



Juristische Wochenschrift

Organ

der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und der Rechtsabteilung-Reichsleitung der NSDAP.: Amt für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raabe**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:

Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Mohmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ulrich**, Berlin

Verlag: **W. Moefer Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postkassenkonto Leipzig Nr. 63 673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Umfang der Urteilsfindung in der Berufungsinstanz, insbesondere bei nur teilweiser Anfechtung des erstrichterlichen Urteils

Von Amtsgerichtsrat Dr. Niederreuther, Mürnberg

Die verhältnismäßig zahlreichen oberstrichterlichen Entscheidungen, die sich mit vorstehender Frage befassen und in denen nicht selten die angefochtenen Urteile der Aufhebung unterliegen, zeigen, daß die hier von der Rechtsprechung herausgebildeten Grundsätze noch nicht genügend beachtet werden. Es erscheint daher lohnend, einmal einen Überblick über diese Rechtsprechung zu geben.

Am einfachsten beantwortet sich die gestellte Frage, wenn das erstrichterliche Urteil in vollem Umfange angefochten ist. Hier ist das BG. berechtigt und verpflichtet, die Tat im prozessualen Sinne, d. h. den Sachverhalt im Rahmen des auch für die zweite Instanz geltenden § 264 StPD. nach allen in Betracht kommenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten heranzuziehen und zu beurteilen. Dabei ist seine Urteilsfindung nicht beschränkt auf das, was der Erstrichter als „Tat“ ermittelt und gewürdigt hat, sondern hat sich auf all das zu erstrecken, was im Rahmen des § 264 StPD. bei erschöpfender tatsächlicher und rechtlicher Würdigung als unter die Anklage gestellte Tat zu erfassen gewesen wäre (RGSt. 62, 131 = JW. 1928, 2257⁶⁷). Die Prüfung des Zweitrichters hat sich daher auch auf solche Geschehnisse zu erstrecken, die selbst der Vorderrichter aus irgendwelchen Gründen noch nicht angezogen hatte, die z. B. erst in der Berufungsverhandlung als zur Tat gehörig ermittelt oder zur Sprache gebracht wurden (RG. a. a. O.) und hat weiter auch solche Teil- und Einzelhandlungen einzubegreifen, die der Erstrichter als nicht erwiesen oder als nicht strafbar aus der Beurteilung ausgeschlossen hatte (BayObLG.: BayRpflJ. 1932, 12). Darüber hinaus hat das BG. noch etwaige, begrifflich zu der betreffenden Tat gehörige, erst nach dem angefochtenen Urteil geschehene Begebenheiten und erst nach der Verurteilung des angefochtenen Urteils vorgefallenen Ereignisse heranzuziehen (RGSt. 62, 131 = JW. 1928, 2257⁶⁷; RGSt. 66, 49 = JW. 1932, 2712¹⁰).

Eine bloß teilweise Anfechtung ist zunächst dort möglich, wo ein Urteil Straftaten verschiedener Angeklagter umfaßte. Wird hier das Urteil nicht von allen bzw. nicht bezüglich aller Angeklagter angefochten, so unterliegt es der Prüfung und Entscheidung des BG. nur insoweit als es die Mitangeklagten betrifft, die Berufung eingelegt haben bzw. bezug-

lich derer Berufung von anderer Seite eingelegt wurde. Eine dem § 357 StPD. zugunsten von Mitangeklagten bei der Revision entsprechende Bestimmung besteht hier nicht (vgl. Löwe, StPD., § 327 Bem. 4).

Hatte das angefochtene Urteil mehrere realkonkurrierende Delikte eines Angeklagten zum Gegenstand, so ergibt sich prozessual entsprechend der materiellrechtlichen Selbständigkeit und Unabhängigkeit der betreffenden Straftaten der Grundsatz, daß sie auch einzeln angefochten und einzeln der Nachprüfung des BG. unterstellt werden können. Hier hat sich die Entscheidung des BG. auf die angefochtenen Straftaten zu beschränken, während die übrigen Delikte des gleichen Täters in Rechtskraft erwachsen sind. Eine Ausnahme macht hier die Rechtsprechung im Falle des Wechsels in der Beurteilung der Konkurrenzfrage. Hatte nämlich der Erstrichter Tatmehrheit angenommen und der Angeklagte seine Berufung auf einzelne Delikte beschränkt, während das BG. zur Annahme einer natürlichen oder juristischen Handlungseinheit der gesamten, auch nicht angefochtenen Tätigkeit des Angeklagten gelangt, so soll das BG. nicht gehindert sein, über die nach seiner Ansicht vorliegende einheitliche Straftat in vollem Umfange zu entscheiden; trotz der Beschränkung des Rechtsmittels könne von einer Rechtskraft des unangefochten gebliebenen Urteils teils keine Rede sein (RGSt. 58, 31; 59, 318; BayObLG.: BayRpflJ. 1933, 13; vgl. auch RG.: JW. 1934, 563).

Nun kann aber nach § 318 StPD. die Berufung schlechthin auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden; das Urteil unterliegt dann der Nachprüfung des BG. nur insoweit, als es angefochten ist (§ 327 StPD.). Hier hat das BG. zunächst zu prüfen, inwieweit das Urteil des Erstrichters überhaupt angefochten werden wollte. Maßgebend ist die Willensrichtung des Berufungsführers, die im Wege der Auslegung der Erklärung zu ermitteln ist, wobei nicht am buchstäblichen Sinne der Erklärung zu haften ist (so z. B. Erklärung, daß Strafe zu hoch sei, nicht unbedingt Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß, BayObLG.: JW. 1931, 1621⁵). Heranzuziehen ist der gesamte Inhalt der Rechtsmittelschrift (RG.: HochstRpfl. 1933, 1065) und selbst später eingegangene Erklärungen können dabei eine Rolle spielen (BayObLGSt. 30, 169). Dabei kommt es nicht nur auf den

Wortlaut der Erklärung, sondern auch auf die sonstigen Umstände an (RGSt. 64, 164 = JW. 1930, 3419³⁴; BayObLGSt. 28, 55 = JW. 1929, 2752⁹) wie persönliche Verhältnisse des Beschwerdeführers, insbes. das Maß seiner Erfahrung und Gewandtheit im Ausdruck (BayObLGSt. 30, 169; RG.: BayRpflZ. 1933, 207). Eine Beschränkung der Berufung darf jedoch bloß dann angenommen werden, wenn als Wille des Beschwerdeführers zweifelsfrei zum Ausdruck gelangt ist, das Urteil solle nur in einer bestimmten, selbständiger Anfechtung zugänglichen Richtung angefochten, im übrigen dagegen sein Inhalt als endgültig maßgebend anerkannt und daher insoweit auf Rechtsmittelverlegung verzichtet werden (RGSt. 64, 164 = JW. 1930, 3419³⁴; RGSt. 58, 373).

Ist der Wille des Beschwerdeführers zweifelsfrei ermittelt, so fragt es sich in zweiter Linie, ob eine derartige Beschränkung rechtlich möglich und zulässig ist (RGSt. 64, 151). Dies ist nach ständiger Rechtsprechung insoweit möglich, als — was nur nach Lage des Einzelfalles beurteilt werden kann — der angefochtene Teil der Entscheidung, losgelöst von dem nicht angegriffenen Teil einer selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich ist, ohne ein erneutes Eingehen auf diese anderen Teile notwendig zu machen (RGSt. 65, 296 = JW. 1931, 2830⁵²) oder m. a. W.: eine Beschränkung ist nur insoweit zulässig, als der Beschwerdeführer einen abtrennbaren Teil des Urteils faßt, derart von der Anfechtung ausgeschlossen hat, daß insoweit die Rechtskraft eintreten kann (BayObLG.: DRZMpr. 1930, 426). Als Beispiel dafür, wie sehr es Frage des Einzelfalles ist, sei RGSt. 67, 30 erwähnt: Tragweite eines gegen die Verfallerklärung nach § 12 UntWG. gerichteten Rechtsmittels (vgl. auch BayObLG.: DRZMpr. 1933, 564). Auch Mängel des erstrichterlichen Urteils können dabei eine Rolle spielen. War z. B. in erster Instanz nur eine Gesamtstrafe ausgesprochen ohne Angabe von Einzelstrafen, so ist eine Beschränkung der Berufung auf die Abtrennung der bürgerlichen Ehrenrechte ausnahmsweise nicht möglich, weil diese Frage mit der übrigen Straffrage eng zusammenhängt (RGSt. 65, 296 = JW. 1931, 2830⁵²). An unzulässigen Beschränkungen seien hier kurz genannt die Beschränkung auf die Nachprüfung der Urteilsgründe (RG.: DRZMpr. 1930, 24) oder der rechtlichen Würdigung unter Aufrechterhaltung des festgestellten Sachverhalts (RG.: JW. 1931, 2831⁵³), die Beschränkung auf Überprüfung ideell konkurrierender Gesichtspunkte (RGSt. 65, 129; 64, 214; BayObLG.: DRZMpr. 1932, 692) oder Teilakte einer fortgesetzten Handlung (RG.: JW. 1932, 60) oder das Vorliegen oder Nichtvorliegen straf erhöhender Umstände wie Gewerbsmäßigkeit (RGSt. 64, 153 = JW. 1930, 2571⁴¹) oder insbes. im Gegensatz zur Revision auf einzelne Verfahrensmängel (BayObLG.: DRZMpr. 1930, 426). Eine hiernach unzulässige Beschränkung macht jedoch das Rechtsmittel nicht wirkungslos; das Urteil muß vielmehr in einem solchen Falle auch wegen der dem angefochtenen Teil in der logischen Reihenfolge vorausgehenden Teile bis zu dem als angefochten gelten, der eine selbständige Nachprüfung zuläßt (RGSt. 65, 297 = JW. 1931, 2830⁵²).

Unter den zulässigen Berufungsbeschränkungen ist am wichtigsten und praktisch häufigsten die Beschränkung auf das Strafmaß, die heute allgemein als zulässig erachtet wird (RGSt. 64, 20 = JW. 1930, 2550¹⁹; RGSt. 65, 297), mit Ausnahme der Fälle, wo die Strafhöhe absolut bestimmt ist wie z. B. bei Zöllen und Verbrauchsabgaben (RG.: JW. 1930, 329⁸; RG.: HöchstMpr. 1931, 387) oder wo sonst Schuld- und Strafausspruch untrennbar sind, wie z. B. bei der Frage nach der Anwendung des mildesten Strafgesetzes gemäß § 2 Abs. II StGB. (RGSt. 61, 324 = JW. 1927, 2715⁴⁰). Ist die Berufung zulässig auf das Strafmaß beschränkt, so ist das Urteil entsprechend der Trennbarkeit von Schuld- und Straffrage im Schuldspruch rechtskräftig geworden (RGSt. 61, 209; 62, 401 = JW. 1929, 1055⁶³). Es unterliegt daher der Nachprüfung des BG. grundsätzlich nur insoweit, als es sich um die Frage handelt, welche Strafe für das vom Erstrichter festgestellte Vergehen schuldangemessen ist. Ob der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat wirklich begangen hat oder ob dieses Tun rechtlich den Tatbestand der vom Erstrichter angenommenen Verfehlung erfüllt, darf das BG. nicht

mehr nachprüfen (vgl. RG.: JW. 1930, 3414); es muß vielmehr die Unterstellung des in erster Instanz festgestellten Sachverhalts unter das angenommene Strafgesetz seiner Entscheidung über die Höhe der zu findenden Strafe zugrunde legen (RGSt. 62, 401 = JW. 1929, 1055⁶³; BayObLG. 30, 119 ff. = JW. 1930, 343¹²). Eine Aufhebung, Erweiterung oder Berichtigung des Schuldspruchs ist daher grundsätzlich ausgeschlossen, wie überhaupt die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Schuldspruchs für das BG. bindend festgestellt sind. Das BG. hat daher auch nicht mehr die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten nachzuprüfen (RG.: DRZMpr. 1930, 225) — wohl aber dürfte m. E. das BG. heute eine lediglich für die Strafzumessung bedeutsame verminderte Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 Abs. II StGB. noch annehmen können, wenigstens insoweit, als keinerlei Nebenfolgen daran geknüpft werden — oder nachzuprüfen, ob der Angeklagte in Notwehr gehandelt hat (BayObLGSt. 18, 25).

Auch die Strafzumessung unterliegt solchenfalls der freien Beweiswürdigung des BG. nur insoweit, als dadurch die Beurteilung der Schuldfrage nicht berührt wird (RGSt. 61, 210). Zum Schuldspruch gehört aber, was in der Praxis oft übersehen wird, auch die Umgrenzung des Sachverhalts, in dem die betreffende Zuwiderhandlung erblickt wird (RG.: HöchstMpr. 1931, 387). Da die dem Schuldspruch zugrunde gelegten Tatsachen bezüglich der Strafzumessung nicht anders festgestellt werden können, sind diese auch für die Strafzumessung maßgebend und ohne neue Beweisaufnahme dem angefochtenen Urteil zu entnehmen. Dagegen hat das RG. (BayRpflZ. 1931, 159) es unbeanstandet gelassen, wenn das BG. infolge der außerordentlichen Knappheit der erstinstanzlichen Urteilsgründe, die zwar die für den Schuldspruch unbedingt notwendigen Feststellungen enthielten, aber die für die Straffrage in Betracht kommenden Einzelheiten der Tatausführung nicht angaben, lediglich ergänzende Feststellungen getroffen hat, die mit dem vom Erstrichter zur Schuldfrage getroffenen Feststellungen in keiner Weise im Widerspruch stehen. BayObLGSt. 30, 119 ff. (= JW. 1930, 343¹²) hat es ferner für zulässig erachtet, wenn das BG. Feststellungen, die das Verschulden berühren, wenigstens insoweit neu trifft, als sie, ohne an der rechtlichen Qualifikation etwas zu ändern, für die Strafzumessung erheblich sind, wie z. B. bei Fahrlässigkeitsdelikten (BayObLGSt. 18, 5 billigt es sogar, wenn das BG. auf Grund neuer Beweiserhebung in teilweiser „Ergänzung“ abweichend vom Erstrichter feststellte, daß der Angeklagte die Tat nicht allein, sondern gemeinschaftlich mit anderen ausführte, sofern es nur die Schuldfrage nicht neuerdings prüfen und entscheiden wollte, sondern die Erhebungen nur durchführte, um Art und Maß der Beteiligung des Angeklagten zur Prüfung der Angemessenheit der Strafe festzustellen. Das RG. (Recht 1925 Nr. 2124) erachtet es ferner für zulässig, wenn das BG. zur Strafzumessung neue Tatsachen sogar im Widerspruch zum Vorderrichter feststellt und berücksichtigt, sofern sie nur für den Schuldtatbestand ohne Bedeutung sind (s. auch DLG. Königsberg: HöchstMpr. 1 Nr. 1604).

In diesem Zusammenhang wird auch wiederum die Frage der Verwertbarkeit späterer, d. h. nach dem ersten Urteil eingetretener oder zur Sprache gebrachter Tatsachen praktisch. Nach RG. (JW. 1928, 2993) soll das BG. bei auf das Strafmaß beschränkter Berufung nicht eine solche dem ersten Urteil zeitlich nachfolgende selbständige Straftat zur Strafhöhung heranziehen können (vgl. auch RG.: DRZMpr. 1928, 661). Im Gegensatz hierzu hat das HansDLG. (HöchstMpr. 1932, 298) den Standpunkt vertreten, daß entsprechend dem sonst vom RG. selbst vertretenen Grundsatz aus einer solchen neuen Tat Schlüsse auf die Persönlichkeit des Angeklagten und damit auf das Strafausmaß gezogen werden dürften. Nachdem eine Erweiterung des Schuldspruchs nach obigen Ausführungen nicht zulässig ist, wird auch die Erweiterung und Ausdehnung des in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruchs auf neue, mit den früher festgestellten Fällen in Fortsetzungszusammenhang stehenden Verfehlungen als unstatthaft erachtet werden müssen. Wenn der Fortsetzungszusammenhang grundsätzlich durch dasjenige Urteil begrenzt wird, das in der durch Rechtsmittel

hervorgehobenen Aufeinanderfolge als letztes gestaltungsfähig im Sinne des § 264 StPD. eingreift (RGSt. 66, 49 = JW. 1932, 2712¹⁰), so kann dieser Grundsatz, von dem eine Ausnahme für den Fall des Verbots der reformatio in peius gemacht wird (RG. a. a. O.) nur dort Platz greifen, wo eben für das betreffende Gericht die Möglichkeit einer solchen Gestaltung gegeben ist, was aber bei Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß beim BG. gerade nicht der Fall ist.

Damit ist aber unser Thema, wie man meinen sollte, nicht erschöpft. Die Tätigkeit des BG. beschränkt sich nämlich gegenüber den vorstehend erwähnten Grundsätzen nicht darauf, eine neue Strafe zu finden. Wie BayObLG. (HöchstRspr. 1932, 216) ausführt, ist infolge der Berufungsbeschränkung lediglich eine Beschränkung der Nachprüfung der Schuldfeststellung eingetreten, nicht aber die Rechtskraft der auf diese Schuldfeststellung gegründeten Verurteilung. Das BG. hat daher — was in der Praxis häufig übersehen wird — trotz der teilweise eingetretenen Rechtskraft im Schuldausspruch zu prüfen, ob die für das Verfahren unerlässlichen Prozessvoraussetzungen vorliegen (RGSt. 62, 262; 64, 183; 65, 150; 66, 173; RG.: HöchstRspr. 1928, 1955; BayObLG.: HöchstRspr. 1932, 216). Es ist deshalb insbes. zu prüfen, ob nicht die Straffrage verbraucht ist (BayObLG.: HöchstRspr. 1932, 216), ob die Tat nicht verjährt ist, keine Amnestie entgegensteht oder etwa der Grundsatz der Spezialität der Auslieferung nicht verletzt ist (RGSt. 66, 173). Insbes. ist auch das Verfahren einzustellen, wenn das BG. den Mangel des erforderlichen Strafantrags feststellt (RGSt. 65, 150 = JW. 1931, 1615⁷⁴; RGSt. 62, 262). Denn nach RGSt. 65, 151 stand infolge Nichtanfechtung des Schuldspruchs nur fest, daß sich der Angeklagte der festgestellten Straftat schuldig gemacht hatte, nicht aber auch, daß die Voraussetzungen für eine Strafverfolgung dieser an sich strafbaren Handlung erfüllt waren, eine Begründung, die auch für die übrigen Prozessvoraussetzungen zutrifft. Nach weitergehend soll nach RG. (JW. 1932, 1774²) das BG. prüfen können, ob die vom Erstrichter ausgesprochene Strafe überhaupt auf Grund eines zu Recht erlassenen Strafgesetzes verhängt wurde; verneinendenfalls soll es ungehindert auf Freisprechung erkennen können (vgl. auch Feisenberger, StPD., § 327 Bem. 3). Die Rechtsprechung zeigt also die Tendenz außerhalb der materiellrechtlichen Voraussetzungen und Grundlagen des Schuldspruchs liegende Fehler des angefochtenen Urteils tunlichst zu beseitigen. So soll nach BayObLGSt. 17, 115 das BG. trotz Berufungsbeschränkung berechtigt sein, das Verfahren einzustellen oder den Angeklagten freizusprechen, wenn der Erstrichter eine rechtlich unmögliche Verurteilung ausgesprochen hatte, z. B. wegen einer versuchten Übertretung verurteilt hätte. So wünschenswert einerseits die Vermeidung unrichtiger Rechtsanwendung ist, so darf doch andererseits nicht unberücksichtigt bleiben, worauf RGSt. 65, 233 (JW. 1931, 1613⁷²) zutreffend hinweist, daß durch eine zulässige Rechtsmittelbeschränkung Teile der Sachentscheidung dem BG. entzogen werden, so daß es, selbst wenn es die Vorentscheidung für unrichtig hält, sie doch seiner eigenen weiteren Entscheidung zugrunde zu legen hat.

Bei den sonstigen zulässigen Berufungsbeschränkungen beantwortet sich die Frage nach dem Umfang der Nachprüfungspflicht des BG. einfach. Es sind hier diejenigen Teile und Punkte des angefochtenen Urteils bei der Prüfung auszunehmen und der weiteren Entscheidung als bindend zugrunde zu legen, die in der logischen Reihenfolge dem angefochtenen Teil der Entscheidung, der ja, um die Beschränkung überhaupt zu ermöglichen, einer selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich sein muß, ohne ein erneutes Eingehen auf die anderen Teile erforderlich zu machen (vgl. RGSt. 65, 297), vorausgehen. Ist z. B. die Berufung auf die Bildung der Gesamtstrafe beschränkt (RGSt. 37, 284), so bleibt das

Urteil im Schuldausspruch und auch im Strafausspruch bezüglich der ausgeworfenen Einzelstrafen bestehen, und lediglich die Frage der Gesamtstrafenbildung ist zu überprüfen und zu entscheiden. Ebenso beantwortet sich die Frage z. B. bei Beschränkung der Berufung auf den Kostenauspruch (RGSt. 49, 58), auf die Frage der Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft (RG.: DRZMpr. 1930, 357), auf den Ausspruch von Nebenstrafen und Nebenfolgen wie Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (RGSt. 65, 297) oder auf die heutigen sichernden Maßnahmen. Wie schon oben erwähnt, so können auch hier Mängel des angefochtenen Urteils Abweichungen begründen. Ist z. B. die Berufung auf die unterlassene oder unrichtige Anwendung des § 27b StGB. gerichtet und beschränkt, so ist damit grundsätzlich nicht notwendig der gesamte Schuldspruch angefochten; das BG. hat lediglich eine andere Strafe zu finden, wenn es den § 27b verletzt oder unrichtig angewandt sieht, während es im Falle der Bestätigung des erstrichterlichen Standpunkts in diesem Punkte den Schuldausspruch des Vorderrichters sonst ungeprüft und unberührt lassen muß. Dagegen hat sich die Berufung trotz Beschränkung auf den gesamten Schuldausspruch zu erstrecken, wenn die Anwendung des § 27b in dem betreffenden Falle überhaupt nicht möglich war (RGSt. 60, 168) oder dort irrtümlich erfolgte, wo ohnehin schon die Verhängung einer Geldstrafe möglich war (OLG. Dresden: LZ. 1933 Sp. 197).

Die vorstehenden Grundsätze gelten uneingeschränkt auch für staatsanwaltschaftliche Berufungen, ohne daß sich für diese aus § 301 StPD. etwas Abweichendes ergäbe (RG.: HöchstRspr. 1930, 580; RGSt. 47, 382; BayObLG.: JW. 1920, 789; OLG. Raumburg: DRZMpr. 1930, 357). Daher kann bei Beschränkung der staatsanwaltschaftlichen Berufung auf das Strafmaß nach § 301 StPD. die Strafe gleichwohl gemildert werden, die völlige Freisprechung des Angeklagten kann jedoch nicht erfolgen (OLG. Düsseldorf: DRZMpr. 1934, 424).

Zu erwähnen blieben lediglich noch die Fälle des Zusammentreffens mehrerer Berufungen verschiedenen Umfangs. Trifft bezüglich einer Tat eine beschränkte und eine unbeschränkte Berufung zusammen, z. B. eine unbeschränkte Berufung des Angeklagten mit einer auf das Strafmaß beschränkten des Staatsanwalts oder Nebenklägers, so ist das BG. in seiner Nachprüfung grundsätzlich frei, u. U. allerdings eingeschränkt durch das Verbot der reformatio in peius. Das BG. darf solchenfalls die Strafe erhöhen, infolge der Rechtskraft des Schuldausspruchs hinsichtlich der staatsanwaltschaftlichen Berufung jedoch lediglich im Rahmen der im angefochtenen Urteil festgestellten Straftat (RGSt. 62, 217; 62, 401; s. hierzu bes. Löffner: JW. 1931, 2833¹). Trifft eine unbeschränkte Berufung eines Angeklagten mit einer beschränkten eines Mitangeklagten zusammen, so kann das BG. in die Lage kommen, verschiedene tatsächliche Feststellungen treffen bzw. gelten lassen zu müssen und kann so zu verschiedenen, nicht miteinander zu vereinbarenden Ergebnissen gelangen.

Als Gesamtwürdigung vorstehender Ausführungen ergibt sich, daß bei nur teilweiser Urteilsanfechtung die Frage nach dem Umfang der Nachprüfung nicht immer einfach und eindeutig ist. Der vorstehende Überblick mag aber zeigen, daß, wie eingangs erwähnt, die Rechtsprechung feste und einheitliche Grundsätze herausgebildet hat, ohne daß sich, von ganz vereinzelt Fragen abgesehen, abweichende Meinungen dabei ergeben hätten. Für die Praxis wäre daher de lege ferenda eine Abänderung der bestehenden einschlägigen Vorschriften nicht erforderlich; es wäre nur zu wünschen, daß die Grundsätze der Rechtsprechung mehr Beachtung finden und so die zahlreichen oberstrichterlichen Entscheidungen weniger zu Urteilsaufhebungen nötigten.

Wesen und Bedeutung gerichtlicher Vergleiche

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Reifenrath, Raumburg a. Saale

Keine Rechtseinrichtung ist Selbstzweck. Wie man vom Standpunkt des autoritären Staates den Wert eines gerichtlichen Vergleiches einschätzt, hängt allein davon ab, was durch ihn für das Gemeinwohl erreicht wird, und wie er zustande kommt. Als vor etwa sieben Jahren mein Kölner Berufsgenosse Siller etwas davon schrieb, daß der Abschluß eines solchen Vergleiches hohe Anforderungen an die Richterpersönlichkeit stelle, sprach er mir aus der Seele. Als Mitglied eines Sonderrenates zunächst für Rheinschiffahrts-, dann insbes. für Kraftfahrzeugsachen, im Herzen von Großstädten Mitteldeutschlands, habe ich inzwischen eine Erfahrung im Zustandekommen von Vergleichen gewonnen, die über das gewöhnliche Maß hinausgeht. Sie zwingt mich, für die Bedeutung, die sie für den Wiederaufbau des Volkes, die schnelle Hebung seiner wirtschaftlichen Kräfte, seine innere Gefundung und seine Befriedung haben, nachdrücklich einzutreten.

Allerdings meine ich dabei Vergleiche, die sich in den Voraussetzungen und im sachlichen Erfolge von einem Richtersprüche nicht wesentlich unterscheiden, aber darüber hinaus besondere Ziele umschließen. Sie erfordern vom Richter außer Erfahrung angeborne Veranlagung zur Diagnose auch technischer Geschehnisse, Menschenkenntnis, die Kunst der Menschenbehandlung und viel Geduld. Regelmäßig wird genügende tatsächliche Aufklärung und damit die Grundlage für den Vergleich bei Verkehrsunfällen nach ihrer Eigenart und der besonderen Bedeutung der örtlichen Verhältnisse nur durch Augenschein möglich sein. Wie ein gewissenhafter Arzt jede Untersuchungsunterlage selbständig und nach eigener Methode ermitteln wird, muß das auch für den Richter im Berufungsverfahren gelten, mag auch ein abgeschlossenes Strafverfahren vorausgegangen sein. Gleichwohl ist genaueste Durchdringung der Befundungen und Einfassungen unter den ersten Eindrücken im Strafverfahren, wie ihrer späteren Gestaltung, erstes Erfordernis. Wichtig sind sodann die Herstellung einer Ortlichkeitskarte durch den Richter unter den Augen der Beteiligten mit den für den Streitfall wesentlichen Maßen als fester, maßstäblicher Orientierungs- und Bewegungsplan, gegebenenfalls Lichtbilder. Ich muß schon hier darauf hinweisen, daß die Ursachenkette fast immer örtlich in viel weiterem Abstand von der Unfallstelle und zeitlich eher einsetzt, als die Beteiligten es nach dem Geschehen annehmen. Allein neben der eigenen unbeeinträchtigen Sprache der örtlichen Verhältnisse sind Ausprobungsfahrten an der Unfallstelle als Szene unter möglicher Nachgestaltung der Geschehnisse die wesentlichsten Erkenntnisquellen. Schon nach der Art wie der Richter den Beweisstermin einleitet, wie er Zeugen und Parteien die Wahrheitspflicht und die ungeheuerliche Bedeutung eines Schwures einhämmert und eine eigene, zielklare, straffe Führung übernimmt, muß sich jedem das Bewußtsein aufdrängen, daß für ihn hingebendes, sich selbst verleugnendes Zusammenreißen zur Wahrheit Gebot der Stunde ist. Bei den Probefahrten selbst wird der Richter bald neben dem einen oder anderen Führer, bald am Standort des Verletzten, des Zeugen, bald am selbstgewählten Blickpunkt erscheinen.

Im Zusammenhang damit, je nach der Eigenart des Falles schon vorher, müssen die Parteien und Zeugen gehört werden, die häufig noch keine Gelegenheit hatten, die läuternde Kraft solcher Gesamtwirkung auf Erinnerungsvermögen und Darstellungswilligen zu fühlen. Nicht selten erst während und durch diese planmäßig angelegten Nachgestaltungsversuche nach den Grundsätzen sachlicher Wahrscheinlichkeit unter Beachtung der betroffenen Persönlichkeiten, tauchen bei ihnen allmählich die Aufeinanderfolge der Geschehnisse oder auch nur einzelne sichere Wahrnehmungspunkte wieder fest unrissern im Bewußtsein hervor. Vielfach in scharfem Gegensatz zu früheren Niederlegungen. Man muß einmal versuchen, eigene zufällige Beobachtungen festzulegen und auf Stichhaltigkeit nachzuprüfen, um richtig zu würdigen, daß solche Abweichungen häufig in der Un-

klarheit einer plötzlichen Teilbeobachtung unter gemütsbewegenden Eindrücken, manchmal auch in unsachgemäßer Vernehmung oder mißverständener Wiedergabe ihre natürliche Erklärung finden.

In zahlreichen Fällen ergeben sich auf solchem Verhandlungswege in bisher als feststehend angenommenen Ausgangspunkten einschneidende Änderungen, immer wichtige Ergänzungen. Einige Beispiele. Ein umgefahrener Baum, auf dessen Standort an einer Wegekreuzung nicht nur die wesentlichsten Zeugenbefundungen aller bisherigen Instanzen, sondern auch grundlegende Berechnungen der Sachverständigen eingestellt waren, hatte, wie die Freilegung seiner Wurzeln ergab, um volle acht Meter an anderer Stelle gestanden. Der bisherige „Kardinalzeuge“ konnte beim Aufsehen von seiner Arbeitsstelle nur das Verdeck des Kraftwagens und erst unmittelbar vor dem Zusammenstoß sehen. Der Schulkunde wurde an einer Stelle neben einem Lichtmast am Bürgersteig von hinten angefahren, an der die Schallwirkung durch bisher unbeachtete örtliche Verhältnisse feldsam beinträchtigt war. Lichtproben in dunkler Nacht ergaben zweifelsfrei, daß der die Kreuzung überquerende getötete Fußgänger auch einen völlig unbeleuchteten Kraftwagen infolge des sonderbaren Lichtscheins der Großstadt in geräumem Abstand hätte wahrnehmen müssen. Oder nach anderer Richtung: Die mittellose Besl. ist zwar Eigentümerin des Lastkraftwagens. Halter aber ist, wie sich erst vor Eintritt der Verjährung herausstellte, der Ehemann mit ertragbietendem Geschäft. Der überfahrene Zeitungswerber verlor seine Stellung nicht infolge seiner Erwerbsbeschränkung, sondern veranlaßte geschickt den Konflikt der Entlassung, weil ihm der Boden infolge einer Liebesgeschichte heiß wurde. So fand auch ein seltenerer Fall — ein Radfahrer fuhr bei Dunkelheit gegen das mit weißer Fahne bezeichnete Verbindungsseil eines abgeschleppten, beleuchteten Lastwagens gerade in dem Augenblick, als der Zugwagen in einer Hofeinfahrt für Augenblicke unerwartet halten mußte —, einen anderen, beide Parteien überzeugenden Abschluß. Allerdings bedurfte es einer über dreistündigen Ausprobung bei Tag und Dunkelheit bis die Schleier fielen. Aber man konnte auch rechtlich sehr verschiedener Ansicht über die vom BG. voll bejahte Haftung von Halter und Führer des Zugwagens sein. Die Revision hätte wirtschaftlich den Ausgang des Streites in ungewisse Fernen gedrückt. Bei Überraschungen dieser Art wird der von der Partei zugezogene Sachverständige — häufig zum Überfluß mehrere —, der nach naturgemäß einseitig eingestellter Besichtigung, ohne Gesamtbild, ein umfangreiches, manchmal scharfsinniges, zuweilen von Gehirnakrobatik übersteigertes Gutachten niedergelegt hatte, immer schweigsamer. Hatte er sich, wozu leider zuweilen auch bei gerichtlich bestellten Sachverständigen die nicht scharf genug trennende Fragestellung Anlaß bot, in die rechtlichen Fragen des Ursachenzusammenhanges, des Verschuldens und der Abwägung der Haftung vorgewagt, wird die Unsicherheit und Verwirrung noch größer. Fast immer gelang es mir, den entscheidenden medizinischen Sachverständigen durch fernmündliche Verständigung ohne Zeitverlust für alle in den Beweisstermin einzuordnen. Wie erleichtert atmete der erfahrene Professor auf, wenn aus seinem langen, unter Wertung eines Wustes von Vorgutachten erforderten schriftlichen Gutachten, nur einige sein ureigenstes Gebiet begreifende Fragen herausgestellt wurden. Nicht nach der Seite ihrer wissenschaftlichen Begründung, sondern nach der Auswirkung für den Fall. Zuweilen kam erst dabei, weil auch hier bisher die Beweissätze mit schwierigen rechtlichen Fragen verquickt waren, der Arzt zu rechter Einfühlung und machte seiner Gesamtüberzeugung in ein paar Sätzen Lust, die man wohl in der Aussprache mit dem Richter klarlegen, aber nicht immer schriftlich exakt begründen kann: „Schon das zermürbende Warten macht krank und kränker.“ Bei solcher Art der Aufklärung schwimmen dem gewiegtesten Prozeßtaktiker die Felle weg.

Wie schwierig ist es regelmäßig z. B. bei der Bemessung der Erwerbsbeeinträchtigung, die strengen Grundsätze der Logik und Ursachenlehre mit dem Ziele wirtschaftlich vernünftiger Rechtsgestaltung in Einklang zu bringen. Der Verletzte macht glaubhaft, in Folge des überstandenen Schrecks, kein Fahrzeug mehr lenken oder besteigen zu können, oder dauernd so reizbar zu sein, daß er sich im Wirtschaftskampf nicht mehr auf Kunden einstellen könne. Wie wenig sicher sind zuweilen die sonstige mutmaßliche Entwicklung einer Krankheitsanlage und ihre Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit zu überschauen, geschweige denn ihre Entwicklungsphasen zeitlich auch nur annähernd zu bestimmen. Bemüht sich der noch Erwerbsbeschränkte energisch, passende Arbeit zu finden? Durch die Fülle und Vielgestaltigkeit der unmittelbaren Eindrücke eines Ringens nach Klarheit an der Unfallstelle und anschließend im Sitzungssaale fallen auch in dieses Dunkel bezeichnende Reflexe. Es ist fast unmöglich, das alles niederzulegen oder auch — rechtliche Bedenken zurückgestellt — nur wochenlang im Gedächtnis zu behalten und anderen mit gleicher Sinnfälligkeit und Überzeugungskraft zu übermitteln. Vielmehr muß dieser Durchdringung des Streitstoffes, dessen alsbaldige rechtliche Auswertung dem erfahrenen Richter möglich sein muß, die Entscheidung unmittelbar folgen. Wesentlich ist in dieser Richtung noch der Stand der wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse der Parteien. Der Kredit für die kleine Landwirtschaft ist erschöpft, das Geschäft droht zu erliegen; die Frau steht aus Sorge für das Tägliche vor dem körperlichen und seelischen Zusammenbruch, die Kinder fangen an zu zweifeln. Dem eigenen Anwalt hat der Verletzte das in falscher Einstellung verschwiegen, im Aktienbild sollte es fehlen, damit es nicht der stärkere Gegner ausnutzen konnte. Was nützt ein später Sieg im Grundverfahren, wenn der wirtschaftliche Erfolg durch Revision oder Bettragsverfahren gerade zu spät kommt, das furchtbare Warten das Vatererbe inzwischen in andere Hände brachte. Gibt es ein bereedertes Zeugnis für die gesunde Einstellung, den Gemeinschaftsinn unserer Volksgenossen und für ihr Vertrauen zu der Richterpersönlichkeit, wenn beide Parteien dem reiflich erwogenen Vergleichsvorschlag dieses Richters mit fast spontaner Bereitschaft folgen? Auch wenn es sich um Summen handelt, deren Einzelbemessung nach dem Aktieninhalt willkürlich erscheinen könnte, deren Höhe für die betroffene Partei schwerste Opfer bedeutet; wenn sich selbst die mehr wirtschaftlich eingestellten Vertreter der Versicherungen der Sachlichkeit und Überzeugungskraft eines von solcher Warte ausgehenden Vorschlags, bald, ohne unwürdig zu drücken, beugen! Auch darin habe ich, ihnen zum Ruhme gesagt, manch gute Erfahrung gemacht. Das gleiche gilt von unseren verantwortungsbewußten, auf die Ziele des Gemeinwohls eingestellten Anwälten, deren Verhältnis zur Partei noch viel mehr Abgeklärtheit erfordert. Nahezu immer gelingt durch

solche umfassende unmittelbare Beweiserhebung genügende tatsächliche Aufklärung, so daß ein Spruch nach reinen Grundsätzen der Beweislast selten wird. Er bleibt ein unbehauneter Klotz und kann wenig befriedigen.

Wie häufig fanden bisher erbitterte Prozeßgegner so wieder zueinander, reichten sich vor mir und mit mir die Hände. Nicht selten waren die sorgsam wirtschaftlichen Vermögen angepaßten Befriedigungs- und Sicherungsbedingungen des Vergleichs mit Fäden des Vertrauens und gegenseitiger Hilfsbereitschaft geknüpft. Nicht nur Angehörige sprangen mit eigenen Bindungen für den Pflchtigen ein, sondern auch Freunde und Kameraden aus der Organisation, weil sie zum ehrlichen Wollen des andern und zu sich selbst wieder Vertrauen fanden. So wächst aus zielbewußter Führung unter Stärkung von Opfer- und Gemeinschaftsinn innere Rechtsbefriedigung. Wenn es, wie mir — mit wechselnden Bildern — vergönnt war zu leben — wie ein schwer Unfallverletzter wieder Lebensmut erhielt, als er nach wechselvollem Gescheh eines seiner Art nach unverständlichen Grundverfahren endlich die sichere, nahe, greifbare Möglichkeit sah, sich wieder eine Existenz, wenn auch auf anderer Grundlage, zu bauen, oder wie ein armer Krüppel wieder aufgerichtet der furchtbaren Behinderung seiner Vorwärtsbewegung zu trosten suchte, dem wird der schüchtern gestammelte Dank und Händedruck der Frau oder des beglückten Kindes inneren Gewinn und starken Ansporn bedeuten. Hand in Hand mit diesem Erfolg geht ein außerordentlicher Gewinn an Zeit, Arbeitsaufwand, wie an Kosten für die Streitteile oder das Reich. Man denke dabei an den kostspieligen Punktenstreit im Bettragsverfahren, an die ewig lauernden veränderten Umstände bei der Rente. Einer kraftvollen Richterpersönlichkeit wird und muß es gelingen, beim Vergleich auch den manchmal nicht sogleich von den Parteien verstandenen Kostenpunkt, schnell, würdig und unter gerechter Berücksichtigung aller Belange, auch der der Reichskasse, zu regeln. Ich habe noch keinen Vergleich erlebt, den die Parteien gegen den Rat des Richters geschlossen hätten. Raum nötig zu erwähnen, daß es vom Richter abhängt, ob eine Partei die Kühnheit aufbringt, Vergleichsverhandlungen durch kleinliche Eigensucht herabzuwürdigen.

So höre ich überall Gleichklang aus dieser Art der Rechtsfindung, solange man mir nicht Disharmonien aufzeigt. Gerade in ihr erweist sich der deutsche Richter als Führer, Berater und Vater der Streitteile, wie Gaußführer Schroer, Düsseldorf, seine Aufgaben unlängst so trefflich gekennzeichnet hat. Nach diesen Grundsätzen eingestellt, wird der Vergleich auch in zahlreichen anderen Streitfällen, namentlich wenn das fließende Gebiet der Abwägung von Ursachen, Verschulden, Gefährdung und von dem, was die Billigkeit, Verkehrssitte, Treu und Glaube sowie vernünftige Verkehrsanschauung erfordern, eine Rolle spielt, ein wertvolles Mittel volksnaher Rechtsanwendung sein.

Zur Lehre von der Verwirkung

I.

Von Regierungsrat Dr. Bank, Berlin

In einem Aufsatz in JW. 1934, 1829 ff. ist Privatdozent Dr. Siebert dem daselbst abgedruckten Urteil des RG. v. 17. April 1934 = RG. 144, 22 ff. entgegengetreten, das in den Gründen ausgeführt hatte, der Verwirkungsgedanke verdiene über die Zeit der Geldentwertung hinaus keine Erhaltung, zum mindesten keine Ausgestaltung und Ausbreitung. Siebert bemerkt zutreffend, die Ablehnung der Verwirkung und die gleichzeitige Anerkennung einer auf § 242 BGB. gegründeten „Einrede der allgemeinen Arglist“ widersprechen einander, und hält seinerseits die Unzulässigkeit der Rechtsausübung für den Oberbegriff bei der Verwirkung von Rechten infolge „illoyaler Verpätung“.

Mir scheint, dogmatisch könne hier mit mehr Nutzen die Lehre des eigenen gegensätzlichen Verhaltens herangezogen werden. Darüber hat Kiezler bereits 1912 unter dem Titel „Venire contra factum proprium“ (scil: nulli conceditur) eine monographische Studie zum römischen, englischen und deutschen Zivilrecht veröffentlicht (Leipzig, Duncker & Humblot, 1912). Er hat dort die Folgerungen, die sich aus diesem Grundgedanken ergeben, durch die verschiedenen Rechtssysteme verfolgt und dabei u. a. das Rechtsinstitut des „Estoppel“ untersucht, das im englischen Recht von größter praktischer Bedeutung ist. Den leitenden Gedanken der einen Ausprägung des estoppel, nämlich des sog. „Estoppel by Representation“, formuliert Kiezler dahin: „Wer ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten einen anderen veranlaßt, an das Vorhandensein eines gewissen Tatbestandes zu glauben und im Vertrauen darauf eine seine rechtliche

Lage in irgendwelcher Weise verändernde Handlung vorzunehmen, ist dem so Vertrauenden gegenüber gehindert, geltend zu machen, es habe damals ein anderer Tatbestand vorgelegen" (Riezler a. a. D., § 13 S. 97 mit Entscheidungen). Riezler betont bei seiner Untersuchung über Voraussetzungen und Wirkung dieses Estoppels nach dem heutigen englischen Recht, die Darstellung des Sachverhalts brauche keine betrügerische, also ihrem Urheber bewußt falsche, gewesen zu sein, damit dieser dem Estoppel unterliege. Es sei nicht einmal unbedingt erforderlich, daß er das Bewußtsein gehabt habe, der andere Teil werde durch sein Verhalten zu einem rechtserheblichen Handeln veranlaßt, vielmehr genüge es, wenn zwischen jener „representation“ und diesem Handeln tatsächlich ein Kausalzusammenhang bestanden habe und das Handeln im Vertrauen auf die „representation“ als objektiv vernünftig erscheine. Auch müsse die „representation“ nicht notwendig in einer ausdrücklichen Behauptung bestehen, sondern könne auch in einem konkludenten Verhalten zu finden sein. Man nenne in letzterem Falle die daraus entstehende Gebundenheit ein „Estoppel by Conduct“. Bloßes Stillschweigen als solches genüge natürlich nicht zur Annahme einer „representation“, aber immerhin könne auch passives Verhalten als Grund für ein Estoppel dann in Betracht kommen, wenn aus irgendeinem besonderen Grunde eine Verpflichtung zur Offenbarung des wahren Sachverhalts gegenüber einer anderen Person bestanden habe und daher diese berechtigt gewesen sei, aus der Passivität des Schweigenden auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines bestimmten Tatbestandes zu schließen. Man spreche in solchen Fällen von einem „Estoppel by conduct of omission“. Ob ein Offenbarungspflicht bestünde, könne nur aus den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden; im allgemeinen zeigten die englische Rechtsprechung und Theorie die Neigung, eine solche nicht nur da anzunehmen, wo sie durch Gesetz oder Vertrag begründet sei, sondern weitergehend in allen Fällen, in denen jemand bemerke, daß in einer seine Rechte berührenden Weise von einer anderen Person gehandelt werde und er sich deshalb sagen müsse, daß sie dieses Handeln bei Kenntnis der wahren Sachlage vernünftigerweise unterlassen würde. An anderer Stelle hat Riezler dem Gedanken dahin Ausdruck gegeben: „Wer deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er ein Recht nicht wahren will, soll es nicht später seinem eigenen Verhalten zuwider dennoch geltend machen können“ (Riezler, S. 16).

Genau im gleichen Sinne erfordert jetzt Siebert für die Annahme der Verwirkung ein „qualifiziertes“ Verschweigen und läßt ein einfaches, untätiges Verhalten des Berechtigten nicht genügen. Das entspricht auch der Rechtsprechung des RG. in Aufwertungssachen zur Verwirklichungsfrage, nach der bekanntlich nicht allein der Zeitablauf als solcher entscheidend ist, sondern die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalles (grundsätzlich RG. 131, 225 ff. = JW. 1931, 2704⁴⁵). U. a. war in den Aufwertungssachen die Untersuchung vielfach mitentscheidend, ob der Aufwertungsschuldner nach Lage des Falles mit einem Zurückkommen des Gläubigers auf die scheinbar erledigte Sache von sich aus habe rechnen müssen oder ob er habe annehmen dürfen, er sei von Aufwertungsschulden frei.

Ein guter Beispielsfall aus der Rechtsprechung des RG. zur Frage der Verwirkung im Privatrecht findet sich in WarnRspr. 1920, 241 Nr. 192: „Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn der Gläubiger beim Rückstand des Schuldners mit mehreren Raten erst nach Monaten von der kassatorischen Klausel Gebrauch macht; insbes., wenn er inzwischen wieder Zahlungen angenommen hat (§§ 242, 360 BGB).“ „Das BU. entscheidet nicht, ob dem Kläger wirksame Stundung gewährt worden ist, nimmt aber an, daß, nachdem spätestens am 1. Sept. 1917 fünf Schuldraten des Klägers, nämlich für die Monate April bis August, rückständig geworden waren, es den Grundgläubigern von Treu und Glauben widersprach, wenn der Beklagte erst am 27. Nov. desselben Jahres von der kassatorischen Klausel des Vergleichs Gebrauch machte. Die Annahme hat im BU. sachlich eingehende Begründung gefunden und steht gemäß der dort dargelegten Lage des Falles im Einklang mit dem in der Rechtsprechung des RG.

anerkannten Grundsatz, wonach Vertragsklauseln von der in Rede stehenden Art nicht zu einem unbegrenzten, in die Willkür des Gläubigers gestellten Schwebestand führen dürfen, vielmehr die Entschliebung des Berechtigten binnen eines angemessenen Zeitraumes dem anderen Teile kundzugeben ist.“ Das RG. lehnt also die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung der kassatorischen Vertragsklausel lediglich wegen illoyaler Verspätung ab, trotzdem die Verjährung noch nicht eingetreten war. Die Rechtsverschweigung des Klägers war im Siebertschen Sinne qualifiziert, da er inzwischen vom Beklagten ohne Widerspruch Teilzahlungen auf die geschuldeten Raten angenommen hatte.

