacht umgebeutet (Ritter, HGB., § 54 Anm. 2), die Ernennung einer juristischen Person zum Schiedsrichter in die Ernennung des gesetzlichen Vertreters (Gaupp-Stein, § 1032 Anm. 1 ZPD.).

b) Und der Anspruch auf den Reingewinn aus eigenen Aktien ruht. Der „Anspruch auf den Reingewinn“ i. S. des § 213 HGB. Der Reingewinn wird also nur unter die anderen Aktionäre, die Aktionäre mit Ausschluß der Gesellschaft verteilt (Hl.). Anders Staub: das Dividendenrecht entstehe, die Gesellschaft zahle aber nicht, der einbehaltene Betrag werde bei der nächsten Gewinnverteilung mitverteilt. Das wäre richtig, wenn nicht der gesetzliche Anspruch auf den Reingewinn ruhte, sondern nur der durch Generalversammlungsbeschluß bestimmte und fällig gewordene. Aber der gesetzliche Anspruch ruht; er ruht schon bei der Verteilung. — Auch dritten Inhabern von Gewinnanteilscheinen kann entgegengehalten werden, daß der Anspruch auf den Reingewinn ruht; denn man erwirbt den Gewinnanteilschein mit den aus dem Mitgliedschaftsverhältnis sich ergebenden Eigenschaften; anders, wenn die Gesellschaft erst erworben hat, nachdem der Gewinnanspruch fällig geworden ist (teilw. abw. Düringer-Hachenburg).

c) Warum das Gesetz sich hierauf beschränkt, ist nicht zu erkennen. Als Meister hat es sich jedenfalls auch in dieser Beschränkung nicht gezeigt. Das Mitgliedschaftsverhältnis ruht. Das ist die unvermeidliche Konzeption an die Gesetze der Logik, denen man wohl einmal ein Schnippchen schlagen

kann, schließlich aber doch gehorchen muß (RG. 103, 66). Wir können uns von der Wahrheit abwenden — die Wahrheit wendet sich nie von uns ab. Oder soll wirklich von allen Mitverwaltungsrechten des Aktionärs gerade nur das Stimmrecht ruhen? Soll die Gesellschaft Anspruch auf sonstige Teilnahme an der Generalversammlung haben, Minderheitsrechte geltend machen, Generalversammlungsbeschlüsse anfechten können? Das will niemand. — Das gesetzliche Bezugsrecht ruht. Die Gesellschaft könnte ja auch nicht zeichnen, nicht den Zeichnungsvertrag mit sich selbst schließen. Sie kann das Bezugsrecht auch nicht für sich allein übertragen und so den Erwerber in den Stand setzen, zu beziehen (str.); jedenfalls könnte sie nicht mehr als ein ruhendes Bezugsrecht übertragen, ein Meffer ohne Schneide, dem der Griff fehlt. Das sog. indirekte Bezugsrecht, den Anspruch des Aktionärs gegen die zeichnende Bank aus dem Vertrag der Gesellschaft und der Bank, kann man der Gesellschaft grundsätzlich nicht vorenthalten (str.). Weßhalb sollte dieser, auf besonderem Schuldvertrag beruhende Anspruch der Gesellschaft ruhen? Weßhalb kann sie nicht „durch eine Änderung der Form etwas erlangen, was ihr sonst nicht zustehen würde“ (so Schlegelberger)? Einen dem § 10 ABGD. entsprechenden Grundsatz hat das Aktienrecht noch nicht. Aber der Aktienerwerbsvertrag der Gesellschaft und der Bank wäre in aller Regel nach § 226 unwirksam. — Auch der Anspruch des Aktionärs auf Anteil am Liquidationserlös ruht (um nicht wieder aufzuwachen); vgl. RG. 103, 66. Hat insbes. die Gesellschaft eigene Aktien mit Liquidationsvorrat, so ist nicht etwa allgemein zu verteilen und der auf die eigenen Aktien entfallende Betrag zurückzubehalten und nochmals zu verteilen (H.). — Auch der Anspruch der Gesellschaft auf Einlegung ruht. Er ist nicht etwa, wie Düringer-Hachenburg meinen, „durch Konfusion untergegangen“. Er ruht (v. Gierke). Die Gesellschaft kann sich natürlich nicht nach § 219 HGB. selbst „ausschließen“, und ihre Rechtsvorgänger haften also auch nicht nach § 220 HGB. — Das Mitgliedschaftsverhältnis ruht nur. Es kann wieder erwachen. Die Gesellschaft kann die Mitgliedschaft verkaufen und auf einen Dritten übertragen. Genau so, wie ein gewöhnlicher Aktionär es kann (Düringer-Hachenburg gegen Ruth, Eig. Akt. 5 u. ZHR. 88, 528). Man darf deshalb nicht sagen, daß die Gesellschaft „zur Weiterveräußerung berechtigt“ sei (so Düringer-Hachenburg). Es gibt kein Veräußerungsrecht, sondern nur eine Veräußerungsmacht. Spricht man vom Veräußerungsrecht, so liegt es nahe, von der Veräußerungspflicht zu sprechen, insbes. von der Pflicht der Gesellschaft, unerlaubt, aber „wirksam“ erworbene Aktien alsbald wieder zu veräußern (besitzt von Cosack, Festsch., S. 5; Wieland; ZHR. 67, 72; verneint von Düringer-Hachenburg, Goldschmit, Werneburg; ZHR. 90, 210). Wem gegenüber soll diese Pflicht der Gesellschaft bestehen? Vielleicht sind die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft gegenüber zur alsbaldigen Wiederveräußerung verpflichtet. Vielleicht können die Vorstandsmitglieder (insbes. die früheren Vorstandsmitglieder), von der Gesellschaft wegen des Erwerbs zur Verantwortung gezogen, einwenden, daß die Gesellschaft den Schaden durch Wiederveräußerung hätte abwenden oder mindern sollen. Das steht auf einem anderen Brett. Von der allgemeinen Pflicht der Gesellschaft, eigene Aktien alsbald wieder zu veräußern, kann keine Rede sein. Die Vorstandsmitglieder, die nicht alsbald wieder veräußern, sind insbes. nicht nach § 227 a HGB. ersatzpflichtig. — Wenn die Gesellschaft ihre Aktien wieder veräußert, hört die Mitgliedschaft natürlich zu ruhen auf. Insbes. ruht nun auch der Einlegungsanspruch der Gesellschaft aus der nicht voll bezahlten Aktie nicht mehr. Der Erwerber muß einlegen. Die Rechtsvorgänger vor der Gesellschaft haften nicht. Sie wären ja nach § 220 HGB. nur „verhaftet“, wenn die Zahlung von ihrem „Rechtsnachfolger (also der Gesellschaft) nicht zu erlangen“ wäre!

d) Das Pfandrecht an eigenen Aktien hat nichts Besonderes. Es hindert nicht, daß der Aktionär das Stimmrecht ausübt. Der Aktionär kann es auf die Gesellschaft nicht mit der Wirkung übertragen, daß die Gesellschaft stimmen darf (anal. § 226 Abs. 5; Düringer-Hachen-

burg; ansh. abw. Staub). Die Gesellschaft kann aber als Vertreter oder Legitimationsaktionär des Aktionärs stimmen (oben a). — Das Pfandrecht umfaßt den Gewinnanspruch des Aktionärs (wie das Pfandrecht an einer Forderung den Zinsanspruch: § 1289 BGB.; ansh. abw. Düringer-Hachenburg). Über den Fall, daß zur Aktienurkunde Gewinnanteilscheine gehören: § 1296 BGB.

e) Das Gesetz geht hierüber hinaus. Es bestimmt auch noch für den Fall, daß die Aktien nicht der Gesellschaft, sondern einem andern gehören: Stimmrecht und Gewinnanspruch aus eigenen Aktien, die einem andern für Rechnung der Gesellschaft gehören, ruhen auch (natürlich nur, solange das Rechnungsverhältnis dauert, die Aktien dem andern eben für Rechnung der Gesellschaft gehören). Solche Aktien sind die Aktien, die der andere für Rechnung der Gesellschaft von Dritten erworben hat, insbes. Aktien, die der andere als Einkaufskommissionär der Gesellschaft erworben hat. Auch Aktien, die die Gesellschaft erworben und auf den andern so übertragen hat, daß sie dem andern für Rechnung der Gesellschaft gehören. Auch Vorratsaktien, also Aktien, die der Aktionär für Rechnung der Gesellschaft gezeichnet hat (vgl. oben Nr. 10e)? Nach dem klaren Wortlaut des § 226 Abs. 5 gewiß. Aber wir haben es ja mit einem Gesetz zu tun, das „nicht ernst zu nehmen“ ist. So rechnet man denn fast allgemein (abw. Friedländer, v. Gierke) die vom andern für Rechnung der Gesellschaft gezeichneten und ihm für Rechnung der Gesellschaft gehörenden Aktien nicht zu den Aktien, die „einem andern für Rechnung der Gesellschaft gehören“. § 226 behandle eben „nur die Fälle des abgeleiteten, nicht die des ursprünglichen Erwerbs eigener Aktien“ (Schlegelberger; vgl. oben Nr. 5, 10). — Auch Aktien, die der andere mit Kursgarantie der Gesellschaft besitzt, sind Aktien, die dem andern für (beschränkte) Rechnung der Gesellschaft gehören (oben Nr. 11). Auch ihr Stimmrecht und (was freilich unpassend wäre) ihr Gewinnbezugsrecht müßten also ruhen. Aber das Gesetz unterscheidet nun einmal im § 226 Abs. 3 zwischen den Aktien, die der andere für Rechnung, und den Aktien, die der andere mit Kursgarantie der Gesellschaft erworben hat. Man muß also wohl annehmen, daß auf diese letzteren § 226 Abs. 4 nicht angewandt werden soll (H.). — Auch auf Aktien, die einer abhängigen Gesellschaft gehören, ist § 226 Abs. 4 nicht anzuwenden — wenn die Aktien nicht etwa der abhängigen Gesellschaft für Rechnung der herrschenden Gesellschaft gehören (wie man hier wohl annehmen muß: oben Nr. 12d). Die abhängige Gesellschaft kann insbes. stimmen. So H. (im Anschluß an RG. 103, 64; 115, 246 = FZB. 1927, 672). — Auch auf gebundene Aktien (§ 260 a HGB.: Aktien, deren Inhaber „durch Vereinbarung zugunsten der Gesellschaft, einer abhängigen Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft in der Ausübung der Aktienrechte oder in der Verfügung über die Aktien gebunden“ sind) ist § 226 Abs. 5 nicht anzuwenden (allg. A.). — Stimmrecht und Gewinnanspruch aus Aktien, die jemandem für Rechnung der Gesellschaft gehören, ruhen also. Ruhen auch andere Rechte usw., wie aus den der Gesellschaft selbst gehörenden Aktien? Ruht das Mitgliedschaftsverhältnis? Die totale Ruhe des Mitgliedschaftsverhältnisses aus den der Gesellschaft selbst gehörenden Aktien ist die notwendige Folge der Mitgliedschaft der Gesellschaft bei sich selbst (oben c). Daran fehlt es hier. Man kann also nicht annehmen, daß noch etwas anderes ruhen soll als Stimmrecht und Gewinnanspruch. Das gesetzliche Bezugsrecht des Aktionärs ruht nicht (vgl. oben Nr. 10e). Die Einlegungspflicht des Aktionärs ruht nicht; Rechtsvorgänger des Aktionärs bleiben aus § 220 HGB. „verhaftet“ (oben Nr. 10d).

15. § 226 ist nach Art. XIII der Notnov. von 1931 am 1. Okt. 1931 in Kraft getreten. Die „Wirksamkeit“ früheren Aktienerwerbs richtet sich nach früherem Recht, die Mitgliedschaft aus früher von der Gesellschaft oder für ihre Rechnung erworbenen Aktien natürlich nach § 226 Abs. 5. Frühere, nach früherem Recht wirksam eingegangene, unerfüllte Schuldverhältnisse über den Erwerb eigener Aktien sind wirksam geblieben, auch wenn sie nach jegigem Recht unwirksam sein würden (Art. 170 GGWB.). Man kann auch nicht sagen,

der Gesellschaft sei die ihr obliegende verbotene Leistung nicht mehr zuzumuten und diese Leistung deshalb im Rechtsinn nachträglich unmöglich geworden (vgl. oben Nr. 3). Denn die Gesellschaft hat zu zahlen und zu zahlen ist ihr nicht verboten und mithin möglich. Es bleibt wohl nichts anderes übrig als anzunehmen, daß der Erwerb auf Grund solcher

früheren wirksam gebliebenen Schuldverhältnisse nicht verboten sein soll (im Ergebnis ebenso Düringer-Hachenburg, Horowitz-Ullmann, Lehmann-Hirsch; abw. Goldschmidt: weil „der nach dem neuen Recht verbotene Erwerb nicht erzwungen werden könne“, vgl. hierzu oben Nr. 3).

## Das Vorrecht im Konkurse des Versicherungsunternehmers (§ 80 VersAufsG.)

Von Rechtsanwalt Dr. Pohle, Düsseldorf.

Konkurse von Versicherungsunternehmen sind verhältnismäßig selten. Das mag z. T. auf die Tätigkeit des RAufsV-Prüf. zurückzuführen sein, z. T. aber auch auf die Tatsache, daß das Versicherungswesen infolge seiner Eigenart von der Weltwirtschaftskrise nicht in dem gleichen Umfange betroffen worden ist wie die übrigen Zweige der Wirtschaft. Immerhin sind in den letzten Jahren verschiedene große Gesellschaften zusammengebrochen. Das besondere Vorrecht im Konkurse des Versicherungsunternehmers (§ 80 VersAufsG.) ist daher mehrfach zur Anwendung gekommen. Es hat sich dabei herausgestellt, daß sowohl in rechtlicher als auch in wirtschaftlicher Beziehung Anlaß zu Bedenken und Zweifeln gegeben ist.

Die Versicherungsunternehmungen sind nach den §§ 65 bis 79 VersAufsG. verpflichtet, für die Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung Deckungsrücklagen zu bilden. Diese Deckungsrücklagen dienen zur Sicherung der Ansprüche der Versicherten. Im Falle eines Konkursverfahrens können daher die Versicherten abgeforderte Befriedigung aus den Deckungsrücklagen verlangen. In Versicherungszweigen, für welche die besonderen Vorschriften der §§ 65—79 VersAufsG. über Deckungsrücklagen nicht gelten, also z. B. bei der Kraftfahrzeug-, Einbruch- und Feuerversicherung fehlte es bis zu dem Ges. v. 6. Juni 1931 an einem solchen Schutze. Der durch dieses Gesetz eingeführte § 80 sieht daher vor, daß in den genannten Versicherungszweigen im Konkursfalle die Forderungen aus Versicherungsverträgen auf Rückerstattung eines auf die Zeit nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses entfallenden Teils der Prämie und auf Ersatz eines f. f. der Konkursöffnung bereits eingetretenen Schadens den im § 61 Abs. 6 R.D. genannten übrigen Konkursforderungen im Range vorgehen. Nach § 13 WBG. endet nämlich das Versicherungsverhältnis mit dem Ablauf eines Monats nach der Eröffnung des Konkursverfahrens. Der Versicherte kann, wenn er über diesen Zeitpunkt hinaus Prämien gezahlt hat, diese nach § 40 Abs. 3 WBG. zurückverlangen, muß sich allerdings den Abzug der Kosten gefallen lassen. Der Grundsatz der Anteilbarkeit der Prämie ist insoweit durchbrochen. Dieser Rückforderungsanspruch genießt das Vorrecht des § 80 VersAufsG. Ebenso ist der Anspruch auf Ersatz eines vor Konkursöffnung entstandenen Schadens bevorrechtigt. Dagegen ist ein Anspruch, der zwar nach der Konkursöffnung, aber vor Ablauf eines Monats entstanden ist, ein Massenanspruch.

Das Vorrecht für den Anspruch auf Rückzahlung der Prämie findet seine Rechtfertigung in der Tatsache, daß das RAufsV. im Interesse der Versicherten seine Aufsicht ähnlich wie über die Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung auch über die anderen Versicherungszweige ausübt (vgl. RAufsV-Prüf. 1927, 143). Es verlangt insbes. die Bildung von Reserven, auch für die anderen Versicherungszweige. Das Gesetz geht daher mit Recht davon aus, daß zu dem Versicherungsbestand eines Unternehmens die entsprechenden Reserven gehören. Diese natürliche wirtschaftliche Einheit würde ohne das Vorrecht zerrissen werden. Hinzu kommt noch, daß im Konkursfalle die Übertragung des Versicherungsbestandes in seiner Gesamtheit oder in einzelnen Zweigen auf ein anderes Unternehmen im Interesse der Versicherten denkbar erwünscht ist. Eine solche Übertragung ist nach § 14 VersAufsG. mit Genehmigung des RAufsV. zulässig. Die übernehmende Gesellschaft verlangt jedoch regelmäßig die Herausgabe der

Reserven. Ohne Übertragung der Reserven genehmigt auch das RAufsV. nicht den Übergang des Versicherungsbestandes. Die Reserven können jedoch ohne das Vorrecht nicht abgegeben werden; denn ohne dieses würden sie zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger dienen müssen, die ungesicherten Gläubiger würden niemals auf wesentliche Teile der Konkursmasse zugunsten der betreffenden Versicherten verzichten. Das Konkursvorrecht des § 80 erleichtert daher im Falle von Zahlungsschwierigkeiten den Zusammenschluß von Versicherungsunternehmen, es trägt also dazu bei, wirtschaftliche Werte zu erhalten.

Besondere Bedeutung hat das Vorzugsrecht vor allem für den Versicherungsnehmer, wenn ein Schadensfall vor der Konkursöffnung eingetreten und noch nicht geregelt ist. In der Praxis haben sich bei dem Zusammenbruch ausländischer Versicherungen sowie auch einer inländischen größeren Versicherung erschreckend die Folgen für den Versicherungsnehmer gezeigt, der pünktlich seine Prämie bezahlt hatte, nun aber plötzlich beim Schadensfall ungedeckt oder mit der ungewissen Aussicht da stand, später irgendeine Quote zu erhalten. Ich habe selbst gerade in den letzten Jahren mehrere Fälle erleben müssen, in denen der Konkurs der Versicherungsgesellschaften sowohl den Versicherungsnehmer als auch den Verletzten, also seinen Gegner, an den Rand des Ruins gebracht hat. Das Vermögen des Versicherungsnehmers wurde vom Verletzten soweit wie möglich in Anspruch genommen und trotzdem ging der Verletzte bei seinem großen Schaden überwiegend ohne Schadenersatz aus dem Prozeß hervor. Der Erfolg des früher mangelnden Vorzugsrechts war also der wirtschaftliche Ruin des Versicherungsnehmers, obwohl er sich durch pünktliche Prämienzahlung gesichert glauben durfte. Man darf bei der ganzen Frage auch nicht außer acht lassen, daß die Haftpflichtversicherungen im gewissen Sinne eine Tendenz zu einem Vortrage zugunsten eines Dritten, nämlich des Verletzten, aufweisen, die im Gesetz schon mehrfachen Ausdruck gefunden hat, von der Rechtsprechung aber noch nicht genügend berücksichtigt worden ist. Zu verweisen ist hier vor allem auf die Bestimmung des § 157 WBG. mit dem Absonderungsrecht des Verletzten im Konkurse des Versicherungsnehmers.

Andererseits lassen sich gegen das Vorrecht nicht unbegründete Einwendungen erheben. Man denke sich z. B. den Fall, daß eine Versicherungsgesellschaft die Prämie für das Kalenderjahr im Voraus erhoben hat und im Mai in Konkurs gerät. Die Versicherungsverhältnisse erschöpfen alsdann einen Monat später. Die Versicherten können darum die Prämie für etwa 6 Monate bevorrechtigt zurückfordern. Dieser Rückforderungsanspruch der einzelnen Versicherten beträgt häufig weniger als 50 R.M. Die Versicherungsgesellschaft muß also, um dem einzelnen verhältnismäßig kleine Beträge auszahlen zu können, hunderttausende von Versicherungsverträgen prüfen und nachrechnen. Hierdurch entsteht eine ungewöhnlich große Arbeit. Unter Umständen übersteigt der Wert der auszuwendenden Arbeit bereits den auszahlenden Betrag. Die Rückvergütungen sind auch für den einzelnen von nicht sehr großer Bedeutung. Dagegen können die bevorrechtigten Forderungen in ihrer Gesamtheit allein schon die Konkursmasse erschöpfen. Es erscheint daher für die Prämienrückforderungsansprüche jedenfalls zweifelhaft, ob das Vorrecht wirklich wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Da jedoch die Bestimmung des § 80

VerfAussG. erst zwei Jahre alt ist, lassen sich z. B. die Auswirkungen noch nicht im vollen Umfange übersehen.

Eine weitere, nicht gering zu schätzende Schwierigkeit besteht in der Ungewißheit über den Geltungsbereich des § 80 VerfAussG. Von manchen (z. B. Berliner-Fromm, Komm. z. VerfAussG. § 80 Anm. 3) wird der Standpunkt vertreten, § 80 könne sich nicht auf die aufsichtsfreien Versicherungsunternehmen beziehen. Aufsichtsfrei sind nach § 148 VerfAussG. die Gesellschaften, welche sich mit Transport-, Kursverlust und Rückversicherung befassen. Diese Unternehmungen, so wird ausgeführt, unterlägen überhaupt nicht den Vorschriften des VerfAussG., § 80 könne deshalb nicht auf sie angewandt werden. Dies Ergebnis sei auch nicht unbillig, da die Versicherten der beaufsichtigten Zweige indirekt zu den Lasten der Aufsicht beizutragen hätten, sie müßten deshalb auch die Vorteile derselben genießen. Insbes. sei es bei Versicherungsunternehmen, die teils in beaufsichtigten, teils in aufsichtsfreien Versicherungszweigen tätig seien, unerträglich, wenn die für beaufsichtigte Versicherungen gebildeten Reserven allen Versicherten zugute kämen.

Diese Auffassung stößt jedoch auf erheblich praktische Schwierigkeiten. Wenn z. B. ein Versicherter bei derselben Gesellschaft eine Kraftfahrzeugversicherung und eine Transportversicherung für die in dem Kraftfahrzeuge transportierten Waren abgeschlossen hat, so soll er wegen seiner Ansprüche aus der Kraftfahrzeugversicherung bevorzugt sein, wegen der aus der Transportversicherung aber nicht, weil die Kraftfahrzeugversicherung beaufsichtigt wird, nicht aber die Transportversicherung (vgl. § 148 VerfAussG.). Eine solche ungleiche Befriedigung der Versicherten in verschiedenen Zweigen würde als eine unverständliche Rechtsungleichheit empfunden werden, zumal da die Versicherten häufig auf die ihnen bekannten Reserven der Gesellschaft vertraut haben, ohne daran zu denken, daß diese Reserven nur einem Teil der Versicherten zugute kommen könnten. Eine derartige Ungleichheit würde insbes. auch das internationale Geschäft und das Rückversicherungsgeschäft in erheblichem Maße beeinträchtigen. Bei diesem Standpunkt gelangt man ferner zu dem Ergebnis, daß ein Versicherungsvertrag mit einem reinen Transportversicherungsunternehmen besser ist, als ein Vertrag mit einem gemischten Unternehmen. Es muß aber begrüßt werden, wenn die Gesellschaften sich zum Ausgleich der Risiken in verschiedenen Zweigen betätigen. Eine weitere Ungerechtigkeit ergibt sich daraus, daß eine Transportversicherung, wenn sie von einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit betrieben wird, nach § 148 VerfAussG. der Aufsicht unterliegt, daß also die Ansprüche aus einer Transportversicherung verschieden wären, je nachdem, ob der Vertrag mit einer Aktiengesellschaft oder mit einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit geschlossen worden ist.

Nach einer anderen Ansicht (Könige-Petersen-Wirth, Komm. z. VerfAussG. § 80 Anm. 6) soll, wohl mit Rücksicht auf die erwähnten Schwierigkeiten, § 80 für sämtliche Versicherungszweige mit Ausnahme der Rückversicherung gelten. Die Rückversicherung soll ausgeschlossen sein, weil § 80 VerfAussG. von dem in den §§ 13 und 40 BGB. erwähnten Rückforderungsanspruch ausgehe und diese Bestimmungen nach § 186 BGB. auf die Rückversicherung keine Anwendung fänden. Diese Auffassung stößt auf die gleichen Bedenken wie der oben erwähnte Standpunkt von Berliner und Fromm. Betreibt nämlich ein Unternehmen zugleich die Feuerversicherung und die Rückversicherung, so gehen die Rückversicherten unter Umständen im Konkurse leer aus, weil das Vorrecht der gegen Feuer Versicherten die Konkursmasse bereits erschöpft. Ein Rückversicherungsvertrag mit einer reinen Rückversicherungsgesellschaft würde also sicherer sein, als ein solcher mit einem gemischten Unternehmen.

Alle diese Schwierigkeiten lassen sich vermeiden, wenn man § 80 VerfAussG. auf die Ansprüche aus sämtlichen Versicherungsverträgen anwendet, gleichgültig, ob sie mit gemischten Gesellschaften oder Spezialunternehmern abgeschlossen sind. Diese Auslegung dürfte insbes. gerechtfertigt sein, weil bei allen gemischten Gesellschaften eine erfolgreiche Beaufsichtigung der aufsichtspflichtigen Zweige nur möglich ist, wenn auch die an sich aufsichtsfreien Zweige einer gewissen Kontrolle unterzogen werden; anderenfalls könnte eine Gesellschaft trotz eines gesunden beaufsichtigten Versicherungszweiges wegen der Verluste in den übrigen Zweigen in Schwierigkeiten geraten.

Diese Auffassung erscheint auch aus rechtlichen Erwägungen als die richtige. § 80 VerfAussG. stellt nämlich eine materiell-rechtliche Konkursvorschrift dar, wie sich insbes. aus der Begründung des Ges. v. 6. Juni 1931 ergibt. Er müßte eigentlich seinen Platz in der K.D. selbst haben. Denn er hat mit der Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen unmittelbar nichts zu tun. Als materiell-rechtliche Konkursvorschrift muß aber § 80 für alle Versicherungsgesellschaften gelten. Aus der Bestimmung des § 148 VerfAussG. kann etwas Gegenteiliges nicht gefolgert werden. Diese Vorschrift stellt nämlich lediglich verschiedene Zweige von der Beaufsichtigung durch das K.Auss. frei. Sie besagt aber keineswegs, daß alle Bestimmungen des VerfAussG., also auch § 80, auf die dort genannten Versicherungszweige unanwendbar sei. Auch eine Ausnahme für die Rückversicherung ist nicht gerechtfertigt. Zwar mag es sein, daß § 80 von den für die Rückversicherung nach § 186 BGB. nicht geltenden §§ 13 und 40 BGB. ausgeht; das hindert jedoch nicht, ihn auch auf die Rückversicherung anzuwenden, da bei dieser im Konkursfalle nach allgemeinen Vorschriften Ansprüche entstehen, die von dem Vorrecht ergriffen werden, ohne daß die Besonderheit des § 80 hiergegen spräche. Hinzu kommt noch, daß jetzt durch die K.D. v. 2. Dez. 1931 (RGBl. I, 696) die Rückversicherung teilweise, nämlich insoweit als sie sich auf beaufsichtigte Versicherungszweige bezieht, gleichfalls der Aufsicht unterstellt worden ist. Soweit diese Aufsicht reicht, muß § 80 jedenfalls anwendbar sein, da das Vorrecht die Folge der auf Veranlassung des K.Auss. zu bildenden Reserven ist. Kann aber § 80 überhaupt auf Rückversicherungen angewandt werden, so ist kein Grund vorhanden, ihn nicht stets gelten zu lassen.

Bisher ist zu diesem Problem eine höchstrichterliche Entscheidung noch nicht ergangen. Es fragt sich jedoch schon jetzt, ob die Ungewißheit über den Geltungsbereich des § 80 für die Versicherungsgesellschaften nicht von so großem Nachteil ist, daß eine Änderung des Gesetzes oder jedenfalls eine Klarstellung wünschenswert erscheint.

Schließlich lassen sich gegen § 80 Bedenken insofern erheben, als dieses neue Konkursvorrecht die Kreditfähigkeit der Versicherungsunternehmen beeinträchtigt. Der Geldgeber muß nämlich immer davon ausgehen, daß er aus der Konkursmasse erst nach den Versicherten befriedigt werden kann. Zwar ist das Kreditbedürfnis der Versicherungsgesellschaften im allgemeinen nicht sehr groß. Es kommt jedoch vor, daß trotz einer guten Vermögenslage eines Unternehmens die Liquidität infolge langfristiger Anlagen schlecht ist. In diesem Fall läßt sich eine Zahlungseinstellung nur durch Aufnahme fremder Gelder verhindern. Wird diese infolge des Vorrechts unmöglich gemacht, so wirkt sich das Vorrecht letzten Endes zum Nachteil der Versicherten aus.

Auch hier muß jedoch gesagt werden, daß die mit § 80 gemachten Erfahrungen bisher zu gering sind, als daß sich schon jetzt ein abschließendes Urteil über die Bedeutung dieser Bestimmung abgeben ließe. Das Vorrecht für Forderungen aus Schadensfällen erscheint aber sicher begründet.

## Die Anwendungsgrenze der Vollstreckungsschutzgesetze.

(RWB. I, 1933, 63, 289, 302 und 779.)

Die neue Regelung der ganzen Wirtschaftsordnung nach neuen Gesichtspunkten und damit die durchgreifende Besserung der gesamten wirtschaftlichen Lage erfordert Zeit. Die Vollstreckungsschutzgesetze sollen den zeitlich gemäßigten Ein- und Umbau der Wirtschaft gewährleisten. Die Geltungsdauer der Schutzgesetze ist also trotz der in ihnen vorgesehenen Zeitbestimmung wohl kaum abzusehen. Die *RD.* über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz ist schon v. 31. Okt. bis zum 31. Dez. 1933 verlängert worden.

Die Beantwortung der Frage nun, inwieweit grundsätzlich sachlich die Anwendung der Vollstreckungsschutzgesetze begrenzt ist, verliert daher wahrscheinlich vorläufig nicht an Bedeutung. Diese Frage hat bisher eine eingehendere Erörterung und Beantwortung nicht gefunden. Meines Wissens ist nur eine einzige Entscheidung veröffentlicht worden (*ZW.* 1933, 2079). Grundsätzlich ist die Frage zu beantworten, ob ein Schuldner, der seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen kann und über dessen Vermögen aus diesem Grunde das Vergleichs- oder Konkursverfahren, falls ein entsprechender Antrag vorläge, eröffnet werden müßte, Vollstreckungsschutz beanspruchen kann. Diese Frage kann nur verneinend beantwortet werden. Sicherlich ist die Frage nicht bejahend zu beantworten mit dem einfachen Satz „die Verfassung des Vollstreckungsschutzes in den Fällen, in denen zahlreiche Gläubiger wegen erheblicher Ansprüche gepfändet haben, finde im Besetze keine Stütze“ (*LG.* Berlin, 2. *FerzR.* a. a. O.) oder gar mit der Meinung „der Umstand, daß beim *UG.* noch weitere Vollstreckungssachen gegen den Schuldner schweben, ändere nichts an der Anwendungsmöglichkeit des § 18 *RD.* v. 26. Mai 1933“ (*LG.* Duisburg, 2. *FerzR.*, 2 T 379/33).

„Wo steht denn das geschrieben?“ Die ganzen Vollstreckungsschutzgesetze enthalten überhaupt keine Bestimmung über die Grenzen ihrer Anwendung. Der Aufbau unseres Zwangsvollstreckungsrechts spricht gegen die Gewährung des Vollstreckungsschutzes in den genannten Fällen. Die beiden Grundlagen der Zwangsvollstreckung — im weitesten Sinne — waren früher die Einzelvollstreckung in Rechte oder Sachen oder Grundstücke, oder die Gesamtvollstreckung in das Vermögen des Schuldners durch den Konkurs. Die Geschäftsaufsicht und das Vergleichsverfahren haben bekanntlich eine empfindliche Lücke zwischen den beiden vorgenannten Vollstreckungsarten ausgefüllt. Die Schutzgesetze — die nur als vorübergehende Maßnahmen gedacht sind — schränken ausschließlich die Einzelzwangsvollstreckungen auf deren verschiedenen Gebieten, z. B. die Immobilienzwangsversteigerung oder die Zwangsversteigerung eingetragener Binnenschiffe, ein oder bedeuten nur eine Erweiterung der bereits bestehenden Schutzbestimmungen für den Schuldner im Sinne der §§ 811 und 850 *ZPO.* (§§ 18 ff. *RD.* v. 26. Mai 1933). Auch stehen die Schutzbestimmungen der Verwertung des Vollstreckungsgutes durch den Konkursverwalter gemäß §§ 126 und 127 *RD.* nicht entgegen. § 6 Abs. 2 *RD.* vom 26. Mai 1933 spricht nur von der Anhörung des betreibenden Gläubigers, nicht aber von der Anhörung des betreibenden Konkursverwalters. Auch die Vorschriften des Vollstreckungsschutzgesetzes für die Binnenschiffahrt sprechen immer nur von Gläubigern (§§ 3 und 5 usw.), ebenso die *RD.* über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz (§§ 2 und 4 usw.). Noch weniger kann sich der Gemeindefuldner auf die §§ 18, 19 und 19a *RD.* v. 26. Mai 1933 (§ 1 *RD.*) berufen. Der rechtswirksamen Pfändung unterworfen sind die in diesen Bestimmungen genannten beweglichen Sachen bzw. Forderungen. Der Konkursbeschlagnahme erfolgt also diese Gegenstände. Demnach werden auch insoweit die alten Grundlagen des gesamten Vollstreckungsrechtes von den neuen Schutzbestimmungen nicht berührt. Alle Schutzgesetze auf allen ihren verschiedenen Wirtschaftsgebieten können im übrigen nur von ein und demselben rechtlichen Standpunkt aus angewandt werden, genau wie auch das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Lage des einzelnen Schuldners nur einheitlich beurteilt werden kann. Wenn das Handelsgeschäft eines Schuldners z. B. darniederliegt, braucht der Schuldner noch lange nicht zahlungsunfähig zu sein. Er kann aus seinem Grundbesitz erhebliche Einnahmen haben. Die Einseitigkeit des Vollstreckungsrechtes ergibt sich auch bereits aus den früheren Vollstreckungsschutzbestimmungen. § 1 *RD.* z. B. findet seine Einschränkung durch § 811 *ZPO.* und ebenso § 559 *RWB.*

Nun ist zu berücksichtigen, daß die neuen Schutzbestimmungen gerade den Zweck verfolgen, den ohne Verschulden in wirtschaftliche Not Geratenen zu helfen. Bedeutet aber die Anwendung der Schutzgesetze in allen Fällen eine Hilfe für den Schuldner? Die einstweilige Einstellung einer Grundstückszwangsversteigerung läßt in manchen Fällen die Zinslast des nur dinglich Verpflichteten anschwellen. Bewilligt aber etwa das Vollstreckungsgericht einem Schuldner Ratenzahlungen gemäß § 18 Abs. 4 *RD.*, so ist dem Schuldner mit dieser Anordnung des Gerichts wenig gedient. Das Vergleichsverfahren der *VerglD.* gilt als Wohltat für einen Schuldner.

Ihm kann ein erheblicher Teil seiner Schulden, bis zu 70%, erlassen werden. Einen derartigen Schulberlaß sieht die *RD.* vom 26. Mai 1933 nicht vor. Der Schuldner muß also in den ihm bewilligten Raten seine ganzen Schulden unter Umständen jahrelang abtragen. Der Schuldner wird sich dann wirtschaftlich kaum erholen können. Seine Einnahmen wird er zum großen Teil, oder gar vollständig zur Begleichung der ihm auferlegten Ratenverpflichtungen benutzen müssen. Er kann also nicht, wie der Schuldner, der ein Vergleichsverfahren beantragt hat, aus dem Erlös der Waren die Vergleichsraten begleichen und neue Waren zur Fortsetzung des Geschäftes kaufen und bezahlen. Nun ist es sicherlich nicht Sache des Gerichts, irgend jemanden und gar Schuldnerin Rechtswohlthaten aufzudrängen. Aber einmal sind hier nur tatsächlich und rechtlich die Anwendbarkeitsgrenzen der neuen Schutzgesetze gegenüber dem Vergleichs- und Konkursverfahren festzulegen, und zweitens scheuen bekanntlich die meisten Schuldner die Erkenntnisse ihrer Lage und sehen in der *NotRD.* die Rettung vor dem unvermeidlichen Konkurs- oder Vergleichsverfahren. Die Aufhebung der Zwangsvollstreckung gemäß § 18 Abs. 2 *RD.* schließlich hindert aber keinen von dieser Aufhebung betroffenen Gläubiger, den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gegen den Schuldner zu stellen. Dasselbe Gericht, das die Zwangsvollstreckung des Gläubigers aufgehoben hat, muß jetzt eine den Schuldner viel schwerer belastende Anordnung treffen. Es muß schließlich doch das Konkurs- oder mindestens das Vergleichsverfahren eröffnen. Die Entscheidungen des Gerichts widersprechen sich also und geben dem Schuldner Anlaß, Zweifel an der Folgerichtigkeit richterlicher Entscheidungen zu hegen.

Aber auch verfahrensmäßig findet die Anwendung der neuen Schutzgesetze, vor allem des § 18 Abs. 4 *RD.* v. 26. Mai 1933, ihre Grenzen. Das Gericht kann dem Schuldner nur dann Ratenzahlungen bewilligen, wenn die Ermittlungen des Gerichts ergeben haben, daß der Schuldner diese Raten leisten kann (vgl. *ZW.* 1933, 1966). Das Gericht müßte also in Anwendung des § 139 *ZPO.* die Vermögens- und Einkommenslage des Schuldners dahingehend prüfen, ob er zu Ratenzahlungen in der Lage ist. Abgesehen davon, daß weder die *RD.* v. 26. Mai 1933 noch der § 139 *ZPO.* dem Gericht die Möglichkeit geben, die gesamten Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schuldners zu überprüfen, kann dem Gericht eine derartige rein wirtschaftliche Aufgabe auch nicht zugemutet werden. Soll das Gericht z. B. die Steuerpflichtungen des Schuldners dahingehend überprüfen, ob und inwieweit der Schuldner Ansprüche auf Steuerermäßigung hat oder seinen Betrieb steuerrechtlich für ihn selbst günstiger führen kann? Soll das Gericht, um ein anderes Beispiel zu nennen, die Außenstände eines Schuldners bewerten? In diesem Zusammenhange sei auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der *VerglD.* und *RD.*, also auf §§ 9 und 20 *VerglD.* und § 75 *RD.* verwiesen. Der Richter kann nach diesen Bestimmungen Buch- und Sachverständige, gegebenenfalls von Amts wegen, zu entsprechenden Ermittlungen bestellen. Die amtliche Berufsvertretung des Schuldners (§ 20 *VerglD.*) wird von sich aus die Steuerpflichtungen des Schuldners einer Prüfung und die Außenstände einer Bewertung unterziehen. Schon diese ganzen Rechtshilfen und Möglichkeiten der *VerglD.* und *RD.* grenzen die Tragweite der *RD.* vom 26. Mai 1933 vom Vergleichs- und Konkursverfahren einschneidend ab und zeigen, daß die *RD.* v. 26. Mai 1933 niemals dann anzuwenden ist, wenn ein Vergleichs- oder Konkursverfahren über das Vermögen eines Schuldners eröffnet werden müßte. Verjagt weiterhin die Rechtssprechung in den genannten Fällen nicht den Vollstreckungsschutz, so ist das Bestehen der Pfändungspfandrechte unter Umständen mehr oder weniger dem Zufall ausgeliefert. Des einen und gar älteren Gläubigers Zwangsvollstreckung wird gemäß § 18 Abs. 2 a. a. O. aufgehoben und sein Pfändungsrecht vernichtet. Eine spätere Zwangsvollstreckung eines anderen Gläubigers wird unter Bewilligung von Ratenzahlungen eingestellt, aber aufrechterhalten. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die sog. Dreißigtagefrist des Vergleichsverfahrens (§ 3 *VerglD.*) für die Beantwortung der behandelten Fragen keine Rolle spielt (*ZW.* 1933, 2079). Im Gegenteil hat nach § 33 Abs. 2 *VerglD.* das Gericht die Möglichkeit, im Vergleichsverfahren die anhängigen Vollstreckungsmaßnahmen beteiligter Gläubiger aufzuheben. Das Gericht wird also dem Schuldner, der den Antrag nach § 18 *RD.* stellt, unter vorläufiger Einstellung der Zwangsvollstreckung mitteilen, daß sein Antrag zurückgewiesen werde. Der Schuldner mag dann den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens stellen. Das Gericht wird auf diesen letzteren Antrag hin die Entscheidung über den Antrag gemäß § 18 *RD.* aussetzen und späterhin gemäß § 33 Abs. 2 *VerglD.* seine Entscheidung fällen, d. h. die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aufheben bzw. aufheben können.

Das Gericht muß, wenn Anträge auf Vollstreckungsschutz einlaufen, seine Ermittlungen in Anwendung des § 139 *ZPO.* etwa entsprechend § 107 *RD.* über die ganze Vermögenslage und Zahlungsfähigkeit des Schuldners anstellen. Der Vollstreckungsschutz ist dann grundsätzlich zu verjagen, wenn sich ergibt, daß der Schuldner Konkurs- oder mindestens vergleichsverfahrensreif ist. Selbstverständlich ist der Sinn und der Zweck der neuen Schutzbestimmungen der Ent-

scheidung zugrunde zu legen und sind alle gesetzlichen Mittel anzuwenden, dem Schuldner zu helfen (vgl. *JW.* 1933, 2378).

*OG.* Heinrich Schmidt, Hamburg.

### Ist zur Aufhebung einer Pfändung die Mitwirkung des Gerichtsvollziehers erforderlich?

Nach § 1255 *OB.* genügt zur Aufhebung eines rechtsgeschäftlich bestellten Pfandrechts die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder Eigentümer, daß er das Pfandrecht aufhebe. Die Entsch. der eingangs gestellten Frage hängt somit davon ab, ob diese Vorschrift auf das Pfändungspfandrecht Anwendung finden kann. Durch die ordnungsmäßige Pfändung einer dem Schuldner gehörigen Sache durch den Gerichtsvollzieher entsteht nach § 804 *ZPO.* ein Pfandrecht für den Gläubiger. Dieses Pfandrecht ist ein privates Recht, das durch den staatlichen Hoheitsakt der Pfändung zugunsten des Gläubigers zur Entstehung gebracht wird (vgl. *Stein-Jonas* § 804 I). Auf dieses Pfandrecht finden die Vorschriften des *OB.* insoweit Anwendung, als die *ZPO.* nichts anderes bestimmt (vgl. *Stein a. a. O.*). Insbesondere gelten daher diejenigen Vorschriften des *OB.* entsprechend auch für das Pfändungspfandrecht, die das Pfandrecht in seinem begrifflichen Wesen bestimmen. Durch die Pfändung entsteht daher zugunsten des Gläubigers kein Pfandrecht, wenn die Forderung, zu deren Sicherung und zukünftigen Befriedigung die Pfändung vorgenommen worden ist, nicht besteht. Das Pfandrecht entsteht ferner nicht, wenn die gepfändete Sache nicht dem Schuldner gehört oder wenn sie kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen nicht fähig ist, Objekt eines Pfandrechts zu sein. In allen diesen Fällen besteht zwar eine Pfändung, aber kein Pfandrecht. Dennoch hängt die von dem Gerichtsvollzieher ordnungsmäßig vorgenommene Pfändung nicht in der Luft. Sie besteht vielmehr als staatlicher Hoheitsakt fort und kann, obgleich ein Pfandrecht materiell nicht zur Entstehung gelangt ist, zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers führen, wenn der Schuldner oder der Dritte, dem die Sachen gehören, von den Rechtsbehelfen der §§ 766, 767 bis 771 *ufo.* *ZPO.* keinen Gebrauch machen. Alle diese Rechtsbehelfe richten sich nicht gegen das Pfandrecht, das angeblich durch die Pfändung entstanden sein soll; denn ein solches ist nicht entstanden. Sie richten sich vielmehr gegen die durch die Pfändung entstandene öffentlich-rechtliche Verstrickung der gepfändeten Sachen. Bei jeder Pfändung ist daher zu unterscheiden zwischen dem Pfandrecht und der Verstrickung. Ersteres ist ein privates Recht, letztere eine öffentlich-rechtliche Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers.

Bei der Prüfung der Frage, ob zur Aufhebung der Pfändung die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner genügt, ist daher diese Doppelwirkung der durch den Gerichtsvollzieher vorgenommenen Pfändung zu berücksichtigen. Bei dem durch die Pfändung entstandenen privatrechtlichen Pfandrecht kann die Frage unbedenklich bejaht werden; denn es gehört zum Wesen eines Privatrechts, daß es durch Willenserklärung des Berechtigten dem Verpflichteten gegenüber zum Erlöschen gebracht werden kann. Fraglich und zweifelhaft ist dagegen, ob die Parteien ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers auch wirksam über die durch die Pfändung entstandene öffentlich-rechtliche Verstrickung verfügen können.

Diese Frage ist bestritten. Während früher die herrschende Meinung (*Stein-Jonas*, *Sydon-Busch* zu § 804; *RG.* 57, 323; *OLG.* 6, 275; 37, 194; *SenffVerh.* 62, 289; *Lange*; *JW.* 1930, 1474) diese Frage bejahte, wurde sie von verschiedenen *OLG.* in der neuesten Zeit (*RG.* 8 *W* 1751/32; *OLG.* Breslau 5 *U* 305/32) im betroffenen Gegensatz zu der früheren Rechtsprechung, teilweise derselben Senate, verneint.

Die früher herrschende Meinung ist abzulehnen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß ein durch Staatsakt entstandener Zustand auch nur durch einen staatlichen Verfügungsakt wieder beseitigt werden kann. Wenn auch der Gerichtsvollzieher im Interesse des Gläubigers tätig wird, so wird er dennoch nicht auf grund eines privatrechtlichen Auftrags für den Gläubiger tätig, sondern als staatliches Organ. Der Gläubiger erlangt daher auch nicht die unmittelbare Verfügungsgewalt über die mit Hilfe des Staatsorgans zu seinen Gunsten geschaffene Rechtslage. Zur Verfügung hierüber bedarf er vielmehr desselben Organs, das diese Rechtslage geschaffen hat. Der Sachverhalt ist hier ähnlich wie bei der Klagerücknahme (§ 271 *ZPO.*). Die Klage kann nach § 271 *ZPO.* auch nicht durch außergerichtliche Vereinbarung zwischen Kläger und Beklagten zurückgenommen werden. Hierzu bedarf es vielmehr einer ausdrücklich auf diesen Erfolg gerichteten Prozeßhandlung (vgl. *Stein-Jonas* § 271, I). Ebensovornig wie die durch die Anrufung eines Gerichts zugunsten des Klägers geschaffene Rechtshängigkeit durch außergerichtliche Vereinbarung wirksam beseitigt werden kann, kann auch die durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers geschaffene Verstrickung ohne dessen Mitwirkung nicht beseitigt werden. Die entgegengesetzte Ansicht würde, wie das *RG.* in der oben zitierten Entscheidung mit Recht ausführt, zu einem Zustand führen, der die Rechtssicherheit zu gefährden geeignet ist. So würde z. B. eine Anschlußpfändung, die von dem Gerichtsvollzieher in der vereinbarten Form des § 826 *ZPO.* im Ver-

trauen darauf vorgenommen wird, daß die früher von ihm vorgenommene Pfändung rechtswirksam und noch nicht aufgehoben sei, unwirksam sein, da sie mangels Bestehens einer Vorpfändung den Formvorschriften des § 808 *ZPO.* nicht genügt.

Eine Aufhebung der Pfändung ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers würde aber auch den Grundfällen, die das Gesetz für die Pfändung und das Pfändungspfandrecht aufgestellt hat, widersprechen. Nach § 808 *ZPO.* soll die Pfändung grundsätzlich dadurch bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher die Sache in Besitz nimmt. Sachen, die nicht Kostbarkeiten, Geld und Wertpapiere sind, sollen zwar im Gewahrsam des Schuldners belassen werden. Die Wirksamkeit der Pfändung ist aber davon abhängig, daß der Gerichtsvollzieher die Pfändung durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise ersichtlich macht. Mit dieser Vorschrift wird somit der Besitz des Gerichtsvollziehers, den er durch Wegnahme der Sachen erlangt, rechtlich gleichgestellt der Pfändung durch Anlegung von Siegeln. Ist aber bei Geld und Wertpapieren, die der Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Pfändung in seinen Besitz genommen hat, zur Aufhebung der Verstrickung die Mitwirkung des Gerichtsvollziehers erforderlich (Herausgabe), so muß dies auch in den rechtlich gleichgestellten Fällen gelten, in welchen der Gerichtsvollzieher die Sachen durch Anlegung von Siegeln pfändet. Es ist kein Grund vorhanden, einen Unterschied zwischen beiden Arten der Vollziehung der Verstrickung zu machen, da das Gesetz selbst beide Arten gleichsetzt. Das verkennet das *RG.* 57, 325 ff., die für die herrschende Ansicht offenbar grundlegend gewesen ist. Das *RG.* begründet in dieser Entscheidung seine Ansicht mit einer analogen Anwendung des § 1253 *OB.* Es führt aus, daß bei rechtsgeschäftlich bestellten Pfandrechten durch die Rückgabe der Pfandsachen an den Schuldner das Pfandrecht nach § 1253 *OB.* erlischt, und zwar nicht weil in der Rückgabe ein Verzicht auf das Pfandrecht zu erblicken sei, sondern ein Verzicht auf den Pfandbesitz. Diese Grundfälle seien auch auf das Pfändungspfandrecht entsprechend anzuwenden. Es könne dahingestellt bleiben, in welchem Verhältnis der Gewahrsam des Schuldners, den er trotz der Pfändung behalte, zu dem Besitz des Gläubigers bzw. des Gerichtsvollziehers stehe. Jedenfalls könne nicht zweifelhaft sein, daß der Gläubiger durch die Anbringung der Pfändungszzeichen den Besitz der Pfandsachen erlange und daß diese Zeichen die Beschlagnahme der Sachen bei der Pfändung ersetzen. Werde aber durch Anbringung der Pfändungszzeichen der Besitz durch den Gläubiger erlangt, so rechtfertige sich die Folgerung, daß durch ihre Wegnahme mit Einwilligung des Gläubigers der Besitz verlorengehe.

Diese Ansicht berücksichtigt, wie aus dem oben Ausgeführten hervorgeht, nicht, daß durch die Pfändung grundsätzlich zunächst nur der Gerichtsvollzieher den Besitz der Pfandsachen erlangt, wobei allerdings dahingestellt bleiben kann, ob er durch die Anbringung der Pfandzeichen einen mittelbaren oder nur einen unmittelbaren Besitz erlangt. Der Gerichtsvollzieher, der durch die Pfändung einen dergestaltigen Besitz erlangt hat, vermittelt erst dem Gläubiger einen höherstufigen Besitz. Aus dem Umstand aber, daß, wie aus dem Gesetz (§ 808 *ZPO.*) klar hervorgeht, der Gerichtsvollzieher Besitz an den Sachen erlangt, folgt aber auch, daß zur Rückstattung des Besitzes im Sinne des § 1253 *OB.* an den Schuldner die Mitwirkung des Gerichtsvollziehers erforderlich ist. Das verkennet das *RG.*, indem es offenbar den Besitz des Gerichtsvollziehers und den durch ihn vermittelten Besitz des Gläubigers gleichstellt, ohne zu berücksichtigen, daß der Gläubiger seinen mittelbaren Besitz erst durch die Vermittlung des Gerichtsvollziehers erlangt (vgl. *Stein-Jonas* § 808, IV). Dort führt *Stein-Jonas* selbst aus, daß der Gläubiger nur durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers den Besitz ausüben könne. Bei dieser Sachlage erscheint es jedoch nicht folgerichtig, wenn *Stein-Jonas* zu § 803 II Ziff. 5 ausführt, daß die Pfändung auch ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers aufgehoben werden könne. Denn wenn der Gläubiger nur mit Hilfe des Gerichtsvollziehers über den Besitz verfügen kann, dann kann auch nur mit Hilfe des Gerichtsvollziehers oder dessen Ermächtigung die Verstrickung der Sache aufgehoben werden. Die vorstehenden Ausführungen ergeben somit, daß die Ansicht des *RG.* mit der gesetzlichen Regelung des Pfändungspfandrechts zu § 808 *ZPO.* nicht in Einklang zu bringen ist.

Geht man aber davon aus, daß das durch die Pfändung entstandene Pfandrecht auch durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers aufgehoben werden kann, daß aber die Verstrickung nur mit Hilfe des Gerichtsvollziehers aufgehoben werden kann, so ergibt sich die weitere Frage, ob die Aufhebung des Pfandrechts wirksam ist, wenn nicht gleichzeitig die Verstrickung aufgehoben wird. *Stein-Jonas* (§ 804, IV) steht offenbar auf dem Standpunkt, daß eine Trennung dieser beiden Pfändungswirkungen nicht möglich sei. Er führt aus, „daß ein Verzicht des Gläubigers auf das Pfandrecht unter Aufrechterhaltung der Pfändung ausgeschlossen sei“. Auch diese Ansicht *Stein-Jonas* ist abzulehnen, denn es ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger nicht auf das materiell zu seinen Gunsten entstandene Pfandrecht verzichten könne. Genau so gut wie eine Verstrickung entstehen kann, ohne daß gleichzeitig ein Pfandrecht entsteht, muß auch

das Pfandrecht unter Aufrechterhaltung der Verstrickung beseitigt werden können. Aus dem Umstand, daß das Gesetz selbst die Möglichkeit vorsieht, daß eine Verstrickung ohne Pfandrecht entsteht, folgt, daß Verstrickung und Pfandrecht zwar Folgen einer einheitlichen Pfändung, rechtlich voneinander aber unabhängig sind. Es besteht kein zwingender Grund zu der Annahme, daß einerseits die Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache zwar eine Verstrickung, aber kein Pfandrecht erzeugt, daß andererseits aber ein durch Pfändung entstandenes Pfandrecht an einer dem Schuldner gehörigen Sache nicht ohne gleichzeitige Aufhebung der Verstrickung beseitigt werden könne. Der Schuldner ist, nachdem die Pfändung durch Vereinbarung beseitigt ist, gegenüber der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nicht schußlos. Er ist in der Lage, sich gegen den Fortbestand der Verstrickung mit den ihm in der ZPO. gewährten Rechtsbehelfen zu wehren. Ganz abgesehen davon aber wird gewöhnlich in der vertraglichen Aufhebung des Pfandrechts gleichzeitig die Ermächtigung an den Schuldner zu erblicken sein, den Gerichtsvollzieher zu veranlassen, auch die Verstrickung aufzuheben, so daß eine konsequente Durchführung der Trennung zwischen Pfandrecht und Verstrickung dem Schuldner nicht zu Schaden gereichen kann.

Diese Trennung zwischen Pfandrecht und Verstrickung ist auch von praktischer Bedeutung. Das zeigt die oben angeführte Entscheidung des OLG. Breslau (5 U 305/32), die zwar den richtigen Standpunkt vertritt, daß die Pfändung ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers nicht aufgehoben werden könne, andererseits aber zwischen Verstrickung und Pfandrecht nicht unterscheidet. Hierdurch kommt das OLG. Breslau zu einem Ergebnis, das der Billigkeit nicht entspricht.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Es handelt sich um den Streit zweier Gläubiger um den hinterlegten Erlös aus gepfändeten Sachen. Der Kläger hatte die Sachen einige Zeit vor dem Beklagten gepfändet, kurz darauf jedoch ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers auf das Pfandrecht gegenüber dem Schuldner verzichtet. Kurze Zeit hierauf hat der Beklagte gepfändet. Das OLG. Breslau hat der Klage auf Auszahlung des Erlöses an den Kläger stattgegeben mit der Begründung, daß ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers eine Pfändung nicht aufgehoben werden könne und daß daher der Verzicht des Klägers auf das Pfandrecht dem Schuldner gegenüber ohne rechtliche Bedeutung sei. Hier zeigt sich die Wichtigkeit einer Trennung zwischen Pfandrecht und Verstrickung. Wie oben dargelegt, konnte das materiell zugunsten des Klägers entstandene Pfandrecht auch ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers beseitigt werden. Für die Frage, wem der Erlös an den hinterlegten Sachen zusteht, kommt lediglich entscheidend in Betracht, wem das Pfandrecht an der Sache materiell zusteht und in welchem Range die verschiedenen Pfandrechte zueinander stehen. Bestand aber das Pfandrecht des Klägers durch Vereinbarung mit dem Schuldner nicht mehr, so durfte der Klage des Klägers nicht stattgegeben werden, denn ihm fehlte die materielle Berechtigung. Dies Ergebnis erscheint auch billig, da derjenige, der durch Vereinbarung mit dem Schuldner auf sein Pfandrecht verzichtet hat, diesen Verzicht materiell gegen sich gelten lassen muß.

RA. Herriger, Düsseldorf.

### Die Anwendbarkeit des § 825 ZPO. bei Abzahlungsgeschäften.

Infolge der in den letzten Jahren eingetretenen Schuldner- und Gläubigernot hat der § 825 ZPO. eine bis dahin ungeahnte Bedeutung erlangt. Dabei sind auch häufig die Fälle praktisch geworden, daß Abzahlungsverkäufer für rüchständige Kaufpreistraten die von ihnen gelieferten Sachen gepfändet und dann den Antrag gestellt haben, ihnen selbst die Sachen zu übereignen. Eine einheitliche Rechtsauffassung hat sich zu den damit zusammenhängenden Fragen bisher jedoch nicht gebildet. Die bisherige Behandlung der Fragen leidet vielfach daran, daß die Vorfrage nach der Zulässigkeit nicht klar genug von der weiteren Frage nach den Wirkungen eines solchen Verfahrens getrennt wird. Zweck dieses Aufsatzes soll es nur sein, die Zulässigkeit des Verfahrens nachzuweisen, wobei sich allerdings ergibt, daß dabei auch die Wirkungen nicht außer Betracht bleiben können.

Zu unterscheiden sind nach dem AbzG. v. 16. Mai 1894 zwei Arten von Abzahlungsgeschäften, solche mit Eigentumsvorbehalt und solche ohne Eigentumsvorbehalt. Die ersteren bilden im Verkehrsleben die Regel. Bei ihnen lehnt das OLG. Düsseldorf: ZW. 1931, 2182 eine Übereignung an den Abzahlungsverkäufer nach § 825 ZPO. u. a. mit der Begründung ab, die Übereignung der dem Verkäufer noch gehörenden Sachen an ihn selbst sei ein Widersinn. Das mag logisch richtig sein. Ein solcher logischer Widersinn ist aber durch den Sinn verschiedener gesetzlicher Vorschriften rechtlich sanktioniert. Durch den § 1239 BGB., § 816 Abs. 4 ZPO. ist gesetzlich anerkannt, daß auch der Eigentümer seine eigene Sache durch Selbst-

ersteigerung erwerben kann (vgl. RG.: ZW. 1931, 2138). Das gleiche gilt für § 90 ZwVerfG. (vgl. Jaechel-Gütche § 90 Anm. 2; RG.: DRZ. 1930, 451). Die Übereignung nach § 825 ZPO. ist ebenso ein Vollstreckungsakt wie die Versteigerung. Ist für letztere der in einer Selbstersteigerung liegende logische Widersinn gesetzlich sanktioniert, so muß diese gesetzliche Sanktion auch für die erstere gelten.