Der allgemeine Rechtsgedanke der Verwirkung infolge eigenen gegenfälligen, aktiven oder auch nur passiven Verhaltens in der Form der illoyalen Verspätung greift über das Gebiet des bürgerlichen Rechts hinaus und gilt auch für die Gebiete des öffentlichen Rechts. Darauf hat z. B. W. Jellinek in einer Abhandlung „Treu und Glauben im Verwaltungsrecht“ (R. u. PrVerwBl. 1931 Nr. 41) hingewiesen und den Rechtsgedanken ähnlich wie Riezler so formuliert: „Wer man berechtigt, sich darauf zu verlassen, daß der andere sein künftiges Verhalten dem früheren anpassen werde, dann verstößt das abweichende spätere Verhalten möglicherweise gegen Treu und Glauben und kann u. U. zu Rechtsfolgen zugunsten dessen führen, der auf die Festsetzung des früheren Verhaltens vertraute.“ Jellinek teilt dazu einen Anwendungsfall aus der Rechtsprechung des PrVVG. (aus dem Jahre 1931) mit. Der RFV. hat gelegentlich entschieden, es verstoße gegen § 11 RAbgD. (Grundgesetz: Ermessensentscheidungen von Behörden haben nach Recht und Billigkeit zu erfolgen), wenn das FinU. auf Grund neuer Tatsachen eine Berichtigungsfeststellung vornehme, nachdem es durch sein Verhalten zu erkennen gegeben habe, daß der Steuerpflichtige eine Berichtigung auf Grund jener Tatsachen nicht mehr zu erwarten habe (RStBl. 1934, 196). In einem anderen neuerdings entschiedenen Fall hat der RFV. dem Steuerpflichtigen die Bilanzberichtigung trotz materieller Berichtigung deshalb verweigert, weil er in früheren Jahren um die Anerkennung des sachlich unrichtigen Bilanzansatzes vor der Finanzbehörde gekämpft habe und damit durchgedrungen sei. In einem solchen Fall müsse grundsätzlich eine Korrektur der späteren Anfangsbilanz zugunsten dessen, der sich vordem damit durchgesetzt habe, ausgeschlossen sein (StW. 1934 Nr. 5, Urteils-Nr. 290a). Auch hier scheint mir der tiefere Grund für die Nichtigkeit dieser Entscheidungen in der Lehre vom „venire contra factum proprium“ zu liegen. Die ethische Wurzel dieses Rechtsgedankens ist die Treue, hier im besonderen die Treue und Zuverlässigkeit im eigenen Verhalten, auf das sich der Gegenkontrahent muß verlassen können. „Dies über alles: sei dir selber treu, und daraus folgt so wie die Nacht dem Tage, du kannst nicht falsch sein gegen irgendwen.“

II.

Von Privatdozent Dr. W. Siebert, Halle a. d. S.

Darin, daß Verwirkung, venire contra factum proprium sowie auch estoppel in engem wechselseitigen Zusammenhang stehen, ist dem Verf. des vorstehenden Aufsatzes ohne weiteres zuzustimmen. Vgl. z. B. H. Krause, Schweigen im Rechtsverkehr¹) S. 163 ff. (über Verwirkung, Verschweigung und venire contra factum proprium) und Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung²) S. 183 ff. (über Verwirkung und venire contra factum proprium), S. 48 ff. (über Verwirkung und estoppel). Die nochmalige Hervorhebung dieser Zusammenhänge durch Regierungsrat Dr. Bank ist dankenswert und wichtig, weil damit ein weiterer Angriffspunkt gegen die von mir JW. 1934, 1829 erörterte Entscheidung des RG. (7. ZivSen.)

¹) Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, hrsg. von E. Heymann, Nr. 67, Marburg 1933.

²) Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, hrsg. von E. Heymann, Nr. 72, Marburg 1934.

RG. 144, 22 = JW. 1934, 1849 vorgetragen wird. Die dort vom RG. entwickelte scharfe Stellungnahme gegen den Verwirkungsgedanken ist unvereinbar mit der in ständiger Rechtsprechung³⁾ anerkannten Lehre von der Unzulässigkeit gegenjählichen Verhaltens — ebenso wie sie unvereinbar ist mit der sonstigen Anerkennung einer auf §§ 826, 242 gestützten „exceptio doli“.

Trotz des engen sachlichen und rechtspolitischen Zusammenhanges zwischen Verwirkung und venire contra factum proprium kann man allerdings diese beiden Rechtsgedanken nicht völlig gleichsetzen; auch erscheint es mir zu eng, die Verwirkung lediglich als einen Unfall des gegenjählichen Verhaltens zu bezeichnen. Mit dem Gedanken des venire contra factum proprium, der seit Kiezler im Schrifttum weitgehende Beachtung und Anerkennung gefunden hat⁴⁾, werden die Fälle der Unzulässigkeit eines gegenjählichen Verhaltens erfaßt. Demgegenüber stellt die Verwirkung, wenn man sie als einen Fall unzulässiger Rechtsausübung auffaßt, eine Folge und Bestätigung der allgemeinen inhaltlichen Be-

³⁾ Vgl. z. B. RG. 71, 432 = JW. 1909, 683; 76, 354 = JW. 1911, 643; 78, 347 = JW. 1916, 319; 87, 283 = JW. 1912, 235²; 108, 110.

⁴⁾ H. Lehmann: JSR. 79, 90 ff. und Allg. Teil S. 101; Walsmann, Verzicht S. 210 ff. und JW. 1927, 2571; Manigk, Irrtum und Auslegung S. 148 ff.; Plank-Siber, 3 zu § 397; Hueck-Ripperden, Lehrb. des Arbeitsrechts II S. 285 f.; Gieseke: Gruch. 1924, 216.

grenzung der Rechte dar. Das bei dem venire contra factum proprium vorliegende Verhalten ist, wie die Beispiele bei Kiezler a. a. O. S. 131, 147 ff. zeigen, sehr häufig keine (wahre oder scheinbare) Rechtsausübung; hier kann man also von einer Verwirkung in dem seit der Aufwertungsgerechtfertigung üblich gewordenen Sinne nicht sprechen. Nur in den Fällen, in denen das gegenwärtige gegenjähliche Verhalten eine Rechtsausübung darstellt, treffen venire contra factum proprium und Verwirkung (unzulässige Rechtsausübung) unmittelbar zusammen; dann aber muß m. E. der Gesichtspunkt der inhaltlichen Begrenzung der Rechte der Anknüpfung an den bloßen äußeren Tatbestand des Verhaltens vorgehen⁵⁾.

Zur Verwirkung im öffentlichen Recht vgl. z. B. noch R. v. K. u. Pr. Verw. Bl. 51, 275; Heinemann: R. u. Pr. Verw. Bl. 51, 670 ff.; Schüle: Verw. Arch. 39, 32 ff. mit weit. Nachw.; Siebert a. a. O. S. 243 ff. mit weit. Nachw. Aus der Rspr. z. B. RG.: JW. 1931, 735 mit Anm. von Hamburger; J. Beamten. 1933, 127 f.; DV. 83, 150; DV. R. u. Pr. Verw. Bl. 50, 619; Thür. DV. : Jahrb. 15, 121 ff.; RW. : DV. 1931, 1390; 1932, 740; bei JW. 1933, 1048.

⁵⁾ Etwas anders trennt Krause a. a. O. S. 163 ff. Verwirkung und venire contra factum proprium, weil er bei der Verwirkung den Verschweigungsgedanken als entscheidendes Kennzeichen in den Vordergrund stellt.

Die Selbstentschuldung

I.

Von Amtsrichter Hermann Kieszbye, Flensburg

Die 6. Durchführungsverordnung (Durchf. V.) zum Schuldenregelungsgesetz (SchRG.) v. 7. Juli 1934 (RGBl. 609) hat die Selbstentschuldung (§ 81 SchRG.) durch Einführung einer bis zum Ablauf des 30. Sept. 1934 bemessenen Antragsfrist zu einer vordringlichen Angelegenheit gemacht. Sie bringt ferner einige für das Gebiet der Selbstentschuldung bedeutsame neue Vorschriften. Im folgenden soll auf die wichtigsten Zusammenhänge und Bestimmungen, die von den Antragstellern, Gerichten und Entschuldungsstellen bei Bearbeitung der Selbstentschuldungssachen zu beachten sind, hingewiesen werden.

Während das Schuldenregelungsverfahren die Voraussetzungen für eine allmähliche Zurückführung der Verschuldung bis auf die Grenze der Mündelsicherheit schaffen soll und die wichtigsten Zwangsmittel zur Erreichung dieses Ziels die Zinsermäßigung, die Umwandlung der Forderungen in Tilgungsforderungen, die Zuschlagung der Rückstände an wiederkehrenden Leistungen zum Kapital und die Kapitalkürzung sind, ist die Selbstentschuldung nach ihrem Zweck und ihrem Verfahren wesentlich anders gestaltet. Ihre Funktion ist je nach Lage des Einzelfalles entweder die Erreichung des Ziels der Schuldenregelung ohne Zwangsanwendung durch Verständigung zwischen Schuldner und Gläubigern oder die Gewährung der Vorteile der Zinsermäßigung und der Umwandlung der Forderungen in Tilgungsforderungen auch für gering verschuldete Betriebe, die einer Zurückführung der Verschuldung bis auf die Grenze der Mündelsicherheit nicht bedürfen. Sie ermöglicht demnach in geeigneten Fällen die Vermeidung des umständlichen Schuldenregelungsverfahrens, sie gewährt größere Freiheit in der Behandlung der einzelnen Forderung und ersetzt für die landwirtschaftlichen Schuldner die Zinsermäßigungs- und Kapitalstundungsgesetze, die nur für vorübergehende Zeit erlassen waren und demnächst außer Kraft treten (insbes. die V. über Zinserleichterung für den landwirtschaftlichen Realkredit v. 27. Sept. 1932 [RGBl. 480] und das nach dieser V. mit der Zinserleichterung verbundene Hypothekensmoratorium sowie die Zahlungsfristbestimmungen für Aufwertungsforderungen).

Der wichtigste Verfahrensgrundsatz ist in den alten Ver-

fahrensvorschriften des § 81 SchRG. und des Art. 1 Abs. 1 der 2. Durchf. V. enthalten. Der Betriebsinhaber muß nachweisen, daß die nicht durch mündelsichere Hypothek gedeckten Forderungen geregelt oder daß solche Forderungen nicht vorhanden sind, während die auf diesen Nachweis folgende Zulassung der Selbstentschuldung die Zinsermäßigung und die Festschreibung der mündelsicheren Forderungen als Tilgungsforderungen nach sich zieht. An diesen Grundsätzen hat die 6. Durchf. V. nichts geändert. Demgemäß bleibt auch der Zusammenhang zwischen SchRG. und Selbstentschuldung so wie früher: antragsberechtigt ist hier wie dort der Inhaber eines landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Betriebes; die Verweisung des die Schuldenregelung beantragenden Betriebsinhabers auf die Selbstentschuldung ist nur zulässig, wenn Aussicht besteht, daß die erforderlichen Vereinbarungen mit den nicht durch mündelsichere Hypothek gedeckten Gläubigern zustande kommen; die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens darf aus dem Grunde mangelnder Entschuldungsbedürftigkeit nur abgelehnt werden, wenn die nichtmündelsicheren Schulden durch die Verwertung des sonstigen Vermögens des Antragstellers sich bar begleichen oder durch Verständigung mit den Gläubigern in einer die Selbstentschuldung sichernden Weise regeln lassen. Dagegen ist es heute nicht mehr richtig, wenn die Tätigkeit des Entschuldungsgerichts kurz dahin gefaßt wird (so v. Arnswaldt in Amtl. Mitt. f. Entschuldungssachen, Heft 62 v. 2. Juni 1934 S. 46), daß es zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen des § 81 SchRG., Art. 1 Abs. 1 der 2. Durchf. V. vorliegen und daß beim Vorliegen dieser Voraussetzungen dem Antrag stattzugeben, andernfalls der Antrag abzulehnen sei. Es gibt zwar auch noch in Zukunft Fälle, die sich in dieser einfachen Form erledigen, die Regel ist eine kompliziertere Tätigkeit des Entschuldungsgerichts.

I. Die Selbstentschuldung muß zugelassen werden, wenn entweder

- a) alle nicht durch mündelsichere Hypothek gedeckten Forderungen mit höchstens 4 1/2% zu verzinsen und mit höchstens 5% zu tilgen sind, gleichgültig in welchem Umfang solche Rechte vorhanden sind und ob die sich ergebende Jahresbelastung für den Betriebsinhaber tragbar ist (§ 81 SchRG.),

oder

b) die Gesamtleistung aus Verzinsung und Tilgung der nicht durch mündelsichere Hypothek gedeckten Forderungen nicht höher ist als sie bei Zugrundelegung eines Zinssatzes von $4\frac{1}{2}\%$ und eines Tilgungssatzes von 5% sein würde, wenn die nicht durch mündelsichere Hypothek gedeckten Forderungen mit einem Betrage auslaufen würden, der um die Hälfte höher ist als die Mündelsicherheitsgrenze (Art. 1 Abs. 1 der 2. DurchfW.).

Die letzte Voraussetzung kann einfacher dahin gefaßt werden, daß die Gesamtleistung bis zu $3\frac{1}{6}\%$ des Betriebswerts betragen darf: denn der Raum bis zur Mündelsicherheitsgrenze ($\frac{2}{3}$ des Betriebswerts) ist durch mündelsichere Hypotheken ausgenutzt oder kann doch jederzeit vor oder nach Zulassung der Selbstentschuldung durch mündelsichere Hypotheken ausgenutzt werden. Für die Verzinsung und Tilgung der nicht mündelsicheren Forderungen steht also nur das Drittel des Betriebswerts, das zwischen diesem und der Mündelsicherheitsgrenze liegt, mit $9\frac{1}{2}\%$ jährlich = $3\frac{1}{6}\%$ des Betriebswerts zur Verfügung.

Die Prüfung des Antrags auf die bezeichneten Voraussetzungen kann regelmäßig das AG. allein erledigen. Ein Kreditinstitut als Entschuldungsstelle braucht nicht herangezogen zu werden. Dies um so weniger als der Grundsatz des Entschuldungsverfahrens, daß bei der Feststellung der Mündelsicherheit eines Rechts auch die rückständigen wiederkehrenden Leistungen der vorgehenden Rechte zu berücksichtigen sind, bei der Selbstentschuldung keine Anwendung finden kann. Art. 22 der 3. DurchfW., der die Hinzurechnung der wiederkehrenden Leistungen zum Kapitalbetrage bei der Prüfung der Mündelsicherheit einer Forderung anordnet, gilt nämlich nur für das Schuldenregelungsverfahren, weil nur für dieses Verfahren, nicht für die Selbstentschuldung, die Behandlung der Rückstände als verzinsbare Tilgungsforderung vorgeschrieben ist (§ 13 SchRG. 1). Auch das Vorhandensein von Forderungen der in Art. 21 der 3. DurchfW. i. d. Fass. des Art. 46 der 6. DurchfW. bezeichneten Art (Rentenschulden, Reallasten und Forderungen, bei denen in erster Linie wiederkehrende Leistungen geschuldet werden), bietet regelmäßig keine besonderen Schwierigkeiten. Bei der Feststellung der Mündelsicherheit von Forderungen sind diese Rechte mit dem Kapitalbetrage (Ablösungsbetrag; 15facher Wert der Jahresleistung: wenn kein Ablösungsbetrag vereinbart ist; bei auf Lebenszeit geschuldeten Leistungen: der aus § 18 ABewG. sich ergebende Betrag) einzusetzen; auch hier findet keine Hinzurechnung von Rückständen — anders wie im Schuldenregelungsverfahren — statt. Beispiel: Rente von 400 RM auf Lebenszeit, Lebensalter des Berechtigten 58 Jahre, keine vereinbarte Ablösungssumme. Der Kapitalbetrag beträgt $8\frac{1}{2} \times 400 = 3400$ RM. Liegt die Rente außerhalb der Mündelsicherheitsgrenze, so hat der Antragsteller nachzuweisen, daß die Rente sich innerhalb der zulässigen Gesamtleistung nach Art. 1 Abs. 1 der 2. DurchfW. hält oder daß sie gemäß Art. 21 Abs. 3 auf 5% des Ablösungsbetrages oder des 15fachen des Jahreswertes herabgesetzt ist. Beispiel: Im oben erwähnten Fall sei der Betriebswert 24 000 RM, es seien 20 000 RM durch Hypotheken ausgenutzt, und außerdem sei nur die Rentenverpflichtung vorhanden. Nicht mündelsicher sind 4000 RM Hypothekenforderung und die Rente. Es ist nachzuweisen, entweder

a) daß die Hypothek mit nicht mehr als $4\frac{1}{2}\%$ zu verzinsen und 5% jährlich zu tilgen ist und daß die Rente

$$\text{nicht mehr als } \frac{5 \times 15 \times 400}{100} = 300 \text{ RM jährlich beträgt,}$$

oder

b) daß die jährliche Gesamtleistung an Verzinsung und Tilgung der Hypothek und an Rentenzahlung sich auf

$$\text{nicht mehr als } \frac{3\frac{1}{6} \times 24 000}{100} = 760 \text{ RM jährlich be-}$$

läuft. Wird der Nachweis zu b gewählt, so kann zu-

gunsten der Rente diese ungekürzt bleiben und zugunsten der Hypothek eine vom Wegfall der Rente an um den Betrag der Rente höhere Tilgung vereinbart werden.

II. Die Mitwirkung einer Entschuldungsstelle wird im Selbstentschuldungsverfahren in folgenden Fällen nötig.

1. Der Betriebswert und damit die Mündelsicherheitsgrenze stehen nicht fest. Es kann sich dabei um gärtnerische Betriebe handeln, bei denen der Betriebswert auf Antrag der Entschuldungsstelle von der unteren Verwaltungsbehörde im Benehmen mit dem FinA. festgesetzt wird, oder um die Fälle der 4. DurchfW. Art. 1 Abs. 6—8 (Nichtfeststellung des Einheitswerts 1931, Nichtfeststellung der Anteile mehrerer Eigentümer am Gesamtwert, Verteilung des Betriebswerts auf mehrere verschieden belastete Grundstücke). In diesen Fällen ist die Beauftragung eines als Entschuldungsstelle zugelassenen Kreditinstituts mit der Prüfung des Selbstentschuldungsantrags erforderlich, da die Festsetzung oder Verteilung des Betriebswerts durch das FinA. und die untere Verwaltungsbehörde nur auf Antrag der Entschuldungsstelle erfolgt. Es kann sich aber auch um Betriebe mit einem Einheitswert unter 10 000 RM handeln, für die ein Betriebswert noch nicht feststeht. Dann kann die Selbstentschuldung nur dann heute schon zugelassen werden, wenn die Verständigung gemäß § 81 SchRG., Art. 1 Abs. 1 der 2. DurchfW. sich auf alle möglich erweise nicht mündelsicheren Forderungen erstreckt und die Gesamtleistung nach Art. 1 Abs. 1 den Betrag von $3\frac{1}{6}\%$ des niedrigst angenommenen Betriebswerts nicht übersteigt. Als solcher kann 135% des Einheitswerts, nämlich der bei 10 000 RM Einheitswert festgesetzte Hundertsatz gelten. Beispiel: 6000 RM Einheitswert; Betriebswert mindestens 8100 RM, Mündelsicherheitsgrenze mindestens 5400 RM, Gesamtleistung höchstens 256,50 RM.

2. Ein Gläubiger einer durch eine mündelsichere Hypothek gesicherten Forderung ist gemäß § 85 SchRG. zum Verlangen der Barablösung seiner Forderung berechtigt, weil die Forderung nach dem 12. Juli 1931 begründet ist. Auch dann ist die Bestellung einer Entschuldungsstelle oder doch eine Erklärung derselben, daß sie zur Barablösung bereit ist, erforderlich, da diese Barablösung nur von der Entschuldungsstelle beanprucht werden kann, die das Entschuldungs- oder Zwangsvergleichsverfahren durchgeführt oder sich zur Ablösung sonst bereit erklärt hat, und die Zulassung der Selbstentschuldung nicht das Ablösungsrecht des Gläubigers vereiteln darf. Ist eine solche Bereitschaftserklärung einer Entschuldungsstelle oder ein Verzicht des Gläubigers auf Barablösung nicht zu erlangen, so kann die Selbstentschuldung nicht zugelassen werden. Auf Antrag würde das Entschuldungsverfahren zu eröffnen sein. Wegen der Barablösung im einzelnen sind Art. 35 u. 42 der 6. DurchfW. zu vergleichen. Inwieweit Kontokorrentforderungen als Neuforderungen zu behandeln sind, ergibt sich aus § 16 Abs. 1 Satz 2 SchRG.

3. Sind wiederkehrende Leistungen der in Art. 21 der 3. DurchfW. aufgeführten Art nicht in Geld, sondern in Naturalien zu erbringen, so kann das Entschuldungsgericht auf Antrag der Entschuldungsstelle die Leistungen nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten neu festsetzen, und zwar auch dann, wenn der Berechtigte als unterhaltsberechtigter Miteigentümer am Entschuldungsverfahren unbeteiligt ist. Dabei ist der Geldwert der Jahresleistung zu bestimmen. Diese Vorschr. ist nach Art. 21 Abs. 8 der 3. DurchfW. in der Selbstentschuldung anwendbar. Soweit eine Neufestsetzung der Naturalleistungen zur Durchführung der Selbstentschuldung erforderlich erscheint, muß eine Entschuldungsstelle beauftragt werden, die sich dann schlüssig zu werden hat, ob sie den erforderlichen Antrag stellen will.

4. Um in geeigneten Fällen die Selbstentschuldung zu ermöglichen, bestimmt schließlich Art. 37 der 6. DurchfW., daß Grundkreditankalten, die auf Grund ihrer Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden oder Reallasten Schuldverschreibungen ausgeben, Schuldverschreibungen des Reichs zum Ausgleich des Ausfalls an Deckungswerten auch insoweit gewährt werden, als der Ausfall durch freiwilligen Nachlaß zum

1) Die Vorschrift in Art. 13 Abs. 3 der 6. DurchfW. ist eine Ausnahmebestimmung für Tilgungsforderungen. Bei diesen erfolgt eine Neufeststellung des Forderungsbetrages unter Berücksichtigung des Tilgungsguthabens und der Rückstände an wiederkehrenden Leistungen.

Zweck der Selbstentschuldung entsteht, wenn die Entschuldungsstelle bescheinigt, daß ohne den freiwilligen Nachlaß die Entschuldung nur im Wege des Zwangsvergleichs und nur bei einer dem freiwilligen Nachlaß entsprechenden Zwangskürzung möglich gewesen wäre. Auch hier wird also die Bestellung einer Entschuldungsstelle unter Umständen nötig.

III. Ergibt die Prüfung des Selbstentschuldungsantrags, daß ihm stattgegeben werden kann, so erfolgt die Zulassung des Antrags durch Erklärung des Betriebes zum Entschuldungsbetrieb und diese Erklärung durch Eintragung des Vermerks: „das Grundstück unterliegt der Entschuldung“ in Abt. II des Grundbuchs. Es bedarf also nicht eines besonderen Beschlusses, sondern nur eines Eintragungsersuchens an das GBA. Bis zum Erlaß der 6. Durchf. W. hatte das AG. damit seine Aufgabe erfüllt. Die Feststellung der Wirkungen dieser Erklärung lag ihm nicht ob. Jetzt bestimmt Art. 33 der 6. Durchf. W., daß die Vorschriften des § 52 SchRG. für die Eintragung der Änderung mündelsicherer Rechte bei der Selbstentschuldung sinngemäß gelten und daß zu den hiernach vorgesehenen Eintragungen bei Erhöhungen die Genehmigung des Anerk. nicht erforderlich ist. Die eintretenden Änderungen bei mündelsicherer Rechten sind in §§ 83—85 SchRG., Art. 21 der 3. Durchf. W. und Art. 13 Abs. 3 der 6. Durchf. W. vorgesehen. Es handelt sich um die Herabsetzung der Verzinsung, die Umwandlung der Forderungen in Tilgungsforderungen, die Neubemessung der Rentenleistungen und den Übergang der Rechte auf die Entschuldungsstelle im Falle der Barablösung.

Die Fassung des Eintragungsersuchens bereitet nur selten Schwierigkeiten. Bei Tilgungshypotheken ist der nach Art. 13 der 6. Durchf. W. freiverdende Teil der Hypothek zur Vöschung zu bringen und bei der Resthypothek etwa einzutragen:

„Der Zinssatz beträgt ab ... (Datum der Eintragung des Entschuldungsvermerks) 4% jährlich (§ 83 SchRG.).“

Soweit die durch ein mündelsicheres Recht gedeckte Forderung, bzw. das Recht (z. B. die Grundschuld), keine unkündbare Tilgungsschuld ist, erscheint folgende Fassung zweckmäßig:

„Die Forderung (das Darlehn, die Grundschuld) ist ab ... mit 4% zu verzinsen. Unter Umständen ist ein Verwaltungskostenbeitrag bis zur Höhe von 1/2% zu zahlen. Die Rückzahlung erfolgt im Wege der allmählichen Tilgung, die Tilgung beträgt 1/2% jährlich unter Zuwachs der ersparten Zinsen. Die hiervon abweichenden Rückzahlungs- und Kündigungsvereinbarungen sind fortgefallen (§ 84 SchRG.).“

In dieser Form ist auch die Eigentümergrundschuld zu behandeln. Schwierigkeiten bietet dagegen die Behandlung der Höchstbetragshypotheken. Auch für sie gilt die Vorschrift, daß die durch eine mündelsichere Hypothek gedeckte, vor dem 12. Juli 1931 entstandene Forderung sich in eine mit 4% verzinsliche und mit 1/2% zu tilgende Tilgungsforderung umwandelt. Es würde nun nahe liegen, hieraus herzuleiten, daß eine Aufhebung des der Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Kreditverhältnisses und die Feststellung der Forderung erfolgen müsse, worauf die Forderung für den Gläubiger und der nicht ausgenutzte Teil der Hypothek als Grundschuld für den Eigentümer festzuschreiben sei. Eine solche Behandlung der Höchstbetragshypothek wird indessen ihrem Wesen nicht gerecht. Sie ist bis zur Feststellung der Forderung in vollem Umfange Gläubigerhypothek, ein Recht auf jederzeitige Auflösung des zugrunde liegenden Kreditverhältnisses und auf Feststellung der Forderung besteht für den Schuldner (wie auch für den Gläubiger) nur im Rahmen der getroffenen und nicht eingetragenen Vereinbarungen. Daß das Gesetz an dieser Sachlage etwas hat ändern wollen, ist nicht anzunehmen. Die Fortsetzung des Kreditverhältnisses muß sich aber den Bedingungen unterwerfen, die in §§ 85, 91 für die Belastung eines Entschuldungsbetriebes gelten. Danach ist nur die Tilgungsforderung zulässig. Ein Hinweis hierauf, d. h. auf die Unkündbarkeit und den Ausschluß der Fälligkeit der durch die Höchstbetragshypothek gesicherten künftig entstehenden Forderungen — soweit die dingliche Haftung in Frage steht —

ist in das Grundbuch aufzunehmen. Dagegen ist über die Änderung der Verzinsung nichts einzutragen, da die Hypothek Höchstbetragshypothek bleibt. Demgemäß empfiehlt sich folgende Fassung der Eintragung:

„Die Rückzahlung der durch die Hypothek gesicherten Forderungen aus dem Grundstücke erfolgt im Wege der allmählichen Tilgung, die Tilgung beträgt 1/2% jährlich unter Zuwachs der ersparten Zinsen und beginnt mit der Feststellung der Forderung. Die abweichenden Fälligkeits- und Kündigungsbestimmungen sind aufgehoben (§ 84 SchRG.).“

Den Beteiligten muß die weitere Ausgestaltung ihres Verhältnisses überlassen bleiben, insbes. die Feststellung der Forderung, die Umwandlung des ausgenutzten Teils der Hypothek ist eine gewöhnliche Hypothek und des nicht ausgenutzten Teils in eine Eigentümergrundschuld, evtl. die Vöschung des nicht ausgenutzten Teils. Werden die hierfür erforderlichen Unterlagen rechtzeitig beigebracht, so steht nichts entgegen, auch diese Änderungen in das Ersuchen nach Art. 33 der 6. Durchf. W. aufzunehmen.

Im Falle der Barablösung sind auch die durch diese eintretenden Änderungen der mündelsicherer Rechte in das Grundbuch einzutragen. Dabei handelt es sich um die Änderung der Person des Gläubigers, die Erhöhung der Verzinsung (aber einschließlich Verwaltungskostenbeitrag) auf 4 1/2% (Art. 42 der 6. Durchf. W.) und gegebenenfalls um die Vereinheitlichung der Belastung gemäß Art. 16 der 3. Durchf. W. Soweit eine Barablösung bei Höchstbetragshypotheken verlangt wird, bedingt sie eine Feststellung der gesicherten Forderungen für den Tag der Eintragung des Entschuldungsvermerks. In einem solchen Fall ist praktischerweise darauf hinzuwirken, daß auch der nicht abgelöste Teil der bestehenden Forderung zugleich als gewöhnliche Tilgungshypothek festgeschrieben wird, während der nicht ausgenutzte Teil entweder als Eigentümertilgungsgrundschuld festgeschrieben oder gelöscht wird oder Höchstbetragshypothek bleibt.

Schließlich ist noch zu beachten, daß der nicht mündelsichere Teil einer Höchstbetragshypothek nicht Höchstbetragshypothek bleiben kann, da die Neubelastung außerhalb der Mündelsicherheitsgrenze unzulässig ist und die schon bestehende Belastung durch Vereinbarung geregelt werden muß. Es wird zulässig sein, daß die kraft Vereinbarung für einen solchen Teil einer Höchstbetragshypothek getroffene Regelung auf Grund des Ersuchens des Entschuldungsgerichts mit eingetragen wird, obwohl sich Art. 33 der 6. Durchf. W. nur auf die Eintragung der Änderung mündelsicherer Rechte bezieht. Beispiel: Eine voll ausgenutzte Höchstbetragshypothek von 10 000 RM ist mit 4000 RM mündelsicher. Der überhängende Betrag von 6000 RM soll kraft Vereinbarung mit 5% verzinst und mit 10% jährlich getilgt werden. Diese Vereinbarung ist dem Entschuldungsgericht als Voraussetzung der Zulässigkeit der Selbstentschuldung nachgewiesen. Die Beteiligten bitten, die Verzinsung und Tilgung des mündelsichereren Teils nach § 84 SchRG. und des nicht mündelsichereren Teils nach der getroffenen Vereinbarung unter Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek eintragen zu lassen. Diesem Antrage kann entsprochen werden. Es ist nicht erforderlich, von dem Eigentümer vor der Zulassung der Selbstentschuldung den Nachweis der Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek zu verlangen.

II.

Von Landgerichtsrat Dr. von Arnswaldt, Berlin

Zu den Ausführungen von Kieszhe darf folgendes bemerkt werden:

1. Kieszhe meint, seit der 6. Durchf. W. könne man regelmäßig nicht mehr sagen, daß das Entschuldungsgericht bei der Selbstentschuldung nur zu prüfen habe, ob die Voraussetzungen des § 81 SchRG. und des Art. 1 Abs. 1 der 2. Durchf. W. vorliegen; dieser Grundsatz besteht jedoch m. E. auch nach der 6. Durchf. W. fort, nur daß in ihr einige nähere

Erläuterungen und Änderungen enthalten sind, wie und wann diese Voraussetzungen erfüllt sind. Neu hinzugekommen ist nur, daß das Entschuldungsgericht in das Grundbucheintrag die Änderungen der mündelsicheren Rechte aufzunehmen hat.

2. Zu Unrecht nimmt Kieszbye an, daß bei der Selbstentschuldung die rückständigen wiederkehrenden Leistungen der vorgehenden Rechte (und des Rechtes selbst) im Gegensatz zum förmlichen Schuldenregelungsverfahren nicht berücksichtigt würden. Art. 13 Abs. 3 der 6. DurchfW. spricht dies vielmehr für Tilgungsforderungen ausdrücklich aus; anderenfalls würde ja auch die Selbstentschuldung nicht erfüllen, was Kieszbye selbst als ihren Zweck bezeichnet: die Erreichung des Ziels der Schuldenregelung ohne Zwangsanwendung. Und zwar gilt dieser Grundsatz der Hinzurechnung der Rückstände zur Hauptforderung nicht nur bei Tilgungsforderungen (Art. 13), sondern ganz allgemein. Er gilt auch bei Rentenschulden, Realkaften und anderen Forderungen, die hauptsächlich auf wiederkehrende Leistungen gerichtet sind. Das galt schon nach Art. 21 der 3. DurchfW. alter Fassung, ist nun aber in der neuen Fassung (Art. 46 der 6. DurchfW.) noch klarer hervorgehoben; jetzt aber ist die doppelte Berücksichtigung der Rückstände, zu der die alte Fassung des Art. 21 führte, beseitigt: Die Rückstände werden nicht mehr zu einer selbstständigen Tilgungsforderung, sondern werden nur als Erhöhung des der Errechnung der wiederkehrenden Leistungen zugrunde zu legenden Kapitalbetrages berücksichtigt. Art. 21 Abs. 8 der 3. DurchfW. in der Fassung des Art. 46 der 6. DurchfW. läßt die Vorschriften der Absätze 1—6 ausdrücklich auf die mündelsicheren Rechte auch bei der Selbstentschuldung Anwendung finden. Wenn aber nach Abs. 6 die Rückstände bei der Feststellung, inwieweit das Hauptrecht selbst innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze liegt, mitberücksichtigt werden, so ist nicht einzusehen, warum die Rückstände der vorhergehenden Rechte außer acht gelassen werden dürfen. Art. 22 der 3. DurchfW. (Fassung z. T. in Art. 47 der 6. DurchfW.) schreibt das ganz allgemein vor; woraus Kieszbye die Beschränkung auf das förmliche Verfahren herleitet, ist nicht ersichtlich. Die Ansicht, daß Art. 22 der 3. DurchfW. auch bei der Selbstentschuldung gilt, wird zudem durch die Fassung des Art. 13 der 6. DurchfW. bestätigt; denn Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ist so gefaßt, daß er sowohl für die Höhe der Forderung selbst als auch für die Höhe der ihr im Range vorgehenden Forderungen maßgebend ist. Nach Abs. 2 werden die Rückstände hinzugerechnet, nach Abs. 3 gelten Abs. 1 und 2 für die Selbstentschuldung, „insbes. bei der Feststellung, ob eine Forderung durch ein innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze liegendes Recht gesichert ist“, sinngemäß. Daher entsprechen die Ausführungen von Kieszbye,

soweit sie die Behandlung der Rückstände bei der Selbstentschuldung betreffen, nicht den gesetzlichen Vorschriften.

3. Nicht zutreffend erscheint mir ferner die Ansicht, daß vor der Erklärung des Betriebes zum Entschuldungsbetriebe die Erklärung einer Kreditanstalt beigebracht werden müsse, daß sie zur Barablösung der ablösbaren Forderungen bereit sei. Wenn die Selbstentschuldung durchgeführt ist, steht das Ablösungsrecht für Forderungen fest, die mündelsicher und nach dem 12. Juli 1931 begründet sind. Der Gläubiger kann aber statt der Barablösung auch — ebenso wie bei älteren Forderungen — die Übernahme der Forderung durch eine Pfandbriefanstalt gegen Gewährung von Schuldverschreibungen der in § 88 SchRG. genannten Art verlangen. Für den Fall, daß der Gläubiger keine zur Übernahme bereite Pfandbriefanstalt findet, entscheidet die Aufsichtsbehörde. Man wird aber annehmen dürfen, daß auch stets eine Kreditanstalt, die als Entschuldungsstelle zugelassen ist, zur Barablösung bereit sein wird, zumal durch § 1 der Allg. Bedingungen der Rentenbank-Kreditanstalt klargestellt ist, daß die Mittel zur Barablösung auch bei der Selbstentschuldung von der Rentenbank-Kreditanstalt zur Verfügung gestellt werden. Sollte im einzelnen Falle keine bereite Kreditanstalt zu finden sein, so wird gegebenenfalls nach § 6 Abs. 2 SchRG. eine Kreditanstalt zur Barablösung verpflichtet werden können. Gewiß ist es praktisch, daß schon bei der Durchführung der Selbstentschuldung versucht wird, eine zur Barablösung bereite Kreditanstalt zu finden; es ist aber m. E. nicht zulässig, daß das Entschuldungsgericht die Erklärung zum Entschuldungsbetrieb hiervon abhängig macht. Hat eine Entschuldungsstelle bei der Selbstentschuldung mitgewirkt, so wird man sie für verpflichtet halten müssen, die ablösbaren Forderungen auf Verlangen des Gläubigers abzulösen. Da die Ablösung erst nach der Erklärung zum Entschuldungsbetriebe verlangt werden kann, ist es weder erforderlich noch zulässig, das Ablösungsrecht und den Gläubigerwechsel schon in dem Grundbucheintrag zu berücksichtigen.

4. Wiederkehrende Leistungen, die nicht in Geld zu erbringen sind, werden bei der Selbstentschuldung von dem Entschuldungsgerichte nur insoweit neu festgesetzt werden können, als das Recht mündelsicher ist; denn Art. 21 Abs. 8 der 3. DurchfW. (Fassung des Art. 46 der 6. DurchfW.) erklärt Art. 1—6 bei der Selbstentschuldung nur für mündelsichere Rechte für entsprechend anwendbar. Die Neu festsetzung braucht daher erst nach der Erklärung des Betriebes zum Entschuldungsbetriebe stattzufinden, kann es aber gewiß auch schon vorher. Die sinngemäße Anwendung der Vorschrift des Abs. 4 zwingt m. E. nicht dazu, einen Antrag einer Entschuldungsstelle abzuwarten; der Antrag des Betriebsinhabers wird genügen.

Zum Begriffe des Übergabevertrages

Die Begriffsbestimmung des Übergabevertrages, den das ErbhofGer. Stuttgart in seiner Entscheidung vom 6. Juni 1934 (ZW. 1934, 2166³) an Hand des Urteils des RG. 118, 17 = ZW. 1927, 2499 bringt, ist bereits durch die Bemerkungen von Seybold (ZW. 1934, 2166³) in einigen Beziehungen berichtigt bzw. ergänzt worden. Wir möchten noch das Folgende hinzufügen:

Das RG. befaßte sich an der angeführten Stelle mit der Frage, ob der § 10 Abs. 3 AufwG. auf den dort vorliegenden Vertrag anzuwenden sei oder nicht. Bei dieser Gelegenheit hat es die von Stuttgart wiedergegebene Begriffsbestimmung aufgestellt. Wenn es hier heißt, daß die Eltern „ihr Vermögen, insbes. den Grundbesitz“, durch diesen Vertrag bei Lebzeiten übertragen, so hat das RG. — es hatte dazu keinen besonderen Anlaß — nicht zwischen den beiden Arten dieser Verträge unterschieden, nämlich dem Verträge, durch den nur der Grundbesitz übertragen wird, und dem, durch den das Vermögen übertragen wird.

Beide verfolgen denselben wirtschaftlichen Zweck, stellen regelmäßig eine verfrühte Erbfolge dar, sind aber doch nicht gleichzustellen, wie schon die §§ 313 und 311 BGB. ergeben. Der § 37 Abs. 3 ErbhofG. spricht auch nur von der Übergabe des Erbhofes, also des Grundbesitzes. Von der „Überlassung eines Grundstückes“ handelt auch der Art. 96 GG. und die daraufhin erlassenen Ausführungsgesetze der Länder, z. B. Preußen Art. 15 (vgl. die Zusammenstellung bei Staudinger Art. 96 GG. IV).

Von der Übertragung des Vermögens, die regelmäßig

den Grundbesitz umfassen wird, spricht das ABK. § 656 I 12: „Verträge, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten...“ und spricht das WestfGes. vom 16. April 1860 im § 3 Abs. 3: „Verträge, durch welche das gemeinschaftliche Vermögen ganz oder teilweise schon bei Lebzeiten der Eheleute in Rücksicht auf eine künftige Erbfolge abgetreten wird (Übertragsverträge)“...

Dementsprechend unterscheidet auch der § 330 BGB. zwischen der „Vermögens- und der Gutsübernahme“.

Der „Übergabevertrag“ des § 37 umfaßt beide Arten von Verträgen, da beide den gleichen Zweck verfolgen. Schon der hier gebrauchte Name „Übergabevertrag“ ist wohl absichtlich als der alles umfassende gewählt worden, während die zahlreichen sonst gebräuchlichen Bezeichnungen (vgl. R u n d e, Leibzucht, 1803, S. 268 f. und G r u c h o t bei Gruch. 12, 426 f.) vielfach nur eine besondere Seite dieser Verträge betonen.

Seybold hebt mit Recht hervor, daß diese Verträge auch unter Fremden möglich sind, wenn sie auch seltener vorkommen (vgl. RG.: ZW. 1924, 813; W. G. B u c h t a, Gutsabtretung, 1837, S. 15 f.; C r u s e n u. M ü l l e r, PrAusfG. S. 204). Fehlen Abkömmlinge, so wird entsprechend der auch im Erbhofrechte betonten Neigung des Landvolkes (Einl. Abs. 2, § 20, § 25 Abs. 5, § 15 Abs. 3) meistens ein entfernter Verwandter des einen oder des anderen Gatten der Unternehmer sein, um den Hof in der Familie zu erhalten. Da dieser aber kein Erbrecht hat, so fehlt es an dem Merkmale, daß die Übertragung „mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge“ vereinbart wird, und selbstverständlich auch

an dem Merkmale, daß der Übernehmer die übrigen Abkömmlinge abzufinden hat.

Hat im Regelfalle der Gutsüberlasser weitere Kinder, so pflegt dem Übernehmer deren Abfindung zwar auferlegt zu werden, doch ist das kein zwingendes Erfordernis des Vertrages (vgl. die obige Begriffsbestimmung des Gef. vom 16. April 1860; RG.: DNotZ. 1928, 123; RG.: JW. 1930, 2390). Unklarlich der Rechtsprechung zu § 10 AufwG. wurde sogar besonders zwischen den Verträgen unterschieden, die nur die Verhältnisse der Gutsüberlasser zu dem Übernehmer regelten und den anderen, die auch die Verhältnisse der Abfindlinge ordneten (vgl. Mügel, Aufw. 611).

RG. 121, 307 = JW. 1928, 2820 bezeichnet das RG. die Regelung des Unterhaltes der Gutsüberlasser geradezu als ein Merkmal des Übergabevertrages. Der oben angeführte § 656 I 2 ABR. und auch der § 3 des Gef. v. 16. April 1860 kennen dieses Erfordernis nicht. Das RG. hat denn auch später (JW. 1930, 2390/91) erklärt, „daß die Ausbedingung eines Altenteils in einem Gutsübergabevertrage (GÜV.) zwar die Regel bildet, aber keineswegs einen wesentlichen Bestandteil des GÜV. darstellt“. Das RG. beruft sich hierfür mit Recht auf die ältere Rechtslehre bei Roth, Weseler, Gerber, Puchta, Mittermaier. Ein Übergabevertrag kann also auch dann vorliegen, wenn der Überlasser sich kein Ausbedinge vorbehalten hat.

An Stelle des Leibgebendes wurde, wie das RG. (13, 186) feststellt, vielfach ein größerer Geldbetrag ausbedungen, ohne daß dadurch an dem Wesen des GÜV. etwas geändert wird, wie das RG. ausdrücklich hervorhebt. Derartige Fälle kamen bei der Rechtsprechung in Aufwandsangelegenheiten öfter vor (RG. 121, 307 = JW. 1928, 2820; JW. 1930, 2390; BayObStG. 26, 73).

Daß der Übergabevertrag nicht bloß auf ländliche Grundstücke, insbes. auf die Erbhöfe der neueren Gesetzgebung beschränkt ist, ergibt der Wortlaut des Art. 96 GGWB. und der der ABWR. der Länder. Diese Verträge sind von der Rechtsprechung daher auch bei städtischen Grundstücken ausdrücklich anerkannt worden (RG.: JW. 1905, 717; 1930, 2389; Staudinger § 330 IV; Puchta 14f.; Runde S. 6).

Ein Übergabevertrag ist auch an einem Bruchteile des Hofes, etwa der Hälfte des Miteigentümers denkbar. Es kann demgemäß der Anerbe die eine Hälfte des Hofes durch die gesetzliche Erbfolge oder durch Testament, die andere durch Übergabevertrag erwerben (vgl. § 62 der 1. DurchfVd.). Das gilt erst recht, wenn es sich um zusammengebrachte Grundstücke i. S. des § 5 der 2. DurchfVd. handelt, die in ihrer Gesamtheit als Erbhof anzusehen sind, aber im Alleineigentum der beiden Gatten stehen, doch muß auch hier das AnerbG. dem Übergabevertrage zustimmen, das darüber zu wachen hat, daß durch den Vertrag der Erbhof nicht zerrissen wird, sondern in der Hand des Anerben zu seinem Alleineigentum wird.

Daß bei einer Mehrzahl von Personen jede einzelne einen GÜV. abschließen kann, zeigt der vom RG. behandelte Fall (DNotZ. 1931, 552), bei dem drei Personen Grundstücke gegen Gewährung des Altenteils an denselben Übernehmer übertragen. Es ist auch denkbar, daß eine Erbengemeinschaft den zum Nachlasse gehörigen Grundbesitz an einen der Miterben oder auch an einen Fremden unter Bedingungen überträgt, die alle Merkmale des Übergabevertrages enthalten. Das RG. betont (DNotZ. 1933, 585) mit Recht, daß nicht die rechtliche Form, sondern daß wirtschaftliche Gesichtspunkte im einzelnen Falle darüber entscheiden, ob in den getroffenen Abmachungen eine Gutsüberlassung zu erblicken ist, und es fordert eine Ausdehnung des Begriffs der Gutsüberlassung entsprechend den heutigen Verhältnissen.

Ein besonderes Merkmal dieser Verträge berührt Seybold noch: „Die Regel ist auch, daß die Leistungen des Übernehmers dem Wert der übernommenen Vermögensgegenstände nicht voll entsprechen.“ Wir stimmen dem noch besonders zu, obgleich auch dieses Merkmal nicht zwingend ist. Denn der Übernehmer, der zugleich gesetzlicher Erbe des Überlassers war, erhielt den Hof zu einem „Übernahmepreise“, der erheblich hinter dem gemeinen Werte zurückblieb (Puchta 14, 37; Mügel 191; RG. 54, 107; 68, 328 = JW. 1908, 430; RFG. 16, 22; RG.: DNotZ. 1926, 251). Dadurch, daß der Übernahmepreis auf den „geschwisterlichen Aufschlag“ herabgesetzt wurde, erhielt der Übernehmer seinen Erbteil vom elterlichen Vermögen und ein Entgelt für die von ihm bisher geleisteten Dienste. Die Herabsetzung diente zugleich dem Bestreben, den Hof bei Kräften zu erhalten. Daran knüpft wiederum das AnerbG. in seinem § 37 Abs. 3 an, nur daß das AnerbG., wie die bisherige Rechtsprechung der ErbGer. ergibt, schärfer zu rechnen hat, als den bisherigen bauerlichen Gepflogenheiten entsprach.

Wenn zum Schluß die Frage aufgeworfen wird, was denn nun eigentlich wesentlich für einen Übergabevertrag ist, so wird man die Begriffsbestimmung des RG. 118, 17 = JW. 1927, 2499

nur mit Einschränkungen als richtig ansehen können. Wesentlich und für das Erbhofrecht selbstverständlich ist die Übertragung des Grund und Bodens. Daneben genügt es, daß die Übertragung entweder mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge geschieht oder daß die Überlasser sich einen Altenteil vorbehalten, oder daß der Übernehmer zur Abfindung der Geschwister verpflichtet wird.

JR. Dr. Wilhelm Meherl, Bielefeld.

Der Zwang zur Annahme von Zeitungsanzeigen

Im BGB. und seinen Nebengesetzen besteht der Grundsatz der Vertragsfreiheit; niemand kann zum Abschluß eines Vertrages gezwungen werden. Früher enthielten Landesgesetze auf einigen Gebieten aus Gründen des allgemeinen Wohls einen solchen Zwang, z. B. für Herbergswirte zur Aufnahme von Reisenden, die Vorschriften sind durch § 7 GewD. zum Teil aufgehoben, die hestehengebliebenen, z. B. die Abdeckereiberechtigung, aber durch Art. 74 GGWB. unberührt gelassen worden. Ein Zwang besteht ferner nach den §§ 10 und 11 PreßG. für periodische Druckschriften, indem öffentliche Behörden bzw. von Mitteilungen Betroffene den Abdruck amtlicher Bekanntmachungen bzw. die Aufnahme von Berichtigungen verlangen können. Auch neuere NotVd. enthalten einen Zwang zum Abdruck amtlicher Mitteilungen.

Ein weiterer Zwang ist durch Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft angeordnet worden. In der 3. Bekanntmachung (v. 1. Nov. 1933, RAnz. Nr. 274) schreibt die Ziff. 16 vor:

„Der Verleger hat einen Auftrag, den ein zugelassener Anzeigenmittler von einem Werbungtreibenden erhalten hat und ihm überschreibt, anzunehmen, es sei denn, daß er den Auftrag grundsätzlich wegen des Inhalts, der Herkunft oder der technischen Form ablehnt oder den Auftrag nur unmittelbar von dem Werbungtreibenden, der in seinem Wohnort ansässig ist und seine Werbung auf das engere Heimatgebiet beschränkt, annehmen will.“

Lehnt der Verleger den Auftrag grundsätzlich ab, so darf er einen entsprechenden Auftrag des gleichen Werbungtreibenden auch nicht von jemand anderem annehmen.

Im übrigen ist der Verleger berechtigt, einen Auftrag abzulehnen, wenn der Anzeigenmittler oder der Werbungtreibende auf Verlangen keine Vorauszahlung leistet.“

Die Ziff. 8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Anzeigenwesen (Anlage 1 zur 3. Bek.) lautet:

„Die Annahme eines Anzeigen- oder Beilagenauftrages wird nur nach einheitlichen Grundätzen wegen des Inhalts, der Herkunft oder der technischen Form abgelehnt. Die Ablehnung wird dem Auftraggeber unverzüglich mitgeteilt.“

Zum Verständnis der Vorschrift sind zunächst einige Bemerkungen nötig. Nach Ziff. 15 darf der Verleger Anzeigenaufträge nur vom Werbungtreibenden oder von einem zugelassenen Anzeigenmittler annehmen. Der Werbungtreibende bedarf zur Eigenwerbung der Genehmigung des Wirtschaftsrats, aber in der milden Form, daß die Genehmigung zunächst allgemein erteilt ist, jedoch wegen unlauteren Geschäftsgebarens zurückgezogen werden kann. Dasselbe gilt für die Anzeigenmittler. Hierdurch sollen die früheren sehr üblen Mißstände auf dem Gebiete des Anknüpfungswesens beseitigt werden; dem Verleger wird eine gewisse Gewähr dafür geboten, daß der Inhalt der Anzeigen unbedenklich ist. Hierzu kommt noch der weitere Gesichtspunkt, daß der Werberat dabei mitwirken soll, unsere zusammengebrochene Wirtschaft wieder aufzurichten, und daß ein geeignetes Mittel dazu die möglichst umfangreiche Anknüpfung von Waren und Leistungen ist; durch die Förderung der Anknüpfungen erwachsen dem Verleger erhebliche Vorteile. Weiter kommt hinzu, daß heute der Betrieb des Pressegewerbes nicht mehr ein rein privatwirtschaftliches Unternehmen ist, sondern durch seine Eingliederung in die Reichskulturkammer eine gewissermaßen amtliche Stellung (vgl. das SchriftleiterG.) erlangt hat. Aus diesen Gründen ist es angebracht erschienen, den Verlegern bei der Annahme von Anzeigen einen gewissen Zwang aufzuerlegen. Daß der Zwang unbillig ist, wird man nicht behaupten können, da die Ausnahmen der obigen Ziff. 16 dem Verleger einen recht weiten Spielraum lassen und das Anzeigengeschäft in seinem Gewerbebetrieb eine sehr wichtige Rolle spielt. Bemerkt sei noch, daß grundsätzlich der Zwang besteht und daß deshalb in Zweifelsfällen die Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind.

Eine gerichtliche Entscheidung über die Vorschriften ist mir bisher nicht bekannt geworden, wohl aber hat sich der Werberat in seinem Blatte „Wirtschaftswerbung“ wiederholt über sie geäußert, auch sind mehrere Abhandlungen erschienen, so daß sich ein klares Bild über die Auslegung der Vorschriften gewinnen läßt.

1. Was den Inhalt der Anzeigen betrifft, so braucht der Verleger selbstverständlich solche Anzeigen nicht anzunehmen, die seinem Anzeigenleiter oder ihm eine strafrechtliche Verfolgung zuziehen können, auch nicht solche, die gegen die guten Sitten (§§ 138, 326 BGB.) verstoßen. Das Gesetz zum Schutz der nationalen Symbole v. 19. Mai 1933 (RGBl. I, 285) verbietet das öffentliche

Verwenden der Symbole der deutschen Geschichte, des deutschen Staates und der nationalen Erhebung in einer Weise, die geeignet ist, das Empfinden von der Würde der Symbole zu verletzen. Dieses Verbot gilt hauptsächlich für die Wirtschaftswerbung und damit auch für die Anzeigen. Die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden werden regelmäßig im *RAnz.* veröffentlicht; die Zahl der Zuwiderhandlungen ist erschreckend groß. Manche Entscheidungen widersprechen sich, da die Ausdrücke „Symbole“ und „Verletzung der Würde“ im Gesetz nicht näher bestimmt sind. Der Minister hat kurze Richtlinien veröffentlicht.

In seiner 2. Bekanntmachung (v. 1. Nov. 1933, *RAnz.* Nr. 256) hat der Werberat allgemeine Richtlinien für die Werbung erlassen. Dort lautet *Ziff.* 6:

„Im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Vorschriften und der vom Werberat erlassenen Richtlinien und Bestimmungen ist jeder in der Ausübung und Gestaltung seiner Werbetätigkeit frei.

Die Werbung hat in Gefinnung und Ausdruck deutsch zu sein. Sie darf das sittliche Empfinden des deutschen Volkes, insbesondere sein religiöses, vaterländisches und politisches Fühlen und Wollen, nicht verletzen.

Die Werbung soll geschmackvoll und ansprechend gestaltet sein. Bemerkungen von Bauwerken, Ortschaften und Landschaften müssen unterbleiben.

Wer Wirtschaftswerbung ausführt, hat dabei als ehrbarer Kaufmann zu handeln. Alle Angaben müssen wahr und klar sein und die Möglichkeit einer Irreführung vermeiden. Die Werbung darf nicht amtlichen Zeichen und Formen (z. B. Hoheitszeichen, Banknoten, Verkehrszeichen) oder behördlichen Verlautbarungen nachgebildet sein. Sie darf weiter nicht in marktschreierischer Weise oder durch Übertreibung verlocken, sondern soll in sachlicher Beweisführung die Vorteile der eigenen Leistung hervorheben. Der Wettbewerber darf nicht herabgesetzt werden.

Nicht statthaft ist ferner eine mißbräuchliche Verquickung der Werbung mit der wirtschaftlichen und obrigkeitlichen Tätigkeit staatlicher und kommunaler Stellen und öffentlich-rechtlicher Körperschaften.“

Zum Teil sind diese Sätze schon in bisherigen Vorschriften, namentlich dem *UnWG.* enthalten, in vielen Punkten gehen sie jedoch weiter. So sind z. B. marktschreierische Angaben bisher nicht als unrichtige Angaben im Sinne des § 3 angesehen worden, wenn sich die Übertreibung leicht als solche hat erkennen lassen, mit der Begründung, daß Übertreibungen bei der Kundenwerbung allgemein üblich seien. Fortan sind auch Übertreibungen unzulässig. Die vergleichende Werbung und der Hinweis auf Volkszugehörigkeit haben schon bisher als sittenwidrig nach § 1 *UnWG.* gegolten.

Die Annahme an Kindes Statt ist sehr erwünscht, aber nicht durch Zeitungsvererbung, sondern durch Vermittlung der Jugendämter, da sonst grobe Unzutraglichkeiten entstehen (*Zeitungs-Verlag* 1934, 11, 191). Unzulässig ist die Werbung für alkoholische Getränke u. dgl. in allzu enger Verbindung mit bestimmten kirchlichen Festen (*Wirtschaftswerbung* 1934, 6, 42). Desgleichen die Werbung für Lebensversicherungsgesellschaften, Bestattungsgeschäfte u. dgl. in Verbindung mit Sterbefällen (*WZ.* 1934, 5, 33). *Elster* (*WZ.* 1934, 29, 473) führt Fälle an, in denen geschmacklose Anzeigen als sittenwidrig zu gelten haben. Anzeigen über Anwerbung von Arbeitnehmern nach dem Auslande dürfen nicht angenommen werden (*WZ.* 1934, 31, 513). Abgelehnt werden dürfen Anzeigen, welche die Regierungspolitik durchkreuzen. Die 7. Bekanntmachung (v. 21. März 1934, *WZ.* 1934, 7, 44) mit Erläuterungen dazu (ebd. und 8, 49) bezeichnet als unzulässig das genehmigungslose Verwenden von Abbildungen, Ausprüchen oder Lebensgewohnheiten lebender Persönlichkeiten des politischen oder öffentlichen Lebens, von gewissen Dank- und Empfangungsschreiben, Gutachten usw.

2. Bei der Herkunft der Anzeigen handelt es sich hauptsächlich um die Betriebsform des Werbungtreibenden bzw. Anzeigenmittlers. Betriebsformen, die für die Ablehnung in Frage kommen, sind z. B. Warenhäuser, Versandgeschäfte, Zweigbetriebe. Ein Verleger, dessen Blatt für den Mittelstand kämpft, braucht nicht Anzeigen von Warenhäusern anzunehmen. Aufträge eines Werbungtreibenden, der im Auslande gegen Deutschland hebt, können abgelehnt werden. Dagegen darf z. B. ein Katholikenhafter Aufträge eines katholischen Werbungtreibenden nicht ablehnen. Angenommen werden müssen Aufträge von staatlicher, gemeinbildlichen usw. Betrieben. Der Verleger muß hierbei gleichmäßig verfahren, er darf z. B. nicht die Anzeigen eines ortsanfässigen Warenhauses annehmen und die eines auswärtigen ablehnen (*WZ.* 1934, 6, 37; 7, 46; 8, 58).

3. Der Verleger kann einen Auftrag ablehnen, wenn der Werbungtreibende bzw. der Anzeigenmittler seinem Verlangen nach Vorauszahlung der Vergütung nicht nachkommt. Das Verlangen ist unwirksam, wenn es den Vorschriften des Werberats, z. B. denen über die Preise (3. Bekanntmachung v. 21. Nov. 1934, *RAnz.* Nr. 274) zuwiderläuft.

4. Den Grund der Ablehnung muß der Verleger dem Besteller unverzüglich (§ 121 *BGB.*) mitteilen, möglichenfalls sie wirkungslos ist. Erkennt der Besteller die Begründetheit der Ablehnung nicht an, so entscheidet der Werberat.

Syndikus A. Ebner, Berlin.

Der Verzichtsanspruch aus § 1169 *BGB.* im Konkurse des Grundeigentümers, insbesondere bei Freigabe des Grundstücks durch den Konkursverwalter

Im Konkurse des Grundstückseigentümers bringt sein Anspruch gegen den Grundpfandgläubiger auf Grundpfandverzicht aus § 1169 mancherlei rechtliche Schwierigkeiten mit sich.

Erstmal fragt es sich, ob der Anspruch aus § 1169 überhaupt zur Konkursmasse des Grundeigentümers gehört. Konkursmasse ist nach § 1 *RO.* nur das pfändbare Vermögen des Gemeinschuldners. Pfändbar ist aber nur, was übertragbar ist. Die Massezugehörigkeit des Anspruchs aus § 1169 steht und fällt daher mit seiner Übertragbarkeit. Die Möglichkeit, ihn zu übertragen, unterliegt aber erheblichen Bedenken.

Bei der Frage nach der rechtlichen Natur dieses Anspruchs hat man von seinem Zweck auszugehen. Ein mit einer Dauereindebe belastetes Grundpfandrecht ist für den Gläubiger wertlos. Wirtschaftlich ist ein gegen den Willen des Eigentümers nicht mehr durchsetzbares Recht am Grundstück um nichts wertvoller als ein bereits erloschenes Recht. Gegen ein nicht mehr bestehendes Grundpfandrecht wendet sich der Eigentümer mit Hilfe des Berichtigungsanspruchs aus § 894. Es drängt sich daher förmlich ein Vergleich des Anspruchs aus § 1169 mit dem aus § 894 auf.

Ziel des Grundbuchberichtigungsanspruchs ist hier die Abwehr der Beeinträchtigung des Grundeigentums durch eine nicht bestehende Belastung. Durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs wird der Eigentümer in der Ausübung seiner Rechte i. S. von § 1004 gestört. Der Anspruch aus § 894 hat daher hier dinglich-negatorischen Charakter (so z. B. *Planck*, I zu § 894; *Staudinger*, I 2 zu § 894 und *RG.* 57, 322; a. A. *Wolff*, Sachenrecht, Anm. 4 zu § 46).

Ihm ist der Anspruch aus § 1169 wirtschaftlich ähnlich. Auch dieser Anspruch geht auf Abwehr der Beeinträchtigung des Eigentums. Sie liegt allerdings nicht wie bei § 894 in einem der Rechtslage widersprechenden Buchstand, sondern in dem Bestehen einer infolge einer Dauereindebe zu ewiger Erfolglosigkeit verurteilten Belastung. Durch diese Belastung wird der Eigentümer in der Ausnutzung seines Eigentums, seines Realcredits, beeinträchtigt. Praktisch kommt das einer Unrichtigkeit des Grundbuchs gleich, wenn auch der sich hieraus ergebende Anspruch rechtlich keinen Berichtigungscharakter trägt. Beide Ansprüche entstammen dem Grundgedanken des § 1004. Hieraus fließt ihre Verwandtschaft.

Was daher von dem Anspruch des § 894 hinsichtlich seines rechtlichen Charakters gesagt wurde, gilt uneingeschränkt auch für den Anspruch des § 1169. Auch dieses Recht ist ein aus dem Eigentum fließender dinglicher Anspruch, auch er soll dem Eigentum absolute Geltung verschaffen. Daß das Recht des Eigentümers, von dem Gläubiger nach § 1169 Verzicht auf das Grundpfandrecht zu verlangen, dinglich-negatorischer Art ist, wird überwiegend angenommen (eine ausführliche Begründung gibt *Rost*, Pfandhaftung und Dauereindebe, *Disj.*, Leipzig 1932, S. 73 ff.; vgl. noch *Jaeger*, *RO.* 6a zu § 47: „durch die Buchrechtslage gestörtes Eigentum“, „dinglicher Abwehranspruch“; *RGKomm.* 2 zu § 1169; *Planck*, *oc* zu § 1169 und *RG.*: *WZ.* 1932, 588).

Aus der Natur des Verzichtsanspruchs als eines dinglich-negatorischen Rechts folgt seine Unabtretbarkeit. Ebenso wie der Grundbuchberichtigungsanspruch kann er nicht von seiner dinglichen Rechtsgrundlage losgelöst werden. Er ist ein unselbständiges und mit dem Eigentum unlösbar verbundenes Recht. Er ist wie ein Trabant an das Eigentum gefesselt, dem er schließend zu dienen hat.

Hiernach wäre er also unabtretbar, daher nicht pfändbar und demgemäß auch nicht dem Konkursbeschlagnahme unterworfen.

Allein man wird wie beim Berichtigungsanspruch sagen können, daß eine „Abtretung“ des Anspruchs aus § 1169 wenigstens mit der Wirkung möglich ist, daß der „Zessionar“ das Recht erlangt, die Verzichtserklärung zugunsten des Eigentümers herbeizuführen. Das könnte also dessen Befugnis nicht ausschließen, selbst den Verzicht zu verlangen. Der „Zessionar“ macht dann kraft einer ihm vom Eigentümer erteilten Ermächtigung dessen Rechte geltend. Der Anspruch ist daher i. S. von § 857 *Abf.* 3 *ZPO.* wenigstens der Ausübung nach überlassbar und daher auch pfändbar. Allerdings verschafft die Pfändung des Verzichtsanspruchs dem Gläubiger noch kein Recht am Grundpfandrecht. Aber das ist unerheblich. Sie ermöglicht es ihm, durch einen weiteren Vollstreckungsakt die Beschlagnahme der durch den Verzicht entstandenen Eigentümergrundschuld herbeizuführen. Die Pfändung des Verzichtsanspruchs bezweckt daher, dem Schuldnervermögen zunächst einen befriedigungsfähigen Gegenstand, die Eigentümergrundschuld, zuzuführen. Man kann sie daher ruhig als Hilfspfändung bezeichnen.

Ist also der Anspruch aus § 1169 pfändbar, so ist er auch Konkursbefangen.

Zweifelhafter ist, ob der Anspruch Konkursbefangen bleibt, wenn der Konkursverwalter das Grundstück, weil es überbelastet ist, aus der Masse freigibt.

Für eine notwendige gleichzeitige Freigabe des Verzichtsanspruchs ließe sich vor allem der oben aufgezeigte negatorisch-dingliche Charakter dieses Anspruchs geltend machen. Der Anspruch aus § 1169 ist, um es zu wiederholen, ein unselbständiges und mit dem Eigentum unlösbar verbundenes Recht. Er lebt nur für das Eigentum und empfängt selbst nur hierdurch Leben. Daraus würde mit Notwendigkeit folgen, daß er das Schicksal des Eigentums teilt und mit dessen Freigabe ebenfalls vom Konkursbeschlagn gelöst wird.

Allein diese konstruktiven Bedenken werden durch folgende praktische Erwägung in den Hintergrund gedrängt. Die Wirkung des vom Konkursverwalter herbeigeführten Verzichts ist gem. § 1168 die Entstehung einer Eigentümergrundschuld. Sie gehört, falls die Einrede schon zur Zeit der Konkursöffnung bestand, zur Konkursmasse. Das leugnet allerdings Oberneck (RZ. 1907, 382), weil er lediglich auf den Zeitpunkt der Eintragung des Verzichts abstellt und jede nach Konkursöffnung durch Eintragung des Verzichts entstehende Eigentümergrundschuld als Neuverbot ansieht. Das ist irrig. Entscheidend dafür, ob die Eigentümergrundschuld im Falle eines nach § 1169 erwirkten Verzichts zum Neuverbot oder zur Konkursmasse zu zählen ist, ist der Zeitpunkt des Entstehens der Dauereinrede gegen das Grundpfandrecht. Denn die Frage, ob ein Erwerb vor oder nach Konkursbeginn liegt, bestimmt sich nicht nach seinem tatsächlichen Zufall, sondern lediglich nach dem Zeitpunkt, in welchem sein Rechtsgrund entstanden ist (RG. 52, 51). Mit dem Entstehen des Verzichtsanspruchs aus § 1169 ist der Rechtsgrund zum Erwerb der Eigentümergrundschuld bereits gelegt. Der Eigentümer hat mit dem Verzichtsanspruch die Anwartschaft darauf erworben, daß das dem Grundpfandgläubiger formell noch zustehende Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück ihm überlassen wird (Strohhal, DogmZ. 59, 191: „dinglich gesicherte Anwartschaft auf die Grundschuld“).

Gehört aber eine nach den §§ 1169/1168 während des Konkurses entstehende Eigentümergrundschuld, wenn die Einrede schon zur Zeit der Konkursöffnung bestand, zur Konkursmasse, dann kann es offenbar kein Unterschied sein, ob der Konkursverwalter ein Grundstück freigibt, bevor er den Anspruch aus § 1169 durchgeführt hat oder nachdem er die Eigentümergrundschuld zur Entstehung gebracht hat. Beide Fälle müssen gleichartig sein. Bleibt eine bereits vom Konkursverwalter erwirkte Eigentümergrundschuld trotz Grundstücksfreigabe Bestandteil der Konkursmasse, so muß das gleiche von dem Anspruch aus § 1169 gelten. Denn andernfalls könnte der Konkursverwalter die mit der Freigabe des Grundstücks etwa notwendig verbundene Freigabe des Verzichtsanspruchs dadurch umgehen, daß er zunächst vom Grundpfandgläubiger den Verzicht erwirkt, also eine Eigentümergrundschuld entstehen läßt, und daß er nun erst das Grundstück durch Freigabe vom Konkursbeschlagn löst. Das kann nicht sein.

Man hat also die Frage, ob die Grundstücksfreigabe automatisch die Freigabe des Anspruchs aus § 1169 nach sich zieht, davon abhängig zu machen, ob eine bereits bestehende Eigentümergrundschuld durch Freigabe des Grundstücks aus der Masse herausfällt. Das läßt sich nun keineswegs so selbstverständlich verneinen, wie dies M e n e l t u t (RD. Ann. 1 letzter Absatz zu § 1). Eine früher weit verbreitete Lehre hat im Eigentümerpfandrecht lediglich eine pfandrechtlich gesäuberte Eigentumsphäre, ein Recht des Eigentümers auf den von Belastungen freigeordneten Wertteil des Grundstücks gesehen. Man hat gesagt, die Entstehung einer Eigentümergrundschuld bedeute nur eine Eigentumsverweiterung und ein Wiederaufleben von Eigentumsbefugnissen, ohne daß der Eigentümer ein neues Recht erlange. Formell möge die Eigentümergrundschuld ein konkretisiertes Recht sein, materiell sei sie reinstes, von Belastungen freies Eigentum (vgl. außer den bekannten Vertretern der Wertparzellentheorie E b e d e r e: Recht 1912, 467; Koch: BahypfZ. I, 457 und vor allem F u l d, Die Eigentümerhypothek im Konkurs, Diss., Würzburg 1911, S. 18).

Wenn mit dieser Lehre die Eigentümergrundschuld tatsächlich nur ein Ausfluß des Eigentums wäre, dann müßte mit der Grundstücksfreigabe auch die Eigentümergrundschuld vom Konkursbeschlagn gelöst werden.

Allein diese Konsequenz wird nicht einmal von den Anhängern jener Meinung gezogen. F u l d (a. a. O. S. 79 f.) begründet seine Ansicht, die Freigabe des Grundstücks bedeute nicht gleichzeitig Freigabe der Eigentümergrundschuld, damit, es stände im Ermessen des Konkursverwalters, ob die volle oder teilweise Ausübung oder gar die Nichtausübung des Eigentums für die Masse von Vorteil sei.

Es mag dahinstehen, ob dies folgerichtig ist. Jedenfalls entspricht die Charakterisierung der Eigentümergrundschuld als einer unbelasteten Wertparzelle nicht dem geltenden Recht. Die Eigentümergrundschuld ist vielmehr ein dem Eigentum gegenüber selbständiges, begrenztes Recht an eigener Sache und unterscheidet sich in nichts von anderen begrenzten dinglichen Rechten, die einem Dritten zustehen. Sie ist echte ausübende Grundschuld und gewährt ein Ver-

wertungsrecht; bei einer Zwangsvollstreckung wird sie verwirklicht, als stände sie einem Dritten zu (das ist absolut herrschende Lehre; vgl. z. B. Wolff, Sachenrecht § 147 I). Sie ist kein Wertteil des Eigentums und folgt daher nicht notwendig dessen Schicksal. Insbesondere bleibt sie trotz Freigabe des Grundstücks Bestandteil der Konkursmasse.

Aus diesem Grunde muß in einem solchen Fall auch der Anspruch aus § 1169 Konkursbefangen bleiben.

Das gilt vor allem dann, wenn die Einrede des § 1157 und damit der Anspruch des § 1169 auf einem zur Konkursmasse gehörigen Anspruch auf Übertragung des Grundpfandrechts beruht. Und gerade diese Fälle sind sehr häufig. Der Grundeigentümer hat beispielsweise für eine gleitende Kontokorrentforderung eine Grundschuld bestellt. Er läßt jetzt aus irgendeinem Grund das Kreditverhältnis und ist der zugelegte Kredit nicht voll in Anspruch genommen, so hat der Grundeigentümer gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld, soweit der Sicherungszweck erloschen ist, mag man den Anspruch auf Betrag oder ungerechtfertigte Bereicherung stützen. Wenn dieser Anspruch, der die Einrede aus § 1157 und das Recht aus § 1169 trägt, Konkursbefangen ist, dann kann durch die Freigabe des Grundstücks der Masse nicht die Einrede und der Verzichtanspruch verloren gehen. Wohl geben die §§ 1157 und 1169 dem Eigentümer die Einrede und den Verzichtanspruch. Aber damit soll nur gesagt sein, daß diese Rechte für den Eigentümer entstehen. Trennen sich später infolge der Grundstücksfreigabe das Eigentumsrecht und der die Einrede und das Recht aus § 1169 gewährende Anspruch auf Übertragung des Grundpfandrechts, so muß die Einrede und das Recht aus § 1169 dem Anspruch folgen. Denn beide Rechte, die Einrede und der Verzichtanspruch, beruhen auf dem Übertragungsanspruch. Wurzelt wie hier die exceptio in einer auf Übertragung des Grundpfandrechts gerichteten actio, so folgt die aus der exceptio springende actio, was die Frage der Massezugehörigkeit anlangt, der Übertragungsactio und nicht dem Eigentum. Die Anziehungskraft der Verfassungsactio ist stärker als die des Eigentums.

Folgt aber die Einrede aus § 1157 und das Recht aus § 1169 dem Anspruch auf Übertragung des Grundpfandrechts, so kann allerdings der Gemeinschuldner, wenn der Grundpfandgläubiger die Forderung auf Befriedigung aus dem Grundstück erhebt — nach Freigabe ist hierzu der Gemeinschuldner und nicht der Konkursverwalter passiv legitimiert (vgl. Jaeger a. a. O. S. 44 zu § 6) —, nicht die Einrede geltend machen. Es geht nicht an, mit der Freigabe des Grundstücks der Einrede und dem aus ihr fließenden Verzichtanspruch ein verschiedenes Schicksal zu geben, etwa die Einrede mit auf den Grundstücks-eigentümer übergehen, den Verzichtanspruch aus § 1169 dagegen bei der Masse verbleiben zu lassen. Denn mit dem Wegfall der Einrede würde auch dem Verzichtanspruch die Grundlage entzogen werden. Beide sind untrennbar miteinander verbunden. Das ergibt die allgemeingültige Korrespondenz zwischen Einrede und Anspruch. Beispielsweise ist man sich darüber einig, daß auf den Anspruch aus § 1169 nur insoweit verzichtet werden kann, als ein Verzicht auf die zugrunde liegende Einrede möglich ist (Planck, 4 zu § 1169). Also unterliegt der Verzichtanspruch allen Änderungen der Einrede. Mit der Einrede müßte daher auch er in das konkursfreie Vermögen fallen und seine Verwirklichung zu einer konkursfreien Eigentümergrundschuld führen. Damit aber stände in Widerspruch, daß die Durchführung des dem Konkursverwalter verbleibenden Übertragungsanspruchs die Entstehung einer konkursbefangenen Eigentümergrundschuld zur Folge hat. Diesem Widerspruch entgeht man nur, wenn man die Einrede und damit auch den Verzichtanspruch trotz der Grundstücksfreigabe dem Konkursverwalter beläßt.

Selbstverständlich muß dem Gemeinschuldner geholfen werden, wenn der Gläubiger sich aus dem Grundstück befriedigen will. Man wird ihm die Einrede der Arglist geben. Ebenso wie nach der Konkursöffnung der Verwalter den Gläubiger nur so zu befriedigen hat, wie der Gemeinschuldner hierzu verpflichtet war, so hat jetzt nach der Freigabe des Grundstücks der Gemeinschuldner den Gläubiger nur so zu befriedigen, wie bisher der Konkursverwalter hierzu gehalten war. Die Konkursöffnung und die nachfolgende Grundstücksfreigabe kann die Duldungslast des Eigentümers nicht erweitern. Das aber wäre der Fall, wenn man ihm die Arglisteinrede nicht gewähren würde.

Verf. Dr. Joachim Schubert, Berlin.

Der prima-facie-Beweis im deutschen und englischen Schiffskollisionsrecht

Das modernere Schiffskollisionsrecht, das dem Reeder und Überseeaufmann auch heute noch vielfach Schwierigkeiten bereitet, basiert auf dem Brüsseler Internat. Übereinkommen zur einheitlichen Feststellung der Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen v. 23. Sept. 1910. Deutschland ist diesem Übereinkommen auch beigetreten und hat daraufhin durch Gesetz v. 7. Jan. 1913 die §§ 734 bis 739 HGB. neu gefaßt.

Stoßen zwei Schiffe durch Verschulden der Besatzung eines

dieser Schiffe zusammen, so ist der Reeder des „schuldigen“ Schiffes zum Erfasse des Schadens verpflichtet (§ 735 HGB.). Ist es ein Zusammenstoß zwischen einem deutschen und einem ausländischen Schiff in deutschen Gewässern, so ist grundsätzlich das Recht des Kollisionsortes maßgebend. Das rechtswidrige, schuldhaftes Anrennen eines anderen Schiffes stellt sich als ein besonders geregelter Fall einer unerlaubten Handlung i. S. des § 823 BGB. dar.

Für die Beweislast im Schiffskollisionsrecht gelten die allgemeinen prozessualen Regeln, so daß es dem geschädigten Kl. obliegt, die klagebegründenden Tatsachen auch zu beweisen, und zwar in der Regel „nicht nur ein Verschulden auf Seiten der Besatzung des in Anspruch genommenen Schiffes, sondern auch die Kausalität des Verschuldens für den betr. Schaden...“, da das Verschulden für sich allein eine Vermutung für den betr. Kausalzusammenhang nicht begründet“ (so RG. in versch. Urteilen).

Die Beibehaltung der allgemeinen Grundsätze des Beweisrechts erscheint für den Geschädigten hart; denn wie soll er, wenn sich der Schiffszusammenstoß z. B. bei Nacht oder Nebel oder in schwerem Unwetter ereignet hat, der gegnerischen Besatzung die Schuld wie auch den Kausalzusammenhang zwischen dieser schuldhaften Rechtsverletzung und dem Schaden nachweisen?

Hier mußte die Lebenserfahrung des schlichten Seemanns mit Helfen, lebensnahes Recht zu schaffen und schematische Rechts- und Prozeßgrundsätze umzubiegen, um dadurch ein dem angeborenen Rechtsempfinden des einfachen Mannes entsprechendes Volksrecht der Praxis zu schaffen, gerade so wie es der Nationalsozialismus heute für das gesamte deutsche Recht will. Aus althergebrachten, erprobten nautischen Erfahrungssätzen wurden insbesondere durch die Gerichtspraxis der Seegerichte in jahrzehntelanger Übung einige wichtige Erfahrungssätze ausgefeilt und mit besonderer Beweiskraft ausgestaltet, und diese gelten heute mehr denn je, obwohl sie nicht im Gesetz verankert sind. Zu diesen Erfahrungssätzen zählt auch der Satz, welcher besagt, daß derjenige, der ein Schutzgesetz (z. B. SeeStrD., Hafend.) verleihe, solange die „Vermutung“ des Verschuldens gegen sich gelten lassen müsse, bis er seine Nichtschuld nachgewiesen habe (RG., Hansl. u. a. m.). Auf diese Weise wird dem geschädigten Kl. die Beweisführung wesentlich erleichtert; denn es spricht der „blinkende Schein“ für ihn. Er braucht nur den Beweis des ersten Anscheins (prima-facie-Beweis) dahingehend zu führen, daß der Zusammenstoß mit dem Schiff des Bekl. tatsächlich stattgefunden hat, daß die Besatzung des beklagten Dampfers objektiv gegen die Bestimmungen eines Schutzgesetzes verstoßen, und daß diese Verletzung nach menschlicher Berechnung den Zusammenstoß verursacht und damit den Schaden herbeigeführt hat.

Ein zweiter Satz der Gerichtspraxis steht dem eben genannten ergänzend zur Seite und ist ebenfalls in einer Reihe von Entscheidungen angewandt worden. Er lautet: „Wenn zum Schutze gewisser Interessen derjenigen, die in die Lage kommen können, dieselben zu schädigen, ein bestimmtes Verhalten durch Gesetz (oder durch anderweitige Regelung, z. B. Polizeivorschrift) zur Pflicht gemacht sei, so sei beim Zuwiderhandeln gegen jene Vorschrift zu vermuten, daß derjenige Schaden, dem diese Vorschrift vorbeugen wollte, durch deren Übertretung entstanden sei, falls dadurch dieser Schaden nach den üblichen Umständen verursacht (adäquate Verursachung) sein könne.“

Liegt der angedeutete Tatbestand vor, so sprechen die auf der Erfahrung in Schiffskollisionen beruhenden Vermutungen für die Richtigkeit der Angaben des geschädigten Kl. Er braucht in diesem Falle keine substantiierten Behauptungen über Verschulden und Kausalverlauf aufzustellen. Sache des Bekl. ist es dann, darzulegen, daß besondere, sein Handeln rechtfertigende Umstände vorgelegen hätten, den Tatbestand von § 734 HGB. erfüllend. Die Gerichtspraxis schränkt die Anwendbarkeit des prima-facie-Beweises insofern ein, als sie die Vermutung des Verschuldens wie auch des Kausalzusammenhanges zugunsten des Kl. nur dann angewandt wissen will, wenn es sich um die Verletzung einer Polizeivorschrift handelt, die den Schiffen ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht macht, wie dies beispielsweise die Art. 17—26 SeeStrD. tun: Ausweichen des überholenden Fahrzeuges, Abstoppen und Rückwärtsgehen bei Kollisionsgefahr, im Nebel, Kurzhalten (Steuerbord) in engen Wasserstraßen, Lichterführung usw. Die Anwendung der Regeln über den prima-facie-Beweis setzt stets voraus, daß der Ausweichspflichtige sich der Kollisionsgefahr bewußt ist, seine Lage übersehen und sich bei gehöriger Aufmerksamkeit dessen bewußt sein kann, daß von ihm in diesem Augenblick ein bestimmtes Verhalten verlangt wird, nämlich das Ausweichen usw.

Werden dagegen ganz allgemeine Vorschriften (Blankettvorschriften, z. B. Art. 27 u. 29 SeeStrD.) verletzt, so findet der prima-facie-Beweis keine Anwendung, obwohl auf Grund der freien Beweiswürdigung des Richters auch hier Beweiserleichterungen für den geschädigten Kl. geschaffen werden. Hier wie beim prima-facie-Beweis kann der Richter zeigen, ob er volksverbunden oder aber ein lebensfremder Theoretiker ist, ob er in der Lage ist, bei der Vielgestaltigkeit der Kollisionsfälle und den mannigfaltigsten Begleitumständen (Wieren infolge Sogs, Ausschereuz, ab-

treibender Strömung, Sturms usw.), welche besonders der Bekl. zu seiner Rechtfertigung und damit zur Entkräftung des prima-facie-Beweises vorzubringen pflegt, jeden einzelnen Fall individuell und lebensnah, dem deutschen Rechtsempfinden entsprechend, zu behandeln.

Nicht weniger kompliziert als die Kollisionen von in Fahrt befindlichen Schiffen liegen die Fälle, in denen ein fahrendes Schiff mit einem stillliegenden zusammenstößt. Eine gesetzliche Regelung fehlt bisher. Auch hier muß die praktische Lebenserfahrung entscheiden, d. h. der prima-facie-Beweis eine Gesetzeslücke ausfüllen. Der äußere Schein spricht gegen das fahrende Schiff, und dieses muß sich erculpieren (z. B. plötzlicher Maschinen- oder Ruderleitungsdefekt, Ankern des gerammten Schiffes an verbotener und ungeeigneter Stelle, dicker Nebel, so daß die Lichter — wenn überhaupt vorhanden — des ankernden Schiffes trotz größter Sorgfalt nicht gesehen werden konnten usw.).

Grundsätzlich sei bemerkt, daß der Reeder nur für Verschulden der eigenen Besatzung haftet, nicht dagegen auch für Verschulden des *Zwangslosten*, unter dessen Führung das Schiff im Zeitpunkt des Zusammenstoßes stand. Für den durch Vertrag angenommenen *Privatloten*, wozu auch der — selbst beamtete — *Hafenlotse* gehört, haftet der Reeder laut §§ 481, 485, 486 HGB. ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises; denn dieser ist lediglich örtlicher Berater des Kapitäns und gehört zur Besatzung.

Der prima-facie-Beweis ist ferner anwendbar bei der sog. „Fernschädigung zwischen Schiffen“, z. B. bei Erzeugung von zu starkem Sog oder Wellenschlag infolge zu schnellenfahrens, dadurch kleine Fahrzeuge auf Land sendend oder voll Wasser schlagend, bei Irreführung des anderen Schiffes durch falsche Manöver, so daß letzteres, um eine Kollision zu vermeiden, auf Grund stößt und Schaden erleidet.

Bei Kollisionen zwischen einem Schiff und einem Schleppzug ist die Frage der Haftung für Kollisionsschäden von der Kommandoverteilung abhängig. Vier Fälle sind hierbei zu unterscheiden: 1. Assistenz des Schleppers: Kommandogewalt beim Seeschiff, 2. Bugtieren durch den Schlepper: Kommando in erster Linie beim Seeschiff, 3. eigentliches Schleppen (besonders in der Binnen-schiffahrt): Kommandogewalt beim Schlepper, 4. Schleppen eines Wracks: Kommando beim Schlepper.

In der deutschen Gerichtspraxis herrschte unter dem Einfluß des englischen Rechts: *The tug is the servant of the tow* bis in das erste Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts auch für das Binnenschiffahrtsrecht die Auffassung von der „nautischen Einheit“ und damit der Verschuldenseinheit. Hierbei ist die Besatzung des Schleppers als ein Teil der Besatzung des Anhangs aufgefaßt worden. Erst 1907 gab das RG. die Auffassung von der nautischen Einheit (Verschuldenseinheit) für das Binnenschiffahrtsrecht auf. Das Hansl. folgte dieser einschränkenden Auffassung und lehnte 1911 sogar die Haftung eines Seelichters für das Verschulden seines Schleppers ab. Diese Entscheidung ist auch vom RG. bestätigt worden.

Auf die einzelnen Fälle kann hier nicht eingegangen werden, ebensowenig auf die Fälle der Kollision von Schiffen oder Schleppzügen mit einem ruhenden Gegenstand (z. B. Brücke, Pfähle, Uferanlagen usw.). In meiner Schrift „Der prima-facie-Beweis im See- und Binnenschiffahrtsrecht, insbes. im deutschen und englischen Recht“ (unter Berücksichtigung auch des amerikanischen, französischen, belgischen und spanischen Rechts), § 17 der „Abhandlungen der Rechts- und Staatswiss. Fakultät der Universität Göttingen“, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig (1933), wird u. a. auch auf diese Fälle eingegangen.

Das englische Seerecht hat seinen Ursprung ebenfalls in Customs and Observations. Es ist eine Mischung von angelsächsischem, fränkisch-normannischem, nordischen und römischem Recht. Besonders große Bedeutung haben in England erlangt die Hansegesetze und das Wäsbysche Seerecht (germanisch). Das Ergebnis dieser vielen Rechtsmischungen, das Common Law, ist die Grundlage auch noch des heutigen englischen Rechts.

Auch im englischen Recht gilt das Verschuldensprinzip. Ein Schiffszusammenstoß ohne Verschulden (negligence) einer Partei begründet wie nach deutschem Recht keinen Anspruch auf Schadenersatz; ebenso wenn das Verschulden nicht zur Zufriedenheit des Gerichts nachgewiesen werden kann. Unter negligence versteht der Engländer „the failure to exercise the skill, care and nerve which are ordinarily to be found in a competent seaman“ (also sich im Rahmen von § 276 BGB. haltend).

Wenn demnach ein Schiff schuldhaft ein anderes in Kollisionsgefahr bringt, welche nur durch außergewöhnliche Sorgfalt beseitigt werden konnte, und es ereignet sich daraufhin tatsächlich ein Zusammenstoß, it will be held to have been caused by the former, and she will be liable for the entire loss. Aber wie nach deutschem Recht hat ein wrong step taken in the agony of the collision (z. B. im Nebel, in tiefer Nacht) nicht notwendigerweise zur Folge, daß dem betr. Schiff die Kollision zur Schuld anzurechnen ist. Die maßgebenden Vorschriften zur Verhütung von Schiffszusammenstößen sind neben den „Local Rules“ die Regulations for Prevent-

ing Collisions at Sea, 1897, denen die deutsche Seestraßenordnung im wesentlichen nachgebildet worden sein dürfte, Bestimmungen über Lichterführung, Schallsignale, über Ausweichspflicht usw. enthaltend.

Macht der Geschädigte bei einem Schiffszusammenstoß Schadensersatzansprüche geltend, so muß er wie nach deutschem Prozeßrecht die klagebegründenden Tatsachen beweisen, insbesondere daß sein Schaden durch Verschulden des Bekl. oder dessen Schiffsbesatzung, für die er haftet, verursacht worden sei. Der Kl. muß, um mit der Schadensersatzklage durchzubringen, wenigstens einen prima-facie-Beweis für ein urfächliches Verschulden des Bekl. führen, „make out at least a prima facie-case“.

Im allgemeinen stimmt die englische Rechtsprechung mit der deutschen in Schiffs-kollisions-sachen überein. Im folgenden soll daher noch auf einige Besonderheiten des englischen Schiffs-kollisionsrechts eingegangen werden.

Das fahrende Schiff hat dem vor Anker oder sonstige stillliegenden Schiff (ship ashore, lying dead in water, a fishing boat fast to her nets etc.) auszuweichen. Ereignet sich dennoch ein Zusammenstoß, so braucht das an geeigneter Stelle liegende Schiff, wenn es bei hellem Tage angerannt wird, nur eine Nachlässigkeit des fahrenden Schiffes und die Tatsache der Kollision mit diesem nachzuweisen, um einen prima-facie-Beweis gegen das in Bewegung befindliche Schiff zu erbringen. Dieser wird ihm aber dadurch noch erleichtert, daß unter solchen Umständen „the burden is upon the other (fahrende) ship to show that she was not in fault, for when a steamship runs down a vessel at her moorings in broad daylight, that fact is by itself prima facie-evidence of fault“. Wird ein an geeigneter Stelle liegendes Schiff bei Nacht angerannt, so muß es beweisen, daß seine Lichter ordnungsmäßig brannten, nicht auch noch wie nach deutschem Recht, daß die Lichter von dem daherkommenden Schiff auch erkannt werden konnten. — Hat das Schiff sich einen ungeeigneten (improper) Liegeplatz (also nicht notwendig verbotenen!) ausgesucht, oder hat es nicht das vorgeschriebene Licht geführt, so bleibt das fahrende Schiff auch weiterhin prima facie in fault for a collision, sofern es dem fahrenden Schiff bei gehöriger Aufmerksamkeit (ordinary care) möglich war, den Zusammenstoß zu vermeiden. Das englische Recht gewährt also dem stillliegenden Schiff einen weitergehenden Schutz als das deutsche, nach welchem bei Vorliegen einer der genannten Ordnungswidrigkeiten auf Seiten des stillliegenden Schiffes der prima-facie-Beweis den allgemeinen Beweisrechtsgrundsätzen weicht. Nur dann, wenn das stillliegende Schiff „obstinately refuses to move from an anchorage where she necessarily endangers other craft will be held in fault for a collision that follows“.

Neben der eben genannten Einschränkung sei auch noch auf die bei Marsden (A Treatise on the Law of Collis. at Sea 6th ed. S. 32 ff.) aufgeführten weiteren Ausnahmen zugunsten des fahrenden Schiffes hingewiesen. So muß z. B. das im Fahrwasser liegende Schiff, wenn die Kollision bei Nacht oder Nebel sich ereignete, und in der Verhandlung die Fragen aufgeworfen worden sind, ob der Ankerplatz geeignet war, ob die vorgeschriebenen Lichter geführt wurden, ob Schallsignale ordnungsmäßig abgegeben wurden usw., beweisen, daß es kein Verschulden in dieser Hinsicht treffe (mitwirkendes Verschulden!). Diese durchaus zu billigende Auffassung wurde besonders in amerikanischen Schiffs-kollisionsfällen ausgeprochen.