Schwerwiegender ist der gegen die Zulässigkeit des Verfahrens aus § 825 ZPO. vom OLG. Düsseldorf und ihm folgend vom OLG. I Berlin: ZW. 1931, 3583 weiter geltend gemachte Grund, dies Verfahren würde bei Abzahlungsgeschäften mit Eigentumsvorbehalt zu einer Umgehung der §§ 1, 2, 5 AbzG. führen, der Verkäufer würde nach § 825 ZPO. die Sache zurück-erlangen, ohne daß die durch § 5 AbzG. an die „Wiederansichtnahme“ geknüpften Folgen der §§ 1, 2 eintreten, das VollstG. dürfe daher dazu nicht seine Hand bieten. Dem kann man nicht bereits mit dem OLG. Hamburg: ZW. 1931, 1140 entgegenhalten, eine Umgehung des § 5 scheidet aus, da die Vollstreckung für die persönliche Kaufpreisforderung erfolge, die Übereignung nach § 825 ZPO. somit entsprechend dem Wortlaut des § 5 keine Rücknahme auf Grund des vorbehaltenen Eigentums bedeute. Eine Umgehung des § 5 mit den Folgen der §§ 1, 2 soll gerade darin liegen, daß der Verkäufer, um diese Folgen zu vermeiden, die Sache nicht auf Grund des Eigentumsvorbehalts zurücknimmt, sondern durch Vollstreckung für die Kaufpreisforderung, d. h. auf einem Umwege wieder an sich bringt. Gerade und nur von dem außer vom OLG. Hamburg noch vielfach von anderer Seite vertretenen Standpunkt aus, daß in dem durchgeführten Vollstreckungsverfahren keine Wiederansichtnahme i. S. des § 5 liege, kann und muß die Frage nach der Umgehung auftauchen (gegen Wiederansichtnahme i. S. des § 5 u. a.: Crisoli, Abzahlungsgeschäft, § 5 Anm. 87; Rühl, Eigentumsvorbehalt, S. 262; Michaelis, Handbuch der Rechtsmisch. I S. 49; Spiro: ZW. 1932, 151 f.; Gold: ZW. 1930, 2083/84; Kaufmann: Gruch. 53, 347; Herzstein: ZW. 1930, 3365; OLG. Düsseldorf: ZW. 1929, 3193). Im Gegenjase dazu müßte eine Umgehung des § 5 durch § 825 ZPO. von allen denen verneint werden, die in dem durchgeführten Vollstreckungsverfahren eine Rücknahme i. S. des § 5 erblicken, da dann ja als Folge dieses Verfahrens die Wirkungen der §§ 1, 2 eintreten (für Wiederansichtnahme i. S. des § 5: Enneccerus, Schuldb. § 341 II b; Staub, Anm. 74 Anhang zu § 382; Samter, Abzahlungsgeschäft, 1927, S. 83; Lechner, Abzahlungsgeschäft, 1932, zu § 5; Hörle: Gruch. 55, 189; OLG. Nürnberg-Fürth: ZW. 1933, 2168). Von dieser letzteren Ansicht aus könnte daher auch aus dem AbzG. kein Grund gegen eine Übereignung nach § 825 an den Verkäufer entnommen werden.

Nach der richtigen, aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 5 folgenden Auslegung, der auch der Sinn des § 5 und Billigkeitsgründe nicht entgegenstehen, wobei eine nähere Begründung hier nicht erfolgen kann, liegt in der durchgeführten Vollstreckung jedoch keine Wiederansichtnahme i. S. des § 5. Trotzdem kann man aber in der Übereignung nach § 825 ZPO. keine unzulässige Umgehung der §§ 5, 1, 2 AbzG. erblicken.

OG. I Berlin und Hamburg gehen von dem praktisch allerdings die Regel bildenden Falle aus, daß der pfändende Verkäufer sich das Eigentum vorbehalten hatte. Beim Abzahlungsgeschäft ohne Eigentumsvorbehalt wird von keiner Seite die Zulässigkeit des Verfahrens aus § 825 ZPO. in Zweifel gezogen. Das wäre ohne grobe Unbilligkeit gegenüber dem Abzahlungsverkäufer auch nicht möglich. In diesem Falle ist die Sache in das Vermögen des Käufers übergegangen. Jeder beliebige Gläubiger des Käufers könnte sie pfänden und sich übereignen lassen. Dem Abzahlungsverkäufer dies Recht zu versagen, hieße, ihn ohne Grund den übrigen Gläubigern des Käufers nachsetzen. Ist das Verfahren aus § 825 ZPO. aber bei Abzahlungsgeschäften ohne Eigentumsvorbehalt zulässig, so kann auch der Abzahlungsverkäufer nicht ungünstiger gestellt sein, der sich durch den Eigentumsvorbehalt hatte sichern wollen.

Entscheidend für die Zulässigkeit des Verfahrens aus § 825 auch bei Abzahlungsgeschäften mit Eigentumsvorbehalt ist jedoch das Folgende: Allgemein ist, wenn auch mit verschiedener Begründung, anerkannt, daß ein Gläubiger seine eigenen Sachen pfänden und versteigern lassen kann. Ebenso wird, insbes. auch vom OLG. I Berlin, allgemein anerkannt, daß dies Recht auch dem Abzahlungsverkäufer mit Eigentumsvorbehalt zusteht. Nur darum geht hier der Streit, ob darin eine Wiederansichtnahme i. S. des § 5 liegt (vgl. die obigen Ang.); die Zulässigkeit dieses Verfahrens wird nirgends bestritten. Däß man aber überhaupt die Pfändung und Versteigerung durch den Abzahlungsverkäufer zu, so muß auch das Verfahren aus § 825 ZPO. zulässig sein. Der vom OLG. I Berlin und Düsseldorf: ZW. 1931, 2182 angegebene Grund für die unterschiedliche Behandlung beider Verfahrensarten, daß bei einer Versteigerung im Gegen-

faß zur Übereignung nach § 825 der Abzahlungsverkäufer die Sache nicht wieder erhalte, trifft bei einer Selbstersteigerung nicht zu, dieser Grund kann auch eine verschiedene Behandlung beider Verfahrensarten nicht rechtfertigen. Die Rücktrittsfiktion des § 5 hängt grundsätzlich nicht davon ab, daß der Verkäufer die Sache wieder in Besitz nimmt. Die Wirkungen des § 5 und somit der §§ 1, 2 treten bereits ein, wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer entzieht, ohne selbst daran Besitz zu erwerben (amtl. Begr. zu § 4, jetzt § 5, in Druckf. des R. 1893 Bd. II Nr. 69; RG.: JW. 1933, 909). Läßt man somit trotz des § 5 die Besitzentziehung durch Pfändung und nachfolgende Versteigerung zu, so muß das gleiche gelten, wenn sich die endgültige Besitzentziehung nach § 825 ZPO. vollzieht.

Der Ausschluß des § 825 für den Abzahlungsverkäufer hätte auch das eigenartige Ergebnis, daß er die Sache zwar durch Versteigerung dem Käufer entziehen, durch Selbstersteigerung auch an sich bringen könnte, während ihm der Weg des § 825 verschlossen bleiben sollte. Das entspricht weder den Interessen des Verkäufers noch denen des Käufers. Vielfach führt das Verfahren aus § 825 zu einem für beide Teile günstigeren Ergebnis als eine öffentliche Versteigerung. Auch wird das VollstrGer. bei dem Verfahren aus § 825, insbes. bei der Preisbemessung, besser als der Gerichtsvollzieher bei der öffentlichen Versteigerung die Interessen des Schuldners wahrnehmen und einen Preisdruck des Abzahlungsverkäufers abschwächen können (vgl. Herzstein: JW. 1930, 3365; LG. Hamburg a. a. D.).

Die Übereignung an den Abzahlungsverkäufer nach § 825 ZPO. ist daher auch bei Abzahlungsgeeschäften, mit und ohne Eigentumsvorbehalt, zulässig.

Dr. u. LLR. Dr. Venkendorf, Stettin.

### Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse gegen die Landeschuldkasse.

In Fällen, in denen wegen einer Geldforderung gegen einen Lehrer, der seine Dienst- oder Versorgungsbezüge aus der Landeschuldkasse erhält, gepfändet worden ist, sind Zweifel darüber entstanden,

1. wie der Drittschuldner im Pfändungsbeschuß zu bezeichnen ist,
2. wem der Beschuß zuzustellen ist.

Im Einvernehmen mit dem Herrn Finanzminister bestimme ich hierzu folgendes:

1. Nach § 829 ZPO. kann der Pfändungsbeschuß nur dann als gültig angesehen werden, wenn als Drittschuldner die „Landeschuldkasse“ oder eine der zu ihrer Verwaltung berechtigten Stellen bezeichnet ist. Andernfalls ist der Beschuß ungültig und nicht geeignet, eine Pfändung zu bewirken. Solche Beschlüsse sind sogleich zurückzuweisen. Verwaltungsstellen der Landeschuldkasse sind nach § 37 WVG. der Unterrichtsminister und der Finanzminister und nach Nr. 60 der Ausf. v. 1. Juni 1928 zum VolksschLehrerBesoldG. die Regierungspräsidenten, in Berlin der Oberpräsident.

2. Die Zustellung des Beschlusses muß nach § 171 ZPO. an die Vorsteher oder Vertreter der Landeschuldkasse erfolgen, d. h. der Unterrichtsminister oder der Finanzminister und die Regierungspräsidenten (in Berlin der Oberpräsident). Eine Zustellung an eine andere zahlende Stelle, insbes. an die zahlenden Kassen, ist ungültig und sogleich zurückzuweisen. Auch der Kassenanwalt oder seine Beauftragten sind zur Entgegennahme solcher Zustellungen nicht zuständig, da der Fall des § 38 Abs. 3 WVG. (Rechtsstreit gegen die Landeschuldkasse) nicht gegeben ist.

Berlin, den 28. Juli 1933.

Der Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung.

Im Auftrag: Frank.

Eingef. von ORegR. Armbruster, Merseburg.

### Abwege im Offenbarungseidverfahren.

Tenius: DRZ. v. 15. Juli 1933, Heft 7, bekämpft einen Beschuß des OVG. Königsberg v. 30. Mai 1932, in dem ausgesprochen worden ist, ein Ruhen des Verfahrens dürfe im Offenbarungseidverfahren nicht angeordnet werden. Er schildert die Praxis des Vollstreckungsgerichts in Hannover, das vertagt oder auch das Ruhen des Verfahrens anordnet, wenn der Schuldner eine Ratenzahlung nachweist. Diese Handhabung möchte ich zur Nachahmung nicht empfohlen wissen.

Im Rahmen der Zwangsvollstreckung dient nach dem Willen des Gesetzgebers das Offenbarungseidverfahren dazu, den Schuldner zur vollständigen Angabe seines Vermögens zu zwingen. Um diesen Zweck zu erreichen, wird das Gericht tätig, und nur zu diesem Zweck. Insbesondere geht das Gericht über seine Befugnisse hinaus, wenn es nicht, dem Antrag des Gläubigers entsprechend, dem Schuldner mit möglicher Bescheunigung den Offenbarungseid abnimmt, sondern möglicherweise mehrere Termine anberaumt und sich so zum Büttel

des Gläubigers macht, ihm auf eine Weise, die das Gesetz nicht kennt, behilflich ist, seine Forderung beizutreiben. Dem Schuldner das Geld abzunehmen, sei es auch in Raten, ist Aufgabe des Gerichtsvollziehers. Der Gläubiger mag den Gerichtsvollzieher beauftragen, den Schuldner den Offenbarungseid antrag in Aussicht zu stellen und so auf den Schuldner den Druck auszuüben, der dem Gläubiger dienlich ist. Wenn das Offenbarungseidverfahren überall nach den strengen Regeln durchgeführt würde, die das Gesetz aufstellt, dann würde diese Ankündigung des Gerichtsvollziehers in gegebenen Fällen ihre Wirkung auf den Schuldner nicht verfehlen. Wenn allerdings der Schuldner die Möglichkeit hat, noch im Offenbarungseidtermin, also im letzten Augenblick vor dem Erlass des Haftbefehls, durch eine kleine Teilzahlung — Tenius spricht von 10% der Schuldsomme, ja von Teilzahlungen von 2 R.M.! — Vertagung um einen Monat zu erzielen, und wenn er im neuen Termin durch den Nachweis einer weiteren Teilzahlung das Verfahren abermals verschleppen kann, dann freilich hat der Offenbarungseid antrag alle Bedeutung und Wirkung verloren. Soll das Vollstreckungsgericht die Ratenzahlungen des Schuldners kontrollieren?!

Wenn die von Tenius geschilderte Handhabung also einerseits dazu führt, Aufgaben des Gerichtsvollziehers ohne, ja gegen Zweckmäßigkeitsgründe dem Vollstreckungsgericht zuzuschieben, so dient sie in vielen Fällen nicht einmal den Interessen des Gläubigers. Denn nach den empfohlenen neuen Regeln ist es dem Schuldner ohne weiteres möglich, ein Offenbarungseidverfahren ein Jahr lang hinzuziehen, und zwar allein durch Ratenzahlungen, von einem Widerspruch ganz zu schweigen. Das neue Verfahren eröffnet also dem Schuldner einen neuen Weg, sich seiner Zahlungsverpflichtung zu entziehen. Es wäre bedauerlich, wenn die Klagen, die häufig über eine zu schuldnerefreundliche Haltung der Gerichtsvollzieher gehört werden, auch gegen das Vollstreckungsgericht erhoben werden könnten. Für die Wahrung der Gläubigerinteressen genügt es nicht abzuwarten, ob der Gläubiger sich Ratenzahlungen verbittet. Der ahnungslose Gläubiger, der sich aus dem Gesetz belehrt hat und schleunigst den Offenbarungseid abgenommen haben will, wird schließlich auf den Gedanken kommen, Ratenzahlungen von vornherein abzulehnen. Hier ist jedenfalls ein solcher Antrag noch nicht beobachtet worden. In einem der leider selten gewordenen Fälle, in dem der Offenbarungseid noch Vermögensstücke zutage fördern könnte — und das sind die Fälle, auf die es ankommt! —, erhält nach Tenius' Verfahren der vielleicht weitab wohnende Gläubiger statt des dringenden Vermögensverzeichnis eine kleine Rate, und Wochen, die wahrscheinlich entscheidend sind, sind verloren. Durch den geschickten regionalen Gerichtsgebrauch wird ein Gläubiger, der rasch den Offenbarungseid erzwingen und auf Grund des Vermögensverzeichnis schleunig vollstrecken will, es aber, wie es weitaus die Regel bildet, unterläßt, im Offenbarungseid antrag Ratenzahlungen abzulehnen, also glatt um seine Rechte gebracht; mindestens erleidet er eine entscheidende Verzögerung. Das ist die andere Seite, die bei allem selbstverständlichen Verständnis für die Lage des Schuldners nicht außer Acht gelassen werden darf.

Es muß vielmehr grundsätzlich daran festgehalten werden, daß das Gericht nicht befugt ist, von sich aus dem Schuldner Ratenzahlungen zu gewähren. Ich meine, daß es dem Vollstreckungsrichter übel ansteht, mit dem Schuldner um Raten zu handeln, ohne zu wissen, ob der Gläubiger einverstanden ist. Dem Gläubiger ist übrigens auch dann, wenn er Entgegenkommen zeigen will, durchaus nicht immer mit jeder kleinen Rate (2 R.M.!!) gedient. Häufig wird der Offenbarungseid nur wegen einer kleinen Teilforderung angestrebt. Sollen dann auch 2-R.M.-Raten die Abnahme des Offenbarungseids verzögern? Dann würde in der Tat „gerne der Schuldner das Damoklesschwert weiter über sich schweben lassen“: es hätte nämlich seine Schärfe verloren! Wenn übrigens der Schuldner die Eidesleistung abwenden will, braucht er wohl kaum durch Ratenzahlungen dem Damoklesschwert zu entgehen, sondern nur die Versicherung nach den neuen Bestimmungen abzugeben, die ihn von der Offenbarungseidleistung befreit.

Dienstausichtsbeschwerden sollten nicht schrecken. Es ist kaum anzunehmen, daß gegen einen Richter etwas veranlaßt werden könnte, der nach der ZPO. verfährt. Daß dem neuen Verfahren die gesetzliche Grundlage fehlt, sagt Tenius selbst. Für ein Willkürrecht ist in dem notwendig formalen Prozeßrecht kein Raum. Die Nachteile, die der Justizverwaltung durch das empfohlene Verfahren erwachsen, erscheinen durchaus nicht gering. Daß das Verfahren zwangsläufig zu einer beträchtlichen Aufblähung der Zwangsvollstreckungsgeeschäfte führt, erhellt schon aus Tenius' Angabe, daß in hundert an einem Terminstag anstehenden Sachen nur zehn Offenbarungseide geleistet werden. Es darf ohne weiteres angenommen werden, daß bei aller Steigerung der möglichen Arbeitsleistung durch diese Handhabung zumal bei einem größeren Richter mit vielen Offenbarungseidsachen die zu Gebote stehenden Richter- und Bürokräfte überlastet werden, und zwar mit der unmittelbaren Folge, daß neue Kräfte angestellt werden müssen. Dieser Gesichtspunkt darf bei der unbedingten Notwendigkeit zum Sparen nicht außer Betracht bleiben. Die Folgen des neuen Verfahrens sind also, daß auf Kosten

des Staates Amtshandlungen vorgenommen werden, die im Gesetz keine Grundlage finden, in vielen Fällen nicht der Absicht des Gläubigers entsprechen, böswilligen Schuldnern Vorjubel leisten und das Gericht mit Handlangerdiensten zur Beitreibung belasten, die nicht zu seinem Geschäftsbereich gehören, mit Maßnahmen, die der Gerichtsvollzieher ebenjogut und billiger vornehmen kann.

Das Verfahren sollte auf folgende praktisch gründlich erprobte Art von statten gehen. Schickt der Schuldner zum Offenbarungszeittermin eine Postquittung über eine Ratenzahlung, ergeht wegen des Restes sofort Haftbefehl, falls beantragt. Was soll der Gläubiger von einem Gericht sagen, das sich durch eine kleine Rate „beschwichtigen“ läßt? Erscheint der Schuldner und weist eine Ratenzahlung nach, dann wird eine Erklärung ausgenommen, er wolle und könne die Schuld in wöchentlichen (monatlichen usw.) Raten von . . . RM tilgen, die erste Rate sei schon gezahlt; der Schuldner wird belehrt, daß das Gericht keine Ratenzahlung bewilligen könne, aber bereit sei, seinen Vorschlag dem Gläubiger mitzuteilen, daß die Eidesweigerung aber grundlos sei, und daß deshalb auf Antrag des Gläubigers sofort Haftbefehl gegen ihn ergehen könne. Damit ist genug zwischen den Parteien vermittelt. Stimmt der Gläubiger nach Übermittlung der Protokollabschrift, sei es auch nur stillschweigend zu, werden die Urkunden zurückgegeben. Auf einen späteren Antrag wird kein Offenbarungszeittermin mehr anberaumt, denn „der“ Offenbarungszeittermin (§ 901 ZPO.) hat schon stattgefunden und zu einer grundlosen Eidesweigerung geführt, sondern es ergeht nur noch Haftbefehl. Teilt der Gläubiger zum Termin mit, er beantrage Verhaftung um einen Monat, weil der Schuldner abzahle, wird er belehrt, daß das Verfahren der Erzwingung des Offenbarungseids, nicht aber der Erzwingung von Ratenzahlungen diene. Einmal mag dann in geeigneten Fällen noch ein neuer Termin anberaumt werden, Einzelheiten sind überhaupt Ermessensfrage. Nebenklisch aber erscheint es, mit Tenius geradezu eine Vermutung aufzustellen, der Gläubiger werde das Offenbarungszeitverfahren nicht durchführen wollen, wenn der Schuldner eine Rate zahlt. Die Erfahrung zeigt, daß mit Ratenvorschlägen, Verhaftungsanträgen usw. monatelang ein neckisches Spiel getrieben werden kann. Wenn deshalb nicht straff auf Zusammendrängung des Verfahrens möglichst in einem („dem“) Offenbarungszeittermin hingewirkt wird, führt das zu einer Verzettlung zum Schaden der Rechtspflege und der Parteien. Wenn darüber hinaus aber sogar allgemein dazu übergegangen würde, schon auf eine einseitige Regung des Schuldners hin das Verfahren abzustoßen, würde die Folge das Gegenteil einer Abkürzung, Vereinfachung und Verbilligung des Gerichtsbetriebes sein. Schuldnerschutz ist Sache des Gesetzgebers, Beitreibung Sache des Gerichtsvollziehers: das Gericht ist nach dem Willen des Gesetzgebers gerade für die moderne Aufassung dazu berufen, das ihm zugewiesene Verfahren rasch und knapp durchzuführen.

AGN. Dr. Adolf Tillmann, Werder (Havel).

### Haftung des Arbeitgebers wegen unterlassener oder falscher Anmeldung des Arbeitnehmers zu einer Sozialversicherung?

In der Praxis der ArbG. häufen sich die Fälle, daß der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Schadenersatz fordert, weil dieser ihn nicht oder nicht zur richtigen Sozialversicherung angemeldet hat.

Daß der ordentliche Rechtsweg für die Entscheidung dieser Frage zulässig ist und daß das ArbG. berechtigt und verpflichtet ist, die Eigenschaft eines Arbeitnehmers als Angestellter oder Arbeiter selbständig zu prüfen, ohne irgendwie an die Rechtsauffassung der Versicherungsbehörden bei der Entscheidung von Versicherungsstreitigkeiten gebunden zu sein, ist nach der grundlegenden Entscheidung des RAG 245/30 v. 29. Nov. 1930<sup>1)</sup> nicht zu bezweifeln.

Unter welchen Voraussetzungen kann ein solcher Anspruch durchgesetzt werden?

Der Arbeitgeber hat nach den Bestimmungen der Sozialversicherungsgesetze die Pflicht, die Beitragszahlung seines Arbeitnehmers zur Sozialversicherung insofern zu unterstützen, als er vom gewährten Lohn Abzüge zu machen und für diese Abzüge Beitragsmarken zu kleben hat. Diese Pflicht erzeugt aber keinesfalls die Wirkung, nun auch dem Arbeitnehmer die Verantwortung und Mitwirkung an der Anmeldung zur Versicherung ganz abzunehmen mit dem Erfolge, daß der Arbeitgeber für die schuldhaft nicht oder nicht richtig erfolgte Anmeldung schadenersatzpflichtig wird.

Insondere stellen die Vorschriften über die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers bei der Beitragsleistung nicht ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. dar.<sup>2)</sup> Da die dem Arbeit-

geber auferlegte Verpflichtung eine öffentlich-rechtliche ist und nur den Versicherungsbehörden gegenüber besteht, fördert sie nur mittelbar den Schutz des Arbeitnehmers. Zur Annahme eines Schutzgesetzes kann dieser gesetzgeberische Grund aber nicht führen; zur Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB. wäre vielmehr erforderlich, daß der Schutz des Arbeitnehmers unmittelbar eine Förderung erfährt.

Ebenso wird die Begründung eines Ersatzanspruches auf § 826 BGB. nur in den ganz seltenen Fällen gestützt werden können, wenn ersichtlich ist, daß der Arbeitgeber den bei ihm Beschäftigten um Geld zu ersparen statt bei der Angestellten- bei der Invalidenversicherung oder überhaupt nicht angemeldet hat.

Die öffentlich-rechtliche Struktur der erwähnten Verpflichtung verhindert auch, in ihr eine Erweiterung der aus dem Arbeitsvertrag entpringenden Leistungspflicht des Arbeitgebers zu sehen. Insbesondere geht es nicht an, in den §§ 616—618 BGB. die Verankerung eines allgemeinen Rechtsgebaltens zu sehen, im Interesse des wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmers die Vertragspflichten des Arbeitgebers zu erweitern. Denn eine Betrachtung zeigt, daß die §§ 616—618 BGB. den Charakter von positiven Sonderbestimmungen tragen, die den Schluß auf einen in ihnen enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsatz nicht zulassen.<sup>3)</sup>

Trotzdem kann diese öffentlich-rechtliche Pflicht eine privatrechtliche Seite haben, wenn sich nämlich der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber zur vollständigen Erledigung aller versicherungspflichtigen Geschäfte vertraglich verpflichtet. Eine ausdrückliche Pflichtübernahme mit der Folge, daß ihre schuldhaftige Verletzung Schadenersatzansprüche begründet, wird im allgemeinen selten sein, wie denn auch ihre Beurteilung keine Schwierigkeiten bietet.

Häufiger wird vom Kläger eine stillschweigende Verpflichtungsaufnahme behauptet. Allerdings setzt jede vertraglich, also auch die stillschweigend, übernommene Verpflichtung, einen auf Übernahme gerichteten Willen der Parteien voraus<sup>4)</sup>; gegen seinen Willen kann niemand zuzügliche Vertragspflichten übernehmen. Jedoch bedeutet es nur eine scheinbare Ausnahme vom dem Letzterwähnten, daß das Vorliegen gewisser Umstände zur Annahme eines entsprechenden Willens berechtigt. Liegen die tatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falles so, daß der Arbeitnehmer annehmen durfte, sein Brotherr werde ihm auch die Anmeldung zur Angestellten- bzw. Invalidenversicherung abnehmen, dann müssen diese Umstände in Verbindung mit dem Verhalten des Arbeitgebers nach §§ 157, 242 BGB. eine Auslegung dahingehend erfahren, daß dieser den Willen zur Übernahme der fraglichen Vertragspflicht gehabt hat. Protestatio facto contraria — eine entgegenstehende Behauptung des Arbeitgebers ist dann als widerlegt anzusehen. Die Beweislast für eine dahingehende Behauptung trägt der Kläger. Welche besonderen Umstände es sein müssen, die die Annahme einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Nebenpflicht als berechtigt erscheinen lassen, ist nur unter Berücksichtigung des einzelnen Falles zu sagen. Wenn jedoch der Arbeitgeber regelmäßig nicht bloß die für die gemachten Abzüge angeschafften Marken verwendet, sondern darüber hinaus auch die Versicherungspflicht der von ihm beschäftigten Personen feststellt und die Anschaffung von Quittungskarten veranlaßt<sup>5)</sup>, wenn er von sich aus die Frage der Eingruppierung seines Arbeitnehmers bei der Angestellten- oder Invalidenversicherung prüft, überhaupt wenn größere Betriebe eigene Lohnbüros haben, die die Abwicklung aller Sozialversicherungsgeschäfte besorgen, dann bedeutet die Annahme eines auf Erweiterung der dienstvertraglichen Pflichten gerichteten Willens des Arbeitnehmers keine Unbilligkeit.

Sind derartige Umstände vom Kläger dargetan, so fragt es sich, ob der Arbeitgeber seine Pflicht verletzt hat, wenn er den bei ihm Beschäftigten nicht zur richtigen Versicherung angemeldet hat. Diese Frage zielt auf die Beurteilung eines Verschuldens des Letzteren hin. Hat also der Arbeitnehmer nachgewiesen, daß er als Angestellter zu behandeln war<sup>6)</sup>, aber unrettig nur zur Invalidenversicherung angemeldet worden ist, dann läge ihm an sich die Beweislast dafür ob, daß den Arbeitgeber ein Verschulden trifft. Hier hat nun aber das RArbG.<sup>7)</sup> die dankenswerte Lösung gefunden, daß das Bestehen der fraglichen Vertragspflicht auch die Verpflichtung zur Anmeldung bei der richtigen Versicherung in sich schließt. Damit ist ein prima facie-Beweis geschaffen, den nur der Arbeitgeber widerlegen kann, indem er nachweist, daß

<sup>1)</sup> RG. 63, 55.

<sup>2)</sup> Vgl. RG.: JW. 1905, 300.

<sup>3)</sup> Vgl. Staudinger, Anm. XVI zu § 611 BGB.

<sup>4)</sup> Für die Frage: Angestellter oder Arbeiter? vgl. RAG 245/30 v. 29. Sept. 1930: RArbG. 7, 108; RAG 78/29 v. 28. Sept. 1929: BenschSamml. 7, 108 und RAG 551 und 552/31 v. 9. März 1932: BenschSamml. 15, 273.

<sup>5)</sup> RAG 446/30 v. 14. Jan. 1931: BenschSamml. 12, 347; RAG 175/32 v. 2. Juni 1932: BenschSamml. 15, 560 und RAG 17/33 v. 10. Mai 1933: Samml. arbeitsrechtl. Entsch. 1933, 426.

<sup>1)</sup> In RArbG. 7, 108.

<sup>2)</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. RG. 63, 54; ferner RAG 209/30 v. 9. Juli 1930: BenschSamml. 9, 575 und RAG 17/33 v. 10. Mai 1933: Samml. arbeitsrechtl. Entsch. 1933, 426.

er nach der im Einzelfall angestellten sorgfältigen Prüfung zu dem Ergebnis gelangen mußte, daß die bewirkte Anmeldung richtig war. Man wird z. B. dann ein Verschulden als widerlegt anzusehen haben, wenn der Arbeitgeber in Zweifelsfällen gutachtliche Äußerungen des Versicherungsamtes eingeholt hat und diesen entsprechend die Eingruppierung seines Arbeitnehmers vorgenommen hat. Immer aber wird der Grad der erforderlichen Sorgfalt nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen sein; an die Prüfungspflicht eines behördlichen Anstellungsverbandes sind höhere Anforderungen zu stellen als an die eines kleinen Privatunternehmers.

Zum Ausgleich einer Überspannung der Sorgfaltspflicht dient auch der Hinweis auf ein mitwirkendes Verschulden des Arbeitnehmers. Völlig untätig darf auch er trotz der berechtigten Annahme, der Arbeitgeber nehme ihm die Anmeldung zur richtigen Sozialversicherung ab, nicht sein. Ihm kann angeonnen werden, durch gelegentliche Nachfrage festzustellen, ob die Versicherungsgeschäfte für ihn besorgt sind<sup>9)</sup>; bekommt er während der Dauer des Arbeitsvertrages Zweifel an der Richtigkeit der erfolgten Eingruppierung, so muß von ihm verlangt werden, daß er diesbezüglich vorstellig wird<sup>10)</sup>. Jedoch wird man gerade bei der letzten Forderung Vorzicht zu üben haben, denn oft wird eine eigene Nachprüfung der Anmeldung seitens der Lohnbüros überwiegend als lästiges Mißtrauen empfunden und daher in aller Regel von den Versicherungen vermieiden<sup>11)</sup>. Es ist jedenfalls ganz allgemein davon auszugehen, daß in den seltensten Fällen das Verschulden des Arbeitgebers als eigentliche Ursache des Schadens durch das Mitverschulden des Arbeitnehmers ausgeschaltet werden kann<sup>12)</sup>.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß der fragliche Schadenersatzanspruch nicht der Verjährung gemäß § 196 Ziff. 8 BGB. unterliegt. Nach ständiger Rechtsprechung<sup>13)</sup> wird zwar auch das Surrogat des Lohnanspruches — der Schadenersatz wegen Nichterfüllung — von der kurzen Verjährung betroffen; damit ist aber nicht gesagt, daß auch das Surrogat jedes dienstvertraglichen Nebenanspruches, wie das im fraglichen Falle geltend gemachte, die gleiche kurze Verjährungsfrist in Lauf setzt. Für letztere gilt vielmehr die 30jährige Verjährung.

Ref. Dr. E d h a r d K a r s t e n, Magdeburg.

### Eine grundbuchrechtliche Frage zum Erbhofrecht.

Nach § 37 RErbhofG. v. 29. Sept. 1933 kann ein als Erbhof i. S. des § 1 des. Ges. anzusehendes Grundstück nicht mehr belastet werden. Dieses Gesetz ist am 1. Okt. 1933 in Kraft getreten. Sehr häufig hatte nun vorher der Eigentümer die Eintragung einer Belastung bewilligt, die Eintragung war aber — z. B. mit Rücksicht auf eine Zwischenverfügung — am 1. Okt. noch nicht vollzogen. Kann nun eine solche Eintragung ungeachtet des § 37 noch erfolgen? Vogel's (NotW. 1933, 693) verneint diese Frage. M. E. ist sie aber zu bejahen. Das Verbot des § 37 ist eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung des Eigentümers, auf die § 878 BGB. Anwendung zu finden hat. Hat also der Eigentümer oder der Berechtigte nach bindend gewordener Einigung vor dem 1. Okt. 1933 den Eintragungsantrag beim GBA. gestellt, so schadet es nichts mehr, wenn der Eigentümer nachträglich durch § 37 in der Verfügung, d. h. Belastung, beschränkt wird. Dies gilt auch dann, wenn der Antrag zunächst beanstandet wurde und das Eintragungshindernis erst nach dem 1. Okt. behoben wird (OW. 17, 353). Die Bestimmung des § 878 BGB. hat nicht nur materielle rechtliche Bedeutung (Gütty-Triebel, Anm. 74 vor § 13 BGD.).

Übergangsvorschriften bestehen nicht. Das preuß. Erbhofrecht steht nicht entgegen. Der Zweck des § 37, eine weitere Belastung und Überschuldung des Hofes zu verhindern (Vogel's: JW. 1933, 2308), wurde bereits dadurch erfüllt, daß dieses Ges. v. 29. Sept. bereits zwei Tage später in Kraft trat, so daß ein etwaiger Versuch des Eigentümers, das Grundstück noch schnell vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes zu belasten, schon dadurch im Keime erstickt war.

Ger. Ass. Dr. Seibert, Berlin.

### Zur Einwirkung des ReichserbhofG. v. 29. Sept. 1933 auf das Grundbuchverfahren.

Im Anschluß an die Ausführungen von AGR. u. OGR. Dr. v. Nozdick = v. Goebel: JW. 1933, 2508 sei darauf hingewiesen, daß nach § 61 der 1. Durchf. v. z. RErbhofG. (RGBl. 1933, I, 749 f., 760) der Antrag auf Entscheidung über die Erbhofeigen-

schaft nicht nur vom Eigentümer oder Kreisbauernführer, sondern von jedermann gestellt werden kann, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung nachweist. Daß dazu auch der Gläubiger zählt, der auf Grund eines vollstreckbaren Titels eine Zwangseintragung erreichen will, ist unbedenklich zu bejahen. An der Rechtsgültigkeit des § 61 der 1. Durchf. v. z. RErbhofG. kann im Hinblick auf § 61 Abs. 2 RErbhofG. kein Zweifel bestehen.

RA. Dr. Fritz Bretschneider, Altenburg i. Th.

## Entgegnung.

### Pfändbarkeit des Kreditanspruchs.

Dr. Wolfgang Diesel spricht sich JW. 1933, 2503 über die Zweckmäßigkeit der Zwangsvollstreckung in Kreditansprüchen und in dem Kreditanspruch des Bankkunden gegen die Bank aus. Nach seiner Ansicht ist der Anspruch des Bankkunden gegen die Bank aus einem mit ihr geschlossenen Darlehnsvertrag sowohl abtretbar wie pfändbar. Hierbei bezieht sich Diesel u. a. auch auf Planck § 399 Erl. 1c, der dort ausführt, daß „eine Pfändung des Anspruchs auf die Darlehnsvaluta nur zulässig ist, wenn der Darlehenskonsens zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem Vorgespräch bereits zustande gekommen ist; denn damit ist der dem ersteren verbliebene Anspruch ein reiner Geldanspruch“.

Im bankgeschäftlichen Verkehr zerfällt der Kredit in den Kreditvertrag und in das Kreditgeschäft. Letzteres stellt sich als die entgeltliche, eigentümliche Überlassung von Reihkapital seitens des Gläubigers und die Annahme des Kapitals seitens des Schuldners verbunden mit dessen Zins- und Rückzahlungsverpflichtung dar. Das Kreditgeschäft interessiert in diesem Zusammenhang nicht. Der Kreditvertrag dagegen, auf den es hier ankommt, enthält die Zusage der Darlehensgewährung, das Kreditversprechen der Bank unter Angabe der Bedingungen, unter denen die Hingabe erfolgt, einerseits und die Verpflichtung des Schuldners, diese Bedingungen einzuhalten und den Kreditbetrag bei Fälligkeit zurückzuzahlen, andererseits. Regelmäßig läßt sich die Bank zwecks Prüfung der wirtschaftlichen Dringlichkeit bzw. Notwendigkeit des Kredites angeben, zu welchen Zwecken der Kredit aufgenommen werden soll, und sie macht die Hingabe der Darlehnsvaluta regelmäßig, wenn auch nicht notwendigerweise ausdrücklich, so doch stillschweigend von deren produktiven Verwendung gemäß den Angaben des Kunden abhängig. Es entsteht die Frage, ob dieser Anspruch des Kunden gegen die Bank aus dem Kreditvertrage pfändbar ist. Grundlegend für die Beurteilung dieser Frage sind die gesetzlichen Bestimmungen des § 851 BGD., § 399 BGB.

Es ist unbestritten, daß die Forderung des Kunden gegen die Bank aus einem Baugeldkreditvertrag von dritten Gläubigern des Kunden nicht pfändbar ist, weil hier für den Kredit seiner Art und Natur nach ein ganz bestimmter Verwendungszweck vorgeschrieben ist, der bei Pfändung der Kreditforderung nicht erfüllt werden könnte (vgl. z. B. Planck § 399 Erl. 1d und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung; Stein-Jonas § 851 III Abs. 4). Planck will die Pfändung der Bauforderung sogar den Baugläubigern selbst verjagen, damit eine gerechte Verteilung des Baugeldkredites gewährleistet sei. Ähnlich liegen die Verhältnisse bei Krediten gegen Abtretung von Buchforderungen, weil hier die Kreditvaluta regelmäßig speziell zur Bezahlung von Löhnen und Warenfakturen verwendet werden soll (vgl. Koch, Kredit im Recht S. 21 f.; Müller, Die Diskontierung offener Buchforderungen S. 57); auch hier würde der Zweck der Kreditgewährung durch Pfändungen dritter Gläubiger des Kreditnehmers vereitelt werden. Analoges gilt für jeden Geschäftskredit, der von Privatgläubigern des Kreditnehmers oder von solchen Gläubigern gesündigt werden soll, deren Befriedigung dem vereinbarten bzw. beabsichtigten oder dem natürlichen Zweck der Kreditaufnahme widersprechen würde. Regelmäßig kann in diesen Fällen die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen. Ihre Abtretung oder Pfändung ist somit nach § 399 BGB. unzulässig.

Man muß aber noch weiter gehen. Es handelt sich bei jeder Krediteinräumung um ein reines Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunden. Auf Grund dieses Vertrauensverhältnisses erfolgt die Hingabe der Kreditvaluta gerade an diesen Bankkunden und nicht an einen Dritten, z. B. den pfändenden Gläubiger. RG. 51, 119 bräckt dies in Anlehnung an den Begriff der höchstpersönlichen Rechte (RGKomm. § 399 Anm. 4) mit den Worten aus, daß die Krediteinräumung regelmäßig höchstpersönlicher Natur ist. Dieses Vertrauensverhältnis bzw. dieses höchstpersönliche — im Hinblick auf die Finanzlage des Bankkunden auch in wirtschaftlicher Beziehung ausschlaggebende — Verhältnis von Bank zu Kunden wird gestört, sofern sich ein Dritter durch Pfändung des Kreditanspruchs in das Kreditverhältnis einschleibt. Aus diesen Gründen ist, von Ausnahmen abgesehen, jeder Anspruch des Kunden gegen die Bank aus einem Kreditvertrag, auch wenn ein bestimmter Verwendungszweck für den Kredit weder ausdrücklich noch still-

<sup>9)</sup> Vgl. RAG 175/32 v. 2. Juli 1932 a. a. D.

<sup>10)</sup> Vgl. RAG 209/30 v. 9. Juli 1930: WenshSamml. 9, 575.

<sup>11)</sup> Vgl. Der sich zu einer Entscheidung des RAG 209/30 a. a. D.

<sup>12)</sup> RAG 175/32 v. 2. Juli 1932 a. a. D.

<sup>13)</sup> RG.: JW. 1918, 550.

schweigend vereinbart wurde, der Pfändung entzogen (ebenso RG. v. 7. Okt. 1907: BankArch. VII, 77 = RG. 66, 361; Dertmann, Schuldverhältnisse [1928], § 399 Num. 1 a d, e; Lehmann-Enneccerus § 79 III, 1 a).

Zu erwägen ist ferner, ob durch die Pfändung des Darlehnsanspruchs und damit durch die Nichtverwendbarkeit des Kredites zu produktiven, die Rückzahlung des Kreditbetrages sichernden Zwecken nicht der Inhalt der dem Schuldner obliegenden Leistung zu dessen Nachteil geändert wird, woraus sich gleichfalls die Unzulässigkeit der Abtretung und der Pfändung der Forderung ergeben würde.

Wollte man der oben vertretenen Ansicht aus rechtlichen Gründen nicht beipflichten, so darf nicht übersehen werden, daß durch eine gegenteilige Meinung die im Erfolg mit obiger Ansicht übereinstimmende Bankpraxis nicht berührt werden würde. Denn die Banken behalten sich, um eine unerwünschte Verwendung des zugesagten Kreditbetrages durch Pfändungen dritter Gläubiger des Bankschuldners und um Rechtsstreitigkeiten, welche aus derartigen Pfändungen entstehen können, zu vermeiden, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB.) einheitlich das Recht vor, jede Geschäftsverbindung nach eigenem Ermessen fristlos lösen zu können (analog §§ 321, 610 BGB.; vgl. Koch, AGB. d. Banken, S. 57 ff.). Der Begriff der Geschäftsverbindung umfaßt selbstverständlich auch die Kreditzusage. Ist die Lösung der Geschäftsverbindung von der

Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig, so darf nach dem Wortlaut der AGB. die Kündigung dann fristlos erfolgen, wenn sich nach Ansicht der Bank die Vermögenslage des Kunden wesentlich verschlechtert hat. Durch letztere Bestimmung will sich die Bank den in der Praxis oftmals sehr schwer zu erbringenden Beweis für die tatsächlich eingetretene Verschlechterung erleichtern. Im Hinblick auf den Umstand, daß die jederzeitige Lösung der Geschäftsverbindung von einigen Schriftstellern als ein Verstoß gegen Treu und Glauben — allerdings mit Unrecht (vgl. hierüber Koch, AGB. S. 61 f.; Clausen, Krediteröffnungsvertrag S. 112) — bezeichnet wurde, sei darauf hingewiesen, daß das RG. diesen Vorwurf bereits in seiner Entsch. v. 10. Juli 1916 (BankArch. 16, 14) zurückgewiesen hat und daß die Bestimmung der jederzeitigen Lösbarkeit nicht nur in den AGB. sämtlicher deutscher Banken einschließlich denen der Seehandlung und der Reichsbank seit über 30 Jahren enthalten ist, sondern daß sie sich auch in den Geschäftsbedingungen aller ausländischen Banken, soweit diese überhaupt Geschäftsbedingungen herausgegeben haben, findet.

Somit kann die Pfändung des Kreditanspruchs im bankgeschäftlichen Verkehr weder aus rechtlichen noch aus praktischen Gründen zum Erfolg führen, worauf auch von Stein-Jonas § 851 III Abs. 3 hingewiesen wird.

Dr. Arwed Koch, Jena.

## Schrifttum.

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

**Dr. Carl Diedmann: Die Selbstverwaltung im neuen Staat.** Berlin-Lichterfelde 1933. Verlag der Arbeiter-Versorgung A. Langewort. 80 S. Preis kart. 2,25 RM.

Der Verfasser tritt leidenschaftlich und mit guten Gründen für die Erhaltung der Selbstverwaltung und für deren Erneuerung im Geiste des Frhr. v. Stein ein.

Die Hoffnung, daß sich der Staatsgedanke des Frhr. v. Stein nach 1918 erfüllen würde, sei getäuscht worden. Es sei das Schicksal der Selbstverwaltung, daß das Volk, das vor einem Jahrhundert die Einführung der Selbstverwaltung von den damaligen Machthabern des Staates gefordert und der Staatsregierung gegenüber immer wieder vertreten habe, seine eigenen Forderungen nicht durchgeführt habe, als es selbst zur Macht gelangt sei. Die Selbstverwaltung sei keine Frage der Verwaltungstechnik. Alle bisherigen Begriffsbestimmungen hätten die hohe politische Bedeutung der Selbstverwaltung verkannt, die Stein im Publikationspatent der 1. StädteD. von 1808 festgelegt habe. Die Staatsaufsicht habe sich grundsätzlich innerhalb genau festzulegender gesetzlicher Grenzen zu betätigen. Eine Gefahr der Bistaterei bestehe nicht. Die Macht und Einheit des Deutschen Reichs sei niemals durch Städte gefährdet worden. Die Rationalisierungsbestrebungen in der Selbstverwaltung und die Neugliederungen im rhein.-westfäl. Industriegebiet seitens der Braun-Regierung hätten die völlige Verkenntung des Wesens der Selbstverwaltung in ihrer politischen Bedeutung erkennen lassen. Es sei ein verhängnisvoller Irrtum jener Machthaber gewesen, daß die Selbstverwaltung nach dem Zusammenbruch des alten Obrigkeitsstaates seine Daseinsberechtigung verloren habe, weil sie nur ein Gegengewicht gegen dessen obrigkeitlichen und polizeipolizeiatlichen Gelüste hätten sein sollen. Wenn dennoch die Selbstverwaltung vor ihrer völligen Vernichtung bisher bewahrt wurde, so sei dies nicht das Verdienst der Staatsbürger, denen Stein einst die Selbstverwaltung als hochwertiges Gut geschenkt habe, sondern das Verdienst der gemeindlichen Spitzenverbände und des gemeindlichen Berufsbeamtenstandes gewesen.

Die Selbstverwaltung sei eine wertvolle Verwaltungsform für jeden Staat und jede Staatsform. Im Volksstaat sei die Selbstverwaltung kein Fremdkörper, sondern die erste Grundlage für seinen Aufbau und das beste Muster zu seinem Ausbau. Die Städte seien von jeher die Träger des geistigen und wirtschaftlichen Lebens der Nation, die Geburts- und Pflegestätte deutscher Kultur gewesen. Sie wollten mitarbeiten an dem Aufbau des neuen Reiches und Staates.

Der Staatsgedanke des Frhr. v. Stein stimme mit dem Staatsgedanken des Führers in allen Grundzügen überein, der Gedanke der Erziehung des gesamten Volkes zu höchster sittlicher Reinheit ziehe sich durch die Schriften und Reden beider Staatsmänner. Die Selbstverwaltung sei auch bei völliger Beibehaltung des Führergedankens möglich, denn durch die Beteiligung des Volkes an den öffentlichen Angelegenheiten bleibe der Führer mit seinem Volk in enger Verbindung und könne seines Führeramtes walten als wahrer Treuhänder seines Volkstums.

Die Gedanken des Verfassers, eines alten Praktikers, verdienen höchste Anerkennung und größte Beachtung. Der fruchtlose Parlamentarismus und Parteihader hat die Selbstverwaltung in Mißkredit gebracht. Nicht immer hat daher die Verwaltung der Städte mit den

Interessen von Reich und Staat übereingestimmt. Gerade die Selbstverwaltung hat in den Jahren seit 1918 in wichtigsten Fragen eine grundsätzlich falsche, die Gesamtheit schädigende Stellung eingenommen, weil ungeeignete Personen in leitende Stellen der Selbstverwaltungskörper gelangt sind. Hier mußte vorerst Aufbau- und Reinigungsarbeit geleistet werden und der starke Arm des neuen Staates eingreifen, z. B. durch das Gesetz über die Einziehung eines Staatskommissars in der Hauptstadt Berlin v. 31. Mai 1933 (PrGS. 196). Daß die nationalsozialistische Regierung dabei im Sinne des Frhr. v. Stein handelt, zeigt gerade das Gesetz über die Bestätigung von Beamten der Gemeinden und Gemeindeverbände v. 23. Juni 1933 (PrGS. 217).

Dr. Kurt v. Bohlen, Berlin.

**Hans Wilden, DR., und Fritz Konhoff, Verf. im Reichsministerium für Ernährung und Landwirtschaft: Das landwirtschaftliche Schuldenregelungsgesetz vom 1. Juni 1933.** Eine erläuternde Darstellung des Gesetzes und der Durchführungsverordnungen vom 15. Juni, 5. Juli, 15. Sept. und 5. Okt. 1933 nebst Wiedergabe des Gesetzes und der Verordnungen. Zweite, völlig neubearbeitete Auflage. Berlin 1934. Paul Parey. Preis 4,50 RM.

Die Voraussage, daß die überfällige und wissenschaftlich gediegene Schrift als erster Gesetzeswegweiser für die neue landwirtschaftliche Schuldenregelung (vgl. meine ausführliche Besprechung: JW. 1933, 1642) ihren Weg in das Volk finden werde, hat sich erfüllt. Die nach wenigen Monaten notwendig gewordene 2. Aufl. widmet sich den wichtigen vier Durchf. V., die, wie die Verf. richtig bemerken, die praktische Handhabung des Gesetzes erst ermöglichen. Begrüßenswert ist das ausführliche, sorgfältig ausgearbeitete Sachregister.

RM. u. FachM. f. BernR. E. Döttger, Berlin.

**P. A. Tönnemann, MinR. im preuß. Ministerium für Landwirtschaft, Domänen und Forsten: Das Recht der Bodenkulturgemeinschaften in Preußen.** Berlin 1933. Verlag Paul Parey. Preis 4,20 RM.

Mit Zug und Recht darf man es bereits als gewohnheitsmäßige Übung bezeichnen, daß der Regierungsreferent für einen bestimmten Gesetzentwurf als erster Kommentator in die Öffentlichkeit tritt. Dieser Brauch ist zu verstehen, weil die Regierungsbegünstigungen der früheren Zeit fehlen bzw. als Auslegungsmittel unzugänglich sind.

MinR. Tönnemann, der bekannte Wasserrechtsreferent des PrLandMin. darf für sich das große Verdienst in Anspruch nehmen, überfälliger, rechtsicher, soweit dies angesichts der Neuheit der Abänderungsbestimmungen bereits nachprüfbar ist, und wirtschaftsrechtlich bedeutsam — ich verweise u. a. auf Anm. 6 zu § 210 WastG. über die Sicherung der Genossenschaftskreditgeber, obwohl sie bei der Zwangsversteigerung in die Grundstücke der Genossen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft kein Vorzugsrecht genießen (Anm. 54 zu § 294

WassG. über die Aufgaben eines Deichverbandes) — die drei Abänderungsgeetze, wie sie sich im Rechte der Wassergenossenschaften bisher wenig übersichtlich verteilt fanden, übersichtlich zusammengefaßt zu haben. Die Zusammenfassung war eine Notwendigkeit; denn wir haben gerade in der Zeit des Anbruchs neuer großzügiger Meliorationsvorhaben mit der Heranbildung eines Nachwuchses von Verwaltungsrechtlern uns zu beschäftigen, die eines sicheren Beraters bedürfen. Als solchen spreche ich den Kommentator an. Besonders zu empfehlen ist er den Vorständen und Mitgliedern der Wassergenossenschaften, den Banken als Kreditgebern, insbes. aber den Staats- und Kreisbeamten sowie allen Kreisbauernführern, die als Berater tätig werden.

RA. u. Fachanwalt für BernR. E. Döttger, Berlin.

**Wilhelm Lachner: Der Schiedsvertrag in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.** (Würzburger Abhandlungen zum Deutschen und ausländischen Prozeßrecht, Heft 26.) Leipzig. Verlag von C. L. Hirschfeld. 130 S. Preis 5 RM.

Die vorliegende Abhandlung enthält eine beachtliche, aber nicht erschöpfende zusammenfassende Darstellung des arbeitsgerichtlichen Schiedsgerichtswesens. Im 1. Teil sind die Rechtsnatur und der Zweck des Schiedsvertrages, im 2. Teil die Zulässigkeit des Schiedsvertrages, im 3. Teil die Form, im 4. Teil der Inhalt, im 5. Teil die Wirkungen des Schiedsvertrages, im 6. Teil das Erlöschen behandelt.

Zu bestimmen ist dem Verfasser, daß die Einspruchsklagen nicht unter die Schiedsklausel fallen. Zu eng ist die Auffassung, daß die Streitigkeiten aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeits- und Lehrverhältnisses nicht von der Schiedsabrede betroffen werden. Zwar wird übersehen, daß § 4 ArbGG. nicht aus sich, sondern im Rahmen der Änderung des § 91 ArbGG. zu verstehen ist, daß „Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis“ nur eine kurze Zusammenfassung aller Streitigkeiten enthält, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben. In einzelnen Punkten fehlt eine nähere Darstellung, wie sie nach dem Stande der Rpr. geboten wäre, so z. B. die Erörterung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, soweit diese im Zusammenhang mit einem Arbeits- oder Lehrverhältnis stehen. Die Darstellung über die Auslegung der Schiedsklausel enthält nichts Neues. Bei dem Gütervertrag, der Schiedsgüterrechtsklausel und der Behandlung der Innungsgerichtsbarkeit fehlt das tiefe wissenschaftliche Eindringen. Dürftig ist die Behandlung des Schiedsgerichtsverfahrens. Der Leser wird durch eine gewisse Unsystematik gestört. Obwohl in einem besonderen Teil die materielle Wirkung der Schiedsklausel behandelt ist, wird dieses bereits früher bei der Frage der Zulässigkeit des Schiedsvertrages vorweggenommen, so auf S. 41 die Wirkung auf die dem Tarifvertrag unterworfenen Personen, auf S. 85 die Wirkung des Schiedspruchs in einer Gesamtschlichtung auf die Tarifberechtigten. Wie aber mit der Systematik des § 15 (S. 101 ff.) „fakultativer Inhalt des Schiedsvertrages“ die Behandlung, wenn ein Schiedspruch nach § 100 ArbGG. aufzuheben ist, vereinbar ist, erscheint unerfindlich. Der Verfasser behandelt die Aufhebung unter dem Gesichtspunkt, ob das Nachverfahren vor dem ArbG. durch Schiedsvertrag abänderungsfähig ist. Derartige falsche Systematik wirkt gepreßt. Gerade bei der Aufhebungsklage ist die den Praktiker am meisten interessierende Frage, ob der Verstoß gegen tarifliche Bestimmungen die Aufhebung des Schiedspruchs rechtfertigt, nicht behandelt.

Literatur und Rpr. sind nicht vollständig bearbeitet, aus dem Jahr 1931 nur wenig, aus dem Jahre 1932 überhaupt nicht, obwohl als Erscheinungszahl der Abhandlung 1933 angegeben ist. Störend wirkt, daß die meisten Zitate der Entsch. nicht der „ArbRpr.“, der „amtlichen Sammlung“ oder der „Sammlung Vereinigung“, sondern nur „Arbeitsrecht und Schlichtung“ sowie „Arbeitsrechtspraxis“ entnommen sind. Die Rpr. der ArbGG. ist fast gar nicht berücksichtigt.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Arbeit wohl beachtenswert und zur ersten Einführung geeignet ist, aber dem Praktiker teils wegen der unvollständigen Literatur und Rpr., teils wegen der mangelnden Tiefe gerade in den prozeßrechtlichen Fragen wenig Förderung bietet.

AGR. u. VGR. Dr. Rohlfing, Berlin.

**Dr. Georg Senftner: Wie gründet man eine Gesellschaft m. b. H.? Gemeinverständliche Darstellung der Entstehung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.** Stuttgart 1933. Muth'sche Verlagbuchh. 13. neubearb. Aufl. 53.—55. Tausend. 61 S. Preis 2,25 RM.

Die Schrift bietet weitaus mehr als eine Darstellung der Gründung der GmbH. Sie gibt auf 20 Seiten einen Abriss der rechtlichen Regelung der GmbH., auf weiteren 10 Seiten das gleiche für das

Steuerrecht der GmbH., dann einige Formulare (Ges. Betr. Anmeldung) und zum Schluß eine knappe buchtechnische Darstellung. Damit ist schon gesagt, daß der Jurist mit dieser Schrift nichts anfangen kann, denn es ist nur das Utternotwendigste, das allerdings in musterhafter Kürze gesagt. Für den Laien ist aber die hier gewählte Kürze oft von Nachteil, da er die weittragende Bedeutung bestimmter wichtiger Einzelheiten auf Grund dieser Ausführungen gar nicht zu übersehen vermag. Bei einer Beschränkung auf das Thema hätte der Verf. in dieser Hinsicht mehr bieten können.

RA. Dr. Otto Schmidt, Köln.

**Syndikus Dr. jur. Josef Fachinger: Wechselgesetz vom 21. Juni 1933 nebst sonstigen Bestimmungen wechselrechtlichen Inhalts.** Kommentar für die Praxis. Darmstadt und Leipzig. Verlag Ernst Hofmann & Co. Preis brosch. 2,25 RM., geb. 3,20 RM.

Gegen dieses Büchlein Fachingers besteht das gleiche Bedenken, das Stulz bei der Besprechung von Fachingers „Kreditversicherungsrecht“ in JW. 1933, 1242 im ersten Absatz erhebt. Fachinger bezeichnet sein neuestes Büchlein als „Kommentar für die Praxis“. Diese Bezeichnung birgt im gesteigerten Maße die schon von Stulz erwähnte Gefahr in sich, daß ein Benutzer, dem eigene Sachkenntnis fehlt, gelegentlich eines bestimmten Falles eine Lösung für auftauchende Schwierigkeiten sucht und sie in den wenig tief eindringenden Bemerkungen Fachingers gefunden zu haben glaubt. Auch dem Kaufmann bringt Fachingers „Kommentar“ kaum mehr, als eine leibliche Textausgabe mit kürzesten Erläuterungen ihm sagen könnte. (Von den 98 Artikeln des Wechselgesetzes sind 39 — darunter auch sehr wichtige und durchaus nicht ohne weiteres verständliche — überhaupt nicht kommentiert!)

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

In der Einleitung stellt Fachinger Dinge zusammen, die weder systematisch noch empirisch zusammengehören. Zunächst schildert er knapp die Entstehung des Wechselgesetzes. In den nächstfolgenden Absätzen behandelt er der Reihe nach „Grundbegriffe des Wechselrechts“, „Der wirtschaftliche Zweck des Wechsels“, „Das juristische Wesen des Wechsels“, „Die Wechselfähigkeit“, „Die Pfändung von Wechseln“, „Der Wechselprozeß“.

In dem Abschnitt „Grundbegriffe des Wechselrechts“ hätte nicht nur der Begriff des Wertpapiers, sondern auch der des Orderpapiers erörtert werden sollen.

Die rechtlich ziemlich schwierige Bedeutung der „Zahlung durch Wechsel“ erwähnt Fachinger nur ganz nebenbei in dem Abschnitt „Der wirtschaftliche Zweck des Wechsels“. Gerade die Rechtsfragen, die hiermit zusammenhängen, spielen aber in der Praxis eine außerordentlich große Rolle. Man denke an die Fragen, die sich dann ergeben, wenn der zahlungshalber gegebene Wechsel nicht rechtzeitig eingelöst wird. In dieser Beziehung genügen die Ausführungen Fachingers den Bedürfnissen der Praxis nicht.

In dem Abschnitt „Das juristische Wesen des Wechsels“ behandelt Fachinger u. a. die sog. „Wechselrechtstheorien“. Die Darstellung ist schon insofern für die Praxis nicht sehr geeignet, als Fachinger nicht von der sich aus der Rechtsprechung des RG. ergebenden Unterscheidung zwischen den folgenden Fragen: Wie entsteht die Verpflichtung des Ausstellers? Wie entsteht die Verpflichtung des Annehmenden bei der Vollannahme und bei der Blankoannahme? Wie entsteht die Verpflichtung des Indossanten? Wie wird das Recht aus dem Wechsel übertragen? ausgeht. Noch bedenklicher ist es aber, wenn Fachinger hier (S. 11) mit Rücksicht auf RG. 112, 202 ausführt, das RG. stehe auf dem Boden der Rechtschneidentheorie. Erstens wird nicht RG. 117, 69 ff. berücksichtigt, und zweitens ergibt sich m. E. aus dem Satz in RG. 134, 35 = JW. 1932, 740<sup>14</sup> „es erübrigt sich deshalb, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob der vom RG. beim Nichtblankoakzept angenommene Standpunkt . . . namentlich gegenüber der Rechtschneidentheorie aufrechterhalten werden kann“, daß das RG. selbst seine bisherige Ansicht nicht mit der der Rechtschneidentheorie identifiziert. Die Ansicht des RG. kommt eher der Staub'schen Redlichkeitstheorie nahe.

Nach Art. 1 Ziff. 2 WechselG. muß der Wechsel eine „unbedingte“ Anweisung enthalten. Das entspricht im Ergebnis dem noch geltenden Recht. Aber im künftigen Recht dürfte auch wie bisher die Ausnahme anzuerkennen sein, die RG. 119, 422 ff. behandelt.

In der Ann. zu Art. 2 behauptet Fachinger ganz uneingeschränkt die Möglichkeit einer Umdeutung (§ 140 BGB.) einer nichtigen Wechselklärung. Ein Hinweis auf die vielfach entgegengesetzte Rechtsprechung des RG. (vgl. u. a. RG.: JW. 1930, 1376<sup>1</sup>; 1930, 3761<sup>24</sup>; 1932, 2611<sup>9</sup>) wäre erforderlich gewesen.

Die Bedeutung der im RG. 117, 164 und sonst vertretenen (schlecht) sog. „bürgerlich-rechtlichen Gestionsstheorie“ wird in der Ann. zu Art. 8 am Ende nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hervorgehoben.

Bei Art. 11 wäre ein Hinweis auf die Besonderheiten der bürgerlich-rechtlichen Abtretung der Wechselforderung und der sog.

Blankotraditto erforderlich gewesen. Die Behandlung des Depotwechsels an der gleichen Stelle ist unzulänglich. Hier hätte wenigstens RG.: JW. 1926, 607; RG.: JW. 1929, 39<sup>12</sup>; 1929, 1133<sup>12</sup> erwähnt werden müssen.

Die Ann. zu Art. 14 enthält eine denkgesellig nicht einwandfreie Definition der Transportfunktion.

Die Darstellung des in RDSG. 24, 1 über die rechtliche Bedeutung des Indossaments entwickelten Grundsatzes in der Ann. zu Art. 14 am Ende ist nicht unmissverständlich.

Auch die mehrfache Bedeutung der Legitimationsfunktion des Indossaments wird in der Ann. zu Art. 16 nicht im erforderlichen Maße erörtert.

In der Ann. zu Art. 17 wäre eine Behandlung der Probleme zu Art. 82 WD., vor allem die Rechtsstellung der Rechtsprechung zu der „Kollisionstheorie“ und die Bedeutung der Neuregelung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand erwünscht gewesen.

In der Ann. zu Art. 18 hätte es eines Hinweises auf RG. 139, 193 bedurft.

Der Satz „wer nicht Bezogener ist, kann nicht annehmen,“ in der Ann. zu Art. 21 ist zu allgemein gehalten. Er übersieht hier die Ehrenannahme (Art. 56).

Die Ausführungen über den Wechselbereicherungsanspruch (Ann. zu Art. 89) genügen auch bescheidenen Ansprüchen der Praxis nicht. Es wird nicht einmal der Begriff der wechselrechtlichen Bereicherung und der des Schadens im Sinne des Art. 89 erörtert.

R. Dr. M a s k e, Berlin.

**Die Bürgersteuer.** Gesetz und Durchführungsbestimmungen nebst landesrechtlichen Vorschriften und Nebenbestimmungen, für die Praxis erläutert von Dr. Walter Kühne, DRKG. im RNW., und Dr. Kurt Kottberg, Beigeordneter im Deutschen Gemeindetag. Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. Preis 2 RM.

Die kleine Schrift enthält zunächst den Abdruck des BürgersteuerG. 1934 nebst der DurchfV. Dazu werden Erläuterungen gegeben, die sich an den im gleichen Verlag erschienenen Kommentar der gleichen Verf. anschließen. Ein kleiner Schönheitsfehler ist wohl darin zu sehen, daß als Erscheinungsjahr 1934 angegeben wird, obwohl die Schrift im Oktober 1933 erschienen ist, und daß im Titel der Schrift nichts von einem Ergänzungsband gesagt ist.

Ein sehr ausführlicher Anhang bringt den vollständigen Wortlaut einer Reihe amtlicher Erlasse und Rundschreiben, die sonst schwer zugänglich sind, und die die praktische Bearbeitung der Bürgersteuer-sachen wesentlich erleichtern.

Soweit die Schrift eine selbständige Kommentierung enthält, kann man ihr in allen wesentlichen Punkten folgen, zumal ja die bisher bestehenden Zweifelsfragen durch den neuen Gesetzeswortlaut fast durchweg geklärt sein dürften. Interessant wäre es gewesen, zu erfahren, wie sich die Verf. zu der praktischen Durchführung der Steuerermäßigung bei einem Einkommensrückgang nach § 6 Abs. 7 Ziff. 2 DurchfV. stellen. Der Wortlaut des Gesetzes verlangt, daß die Steuer „mindestens“ entsprechend dem Hundertsatz des Einkommensrückgangs zu ermäßigen ist, wobei ein Einkommensrückgang von 30% (früher 50%) außer Betracht zu lassen ist. In der Praxis scheint leider diese Mindestgrenze der Steuerermäßigung als Höchstgrenze zu wirken.

Zu § 23 DurchfV. nehmen die Verf. an, daß eine Anfechtung der Einkommensteuerveranlagung mit Rücksicht auf die Auswirkung für die Bürgersteuer zulässig ist, auch ohne daß die Anfechtung zu einer Verringerung der Steuerstufe bei der Einkommensteuer führt. Das wird aus der ständigen Rechtsprechung des RJS. zu § 232 Abs. 1 (früher § 221 Abs. 1) RAbgD. gefolgert. Für die Bürgersteuer 1934 dürfte aber diese Frage nicht mehr praktisch werden, weil sich ja die Bürgersteuer nicht mehr nach dem genau berechneten, sondern nach dem gemäß § 24 Abs. 1 EinkStG. ab- oder aufgerundeten Einkommen richtet (§ 7 Abs. 3 Ziff. 2 DurchfV.). Es kann also bei veranlagten Einkommensteuerpflichtigen nicht mehr vorkommen, daß ein Streit über die Höhe des Einkommens eine Auswirkung für die Bürgersteuer hat, wenn er nicht auch eine Änderung der Einkommensteuerstufe zum Gegenstand hat.

R. Dr. Delbrück, Stettin.

**Dr. Emil Müller, Chemiker und Patentanwalt, Berlin: Chemie und kontinentales Patentrecht.** Unter Mitwirkung von T. Akerman, Patentbyran A. W. Anderson, Ing. Chem. V. Beer, E. Blum & Co. (Dr. Sterchi), Patent-Bureau, Alfred J. Bryn, Budde, Schou & Co.,

Aktiebolaget Delmar & Co., Patentbyra, Aktiebolaget Fredrik L. Enquists Patentbyra (Filip Aström), E. Harsányi, Dr. K. Medgyes und M. Adler, Theo Hillmer, Nederlandsch Octrooibureau (van Hasselt), P. Regimbeau, Dr. H. Schmolka, Secondo Torta & Co., J. U. Dr. Karlo Spiller, G. van der Haeghen, Vriesendorp & Gaade (Dir. Ing. C. M. R. Davidson), Zwiazek Polskich Rzecznikow Patentowych. Berlin 1932. Verlag Chemie GmbH. 156 S. Preis 8 RM.

Seinem anerkannten Buch „Chemie und Patentrecht“, in welchem das deutsche Patentrecht chemischer Erfindungen behandelt wurde, läßt der Verf. jetzt diese Übersicht über das gleiche Gebiet in den übrigen europäischen Ländern folgen. Das Buch hat also praktische Aufgaben im internationalen Privat- und Verkehrsrecht und muß, um diese Aufgaben zu erfüllen, zuverlässig und übersichtlich gearbeitet sein. Beide Eigenschaften weist das Buch auf. Es ist, offenbar unter umfangreicher Mitwirkung ausländischer Fachleute, von dem Verf. in einheitlicher Anordnung dargestellt, wobei zumeist mit dem betreffenden Gesetzestext begonnen wird und dann das Recht der chemischen Erfindungen hinsichtlich des Stoffes und der Zwischenprodukte und des Verfahrens, dann für die Vorkommen und Bedürfnisse in Bergbau, Landwirtschaft und Forstwirtschaft behandelt wird, ferner besondere Beachtung den Erzeugnissen, weiter namentlich den Nahrungsmitteln und Genußmitteln und den Arzneimitteln geschenkt wird. Überall, wo es die Darlegung erfordert, wird die deutsche Rechtslage zum Vergleich herangezogen. Das gilt namentlich auch für den besonders gearbeiteten, von Ing. Chem. V. Beer geschriebenen Abschnitt über Österreich, der sich u. a. eingehender mit der Vorbenutzungsfrage auseinandersetzt. Es ist ein sehr umfangreicher Stoff in diesem Buch geschickt und klar verarbeitet. Behandelt werden die Länder: Frankreich, Belgien, Italien, Österreich, Tschechoslowakei, Ungarn, Niederlande, Schweden, Norwegen, Dänemark, Jugoslawien, Polen, Rumänien, Schweiz. Dem Praktiker wie dem wissenschaftlichen Interessenten des Patentrechts wird also viel geboten.

Dr. Alexander Elster, Berlin.

**Dr. jur. Reinhardt Stelzig: Die Rechtsnatur der Sozialversicherung.** (Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 32. Heft.) Weimar 1933. Verlag von Hermann Böhlau Nachfolger. 80 S. Preis kart. 3,80 RM.

In der Einleitung schildert der Verf. kurz, wie sich die sozialen Gegensätze beim Übergang vom Agrar- zum Industriefstaat einstellten, daß der Staat schon um seiner Selbsterhaltung willen versuchen mußte, die „Arbeiterfrage“ (schlechthin auch „die soziale Frage“ genannt) zu lösen, und daß in Laufe der Entwicklung neben die Arbeiterfrage die Sozialversicherungsgesetzgebung getreten ist. Zweck der Arbeit soll die Feststellung der juristischen Mittel sein, deren sich das Reich zur Erreichung seiner fürsorglichen Ziele in der Sozialversicherung bedient hat.

Die Arbeit selbst gliedert sich in vier große Teile. Der I. Teil handelt von den verschiedenen Theorien zur Rechtsnatur der Sozialversicherung (Versicherungstheorie; Theorie der sozialpolitischen Fürsorge; Anspruchstheorie; Lehre Jacobis und Luz Richters); sie werden am Schlusse in zwei Gruppen zusammengefaßt und in ein Verhältnis zu den Maßrahmen des Gesetzgebers zu bringen gesucht. Aus der kritischen Würdigung heraus ergibt sich dann der Gang der Untersuchung für die übrigen Teile, nämlich: zunächst Festlegung des Begriffs „Versicherung im Rechtsinne“, ausgehend von den Rechtsverhältnissen der Privatversicherung (II. Teil), hierauf Bestimmung des Begriffs „Sozialversicherung“ (III. Teil) und schließlich Prüfung, ob beide Begriffe in ihren wesentlichen Merkmalen übereinstimmen oder nicht (IV. Teil). Während das Ende von Teil II und III ein zusammenfassender Überblick über die gewonnenen Teilergebnisse bildet, schließt der IV. Teil mit einer eigenen, an die von Jacobis und Luz Richter sich anlehrende Definition der Sozialversicherung (i. e. S.) ab.

Bei der Fülle des Stoffes konnten selbstverständlich nur die grundlegenden Erscheinungen aufgezeigt und ihre Lösung in großem Zuge betrachtet werden; dagegen war eine Weiterverfolgung bis in die entferntesten Auswirkungen unmöglich. Daß die Entwicklung der nationalsozialistischen Revolution keine Berücksichtigung erfahren hat, beeinträchtigt den Wert der sehr interessanten und logisch durchgeführten Schrift keineswegs; denn sie behandelt mehr theoretische Grundfragen, deren Umgestaltung kaum zu erwarten ist.

SenBrä. Dr. E. Trendts, Berlin.

# Rechtssprechung.

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

## A. Ordentliche Gerichte. Reichsgericht.

### a) Zivilsachen.

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

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

1. Art. 131 RVerf.; Voraussetzung für die Versetzung in den Ruhestand eines Beamten.

1. Die Bekl. hat dem Kl., ihrem Beamten, gegenüber nach § 839 BGB. i. Verb. m. Art. 131 RVerf. für den Schaden einzutreten, den sie ihm durch eine in Ausübung öffentlicher Gewalt begangene Amtspflichtverletzung schuldhaft zugefügt hat. Zur Ausübung der öffentlichen Gewalt gehört auch die Erfüllung der dem Vorgesetzten dem Beamten gegenüber obliegenden Fürsorgepflicht (RG. 96, 302; 111, 22; 104, 23; 126, 362<sup>1)</sup>).

<sup>1)</sup> JW. 1930, 554.

Zu 2. In der Frage, ob der Pfundgläubiger nach der Entwertung des Pfundes nur nach dem Maße des entwerteten Pfundes oder darüber hinaus einen Anspruch habe, sind die bisher führenden Urte. RG. I 54/33 v. 21. Juni 1933; JW. 1933, 1644<sup>2)</sup> und das neue vorstehende Urte. ergangen. Zur richtigen Erkenntnis der Rechtslage, insbes. wie diese nach der Meinung des RG. sich darstellt, ist es nicht zu umgehen, beide Urte. in Zusammenhänge in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, um so weniger, als das neue Urte. selbst zur Bemessung seiner Tragweite das ältere heranzieht.

I. Das vorstehende Urte.: Der Kl. hat von der Bekl. Spinnereierzeugnisse gekauft. Der ursprüngliche Vertrag, der auf Reichsmark lautete, wie der Schlussbrief der Kl. v. 31. Juli 1931, der von der Reichsmark zur Pfundberechnung überging, enthielt die Verkaufs- und Lieferbedingungen des Vereins Deutscher Wollkämmer und Kammgarnspinner mit der Bestimmung: Die Zahlung muß stets den vollen Goldwert darstellen. Den Schlussbrief v. 31. Juli 1931 wieder auf Reichsmark umzustellen, lehnte die Kl. ab, erklärte sich aber damit einverstanden, daß auch in Reichsmark umgerechnet nach dem Tage „dieser“ gültigen Berliner Briefkurse reguliert werde und lieferte dann ohne Widerspruch auf Grund weiterer Schlussbriefe desselben Inhalts an die Bekl. Zum Übergange von der Reichsmark zur Pfundberechnung war die Kl., wie sie angab, dadurch veranlaßt, daß sie ihre Rohware in Pfund eindecken mußte, aber auch dadurch, daß im Sommer 1931 in Wirtschaftskreisen die Festigkeit der Reichsmark als zweifelhaft, die des Pfundes als unantastbar angesehen wurde. Im Gegenjatz zum LG. haben OLG. und RG. zur Zahlung unter Zugrundelegung des Kurses des Goldpfundes von 20,40 RM verurteilt. Nach dem RG. liegt eine Goldmarkvereinbarung vor. Auch nach dem Übergange von der Reichsmark zur Pfundberechnung sei die Goldklausel bestehen geblieben. Überdies habe nach dem, aus dem Zusammenhänge des Falles festgestellten Parteiwillen, der Wechsel der Währungsrechnung bezweckt, die Goldmäßigkeit des Kaufpreises zu sichern. Wenn die Kl. die Reichsmarkbeträge in Pfund habe anlegen und „damit denjenigen Gegenwert in Waren erlangen (können), der der gleichen Anzahl der von der Bekl. zu leistenden Pfunde entspricht“, so wäre dies nur von Bedeutung gewesen, wenn ein Anspruch nicht auf Grund einer Goldmarkklausel, sondern aus dem Gesichtspunkte des Ausgleichs gegenüber der durch die Pfundentwertung eintretenden Veränderung der Vertragsgrundlage oder wegen Zahlungsverzuges vorgelegen hätte. Gegenüber dem Ansprüche auf Grund einer Goldwertklausel habe es auch keine Bedeutung, „wenn trotz der Pfundentwertung der Pfundpreis für Rohwolle in der fraglichen Zeit nicht gestiegen sein sollte und die Kl. daher bei Berechnung des von der Bekl. geschuldeten Kaufpreises nach dessen Goldwert einen höheren Betrag erhalten sollte, als sie zur Eindeckung in Rohwolle bedarf“. In RG. I 54/33 v. 21. Juni 1933 wird zur Begründung des Aus-

2. Ein Beamter, der nicht mehr für alle Zweige des Dienstes tauglich ist, kann nicht und muß nicht in den Ruhestand versetzt werden. Voraussetzung der Versetzung in den Ruhestand ist vielmehr die dauernde Dienstunfähigkeit des Beamten überhaupt. Solange ein Beamter in bestimmten Zweigen des Dienstes, die von anderen, für ihn nicht geeigneten, trennbar sind, noch verwendungsfähig ist, hat er weder ein Recht, seine Pensionierung zu fordern, noch kann er wider seinen Willen pensioniert werden. Daß die Geeignetheit für alle Zweige eines bestimmten Dienstes Voraussetzung der Anstellung des Beamten ist, schließt nicht aus, daß er bei späterem Verlust der Eignung für einzelne dieser Zweige noch im Amte zu belassen ist.

(U. v. 7. Juli 1933; 42/33 III. — Köln.) [Sch.]

2. § 242 BGB. Auswirkung der Goldklausel bei einer während des Pfundsturzes in englischen Pfunden ausgestellten Rechnung.†)

(U. v. 6. Okt. 1933; II 109/33. — Dresden.) [Ru.]

Abgebr.: JW. 1933, 2583<sup>5)</sup>.

gleichanspruchs erwogen: Bei gegenseitigen Verträgen bilde im Zweifel das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung die von den Beteiligten stillschweigend angenommene Vertragsgrundlage. Werde diese durch einen beim Vertragsschluß unvorhergesehenen und nicht vorhersehbareren Gesetzgebungsakt, dem eine bloße Wertverschiebung gleichstehe, wesentlich verändert, so könne unter Berücksichtigung des § 242 der Grundfals von Treu und Glauben ein starres Festhalten am Vertrage verboten, dagegen einen billigen Ausgleich gegen die erhebliche Verschiebung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung gebieten. Es komme darauf an, daß „die Annahme einer Fortdauer der zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Eigenschaften des englischen Pfundes als Goldsicherung, Goldkernwährung... weder stillschweigend noch ausdrücklich zum Inhalt des Kaufvertrages erhoben, sondern nur zur (oben näher gekennzeichneten) Vertragsgrundlage im Sinne der Ausgleichsrechtsprechung erhoben sei“. Zu beachten sei aber, daß „die Jubiligung eines Ausgleichsanspruchs nach § 242 eine nur unter ganz besonderen Umständen zulässige und unter großer Vorsicht anzuwendende Ausnahme von dem das Vertragsrecht beherrschenden Grundfals der Vertragsficherung ist, die höchstens da gerechtfertigt erscheint, wo in der mehrfachen erwähnten Weise die Grundlage des Vertrages wesentlich erschüttert ist“. Daß „die Entwertung des englischen Pfundes so tief greift, daß dadurch die englische Währung in ihren Grundlagen erschüttert ist, und das englische Pfund, wemgleich es in England gesellschaftlichen Zahlungsmittel geblieben ist, seinen Charakter als Wertmesser verloren hat“, sei im Gegenjatz zu dem Aufwertungsanspruch, den die Entwertung der früheren deutschen, österreichischen, polnischen und russischen Währung begründen konnte, nicht Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs. „Insbesondere“, wird weiter noch erwogen, „handelt es sich nicht etwa um die Aufwertung einer für die Vertragsteile kraft Gesetzes maßgebenden Währung, vielmehr kommt es nur darauf an, die unvorhergesehene und nicht vorhersehbare Veränderung des von den Vertragsschließenden als Vertragsgrundlage angenommenen Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung dem Sinne und Zweck des Vertrages entsprechend zum Ausgleich zu bringen, unter Berücksichtigung des Umstandes, daß diese Veränderung durch das unerwartete, auf gesetzlichem Eingriffe beruhende Absinken einer von den Vertragsschließenden um ihrer vermeintlichen Unerfütterlichkeit willen freiwillig auf Grund ausdrücklicher Parteivereinbarungen zum Gegenstande des dem deutschen Recht unterstehenden Vertrages gemachten ausländischen Währung entstanden ist“. Im übrigen seien zur Entscheidung der Frage, ob und in welcher Höhe ein Ausgleich zu gewähren sei, „alle Umstände des Falles, die nach den Grundfalsen von Treu und Glauben im Verkehr im Hinblick auf die Belange beider Vertragsteile für einen billigen und gerechten Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung in Betracht kommen können, eingehend aufzuklären, zu prüfen und zu berücksichtigen“. Dabei könne je nach dem auch die Verpflichtung zur Zahlung des mit

B. § 581 BGB.; TarSt. 10 II 1c LStempStG. Entgeltliche Übernahme des Inseratenbetriebes einer Zeitschrift ist Pacht; die Verpflichtung des Zeitungsunternehmers zu Abdruck und Verbreitung der aufgegebenen Anzeigen nur Ausgestaltung der Pflicht zur Gebrauchsgewährung; danach Stempelpflicht der Vertragsschließenden. f)

Die Kl. übernimmt auf Zeit und gegen Entgelt den Betrieb des Inseratengeschäfts für Fachzeitungen und Fachzeitschriften zahlreicher Berufsvereinigungen, d. h. sie erhält von

24,40 RM je englisches Pfund umgerechneten Kaufpreises in Frage kommen.

II. Die beiden Urte. sind beispielhaft für die beiden Gruppen von Fällen, deren Unterscheidung sich aufdrängt, wenn die Frage zu beantworten ist, ob der Gläubiger einer entwerteten Währung einen Anspruch auf eine höhere Zahlung habe. Wie einst nach der Markentwertung fragte sich in erster Linie auch bei der Pfund- und Dollarentwertung, ob sich der Gläubiger gegen die Entwertung der Währung im voraus durch eine Vertragsbestimmung gesichert hat oder nicht. Die Entscheidung der Frage, ob eine solche Sicherung vereinbart sei, kann ohne weiteres gegeben (etwa der Fall einer unmißverständlich vereinbarten Goldwertklausel) oder erst durch Auslegung zu gewinnen sein. Im Falle des vorstehenden Urte. erscheinen auch mir überwiegende Gründe für die Goldpfundabrede zu sprechen, wenn auch der von der Kl. für den Übergang von der Reichsmark zum Pfund angeführte Beweggrund, sie verkaufe schon seit längerer Zeit ihre Garne nur in englischen Pfunden, weil sie ihre Rohwolle so eindecken müsse, ein Stein des Anstoßes bleibt. Eine sehr zweifelhafte Auslegungsfrage kann es im Einzelfall sein, ob der Vereinbarung der Pfund- oder Dollarwährung schon an sich die Bedeutung einer solchen Sicherheitsabrede beizulegen sei, ob nach dem ganzen Zusammenhang des Falles die Partner das Goldpfund (oder den Golddollar) wählten, oder ob sie sich damit dem Schicksale des von ihnen überschätzten Pfundes oder Dollars anvertrauten. Mag auch in den Fällen, wo nach einer alten, nicht erst durch die Markentwertung veranlaßten Übung die Berechnung in fremder, vor allem Pfundwährung, gebräuchlich ist, die Entsch. durchweg leicht sein, so kann sie doch in den Fällen, wo das Pfund an die Stelle der Reichsmark trat, weil jenes für unerschütterlich, dieses für unsicher galt, sehr zweifelhaft bleiben. Nach dem Urte. v. 21. Juni 1933 bedeutete jedenfalls die Pfundvereinbarung keine solche Sicherheitsabrede, mochte sie auch um der vermeintlichen Unerschütterlichkeit des Pfundes zum Gegenstande des dem deutschen Recht unterstehenden Vertrages gemacht sein.

Die ausdrückliche oder dem Sinne nach vereinbarte Goldwertklausel verpflichtet zur Zahlung des vollen Goldwertes. Das kann nach der Entwertung des Pfundes zu unvorhergesehenen Vorteilen für den Pfundgläubiger führen. Im Falle des vorstehenden Urteils hat der Schuldner daraus einen Einwand herzuleiten gesucht, vergeblich, da der Vorteil nicht ungerechtfertigt sei, „weil er in der Vereinbarung der Goldwertklausel seine rechtliche Grundlage hat“. Indes, die gleichmäßig starre Anwendung dieses Grundsatzes scheint mir nicht unbedenklich. Sie kann zu wirtschaftlichen Härten führen, die mit einem gesunden Rechtsempfinden unvereinbar sind (vgl. dazu z. B. Simonson: BankArch. XXXII, 450).

Deshalb darf daran erinnert werden, daß, in freilich nicht ganz einheitlicher Rspr., das RG. anlässlich der Markentwertung entschieden hat, daß das Geltenmachen eines Kursicherungsvorbehalts unter Umständen einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten sei (vgl. meine Übersicht „Markentwertung und Aufwertung im Lichte der Rspr.“: JW. 1924, 1453).

Führt die Betrachtung des Falles zu der Annahme, daß der Goldwert weder ausdrücklich noch dem Sinne nach vereinbart ist, so fragt sich wieder wie einst: Mark gleich Mark: Pfund gleich Pfund? Dollar gleich Dollar? Das RG. antwortet: Nein! Wie Arndt: JW. 1930, 1644 betont, befindet sich das RG. mit dieser Meinung grundsätzlich im Einklang mit dem Schiedsgericht der Internationalen Handelskammer, wenn es auch in der Bezr. abweicht. Anknüpfend an seine frühere, oben näher umrissene, aus Anlaß der Markentwertung entwickelte Rspr. wird dem Pfundgläubiger ein sog. Ausgleichsanspruch, je nach Lage des Falles, gewährt. Daß nach dem Anschauungsunterricht über die verheerenden wirtschaftlichen Wirkungen, die die Markentwertung während der allzulangen Zeit zeigte, wo der Satz: Mark gleich Mark galt, nicht auch der Satz: Pfund gleich Pfund Geltung gewinnen konnte, dürfte keinem begründeten Zweifel unterliegen. Gewähren die hier behandelten Urte. einen Ausgleichsanspruch gegenüber der Pfundentwertung auch schon ohne besonders tiefgreifende Valutaänderung, so vermeiden sie damit einen Irrtum, den das RG. gegenüber der Markentwertung beging. In diesem Punkte sind die erwähnten Urte. um so mehr zu beachten, als das Urte. I 18/33: Warn. 1933, 226/28 in dieser Beziehung zu Mißverständnissen verleiten könnte. „Ausgleich, die Grundlage aller Verträge, folglich

den letzteren das ausschließliche Recht der Kundenwerbung und das Recht, Insertionsverträge im eigenen Namen mit Personen abzuschließen, die in den betreffenden Blättern inserieren wollen. Die Berufsvereinigungen hingegen übernehmen die Verpflichtung, die ihnen von der Kl. überwiesenen Inserate in dem Inseratenteil ihrer Blätter aufzunehmen und zusammen mit den letzteren in ihrem Abonnementkreis zu verbreiten. Vier Verträge solchen Inhalts mit Berufsvereinigungen hat der Befl. als Pachtverträge versteuert und eine Stempelsteuer von 487 RM eingezogen. Die Kl. verlangt die Zurückzahlung von

allen Rechts“, fordert Nießsche. Daß sachlich ein ins Gewicht fallender Unterschied zwischen dem Aufwertungs- und dem Ausgleichsanspruch bestehe, ist nicht wohl anzunehmen. Der Ausgleichsanspruch gegenüber der Pfundentwertung enthält nach seiner Best. durch die bisher veröffentlichten Urte. im wesentlichen dieselben Merkmale wie der Aufwertungsanspruch. Verweist doch auch das neue Urte. zur Klärung des Ausgleichsanspruchs auf das grundlegende Urte. aus der AufwertungsRspr. RG. 103, 332 = JW. 1922, 702. Der Name Ausgleichsanspruch verdient insofern den Vorzug, als er den Anspruch nach Inhalt und Zweck deutlicher als die Bezeichnung Aufwertungsanspruch veranschaulicht dürfte. Daß die Rspr. vor allem über die freie Marktaufwertung von nicht zu unterschätzender Bedeutung auch für den Pfundausgleichsanspruch ist, dürfte zutage liegen. Nicht nur, weil sie vor allem immer wieder die Notwendigkeit, unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit alle Umstände des Einzelfalles in Betracht zu ziehen betont und schon damit übt, was der Schiedspruch der Internationalen Handelskammer nach Arndts' erwähnter Ann. vermittelt, „sorgfältiger Analyse des Einzelfalles“ erstrebt. Die Rspr. über die freie Aufwertung hat auch im Verlaufe ihrer Entwicklung eine Reihe über den Einzelfall hinaus gültiger Gesichtspunkte von allgemeiner Bedeutung gezeigt, die für die Lösung der Frage Ausgleichsanspruch oder nicht, Ausgleichsanspruch in welcher Höhe, von der Wichtigkeit sind. Ich erinnere beispielsweise an den Ausschluß der Marktaufwertung durch Vorauszahlung; die Übernahme des Wagnisses der Markentwertung bei Spekulationsgeschäften; die Pflicht der vorsorglichen Eindeckung (s. näheres z. B. meine erwähnten Überichten: JW. 1924, 1451; 1925, 2654 ff.). Daß der Ausgleich unter Umständen die Zahlung in voller Goldmarkhöhe bedeuten kann, wie das vorstehende Urte., um Zweifel auszuschließen, ausdrücklich betont, bedarf keiner Erörterung.

RM. Dr. Plüm, Köln.

Zu B. Der Entsch. dürfte in vollem Umfange zuzustimmen sein. Sie entspricht auch der Meinung des Schrifttums (vgl. Wolff-Crispelli, Das Recht der Reklame, S. 341). Der Pachtvertrag spielt überhaupt im Gebiete der Reklame eine weit größere Rolle als oft angenommen wird.

Durch den Pachtvertrag wird dem Pächter neben der Gebrauchsausübung auch der Fruchtgenuss gewährt. Deshalb sind Verträge über Ausnutzung von Grundstücksfronten oder Grundstückssteilen durch Reklameunternehmungen zu Reklamezwecken für Dritte als Pachtverträge und nicht als Mietverträge anzusehen. Dem Reklameunternehmen wird die Grundstücksfläche nicht nur zum Gebrauch, sondern vor allem zum Fruchtgenuss überlassen. Daher sind alle diejenigen Verträge, durch die die Reklameunternehmungen von den Grundstücksseigentümern das Recht erhalten, entweder die Häuserfront durch Anbringung fremder Reklameschilder usw. oder die Hausdächer durch Anbringung von Luftschriften oder laufenden Schriften auszunutzen, als Pachtverträge anzusehen.

Das Pachtverhältnis kann weiter nach § 581 BGB. nicht nur Sachen, wie das Mietverhältnis, sondern auch Gegenstände betreffen. Die Rspr. (vgl. RG. 70, 20 = JW. 1908, 757) erkennt mit Recht als möglichen „Gegenstand“ von Pachtverhältnissen jeden Betrieb an, der nicht nur auf der Grundlage eines Inbegriffs von Sachen und Rechten, sondern sogar nur auf Grund von tatsächlichen Möglichkeiten, sog. Chancen, bestimmt ist, dem Inhaber Gewinn zu bringen. Danach ist im Gebiete der Reklame dann das Vorliegen eines Pachtverhältnisses anzunehmen, wenn der Inhalt des Vertragsverhältnisses darin besteht, daß der Reklameunternehmer gegen Leistung eines Entgeltes das Recht erhält, im eigenen Namen und für eigene Rechnung die bei dem Vertragsgegner vorhandene Werbemöglichkeit durch Reklameverbreitung für Dritte auszunutzen. Hiernach liegt ein Pachtvertrag vor, wenn ein Unternehmer das Recht der Reklameverbreitung für Dritte in einem Theater oder Kino erwirbt, gleichgültig ob die Reklameverbreitung durch Lichtbildprojektion, Reklamefilme, Reklameanzeigen in den Programmen, Anbringung von Reklameschildern oder Reklamekästen usw. in dem Theater erfolgt. So liegt auch ein Pachtverhältnis vor, wenn Verleger oder Herausgeber von Zeitungen oder Zeitschriften einem Unternehmer das Recht einräumen, in diesen Druckschriften die Reklame zu vergeben.

UGM. Dr. Karl-August Crispelli, Berlin.

475 *R.M.*, weil sie der Ansicht ist, daß die abgeschlossenen Verträge keine Pachtverträge, sondern Werkverträge oder unbekannte Verträge seien und deshalb höchstens nach *TarSt.* 18 *Ziff.* 2 mit je 3 *R.M.* zu versteuern seien.

*OG.* hat verurteilt, *WG.* abgewiesen, *RG.* die *Rev.* zurückgewiesen.

Der *Verf.* führt aus:

1. Die streitigen Verträge seien Pachtverträge über einen selbständigen Teil eines Gewerbebetriebes (*RG.* 70, 20). Verpachtet sei die in dem Inseratengeschäft liegende Wahrscheinlichkeit — Chance —, durch Ausnutzung der Werbemöglichkeiten der Zeitungen und Zeitschriften im eigenen Namen und für eigene Rechnung Erwerbsgeschäfte zu betreiben und daraus Einkommen zu gewinnen. Der Annahme eines Pachtvertrages stehe es nicht entgegen, daß sich der Pächter die wirtschaftlichen Voraussetzungen zur Verwirklichung dieser Wahrscheinlichkeit erst selbst durch eigene Werbetätigkeit aus eigenen Mitteln schaffe.

2. Gegen die Annahme eines Werkvertrages spreche entscheidend, daß das wirtschaftliche Hauptgewicht der Verträge nicht darin liege, daß der Verleger für Zwecke der *KL.* gegen eine Werkvergütung Annoncen herstelle und verbreite, sondern darin, daß die *KL.* durch selbständige Ausnutzung der in den Zeitschriften liegenden Werbemöglichkeiten gegen Zahlung eines bestimmten Entgelts auf Zeit in den Stand gesetzt werden solle, im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit den Annonceninteressenten für sich selbst Erwerbsgeschäfte zu betreiben.

3. Auch ein sog. unbenannter Vertrag liege nicht vor, denn das Wesen des Pachtvertrages werde im vorl. Falle nicht dadurch verändert, daß der Verpächter verpflichtet sei, die von der *KL.* geworbenen Annoncen in seiner Zeitschrift zum Abdruck zu bringen und darüber in bestimmter Weise Rechenschaft abzulegen. Diese Verpflichtung ergebe sich daraus, daß nur ein Teil eines Gewerbebetriebes verpachtet sei und daß die Fruchtgewinnung daraus nur möglich sei, wenn der Verpächter dem Pächter die Einrichtung seines übrigen Betriebes im bestimmten Umfange zur Verfügung halte. Deshalb handele es sich bei der Verpflichtung zum Druck und zur Veröffentlichung der Annoncen nicht um Hauptverpflichtungen des Vertrages, sondern um Nebenbestimmungen, die den Charakter des Vertrages als Pachtvertrag nicht aufheben.

Das *VG.* billigt die *Entsch.* des *RG.* Zum Wesen eines Pachtvertrages gehört die Überlassung 1. eines fruchtbereiten Gegenstandes an den Pächter, 2. auf Zeit, 3. gegen Entgelt, 4. zur selbständigen Fruchtziehung im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Eine Verpflichtung des Pächters zum Gebrauch und zur Nutzung des gepachteten Gegenstandes gehört nicht zu den wesentlichen Merkmalen des Pachtvertrages, verändert aber den Vertragstypus nicht. Verpflichtungen des Verpächters, die über § 581 *BGB.* hinausgehen, verändern den Vertragstypus ebenfalls nicht, wenn sie Nebenverpflichtungen sind oder wenn dadurch lediglich die Verpflichtung des Verpächters, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Ertragsfrüchte während der Pachtzeit zu gewähren, näher ausgestaltet wird. So kann die Verpachtung von Kühlräumen durch die Verpflichtung des Verpächters zur Lieferung der erforderlichen Kälte und die Verpflichtung des Vermieters oder Verpächters von Räumen dadurch ausgestaltet werden, daß der Verpächter oder Vermieter ihre Belichtung, Beheizung oder Versorgung mit elektrischem Strom übernimmt. Gegenstand des Vertrages ist dann die Gewährung abgekühlter, belichteter, beheizter oder mit elektrischem Strom versehener Räume, ohne daß hierdurch im Einzelfall der Rechtscharakter der Pacht oder der Miete verändert zu werden braucht oder ein Nebenvertrag, etwa Kauf- oder Werkvertrag, wegen der Lieferung von Kälte, Licht, Wärme oder Strom anzunehmen ist. Ebenso ist die entgeltliche, nicht ausschließliche Lizenzgewährung, bei der dem Lizenzträger der Gebrauch der Erfindung sowie ihre Nutzung durch Gewinnung von Einkommen gestattet wird, auch dann Rechtspacht, wenn die Verpflichtung des Verpächters zur Gebrauchsgewährung dadurch eine eigentümliche Ausgestaltung erfährt, daß sich der Verpächter verpflichtet, den Pächter bei der Einarbeitung zu belehren, und bei der Ausübung der Lizenz nach Möglichkeit

zu unterstützen sowie ihn später auf Verbesserungen des Verfahrens aufmerksam zu machen (*RG.* 137, 360).

Dem *Verf.* kann vom Rechtsstandpunkt aus nicht entgegengetreten werden, wenn er in dem vorl. Falle in der Verpflichtung der Verpächter zur Drucklegung und Veröffentlichung der Annoncen lediglich eine besondere Ausgestaltung der Hauptverpflichtung der Verpächter zur Gebrauchsgewährung erblickt hat.

(U. v. 26. Sept. 1933; VII 117/33. — Berlin.) [Ru.]

4. § 823 *BGB.* Ein Artist, der bei einer Zirkusvorstellung eine für die Zuschauer gefährliche Einrichtung benutzt, die der Zirkusunternehmer anzubringen hat, muß für die Beseitigung von Fehlern der Anbringung auch selbst sorgen, besonders wenn er Eigentümer der Einrichtung ist. †)

Am 26. Dez. 1928 saß die *KL.* bei einer Zirkusvorstellung im Zuschauerraum. Der *Bevl.* trat als Leiter der Artistengruppe „Kanonenkönig“ auf. Dabei wurde einer der Artisten aus einer Art Kanone herausgeschleudert und fiel in ein etwa 50 qm großes Fangnetz, das durch Taue festgehalten wurde, die zum Teil über den Zuschauerraum hinwegliefen. Eines dieser Taue fiel nach der Landung des Artisten in dem Netz herunter und traf die *KL.* am Kopf.

*OG.* erklärte den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt, *OVG.* wies die Klage ab, *RG.* hob auf und wies die Berufung zurück.

Nach der Feststellung des *VG.* ist der Unfall der *KL.* dadurch herbeigeführt worden, daß sich infolge des Falles des Artisten in das zu straff gespannte Sicherheitsnetz eines der Halbetaue vom Haken des Flaschenzuges gelöst hat und auf die *KL.* gefallen ist, ohne von der — verschobenen — Schlaufe der Sicherheitsvorrichtung gehalten zu werden; die alleinige Ursache des Unfalls sei demnach die zu straffe Spannung des Netzes.

Die Schadenersatzpflicht des *Bevl.* gem. § 823 *BGB.* ergibt sich zunächst aus der unstrittigen Tatsache, daß er der Eigentümer des Fangnetzes war, in Verbindung mit der Feststellung des Vorderrichters, daß der *Bevl.* den mit dem Spannen des Netzes beschäftigten Zirkusarbeitern zugerufen hat, sie sollten das Netz (oder Seil) nicht so straff spannen, sondern nachlassen. Danach hat er die fehlerhafte Spannung des Netzes rechtzeitig bemerkt und damit den Mangel erkannt, der später die Ursache des Unfalls der *KL.* geworden ist; daß ihm als Artisten die Notwendigkeit einer genügend lockeren Spannung des Netzes — ebenso wie auch dem Zirkusunternehmer, von dem dies auch der *Verf.* annimmt — bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, erhellt ohne weiteres. Demnach wäre es zum mindesten nach dem in ständiger *Rspr.* anerkannten Grundsatz, daß der Eigentümer dafür zu sorgen hat, daß bei billiger Rücksichtnahme auf die Belange anderer nach Maßgabe der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt seine Sachen nicht durch ihre Beschaffenheit dritte Personen in Gefahr bringen (vgl. u. a. *RG.* 51, 408; 52, 379; 60, 140; 81, 223<sup>1)</sup>; 88, 434<sup>2)</sup>; 89, 122 u. 385; 90, 68<sup>3)</sup> u. 410<sup>4)</sup>; 92, 25 u. 362<sup>5)</sup>; 97, 26; 127, 34<sup>6)</sup>; 134, 234<sup>7)</sup>; *ZurAbfch.* 1933 Nr. 751; *RGWRomm.* Erl. 6f zu § 823), Pflicht des *Bevl.* gewesen (§ 276 *BGB.*), zumal in Anbetracht der Schwere der Gefahren, die nicht nur dem aus

<sup>1)</sup> *ZW.* 1913, 3374. <sup>2)</sup> *ZW.* 1916, 1532. <sup>3)</sup> *ZW.* 1917, 711.

<sup>4)</sup> *ZW.* 1918, 34. <sup>5)</sup> *ZW.* 1918, 431. <sup>6)</sup> *ZW.* 1930, 1208.

<sup>7)</sup> *ZW.* 1932, 1726.

Zu 4. Es steht in der *Rspr.* ziemlich fest und kann keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß derjenige aus unerlaubter Handlung verantwortlich ist, der in bezug auf eine Sache eine gefährdende Situation herstellt oder unterhält, falls ihn der Vorwurf eines Verschuldens trifft und aus jener Situation ein Schaden sich entwickelt hat. Das gilt besonders in den Fällen, wo der Hersteller der gefährdenden Sachlage zugleich Eigentümer jener Sache ist (vgl. die vom Erkenntnis angezogenen älteren Erkenntnisse); es wäre aber darauf überhaupt nicht angekommen — man darf auch mit fremden Sachen nicht so hantieren, daß sich daraus vermeidbare Gefährdungen und Beschädigungen Dritter ergeben können. Ein solcher Gefährdungsfall lag hier vor. Man könnte höchstens fragen, ob nicht

der Kanone herausgeschleuderten Artisten, sondern auch den Zuschauern drohten, sich von der Befolgung der von ihm getroffenen Anordnung zu überzeugen, bevor er seine Vorstellung beginnen ließ. Das hat er unterlassen, und daraus folgt seine Verantwortlichkeit für den der Kl. erwachsenen Schaden auf Grund des § 823 BGB., eine Verantwortlichkeit, die er der Kl. gegenüber selbst dann nicht auf den Zirkusunternehmer abwälzen kann, wenn dieser ihm gegenüber für die sachgemäße Spannung des Netzes einzustehen verpflichtet sein sollte. Die schweren Gefahren, die mit seiner Vorführung verbunden waren, hätten dem Bekl. als dem Veranstalter selbst dann, wenn er nicht Eigentümer des Netzes gewesen wäre, zu einer Abstellung des von ihm bemerkten Mangels in der Art der Aufspannung des Netzes Anlaß geben müssen (§ 276 BGB.), so daß er auch schon aus diesem Grunde der Kl. gem. § 823 Abs. 1 BGB. schadensersatzpflichtig ist. Ob sich die Haftung des Bekl. auch aus § 831 BGB. begründen ließe, kann hiernach dahinstehen.

(U. v. 12. Okt. 1933; VI 202/33. — Dresden.) [5.]

5. § 1333 BGB. Ein Schwachjinn der nachbezeichneten Art bildet keinen Anfechtungsgrund.†)

Im maßgebenden Zeitpunkt der Eheschließung war keine „echte systematisierte Paranoia“, keine „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“ vorhanden, sondern nur eine „gewisse geistige Minderwertigkeit“ mit „krankhafter Bindung überwertiger Ideen“, wie sie „Menschen in sehr hoher Zahl“ haben. Der Sachverständige bezeichnet sie als „kindlich-unreife Persönlichkeiten“, als „große Kinder“, die in Ehe und Beruf „ganz gut bestehen, solange nicht ungewöhnliche Umstände und Ereignisse eine besonders hohe Anforderung an die geistige Leistungsfähigkeit und die seelische Widerstandskraft stellen“. Er fügt hinzu, wenn die Ehe in einigermaßen normaler Weise verlaufen wäre, auch wenn allerlei rein äußere Schwierigkeiten sie getrübt hätten, so würde die Bekl. allen Anforderungen genügt haben, die man an eine Ehefrau zu stellen pflegt; jedenfalls würde sie „nicht gröblich versagt haben und vor allem von einer wirklichen geistigen Störung verschont geblieben sein“.

Legt man mit dem BG. diese Ausführungen zugrunde, so entfällt auch der Gesichtspunkt, daß die Bekl. zur Zeit der Eheschließung mit einer Anlage behaftet gewesen wäre, die nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu einer wirklichen geistigen Erkrankung hätte führen müssen, so daß in diesem Sinne eine persönliche, die Anfechtung rechtfertigende Eigenschaft von vornherein anzunehmen wäre (vgl. RG. 125, 172:)).

Bei dem geringen Grade von geistiger Minderwertigkeit, wie ihn das BG. für den Zeitpunkt der Heirat festgestellt hat, würde sich auch dann keine andere rechtliche Beurteilung er-

1) JW. 1930, 989.

der Bekl. ein unselbständiges, bloß ausführendes Organ des Zirkusbesitzers gewesen sei, so daß die Verantwortlichkeit nach außen nur diesen letzteren treffen würde. Aber das dürfte hier nicht der Fall gewesen sein: nicht nur war das Fangnetz, durch dessen sachwidrige Anbringung die Kl. den Schaden erlitt, Eigentum des Bekl., sondern er hatte auch seinerseits die Anordnungen über jene Anbringung selbstständig getroffen. Allerdings verfuhr er bei diesen Anordnungen an sich sorgsam; aber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erstreckte sich auch darauf, daß er die Befolgung seiner an sich sachgemäßen Anordnungen überwachte. Da er das nicht getan zu haben scheint, trifft ihn nach § 823, aber m. E. auch für das Verschulden seiner nicht kontrollierten Gehilfen nach § 831 die Verantwortung.

Geh. J.R. Prof. Dr. Paul Dertmann, Göttingen.

Zu 5. Dieses Ur. entspricht der ständigen Rspr. des RG. bezüglich einer engen Auslegung der Anfechtungsfälle einer Ehe, insbes. des § 1333 BGB.

Wenn man den Gedankengängen des RG. in der Entsch. RG. 73, 124, daß eine abstrakte Besorgnis des Ausbruches einer Geisteskrankheit nicht die Anfechtung einer Ehe rechtfertigt, noch folgen kann, so muß der Gedanke, daß eine Anfechtung der Ehe ausgeschlossen ist, wenn die geistige Veranlagung nach der gewöhnlichen Entwicklung der Dinge nicht zur Geisteskrankheit führen müsse, abgelehnt werden. Das RG. bringt durch Einführung des rein äußeren Moments, nämlich der Störung des Seelenlebens durch außergewöhnliche Ereignisse eine im Gesetz

geben, wenn (wie der Bekl. ohne weiteres annimmt), die erörterte geistige Verfassung sich auf etwaige Nachkommen übertragen haben würde. Ebenso wenig ist dazu die Tatsache geeignet, daß im Verlauf der Ehe sich bei der Bekl. ein Verfolgungswahn herausgebildet hat, der sie zu der wahnhaften Vorstellung geführt hat, daß ihre Nebenbuhlerin ihr nach dem Leben trachte, und der auf dem hierdurch begrenzten Gebiete eine Geisteskrankheit der Bekl. begründete. Es handelte sich hierbei nicht um den normalen Ablauf der Dinge; jener Zustand wurde vielmehr durch das eigene schuldhaftige Verhalten des Kl. herbeigeführt. Denn wie der Sachverständige und mit ihm erkennbar auch das BG. annehmen, ist diese geistige Störung erst durch die fortgesetzten ehewidrigen Beziehungen des Kl. zu der E. ausgelöst worden.

Der festgestellte Sachverhalt rechtfertigt hiernach, ohne daß es weiterer tatsächlicher Prüfung durch den Tatrichter bedürfte, die rechtliche Folgerung, daß es für die allein auf die erörterte geistige Erkrankung gestützte Anfechtungsklage an der erforderlichen Unterlage fehlt.

(U. v. 9. Okt. 1933; IV 165/33. — Frankfurt.) [5.]

6. §§ 1154 Abs. 3, 883 Abs. 2, 1179 BGB.; § 91 Zw. Verf. G.; §§ 40, 54 BGB.

1. Solange die Grundschuld besteht, ist ein künftiger oder bedingter Anspruch auf den etwaigen Versteigerungserlös aus ihr nicht denkbar, kann daher auch nicht abgetreten werden; die Abtretung wird auch nicht durch Erlöschen der Grundschuld durch den Zuschlag wirksam.

2. Der an Stelle der Grundschuld durch Zuschlag getretene Anspruch auf den Versteigerungserlös ist die Fortsetzung der früheren Grundstücksbelastung; jedoch bedürfen Verfüigungen über ihn keiner Form.

3. Die Vorschrift des § 1179 BGB. darf nicht ausdehnend ausgelegt werden. Eine im Widerspruch hiermit und unter Verletzung von § 40 B.G. eingetragene Vormerkung wird dadurch allein noch nicht zu einer i. S. des § 54 B.G. unzulässigen Eintragung.

Die Eintragungsfähigkeit des eingetragenen Rechtes entscheidet. Auch der künftige Erwerb einer Hypothek durch den Eigentümer oder einer Fremdhypothek und die darauf gerichtete Vormerkung sind eintragungsfähig.†)

1. Rechtlich bedenkenfrei sind die Ausführungen des BG., daß die Kl. aus der Abtretung v. 11./12. Dez. 1930 keine Ansprüche auf den Versteigerungserlös herleiten kann. Denn

nicht enthaltene Begrenzung der Anfechtungsgründe einer Ehe hinein. Es darf nicht die Anfechtungsmöglichkeit bei unzweifelhaft vorliegender Geisteschwäche darauf abgestellt sein, ob diese Person bei gewöhnlichem Laufe der Dinge noch eben den an sie gestellten Anforderungen der Ehe standhält, sondern es muß eine Anfechtung gem. § 1333 BGB. stets gegeben sein, wenn bei vorliegendem Schwachsinn im medizinischen Sinne die begründete Besorgnis des Ausbruches der Geisteskrankheit gegeben ist.

Es kann keinem Ehepartner zugemutet werden, die Ehe fortzusetzen, obgleich er ständig befürchten muß, daß irgendein von seinem oder seines Ehegenossen Willen unabhängiges außergewöhnliches Ereignis, das Seelen- oder Geistesleben des anderen erst völlig in Verwirrung bringt, da zweifellos die Kenntnis einer solchen Veranlagung jeden ernst Denkenden von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde.

Gilt dieser Satz schon für vergangene ruhige Zeiten, so muß er um so mehr für eine Epoche, wo an jeden Volksgenossen außergewöhnliche Anforderungen im allgemeinen und im Bereiche der Ehe im besonderen gestellt werden, in erhöhtem Maße gelten, wenn man berücksichtigt, daß in einer Zeit der Eugenetik die Staatsstendenz nicht der mühseligen Erhaltung des abnormen und krankhaft Schwachen, sondern der Förderung eines starken Volksganzen gilt.

RA. Dr. Eberhard Senke, Berlin.

Zu 6. I. Daß bei bestehender Grundschuld ein selbständiger Anspruch auf den Versteigerungserlös nicht denkbar und daher zu Zwecken eigener Verfügung nicht ausschreibbar ist, hat seinen Grund

zur Zeit der Abtretung war der Zuschlag noch nicht erteilt, die Grundschuld bestand daher noch. Nach der Rspr. des erf. Sen., an der bis in die jüngste Zeit festgehalten worden ist (V 52/31 v. 26. Sept. 1931 und V 264/32<sup>1)</sup> v. 26. Nov. 1932), ist, solange die Grundschuld besteht, ein künftiger oder bedingter Anspruch auf den etwaigen Versteigerungserlös aus ihr nicht ausscheidbar, neben ihr nicht selbständig denkbar. Der Anspruch auf den Versteigerungserlös kann daher nicht Gegenstand von Verfügungen sein, die nicht zugleich das Recht selbst ergreifen und sich wirksam nur in den für dieses vorgeschriebenen Formen vollziehen können. Solange die Grundschuld bestand, war daher ihre Abtretung nur nach Maßgabe des § 1154 Abs. 3 BGB. und ihre Pfändung nur nach Maßgabe des § 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO. möglich. Die Abtretung v. 11./12. Dez. 1930 bezog sich aber nur auf den künftigen Versteigerungserlös, die Pfändungen sind, ebenso wenig wie die vorgenannte Abtretung im Grundbuch eingetragen worden. Diese Rechtsakte sind auch nicht dadurch wirksam geworden, daß die Grundschuld durch den Zuschlag erloschen ist (RG. 70, 278<sup>2)</sup>; 76, 231<sup>3)</sup>). Wie insbes. in der letztgenannten Entsch. ausgeführt ist, hat die Best. des § 830 Abs. 2 ZPO. nur die Bedeutung, daß die Wirkung der Pfändung dem Drittschuldner gegenüber, wenn sie durch Übergabe des Briefs oder durch Eintragung wirksam wird, auf den Zeitpunkt der Zustellung des Pfändungsbefchlusses zurückbezogen wird.

2. Hiernach kann es sich nur fragen, ob der Klageanspruch in der am 2. Jan. 1932 erfolgten Abtretung des Anspruchs des Grundeigentümers auf Auszahlung der hinterlegten Beträge seine Stütze findet. Da aber diese Abtretung zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, als die Best. ihre Rechte aus der von ihr ausgebrachten Pfändung bereits wirksam erworben hatte, so kann sich die Kl. auf die Abtretung nur dann berufen, wenn ihr die am 8. Aug. 1925 im Grundbuch eingetragene Vormerkung zur Seite steht (§ 883 Abs. 2 BGB.). Diese Vormerkung hatte folgenden Inhalt: „Vormerkung zugunsten der B. zur Sicherung ihres Rechts, Abtretung der

Grundschuld an sie zu fordern, soweit sich diese Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.“ Das BG. meint nun zunächst, die Abtretung v. 2. Jan. 1932 gehe auf einen ganz andersartigen Anspruch als auf den durch die Vormerkung gesicherten. Diese Ansicht wird von der Rev. mit Recht bekämpft. Die Vormerkung war eingetragen zur Sicherung des Rechts der Kl., Abtretung der Grundschuld an sie zu fordern, soweit sich die Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person vereinigte. Vor der Erteilung des Zuschlags im ZwVerstVerf. hätte dieser Anspruch allerdings nur durch Abtretung der Eigentümergrundschuld gemäß § 1154 Abs. 3 BGB. erfüllt werden können. Nachdem die Grundschuld durch den Zuschlag erloschen ist (§ 91 ZwVerstG.), ist an ihre Stelle der Anspruch auf den Versteigerungserlös getreten (§ 92 das.; vgl. RG. 88, 300<sup>4)</sup>; 125, 332 [367]<sup>5)</sup>). Wie in der letztgenannten Entsch. ausgeführt ist, ist für Verfügungen über diesen Anspruch nicht mehr die Form erforderlich, in der zur Zeit des Bestehens des dinglichen Rechts über dieses nur verfügt werden konnte, vielmehr kann der Anspruch auf den Versteigerungserlös nunmehr formlos abgetreten werden. Nichtsdestoweniger handelt es sich bei dem Anspruch auf den Versteigerungserlös um eine Fortsetzung, ein Surrogat der früheren Grundstücksbelastung. Wenn also der Grundstückseigentümer, der verpflichtet war, eine ihm zustehende Eigentümergrundschuld auf einen anderen zu übertragen, nachdem die Eigentümergrundschuld durch den Zuschlag erloschen ist, den Anspruch auf den Erlös, soweit er auf die Eigentümergrundschuld entfällt, dem Berechtigten abtritt, so handelt er in Erfüllung seiner ursprünglichen Verpflichtung.

3. Das BG. will der Vormerkung, soweit sie sich auf eine zur Zeit ihrer Eintragung noch nicht zur Entstehung gelangte Eigentümergrundschuld bezieht, jede Rechtswirkung versagen, weil sie insoweit i. S. des § 54 W.D. inhaltlich unzulässig sei. Es ist nicht zu verkennen, daß der Standpunkt des BG. in der früheren Rspr. des erf. Sen. eine Stütze findet. Das RG. hat einerseits in ständiger Rspr. die Auffassung vertreten, daß der Eintragung einer Vormerkung der

<sup>1)</sup> JW. 1933, 52. <sup>2)</sup> JW. 1909, 167. <sup>3)</sup> JW. 1911, 588.

<sup>4)</sup> JW. 1916, 1191. <sup>5)</sup> JW. 1929, 3293.

in der Rechtsstatute, daß der Anspruch auf Befriedigung eben den Hauptinhalt des Realrechts bildet, so daß nach seiner Aussonderung nur eine formale Hülle übrigbleiben würde (vgl. RG. 70, 280 = JW. 1909, 167). Es ist daher eine Verwertung des Anspruchs auf den künftigen Erlös nur im Wege der Verfügung über das Realrecht selbst möglich; bei rechtsgeschäftlicher Veränderung in der Form des § 1154 Abs. 3 (§ 1192 Abs. 1) BGB., bei Pfändung in der Form des § 830 Abs. 1 (§ 857 Abs. 6) ZPO. Bezüglich der Hyp., die ja begrifflich den Bestand einer Forderung voraussetzt, korrespondiert diese Regelung mit der Best. des § 1153 Abs. 3 BGB., der die Möglichkeit einer Abtretung der Forderung ohne die Hyp. ausschließt.

II. Obwohl der Anspruch auf den Versteigerungserlös die unmittelbare Fortsetzung, das Surrogat des früheren Realrechts darstellt (arg. § 92 ZwVerstG.), so kann doch eine unter Nichtbeachtung der genannten Regeln vorgenommene Verfügung oder Zwangsvollstreckung auch nicht durch den Zuschlag wirksam werden. Wäre es anders, so würde ein dritter Gläubiger, der nach Erlöschen des Realrechts die restierende Forderung ordnungsgemäß (§ 829 ZPO.) gepfändet oder durch Abtretung (§ 398 BGB.) erworben hätte, ungeschützt sein und demjenigen weichen müssen, der eine den Erfordernissen des Gesetzes (§ 830 ZPO.) entsprechende Vollstreckungshandlung nicht vorgenommen hatte bzw. dem das Recht nicht wirksam (§ 1154 BGB.) übertragen war. Diesen Gesichtspunkt hatte bereits RG. 76, 234 = JW. 1911, 588 verwertet.

III. Bis hierher ist alles alterworbene und wohlbegründetes Rechtsgedankengut. Was das RG. nun für die Wirksamkeit der Vormerkung anführt, stellt eine so bedeutungsvolle Weiterbildung der in RG. 61, 379 = JW. 1905, 731 über RG. 78, 67 = JW. 1912, 242 und RG. 120, 110 ff. = JW. 1928, 1494 entwickelten Grundsätze dar, daß man nur bedauern kann, daß auch die vorl. Entsch. sich noch scheut, die letzten Folgerungen aus den in ihr aufgestellten Prämissen zu ziehen. Denn nach der Gedankenführung des RG. bleiben befremdende Unebenheiten stehen. In materiellrechtlicher Hinsicht zunächst die, daß zwar § 1179 BGB. nicht ausdehnend auszulegen sei, daß aber § 883 Abs. 1 Satz 2 eine B. der vorliegenden Art unmittelbar ermöglichen solle. Formellrechtlich ist die Eintragung der B. zur Sicherung des Berechtigten unbedingt erforderlich; sie darf jedoch nach der Ansicht des RG. nicht erfolgen, weil es an der Voreintragung des Verfügenden und des Rechtes, über das verfügt wird, fehlt (§ 40 W.D.); andererseits äußert die Eintragung alle

ihre zugebachten Rechtswirkungen, wenn das GBL. sie entgegen dem Gesetz vornimmt.