Eine weitere Eigentümlichkeit des englischen Schiffs-kollisionsrechts: Ist ein Schiff durch eigenes Verschulden manövrierunfähig (disabled or unmanageable) geworden und stößt es daraufhin mit einem anderen zusammen, so erhebt sich die Frage, ob das ursprüngliche Verschulden auch als Verschulden bei der Kollision zu bewerten ist. Diese nicht unbefristeten geliebene Frage wurde beispielsweise bejaht, als ein Schiff durch eigene Nachlässigkeit auf lief (got ashore) und im Loskommen (coming off) unabwendbar Schaden anrichtete; ebenso wurde Verschulden angenommen, als ein Schiff bei einer schuldhaft von ihm verursachten Kollision seine Lichter verlor und infolge mangelnder Lichterführung nachher mit einem zweiten Schiff zusammenstieß; in anderer Fall: ein Schiff befindet sich in der Dover Bay bei schlechtem Wetter in schwieriger Lage, seine Anker sind nicht mehr klar (foul), trotzdem fährt es ohne Assistenten eines Schleppers in den Hafen und rennt gegen den Pier. Hier muß es sich von einem Schlepper klarstellen lassen, aber infolge der schweren See kappt dieser die Schlepptrasse, und das Schiff treibt gegen einen Abzugskanal, ihn beschädigend. Das Schiff wurde für den Schaden haftbar gemacht, weil er durch die Nachlässigkeit „in not taking a tug in the first instance“ verursacht worden sei.

Nach englischem Recht ist ein Schleppzug als ein Schiff (nautische Einheit) zu betrachten. Das Kommando liegt beim Schleppschiff. Folge dieser Auffassung: „The tug is the servant of the tow“. Kollidiert das Schleppschiff mit einem dritten Schiff infolge Verschuldens des Schleppers, so muß der prima-facie-Beweis gegen den schuldigen Schlepper erbracht werden, und das Schleppschiff haftet für diesen, sofern es ihn nicht exkulpieren kann. Andererseits muß der prima-facie-Beweis gegen das Schleppschiff

selbst geführt werden, wenn der Schlepper infolge Verschuldens des Schleppschiffes mit einem dritten Fahrzeug kollidiert. Ereignet sich aber ein Zusammenstoß zwischen einem Schlepper und einem dritten Schiff infolge Verschuldens des Schleppers neben dem Verschulden des auf dem Schleppschiff befindlichen Zwangsloten, so hat der Schlepper selbst sich gegenüber dem geführten prima-facie-Beweis zu exkulpieren; denn den Schlepper trifft trotz der Oberleitung durch den Führer des Schleppschiffes eine gewisse Selbstverantwortung für ordnungsmäßige Navigation des Schleppzuges. Ist ein Zwangslotse aber an Bord des Schleppschiffes, so trägt dieser die Verantwortung. Nach Merch. Shipp. Act, 1894 ch. 60 sect. 633 haftet der Reeder nicht für den Zwangsloten. Wenn daher der prima-facie-Beweis des Kl. gegen das Schiff geführt ist, so hat dieses sich dahingehend zu exkulpieren, daß es unter dem Kommando eines Zwangsloten gestanden habe und die eigene Schiffsbesatzung kein Verschulden treffe, sondern den Zwangsloten allein. Behauptet der Kl. weiter, die Schiffsbesatzung habe für eine andere schuldhaftige Handlung einzustehen, welche zu der Kollision beigetragen habe, so hat er einen neuen prima facie-case zu begründen. Für die ordnungsmäßige Ausrüstung des Schleppschiffes hat der Zwangslotse aber nicht einzustehen, sondern der Reeder.

Beachtenswert ist noch die Tatsache, daß das englische Seerecht die Lehre von der nautischen Einheit für das Binnen-schiff-fahrtsrecht — genau so wie seit ROLlet. 65, 382 für das deutsche Recht — nicht aufrechterhält, sondern scharf zwischen Bugier- und Assistentendiensten bei einem Seedampfer und der reinen Schleppschiffahrt auf Binnengewässern scheidet.

Der prima-facie-Beweis hat sich ohne gesetzliche Regelung in den Rechten sämtlicher moderner Länder durchgesetzt, weil er aus der Praxis und dem natürlichen Rechtsempfinden der germanischen Völker heraus entstanden ist und sich behauptet hat. Von ihm trifft es zu, was der Reichsjustizkommissar Dr. Frank jüngst in Hamburg gesagt hat: „Das neue Recht kann nur dann verwirklicht werden, wenn Recht und Volksgefühl, wie es in der alten Zeit der Fall war, sich wieder vereinen.“

Dr. Paul H. Piechotta, Hamburg.

Welche Partei ist beweispflichtig, wenn der Beklagte gegenüber einer Klage auf Zahlung des Kaufpreises einwendet, er habe im fremden Namen gekauft?

Der in Frage stehende Tatbestand ist folgender: Der Kläger klagt auf Zahlung des Kaufpreises. Der Beklagte wendet ein, er habe nicht für sich, sondern im fremden Namen gekauft. Der Kläger bestreitet dieses. Die Verhandlungen, insbes. die Beweisaufnahmen (gegebenenfalls einschließl. Parteivernehmungen), haben zu keinem Ergebnis geführt. Die Frage, ob der Beklagte im eigenen oder fremden Namen abgeschlossen hatte (entweder ausdrücklich oder infolge erkennbar hervorgetretenen Vertretungswillens), konnte nicht geklärt werden.

In einem beratigen Fall, wo sich beim Endurteil eine nicht aufzuklärende Ungewißheit, ein non liquet ergibt, gewinnt die Frage der Beweis-pflicht eine entscheidende Bedeutung. Denn sie entscheidet darüber, wer den Nachteil aus dem Nichtaufgeklärte sein zu tragen hat. Zuungunsten derjenigen Partei, die für die Existenz der nicht erwiesenen Tatsache beweispflichtig war, muß dann entschieden werden (vgl. Stein-Jonas, 15. Aufl., § 282 IV 1; Düringer-Sachenburg, 2. Aufl., Einl. Num. 402).

Bekanntermaßen hat nun der Kläger das Vorliegen der rechtserzeugend wirkenden Tatsachen, der klagebegründenden Normen, der Beklagte das Vorliegen der rechthindernd, rechternichtend, rechthemmend wirkenden Tatsachen zu beweisen. Es kommt also im vorliegenden Fall darauf an, ob der Einwand des Beklagten, er habe im fremden Namen gehandelt, sich als ein Leugnen der klagebegründenden, rechterszeugend wirkenden Tatsachen, oder als Einrede darstellt. Eine Einrede läge nämlich dann vor, wenn die klagebegründenden Tatsachen zugestanden, aber die Voraussetzungen von Gegen-normen vorgebracht würden, die den klagebegründenden Normen entgegenwirkten und die Klage daher als unbegründet erscheinen ließen (vgl. Rosenbergs, 3. Aufl., § 103 II 1 u. 2).

Wäre das Vorbringen des Beklagten ein Leugnen des Klagegrundes, dann wäre der Kläger hinsichtlich des Vorliegens der klagebegründenden Tatsachen beweispflichtig; insolgedessen müßte, da der Beweis nicht erbracht worden ist, die Klage abgewiesen werden. Stellt es sich aber als Einrede dar, so müßte der Beklagte das Vorliegen der Einredetatsachen beweisen. Da der Beklagte beweispflichtig wäre, müßte dann der Klage stattgegeben werden.

Damit festgestellt werden kann, ob der Beklagte durch sein Vorbringen die klagebegründenden Tatsachen leugnet oder diese zugesteht, ist zu untersuchen, was im vorliegenden Fall zu den klagebegründenden Tatsachen gehört. Der Kläger gründet seine Zahlungsklage darauf, daß er mit dem Beklagten einen Kaufvertrag abgeschlossen habe. Infolge der üblichen Abkürzung faßte der Kläger den Inhalt des Rechtsgepärrts in den Worten „Beklagter kaufte“ zusammen. Die Verteidigung des Gegners ergab nun, nach welcher Richtung und in

welchem Maße die Auflösung in die Einzelatbestände zu erfolgen hatte. Hier hatte sie den Abschluß im eigenen Namen zum Gegenstand. Das Ziel dieser Auflösung ist darzutun, daß das behauptete Rechtsgeschäft (Kauf) den Tatbestand der beanspruchten Rechtsfolge (Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung) bilde. Die Klage gründet sich demnach also nicht nur darauf, daß zwischen den Parteien ein Kaufabschluß erfolgte, nicht nur auf das Geschäft an sich, sondern darauf, daß das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft seinem Inhalt nach geeignet ist, den erhobenen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten zu rechtfertigen (vgl. Leonhard, Beweislast, S. 296; Stein-Jonas § 282 IV b). Die Wirkung des Rechtsgeschäfts gegen den Beklagten, dessen Verpflichtetsein, gehört zu den klagbegründenden Tatsachen. Diese klagbegründenden Tatsachen leugnet er, wenn er sagt, er habe das Geschäft im fremden Namen abgeschlossen, denn damit leugnet er seine Verpflichtung.

Rosenberg (Beweislast, 2. Aufl., S. 351; ArchZivPr. 94, 120) behauptet, demgegenüber, der Beklagte, der geltend mache, die Wirkungen des Geschäfts träfen nicht ihn, sondern einen Dritten, bringe eine Einrede vor. Er gebe die klagbegründenden Tatsachen zu, indem er den tatsächlichen Vorgang, den Vertrag geschlossen zu haben, bestärke. Er führe aber den Tatbestand eines besondern Rechtssatzes, welcher den Klagenanspruch unbegründet erscheinen ließe, an. Diese Gegenform sei § 164 BGB. Wie Leonhard (S. 94) hierzu richtig bemerkt, kann man die Erklärung des Beklagten, er habe den Vertrag im Namen eines anderen geschlossen, nicht in der Weise zerreiß, daß man die Worte „er habe den Vertrag geschlossen“ als Geständnis und die Worte „im Namen eines anderen“ als Einrede auffaßt (vgl. Reinhold, Klaggrund ... S. 95). Es liegt vielmehr ein einheitlicher Vertrag mit einheitlicher Wirkung vor. Diese zu den klagbegründenden Tatsachen gehörende Wirkung des Vertrages leugnet der Beklagte.

Die Gegenmeinung (Rosenberg, Beweislast, S. 351 ff.; ArchZivPr. 94, 120 ff.; Wezinger, Beweislast, S. 160; Staub, 12./13. Aufl., § 58 A 4; Endemann, 9. Aufl., I S. 499; Dertmann, 3. Aufl., § 164 6; Braß; Recht 1911 Sp. 225; Hölle: Recht 1912 Sp. 671), die das Vorbringen des Beklagten als Einrede auffaßt, macht geltend, daß nach BGB. Rechtsgeschäfte unter Lebenden grundsätzlich für und gegen denjenigen wirken sollen, mit dem sie abgeschlossen sind, und daß § 164 II BGB. ergäbe, daß das Handeln im fremden Namen als das Beweisbürftige, nicht ohne weiteres zu Vermutende behandelt werde. Es spräche eine allgemeine Vermutung dafür, daß das Handeln im eigenen Namen das Regelmäßige sei. Hölle (Recht 1912 Sp. 671) führt aus, daß nach § 164 II die Willenserklärung nur für und gegen den Vertreter wirke, wenn entweder eine Kundgebung des Vertretungswillens, noch ein erkennbares Hervortreten des Vertretungswillens vorläge. Hieraus folge, daß, wer den seinem Gegner nicht bekannten Vertretungswillens nicht hervorhebe und nachträglich behaupte, er habe das Rechtsgeschäft im fremden Namen vorgenommen, von dem normalen Standpunkt abweiche, da seine Handlung gegen das Offenheitsprinzip verstoße, und er deshalb exipiendo darzulegen habe, daß er im fremden Namen gehandelt habe.

Entgegen dieser Ansicht ist aber festzustellen, daß § 164 II nur besagt, daß der nicht erkennbar hervorgetretene Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht zu berücksichtigen sei. Nach den Motiven hat man mit der Vorschrift des § 164 II nur den schon vorher in der Praxis anerkannten Satz, daß, wer ohne Kundgebung eines Vertretungswillens eine Willenserklärung abgibt, als Kontrahent im eigenen Namen zu behandeln sei (vgl. M. I S. 226; DLG. 20, 62; 22, 154), guthießen wollen. Steht demnach also fest, daß ein Handeln im fremden Namen nicht erkennbar hervorgetreten ist, ist dieses unstrittig, dann greift § 164 II Maß, und der Gegner wird als Kontrahent im eigenen Namen angesehen. Ist aber gerade streitig, wie im vorliegenden Fall, ob ein Handeln im fremden Namen erkennbar hervorgetreten ist oder nicht, dann kann § 164 II nicht angewandt werden, er paßt auf diesen Fall gar nicht (vgl. Stuckszberg: LZ. 1912, 52).

Der § 164 II begründet keinesfalls eine Vermutung dafür, daß eine abgegebene Willenserklärung, wenn streitig ist, ob es erkennbar war, daß sie im Namen eines anderen abgegeben wurde, im eigenen Namen des Erklärenden erfolgt sei. Der Beklagte, der behauptet, er habe im fremden Namen abgeschlossen, macht daher nicht eine, einer Vermutung widersprechende Voraussetzung, die er zu beweisen hätte, geltend, sondern er bestreitet lediglich, wie bereits ausgeführt, die Voraussetzungen des gegen ihn gerichteten Klagenanspruchs (vgl. DLG. 22, 154; 20, 62; Stuckszberg S. 52; f. auch Düringer-Hachenburg I Vorbem. § 48 Anm. 8).

Sein Vorbringen stellt sich also als Klagleugnung dar (so: Stein-Jonas § 282 IV b; Leonhard S. 296; Staubinger § 164 9; RGKomm. § 164 5; Planck § 164 9; Förster-Kann § 282 4 c bb; Düringer-Hachenburg II Einl. S. 420, I Vorbem. § 48 Anm. 8; Staub § 58 Anm. 22; Stuckszberg S. 52; Reinhold S. 96; RG. 2, 195; 3, 122; RGWarn. 1908, 69; DLG. 22, 154; 20, 62).

Somit ist der Kläger beweispflichtig. Da er den Beweis nicht erbracht hat, mußte seine Klage abgewiesen werden.

W. Werner Braun, Hamburg.

Kann aus einem vor dem Vollstreckungsgericht abgeschlossenen Vergleich Kostenfestsetzung stattfinden?

Anlaß zu dieser Fragestellung gab folgender Fall: Der Gläubiger hatte aus einem rechtskräftigen Urteil die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners betrieben. Der Schuldner erhob Erinnerung nach § 766 ZPO. In der mündlichen Verhandlung über die Erinnerung wurde ein Vergleich geschlossen, wonach einige Gegenstände freigegeben wurden, im übrigen die Zwangsvollstreckung weiterzuführen war. Ferner übernahm der Schuldner die Kosten des Verfahrens. Auf Grund dieses Vergleichs wurde Kostenfestsetzung beantragt, die aber abgelehnt wurde. Die Erinnerung hiergegen wurde zurückgewiesen mit der Begründung: „Ein als Vollstreckungstitel geeigneter Vergleich i. S. des § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. muß nach Erhebung der Klage vor dem Prozeßgericht abgeschlossen sein. Ein vor dem Vollstreckungsgericht abgeschlossener Vergleich, wie er vorliegend in Frage steht, fällt nicht unter § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. und gibt keinen Vollstreckungstitel ab (Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., Anm. II 2a, II 2c zu § 794).“

Danach muß der Gläubiger aus dem Vergleich gegen den Schuldner, der es schon zur Zwangsvollstreckung kommen ließ und deshalb auch jetzt nicht freiwillig zahlt, neue Klage erheben. Zudem muß, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Übererlös aus den Pfandobjekten vom Gerichtsvollzieher dem völlig vermögenslosen Schuldner ausfolgt werden soll, zuerst ein Arrest beantragt werden. So erfordert die Verwirklichung des im Vergleich anerkannten Kostenerstattungsanspruchs einen ganz unangemessenen Aufwand an Zeit und Arbeit, läßt neue Kosten entstehen, die die beizutreibenden Kosten noch übersteigen und führt — last not least — häufig zu einer Vereitelung der Zwangsvollstreckung durch den Schuldner. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend.

Bei der Prüfung der aufgeworfenen Frage ist von § 103 Abs. 1 ZPO. auszugehen, wonach die Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel voraussetzt. Die Zwangsvollstreckung findet nach § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. statt „aus Vergleich, welche nach Erhebung der Klage ... zur Beilegung des Rechtsstreits ... abgeschlossen sind“. Damit scheiden, wenn man am Wortlaut des Gesetzes festhält, Vergleiche außerhalb des Urteilsverfahrens (bagegen Baumbach, Anm. 3 B zu § 794) und somit auch Vergleiche im Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht aus. Fraglich erscheint, ob nicht solche Auslegung des Wortes „Klage“ zu eng ist, ob nicht unter § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. alle Vergleiche fallen, die in einem Verfahren, das seine Erledigung in einer einen Vollstreckungstitel schaffenden Entscheidung finden soll, zu dessen Beilegung abgeschlossen werden. Dazu gehört auch der Vergleich im Verfahren auf Erinnerung gemäß § 766 ZPO. Für diese Ausdehnung spricht bei Verwertung der oben gemachten Ausstellungen der Gedanke, daß die Bestimmungen der ZPO. nicht die Rechtsverfolgung erschweren, nicht Hindernisse schaffen wollen, an denen die materiellen Rechte der einen oder anderen Partei zum Scheitern gebracht werden, sondern im Gegenteil den Verfahrensweg weisen, auf dem in zweckmäßigster und schnellster Weise ein Rechtsstreit seiner sachlichen Entscheidung zugeführt wird“ (RG. 105, 422). Dieser Gedanke muß auch gegenüber wesentlichen Prozeßvorschriften durchgreifen (RG. 102, 276; 106, 264). Die gegen solche Ausdehnung des § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. auf Vergleiche im Zwangsvollstreckungsverfahren von Wolf, Der Prozeßvergleich: ArchZivPr. 88, 171; Stein-Jonas, Anm. II 2a und Note 32 zu § 794; Baumbach, Anm. 3 B zu § 794 erhobenen Bedenken gehen fehl. Wolf, Stein-Jonas und Baumbach gehen davon aus, ein Prozeßvergleich sei nur möglich, solange ein Rechtsstreit beizulegen, der Rechtsstreit also noch nicht rechtskräftig erledigt sei. Aber gegenüber dem rechtskräftig erledigten Verfahren ist das neue Verfahren, das in einer einen Vollstreckungstitel schaffenden Entscheidung seine Erledigung finden soll, insoweit ein ganz selbständiges Verfahren, als hier keineswegs über denselben Anspruch entschieden wird, über den im vorausgegangenen Verfahren rechtskräftig entschieden wurde. Selbst wenn dieser Anspruch in den Vergleich einbezogen wird, kann dem die Rechtskraft ebensowenig entgegenstehen, wie sie der Einbeziehung eines rechtskräftig festgestellten Anspruchs in einen in einem Urteilsverfahren abgeschlossenen Vergleich entgegensteht. Soweit der Gläubiger durch einen solchen Vergleich einen zweiten Vollstreckungstitel über ein und denselben Anspruch in die Hand bekommt, steht dem Schuldner gegen eine Vollstreckung aus dem ersten Vollstreckungstitel die Vollstreckungsgegenklage zu. Damit ist dem Rechtshilfebedürfnis des Schuldners vollaufgenügt. Andere Bedenken dürften aber gegen die Ausdehnung des § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. nicht bestehen.

Nur durch solche Ausdehnung dieser Vorschrift wird dem Gläubiger ermöglicht, sich im Zwangsvollstreckungsverfahren auf einen Vergleich, der doch auch im Interesse des Schuldners liegt, einzulassen.

Ref. Paul Fik, Ellwangen-Jaglt.

Zur Frage der Verjährung rechtskräftig festgestellter Ansprüche durch erneute Klagerhebung

Zu dieser Frage hat OGR. Dr. Greifer, Berlin, in JW. 1934, 1894 unter Berufung auf einen Beschluß des OLG. Berlin v. 17. Febr. 1934, 213 T 1997/34, Stellung genommen und den Standpunkt vertreten, daß auch die Verjährung rechtskräftig festgestellter, gem. § 218 Abs. 2 BGB. einer kurzen Verjährung unterliegenden Unterhaltsansprüche nicht dadurch unterbrochen werden könne, daß nochmals nur zum Zweck der Unterbrechung der Verjährung Klage auf Feststellung der Verpflichtung aus dem früheren Urte. erhoben wird.

Diese Rechtsauffassung unterliegt erheblichen Bedenken; nicht nur im Schrifttum (vgl. Rosenbergs, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts § 154 Ziff. II, 2b; Waumbach, ZPD. Note 2 C zu § 322) wird eine solche zweite Klage ausnahmsweise zugelassen, sondern auch die Abspr. nimmt gerade für Unterhaltsansprüche mehrfach den gegenteiligen Standpunkt ein, so außer dem von Verf. angeführten Entsch. der OLG. Mannheim und Memmingen auch das OLG. Stuttgart in seinen Beschlüssen v. 25. Febr. 1932, T 52/32, und v. 17. Febr. 1932, T 128/32, und das — inzwischen aufgehobene — OLG. Halle in seinem Beschluß v. 22. Dez. 1930, T 72/30.

Nichtig ist, daß für die vorliegende Frage ausschließlich maßgebend ist, ob das Rechtsschutzbedürfnis, das bei Feststellungsklagen mit dem in § 256 ZPD. geforderten Feststellungsinteresse zusammenfällt, für eine zweite, lediglich zur Unterbrechung der Verjährung erhobene Klage gegeben ist und daß diese Frage mit der materiellen Rechtskraft des auf die erste Klage ergangenen Urte. nichts zu tun hat, weil der zweite Richter — wenigstens nach der herrschenden, insbes. vom RG. vertretenen Ansicht — durch die frühere Entsch. nicht an einer neuen Verhandlung und Entsch., sondern nur an einer von der früheren abweichenden Entsch. gehindert ist. Wenn aber der allgemeine Satz aufgestellt wird, daß die Verjährung rechtskräftig festgestellter Ansprüche nicht dadurch unterbrochen werden könne, daß nochmals behufs Unterbrechung der Verjährung Klage auf Feststellung der Verpflichtung aus dem früheren Urte. erhoben wird, so kann dem nicht beigetreten werden. Das BGB. kennt kein solches Verbot; die Klage ist der normale Weg der Unterbrechung der Verjährung (vgl. § 209 Abs. 1 BGB.); wenn die ihr in § 209 Abs. 2 daselbst gleichgestellten Maßnahmen versagen, z. B. bei Unbekanntheit des Aufenthalts des Schuldners (vgl. § 688 Abs. 2 ZPD.), so ist nicht einzusehen, warum wiederholte Klagerhebung zum Zweck der Unterbrechung der Verjährung unzulässig sein soll, wenn wiederholte Vollstreckungsmaßnahmen zum gleichen Zweck zulässig sind. Die Versagung der wiederholten Klagerhebung stellt eine ganz besondere Härte in den nicht seltenen Fällen dar, wo der eheleiche oder uneheliche Vater sich der Unterhaltspflicht gegenüber seinen Kindern dauernd und grundlos entzieht und durch Geheimhaltung seines Aufenthalts oder Flucht in das Ausland die Rechtsverfolgung und zwangsweise Durchführung der Unterhaltsansprüche pflichtwidrig erschwert oder unmöglich macht; solchen „Emigranten“ muß die Rechtswohlthat der kurzfristigen Verjährung durch Zulassung der wiederholten Klagerhebung zwecks Unterbrechung der Verjährung versagt werden. Die Verjährung will gewiß der Beherrschung mit veralteten Rechtsansprüchen ein Ziel setzen und auf den Gläubiger einen erzieherischen Druck zur ordnungsmäßigen Rechtsabhandlung behufs glatter Abwicklung des Verkehrslebens ausüben, aber sie soll dem zahlungspflichtigen Schuldner nicht eine Handhabe bieten, sich unbestrittenen oder unbestreitbaren Ansprüchen eines seine Rechte ordnungsmäßig wahrnehmenden Gläubigers zu entziehen, zumal wenn sie bereits rechtskräftig festgestellt sind.

Das Rechtsschutz- und Feststellungsinteresse wird daher bei solchen Klagen vielfach zu bejahen sein. Dazu kommt noch ein gleichfalls zu beachtendes öffentliches Interesse. Die Kinder solcher zahlungsflüchtigen Väter fallen häufig der öffentlichen Fürsorge anheim. Den Amtsvormündern ist deshalb in einzelnen Ländern, z. B. durch § 41 Württ.-B.D. z. LZWohlfG. v. 19. März 1928 ausdrücklich zur Pflicht gemacht, dafür zu sorgen, daß die Ausländer an Unterhaltsrenten nicht verjähren, weil mit der Möglichkeit späteren Vermögensanfalls, z. B. durch Erbschaft, bei solchen Schuldner und damit dem Erfaß der aus öffentlichen Mitteln für das Kind gemachten Aufwendungen zu rechnen ist. Gerade vom Standpunkt des nationalsozialistischen Staats aus sollte doch vermieden werden, solchen sachlich begründeten Anordnungen der Verwaltungsbehörden durch eine allzu formalistische Gesetzesauslegung in den Arm zu fallen.

OGPräs. i. R. Majer, Ulm-Neu-Ulm.

Kann die Errichtung eines Grundstücksveräußerungsvertrages in der Form des § 313 BGB. erzwungen werden?

I.

Nach § 98 BGB. konnte durch Landesgesetz bestimmt werden, daß das OLG. die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 BGB. erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Danach konnte lediglich die Vorlegung einer etwa vorhandenen

Urkunde, nicht aber die Errichtung einer bisher nicht vorhandenen Urkunde erzwungen werden (Gütche-TriebeL, Num. 3 zu § 98). Durch § 2 B.D. über Auflassungen v. 11. Mai 1934 ist der Beurkundungszwang, wie er bisher schon in verschiedenen Teilen Deutschlands bestand, aus Gründen der Verkehrssicherheit auf das ganze Reichsgebiet ausgedehnt worden (AllgVfg. d. RM. v. 9. Aug. 1934; Deutsche Justiz S. 1018). Nunmehr ist die Auflassung nicht nur dann abzulehnen, wenn die nach § 13 BGB. erforderliche Urkunde nicht vorgelegt wird. Die zur Entgegennahme der Auflassung zuständige Stelle (Notar, OLG., Ortsgericht) hat vielmehr auch dann die Auflassung abzulehnen, wenn eine Urkunde über das Veräußerungsgeschäft nur privatschriftlich oder überhaupt nicht errichtet ist und die Errichtung zu Protokoll der für die Auflassung zuständigen Stelle von den Beteiligten verweigert wird (AllgVfg. d. RM. v. 11. Juli 1934; Deutsche Justiz S. 884; OLG. Berlin, Beschl. v. 26. Juni 1934, 201 T 9500/34¹⁾). Wenn es sich auch nur um eine Sollvorschrift handelt, so ist diese doch auf jeden Fall von den beteiligten Stellen zu beachten, auch wenn dies zu unwirtschaftlichen Ergebnissen führt (RG. 133, 283; JW. 1931, 3654; RG., Beschl. v. 29. März 1934, 1 X 130/34). Wird aber trotzdem — was natürlich nicht vorkommen sollte — die Auflassung unter Nichtbeachtung des § 2 B.D. entgegengenommen, so hat die Eintragung dennoch zu erfolgen. Denn die Auflassung ist wirksam, und die Eintragung erfolgt nicht auf Grund des obligatorischen Erwerbsgeschäfts, sondern auf Grund der Auflassung allein (Bay-OBG.: Recht 1910 Nr. 2707).

OGR. Dr. Seibert, Berlin.

II.

Der neueingeführte Beurkundungszwang ist eine Maßnahme, die zeigt, daß das Dritte Reich Hüter sein will des wertvollen Rechtsguts, das deutscher Grund und Boden darstellt, und Wähler der Interessen derjenigen, die sie zu wahren nicht verstehen.

Die B.D. spricht sichtlich von den Gründen der Verkehrssicherheit, aber darin liegt viel.

Wie war es doch bisher so oft?

Der Winkelkonsulent, der Erschleicher des Vertrauens des „kleinen Mannes“, machte den Kaufparteien klar, sie brauchten doch nicht zum Notar oder zum Gericht zu gehen, um das Grundstück zu verkaufen, das mache die Sache nur teuer, den Vertrag könne auch er und ebenjo gut fertigen.

Der Grundstücks- und Güterschlächter ließ sich vom Eigentümer nichts anderes als eine Auflassungsvollmacht geben, zerstückte das Grundstück in Parzellen und ließ diese ohne Vertrag an die Käufer auf.

Ein gewerbmäßiger Häusereinkäufer hat mir vor einiger Zeit erklärt, er kaufe grundsätzlich ohne Vertrag nach § 313 BGB.; das vertrauere sein Geschäft unnützlich. Und wolle der Verkäufer so nicht, so suche er eine Hypothek zu erwerben, um wenn möglich das Grundstück zur Versteigerung und so an sich zu bringen.

Das alles war bisher möglich bei vertrauensseligen und bei geriebenen Leuten. Und, nicht zu leugnen, es konnte sogar gut ausgehen; aber gewöhnlich trat das Gegenteil ein. Jeder Praktiker kennt die Verträge der Winkelkonsulenten und den Ausruf der Verzweifelten: „Wäre ich doch damals zum Notar gegangen!“ Jeder Praktiker kennt die Sorge und Angst des Verkäufers oder Käufers ohne Vertrag und seinen Notschrei: „Ja, das ist doch damals alles mündlich vereinbart worden“ oder wie so oft: „Davon ist damals aber kein Wort gesprochen worden.“

So ließen sich der Beispiele viele anführen.

Diesem Treiben macht die B.D. ein Ende. Wie die unfaulteren und unzuverlässigen Winkelkonsulenten zum Segen ihrer Klientel aus der Rechtspflege ausgeschaltet werden, so haben sie zu verschwinden aus einem Rechtsgebiet, bei dem es noch um Wichtigeres, um Grundstücke geht. Die Grundstückschlächter konnten sich nur entwickeln unter einer Regierung, die zuließ, daß Grund und Boden zur Marktware wurde. Die Scholle des einzelnen soll wieder ein heiliges Gut werden und jedermann bei ihrer Veräußerung des Schutzes der Organe sicher sein, die vom Staat betruhen und eingeseht sind, Wahrer und Betreuer zu sein.

RM. u. Notar Wilhelm Scholz, Berlin.

Der Zulassungszwang der Deutschen Reichspost im Fernsprechverkehr

RM. Carl „Monopolstellung und Abschlußzwang des Versorgungsunternehmers“: JW. 1934, 1946 behandelt unter eingehender Würdigung der vorliegenden, aber vielfach gegensätzlichen Rechtslehre und Rechtsprechung die Frage, ob ein Monopol in der Wasser-, Gas- oder Stromversorgung für das damit bedachte Versorgungsunternehmen einen Abschlußzwang (Kontrahierungszwang) gegenüber dritten Personen, insbes. gegenüber dem Kon-

¹⁾ Vgl. jetzt auch RG. 1 X 351/34 (Beschl. v. 23. Aug. 1934).

fursverwalter (R.B.) mit sich Gränge. Unter Berufung auf die vorliegende Rechtsprechung bejaht der Verfasser grundsätzlich diesen Zwang. Seine Ausführungen berühren die für die Deutsche Reichspost (DRP.) rechtlich und finanziell erhebliche Frage nach Inhalt und Tragweite des für sie bestehenden Abschluß- oder Zulassungszwangs im Fernsprechverkehr, insbes. — bei Konkurs (R.) des Fernsprechteilnehmers — gegenüber dem R.B.

Der Zulassungs- oder Abschlußzwang im Fernsprechverkehr der DRP. ist gesetzlich festgelegt und eindeutig umschrieben. Man muß dabei die Zulassung zur Benutzung der öffentlichen Fernsprecheinrichtungen und die Pflicht der DRP., einen Anschluß an ihre Fernsprechanlagen zu gewähren, auseinanderhalten. „Zu einem ordnungsmäßigen Gespräch auf den für den öffentlichen Fernmeldeverkehr bestimmten Anlagen“ (den öffentlichen Sprechstellen) ist „jedermann... gegen Zahlung der Gebühren“ zugelassen (§ 7 FernmAnlG. v. 14. Jan. 1928 [RGBl. I, 8]). Das Recht auf Gewährung eines Anschlusses an das Ortsfernnetz dagegen wird nur den Eigentümern von Grundstücken eingeräumt, selbst diesen nur „gegen Erfüllung der“ (von der DRP.) „zu erlassenden und öffentlich bekanntzumachenden Bedingungen“ (§ 8 FernmAnlG.; vgl. über diese beiden zu unterscheidenden Gegenstände des Zulassungszwangs der DRP. auch die RG. 86, 311). Anderen Personen als Grundstückeigentümern kann die DRP. einen Fernsprechananschluß gewähren (das geschieht in weitem Maße; vgl. den § 11 FernsprD. v. 15. Febr. 1927: Amtsbl. des Reichspostmin. 1927, 65, der aufzählt, wer Fernsprechteilnehmer, d. h. Inhaber eines Hauptanschlusses, sein kann), sie muß es aber nicht (vgl. auch hier RG. 86, 311 = JW. 1915, 520). Die in § 8 FernmAnlG. erwähnten Bedingungen für den Grundstücksanschluß an das Ortsnetz finden sich in der FernsprD., die auf Grund der damals geltenden §§ 2 und 6 des Reichspostfinanzgesetzes (RPFG.) v. 18. März 1924 (RGBl. I, 287) erlassen worden ist. Zu ihnen zählt u. a. die Bestimmung der FernsprD., daß die DRP. einem früheren Anschlußinhaber, der mit seinen Verpflichtungen im Rückstand geblieben ist, einen neuen Anschluß erst nach Erfüllung dieser Verbindlichkeiten gewährt (§ 12 III FernsprD.), vor allem aber die weitere Bestimmung, daß die DRP. einen Anschluß sperren oder ohne Kündigung aufheben kann, wenn der Teilnehmer mit der Zahlung von Gebühren im Rückstand bleibt (§ 28 II a FernsprD.). Solche Rechtsvorbehalte muß jeder Teilnehmer, auch der durch § 58 FernmAnlG. bevorrechtigte Grundstückseigentümer „im Interesse der ordnungsmäßigen Abwicklung des Betriebes“ auf sich nehmen (Reugebauer, Fernmelderecht III, 180). Sie legen dem Rechtsanspruch auf Zulassung zum Fernsprechananschluß gewisse Schranken auf, die um so wirksamer sind, als sie im § 8 FernmAnlG. und in den vorerwähnten Verlautbarungen der FernsprD. eine gesetzliche Unterlage besitzen und nicht etwa „erst infolge vertragsmäßiger Unterwerfung der die Fernsprecheinrichtungen benutzenden Personen unter sie“ Geltung haben (vgl. RG. 86, 311).

Muß sich nun auch der R.B. diesen Schranken des Zulassungszwangs beugen oder kann er — unbeschwert davon — von der DRP. die Begründung eines neuen Fernsprechteilnehmerverhältnisses für seine Person begehren und etwaige Gebührrückstände des Gemeinschuldners auf die Befriedigung als einfache R.-Forderungen verweisen? Läßt sich die Rechtsstellung des R.B. so einschneidend von jener des Gemeinschuldners trennen und verselbständigen, wie Carl es möchte?

Auch wenn man das Fernsprechananschlußverhältnis als öffentlich-rechtliches Verhältnis und nicht als bürgerlich-rechtlichen Vertrag behandelt, finden mit Beginn des R. über das Vermögen eines zahlungsunfähigen Fernsprechteilnehmers für die Konkurs-r e c h t l i c h e Behandlung der hier auftretenden Rechtsfragen die Grundsätze der §§ 17 ff. R.D., jeweils „als Ausfluß eines allgemeinen, auch das öffentliche Recht beherrschenden Rechtsgedankens“, sinngemäße Anwendung (vgl. RG. 98, 341; ferner Jäger, R.D. VI./VII., § 19 R.D. Anm. 3). In diesem durch die R.D. gezogenen rechtlichen Rahmen handelt der R.B. in Vertretung des „Mafsträgers“, er kann dabei dessen „Vertragsrechte“ nur so ausüben, wie sie dem Vertretenen zukommen. Der R.-Masse wachsen materiell keineswegs mehr Rechte zu, als sie der Gemeinschuldner ohne R. haben würde. Dem R.B. stehen daher auch sämtliche Rechte, Einreden und Einwendungen entgegen, die wider den Gemeinschuldner begründet sind (Jäger, R.D., § 17 Anm. 35; Rumpf: JW. 1930, 1346; 1931, 3146¹⁵; DLG. Kiel: JW. 1931, 2139). Die vom Gemeinschuldner eingegangenen Verträge haben R.B. wie R.-Gläubiger somit so hinzunehmen, wie sie einmal geschlossen sind, selbst wenn sie sich als wirtschaftlich ungünstig erweisen (RG. 115, 271 = JW. 1927, 382). Die gleiche „rechts-erhaltende“ Kraft wohnt um so mehr solchen Rechtsstaten inne, die — wie die hier erörterten gegenseitigen Rechte und Pflichten aus einem Fernsprechananschlußverhältnis — nicht auf „vertragsmäßiger Unterwerfung“, sondern auf gesetzlicher Grundlage be-

ruhen. Wenn daher z. B. einer R.-Eröffnung Fernsprechgebühren im Rückstand geblieben sind und vom R.B. nicht voll bezahlt werden, kann die DRP. auch gegenüber dem R.B. hinsichtlich des gemeinschuldnerischen Anschlusses von ihrem Recht auf fristlose Kündigung und Aufhebung (§ 8 FernmAnlG.; §§ 2 und 6 RPFG.; § 28 II a FernsprD.) Gebrauch machen (vgl. Reugebauer, Fernmelderecht III, S. 665 Anm. 11; Breithaupt: Arch. f. P. u. Tel. 1926, 272 ff.; ferner die Urteile der LG. Flensburg v. 28. Sept. 1931: Arch. f. P. u. T. 1932, 35; Lüneburg v. 20./27. Okt. 1932 und Nürnberg v. 28. Juni 1933: Arch. f. P. u. T. 1933, 82 und 268). Dieser Rechtsbehelf der DRP. schließt das Wahlrecht des R.B. nach § 17 R.D. keineswegs aus; denn wenn der R.B. „an Stelle des Gemeinschuldners“ den Vertrag erfüllen, d. h. hier das Fernsprechananschlußverhältnis — als Dauerrechtsverhältnis betrachtet — fortsetzen will, muß er ohnedies die rückständigen Gebühren als Massechulden anerkennen. Die Rückstände finden so ihre Erledigung, und die DRP. hat keinen Anlaß mehr, von der fristlosen Kündigung nach § 28 II a FernsprD. Gebrauch zu machen. Lehnt aber der R.B. die Erfüllung ab, so hat das sowieso das Erlöschen der wechselseitigen Erfüllungsansprüche aus diesem Rechtsverhältnis zur Folge. Diese rechtliche Wirkung würde durch das Nebenherbestehen eines auf Zulassungszwang (Verpflichtung zum Anschluß) als der „höheren Rechtsnorm“ gegründeten weiteren Rechtsanspruchs des R.B. ihren Inhalt verlieren. Neben dem Wahlrecht aus § 17 R.D. steht aber dem R.B., wie Carl es möchte, ein — über den Rahmen seiner Konkursrechtlichen Befugnisse hinausgehendes, von der Bindung an die gemeinschuldnerischen Rechtsverhältnisse und Rechtschranken unabhängiges — Recht auf einen neuen Fernsprechananschluß nicht zu. Es könnte übrigens gegen die DRP. nur unter der Voraussetzung gehandhabt werden, daß der Gemeinschuldner Grundstückseigentümer wäre. Auf seine persönliche Grundstückseigentümergeinschaft könnte sich doch wohl der R.B. hier kaum berufen, um nach § 8 FernmAnlG. für die R.-Verwaltung einen neuen Fernsprechananschluß durchzusetzen. Man sieht hier deutlich die Verfridung zwischen den Bedürfnissen der R.-Masse und den durch sie veranlaßten Willensentschlüssen des R.B. Aber selbst bei Zugeständnis eines solchen Zulassungszwangs, gerichtet auf einen neuen Anschluß für den R.B., würde der DRP. nichts im Wege stehen, in sinngemäßer Anwendung des § 19 R.D. auch diesen neuen Anschluß zu kündigen (vgl. Reugebauer, Fernmelderecht, S. 661; Breithaupt a. a. O.). Der R.B. benötigt doch auch diesen Anschluß nur für Zwecke der R.-Masse, § 19 R.D. bliebe also hier anwendbar. Überwiegt etwa auch hier der Abschlußzwang der DRP. als „höhere Rechtsnorm“ zugunsten des R.B.? Wertet man das Fernsprechananschlußverhältnis rechtlich als „Wiederteilnehmerverhältnis“ i. S. Jägers (§ 17 R.D. Anm. 18 a), so stößt man auf die gleichen Zweifel, muß aber zu dem gleichen Ergebnis gelangen, daß der freien Handhabung eines Anschlußrechts des R.B. durch die mehrfach erwähnten ausdrücklichen Rechtsnormen gesetzliche Schranken gesetzt sind. „Auch der R.B. betreut nur das bisherige Vermögen des Gemeinschuldners, dessen Vermögensrechte und Vermögenssphäre er in ordnungsmäßiger und amtlicher Verwaltung fortsetzen soll“ (DLG. Kiel: JW. 1931, 2139).

Ergibt sich somit aus diesen Umständen für den R.B. eine gewisse Zwangslage (Notwendigkeit der Begleichung der Gebührrückstände des Gemeinschuldners, um der R.-Masse den Anschluß zu erhalten), so kann das der DRP. weder als Mißbrauch ihrer bevorrechtigten Stellung, noch als sittenwidrige Willkür ausgelegt werden. Gerade weil, um mit Carl zu sprechen, in dem Abschlußzwang für die Post und die Eisenbahn „das überwiegende Interesse der Allgemeinheit zum Ausdruck gekommen ist, daß dieser die Verkehrsunternehmungen zur Verfügung stehen sollen“, darf solchen Unternehmen „mit Rücksicht auf die Lebensnotwendigkeit ihrer Betriebe“ nicht zugemutet werden, in Erfüllung ihrer Bestimmung in die Allgemeinheit Schaden zu erleiden (RG. Königsberg: JW. 1931, 3150). Auch geht es nicht an, der DRP. zuzunutzen, „ihre R.-Verluste auf eine Vielzahl von Mitbürgern abzuladen“ (so Jäger, R.D., § 17 Anm. 18 b). Bei dem bedeutenden Ausfall der DRP. würde sich das notwendig in einer Erhöhung der Fernsprechbenutzungsgebühren auswirken. Der Nachteil für die Allgemeinheit der Fernsprechteilnehmer erwiese sich so erheblich größer als der Nutzen, den jede einzelne durch das behauptete Vorrecht des R.B. begünstigte R.-Masse gewinnen würde. Wenn man daher mit Carl die Frage stellt, „ob etwa das Bestehen von Rückständen beim Gemeinschuldner a u s n a h m e s w e i s e rechtfertige, dem R.B. gegenüber den Abschluß eines“ (neuen) „Vertrages“ (hier die Eingehung eines neuen Fernsprechananschlußverhältnisses) „zu verweigern, der sonst kraft Kontrahierungszwangs“ (hier kraft der Zulassungspflicht der DRP.) „geschlossen werden müßte“, so kann man diese Frage, solange der R.B. eine Vollzahlung ablehnt, mit Ja und Recht bejahen.

Oberpostlat Dr. Hellmuth, Nürnberg.

Schrifttum

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

Priv.-Doz. Dr. Wolfgang Siebert, Halle: **Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung.** (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Herausgeber Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin, Nr. 72.) Marburg i. Hess. 1934. N. G. Elwert'sche Verlagsbuchh. G. Braun. 255 S. Preis kart. 10,50 RM.

Siebert, der durch sein Buch „Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis“ (besprochen JW. 1933, 1710 von Jessen) und zahlreiche kleinere Arbeiten schon die allgemeine Aufmerksamkeit auf sich gelenkt hat, nennt seine Abhandlung im Untertitel einen „rechtsvergleichenden Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB.)“, unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UnlW.G.). Er behandelt im 1. Teil als Grundlegung zunächst die Entwicklung und den Stand der Verwirkungslehre im bürgerlichen Recht und im gewerblichen Rechtsschutz und untersucht dann das Verwirkungsproblem, indem er den Aufgaben und der Stellung der Verwirkung im System der Rechtsendigungs- und Rechtsminderungsgründe nach deutschem und ausländischem Privatrecht nachgeht. Diese Untersuchungen führen zu dem Ergebnis, daß die Verwirkung als Unterfall und Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundgesetzes erklärt werden muß, der in der Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung gefunden werden kann. — Bekanntlich hat der 7. Zivilsenat des RG. in der Entsch. v. 17. April 1934 Bd. 144 S. 24 = JW. 1934, 1849 ausgesprochen, daß einer Verallgemeinerung des im Aufwertungsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und Arbeitsrecht geltenden Grundgesetzes über die sog. Verwirkung eines Anspruchs infolge Nichtgeltendmachung während eines längeren Zeitraums scharf entgegenzutreten sei. Dazu hat Siebert: JW. 1934, 1829 schon Stellung genommen. Siebert wies dort bereits darauf hin, daß die Verwirkung von den anderen Senaten in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt worden ist, daß ein Verneinen der Verwirkung im Einzelfalle nach Lage des Tatbestandes eine grundsätzliche Anerkennung nicht ausschließt und daß diese vereinzelt Entscheidung des RG. auch deshalb an einem inneren Widerspruch leidet, weil sie mit der sonstigen allgemeinen Anerkennung einer exceptio doli und mit der gesamten früheren Rechtsprechung über die Unzulässigkeit gegenständlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) unvereinbar ist (vgl. auch S. 223 f.). Siebert ist ohne weiteres zuzugeben, daß gerade vom zivilrechtlichen Standpunkt aus ein Bedürfnis besteht, neben den starren Formen des Zeitaufstaus ein bewegliches, die besonderen Umstände des einzelnen Falles berücksichtigendes Rechtsinstitut zu haben. Da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der illoyalen Verpätung der Rechtsausübung, also für die Verwirkung im besonderen, nicht vorhanden ist, muß auf anderem Wege geholfen werden, durch eine den Rechtsinhalt begrenzende Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Auch für Siebert ist die Rechtsgrundlage der Verwirkung der § 242 BGB.

Die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung wird im 2. Teil des Buches eingehend dargestellt, wobei besonders das schweizerische und französische Recht wichtige Erkenntnisse vermitteln (Art. 2 SchwZGB., Art. 1382 Code civil mit der Lehre von *abus des droits*; Planiol-Ripert: „Le droit cesse ou l'abus commence“). Für das deutsche Recht betont Siebert mit besonderem Nachdruck die Auffassung, daß die sog. Schranken der Rechtsausübung nicht als von außen an den Inhaber des Rechts herantretende Verbote anzusehen seien (Ausreißtheorie S. 85), sondern daß sie unmittelbar den Inhalt der Rechte begrenzen. Für die ideenmäßige Auffassung der Rechte und ihrer Aufgaben ist die von Siebert vertretene Innentheorie sehr viel wirksamer. Gerade das Bestreben des Nationalsozialismus, die Rechtsmacht des Einzelnen durch den Gedanken der Gemeinschaft und des Gemeinutzes zu binden, führt dazu, eine inhaltliche Beschränkung der Rechte selbst anzunehmen.