Schon die Allgemeingültigkeit des Satzes, der dieses Ergebnis zu rechtfertigen bestimmt ist, daß nämlich unser bürgerliches Recht von dem Grundsatz beherrscht werde, einmal vorgenommene Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten, muß im Hinblick auf die Best. der §§ 139, 154 BGB. bezweifelt werden; sodann ist die Eintragung der B., deren Aufrechterhaltung angesichts der §§ 40, 54 W.D. doch nach dem Ur. allein in Frage steht, ganz gewiß kein Rechtsgeschäft, sondern ein Gerichtsakt. Endlich ist es überhaupt mißlich, zu einer Entsch., über deren ergebnismäßige Richtigkeit und rechtspolitische Bejahung kaum getritten werden kann, nur mit Hilfe einer solchen Eselsbrücke, wie der genannte allgemeine Satz sie doch darstellt, zu gelangen.

Im Kernpunkte reicht das Problem, um das es hier geht, weit über den vorl. Fall hinaus und taucht überall da auf, wo es sich um die Möglichkeit der Verfügung über entstehende oder entstandene Eigentümergrundschulden (E.) handelt. Zu der Vorfrage, ob über derartige, regelmäßig dem Umfang und auch der Person des späterhin Verpflichteten nach unbestimmte Rechte überhaupt wirksam verfügt werden könne, hatte das RG. zunächst nur im Rahmen des Rechtsinstituts der Sicherungshypothek abschließend Stellung genommen. Es hatte angenommen, daß hier von vornherein eine, durch Valutierung auflösend bedingte E. zur Entstehung gelangen, die in dieser Gestalt sowohl abgetreten wie gepfändet werden könne. RGWarn. 1929 Nr. 151 hatte hierüber hinaus der Auflassung Geltung verschafft, daß auch die Verkehrshyp. stets die Grundlage für die Entstehung einer künftigen E. in sich trage und daß die hierdurch gegebene Anwartschaft bereits Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verfügung sein könne. Die vorl. Entsch. dehnt diese Auffassung sowohl auf die Fremgrundschuld wie auf die Frage der Vormerkungsfähigkeit aus. Nur ein Schönheitsfehler ist es, daß sie die Anwartschaft auf die durch Tilgung der Fremgrundschuld entstehende E. als künftiges Recht bezeichnet, während doch das Zukunftsmoment nur dem Begriffsinhalt des Anwartschaftsrechts als Beziehungsfunktion innewohnt, die Anwartschaft selbst aber ein gegenwärtiges Recht ist.

Die Möglichkeit einer folgerichtigen Auswertung dieser Ergebnisse versperrt sich jedoch nun das RG. nach wie vor durch formalistische Handhabung des § 40 W.D. Denn was ist damit ge-

hier fraglichen Art die Ordnungsvorschr. des § 40 GBD. entgegensteht, daß insbes. die Ausnahmenvorschr. des § 1179 BGB. nicht ausdehnend ausgelegt werden darf (RG. 72, 274<sup>6</sup>); 75, 245<sup>7</sup>); 84, 78; 97, 223). Dieser Meinung hat sich auch das RG.: RGZ. 45, 268 unter Aufgabe seiner früheren abweichenden Mjpr. angeschlossen. Hieran ist auch weiter festzuhalten. Andererseits hat der erl. Sen. wiederholt ausgesprochen, daß eine Grundbucheintragung, die unter Verletzung der Vorschr. des § 40 GBD. erfolgt ist, dadurch allein noch nicht zu einer inhaltlich unzulässigen i. S. des § 54 GBD. geworden ist (vgl. RG. 120, 110—112<sup>8</sup>). In dieser Beziehung kommt vielmehr in Betracht, ob das eingetragene Recht als solches überhaupt nicht eintragungsfähig war, oder ob die Eintragung so unklar ist, daß in einem wesentlichen Punkte nicht ersehen werden kann, worum es sich bei der Eintragung handelt. In früheren Entsch. ist nun allerdings ausgeführt, daß nur Verfügungen über solche Rechte im Grundbuch eintragungsfähig seien, die bereits entstanden seien, daß infolgedessen Verfügungen über eine nur möglicherweise in Zukunft entstehende Eigentümergrundschuld im Grundbuch nicht eingetragen werden könnten, und daß dieser Grundsatz auch auf Vormerkungen anzuwenden sei (vgl. RG. 61, 374; 72, 274; 97, 223). Hiervon abweichend hat jedoch der erl. Sen. in der Entsch. v. 28. Juni 1929 (RGW. 1929 Nr. 151) ausgeführt, daß auch die Möglichkeit des künftigen Erwerbs einer Hypothek durch den Eigentümer infolge Erlöschens der Forderung gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. bereits eine Anwartschaft und als solche ein künftiges Recht darstelle, das in einem bestehenden Rechte seine Grundlage habe und über das mit dinglicher Wirkung verfügt werden könne, so daß die Eintragung der Verfügung im Grundbuch, falls sie entgegen der Ordnungsvorschr. des § 40 GBD. vorgenommen sei, nicht inhaltlich unzulässig sei. Diese Entsch. bringt den das Recht des BGB. beherrschenden Grundsatz zu Geltung, einmal vorgenommene Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten; an ihr ist festzuhalten. Dem künftigen Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. steht in dem hier in Frage kommenden Sinn der künftige Erwerb der Fremdbgrundschuld durch den Eigentümer gemäß §§ 1142, 1143, 1192 BGB. gleich (vgl. RG. 78, 61 [67]<sup>9</sup>). Was aber in der Entsch. v. 28. Juni

<sup>6</sup>) JW. 1910, 73.

<sup>7</sup>) JW. 1911, 404.

<sup>8</sup>) JW. 1928, 1494.

<sup>9</sup>) JW. 1912, 242.

wonnen, daß das höchste Gericht nunmehr allgemein anerkennt, daß über die vorläufige oder künftige E. mit dinglicher Wirkung verfügt, die obligatorische Verpflichtung zu solchen Rechtsakten auch vorgemerkt werden kann, wenn praktisch die Möglichkeit, diese Vorgänge durch Eintragung rechtswirksam zu gestalten, ausgeschlossen wird? Daß die unter Verletzung des § 40 GBD. (so wie das RG. ihn versteht) vollzogene Eintragung gleichwohl für gültig gehalten wird, ist ein schlechter Trost, der um so ärmlischer ist, als eben nur derjenige Rechte erlangt, dem (nach der Ansicht des RG.) eine Gesetzesverletzung des Grundbuchbeamten zu Hilfe kommt.

Es ist allgemein anerkannt, daß Eigentümerspfandrechte, sobald sie entstanden und nachgewiesen sind, ohne zuworige Umschreibung von dem Eigentümer abgetreten, zur Löschung gebracht oder gepfändet werden können. Stellt man ihnen nicht nur die bei der Höchstbetragshyp. bestehende, auslösend bedingte E., sondern auch die Anwartschaft auf künftig entstehende Eigentümerspfandrechte materielrechtlich gleich, so muß man entsprechend auch die Zulässigkeit der Aktivierung dieser Anwartschaft durch Eintragung zugestehen. Konstruktiv bestehen hier gar keine Schwierigkeiten: Bereits JW. 1928, 1495 hat Oberneck unter Hinweis auf sein Reichsgrundbuchrecht II, S. 33 dargelegt, daß bei der Höchstbetragshyp. auch die vorläufige E. stets Teil des Grundbucheintrags ist, weil in diesem zugleich nicht nur der Eintrag für den Hypothekar, sondern auch für den Eigentümer als Berechtigter in dieser Hyp. liegenden E. enthalten ist. Erklärt man die Anwartschaft für ein Recht, über das mit dinglicher Wirkung verfügt werden könne, so muß für sie dasselbe gelten. Denn wie bei der Höchstbetragshyp. ist auch hier der bezüglich der Anwartschaft Berechtigte stets, nämlich als Eigentümer, eingetragen. Diese Auffassung ist auch gänzlich unabhängig von irgendeiner der Theorien über das Wesen der E., unabhängig insbes. von der Wertparzellentheorie, worauf wegen der Beschränktheit des für diese Besprechung zur Verfügung stehenden Raumes nicht weiter eingegangen werden kann.

Der Einwand, daß es sich hier um „höchst bedingte, häufig überhaupt nicht oder doch nicht in absehbarer Zeit zu verwirklichende Rechte“ handele, denen das Grundbuch nicht geöffnet werden dürfe,

1929 von der Eintragung dinglicher Verfügungen gesagt ist, muß auch für Vormerkungen gelten. Handelt es sich bei der Möglichkeit des Erwerbs einer Eigentümergrundschuld durch Tilgung einer Fremdbgrundschuld seitens des Eigentümers um ein künftiges Recht, das in einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis seine Grundlage hat, so kann die Verpflichtung zu einer Verfügung über dieses künftige Recht auch gemäß § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. durch eine Vormerkung gesichert werden. Die sachlich-rechtliche Zulässigkeit der Eintragung einer derartigen Vormerkung kann daher nicht länger in Frage gestellt werden. Da im gegebenen Falle die Eintragung auch mit hinreichender Deutlichkeit erfolgt ist, so ist der von dem BG. angenommene Fall der inhaltlichen Unzulässigkeit der Eintragung nicht gegeben. Die Vormerkung ist daher auch insoweit wirksam, als die Eigentümergrundschuld zur Zeit der Eintragung der Vormerkung noch nicht entstanden war.

(U. v. 17. Juni 1933; V 76/33. — Naumburg.) [Sch.]

\*\*7. §§ 1435, 1445, 1829 BGB.

1. Ist eine bestehende allgemeine Gütergemeinschaft in das Güterregister nicht eingetragen und veräußert der Ehemann ein noch auf seinen Namen eingetragenes Grundstück ohne Einwilligung seiner Ehefrau, so ist die Veräußerung wirksam, wenn der Käufer beim Vertragsabschluss von der Gütergemeinschaft nichts wußte.

2. Als Zeitpunkt der Kenntnis kommt der der Vornahme des Rechtsgeschäfts in Betracht, nicht der einer etwa erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für den Mann. †)

Die Kl. hat durch notariellen Vertrag mit ihrem Ehemann die allgemeine Gütergemeinschaft des BGB. vereinbart. Im Güterrechtsregister des zuständigen AG. ist diese Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse nicht eingetragen worden. Am 26. Sept. 1931 machte der Bekl. dem Vormund des damals unter vorläufiger Vormundschaft stehenden Ehemanns der Kl. ein notarielles Kaufgebot bez. des auf den Namen des Ehemanns allein im Grundbuch eingetragenen Gutes von etwa 120 Morgen. Der Vormund nahm durch notarielle Urkunde v. 20. Oktober 1931 das Angebot an. Nachdem am

ist, soweit ich sehe, seit RG. 61, 379 = JW. 1905, 731 nicht mehr erhoben worden. Er erledigt sich auch, worauf schon Oberneck a. a. O. hingewiesen hat, dadurch, daß das Gesetz selbst die Eintragung von Hyp. für bedingte oder betagte Forderungen kennt, daß es selbst das Rechtsinstitut der durch Entziehung der Forderung bedingten Höchstbetragshyp. geschaffen hat und die Eintragung von Vormerkungen auch zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche gestattet. Der weitere Einwand, daß von der Eintragung der die Anwartschaft betr. Rechtsakte Unübersichtlichkeit des Grundbuchs und Verwirrung zu befürchten sei (RG. a. a. O.), dürfte angesichts der Kompliziertheit der Eintragungen, die uns die Aufwertung besichert hat, gleichfalls hinfällig sein (vgl. Oberneck a. a. O.).

RA. Günter Legart, Berlin.

Zu 7. 1. Soweit das Ur. die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von dem im Grundbuch als Alleineigentümer eingetragenen Ehemann bejaht, ist es im Ergebnis zutreffend, wenn auch in der Begr. nicht bedenkenfrei. Man nimmt allgemein an, daß ein dritter redlicher Erwerber von dem zu Unrecht noch im Grundbuch als Alleineigentümer eingetragenen Manne das gemeinschaftliche Grundstück selbst dann wirksam erwerben kann, wenn die Gütergemeinschaft schon im Güterrechtsregister eingetragen sein sollte; denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs geht vor (vgl. die Lehrbücher des Familienrechts von Ripp-Wolff § 60 Anm. 7 und S. Lehmann S. 129 sowie RGW. Komm. § 892, 11). Andererseits natürlich bei einem Erwerb von der zu Unrecht allein eingetragenen Ehefrau. Hier wird der gutgläubige Erwerber nicht geschützt, weil er nicht verlangen kann, besser gestellt zu werden, als wenn die Frau im gesetzlichen Güterstand gelebt hätte. — Soweit das Ur. sagt, daß Einwendungen aus dem Mangel der Zustimmung der Ehefrau nur hergeleitet werden könnten, wenn der Ausschluß des gesetzlichen Güterstandes im Güterrechtsregister eingetragen gewesen sei, ist es also cum grano salis zu lesen. Die Richtigkeit der Entsch. wird freilich durch diese Ungenauigkeit der Begr. nicht berührt, weil hier wieder eine Eintragung im Grundbuch noch Kenntnis der Gütergemeinschaft vorlag.

2. Der Schwerpunkt der Entsch. liegt in der Best. des Zeitpunkts, in dem der gute Glaube des Erwerbers vor-

11. Nov. 1931 die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zum Gutverkauf erteilt worden war, fand am 26. Nov. 1931 durch den von beiden Vertragsteilen mit Vollmacht versehenen Bürovorsteher M. die Auflassung vor dem beurkundenden Notar L. statt, der am 27. Nov. 1931 die Eintragung des Bf. als Eigentümer im Grundbuch folgte. Später erwirkte die Kl. unter der Behauptung, daß sie die nach § 1445 BGB. erforderliche Einwilligung zur Veräußerung nicht gegeben habe, eine Einstw. Bg., auf Grund deren am 19. April 1932 ein Widerspruch gegen die Eintragung des Bf. als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurde.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Kl. vom Bf. Berichtigung des Grundbuchs in erster Linie nach Maßgabe der bestehenden Gütergemeinschaft, hilfsweise durch Wiedereintragung ihres Ehemanns als Eigentümer. Das LG. hat auf einen Eid für den Bf. des Inhalts erkannt, daß ihm bei dem am 20. Okt. 1931 erfolgten Abschluß des Kaufvertrages nicht bekannt war, daß der Ehemann der Kl. mit dieser in der allgemeinen Gütergemeinschaft des BGB. lebt. Leistet er diesen Eid, so soll die Klage abgewiesen werden. Falls er den Eid nicht leistet, soll er nach dem Hilfsantrage der Kl. verurteilt werden, in die Wiedereintragung des Ehemanns als Eigentümer zu willigen.

Berufung und Rev. der Kl. blieben erfolglos.

Da die Kl. mit ihrem Ehemann durch Ehevertrag die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart hatte, gehörte das Gut W. nach § 1438 BGB. zum Gesamtgut, wenn es auch auf den Namen des Ehemannes allein im Grundbuch eingetragen blieb. Nach § 1445 bedurfte der Ehemann zur Verfügung über das Gut sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung der Einwilligung der Frau. Das angefochtene Ur. würde durch die Feststellung des BG. getragen werden, daß die Kl. der Veräußerung des Gutes an den Bf. zugestimmt habe. Diese Feststellung wird aber von der Rev. in verfahrensrechtlicher Hinsicht mit Recht beanstandet. (Wird ausgeführt.)

Dagegen bestehen gegen die weitere Begründung des angefochtenen Ur. keine rechtlichen Bedenken.

Die Ansicht des BG., daß der Anspruch der Kl. hinsichtlich ist, wenn dem Bf. bei der Vornahme des Kaufes nicht bekannt war, daß die Kl. und ihr Ehemann schon damals in allgemeiner Gütergemeinschaft lebten, wird von der Rev. ohne Grund angegriffen. Es liegt ein Fall des § 1435 BGB. vor: In der Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft liegt die Ausschließung der Verwaltung und Nutzung des Mannes. Einwendungen gegen das zwischen dem Bf. und dem Vormund des Ehemanns der Kl. vorgenommene Rechtsgeschäft können daher von der Kl. aus dem Mangel ihrer Zustimmung nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme dieses Rechtsgeschäfts die Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes im Güterregister des zuständigen

AG. eingetragen oder dem Bf. bekannt war. Das erstere war nicht der Fall. War beim Kaufabschluß — vom Erfordernis der vormundschaflichen Genehmigung zunächst abgesehen — dem Bf. die Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft unbekannt, so kann also die Kl. aus dem Mangel ihrer Einwilligung keinen Einwand herleiten, d. h. sie muß sich so behandeln lassen, als wenn sie im gesetzlichen Güterstand lebte.

Wenn die Rev. auszuführen sucht, daß darin ein Widerspruch liege, so ist das nicht recht verständlich. § 1435 BGB. bestimmt positiv, daß unter den gedachten Voraussetzungen die rechtlichen Folgen, die sich bei Vereinbarung der Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes aus dem Mangel der Einwilligung des anderen Ehegatten ergeben würden, nicht eintreten sollen. Das Ergebnis wäre nur dann anders, wenn die Einwilligung der Kl. auch bei gesetzlichem Güterstande erforderlich gewesen wäre. Das trifft aber nicht zu, da der Ehemann der Kl. in diesem Fall über die in seinem Alleineigentum stehende Besizung unbeschränkt hätte verfügen können (Ripp-Wolff, Familienrecht, 1931, § 42 V 2 Beispiel a).

Die Rev. bemängelt sodann den Inhalt des für den Bf. normierten Eides insofern, als er auf die Kenntnis des Bf. zur Zeit des Vertragsabschlusses abgestellt ist. Sie hält das für irrig, weil der Vertrag der Genehmigung des Vorm. bedürftig habe. Da die Wirksamkeit des Vertrages erst mit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eingetreten sei, komme es darauf an, ob der Bf. in diesem Zeitpunkt das vereinbarte Güterrecht gekannt habe.

Dieses Bedenken ist nicht begründet.

Nach § 1435 muß die fragliche Unkenntnis des Dritten „zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts“ bestanden haben. Dieser Zeitpunkt bestimmt sich nach allgemeinen Vorschriften (§§ 130 f., 151 f. BGB.). Wenn der Dritte nach der Vornahme des Rechtsgeschäfts die fragliche Kenntnis erlangt, so ändert das an der Rechtslage nichts (Planck, Anm. 12; Staudinger, Anm. 6c zu § 1435 BGB.). Der Kaufvertrag wäre hier nach § 152 BGB. durch die notarielle Beurkundung der Annahme des Antrages, also, wie in der Eidesformel angegeben, am 20. Okt. 1931 zustande gekommen. Danach ist dieser Zeitpunkt für die Frage der Kenntnis des Bf. maßgebend, sofern nicht etwa aus dem Erfordernis der vormundschaflichen Genehmigung des Vertrags, die hier nachträglich erfolgt ist, sich etwas anderes ergibt.

Der Sen. ist zur Verneinung dieser Frage gelangt auf Grund folgender Erwägungen:

Nach § 1829 Abs. 1 BGB. tritt allerdings die Wirksamkeit eines vom Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Vorm. geschlossenen Vertrages erst mit der nachträglichen Genehmigung, genauer mit der Mitteilung dieser Genehmigung von seiten des Vormundes an den Vertrags-

handen sein muß. Nach strenger Logik liegt der für die Kenntnis maßgebende Zeitpunkt in der Vollendung des Erwerbs, also in dem Augenblick, in dem das jeweils letzte Wirksamkeitserfordernis des gesetzlichen Tatbestandes sich verwirklicht hat. Denn dann ist erst das Rechtsgeschäft wirksam vorgenommen und der Erwerb vollzogen. Doch macht davon schon § 892 beim Erwerb von Grundstücksrechten eine Ausnahme, indem er bei vorhergegangener Einigung die Stellung des Eintragungsantrags entscheidend sein läßt und nicht die Eintragung selbst. Das ist geschehen, um dem Erwerber die Möglichkeit zu gewähren, mit Sicherheit die Kaluta an den anderen Teil zu zahlen, sobald die Eintragung bei der Buchbehörde beantragt ist (Prot. II 3 S. 80 f.). Es nimmt wunder, daß das RG. sich nicht darauf zur Stützung seiner Entsch. mitbezogen hat.

Es entspricht nun dieser Tendenz des § 892, die Stellung des Erwerbers vom Zufall unabhängig zu machen, wenn man im Gesamtatbestand des Rechtserwerbs einen engeren Tatbestand als eigentlichen Grund der Rechtswirkung anerkennt und davon die bloßen Wirksamkeitsvoraussetzungen unterscheidet. Demgemäß wird bei der bedingten Übereignung die Frage schon lange erörtert, ob der gute Glaube noch beim Bedingungseintritt vorhanden sein muß (so Reichel: Grünhut 42, 208; RG. Komm. zu § 932, 4) oder ob Gutgläubigkeit zur Zeit des Geschäftsabschlusses genügt (so von Tuhr II 2 S. 296; Heck, Sachenrecht § 58 III 3; Wolff § 69 Anm. 15; Lehmann, Allg. Teil [4] S. 277). Die letztere Auffassung ist vorzuziehen, weil die Anwartschaftsinteressen des bedingten Erwerbers den gleichen Schutz verdienen wie die des

unbedingten Erwerbers; sie würden schwer leiden, wenn sein Rechtserwerb vom Zufall abhängig gemacht würde. Eine Ausnahme wird man m. E. nur für Willkürbedingungen anerkennen müssen. Stimmt man dem zu, dann wird man sich erst recht für eine entsprechende Behandlung der Rechtsbedingungen entscheiden, die später noch zu dem eigentlichen Erwerbstatbestand hinzutreten müssen, um ihn die volle Rechtswirksamkeit zu verleihen. Auch das kann aber nur für Rechtsbedingungen gelten, die von dem Willen des Erwerbers unabhängig sind. Hängt sein Rechtserwerb von der eigenen Genehmigung eines Geschäftsabchlusses ab, so kann nicht dessen Vornahme, sondern erst der Zeitpunkt der Genehmigung entscheiden, wie das RG. 134, 283 richtig angenommen hat. Rückwirkende Kraft kann die Genehmigung nur entfalten, wenn der Genehmigende überhaupt noch die Macht besitzt, dem bestehenden Mangel abzuwehren.

Man wird also im Anschluß an die obigen Entsch. folgende Leitsätze aufstellen dürfen:

Der gute Glaube des Erwerbers braucht grundsätzlich nicht mehr vorzuliegen beim Eintritt von Parteibedingungen und gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die zum eigentlichen rechtsgeschäftlichen Tatbestand hinzutreten müssen, sofern es sich nicht um Willkürbedingungen handelt oder um eine vom Willen des Erwerbers selbst abhängige Wirksamkeitsvoraussetzung, wie z. B. seine Genehmigung bzw. die seines Vertreters.

Prof. Heinrich Lehmann, Köln.

gegner ein. Das hindert aber nicht, den Vertrag schon vorher als abgeschlossen, das Rechtsgeschäft als vorgenommen i. S. des § 1435 anzusehen. Dafür spricht, daß das Ges. auch sonst ein noch nicht wirksam gewordenes Rechtsgeschäft, insbes. das aufschiebende bedingte (§ 158) und das von der Zustimmung eines Dritten abhängige (§§ 182, 184) als vorgenommen bezeichnet, indem es zwischen der Vornahme des Rechtsgeschäfts und dem Eintritt seiner Wirksamkeit unterscheidet. Es liegt auch kein innerer Grund vor, dem in § 1435 enthaltenen Ausdruck „Vornahme“ des Rechtsgeschäfts eine über den Wortsin hinausgehende Deutung zu geben. Das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Vertrages ist, objektiv betrachtet, etwas Zufälliges, und durch Zufälle kann auch der Zeitpunkt der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hinausgeschoben werden. Wollte man die Vorschr. dahin auslegen, daß der Dritte sich nicht nur beim Abschluß, sondern auch noch im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Vertrages nach § 1829 in der fraglichen Unkenntnis befinden haben müsse, so würde das eine vom Zufall abhängige Verschlechterung der Rechtslage des Dritten zur Folge haben. Diese Auslegung ist daher abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Dritte in dem Falle, daß der Vertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, hinsichtlich seiner Gutgläubigkeit ungünstiger gestellt sein soll, als wenn eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist.

Unterstützt wird diese Auffassung durch den weiteren Inhalt des § 1435. Wenn zwischen einem der Ehegatten und einem Dritten ein rechtskräftiges Urteil ergeht, so entscheidet zugunsten des Dritten seine Unkenntnis zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit. Hier soll es also nach positiver Vorschrift nicht auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Entscheidung ankommen.

Es kommt noch hinzu, daß nach der Vorschrift des § 184 BGB., die auf den Fall der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unbedenklich anwendbar ist (Planck, Komm. Anm. 3 Abs. 1 zu § 1829; Staudinger, Anm. 9a zu § 1828; Anm. 5 zu § 1829; RGspr. Anm. 1 zu § 1821; Anm. 1 zu § 184 BGB.; RG, DLG. Bd. 6, 294; RG. 76, 366), die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt. Nach der herrschenden Meinung besteht die Rückwirkung darin, daß das Rechtsgeschäft vom Zeitpunkt seiner Vornahme ab rechtswirksam wird, sofern dieser Wirksamkeit damals keine anderen Hindernisse als das Fehlen der Genehmigung entgegenstanden haben (RG. 69, 263<sup>1)</sup>; RG.: GruchBeitr. 67, 549; SeuffArch. 78 Nr. 168 und anschließend Planck, Anm. 1a; Staudinger, Anm. 3; Dertmann, Anm. 4c; RGKomm. Anm. 1 Abs. 2 zu § 184 BGB.; Endemann I § 178 Anm. 16; Enneccerus-Nipperdey I § 191 III 2). Ist aber für die Frage der Wirksamkeit des genehmigten Rechtsgeschäftes die Rechtslage im Zeitpunkt seiner Vornahme entscheidend und vom damaligen Genehmigungsmangel abzusehen (Dertmann a. a. O.), so reicht es im Falle des § 1435 aus, wenn dem Dritten zur Zeit der Vornahme des genehmigungsbedürftigen Rechtsge-

schäftes die Ausschließung oder Abänderung der Verwaltung und Nutzung des Mannes unbekannt war.

Damit setzt sich der Senat nicht in Widerspruch mit dem Ur. des 5. ZivSen.: RG. 134, 283, in dem dieser seinen im Ur. RG. 69, 263<sup>2)</sup> hinsichtlich der Rückwirkung eingenommenen Standpunkt etwas eingeschränkt hat. Dem in dem neuerlichen Ur. ausgesprochenen Grundsatz, daß im Falle des § 185 BGB. eine Genehmigung nur dann Wirkung und demzufolge auch Rückwirkung ausüben könne, wenn sie von demjenigen ausgehe, der durch seine Zustimmung dem Mangel des Rechtsgeschäftes abzuwenden die rechtliche Macht besitze, kommt für den Fall der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung keine Bedeutung zu.

(U. v. 28. Sept. 1933; 178/33 IV. — Hamm.) [Ra.]

§ 3 U n I W G. Auch die nur zur näheren Beschäftigung mit dem Angebot verlockende Reklame (Blickfang) muß wahr sein, wenn sie den Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckt.)

Die Bekl. versendet zur Werbung für ihre „Wirtschaftlichen Kurzbriefe“ Drucksachen, die im sog. Fenster des Briefumschlages ein Stück eines nachgebildeten Zwanzigmarkscheins aufweisen. Daneben findet sich in besonderem roten Felde auf der Drucksache das Wort „Wertschein“ und neben diesem Felde ein weiteres weißes mit den rot unterstrichenen, fett gedruckten Worten „Zwanzig Reichsmark“ und in kleineren Buchstaben der fernere Text:

„Ist ein Betrag, der oft nur mit vieler Mühe verdient werden kann. Unser umstehender Vorschlag gibt Ihnen aber die Möglichkeit, nicht nur eine, sondern vielleicht eine ganze Reihe von Zwanzigmarkscheinen zu verdienen, und, das sei besonders betont, wahrscheinlich ohne allzu große Mühe, so gewissermaßen im Vorbeigehen. Dürfen wir Sie deshalb bitten, unserem Vorschlag Ihre besondere Aufmerksamkeit zu schenken?“

Die Drucksache enthält auf der Rückseite den Hinweis, daß die Bekl. sich gegen Einsendung der angefügten Bestellpostkarte verpflichte, dem Auftraggeber ihre „Kurzbrieft“ vier Wochen lang gratis zu liefern. Die Postkarte zeigt auf der Vorderseite neben einem für die Adresse des Bestellers freigelassenen Raum die Anschrift der Bekl., auf der Rückseite aber einen Aufdruck, aus dem das in roter Farbe groß gedruckte Wort „Wertschein“ in die Augen springt, und in dem die Bekl. mit faksimilierter Firmenzeichnung und unter Angabe von Ort und Zeit ihrer Erklärung unter Beidruck einer den Schein kennzeichnenden Nummer die vierwöchige Gratisklieferung in aller Form zusagt.

Diese Reklame ist in allen Instanzen für nach § 3 U n I W G. unzulässig erklärt worden. Das RG. führt aus:

Da sich § 3 U n I W G. gegen eine solche unwahre Reklame richtet, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, wird der Tatbestand dieser Bekl. schon durch die bloße Gefahr des Anlockens von Kunden in der dort angegebenen Weise vollendet (Callmann U n I W G. § 3

<sup>1)</sup> JW. 1908, 709.

Zu 8. Die sorgfältig und schärfstimmig begründete Entsch. des RG. 31. ZivSen. v. 8. Juni 1931: JW. 1931, 3131<sup>1</sup> und die Billigung, die dieses Ur. in der Öffentlichkeit erfuhr, haben offenbar Eindruck auf das RG. gemacht, obwohl es vermeidet, auf die Ausführungen des RG. Bezug zu nehmen und sich ihnen anzuschließen. Schon in der zweiten der beiden bekannten „Gratis“-Entsch. des RG.: JW. 1928, 2364 ff. und 1930, 1687 ff. hatte sich das RG. zu einer wesentlichen Einschränkung seines früheren Standpunkts veranlaßt gesehen. In dem früheren Ur. vertrat es noch die Meinung, daß die fettgedruckte Überschrift „Gratis“ lediglich eine Übertreibung darstelle, „welche die Leser beim Durchlesen des Wortlauts selbst als solche erkennen und deshalb nicht wörtlich nehmen“. Späterhin hat dann das RG. anerkannt, daß erfahrungsgemäß die Durchschnittsleser, von denen auszugehen ist, den Wortlaut der gesamten Anzeige nicht mit der erforderlichen Genauigkeit durchlesen, sondern vielfach an dem Schlagwort „Gratis“ „hängen bleiben“ und hemmende Überlegungen deshalb nicht aufkommen lassen. Damit wurde eigentlich nur eine tatsächliche Voraussetzung für die Beurteilung des Rechtsfalls richtiggestellt, eine grundsätzliche Änderung der Rechtsauffassung

<sup>2)</sup> JW. 1908, 709.

war aber nicht festzustellen, zumal auch noch, wie U l m e r: JW. 1931, 3133 zutreffend bemerkt, die Aufgabe des früheren Standpunkts durch ein „Rückzugsgesetz“ (Hinweis auf die im zweiten Fall andere Zusammensetzung des Publikums, an das sich die Reklame wandte) verdeckt wurde.

Demgegenüber bedeutet erst die hier vorl. Entsch. des RG. einen wirklichen Fortschritt in der Haltung des RG. zu derartigen Reklametriks, die auf den ersten Blick den Eindruck erwecken, als ob den Interessenten ein Geschenk angeboten werden solle, wenn gleich der Leser schließlich bei genauer Durchsicht des Textes richtig belehrt wird. Wie das RG. mit aller Deutlichkeit in der eingangs erwähnten Entsch. betont, hatte das RG. sich bisher noch nicht zu dem von dem RG. aufgestellten Satz durchzuringen vermocht, daß schon der Blickfang, für sich allein betrachtet, nicht in sich unrichtig sein darf und daß es nicht darauf ankomme, ob der Durchschnittsleser daran hängenbleibe oder nicht. Das RG. freilich sucht den Eindruck zu erwecken, als ob dieser Satz schon Inhalt seiner früheren Anspr. gewesen sei, wie aus der Bezugnahme auf seine Entsch.: JW. 1925, 2465<sup>5</sup> hervorgeht. Tatsächlich ist das nicht der Fall. In dem angezogenen Ur. handelt es sich nicht um den 10<sup>2)</sup>,

Anm. 22). Ihr Zweck ist in erster Linie der Schutz redlicher Mitbewerber gegen Nachteile, die mit nicht wahrheitsgemäßen Anpreisungen verbunden sein können (R. 92, 382; RG.: JW. 1930, 1687), indem das Gef. unterlagt, die Kaufkraft durch Vortäuschung außerhalb des wahren Wertes der geschäftlichen Leistung liegender Umstände anzuregen. Den kann schon entgegengehandelt werden durch einen sog. Blickfang, der einen Teil der Werbungsveranstaltung bildet, wenn dieser die Anlockungsgefahr begründet und an sich — also abgesehen vom sonstigen Inhalt der Reklame — durch Erweckung irriger Vorstellungen auf die Leichtgläubigkeit des Publikums zu wirken und dadurch dessen Aufmerksamkeit auf die Leistung der Anbietenden zu lenken geeignet ist. Der Blickfang hat seine Wirkung getan, wenn er den Betrachter zum Lesen des weiteren Inhalts der Reklame zu bestimmen vermocht hat, und, wenn dieser Erfolg auf einer unwahrscheinlichen Gestaltung beruht, wird er vom Gef. gemißbilligt, weil der Veranstalter damit einen Vorsprung vor solchen Mitbewerbern erlangt, die sich scheuen, solche Mittel zu gebrauchen. Ob dabei der Blickfang mit positiven Angaben (§ 3 UnlWG.) oder mit Verunstaltungen anderer Art betrieben wird, die darauf berechnet und geeignet sind, solche Angaben zu ersetzen (§ 5 Abs. 2 UnlWG.), ist nach dem Gef. unerheblich. Die Absicht der Bekl. ist zweifellos, ihre Zeitschrift an das Publikum heranzubringen, die Anschriften von Interessenten zu erhalten und auf diese Weise ihren Absatz zu heben. Etwas Verwerfliches liegt darin ebensowenig wie in der angebotenen, im Zeitungsweesen vielfach geübten vierwöchigen Gratzlieferung der „Kurzbriefer“. Es würde auch eine unangebrachte Hemmung der geschäftlichen Betätigung des Kaufmanns bedeuten, wollte man auf dem für seine Erfolge so wichtigen Gebiet der Reklame seiner freien Erfindungsgabe und Geschicklichkeit bei der Beeinflussung des Publikums die Verwendbarkeit verweigern. Im Gegenteil wird eine Werbung, die — namentlich im Zusammenhang mit Blickfang — durch Überraschung, Wis, Anregung der Phantasie u. dgl. in lebendiger und geistreicher Weise die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu gewinnen geeignet ist, gerade eine besonders gute und zu billigen sein. Nur darf eben die Gestaltung nicht eine derartige sein, daß damit eine Täuschung über die geschäftlichen Leistungen des Anbietenden begründet werden kann, indem in der Reklame eine unrichtige Angabe über solche als enthalten anzusehen ist. Entscheidend hierfür ist die Auffassung des üblichen, also klüchtigen, und, wie bei Klamen nicht anders zu erwarten, wenig aufmerksamen Lesers

(JW. 1927, 115<sup>10</sup>). Als dessen Eindruck stellt nun das angef. Ur. in tatsächlicher Würdigung der Umstände fest, daß die oben erwähnten, herausgehobenen und als Blickfang wirkenden Teile der Drucksache das Angebot einer Zuwendung im Werte von 20 RM enthalten, während in Wirklichkeit der Wert der angebotenen Gratzlieferung nur etwa 2,50 RM ist. Diese Feststellung ist weder vom tatsächlichen noch vom rechtlichen Standpunkte aus zu beanstanden. Die unter den Blickfang fallenden Teile der Drucksache erwecken in ihrer Verbundenheit auf den klüchtigen Beschauer den Anschein, als ob damit ernstlich eine im „Wertschein“ verbrieft vermögenswerte Leistung von 20 RM angeboten werden soll. Ob der Leser der Werbung bei späterer genauer Durchsicht ihres Textes diesen ersten Eindruck alsbald als Irrtum zu erkennen vermag, ist ohne Belang. Denn, sobald der Beschauer der Werbung sich einmal in die Einzelheiten vertieft, ist eben die mit dem Blickfang bezweckte Anlockung geglückt. Da der Blickfang zunächst für sich wirkt, vermag die Möglichkeit einer Richtigstellung seines täuschenden Inhalts durch den genauen Text der Reklame an seiner Wettbewerbswidrigkeit i. S. von §§ 3, 5 UnlWG. nichts zu ändern (RG.: JW. 1925, 2456<sup>5</sup>; Callmann, UnlWG. § 3 A. 22a; Rosenthal, UnlWG. § 3 A. 32), und gerade, wenn es die Absicht der Bekl. war, durch die gewählte Form der Reklame den oberflächlichen Betrachter zur gewissenhaften Kenntnisnahme des Textes zu bringen, durfte sie das eben nicht mit den Mitteln eines sich als ernsthafte Veranstaltung gebenden, aber falsche Vorstellungen über den Wert der angepriesenen gewerblichen Leistung erweckenden Blickfangs tun (vgl. Callmann: JW. 1931, 3131; Ulmer ebenda).

(U. v. 29. Sept. 1933; II 76/33.)

9. § 3 ZPO. Berechnung von Streitwert und Revisionssumme bei Klage auf Auskunftserteilung. Sie bestimmt sich für den Kl. nach seinem Interesse, das heißt der durch die Auskunftserteilung verschafften Erleichterung der Durchführung seines Hauptanspruches, für den Bekl. nach dem seinen, das heißt dem Interesse an der Geheimhaltung — nicht dagegen nach der Höhe des Hauptanspruches selbst.)

(Beschl. v. 13. Okt. 1933; VII 206/33. — Düsseldorf.)

[Ru.]

genannten Blickfang, sondern um die Frage, ob eine an sich täuschende Bezeichnung der angepriesenen Ware deshalb nicht mehr zu beanstanden sei, weil der aufmerksame Leser aus weiteren Wendungen der Anzeige entnehmen kann, daß die der Ware beigelegte Bezeichnung ihr in Wahrheit nicht zukommt. Hätte das RG. schon früher die jetzt aufgestellten Grundsätze vertreten, so hätte das auch in den beiden Gestisentscheidungen zum Ausdruck kommen müssen. Erst jetzt ist die Übereinstimmung zwischen kammergerichtlicher und reichsgerichtlicher Anspr. tatsächlich vorhanden.

Bei einer Gesamtbetrachtung aller dieser Entsch. wird man jedoch den Eindruck nicht los, daß mehr an den Erscheinungsformen — der Art der Reklame — herumkuriiert als das Übel an der Wurzel getroffen wird. Das Übel sehe ich vor allem darin, daß im Wettbewerb überhaupt mit Geschenken an die Kunden gearbeitet wird, um sie anzulocken. Man spekuliert auf die Gewinnsucht der Menschen, um sie desto fester an sich zu binden. Hat ein Kunde einmal dieses Danaergeschenk entgegengenommen, so steht er unter moralischem Druck und vermag den dann folgenden Werbungen um weitere Bestellungen, selbst wenn es sich um für ihn ganz zwecklose Dinge handelt, nicht mehr genügend Widerstand zu leisten. Es liegt darin eine Ausnutzung gerade der anständig empfindenden Kreise des Publikums. Darum erscheint nicht bloß die Ankündigung, sondern auch die Gewährung eines solchen Geschenks als unlauter. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob tatsächlich ein Geschenk angeboten oder nur der falsche Anschein eines Geschenks erweckt wird. Im Grunde sind alle noch so wahr gehaltenen Ankündigungen unwahr, da der Anpreisende den Gegenwert seines Geschenks späterhin doch hereinbringen will und in der Regel auch hereinbringt. Ist die Ankündigung schon in sich unwahr, so ist lediglich ein höherer Grad von Unlauterkeit erreicht. Selbstverständlich läßt sich ein derartiges Vorgehen nicht auf § 3 UnlWG., sondern nur auf § 1 stützen. Aber man sollte nicht zögern, diesen Weg zu beschreiten.

Prof. Dr. R u t h, Halle a. S.

Zu 9. Die Entsch. behandelt die Bewertung von Streitgegenstand und Beschwerdegegenstand bei einer Klage auf Auskunftserteilung. Hierzu ist folgendes zu sagen:

Der Streitgegenstand ist für alle Prozeßbeteiligten ein einheitlicher. Er wird durch die Anträge des Kl. seinem Umfange nach festgelegt. Sein Wert richtet sich nach dem Interesse des Kl. an der Durchführung seiner Ansprüche. Für die Berechnung des Wertes sind in den §§ 3—9 ZPO. bestimmte Richtlinien aufgestellt. Für die Rechtsmittel der Ber. und der Rev. hat das Gesetz den Begriff des Beschwerdegegenstandes geschaffen. Es bestimmt, daß die Zulässigkeit der Rechtsmittel davon abhängen soll, daß der Beschwerdegegenstand eine Mindestgrenze erreicht. Der Umfang des Beschwerdegegenstandes wird durch den Antrag des Rechtsmittelklägers begrenzt; er findet seine Höchstgrenze in dem Ur. der Vorinstanz, und zwar darin, inwieweit der Rechtsmittelkläger durch das Ur. beschwert ist. Der Beschwerdegegenstand ist demnach für jede Partei verschieden, denn jede Partei ist nur insoweit beschwert, als die andere gewonnen hat. Das Interesse jeder Partei liegt in der Aufhebung des Ur., soweit dieses der anderen Partei günstig ausgefallen ist. Das Interesse der einen Partei ist mithin die Negation des Interesses der anderen. In dieser Weise ist also der Beschwerdegegenstand für die Rechtsmittelinstanz festzustellen. Die Bewertung dieses Interesses geschieht in entsprechender Anwendung der Vorschriften, die für die Berechnung des Streitgegenstandes gegeben sind (§§ 511 a Abs. 2, 546 Abs. 2 ZPO.).

Bei einer Klage auf Auskunftserteilung kann Streitgegenstand und Beschwerdegegenstand nicht auseinanderfallen, es sei denn, daß etwa der Umfang der Auskunftspflicht vom Gericht anders festgesetzt wird, als der Kl. es verlangt hat. Mit einer Klage auf Auskunftserteilung verlangt der Kl. die Bekanntgabe gewisser Tatsachen, die er zur Begründung oder Berechnung seines Hauptanspruches benötigt. Der Streitwert einer solchen Klage richtet sich demnach nach dem Interesse, das der Kl. an der Bekanntgabe dieser Tatsachen hat. Dieses Interesse ist nicht identisch mit dem Hauptanspruch selbst, dessen Vorbereitung der Prozeß über die Auskunftspflicht dient. Denn der Aus-

**10.** § 329 ZPO. Form gerichtlicher Beschlüsse. Enthält auch die ZPO. keine Vorschrift über die Abfassung von Beschlüssen, so wird doch mit Recht allgemein als selbstverständlich angesehen, daß das Schriftlich zu geschehen hat und daß bloß mündliche Äußerungen des Richters nicht genügen, um einen vollendeten Beschluß herzustellen (Stein-Jonas § 329 ZPO., Erl. I; Rosenber., Lehrbuch, 3. Aufl., S. 170; vgl. auch RGZ. 64, 46; 70, 403<sup>1)</sup>). Diese allgemeine Anschauung und Übung kennt jeder Richter und Rechtspfleger. Ihr entsprechend geht bei der Entsch. die erkennbare Absicht des als Richter Handelnden dahin, nicht vor schriftlicher Niederlegung endgültig zu beschließen. Das ist zudem ein unumgängliches Erfordernis der Rechtssicherheit.†)

(U. v. 1. Juli 1933; 95/33 V. — Dresden.) [Sch.]

<sup>1)</sup> ZB. 1909, 251.

Kunftsanspruch ist lediglich ein Hilfsanspruch, ein vorbereitender Anspruch für den eigentlichen Hauptanspruch. Deshalb ist für die Bewertung des Interesses des Kl. an der Erteilung der Auskunft nur die freie Schätzung nach § 3 ZPO. möglich, wobei der Wert des Hauptanspruches nur insoweit eine Rolle spielt, als die Bewertung des Hilfsanspruches niemals über den Wert des Hauptanspruches hinaus erfolgen kann. Dies ist anerkannter Rechts. Der so ermittelte Wert des Interesses des Kl. ist nun aber für den unterlegenen Bekl. auch gleichzeitig der Wert des Beschwerdegegenstandes. Es geht nicht an, wie es das RG. in obiger Entsch. anscheinend tut, das Interesse des Bekl. selbständig zu bewerten. Das Interesse des Bekl. geht auf Beseitigung des Urts., durch das ihm die Auskunftserteilung auferlegt worden ist. Sein Interesse an der Geheimhaltung, das das RG. in obiger Entsch. besonders hervorhebt, ist nichts weiter als die Negation des Interesses des Kl., der Offenlegung verlangt. Mit ihm ist der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht allein vom Standpunkt des Bekl. aus zu prüfen, vielmehr muß zunächst der Wert des Kunftsanspruches des Kl. ermittelt werden, und dieser wäre dann auch für die Rechtsmittelinstanz als Wert des Beschwerdegegenstandes anzunehmen. Das Interesse des Bekl. an der Beseitigung des Urts. kann nicht anders bewertet werden als das Interesse des Kl. an seiner Aufrechterhaltung.

RA. Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Zu 10. Es ist richtig, wenn das RG. ausführt, daß gerichtliche Beschlüsse schriftlich abgefaßt werden müßten. Es ist jedoch verfehlt, diesen Satz aus der allgemeinen Anschauung und Übung herzuleiten. Die Grundlage dieses Satzes ist vielmehr in dem Gesetz selbst zu suchen.

In erster Linie ist hier auf § 317 Abs. 2 Satz 1 ZPO. hinzuweisen, welcher besagt: „Solange das Urts. nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, dürfen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften desselben nicht erteilt werden.“ Diese für Urts. gegebene Vorschr. ist nach § 329 Abs. 2 ZPO. auch auf Beschlüsse und Verfügungen anzuwenden. Das Gesetz geht mithin davon aus, daß alle gerichtlichen Entsch. unterschrieben werden müssen. Dies hat aber zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß die betreffende Entsch., sei es nun ein Urts. oder ein Beschluß oder eine Verfügung, vorher schriftlich niedergelegt sein muß. Eine nur mündlich ergangene Entsch. könnte gar nicht unterschrieben werden. Damit hat das Gesetz also Beurkundung der Entscheidungen vorgeschrieben.

Die Form der Beurkundung ist verschieden, je nachdem, ob die Entsch. auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen sind oder ohne solche. Im ersterem Falle ist nach § 160 Ziff. 5 ZPO. die Aufnahme in das Protokoll oder die Bezugnahme auf ein dem Protokoll beigefügtes Schriftstück vorgeschrieben. Für andere Entsch. genügt einfache schriftliche Abzeichnung; die Aufnahme in ein Protokoll ist ja nicht möglich, da ein solches nur über eine mündliche Verhandlung aufgenommen wird.

Die Aufnahme zu gerichtlichem Protokoll ist eine öffentliche Beurkundung. Dadurch werden also alle gerichtlichen Entsch., die auf Grund mündlicher Verhandlung ergangen sind, öffentliche Urkunden. Aber auch die übrigen Entsch. sind nach dem Gesetz öffentliche Urkunden. Dies ergibt sich daraus, daß das Gesetz die Erteilung von Ausfertigungen für alle Entsch. vorsieht (§§ 317 Abs. 2, 329 Abs. 2 ZPO.). Ausfertigungen können nur von öffentlichen Urkunden erteilt werden. Auch die Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen ist für gerichtliche Entsch., soweit sie als Vollstreckungstitel in Frage kommen, vorgesehen. Dies bestimmt für Urts. der § 724 und für Beschlüsse § 794 Ziff. 3 ZPO. Die öffentliche Urkunde hat die Besonderheit, daß sie durch Erteilung von beliebig vielen Ausfertigungen vervielfältigt werden kann, die im Rechtsverkehr selbst als öffentliche Urkunde Beweisraft haben.

**\*\*11.** TarSt. 12 II (2) PrStempStG. Die notarielle Beurkundung der Eintragungsbewilligung neben der der Auflassung erzeugt Stempelpflicht. Die Eintragungsbewilligung ist ebenso wenig wie der Eintragungsantrag ein wesentlicher Bestandteil der Auflassungserklärung. Wie dieser nicht von der Stempelbefreiungsvorschrift der TarSt. 12 ergriffen wird (RG. 129, 6 ff.<sup>1)</sup>; ZB. 1930, 2786<sup>14)</sup>), so auch die Eintragungsbewilligung nicht.†)

(U. v. 19. Sept. 1933; VII 116/33. — Rassel.) [Ru.]

<= RG. 141, 374.>

Für besondere Fälle ist sogar die Erteilung von weiteren vollstreckbaren Ausfertigungen vorgesehen. Dies betrifft nicht nur Urts., sondern auch andere Vollstreckungstitel, insbes. also vollstreckbare Beschlüsse (§§ 795 und 733 ZPO.).

Alle gerichtlichen Entsch. sind schließlich auch der Zustellung zugänglich. Dies ist für Urts. im § 317 ZPO. und für Beschlüsse und Verfügungen im § 329 Abs. 2 ZPO. vorgesehen. Für nicht verkündete Entsch. ist die Zustellung sogar obligatorisch (vgl. für Urts., die nicht verkündet sind, § 7 der EntlastungsVO. und für nicht verkündete Beschlüsse und Verfügungen § 329 Abs. 3 ZPO.). Das Verfahren der Zustellung setzt voraus, daß die Entsch. vorher schriftlich niedergelegt sind, denn die Zustellung besteht in der Übergabe einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks (§ 170 ZPO.).

Nach alledem läßt sich der Satz des RG. in obiger Entsch., daß die ZPO. keine Vorschr. über die Abfassung von Beschlüssen enthalte, nicht aufrechterhalten. Das Gesetz hat vielmehr schon selbst dem Erfordernis der Rechtssicherheit dadurch Rechnung getragen, daß es die Beurkundung aller gerichtlichen Entsch. vorschreibt und alle gerichtlichen Entsch. als öffentliche Urkunden behandelt.

RA. Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

<sup>1)</sup> ZB. 1930, 2435.

Zu 11. Die Entsch. ist nicht zu billigen.

I. Gemäß TarSt. 12 II (1) PrStempStG. sind im Gegensatz zu anderen Urkunden Notariatsurkunden ohne Rücksicht auf ihren Inhalt einem Stempel von mindestens 3 RM (Protokollstempel) unterworfen. Die BefrVorschr. der TarSt. nimmt von der Stempelpflicht u. a. aus Notariatsurkunden, in welchen ausschließlich Grundstücksveräußerungsverträge oder Auflassungen beurkundet sind. Die preuß. Notare fassen regelmäßig die Auflassungsverhandlung dahin, daß sie gleichzeitig Eintragungsbewilligung (EW.) und -antrag auf Eintragung des neuen Eigentümers mitbeurkunden. So lautet auch das amtliche preuß. Formular (vgl. Oberneck: NotZ. 1929, 624). Während ursprünglich die Steuerbehörden zu so gefaßten Auflassungsverhandlungen den Protokollstempel nicht erforderten, haben sie später den Standpunkt eingenommen, daß mit der Aufnahme von Bewilligung und Antrag der Rahmen der Auflassung überschritten werde. Das RG. ist in den Entsch. RG. 129, 6 ff. = ZB. 1930, 2435<sup>44)</sup> und ZB. 1930, 2786<sup>14)</sup> den Steuerbehörden beigetreten, indem es mit Rücksicht auf den mitbeurkundeten Eintragungsantrag die Stempelpflicht aussprach. Vorliegend ist nur eine EW. mitbeurkundet. Dieser Fall war noch nicht entschieden.

II. Die BefrVorschr. ist m. E. mit Rücksicht auf die in der Praxis übliche Fassung der Auflassungsverhandlung dahin auszulegen, daß auch Auflassungsverhandlungen, welche gleichzeitig Bewilligung und Antrag enthalten, der Befreiung unterliegen. Die Steuerbehörden haben die Befreiung ursprünglich nicht anders verstanden. Bewilligung und Antrag haben ja auch — unmittelbar bzw. mittelbar — das gleiche Ziel wie die Auflassung, nämlich den Eigentumsübergang herbeizuführen. Es ist daher dieser Entsch. ebensowenig wie den zu I genannten Urteilen zuzustimmen.

III. Die Befreiung bezweckt die Gleichstellung mit der vor dem GVA. erklärten Auflassung, welche stempelfrei ist. Es soll eine Bewilligung der Notare vermieden werden.

Ist man, wie z. B. Gütthe-Triebel (GWD. § 19 Anm. 11 und § 20 Anm. 50), der Ansicht, daß neben der Auflassung für die Eintragung des neuen Eigentümers eine EW. erforderlich ist (über die verschiedenen Anschauungen und die Literatur vgl. die Kommentare zu §§ 873, 925 BGB., §§ 19, 20 GWD.), so muß man schon nach dem Gesetzeszweck zu dem Schluß kommen, daß die gleichzeitig mit der Auflassung vor dem Notar erklärte EW. den Stempel nicht begründet. Andernfalls würde die Gleichstellung der Notare nicht erreicht werden, da die vor dem GVA. abgegebene EW. stempelfrei ist.

Das RG. folgt vorliegend der bereits RG. 54, 378 ff., ferner auch vom RG. (z. B. RGZ. 24, A 231; 48, A 157) vertretenen Meinung, daß die GWD. (§ 20) im Falle der Auflassung von dem Grund-

## b) Strafsachen.

Berichtet von Rechtsanwält Rudolf Heusen, Berlin und  
Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden.

## I. Materielles Recht.

12. Im Sinne des § 74 Abs. 2 StGB. ist die Gefängnisstrafe ihrer Art nach gegenüber allen Graden der militärischen Arreststrafe die schwerere Strafe. †)

RGSt. 58, 65 wie auch 58, 70 hat das RG. in Abweichung von der Rechtsprechung des RMilGer. den Grundsatz aufgestellt, daß i. S. des § 74 Abs. 2 StGB. die Gefängnisstrafe ihrer Art nach gegenüber allen Graden der militärischen Arreststrafe die schwerere Strafe ist, beim Zusammentreffen beider nach § 74 StGB. also die Erhöhung bei der Einzelgefängnisstrafe, und zwar auch dann eintritt, wenn diese kürzer als die Arreststrafe ist. Von diesen in der Rechtslehre zum Teil bekämpften<sup>1)</sup> Grundsätzen abzugehen, besteht kein Anlaß. An ihnen ist auch dadurch nichts geändert worden, daß inzwischen durch das RMilStGB. in der Neufassung v. 16. Juni 1926 (RGBl. I, 275) die Arreststrafe neu abgestuft und statt des beseitigt gewesenen strengen Arrests der geschärfte Arrest eingeführt worden ist.

(2. Sen. v. 23. Okt. 1933, 2 D 877/33.)

[Hn.]

13. § 153 StGB. Bei der Leistung des Offenbarungseides hat der Schuldner auch den Anspruch auf Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes an einem Gegenstand anzugeben, den er infolge Eigentumsvorbehalts des Verkäufers nur zu bedingtem Eigentum erworben hatte. †)

Die Angekl. hat bei der Leistung des Offenbarungseides im beschworenen Vermögensverzeichnis angegeben, sie habe die bei der Vollstreckungsgläubigerin Fa. S. unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung gekaufte Nähmaschine an unbekanntem Leute verkauft. In Wahrheit hatte sie die Nähmaschine in die Wohnung ihres Schwagers verbracht. Der Unwahrheit ihrer Bekundung war sie sich bewußt. Daß sie auch das Bewußtsein gehabt hat, die falsche Angabe würde von dem Eide umfaßt,

1) Vgl. Rotermond: *ZEW.* 46, 31.

faß der einseitigen Bewilligung, dem sog. formellen Konsensprinzip, eine Ausnahme macht, so daß bei der Auflassung im Grundbuchverkehr „Eingung statt Bewilligung“ erforderlich ist, aber auch ausreicht. Die GB. sei das geringere Erfordernis gegenüber dem der Auflassung. Das RG. lehnt die Meinung ab, als sei die GB. etwas anderes und andersartiges als die Auflassung, sie sei vielmehr die eine der Erklärungen, aus denen sich die Auflassung zusammenfest, nämlich die Erklärung des Berechtigten, daß er die Rechtsänderung wolle. Auch von dieser Anschauung aus hätte die Entsch. zu einem anderen Ergebnis kommen müssen. Danach ist die GB. nur die überflüssige Wiederholung des einen Teils der Auflassung, nämlich der Auflassungserklärung des Berechtigten. Eine an sich stempelfreie Urkunde kann aber nicht dadurch stempelpflichtig werden, daß eine in ihr enthaltene Erklärung doppelt zum Ausdruck gebracht wird.

RA. Paul Zahnen II, Essen.

Zu 12. Die früheren MilGer., insbes. das ehemalige RMilGer., haben in jahrelanger ständiger Rspr. die Auffassung vertreten, daß Arreststrafen dem Gefängnis gleichwertige Strafarten sind, und daß beim Zusammentreffen von Arreststrafen mit einer oder mehreren Gefängnisstrafen als Einsatzzstrafe nach § 74 Abs. 1 StGB. die ihrer Dauer nach längste gilt (vgl. RMilGer. Entsch. 3, 154 (163) und 12, 53). Im Gegensatz hierzu hat das RG. sich in mehreren Entsch. auf den Standpunkt gestellt, daß Gefängnisstrafe im Verhältnis zur Arreststrafe des MilStGB. die ihrer Art nach schwerere Strafe i. S. des § 74 Abs. 2 StGB. sei (vgl. RGSt. 58, 65 und 70). Da sich das RG. sonst in allen zweifelhaften Fragen auf dem Gebiet des MilStGB. der Rspr. des ehemaligen RMilGer. fast ausnahmslos angeschlossen hat, sollte man annehmen, daß diese Abweichung aus durchschlagenden Gründen erfolgt sei. Dies ist aber nicht der Fall.

Die Gründe, auf die das RG. seine Ansicht stützt, können als stichhaltig nicht anerkannt werden. Sie sind von Oberheeresanwalt Rotermond: *ZEW.* 46, 31 ff. eingehend unter Anführung des im Ergebnis mit ihnen übereinstimmenden und des ihnen

ist im Urte. zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus seinem Zusammenhang als die Beweisannahme des SchwG., besonders aus der festgestellten Befehrslehre durch den Richter, der ihr den Eid abgenommen hat.

Es kann sich darum nur fragen, ob die erwähnte Angabe der Angekl. vom Eid wirklich umfaßt wurde. Die Fa. S. hätte, da sie mangels vollständiger Zahlung des Kaufpreises Eigentümerin der Nähmaschine geblieben war und da die Ratenzahlungen nicht eingehalten wurden, möglicherweise unter Rücktritt vom Vertrag einen Vollstreckungstitel auf Herausgabe des Kaufgegenstandes erwirken und, wenn er nicht vorgefunden wurde, die Leistung des Offenbarungseides nach § 883 ZPO. verlangen können. Sie hat aber einen Vollstreckungstitel auf Zahlung von 100 RM als Teil des Kaufpreises erwirkt und die Nähmaschine pfänden lassen. Dadurch entstand zwar kein Pfändungspfandrecht, aber die Pfändung bestand doch formell zu Recht (RG. 60, 70; 79, 241).