Mithin ist unzulässige Rechtsausübung in Wahrheit scheinbare Rechtsausübung, Handeln ohne Recht, während man dementsprechend statt von Rechtsmißbrauch von Rechtsüberschreitung sprechen muß. Das Recht steht im „Kampf gegen die Gesetze“ (Marshall von Bieberstein). Nur das Gesetz kann mißbraucht werden. Da aber die Rechtsordnung bei der Bestimmung des Gesetzesinhalts allmächtig ist, so steht nichts im Wege, den Inhalt eines Rechts in der Weise zu beschränken, daß je nach den Umständen des Einzelfalles doch (was von Amts wegen zu berücksichtigen ist: S. 148, 254) eine Rechtsausübung unzulässig ist. Siebert findet so eine Relativität des Rechtsinhalts (S. 89, 152 f.).

Im Hauptteil des Buches werden die Ausübungsschranken der §§ 226, 826, 242, 903–905, 1 UnlW.G. nach Wesen und Wirkungen erörtert. Siebert findet drei Haupttatbestände unzulässiger Rechtsausübung: Die Schikane (§ 226), den Verstoß gegen die guten Sitten (§ 826 BGB., § 1 UnlW.G.) und den Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB.). Nach der Interessenslage gliedern sich diese Tatbestände in die nutzlose Schädigung Dritter und den übermäßigen Eigennutz (S. 132). Der Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ kann, wie nachgewiesen ist, niemals mit § 226, sondern nur durch die §§ 826 und 242 verwirklicht werden. Die eingehende Erläuterung des Inhalts und der Rechtsfolgen dieser Tatbestände gibt Siebert übrigens auch Gelegenheit zu einer grundsätzlichen Klarstellung des Wesens der *exceptio doli*.

Die Grundsätze über die Unzulässigkeit der Rechtsausübung werden dann im 3. Teil auf die Verwirkung angewandt. So werden gegenüber den bisherigen vielfach schwankenden Anschauungen zahlreiche Zweifel beseitigt und viel Einzelfragen zu sicheren Ergebnissen gebracht. Unter den Anwendungsgebieten werden z. B. die Verwirkung im Aufwertungsrecht, im Genossenschaftsrecht und im Arbeitsrecht näher behandelt, vor allem aber die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz, wobei auch die Entwicklung dieser Lehre in Rechtsprechung und Schrifttum eingehend dargestellt wird. Die Anwendung der Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung auf das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes führt Siebert dazu, das Wettbewerbsrecht als „das Nachbarrecht der Unternehmen“ zu charakterisieren. Gleichzeitig gelangt er zu einer eindeutigen Stellungnahme in dem Streit über unlauteren und unerlaubten Wettbewerbs. Auch die sehr ausführlich und immer wieder behandelte Besitzstandslehre wird, ohne die sonstige Selbständigkeit dieses Begriffes zu verkennen, in die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung und damit in die Verwirkung eingeordnet; denn für das Verhältnis zwischen Besitzstand und Register-eintragung kann nicht § 823 BGB., sondern nur § 1 UnlW.G. die entscheidende Rechtsgrundlage darstellen.

Das Buch ist nicht nur mit Verstand, sondern offenbar auch mit dem Herzen geschrieben. Das von Siebert mit größtem Fleiß zusammengetragnene umfassende Material ist für die Würdigung des wichtigen Themas überichtlich zusammengestellt. Von überflüssigen und nebensächlichen Ausführungen hat er sich ferngehalten. Seine Darstellung ist gerade dadurch nur um so überzeugender geworden.

Von besonderem Interesse sind die rechtspolitischen Erörterungen, beispielsweise zur Einrede der Arglist (S. 56 f., 154), zu den Grundätzen „Eigentum verpflichtet“ (S. 95 f. usw.) und „Gemeinnutz vor Eigennutz“ (S. 113 f., 132, 153 f.), zur Relativität des Rechtsinhalts (bes. S. 151 f.) und zur Frage der Rechtsicherheit (a. a. D.).

Auch dabei ist der nationalsozialistischen Rechtsauffassung in vollem Umfange Rechnung getragen (vgl. S. 113 f., 132, 151 f.). Die bekannten Bedenken für die Rechtsicherheit, die aus der „Flucht in die Generalklauseln“ (Hedemann) erwachsen und die auch hier durch die Verknüpfung allgemeiner Grundsätze über die Rechtsausübung mit dem Inhalt der einzelnen Rechte nahegelegt sind, wenn man Sieberts Buch durchgelesen hat, vollständig zerstreut. „*Pacta sunt servanda*“ und der Grundsatz von Treu und Glauben (dazu bes. S. 154, 249) bedeuten wirklich keinen Gegensatz, wie man bisher fast durchweg angenommen hatte. Von dem bewährten Grundsatz der Vertragstreue, der ebenfalls auf § 242 BGB. beruht und von Treu und Glauben beherrscht wird, darf nur bei wirklicher Unzumutbarkeit und nur im äußersten Falle abgegangen werden. Im übrigen ist es ja wohl klar, daß nicht jede Rechtsfolge, die sich in den Augen des Betroffenen oder der Allgemeinheit als irgendwie unbillig darstellt, schon ein Verstoß gegen Treu und Glauben entgegengehalten werden kann.

Der Blick auf das Gemeinwohl muß oberster Maßstab für alles Handeln sein und demnach auch die Schranke für jede Rechtsausübung. Recht und Pflicht müssen eine Einheit bilden. Der Pflichtgedanke „Jeder für Alle“ muß überall herrschen. Der sonst unvermeidliche und unheilvolle Zwiespalt zwischen Gesetz und Recht, der Gegensatz zwischen formaler Rechtmäßigkeit und richtigem Recht soll und kann aber durch die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung, die in Wirklichkeit eine Lehre von den allgemeinen inhaltlichen Grenzen der Rechte ist, überwunden werden. Sie soll einen Ausgleich schaffen zwischen individualistisch-eigennützigem Rechtsausübung und völliger Auflösung der privaten Rechte. Der Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz“ soll durch die Aufnahme allgemeiner Pflichten und einer bestimmten Moral in den Inhalt der Rechte zu unmittelbarer Geltung gebracht werden (S. 157).

Der totale Staat wird keinen Unterschied dulden zwischen „Recht und Moral“ (Adolf Hitler 3. Okt. 1933).

RA. Dr. Senf, Hirschberg i. Hgb.

Dr. h. c. **S. Nidlich**, o. Prof. an der Berliner Wirtschaftshochschule: **Aufwärts! Volk, Wirtschaft, Erziehung.** (Heft 1 der Schriften der Handelshochschule Königsberg i. Pr.) Königsberg i. Pr. Verlag Graefe & Unzer. Preis 1,20 RM.

Das Vorwort bezeichnet die tatkräftige Mitarbeit im deutschen Geistes- und Wirtschaftsleben als die vornehmste Aufgabe einer Hochschule. Als östlichste deutsche Hochschule will die Königsberger Handelshochschule mit ihrer Schriftenreihe dieses Bestreben zum Ausdruck bringen.

Der Verf. erklärt, daß die „Wirtschaftshochschulen“ Beruf und Berufserziehung in den Vordergrund stellen und daß der Grad der hier vermittelten Bildung deshalb hoch zu werten sei, weil diese in einer dauernden Beziehung zum Leben stehe und die ganze Persönlichkeit für das Leben selbst vorbereite. Verf. kommt in diesem Zusammenhang zu dem Schluß, daß die Wirtschaftshochschulen als Diener einer umfassenden Gemeinwirtschaft, deren Grundlage die Arbeitsgelegenheit sei, nationalsozialistisch sein müssen.

Das Lehrgebiet der Wirtschaftshochschule zeichne sich durch unübertreffliche Geschlossenheit aus, wobei das politische Element der Wirtschaft dadurch gekennzeichnet sei, daß jeder Einzelbetrieb immer als Glied des übergeordneten Ganzen geführt werden müsse. Erst durch die „deutliche und starke Empfindung der Gliedschaft“ werde der wirtschaftende Volksgenosse Kamerad aller Mitgenossen im Volk und — dieser Gedanke erscheint besonders beachtlich — „ein freier Helfer des Führers in der Höhenlage, in die dieser ihn beruft“.

Damit haben wir zwar den letzten Teil des Gedankenganges des Verf. vorweggenommen. Dem Verständnis der vorliegenden Propagandaschrift, die auch der Darstellung der Grundlagen der Arbeitsbeschaffung dienen soll, erscheint es förderlich, auch weiterhin noch vorwegzunehmen, daß der Verf. die Erziehbarkeit des Menschen vom Gewissen her feststellt. Die Schule ist Vorbereitung, aber auch vorweggenommene Ergänzung des Lebens und des Beispiels. Erst durch die richtige Schule wird das Erleben vertieft.

Der Wert der Schrift besteht vor allem darin, Anregung zu geben, über Funktionen, Aufbau und notwendige Weitergestaltung der Wirtschaft selbst nachzudenken und — wem es gegeben ist — schöpferisch an der Entwicklung und am Gedeihen der großen übergeordneten Gemeinschaft mitzuwirken.

Nach dem bisher Gesagten begnügen wir uns damit, nur ganz kurz die übrigen Hauptpunkte, die mit dem oben Erwähnten in drei „Grundtatsachen“ zusammengefaßt sind, anzuführen:

Verf. geht davon aus, daß jeder Mensch seine eigene Arbeitsgelegenheit ist. Von der primitiven Einzelwirtschaft bis zum internationalen Handelsverkehr wird diese Tatsache dargestellt. Aus diesen Gedanken folgert der Verf., daß der Mensch ein Recht auf Arbeit, aber auch die Pflicht habe, an ihr teilzunehmen.

Aus der nächsten Grundtatsache, wonach der Mensch Ganzes und Glied gleichzeitig, und zwar gewissenhaft, wird die Folgerung gezogen, daß der private Egoismus dem Wesen des Menschen widerspreche. Das Wesen des Menschen verlange, daß das menschliche Streben auf die Erhaltung als Ganzes und Glied gerichtet sei. Die Anwendung davon sei die Gemeinschaft der Menschen: Volk, Familie und auch der Betrieb. Diese organischen Bindungen als Gliedschaftsbindingen wirken immer gleichzeitig in der einen und in der anderen Weise. Daraus folgt Sauberkeit der Gliederung, Steigerung der Produktivität des Gemeinschaftslebens, Ausschaltung der Untüchtigen aus dem Wettbewerb der Gemeinschaft und die Sicherung der Dauer der Gemeinschaft durch Kontrollen, die durch diese Bindung ermöglicht werden.

Der private Egoismus entspringt nur der mangelnden Einsicht der Menschen und verhindert die rechte Gemeinschaft und damit die rechte Gestaltung der Arbeit wie auch die gerechte Verteilung des Ertrages der Gesamtwirtschaft. Daraus entstand die Arbeitslosigkeit. Der Ausgleich kann nur von der Richtung der ständischen Entwicklung her kommen.

Es ist zu begrüßen, daß Verf. mit dieser Arbeit ohne politische Bezeichnungen oder Betuerungen durch Klarheit und Sachlichkeit zur wissenschaftlichen Unterbauung eines lebenswichtigen Teiles des nationalsozialistischen Gesamtgefüges beigetragen hat.

Dr. Zeller, Berlin.

Dr. **G. Friede**: **Das Verhältnis der Verträge nach § 331 BGB zu den Verfügungen von Todes wegen unter besonderer Berücksichtigung des Lebensversicherungsvertrages und des Depotvertrages zugunsten Dritter.** Leipzig 1934.

A. Deichertsche Verlagsbuchh. D. Werner Scholl. XII, 76 S. Preis 3 RM.

Wie der Titel erkennen läßt, untersucht das vorliegende Werk die erbrechtlichen Wirkungen der Verträge nach § 331 BGB. und deren rechtssystematische Stellung. Innerhalb der einschlägigen Verträge unterscheidet der Verf. in Anlehnung an Lehmann zwei Gruppen: jene, bei denen die versprochene Leistung an den Dritten aus dem Eigentum des Versprechensempfängers — bzw. dessen Erben — erfolgen soll, und jene, bei denen die versprochene Leistung aus dem Eigentum des Versprechenden zu erfolgen hat. Als Typ der ersten Kategorie stellt er den Depotvertrag als solchen der zweiten Kategorie den Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter heraus.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die bekannte Zerlegung des Vertrages zugunsten Dritter in das Deckungsverhältnis — zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem —, das Valutaverhältnis — zwischen Versprechensempfänger und Drittem — und jenes zwischen dem Versprechenden und dem Dritten bestehende auf dem Vertrag zugunsten Dritter basierende Rechtsverhältnis.

Deckungs- und Valutaverhältnis werden scharf voneinander geschieden und hinsichtlich Bestand und Form gesondert behandelt, da beide rechtlich selbständig seien.

Die Formbedürftigkeit jedes einzelnen Verhältnisses richte sich nach dessen rechtlicher Natur, wobei die infolge unscharfer Trennung mögliche Ausdehnung der rechtlichen Erfordernisse der einen Rechtsbeziehung auf die andere abgelehnt und weiter ausgeführt wird, daß durch den Vertrag zugunsten Dritter des öfteren Formmängel geheilt würden, daß aber Formvorschriften hierdurch nicht erparat werden könnten, ausgenommen die Fälle, in denen der bedachte Dritte ein ausschließliches Recht erlangt.

In § 8 wird daher auch ausgeführt, daß die Mängel des einen Vertrages ohne Einfluß auf die Gültigkeit des anderen seien, insbes. daß ein Mangel des Valutavertragsverhältnisses bei Rechtsbestand des Deckungsvertragsverhältnisses dem Versprechensempfänger Konditionsansprüche gewährt.

Als mögliche erbrechtliche Verfügung wird das Valutaverhältnis und das Kaufverhältnis im folgenden untersucht, wobei als Normalfall der des § 331 I vorausgesetzt wird, daß also der Dritte, das Recht auf Leistung erst mit dem Tode des Versprechensempfängers erwirbt.

Abgelehnt wird die Schenkungskonstruktion beim Fehlen irgendeiner Vereinbarung zwischen Versprechensempfänger und Dritten, sowie bei beabsichtigter Vereinbarung zwischen Versprechensempfänger und Dritten. Als möglich betrachtet wird ein Schenkungsverprechen von Todes wegen oder ein Vermächtnis mittels leibwilliger Verfügung. Die Möglichkeit eines Vermächtnisses als causa macht Verf. von den Eigentumsverhältnissen an dem Vertragsgegenstand abhängig.

Abgelehnt wird bei der folgenden Behandlung des Depotvertrages — Normalfall, daß die hinterlegte Sache Eigentum des Hinterlegers Versprechensempfängers verbleibt, ist angenommen — die rechtliche Möglichkeit der Eigentumsverschaffung durch dinglichen Vertrag zugunsten Dritter, die einer Eigentumsverschaffung ohne Einigung, und die einer Eigentumsverschaffung auf Grund einer Vollmacht oder Ermächtigung des Versprechenden.

Der Verf. kommt zu dem Ergebnis, daß im allgemeinen der Depotvertrag zugunsten Dritter beim Fehlen eines Vermächtnisses ohne praktische Wirkung ist, da das Eigentum an dem Vertragsgegenstand den Erben zufiele. Andererseits stelle das Vermächtnis nicht das Kaufverhältnis dar. Hiergegen kommen beim Lebensversicherungsvertrag, da hier der Versprechende aus seinem Vermögen — Eigentum leistet, ein Vermächtnis nicht in Frage.

Im weiteren untersucht der Verf. die Anfechtbarkeit der Verträge gem. § 331 BGB. im Nachlaßkonkurs und durch den Pflichtteilsberechtigten.

Das Werk stellt eine saubere Arbeit und eine wertvolle Bereicherung des vorhandenen Materials dar. Hervorzuheben ist die logisch scharfe Beweisführung und die Konsequenz der Trennung zwischen dinglicher und obligatorischer Rechtslage. Ergebnisse und Begr. sind überzeugend, das vorhandene Schrifttum und die rechtsgerechtere Rechtsprechung sind kritisch bearbeitet.

Dr. Richard Sagemann, Aschaffenburg.

Dr. **Konrad Duden**, Assistent am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht: **Der Rechtsübergang vom Nichtberechtigten an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren im deutschen internationalen Privatrecht.** (Verträge z. ausl. u. intern. Privatrecht, herausgegeben vom Institut f. ausl. u. intern. Privatrecht. Heft 8.) Berlin

und Leipzig 1934. Walter de Gruyter & Co. 136 S. Preis 5 RM.

Wie der Titel erkennen läßt, behandelt Verf. den Rechtserwerb vom Nichtberechtigten einmal an beweglichen Sachen, sodann an Inhaberpapieren. Bei den beweglichen Sachen wird zuerst der Eigentumserwerb erörtert (S. 9—39); dann folgt ein besonderer Abschnitt (S. 39—68) über das Lösungsrecht, d. i. das z. B. in Art. 2280 Code civil, Art. 934 Abs. 2 SchvZGB, anerkannte Recht des Besitzers, die Sache dem Eigentümer nur gegen Erstattung der zu ihrem Erwerbe gemachten Aufwendungen herauszugeben. Auch die Darstellung des Erwerbes von Inhaberpapieren enthält zwei Abschnitte: in dem ersten (S. 68—92) bemüht sich der Verf., eine Grundregel zu finden, in dem zweiten (S. 92—133) werden Einzelfälle behandelt.

Für den Erwerb des Eigentums übernimmt der Verf. die vom RG. und von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung, nach der Erwerb und Verlust eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache nach den Gesetzen desjenigen Ortes zu beurteilen sind, an dem sich die Sache zur Zeit der Verwirklichung des für den Erwerb oder den Verlust in Betracht kommenden Tatbestandes befindet. Es kommt dem Verf. nun darauf an, die Durchführung dieser Regel im einzelnen darzustellen, wobei er mit Recht unterscheidet, ob das Eigentum dem Erwerber aus dem Erwerbsgeschäft — so z. B. nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht — oder aus dem Besitz der Sache erwächst — so besonders nach Art. 2279 Abs. 1 Code civil. Im ersteren Falle ist die *lex rei sitae* zur Erwerbsszeit für die einzelnen Voraussetzungen maßgebend, wobei allerdings in besonderen Fällen für einen mehrgliedrigen Überignungsvorgang ein einheitliches Statut angenommen werden muß. Hier kommt der Verf. also zu einer kritischen Ergänzung seines eigenen Ausgangspunktes. Eine weitere Ausnahme von der allgemeinen Regel ergibt sich nach der (m. E. nicht unbedenklichen) Ansicht des Verf. daraus, daß dort, wo darauf abgestellt wird, ob die Sache dem Berechtigten durch eine strafbare Handlung entzogen worden ist, das Recht des Tatorts gelten soll (S. 14 ff.). — Erlangt der Gutgläubige seine Rechtsstellung aus dem Besitz, so sind die diesen Erwerbsweg anerkennden Vorschriften anwendbar, sobald die Sache in ihr Gebiet tritt, ohne Rücksicht auf das Recht des Erwerbsortes. Das einmal entstandene Recht wird dann durch einen späteren Statutenwechsel nicht berührt.

In dem Abschnitt über das Lösungsrecht kommt Verf. nach Ablehnung gegenteiliger Ansichten in Schrifttum und Rechtsprechung zu dem m. E. überzeugenden Ergebnis, daß der enge Zweckzusammenhang zwischen dem Rechtsgedanken des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten und dem Lösungsrecht dazu führen muß, das Lösungsrecht nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln wie den Eigentumserwerb. Im Anschluß an diesen allgemeinen Satz werden dann Einzelfragen erörtert, insbes. die Rechtsnachfolge in das Lösungsrecht und der Statutenwechsel.

Bei dem Rechtserwerb an Inhaberpapieren geht Duden zur Gewinnung einer Grundregel davon aus, daß der Rechtserwerb an der Urkunde der *lex cartae sitae* unterliegen müsse; fraglich könne nur sein, ob das verbriefte Recht selbständig nach derjenigen Rechtsordnung beurteilt werden müsse, der es als solches unterliegt (sog. Schuldstatut). Wiederum kommt Verf. nach überzeugender Herausarbeitung der Zusammenhänge zwischen beiden Fragen (gegen Frankenstein und Nusbaum) zu dem Ergebnis, daß auch der Erwerb des verbrieften Rechts und der Erwerb von Rechten an diesem Recht nach der *lex cartae sitae* zu beurteilen ist. Wichtige Voraussetzung ist allerdings, daß es sich um ein Inhaberpapier handelt, wofür sich bei einer allgemeinen international-privatrechtlichen Betrachtung als entscheidendes Merkmal derjenige Umstand ergibt, daß der Rechtserwerb an verbrieften Recht und an der Urkunde nach den Vorschriften des Schuldstatuts ähnlich wie bei anderen beweglichen Sachen geregelt ist. An diese grundsätzliche Feststellung schließt sich wieder die Untersuchung von Einzelfällen an, in denen die Inhaberpapiereneigenschaft und damit die Anwendung der allgemeinen Regel zweifelhaft sein kann. Unter diesem Gesichtspunkt werden besonders die Umlaufsperr (S. 92—117) und die ordnungswidrig in den Verkehr gelangten Papiere (S. 122—133) behandelt.

Die Arbeit Duden's zeichnet sich m. E. besonders aus durch eine gute Darstellung der deutschen Rechtsprechung und eine methodisch geschickte Einarbeitung der Rechtsvergleichung in die international-privatrechtlichen Untersuchungen. Ihre Ergebnisse sind regelmäßig unter überzeugender Heranziehung von Zweckgesichtspunkten begründet. Die praktische Bedeutung der behandelten Fragen wird namentlich durch die Mitteilung der Tatbestände aus den Entscheidungen eindringlich dargetan.

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

Klaus Dreweß, Gerichtsassessor: **Die Generalversammlung der Aktiengesellschaften.** Stuttgart 1933. Verlag von J. Neff. 174 S. Preis 5,40 RM.

Die Arbeit ist für die Praxis geschrieben. Sie soll nach dem

Wunsche des Verf. den Vorsitzenden der GenVers., den Verwaltungsmitgliedern, den Aktionären und ihren Vertretern — besonders Anwälten — und den protokollierenden Notaren zur Vorbereitung und vor allem in der GenVers. selbst dienen. Diesem Zwecke entsprechend beschränkt sie sich auf die Darstellung des geltenden Rechts, wie es sich nach dem Stande der Gesetzgebung bis April 1933 darbietet. Schrifttum und Rechtsprechung sind durchweg sorgfältig berücksichtigt. Die unvermeidliche Sondernung der gerade auf aktienrechtlichem Gebiet stark vertretenen Eintagsliteratur von den wissenschaftlich und praktisch wertvollen Untersuchungen dürfte im allgemeinen gelungen sein. Wenn ich darunter meine Abhandlung „Über die gesetzlichen und satzungsmäßigen Voraussetzungen für die Teilnahme an der GenVers. und die Ausübung des Stimmrechts bei AktG.“ (ZStW. 1 [1926], 271 ff.) und ebenso auch die Entsch. des RG. v. 17. Nov. 1925 (RG. 112, 109 ff. = ZStW. 1926, 545 ff. nebst Anm. von mir) erwähne, so erwähne ich das nicht aus verletzter Autoreneitelkeit, sondern deshalb, weil der hier unternommene Versuch, die grundsätzliche Bedeutung der tatsächlich häufig zu beobachtenden Bildung ungesetzter Organisationsnormen (also außerhalb der Satzung) herauszuarbeiten, in einer Schrift, wie der vorliegenden, immerhin Beachtung verdient hätte.

Wenngleich es dem Verf., wie er ausdrücklich bemerkt, nicht um die Fortentwicklung theoretischer Lehren zu tun ist, die Arbeit vielmehr in erster Linie der Praxis dienen will, so wäre es damit sehr wohl vereinbar gewesen, den Leser etwas gründlicher auch in die wissenschaftliche Problematik einzuführen, zumal gerade auf diesem Gebiet die in Schrifttum und Rechtsprechung behandelten Streitfragen jeweils vielfach unmittelbar an Vorgänge anknüpfen, die in der GenVersPraxis typisch zu begegnen pflegen. Es war im übrigen ein glücklicher Gedanke, die Arbeit in ihrem Aufbau an das notarielle Musterprotokoll einer ordentlichen GenVers. anzulehnen. Ferner muß durchaus anerkannt werden, daß es dem Verf. gelungen ist, das „lebende“ Recht der GenVers., so wie er es bei Abfassung seiner Untersuchung vorfand, in anschaulicher und klarer Weise darzustellen. Infolgedessen vermag sich auch der juristisch nicht vorgebildete verhältnismäßig leicht über die bei Vorbereitung oder während der Versammlung auftauchenden Fragen zu unterrichten.

Das Recht der Einberufung und die für die Aufstellung der Tagesordnung maßgebenden Rechtsgrundsätze sind mit Vorbedacht ausgehend. Gewiß besitzen wir hierüber eine nicht unbedeutliche Spezialliteratur. Verf. übersieht aber, daß dieses Schrifttum zu einem erheblichen Teil nicht den neuesten Stand der rechtstatistischen Entwicklung wiedergibt. So ist z. B. die allerdings sehr ausführliche Untersuchung von Wenck „Die Einberufung der GenVers. bei AktG.“ (Heymann: Arb. z. Handels-, Gewerbe- u. Landwirtschaftsrecht Nr. 10), auf die Verf. offenbar als Beweis dafür, daß die vorgenannten Fragen genügend einflüßlich erörtert seien, bereits i. J. 1912 erschienen.

Eine kritische Würdigung des vorliegenden Buches kann naturgemäß nicht an der Tatsache vorübergehen, daß seit dem Erscheinen auch das Aktienrecht und das aktienrechtliche Reformproblem in eine vollkommen neue Phase ihrer Entwicklung eingetreten sind. Wir denken heute in sehr vielen Punkten anders als früher. Die Umstellung der juristischen Methode, der Wandel unserer Rechtsanschauungen, nicht zuletzt auch die Abkehr vom demokratisch-parlamentarischen System auf allen Lebensgebieten — Entwicklungen, die bekanntlich erst begonnen und ihren durch Ausgangspunkt und Ziel bestimmten Lauf noch längst nicht vollendet haben —, könnten allein schon genügen, um die Arbeit als veraltet erscheinen zu lassen. Tatsächlich ist das aber nicht der Fall. Obwohl Verf., entsprechend seiner früher berührten Grundeinstellung zur dogmatischen und rechtspolitischen Problematik, von jenen tiefgreifenden Wandlungen, die der einsichtige und nicht in politischen Vorurteilen befangene Beurteiler schon i. J. 1932 zu erkennen vermochte, nicht irgendwie ausdrücklich spricht, zeigt doch die ganze Arbeit in ihrer Stellungnahme im einzelnen erfreulichen Takt in juristischen und wirtschaftlichen Fragen sowie namentlich auch eine verständige Berücksichtigung der typischen Lagen, unter denen GenVers. abgehalten zu werden pflegen. Verf. stellt seine Untersuchung nicht nur auf die sog. „kranken“ Fälle ab, d. h. er gründet seine dogmatische Feststellung nicht ausschließlich auf jene in der Öffentlichkeit vielbesprochenen Tatbestände, in denen die GenVers. zu einem Tummelplatz von Machtkämpfen, persönlichen Verstimmungen usw. wird, sondern er schenkt dem Normalverlauf mit Recht gebührende Beachtung. Hinzu kommt, daß die nunmehr schon seit Jahren im Gange befindlichen Erörterungen des Methodenproblems nach und nach einen erheblichen Teil unserer Juristen, namentlich aus der jüngeren Generation, in ihrer Denkweise aufgelockert haben und sie die Wirklichkeit des Rechtslebens unbefangener sehen und beurteilen lassen, als das früher, unter dem Zwange überkommener Begriffe und Auslegungsmethoden, vielfach der Fall gewesen ist. Die Arbeit ist deshalb großenteils auch heute noch keineswegs überholt. Sie dürfte ferner für die endgültige Reform des Aktienrechts eine schätzenswerte Unterlage darstellen.

Zudem darf hierbei nicht übersehen werden, daß wir gewisser Vorgängen oder Situationen typischen Charakters immer wieder be-

gegenen werden, solange wir die Aktionäre zu GenVers. zusammenrufen und sie dort über die Angelegenheiten der Gesellschaft abstimmen lassen. Sicherlich geht die Tendenz dahin, sowohl die Befugnisse der GenVers. einzuschränken als auch die Fassung von Mehrheitsbeschlüssen zu allen möglichen Einzelfragen, wie sie vornehmlich bei unruhigen Versammlungen, bei denen die Gegensätze stark aufeinander plagen, charakteristisch waren, tunlichst beseitigen. Die GenVers. soll nicht gänzlich abgeschafft, aber doch mehr zu einem Organ werden, in dem das „Volk“ der „Aktionäre“, ähnlich wie jetzt auch im politischen Leben, von Zeit zu Zeit „referendumsartig“ zur Geschäftspolitik der Verwaltung und zu anderen für das Schicksal des Unternehmens entscheidenden Fragen Stellung nimmt. Vgl. dazu Bericht von Rißkalt, Vorsitzendem des Aktienrechts-Ausschusses der „Akademie für Deutsches Recht“, in Heft 1 der Akademiezeitschrift (1934) S. 29/30. Auch die stimmungsmäßige Übernahme des Führerprinzips in das Aktienwesen dürfte die GenVers. nicht entbehrlich machen, wobei ich hier von den bekannten Bedenken, die gegen eine mechanische Übertragung des politischen Führerprinzips auf wirtschaftliche Assoziationen mit Recht erhoben worden sind, vollkommen absehe. So viel dürfte freilich mindestens erwünscht und auch erreichbar sein: der parlamentarische Betrieb muß aus den GenVers. verschwinden. Damit werden sich viele Fragen, insbes. auch solche mehr technischen Charakters (hinsichtlich der Antragstellung, Beschlussfassung usw.), von selbst erledigen. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Ich muß mir vorbehalten, auf diesen Fragenkomplex an anderer Stelle ausführlicher zurückzukommen.

Hervorgehoben sei nur eine Erscheinung, die sich mir aus der Beobachtung des tatsächlichen Verlaufes zahlreicher Generalversammlungen in vergangenen und laufenden Jahre ausgeprägt hat. Selbst dort, wo erhebliche Interessengegensätze bestanden und Kämpfe zwischen verschiedenen Machtgruppen oder zwischen den hinter der Verwaltung stehenden oder mit ihr identischen Trägern der Kapitalmehrheit und den Kleinbeteiligten ausgetragen waren, sind die GenVers. ruhiger oder, wenn man will, vernünftiger verlaufen, als man das nach früheren Erfahrungen hätte erwarten sollen. Das liegt nicht nur daran, daß die Minderheiten, einschließlich der berichtigten „GenVersLöwen“, „Querulanten“ usw., eine gewisse Scheu oder, noch deutlicher gesagt, „Angst“ vor dem Vorwurf haben, als Anhänger oder Verfechter demokratisch-parlamentarischer Verhandlungsmethoden angesehen zu werden. Vielmehr beobachtet man umgekehrt auch auf Seiten der Versammlungsleiter und Verwaltungen das Bestreben, der Minderheit und vor allem auch den Kleinaktionären keinen berechtigten Anlaß zu Klagen wegen Vergevaltigung usw. zu bieten. Kurz, die politische Bewegung hat hier offensichtlich erzieherisch gewirkt. Man kann nur hoffen, daß diese Erziehung zu geschäftlichem Anstand und weiterhin auch das Gefühl der Verantwortlichkeit gegenüber der Allgemeinheit nicht allmählich wieder nachlassen. Jedenfalls sollte diese nicht wegzuleugnende Änderung in der Psychologie der Teilnehmer an Körperschaftsversammlungen aller Art bei der Reform dieser Teile des Aktienrechts beachtet werden. Man könnte vielleicht, wenn man die Stellung des Versammlungsleiters stärkt, insbes. hinsichtlich einer straflosen Handhabung der Versammlungspolizei, andererseits aber auch die Verantwortung für einen Mißbrauch dieser Befugnisse erweitert und verschärft, die gesetzlichen Bestimmungen über die GenVers. einfacher gestalten als in den Entwürfen und insoweit, allerdings aus einer anderen Grundhaltung heraus, die gegenwärtig noch geltende, zeitweilig als zu dürrig bezeichnete Regelung im Prinzip beibehalten, wodurch naturgemäß im übrigen Änderungen und Verbesserungen der bestehenden Vorschriften nicht ausgeschlossen würden.

Prof. Dr. Friedrich Klasing, Frankfurt a. M.

Wilhelm Stöwland, Reichsbankrat: Wechselkunde. Das neue Wechselgesetz v. 21. Juni 1933. Ein Lehr- und Nachschlagebuch für Bank- und Kassenbeamte, Kaufleute und Studierende. (Betriebswirt Handbücher Bd. 2.) 8. Aufl. Berlin 1933. Verlag „Der Betriebswirt“ GmbH. Preis 1,50 RM.

Wenn diese Wechselkunde bereits in 8. Auflage vorgelegt werden kann, so ist damit sicherlich der Beweis erbracht, daß für eine derartige Bearbeitung des Wechselrechts, mindestens in bestimmten Kreisen, ein Bedürfnis besteht.

Die früheren Auflagen umfaßten auch das „Wechselsteuerrecht“ und das „Scheckrecht“. Künftighin sollen Wechsel- und Scheckrecht in zwei selbständigen Bänden erscheinen. Das „Wechselsteuerrecht“ wird in der vorliegenden Auflage nicht behandelt. Man möchte wünschen, daß es in späteren Auflagen wieder berücksichtigt werde. Die Darstellung beschränkt sich auf das „positive Recht“ im üblichen Sinne dieses Ausdrucks. An eine kurze Einleitung, in der die verschiedenen Formen des Grundwechsels an ausgefüllten Vordrucken erläutert werden — zum Schluß ist das „Einheitsformular“ des

„Fachausschusses für Bankwesen“ beim „Auschuß für wirtschaftliche Verwaltung“ wiedergegeben — schließt sich eine Art von Lehrkommentar zum Wechselgesetz. Die Abweichungen vom früheren Recht werden jeweils kurz gekennzeichnet. Die Erläuterungen sind klar und durchweg auch gemeinverständlich. Den Schluß der Arbeit bilden 280 Fragen, die allerdings z. T. reichlich schulmäßig gehalten sind und zum „Einpauken“ von allerlei totem Wissensstoff durchführen können. Bei den einzelnen Fragen wird jeweils auf die Bestimmungen des WechselG. verwiesen, aus dem die Antwort meist ohne weiteres zu entnehmen ist. Ein ausführliches Schlagwortverzeichnis erleichtert vor allem dem Laien die Auffindung von Einzelfragen, die im System des Gesetzes nicht besonders hervortreten.

Die ganze Arbeit zeugt von gesundem Rechtsgefühl und sicherem Blick für die praktisch wesentlichen Punkte. Auch zu schwierigeren Fragen wird in sachlich richtiger oder jedenfalls haltbarer Weise Stellung genommen. Die wirtschaftlichen Funktionen des Wechsels und der einzelnen Wechselakte sind geschickt in die Darstellung des Wechselrechts eingearbeitet. Vom „neuen“ Geist ist freilich im übrigen nicht viel zu verspüren. Die Auslegung des WechselG. wird nicht irgendwie richtunggebend gefördert. Das lag wohl auch nicht in der Absicht des Verf. Vielleicht wäre es in einer Schrift wie der vorliegenden nicht einmal am Platz gewesen. Gleichwohl sollte Verf. bei künftigen Auflagen Bedacht darauf nehmen, die Wandlungen unserer Rechtsanschauungen und der Methode, die auch am Wechselrecht auf die Dauer nicht vorübergehen werden, in einer für den Leserkreis dieses Buches angemessenen Form in Erscheinung treten zu lassen.

Für nicht juristisch vorgebildete Kaufleute, Bankbeamte usw. dürfte die „Wechselkunde“ ihren Zweck durchaus erfüllen. Auch Studenten, und zwar sowohl Wirtschaftswissenschaftler als auch Juristen, werden aus dem Buche manches lernen können. Ich kann ihnen aber nicht raten, ihre Bemühungen um das Verständnis des Wechselrechts auf das Studium dieses Hilfsmittels zu beschränken. Die „allgemeinen“ Grundsätze des Wertpapierrechts werden so gut wie gar nicht behandelt. Auch sonst führt das Buch nicht eigentlich in die juristische, wirtschaftliche, soziallogische Problematik des Wechselwesens ein. Es ist eben eine Wechselkunde und will wohl auch nicht mehr sein. Darin liegt durchaus keine Ablehnung der Schrift. Denn der „Pseudo-Wissenschaftlichkeit“, der wir nicht nur in sog. „Bankbüchern“, sondern auch in nicht wenigen Lehrbüchern, die sich als wissenschaftlich ausgeben, in der häufig unzulänglichen oder mißverständlichen Wiedergabe von Streitfragen, einschließlich kurzer Zitate aus Lehre und Rechtsprechung, begegnen, dürfte wissenschaftlicher Wert in Wahrheit nicht oder nur in sehr beschränktem Maße zukommen. Entscheidend ist vielmehr, ob und inwieweit solche Lehrbücher mit der Fragestellung und Arbeitsweise der Jurisprudenz vertraut machen, die Entwicklung der Lehrmeinungen im Rahmen der gesamten geistigen, politischen und sozialen Strömungen einer Nation und darüber hinaus auch anderer Völker darstellen und so wirklich wissenschaftliche Tradition vermitteln. Wer unsere Wechselkunde nach diesem Maßstab beurteilen wollte, würde sie für mehr oder weniger wertlos erklären müssen. Dennoch, wir brauchen offenbar gerade auch Bücher, die auf diese Dinge bewußt verzichten. Ich möchte das mit allem Nachdruck hervorheben.

Wenn wir ein „volkstümliches“ Recht und eine lebendige Verbindung zwischen Fachjuristen und Laien, d. h. dem Berufsstand der „Rechtswahrer“ und den anderen Ständen und Schichten unseres Volkes, schaffen wollen, so gehört dazu u. a. auch ein reich entwickeltes „volkstümliches“ Schrifttum. Nicht nur allgemein verständlichen Inhalts, sondern auch eine populäre Rechtsliteratur, die sich die Unterichtung bestimmter Fachkreise für ihre beruflichen Zwecke angelegen sein läßt. Wir kennen die bedeutsame Rolle, die einst der populären Jurisprudenz bei der Rezeption des römischen Rechts zugefallen ist. Welchen Einfluß sie in späteren Zeiten auf die Rechtsentwicklung gehabt hat, und welche Aufgaben sie für die künftige Gestaltung unseres deutschen Rechtslebens haben könnte und sollte, ist leider noch allzu wenig erforscht. An der Notwendigkeit dieser Arbeit kann aber m. E. nicht wohl gezweifelt werden. Ich glaube, diese Forderung um so unbedenklicher vertreten zu dürfen, als ich schon seit Jahren darauf hingewiesen habe, daß es zu den wesentlichen Aufgaben auch der Rechtswissenschaft gehöre, den Faktoren nachzuspüren, die zusammenwirken müssen, damit ein Recht wahrhaft volkstümlich werde. Volkstümlichkeit des Rechts bedeutet nicht ausschließlich Daseinsberechtigung einer „jedermann“ verständlichen Jurisprudenz. Alle Wissenschaft, besonders auch die Fachwissenschaften werden sich immer in erster Linie an den Gelehrten, den technisch-wissenschaftlich vorgebildeten und geschulten Fachmann wenden müssen. Sicherlich ist es erwünscht, daß auch die Fachwissenschaft nicht allzu spezialistisch sei. Aber die Kluft zwischen der Rechtsgelehrsamkeit und den Rechtsanschauungen des „Volkes“ — in Wahrheit handelt es sich hierbei um sehr verschiedenartige Bevölkerungskreise mit ebenso verschiedenen Kenntnissen des geltenden Rechts und einem keineswegs gleichmäßig tiefen Verständnis für rechtliche Probleme — wird sich nicht nur dann mit einiger Aussicht auf Erfolg überbrücken lassen,

und es können unvermeidliche Spannungen nur dann gemildert werden, wenn die Rechtsbelehrung auf vielen Kanälen und auf vielerlei Weise dauernd ins Volk hineingetragen wird. Tagesjournal, Vorträge, Schulungskurse usw. sind zweifellos geeignet, den juristischen Laien mit positiver Rechtsordnung, Rechtspflege und Rechtswissenschaft vertraut zu machen. Dazu gehören aber mindestens ebenso sehr „rechtskundliche“ Unterrichtswerke. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die vorliegende Schrift nur zu begrüßen. Theoretiker und Praktiker, Gelehrte von Beruf und andere Schriftsteller können und müssen bei dieser Aufgabe, die uns nicht nur einmalig, etwa in der Gegenwart, sondern immer wieder aufs neue gestellt wird, zusammenwirken, jeder nach seiner Eigenart und Fähigkeit. Es gibt Professoren, die volkstümlich zu schreiben vermögen und Männer der juristischen Praxis, die es besser verstehen, ein hochgelehrtes Werk, das sich lediglich an den Fachmann wendet, zu verfassen. Die wissenschaftliche Jurisprudenz aber hat allen literarischen Bemühungen um Rechtsbekenntnis und Rechtskunde Beachtung zu schenken und sie selbstverständlich auch der Kritik zu unterziehen. Aber es ist falsch und töricht zugleich, rechtskundliche Schriften von vornherein als für die Wissenschaft wertlos abzutun oder sie überhaupt als nicht vorhanden zu betrachten. Die wissenschaftliche Kritik hat sich vor allem auch mit der Frage zu befassen, ob eine literarische Arbeit über Fragen des Rechts für denjenigen Leserkreis, dem sie zugebacht ist, geeignet erscheint. Wir haben gar keine Veranlassung, über juristische Halb- und Halbbildung zu jammern oder gar nach Mitteln zu suchen, durch die diese Bildungsmöglichkeiten beschränkt oder abgeschnitten werden könnten. Rechtskenntnisse wie auch Fragestellungen und Gedanken der Jurisprudenz werden immer wieder in breitere Kreise eindringen. Man sollte dies sogar fördern und nicht schlechthin geringschätzend oder bedauernd von „abgejunkenem“ Kultur- und Wissenschaftsgut sprechen. Hier Einfluß zu üben, im Sinne einer möglichst wahrheitsgetreuen Ausbreitung „echten“ juristischen Wissens, ist völkische Pflicht aller Glieder des Juristenstandes. Unsere rechtswissenschaftlichen Bibliotheken und die Pflanzstätten des juristischen Hochschulunterrichts, d. h. die Rechtsfakultäten, sollten dieses populäre Schrifttum sammeln und wissenschaftlicher Durcharbeitung zuführen. Unser juristischer Nachwuchs ist, besonders in den späteren Stufen seine Ausbildung, mit diesen Erscheinungen bekannt zu machen. Oder anders gerandt: auch die sog. „volkstümliche“ Rechtsliteratur gehört zu den Gegenständen wissenschaftlicher Forschung und Lehre und unterliegt damit allerdings auch der wissenschaftlichen Kritik in den Fachzeitschriften. Es wäre nicht unzweckmäßig, wenn man in unseren Zeitschriften besondere Abteilungen für die Erforschung und Befprechung solchen Schrifttums einrichten würde, was bekanntlich vereinzelt bereits geschehen ist. Zu dieser notwendigen Teilarbeit am Bau unseres künftigen deutschen Rechts und seiner Wissenschaft mögen auch die vorstehenden Bemerkungen anregen.

Prof. Dr. Friedrich Klasing, Frankfurt a. M.

Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamts für Privatversicherung 1934 Nr. 1 (Rechtssprechung auf dem Gebiete des privaten Versicherungs- und Wausparwesens). Berlin und Leipzig 1934. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 4 R. M.

Die wichtige Entscheidungssammlung auf dem Spezialgebiet ist für den Praktiker von außerordentlicher Wichtigkeit. Das Material ist auch in der jetzt erschienenen Schrift, nachdem zunächst die Entsch. über allgemeine Fragen aus verschiedenen Versicherungsgruppen veröffentlicht sind, gruppensweise nach den verschiedenen Versicherungssparten untergegliedert. Zum Schluß sind dann noch die Entsch. über in das Versicherungsgebiet fallende Steuerfragen veröffentlicht. Diese Untergliederung ordnet das vorhandene Material zu einem sehr nützlichen Registrierband zur Auffindung von Entscheidungen.

Eine Stellungnahme zu den Entscheidungen selbst enthält die Sammlung nicht, sie begnügt sich vielmehr mit dem einfachen Ausdruck von Sachverhalt und Entscheidungsgründen.

R. Dr. F. Dellers, Halle a. b. S.

Dr. Felix Kaiser, N.: Erfinder und Patent im neuen Staat. Berlin und Leipzig 1934. Verlag Walter de Gruyter & Co. 144 S. Preis 3,50 R. M.

Der Verf. wendet sich in erster Linie gegen die Erweiterung der Auslegung von Patenten, wie sie in den letzten zwei Jahrzehnten ständige Übung der Gerichte geworden ist.

Mit Recht hält es der Verf. für erforderlich, daß in der Patentschrift eine wirkliche Offenbarung der Erfindung zu erfolgen hat. An sich ist diese Bestimmung ja auch bereits in dem zur Zeit noch bestehenden PatG. im § 20 vorgegeben, und im allgemeinen verlangt auch das PatV. von dem Anmelder durch die Beibringung von Beispielen eine genaue Beschreibung der Erfindung. Im Verletzungstreit vor den ordentlichen Gerichten nimmt man allerdings auf die wirkliche Offenbarung einer Erfindung weniger Rücksicht.

Eine weitere Forderung des Verf. geht dahin, daß im Ver-

letzungsprozeß das Gericht in erster Linie sich an den Willen der patenterteilenden Behörde zu halten hat, eine Forderung, die schon oft gestellt worden ist, und der auch in den Verhandlungen im Ausschuß für den gewerblichen Rechtsschutz der Akademie für Deutsches Recht Rechnung getragen worden ist. Die Einführung der gemischten Gerichte, die in dem erwähnten Ausschuß zum Vorschlag gebracht worden ist, und die wohl Tatsache werden dürfte, dürfte diese Mängel der zur Zeit herrschenden Rechtssprechung, die der Verf. des Buches mit Recht scharf kritisiert, beseitigen. So wird es wohl ausgeschlossen sein, daß von einem Gericht, in dem auch technische Richter sitzen, die auf dem in Frage kommenden Gebiet gute Durchschnittskenntnisse aufweisen, beispielsweise eine nochmalige Patentierung vorgenommen wird, daß also, wie es bisher des öfteren geschah, an Stelle des Patentanspruchs eine andere Erfindung gesetzt wird.