Folgerichtig ist dann, wie sich aus dem Hinweis auf das vorgelegte Vermögensverzeichnis ergibt, der Offenbarungseid nach § 807 ZPO. abgenommen worden. Der Schuldner hat die Pflicht, alle an sich dem Zugriff des Gläubigers zugänglichen Bestandteile seines Aktivvermögens anzugeben. Auf diese Angaben und nur auf sie bezieht sich der Offenbarungseid (RGSt. 27, 417; 42, 424; 45, 429; 49, 317; 60, 69; 64, 417).

Die gepfändete Nähmaschine stand zwar bei Leistung des Offenbarungseides noch im Eigentum der Verkäuferin, doch war der Angekl. durch den Kaufvertrag das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises übertragen (§ 455 BGB.). Sie hatte also ein bedingtes Eigentum an der Sache, eine Anwartschaft auf Erwerb des unbefchränkten Eigentums und schon vor vollständiger Abzahlung den Besitz, verbunden mit dem Rechte der Nutzung und des Gebrauchs. Ein solcher Besitz gewährt auch nach der Lebens- und Verkehrsauffassung eine Rechtsstellung von vermögensrechtlicher Bedeutung. Je mehr am Kaufpreis bezahlt ist, desto größer ist der Vermögenswert im wirtschaftlichen Sinne. War so schon der Besitz der bedingt zu Eigentum übertragenen Sache und damit die Sache selbst ein Vermögensgegenstand i. S. des Zwangsvollstreckungsrechts, wie es ebenso unter bestimmten Umständen eine künftige Forderung sein

widersprechenden Schrifttums sowie unter Würdigung der Entsch. des ehemaligen RMilGer. zutreffend widerlegt worden. Er hebt insbes. mit Recht hervor, daß das RG. in seiner Entsch. RGSt. 58, 69 das Prüfungsergebnis 3, 114 mit Unrecht gegen das RMilGer. ins Feld führt. Wenn das RG. gegen Ende jener Entsch. weiterhin darauf hinweist, daß durch die in jedem Falle erfolgende Erhöhung der anderen Strafe, nicht des Arrestes, auch das öffentliche Interesse an der Ahndung der Straftaten am besten gewahrt werde, so kann dem nicht ohne weiteres gefolgt werden. Es übersieht dabei, daß im Interesse der militärischen Zucht und Ordnung nicht nur im disziplinarischen, sondern auch im kriminellen Strafrecht möglichst kurzen, aber schweren Strafen der Vorzug gegeben werden muß. Das ehemalige RMilGer. widerlegt an Hand der Entstehungsgeschichten der §§ 53 und 54 MilStGB. die gegenteilige Auffassung und weist überzeugend nach, daß die Arreststrafen nicht nur besondere Strafarten, sondern auch dem Gefängnis gleichwertige Strafarten sind. Das RG. hat dem schon von Rotermond ausgesprochenen Wunsch, es möge auch in vorl. Frage zur Rspr. des RMilGer. zurückkehren, bisher dauerlicherweise nicht entsprochen. Der Wunsch soll hier nochmals wiederholt werden.

MinR. Soh I, Berlin.

Zu 13. Daß schon der Besitz einer auf Abzahlung gekauften, mangels vollständiger Bezahlung des Kaufpreises noch im vorbehaltenen Eigentum des Verkäufers stehenden Sache, verbunden mit dem Rechte, sie in Gebrauch zu nehmen, einen Vermögenswert bedeutet und damit die Sache selbst einen Gegenstand des Aktivvermögens darstellt, der bei der Leistung des Offenbarungseides nicht verschwiegen werden darf, ist anerkanntes Rechtens. Gleiches gilt für den Anspruch auf Einräumung oder Wiedereinräumung des Besitzes; denn dieser Anspruch ist ebenfalls ein Aktivposten des beim Offenbarungseid vollständig anzugebenden Vermögens. Das weiß in der Regel auch der Tate, so daß in solchem Falle der äußere und innere Tatbestand eines Meineids nach § 153 StGB. ohne Schwierigkeiten festzustellen ist. Die vorliegende RGEntsch. bietet nichts Besonderes.

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

kann (RGUrt. II D 11/32), so bildete auch der Anspruch der Angekl. gegen ihren Schwager auf Wiedereinträumung des unmittelbaren Besitzes an der zu bedingtem Eigentum erworbenen Nähmaschine einen Vermögensgegenstand der Angekl. Die Pflicht, das Vermögen vollständig anzugeben (§ 807 ZPO.) schloß demnach die Pflicht ein, diesen Anspruch zu offenbaren. Schon das bloße Schweigen bedeutete eine Verletzung dieser Pflicht und somit der Eidespflicht. Darüber hinaus hat die Angekl. bewußt bestimmte Angaben gemacht, die mit der wahren Sachlage in Widerspruch standen.

(2. Sen. v. 2. Okt. 1933; 2 D 991/33.) [W.]

**14.** § 10 DpG. Zum Tatbestand des „Inverkehrbringens“ und des „Handeltreibens“. †)

Der Angekl. hat ein Kaufgeschäft über Kokain zwischen zwei bereits rechtskräftig verurteilten früheren Mitangekl. ohne Erlaubnis vermittelt. Hierin hat die Strk. den Tatbestand des „Inverkehrbringens“ gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 DpG. erblickt und darauf die Verurteilung des Angekl. gestützt.

In der Vermittlung des schuldrechtlichen Vertrages liegt nicht der Tatbestand des „Inverkehrbringens“, das in der Verurteilung eines Wechsels in der Verfügungsgewalt besteht (vgl. RGSt. 63, 161 ff., 163, 164; 62, 389). In der Tätigkeit des Angekl. kann jedoch Beihilfe zu dem von den bereits verurteilten Mitangekl. begangenen Vergehen gegen § 10 Abs. 1 Nr. 1 DpG. liegen. Es kann in ihr aber in erster Linie auch der Tatbestand des „Handeltreibens“ dann gefunden werden, wenn der Angekl. bei der Vermittlung in eigensüchtiger Absicht gehandelt hat. Unter dieser Voraussetzung ist bereits die Vermittlung eines Kaufgeschäfts nach dem jetzt geltenden DpG. v. 10. Dez. 1929 — im Gegensatz zu dem früheren v. 30. Dez. 1920 — als „Handeltreiben“ strafbar (RGUrt. v. 25. April 1932, III 234/32: DZ. 1932 Sp. 808). Die Feststellung der eigensüchtigen Absicht ist dem angef. Urte. jedoch nicht zu entnehmen; es hat den Anschein, als ob die Strk. diese Frage hinsichtlich des Angekl. deswegen dahingestellt gelassen hat, weil sie den Tatbestand des „Inverkehrbringens“ als gegeben ansah. Die Sache mußte demnach zu erneuter Prüfung zurückverwiesen werden.

(1. Sen. v. 20. Okt. 1933; 1 D 804/33.) [Sn.]

**\*\*15.** §§ 3, 5, 13, 16, 21, 107, 152 ZollG.; §§ 9, 10 TabStG.; §§ 4b, 5 Abs. 1 ZollTarG. Verbrauchen und verbrauchenlassen von zollpflichtigen Getränken und Tabakerzeugnissen im Freibeizirk. Die auf § 5 Abs. 1b ZollTarG. beruhende Befreiung ist nicht abhängig von der Bestellung bei einer Zollstelle. Die Fälle des § 5 Abs. 1b ZollTarG. sind vielmehr nicht anders zu beurteilen als die Fälle des Abs. 1a und Abs. 2.

1. Dem Angekl. war zur Last gelegt, seit dem 7. Juli 1925 bis zum 30. Sept. 1930 im Stettiner Freibeizirk, wo er

**Zu 14.** Das RG. hält mit Recht daran fest, daß der Begriff des „In-Verkehr-Bringens“ den Übergang der tatsächlichen Verfügungsgewalt von deren Inhaber auf eine andere Person erfordert (vgl. auch Fraeb, Die straf- und zivilrechtliche Stellungnahme gegen den Raufgastmischbrauch, Leipzig 1927, Georg Thieme, S. 81 ff.; RG.: JW. 1932, 3346<sup>14</sup>).

Nach der WD. über den Verkehr mit Opium v. 15. Dez. 1918 (RGBl. 1447) war im § 2 der Handel mit Opium usw., sowie der Erwerb und die Veräußerung von einer Erlaubnis abhängig gemacht. § 6 jener WD. bedrohte denjenigen mit Strafe, der gegen § 2 verstieß. Danach war klar, daß derjenige, der Kaufgeschäfte über Raufgastmische zwischen anderen Personen ohne Erlaubnis vermittelte, nach jener WD. Strafe verurteilt. Das wurde anders mit Inkrafttreten des OpiumG. v. 30. Dez. 1920 (RGBl. 1921, 2 ff.). Auch § 2 dieses Gesetzes forderte sowohl für den Handel mit Opium, als auch für die Einfuhr, Ausfuhr, Herstellung, Verarbeitung, Erwerb und Veräußerung eine Erlaubnis. Dieses Gesetz enthielt aber in seinem § 8 eine selbständige Strafvorschrift, welche nochmals die einzelnen strafbaren Handlungen aufführt. Zu den in § 2 aufgeführten Handlungen war in § 8 das Inverkehrbringen hinzugefügt, der Handel aber weggelassen worden. Von dem § 8 dieses alten OpiumG. wurde mithin die bloße Vermittlung von Betäubungsmitteln nicht betroffen. Unter den zahlreichen

damals ein Schiffsproviandlager hatte, gemeinschaftlich mit anderen in fortgesetzter Handlung auf seinem Lager oder sonst im Freibeizirk 600 Flaschen Kognak und Liköre, 12 000 Zigarren und 20 000 Zigaretten unverzollt und unversteuert verbraucht zu haben oder haben verbrauchen lassen. Festgestellt ist, daß insgesamt 200 Flaschen Kognak und Liköre, 3—4000 Zigarren und 5000 Zigaretten daselbst verbraucht worden sind. Der Angekl. hat sich dahin verteidigt, daß er von diesen Waren Proben in seinem Lager entnommen und davon an seine angestellten Arbeiter, Besucher und Geschäftsfreunde zum alsbaldigen Genuß im Freibeizirk abgegeben habe. Das LG. hat in diesem Verbrauch im Freibeizirk weder eine Zoll- noch Steuer- noch Monopolausgleichshinterziehung erblickt. Die Sachbeschwerden der Strk. und des Nebenkl. können keinen Erfolg haben.

Zollrechtlich sind zu unterscheiden:

- a) Zollausschlüsse (Freihäfen, § 16 ZollG.);
- b) freie Niederlagen (Freiläger, Freibeizirke, § 107 ZollG.);
- c) allgemeine öffentliche Niederlagen (Freihallen, § 13 ZollG.).

Der Freibeizirk Stettin ist eine „freie Niederlage“ i. S. des § 107 ZollG. Das vom Angekl. dort unterhaltene Warenlager war gestattet nach § 5b ZollG. für den Freibeizirk in Stettin v. 16. Nov. 1896. Nach § 107 Abs. 2 ZollG. werden die freien Niederlagen mit den Maßgaben, welche die für die einzelnen Niederlagen zu erlassenden Regulative enthalten, zollgesetzlich als Ausland behandelt. Danach sind — wie der RFV. ausführt — „die freien Niederlagen (Freibeizirke) zollgesetzlich als Ausland zu behandeln, soweit das für die einzelnen Freibeizirke erlassene Regulativ nicht etwas anderes vorschreibt. Der Freibeizirk i. S. des § 107 ZollG. bedeutet daher eine besondere Modifizierung des zollrechtlich erheblichen Tatbestandes in dem Sinne, daß die Zolllinie (i. S. § 16 ZollG.), d. i. die Linie, welche die Warenbewegung in der Richtung auf das Zollgebiet überschritten haben muß, damit die Gebundenheit des Warenführers, des Zollgutes und die Entstehung der Zollpflicht überhaupt möglich ist, als hinter die Staatsgebietsgrenze zurückverlegt gilt“ (RFV. 15, 297; 18, 297). Durch die letztgenannte Entsch. wurde der damalige Beschwff., welcher am 27. Mai 1925 einem Arbeiter innerhalb des Freibeizirks in Stettin drei Pack unverzollten und unversteuerten ausländischen Feinschnitt-Rauchtabak zum Verbrauche ausgehändigt hatte, von Zoll und Steuer freigestellt, weil an die Warenbewegung im Freibeizirke, wie sie damals vorgenommen wurde, die Entstehung der Zollschuld nicht geknüpft sei, und weil der Freibeizirk in seinem gesamten Umfange als Zolllager anzusehen sei und demnach für die in den Freibeizirk eingebrachten tabaksteuerpflichtigen Erzeugnisse die Steuer-schuld nach §§ 9, 10 TabStG. (v. 12. Sept. 1919 u. 30. Okt. 1923) erst dann zur Entstehung komme, wenn sie aus dem Freibeizirk als dem Zollgewahrsam in den freien Verkehr des

von mir an die Reformgesetzgebung gestellten Forderungen befand sich unter Nr. 9 (vgl. a. a. D. S. 234) auch folgende: „Auch die Vermittlung des Verkaufs von Suchtstoffen ist unter Strafe zu stellen.“ Dieser Forderung ist auch durch die Fassung des neuen OpiumG. v. 10. Dez. 1929 (RGBl. I, 215 ff.) Rechnung getragen worden. Nach seinem § 3 ist der „Handel“ mit Raufgastmischen nur Personen gestattet, denen hierzu die Erlaubnis erteilt worden ist. Außerdem ist in § 10 Abs. 1 Ziff. 1 ausdrücklich auch mit Strafe bedroht, wer „Handel“ mit Raufgastmischen „treibt“. Da das OpiumG. im Interesse des Gesundheitsschutzes verbieten will, daß die in ihm genannten Suchtstoffe zu anderen, als zu Heilzwecken oder zu wissenschaftlichen oder sonstigen im öffentlichen Interesse gelegenen Zwecken an die Verbraucher gelangt, so ist eine jenem Zweck entprechende weite Auslegung durchaus angebracht und angezeigt. Dem Begriff des „Handeltreibens“ ist genügt, wenn der Täter eine eigensüchtige, auf den Umsatz des jeweiligen Suchtstoffes gerichtete Tätigkeit entfaltet hat. Was ein solcher Suchtstoffhändler gewinn-süchtig treibt, ist ebenbürtig dem verabschewungswürdigen Gewerbe des eigensüchtigen Abtreibers. Beide betreiben einen eigensüchtigen, gemeinschaftsfeindlichen Handel, der, weil er eine große Gefahr für die Volksgesundheit bedeutet, im höchsten Grade strafwürdig ist.

DR. Dr. Fraeb, Hanau

Inlandes übergehen; der Übergang von einer Hand in die andere innerhalb des Freibezirks könne deshalb nicht als Übergang in den freien Verkehr gelten. — Seit dem Tage jener Tat (27. Mai 1925) hat sich die Rechtslage mehrfach geändert (s. insbes. Gef. z. Mänderung von Verbrauchssteuern v. 10. Aug. 1925 [RWB. I, 248], durch welches der RWbG. der § 7a neu eingefügt worden ist, ferner das Gef. üb. die Erhöhung der TabSt. v. 10. Aug. 1925 [RWB. I, 244] und die Gef. z. Änderung des TabStG. v. 22. Dez. 1929 [RWB. I, 234] und v. 15. April 1930 [RWB. I, 135]). Auf Grund der geänderten Gesetzesbest. ist die spätere Rspr. des RFG. geneigt, weniger die Entfernung aus den Herstellungsräumen usw. zu betonen, als vielmehr den Übergang in den freien Verkehr in dem Heraustrreten der Erzeugnisse aus der steuerlichen Überwachung zu sehen, was z. B. schon beim Rauchen innerhalb der Herstellungs- oder Lagerräume von Tabakerzeugnissen nicht zu Probezwecken der Fall sein kann. — Monopolgebiet ist das Gebiet des Deutschen Reiches mit Ausnahme der Zollausschlüsse, jedoch einschl. des badischen Zollausschlußgebietes (§ 2 BranntwMonG.). Freibezirke sind vom Monopolgebiet nicht ausgeschlossen. Kognak und Vikore unterliegen nicht dem Einfuhrverbot des § 3 BranntwMonG. Werden sie in einem Freibezirk getrunken, bevor sie zum freien Verkehr abgefertigt sind, so unterliegen sie dem Monopolausgleich, gleichviel ob für sie Zoll zu entrichten ist oder nicht (§ 154 i. Verb. m. § 2 BranntwMonG. und RFG. 14, 275).

Ob der Angekl. durch den Verbrauch oder das Verbrauchlassen im Freibezirk oder durch die Abgabe zu solchem Verbrauch den äußeren Tatbestand der Zollhinterziehung, der Tabak- und Ausgleichsteuerhinterziehung und der Monopolausgleichshinterziehung als Täter, Anstifter oder Gehilfe verwirklicht hat, braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Das O. hat nämlich für erwiesen angesehen, daß der Angekl. aus unverschuldetem Irrtum über steuerrechtliche Vorschriften, mögen diese nun außerhalb oder innerhalb des Strafstrafrechtes liegen, die Tat für erlaubt gehalten hat, und hat ihn deshalb auf Grund des § 59 StGB., hilfsweise auf Grund des § 358 (a. F.) RWbG. freigesprochen. Ein Rechtsirrtum tritt hierbei nicht zutage (vgl. RGSt. 61, 238; 64, 25). § 358 gilt seit Inkrafttreten der RWbG. für alle Reichsteuergesetze (einschl. der zollgesetzlichen Best. nach § 1 RWbG.), auch für die seinerzeit noch nicht angepaßten, und für alle Steuerzweckverhandlungen (s. den später gestrichenen § 453 a. F. RWbG., letzter Satz). Die Rev. des Nebenkl., die geltend macht, der Angekl. habe genau gewußt, daß die Zollbehörde einen Warenverbrauch im Freibezirk für strafbar halte, erhebt insoweit nur einen tatsächlichen Angriff, der in diesem Rechtszuge nicht beachtet werden kann (§§ 261, 337 StPD.). Der festgestellte unverschuldete Irrtum schließt auch eine Bestrafung wegen Ordnungswidrigkeit nach § 152 WZollG. verb. m. § 13 ZollD. v. 16. Nov. 1896 aus (RGSt. 66, 341), deren Strafverfolgung überdies verjährt wäre.

2. Dem Angekl. lag ferner zur Last, in fortgesetzter Handlung in den Jahren 1926—1929 große Mengen Zigarren, Zigaretten, Kakao und Oshardinen unverzollt und unversteuert aus dem Freibezirk in das Zollinland eingeführt zu haben. Die Einfuhr von Oshardinen ist nicht für erwiesen erachtet worden. Dagegen ist der Angekl. wegen Zoll- und Tabaksteuerhinterziehung zu einer Geldstrafe von 54 und 47,40 RM, an deren Stelle für je 20 RM ein Tag Gefängnis tritt, und zu einem Wertersatz von 6 RM auf Grund der Feststellung verurteilt worden, daß er aus dem Stettiner Freibezirk 150 Zigaretten in das Zollinland unverzollt und unversteuert eingeschmuggelt hat. Im übrigen hat die StrR. festgestellt, daß der Angekl. zu seinem täglichen Gebrauch und nicht etwa, um durch vielfach wiederholtes Einbringen an sich zollfreier Mengen ein Warenlager zu begründen oder überhaupt die Zoll- und Steuervorschr. zu umgehen, Zigarren unverpackt und nur in Mengen bis zu zehn Stück, ferner Zigaretten unverpackt und nur in Mengen bis zu 25 Stück aus dem Freibezirk in das Zollinland eingeführt habe. Nach § 74 Abs. 2 u. 3 TabSt-AusfBest. (in der damals gültigen Fassung) verb. m. § 5 Abs. 1b ZollTarG. bestimme aber bei Einbringung derartiger geringer Mengen von unverpackten Zigarren und Zigaretten keine Zoll- oder Steuerpflicht. In einigen Fällen habe der

Angekl. ferner Kakao und Kaffee aus dem Freibezirk heraus in ganz geringen Mengen — nach der offensichtlichen Annahme des O. jeweils unter 50 g — in seine Stettiner Wohnung mitgenommen, um an Hand von Proben neue Warenpartien prüfen zu können. Für die Einfuhr dieser kleinen Mengen bestimme aber nach § 5 Abs. 1b ZollTarG. ebenfalls keine Zoll- oder Steuerpflicht.

Demgegenüber behauptet der Nebenkl., die auf § 5 Abs. 1b ZollTarG. beruhende Zollbefreiung sei abhängig von der — hier nicht erfolgten — Gestellung bei einer Zollstelle. Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden.

Nach § 5 Abs. 1 ZollTarG. v. 25. Dez. 1902 sind von der Verzollung befreit: a) die mit der Post eingehenden Warensendungen von 250 g Rohgewicht oder weniger; b) die der Gewichtszverzollung unterliegenden Waren in Mengen unter 50 g . . . Nach § 5 Abs. 2 werden Zollbeträge von weniger als 5 Pfg. überhaupt nicht erhoben.

Weder Wortlaut noch Sinn dieser Vorschr. gibt einen Anhaltspunkt dafür, daß diese Zollbefreiungen die Gestellung bei einem Zollamte zur Voraussetzung hätten. Nach dem Wortlaut ist die Zollbefreiung von dieser Bedingung nicht abhängig gemacht. Der offensichtliche Zweck der Vorschr. geht dahin, im Interesse der Verwaltung und des Verkehrs die Berechnung und Erhebung von Zollbeträgen zu vermeiden, deren Geringfügigkeit in keinem Verhältnis zu der durch die Berechnung, Buchung und Einhebung entstehenden Mühewaltung stehen würde. Gerade dieser Zweck spricht für die Befreiung von jeder zollamtlichen Behandlung. Für den Fall der Postsendungen des § 5 Abs. 1a ist dies ausdrücklich anerkannt in § 1 Abs. 4 PostZollD. v. 28. Jan. 1909, wonach die nach den Betr. Best. zollfreien Sendungen von der Vorführung bei der Zollstelle und von jeder zollamtlichen Behandlung befreit sind. Für den Fall des § 5 Abs. 2 (früher § 4 Abs. 2 ZollTarG. v. 24. Mai 1885) ist die Freiheit von Zollpflicht und zollamtlicher Behandlung ausgesprochen in RGSt. 19, 361, für den Fall des § 5 (früher § 4) Abs. 1b in RGEntsch. 4 D 3427/92: ZBl. f. AbgGesetzgebung und Verwaltung in Preußen 1893, 137. Dort ist ausgeführt: „Die Rev. des Prov.-Steuerdirektors rügt Verletzung der §§ 21, 152 WZollG., weil die Angekl. (welche 3 kg Mehl im Grenzverkehr auf einem Nebenwege aus Österreich eingeführt hatte) nicht einer Übertretung dieser Strafvorschr. für schuldig erachtet worden sei. Nun bestimmt der § 21 a. a. D., daß derjenige, welcher zollpflichtige Waren oder solche Gegenstände mit sich führt, welche zwar zollfrei, aber dergestalt verpackt sind, daß ihre Beschaffenheit nicht sogleich erkannt werden kann, über die Zolllinie nur auf einer Zollstrafe eintreten darf. Aber die Ausführung der Rev., daß das eingebrachte Mehl an sich zollpflichtig, mithin seine Einfuhr auf einem Nebenwege ordnungswidrig sei, erscheint unhaltbar. Wie sich aus den §§ 3 und 5 WZollG. ergibt, gilt sowohl bei der Einfuhr wie bei der Ausfuhr die Zollfreiheit als Regel. Daher ist jede eingehende Ware an sich zollfrei und nur ausnahmsweise, nämlich soweit der Vereinszolltarif einen Eingangszoll festsetzt, zollpflichtig. Die Zollpflichtigkeit einer Ware ist konkret zu beurteilen, und wenn sie im Gesetz von der Menge der eingeführten Ware abhängig gemacht ist, so ist die geringere Menge eben nicht zollpflichtig, sondern zollfrei. Das ZollTarG. drückt dies in der allgemeinen Best. des § 4b dahin aus, daß alle der Gewichtszverzollung unterliegenden Waren in Mengen unter 50 g „von der Verzollung befreit“, m. a. W. nicht zollpflichtig sind. Diese Befreiung ist in Nr. 25q 2 des Tarifs für Mehl im Grenzverkehr auf 3 kg ausgebehnt. Ist die Ware aber nicht zollpflichtig, so ist ihre Einfuhr auch nicht der Beschränkung des zitierten § 21 unterworfen, sie müßte denn in der dort angegebenen Art verpackt sein, was vorliegend nicht in Frage steht. . . . Wollte man endlich der Kontrollvorschr. des § 21 diejenige Ausdehnung geben, welche ihr die Rev. beilegen will, so würde sich ein jeder, der auf Geschäfts- oder Spaziergängen die Grenze auf einem Nebenwege überschreitet und dabei der Verzollung unterliegende Gegenstände in zollfreier Menge oder Qualität (§§ 4 und 5 [jetzt 5 und 6] TarG.) mit sich führt, einer nach § 152 WZollG. zu verhängenden Ordnungsstrafe aussetzen“ (was, wie weiter ausgeführt wird, zu Anzuträglichkeiten führen würde).

Damit ist zugleich die Anschauung widerlegt, daß immer dort, wo es auf die Vermiegung und genaue Feststellung des Gewichts ankommt, eine Gestellungspflicht bestehe, von deren Beachtung die Zollfreiheit abhängig gemacht sei. Die Fälle des § 5 Abs. 1 b können nicht anders beurteilt werden als die Fälle des Abs. 1 a und des Abs. 2.

Dafür sprechen ferner folgende Erwägungen:

Nach § 21 BZollG. (in der damals gültigen Fassung) sind gestellungspflichtig „zollpflichtige Waren oder sonstige Gegenstände, welche zwar zollfrei, aber dergestalt verpackt sind, daß ihre Beschaffenheit nicht sogleich erkannt werden kann“. Hiernach sind unverpackte zollfreie Gegenstände nicht gestellungspflichtig, gleichviel ob die Zollfreiheit auf dem Zolltarife oder auf dem ZollTarG. beruht (vgl. die für den vorl. Fall noch nicht in Betracht kommende AnpassungsVO. v. 23. Dez. 1931 Zweiter Teil, § 1 [RWB. I, 779], wonach in § 21 Abs. 1 BZollG. statt „zollfrei“ zu setzen ist „tarifmäßig zollfrei“. Ob durch diese Änderung die Gestellungspflicht verpackter zollfreier Waren auf tarifmäßig zollfreie eingeschränkt wurde, wie nach dem Wortlaut angenommen werden könnte, oder ob die Änderung die Wirkung hat, daß nunmehr nur tarifmäßig zollfreie unverpackte Waren von der Gestellungspflicht ausgenommen seien, wie der Nebenkl. behauptet, braucht nicht untersucht zu werden). Sog. vertragsmäßige Zollfreiheit, die nur bei dem der Zollbehörde gegenüber zu führenden Nachweis des Herkunftslandes gewährt wird, setzt selbstverständlich Gestellung der Ware beim Zollamte voraus, kommt aber hier nicht in Frage.

Für die hier vertretene Rechtsanschauung spricht auch die Rpr. des RFG. zu § 6 Nr. 7 und 8 ZollTarG. Er hat ausgeführt:

„Da der Angekl. eine die Höchstmenge überschreitende Zigarettenmenge ... einfuhrte, so bestand für ihn die Gestellungspflicht aus den §§ 21, 92 BZollG. bei dem Grenzamt“ (RFG. IV F 5/32).

„Die in § 6 Nr. 7 ZollTarG. vorgeschriebene Zollfreiheit der von Reisenden zum eigenen Gebrauch während der Reise mitgeführten Verzehrgütergegenstände ist grundsätzlich nicht davon abhängig, daß diese Gegenstände der Zollbehörde beim Eingang vorgeführt werden; findet die Zollbehörde im Gewahrsam eines Reisenden Gegenstände, die dieser nicht vorgeführt hatte, so kann, wenn die Gegenstände als Reisebedarf i. S. des § 6 Nr. 7 ZollTarG. anzusehen sind, die Zollfreiheit nicht deshalb ausgeschlossen sein, weil ihre Vorführung unterblieben ist. Wenn auch über die Bemessung der zollfrei zu lassenden Mengen der Verzehrgütergegenstände die Zollbeamten nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden haben, die Zollfreiheit also nicht immer von vornherein feststeht, so darf die Nichtgestellung der Verzehrgütergegenstände durch den Reisenden oder sein sonstiges Verhalten nicht dazu führen, die Frage der Zollfreiheit nun anders zu beurteilen, als es bei ordnungsmäßiger Gestellung der Fall gewesen wäre“ (RFG. IV A 256/32). (Beide Entsch.: *Prozess, Steuerkartei zu § 6 Nr. 7 ZollTarG.*)

Zu 17. I. Die Entsch. entspricht der bisher maßgebenden herrschenden Meinung.

1. Hiernach beschwert eine Freisprechung mangels Beweises den Angekl. angeblich deshalb nicht, weil derselbe nicht verlangen könne, daß der Freispruch gerade aus dem Grunde erfolge, der ihm erwünscht sei (*Loewe-Rosenberg*, 17. Aufl., S. 673; 18. Aufl., S. 731; *RG.*: LZ. 8, 874). Ebensovienig kann gegen ein Ur. Ver. eingelegt werden, das den Angekl. wegen Geisteskrankheit freispricht, wenn derselbe mangels Tatverdachts freigesprochen werden möchte (*RG.*: DJZ. I, 1205; *RGSt.* 6, 545; *OVG.* Hamburg: JW. 1930, 3448<sup>27</sup>; *Loewe-Rosenberg a. a. D.*). Für den Fall, daß das Verfahren in der mündlichen Verhandlung wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung eingestellt wird, unterscheidet die Rpr. danach, ob der Hinderungsgrund ein dauernder oder ein vorübergehender war. Nur im letzteren Falle soll der Angekl. durch die Einstellung beschwert sein können, da er nur dann ein neues Strafverfahren zu befürchten habe (*Loewe-Rosenberg a. a. D.*).

Hieraus ergibt sich, daß lediglich eine dem Angekl. nachteilige Entscheidungsbisposition das Recht auf Einlegung des Rechtsmittels begründen soll (*RGSt.* 4, 355; 46, 371). Ist ein

„Fahrräder, die beim Eingang über die Zollgrenze zur Beförderung von Personen dienen und nur aus dieser Veranlassung eingeführt werden, unterliegen nicht der in den §§ 21, 22 BZollG. vorgesehenen Gestellungs- und Anmeldepflicht“ (RFG. IV A 359/26 zu § 6 Nr. 8 ZollTarG.; *RFG.* 20, 183).

Noch viel weniger kann eine Gestellungspflicht angenommen werden im Falle des § 5 Abs. 1 b ZollTarG., da hier keine von der Zollbehörde zu entscheidende Ermessensfrage obwaltet, sondern das Gewicht der Ware von jedermann einwandfrei festgestellt werden kann. Das gleiche gilt von der Stückzahl der Zigaretten und Zigaretten im Falle des § 74 Abs. 2 u. 3 TabStAusfBest.

Das LG. ist daher m. R. davon ausgegangen, daß der Angekl. nicht verpflichtet war, die ihres geringen Gewichtes oder ihrer kleinen Menge wegen zoll- und steuerfreien Gegenstände der zollamtlichen Behandlung zuzuführen.

(3. Sen. v. 5. Okt. 1933; 3 D 837/32.)

[W.]

## II. Verfahren.

16. § 80 Abs. 2 StPD. Der Sachverständige gehört nicht zu den Personen, deren Anwesenheit in der Hauptverhandlung das Gesetz vorschreibt, so daß sein Fehlen ohne weiteres einen Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPD. bildete, denn § 80 Abs. 2 StPD. sagt, daß ihm gestattet werden könne, der Vernehmung von Zeugen oder des Beschuldigten beizuwohnen, und daraus folgt, daß seine Anwesenheit bei den erwähnten Prozeßvorgängen oder gar in der ganzen Hauptverhandlung nicht erforderlich ist (*RG.*: JW. 1927, 2040<sup>63</sup>).

(3. Sen. v. 26. Okt. 1933; 3 D 1006/33.)

[Sn.]

17. Dem Angeklagten steht gegen die Freisprechung mangels ausreichenden Schuldbeweises in der Hauptsache kein Rechtsmittel zu, gleichviel, ob er die Rechtsansicht der StrR. als gegen das Strafgesetz verstoßend oder das dem Urteil zugrunde liegende Verfahren als fehlerhaft rügen will.†)

Der Angekl. ist durch das von ihm angefochtene Ur. von der Anklage wegen gewinnsüchtiger Privaturlundenfälschung in Tateinheit mit Betrug „mangels Beweises“ freigesprochen worden. Mit der von ihm eingelegten Rev. erstrebt er, wie der Zusammenhang der RevBegründung und die gestellten RevAnträge ergeben, die Aufhebung des Ur. und seine Freisprechung wegen Nachweises seiner „völligen Unschuld“ sowie die Belastung der Staatskasse mit den dem Angekl. erwachsenen notwendigen Auslagen, „einschließlich der Kosten der verschiedenen Verteidiger“. Das Rechtsmittel ist jedoch in der Hauptsache schon deshalb unzulässig, weil der Angekl. durch seine

erneutes Strafverfahren auf Grund des Ur. unmöglich, kann der Angekl. nicht mehr beschwert sein.

Das Interesse des Angekl. an Abänderung ist angeblich noch nicht deshalb gegeben, weil eine erneute Hauptverhandlung eine Änderung des Beschlusses über Entschädigung wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft herbeiführen könnte; denn nach *Loewe-Rosenberg* soll dieser Beschluß jeder Anfechtung entzogen sein, selbst wenn eine neue Hauptverhandlung die vollkommene Unschuld des Angekl. ergeben würde (*Loewe-Rosenberg a. a. D.*; *RG.* I, Beschl. v. 27. Mai 1924). Ebensovienig soll der Angekl. aus dem Umstand ein Rechtsmittel herleiten dürfen, daß bei vollkommener Freisprechung die ihm erwachsenen notwendigen Auslagen, insbes. die Kosten seines RA., der Staatskasse auferlegt werden könnten (§ 467 Abs. 2 StPD.). Die Vorschr. des § 467 Abs. 2 StPD. ist selbst im Falle nachgewiesener Unschuld nicht zwingend (*Loewe-Rosenberg* § 467 Anm. 3; *GoldArch.* 44, 157). Die notwendigen Auslagen können allein auf Grund richterlichen Ermessens der Staatskasse auferlegt werden.

2. Eine Rev. der Kostenentsch. gem. § 467 Abs. 2 wäre nur möglich, wenn die Tatsacheninstanz von falschen rechtlichen Er-

Freisprechung mangels ausreichenden Schuldbeweises nicht beschwert ist. Denn er hat keinen rechtlich begründeten Anspruch darauf, die Schuldfrage gerade aus dem von ihm gewünschten Grunde verneint zu sehen. Vielmehr geht das Ziel des Strafprozesses nur dahin, festzustellen, ob der geltend gemachte staatliche Anspruch auf Schuldsprechung und Bestrafung besteht oder nicht besteht. Wird der Angekl. von Schuld und Strafe freigesprochen, so steht fest, daß ein staatlicher Strafanspruch gegen ihn nicht besteht, nicht bestanden hat und auch — abgesehen von den Fällen der §§ 362 f. StPD. — nicht mehr geltend gemacht werden kann. Eine andere Auffassung kann dann Platz greifen, wenn die strafrechtliche Schuld bejaht, der Angekl. aber aus anderen Gründen, wie in den Fällen der §§ 199, 233 StGB. oder im Falle der Einstellung des Verfahrens wegen Fehlens des erforderlichen Strafantrags, für straffrei erklärt worden ist. Ein Fall dieser Art liegt indes hier nicht vor. Von den erörterten, vom RG. in ständiger Rspr. festgehaltenen Grundsätzen (vgl. u. a. RGSt. 4, 355, 357 f.; 13, 324, 327 f.; 42, 399, 400 f.; 63, 184, 185; RG. Rspr. 6, 545) abzugehen, bieten die Ausführungen der Rev. keinen Anlaß.

Hiernach steht dem Angekl. gegen die Freisprechung mangels ausreichenden Schuldbeweises in der Hauptsache kein Rechtsmittel zu, gleichviel, ob er die Rechtsansicht der Strk. als gegen das Strafgesetz verstößend oder das dem Ur. zugrunde liegende Verfahren als fehlerhaft rügen will.

Die Rev. würde aber dann zulässig sein, wenn der Angekl. durch das angefochtene Ur. in einem Nebenpunkt, etwa durch

wägungen ausgegangen wäre. Meist wird jedoch das Ermessen des Gerichts von Billigkeitsgründen abhängig gemacht und rechtlich nicht nachzuprüfen sein. Näheres zu der Rspr. hierüber ist bereits in einer Entsch. des OLG. Hamburg: JW. 1930, 3448<sup>27</sup> ausgeführt worden.

II. Es fragt sich, ob diese Rspr. auch in Zukunft aufrecht erhalten werden kann.

Letzten Endes berührt ja die Frage der Berufungsfähigkeit von freisprechenden Ur. das Problem der Stellung des Staates zum Einzelindividuum. Es erscheint unbillig, wenn der Staat sich der letzten Verantwortung gegenüber einem unschuldigen in ein Strafverfahren Bezogenen dadurch entziehen kann, daß er eine Freisprechung mangels Beweises oder wegen Geisteskrankheit anspricht, ohne dem Angeeschuldigten die moralische Rechtfertigung seiner Unschuld als Ersatz für die vielen ideellen Schäden und Aufregungen zu gewähren!

1. Man muß sich einmal vergegenwärtigen, wie ein Angeeschuldigter, der mangels Beweises freigesprochen ist, tatsächlich gegenüber seinen Mitmenschen dasteht. Vollkommene Klarheit wird durch ein derartiges Ur. nie geschaffen werden. Der alte makellose Ruf wird nicht wieder hergestellt werden können! In vielen Fällen werden Gerichte eine derartig beschränkende Freisprechung bewußt oder unbewußt auch deshalb verkünden, um die Staatskasse vor Entschädigungsansprüchen für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und aus § 467 Abs. 2 StPD. zu bewahren, oder um die Maßnahmen des Staates, insbes. seines Anwalts, nachträglich nicht als vollkommen ungerechtfertigt hinzustellen.

Stund dies aber Gründe, die dem heutigen Gerechtigkeitsgrundsatz entsprechen? Diese Frage muß m. E. verneint werden, zumal eine „Beschweris“ des Angekl. wohl auf Grund folgender Ausführungen zu konstruieren wäre.

2. Der Angekl., der sich unschuldig fühlt, hat ein rechtliches Interesse daran, daß ihm eine Entschädigung nach § 1 Ges. für unschuldig erlittene Untersuchungshaft v. 14. Juli 1904 gewährt werde. Der Sinn dieser Best. ist offenbar der, dem Angekl., der unschuldig ins Gefängnis kam, eine billige Entschädigung für die entstandenen ideellen und tatsächlichen Nachteile zu gewähren. Wird in dem Strafverfahren nun mangels Beweises freigesprochen, dürfte das Vorliegen der Gesetzesbestimmung kaum bejaht werden können. Der Staat bestätigt ja, daß nur Mangel an hinreichenden Beweismitteln die Freisprechung trage. Dagegen würde eine absolute Freisprechung Entschädigungsansprüche grundsätzlich begründen.

Gewährt man dem Angeeschuldigten nun ein Rechtsmittel gegen das seine Freisprechung mangels Beweises verfügende Ur., würde man ihm damit m. E. die Möglichkeit geben, die Entsch. über die Entschädigung einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen.

Es ist allerdings richtig, daß die Entsch. über Zubilligung der genannten Entschädigung keinem Rechtsmittel unterliegt (§ 4 Abs. 3 des Gesetzes).

Das Gesetz unterscheidet aber zwischen Aufhebung der Entsch.

die Kostenentscheidung, benachteiligt wäre. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels würde jedoch auch in einem solchen Falle von der Erhebung einer den Vorsch. des § 344 StPD. genügenden Rüge abhängig sein. Eine solche liegt hier nicht vor. Ob das erkennende Gericht § 467 Abs. 2 StPD. — ebenso wie § 473 Abs. 1 Satz 2 das. — anwenden will, ist reine Ermessenfrage, wobei im wesentlichen die tatsächliche Lage des jeweiligen Falles, deren Beurteilung dem Tatrichter, nicht dem Rev. Richter zusteht, maßgebend ist (RGSt. 10, 33, 34/35). Die insoweit vom Tatrichter getroffene Entsch. kann daher vom Revisionsrichter nicht nachgeprüft werden und entzieht sich deshalb jedem Rev. Angriff (RGSt. 45, 62, 63; RG. Rspr. 6, 532, 534). Vielmehr kann mit dem Rechtsmittel der Rev. nur geltend gemacht werden, daß der Tatrichter bei seiner gem. § 467 Abs. 2 oder § 473 Abs. 1 Satz 2 getroffenen Entsch. von falschen rechtlichen Erwägungen ausgegangen sei. Eine dahin gehende Rüge ist im gegebenen Falle nicht erhoben; insbes. ist eine solche nicht in der bloßen Ausführung der Rev. zu finden, die Strk. habe den Antrag, „dem Angekl. die ihm durch das ganze Verfahren gegen ihn entstandenen notwendigen Auslagen, einschließlich der Auslagen der Verteidigung, zu ersetzen“, abgelehnt, „weil die Unschuld des Angekl. nicht erwiesen sei“. Mit diesen Darlegungen soll, wie der Zusammenhang der Rev. Begründung ergibt, überhaupt kein Angriff gegen die Kostenentscheidung erhoben, sondern nur begründet werden, weshalb nach Ansicht der Rev. das Rechtsmittel zulässig sei.

(3. Sen., Beschl. v. 18. Sept. 1933; 3 D 1067/33.) [Hn.]

durch die Rechtsmittelinstanz und durch dasselbe Gericht auf Grund nochmaliger Prüfung. In letzter Hinsicht bestimmt Abs. 2 des genannten Paragraphen, daß ein neuer Beschluß über die Entschädigung gefaßt werden solle, wenn bei einem gegen das Ur. eingelegten Rechtsmittel von neuem auf Freisprechung erkannt würde. Diese Vorsch. ließe sich sehr wohl dahingehend auslegen, daß man das Gericht für befugt erachte, bei Durchdringen der Rev. und völliger Freisprechung auch seine Entsch. über Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft aufzuheben und erneut zu treffen. Dann wäre der Angeeschuldigte, der mangels Beweises freigesprochen ist, durch dieses Ur. beschwert, weil ein absolut freisprechendes Ur. ihn unmittelbar in den Genuß der Rechte aus dem Gesetz betr. Entschädigung wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft setzen könnte.

3. Dem Angeeschuldigten können weiter die Kosten seines Verteidigers gem. § 467 Abs. 2 von der Staatskasse ersetzt werden, wenn dies der Billigkeit entspricht.

Wenn der Richter die Vorsch. des § 467 auch im Falle nachgewiesener Unschuld nicht anzuwenden braucht, wird man doch von dem Regelfalle ausgehen können, daß ein Ersatz der dem Angeeschuldigten entstandenen Auslagen alsdann billig erscheint. Ursprünglich sollte die Best. des § 467 Abs. 2 ja dahin lauten, daß die notwendigen Auslagen dem Angeeschuldigten auf jeden Fall erstattet werden sollten. In der letzten Verhandlung des Reichstages wurde jedoch die jetzige Kompromißfassung angenommen (Lowe-Rosenberg, StPD., § 467 Anm. 3). Trotzdem dürften Fälle, in denen die Vorsch. zur Anwendung kommt, tatsächlich zu zählen sein. Geht man aber von dem Regelfalle aus, daß bei völliger Freisprechung ein Ersatz der Auslagen gem. § 467 eintreten muß, wird man dem Angeeschuldigten das Recht zubilligen müssen, um diesen Ersatzanspruch begründet erscheinen zu lassen, auch die Entsch. über den Inhalt der Freisprechung einer Nachprüfung unterziehen zu lassen.

Eine derartige Auslegung des Gesetzes würde der sozialen Auffassung vieler Kreise am meisten entsprechen. Gerade in Strafsachen scheuen einfache Leute die Hinzuziehung eines Verteidigers selbst dann, wenn sie unschuldig sind, weil ein Ersatz dieser Verteidigerkosten ihnen nach der derzeitigen Rspr. kaum in Aussicht gestellt werden kann. Anwälte pflegen demgemäß nur von solchen Leuten genommen zu werden, die bemittelt und in der Lage sind, die Kosten der Verteidigung ohne Aussicht auf Wiedererlangung aufzubringen. Der einfache Mann wird, selbst wenn er unschuldig ist, immer mit der Möglichkeit eines Freispruches mangels Beweises und demgemäß mit der Aberkennung der Ansprüche aus § 467 Abs. 2 rechnen müssen.

Die Zulassung eines Rechtsmittels bei beschränkt freisprechenden Ur. dürfte daher unserem Rechtsempfinden am meisten gerecht werden. Es ist zu hoffen, daß das RG. einmal Anlaß nimmt, die bisher vertretenen Ansichten zu revidieren.

RA. Dr. Wilhelm Bée, Galberstadt.

18. § 473 Abs. 1 Satz 3 StPD. trifft, sofern der Angekl. mehrerer selbständiger Zuwiderhandlungen beschuldigt ist, lediglich den einen Fall, daß das wegen derselben einen unter den mehreren Straftaten eingelegte Rechtsmittel teilweisen Erfolg hat, dagegen nicht den anderen, daß das Rechtsmittel wegen mehrerer der von dem Eröffnungsbeschlusse umfaßten Delikte eingelegt ist und sodann bezüglich einiger einen vollen Erfolg, bezüglich anderer einen gänzlichen Mißerfolg hat (RG. v. 6. April 1925, 3 D 111/25, und v. 26. Juni 1931, 1 D 367/31). †)

Die Staatsanwaltschaft hatte wegen aller vier Straftaten, die der Eröffnungsbeschuß dem Angekl. vorwarf, Ver. eingelegt. Sie begehrt, soweit der Angekl. von dem SchöffG. freigesprochen war, seine Verurteilung und, soweit letztere erfolgt war, Heraufsetzung der Strafe. Das Rechtsmittel hatte hinsichtlich der Beschuldigung des Angekl. aus § 17 Abs. 1 UntWG. sowie hinsichtlich seiner Verurteilung wegen Beleidigung einen gänzlichen Mißerfolg, denn es verblieb zu dem ersten Punkte bei der Freisprechung des Angekl., zu dem zweiten bei der von dem SchöffG. erkannten Strafe. Umgekehrt war das Rechtsmittel wegen der beiden anderen Anklagefälle uneingeschränkt erfolgreich, denn der Angekl. wurde im Gegensatz zu dem Ur. des SchöffG. wegen Unterschlagung verurteilt und zugleich wurde die in der ersten Instanz für das Vergehen gegen § 20 UntWG. ausgesprochene Strafe erhöht. Demgemäß hätte die Strk. über die Kosten des von der Staatsanwaltschaft eingelegten Rechtsmittels nach § 473 Abs. 1 Satz 1 und nicht Satz 3 entscheiden müssen.

(2. Sen. v. 26. Okt. 1933, 2 D 1526/32.) [Hn.]

### Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. §§ 36, 52, 53 GBD. Wenn eine Hypothek oder ein sonstiges Grundbuchrecht für Erben als solche bestellt wird, hat der GBR. die Eintragung von dem Nachweise der erbrechtlichen Verhältnisse gemäß § 36 GBD. abhängig zu machen; ein Testamentvollstreckezugnis genügt zum Nachweise der Erben auch dann nicht, wenn diese in ihm namentlich aufgeführt sind.

Der Antrag der Beschw. ist auf Vornahme einer rechtsändernden Eintragung gerichtet. In einem solchen Falle hat der Grundbuchrichter der Eintragung im allgemeinen allerdings den Inhalt der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBD.) bzw. wenn es sich um Eintragung eines neuen Eigentümers handelt, den Inhalt der Einigung (§ 20 GBD.) zugrunde zu legen. Ist der Eintragungsantrag, wie im vorl. Falle, auf eine ihrem Inhalte nach zulässige Eintragung gerichtet, so darf der Grundbuchrichter den Antrag im allgemeinen nur ablehnen, wenn er weiß, daß das einzutragende Recht nicht so zur Entstehung gelangt, wie es eingetragen werden soll, daß die Eintragung mithin, weil sie der wirklichen Rechtslage nicht entsprechen würde, das Grundbuch unrichtig machen würde (vgl. JFG. 7, 275). So darf nach ständiger Rpr. des RG. der Grundbuchrichter z. B. nicht die Eintragung einer vom Eigentümer bewilligten Hypothek von dem Nachweis abhängig

Zu 18. Der kurze Schlusssatz, der die Entsch. allein tragen soll, unterstellt offenbar als selbstverständlich, daß § 473 Abs. 1 S. 3 StPD. — etwa analog der Vorschrift des § 471 Abs. 2 StPD. — nicht den Fall umfaßt, daß ein in vollem Umfange angefochtenes Ur. mehrere strafbare Handlungen betrifft, die eingelegte Berufung aber nur bezüglich einiger von ihnen Erfolg hat. Für solche Fälle soll anscheinend nur die Best. des § 466 StPD. in Frage kommen (vgl. Recht 1932 Nr. 719; JW. 1932, 1800 zu § 473 d.). Das RG. hält demnach nach wie vor mit der herrschenden Meinung, die Auffassung der Strk., daß es nur darauf ankomme, ob im Gesamtresultat die vom BG. erkannte Strafe höher sei als die des ersten Rechtszuges, für rechtsirrig. Bei einer Mehrheit von Anklagepunkten soll sich die Frage, ob ein Rechtsmittel Erfolg hat, für jeden einzelnen Punkt gesondert entscheiden (vgl. Löwe-Rosenberg<sup>18</sup>, § 473 Nr. 2; RG.: JW. 1932, 2733<sup>15</sup> und zust. Köhler). Ausgangspunkt für die richterliche Entsch. darf deshalb nur die Erwägung sein, daß die Partei mit ihrem Strafanspruch teilweise unterlegen ist.

Wenn aber das RG. auf die weitere Frage, ob durch die Verhandlung der Berufung über die Fälle, in denen Freispruch bzw. Strafausspruch unverändert bestehen bleiben, besondere Kosten entstanden sind, gar nicht eingeht, so ist dies bei Anwendung des § 466

machen, daß eine als Hypothekengläubiger bezeichnete natürliche oder juristische Person in Wirklichkeit tatsächlich oder rechtlich vorhanden sei; ebensowenig bei Eintragung eines Rechts für mehrere Personen gemeinschaftlich auf Grund eines bestimmt bezeichneten Gesamthandverhältnisses, z. B. für angeblich in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten, von dem Nachweis, daß solch Gesamthandverhältnis in Wahrheit bestehe (vgl. JFG. 7, 276 und die dort hierzu angeführte Rpr.; Güthe-TriebeL, § 74 GBD. Ann. 70).

Jedoch hat das RG. in ständiger Rpr. diesen Grundsatz für den Fall eingeschränkt, daß es sich um die Eintragung eines Rechts für Erben als solche handelt (vgl. RG. 40, A 190 und 203; 44, A 233 (237); 48, A 151; 50, A 165; 1 x 130/22). Es hält in diesem Fall den Grundbuchrichter für verpflichtet, den urkundlichen Nachweis des Erbrechts nach Maßgabe des § 36 GBD. zu verlangen, und stützt diese Auffassung auf die Sondervorschr. der §§ 52, 53 GBD., wonach der Grundbuchrichter bei Eintragung von Erben als solchen von Amts wegen für die Eintragung einer etwaigen Nacherfolge und einer etwaigen Testamentvollstreckung Sorge zu tragen hat, sich also mit einer bloßen Erklärung der Beteiligten hierüber nicht begnügen darf. Ob eine Nacherfolge oder eine Testamentvollstreckung in Frage kommt, läßt sich aber nur in der Form des § 36 GBD., also durch Erscheinen und Testamentvollstreckezugnis oder gegebenenfalls auch durch Vorlegung eines öffentlichen Testaments nachweisen. Die urkundliche Klarstellung der erbrechtlichen Verhältnisse zu verlangen, erscheint auch deshalb zweckmäßig, weil diese oft recht zweifelhaft sind und daher bei der Eintragung der darauf beruhenden Rechte besondere Vorsicht geboten ist, damit Unrichtigkeiten des Grundbuchs vermieden werden. Von dieser Rpr. abzugeben, besteht auch jetzt keine Veranlassung. Insbes. sei noch darauf hingewiesen, daß diese Rpr. nicht etwa im Widerspruch steht mit der in JFG. 7, 276 abgedruckten Entsch. des RG., in der die Möglichkeit der Unvereinbarkeit angedeutet, die Frage dann aber ausdrücklich dahingestellt gelassen worden ist (vgl. S. 275 a. a. O.). Dort waren die erbrechtlichen Verhältnisse durch Einsichtnahme in die Erbscheinsakten völlig klargestellt und handelte es sich lediglich darum, ob a u f e r d e m der Nachweis zu verlangen ist, daß ein für den Vorberben unter Befügung des Nachberbenmerks einzutragendes Recht mit Mitteln der Erbschaft erworben ist und deshalb gem. § 211 BGB. der Verfügungsbeschränkung zugunsten der Nacherben unterliegt. In solchem Falle läßt sich aus dem § 52 GBD. das Verlangen des positiven Nachweises, daß das von dem Vorberben zu erwerbende Recht gem. § 211 BGB. zur Erbschaft gehört, nicht rechtfertigen; auch begründet die Befügung des Nachberbenmerks, selbst wenn sie unrichtigerweise erfolgen sollte, keine besondere Gefahr. Die bisherige Rpr. des RG., wonach bei Eintragung eines Rechtes für Erben unter allen Umständen zuvor die erbrechtlichen Verhältnisse als solche klarzustellen sind, wird hierdurch also in keiner Weise berührt.

Im vorl. Falle liegt nun zwar ein Testamentvollstreckezugnis vor und ist damit die Grundlage für die Eintragung der Testamentvollstreckung gem. § 53 GBD. geschaffen. Mit Recht hat aber das BG. sich hiermit nicht begnügt, weil dadurch der Nachweis der Erbfolge nicht erbracht ist. Dieser Nachweis kann, da der Erblasser nur ein privatschriftliches Testament hinterlassen zu haben scheint, gem. § 36 GBD. „nur durch einen Erbschein“ geführt werden. Der Erbschein erübrigt sich auch nicht etwa deshalb, weil in dem Testamentvollstreckezugnis die angeblichen Erben namentlich aufgeführt sind; denn dessen Beweis kraft erstreckt sich, wie aus der soeben angeführten Vorschr. des § 36 GBD. deutlich hervorgeht, hierauf nicht; insbes. ist auch die Frage einer etwaigen Nacherfolge daraus nicht ersichtlich. Ebensowenig erübrigt sich der

schmer zu rechtfertigen. Früher hat der höchste Gerichtshof selbst ausgeführt, im Falle des § 498 Abs. 1 (jetzt § 466 Abs. 1) StPD. könne das Ur. des erk. Gerichts die Fragen offen lassen, ob und welche besondere Kosten durch das Verfahren der übrigen Fälle entstanden sind. Es könne aber auch selbst die Frage entscheiden (so z. B. GoldArch. 53, 293). Der Wortlaut des Gesetzes weise eher darauf hin, daß die Regel des § 497 StPD. (jetzt § 465) über die umfassende Kostenpflicht so lange anzuwenden ist, als nicht die Voraussetzung einer Ausnahme als vorhanden anerkannt wird (Recht 1909 Nr. 1962).

Man könnte also wohl die Ansicht vertreten, nur wenn hervorgetreten sei, daß für die zwei erfolglosen Berufungsfälle besondere Kosten entstanden sind, hätte Veranlassung vorgelegen, im Tenor des Ur. den Angekl. von deren Tragung zu entbinden. Im übrigen dürfte mit Köhler (JW. 1932, 2733) die Frage, ob die gleichzeitige Freisprechung wegen eines Straffalles und Verurteilung wegen eines anderen Straffalles eine Entbindung von Auslagen auch dann auszusprechen ist, wenn bereits feststeht, daß für den zur Freisprechung führenden Fall gar keine besonderen Auslagen erwachsen sind, zu bejahen sein.

OG. Dr. Fraes, Ganau.

erforderte Nachweis, wie der Beschw. in der Begr. zur weiteren Beschw. geltend macht, dadurch, daß die einzutragende Hypothek bis zur Volljährigkeit der Gläubiger dem Testamentsvollstrecker untersteht und daß dieser bis dahin allein zur Verfügung über die Hypothek befugt ist; dies ergibt sich schon daraus, daß die Frage, wer Erbe geworden ist, insbes. ob eine Nacherbfolge in Betracht kommt, noch dann von Bedeutung werden kann, wenn die Anordnung der Testamentsvollstreckung aus irgendeinem Grunde gegenstandslos geworden ist.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 15. Juni 1933, 1 X 269/33.)

Ver. von RGK. Dr. Werner Schulze, Berlin.

## Rechtsentscheide in Miet- und Pachtssachen.

Verf. von RM. Dahmann, Berlin.

**1.** Einer Verlängerung des Pachtverhältnisses nach § 1 PrAusfWD. v. 8. Juli 1933 zum PächterSchG. steht der Umstand nicht entgegen, daß das Grundstück vom Pächter auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Ur. geräumt worden ist. †)

Der im PächterSchG. v. 22. April 1933 geregelte Pächterschutz hat durch das RGef. v. 23. Juni 1933 eine Erweiterung erfahren: die obersten Landesbehörden sind durch die Einfügung des § 8a in dessen Abs. 1 ermächtigt worden, in Abweichung von den Vorschr. des § 2 Abs. 1 Satz 2 und des § 4 Abs. 1 Satz 3 mit rückwirkender Kraft eine Verlängerung des Pachtverhältnisses durch das PCh. auch dann zuzulassen, wenn der Verpächter das Grundstück in eigene Bewirtschaftung nehmen will, sofern der Pächter bei Räumung des Grundstücks gezwungen wäre, sein Inventar ganz oder zum größten Teile zu verschleudern. Von dieser reichsrechtlichen Ermächtigung haben verschiedene Länder Gebrauch gemacht, u. a. Sachsen in der WD. v. 27. Juni 1933 durch eine dem § 8a Abs. 1 wörtlich entsprechende Vorschrift. Preußen hat jedoch in § 1 Abs. 1 Satz 1 AusfWD. v. 8. Juli 1933 nicht eine dem § 8a Abs. 1 wörtlich entsprechende Vorschr. getroffen, sondern bestimmt, daß die Verlängerung des Pachtverhältnisses nur dann zulässig ist, wenn der Pächter das Grundstück vor dem Inkrafttreten dieser WD. noch nicht geräumt hat und bei Räumung des Grundstücks gezwungen wäre, sein Inventar ganz oder zum größten Teile zu verschleudern. Die WD. bestimmt weiter in § 1 Abs. 1 Satz 2,

Zu 1. Dem RE. kann im wesentlichen beigetreten werden.

Er geht m. R. von der Gültigkeit der PrAusfWD. v. 23. Juni 1933 aus. Die Einschränkung, unter der sie von der Ermächtigung des § 8a PächterSchG. Gebrauch gemacht hat, wird durch die Ermächtigung gedeckt.

Die Auslegung, die der RE. dem § 1 AusfWD. zuteil werden läßt, versucht in dankenswerter Weise dem mit der Bestimmung verfolgten Zweck weitgehend gerecht zu werden. Sie ist ein Beispiel für eine freie Anwendung des Gesetzes über seinen Buchstabeninhalt hinaus.