Der Verf. beschäftigt sich weiter mit dem Unterschied von Gegenstand und Schutzzumfang eines Patents, der seinerzeit von Jag eingehend ist und der m. E. in erster Linie zu der Verwirrung in der Rechtssprechung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes beigetragen hat, und verlangt mit Recht, daß das PatV. — was man ihm bisher abgestritten hat — das Recht und die Pflicht hat, den Schutzzumfang eines Patents soweit wie möglich festzulegen.

Im 2. Kapitel behandelt der Verf. die Patentauslegung. Auch die hier gekennzeichneten Mißstände dürften durch Schaffung der gemischten Gerichte beseitigt werden. Er zieht hierbei in ernstliche Erwägung, ob man es nicht dem Gericht im Verletzungsstreit zur Pflicht machen soll, den Stand der Technik, soweit er für die Ermittlung des Schutzzumfangs nötig ist, von Amts wegen festzustellen. Es scheint mir, daß ebensowenig, wie das PatV. in der Lage ist, den Schutzbereich eines Patents ein für allemal festzulegen, auch das Gericht diese Aufgabe nicht lösen kann, denn es ist natürlich nicht möglich, alle in Zukunft auftretenden Verletzungsarten eines Patents im voraus zu kennen.

Sehr berechtigt ist die Forderung des Verf., die Feststellung der Abhängigkeit eines Patents von einem älteren Patent durch das PatV. vornehmen zu lassen, ein Verfahren, das im übrigen im österreichischen, tschechoslowakischen und polnischen PatG. vorgeesehen ist.

Der 3. Abschnitt des Buches beschäftigt sich mit den Patentgerichten. Der Verf. befürwortet die Einführung der gemischten Gerichte und steht wie ich auf dem Standpunkt, daß das Ideal ein Reichspatentgericht erster, zweiter und dritter Instanz wäre, das in sämtlichen Patentprozessen (Verletzungs-, Nichtigkeits- und Zwangslizenzstreitigkeiten) entscheidet. Er hat allerdings Bedenken, daß sich dies aus Gründen des Raumes und der Kosten nicht ganz verwirklichen lassen wird. Ich bin hierin gegenteiliger Auffassung. Ich glaube, daß die Einführung eines Reichspatentgerichts viele unnötige Kosten ersparen dürfte, und daß die Raumfrage hierbei leicht zu lösen ist. Insofern dürfte aber auch durch eine Zentralisierung in diesem Sinne den beteiligten Verkehrskreisen die Möglichkeit gegeben sein, mit Hilfe von geringeren Kosten als bisher ihre Rechte aus ihren Schutzrechten geltend zu machen bzw. zu verteidigen, und endlich dürfte die Schaffung eines einzigen Patentgerichts mit dazu beitragen, die Unsicherheit in der zur Zeit herrschenden Rechtssprechung zu beseitigen. Die technischen Richter könnten mit Leichtigkeit aus Mitgliedern des RPatV., die sich besonders hierfür eignen, rekrutiert werden und außerdem könnten diese technischen Richter noch nach wie vor in der Beschwerde- und Nichtigkeitsabteilung des PatV. mitbeschäftigt werden. Dadurch wäre die Möglichkeit gegeben, bei Verletzungsstreitigkeiten diejenigen technischen Richter in die Kammern und Senate zu schicken, die gerade auf dem in Frage stehenden Gebiet sachverständig sind, d. h., gute allgemeine Kenntnisse auf diesem Gebiet besitzen. Die kombinierte Lösung, wie sie der Verf. vorschlägt, scheint mir nicht so gut geeignet zu sein, die herrschenden Mißstände zu beseitigen.

Im 4. Abschnitt des Werkes macht der Verf. den Vorschlag, den Parteien zu gestatten, im Verletzungsstreit Hilfsanträge zu stellen, in denen z. B. beantragt wird, das Gericht möge darüber entscheiden, ob eine bestimmte Ausführungsform eines Schutzrechts in den Umfang des Schutzrechts fällt. Das wäre, wenn ich den Verf. richtig verstehe, die Verbindung der negativen Feststellungsklage mit der positiven.

Das 5. Kapitel hat den eigentlichen Inhalt des PatG. zum Gegenstand. Auch hier stellt der Verf. mit Recht die Forderung, die auch in den Verhandlungen des Ausschusses für gewerblichen Rechtsschutz der Akademie für Deutsches Recht behandelt worden ist, nach einer Revision der Frage der Zwangslizenz.

In den darauf folgenden Kapiteln (Kap. 6, 7 und 8) behandelt der Verf. die Frage der Geheimpatente, der Lizenz und der Zwangslizenz. Auch hier dürfte die Forderung berechtigt sein, daß im Einspruchsverfahren, entgegen den bisher geltenden Bestimmungen, der Inhalt dieser Geheimpatente dem Prozeßgegner nicht offenbart werden dürfe, und daß die Vergabe einer Lizenz in der Patentrolle zur Eintragung kommen soll.

Besonders beachtenswert ist, daß der Verf. die Mißstände auf dem Gebiete der Rechtssprechung und des Beratungswesens insofern scharf kritisiert, als er hervorhebt, daß zu den unerfahrenen Personen, die sich mit dem Spezialgebiet des gewerblichen Rechtsschutzes be-

schäftigen, auch ein großer Teil der Juristen gehört, insbes. eine große Zahl der als Berater auftretenden Anwälte. Eine Beseitigung dieser Mißstände dürfte im Interesse der Anwaltschaft dringend geboten sein.

Was die Richter anbelangt, die in Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes rechtsprechen, so dürfte durch die Einführung der gemischten Spezialgerichte dafür Sorge getragen sein, daß in Zukunft bei Verletzungsstreitigkeiten nur Richter tätig sind, die Spezialisten auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes sind.

Für die Erlangung einer Zwangslizenz ist bereits eine Wandlung in der Rechtsprechung des RG. festzustellen, insofern als ein öffentliches Interesse an der Erteilung einer Zwangslizenz in heutiger Zeit unbedingt dann zu bejahen ist, wenn der Antragsteller sonst gezwungen wäre, seinen Betrieb stillzulegen, da die Bekämpfung der allgemeinen Arbeitslosigkeit zu den wichtigsten Aufgaben des Staates gehört, denen gegenüber alles andere zurückzutreten hat (vgl. RGEntsch. v. 24. Jan. 1934 (I 37/33): JW. 1934, 1566 = GewRSch. 1934, 246). Die erweiterte Anwendung der Zwangslizenz oder die Erleichterung der Erteilung einer Zwangslizenz im Sinne der Forderung des Verf. dürfte also bereits praktisch erfolgt sein.

Zum Kap. 9 beschäftigt sich der Verf. mit dem Widerspruch, der sich dadurch ergibt, daß das Patent vom PatM., also von technischen Richtern, erteilt wird, während es vernichtet und ausgelegt wird von Kammern und Senaten, die nur mit Juristen besetzt sind (es ist nicht richtig, wenn der Verf. schreibt [S. 92/93], daß das PatM. auch das Vererbungsamt für das Patent ist; das Patent wird vielmehr durch das RG. beerdigt). Aber auch dieser Mißstand dürfte wiederum dadurch beseitigt werden, daß im Nichtigkeits- und Vererbungsamt als letzte Instanz ein aus gemischten Richtern besetzter Senat künftig zu entscheiden haben dürfte.

Endlich wird noch in diesem Kapitel die Einrichtung eines Patentwirtschaftsamtes behandelt, das u. a. auch die Unterfütterung der Deutschen bei Anmelde- und Verwertung von Auslandspatenten als Aufgabe haben sollte. Er kommt zu dem richtigen Ergebnis, daß, wer ein Auslandspatent anmeldet, einen Patentanwalt nachgewiesenen bekommen soll, der mit Hilfe seiner zuverlässigen Korrespondenzanwälte im Ausland dafür Sorge tragen kann, daß nicht, wie leider in vielen Fällen, der Schutz des deutschen Patents, sei es durch ungeeignete Übersetzung oder durch unzuverlässige Berater im Ausland, beeinträchtigt wird. Es sind mir genügend Fälle aus meiner Praxis bekannt, wo der Erfinder bei der Nachsuchung von Schutzrechten im Ausland in die Hände von Schwindlern gefallen ist.

Schließlich dürfte auch die Forderung einer ständigen Kontrolle der Patentmakler einem starken Bedürfnis entsprechen, denn der Schaden, der auf dem Gebiete der Patentverwertung verursacht worden ist, ist recht beträchtlich. Deshalb ist die Schaffung einer ständigen Organisation dieses Berufszweiges unbedingt wünschenswert.

Im Kap. 10, dem Schlußwort, weist der Verf. noch darauf hin, daß der Schutz des angestellten Erfinders nicht in das Patentrecht, sondern in das Arbeitsrecht gehört, eine Auffassung, der unbedingt beizutreten ist.

PatAnw. Dr. Arthur Ulrich, Berlin.

Gesetzbuch der Arbeit. Textsammlung der arbeitsrechtlichen Gesetze und ihrer Ergänzungsbestimmungen für Praxis und Studium. Herausgegeben und bearbeitet von Dr. v. Junde, Dr. Steinmann, Dr. Wiedemann, Dr. Zischke. München. Heerschild-Verlag GmbH.

Zu diesem umfassenden Sammelwerk in Loseblattform (angezeigt JW. 1934, 607) sind die weiteren Lieferungen in rascher Folge erschienen. Das Werk darf sich wohl lückenloser Vollständigkeit rühmen; man wird darin kaum irgendeinen einschlägigen Erlaß eines Ministeriums oder einer sonstigen höchsten Dienststelle vermissen. So ist es verständlich, daß die Fülle des Stoffes den ursprünglich vorgesehenen, an sich schon stattlichen Umfang des Buches geprengt hat. Dankenswerterweise liefert deshalb der Verlag unentgeltlich einen Hartnappe-Umschlag, in dem das gesamte Material des Abschnitts III (Arbeitsdienst) gesondert eingeordnet werden kann.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristen, gegr. 1897 von Dr. Hans Th. Svergel, herausgeg. von Dr. Svergel, Dr. Thiesing, Schraut, Dr. Grunssendorf. Heft 7/8, Juli-August 1934. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart. Einzelheft 2 RM., vierteljährl. 5 RM.

Die Zeitschrift „Das Recht“ — die Grundlage des jährlich erscheinenden Entscheidungssammelwerkes „Das Recht“ von Dr. Svergel — ist eine interessante Fundgrube von Entscheidungen und Auf-

fäßen, die für jeden Praktiker von hohem Werte ist. Über 1000 Nachweise von in letzter Zeit ergangenen, veröffentlichten und auch noch nicht abgedruckten Entscheidungen und den wichtigsten Aufsätzen aus etwa 70 Zeitschriften, Archiven, Sammlungen, Zeitungen usw. enthält das vorliegende Doppelheft Nr. 7/8. (Von diesen 1000 Nachweisen sind über 400 der JW. entnommen.) Die Anlage des Heftes ist einfach und übersichtlich: Werdenes Recht leitet die Sammlung ein, es folgen Bürgerliches Recht, Strafrecht, Reichssteuerrecht und das neue Reichsrecht. Ein Nachweis der im Juni und Juli im RGBl. veröffentlichten Gesetze und Verordnungen, ein Hinweis auf Neuerscheinungen und ein Gesetzesregister vervollständigen den Inhalt des Heftes.

Der sehr reichhaltige Entscheidungsnachweis ist jedoch nicht vollständig. So fehlt z. B. bei den Nr. 5637, 5641 a, 5695, 5709, 5709 a, 5710, 5719, 5737, 5739 a, 5756, 5883, 5910 a u. zahlr. a. die Abdruckstelle in der JW., während die Rechtsätze in der bei der JW. üblichen Form mit Angabe einer anderen Abdruckstelle wiedergegeben sind. Eine ganze Reihe von Entscheidungen (Nr. 6044, 6049, 6066, 6067, 6231, 6427 u. a.) sind als noch nicht veröffentlicht (+ O) gekennzeichnet, obwohl die Abdruckstelle der amtlichen Sammlung angegeben und zum Teil die Rechtsätze der JW., in der sie ebenfalls abgedruckt sind, angegeben sind.

Es wäre wünschenswert, daß in den kommenden Heften bei den Entscheidungen sämtliche Abdruckstellen angeführt würden, da den Benutzern des Heftes vielfach nur ein geringer Teil der verwandten 70 Zeitschriften usw. zur Verfügung steht. [.]

Eingegangene Bücher

Das neue Deutsche Reichsrecht. Hrsg. von Geh. RegR. Hans Pfundtner, Staatssek. im RMZ., RA. Dr. Reinhard Neubert, Präf. der Reichsrechtsanwaltskammer, unter Mitwirkung von Dr. F. A. Medicus, MinR. im RMZ. Lief. 23. 56 Blatt Ergänzungen. Preis des einzelnen Ergänzungsblattes 0,04 RM. nebst Postgebühr.

Die Arbeitszeitverordnung v. 26. Juli 1934. Textausgabe mit Einleitung, den amtlichen Erläuterungen und Sachregister, hrsg. von Dr. Ludwig Münz, ORegR. im RMZ. Berlin. Weidmannsche Buchhandlung. 61 S. Preis 0,60 RM.

Arbeitszeitrecht. (Sammlung der gesetzlichen Bestimmungen über die Regelung der Arbeitszeit, insbes. ArbZVO. v. 26. Juli 1934.) Bd. 161 der Samml. dt. Gesetze. Textausgabe mit Sachregister. Mannheim 1934. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis 0,90 RM.

Das Reichswaldverwüstungsgesetz v. 18. Jan. 1934 mit den bay. Vollzugsvorschriften v. 15. Juni 1934, dem Gesetz zur Überleitung des Forst- und Jagdwezens auf das Reich v. 3. Juli 1934 und der 1. DurchfVO. v. 12. Juli 1934. Erläuterte Handausgabe, hrsg. von Dr. oec. publ. Dr. jur. Kurt Mantel, Regierungsrat. München-Berlin 1934. Heerschild-Verlag GmbH. Preis 0,80 RM.

Jahrbuch des Jugendrechts. Bd. VI für das Jahr 1933. In Verbindung mit Dr. Karl Hagemann, OGR. u. LGM., Greifswald, Dr. Arthur Wegner, o. ö. Prof. der Rechte an der Universität Breslau. Hrsg. von Dr. Heinrich Wehler, Geschäftsführer dem Direktor des Deutschen Jugendarchivs Berlin. Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. Preis 7 RM.

Reichsgerichts-Entscheidungen in kurzen Auszügen. Zivilsachen. Bd. 141. München 1934. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). Preis 2 RM.

OGPräf. Prof. Dr. A. Brand und OGR. Th. Meyer zum Gottsberge: Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis. 3., verm. u. verb. Aufl. Nachtrag. Berlin 1934. Verlag Julius Springer. Preis des Nachtrages 2,40 RM.

Das Wechselgesetz v. 21. Juni 1933. Erläutert an der Hand der aml. Begr. und der bisherigen KPr. nebst einer Gegenüberstellung der Artikelnummern des neuen Gesetzes und der alten W.O. von OGR. Dr. Otto Warneher. Nachtrag 1934. Berlin. Carl Heymanns Verlag. Der Nachtrag wird allen Beziehern des Hauptwerkes kostenlos geliefert.

Schnellkartei der Reichssteuergesetze. Teil I: Die gesamten Reichssteuergesetze. 34. Ersch. u. Ergänzungslieferung. Ausgegeben August 1934. 35. Ersch. u. Ergänzungslieferung. Ausgegeben September 1934. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt.

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 und Huber

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

****1.** §§ 249, 251 BGB. Wenn der Treuhänder das Vertrauensverhältnis zerstört hat, der Treugeber aber das Treuhandverhältnis nicht ohne unverhältnismäßig hohe Kosten beenden kann, dann ließe sich aus § 249 BGB. vielleicht die Pflicht des Treuhänders herleiten, daß er sich auch ohne Beendigung des Vertrages aller Verfügungen über das Treugut zu enthalten und durch Ausstellung einer Vollmacht dem Treugeber die Möglichkeit zu geben hat, selbst Verfügungen zu treffen, doch ist er nicht zur Ausstellung einer Vollmacht verpflichtet, die dem Treugeber das Recht gibt, alle mit der Verwaltung des Treuguts zusammenhängenden Verpflichtungen in seinem Namen einzugehen. †)

Der Bekl. namens B. war Generaldirektor der Kl. und betrieb außerdem in Böhmen unter der Firma der DSG. B. ein Unternehmen, das der Kl. gehört hatte, von ihr aber aus politischen Gründen rechtlich aus ihrem Vermögen ausgeschieden worden war. Die DSG. war von dem Bekl. und M. 1920 gebildet worden, 1926 schied M. aber aus, und der Bekl. führte das Unternehmen als Einzelkaufmann weiter, unstreitig für Rechnung der Kl. Durch Ausschlußratsbeschuß der Kl. v. 1. Aug. 1930 wurde er seines Postens als ihr Vorstandsmitglied enthoben, da ihm verschiedene Unredlichkeiten vorgeworfen wurden. Die Kl. bezeichnet den Bekl. als Treuhänder jenes Unternehmens. Sie verlangt aber nicht die Rückübertragung des Unternehmens, auch nicht die Übertragung auf einen Dritten, weil beides nach den tschechoslowakischen Bestimmungen ihr hohe Kosten verursachen würde, zu deren Ausbringung sie — gerade wegen der Verfehlungen des Bekl. — nicht instande sei. Sondern sie möchte das Treuhandverhältnis einseitig fortbestehen lassen, den Bekl. dabei aber völlig ausschalten und den Betrieb des Unternehmens durch den Vorsitzenden ihres Ausschußrats oder durch eine

andere ihr genehme Person auf Grund einer umfassenden, vom Bekl. auszustellenden Vollmacht weiterführen lassen. Auf die Ausstellung dieser Vollmacht, deren Inhalt im einzelnen angegeben ist, richtet sich die Klage.

Der Bekl. hatte bereits vor seiner endgültigen Entlassung einen Vertragsentwurf unterzeichnet, worin er anerkannte, nur Treuhänder des Unternehmens zu sein, sich auch verpflichtete, alles zu tun, was die Kl. für nötig halte, und sich jeder Betätigung für sie und in ihren Betrieben zu enthalten, wogegen ihm ein Ruhegehalt zugesichert wurde. Der Vertrag kam aber nicht zustande, weil der Bekl. die Ausstellung der verlangten Vollmacht verweigerte. Er verweigert sie auch jetzt, weil dieses Verlangen unberechtigt, das Treuhandverhältnis auch schon erloschen sei. Dagegen erklärt er sich bereit, das Treugut zurückzugeben, jedoch nicht das Recht an der Firma, da dieses nicht zum Treugut gehöre. Die ihm vorgeworfenen Unredlichkeiten bestreitet er.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Das BG. erachtet in Übereinstimmung mit der Ansicht beider Parteien ein echtes Treuhandverhältnis für begründet und wendet auf die schuldrechtlichen Beziehungen der Parteien die Regeln des Auftrags an. Es verneint aber, daß sich daraus für die Kl. ein Recht herleiten lasse, dem Bekl. nachträglich eine Weisung wie die vorliegende zu erteilen, die sich mit dem erteilten Auftrag nicht vertrage und diesen nahezu in sein Gegenteil verkehre. Die einzige Möglichkeit für die Kl., aus der Sache herauszukommen, sieht das BG. in einer ordnungsmäßigen Beendigung des Treuhandverhältnisses und meint, die Kl. müsse das Mißgeschick tragen, daß ihr durch die Rückgabe des Treuguts an sie selbst oder durch die Herausgabe an einen anderen Kosten entstanden.

Demgegenüber macht die Kl. geltend, der Bekl. sei nach der besonderen Lage des Falles sowohl aus dem Treuhandvertrage als auch aus unerlaubter Handlung verpflichtet, die verlangte Vollmacht auszustellen. Denn er habe durch seine Verfehlungen, deren Begehung für die Rechtsinst. unterstellt werden müsse, die Schwierigkeit geschaffen und müsse sie nun beseitigen, ohne daß der Kl. Kosten entstünden, die sie nicht aufbringen könne. Der Richter müsse hier rechtsgestaltend eingreifen, mindestens dem Klageantrage mit Beschränkungen stattgeben, mit denen sich die Kl. einverstanden erklärt habe.

Allein das Klagebegehren ist aus keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen, vielmehr muß den Vorinstanzen im Ergebnis beigetreten werden.

Daß der Treuhandvertrag so, wie er ursprünglich ge-

Zu 1. Das vorl. Urte. erscheint trotz gewisser Bedenken im Ergebnis zutreffend.

Die Annahme eines Treuhandverhältnisses zwischen der Kl. und dem Bekl. ist damit gerechtfertigt, daß der Bekl. als rechtlicher Inhaber des Unternehmens im Interesse und für Rechnung der Kl. zu handeln verpflichtet war. Es liegt also ein fiduziarisches Treuhandverhältnis vor, bei dem es sich hier um die Auswirkungen des vertraglichen Innenverhältnisses, des Pflichtverhältnisses, handelt.

Das BG. hat einmal ausgesprochen, daß dieses schuldrechtliche Innenverhältnis (der Treuhandvertrag) noch keinen typischen Inhalt habe, so daß es jeweils auf die Auslegung nach den Zwecken und den besonderen Umständen des einzelnen Falles ankomme (RG. 127, 345 = JW. 1930, 2394). Von dieser Erkenntnis aus hätte es m. E. nahegelegen, das Klagebegehren nicht gleichwohl unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes (aus Vertrag oder aus Delikt), sondern zunächst daraufhin zu prüfen, ob sich die behauptete Pflicht nicht bereits aus dem durch den Zweck des Vertrages nach §§ 157, 242 BGB. zu ermittelnden Inhalt der Treupflicht des Bekl. herleiten lassen könnte. Die Verfehlung des Bekl. beendete doch seine Treupflicht nicht derart, daß nunmehr nur noch Schadenersatzansprüche in Frage stehen könnten. Solange der Bekl. Träger des Unternehmens blieb, bestanden vielmehr trotz oder sogar gerade

wegen seiner früheren Verfehlungen fortdauernde oder gar erhöhte Treupflichten, auf deren Erfüllung die Kl. einen klagbaren Anspruch hatte. Aber auch unter diesem Gesichtspunkt läßt sich das Klagebegehren wohl nicht rechtfertigen, da die Pflicht des Bekl. nicht so weit geht, eine Vollmacht zu erteilen, vermöge deren der Bevollmächtigte ihn unbeschränkt verpflichten könnte. Wohl aber müßte sich der Bekl., gerade mit Rücksicht auf seine Verfehlungen, z. B. gefallen lassen, daß der Treugeber ihm eine Kontrollperson an die Seite stellt; er wäre dann verpflichtet, alle Handlungen, denen die Kontrollperson widersprechen würde, zu unterlassen. Die von der Kl. gewünschte sehr viel weitergehende Lösung erscheint auch, wenigstens auf das Inland bezogen, deshalb nicht voll berechtigt, weil die Strohmannstellung des Bekl. durch die verlangte Vollmacht noch undurchsichtiger und verwickelter gestaltet werden würde.

Daß auch die Heranziehung der Vorschriften über die Art des Schadenersatzes der Kl. nicht helfen kann, hat das BG. dargetan. M. E. läßt das Verlangen der Kl. weniger auf einen Ersatz für entstandenen Schaden, als auf eine Verhütung weiteren Schadens hinaus. Auch diese Erwägung läßt es bedenklich erscheinen, daß die §§ 249, 251 BGB. zur alleinigen Grundlage der Entsch. gemacht worden sind.

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

geschlossen war, den Befl. zur Ausstellung der verlangten Vollmacht verpflichtete, hat die Kl. nicht dargelegt. Sie meint aber, das Verhältnis habe sich durch Schuld des Befl. so gestaltet, daß nunmehr diese Pflicht für ihn entstanden sei. Mag er aber auch schadensersatzpflichtig sein, sei es aus Vertrag, sei es aus unerlaubter Handlung, so hat er doch nach § 249 BGB. Schadensersatz nur dadurch zu leisten, daß er den Zustand herstellt, der ohne seine Verfehlungen bestanden haben würde, und wenn das nicht möglich ist, so hat er nach § 251 BGB. die Kl. in Geld zu entschädigen. Die von ihr verlangte Ausstellung der Vollmacht geht aber über beides weit hinaus. Aus § 249 BGB. ließe sich vielleicht die Pflicht des Treuhänders herleiten, daß er sich, nachdem er das Vertrauensverhältnis zerstört hat, auch ohne Bewandigung des Vertrages aller Verfügungen über das Treugut zu enthalten und durch Ausstellung einer entsprechenden Vollmacht dem Treugeber die Möglichkeit zu geben hat, selbst Verfügungen zu treffen. Mit einer solchen Verfügungs-vollmacht ist aber der Kl. nach ihren in den Vorinstanzen abgegebenen Erklärungen nicht gebient. Sie hat sich auch keineswegs mit jeder Beschränkung ihres Klagantrages einverstanden erklärt. Vielmehr hat sie sich nur bereit erklärt, für die Schulden, die durch den Gebrauch der Vollmacht den Befl. belasteten würden, selbst einzutreten, und sie hat vorgetragen, sie sei auch mit einer auf zwei Jahre oder auf einen noch etwas geringeren Zeitraum beschränkten Vollmacht zufrieden. Aber gerade diese Erklärung in Verbindung mit ihren sonstigen Erklärungen und dem Klagantrage ergibt ganz klar, daß sie eine Vollmacht haben will, die ihr das Recht gibt, nicht nur Verfügungen namens des Befl. zu treffen, sondern alle nur denkbaren, mit dem Betriebe des Unternehmens zusammenhängenden Verpflichtungen in seinem Namen einzugehen. Ohne das wäre eine Weiterführung des Unternehmens unter Ausschaltung des Befl. auch wohl kaum möglich, und diese Weiterführung ist es, was die Kl. anstrebt. Das ist aber ein Verlangen, das sich weder aus dem Auftragsverhältnis noch aus der Begehung unerlaubter Handlungen rechtfertigen läßt. Der Befl. würde sich damit in einem Umfang in die Hand des Bevollmächtigten geben, wie es ihm nach keiner gesetzlichen Vorschrift zugemutet werden kann, gleichviel, welchen Einfluß er bisher auf die Führung der Geschäfte ausgeübt hat.

Da eine nur auf Verfügungen über das Treugut beschränkte Vollmacht nicht in Frage kommt, so erschien es zwecklos, die Sache in diesem Umfang an das BG. zurückzuverweisen. Vielmehr mußte die Rev. zurückgewiesen werden.

(U. v. 21. Juni 1934; VI 153/34. — Frankfurt.) [H.]

2. §§ 816, 822 BGB. Entsprechende Anwendung auf rechtsähnliche Fälle.

Besteht zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger kein die Leistung unmittelbar rechtfertigender Grund, hat die Leistung vielmehr ihren Rechtsgrund einmal in dem Rechtsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem ihn zur Leistung Beauftragenden — Deckungsverhältnis — und zum anderen in dem Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem Leistungsempfänger — Valutaverhältnis —, dann vollzieht sich bei Fehlerhaftigkeit eines der beiden die Verfügung tragenden Grundgeschäfte der Ausgleich nach Bereicherungsgrundsätzen zwischen den an diesem Geschäft beteiligten Personen, nicht aber zwischen Leistenden und dem Leistungsempfänger.

Dem Leistenden steht aber ein Rückforderungsrecht unmittelbar gegen den Leistungsempfänger zu, wenn beide Grundgeschäfte sich als nicht rechtsbeständig erweisen. Das hat aber auch in analoger Anwendung der §§ 816, 822 BGB. zu gelten, wenn es im Deckungsverhältnis am Rechtsgrund fehlt und im Valutaverhältnis die Leistung unentgeltlich bewirkt ist.

Analoge Anwendung des § 816 BGB. auch für den Fall, daß der den Leistenden zur Leistung

Beauftragende selbst als Nichtberechtigter, aber zufolge Ermächtigung (§ 185 BGB.) mit Wirkung gegen den Leistenden, bei der Verfügung an den Leistungsempfänger mitgewirkt hat. Analoge Anwendung ist deshalb geboten, weil auch hier anderenfalls eine im Deckungsverhältnis ungerechtfertigte Vermögensverschiebung auf Kosten des Leistenden zugunsten des unentgeltlich bedachten Leistungsempfängers aufrecht erhalten bliebe.†)

Die Kreditanstalt für Verkehrsmittel AktG. in B., eine Tochtergesellschaft der hess. Bank, hatte mit der Eigentümerin einiger Rittergüter in B. und G. einen Verwertungsvertrag (Parzellierungs-)vertrag abgeschlossen. Auf Grund dieses Vertrages wurde für die Kreditanstalt an den betreffenden Liegenschaften eine Gesamtgrundschuld in Höhe von 2 000 000 G.M. bestellt, mit deren Hilfe die zur Verwertung erforderlichen Mittel aufgebracht werden sollten. Der Direktor M., der als Mitglied des Vorstandes der Kreditanstalt den Abschluß des Verwertungsvertrages herbeigeführt hatte, erhob schon vor dessen Ausführung auf Grund seines Anstellungsvertrages mit der Kreditanstalt gegen diese einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung in Höhe von 500 000 RM. Nach Verhandlungen mit der Kreditanstalt, die hierbei durch zwei andere Vorstandsmitglieder vertreten wurde, erreichte er, daß ihm als Gewinnbeteiligung 25 000 RM bar gezahlt und daß über 125 000 RM erstelligen Teilbetrag der genannten Grundschuld zu seinen Gunsten wie folgt verfügt wurde: Die Kreditanstalt behändigte ihn über diesen Teilbetrag am 4. Okt. 1929 eine notariell beglaubigte Abtretungserklärung, in welcher der Name „der neuen Gläubigerin“ offen blieb. M. fügte den Namen der Kl. ein und übergab ihr die Abtretungsurkunde sowie den vom BG. gebildeten Teilgrundschuldbrief.

Den Anlaß zu dieser Zuwendung bildete ein Liebesverhältnis, das der — verheiratete — Direktor M. mit der im Jahre 1909 unehelich geborenen Kl. unterhielt und aus dem ein (im Jahre 1930 geborenes) Kind damals erwartet wurde. Als die von der Kreditanstalt um finanzielle Unterstützung angegangene Befl. von der Abtretung der Teilgrundschuld erfuhr, bestand sie auf Rückübertragung. Auf Veranlassung des M. trat darauf die damals noch minderjährige und unter Vormundschaft ihrer Mutter stehende Kl. am 31. Jan. 1930 die Grundschuld unter Übergabe des Briefes an die Befl. ab.

Die Kl. beruft sich auf die von ihr aus dem Mangel vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung hergeleitete Unwirksamkeit der Abtretung v. 31. Jan. 1930 und hat von der Befl. Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs durch Wiedereintragung der Kl. und Herausgabe des Teilbriefes gefordert.

Die Befl. hat Abweisung der Klage beantragt und zur Begründung folgendes geltend gemacht. Die Abtretung v. 4. Okt. 1929 sei als in blanco vollzogen unwirksam gewesen, die Kl. also niemals Grundschuldgläubigerin geworden. Anderenfalls sei die Abtretung v. 31. Jan. 1930 wirksam, weil die Mutter der Kl. und nach erlangter Volljährigkeit diese selbst auch der Befl. gegenüber die — nach § 110 BGB. zudem

Zu 2. Die Entsch. bietet in ihrem grundsätzlich wichtigsten Teil einen interessanten und m. E. durchaus zutreffenden Beitrag zur Behandlung des Bereicherungsproblems bei mittelbaren unentgeltlichen Zuwendungen, denen eine gültige Kaufbeziehung zwischen dem Geber und dem mittelbaren Zuwender nicht zugrunde liegt. Eine oberflächlich-formalistische Betrachtungsweise möchte in solchem Fall den Bereicherten von jedweder Haftung entheben wissen wollen. Denn er hat ja aus einem wirklich vorhandenen Rechtsgrund gegenüber dem mittelbaren Zuwender vom Geber erlangt. Dieser letztere könnte also anscheinend nichts von ihm zurückfordern; ebensowenig könnte er den mittelbaren Zuwender in Anspruch nehmen, da dieser ja durch den Vorgang in seiner Vermögenslage nicht beeinträchtigt, nicht bereichert ist. Das wäre aber ein höchst unbilliges Ergebnis. Es entspricht offenbar auch nicht dem Gedankengang unseres Bereicherungsrechtes, wie das BG. unter Zurechnung der Verwertung der §§ 816 Abs. 1 Satz 2 und 822 darlegt. Allerdings sind diese auf den Fall nicht unmittelbar anwendbar — § 816 nicht, weil hier ja ein Berechtigter verfügt hat, § 822 nicht, weil nicht der anfängliche ungerechtfertigte Empfänger unentgeltlich weiterverfügt hat. Aber der Kerngedanke der Vorschriften, insbes. des

nicht einmal erforderliche — Genehmigung mindestens stillschweigend erteilt hätten. Die in der Abtretung liegende Zuwendung der Kreditanstalt an M. habe des rechtlichen Grundes entbehrt, weil der Anstellungsvertrag mangels Genehmigung des Vorsitzenden des Aufsichtsrats unwirksam, außerdem ein zu einer Gewinnbeteiligung des M. Anlaß gebender Nutzen aus dem Verwertungsvertrage bis heute nicht erzielt sei. Die Zuwendung von M. an die K. sei sittenwidrig und ermangele deshalb ebenfalls des rechtlichen Grundes. Die K. sei mithin der Kreditanstalt zur Herausgabe der Grundschuld verpflichtet gewesen, so daß aus dem der Befl. abgetretenen Rechte der Kreditanstalt der Klage gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht erwachsen sei. Ferner habe M. der K. nach dem 31. Jan. 1930 namhafte, den Nennbetrag der Teilgrundschuld übersteigende Gelbbeträge gezahlt, die er zurückfordern könne, wenn die K. die Grundschuld zurückerhalte. Auch wegen dieses ihr abgetretenen Anspruchs macht die Befl. ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

Die angefochtene Entsch. des RG. beruht auf der Erwägung, daß zwar der Rechtserwerb der K. im Okt. 1929 bei Zugrundelegung der neueren Rspr. des RG. (ZB. 1930, 61) als wirksam zu erachten sei, daß aber dem Rechtserwerb der Befl. im Jan. 1930 die — unter keinem der von der Befl. geltend gemachten Gründe als unschädlich zu erkennende — Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der K. entgegengestanden habe. Die von dem BG. gezogene Folgerung, daß die K. Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch ihre Wiedereintragung als Teilgrundschuldgläubigerin fordern könne, begegnet keinem rechtlichen Bedenken. Die Rev. der K. bekämpft die Bejahung des von der Befl. beanspruchten Zurückbehaltungsrechts. Indessen ist auch in diesem Punkt der Entsch. der Vorinstanz beizupflichten.

Aus abgetretenem Recht der Kreditanstalt kann die Befl. von der K. Herausgabe der Grundschuld fordern und bis zur Herausgabe sich dem Berichtigungsanspruch der K. widersetzen. Die von der Kreditanstalt durch die Abtretung vom Okt. 1929 an die K. bewirkte Leistung hatte ihren Rechtsgrund einmal in dem Rechtsverhältnis zwischen der Kreditanstalt und ihrem Direktor M. (Deckungsverhältnis) und zum anderen in dem Rechtsverhältnis zwischen M. und der K. (Valutaverhältnis). Dagegen bestand im Verhältnis zwischen der Kreditanstalt und der K. kein die Leistung unmittelbar rechtfertigender Grund. Dem entspricht es, daß bei Fehlerhaftigkeit eines der beiden die Verfügung tragenden Grundgeschäfte der Ausgleich nach Bereicherungsgrundsätzen zwischen den an diesem Geschäft beteiligten Personen, nicht aber zwischen der Kreditanstalt und der K. sich zu vollziehen hätte. Wie für das gemeine Recht ist aber auch für das geltende bürgerliche Recht anerkannt, daß dem Leistenden ein Rückforderungsrecht unmittelbar gegen den Leistungsempfänger dann zusteht, wenn beide Grundgeschäfte sich als nicht rechtsbeständig erweisen (RG. 86, 347).

Im Streitfall ist nun freilich von dem BG. kein die Fehlerhaftigkeit des Grundgeschäfts zwischen M. und der K. ergebender Tatbestand festgestellt worden; was über den Ausgleich bei Fehlerhaftigkeit beider Grundgeschäfte gesagt ist, gilt aber auch für den Fall, daß es im Deckungsverhältnis am Rechtsgrund fehlt und im Valutaverhältnis die Leistung unentgeltlich bewirkt worden ist. Unmittelbar ist dieser Satz

aus den hier in Betracht kommenden §§ 816, 822 BGB. nicht abzuleiten. Diesen Vorschriften liegt aber der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, daß dort, wo es sich um den vermögensrechtlichen Ausgleich einer durch einen Rechtsgrund nicht gestützten Rechtsänderung handelt, die Interessen des unentgeltlich Bedachten zurücktreten müssen. Ein unentgeltlicher Rechtserwerb ist nicht stark genug, um auf Kosten des Leistenden aufrechterhalten zu werden. Deshalb ist, wenn anders der durch die gesetzliche Ordnung angestrebte Ausgleich zwischen Verkehrssicherheit und materieller Gerechtigkeit in solchem Falle erreicht werden soll, eine entsprechende Anwendung der §§ 816, 822 BGB. oder einer dieser Bestimmungen geboten. Diese Vorschriften nehmen freilich unter den Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung eine Sonderstellung ein; entgegen der Annahme der Rev. sind sie aber nicht deshalb in ihrem eigenen Bereich entsprechender Anwendung auf verwandte, den gleichen Grundgedanken unterzuordnende Fälle unzugänglich (vgl. v. Tuhr: JheringsJ. 48, 50 ff. und zustimmend RGRKomm., 7. Aufl., Bem. 4a zu § 812, Bem. 4 zu § 816; Planck, 4. Aufl., Bem. 2a zu § 784).

Hier hat die K. die Abtretung aus der Hand der Kreditanstalt empfangen, die über die Teilgrundschuld als Berechtigter verfügt hat. Aber M. hat dadurch, daß er mit Ermächtigung der Kreditanstalt (§ 185 BGB.) den Rechtserwerb in der Person der K. vollenden darf, bei der Verfügung mitgewirkt und hierbei, weil er nicht Gläubiger der Grundschuld war, als Nichtberechtigter gehandelt. Auch bei Einwilligung des Berechtigten bleibt, wie § 185 BGB. ergibt, der über ein fremdes Recht Verfügende „Nichtberechtigter“; schafft doch auch gerade im Anwendungsbereich des § 816 BGB. die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten eine Grundlage für den Bereicherungsanspruch des Berechtigten (RGRKomm. Bem. 1). Damit ist die Verteidigung der Befl. auf einen zwar nicht die unmittelbare, wohl aber die entsprechende Anwendung des § 816 BGB. rechtfertigenden Tatbestand gestützt. Einer unmittelbaren Anwendung steht entgegen, daß über die Grundschuld von der Kreditanstalt als der Berechtigten zugunsten der K. verfügt worden ist. Eine entsprechende Anwendung ist geboten, wenn anderenfalls eine im Deckungsverhältnis ungerechtfertigte Vermögensverschiebung auf Kosten der Kreditanstalt zugunsten der unentgeltlich bedachten K. aufrechterhalten bliebe. Letzteres wäre der Fall, weil M. weder von der Kreditanstalt die Grundschuld noch von der K. einen Gegenwert erhalten hat, gegen ihn also aus der behaupteten Fehlerhaftigkeit des Deckungsverhältnisses ein Bereicherungsanspruch der Kreditanstalt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu begründen wäre. Die Rechtsähnlichkeit des im § 816 BGB. geordneten und des hier vorliegenden Tatbestandes ergibt sich, wie auch in anderen Fällen indirekter Zuwendung daraus, daß M. als Nichtberechtigter, aber zufolge Ermächtigung mit Wirkung gegen die Kreditanstalt bei der Verfügung mitgewirkt hat. Da die Kreditanstalt unmittelbar an die K. abgetreten, die Grundschuld also niemals sich im Vermögen M.s befunden hat, bestimmt sich die Herausgabepflicht der K. nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine entsprechende Anwendung des § 822 BGB., der einen Durchgang der Grundschuld durch das Vermögen M.s und seine Befreiung von der Herausgabepflicht durch Weitergabe der

§ 816 Abs. 1 Satz 2, ist doch, wie das Erkenntnis klar darlegt, der, daß die Interessen des unentgeltlichen Erwerbers zurücktreten müssen, wenn sonst der Leistende bzw. bisher Berechtigte ohne Grund einen ausgleichslosen Nachteil erleiden würde. Wer im irrigen Glauben an ein Deckungsverhältnis für einen Dritten geleistet hat, ist ebenso schutzbedürftig, wie wenn der Dritte seinerseits über einen fremden Gegenstand (unentgeltlich) verfügt hatte, und der unentgeltliche Erwerber hat im einen wie im anderen Falle gleichwenig Anwartschaft darauf, in seinem Erwerb mit fremdem Schaden geschädigt zu werden.

Freilich ist es schwierig überzeugend, wenn das RG. zur Stütze seiner Ansicht den u. a. in RG. 86, 347 verwerteten Gesichtspunkt heranzieht, daß auch in den Fällen einer nur mittelbaren Vermögensverschiebung dann dem Entreicherten Ansprüche gegen den Bereicherten zustehen, wenn beide Kaufverhältnisse — sowohl des Entreicherten gegen den Mittelmann wie des Mittelmannes gegen den Bereicherten — nicht in Ordnung sind. Allerdings bin auch ich

jetzt, im Gegensatz zu meiner früheren und der überhaupt bis vor kurzem vorherrschenden Meinung, zur Annahme dieser Lehre geneigt. Aber man wird dabei besser umgekehrt verfahren als das RG., das aus dem eben erwähnten Fall eine Folgerung auf die Behandlung des uneren zieht. Sondern weil nach den entsprechend anwendbaren §§ 816 Abs. 1 Satz 2 und 822 die Bereicherungshaftung des unentgeltlichen Erwerbers bei Fehlen der Kaufbeziehung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Geber anzunehmen ist, muß um so mehr angenommen werden, daß der überhaupt des Rechtsgrundes entbehrende Erwerb bei der mittelbaren Zuwendung erst recht der Kondition durch den Entreicherten unterliegt: der grundlose Erwerber kann vernünftigerweise nicht besser behandelt werden als der Erwerber ex causa lucrativa.

Die sonstigen Ausführungen des Urteils treten an Wichtigkeit dahinter zurück und bedürfen keiner Begleitbemerkungen.

Geh. RA. Prof. Dr. Paul Dertmann, Göttingen.

Grundschuld an die Kl. zur Voraussetzung hätte, kommt nicht in Betracht. Dadurch erledigt sich die Anwendung des § 819 BGB., dem für den vorliegenden Fall Bedeutung nur dann zukäme, wenn Inhalt und Umfang eines gegen M. gerichteten Bereicherungsanspruchs festzustellen wären.

Das BG. schweigt über die Anwendbarkeit der §§ 814, 817 BGB., soweit diese Vorschriften für das Rechtsverhältnis zwischen M. und der Kl. Geltung beanspruchen können. Die darauf hinzuliegende Rüge ist aber unbegründet. Der das Zurückbehaltungsrecht der Befl. begründende Bereicherungsanspruch der Kreditanstalt gegen die Kl. wird auf den Mangel eines Rechtsgrundes für die Abtretung der Teilgrundschuld im Verhältnis zwischen M. und der Kreditanstalt sowie auf unentgeltliche Zuwendung der Grundschuld im Verhältnis zwischen M. und der Kl. gestützt. Ist das Deckungsverhältnis fehlerhaft, so schuldet die Kl. der Kreditanstalt die Rückabtretung der Grundschuld, wenn und weil ihr Erwerb auf einer unentgeltlichen Zuwendung M.s beruhte. Wie Fehlerhaftigkeit des Valutaverhältnisses nicht Grund des der Kreditanstalt zustehenden Bereicherungsanspruches ist, könnte die Kl. auch Einwendungen, mit denen sie unter Heranziehung der §§ 814, 817 BGB. etwa einen von M. erhobenen, aus Fehlerhaftigkeit des Valutaverhältnisses begründeten Bereicherungsanspruch zu bekämpfen vermöchte, der Kreditanstalt nicht entgegenhalten. Geht das Recht der Kreditanstalt als Bereicherungsgläubigerin dem Recht der Kl. als unentgeltlicher Erwerberrin vor, so könnte die Letztere ihre Herausgabepflicht auch dann nicht abwenden, wenn in ihrem Verhältnis zu einem Dritten (M.) Hingabe und Annahme der Leistung gegen die guten Sitten verstoßen haben würde.

Hiernach steht der Befl. ein Zurückbehaltungsrecht zu, wenn die Kreditanstalt mit der Abtretung der Teilgrundschuld an den Direktor M. eine nichtgeschuldete Leistung bewirkt und M. die Grundschuld der Kl. unentgeltlich zugewendet hat.

1. Die Annahme, daß dem Direktor M. die Teilgrundschuld von der Kreditanstalt ohne Rechtsgrund zugewendet worden sei, ergibt sich aus dem Mangel eines die Zuwendung an M. rechtfertigenden Gewinnes aus dem in Rede stehenden Verwertungsgeschäft. Denn M. hatte nach dem Anstellungsvertrag nur ein Recht auf Beteiligung am Bruttoertrag von ihm bearbeiteter Einzelgeschäfte, die einen solchen Gewinn von wenigstens 100 000 RM erbrachten. Die aus derartiger Beteiligung sich für M. ergebenden Summen waren nach dem Inhalt des betreffenden Anstellungsvertrages jeweils nach Ablauf eines Kalendervierteljahres zu verrechnen; M. sollte befugt sein, monatlich dem bereits vorliegenden Gewinn entsprechend angemessene Kontozahlungen zu entnehmen. M. hatte also nur Anspruch auf Beteiligung an einem bereits verwirklichten Gewinn und keinesfalls ein Recht auf Vorwegnahme der Beteiligung an einem erst von der Zukunft erhofften Gewinn. Zu der Zeit, als die Grundschuld für Rechnung des M. an die Kl. abgetreten wurde, war nun nach zutreffender Annahme des BG. ein Gewinn aus dem Verwertungsgeschäft noch nicht erzielt. Der Erwerb der Grundschuld sollte der Kreditanstalt die Bereitstellung der Mittel ermöglichen, deren sie zur Durchführung des Verwertungsgeschäftes bedurfte. Er bedeutete den ersten Schritt zur Ausführung eines Geschäftes, von dem jedenfalls damals ungewiß war, ob die Ausführung gelingen und ob sie mit einem Nutzen, insbes. mit einem Bruttoertrag von mindestens 100 000 RM für die Kreditanstalt abschließen würde. Nicht einmal das steht fest, daß es später zu gewinnbringender Durchführung des Verwertungsgeschäftes durch die Kreditanstalt gekommen ist. Bei objektiver Nachprüfung ergibt sich somit, daß die für die Kreditanstalt handelnden beiden Vorstandsmitglieder durch Auszahlung von 25 000 RM und Abtretung der Grundschuld in Höhe eines Teilbetrages von 125 000 RM auf Kosten der Kreditanstalt an M. (25 000 RM) und für seine Rechnung an die Kl. (Grundschuldabtretung) Leistungen bewirkt haben, auf die M. keinen Rechtsanspruch hatte. Damit haben die betreffenden Mitglieder des Vorstandes die Grenzen überschritten, die durch die Satzung und durch den nur nach Maßgabe der Satzung gültigen Anstellungsvertrag (vgl. § 7 der Satzung) ihrer Vertretungsmacht gezogen waren. Auf die Vorschrift im § 235 Abs. 2 Satz 1

BGB., wonach Dritten gegenüber eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes unwirksam ist, könnte sich M. und kann sich folglich im vorliegenden Rechtsstreit auch die Kl. nicht berufen. Denn ein Mitglied des Vorstandes einer AktG. ist, wenn es mit dieser ein Abkommen über Gewinnbeteiligung trifft, nicht Dritter i. S. der genannten gesetzlichen Bestimmung.

In dem zwischen M. und der Kreditanstalt bestehenden Anstellungsvertrage findet die Abtretung der Teilgrundschuld hiernach keinen Rechtfertigungsgrund.

2. Anlangend das Valutaverhältnis hat das BG. ausgeführt, M. habe die im Deckungsverhältnis ihm ohne Rechtsgrund zugewendete Grundschuld seinerseits der Kl. unentgeltlich zugewendet; soweit Rechtsansprüche der Kl. gegen M. — etwa aus § 1715 BGB. — bestanden hätten, seien sie durch die erheblichen Zahlungen M.s befriedigt gewesen, neben denen die Grundschuld schenkweise zugewendet worden sei.

Dieser Satz ist nicht dahin zu verstehen, daß der VerR. die Entgeltlichkeit nur deshalb habe verneinen wollen, weil vor Abtretung der Grundschuld an die Kl. die ihr aus den Folgen des Verkehrs mit M. erwachsenen Ansprüche (§ 1715 BGB.) durch Geldzahlungen abgegolten worden seien. Dieser Grund träge nicht zu. Derartige Zahlungen sind nach Darstellung der Kl. erst nach Abtretung der Grundschuld geleistet worden. Das BG. hat offenbar sagen wollen, die Übertragung der Grundschuld an die Kl. stelle in ihrem Verhältnis zu M. eine unentgeltliche Verfügung dar, weil die nach Lage der Sache im Rechtsinn als Gegenleistung allein in Betracht kommende Zuwendung der Kl. — die Aufgabe der ihr gem. § 1715 BGB. erwachsenen Ansprüche — nicht mit der Abtretung der Grundschuld, sondern mit den von M. geleisteten Zahlungen rechtlich verknüpft worden sei und deshalb der Abtretung der Grundschuld durch M. keine Gegenleistung der Kl. gegenüberstehe. So verstanden tragen die Gründe des BU. die ihm zugrunde liegende Annahme, daß die Zuwendung der Grundschuld als unentgeltliche Verfügung M.s sich darstellte. Dazu reicht aus, daß — im Verhältnis M.s zur Kl. gesehen — M. durch Abtretung der Grundschuld eine sein Vermögen mindernde Verfügung traf, ohne von der Kl. eine Leistung zu erhalten, die mit der Abtretung in rechtlich erheblicher Weise verknüpft war. Da § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht von Schenkung, sondern von unentgeltlicher Verfügung spricht, kommt es nicht darauf an, ob M. und die Kl. über die Unentgeltlichkeit der Abtretung einig gewesen sind. Es ist auch belanglos, ob M. an eine rechtliche oder sittliche Verpflichtung zur Sicherstellung der Zukunft der Kl. oder die Kl. an einen rechtlichen oder moralischen Anspruch auf eine solche Leistung geglaubt hat. Eine Ausnahme, wie § 534 BGB. sie für Schenkungen trifft, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, ist im § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht vorgesehen. Es kann daher unerörtert bleiben, ob nicht schon die Art des Verhältnisses, das M. als verheirateter Mann zu der Kl. unterhalten hat, die Anwendung eines dem § 534 BGB. entsprechenden Rechtsfaktes auf die Zuwendung der Grundschuld ausschließen müßte.

Da das von der Befl. beanspruchte Zurückbehaltungsrecht sich also als von Bestand erweist, war die Rev. der Kl. zurückzuweisen.

(U. v. 18. April 1934; V 334/33. — Berlin.) [v. B.]

3. § 823 Abs. 2 BGB.; §§ 32 Abs. 5, 32a KraftfVd. v. 15. Juli 1930. Das Mitfahren eines Bremfers auf einem zweiten Anhänger ist, abgesehen von den in § 32 Abs. 5 aufgeführten Ausnahmen, erforderlich, gleichviel, ob an der Spitze ein Kraftwagen oder eine Zugmaschine fährt. Er hat nicht nur wie ein Automat zu bremsen, er hat vielmehr alle Obliegenheiten zu erfüllen, welche auf tretende Gefahren erforderlich machen, u. a. auch Unbefugte vom Aufsteigen auf die Deichsel abzuhalten. †)

Die damals zehnjährige Kl. erlitt am 31. Juli 1931 auf

Zu 3. Die Auslegung, die das RG. dem § 32a KraftfVd.

einer Landstraße einen Unfall dadurch, daß sie sich auf die Deichsel eines Wagens setzte, der als zweiter Anhänger von einem Bulldogg-Traktor gezogen wurde, und daß sie beim Abpringen unter ein Rad geriet. Mit der Klage machte sie den Erstbeteiligten als Halter und den Zweitbeteiligten als Führer der Zugmaschine für den Schaden verantwortlich. LG. und BG. wiesen die Klage ab. RG. hob auf und verwies zurück.

Zwar bestehen gegen das Berufungsurteil insoweit keine Bedenken, als es die Unwendbarkeit des KraftfG. auf Grund des § 8 Nr. 2 KraftfG. verneint. Dagegen hat das BG. bei Prüfung der Frage, ob die Befl. sich gegen die allgemeinen Vorschriften vergangen haben, übersehen, daß nach § 32 a i. Verb. n. § 32 Abs. 5 der KraftfV.D. (Fassung v. 15. Juli 1930 [RGBl. I, 276]) auf dem zweiten Anhänger ein Bremser mitfahren mußte, es sei denn, daß eine durchgehende Saug- oder Luftdruckbremse vorhanden war oder daß die Polizeibehörde davon Befreiung gewährt hatte. Über das Vorhandensein einer durchgehenden Saug- oder Luftdruckbremse ist nichts festgestellt, und in der Zulassungsbescheinigung ist zwar das Mitfahren von zwei Anhängern gestattet, aber nichts davon gesagt, daß auf dem zweiten Anhänger kein Bremser mitzufahren brauche. Das BG. entnimmt irrigerweise der Nr. 6 des § 32 a KraftfV.D., daß es überhaupt keines Bremers bedürft habe. Diese Vorschrift gewährt zwar bei kleinen Zugmaschinen der hier in Rede stehenden Art gewisse Befreiungen von den in § 32 für Anhänger von Kraftwagen getroffenen Bestimmungen, darunter auch von der in § 32 Abs. 2, daß auf „dem“ Anhänger ein Bremser mitfahren muß, wenn nicht die Bremse vom Führersitz aus bedient werden kann. Der Abs. 2 des § 32 trifft aber nur den Fall, daß ein Anhänger mitgeführt wird. Der Fall, daß ein zweiter mitgeführt wird, ist in Abs. 5 geregelt, und von den dort getroffenen Vorschriften ist für Zugmaschinen in § 32 a eine Ausnahme nur insofern gemacht, als es nach § 32 a Nr. 8 für das Mitfahren eines zweiten Anhängers keiner polizeilichen Erlaubnis bedarf. Dagegen ist das Mitfahren eines Bremers auf dem zweiten Anhänger, abgesehen von den in § 32 Abs. 5 aufgeführten, oben genannten Ausnahmen erforderlich, gleichviel, ob an der Spitze ein Kraftwagen oder eine Zugmaschine fährt. Unstreitig hat nun im vorliegenden Falle kein Bremser auf dem zweiten Anhänger gesessen. Hat sich auf dem ersten ein Bremser befunden, wie die Befl. angegeben haben, wie bisher aber nicht festgestellt worden ist, so war er an falscher Stelle. Hierfür sind nach § 16 KraftfV.D. beide Befl. verantwortlich.

Es unterliegt auch keinem Bedenken, auf die Verletzung dieses Schutzgesetzes (RG. 84, 425; JW. 1931, 3319¹¹) den Unfall zurückzuführen. Wäre ein Bremser auf dem zweiten Anhänger mitgefahren, so hätte er, wie anzunehmen ist, das Aufspringen der Kl. auf die Deichsel verhindert. Auch das hätte im Rahmen seiner Aufgabe gelegen. Daß es Ausnahmen gibt, in denen das Mitfahren eines Bremers nicht erforderlich ist, beweist nichts gegen den ursächlichen Zusammenhang des Unfalls mit dem Verstoß gegen das Schutzgesetz (vgl. Landenberg: JW. 1931, 3319¹¹ Fußnote), sondern besagt nur, daß der Gesetzgeber aus wirtschaftlichen Gründen auf Vollkommenheit des Schutzgesetzes verzichtet hat. Namentlich kann daraus, daß die KraftfV.D. die Wahl zwischen der Anbringung einer durchgehenden Bremse und dem Mitfahren eines Bremers freigestellt hat, nicht geschlossen werden, ein Bremser habe keine andere Aufgabe als eine durchgehende Bremse. Das eine wie das andere hat seine Vorzüge und Nachteile; so hat eine

durchgehende Bremse den Vorzug, daß sie eine Verständigung zwischen dem Führer und dem Bremser erspart (vgl. § 32 Abs. 2 KraftfV.D.). Das Mitfahren eines Bremers hat andererseits den Vorzug, daß er Unregelmäßigkeiten beobachten und häufig abstellen kann, die sich hinter dem Rücken des Führers ereignen; es ist in solchem Falle seine selbstverständliche Aufgabe, nach Möglichkeit einzugreifen. Dieser Vorzug muß aber bei Prüfung der Frage, welche Gefahren durch die Schubvorrichtung abgewendet werden sollen, mit in Anschlag gebracht werden. War also im vorliegenden Falle der zweite Anhänger nicht mit einer durchgehenden Saug- oder Luftdruckbremse ausgestattet und auch keine polizeiliche Befreiung gewährt, so mußte vor der Abfahrt dafür gesorgt werden, daß auf dem zweiten Anhänger ein Bremser Platz nahm, der dann aber nicht nur wie ein Automat zu bremsen, sondern alle Anforderungen zu erfüllen hatte, welche auftretende Gefahren erforderlich machten und welche ihm verständigerweise zuzumuten waren. Soweit in dem Ur. des 3. Str.Sen. des RG. v. 15. Dez. 1927, 3 D 926/26 (Verf.NdSch. 1928, 191) eine andere Auffassung zutage tritt, hängt sie mit der Anwendung des § 222 StGB. zusammen und ist für die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB. nicht bindend, ganz abgesehen davon, daß jenem Ur. eine ältere Fassung der KraftfV.D. zugrunde gelegen hat.

(U. v. 21. Juni 1934; VI 145/34. — Celle.)

[S.]

****4.** §§ 69—73, 192 Abs. 2 BGB. § 72 Satz 1 bedeutet eine „Beschränkung“ der durch § 69 den Abreden der ursprünglichen Vertragsparteien verliehenen Wirkungsmacht i. S. des § 192 Abs. 2. Die in § 192 Abs. 2 aufgeführten, nach Landesrecht errichteten öffentlichen Anstalten haben die Freiheit, durch Vertrag mit dem Versicherungsnehmer zu vereinbaren, daß dem Erwerber der versicherten Sache das in § 70 Abs. 2 bestimmte Kündigungsrecht nicht zustehen soll.†)

Der Kl. hat am 12. Nov. 1931 ein Rittergut in der Zwangsversteigerung erworben. Die frühere Eigentümerin des Gutes hatte dessen Gebäude durch einen mit der Befl., einer Öffentlichen Versicherungsanstalt in Breslau, abgeschlossenen Vertrag für die Zeit bis 31. Dez. 1939 gegen Feuers-, Blitz- und Explosionsgefahr versichert. In den Versicherungsbedingungen war bestimmt, daß in § 70 BGB. vorgesehene Kündigungsrecht solle der Sozietät und dem Erwerber nur zustehen, wenn es sich um Versicherungen handle, zu deren Annahme die Sozietät nicht verpflichtet sei; wenn aber (wie unstreitig im vorliegenden Falle) der Versicherungsvertrag Gebäude betreffe, zu deren Versicherung die Sozietät auf Grund des Annahmезwanges (§§ 9, 10 SozG.) verpflichtet sei, dann solle weder die Sozietät noch der Erwerber berechtigt sein, aus Anlaß der Veräußerung die Versicherung aufzukündigen.

Der Kl. hat den Versicherungsvertrag mit Brief vom 21. Nov. 1931 zum 24. Dez. 1931 gekündigt. Er ist der Ansicht, daß ihn der Ausschluß des Kündigungsrechts nicht binde. Die Befl. hat der Kündigung widersprochen und zum Ausdruck gebracht, sie beharre auf dem Standpunkt, daß der Versicherungsvertrag trotz der Kündigung weiterlaufe.

Der Kl. hat daraufhin Klage erhoben auf Feststellung, daß der Vertrag durch seine Kündigung aufgehoben sei. Alle drei Instanzen haben die Klage abgewiesen.

Die hier allein streitige Rechtsfrage, ob die Vereinbarung

zuteil werden läßt, ist zu billigen. Das Mitfahren eines Bremers auf einem zweiten Anhänger ist auch bei kleinen Zugmaschinen erforderlich. Was das RG. dem Bremser an Pflichten aufbürdet, bewegt sich in der Linie der Entsch. v. 14. Jan. 1932: WR. 1932, 214, wonach der Bremser vom Lastzug ausgehende Gefahren fernzuhalten suchen muß.

Die RStR.D. macht in § 19 keinen Unterschied mehr zwischen Anhängern von Kraftfahrzeugen und von kleinen Zugmaschinen. Sie gebietet die Anwesenheit eines Bremers auf jedem Anhänger, wenn er nicht vom Führer des ziehenden Fahrzeuges ausreichend gebremst werden kann oder eine ausreichende selbsttätige Bremsanlage hat.

RA. Dr. R. Volkman n, Düsseldorf.

Zu 4. I. Das Ur. des RG. bringt eine Frage zur Entscheidung, die seit etwa 20 Jahren die RStR. und das Schrifttum immer wieder beschäftigt hat, ohne daß sich die eine dabei vertretene Auffassung gegenüber der anderen endgültig durchzusetzen vermochte. In der RStR. hat vor allem das RG. (ZurRdSchPrVerf. 1928, 231 ff.) die Abdingbarkeit des Kündigungsrechts des Erwerbers der versicherten Sache verneint. In gleichem Sinn hat kürzlich das ObGer. Danzig entschieden (JW. 1934, 981 ff.).

II. Praktisch-wirtschaftlich gesehen handelt es sich bei der vorliegenden Auseinandersetzung um einen Ausschnitt aus dem Konkurrenzkampf zwischen den öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten und den privaten Feuerversicherungsunternehmen, der auch gerade auf

mit Wirkung gegen den Erwerber so getroffen werden konnte, wie sie getroffen worden ist, ist in Schrifttum und Rspr. ausführlich erörtert worden. Es mag auf die Zusammenstellungen verwiesen werden, die sich bei Bruch, *WZ.*, Bem. 6 zu § 192, insbes. aber bei Hagen: *JurRdsch-PrVerf.* 1933, 81/82 finden. Es kann nicht Aufgabe dieses Urteils sein, zu allen Einzelheiten, die in jenen ungemein zahlreichen Erörterungen und Entsch. zur Sprache gekommen sind, Stellung zu nehmen. Der Senat muß sich darauf beschränken, die ihm wesentlich erscheinenden Gesichtspunkte hervorzuheben. Er schließt sich grundsätzlich den Erwägungen an, die von Risch zunächst im Handbuch des Versicherungsrechtes (Anm. 1 S. 345/346), dann aber insbes. in der „Öffentlich-rechtlichen Versicherung“ 1933 S. 113—121 und S. 225—228 niedergelegt sind, und hält insbes. die Ausführungen von Hagen: *JurRdsch-PrVerf.* 1933, 81 ff. und 309 ff., so beachtlich sie sind, nicht für durchgreifend.

Wie von allen Gerichten und Schriftstellern, die sich mit der streitigen Frage befaßt haben, erkannt worden ist, liegt der Schwerpunkt der Entsch. in der Bedeutung des § 69 *WZ.* und in seinem Verhältnis zu den §§ 70—73 dorthin, sowie in der Bedeutung des § 72 Satz 1 und danach des § 192 Abs. 2 a. a. D.

Zunächst spricht die Begründung zum Entw. von 1907 (Druck. Nr. 364 Anl. 1, S. 87, in den hier interessierenden Teilen abgedr. bei Gerhards, Hagen u. a., *Komm. z. WZ.* S. 326, 327) dafür, daß die Verfasser des Entw. von der Meinung ausgegangen sind, es sei die Vorschrift des § 72 Satz 1 *WZ.*, ohne welche die zwangsbefreiende Wirkung des § 192 Abs. 2 die Vorschriften der §§ 69—71 nicht hätte ergreifen können. Die Begründung führt zunächst (bei Gerhards, Hagen u. a. S. 326 unten) aus, § 70 Abs. 2 wolle das berechtigte Interesse, das der Erwerber unter Umständen habe, nicht an den vom Veräußerer geschlossenen Versicherungsvertrag gebunden zu sein, schützen. In der Tat verbietet § 72 Satz 1 den Ausschluß des Kündigungsrechts. Wenn auch zutreffen mag, daß er nicht verbietet, die Pflichten des Erwerbers zu mehren, sondern nur, dessen Rechte zu mindern, so ist nicht einzusehen, wieso es keine Minderung der Rechte des Erwerbers sein sollte, wenn das ihm durch § 70 Abs. 2 *WZ.* verliehene Recht der Kündigung ausgeschlossen wird. Es spricht aber auch dafür nichts, daß § 72 Satz 1 nicht auch die Vorschrift über die Kündigungsmöglichkeit des Versicherers und des Erwerbers für sich allein für zwingend zugunsten des Erwerbers habe erklären wollen, sondern daß er die Gesamtheit der gesetzlichen Regelung des Versicherungsüberganges und nur diese erfasse. Daß das Gesetz in § 72 Satz 1 gerade auch den Ausschluß der Kündigungsmöglichkeit des Erwerbers, für sich genommen, im Auge hat, ergibt sich aus Satz 2 a. a. D. Die Fassung, in der jener Satz dem Satz 1 gegenübergestellt wird, entbehrt in der Tat nicht der Beweiskraft. Denn offenbar ist der

Sinn des Gesetzes der: Die durch § 70 Abs. 2 dem Erwerber eröffnete Möglichkeit der frist- und an sich auch formlosen Kündigung — nach den Ausführungen der Begründung zum Entw. (vgl. die oben angeführte Wiedergabe bei Gerhards-Hagen u. a. S. 326) ein schutzwürdiges Interesse, also ein Vorteil des Erwerbers — wird durch das Bedingen der Schriftform zu Lasten des Erwerbers erschwert. Darin liegt ein „Nachteil“ für den Erwerber gegenüber der an sich die formlose Kündigung mitumfassenden Regelung des § 70 Abs. 2. Im allgemeinen kann sich nun der Versicherer auf eine von dieser Regelung zum Nachteil des Erwerbers abweichende Bestimmung des Versicherungsvertrags nicht berufen (§ 72 Satz 1). Obwohl der Formzwang einen solchen Nachteil bedeutet („Jedoch“ in § 72 Satz 2), soll sich der Versicherer doch auf eine Bedingung, die diesen festlegt, berufen dürfen. Daraus ergibt sich in der Tat, daß das Gesetz die in § 70 Abs. 2 *WZ.* für den Erwerber geschaffene frist- und an sich auch formlose Kündigungsmöglichkeit in § 72 Satz 1 im Auge hat, und zwar offensichtlich auch für sich allein genommen, nicht bloß als Bestandteil der Gesamtregelung der §§ 69—73. Dann ist aber die Anwendung des § 192 Abs. 2 *WZ.* die notwendige Folge. Die Bestimmung des § 72 ergibt aber weiter klar, daß Bedingungen, welche die Parteien des Versicherungsvertrags hinsichtlich des Erwerbers getroffen haben, es sind, an die der vertragsfremde Erwerber (abgesehen von § 72 Satz 1) gebunden wird.

Damit ist der Hauptpunkt berührt, von dem die Entsch. der Streitfrage abhängt. Es spricht nach Auffassung des erf. Sen. nichts dafür, daß die Verfasser des Gesetzes die Vorschriften der §§ 69—73 als eine einzige untrennbare Norm angesehen hätten. Daß die Verfasser des Entw. von 1907 das nicht getan haben, ergibt sich aus der Begründung zu diesem Entw., abgedr. im *Komm. von Gerhards-Hagen u. a. S. 327* dritter Absatz mit S. 326 vorletzter Absatz. Um so mehr ist Risch beizupflichten, wenn er (Öffentl. rechtl. Versicherung 1933 S. 226) ausführt, die Vorschriften der §§ 69—71 enthielten eine ganze Reihe von einzelnen Rechtsätzen, die alle, und zwar jeder für sich, dem Interesse des Erwerbers der versicherten Sache dienen sollen; insbes. enthielten § 69 und § 70 Abs. 2 zwei Vorschriften im Interesse des Erwerbers, die eine, daß er überhaupt in die Versicherung eintreten, also nicht eine Zeit lang des versicherungrechtlichen Schutzes entbehren solle, die andere, daß er für den Fall des Eintritts nicht an die ursprüngliche Vertragsdauer gebunden sein, sondern innerhalb eines Monats solle kündigen dürfen. Es spricht nichts dafür, daß dadurch der Übergang der Versicherung selbst irgendwie auflösend bedingt oder befristet oder, wie Hagen sich ausdrückt, inhaltlich „belastet“ wird mit der wesentlichen Auflage, daß das übergehende Versicherungsverhältnis gekündigt werden könne; vielmehr wird lediglich bestimmt, daß und wie das übergegangene Versicherungsverhältnis von dem Erwerber

der juristischen Ebene immer wieder mit Nachdruck geführt worden ist. Das RG. hat diesen Gesichtspunkt bewußt außer Betracht gelassen und die zur Entscheidung gestellte Frage ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftspolitische Seite aus rein gesetzlich-juristischen Erwägungen heraus beantwortet. Damit steht das Ur. in einem gewissen Widerspruch zu verschiedenen vorausgegangenen Entsch. des RG., die in mehr oder weniger ausgesprochener Weise auf das vom Gesetzgeber offenbar gewollte gesunde Gleichgewicht im Wettbewerb zwischen den privaten und öffentlichen Versicherungsunternehmen Bedacht genommen haben (vgl. *RG.*: *JW.* 1932, 2529; *RG.* 132, 296 = *JW.* 1931, 1915). Wenn es sich in diesen Entsch. auch um rein wettbewerbsrechtliche Fragen handelte, so hätten sie doch auch im vorl. Fall zu der Erwägung veranlassen müssen, inwieweit der Grundsatz eines gesunden Wettbewerbsverhältnisses zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen auch als dem *WZ.* und dem preuß. Gef. über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten zugrunde liegend angesehen werden muß. Daß das Gleichgewicht im Wettbewerb zwischen den beiden Gruppen durch das Ur. an einer höchst empfindlichen Stelle gestört wird, ist nicht zu bezweifeln.

III. Die Problematik in der vorliegenden Streitfrage ist durch die im Ur. angeführten Gutachten von Hagen und Risch in erschöpfender Weise herausgestellt worden. Das Ur. des RG. schließt sich, entgegen einem früheren Ur. des RG. und dem Gutachten von Hagen, der Auffassung Rischs an, ohne allerdings auf dessen

komplexe Beweisführung und die von Hagen hiergegen erhobenen Einwendungen einzugehen. Es behandelt im wesentlichen die allerseits als Kern der Auseinandersetzung erkannte Frage, ob das *WZ.* das Kündigungsrecht des Erwerbers der versicherten Sache in eine so enge Beziehung zu dem Übergang der Versicherung selbst gestellt habe, daß eine Auseinanderreißung durch Abbingung des Kündigungsrechts außerhalb der Vertragsmacht der Parteien läge, oder ob der Übergang der Versicherung eine selbständige Grundnorm darstelle, während das Kündigungsrecht des Erwerbers nur eine Modalität des übergegangenen Versicherungsverhältnisses bedeute.

Bei der Entscheidung dieser Kernfrage des Problems geht das RG. nach einem kurzen Hinweis auf die Motive des *WZ.* von einer Wortinterpretation des § 72 *WZ.* aus, dessen Satz 2 seiner Fassung nach darauf schließen lasse, daß in Satz 1 auch das Kündigungsrecht des Erwerbers mitumfaßt sei. Die entscheidende Grundlage für seine Auffassung gewinnt das RG. aber erst durch Behauptungen, die ohne eigentliche Begründung der These Hagen's souverän entgegengestellt werden. So kehrt in ständiger Wiederholung der Satz wieder, es spräche nichts dafür, die Vorschriften der §§ 69—73 *WZ.* als eine einzige untrennbare Norm anzusehen; nach Wortlaut, Sprachgebrauch und Zusammenhang des Gesetzes sei die vertretene Auffassung als die nächstliegende Lösung zu betrachten. Diese Behauptungen müssen als solche hingenommen werden, überzeugen können sie nicht.

IV. Das Kündigungsrecht des Erwerbers der versicherten Sache

beendet werden könne. Es ist durchaus richtig, wenn Rißch (Öffentl.-rechtl. Versicherung 1933 S. 115) weiter sagt, es werde lediglich aus Anlaß der Veräußerung der Inhalt des Versicherungsvertrages (m. a. W. die Versicherungsbedingungen) in einer Beziehung verändert, ebenso wie dies auch schon durch eine Klausel des ursprünglichen Vertrages, also durch die Parteien dieses Vertrages selbst, hätte geschehen können, wenn nämlich § 70 Abs. 2 BGB. nicht bestünde und demnach § 72 Satz 1 das. nicht entgegengestanden hätte. Das OLG. hat zutreffend gerade auch auf diese Beweisführung abgestellt, die in der Tat durch den Hinweis auf die ganz ähnliche Regelung in § 571 BGB. gestützt wird.

Es ist deshalb die Meinung abzulehnen, als ob die Streitfrage überhaupt nicht aus §§ 72, 192 Abs. 2 BGB. zu lösen wäre, weil die Schranken, die der Vertragsmacht der Parteien gezogen seien, blieben, auch wenn die der Vertragsfreiheit durch § 72 Satz 1 gezogenen gefallen seien, weil ferner jene Schranken zwar vom Gesetz durchbrochen seien, aber nur durch die Gesamtheit der Bestimmungen der §§ 69 bis 73, die ein untrennbares Ganzes, einen wesentlichen Bestandteil des Überganges der Versicherung selbst bildeten, so daß der Erwerber von vornherein nur nach Maßgabe des § 70 in den Vertrag hineingezogen werden könnte. Nicht durch die Tatsache der Veräußerung und nicht schlechthin auf einen „Dritten“ werden die Wirkungen eines zwischen den ursprünglichen Parteien begründeten und an sich nur für sie maßgebenden Versicherungsverhältnisses erstreckt, sondern durch einen an die Tatsache der Veräußerung geknüpften positiven Rechtsatz (§ 69 BGB.) wird den Abreden der ursprünglichen Vertragsparteien Wirkungsmacht gegenüber dem an sich vertragsfremden Erwerber verliehen, also nicht gegenüber einem beliebigen „Dritten“, sondern gegenüber dem durch die positive Vorschrift des § 69 an Stelle des Veräußerers zum Träger des Versicherungsverhältnisses selbst gewordenen Erwerber. Dieser ist allerdings inwieweit nicht Rechtsnachfolger des Veräußerers, aber sein Verhältnis zum Versicherer deckt sich eben, wie Bruch (Privatversicherungsrecht S. 575 § 40 III zu Anm. 69, 70) ausführt, inhaltlich mit dem bisherigen Versicherungsverhältnis des Veräußerers, in das er eintritt. Den Vertragspartei ist die ihnen nach allgemeinem bürgerlichen Recht fehlende Vertragsmacht gegenüber dem Erwerber durch § 69 gegeben, und § 192 Abs. 2 befreit nur Schranken, die der aus der erweiterten Vertragsmacht an sich hervorgehenden Vertragsfreiheit durch § 72 Satz 1 gezogen sind. Der positive Rechtsatz des § 69 überträgt das Versicherungsverhältnis auf den Erwerber. Kraft Gesetzes haben die Parteien des ursprünglichen schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses den Erwerber, bedingt lediglich durch die Tatsache der Veräußerung, von vornherein in ihr Vertragsverhältnis einbezogen und einbeziehen können. Damit fallen insoweit die allgemeinen Schranken des bürgerlichen Rechts, die die Vertragsmacht der Parteien sonst gezogen sind. Geblieden sind nur diejenigen, die der Vertragsfreiheit durch die Vorschrift des § 72 Satz 1 gezogen werden; daß diese durch § 192 Abs. 2 a. a. D. gefallen sind, kann füglich nicht bezweifelt werden. Eingetreten wird in das durch den Vertrag begründete und durch ihn, außer den nebenher geltenden gesetzlichen Vor-

schriften, gestaltete Versicherungsverhältnis (vgl. die oben angef. Stelle bei Bruch, Privatversicherungsrecht). Die Regelung des § 70 ändert eben dieses Versicherungsverhältnis — in das der Erwerber an sich durch die Veräußerung eintreten würde, so wie es vorher war — mit der Veräußerung selbst ab; § 70 gibt ihm insoweit einen anderen Inhalt. Nicht der Rechtsvorgang des Eintritts wird also durch die Bestimmung des § 70 Abs. 2 berührt, sondern das Rechtsverhältnis, in das eingetreten wird; dieses aber setzt sich zusammen aus den Vertragsabreden und den neben ihnen geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Diese erfahren durch § 70 Abs. 2 hinsichtlich der Kündigungsfrist eine Änderung, sofern sie nicht infolge abweichender vertraglicher Festsetzung ohnehin mit der Bestimmung des § 70 Abs. 2 übereinstimmend hatten. Es trifft zu, daß, wie Hagen darlegt (JurRöschPrVerf. 1933, 83), die Aufrechterhaltung der Versicherung auch nach der Veräußerung (genauer: der Eintritt des Erwerbers in das Versicherungsverhältnis des Veräußerers) einerseits und das Kündigungsrecht des Erwerbers andererseits als durchaus gleichberechtigte Elemente der gesetzlichen Regelung nebeneinander stehen. Aber eben deshalb kann nicht anerkannt werden, daß die Versicherung mit der Veräußerung auf den Erwerber nur „belastet“ mit dem Kündigungsrecht des (Versicherers und des) Erwerbers übergehen könne. Eine solche Auffassung würde diese beiden selbstständig nebeneinander stehenden gleichberechtigten Elemente der gesetzlichen Regelung in ein Abhängigkeitsverhältnis voneinander bringen, das im Gesetz keine Stütze findet. Vielmehr steht der Folgerung nichts im Wege, daß das eine dieser „selbständigen Elemente der gesetzlichen Regelung“, nämlich die kraft Gesetzes eintretende Änderung der Versicherungsbedingungen hinsichtlich der Kündigungsbefugnis des (Versicherers und des) Erwerbers, seinen eigenen gesetzlich geregelten Weg gehen kann, der, wie die Begründung des Gesetzes zeigt, durch die Anwendung des § 72 Satz 1 und des § 192 Abs. 2 BGB. vorgezeichnet ist.

So ergibt sich denn die auch ohne weiteres nach dem Wortlaut, Sprachgebrauch und Zusammenhang des Gesetzes nächstliegende Lösung, daß § 192 Abs. 2, wenn er von „Beschränkungen der Vertragsfreiheit“ spricht, hier gerade auch die nach § 69 durch Erweiterung der Vertragsmacht hinsichtlich des Erwerbers erst eröffnete Vertragsfreiheit meint, die durch § 72 Satz 1 im Hinblick (hier) auf § 70 eingeschränkt gewesen ist, und daß deshalb, wie schon eingangs bemerkt, die Vorschrift des § 72 Satz 1 es ist, ohne welche sich die zwangsbefreiende Wirkung des § 192 Abs. 2 nicht auf die §§ 69—71, hier also auf § 70 hätte erstrecken können.

Von untergeordneter Bedeutung demgegenüber, aber immerhin im Zusammenhang zur Unterstützung der entwickelten Auffassung verwertbar ist auch der Umstand, daß in § 25 SozG. unter den Vorschriften, von denen zum Nachteil des Versicherungsnehmers nicht abgewichen werden darf, § 70 BGB. fehlt, obgleich die §§ 64, 65 das. aufgeführt sind. Daß § 70 BGB. dieses Schicksal mit der gesamten Regelung der §§ 69 ff. BGB. über den Übergang der Versicherung auf den Erwerber teilt, ist doch wohl nicht geeignet, die Bedeutung seines Fehlens an dieser Stelle gänzlich zu entkräften (wie Hagen a. a. D. S. 85 ausführt), zumal da § 25

ist, wie die Motive des BGB. eindeutig ergeben, als notwendiges Gegenstück zu dem vom Gesetz bestimmten Übergang der Versicherung anzusehen. Dieser Übergang der Versicherung, der einen Nichtkontrahenten in einen Vertrag hineinzwängt, ist überhaupt nur tragbar im Hinblick auf das gewährte Kündigungsrecht. Die gesetzliche Ratio des Übergangs der Versicherung und des Kündigungsrechts stehen also in einem untrennbaren Zusammenhang. Streicht man das Kündigungsrecht, so erhält der Übergang der Versicherung, der vom Gesetzgeber überhaupt nur im Hinblick auf die gleichzeitig gewährte Befreiungsmöglichkeit vorgesehen worden ist, eine völlig veränderte Tragweite. Daß diese veränderte Tragweite des Übergangs der Versicherung etwa durch die verschiedene Struktur der von den öffentlichen Versicherungsanstalten geschlossenen Verträge gerechtfertigt sei, muß entchieden bestritten werden. Insbes. trifft die von Rißch vertretene Ansicht nicht zu, daß die Möglichkeit des Ausschlusses des Kündigungsrechts gewissermaßen ein Äquivalent für den Annahmepflicht der Sozietäten darstelle; denn dieser Annahmepflicht ist durch

die Bestimmung, daß übermäßige Risiken abgelehnt werden können, praktisch ausgeschaltet.

V. Als befremdlich muß es bezeichnet werden, daß das RG. mit keinem Wort auf das vor einiger Zeit veröffentlichte Ur. des OLG. Danzig (vgl. oben) eingeht, in dem die entgegengesetzte Auffassung mit großer Eindringlichkeit vertreten wird. Abgesehen von den sachlichen Bedenken, die das RG. hinsichtlich der von ihm verfochtenen Meinung aus diesem Ur. hätte entnehmen müssen, wäre auch eine Auseinandersetzung mit dem obersten Danziger Gericht im Interesse der Aufrechterhaltung enger Beziehungen zwischen der reichsdeutschen und der Danziger Rechtsentwicklung dringend geboten gewesen. Der in dem Danziger Ur. behandelte Fall bietet im übrigen ein ausgezeichnetes Beispiel dafür, zu welchen unerträglichen Beschränkungen des Erwerbers die Auffassung des RG. praktisch führt. Es ist dringend zu wünschen, daß das RG. erneut Gelegenheit findet, seine Auffassung einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen.

RM. Dr. C. A. Walther, Berlin.

immerhin die Stelle ist, wo er nach dem Aufbau und Zusammenhang jenes Gesetzes zu erwähnen gewesen wäre. Die Weglassung dieses Paragraphen ist nach dem Ausgeführten auch nicht damit zu erklären, daß eine vertragliche Ausschließung oder Beschränkung des dem Erwerber in § 70 WFG. gewährten Kündigungsrechts schon nach allgemeinem Rechtsgrundsätzen über die Wirkung von Verträgen (§ 305 BGB.) unwirksam sei. Denn diese allgemeine Unwirksamkeit ist eben durch § 69 und im Rahmen dieser Vorschrift beseitigt. Andererseits kann den in den Verhandlungen des Reichstags (Bericht I, Druck. Nr. 602, XI. Leg. Per. II. Sess. 1905/1907 S. 135 ff.; XII. Leg. Per. I. Sess. Bd. 242, Anlage zu den Steno-Ver., zu Nr. 364 [Anl. II], zu § 189 [192 des Ges.] S. 2061 ff.; Gerhard-Hagen u. a., WFG. S. 777, 778) laut Bericht der VIII. Kommission erhobenen Bedenken gegen die vorgesehene Regelung (§ 192 des Ges.) und der daraufhin vom Regierungsvertreter abgegebenen Erklärung (S. 2077 a. a. D.) gerade im Hinblick auf die Fassung des § 25 des erwähnten preuß. Ges. keine Bedeutung beigelegt werden, die maßgebend wäre für die Auslegung der unverändert zum Ges. (§ 192) erhobenen Bestimmung des § 189 des Entw.

Hiernach ist mit dem OLG. anzunehmen, daß die in § 192 Abs. 2 WFG. aufgeführten, nach Landesrecht errichteten öffentlichen Anstalten, zu denen die Bfkl. gehört, die Freiheit haben, durch Vertrag mit dem Versicherungsnehmer zu vereinbaren, daß dem Erwerber der versicherten Sache das in § 70 Abs. 2 WFG. bestimmte Kündigungsrecht nicht zustehen soll.

Es bedarf keiner Ausführung in der Richtung, daß dieses Ergebnis nicht durch Erwägungen darüber beeinflusst werden kann, welche Wirkung es auf den Geschäftsbetrieb privater Versicherungsgesellschaften haben mag. Daß in dieser Hinsicht von vornherein, je nach der Einstellung des einzelnen, verschiedenartige Ansichten bestehen können, ist ja schon in den erwähnten Reichstagsverhandlungen deutlich zum Ausdruck gekommen. Die einer Vertragsfreiheit der öffentlichen Anstalten ablehnend gegenüberstehende Meinung hat sich aber nach dem Ausgeführten im Gesetze nicht durchgesetzt.

(U. v. 13. Juli 1934; VII 83/34. — Breslau.) [S.]

****5.** §§ 16, 22—24 PrJagdD. v. 15. Juli 1907; TarSt. 10 II (1) PrStempStG. Wenn beim Vorliegen eines Jagdpachtvertrages über einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk ein weiterer Vertrag geschlossen wird, durch den neue Mitpächter, ohne Abtretungsgläubiger zu sein, selbständige Rechte und Pflichten gegen die Jagdgenossenschaft erwerben sollen, so liegt der Ab-

Zu 5. Die Entsch. behandelt den Begriff „Weiterverpachtung“ i. S. von § 22 Ziff. 3 PrJagdD. v. 15. Juli 1907. Diese ist mit Wirkung v. 21. Jan. 1934 durch Erlaß des PrJagdG. v. 18. Jan. 1934 (GS. 13) außer Kraft getreten.

I. Die Entsch. kann indessen noch von Bedeutung sein für die Frage der Gültigkeit der vor dem 21. Jan. 1934 abgeschlossenen Verträge, die nicht auf Grund des § 91 PrJagdG. gekündigt worden sind. Die Gültigkeit dieser Verträge richtet sich nach dem bisherigen Recht. Bei der oft langen Pachtperiode von Pachtverträgen ist dies bedeutungsvoll. Sind die vor dem 21. Jan. 1934 abgeschlossenen Pachtverträge nach bisherigem Recht als gültig anzusehen, so behalten sie auch nach dem PrJagdG. ihre Gültigkeit. Allerdings finden mit Ausnahme der Vorschriften des III. Abschn. (Jagdbezirke), des XI. Abschn. (Wildschadensersatz) und eines Teils des IV. Abschn. (Jagdpachtvertrag) alle neuen Bestimmungen auf die bisherigen Verträge Anwendung. Das JagdG. gilt also für Pachtverlängerungen, Erteilung von Jagd-erlaubnis-scheinen, Unterverpachtungen, außerordentliche Kündigungen und die Erbrechtsnachfolge (vgl. Mijschke [bei Freisler-Grauert, Das neue Recht in Preußen], PrJagdG. [VI c 4], zu § 16 Anm. 1).

Für die vor dem 21. Jan. 1934 abgeschlossenen Pachtverträge ist bei Zugrundelegung der vorl. Entsch., die zu billigen ist, daran festzuhalten, daß — ungeachtet der weiteren Auslegung, die das RG. (RG. 107, 293) entgegen dem PrJagdG. (RG. 73, 395) dem Begriff „Weiterverpachtung“ in § 22 Ziff. 3 JagdD. gegeben hat — eine

schluß eines neuen Pachtvertrages vor, der zu seiner Gültigkeit des öffentlichen Auslegens bedarf.)

Zwischen dem Jagdvorsteher eines Jagdbezirks wurde ein Jagdpachtvertrag v. 1. Mai 1925 bis 30. April 1937 abgeschlossen. Zu diesem Pachtvertrage ist ein Stempel nach TarSt. 10 II (1) a PrStempStG. von 1924 entrichtet worden. 1926 wurde eine als „Nachtrag“ bezeichnete Urkunde aufgenommen, welche lautete: „Auf Grund freier Vereinbarung zwischen dem unterzeichneten Jagdvorsteher und dem M. wird heute folgender Nachtrag abgeschlossen, der als Bestandteil des Hauptvertrages gilt. Als Mitpächter für die noch bis 30. April 1937 laufende Jagdperiode werden

1. F., 2. W. (Kl.), 3. G.

zugelassen. Alle übrigen Bestimmungen des Hauptvertrages bleiben sowohl für den Hauptpächter M. wie auch für die durch diesen Nachtrag zugelassenen Mitpächter F., W. und G. unverändert bestehen.“ Die Urkunde war unterzeichnet von dem Jagdvorsteher, ferner von M. und den drei Mitpächtern. Der Bfkl. als Inhaber der Steuerhoheit ist der Auffassung, daß zu diesem Nachtrag auf Grund der TarSt. 10 II (1) a ein Landesstempel geschuldet werde. Er hat einen entsprechenden Betrag von dem Kl. einziehen lassen. Dieser hat Klage auf Rückzahlung des gezahlten Betrages erhoben.

Der VerN. führt aus: Der Nachtrag sei keine „Weiterverpachtung“ i. S. des § 22 Ziff. 3 PrJagdD. Unter einer „Weiterverpachtung“ sei nur der Abschluß eines Untervertrages zu verstehen. Hier sei aber die Jagd nicht „weiterverpachtet“ (unterverpachtet) worden. Vielmehr sei zwischen der Jagdgenossenschaft einerseits und M., dem Kl., G. und F. andererseits ein Vertrag in der Weise geschlossen worden, daß dadurch die drei letztgenannten Personen neben M. in unmittelbare vertragliche Beziehungen zu der Jagdgenossenschaft getreten seien. Es hätte deshalb nicht genügt, daß der Nachtrag vom Kreis Ausschuß genehmigt worden sei, sondern der Nachtrag hätte nach § 23 JagdD. öffentlich ausgelegt werden müssen, nachdem Ort und Zeit der Auslegung in ordnungsgemäßer Weise bekanntgemacht seien. Jeder Jagdgenosse hätte dann während der Auslegungsfrist beim Kreis Ausschuß gegen den Nachtrag Einspruch erheben können. Da dies nicht geschehen sei, so sei der Nachtrag nach § 24 Abs. 1 JagdD. nichtig. Allerdings ergebe sich diese Nichtigkeit nicht schon aus dem Inhalt des Nachtrages. Es finde aber § 16 Abs. 3 StempStG. Anwendung. Die Bedeutung dieser Best. erschöpfe sich nicht darin, die Fälligkeit des Stempels zu regeln, sondern sie regelt das Entstehen der Steuerschuld. Da der Nachtrag nicht ausgelegt worden sei, so sei auch eine Steuer Schuld bisher nicht entstanden; denn ohne das öffentliche Auslegen könne von einem Beitritt der einspruchsberechtigten Jagdgenossen nicht die Rede sein.

„Weiterverpachtung“ dann nicht anzunehmen ist, wenn ein weiterer Vertrag geschlossen wird, durch den neue Mitpächter — ohne Abtretungsgläubiger zu sein — selbständige Rechte und Pflichten gegen die Jagdgenossenschaft erwerben. Dann liegt vielmehr ein neuer Pachtvertrag vor, der zu seiner Gültigkeit gem. §§ 23, 24 JagdD. des öffentlichen Auslegens bedürfte.

II. Für die Gültigkeit der nach dem 21. Jan. 1934 bis zum 30. März 1935 abgeschlossenen Verträge gilt folgendes:

1. Alle Vereinbarungen des Pächters mit dritten Personen, durch die diese auf Grund irgendwelcher Gegenleistungen einen Anspruch gegen den Pächter auf Gestattung der Jagdausübung erlangen (vgl. Mijschke a. a. D. zu § 20 A. 1), gelten u. a. als „Unterverpachtung“, die gem. § 20 JagdG. nur mit schriftlicher Genehmigung des Kreisjägersmeisters zulässig ist. Insbes. ist gemäß den Ausf. v. 24. Febr. 1934 (GS. 75) es als „Unterverpachtung“ anzusehen (Ausf. v. zu § 17), wenn der Pächter seine Rechte und Pflichten ganz oder teilweise an einen Dritten, ohne daß dieser in ein Vertragsverhältnis mit dem Verpächter tritt, überträgt. Eine solche Vereinbarung ist im vorl. Falle von den Beteiligten i. J. 1926 nicht getroffen worden. Unter Zugrundelegung des z. B. geltenden Rechts kam also eine „Unterverpachtung“ nicht in Betracht.