Bedenken gegen den RE. können lediglich daraus hergeleitet werden, daß § 1 AusfWD. die Anwendung des § 8 DurchfWD. v. 17. Nov. 1932 (RGBl. I, 529) anordnet. Nach dieser Bestimmung gilt das Grundstück auch dann als geräumt, wenn der Pächter sich zwar noch auf dem Grundstück befindet, aber den Wirtschaftsbetrieb weder selbst führt noch ihn durch einen anderen führen läßt. Unter den angegebenen Voraussetzungen ist daher eine Verlängerung des Pachtvertrages nach § 1 AusfWD. selbst dann nicht möglich, wenn der Pächter auf dem Pachtgrundstück noch wohnt. Andererseits wird der Wirtschaftsbetrieb, wenn der Pächter das Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung hat räumen müssen, weder von ihm geführt noch läßt der Pächter ihn durch einen anderen führen. Bei der zwangsweisen Räumung des Grundstücks liegt danach für den Pächter ein noch ungünstigerer Tatbestand als der vor, der nach § 8 DurchfWD. v. 17. Nov. 1932 zum Eintritt der für den Pächter nachteiligen Rechtsfolge genügt.

Trotzdem muß dem RE. beigetreten werden, weil sonst der mit § 1 AusfWD. verfolgte Zweck nicht erreicht werden könnte. Es soll die wirtschaftliche Einheit geschützt werden, die zwischen Pachtgrundstück und Pächterinventar besteht. Diese Einheit aber wird erst durch die endgültige Räumung, nicht schon dadurch aufgelöst, daß der Pächter das Grundstück auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Ur. hat räumen müssen.

Voraussetzung für diese weitherzige Anwendung des § 1 AusfWD. ist aber, daß der Pächter auch noch nach der Räumung den ernstlichen Willen hat, den Pachtbetrieb nach der ihm günstigen endgültigen Entscheidung des Räumungsstreits weiterzuführen. Denn fehlt es an diesem Willen, so fehlt es auch an der wirtschaftlichen Einheit zwischen Pachtgrundstück und Pächterinventar. Insofern muß der RE. eingeschränkt werden.

RGK. u. RGK. Dr. v. Kochki-v. Hoewel, Magdeburg.

daß § 8 DurchfWD. v. 17. Nov. 1932 Anwendung findet, daß es also der Räumung gleichsteht, wenn der Pächter sich zwar noch auf dem Grundstück befindet, aber den Wirtschaftsbetrieb weder selbst noch durch einen anderen führen läßt.

§ 8a Abs. 1 des RGef. stellt es überhaupt nicht darauf ab, ob der Pächter das Grundstück geräumt hat, sondern nur darauf, ob bei Räumung das Inventar verschleudert werden müßte, also darauf, ob die Verschleuderung des Inventars als Folge der tatsächlich erfolgten oder der drohenden Räumung zu befürchten ist. Wenn § 1 Abs. 1 PrAusfWD. v. 8. Juli 1933 demgegenüber dem Pächter den Verlängerungsschutz auch dann schon nicht gewährt, wenn der Pächter das Grundstück geräumt hat, so ist hieraus ersichtlich, daß Preußen von der erteilten Ermächtigung nur mit einer Einschränkung Gebrauch gemacht hat. Bei der Beurteilung dieser Einschränkung ist zu berücksichtigen, daß Preußen sich überhaupt der Ermächtigung aus § 8a PächterSchG. bedient, also den Zweckgedanken dieser Vorschr. sich zu eigen gemacht hat. Der Zweck des § 8a besteht darin, die sowohl mit Rücksicht auf den Pächter als vor allem auch mit Rücksicht auf das Gemeinwohl unerwünschte Verschleuderung von landwirtschaftlichem Inventar zu verhüten. Nur dann soll eine Verlängerung des Pachtverhältnisses nach § 8a nicht vorgenommen werden, wenn die Verlängerung die Verschleuderung doch nicht mehr verhüten kann. Nach § 8a ist also die Verlängerung des Pachtverhältnisses so lange möglich, als die Verschleuderung des Inventars noch nicht erfolgt ist, bei Räumung aber erfolgen müßte.

Wenn nun § 1 PrAusfWD. v. 8. Juli 1933 die Ablehnung der Verlängerung des Pachtverhältnisses durch das PCh. bei schon erfolgter Räumung anordnet, so geht § 1 dabei, wie sich aus dem Wortlaute und Sinne der Bestimmung ergibt, davon aus, daß durch die Räumung des Grundstücks ein Zustand geschaffen ist, bei dem die Verschleuderung des Inventars unabwendbar erscheint. Dieser Zustand ist nach § 1 der WD. dann gegeben, wenn der Pächter das Grundstück geräumt oder den Betrieb eingestellt hat. In beiden Fällen muß es sich, wenn der Zweck der Vorschr. gewahrt werden soll, um eine endgültige Beendigung des Pachtbetriebes handeln, nicht um eine solche, die rückgängig gemacht werden kann. Eine solche endgültige Beendigung ist nur dann gegeben, wenn sie freiwillig oder bei Zwangsvollstreckung auf Grund eines rechtskräftigen Ur. erfolgt ist. Denn nur in diesen Fällen würde die Verschleuderung des Inventars unabwendbar werden, nicht dagegen in einem Falle, in dem durch ein vorläufig vollstreckbares Ur. nur ein vorläufiger Zustand geschaffen wird.

Auch nach § 1 PrAusfWD. schließt daher eine durch Zwangsvollstreckung vorläufig herbeigeführte, also auf Grund eines nicht rechtskräftigen, sondern nur vorläufig vollstreckbaren Ur. oder etwa einer EinlzwVerf. erzwungene Räumung den Verlängerungsschutz nicht aus, zumal da die Vollziehung eines derartigen Vollstreckungstitels mit Rücksicht auf die erforderliche Sicherheitsleistung in der Regel von der größeren oder geringeren Kapitalkraft des Verpächters abhängt. Es ist also unter einer Räumung des Grundstücks durch den Pächter i. S. des § 1 Abs. 1 PrAusfWD. v. 8. Juli 1933 nicht eine solche Räumung zu verstehen, die der Verpächter im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Ur. durchgeführt hat.

(RG., 17. ZivSen., RE. v. 25. Okt. 1933, 17 Y 32/33.)

## Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

**1.** §§ 63, 77 Abs. 2, 78, 79, 93, 96 Gef. v. 30. Juni 1933.

1. Zusicherungen in den Patenten, durch die Preußen 1866 Staaten des früheren deutschen Bundes sich einverleibt hat, sind nicht völkerrechtliche Verpflichtungen i. S. § 77 Abs. 2.

2. Die Kosten eines durch das Gef. v. 30. Juni 1933 erledigten Rechtsstreits sind auch dann nach § 78 zu verteilen, wenn freitig darüber verhandelt ist, ob Erledigung eingetreten ist.

Der Anspruch der Kl. ist durch das Gef. v. 30. Juni 1933 erledigt. Die Kürzung ihrer Bezüge beruht auf den §§ 3, 12 des Kap. V Abschn. 1 der 3. WD. des RPräf. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 547). Die Kürzung würde v. 1. Okt. 1933 ab auch durch die §§ 40 ff. des Gef. v. 30. Juni 1933 gedeckt sein; denn zu den Gleichstellungen in den Bezügen gehört auch die Gleichstellung in den Höchstsätzen der Ruhegehaltsbezüge. Der Anspruch der Kl. wird aber auch für die zurückliegende Zeit erledigt durch die §§ 63, 79 des Gef. v. 30. Juni 1933. Der § 63 erklärt die in Kap. V Abschn. 1 und 2 der 3. WD. enthaltenen Vorschr. auch insoweit für anwendbar, als sie erworbenene Rechte nach Art. 129 RVerf. berühren. Derartige hat die Kürzung nach den §§ 3, 12 3. WD. § 79 verbietet die Bewirkung

von Leistungen, die nach § 63 entfallen, auch für die zurückliegende Zeit selbst dann, wenn Zusicherungen, Vereinbarungen, Vergleiche, rechtskräftige Urte. oder Schiedsprüche vorliegen.

Die Annahme der *Al.*, daß das Gesetz gemäß § 77 Abs. 2 desselben außer Anwendung bleibe, weil eine völkerrechtliche Verpflichtung entgegenstehe, geht fehl. Gemeint sind in § 77 Abs. 2 völkerrechtliche Verpflichtungen des Deutschen Reiches gegenüber anderen Staaten, aber nicht Zusicherungen gegenüber Personen und Personengruppen nicht mehr bestehender Staaten, die Preußen seiner Zeit bei der Aneignung von früheren Staaten des ehemaligen Deutschen Bundes in den anlässlich der Aneignung erteilten Patenten gemacht hat.

Die Best. des § 78 des Gef. v. 30. Juni 1933 über die Kostenentscheidung ist zwingend. Es ist nicht zugänglich, unter Heranziehung der den §§ 93, 96 ZPO. entnommenen Rechtsgedanken, der *Al.* die dadurch entstandenen Mehrkosten aufzuerlegen, daß sie das Vorliegen der Voraussetzungen des Gef. v. 30. Juni 1933 bestritten hat und deshalb über den gesamten Streitwert streitig verhandelt ist.

(RG., Urte. v. 13. Okt. 1933, 11 U 3995/33.)

Eingef. von *N. Theodor Sonnen*, Berlin.

\*

## 2. § 3 ZPO. Grundsätzliche Regelung der Streitwertfestsetzung in Preisjchleudereiprozessen.

Nach der neueren Praxis des Senats ist in einstweiligen Verfügungsverfahren, die Preisjchleuderei mit Markenartikeln betreffen, der Streitwert im Regelfall für jedes einzelne Schleudern, wie folgt, gemäß § 3 ZPO. zu beziffern: wenn es sich um Straßenhändler ohne festen Verkäuferstand handelt, auf 150 *R.M.*, wenn es sich um Straßenhändler oder Markthändler mit festem Verkäuferstand oder um Ladengeschäfte handelt, auf 400 *R.M.*

Für den Hauptprozeß ist im Regelfall für jedes Schleudern folgende Streitwertbezifferung vorzunehmen: wenn es sich um Straßenhändler ohne festen Verkäuferstand handelt, auf 450 *R.M.*, wenn es sich um Straßen- oder Markthändler mit festem Verkäuferstand oder um Ladengeschäfte handelt, auf 1200 *R.M.*

(RG., 31. JivSen., Beschl. v. 2. Nov. 1933, 31 W 8942/33.)

Eingef. von *AGN. Dr. Randermann*, Berlin.

\*

## 3. § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Die durch das Ausschreiten nichtarischer Anwälte als Prozeßbevollmächtigter entstandenen doppelten Anwaltsgebühren sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig.

Die Vorinstanzen haben die Festsetzung der Gebühren des *N. F.* abgelehnt, weil dieselben Gebühren bereits für den ausgeschiedenen *N. B.* entstanden seien, eine Mehrbelastung der unterlegenen Partei durch den Anwaltswechsel nicht eintreten dürfe und *N. F.* eine Verzichtserklärung des *N. B.* auf die für diesen entstandenen, ihm bisher noch nicht gezahlten Gebühren nicht beigebracht habe.

Diesem Standpunkt der Vorinstanzen kann nicht beigegeben werden.

Nach der ständigen *Mspr.* des Senats ist die Rechtslage bei einem Anwaltswechsel im allgemeinen so, daß, wenn der Anwaltswechsel notwendig war und die erstattungsberechtigte Partei nachweisen kann, daß sie diesen Wechsel nicht verschuldet hat, die etwa entstehenden doppelten Anwaltskosten notwendige Kosten auch i. S. des § 91 Abs. 2 ZPO. sind und von der unterliegenden Partei zu erstatten sind (grundf. Entsch. 20 W 8983/30 v. 1. Mai 1930 bei *Gaedeke*, *KostMspr.* Nr. 96).

Zwar sind nach der Best. des § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Anwaltskosten grundsätzlich selbst dann zu erstatten, wenn die Parteien auch ohne Inanspruchnahme der Dienste eines Anwalts den Rechtsstreit allein und somit billiger hätten führen können, wenn also die Möglichkeit der Vermeidung dieser Kosten bestand. Doch ist für den Fall des Anwaltswechsels eine Ausnahme von diesem Grundsatz insofern gemacht, als hier wenigstens der Wechsel selbst notwendig sein muß. Ist das im Sinne der obigen Entsch. der Fall, dann gilt wiederum die Regel des § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO., wonach weder die Zweckmäßigkeit der vom Anwalt börgenommenen Prozeßhandlungen noch überhaupt die Frage für die Kostenfestsetzung nachzuprüfen ist, ob die Partei nicht auch ohne Anwalt den Prozeß — weiter — hätte führen können. Obwohl also zum Begriff der Notwendigkeit der der Unvermeidbarkeit von Kosten gehört, spielt die Frage, ob von der Partei die für den neu zu bestellenden Anwalt entstehenden Kosten nicht ganz oder zum Teil hätten vermieden werden können, keine Rolle. Diese gesetzliche Regelung ist insbes. darin begründet, daß die Gebühren und Auslagen des Anwalts gesetzlich festgelegt sind. Dazu kam die Anschauung, daß ein Anwalt auf das ihm für seine Tätigkeit zustehende Entgelt nicht verzichten und unter den gesetzlichen Gebührenfaktoren nicht tätig werden durfte. Ein derartiges Verhalten galt als standeswidrig und konnte mithin vom Auftraggeber dem Anwalt nicht zugemutet werden. Auch im Falle des Anwaltswechsels war mithin die doppelte Entstehung derselben Gebühren nicht vermeidbar.

Dieser Rechtszustand hat jedoch für die Fälle des Anwaltswechsels infolge des zwangsläufigen Ausscheidens derjenigen Anwälte, die als nichtarisch oder aus sonstigen Gründen auf der Sonderregelung des Gef. v. 7. April 1933 beruhenden Gründen ein Vertretungsverbot erhalten haben oder deren Zulassung zur Anwaltschaft zurückgenommen worden ist, eine Änderung erfahren. Denn die Auffassung, daß ein gänzlicher oder auch nur teilweiser Verzicht des Anwalts auf an sich ihm zustehende Gebühren standeswidrig sei, ist für diese Fälle aufgegeben worden. Die politische Umwälzung führte zu einem zwangsweisen Ausscheiden vor allem von nichtarischen Anwälten und bedingte einen Massenwechsel in der Person der Prozeßbevollmächtigten.

Daß dieser Wechsel für diejenigen Parteien, deren Anwalt von den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen betroffen wurden, ein notwendig und auch unverschuldet war, ist ohne weiteres anzuerkennen. Die mitunter (vgl. *Ferweck*, „Gebührenfrage bei Abgabe des Mandats an arische Anwälte“: *JW.* 1933, 2692) aufgetauchte Ansicht, als ob es einer Partei zum Verschulden anzurechnen sei, daß sie einen nichtarischen Anwalt mit ihrer Vertretung betraut hat, scheidet schon daran, daß einer nichtarischen Partei daraus sicherlich kein Vorwurf gemacht werden könnte, sodann aber auch daran, daß den Parteien mehrfach gar nicht bekannt war und bekannt sein konnte, ob sie mit nichtarischen Anwälten im Sinne der späteren gesetzlichen Regelung zu tun hatten.

Dieser notwendigerweise eintretende Massenwechsel mußte zu einer Vermehrung der Prozeßkosten infolge der Inanspruchnahme eines zweiten Anwalts an Stelle des ausgeschiedenen Anwalts führen und ließ die Frage der Verhütung dieser Kosten als besonders wichtig in den Vordergrund treten. Die Folge davon war das Eingreifen behördlicher Stellen, um den Weg dafür frei zu machen, die Entstehung der doppelten Anwaltskosten für diese besonderen Fälle zu verhindern. So haben der kommissarische Vorstand der Berliner AnwK. — dieser bereits am 1. April 1933 —, der preuß. JustMin. und später auch der Kommissar der Reichsrechtsanwaltskammer Erlasse dahin veröffentlicht, daß von den zum weiteren Auftreten zugelassenen Anwälten erwartet werde, daß sie Prozeßsachen, die bisher von einem jüdischen Anwalt vertreten worden seien, der am Weiterauftreten verhindert sei, in der Weise übernehmen, daß bisher in dieser Sache entstandene und bezahlte Gebühren nicht nochmals erhoben würden.

Damit war also das bisherige Hindernis, das eine Vermeidung doppelter Kosten bei an sich notwendigem Anwaltswechsel nicht zuließ, beseitigt und für die betroffenen Parteien nunmehr objektiv die Möglichkeit gegeben, trotz des notwendigen Anwaltswechsels die Entstehung doppelter Gebühren zu vermeiden, indem sie mit dem von ihnen neu zu bestellenden Anwalt einen entsprechenden Gebührenverzicht vereinbarten. Demgemäß ist dann auch von den Gerichten bei der Beordnung neuer *Armenanwälte* an Stelle der zwangsweise ausschiedenden bisherigen Pflichtanwälte verfahren worden, indem diese Beordnung regelmäßig nur unter der Bedingung und Voraussetzung ausgesprochen worden ist, daß der neue Pflichtanwalt auf die in der Person des bisherigen bereits entstandenen Gebühren verzichte.

War aber den Parteien diese Möglichkeit eröffnet, dann mußten sie auch, um unnötige Kosten zu vermeiden, von ihr Gebrauch machen. Durch die Erörterung dieser Fragen in der Öffentlichkeit sind sie auch der Allgemeinheit bekannt geworden und mußten insbes. die Aufmerksamkeit derer auf sich ziehen, die als Prozeßparteien unmittelbar von solchem Anwaltswechsel betroffen wurden oder betroffen werden konnten. War aber den Beteiligten bekannt oder mußte ihnen bekannt sein, daß sie durch eine entsprechende Verzichtsvereinbarung auf bereits in der Person ihres bisherigen Prozeßbevollmächtigten entstandene Anwaltsgebühren die Entstehung doppelter Anwaltskosten auf ihrer Seite vermeiden könnten und benutzten sie diesen Weg nicht, dann waren die neu, d. h. doppelt entstehenden Kosten keine notwendigen i. S. des § 91 Abs. 1 ZPO.

Dabei bedarf es keines Eingehens auf den Gesichtspunkt, ob etwa von dem neu bestellten Anwalt erwartet werden muß, daß auch er schon von sich aus der Partei gegenüber auf die bereits bei seinem Vorgänger entstandenen Gebühren verzichtet und ob eine Unterlassung in dieser Hinsicht der Partei zur Last zu legen und gegen ihren Erstattungsanspruch zu verwerten ist. Denn man gelangt auch bereits ohne diese Erwägung — mit der Entsch. des Senats 20 W 9317/33 v. 18. Nov. 1933 — zu einer grundsätzlichen Verfassung der Erstattungs-fähigkeit derjenigen Kosten, die in der Person des ersten — ausschiedenden — Anwalts bereits entstanden und ihm gezahlt oder doch zu zahlen sind, die nun aber in der Person des neu bestellten Anwalts nochmals entstehen, da diese neuen Kosten regelmäßig vermeidbar waren.

Zimmerhin können sich die doppelten Anwaltskosten dann doch als notwendig darstellen, wenn die Partei sich vergeblich bemüht hat, einen geeigneten anderweitigen Prozeßbevollmächtigten, der zum Verzicht auf die bisher schon entstandenen Gebühren bereit gewesen wäre, zu finden. Andernfalls ließe es die Anforderungen an die Partei überspannen und ihr eine — durch die erörterten Veränderungen ohne hin schon erschwerte — Weiterführung des Prozesses womöglich ver-eiteln. Aus diesem Grunde hat der Senat in der vorerwähnten Entsch.

20 W 9317/33 die Erstattungsfähigkeit ausnahmsweise dann anerkannt, wenn die Partei glaubhaft machen kann, daß sie sich in der angegebenen Richtung vergeblich bemüht habe. Dazu genügt allerdings nicht, daß etwa der von ihr erstangegangene Anwalt zu einem solchen Abkommen nicht bereit gewesen ist.

Im vorl. Fall liegt der Sachverhalt nun insofern etwas anders, als zwar ein Gebührenverzicht weder von der Partei noch vom Anwalt angeregt worden ist. Gleichwohl stehen hier aber aus besonderen Gründen der Erstattungsfähigkeit der nochmals entstandenen Gebühren keine Bedenken entgegen. Der frühere Anwalt hat nämlich für die Vertretung der Bekl. bisher Gebühren nicht liquidiert. Er ist nach einem Vermerk in den Akten im Auslande. Seine Handakten befinden sich in den Händen des jetzigen Prozeßbevollmächtigten, der auch noch ausdrücklich erklärt hat, daß er persönlich dafür einstehe, daß die Kosten nicht doppelt verlangt würden. Bei dieser Sachlage besteht keine Gefahr der Belastung der unterliegenden Partei mit doppelten Anwaltskosten. Deshalb konnte hier die Erstattungsfähigkeit der gesamten Kosten des zweiten Anwalts ohne Bedenken, vor allem auch ohne die vom LG. erforderte Verzichtserklärung, anerkannt werden.

(RG., 20. JivSen., Beschl. v. 18. Nov. 1933, 20 W 8932/33.)

Ver. von LG. Dr. Gaedeke, Berlin.

\*

#### Düsseldorf.

4. § 14 BGB.; §§ 894 ff. BGB. In allen Fällen, in denen ein Gläubiger gemäß § 14 BGB. die Berichtigung des Grundbuchs zu beantragen befugt ist, ist er wohlweise auch berechtigt, die Mitwirkung des Eigentümers zu dieser Berichtigung im Klagewege zu verlangen. Wenn auch § 894 BGB. nicht die Verpflichtung zu einer solchen Mitwirkung enthält, so ist sie doch aus dem Grundgedanken des § 14 BGB. zu folgern.

Es fragt sich, ob die Kl. zu Recht die Mitwirkung des Bekl. zur Berichtigung des Grundbuchs beansprucht hat. —

Zutreffend ist zunächst, daß der Bekl. durch die mit seinem Mitgesellschafter vereinbarte Auflösung der DVG. und die Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven ohne weiteres Eigentümer des mit der Hypothek der Kl. belasteten, bisherigen Gesellschaftsgrundstücks geworden ist (RG. 65, 227; 68, 410<sup>1</sup>); RGZ. 50, 194). Es trifft auch zu, daß die fehlende Eintragung des Bekl. ein Hindernis für die von der Kl. beabsichtigte Zwangsversteigerung bildete, da der Grundsatz des § 1148 BGB., daß zugunsten des Gläubigers bei der Verfolgung des Rechts aus der Hypothek der im Grundbuch als Eigentum Eingetragenen auch als Eigentümer gelte, im Hinblick auf die Auflösung der DVG. nicht zur praktischen Anwendung gelangen konnte. Schließlich ist auch dem LG. darin beizutreten, daß der Kl. durch § 14 BGB. die rechtliche Möglichkeit gegeben war, von sich aus die Berichtigung des Grundbuchs zu beantragen, daß sie aber auf die Beschreitung dieses Wegs nicht beschränkt war, sondern die Mitwirkung des Bekl. verlangen konnte, sofern die letztere ihr gegenüber nach materiellem Recht zu einer solchen Mitwirkung verpflichtet war. Die letztere, entscheidende Frage hat das LG. jedoch nach Auffassung des Senats zu Unrecht verneint.

Wenn auch, worin dem LG. beizutreten ist, ein Berichtigungsanspruch der Kl. in den Bestimmungen der §§ 894 ff. BGB. keine Stütze zu finden vermag, so ergibt sich dieser doch aus dem dem § 14 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken. Der erste Entwurf der BGB. enthielt in seinem § 45 folgende Bestimmung:

„Wer gegenüber dem Eigentümer eines Grundstücks befugt ist, die Eintragung oder Begründung eines Rechts an dem Grundstück oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu verlangen, kann auch verlangen, daß der Eigentümer das Eigentum für sich eintragen lasse. Er kann auf Grund eines vollstreckbaren Titels, kraft dessen er die Eintragung des Eigentümers, die Eintragung oder Begründung des Rechts oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück verlangen kann, im Wege der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 846 BGB. die Eintragung des Eigentümers beantragen.“

Diese Vorschrift gab also in ihrem ersten Satze auch demjenigen, welcher zur Vetreibung der Zwangsvollstreckung berechtigt war, einen materiellrechtlichen Anspruch gegen den Eigentümer dahin, daß dieser seine Eintragung bewirke. Der zweite Satz begründete für den im Besitz eines Vollstreckungstitels befindlichen Berechtigten zudem die Befugnis, in den im ersten Satze vorgesehenen Fällen die Eintragung des Eigentümers selbst zu beantragen. Der Inhalt dieses zweiten Satzes ist in die Bestimmung des § 14 BGB. übergegangen, während die Bestimmung des ersten Satzes lediglich aus der Erwägung, sie gehöre als materiellrechtliche Vorschrift nicht in die BGB., in Wegfall gekommen ist (Prot. z. BGB. Bd. 6 S. 223—225). Der Grundgedanke, aus dem die formelle Vorschrift abgeleitet ist, ist also nicht etwa aufgegeben, sondern Voraussetzung und Ausgangspunkt der letzteren geblieben. Daraus frägt sich die richtige Ansicht, daß in allen den Fällen,

1) ZB. 1908, 450.

in denen ein Gläubiger nach § 14 BGB. die Berichtigung des Grundbuchs zu beantragen befugt ist, er wohlweise auch berechtigt ist, die Mitwirkung des Eigentümers zu dieser Berichtigung im Klagewege zu verlangen (Gütche-Triebel, Num. 38 zu § 14 BGB.; Turnau-Förster, 3. Aufl., Bd. II S. 110).

(DVG. Düsseldorf, 8. JivSen., Urt. v. 9. März 1933, 8 U 159/32.)  
Eingef. von H. Dr. Krampe, Düsseldorf.

\*

#### Karlsruhe.

5. § 1579 BGB.; Lohnbeschl. v. 21. Juni 1869; Lohnpfändungs-BD. v. 25. Juni 1919 i. d. Fass. v. 27. Febr. 1928. Tritt durch Vereinbarung der Ehegatten nach der Scheidung an Stelle des Unterhaltungsanspruchs der schullos geschiedenen Ehefrau ein abstraktes Schuldanerkenntnis des Ehemannes, so unterliegt die Forderung aus dem Schuldanerkenntnis den Pfändungsbeschränkungen nach Maßgabe des Gef. v. 21. Juni 1869 betr. Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes und der BD. über Lohnpfändung v. 25. Juni 1919 i. d. Fass. v. 27. Febr. 1928 (RGBl. I, 45).

Nachdem die Ehe der Parteien aus alleinigem Verschulden des Ehemannes geschieden war, schlossen diese vor dem Notar am 12. Aug. 1927 einen Vertrag ab, wonach der Ehemann anerkannte, seiner geschiedenen Ehefrau die Summe von 5000 RM. zu schulden (§ 1). Er versprach (§ 2) diese Schuld in monatlichen Tilgungsraten von je 100 RM. zu bezahlen. Damit sollten (§ 3) alle Ansprüche, die die Ehefrau an den geschiedenen Ehemann etwa noch erheben könnte, abgegolten sein. Wegen der vom Ehemann zu entrichtenden einzelnen Tilgungsraten unterwarf dieser sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein ganzes Vermögen mit der Best., daß die Vollstreckungsklausel jederzeit ohne Nachweis der Fälligkeit der Forderung auf einseitigen Antrag der Gläubigerin erteilt werden konnte (§ 4). Während der Dauer des Dienstverhältnisses bei Herrn Sch. sollte dieser von dem Gehalt des Ehemannes monatlich 100 RM. an die Ehefrau abführen (§ 5). Auch bei Wiederverheiratung der Ehefrau sollte der Ehemann zur pünktlichen Entrichtung der Tilgungsraten verpflichtet sein (§ 6).

Da der Ehemann nicht bezahlte, beantragte die Ehefrau die Pfändung und Überweisung der Lohnansprüche des Ehemannes an verschiedene Drittschuldner, und zwar unbeschränkt. Das LG. hat auf die sofortige Beschw. des Ehemannes dessen Lohnforderungen mit Recht nur in Höhe von  $\frac{2}{3}$  der Einkünfte gepfändet und zur Einziehung überwiesen, soweit sie unter Einfluß der Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung den Betrag von 45 RM. wöchentlich übersteigen.

Der Vertrag v. 12. Aug. 1927 ist dahin auszulegen, daß die Verpflichtung des Schuldners selbständig begründet werden sollte. Daß diese Verpflichtung durch die Ehescheidung und ihre Folgen veranlaßt worden ist, steht nicht entgegen. Die Verpflichtung sollte aber von diesem Schuldgrund gerade gelöst und teils zugunsten der Gläubigerin (§§ 4, 5 und 6), teils zugunsten des Schuldners (§§ 1, 3) abweichend von den sonst geltenden gesetzlichen Best. gestaltet werden. Diese Neugestaltung verbietet es aber, in einzelnen Punkten, wie hier hinsichtlich der Pfändbarkeit, auf den ursprünglichen Schuldgrund zurückzugreifen, ebenso wie auch der Schuldner nicht etwa auf § 1579 BGB. zurückkommen kann. Wenn die Gläubigerin die Vorteile will, so muß sie auch die Nachteile der Neuregelung mit in Kauf nehmen.

(DVG. Karlsruhe, Beschl. v. 24. Febr. 1932, IZBS 51/32.)

Eingef. von H. Solzenthaler, Karlsruhe.

\*

#### Stuttgart.

6. §§ 2289, 2084 BGB. Ist im Erbvertrag der überlebende Gatte als Alleinerbe eingesetzt, so kann er auch zu Lebzeiten des andern über seinen Nachlaß testieren. Diese Verfügung wird auch nicht durch ein gemeinschaftliches Testament aufgehoben. Auslegung einer brieflichen Zuwendung als Testament. †)

Die Eheleute M. haben im Ehe- und Erbvertrag 1911 einander als Alleinerben eingesetzt für den Fall, daß Abkömmlinge fehlen. Die Ehe blieb kinderlos, die Frau starb 1929, der Mann 1933.

Zu 6. Weder die Begr. noch das Ergebnis der Entsch. erscheint bedenkenfrei.

Drei Punkte sind zu erörtern:

1. Ist das fragliche Schriftstück eine wirksame letztwillige Verfügung zugunsten der Antragstellerin?
2. Konnte der Ehemann M. trotz des bestehenden Erbvertrages über das Anwesen eine wirksame letztwillige Verfügung treffen?
3. Wird die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung durch das gemeinschaftliche Testament der Eheleute M. v. 12. Sept. 1929 nicht beeinträchtigt?

1. Nach der Auffassung des LG. und des DVG. enthält das

U. Sch., eine Verwandte der Frau, sucht um den Erbschein nach auf Grund eines Briefes des Mannes v. 5. Jan. 1928, worin er ihr das Ausweisen in folgenden Sätzen verspricht: „Bezüglich unseres Anwesens kann ich Dir versichern, daß es unsere erste Absicht ist, das- selbe Dir zu übergeben und Dich als unsere Tochter anzunehmen, wenn Du jetzt zu uns gehst und uns in dankbarer Weise behandelst bis zu unserem Tode. — Was hier geschrieben ist, soll Dir als ein Unterpfand gelten, und Du kannst dieses Schriftstück aufbewahren. Es ist dies nicht nur mein Wunsch, sondern auch der Wunsch Deiner Base... Denn jetzt kann ich Dir endgültig erklären, daß Du das Ausweisen bekommst.“ Die U. Sch. kam darauf in die häusliche Gemeinschaft der Eheleute. — Ihrem Antrag entsprach das LG.; OLG. und OLG. lehnten ab. Das OLG. nahm hilfsweise an, daß durch den Erbvertrag jede spätere Verfügung von Todes wegen gem. § 2289 BGB. unwirksam geworden sei, solange die Frau lebte. Das trifft nicht zu, vielmehr blieb der Mann berechtigt, auch bei Lebzeiten seiner Frau über sein Vermögen letztwillig zu verfügen für den Fall, daß sie zuerst sterbe. Aus demselben Grunde ist die Meinung des OLG. unrichtig, die Erbeinsetzung im Brief v. 5. Jan. 1928 sei durch ein gemeinschaftliches Testament der Eheleute M. v. 12. Sept. 1929 hin- fällig geworden, worin ein im Erbvertrag den Verwandten zweiten Grades ausgesetztes Vermächtnis widerrufen wurde. Dagegen ist die Feststellung des OLG. nicht rechtsirrtümlich, daß M. im Brief vom 5. Jan. 1928 keine letztwillige Anordnung treffen wollte. Das OLG. vertritt gem. § 2084 BGB. die der Empfängerin günstigere Aus- legung, daß der Erblasser nicht nur versprochen wolle, durch spätere letztwillige Verfügung oder durch Erbtrag das Ausweisen der U. Sch. zu verschaffen. Nach Ansicht des OLG. und OLG. liegt der Zweck näher, der U. Sch., deren häusliche Hilfe die Eheleute bedurften, im

Schriftstück von der Hand des Erblassers keine letztwillige Ver- fügung. Beide Instanzen folgern aus ihm den Zweck, der Antrag- stellerin gewisse Zusagen wegen ihrer Entlohnung zu machen. Zu- nächst erwägen sie, mit dem Brief habe nicht erreicht werden können, daß die Antragstellerin einen endgültigen Anspruch auf das Aus- weisen erhielt. Es würde ihr nämlich kein Anspruch auf den Nach- laß des Ehemannes M. haben entstehen können, falls dieser vor seiner Frau verstorben und letztere Alleinerbin geworden wäre. Die Möglichkeit eines solchen Verlaufes spricht nicht gegen den Charakter des Briefes als einer letztwilligen Verfügung, weil, wie unten noch zu zeigen ist, der Erblasser eine wirksame letztwillige Best. für den Fall treffen konnte, daß er seinen Erbvertragspartner überlebte. Bei der Frage, ob das Schriftstück gem. § 2084 die der Antragstellerin günstige Auslegung als letztwillige Verfügung er- fahren kann, kommt man zu dem Ergebnis, daß § 2084 unmittelbar keine Anwendung finden kann, weil diese Best. voraussetzt, daß eine letztwillige Verfügung vorliegt. Nur eine solche soll bei verschiedener Auslegungsmöglichkeit nach dieser Best. ausgelegt werden. Weiterhin kann § 2084 entsprechend angewendet werden, wenn nicht der Inhalt einer als letztwillig feststehenden Verfügung, sondern die rechtliche Natur einer Verfügung, z. B. als einer Schenkung unter Lebenden oder von Todes wegen zweifelhaft ist (RG. v. 20. Dez. 1926, IV 173/26; LZ. 1927, 523; RG.: Recht 1919 Nr. 603; Planck, NKRRomm. zu § 2084). Deshalb irrt das OLG., wenn es den § 2084 schon bei Beantwortung der Frage heranzieht, ob nicht nur eine Verfügung versprochen, sondern die Verfügung selbst getroffen worden ist. § 2084 gibt keinen Anhalt für die Auslegung, wenn darüber Streit besteht, ob eine Erklärung des Erblassers eine Verfügung ist (RG.: LZ. 1927, 523).

Allerdings hätte nach dem mitgeteilten Sachverhalt ohnehin zu- gunsten der Antragstellerin entschieden werden müssen. Das OLG. hat den entscheidenden Wert auf die Bemerkung gelegt: „Wenn Du jetzt zu uns gehst und uns in dankbarer Weise behandelst bis zu unserem Tode.“ Es hat daraus geschlossen, daß eine Leistung für eine ausbedungene Gegenleistung versprochen worden sei. Das würde allerdings dem Charakter als letztwilliger Verfügung entgegenstehen (OLG. 44, 98 Fußn. 1).

Der Auslegung des OLG. steht aber die weitere Äußerung des Erblassers entgegen: „Denn jetzt kann ich Dir endgültig erklären, daß Du das Ausweisen bekommst“, und seine Worte: „Was hier ge- schrieben ist, soll Dir als ein Unterpfand gelten und Du kannst dieses Schriftstück aufbewahren.“ Ein Laie, der so schreibt, will keinen Schein ausstellen, der ihm eines Tages zur Einlösung präferiert werden soll. Wann und wie sollte auch die Empfängerin einen Anspruch hieraus geltend machen können? Wer an sein Ende denkt und eine derartige „endgültige Erklärung“ abgibt, die der Empfänger als „Unterpfand“ aufheben soll, der bringt damit seinen Willen zum Ausdruck, auf den Fall seines Ablebens zu ver- fügen, ohne daß er mit der vorangehenden Aufforderung zur Dankbarkeit usw. eine vertragliche Gegenleistung für eine zukünftige Leistung ausbedingen will. Auf diesen aus dem gesamten Inhalt zu schließenden Willen des Erblassers allein kommt es an. Natürlich kann es sich nur um eine letztwillige Verfügung, nicht etwa um eine (formungültige) Verfügung unter Lebenden handeln. Daher

Namen beider gewisse Zusagen bezüglich ihrer Entlohnung zu machen. Dafür spricht auch folgende Erwägung: wäre der Ehemann vor der Frau gestorben, so wäre diese Alleinerbin geworden und vor der U. Sch. kein Anspruch an seinem Nachlaß entstanden. Mit dem Brief konnte also nicht erreicht werden, daß sie einen endgültigen Anspruch auf das Ausweisen erhielt.

(OLG. Stuttgart, 1. RivTen, Beschl. v. 3. Okt. 1933, RG 66/33.)

## Breslau.

### b) Strafsachen.

7. Zum Begriff „Bereithalten“. §§ 6, 11, 22 MaßD. v. 30. Mai 1903. †)

Nach den tatsächlichen Feststellungen des OLG. hat der Angekl. in seiner 92 Morgen großen Landwirtschaft, in der außer ihm, seiner Ehefrau und drei älteren Kindern noch drei fremde Arbeitskräfte tätig sind, in einem an das Wohnhaus angebauten, hölzernen Schuppen eine ungeeichte Viehwaage aufbewahrt. Der Schuppen steht bisweilen offen. Die Viehwaage ist i. J. 1929 vom zuständigen Eich- beamten für unbrauchbar erklärt worden. Der Angekl. will je seit- dem, was das OLG. auch für erwiesen erachtet, nur im Sommer und Herbst 1932 benutzt haben, um die Gewichtszunahme ihm gehöriger Kälber durch den Weidegang festzustellen.

Nach Ansicht des OLG. ist darin ein strafbares „Bereithalten“ der Viehwaage i. S. des § 6 MaßD. nicht zu erblicken, da der Angekl. die Waage nur für den inneren Betrieb seiner Landwirt- schaft verwendet habe.

Ist auch eine entsprechende Anwendung des § 2084 nicht er- forderlich.

2. Zutreffend nimmt das OLG. an, daß der Ehemann M. auch zu Lebzeiten seiner Frau letztwillig verfügen konnte für den Fall, daß sie zuerst sterbe. Nach Abschluß des Erbvertrages wird jede spätere Verfügung eines Vertragsteiles insoweit unwirksam, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde (§ 2289 Abs. 1 Satz 2). Wegen dieser Fassung des Gesetzes wird auch nach Abschluß des Erbvertrages kein Vertragspartner in der Testier- fähigkeit beschränkt (Planck, Anm. 3a zu § 2289). Jede nach- trägliche Verfügung bleibt wirksam, wenn eine Beeinträchtigung nicht eintritt (Mot. 5, 332). Wenn der vertragsmäßig Bedachte vor dem Erbfall stirbt, behalten alle nach dem Erbvertrag getroffenen Ver- fügungen des Vertragspartners ihre Wirksamkeit (Strohhal 1 § 46 Anm. 1; Planck, Anm. 3a zu § 2289; NKRRomm. Anm. 2 zu § 2289).

3. Diese Begr. paßt allerdings nicht, wie das OLG. annimmt, auf die Frage, ob die Erbeinsetzung in dem Brief v. 5. Jan. 1928 durch das gemeinschaftliche Testament v. 12. Sept. 1929 hinänglich ge- worden sei. Nach dem Sachverhalt ist nicht der ganze Erbvertrag, sondern nur eine Bestimmung darin durch das gemeinschaftliche Testament gem. § 2292 abgeändert worden. Auf dieses Testament findet aber nicht § 2289, sondern § 2258 Anwendung. Ein Wider- spruch zwischen der fraglichen Verfügung des Ehemannes M. und dem späteren gemeinschaftlichen Testament ist nach dem Sachverhalt nicht gegeben. Deshalb bleibt die Verfügung nach § 2258 auch von dem Testament unberührt.

Dem Antrag hätte also wohl entsprochen werden müssen, da ihm keinerlei Bedenken entgegenstehen.

RA. Dr. Hugo Zirkens, Köln.

Zu 7. Das RevG. ist mit dieser Auslegung des Begriffs Bereithalten des § 6 MaßD. wieder zu seinem früheren Standpunkt von 1925 und vorher (OLG. Breslau, Urte. v. 24. Nov. 1922, 7 S 450/22; Urte. v. 20. Okt. 1925, 3 S 501/25), der später verlassen wurde (OLG. Breslau; JW. 1926, 2308; desgl. Urte. v. 22. Juni 1929, 3 S 212/29), zurückgekehrt.

Hervorgehoben werden darf noch, daß eine spätere Benutzung der Viehwaage im öffentlichen Verkehr zur Best. eines Umfangs von Leistungen auch nach Lage der Verhältnisse hier deshalb als wahrscheinlich zu bezeichnen ist, weil ein bäuerlicher Betrieb von 92 Morgen mit Weideland und Viehzüchtung und drei Lohnarbeitern nicht rein für die Selbstversorgung arbeiten, also nicht allein auf inneren Betrieb eingestellt sein kann, sondern mindestens zur Be- streitung von Löhnen, Ergänzungen der landwirtschaftlichen Geräte, Steuern, Kleidung u. a. auch Bargeld aus Verkäufen von Vieh, Feldfrüchten u. a. erwirtschaften muß. Zudem ist die Viehwaage zum Wägen all dieser Verkaufsobjekte geeignet und gebrauchsbereit (vgl. auch OLG. Naumburg: JW. 1930, 1238 u. Anm. dazu).

Selbst wenn der Angekl. nur Kontrollwägungen im Zusammen- hang mit den Verkäufen seiner Erzeugnisse vornahm oder die Vieh- waage dazu bereitstellte, wäre seine Pflicht nach der geltenden Lehre schon gegeben (vgl. OLG. Karlsruhe: JW. 1933, 1849; OLG. Dresden: JW. 1931, 2854 u. Anm. dazu).

Der Entsch. ist durchaus zuzustimmen.

RegR. Dr. Dreißig, Berlin.

Dabei ist aber der Begriff des strafbaren „Bereithaltens“ nach § 6 a. a. O. verkannt.

Der Zweck dieser Strafbest. ist, die Verwendung ungeeichteter Meßgeräte im öffentlichen Verkehr zu verhindern.

Da die Benutzung ungeeichteter Meßgeräte im öffentlichen Verkehr sich vielfach dem Nachweis entzieht, ist schon die Schaffung eines gewissen Gefährdungsstandes unter Strafe gestellt.

Der Straftatbestand des Bereithaltens aus § 6 a. a. O. hat reine Vorbeugungsnatur. Das Verbot trifft schon die Schaffung eines Zustandes, der erfahrungsgemäß leicht die Verwendung ungeeichteter Meßgeräte im öffentlichen Verkehr mit sich bringen kann.

Es ist damit nicht schon der bloße Besitz ungeeichteter Meßgeräte verboten, sondern die Herbeiführung derartiger räumlicher oder örtlicher Verhältnisse, die die Benutzung ungeeichteter Meßgeräte im öffentlichen Verkehr zur Best. des Umfangs von Leistungen möglich und wahrscheinlich erscheinen lassen (RG.: JW. 1929, 2961 a).

Ein Bereithalten liegt vor, wenn ungeeichte Meßgeräte so aufgestellt und aufbewahrt werden, daß die Verwendung zum Wiegen im öffentlichen Verkehr nach Lage der Verhältnisse möglich und zu erwarten ist (OLG. Breslau: JW. 1926, 2101). Nur wenn die besonderen Umstände den Gebrauch der Viehwaage im öffentlichen Verkehr ausschließen, kann eine Bestrafung nicht erfolgen (BayObLG.: JW. 1926, 172). Es ist aber immer von dem objektiven Befunde des Bereithaltens auszugehen. Eine Absicht der Verwendung ungeeichteter Meßgeräte im öffentlichen Verkehr wird zur Bestrafung nicht verlangt (OLG. Celle: JW. 1924, 853; BayObLG.: JW. 1926, 172).

Nach den tatsächlichen Feststellungen des AG. kann daher im vorl. Falle der Tatbestand des strafbaren Bereithaltens nicht verneint werden. Der Angekl. hat eine ungeeichte Viehwaage in den zu seinem Landwirtschaftsbetrieb gehörigen, anderen zugänglichen Räumen zur Verfügung. Wenn er auch nach der Feststellung des AG. nicht den Willen gehabt hat, die Waage im öffentlichen Verkehr, z. B. bei Viehverkäufen, zu benutzen, so kann er seine Auffassung täglich ändern und von der Viehwaage im öffentlichen Verkehr Gebrauch machen, ohne daß irgendwelche Schwierigkeiten zu überwinden wären. Ebenso kann jederzeit ein anderer in der Landwirtschaft des Angekl. Tätiger von der Waage im öffentlichen Verkehr Gebrauch machen. Es erscheint das nach den tatsächlichen Verhältnissen wahrscheinlich und möglich. Von dem Angekl. ist diese Möglichkeit zumindest fahrlässigerweise außer acht gelassen worden.

Demnach sind die Strafbest. der §§ 6, 11, 22 MaßD. rechtsirrtümlich nicht angewendet worden.

(OLG. Breslau, Urt. v. 3. Juli 1933, 18 S 166/33.)

\*

## Hamburg.

8. Gebühren für die Verteidigung vor dem Sondergericht. †)

Der Senat schließt sich der in dem angef. Beschlusse des Sondergerichts niedergelegten Rechtsauffassung an. Diese steht im Einklang mit OLG. Hamm v. 13. Mai 1933 (JustVerwBl. Nr. 12 S. 166) und OLG. Kiel v. 13. Juli 1933 (JW. 1933, 2165). Die gegenteilige Ansicht des AG. (Beschl. v. 12. Dez. 1932: JustVerwBl. Nr. 11 S. 154) vermag nicht zu überzeugen.

Für eine unterschiedliche gebührenmäßige Behandlung der zur Zuständigkeit des Sondergerichts gehörigen Sachen — je nachdem, ob sie im regelmäßigen Verlaufe Schwurgerichtssachen sind oder nicht — besteht kein Raum. Der angef. Beschl. weist mit Recht darauf hin, daß eine derartige Handhabung mit dem Grundgedanken der GebD. „gleiche Gebühr für alle Strafsachen vor den gleichen Gerichten“ nicht in Einklang zu bringen sei. Wäre eine anderweitige gebührenmäßige Behandlung solcher Sondergerichtssachen, die im regel-

Zu 8. Das OLG. Hamburg hätte sich vielleicht auch, wie auch Sondergericht Darmstadt, zu der von ihm verworbenen Ansicht bekehrt, wenn es die diesseitigen Ausführungen: JW. 1933, 1675<sup>45</sup> Anm. gekannt hätte.

Die Vermutung, was der Gesetzgeber sicherlich getan hätte, wenn er — der Gegenansicht gewesen wäre, ist bekanntlich kaum als Argument zu werten. Es trifft sich aber günstig, daß das OLG. Hamm gerade den jetzt vom Sondergericht Darmstadt entschiedenen und von mir besprochenen Fall für seine Begründung heranzieht. So genügt es, auf meine Anm. zu jener Entsch. zu verweisen. OLG. Hamm bringt keinen Gesichtspunkt, der meine Ansicht erschüttern könnte. Sein Hauptargument ist im übrigen nach der GebD. unhaltbar: die mehr oder weniger große Arbeit, die die einzelne Sache dem Anwalt macht, ist bekanntlich kein Gesichtspunkt, dem die GebD. Rechnung trägt.

Die Entsch. zeigt aber, daß es erforderlich wäre, endlich eine einheitliche Regelung durch entsprechende Bestimmung zu treffen. Die Bemessung der Verteidigergebühren kann unmöglich der verschiedenen Auffassung der einzelnen Gerichte überlassen werden.

WR. Dr. Gaedeker, Berlin.

mäßigen Verlaufe Schwurgerichtssachen sind, vom Gesetzgeber gewollt oder beabsichtigt gewesen, so wäre eine derartige von der grundsätzlichen Regelung abweichende Absicht in der WD. über die Bildung von Sondergerichten sicherlich zum Ausdruck gekommen. Da dieses aber — sei es absichtlich oder versehentlich — nicht geschehen ist, muß es bei dem Grundsatz bleiben, daß vor dem gleichen Gericht nur die gleiche Gebühr zugewilligt werden kann.

Eine anderweitige Handhabung würde in der Praxis auch zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Wenn in einer großen vor dem Sondergericht anhängigen Strafsache einem Teil der Angekl. Schwurgerichtsbefikte zur Last gelegt werden, dem andern Teil dagegen nur geringere Straftaten, die nicht vor das SchwG. gehören, so würde das un mögliche Ergebnis eintreten, daß ein Teil der Verteidiger zu den halben Gebühren der anderen Verteidiger tätig werden müßte, während unter Umständen sogar diese geringer entlohnten Verteidiger die größere Arbeit im Verhältnis zu einem Kollegen leisten müssen, der einen vollgeständigen Schwurgerichtsverbrecher vor dem Sondergericht verteidigt.

Auch der von den Beschw. vortragene Gesichtspunkt, die Verteidigung in Schwurgerichtssachen vor dem Sondergericht bürde dem Verteidiger eine größere Verantwortung auf als die Verteidigung in harmloser liegenden Sachen und rechtfertige deshalb auch eine erhöhte Gebühr, ist nicht stichhaltig. Es sei in dieser Beziehung nur darauf hingewiesen, daß bei schwersten Straftaten jugendlicher Personen (Mord usw.), für die Pflichtverteidigung geboten ist, nicht die Zuständigkeit der SchwG., sondern der Jugendgerichte gegeben ist und daß bei diesen unstreitig nur der einfache Satz von 40 RM zugewilligt werden kann, während die Verantwortung des Verteidigers in derartigen Sachen sicher nicht geringer ist als vor dem SchwG.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 12. Okt. 1933, Bs St 476, 477/33.)

Eingef. v. RA. Dr. Günther Lang, Hamburg.

## Altona.

### Landgerichte.

1. §§ 1421, 1407, 1394, 1391 BGB. Zur Herausgabe-Klage der Frau wegen des Eingebrauchten gegen den getrennt lebenden Ehemann.

K. hatte bei Eingehung der Ehe eine Darlehnsforderung gegenüber ihrem Ehemann. Nachdem sich der Ehemann von ihr getrennt hat, klagt sie wider ihn auf Rückzahlung. Der Klagenanspruch gehört gem. § 1363 BGB. zum eingebrauchten Gut. Nach § 1407 Biff. 2 a. a. O. kann K. ohne Zustimmung ihres Mannes gegen letzteren klagen. Diese Vorschrift befreit die Frau nur vom Erfordernis der ehemännlichen Zustimmung zur Prozeßführung, berührt aber nicht die für die Geltendmachung gesetzten zeitlichen Schranken. Nach § 1421 BGB. sind die zeitlichen Schranken für den Anspruch auf Herausgabe des eingebrauchten Guts — um einen solchen handelt es sich bei der hier fraglichen Darlehnsklage — so gezogen, daß der Anspruch vor Beendigung der Verwaltung und Ausnützung des Mannes nicht fällig ist. Diese zeitliche Beschränkung wird nicht etwa durch § 1394 BGB. i. Verb. m. § 1391 aufgehoben. § 1394 a. a. O. bezieht sich nämlich nur auf die Ansprüche aus den §§ 1373—1393 BGB. In den Kreis dieser Ansprüche gehört aber der hier geltend gemachte Klagenanspruch nicht.

(LG. Altona, 6. JK., Urt. v. 15. Nov. 1933, 6 S 308/33.)

Ver. von WR. Schumacher, Altona.

\*

## Braunschweig.

2. §§ 1, 3, 4, 50, 81 Gesf. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse; Art. 1, 3, 4, 5 2. Durchf. WD. Kann nach Eingang des Antrags auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens der vorläufige Vollstreckungsschutz befristet angeordnet werden? Ist die sofortige Beschw. gegen die Fristsetzung zulässig? Kann der vorläufige Vollstreckungsschutz bei Vorliegen nur der Selbstentschuldung angeordnet werden? †)

Der Antragsteller hat mit Schreiben v. 5. Aug. 1933 die Einleitung des Entschuldungsverfahrens über seinen landwirtschaftlichen Betrieb gem. § 1 EntschuldG. v. 1. Juni 1933 und mit Schreiben

Zu 2. Der Beschl. gibt zu mehreren Bedenken Anlaß. Wichtig ist, daß die Selbstentschuldung nicht ein Teil des Entschuldungsverfahrens ist; sie ist auch nicht eine besondere Art des Entschuldungsverfahrens. Was sie hiervon unterscheidet, ist freilich nicht das Fehlen gerichtlicher Mitwirkung — denn die Erklärung zum Entschuldungsbetrieb erfolgt durch das Gericht —, sondern es ist das Fehlen eines Verfahrens. Wichtig ist auch, daß ein Betriebsinhaber, der in Verhandlungen mit den Gläubigern eingetreten ist, um die Voraussetzungen für die Selbstentschuldung herbeizuführen, nicht schon um

v. 11. Aug. 1933 die einstweilige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens seines Grundstücks gem. Art. 4 Ziff. 1 der 2. Durchf. W. z. EntschuldG. beantragt, in dem erstgenannten Schreiben aber zugleich auch mitgeteilt, daß er zunächst versuchen wollte, sich im Wege freier Vereinbarung nach Art. 1 der 2. Durchf. W. z. EntschuldG. mit seinen Gläubigern zu einigen. Durch Beschl. v. 11. Sept. 1933 hat darauf das OLG. Schöppenstedt die beantragte Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens angeordnet, zugleich aber dem Antragsteller eine Frist bis zum 1. Okt. 1933 zur Verbringung des Beschl., durch den das gerichtliche Entschuldungsverfahren eröffnet wird, gesetzt, nach deren fruchtlosen Ablauf die Aufhebung des Einstellungsbeschl. erfolgen soll. Mit Schreiben v. 23. Sept. 1933 hat der Antragsteller die Aufhebung dieses Beschl., soweit er die Fristsetzung betrifft, beantragt, nachdem er inzwischen seinen eingangs erwähnten Antrag v. 5. Aug. 1933 durch den Antrag, seinen Betrieb nach § 81 EntschuldG. zum Entschuldungsbetrieb zu erklären, ersetzt hat. Das OLG. Schöppenstedt hat durch Beschl. v. 26. Sept. 1933 die beantragte teilweise Aufhebung seines Beschl. v. 11. Sept. 1933 abgelehnt, weil der Antragsteller nicht das in Art. 4 der 2. Durchf. W. z. EntschuldG. bezeichnete gerichtliche Entschuldungsverfahren, sondern die Selbstentschuldung beantragt habe, mit welcher ein besonderer Vollstreckungsschutz nicht verbunden sei. Wegen dieses, ihm am 5. Okt. 1933 zugestellten Beschl. hat der Antragsteller mit Schreiben vom

besw. die Anordnung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes beantragen kann. Auch der Antrag auf Erklärung seines Betriebes zum Selbstentschuldungsbetrieb gibt ihm dieses Recht nicht. Der Antrag auf Anordnung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes setzt vielmehr voraus, daß zuvor oder gleichzeitig der Antrag auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens gestellt ist. Inwieweit ist daher dem Beschl. beizutreten. In tatsächlicher Hinsicht läßt der Beschl. jedoch nicht erkennen, ob der Betriebsinhaber den zunächst gestellten Antrag auf Verfahrenseröffnung zurückgenommen hat. Ist das der Fall, dann hat das OLG. mit dem angef. Beschl. den Antrag des Betriebsinhabers freilich zu Recht abgelehnt. Das OLG. geht offenbar von dieser tatsächlichen Lage aus, wenn es sagt, der Betriebsinhaber habe seinen Antrag auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens durch den Antrag, seinen Betrieb nach § 81 zum Entschuldungsbetrieb zu erklären, ersetzt. In der Mitteilung des Betriebsinhabers, er wolle versuchen, im Wege freier Vereinbarung mit den Gläubigern die Voraussetzungen für die Selbstentschuldung herbeizuführen, liegt aber nicht schon eine solche Ersetzung des Antrags. Zu einem solchen Versuch ist der Betriebsinhaber vielmehr nach Art. 1 der 2. Durchf. W. verpflichtet, und das Gericht kann, solange ein solcher Einigungsversuch nicht stattgefunden hat, die Entsch. über den Antrag auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens nach Art. 3 der 2. Durchf. W. aussetzen. In diesem Beschl. kann es dem Betriebsinhaber eine Frist für die Herbeiführung der Einigung setzen. Nach fruchtlosem Verlauf der Frist muß das Gericht über den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens entscheiden, wenn es nicht nach dem Stande der Einigungsverhandlungen eine Verlängerung der Aussetzung für zweckmäßig hält. Der Beschl. über die Aussetzung ist kraft ausdrücklicher Best. des Art. 3 Abs. 2 der 2. Durchf. W. unanfechtbar. Um einen solchen Beschl. handelt es sich hier aber nicht. Hier hatte das OLG. vielmehr den nach Art. 4 der 2. Durchf. W. angeordneten vorläufigen Vollstreckungsschutz befristet. Die Anordnung steht im Ermessen des Gerichts (kann ... anordnen), gegen die ablehnende Entsch. ist nach Art. 4 Abs. 2 die sofortige Beschw. zulässig. In der nur befristeten Anordnung liegt aber eine teilweise Ablehnung. Mithin war die sofortige Beschw. zulässig und durfte von dem OLG. nur aus materiellen Gründen zurückgewiesen werden. Es ist überdies schon zweifelhaft, ob eine befristete Anordnung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes überhaupt zulässig ist; denn Art. 4 Abs. 3 der 2. Durchf. W. bestimmt den Zeitpunkt seines Außerkrafttretens. Wollte man aber die Möglichkeit der Befristung daraus entnehmen, daß die Anordnung selbst ohnehin in das Ermessen des Gerichts gestellt ist, so ist dieses Ermessen und mithin die Befristung jedenfalls von dem OLG. auf die sofortige Beschw. des Betriebsinhabers hin nachzuprüfen. Gegen die Befristung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes spricht aber m. E. durchschlagend, daß das OLG. die Entsch. über den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens auszusprechen und nach Ablauf der Aussetzungsfrist über den Antrag zu entscheiden hat. Zu der Bemessung der Aussetzungsfrist hat es daher das Mittel zur Verhütung etwaiger Verfahrensverzögerungen. Der Umweg der Befristung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes aber führt zu dem unmöglichen Ergebnis, daß der Vollstreckung und damit der Verhinderung der Durchführbarkeit des Verfahrens zu einer Zeit Tür und Tor geöffnet wird, in der noch nicht darüber entschieden ist, ob das Verfahren eröffnet werden soll; der Betriebsinhaber hat aber kein verfahrensrechtliches Mittel, das OLG. zur beschleunigten Beschlußfassung über die Verfahrenseröffnung zu veranlassen. Solange der Antrag auf Verfahrenseröffnung noch nicht zurückgenommen ist, kann nur das Gericht selbst darüber befinden, wann es über ihn entscheiden will. Erklärt jedoch der Betriebsinhaber schon während der

10. Okt. 1933, eingegangen am 12. Okt. 1933, die sofortige Beschw. erhoben.

Die Beschw. ist unzulässig. Nach § 50 EntschuldG. findet gegen die Entsch. des OLG. nur dann ein Rechtsmittel statt, wenn es in dem EntschuldG. oder in den Durchf. W. zu diesem vorgesehen ist. Das letztere ist jedoch für den hier vorl. Fall nicht gegeben. Infolge dessen muß die Beschw. des Antragstellers als unzulässig verworfen werden. Dabei wird, wenngleich infolge ihrer Unzulässigkeit eine sachliche Prüfung der Beschw. an sich nicht erfolgen kann, zur Beseitigung von Zweifeln darauf hingewiesen, daß entgegen der Ansicht des Antragstellers die Selbstentschuldung nicht ein Teil des Entschuldungsverfahrens i. S. des EntschuldG. ist, sondern daß als solches nur, wie aus §§ 80 und 81 EntschuldG. zu entnehmen ist, das gerichtliche Verfahren anzusehen ist.

(OLG. Braunschweig, 2. Zk., Beschl. v. 28. Okt. 1933, 3 U 160/33.)

Ver. von Wf. Dr. v. Arnswaldt, Berlin.

\*

Dresden.

3. § 3 ZPO.; §§ 5 Abs. 3, 18 Abs. 2 der W. v. 26. Mai 1933.

1. Der nationalsozialistische Staat kennt nicht über die bestehenden Schuldnererziehungsvorschriften hinaus einen allgemeinen ungeschriebenen Grundsatz über den Schuld-

Aussetzungsfrist, daß der Einigungsversuch gescheitert sei, so hat das Gericht alsbald über den Antrag auf Verfahrenseröffnung zu entscheiden. Die im vorl. Falle erfolgte Befristung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes ist überdies noch aus anderem Grunde verfehlt: denn nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist soll „die Aufhebung des Einstellungsbeschlusses“ erfolgen! Den Einstellungsbeschl. kann nur das Vollstreckungsgericht erlassen und aufheben. Die Anordnung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes aber ist Sache des Entschuldungsgerichts, auf dessen Entsch. hin das Vollstreckungsgericht erst die Vollstreckung einstellt. Auf der Verkennung dieser verschiedenen gelagerten Zuständigkeit beruht denn auch wohl die Befristung der Anordnung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes; denn da dasjenige Gericht den vorläufigen Vollstreckungsschutz anordnet, das auch über die beantragte Verfahrenseröffnung zu entscheiden hat, kann es nicht dem Betriebsinhaber bei der Anordnung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes eine Frist „für die Verbringung“ des Beschl. über die Eröffnung des Verfahrens setzen!

Mithin kann den Ausführungen des OLG. hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Seite nicht beigegeben werden; die sofortige Beschw. war zulässig, die Befristung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes durch das OLG. war unzulässig und der sofortige Beschw. des Betriebsinhabers war stattzugeben, wenn der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens noch nicht zurückgenommen war. Die vor sorgfältige Stellung des Antrags auf Verfahrenseröffnung, verbunden mit der Bitte um Aussetzung der Entsch. über ihn und mit dem Antrag auf Anordnung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes, wird in den Fällen beabsichtigter Selbstentschuldung häufig sein; denn gerade während der Einigungsverhandlungen mit den Gläubigern wird der Betriebsinhaber den Vollstreckungsschutz, sei es aus gegebenem Anlaß, sei es als Druckmittel für die Verhandlungen, häufig gebrauchen. Gerade dieser Umstand veranlaßt auch zu der Annahme, daß das OLG. den Vorgang in tatsächlicher Hinsicht unrichtig beurteilt hat; denn es ist nicht einzusehen, warum ein Betriebsinhaber, dem Zwangsversteigerung droht, den Antrag auf Verfahrenseröffnung zurücknehmen sollte, obwohl die Aussetzung der Entsch. über den Antrag in der Durchf. W. ausdrücklich vorgesehen ist. Endlich liegt in der Mitteilung des Betriebsinhabers, er veruche zunächst eine Einigung mit den Gläubigern herbeizuführen, noch kein Antrag auf Erklärung des Betriebes zum Entschuldungsbetrieb; denn diese Einigungsverhandlungen sollen ja gerade erst die Voraussetzungen schaffen, bei deren Fehlen der Antrag abzulehnen ist! Der Antrag auf Erklärung des Betriebes zum Entschuldungsbetrieb wird daher immer erst gestellt werden und gestellt werden können, wenn die Voraussetzungen vorliegen; diese Voraussetzungen sind: Umwandlung aller nicht durch mündelsichere Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder Reallast gesicherten Forderungen in unkündbare Tilgungsforderungen und Regelung der Verzinsung und Tilgung nach Art. 1 der 2. Durchf. W.; liegen diese Voraussetzungen und die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 6 des Gef. vor, dann muß der Betrieb von dem OLG. ohne besonderes Verfahren als Entschuldungsbetrieb erklärt werden; geschieht dies, so tritt für die innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze gesicherten Forderungen die Regelung von Zins- und Tilgungshöhe und die Eigenschaft als unkündbare Tilgungsforderung ein. Damit sind dann alle beteiligten Forderungen festgeschrieben, und es ist nicht einzusehen, wozu der Betriebsinhaber dann noch den vorläufigen Vollstreckungsschutz des Art. 4 der 2. Durchf. W. haben wollte! Auch daraus kann geschlossen werden, daß der Antrag auf Verfahrenseröffnung noch vorlag und das OLG. daher nicht nur über eine zulässige, sondern auch über eine begründete Beschw. zu entscheiden hatte.

Verw. Dr. v. Arnswaldt, Berlin.

verschub. Im besonderen ist nicht einmal ein politischer Wille, der auf einen unbedingten Schutz des Schwächeren gerichtet wäre, Bestandteil der nationalsozialistischen Einstellung.

2. Die Betrauung eines Anwalts durch eine über Rechtsprechung verfügende Partei verstößt nicht gegen Treu und Glauben.

3. Im Sinne von § 3 ZPO. kommt es auf die objektive Tauglichkeit des Verfahrens nicht an.†)

Die Verfügung ist zur Sicherung einer Forderung von 5437 RM beantragt und auf die Vormerkung einer entsprechenden Sicherungshypothek gerichtet. Das OLG. hat den Streitwert im angegriffenen Beschl. auf den vollen Betrag der Forderung festgesetzt. Die Beschw. will einen Streitwert von höchstens 500 RM anerkennen. Das Grundstück sei unbeleibbar, die Vormerkung also eine völlig wertlose Maßnahme.

Das BeschwO. ermittelt, abweichend von der früheren auf § 6 ZPO. gestützten Auffassung (vgl. Beschl. 17 BC 119/29 v. 8. Febr. 1929), den nach § 18 OLG., § 12 RVGebD. maßgebenden Streitwert bei auf Forderungssicherung gerichteten Verfügungen nach § 3 ZPO. und ermisst in der Regel das Interesse des Antragstellers auf die Hälfte des zu sichernden Betrages (vgl. Beschl. 17 BC 387/30 v. 4. April 1930 und 12 BC 109/32 v. 25. Jan. 1932). Auf die gegen die Anwendung von § 6 ZPO. gerichteten Beschwerdeausführungen braucht somit nicht eingegangen zu werden. Soweit die in den Schriftsätzen v. 11. Sept. 1933, 27. Sept. 1933, 28. Sept. 1933 begründete Beschw. Ausführungen enthält, für deren Beachtung das BeschwO. die berufene Stelle ist, können diese zu einer niedrigeren Festsetzung nicht führen. Bei dem nach § 3 ZPO. zu ermittelnden Streitwert ist auszugehen von dem mit der Prozeßhandlung vom Kl. verfolgten Belange. Ob tatsächlich das prozessuale Verhalten wertlos ist, hat nach ohne Einschränkung feststehender Mpr. außer Betracht zu bleiben. Der Hinweis auf das bisherige Recht geht demnach schl. Wird gem. § 3 ZPO. verfahren, so läßt sich die Meinung vertreten, den vollen Betrag der Forderung als Streitwert anzunehmen, so daß im Ergebnis ein Unterschied zur Ermittlung nach § 6 ZPO. nicht bliebe. Wenn das BeschwO. nur die Hälfte der Forderung als Streitwert annimmt, so liegt dem die Erwägung zugrunde, daß Arrest und Verfügung nur vorläufige Sicherungen bezwecken und im besonderen nicht Entsch. ermöglichen, die der inneren Rechtskraft fähig sind. Für eine noch ge-

ringere Festsetzung des Streitwertes liegt jedoch in der Regel kein Anlaß vor. Auch das Beschwerdebringen hat für den vorl. Fall nicht besondere Umstände dargetan, die zu geringerer Festsetzung führen könnten. Denn die Beschw. irrt grundsätzlich in der Wertung der Bedeutung der von ihr vorgebrachten Tatsachen.

Einen besonderen Gesichtspunkt im Beschwerdebringen stellt der Hinweis auf die nationalsozialistische Rechtsauffassung dar: Deren hier maßgebliche Leitfäden seien gerichtet auf den Schutz des Schwächeren, dessen Existenz unter allen Umständen erhalten werden müsse, und auf die Beachtung der Vorschriften über Treu und Glauben, die der Antragstellerin, einer rechtskundigen Firma, die Betrauung eines Anwalts hätten verbieten müssen. Grundsätzlich ist die Möglichkeit gegeben, allgemeine Rechtsätze zu beachten, mögen sie von vornherein allgemein gehalten oder aus Sondervorschriften abgeleitet sein; diese Möglichkeit besteht sogar nicht nur innerhalb des bürgerlichen und auf die Verfolgung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten gerichteten Verfahrensrechtes, sondern im gesamten Gebiete des Rechtes überhaupt; so hat das OLG. die Rechtsgedanken von §§ 134, 138, 276, 278, 618 BGB. und sogar bürgerlich-rechtliche Ansetzungsgefahrpunkte für Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechtes für anwendbar erklärt. Dieser Teil des Beschwerdebringens scheidet aber daran, daß es die darin behaupteten Leitfäden in dieser Form nicht gibt, weder als allgemein moralische oder auch nur logische noch als solche des nationalsozialistischen Staates. Schwäche kann auch auf Verschulden beruhen, kann ihren Anlaß haben im Mißglücken eines geschäftlichen Wagnisses. Schwäche allein bietet nicht Anlaß zu irgendeiner Schonung. Wo Treu und Glauben herrscht, verbietet sich eine solch einseitige Einstellung ohne weiteres. Der nationalsozialistische Staat hat in einer, im besonderen dem Rechtskundigen völlig eindeutigen, Form erklärt, daß er solche Auffassung ablehnt. In §§ 5 Abs. 3, 18 Abs. 2 W.O. v. 26. Mai 1933 ist durch den Begriff der Unverhältnismäßigkeit es den Gerichten zur Pflicht gemacht, die Belange aller Beteiligten zu beachten. Im Sinne der Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staates gibt es keinesfalls eine unter allen Umständen geltende Existenzsicherung, sondern kann im einzelnen Falle, wenn die Abwägung der Belange aller Beteiligten dies gerecht erscheinen läßt, auch eine Existenz völlig vernichtet werden. Die große Linie in der Einstellung des nationalsozialistischen Staates, wie sie sich in den gesetzgeberischen Äußerungen der verschiedenen Gebiete zeigt, tritt auch hier zutage: Nicht der Schwache, nicht das Schwächere an sich, sondern der Wert ist zu erhalten. Gerade weil der nationalsozialistische Staat den

Zu 3. Der Entsch. des OLG. ist in vollem Umfang zuzustimmen.

1. Die Frage, nach welcher Bestimmung der Streitwert im Arrest- oder EinstwVerf.-Verfahren festzusetzen ist, ist in der Mpr. lebhaft umstritten (vgl. die Zusammenstellung bei Seuffert-Walsmann, ZPO. § 6 Anm. 3). Während beispielsweise noch in jüngster Zeit das OLG. Köln in jedem Falle den Betrag der zu sichernden Forderung maßgebend sein läßt (Beschl. v. 10. Aug. 1933: RheinWestfAnwBl. 1933, 143), vertritt das OLG. Hamm in einer demnächst zu veröffentlichenden Entsch. ebenfalls aus diesem Jahre den Standpunkt, daß der Streitwert gem. § 3 ZPO. nach freiem richterlichen Ermessen zu schätzen ist. M. E. verdient die letzte, auch vom OLG. Dresden in der vorl. Entsch. befolgte Meinung den Vorzug. Es ist nur logisch, daß das vorläufige, lediglich auf Sicherung gerichtete Arrest- bzw. EinstwVerf.-Verfahren nicht den gleichen Wert haben kann wie der endgültig entscheidende Hauptprozeß, es sei denn, daß etwa eine EinstwVerf. nicht auf Sicherung, sondern unmittelbar auf Zahlung gerichtet ist. Die Gegner müßten auch konsequenterweise stets feststellen, welchen Erfolg die Vollziehung des Arrestes oder der EinstwVerf. gehabt hat. Denn wenn die gepfändeten Werte geringer wären als der Betrag der zu sichernden Forderung, so müßte der Streitwert ebenfalls entsprechend niedriger sein (§ 6 letzter Satz ZPO.). Das aber gäbe eine untragliche Unsicherheit.

2. Die Ausführungen des OLG. Dresden darüber, daß der nationalsozialistische Staat keinen allgemeinen Grundsatz kennt, nach dem der wirtschaftlich Schwächere immer und überall mit jedem noch so entlegenen Mittel zu schützen sei, verdienen vollen Beifall. Es handelte sich bei der zur Entscheidung stehenden Beschwerde um einen der leider heute häufiger auftretenden Versuche, aus den hohen und idealistischen Grundsätzen des neuen Staates für private Zwecke Nutzen zu ziehen. Denn anders läßt sich der Versuch, mit dem Grundsatz des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren auf die Streitwertfestsetzung einzuwirken, nicht kennzeichnen. Mit dem zu allen Zeiten ausgefochtenen großen Kampf um die erhabenen Grundsätze des Rechts hat das wirklich nichts zu tun.

3. Die ZPO. erklärt in § 91 die Kosten eines Kl. der obliegenden Partei stets für erstattungsfähig ohne Rücksicht darauf, ob die Partei selbst rechtskundig ist bzw. rechtskundige Angestellte hat oder nicht. Das hat auch seinen guten Grund. Denn auch einer rechtskundigen Partei fehlt die Erfahrung des Auftretens vor Gericht, die persönliche Einstellung zu den Richtern, die Übung in den mehr technischen Vorgängen des Prozesses und die größere sachliche Objektivität des an einem Prozeß persönlich nicht interessierten Anwalts. Un-

dieser Vorteile willen und um nicht mehr Zeit zu verlieren als nötig, soll auch die rechtskundige Partei sich eines Anwalts bedienen dürfen. Das ist keineswegs unsozial, da nicht alle Rechtskundigen wirtschaftlich stark sind, und umgekehrt einer armen Partei, deren Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg hat, Anspruch auf Beordnung eines Armenanwalts gegeben ist.

4. Die Entsch. regt endlich zum Nachdenken darüber an, ob nicht die Regelung der Kostenlast selbst in Fällen wie dem vorliegenden einer Änderung bedarf. Der Erlaß eines Arrestes oder einer EinstwVerf. setzt grundsätzlich eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs voraus. Dazu reichen schlechte Vermögensverhältnisse des Schuldners allein nach allgemeiner Ansicht nicht aus. Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, aus denen der Schluß zu ziehen ist, daß die künftige Vollstreckung gefährdet ist. Dabei wird in der Regel das Verhalten des Schuldners von ausschlaggebender Bedeutung sein. In der weitaus größten Mehrzahl der Fälle wird ein Arrest oder eine EinstwVerf. (von Unterhaltszahlungen abgesehen) deshalb angeordnet bzw. bestätigt, weil der Schuldner sonst sein Vermögen der Vollstreckung entziehen würde. Hier braucht sich der Schuldner nicht zu beklagen, wenn er mit den Kosten des Sicherungsverfahrens belastet wird. Anders kann aber die Sachlage sein, wenn im Wege der EinstwVerf. eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen werden soll. Dazu bedarf es nach den §§ 885 Abs. 1 Satz 2 und 899 Abs. 2 Satz 2 BGB. keiner Glaubhaftmachung einer besonderen Gefährdung des zu sichernden Anspruchs. Die Gefährdung besteht hier vielmehr ohne weiteres schon infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Sie braucht auch gar nicht etwa immer in einem unredlichen Verhalten des Schuldners ihren Grund zu haben. So wird beispielsweise die Eintragung einer Vormerkung sehr oft deshalb notwendig sein, um zu verhindern, daß andere Gläubiger den Vorrang erhalten, ohne daß dem Schuldner selbst auch nur im geringsten der Vorwurf unredlichen Verhaltens gemacht werden könnte. In solchen Fällen kann es dann unter Umständen der Billigkeit entsprechen, die Kosten des Sicherungsverfahrens nicht dem Schuldner allein aufzuerlegen, sondern sie zwischen beiden Parteien angemessen zu verteilen oder gar den Gläubiger die Kosten ganz tragen zu lassen. Ohne positive gesetzliche Regelung ist das aber natürlich nicht möglich. Es sind ja in letzter Zeit wiederholt Bestrebungen hervorgetreten, die auf eine gerechtere Regelung der Prozeßkostenlast — so vor allem für Interventionsprozesse — gerichtet sind. Vielleicht könnte auch die hier aufgeworfene Frage dabei erledigt werden.

M. Dr. Wartzel, Bochum.

Schuldnerschutz zum Gegenstande seiner Entschließung gemacht und gerade weil er hierbei eindeutig und klar umgrenzte Formulierungen gebracht hat, gerade deshalb wäre es vielmehr ein Verstoß gegen die Ordnung des neuen Staates, wenn das BeschwG. sich zur Anerkennung irgendeines von einem Prozeßbeteiligten um seiner selbst willen aufgestellten angeblichen allgemeinen Satzes herbeiließe. Das wäre „ein Affront“ gegen den nationalsozialistischen Staat, vor dem die BeschwF. das Gericht warnen zu dürfen glaubt. Die gesetzlichen Bestimmungen, die für die vorliegende Frage entscheidend sind, hat der Gesetzgeber nicht geändert. Die Streitwertfestsetzung hat ihre Bedeutung für alle Beteiligten, wie dies sich im § 4 WRG. und § 12 RAObG. zeigt. Sollten die Verhältnisse der Beteiligten insoweit anders geregelt werden, so hätte der Gesetzgeber dies zum Ausdruck gebracht. Ohne die Andeutung irgendeines Anhaltes stellt sich im besonderen die Meinung dar, die Betrauung eines Anwaltes könne gegen Treu und Glauben im vorl. Falle verstoßen. Der neue Staat hat keinerlei Gesetz erlassen, das einen solchen Eingriff in die Regelung der Anwaltsstellung rechtfertigte. Zudem ist nicht ersichtlich, was diese Frage mit der Streitwertfestsetzung zu tun haben soll. Das Bestreben des BeschwG., aus diesem Teile des Beschwerdevorbringens irgendeinen sachlich verwertbaren Gedanken zu ermitteln, ist also ohne Erfolg geblieben.

(LG. Dresden, Beschl. v. 10. Okt. 1933, 12 BC 153/33.)

Ber. von OGR. Dr. Rudolf Scheld, Dresden.

\*

#### 4. § 114 ZPO.; § 11 Kap. I Teil 6 W.D. v. 6. Aug. 1931.

I. Durch Pfändung und Überweisung der Klageforderung verliert der Kl. nicht das Recht, den Prozeß weiter im Armenrecht zu führen, weil er auch weiterhin noch Inhaber der Forderung bleibt und die Voraussetzungen für die Beibehaltung des Armenrechts sich materiell auch jetzt noch nach seiner Person richten.

II. Die Beanspruchung des Armenrechts nach Pfändung und Überweisung der Klageforderung stellt keinen Mißbrauch der Beanspruchung des Armenrechts dar, da der Kl. auch nach Pfändung und Überweisung an der Verwirklichung des Klaganspruchs das eigene, wirtschaftliche Interesse hat, von seiner Schuld gegenüber dem Gläubiger befreit zu werden. Ob ein Mißbrauch der Bestimmungen über das Armenrecht vorliegt, kann nur aus der Person dessen beurteilt werden, der das Armenrecht begehrt.

Das UG. hat dem Kl. das Armenrecht entzogen, weil der Kl. nach Pfändung und Überweisung eines Teiles der Klageforderung im Laufe des Rechtsstreites nur noch ein fremdes Recht kraft Ermächtigung zur Prozeßführung einbrachte, die Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts aber auch in der Person des materiell Berechtigten vorhanden sein mußten. Hiergegen ist zunächst zu sagen, daß zwar die Abtretung dem Dritten das volle Recht verschafft, nicht aber die Pfändung und Überweisung. Auch nach der Pfändung und Überweisung ist Inhaber der Forderung der Schuldner, also der Kl.: gerade umgekehrt hat der Vollstreckungsgläubiger nur die Berechtigung zur Einziehung, wenn schon zum Zwecke seiner Befriedigung (so die ständige Rspr., vgl. RG. 83, 118<sup>1</sup>); 77, 145<sup>2</sup>).

Der Beschluß des UG. kann sich auch nicht darauf stützen, daß die Rechtsverfolgung des Kl. mutwillig sei oder keine Aussicht auf Erfolg biete (§ 114 ZPO., Teil 6 Kap. I, § 11 W.D. v. 6. Okt. 1931). Er entnimmt seine Berechtigung dem in der Rspr. anerkannten Grundsatz, daß das Armenrecht nach allgemeinen Grundsätzen auch dann nicht zu gewähren ist, wenn seine Beanspruchung als Mißbrauch der Best. der ZPO. über das Armenrecht erscheint. Als hierher gehörig werden gewöhnlich die Fälle bezeichnet, in denen das Recht, zu dessen Verfolgung das Armenrecht nachgesucht wird, nur der Form, nicht auch der Sache nach dem zusteht, der klagen will (vgl. Breslau: SeuffArch. 51 Nr. 137; Stuttgart: SeuffArch. 54 Nr. 250; LG. Gießen: JW. 1930, 1528<sup>7</sup>; Richter: Wech. 60, 781, 833). Diese Formulierung mag in der Regel zur Erzielung angemessener Ergebnisse ausreichen. Sie ist aber zu weit, insofern sie Anwendung zuläßt auch auf Fälle, für die sie nach dem ihr zugrunde liegenden Gedanken nicht paßt. Dieser Gedanke ist, daß der, dessen wirtschaftliches Interesse mit dem Rechtsstreit verfolgt wird, auch das wirtschaftliche Risiko tragen soll. Von einem Mißbrauch der Best. des Armenrechts kann sonach nicht gesprochen werden, wenn der Kl. an der Verwirklichung des Klaganspruchs ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Die Frage ist mithin, ob der Kl., wenn im Laufe des Rechtsstreites eine Abtretung oder Pfändung und Überweisung des Klaganspruchs erfolgen, das wirtschaftliche Interesse an der Durchführung des Rechtsstreites verliert. Diese Frage ist zu verneinen. In der Rspr. ist allerdings auch die gegenteilige Meinung vertreten worden (vgl. Kiel: SeuffArch. 68 Nr. 134; Dresden: DRZ. 1932 Nr. 654 und JW. 1933, 552<sup>4</sup>): dieser Meinung vermag das Be-

schwerdegericht indessen nicht beizutreten. Der Kl. behält in diesen Fällen das Interesse, von seiner Schuld gegenüber seinem Gläubiger befreit zu werden: auch die Abtretung wird, mindestens regelmäßig, erfolgt sein, um einem Gläubiger (erfüllungshalber) Befriedigung zu gewähren. Gerade das eigene Interesse und Recht des Vollstreckungsgläubigers an dem Bestehen der Forderung und an der Befriedigung seines Gläubigers ist es übrigens auch, das die Rspr. durch Zulassung eigener Klage des Vollstreckungsgläubigers auf Feststellung oder auf Zahlung an den Vollstreckungsgläubiger als berechtigt und schutzwürdig anerkannt hat (vgl. RG. 83, 118/19<sup>3</sup>). Dieses Interesse will übrigens auch die Entsch. des OLG. Dresden: DRZ. 1932 Nr. 654 berücksichtigen, sie will es aber angesichts der dargelegten Vermögenslosigkeit der armen Partei nicht als besonders schutzwürdig ansehen. Eine solche mindere Schutzwürdigkeit würde den Kl., der das Armenrecht nachsucht, aber noch nicht ohne weiteres mit dem Vorwurf belasten, die Best. über das Armenrecht mißbräuchlich auszunutzen. Hiervon abgesehen geht es aber überhaupt nicht an, die Interessen einer armen Partei an der Befriedigung eines Gläubigers aus dem Grunde ihrer Armut als nicht besonders schutzwürdig zu bezeichnen: die arme Partei hat an der Befriedigung ihrer Gläubiger kein geringeres Interesse als eine bemittelte Partei. Die Gegenmeinung müßte folgerichtig einer armen und mit Schulden belasteten Partei von vornherein das Armenrecht in der Erwägung versagen, daß die arme Partei kein schutzwürdiges Interesse verfolge, weil ein Erfolg im Rechtsstreit bei (zunächst zu unterstellendem) rechtlichen Verhalten sie nur oder hauptsächlich zur Deckung von Schulden veranlassen könnte, ihr also eine Vermehrung ihres Aktivvermögens nicht bringen würde. Solche Ergebnisse sind unannehmbar. Sie entsprechen auch nicht der wirtschaftlichen Moral; das Interesse, einen Gläubiger zu befriedigen, muß eher höher, kann jedenfalls nicht geringer bewertet werden als das Interesse, den wirtschaftlichen Vorteil aus dem Obliegen im Rechtsstreit unmittelbar — nicht nur mittelbar durch Freiwerden von Schulden — selbst zu erlangen. Die vom OLG. Dresden zur Begründung seiner Auffassung noch angeführte gegenwärtige wirtschaftliche Notlage des Staates mag zu besonders scharfer Prüfung der Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts verpflichten; sie berechtigt indessen nicht, von einem Mißbrauch der Best. der ZPO. über das Armenrecht in Fällen zu sprechen, in denen eine Partei berechnete wirtschaftliche Interessen klageweise verfolgen will.

Gegen die hier vertretene Meinung läßt sich endlich auch nicht sagen, daß der Dritte, (Abtretungs- bzw. Pfändungs-) Gläubiger, da er das Hauptinteresse an der weiteren Durchführung des Rechtsstreites habe, den Rechtsstreit auch finanzieren müsse und den Schaden selbst zu tragen habe, wenn er das nicht tue. Ob ein Mißbrauch der Best. über das Armenrecht vorliegt, kann nur aus der Person desjenigen beurteilt werden, der das Armenrecht begehrt. Die Gegenmeinung führt übrigens auch praktisch zu unannehmbaren Ergebnissen. Der Gläubiger des Kl. wird in vielen Fällen keine Reue haben, noch Kosten aufzuwenden, um für seine (vielleicht schon unsichere) Forderung gegen den Kl. Deckung aus einer im Prozeß befangenen, also nicht anerkannten und zweifelhaften Forderung seines Schuldners (des Kl.) zu suchen. Ein Rechtsanspruch auf Gewährung der Mittel zur Prozeßführung steht dem Kl. gegen den Gläubiger in den hier behandelten Fällen (anders vielleicht bei einer Abtretung zur Einziehung und in ähnlichen Fällen) nicht zu. Der Kl. kann seinem Gläubiger auch nicht zur weiteren Prozeßführung nötigen, abgesehen davon, daß zum Eintritt des Gläubigers in den Rechtsstreit die Zustimmung des Prozeßgegners nötig wäre (§ 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO.). Das Ergebnis würde mithin in vielen Fällen sein, daß die Klage, da dem Kl. zu ihrer weiteren Durchführung die Mittel fehlen, aus formellen Gründen der Abweisung verfällt. Das mag zum Nachteil des dritten Gläubigers sein, bedeutet aber in jedem Falle auch eine schwere Schädigung der wirtschaftlichen Interessen des Kl. selbst, die nicht gerechtfertigt werden kann, weil der Kl. sie ohne Prüfung der materiellen Berechtigung seines Anspruchs in Kauf nehmen muß.

(LG. Dresden, 14. Jk., Beschl. v. 13. Okt. 1933, 14 BC 120/33.)

Eingel. von RA. Hans Bocke, Dresden.

\*

#### Hamburg.

5. KündigungsG. v. 7. April 1933. Die Kündigung nach dem genannten Gesetz ist auch zulässig, wenn Mieter eine Anwaltssozietät aus einem arischen und einem ausländischen nichtarischen Anwalt ist. †)

Im übrigen ist auch sachlich das UG. der Auffassung, daß die Kündigung auch dann zulässig war, wenn nur bei einem der beiden Mieter die Voraussetzungen des Berufsbeamten- oder Anwaltsgesetzes vorgelegen haben. Das UG. ist zwar grundsätzlich auch der alten herrschenden Ansicht, daß Gesamtschuldverhältnisse in der Regel auch dann

<sup>3</sup>) JW. 1913, 47.

Zu 5. Ebenso der Beschl. v. 15. Sept. 1933 (ZBf XII 601/33) der gleichen Mietkammer, die für Hamburg oberste Instanz ist.

1) JW. 1913, 47.

2) JW. 1912, 34.

für die übrigen Schuldner weiterlaufen, wenn bei einem Schuldner Umstände eingetreten sind, die ihn zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß es sich bei den hier in Frage kommenden Gesetzen um Sonderregelungen für ganz besondere Fälle handelt, die nicht mit den allgemeinen Maßstäben gemeinbar werden können. Es ist hierbei auf den Zweck dieser gesetzlichen Best. zurückzugehen, der darin besteht, zu verhindern, daß bei den durch die Berufsbeamten- und Anwaltsgesetze Betroffenen wirtschaftliche Schwierigkeiten entstehen. Bereits das W.B. kennt schon die Sonderregelung für den versetzten Beamten, dem es ein besonderes Kündigungsrecht für diesen Fall gegeben hat. Hinsichtlich dieser Best. hat auch das B.G. erst kürzlich entschieden, daß bei sinn-gemäßer Anwendung dieser Best. nicht nur der versetzte Beamte für sich allein das Kündigungsrecht erhält, sondern auch dessen Ehefrau, mag sie auch Mitmieterin geworden sein. Der Sinn der Best. geht eben dahin, daß derjenige, der im Interesse der Allgemeinheit seinen Wohnsitz verlassen muß, nicht zu sehr durch die Bindung an einen längeren Vertrag geschädigt werden soll. Dieser Zweck würde aber dann vereitelt werden, wenn es dem Vermieter gelänge, auf dem Umwege über die Haftung der Ehefrau praktisch den Beamten am Vertrage festzuhalten. Ein Gleiches muß aber auch für dieses Sonder-gesetz gelten. Ohne weiteres läßt sich der eben entwickelte Grundsatz übertragen auf die Fälle, wo die Ehefrau mit gemietet hat. Ange-sichts dessen nun, daß das AnwaltsG. im § 6 selbst auspricht, daß das BerufsbeamtenG. entsprechende Anwendung auch für den Fall der Löschung eines Anwalts finden soll, bestehen keine Bedenken, ähnliche Grundsätze für den Fall einer Anwaltssozietät anzuwenden. Auch hier würde, wenn man den anderen Anwalt am Vertrage festhalten würde, mittelbar wiederum der ausgeschlossene Anwalt mit-gegriffen werden, da dieser im Innenverhältnis möglicherweise weiter verpflichtet bleibt. Es könnte sich daher nur noch darum handeln, zu untersuchen, ob etwa der verbleibende Anwalt wirt-schaftlich ohnehin das Übergewicht gehabt hat. Dafür liegt aber im vorl. Falle nichts vor.

(W. Hamburg, Ur. v. 26. Okt. 1933, ZBf XII 545/33.)

Eingef. von N. Dr. Kai Reckels, Hamburg.

\*

## Hanau.

6. §§ 1 ff. W.D. v. 14. Febr. 1933. Der Begriff „land-wirtschaftliches Grundstück“ setzt nicht voraus, daß der Eigentümer einen landwirtschaftlichen Betrieb hat.

Es handelt sich um die Zwangsversteigerung einer dem Schuldner gehörigen Wiese. Das W.G. hat gem. §§ 5 und 6 W.D. über Maß-nahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. Mai 1933 entschieden, daß das Verfahren nicht einzustellen sei. Es hat sich dabei auf den Standpunkt gestellt, daß der landwirtschaftliche Vollstreckungsschutz dem Schuldner deshalb nicht zustatten kommen könne, weil der Besitz von Wiesen und deren Uebernutzung zum Unterhalt von Händlervieh nicht zum Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs mache. Der Schuldner hat sich darauf berufen, daß er seit dem 1. Jan. 1933 keinen Viehhandel mehr betreibe und nur noch von der Landwirtschaft lebe. Die Beschwerde ist begründet.

Nach § 1 W.D. v. 14. Febr. 1933 sind sämtliche Verfahren zum Zwecke der Zwangsversteigerung landwirtschaftlicher Grundstücke bis zum 31. Okt. 1933 kraft Gesetzes einstweilen eingestellt. Dieser Schutz ist durch das Gesetz v. 25. Okt. 1933 bis zum 31. Dez. 1933 verlängert worden. Es kommt nach § 1 W.D. lediglich darauf an, ob das Grundstück, in das die Zwangsversteigerung betrieben wird, ein landwirtschaftliches, d. h. landwirtschaftlich genutztes ist, nicht aber darauf, ob der Eigentümer des Grundstücks als Inhaber eines land-wirtschaftlichen Betriebes anzusehen ist. Der Charakter des dem Schuldner gehörigen Grundstücks, einer Wiese, läßt es nun aber nicht zweifelhaft erscheinen, daß es sich in der Tat um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt; es ist deshalb nicht von Bedeutung, ob der Schuldner die dort gewonnenen Erzeugnisse dazu verwendet, um dem Betrieb einer Landwirtschaft dienendes Vieh zu unterhalten oder aber Händlervieh. Das W.G. hatte keinen Anlaß, auf Grund des § 5 W.D. v. 26. Mai 1933, der auf die Zwangsversteigerung landwirt-schaftlicher Grundstücke keine Anwendung findet, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung nach dieser W.D. gegeben seien, es hatte nicht die Befugnis, die Zwangsversteigerung ohne den nach §§ 2—4 W.D. v. 14. Febr. 1933 erforderlichen Antrag des betreibenden Gläubigers vorzeitig fortzusetzen.

(W. Hanau, 3. ZR., Beschl. v. 31. Okt. 1933, 2 T III 323/33.)

Ber. von OBR. Dr. Fraeb, Hanau.

\*

7. § 57 ErbhofG. Auch ein noch nicht in die Erbhöfe-rolle eingetragener Erbhof darf seit dem 1. Okt. 1933 nicht mehr ohne Genehmigung belastet werden. †)

Wie sich aus dem Grundbuch ergibt, hat der Beschw. ein

Grundvermögen von insgesamt etwa 17 ha. Das reicht zweifellos aus, um eine Familie unabhängig vom Markt und der allgemeinen Wirt-schaftslage zu ernähren und zu kleiden sowie den Wirtschaftsablauf des Hofes zu erhalten. Sein Besitz erreicht also die Größe einer Ucker-nahrung und ist nach §§ 2 und 3 ErbhofG. als Erbhof zu betrachten. Daß die Voraussetzungen für eine Anwendung des Gesetzes auf seinen Besitz an sich gegeben sind, hat der Beschw. auch gar nicht bestritten. Er ist nur der Ansicht, daß ein Hof erst dann die Eigenschaft eines Erbhofes i. S. des Gesetzes erwerbe, wenn er ausdrücklich dazu er-klärt werde. Daß dies aber nicht richtig ist, zeigt § 1 des Ges., wo von der Notwendigkeit einer derartigen Erklärung nicht die Rede ist, sondern im Gegenteil hervorgehoben wird, daß die Eintragung in eine Erbhöferolle nur rechts erklärende Bedeutung hat und nicht erst einem Anwesen den Charakter eines Erbhofes verleiht. Ist nun aber hiernach der Hof des Beschw. als Erbhof anzusehen, so ist auch die Eintragung der Grundschuld zu Recht abgelehnt worden. Nach Abs. 11 der Einl. und nach § 57 des Ges. ist der Erbhof grundsätzlich unveräußerlich und unbelastbar. Diese Best. ist wie alle anderen Best. des ErbhofG. nach § 57 Abs. 1 am 1. Okt. 1933 in Kraft getreten. Es bestehen keine begründeten Bedenken gegen die Annahme, daß das Gesetz zu diesem Zeitpunkt in seiner Gesamtheit wirksam geworden sei. Zwar ist in Abs. 2 des § 57 hinzugefügt, daß das Gesetz Wirkung habe für die Erbfälle, die nach dem 1. Okt. eintreten, dieser Zusatz kann aber nach der Überzeugung des Gerichts nicht den Sinn haben, daß das Gesetz nur für Erbfälle gelten solle und nur von dem Nachlassrichter zu beachten wäre. Wohl werden, wie der Beschw. hervorhebt, Ausf. Best. zu manchen Teilen des Gesetzes, insbes. über die Einrichtung von Erbhöferollen und über die Anerbengerichts-barkeit, nachfolgen, es läßt sich aber aus dem Gesetze keineswegs ent-nehmen, daß es außer für Erbfälle, entgegen dem Wortlaut von § 57 Abs. 1, erst dann wirksam werden sollte, wenn Ausf. Best. zu einigen Punkten ergangen sind. Wenn das wirklich dem Willen des Gesetz-geters entspräche, dann wäre es, vor allem in der Best. über das Inkrafttreten des Gesetzes, in irgendeiner Weise erkennbar zum Aus-druck gekommen. Da das aber nicht der Fall ist, muß angenommen werden, daß das Gesetz in vollem Umfange vom 1. Okt. 1933 ab gilt, und in Abs. 2 des § 57 nur seine Wirkung für alle nach diesem Zeitpunkt eintretenden Erbfälle bestimmt oder noch einmal besonders hervorgehoben werden sollte.

Diese Auffassung allein wird auch dem Zwecke des Gesetzes ge-recht, das den Bauernhof vor Überschuldung und Zerspaltung schützen will. Es läge ganz gewiß nicht im Sinne der diesem Schutze dienen-den Vorschr., wenn ein Bauer jetzt noch, vor Erlaß der zu erwartenden Ausf. Best., seinen Grundbesitz veräußern oder belasten und damit in seinem Bestande gefährden könnte. Das Gesetz darf nicht in einer Weise angewandt werden, die seinen Zwecken zuwiderläuft (§ 56); das zwingt zu der Auffassung, daß ein Erbhof seit dem 1. Okt. 1933 nicht mehr ohne Genehmigung belastet werden kann.

Wenn der Beschw. nun ausführt, daß im vorl. Falle das W.G. gem. § 57 Abs. 2 seinem Antrag zum mindesten deshalb hätte ent-

693; Hopp: Deutsche Justiz 1933, 645), sie findet ihre Bestätigung auch in § 64 Abs. 4 der 1. Durchf. W.D. (Valutierung einer vor dem 1. Okt. 1933 eingetragenen Hypothek nach dem 1. Okt. 1933). Das aus der Fassung des § 57 Abs. 2 ErbhofG. etwa herzuleitende Be-denken entfällt, da § 57 Abs. 2 (nach Vogels, RErbhofG. S. 95) „zur Vermeidung von Mißverständnissen lediglich belegen will, daß die Ansprüche der Versorgungsberechtigten (§§ 30, 31) nicht geltend gemacht werden können, wenn der Erbfall vor dem 1. Okt. eingetreten ist“. Sogar die Durchf. W.D. v. 19. Okt. 1933 hat sich und insbes. ihrer das ErbhofG. § 17 ändernden Vorschrift, wonach auch Höfe im Mit-oder Gesamteigentum von Ehegatten Erbhöfe sind, ab 1. Okt. 1933 rückwirkende Kraft beigelegt (§§ 62, 69).

Im entschiedenen Fall war die notarielle Verhandlung erst am 5. Okt., also nach Inkrafttreten des Gesetzes aufgenommen; die Ge-nehmigung des Anerbengerichts hätte also vorbehalten werden müssen. Da sie nachträglich beschafft werden kann und rückwirkende Kraft hat, wird es namentlich in Fällen, in denen die Belastung des Hofes noch vor dem 1. Okt. 1933 in Unkenntnis des erst am 30. Sept. ver-öffentlichten Gesetzes vereinbart ist, der Billigkeit entsprechen, daß das W.G. den Eintragungsantrag nicht ablehnt, sondern den Beteiligten eine Zwischenfrist für die Beibringung der Genehmigung gewährt; der zu ihrer Erteilung notwendige „wichtige Grund“ (§ 37 Abs. 2 des Ges.) wird, da die Beteiligten durch das Gesetz überrastet sind, regelmäßig gegeben sein, ebenso auch ein „besonderer Grund“, um nach § 52 Durchf. W.D. von der Erhebung der verhältnismäßig hohen Gebühr für das Genehmigungsverfahren abzusehen. Bei Hypotheken (Grundschulden) ist übrigens zu beachten, daß die Erbhofshypothek der noch zu regelnder Ablösung (durch voraussichtlich niedrig verzinsliche Rentenbriefe) unterliegt und nur durch Vollstreckung in die landwirt-schaftlichen Erzeugnisse, aber nicht mehr durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung in das Grundstück begetrieben werden kann (§§ 38, 59).

Gch. ZR. Dr. SeeImann-Gegebert, Berlin.

Zu 7. Die Entsch. ist zweifelsfrei (vgl. Vogels: NotZ. 1933,

sprechen müssen, weil ein wichtiger Grund zur Eintragung einer Belastung vorliege, so kann er damit schon deshalb nicht gehört werden, weil nicht die AG. für die Genehmigung einer Belastung zuständig sind, sondern die nach den §§ 40 ff. noch zu bildenden Anerkengerichte (§ 37 Abs. 2).

(LG. Hanau, 3. Bz., Beschl. v. 12. Okt. 1933, 2 T III 218/33.)

Ver. von LGM. Dr. Kraeb, Hanau.

### Schneidemühl.

8. § 6 Gef. zur Regelung landwirtschaftlicher Schulverhältnisse. Eine Verpflichtung zur Übernahme des Amtes als Entschuldungsstelle besteht nicht. Trotzdem ist aber gegen einen dagegen verstoßenden Beschluß des AG. keine Beschwerde gegeben.

Die Beschw. ist unzulässig. Das Gef. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schulverhältnisse v. 1. Juni 1933 (RGW. I, 331) läßt in seinem § 50 ein Rechtsmittel gegen die Entscheidungen des AG. nur zu, wenn dies in diesem Gesetz vorgesehen ist. Im vorl. Falle ist ein derartiges Vorsehen nicht erfolgt. Das AG. hätte vielmehr die Entschuldungsstelle von vornherein nur mit deren Einverständnis bestellen dürfen (vgl. Art. 10 Abs. 1 der 3. Durchf. v. 15. Sept. 1933). Zwangsmaßregeln sind nicht gegeben (vgl. Harmering-Päpold, Die landwirtschaftliche Schuldverteilung S. 73 und v. Roznycki, Das Gef. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schulverhältnisse v. 1. Juni 1933, Anm. 3 zu § 6). Das AG. wird also Abhilfe zu schaffen haben. Für eine Entsch. des AG. ist nur im vorstehenden Sinne Raum.

Da die Sache nicht richtig behandelt worden ist und insbes. der Hinweis des AG. anheimgegeben werde, Beschwerde einzulegen, rechtmäßig ist, die Gerichtsgebühren und Auslagen für den Beschwerderechtszug somit bei richtiger Behandlung und ausreichender Belehrung nicht entstanden sein würden, waren die Gebühren und Auslagen gem. § 10 PrGW. niederzuschlagen.

(LG. Schneidemühl, 3. Bz., Beschl. v. 16. Nov. 1933, 3 T 910/33.)

Ver. von LGDir. Lehmann, Berlin.

9. Ein Nichtlandwirt hat keinen Anspruch auf Entschuldung nach dem Gef. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schulverhältnisse v. 1. Juni 1933. Die Art der vorhandenen Schulden kann ein Anhaltspunkt für Persönlichkeit und Wirtschaftsweise sein.

An Persönlichkeit und Wirtschaftsweise müssen strenge Anforderungen gestellt werden. Das Gesetz will den Landwirt und insbes. den Bauern entschulden. Ein Nichtlandwirt als Betriebsinhaber wird die Entschuldung nur ausnahmsweise beanspruchen können. Die Allgemeinheit ist nicht dazu da, um einen Nichtlandwirt zu entschulden, der ein Gut z. B. aus spekulativen Gründen gekauft hat. Nur der tüchtige Landwirt hat Anspruch auf Entschuldung. Die Art der vorhandenen Schulden kann einen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Persönlichkeit und Wirtschaftsweise des Betriebsinhabers sein. Diese Grundstücke, die Harmering-Päpold in ihrem Kommentar: Die landwirtschaftliche Schuldverteilung in Anm. 4 zu § 3 niedergelegt haben, werden vom BeschwG. in jeder Weise gebilligt.

Der BeschwF. mag zwar in der letzten Zeit landwirtschaftliche Grundstücke verwaltet haben. In Wirklichkeit ist er Schmiedemeister. Schon die Prüfung dieser Sache durch das BeschwG. hat ergeben, daß der BeschwF. durch die von ihm verübten Betrugsfälle zwei Familien an den Bettelstab gebracht hat. Sein betrügerisches Verhalten hat der BeschwF. fortgesetzt. (Wird ausgeführt.) Jedenfalls hat auch das BeschwG. aus den gegen den Antragsteller stattgehabten und noch schwebenden Strafsachen die Überzeugung gewonnen, daß es sich bei ihm um einen völlig unzuverlässigen Menschen handelt. Ja, es darf sogar gesagt werden, daß die Handlungsweise des Antragstellers der Hochstapelerei zum mindesten nahekommt. (Wird noch weiter ausgeführt.)

Zusukommt, daß der Antragsteller auf seinem Grundbesitz insgesamt 28 550,25 RM eingetragene Schulden hat und daß ungeklärte Forderungen gegen ihn im Gesamtbetrag von 15 691,35 RM vorhanden sind. Die ungeklärten Forderungen sind zum Teil mit hanküblichen, also besonders hohen Zinsen zu verzinsen. Der Antragsteller haftet weiter für Gläubiger seiner Ehefrau aus der Zwangsversteigerung des Grundstücks, das diese in Cz. besessen hat, mit einem Gesamtbetrag von 13 300 RM. Weitere Forderungen von insgesamt 5129 RM sind zweifelhaft bzw. aus der letzten Zeit rückständig.

Die Größe des Grundstücks in C. beträgt nach dem Grundbuch etwa 175 Morgen. Einschließlich der Gebäude kann dieser Besitz in heutigen Zeiten und bei den in der Grenzmark herrschenden Preisen höchstens auf 35 000 RM bewertet werden. Vergleicht man mit dem Werte des Grundstücks die vorhandenen Schulden, und wird ferner der Umfang berücksichtigt, daß der Antragsteller in den letzten Jahren seinen Wohnsitz mehrere Male gewechselt hat, so ist der Schluß geboten, daß seine Wirtschaftsweise nicht so gewesen sein kann, daß sie die Gewähr zu einer erfolgreichen Durchführung des Entschuldungs-

verfahrens bietet. Strengen Anforderungen werden Persönlichkeit und Wirtschaftsweise überhaupt nicht gerecht.

(LG. Schneidemühl, 3. Bz., Beschl. v. 16. Nov. 1933, 3 T 862/33.)

Ver. von LGDir. Lehmann, Berlin.

### Darmstadt.

### Sondergericht.

1. §§ 63, 67, 72 RWGebD; § 10 RD. über die Bildung von Sondergerichten v. 9. Aug. 1932. Für die Verteidigung vor dem Sondergericht erwächst dem Verteidiger diejenige Gebühr, die ihm nach § 63 RWGebD. für die Verteidigung vor dem sonst zur Aburteilung im einzelnen Falle berufenen ordentlichen Gericht erwachsen wäre. †)

Die Frage, ob vor dem Sondergerichte die erhöhte Gebühr von 80 RM zuzubilligen sei, ist bestritten. Das RG. spricht sich in seiner Entsch. v. 12. Dez. 1932 (JW. 1933, 559) dafür, das DLG. Hamm in seiner Entsch. v. 13. Mai 1933 (JW. 1933, 1671) dagegen aus. Das Sondergericht hatte sich früher einmal auf den Standpunkt des DLG. Hamm gestellt, schließt sich aber jetzt den Ausführungen des LGM. Gaebke an, die dieser JW. 1933, 1671 zur Kritik der Entsch. des DLG. Hamm macht. Auf die Ausführungen wird verwiesen.

Für die Verteidigung vor dem Sondergerichte erwächst daher dem Verteidiger diejenige Gebühr, die ihm nach § 63 RWGebD. für die Verteidigung vor dem sonst zur Aburteilung im einzelnen Falle berufenen ordentlichen Gerichte erwachsen wäre.

RM. L. hat nun als Pflichtverteidiger nur Angekl. vertreten, welche wegen Landfriedensbruchs angeklagt waren. Diese Straftat gehört nicht zur Zuständigkeit des SchwG. Die Straftaten dieser Angekl. steht aber in untrennbarem Zusammenhange mit den Straftaten derjenigen Angekl., welche wegen Totschlags angeklagt sind. Insofern dessen wäre die ganze Strafsache in ihrer Gesamtheit vor dem SchwG. verhandelt worden, wenn sie nicht wegen ihrer politischen Natur vor dem Sondergerichte angeklagt worden wäre. Damit trifft der Gesichtspunkt zu, auf den das RG. in der Entsch. v. 12. Dez. 1932 besonderen Wert legt, die Verteidigung fand statt vor einem Gerichte, das einzige Tatsacheninstanz ist ebenso wie RG., DLG., SchwG. Ebensovienig wie strafrechtlich ist gebührenrechtlich ein Auseinanderreihen der Sache nach den Straftaten der einzelnen Angekl. möglich. Wenn also die Angekl. L. und J. B. von einem anderen Pflichtverteidiger wären vertreten worden, so ginge es nicht an, diesem Ver-

Zu 1. Man wird obiger Entsch. nur bedingt beitreten können. Es handelt sich darum, ob im Falle des Zusammenhangs von Strafsachen schlechthin nach dem oben im 2. Absatz ausgesprochenen, meinen Ausführungen in JW. 1933, 1671<sup>15</sup> entprechenden Grundsatz bei der Bemessung der Verteidigergebühren zu verfahren ist. Man wird hierbei — im Gegensatz zu obigem Standpunkt — doch zwei Arten von Fällen unterscheiden müssen:

den Zusammenhang im technischen Sinne des § 3 StPD. (eine Person wird mehrerer Straftaten oder bei einer Straftat werden mehrere Personen als Täter, Teilnehmer oder Fehler beschuldigt), oder die Verbindungsmöglichkeit des § 237 StPD. (auch ohne die Voraussetzungen des § 3 kann Gericht im Falle eines Zusammenhangs die Verbindung anordnen).

Ist die Verbindung erfolgt, dann ist allerdings die verfahrensrechtliche Behandlung beide Male die gleiche: Für die Dauer der Verbindung ist der Straffall, der zur Zuständigkeit des Gerichts höherer Ordnung gehört, für das Verfahren maßgebend, und zwar auch hinsichtlich der Rechtsmittel (Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 5). Auch die Sache niedriger Ordnung ist nunmehr so zu behandeln wie diejenige, für die das Gericht an sich zuständig ist. Folgerichtig ergreift auch die Notwendigkeit der Verteidigung stets die gesamten verbundenen Sachen, mag es sich dabei selbst nur um Übertretungen handeln (Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 140).

Daraus folgt, daß auch die Gebühren der Verteidiger sich nach dieser erhöhten Zuständigkeit richten.

Kommt die Sache so vor das Sondergericht, dann bieten sich für den Fall des — gleichsam notwendigen — Zusammenhangs nach § 3 keine Schwierigkeiten: Gehört hier eine Sache vor das SchwG., so wäre eben für alle verbundenen Fälle als ordentliches Gericht das SchwG. zuständig gewesen, weil die nach § 2 angeordnete Verbindung auf dem gesetzlichen Zusammenhangsbegriff beruht, obgleich auch hier der Beschluß des Gerichts ganz in seinem Ermessen steht und nur Rücksichten prozessualer Zweckmäßigkeit maßgebend sind (Löwe-Rosenberg, 4b zu § 2 StPD.). Damit ist hier also für alle beteiligten Verteidiger die erhöhte Gebühr des § 63 RWGebD. begründet.

Andererseits aber bei dem Zusammenhang des § 237: Hier ist der Begriff des Zusammenhangs nicht an bestimmt abgegrenzte Voraussetzungen geknüpft, sondern im weitesten Sinne zu verstehen (Löwe-Rosenberg, 2a zu § 237: schon Identität der Beweismittel genügt). Ist auf diese Weise eine Mehrheit von Strafsachen

teidiger die erhöhte Gebühr zuzubilligen, während N. L. nur die gewöhnliche Gebühr erhielt. Man würde sonst in derselben Strafsache Verteidiger zweierlei Art haben, solche, die Angekl. mit schweren Straftaten vertreten und die erhöhte Gebühr beziehen, und solche, welche Angekl. mit leichten Straftaten vertreten und die niedere Gebühr beziehen, also gleichsam Verteidiger erster und zweiter Klasse. Das ist nicht die Absicht des Gesetzes. Deshalb muß, wenn einmal feststeht, daß bei dem Sondergerichte in gewissen Sachen die erhöhte Gebühr fällig wird, allen Verteidigern, die in einer solchen Sache tätig sind, auch die erhöhte Gebühr zugewilligt werden, einerlei ob gerade sie Straftaten verteidigen, die zur Zuständigkeit des SchwG. gehören.

Das vereinbarte Privathonorar hat mit der Gebühr, welche der Pflichtverteidiger als solche erhält, nichts zu tun. Eine Aufrechnung findet nicht statt.

(Hess. Sondergericht Darmstadt, Beschl. v. 23. Okt. 1933, SL 4/33.)

Eingef. von N. Erwin Löhlein, Darmstadt.

## B. Arbeitsgerichte. Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden.

I. §§ 76, 63, 64 HGB. Abzug vom Lehrlingslohn für die durch Schulbesuch ausgefallene Arbeitszeit ist im Handelsgewerbe mangels tariflicher oder einzelvertraglicher Bestimmung nicht zulässig, entspricht auch nicht allgemeiner Übung.<sup>1)</sup>

Die minderjährige N. ist kaufmännischer Lehrling bei der Bekf. Sie erhält während der Lehrzeit Entgelt nach den Bestimmungen des Tarifes des Vereins der Färbereien und chemischen Waschanstalten Groß-Berlins. Nach § 6 des Vertrages war sie verpflichtet, die Fortbildungsschule (Fachschule) zu besuchen, und der Lehrherr verpflichtet, ihr die zum Besuche der Schule erforderliche Zeit zu gewähren und sie zum regelmäßigen und pünktlichen Schulbesuch anzuhalten.

Die Frage, ob die N. sich nach den Bestimmungen des TarVertr. für die durch den Besuch der Fachschule veräumte Arbeitszeit einen Abzug von dem tariflichen Entgelt gefallen lassen muß, hat das BG. unter Bezugnahme auf die Entsch. RAG 201/31 v. 22. Jan. 1932<sup>1)</sup>

vor das Sondergericht gelangt, so wird man kaum auch nur mit einiger Sicherheit sagen können, daß die ganze Strafsache in ihrer Gesamtheit vor dem SchwG. verhandelt worden wäre, wenn sie nicht ihrer politischen Natur wegen vor dem Sondergericht angeklagt worden wäre. Man wird es auch nicht auf den Grad der Wahrscheinlichkeit im einzelnen Fall abstellen können, weil damit eben immer nur ein unsicherer Maßstab gegeben wird. Das ist aber für die Gebührenberechnung ausgeschloffen. Deshalb bleibt nichts anderes übrig, als für die Fälle des § 237 StPD. vor dem Sondergericht jede Straftat gebührenrechtlich für sich zu behandeln.

Die Bedenken des Sondergerichts Darmstadt, daß man nicht in derselben Strafsache zweierlei Verteidiger haben könne, teile ich nicht. Die folgerichtige Durchführung des vom Sondergericht Darmstadt anerkannten Grundsatzes des Zurückgehens auf das an sich zuständige Gericht führt eben auf eine unrichtige Bemessung der Gebühren der verschiedenen beteiligten Verteidiger, ohne daß diese deshalb zu solchen erster und zweiter Klasse gestempelt werden. —

Beizupflichten ist der Entsch. darin, daß ein vereinbartes Honorar den Gebührenanspruch des bestellten Verteidigers an die Staatskasse, der auf § 150 StPD. beruht, mangels entsprechender gesetzlicher Bestimmung nicht berührt.

OGK. Dr. Gaedeker, Berlin.

Zu 1. Die Frage, ob mit der vereinbarten Lehrlingsvergütung nur die wirklich geleistete Arbeit des Lehrlings bezahlt oder aber die Tätigkeit des Lehrlings ohne Rücksicht auf die ihm für den Schulbesuch zu gewährende Freizeit abgegolten werden soll, kann nur dann entstehen, wenn, wie im vorl. Falle, die Vergütung als Arbeitsentgelt, nicht aber als Erziehungsbeihilfe angesehen wird. Wo man letzteres nach dem Willen der Vertragsparteien annehmen will (vgl. RArbG.: JW. 1933, 1788<sup>4)</sup>), muß ein Abzug für den Schulbesuch als unzulässig angesehen werden, weil ja die Vergütung in diesem Falle als Beihilfe für den gesamten Tätigkeitskreis des Lehrlings, soweit er dessen Ausbildung und Erziehung betrifft, gewährt wird, so daß ein Abzug für den Schulbesuch, der in die Ausbildungstätigkeit des Lehrlings fällt, dem Charakter der als Erziehungsbeihilfe gewährten Vergütung entgegensteht.

Mit Recht lehnt das RArbG. für die Fälle, in denen man die Lehrlingsvergütung dem Arbeitsentgelt gleichstellen will, die Auffassung

bejaht. Es führt aus, es schließe sich der vom RArbG. mehrfach ausgesprochenen Ansicht an, daß dann, wenn die Regelung des Entgelts in dem Lehrvertrage auf den TarVertr. Bezug nehme, mangels einer anderen Festlegung auch für den Besuch der Fortbildungsschule ein Abzug vom Lehrlingslohn berechtigt sei. Ein Unterschied zwischen Arbeitslohn und Lehrlingsentlohn bestehe nicht. Indessen hat das RArbG. bisher keineswegs allgemein ausgesprochen, daß mangels einer anderen Festlegung der Abzug für die den durch Besuch der Berufsschulen veräumte Arbeitszeit berechtigt sei. Die bisherigen Entsch. beruhen stets auf einer Auslegung der jeweils in Frage kommenden TarVertr. oder der Bestimmungen eines Lehrvertrages, bei dem tarifliche Bestimmungen nicht in Frage kamen. Demgemäß ist in der Entsch. v. 31. Mai 1933, RAG 50/33: BenschSamml. 18, 187<sup>2)</sup> hervorgehoben, ob eine im Lehrvertrag vereinbarte Vergütung an den Lehrling den Charakter eines Arbeitsentgelts habe und daher (z. B. bei Kurzarbeit) gekürzt werden könne, sei eine Frage der Auslegung des Vertragswillens der Parteien im Einzelfalle. Soweit es in früheren Entsch. bejaht worden ist, ist es aus Bestimmungen gefolgert worden, die darauf hinwiesen, daß der gewerbliche Lehrling hinsichtlich des Ausfalls von Arbeitszeit gerade so behandelt werden sollte wie die Gewerbegehilfen, für diese aber die Art der Entlohnung oder eine tarifliche Klausel ergab, daß nur die wirklich geleistete Arbeitszeit bezahlt werden sollte. Keineswegs gilt allgemein für gewerbliche Lehrlinge der Satz, daß für den durch Schulbesuch veranlaßten Ausfall von Arbeitsstunden eine Kürzung der Lehrlingsvergütung eintreten müsse, vielmehr finden sich in einigen TarVertr. ausdrückliche Bestimmungen, wonach die in die Arbeitszeit fallenden Schulstunden einschließlich der Schulwege wie Arbeitsstunden zu bezahlen sind (vgl. RArbG. 8, 152<sup>3)</sup> und Ur. RAG 612/28 v. 15. Mai 1929: ArbRspr. 1929, 285<sup>4)</sup>). Wie aber die Entsch. v. 31. Mai 1933, RAG 50/33 ergibt, kommt es neben dem Inhalt des TarVertr. auf die Anschauung der Kreise des Handelsgewerbes an. Aus den erwähnten, keinen Handlungslehrling betreffenden Entsch. ist also für einen solchen keine Folgerung zu ziehen. Das gilt auch von der einen Buchdruckerlehrling betreffenden Entsch. v. 22. Jan. 1932, RAG 201/32, zumal die Bezüge eines solchen Lehrlings nach dem deutschen BuchdruckerTarVertr. in Hundertteilen des Lohnes einer bestimmten Gehilfenklasse bemessen sind. In diesem TarVertr. sind außerdem die Fälle, in denen trotz Fehlens bei der Arbeit der Lohn verlangt werden kann, angeführt. Arbeitsverhältnisse der Lehrlinge in Folge von Schulbesuch sind nicht genannt. Wenn infolgedessen für den Buchdruckerlehrling angenommen worden ist, daß er sich für die durch Schulbesuch veräumte Arbeitszeit einen Abzug

ab, daß Abzüge für die durch den Schulbesuch veräumte Zeit im Handelsgewerbe allgemein üblich seien. Ausschlaggebend für die Frage der Zulässigkeit solcher Abzüge muß vielmehr sein, ob die Auslegung des TarVertr. bzw. des Lehrvertrages ergibt, daß derartige Abzüge gewollt sind. Auch darin ist dem RArbG. zuzustimmen, daß in dem vorl. Falle der ausdrücklichen Hervorhebung der Schulbesuchspflicht des Lehrlings und der Verpflichtung des Lehrherrn, für den Schulbesuch des Lehrlings Sorge zu tragen, neben der Festlegung einer monatlichen Pauschalvergütung im TarVertr. eine besondere Bedeutung beizumessen ist; denn dadurch haben die Vertragsschließenden genügend klar zum Ausdruck gebracht, daß eine Vergütung trotz der bestehenden Schulspflicht des Lehrlings und ohne Rücksicht auf die hierfür zu gewährende Freizeit dem Lehrling gegeben werden solle. Hätte man nur die Vergütung für die wirklich geleistete Arbeit des Lehrlings gewähren wollen, so hätte dies besonders hervorgehoben werden müssen. Es kann allerdings nicht genügen, wenn nur eine Pauschalvergütung im TarVertr. festgelegt ist; denn damit ist noch nicht genug zum Ausdruck gebracht, daß diese Vergütung auch denjenigen Lehrlingen in vollem Umfange zugute kommen soll, die durch den Schulbesuch Arbeitszeit im Betriebe ihres Lehrherrn veräumen. Mit Recht weist das RArbG. in der Entsch. v. 22. Jan. 1932 (BenschSamml. 14, 262) darauf hin, daß bei einer tariflichen Regelung der Lehrlingsvergütung die Vertragsschließenden nicht schlechthin die Schulbesuchspflicht der Lehrlinge voraussetzen; denn nicht alle Lehrlinge sind zum Schulbesuch verpflichtet und nicht alle trifft die Schulbesuchspflicht während der regelmäßigen Arbeitsstunden des Betriebes in gleichem Umfange. Man kann daher keineswegs sagen, daß bei einer tariflich festgelegten Pauschalvergütung für den Lehrling dieser ohne weiteres die Vergütung ohne Abzug für die zum Schulbesuch veräumte Zeit verlangen kann. Anders muß allerdings die Rechtslage beurteilt werden, wenn im Lehrvertrag eine Pauschalvergütung ohne besondere Hervorhebung der Schulbesuchspflicht des Lehrlings festgesetzt wird; denn hier im konkreten Einzelfall läßt sich die Schulbesuchspflicht des Lehrlings bei dessen Einstellung in den Betrieb des Lehrherrn weitgehend übersehen, so daß man den Willen des Lehrherrn unterstellen darf, dem Lehrling die nach Monaten oder nach Wochen bemessene Vergütung ohne Rücksicht auf die für den Schulbesuch verlorene Zeit zu gewähren.

Was für die nach Monaten oder nach Wochen bemessene Ver-

<sup>2)</sup> JW. 1933, 1788<sup>4)</sup>.

<sup>3)</sup> JW. 1932, 2465.

<sup>4)</sup> JW. 1930, 458<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> BenschSamml. 14, 262.

von seiner Vergütung gefallen lassen müsse, so ergab sich das aus der Tatsache, daß die Lehrlingsvergütung nach Teilen des Gehülfenlohns bemessen ist, dem Gehülfenlohn die volle regelmäßige Arbeitszeit zugrunde lag und mithin auch der Lehrling nur bei voller regelmäßiger Arbeitszeit die tarifliche Vergütung erhalten konnte. Arbeitsversäumnisse konnten ihm daher auch nur in den gleichen Fällen gutgebracht werden, in denen es für Gehülfen vorgeschrieben war. Von den Bestimmungen des BuchdruckerTarVertr. und denen anderer TarVertr., bei denen das ArbG. für gewerbliche Lehrlinge die Berechtigung zum Lohnabzug für die durch Schulbesuch ausgefallene Arbeitszeit anerkannt hat, unterscheiden sich die Bestimmungen des TarVertr. für die Färbereien und chemischen Waschanstalten in Berlin durchaus. In ihnen fehlt eine Beziehung des Lehrlingsentgelts zu den Gehältern der Gehülfen. Das Entgelt des Handlungsgehülfen und des Handlungslehrlings ist zwar nach dem TarVertr. ein „Monatsgehalt“, aber beide Vergütungen sind selbständig geregelt. Daher geht es nicht an, aus einem Vergleich der Lehrlingsvergütung mit den Gehältern der jugendlichen Angestellten eine im TarVertr. nicht ausgesprochene Beziehung herstellen zu wollen. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß ein solcher Abzug im Handelsgewerbe allgemein üblich sei. Das Rechtsverhältnis der Handlungslehrlinge ist zwar in §§ 76 ff. HGB. geregelt, jedoch nicht hinsichtlich der Frage, ob und in welchem Ausmaß der Lehrling eine Vergütung zu erhalten hat. Immerhin ist zu beachten, daß im Handelsgewerbe seit langem der Grundsatz gilt, daß der Handlungsgehülfe ein festes Monatsgehalt erhält, und daß bei ihm ein Gehaltsabzug bei zeitweiliger, nicht erheblicher Verhinderung an der Arbeitsleistung nicht gemacht zu werden pflegt (vgl. auch §§ 63, 64 HGB.). Bei dieser Rechtslage ist jedenfalls dann, wenn — wie hier — dem Handlungslehrling eine bestimmte monatliche Vergütung ausgesetzt und ihm daneben aber ausdrücklich die Verpflichtung auferlegt ist, regelmäßig und pünktlich die Fachschule zu besuchen, dem Lehrherrn aber die Pflicht, dem Lehrling für den Besuch der Fachschule die erforderliche Freizeit zu gewähren und ihn zum regelmäßigen und pünktlichen Schulbesuch anzuhalten, davon auszugehen, daß für die durch den Schulbesuch ausfallenden Arbeitsstunden ein Abzug von der Vergütung nicht gerechtfertigt ist. Der Abzug wäre nur dann zulässig gewesen, wenn dem TarVertr. zu entnehmen wäre, daß er zu erfolgen habe.

(RArbG., Ur. v. 23. Sept. 1933, RAG 157/33. — Berlin.)

## Berlin.

### Landesarbeitsgerichte.

#### I. § 11 ArbG.

I. Alle Personen nicht arischer Abstammung sind grundsätzlich von jeder Mitwirkung in der Rechtspflege ausgeschlossen.

II. Die Ausnahmebestimmungen, z. B. im Ges. zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933 (RWB. I, 173) und dem Ges. über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom 7. April 1933 (RWB. I, 188) dürfen wegen ihrer Grundtendenz keine Ausdehnung erfahren.

III. Verbandsvertreter nicht arischer Abstammung sind von der Vertretung vor den Arbeitsgerichtsbehörden ausgeschlossen.

Die nationalsozialistische Bewegung, in deren Händen die Regierungsgewalt liegt, will unzweifelhaft alle Personen nicht arischer Abstammung von der Mitwirkung in der Rechtspflege grundsätzlich ausschließen. Das ergibt sich deutlich aus zahlreichen Kundgebungen der maßgeblichen Regierungsstellen und insbes. auch aus Erklärungen des

gütung gilt, trifft nicht ohne weiteres auch auf den Fall einer nach den Arbeitsstunden zu bemessenden Vergütung zu. Die nach Monaten oder nach Wochen bemessene Vergütung zeigt an sich schon den Charakter einer Entlohnung für den gesamten Kreis der Tätigkeit des Arbeitnehmers innerhalb dieser bestimmten Zeit ohne Rücksicht darauf, welche Arbeit im einzelnen auch wirklich in dieser Zeit geleistet worden ist. Daher läßt sich aus der Vereinbarung einer solchen Vergütung leichter schließen, daß die Vertragsschließenden Abzüge von der Vergütung für den Schulbesuch nicht gewollt haben. Bei einer nach Arbeitsstunden bemessenen Vergütung tritt aber der Zweck, daß der Arbeitgeber nach Möglichkeit nur die von seinen Arbeitnehmern wirklich geleistete Arbeit entlohnen muß, entscheidend in den Vordergrund. Dieser Gesichtspunkt greift auch bei der Lehrlingsvergütung Platz, wo man diese als Arbeitsentgelt betrachtet. Bei einer vereinbarten Vergütung, die nach den geleisteten Arbeitsstunden zu bemessen ist, muß man daher regelmäßig den Willen der Vertragsschließenden annehmen, daß nur die im Betriebe des Lehrherrn verbrachte Arbeitszeit dem Lehrling gutgebracht werden soll.

Prof. Dr. Ripperden, Köln.

Rechtsjustizkommissars. Dementsprechend geht der Wille des Gesetzgebers dahin, daß Personen nicht arischer Abstammung in der Rechtspflege als Beamte nicht tätig sein sollen, und soweit sie bereits in ihr tätig sind, in den Ruhestand zu versetzen sind. Ebenso sollen Personen, welche nicht arischer Abstammung sind, nicht zur Vertretung in Rechtsangelegenheiten als Rechtsanwälte, Patentanwälte usw. zugelassen werden und soll die Zulassung solcher Personen grundsätzlich zurückgenommen werden. Von dieser grundsätzlichen Regelung sind allerdings gewisse Ausnahmen vorgesehen. So sind Beamte, die bereits seit dem 1. Aug. 1914 Beamte gewesen sind oder die im Weltkriege an der Front für das Deutsche Reich oder für seine Verbündeten gekämpft haben oder deren Söhne oder Väter im Weltkriege gefallen sind, im Amtsverhältnis zu belassen. In entsprechender Weise ist die Zulassung von Rechtsanwälten, bei denen die gleichen Voraussetzungen vorliegen, nicht zurückzunehmen. Jedoch handelt es sich hierbei um eindeutige Ausnahmebestimmungen, welche wegen ihres Ausnahmecharakters und im Hinblick auf die Grundtendenz, Personen nicht arischer Abstammung von der Rechtspflegefähigkeit auszuschließen, keine Ausdehnung erfahren dürfen. Es sind daher auch Verbandsvertreter nicht arischer Abstammung, zu denen unstreitig der Vertreter des Bekl., Dr. F., gehört, von der Vertretung vor den ArbG-Behörden auszuschließen.

Wenn demgegenüber die Bekl. einwenden, daß dies nicht der Wille des Gesetzgebers sein könne, weil er sonst dahingehende Vorschriften erlassen hätte, so ist darauf zu sagen: Eine Revolutionsgesetzgebung vermag nicht alle Einzelverhältnisse zu regeln und muß es bei vorhandenen Lücken den Gerichten und den sonst maßgeblichen Stellen überlassen, Entscheidungen zu treffen, die ihren Grundlinien gerecht werden. Sodann erschien vielleicht eine gesetzliche Regelung in der hier fraglichen Richtung deshalb nicht nötig, weil nach Bildung der Deutschen Arbeitsfront es als ausgeschlossen zu gelten hat, daß von ihr bzw. ihren Unterverbänden Vertreter nicht arischer Abstammung zu den ArbG-Behörden entsandt werden — möglicherweise mit Ausnahme solcher Vertreter, die die Rechtsangelegenheiten von Mitgliedern der in Aussicht genommenen Verbände nicht arischer Arbeitnehmer zu vertreten haben.

Daß anderen Vertretern nicht arischer Abstammung in bezug auf die erwähnten Ausnahmen nicht eine gleiche Behandlung wie den rechtsgelehrten Vertretern, Rechtsanwälten usw. zuteil werden soll, erhellt u. a. deutlich aus dem Ges. über die Zulassung von Steuerberatern v. 6. Mai 1933, in dessen § 1 Art. 1 bestimmt ist, daß andere Personen als Rechtsanwälte oder Notare nicht arischer Abstammung auch nicht von Fall zu Fall als Bevollmächtigte oder Beistände in Steuerfällen zugelassen werden dürfen.

Demgemäß ist der Vertreter Dr. F. vom A.-Arbeitgeberverband zu Recht von dem Vordergericht als Vertreter zurückgewiesen worden.

Zu demselben Ergebnis gelangt man auch, wenn man die Vorschriften des Gesetzes über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft v. 7. April 1933 analog anwenden will. Denn Dr. F. ist unbefristet weder Frontkämpfer gewesen noch hat er seinen Sohn im Weltkriege verloren. Die Vorschrift über die Unzulässigkeit der Zurücknahme der Zulassung von Rechtsanwälten, die bereits am 1. Aug. 1914 zugelassen waren, erscheint aber aus Verbandsvertreter nicht anwendbar, weil es eine Zulassung derartiger Vertreter durch die Justizverwaltung nicht gibt und 1914 nicht gegeben hat, und mithin eine Prüfung der Eignetheit als Vertreter, wie sie bei Rechtsanwälten stattgefunden hat, nicht vorgenommen werden konnte.

(RArbG. Berlin, I. R., Beschl. v. 27. Juli 1933, 101 T 135/33.)

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

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

(× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.)

I. §§ 1, 5 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 8 VerfStG. Die Badische Versicherungsanstalt für Gemeinde- und Körperschaftsbeamte ist ein Versicherungsunternehmen. Die angeschlossenen Körperschaften sind die Versicherungsnehmer; die Arbeitnehmer sind die Versicherten. Die Versicherungen sind Lebensversicherungen, jedoch nach § 8 Abs. 1 Nr. 8 steuerfrei. †)

Durch das BadVerfG. für Gemeinde- und Körperschaftsbeamte v. 7. Mai 1929 (GuWB. 73) ist die „Badische Versicherungsanstalt

Zu 1. Der RFH. gewinnt aus den Einzelvorschr. und der tatsächlichen Gestaltung des bad. Ges. die Feststellung, daß es sich bei

für Gemeinde- und Körperschaftsbeamte" begründet worden. Diese Anstalt ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und hat den Zweck, Ruhegehalt zu gewähren an Bürgermeister, Beamte und Angestellte von bad. Gemeinden, öffentlichen Anstalten und öffentlich-rechtlichen Körperschaften, sowie deren Hinterbliebene zu versorgen.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Versicherungspflicht und freiwilliger Versicherung. Der Versicherungspflicht unterliegen nach § 3: Bürgermeister, weiter Beamte und Angestellte von Gemeinden und anderen Körperschaften, schließlich Angestellte von Orts- und Innungskrankenkassen usw. Die „Mitgliedschaft“ beginnt mit dem Eintritt in die versicherungspflichtige Tätigkeit. Zur Anmeldung ist die Anstellungsgemeinde verpflichtet. Unter Umständen kann eine Gemeinde die freiwillige Versicherung eines Mitglieds fortsetzen. In diesem Falle liegen der Gemeinde die Verpflichtungen ob, die dem bisherigen Mitglied bei freiwilliger Fortsetzung der Mitgliedschaft obgelegen hätten. Die Fortsetzung der Versicherung wirkt nicht zugunsten des früheren Mitglieds. Vielmehr erhält hierdurch, sobald der Versicherungsfall eingetreten sein würde, die Gemeinde von der Versicherungsanstalt Ersatz bis zur Höhe der ihr nach § 27 GemD. noch obliegenden Verbindlichkeiten.

Näher geregelt ist der Anspruch auf Ruhegehalt, der den Mitgliedern gegen die Versicherungsanstalt zusteht, ebenso die Hinterbliebenenversorgung, nämlich Sterbegehalt sowie Witwen-, Witwen- und Waisenversorgung (Versorgungsgehalt).

Die im Rechnungsjahr erforderlichen Mittel der Anstalt werden vor allem durch Umlagen aufgebracht. Umlagepflichtig sind die Anstellungsgemeinden und die freiwillig Weiterversicherten. Die Anstellungsgemeinde ist verpflichtet, der Anstalt einen Teil der von dieser jeweils bezahlten Beträge an Ruhe-, Unterstüßungs- und Sterbegehalt, Witwen-, Witwen- und Waisengeldern und Teuerungszuschlägen vorweg zu ersehen.

Über die Ansprüche auf Ruhe-, Sterbe- und Versorgungsgehalt entscheidet der Verwaltungsrat. Gegen seine Entscheidungen ist Beschwerde an das MdZ. und daneben Klage beim VG. gegeben.

Das FinV. sieht einen Teil der durch das VerfG. geschaffenen Rechtsbeziehungen als steuerpflichtige Versicherungsverhältnisse an und hat in bestimmten Fällen gegen die VerfAnst. 2% Versicherungssteuer festgesetzt.

Das FinVer. geht davon aus, daß nach der bei Beratung des VerfG. zum Ausdruck gekommenen Absicht die Gemeinden, denen die versicherten Gemeindebeamten angehören, Träger der Versorgungslast sein sollen, jedoch zur tatsächlichen Ausgleichung der Belastung in der Form der Vereinigung sämtlicher beteiligten Gemeinden zu gemeinsamer Tragung der Pensionslast. Es soll sonach die Gesamtheit dieser Gemeinden den nicht durch andere Mittel gedeckten Aufwand zu tragen haben. Das FinVer. fährt dann fort: Es kann also nach der Entstehungsgeschichte als erster und hauptsächlichster Zweck der Kasse nicht die Ruhegehaltsgewährung selbst, sondern der Ausgleich der verschiedenen Belastung, die sich aus der Ruhegehaltsgewährung für die verschiedenen Gemeinden ergibt, festgestellt werden. Versichert sind also die Gemeinden, und der versicherte Gegenstand ist ihre Pensionslast. Es handelt sich hiernach nicht um eine Pensionsversicherung und noch viel weniger um eine Lebensversicherung, sondern um eine Versicherung sonstiger Art, wie sie in § 6 Abs. 1 1. Halbs. VerfG. erwähnt ist.

Der Schluß, den das FinVer. hier zieht, berücksichtigt nicht die tatsächliche Gestaltung des Gesetzes. Wenn das Gesetz die Anstellungsgemeinden in der VerfAnst. als Versicherungsgemeinschaft zum Lastenausgleich vereinigen wollte, so konnte es das auf verschiedene Weise erreichen. Es konnte die Anstalt so einrichten, daß die Gemeinde gegen sie Ansprüche erlangte, um ihrerseits die Versorgung regeln zu

können. Es konnte aber z. B. auch den Arbeitnehmern selbst ein unmittelbarer Anspruch gegen die Anstalt auf Auszahlung der Versorgungsgebühren zugehört werden. Der erste Weg ist in den Fällen ähnlicher Art, die bisher den Senat beschäftigt haben, eingeschlagen worden (vgl. bes. Ur. II A 139/33 v. 6. Sept. 1933, RfZ. 34, 72). Daß in diesen Fällen der Zusammenschluß ein freiwilliger war, während er im jetzigen Falle auf Gesetz beruht, ist unerheblich.

Der jetzige Fall liegt aber in seinem Wesen anders. Nicht die Anstellungskörperschaften sind versichert, sondern die Arbeitnehmer, wie sich aus dem Gesetz klar ergibt. Ob die Arbeitnehmer gegen die Anstellungskörperschaft ebenfalls Versorgungsansprüche haben, bedarf keiner Erörterung. Denn falls das zutrifft, ist dadurch eine gleichzeitige Versicherung nicht ausgeschlossen. Der Arbeitnehmer hatte dann zwei Schuldner zur Gemeinschaft. Jedenfalls hatten die Arbeitnehmer aber Versorgungsansprüche gegen die VerfAnst. Diese setzt die Versorgungsansprüche fest, wenn sie auch an die VerfOrgV. ebenso gebunden ist wie eine Anstellungskörperschaft. Die Bezeichnung „Versorgungsansprüche“, wie sie hier gewählt ist, trifft streng genommen nicht das Wesen der Sache. Denn unter solchen versteht man Ansprüche, die dem Berechtigten für Arbeitsleistungen zustehen. Der VerfAnst. gegenüber leisten die Arbeitnehmer aber nichts. In Wahrheit sind die Versorgungsansprüche Versicherungsansprüche, die den Arbeitnehmern für den Fall der Arbeitsunfähigkeit, des Alters oder des Todes zustehen. Die Arbeitnehmer sind Versicherte, die Anstellungskörperschaften hingegen Versicherungsnehmer (Versicherung auf die Person eines andern). Sie haben insbes. das Versicherungsentgelt (die Versicherungsbeiträge) zu leisten. Ob sie diese von den Arbeitnehmern wieder einziehen, hat hier keine Bedeutung.

Das FinVer. kommt zu seiner Auffassung dadurch, daß es die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise Platz greifen läßt und es von diesem Gesichtspunkt aus als unerheblich ansieht, daß nach strengen Rechtsgrundsätzen gerade die Beschwz. Versicherer ist. Mit Unrecht nimmt das FinVer. aber an, daß der RfZ. bei der Versicherungssteuer die „formalrechtliche Betrachtungsweise“ mit besonderer Schärfe ablehnt. Das trifft, wie grundsätzlich bei allen Rechtsverkehrsteuern, nicht zu. Die vom FinVer. angef. Ur. geben dem FinVer. keine Stütze. Denn was dort ausgeführt ist, beruht gerade auf Rechts-erwägungen und hat nach der Auffassung des RfZ. auch für die bürgerlich-rechtlichen Ansprüche der Versicherten gegen die VerfAnst. Geltung.

Die Lage ist also die: Die Anstellungskörperschaften sind zu einer VerfAnst., nach Art der Versicherungsvereine a. G., zusammengeschlossen worden, um ihren Arbeitgebern Versicherungsansprüche zu verschaffen. Die Körperschaften sind die Mitglieder des Versicherungsunternehmens; daß von dem Gesetz die Arbeitnehmer als Mitglieder bezeichnet sind, ist ohne Bedeutung. Es handelt sich um Lebensversicherungen i. S. des § 5 Abs. 1 Nr. 6 VerfStG., so daß an sich ein Steuersatz von 2% gerechtfertigt wäre.

Die von der Beschwz. hiergegen geltend gemachten Gründe, durch die bewiesen werden soll, daß es sich überhaupt um keine Versicherungen handle, sind nicht stichhaltig. Die Beschwz. führt insbes. aus, sie sei eine durch Landesgesetz gebildete und nicht etwa auf freier Vereinbarung beruhende Zusammenfassung der Gemeinden zu gemeinschaftlicher, deshalb leichter und gleichheitlicher Abwicklung aller die Ruhe- und Versorgungsgehälter der Gemeindebeamten und Angestellten betreffenden Geschäfte auf gemeinsame Kosten, ähnlich wie nach § 406 RW. Krankenkassen sich zu einem Krankenverband vereinigen können. Es handle sich bei ihr um eine Anstalt, die lediglich an Stelle der Gemeinden mit gleicher Rechtswirkung

den Versicherungs- oder Versorgungsansprüchen der Gemeinde- und Körperschaftsbeamten um wirkliche Lebensversicherungen handelt, die für die Gemeinden als Versicherungsnehmer auf das Leben der Beamten und Angestellten als der Versicherten begründet sind. Verworfen wird die Annahme des FinVer., daß der „versicherte Gegenstand“ die „Pensionslast“ der Gemeinden sei, welche zum Zwecke des Ausgleichs auf die bad. VerfAnst., eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, übertragen sei. Diese letztere Annahme läge in der Tat recht ferne; einen Anhalt dafür könnte allenfalls die in den Gründen erörterte Vorschr. über freiwillige Fortsetzung der Mitgliedschaft durch die Gemeinde bieten. Auf dieses Verhältnis wird das VerfStG. ohne weitere Begr. angewendet. Hiergegen erhebt sich das Bedenken, ob nicht unter den „Versicherungen“ des VerfStG. allemal vertraglich begründete Verhältnisse verstanden werden müßten. Geht man von dem zivilrechtlichen Begriff „Versicherung“ aus, so erscheint dies selbstverständlich; aber auch durch das ganze VerfStG. zieht sich eine andauernde Bezugnahme auf „Vereinbarung“, „Vertrag“ u. dgl. (vgl. § 2 u. a.). Das Bemerkenswerte an dem Ur. scheint mir also das, daß die an sich auf die vertragsmäßigen Versicherungen zugeschnittenen Vorschr. des VerfStG. auf Tatbestände übertragen werden, welche von einem Gesetz in der Weise geschaffen sind, daß sie auf das gleiche herauslaufen wie eine Versicherung. Die Tragweite

dieses Grundsatzes läßt sich natürlich nicht übersehen, da in keiner Weise feststeht, welche Gesetze die Zukunft in dieser Hinsicht bringen wird. Unwillkürlich denkt man an die Verhältnisse der Sozialversicherung, die freilich in § 8 Nr. 3, eigentlich begriffswidrig, nicht vom Gesetz von vornherein ausgeschlossen, sondern von der Steuer befreit werden. Allzu groß dürfte die praktische Bedeutung des Spruchs kaum sein, da im wesentlichen nichts anderes in Frage kommen dürfte als Pensionseinrichtungen der hier erörterten Art, welche ohnehin nach § 8 Nr. 8 von der Steuer befreit sind. Bedeutsam ist in dieser Beziehung die großzügige Auslegung dieser Vorschr., welche Arbeitsvertrag mit Arbeitsverhältnis gleichsetzt und die Befreiung gleichermaßen privatrechtlichen Verträgen und sonstigen Rechtsvorgängen, insbes. der öffentlich-rechtlichen Anstellung, also dem Beamtenverhältnis, zugute kommen läßt.

Von beträchtlichem allgemeinerem Interesse ist auch die scharf betonte Verwahrung des RfZ., daß grundsätzlich bei allen Rechtsverkehrsteuern die „formalrechtliche Betrachtungsweise“ keineswegs vor der wirtschaftlichen zurücktreten müsse und auch die bisherige Rfpr. gerade auf Rechts-erwägungen beruhe und auch für die bürgerlich-rechtlichen Ansprüche der Versicherten gegen die VerfAnst. Geltung beanspruchen dürfe.

Gef. R. Dr. Otto Hagen, Berlin.

wie diese selbst über die Ruhegehaltsansprüche der Gemeindebeamten zu befinden habe. Diese Ausführungen berühren nicht die rechtliche Beurteilung der durch das VerStG. geschaffenen Verhältnisse. Es kommt nicht auf den Zweck der Anstalt an, sondern auf ihre tatsächliche Einrichtung, und diese ist derart, daß Versicherungen im Rechtsinne begründet werden. Es wäre auch völlig unerklärbar, daß das Gesetz selbst sich als VerStG. bezeichnet und an vielen Stellen von „Versicherung“ spricht, wenn der Gesetzgeber geglaubt hätte, die Versorgungsansprüche hätten nichts mit Versicherung zu tun. Was mit dem Hinweis auf §§ 406 ff. RVO. gewonnen werden soll, ist nicht klar. Die Krankenkassenverbände treiben keine Versicherung; vor allem fehlt es bei ihnen an der Übernahme irgendeines Wagnisses.

Es bleibt zu prüfen, ob die Beschw. sich auf einen gesetzlichen Befreiungsgrund stützen kann.

Die Beschw. ist unbedenklich als Pensions-, Witwen- und Waisenkasse anzusehen. Die hier in Rede stehenden Beiträge sind auf Grund eines „Arbeitsvertrags“ zu leisten. Allerdings schließen Beamte mit ihrer Anstellungsbehörde keine eigentlichen Arbeitsverträge. Ihr Dienstverhältnis liegt nicht auf privatrechtlichen, sondern auf öffentlich-rechtlichem Gebiete. Ebenso aber, wie es bei der Anwendung des VerStG. nicht auf Versicherungsverträge, sondern auf Versicherungsverhältnisse ankommt, ist der Sinn des § 8 Abs. 1 Nr. 8 der, daß die Beiträge zu den Pensions-, Witwen- und Waisenkassen auf Grund eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden, das auf Vertrag oder auf einem sonstigen Rechtsvorgang, wie die öffentlich-rechtliche Anstellung, beruht. Der Begriff „Arbeitsvertrag“ ist dem Begriff des „Arbeitsverhältnisses“ gleichzusetzen.

Von diesem Gesichtspunkt aus werden die Beiträge an die Beschw. nicht nur für Beamte, sondern auch für Angestellte auf Grund eines „Arbeitsvertrags“ geleistet. Denn wenn ein Arbeitsverhältnis begründet ist, sind die Anstellungskörperschaften gesetzlich verpflichtet, das Versicherungsverhältnis einzugehen. Das gilt für die sog. Pflichtmitglieder. Aber auch zugunsten der freiwilligen Mitglieder ist anzunehmen, daß die Beiträge auf Grund eines Arbeitsvertrags geleistet werden, weil die Versicherung auf einer Übereinkunft der Angestellten und der Anstellungskörperschaft beruht, die in dem Arbeitsvertrage ihre Grundlage hat.

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 27. Okt. 1933, II A 155/33.)

\*

2. § 23 Abs. 1a Nr. 2, 3 GrErbStG. Hat A sein mit einem Vorkaufsrecht (§§ 1094 ff. BGB.) für B belastetes Grundstück an C verkauft und übereignet, so wird diese Übereignung nach § 23 Abs. 1a Nr. 2, 3 steuerfrei, wenn B sein Vorkaufsrecht ausübt und mit Rücksicht hierauf das Grundstück von C übereignet erhält. †)

Der Beschwerdegegner kaufte durch notariischen Vertrag v. 2. Sept. 1932 von der Frau R. ein Grundstück, das ihm gleichzeitig aufgegeben wurde. Nachdem er am 22. Sept. 1932 als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden war, ließ er in notariischer Urk. v. 25. Okt. 1932 das Grundstück an L. auf, der inzwischen ein für ihn seit 26. März 1929 auf dem Kaufgrundstück eingetragenes Vorkaufsrecht ausgeübt hatte. Daraufhin ist das Grundstück am 9. Nov. 1932 auf L. umgeschrieben worden.

Die Steuerstelle hat außer L. auch den Beschwerdegegner auf Grund der §§ 1, 4 zur Steuer herangezogen und diesen Anspruch mit Einspruchsbeideit aufrechterhalten. Das FinVer. hat dagegen auf Freistellung erkannt mit der Begr., daß die Auflassung von Frau R. an den Beschwerdegegner wegen des für L. eingetragenen Vorkaufsrechts nach §§ 1098, 888 Abs. 1 BGB. nichtig gewesen sei, so daß § 23 Abs. 1a Nr. 1 GrErbStG. zur Steuerfreiheit führen müsse.

Die RBeichtm. der Steuerstelle kann keinen Erfolg haben. Der Begr. des BU. ist allerdings nicht beizutreten. Die Auflassung des Grundstücks von Frau R. an den Beschwerdegegner und

Zu 2. Das an und für sich billige Ergebnis war aus dem Wortlaut des § 23 nicht ohne weiteres zu entnehmen. Die Fassung des § 23 hat sich von Anbeginn als nicht besonders glücklich erwiesen. In vielen Einzelheiten muß die höchstrichterliche Rpr. die Anwendbarkeit regeln. In der vorl. Entsch. ist die Festhaltung des Grundjages bedeutsam, wonach ein „Rückwerb“ i. S. von § 23 Abs. 1a Nr. 2 und 3 auch dadurch geschehen kann, daß die Übertragung nicht an den ursprünglichen Eigentümer, sondern in dessen Auftrag an einen Dritten geschieht.

Bedeutsam ist ferner, daß das Ur. nicht nur die Voraussetzungen zu Nr. 3, sondern auch die zu Nr. 2 des § 23 Abs. 1a für anwendbar erklärt. Die Befreiung soll also auch bei Durchführung des Vorkaufsrechts außerhalb der Frist von zwei Jahren Platz greifen. Es bedurfte hierzu einer ziemlich weitgehenden Auslegung des Begriffs „Vertragsbedingungen“, die sich aber in der Richtung der auch sonst hierzu vorliegenden höchstrichterlichen Rpr. bewegt.

RA. Dr. Bergschmidt, Berlin.

dessen Eintragung war keineswegs nichtig. Das GBA. war nicht berechtigt, wegen des eingetragenen Vorkaufsrechts die Entgegennahme der Auflassung oder die Umschreibung auf den Beschwerdegegner abzulehnen. Trotz des eingetragenen Vorkaufsrechts ist der Beschwerdegegner durch seine Eintragung nach bürgerlichem Rechte wirklicher Eigentümer des Grundstücks geworden. Das ergibt sich auch aus den Vorsch. der §§ 1099, 1100 und 1112, die davon ausgehen, daß das belastete Grundstück in das Eigentum eines nicht vorkaufsberechtigten Dritten gelangt ist, und diesen Dritten als den neuen Eigentümer des Grundstücks bezeichnen. Dieses Eigentum des Dritten wird auch durch die Ausübung des eingetragenen Vorkaufsrechts keineswegs ohne weiteres nachträglich wieder beseitigt. Ein eingetragenes Vorkaufsrecht hat vielmehr nach § 1098 Abs. 2 nur die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden schuldrechtlichen Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Demzufolge war nach § 883 Abs. 2 die nach der Eintragung des Vorkaufsrechts von Frau R. vorgenommene Übereignung des Grundstücks auf den Beschwerdegegner dem Vorkaufsberechtigten L., gegenüber unwirksam mit der Folge (§ 888 Abs. 1), daß L. nach Ausübung des Vorkaufsrechts von dem Beschwerdegegner die Zustimmung zu der Auflassung des Grundstücks von Frau R. an L. und zu dessen Eintragung verlangen konnte. Zugleich hatte L. durch die Ausübung des schließlich auch von Frau R. und dem Beschwerdegegner anerkannten Vorkaufsrechts nach §§ 505 Abs. 1, 433 gegen Frau R. einen Anspruch auf Verschaffung des Grundstückseigentums erworben. Andererseits ist der zwischen Frau R. und dem Beschwerdegegner am 2. Sept. 1932 abgeschlossene Grundstücksverkauf, der im Innenverhältnis dieser Vertragsparteien (nicht auch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten L., vgl. § 506) als durch das Nichtvorhandensein oder die Nichtausübung des Vorkaufsrechts bedingt anzusehen war, durch die Ausübung dieses Rechtes hinfällig geworden mit der Wirkung, daß der Beschwerdegegner nach §§ 812 ff. mit der Frau R. gegenüber verpflichtet war, das in sein Eigentum übergegangene Grundstück auf Frau R. zurückzübertragen oder auf ihr Verlangen unmittelbar auf L. zu übereignen, während die Auseinandersetzung wegen der an Frau R. bereits gezahlten oder noch zu zahlenden Kaufpreises sich nach den §§ 1100—1102 regelte.

Dadurch, daß der Beschwerdegegner das Grundstück im Wege der Auflassung unmittelbar auf L. übereignete, hat er nicht nur seine Verpflichtung aus § 888 Abs. 1 gegen L., sondern auch seine vorbezeichnete Verpflichtung gegenüber der Frau R. erfüllt. Damit sind alle Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 23 Abs. 1a Nr. 2 und 3 GrErbStG. auf den Eigentumsübergang von Frau R. auf den Beschwerdegegner gegeben. Wie der RFG. schon im Ur. II A 270/22 v. 12. Dez. 1922 (RFG. 11, 73) entschieden hat, greifen diese Vorsch. auch dann Platz, wenn der Erwerber das Grundstück nicht an den ursprünglichen Eigentümer, sondern in dessen Auftrag an einen Dritten aufläßt. Das ist im vorl. Falle geschehen.

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 27. Okt. 1933, II A 203/33.)

\*

3. § 47 Abs. 1 RBewG. 1931. Geldwerte Verpflichtungen, die ein Alleinerbe nach den letztwilligen Anordnungen des Erblassers zu erfüllen hat, stehen nicht ohne weiteres in wirtschaftlichem Zusammenhang mit Betriebsvermögen, das sich im Nachlaß befindet; sie können daher regelmäßig nicht bei diesem Betriebsvermögen abgezogen werden.

(RFG., 3. Sen., Ur. v. 7. Sept. 1933, III A 245/33.)

\*

4. § 6b KapVerStG. Die Überlassung von Gegenständen seitens eines Gesellschafters an eine Kapitalgesellschaft zu einer hinter dem Werte zurückbleibenden Gegenleistung ist nach § 6b gesellschaftssteuerpflichtig. Daß aus Anlaß des Weiterverkaufs der Gegenstände mit Gewinn Körperschaftsteuer erhoben wurde, steht der Erhebung der Gesellschaftsteuer nicht entgegen.

Durch Vertrag v. 30. Juni 1927 verkaufte die B.-GmbH., die eine der Hauptgesellschafterinnen einer Hauptgesellschafterin der Beschw. und auch sonst noch mit dieser gesellschaftlich verflochten ist, an diese 8,72% ihres Anspruchs auf einen Liquidationserlös für 150 000 RM. Am 29. Juni 1928 hat die Beschw. diesen Anspruch für 615 600 RM weiterverkauft. Die Vorinstanz sah bei diesem Mehrwert des Anspruchs die Voraussetzungen der §§ 6b, 7, 13b als gegeben an.

Den Einwendungen der Beschw., sie habe ordnungsmäßig die angekaufte Liquidationsquote zum Ankaufspreis in die Bilanz eingesetzt, später beim Verkauf die Spanne zwischen dem Ankaufspreis und dem eigentlichen Wert als Gewinn gebucht und dann dafür auch Körpersch. entrichtet, trat die Vorinstanz entgegen.

Die Beschw. konnte keinen Erfolg haben.

Nach § 6b ist u. a. steuerpflichtig die Überlassung von Gegenständen an die Gesellschaft zu einer hinter dem Werte zurückbleibenden Gegenleistung. Daß der Wert ein höherer als der Ankaufspreis und schon bei dem Ankauf auf 615 000 *R.M.* zu schätzen war, konnte die Vorinstanz nach den eigenen Erklärungen der Beschw. ohne weitere Feststellungen annehmen. Die Beschw. hat sich nur dagegen gewehrt, daß sie außer der bereits gezahlten KörperSt. auch noch KapVerkSt. zahlen solle. Sie hat die 615 000 *R.M.* als den eigentlichen, den wahren Wert bezeichnet.

Mit Recht hat die Vorinstanz ferner ausgeführt, daß es für die KapVerkSt. nicht darauf ankommt, wie die Beschw. die Geschäfte in ihrer Bilanz behandelt hat. Es kam vielmehr, um diese KapVerkSt. auszulösen, nur darauf an, daß, wie das Schreiben der B.-Omb. v. 30. Juni 1927 ergibt, der Verkauf unter dem wirklichen gemeinen Werte erfolgte, damit die Beschw. den Überschuß zur Beilegung ihrer Unterbilanz verwendete. Es handelt sich auch nicht bei den beiden Geschäften um einen einzigen Rechtsvorgang, sondern um zwei verschiedene, von denen der ein Jahr später erfolgte Weiterverkauf für die KapVerkSt. nur insoweit in Betracht kommt, als er einen Rückschluß auf den gemeinen Wert zur Zeit des Ankaufs gestattet. Die Erhebung der KapVerkSt. von der Kapitalzuführung war daher gerechtfertigt und mußte nach dem Gesetz erfolgen. Ob demnächst auch noch KörperSt. zu erheben war, weil der Anspruch auf den Liquidationserlös zum Betriebsvermögen der Beschw. gehörte und mit Gewinn weiterveräußert wurde, hängt (vgl. die Ur. v. 12. Nov. 1924, I A 32/24 und v. 22. April 1927, I A 96/27; *RFH.* 15, 200 und 21, 123) davon ab, ob sich für den Schluß des Steuerabschnitts, insbes. unter Berücksichtigung etwa eingetretener Verluste, ein Einkommen i. S. der §§ 2, 13 KörperStG., § 13 EinkStG. ergab. Das muß aber in diesem die KapVerkSt. betreffenden Rechtsmittelverfahren dahingestellt bleiben. Die Gesellschaft. kann nicht deshalb unerhoben bleiben, weil möglicherweise auch später Körperschaftsteuerpflicht entsteht, was keineswegs — von vornherein — feststeht.

(*RFH.*, 2. Sen., Ur. v. 18. Okt. 1933, II A 14/33.)

\*

5. § 8 Abs. 5 UmsStG. 1926 u. 1932. Beim Postzeitungsvertrieb sind von den Postgebühren steuerfrei nur die Entgelte für die Beförderungsleistungen, sofern sie gesondert in Rechnung gestellt werden, nicht aber die für sonstige Leistungen der Post, wie Nachnahmen und Mahnungen.

(*RFH.*, 5. Sen., Ur. v. 13. Okt. 1933, V A 735/32.)

\*

6. §§ 5, 7 WD. zur Durchf. der Befreiung neuer Personkraftfahrzeuge von der KraftSt. v. 10. Mai 1933 (*RGBl.* I, 265).

a) Die BefrVorschr. des § 5 WD. v. 10. Mai 1933 setzt voraus, daß die tatsächliche Dauer der Zulassung 7 Tage nicht überschritten hat, mag der letzte Tag vor oder nach dem 25. März 1933 gelegen haben.

b) Die BefrVorschr. des § 7 setzt voraus, daß die Hersteller- oder Händlerfirma zugelassen war; es genügt nicht, daß das für einen anderen zugelassene Kraftfahrzeug ausschließlich in ihrem Geschäftsbetrieb verwendet worden ist.

(*RFH.*, 2. Sen., Ur. v. 8. Nov. 1933, II A 442/33.)

## Reichspatentamt.

1. Schutzzumfang durchgesetzter Zeichen. Flockenwolke — Trockenwolke.

Entgegen dem schriftlichen und mündlichen Vorbringen der Widersprechenden war dem angefochtenen Beschlusse in Ergebnisse beizutreten, nachdem die Anmelderin ihr Warenverzeichnis auf „Flockenwollgarne (mit Ausnahme Wasser abstoßender)“ beschränkt hat. Das angemeldete, ursprünglich für „Garne“ und dann für „Flockenwollgarne“ allgemein bestimmte Bildwortzeichen trägt über einer der Anmelderin bereits vielfach geschützten Schwanendarstellung die Aufschrift „Flockenwolke“. Das Gegenzeichen 434 983 lautet „Trockenwolke“ und steht für „Wollgarne“ schlechthin eingetragen. Seine Eintragung verbandt es der Auffassung der Prüfungsstelle, daß es sich im Verkehr als Eigenmarke der Widersprechenden für Wollgarne durchgesetzt habe und deshalb Zeichenschutz verdiene, obwohl das Wort „Trockenwolke“ lediglich eine Eigenschaft der Wolle, nämlich ihr Trockenbleiben, hervorhebe.

Der angefochtene Beschlusse hat die Verwechselbarkeit der beiden Zeichen verneint, weil auch die Aufschrift des angemeldeten Zeichens „Flockenwolke“ als reine Beschaffenheitsangabe im Sinne des § 4 Ziff. 1 WbzG. zu werten sei und die Kundenschaft ein durchgesetztes

Zeichen besonders gut im Gedächtnis habe. Dieser Auffassung war allerdings nicht beizupflichten. Trotz des verschiedenen Sinnes der beiden Wörter erscheint vielmehr die Gefahr ihrer Verwechslung begründet. Sie haben die gleiche Buchstaben- und Silbenzahl und die gleiche Betonung. Die Abweichung lediglich in den beiden ersten Buchstaben wird dadurch ausgeglichen, daß sämtliche vier Selbstlaute übereinstimmen und in gleicher Folge auftreten. Sie aber spielen nach der *Repr.* des *RG.* wie auch des *erk. Sen.* bei der Verwechslungsfrage in der Regel eine besonders gewichtige Rolle. In bildlicher Hinsicht zeigen überdies die Anfangsbuchstaben der Zeichen „F“ und „T“, falls lateinisch geschrieben oder gedruckt, starke Ähnlichkeit. Demgegenüber würde es nichts verschlagen, wenn mit der Anmelderin die Bezeichnung „Flockenwolke“ als eine bereits bestehende, nicht erst von ihr geprägte Beschaffenheitsangabe für lose, flockige Wollgarne anzusehen wäre; können doch auch an sich schutzunfähige Zeicheninschriften die Gefahr von Verwechslungen begründen, wenn sie schlagwortartig zu wirken geeignet sind (vgl. u. a. die *Entsch.* der BeschwAbt. v. 13. Juni 1933: Mitteilungen vom Verband Deutscher Patentanwälte 1933, 205). Eine derartige Wirkung wird aber das Wort „Flockenwolke“ im angemeldeten Zeichen auf die meisten Käufer ausüben, und zwar dank seiner Größe im Verhältnis zum bildlichen Teile und seiner Stellung ungefähr im Zeichenmittelpunkte, sowie der Tatsache, daß eine Reihe ähnlich gestalteter, seit Jahren als Garnumbinder von der Anmelderin benutzten Schwanenmarken genau an der gleichen Stelle, wo im angemeldeten Zeichen die Aufschrift „Flockenwolke“ angebracht ist, Bezeichnungen aufweisen, die zweifellos selbständig schutzfähig sind und sogar die Ausgestaltung des Schriftbildes mit der Aufschrift des angemeldeten Zeichens gemein haben, so die von der Anmelderin überreichten Umbinder mit den Kennworten Mammut-, Frisia- und Feenwolke.

Unbeachtlich muß auch im gegenwärtigen Verfahren bleiben, daß das Widerspruchszeichen nur kraft Durchsetzung eingetragen worden ist. Solange ein Zeichen eingetragen steht, muß ihm Rechtsschutz zuteil werden, zumal wenn es allgemeine Verkehrsregelung genießt, mithin nicht nur ein rein formales Recht, sondern ein wirtschaftlich wertvoller Besitzstand vorliegt. Nach alledem würde die Eintragung des angemeldeten Zeichens zu verjagen gewesen sein. Indessen hat die Sachlage eine wesentliche Änderung erfahren, indem die Anmelderin das Warenverzeichnis, einer Anregung des Senats folgend, auf Flockenwollgarne, mit Ausnahme wasserabstoßender, beschränkt hat. Denn der Schutz des Widerspruchszeichens „Trockenwolke“ kann sich nicht auf Waren erstrecken, hinsichtlich deren seine Durchsetzung als Sondermarke vollkommen ausgeschlossen ist, ja für welche die Bezeichnung „Trockenwolke“ sogar täuschend wäre, nämlich für alle Wollgarne, die nicht wasserabstoßend wirken. Daß das Gegenzeichen für Wollgarne schlechthin eingetragen worden ist, vermag hieran nichts zu ändern, weil eben hierunter im Hinblick auf den klaren Sinn des Wortes Trockenwolke ohne weiteres nur wasserabstoßende Wollgarne verstanden werden können, die aus dem Warenverzeichnis der Anmeldung nunmehr ausgeschlossen worden sind.

(*RPatU.*, 12. BeschwSen., *Entsch.* v. 29. Sept. 1933, N 18 224/14 Wz B 339/32.) [*PatMusikZeichBl.* 1933, 274.]

Ver. v. *DRegR.* Bindewald, Berlin.

\*

2. Wahrzeichen als Warenzeichen.

Das angemeldete Zeichen besteht in der Darstellung eines Tellers mit Früchten, dahinter eine Stadtsilhouette, die sieben Türme enthält und in ihrer Größe und Eigenart das Zeichen vollständig beherrscht.

Das Widerspruchszeichen 283 486 stellt in seinem bildlichen Bestandteil das gleichfalls siebentürmige Rostocker Rathaus dar. Mögen auch Warenzeichen, die das bekannte Warenzeichen einer Stadt wiedergeben, keinen Markenschutz genießen, insbes. nicht gegenüber anderen Gewerbetreibenden desselben Ortes, so geht es doch nicht an, sie, zumal gegenüber Ortsfremden, gänzlich schutzlos zu stellen. Das Rostocker Rathaus ist dem allgemeinen Verkehr unbekannt. Dieser wird das eine wie das andere Zeichen nur an den zahlreichen Türmen erkennen, ohne auf deren Zahl besonders genau zu achten. Vieltürmige Bauwerke sind selten, und Zeichen mit der Abbildung von solchen sind für die hier in Frage kommende Ware vor dem Widerspruchszeichen noch nicht zur Eintragung gelangt, so daß für die Käufer kein Grund zu außergewöhnlicher Sorgfalt bei der Betrachtung der Zeichen vorliegt. Der Verkehr wird daher nicht in der Lage sein, die Zeichen auseinanderzuhalten. Die Beschriftung der Zeichen tritt im Gesamtbild so zurück, daß auch sie diese Verwechslungsgefahr zu beseitigen nicht in der Lage ist.

(*RPatU.*, 12. BeschwSen., *Entsch.* v. 29. Sept. 1933, Sch 45 272/26 a. Wz B 221/33.) [*PatMusikZeichBl.* 1933, 274.]

Ver. v. *DRegR.* Bindewald, Berlin.

## II. Länder.

## Preußen.

## Preussisches Oberverwaltungsgericht.

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

1. §§ 40, 14 PolVerwG; § 50 LVBG; § 36 Abs. 2 RGewD.;  
Allerh. Erlaß v. 16. März 1872 (RWB. 90).

I. Gegenüber einer bloßen Auskunft der Polizei ist eine förmliche Anfechtung durch Beschwerde und Klage gemäß § 50 LVBG. nicht zugelassen.

II. Die unbefugte Führung von Hoheitszeichen, gewissen Berufsbezeichnungen und Prädikaten im gewerblichen Verkehr stellt eine Störung der öffentlichen Ordnung dar, wenn die Öffentlichkeit über die sachlichen Eigenschaften der angebotenen gewerblichen Leistungen irreführt wird.

III. Die preuß. öffentlich vereideten Landmesser sind als solche zwar amtlich bestellt, ihre Handlungen genießen nach § 36 Abs. 2 RGewD. eine besondere Glaubwürdigkeit. Sie sind aber nicht Beamte.

IV. Die preuß. öffentlich vereideten Landmesser dürfen auf ihrem Firmenschild nicht den preuß. Adler führen.

V. Die Befugnis zum Gebrauch des preuß. Adlers läßt sich nicht auf den Allerh. Erlaß v. 16. März 1872 (RWB. 90) stützen.

Der vereidigte Landmesser W. in Berlin fragte unter dem 17. Aug. 1931 beim PolPräs. in Berlin an, ob Einwendungen dagegen erhoben würden, wenn er an seiner Geschäftsstelle ein Schild mit dem Landesadler und der Umschrift „Preussischer Vermessungsingenieur“ anbringe.

Der PolPräs. erteilte dem Anfragenden unter dem 7. Juni 1932 folgenden Bescheid:

„Ich habe gegen die Führung der Bezeichnung „Preussischer Vermessungsingenieur“ nichts einzuwenden. Die Verwendung eines Firmenschildes mit dem Landesadler oder einem stilisierten Adler ist nicht zulässig. Das gleiche gilt von dem Adler im Kopf der von Ihnen verwendeten Briefbogen.“

Die hierauf erhobene Beschw. des W. wies der Oberpräs. als unzulässig ab.

Die Rev. ist unbegründet. Nach dem Wortlaut des angef. Besch. können keine Zweifel darüber obwalten, daß der PolPräs. dem Kl. lediglich eine Rechtsauskunft über die Zulässigkeit des von ihm anzubringenden Schildes erteilt hat. Daß er damit gleichzeitig auch die Absicht einer unmittelbaren, durch die Möglichkeit behördlichen Zwanges verstärkten Einflußnahme auf den Willen des Anfragenden habe kundtun wollen, ist nicht erkennbar. Damit fehlt aber das Erfordernis eines „Gebots“ oder „Verbots“ i. S. des § 40 PolVerwG. (vgl. DVB. 87, 272). Auch die Verjagung einer rechtlich vorgesehenen „Erlaubnis“ liegt nicht vor; wäre die Erteilung einer polizeilichen Erlaubnis zur Führung des preuß. Adlers für ähnliche Fälle in irgendeiner Vorschrift vorgesehen, so könnte allenfalls ein Streit darüber entstehen, ob die in der betreffenden Vorschrift vorausgesetzten Bedingungen für die Erteilung der Erlaubnis erfüllt sind, nicht jedoch darüber, ob überhaupt die Führung rechtlich zulässig ist. Gegenüber einer bloßen Auskunft in dem vorbezeichneten Sinne ist aber eine förmliche Anfechtung durch Beschwerde nebst anschließendem Rechtsmittelzug vor den Verwaltungsgerichten gem. § 50 LVBG. nicht zugelassen.

Der angef. Besch. gibt aber auch in der Sache selbst zu bedenken keinen Anlaß. Die Abspr. hat das Verbot unbefugter Führung von Hoheitszeichen, ebenso wie das gewisse Berufsbezeichnungen und Prädikate, im gewerblichen Verkehr wiederholt unter dem Gesichtspunkt für gerechtfertigt erklärt, daß es eine Störung der öffentlichen Ordnung bedeute, wenn die Öffentlichkeit über die sachlichen Eigenschaften der angebotenen gewerblichen Leistungen irreführt werde. So wurde ein polizeiliches Einschreiten gebilligt gegen die Führung

der Bezeichnung als Apotheker durch einen Drogisten (DVB. 4, 342, insbes. S. 349; 28, 326; 33, 350, 352) und gegen die unbefugte Führung eines Hofprädikats (DVB. 43, 305; PrVerwBl. 13, 54 zu II u. III; DVB. 52, 364). Ebenso hat das DVB. die Führung solcher Titel seitens eines Heilgewerbetreibenden für unzulässig erklärt, die den Anschein erwecken, als besäße der Betreffende eine Ausbildung, die derjenigen eines Arztes in Deutschland gleichwertig sei, unabhängig von der Frage, ob darin gleichzeitig eine unbefugte Führung von Titeln und Würden i. S. des § 360 Nr. 8 StGB. oder eine unbefugte Führung ärztlicher Titel nach § 147 Nr. 3 GewD. zu erblicken sei (vgl. GewVrd. 15, 547; 29, 271). Daß insbes. auch eine Störung der öffentlichen Ordnung vorliegt, wenn durch die Führung eines Wappens beim Publikum eine falsche Vorstellung über ein gewerbliches Unternehmen erweckt wird, hat der erk. Sen. in seinem Ur. v. 29. Jan. 1931 (DVB. 87, 296) ausgesprochen, wobei er es für gleichgültig erklärte, ob es sich um die Annahme handele, es liege ein behördliches oder behördenähnliches, oder es liege nur ein von dem Wappentragender unterstütztes Unternehmen vor (vgl. die im R. u. PrVerwBl. 51, 502 abgedr. Entsch. v. 27. März 1930).

Ganz ähnlich ist die Sachlage in dem hier gegebenen Falle. Durch die Anbringung des Schildes mit dem preuß. Adler würde der Kl. bei einem Teile des Publikums, namentlich soweit es nicht fachkundig ist, den Anschein erwecken, es habe hier mit einem Beamten oder doch mit einer Persönlichkeit zu tun, der hoheitliche Funktionen wie einem Beamten übertragen seien. Dies ist aber tatsächlich nicht der Fall. Zwar sind die öffentlich vereideten Landmesser als solche amtlich bestellt, auch besitzen die Handlungen dieser Gewerbetreibenden nach § 36 Abs. 2 GewD. eine besondere Glaubwürdigkeit. Beamte sind sie indessen nicht (RG. 79, 85<sup>1</sup>); MinErl. v. 9. Juni 1883 (MVB. 143); noch auch sind ihre Einrichtungen solche, die ihrer Natur nach als Äußerungen der Staatshoheit angesprochen werden müssen. Die vom Kl. angeführten Best. in Ziff. 3, 7, 110, 111 c der Anw. des FinMin. v. 17. Juni 1920 für das Verfahren bei den Fortschreibungsmessungen sind nicht geeignet, eine solche Annahme zu stützen. Aus ihnen geht vielmehr nur hervor, daß die sog. Messungsschriften, insbes. die Grenzverhandlungen, die von einem vereideten Landmesser hergestellt werden, ebenso behandelt werden sollen wie die der Katasterbehörden. Daß die Herstellung solcher Messungsschriften ihrem Wesen nach als eine Ausübung hoheitlicher Funktionen anzusehen wäre, ist daraus nicht zu entnehmen. Vielmehr handelt es sich bei ihr um die zeichnerische bzw. beschreibende Darstellung gewisser örtlicher Verhältnisse und die Wiedergabe gewisser Erklärungen, die selber irgendwelche unmittelbaren Rechtswirkungen nicht zeitigt. Die von dem Feldmesser hergestellten Urkunden dienen vielmehr nur mittelbar der Bildung des staatlichen Willens, indem sie die Unterlagen für die Verfügungen der Behörden: Katasteramt und GMA., liefern. Der Umstand, daß in der oben erwähnten Ziff. 111 unter c von „Amtsbefugnissen der Katasterbehörde (des Landmessers)“ gesprochen wird, ändert an der Sachlage ebensowenig etwas wie die Tatsache, daß in einem vom Kl. angeführten Beschl. des 6. Sen. v. 6. Febr. 1902 bei Anwendung des GewStG. v. 24. Juni 1891 der „amtliche Beruf“ des Landmessers von einer etwaigen selbständigen gewerblichen Unternehmertätigkeit deselben unterschieden wird.

Darauf, daß durch Allerh. Erl. v. 16. März 1872 (RWB. 90) der Gebrauch des Adlers allgemein gestattet worden sei, kann sich Kl. für sein Vorhaben nicht berufen. Zunächst erstreckt sich der Erlaß nur auf den kaiserlichen Adler, nicht auf den in der Bek. des RPräs., betr. das Reichswappen und den Reichsadler, v. 11. Nov. 1919 (RWB. 1877) näher beschriebenen neuen Reichsadler, geschweige denn auf den preuß. Adler (Bek. v. 11. Juli 1921 [GS. 444]), dessen Führung Kl. beabsichtigt. Sodann gestattete der Erl. v. Jahre 1872 die Abbildung des kaiserlichen Adlers nur den deutschen Fabrikanten, und zwar zur Bezeichnung ihrer Waren oder Etikette (für den preuß. Adler vgl. LabOrd. v. 4. Jan. 1862 [MVB. 37]). In dieser Beschränkung war der Gebrauch auch völlig unbedenklich; die Gefahr, daß etwa jemand aus der Anbringung des Adlers auf einen amtlichen Ursprung der Ware oder eine amtliche Gewährleistung für dieselbe schließen könne, durfte als ausgeschlossen gelten. In anderem Zusammenhang war dagegen die Führung des kaiserlichen Adlers unzulässig und unter Umständen nach § 360 Nr. 7 StGB. sogar strafbar (DVB. 24, 308).

(PrDVB., 3. Sen., Ur. v. 6. Juli 1933, III C 44/33.)

1) JW. 1912, 636.