2. Aber auch eine „Weiterverpachtung“ lag nach z. B. geltendem Recht nicht vor. Auch diesen Begriff kennt neben dem Begriff der „Unterverpachtung“ das neue JagdG. Gemäß § 17 c bedürfen „Weiterverpachtungen“ ... der Genehmigung des Kreisjägersmeisters. Nach

Die Rev. beanstandet die Ausführungen des VerN. zu 1 über den Begriff der „Weiterverpachtung“ in § 22 Nr. 3 JagdD. als rechtsirrig. Ihnen ist indessen im Ergebnis beizutreten. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob unter „Weiterverpachtungen“ i. S. des § 22 Nr. 3 JagdD. nur Unterverpachtungen im engeren Sinne zu verstehen sind. Das OVG. (OVG. 73, 395) will dies im Anschluß an die geschichtliche Entwicklung annehmen, indem es ausführt, das JagdPolG. v. 7. März 1850 spreche noch von „Asterverpachtungen“, während die JagdD. im Anschluß an § 549 Abs. 1, § 581 BGB. an Stelle dieses Ausdrucks die Bezeichnung „Weiterverpachtungen“ gewählt habe, worunter aber dasselbe zu verstehen sei, wie unter „Asterverpachtungen“. Auch wenn man im Anschluß an die Entsch. RG. 107, 293, in welcher ausgeführt ist: „Als Weiterverpachtungen sind nicht nur eigentliche Unter- oder Asterverpachtungen anzusehen, sondern alle Verträge, durch welche der Jagdpächter sich verpflichtet, den Gebrauch oder Genuß der Jagd ganz oder teilweise gegen Entgelt an einen Dritten zu überlassen, mag das durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages geschehen oder durch die Abrede, daß der Jagdpächter die Rechte aus dem Pachtvertrage abzutreten, der Dritte die Pflichten aus dem Pachtvertrag zu übernehmen hat,“ die Auslegung des OVG. als zu eng ansehen wollte, so ergibt sich doch, daß auch vom Standpunkt der Entsch. RG. 107, 293 der Nachtrag vom 13. Nov. 1926 nicht unter den Begriff der „Weiterverpachtung“ zu bringen ist. Denn der VerN. legt diesen Nachtrag ohne erkennbaren Rechtsirrtum dahin aus, daß der R., G. und F. neben M., in unmittelbare vertragliche Beziehungen zu der Jagdgenossenschaft treten sollten. Sie sollten Mitpächter werden, die ihre Berechtigung nicht von M., sondern unmittelbar von der Jagdgenossenschaft ableiteten, und auch nur ihr gegenüber die Pflichten der Pächter übernahmen. Dann aber ist der Stellungnahme des VerN. nicht entgegenzutreten, daß damit ein ganz neuer Pachtvertrag abgeschlossen wurde, der nach § 23 Abs. 1 JagdD. von dem Jagdvorsteher zwei Wochen lang öffentlich auszulegen war. Zwar hat der erf. Sen. in RG. 123, 157¹⁾ angenommen, daß Vereinbarungen über Erhöhung und Herabsetzung des Pachtzinses keinen neuen Pachtvertrag darstellen und deshalb nicht unter § 23 JagdD. fallen. Das PrOVG. hat indes am 26. März 1931 (R.-u. PrVerwBl. 53, 797) entschieden, daß ein neuer Pachtvertrag, der ausgelegt werden müsse, vorliege, wenn die Pachtzeit verkürzt und der Pachtzins erhöht werde und die Pächter einen Teil des Wildschadens übernehmen. Das RG. hat in zwei Entsch. (ZW. 1928, 529 und

1930, 2450) angenommen, daß ein neuer Pachtvertrag, der ausgelegt werden müsse, dann vorliege, wenn der bisherige Pächter aus dem Pachtvertrag ausscheide und ein neuer Pächter in diesen eintrete. Diese Rspr. sucht durch Auslegung des Gesetzes die Lücke auszufüllen, die sich daraus ergibt, daß die JagdD. keine Bestimmungen darüber enthält, wie bei Änderungen des Pachtvertrages während der oft langen Pachtperiode zu verfahren ist. In ihrem Sinne liegt es, in einem Falle wie dem hier gegebenen, wo drei neue Mitpächter, ohne Abtretungsgläubiger zu sein, selbständige Rechte und Pflichten gegen die Jagdgenossenschaft erwerben sollen, den Abschluß eines neuen Pachtvertrages anzunehmen und zu seiner Gültigkeit das öffentliche Auslegen gem. § 23 JagdD. für erforderlich zu erachten. Hierfür spricht die Bedeutung, die einer solchen Änderung des ursprünglichen Pachtvertrages für die Beteiligten zukommt und die es rechtfertigt, sie wie einen Neuabschluß zu behandeln. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß auch eine „Weiterverpachtung“ i. S. des § 22 Ziff. 3 JagdD. eine ähnliche Bedeutung haben könne, und daß der Gesetzgeber es trotzdem bei der Genehmigung durch den Kreis- (oder den Bezirks-) ausschuß bewenden ließ, ohne die öffentliche Auslegung vorzuschreiben. Es ist weiter richtig, daß im Gegensatz zur Weiterverpachtung durch den Zutritt von Mitpächtern unter Umständen die Rechte der Jagdgenossenschaft sogar eine Verstärkung erfahren können, indem gem. § 427 BGB. sämtliche Pächter für den Pachtzins als Gesamtschuldner haften, und daß in der Regel der Pachtvertrag nach den Grundzügen der §§ 157, 242 BGB. dahin auszulegen sein wird, daß jeder Pächter für eine Verschlechterung der Jagd durch Verschulden eines Mitpächters kraft stillschweigender Übernahme einer Gewähr zu haften haben wird, während sich bei der Weiterverpachtung (Unterverpachtung) die gleiche Haftung des Pächters für den Unterpächter aus §§ 549 Abs. 2, 581 Abs. 2 BGB. ergeben würde. Das kann aber nicht dazu führen, bei Auslegung der — inzwischen außer Kraft getretenen — JagdD. den Unterschied zwischen der „Weiterverpachtung“ und dem Zutritt neuer Mitpächter überhaupt zu leugnen, wie die Rev. will, und dieser Unterschied führt eben in Ansehung der Formvorschriften dazu, daß bei der „Weiterverpachtung“ die Genehmigung des Kreis- (oder des Bezirks-) ausschusses (oder des Bezirks-) ausschusses, bei dem Zutritt neuer Mitpächter aber das öffentliche Auslegen zur Wirksamkeit des Vertrages erforderlich war.

Die Auslegung, die der VerN. dem § 16 Abs. 3 StempStG. gibt, entspricht der Natur der Sache und dem Bedürfnis

der Ausföhr. zu § 17 (Abs. 1) ist unter „Weiterverpachtung“ i. S. von § 17 JagdD. zu verstehen: die Übertragung der Rechte und Pflichten aus einem Pachtvertrage während seiner Dauer auf einen anderen Pächter. In dem Vertrag über die Weiterverpachtung muß dabei die Haftung in der Weise geregelt sein, daß der alte Pächter neben dem neuen Pächter dem Verpächter gegenüber haftbar bleibt, beide also als Gesamtschuldner haften. Eine solche Änderung ist indessen im vorliegenden Pachtvertrag nicht vorgenommen worden. Durch Vertrag des alten Pächters, der Jagdgenossenschaft und der drei weiteren Interessenten wird vielmehr in Abänderung des alten Pachtvertrages vereinbart, daß diese gleichberechtigt mit dem bisherigen Pächter gegenüber dem Verpächter Mitpächter auf Grund des Pachtvertrages sein sollen. Das ist aber keine „Übertragung“ der Rechte und Pflichten aus dem alten Pachtvertrage mehr, also auch nach geltendem Recht keine „Weiterverpachtung“!

3. Vielmehr haben auch nach z. Z. geltendem Recht für vorl. Fall die für eine Neuverpachtung vorgeschriebenen Bestimmungen zu gelten. Der Pachtvertrag ist nicht nur gem. § 16 Abs. 2 JagdD. öffentlich auszulegen. Für seinen gesamten Inhalt gelten vielmehr die eingehenden Vorschriften des neuen JagdG. über den Inhalt des Jagdpachtvertrages (Abschn. IV des Ges.). Das ist — wenn der alte Pachtvertrag noch vor Inkrafttreten des JagdG., also vor dem 21. Jan. 1934, abgeschlossen wurde — um so bedeutsamer, als die bisherigen Bestimmungen der JagdD. (§§ 21—25) entsprechend der früheren liberalistischen Anschauung völliger Vertragsfreiheit den Vertragsthegenden bei Gestaltung des Inhalts des Jagdpachtvertrages viel freie Hand ließen.

Auch bei Zugrundelegung des z. Z. geltenden Rechts für vorliegenden Sachverhalt behält also die Auffassung des RG., daß ein neuer

Pachtvertrag abgeschlossen ist, wenn beim Vorliegen eines Jagdpachtvertrages über einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk eine weitere Vereinbarung getroffen wird, durch die neue Mitpächter, ohne Abtretungsgläubiger zu sein, selbständige Rechte und Pflichten gegen die Jagdgenossenschaft erwerben, volle Gültigkeit.

III. Anders wiederum ist der vorl. Sachverhalt bei Berücksichtigung des NJagdG. v. 3. Juli 1934 (RGBl. I, 549 ff.) zu beurteilen. Dieses setzt gem. § 71 Abs. 2 Ziff. 4 alle die Jagd betreffenden Landesgesetze, also auch das PrJagdG. v. 18. Jan. 1934, mit Wirkung v. 1. April 1935 außer Kraft. Die Überleitungsvorschriften, die die Landesregierungen mit Zustimmung des Reichsjägermeisters erlassen, können gem. § 66 Abs. 1 Satz 2 vorzehen, daß laufende Pachtverträge vom Pächter und Verpächter vorzeitig gekündigt werden können (vgl. auch Stellung: ZW. 1934, 2213).

Für die Gültigkeit der nach dem 1. April 1935 abgeschlossenen Pachtverträge würde sodann für vorl. Sachverhalt gelten:

In Betracht kommt § 13 NJagdG. Dort sind im Gegensatz zu §§ 17 c, 20 Abs. 1 PrJagdG. nicht nur die Fälle der Weiterverpachtung und Unterverpachtung, sondern auch die der Mitpacht geregelt. Im Gegensatz zum PrJagdG. ist dann der betr. Pachtvertrag nicht als neuer Pachtvertrag anzusehen, sondern als Vertrag, durch den ein anderer als Mitpächter neben dem Pächter jagdausübungsberechtigt sein soll (Mitpacht, § 13 NJagdG.), zu dessen Wirksamkeit lediglich die Zustimmung des Kreisjägermeisters erforderlich ist. Übrigens besteht nach § 12 NJagdG. auch für neue Pachtverträge, anders als in § 16 Abs. 2 PrJagdG., nicht die Verpflichtung zur öffentlichen Auslegung des Pachtvertrages.

Dr. Kurt von Bohlen, Berlin.

1) ZW. 1929, 1981²⁾.

des Rechtsverkehrs. Es ist danach anzunehmen, daß sie dem Willen des Gesetzgebers gerecht wird.

(U. v. 10. März 1934; VII 343/33. — Raumburg.)
(= RG. 144, 182.)

****6. § 518 Abs. 2 ZPO.** Verwechslung der Parteirollen in der Berufungsschrift. Aus der Berufungsschrift muß — sei es auch erst im Wege der Auslegung — für das BG. die Person des Verkl. erkennbar sein. Diese Erkennbarkeit wird durch eine Verwechslung der Parteirollen in der Berufungsschrift nicht schlechthin ausgeschlossen, sofern aus dem sonstigen Inhalt der Berufungsschrift und der mit ihr eingereichten Ausfertigung des angefochtenen Urteils der Fehlgriff in der Bezeichnung ohne weiteres ersichtlich ist (RG. 125, 240 = JW. 1930, 145²²). Können aber bei nur teilweiser Zuerkennung des Streitanspruchs beide Streitteile Berufung einlegen und wird dann die Parteirolle in der Berufungsschrift verwechselt, so muß dieser Fehler zur Verwerfung des Rechtsmittels führen. Es genügt nicht, daß für den Gegner der die Berufung einlegenden Partei die Verwechslung ersichtlich war.

Auf die Klage, mit der Zahlung von 4470,25 RM nebst Zinsen gefordert war, hat das LG. den Bekl. zur Zahlung von 400 RM verurteilt, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Das Ur. wurde am 5. Jan. 1934 zugestellt. Der Kläger beauftragte den RA. K., gegen das Ur. Ber. einzulegen. Am 1. Febr. 1934 reichte daraufhin RA. K. bei dem OLG. unter Beifügung einer Ausfertigung des ergangenen Ur. einen Schriftsatz ein, der im Eingang die Parteien nur nach der im ersten Rechtszug eingenommenen Parteirolle bezeichnete und im übrigen folgenden Inhalt hatte:

„Gegen das Ur. des LG. J. ZivR. v. ... in vorgenannter Sache lege ich hiermit Ber. ein. Der Berufungsantrag lautet: 1. Das angefochtene Ur. wird aufgehoben. 2. Die Klage wird abgewiesen. 3. Der Kl. hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen. Zur Begr. der Ber. werden die im vorigen Rechtszug vorgetragenen Tatsachen und die gestellten Beweisangebote wiederholt.“

Der berufungsklägerische Anwalt.
(folgt Unterschrift).“

Der Beamte der Geschäftsstelle des OLG. nahm an, daß damit für den Beklagten Ber. eingelegt sein solle. Er ließ deshalb die Bfg. betr. Einzahlung der Prozeßgebühr dem Bekl. und eine Abschrift der Berufungsschrift dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Kl. zustellen. Nunmehr reichte RA. K. am 9. Febr. 1934 einen weiteren Schriftsatz ein, in dem er erklärte, die Berufungsschrift enthalte einen versehentlich unrichtig gefaßten Antrag; in dem Berufungsantrage solle es richtig heißen zu Ziff. 2: Der Bekl. werde verurteilt, an den Kl. 4470,25 RM nebst 7% Zinsen seit dem 1. Febr. 1932 zu bezahlen, zu Ziff. 3: Der Bekl. habe die Kosten beider Rechtszüge zu tragen.

Das OLG. hat die Ber. des Kl. als verspätet eingelegt angesehen und sie als unzulässig verworfen. Die sog. Beschw. wurde zurückgewiesen.

Der Sen. hält an den Rechtsfäken fest, die das RG. : (RG. 125, 240¹) für einen im wesentlichen gleichliegenden Fall aufgestellt hat. Wenn § 518 Abs. 2 ZPO. als wesentlichen Inhalt der Berufungsschrift n. a. die Erklärung bezeichnet, daß gegen ein bestimmtes Ur. Ber. eingelegt werde, so gehört dazu selbstverständlich auch die Angabe, für welche Partei diese Erklärung abgegeben wird (RG. 96, 117). Eine ausdrückliche Bezeichnung dieser Partei wird nicht verlangt. Aus der Berufungsschrift muß aber, sei es auch erst im Wege der Auslegung, für jeden unbefangenen Leser und namentlich auch für das BG. als den Empfänger der in der Berufungsschrift enthaltenen Erklärung die Person des Verkl. erkennbar sein. Solche Erkennbarkeit wird selbst durch eine Verwechslung

der Parteirollen in der Berufungsschrift, so im Falle der Bezeichnung der im ersten Rechtszuge zum vollen Erfolg gelangten Partei als der Rechtsmittellägerin, nicht schlechthin ausgeschlossen, sofern nur eben aus dem sonstigen Inhalt der Berufungsschrift und der mit ihr eingereichten Ausfertigung des angefochtenen Ur. der Fehlgriff in der Bezeichnung ohne weiteres erblickt. Die Auffassung des BeschwF., daß es auf die Erkennbarkeit für das Gericht nicht ankommen könne, wenn nur für den Gegner der die Ber. einlegenden Partei die Verwechslung der Parteirollen in der Berufungsschrift klar ersichtlich sei, kann nicht gebilligt werden. Diese Auffassung liegt auch der angezogenen Entsch. im 125. Bande nicht zugrunde. Denn der Gegner wird daraus, daß er den Verfasser der Berufungsschrift mit der Einlegung eines Rechtsmittels nicht beauftragt hatte, wohl immer den Schluß auf ein Versehen bei der Bezeichnung des Verkl. zu ziehen imstande sein. Auch in dem Falle, welcher der behandelten Entsch. zugrunde lag, hätte der Gegner des Rechtsmittellägers mit einer Überlegung dieser Art ohne weiteres die bei Abfassung der Berufungsschrift unterlaufene Verwechslung erkennen können; gleichwohl ist in jenem Falle eben wegen dieser Verwechslung die Ber. für unzulässig erachtet worden. Dem Wesen der Berufungsschrift als eines für das BG. bestimmten, ein Verfahren vor diesem Gericht eröffnenden Schriftsatzes entspricht allein eine Auslegung des § 518 Abs. 2 ZPO., die, wenn sie auch zur Vermeidung formalistischer Überspannung eines Formerfordernisses mehr auf den Sinn als auf den Wortlaut der abgegebenen Erklärung sieht, bei Erforschung des Sinnes doch einen objektiven Maßstab anlegt und deshalb auf die Erkennbarkeit einer falschen Bezeichnung auch für das BG. abstellt. Dem in der Beschw. verzeichneten angezogenen Ur. des RG. v. 13. Febr. 1913: JW. 1913, 501²⁵ ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Dort bildete der Entscheidungsgrund die Erwägung, daß eine augenfällige (mithin für das Gericht ohne weiteres ersichtliche) Verwechslung der Parteibezeichnung als solche auch dem Gegner erkennbar gewesen sei. In diesem Ur. ist also nicht ausgesprochen, daß es ausreiche, wenn die Verwechslung nur dem Gegner erkennbar sei. Die gegenteilige Auffassung liegt allerdings dem vom BeschwF. ebenfalls angezogenen Ur. des OLG. R.: JW. 1916, 613¹² zugrunde; diese rechtliche Beurteilung kann aber nicht geteilt werden.

Im Streitfall ist der Anwalt des Verkl. bei Abfassung der Berufungsschrift einer Verwechslung der Parteirollen erlegen. Er hat zwar den von ihm vertretenen Kl. nicht ausdrücklich als Bekl. bezeichnet; wohl aber hat er als Begehren der von ihm vertretenen Partei einen Antrag angekündigt, der nur dann einen verständigen Sinn ergab, wenn er als vom Bekl. gestellt gedacht wurde. Danach ließ sich aus der Berufungsschrift nichts anderes herauslesen, als daß namens des Beklagten Ber. eingelegt werde. Ein anderer Sinn der Berufungsschrift ergab sich auch nicht bei Hinzunahme der mit ihr eingereichten Urteilsausfertigung. In dem Verfahren vor dem OLG. war jede Partei teilweise unterlegen, so daß eine ohne Bezeichnung des Rechtsmittellägers eingereichte Ber. sowohl von dem Kl. als auch von dem Bekl. hervörhören konnte. Einlegung der Ber. durch den Bekl., der bei der Entsch. erster Instanz besser als der Kl. abgeschnitten hatte, war entgegen der Annahme des BeschwF. nicht weniger wahrscheinlich als die Anrufung einer höheren Entsch. durch den Kl. Davon abgesehen, würde eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, wie der BeschwF. sie angestellt wissen will, immer noch Zweifel an dem Sinn der Berufungsschrift übrig gelassen haben. Wirksam aber war die Ber. nur dann, wenn die am 1. Febr. eingereichte Berufungsschrift bei sinnmäßiger Auslegung zweifelsfrei ergab, daß das Rechtsmittel für den Kl. eingelegt sein sollte. Das war nicht der Fall.

Der am 1. Febr. eingereichte Schriftsatz genügte mithin nicht der Vorschr. im § 518 Abs. 2 ZPO.; ihm fehlte, um als Ber. des Kl. gelten zu können, ein Teil des aus dieser Vorschr. als unerlässlich sich ergebenden Inhalts einer Berufungsschrift. Die Berichtigung in dem erst nach Ablauf der Berufungsschrift eingereichten Schriftsatz v. 9. Febr. kam als solche zu spät. Aber auch als erstmalig namens des Kl. eingelegte Ber. war dieser Schriftsatz verspätet. Die von dem

¹) JW. 1930, 145²².

OLG. gezogene Folgerung, daß die Ver. des Kl. als unzulässig zu verwerfen sei, beruht nicht auf formalistischer Auslegung des § 518 Abs. 2 ZPO., sondern entspricht dem Sinn und dem Zweck dieser Vorschr. Die wenigen zwingenden Vorschr., die das Gesetz über die Form wichtiger Verfahrens-handlungen aufstellt, müssen beachtet werden, wenn nicht die Ordnung des an einen geregelten Gang gebundenen Verfahrens sich schließlich auflösen und damit Rechtsunsicherheit Platz greifen soll.

(Beschl. v. 12. Mai 1934; V B 10/34. — Karlsruhe.)
[Fn.]

****7.** § 767 Abs. 2 ZPO. Der Anspruch der im Rechtsstreit obliegenden Partei auf Kosten-erstattung entsteht bereits mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit, aufschiebend bedingt durch den Erlaß eines die Gegenseite in die Kosten verurteilenden Urteils, verwandelt sich mit dem Erlaß eines solchen Urteils in einen auflösend bedingten Anspruch und wird mit der Rechtskraft zu einem unbedingten. Bereits vor Erlaß des Kostenurteils stellt der bedingte Anspruch ein Vermögensstück des Kostengläubigers dar; er kann abgetreten und gepfändet werden. Einwendungen der im § 767 Abs. 2 gedachten Art müssen bereits in der Verhandlung vor dem grundlegenden Urteil vorgebracht werden.

Die Kl. erhob gegen die Befl. 1926 eine Klage. Während dieser Prozeß noch schwebte, wurde über die Kl. das gerichtliche Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses eröffnet. Es führte zu einem am 6. Juli 1931 bestätigten gerichtlichen Vergleich, der bestimmte, daß den Gläubigern 5% so oft ausgeschüttet werden sollten, als dazu flüssige Mittel vorhanden sein würden. In dem Rechtsstreit wurde am 31. Okt. 1932 vom OLG. zuletzt mündlich verhandelt. In dieser Verhandlung berief sich die Kl., die im ersten Rechtszuge obgesehen hatte, nicht auf den Vergleich. Durch Art. v. 7. Jan. 1933 wurde sie mit ihrer Klage abgewiesen und verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Das Ur. wurde rechtskräftig; die Kosten wurden festgesetzt. Auf die Kosten bezahlte die Kl. dreimal 5%. Wegen des Restes ließ die Befl. bei ihr pfänden.

Unter Berufung auf den Vergleich und auf § 767 ZPO. erhob die Kl. die vorliegende Klage mit dem Antrage, die von der Befl. betriebene Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Die Klage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen.

Der VerKl. hält die Voraussetzungen für eine Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. nicht für gegeben, weil die mit ihr geltend gemachte Einwendung der Stundung schon vor der Schlußverhandlung v. 31. Okt. 1932 entstanden sei und deshalb gem. § 767 Abs. 2 ZPO. gegen die Kosten-entscheidung des Ur. v. 7. Jan. 1933 nicht vorgegangen werden könne. Außerdem erachtet der VerKl. die Klage auch deshalb für unbegründet, weil die Kostenforderung der Befl. gar nicht vom Vergleiche betroffen werde.

Die Rev. der Kl. kann keinen Erfolg haben, vielmehr ist der angefochtenen Entsch. im Ergebnis beizutreten. Allerdings ist diese insofern fehlsam, als sie die Klageabweisung auf zwei Gründe stützt, von denen der eine den anderen ausschließt. Entweder ist der Kostenerstattungsanspruch der Befl. erst mit dem die Kostenpflicht der Kl. aussprechenden Ur. v. 7. Jan. 1933 entstanden; dann steht der Vollstreckungs-gegenklage der 2. Abs. des § 767 ZPO. nicht entgegen, aber der Kostenanspruch fällt in diesem Falle nicht unter den bereits am 6. Juli 1931 bestätigten Vergleich. Oder der Kostenerstattungsanspruch ist, als aufschiebend bedingter, bereits mit der im Jahre 1926 erfolgten Klagerhebung entstanden; dann würde sich die Kl. freilich auf die durch den Vergleich gewährte Stundung berufen können, aber ihrer Klage würde der Umstand entgegenstehen, daß sie mit ihr verfolgte Einwendung schon im Vorprozesse hätte geltend gemacht werden können (§ 767 Abs. 2 ZPO.). Daß ein solches

Vorbringen im Vorprozesse unmöglich und zwecklos gewesen sei, wie die Rev. meint, trifft nicht zu. Die Kl. konnte sehr wohl in der mündlichen Verhandlung im Vorprozesse darauf hinweisen, daß sie mit ihren Gläubigern einen Vergleich abgeschlossen habe, und dessen Inhalt mitteilen. Das hätte dem OLG., wenn es die im folgenden darzulegende Ansicht über die Entstehung des Kostenerstattungsanspruchs teilte, Veranlassung gegeben, in seinem die Klage abweisenden Urteil auszusprechen, daß die Kl. zwar zur Tragung der Kosten verurteilt werde, bei der Festsetzung der dem Gegner zu erstattenden Kosten aber der Vergleich zu berücksichtigen sei.

Die Frage, auf die es hiernach ankommt, ist die, wann der Anspruch der im Rechtsstreit obliegenden Partei auf Kosten-erstattung entsteht. Die überwiegende Meinung des Schrifttums geht dahin, daß er bereits mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit entsteht, aufschiebend bedingt durch den Erlaß eines die Gegenseite in die Kosten verurteilenden Urteils, daß er sich mit dem Erlaß eines solchen Urteils zunächst in einen auflösend bedingten Anspruch verwandelt und mit der Rechtskraft des Urteils zu einem unbedingten wird; sowie ferner, daß der bedingte Kostenerstattungsanspruch bereits vor Erlaß des Kostenurteils ein Vermögensstück des Kostengläubigers darstellt, daß er abgetreten und gepfändet werden kann, und daß Einwendungen der in § 767 Abs. 2 ZPO. gedachten Art, wie Stundung, Vergleich, bereits in der Verhandlung vor dem grundlegenden Urteil vorgebracht werden müssen (Seuffert-Walshmann, Komm. z. ZPO., 12. Aufl., Bd. I, vor § 91 Anm. 3 S. 166; Peterfen-Anger, ZPO., 4. Aufl., Bd. I, vor § 91 Anm. 2 S. 231; Förster-Wann, Komm. z. ZPO., 3. Aufl., Bd. I, vor § 91 Anm. 2b S. 293; Skonieczki-Gelpke, ZPO., Bd. I, vor § 91 Anm. 1 S. 227; Wilimowski-Levy, Komm. z. ZPO. z. RD., 6./7. Aufl., Bd. I, § 3 Anm. 30 S. 96, Menzel, Komm. z. RD., 4. Aufl., § 3 Anm. 3 S. 38; Warneher, Handkomm. z. RD. § 59 I S. 251; Kieszow, VerglD., 4. Aufl., § 74 Anm. 9 S. 501 — teilw. zustimmend, teilw. abweichend Baumbach, ZPO., 8. Aufl., vor § 91 Anm. 4 B S. 268, § 104 Anm. 2 B S. 298, § 767 Anm. 1 C S. 1103, § 795 S. 1146. — A. M. Stein-Jonas, Komm. z. ZPO., 15. Aufl., Bd. I, vor § 91 Anm. II 4 und § 104 Anm. II 5 bei Note 16 und 17; Rosenberger, Lehrb. des Zivilprozess-rechts, 3. Aufl., § 79 IV 2 S. 243; Mayer, Komm. zur VerglD., § 2 Anm. 26 S. 48). Auf dem Boden der herrschenden Meinung hat in ständiger Rspr. der erf. Sen. ge-standen (Art. v. 21. Okt. 1902 [RG. 52, 330] und v. 15. Febr. 1929, VII 431/28 [HöchstRspr. 1929 Nr. 1206]). Auch die Mehrzahl der übrigen Zivilsenate hat diese Ansicht gebilligt, so der 3. ZivSen. (RG. 20, 260), der 5. ZivSen. (RG. 62, 189), sowie Art. v. 23. Okt. 1907, V 70/07 (Rspr. d. OLG. 16, 293 Note 1) und der 6. ZivSen. (ZW. 1895, 504²). Einen teilweise abweichenden Standpunkt scheinen der 1. ZivSen. (ZW. 1901, 423⁵) und der 2. ZivSen. (RG. 124, 2 = ZW. 1929, 1398³²) einzunehmen. Aber der erf. Sen., der an seiner bisherigen, auch von den übrigen vorher genannten Senaten vertretenen Rspr. festhält, sieht sich zu einer Anrufung der Vereinigten Zivilsenate nicht veranlaßt; einmal deshalb nicht, weil die erwähnten Entscheidungen des 1. und 2. ZivSen. nur den Aufrechnungseinwand betreffen und der Wortlaut, namentlich in RG. 124, 2, nicht erkennen läßt, ob jene Senate ganz allgemein den Rechtsatz haben aufstellen wollen, daß der Kostenerstattungsanspruch erst mit dem die Kostenpflicht aussprechenden Urteil entstehe. Sodann war eine Anrufung der Vereinigten Zivilsenate auch deshalb nicht erforderlich, weil die Entscheidung über das hier zu beurteilende Rechtsmittel, wie sich aus den vorstehenden Darlegungen ergibt, sowohl bei Bejahung wie bei Verneinung der streitigen Frage, ob der Kostenerstattungsanspruch schon mit der Klagerhebung entsteht, auf Zurückweisung der Rev. lauten müßte, sonach die Beantwortung der Streitfrage im Ergebnis nicht die Grundlage der zu treffenden Entscheidung bildet.

(U. v. 12. Juni 1934; VII 89/34. — Celle.) [S.]

b) Strafsachen

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

****8.** Art. 5 Ziff. 1 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. 995); § 20a StGB. Es ist unerheblich, in welcher Reihenfolge die vom § 20a Abs. 3 StGB. vorausgesetzten drei Straftaten begangen sind. Die früheren Straftaten können auch mit einer Gesamtstrafe geahndet worden sein. f)

Das SchwG. stützt die Anordnung der Sicherungsverwahrung auf den Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. i. Verb. m. § 20a Abs. 2 StGB. Nach Art. 5 Nr. 1 des Gef. ist zu prüfen, ob die Strafschärfung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher zulässig wäre, wenn § 20a StGB. schon bei Begehung der jetzt abzurteilenden Tat gegolten hätte. Diese Frage ist im vorl. Falle zu bejahen. Die jetzt abgeurteilte Tat ist nach der Annahme des SchwG. in der Nacht zum 3. Dez. 1922 begangen worden. Nach den Feststellungen des SchwG. hatte der Angekl. damals den Einbruchsdiebstahl im Sept. 1920 auf der Kammer des Reiterregiments ausgeführt, dessentwegen er auch rechtskräftig verurteilt worden war. Ob auch die verjährten von dem Angekl. nach dem angef. Ur. im Zusammenhang mit dem Verbrechen nach § 214 StGB. begangenen beiden Diebstähle an Beförderungsgut gleichfalls zur Begründung des § 20a Abs. 2 StGB. zu verurteilen sind oder ob dies wegen der Verjährung nicht möglich ist, kann dahingestellt bleiben; denn § 20a Abs. 2 StGB. verlangt nicht, daß die von ihm vorausgesetzten zwei weiteren „Taten“ vor der Begehung der jetzt abzurteilenden „dritten“ Tat begangen worden sind; sie können ihr auch zeitlich nachfolgen. Das ergibt sich aus der Fassung des § 20a Abs. 2 StGB., wo es heißt: „so kann das Gericht bei jeder abzurteilenden Einzeltat die Strafe verschärfen“. Es ist mithin gleichgültig, in welcher zeitlichen Reihenfolge die drei Taten begangen worden sind.

Auch durch den zweiten Halbsatz des Art. 5 Ziff. 1 Gef. v. 24. Nov. 1933: „wenn die Vorschrift des § 20a StGB. schon bei Begehung der Tat gegolten hätte“, wird kein weiteres Erfordernis neben dem des § 20a StGB. aufgestellt; er verlangt insbes. nicht, daß bei der Begehung der „dritten“ jetzt abzurteilenden Tat bereits zwei andere Taten vorgelegen haben müssen; er bestimmt vielmehr nur für die Aburteilung der unter altem Recht begangenen Tat die Anwendung des neuen Rechts. Art. 5 Ziff. 1 will es, ohne

Zu 8. Das Ur. enthält bedeutsame Ausführungen über den Abs. 2 des § 20a StGB., denen durchweg beizutreten ist.

Soweit aus den Urteilsgründen entnommen werden kann, ist der Angekl. im vorliegenden Verfahren wegen einer nach § 214 StGB. zu bestrafenden Tat abgeurteilt worden, die er am 2./3. Dez. 1922 begangen hatte. Vorausgegangen waren zwei Diebstähle an Beförderungsgut, deren Verfolgung inzwischen verjährt war. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist neben der abzurteilenden Tat auf Taten gestützt worden, von denen ein Teil am 9. Mai und 20. Juni 1923 abgeurteilt worden ist und der andere Teil, nämlich acht Straftaten, in den Jahren 1929 und 1930 begangen und durch eine Gesamtstrafe geahndet worden ist. Da es sich bei der abzurteilenden Tat nicht um eine neue Tat i. S. des § 20a Abs. 1 StGB. handelte, scheidet die Anwendung dieser Vorschrift aus und das Gericht hatte die Anwendbarkeit des § 20a Abs. 2 i. Verb. m. § 42e StGB. und Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. zu prüfen.

§ 20a Abs. 2 StGB. fordert, daß der Täter mindestens drei vorsätzliche und rechtlich selbständige Taten begangen hat, von denen wenigstens eine noch abzurteilen ist. Die Gesamtwürdigung dieser Taten muß ergeben, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Jede dieser Taten muß demnach ein Anzeichen für den Gang des Täters zum Verbrechen und für seine Gefährlichkeit sein (vgl. RGSt. 68, 156 = JW. 1934, 1665; RG.: JW. 1934, 1666²⁹, 2057¹⁴). Ferner darf nicht die Rückfallsverjährung nach § 20a Abs. 3 StGB. eingetreten sein. Im Gegensatz zu § 20a Abs. 1 StGB., wo gefordert ist, daß die abzurteilende Tat nach der Rechtskraft der beiden Vorurteilungen begangen ist, sieht der § 20a Abs. 2 StGB. von Bestimmungen über die zeitliche Reihenfolge der einzelnen Taten ab. Die Vorschrift ist also, wie das RG. zutreffend feststellt, auch anwendbar, wenn die jetzt abzurteilende Tat vor den übrigen bereits abgeurteilten Taten begangen worden ist.

Soweit einzelne der als Anzeichen für den Gang des Täters

weitere Voraussetzungen festzusetzen, lediglich ermöglichen, daß die Sicherungsverwahrung auch bei den vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begangenen, aber erst nachher abzurteilenden Taten angeordnet werden kann. Ist also die jetzt abzurteilende Tat vor dem 1. Jan. 1934 begangen und wird sie nach dem 31. Dez. 1933 abgeurteilt, so müssen im übrigen lediglich die Voraussetzungen des § 20a StGB. vorliegen, d. h. — was die Zahl der vom Täter begangenen Taten i. S. des § 20a Abs. 2 StGB. angeht — es müssen außer der abzurteilenden Tat zwei weitere vorsätzliche Taten begangen worden sein.

Das SchwG. konnte daher sowohl die von ihm erwähnten, am 9. Mai und 20. Juni 1923 abgeurteilten Taten des BeschwF. wie auch die acht von ihm 1929 und 1930 begangenen Taten nach § 20a Abs. 2 StGB. werten.

Nach den Feststellungen des angef. Ur. ist bei keiner dieser Taten die Rückfallsverjährung des § 20a Abs. 3 StGB. eingetreten. Die Rückfallsverjährung beginnt mit der Rechtskraft der früheren Verurteilung (§ 20a Abs. 3 Satz 1 StGB.) oder mit der Begehung der früheren Tat (§ 20a Abs. 3 Satz 2), wie eine Vergleichung dieser Gesetzesstellen ergibt; bei den am 9. Mai und 20. Juni 1923 abgeurteilten Taten hat sie daher mit dem Eintritt der Rechtskraft begonnen (vgl. 3 D 413/34). Zugunsten des BeschwF. ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß diese Ur. durch sofortigen Rechtsmittelverzicht am Tage der Verkündung, also am 9. Mai und am 20. Juni 1923, rechtskräftig geworden sind; die Rückfallsverjährung konnte also frühestens mit dem Erlaß der Ur. beginnen. Die Strafverbüßung, die bis 19. Aug. 1925 gedauert hat, wird gem. dem § 20a Abs. 3 Satz 3 StGB. nicht mitgerechnet. Die erste der acht letzten Taten ist bereits 1929 begangen worden; die fünfjährige Frist war daher noch nicht verstrichen, und die Rückfallsverjährung ist mithin nicht eingetreten.

Daß die letzten acht Straftaten durch eine Gesamtstrafe geahndet worden sind, ist unerheblich; § 20a Abs. 2 StGB. erfordert das Vorliegen dreier Straftaten (vgl. 3 D 413/34).

(3. Sen. v. 21. Juni 1934; 3 D 510/34.)

[W.]

9. §§ 159, 46 StGB. Die Frage, ob bei der Straftat nach § 159 die Vorschriften in § 46 zur Anwendung kommen können, ist gegenüber den Ausführungen von Frank in der 18. Aufl. (Erl. IV S. 367) erneut geprüft und verneint worden. †)

(1. Sen. v. 2. März 1934; 1 D 104/34.)

Abgedr. JW. 1934, 1575¹³.

zum Verbrechen und für seine Gefährlichkeit gewerteten Taten bereits abgeurteilt sind, ist es, wie das RG. am Schluß des Ur. betont, gleichgültig, ob eine Gesamtstrafe gebildet ist oder nicht. In dieser Hinsicht besteht ein wesentlicher Unterschied gegenüber der Vorschrift des § 20a Abs. 1 StGB., in der zwei Vorurteilungen gefordert werden. Dabei ist in den Fällen, in denen Freiheitsstrafen durch Urteil oder Beschluß zu einer Gesamtstrafe vereinigt worden sind, nur die auf die Gesamtstrafe erkennende Entsch. als Verurteilung anzusehen (RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662²⁸; JW. 1934, 1972¹²; vgl. JW. 1934, 1618 f.).

Dffeugelassen hat das RG. die Frage, ob auch auf die beiden Diebstähle an Beförderungsgut, deren Verfolgung inzwischen verjährt ist, die Anwendung des § 20a Abs. 2 und damit die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 42e StGB. hätte gestützt werden können. Diese Frage ist zu verneinen. Unter Taten i. S. des § 20a Abs. 2 StGB. sind strafbare Handlungen zu verstehen, die, soweit sie nicht bereits abgeurteilt sind, noch verfolgt werden können. Daß auf Taten, deren Verfolgung inzwischen verjährt ist, nach den §§ 20a, 42e StGB. die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht gestützt werden kann, ergibt sich aus § 67 Abs. 5 StGB., wonach mit der Verjährung der Strafverfolgung einer Tat auch die Befugnis erlischt, auf Grund der Tat Maßregeln der Sicherung und Besserung anzuordnen. Zweifelhaft könnte nur sein, ob etwa auf bereits verjäherte Taten die Strafschärfung nach § 20a StGB. gestützt werden kann. Auch diese Frage muß nach dem Sinn des Gesetzes verneint werden.

RegR. Dr. Schafheitle, Berlin.

Zu 9. I. Die Entsch. bestimmt zunächst den Begriff des Unternehmens gemäß § 159 StGB. i. S. des Verbruchs. Das Unternehmen soll hier den Anfang der Ausführung, also den Beginn der Verleitung, der Anwendung der vom Täter in Aussicht genommenen Verleitungsmittel

10. §§ 266 Ziff. 2, 331 StGB.; §§ 1, 5 BauordG. v. 1. Juni 1909 (RGBl. 449). Die Rechtswidrigkeit der Annahme eines Vorteils für eine amtliche Tätigkeit entfällt nur bei Zustimmung der vorgesetzten Behörde oder bei Vorliegen eines gesetzlichen Grundes. Lehnt das Gericht eine neue Begutachtung ab, obwohl es das völlige Verständnis für die von dem ersten Sachverständigen erörterte Frage noch nicht erlangt hatte, so unterliegt das Ur. der Aufhebung auf die Sachbeswerbe hin. Zu den Begriffen „Baugeld“ (§ 1 Abs. 3 BauordG.) und „Revolvingkredit“. Untreue durch Bevorschussung eines Baues seitens einer Versicherungsanstalt. Zum inneren Tatbestand der Untreue.†)

Schließlich setzt die Verurteilung wegen Bestechlichkeit allerdings die Rechtswidrigkeit des den gesetzlichen Tatbestand erfüllenden Verhaltens des Beamten voraus. Dies bedeutet aber nicht, daß die Annahme des Vorteils für sich betrachtet mit dem Recht in Widerspruch treten müßte. Die Aufstellung eines solchen Erfordernisses würde, da das Recht unentgeltlichen Zuwendungen grundsätzlich weiten Raum gewährt, den Kampf gegen die Käuflichkeit der Amtshandlung, den § 331 StGB. fördern soll, im wesentlichen vereiteln. Vielmehr entfällt die Rechtswidrigkeit der Annahme eines Vorteils für eine amtliche Tätigkeit nur, wenn der Beamte die Erlaubnis hierzu auf eine gesetzliche Vorschrift oder auf die Zustimmung seiner vorgesetzten Behörde, insbes. etwa auf die Duldung einer dieser bekannten Verkehrssitte, zu stützen vermag. Eine derartige Erlaubnis kam für die vorliegende Sache nicht in Frage. Das Bewußtsein des Angekl. von der Rechtswidrigkeit des Vorteils, der ihm in Gestalt der rechtlich nicht zu be-

anspruchenden vorzeitigen Zahlung der 10000 RM für sein amtliches Wirken zuzufloß, ist ausdrücklich festgestellt. Zwar darf das Gericht die Anhörung eines Sachverständigen überhaupt ablehnen, wenn es ausreichenden Grund hat, sich selbst die erforderliche Sachkunde zuzutrauen (RGSt. 61, 273), und die Anordnung einer neuen Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen verweigern, wenn ein erstattetes Gutachten die durch Verwertung bestimmter Fachkenntnisse erstrebte Aufklärung über eine tatsächliche Frage in zuverlässiger Weise herbeigeführt hat (RGSt. 49, 437; 64, 113). In der vorliegenden Sache ergeben jedoch die Urteilsgründe, daß die Voraussetzungen für die ablehnende Stellungnahme fehlten, daß die Strk. das vollkommene Verständnis für die Gebräuche, die im Verkehr beim Zueinandergreifen des Baugeldgeschäfts und der langfristigen Beleihung des bebauten Grundstücks gelten, trotz der Benennung des Sachverständigen nicht erlangt hatte.

Indem die Strk. sich auf diesem Gebiet nicht in ausreichendem Maß unterrichtete, beging sie denn auch bei der Anwendung sachlich-rechtlicher Normen Fehler, die zur Aufhebung des angefochtenen Ur. nötigen.

Eine besonders sorgfältige Erforschung aller Rechtsfolgen ist da erforderlich, wo die zu treffende Entsch. das in sich zusammenhängende Rechtsgebiet der Bewahrung von Baugeld und der dieses ablösenden, langfristigen Beleihung des bebauten Grundstücks berührt und die einzelnen in Betracht kommenden Vorgänge jeweils zugleich auf die Rechte und Pflichten der Beteiligten — des Baugeldnehmers, des Baugeldgebers und des die Rückzahlung des Baugeldes gewährender Hypothekengläubigers — einwirken. Hier wird die Klärung der tatsächlichen und rechtlichen Lage nur erreicht, wenn das zur Entsch. berufene Gericht sich nicht nur mit den

voraussetzen (so namentlich RGSt. 59, 370; 67, 191). Das entspricht dem Standpunkt der jüngeren Mpr., die, wie die Judikatur zum Versuch überhaupt im ganzen eingeht, die Grenzen der Strafbarkeit zurückzulegen, und im Anfang der Ausführung das formale Kriterium gefunden zu haben glaubt, das eine schärfere Abgrenzung gewährleistet. Die ältere Mpr. ging hier noch weiter und legte den entscheidenden Wert auf die Betätigung des verbrecherischen Willens. So wird nach der Entsch. RGSt. 3, 26 (28) — vgl. dazu die auch sonst lehrreiche Entsch. RGSt. 42, 266 — der Begriff des Unternehmens durch alle Handlungen erfüllt, die auf die Erreichung des Erfolges abzielen. Erst die spätere Mpr. hat dann die Vorbereitungs-handlungen einseitig ausgeschlossen und den Anfang der Ausführung in den Vordergrund gerückt (vgl. die Nachweise bei Frank § 159 II und Liszhausen § 159 N. 3). Die ältere, weitere Auffassung wirkt noch darin nach, daß das RG. zum Unternehmen nicht unbedingt den Beginn der Einwirkung auf die Person verlangt, die selbst den Meineid leisten soll, sondern schon die Beeinflussung von Mittelspersonen genügen läßt, die ihrerseits zum Meineid veranlassen sollen (vgl. u. a. Frank a. a. D. und EpzKomm. § 159 N. 2). Im übrigen aber wiederholt sich hier gleichsam im kleinen die allgemeine Entwicklung auf dem Gebiet der Versuchstheorie. Der materielle Grundgedanke — Erfassung des verbrecherischen Willens — tritt zurück gegenüber liberalen und rechtsstaatlichen Erwägungen, die eine strengere Begrenzung der Strafbarkeit zu erfordern scheinen. Auch auf diesem Gebiet sind aber noch Überreste älterer Anschauungen erkennbar, ähnlich wie etwa in der Mpr. zum Versuch der objektiven und rechtsstaatlichen Abgrenzung zwischen Anfang der Ausführung und Vorbereitung die subjektivistische, dem Grundgedanken entsprechende Behandlung des untauglichen Versuchs gegenübersteht.

Man kann den Standpunkt des RG., der durch die Bestimmung des Unternehmensbegriffs für den Hochverrat im Gesetz vom 24. April 1934 (§ 87 StGB.) eine gewisse Stützung erfahren hat, nicht eigentlich widerlegen. Bedenken gegen den im Grunde rechtspolitisch bedingten Standpunkt des RG. ließen sich wiederum nur von einer grundsätzlichen Stellungnahme aus geltend machen. Eine solche Stellungnahme kommt etwa in der preussischen Denkschrift über Nationalsozialistisches Strafrecht zum Ausdruck, die das Schwergewicht auf die Betätigung des verbrecherischen Willens legt, und die Frage nahelegt, ob man nicht dort, wo das Gesetz nicht geradezu ein Hindernis bildet, schon heute die Grenze der Strafbarkeit vorverlegen muß.

II. Stärkere Bedenken aber muß die Nichtanwendung des § 46 StGB. auf den Rücktritt vom Unternehmen der Anstiftung zum Meineid hervorrufen. Die Gründe, die für diese Ansicht vorgebracht werden, können nicht überzeugen. Der Hinweis darauf, daß das Vergehen gegen § 159 in einem besonderen Tatbestand geregelt sei, ist

formalistisch und geht an der neuzeitlichen materiellen Verbrechens-auffassung vorbei, die das RG. in anderem Zusammenhang anerkannt hat. Nicht die äußere Form kann den Ausschlag geben, nicht die Regelung in einem selbständigen Tatbestand maßgebend sein, sondern es kommt auf den materiellen Gehalt der Bestimmung an. Wenn es sich der Sache nach um einen Versuch oder um die Vorbereitung eines Verbrechens handelt, so besteht kein hinreichender Grund, die Anwendung des § 46 auszuschließen. Vielmehr würde die nach dem Wortlaut des Gesetzes keineswegs notwendige Ausschließung des § 46 in diesen Fällen eine grobe Unbilligkeit bedeuten. Durchaus zutreffend in diesem Sinne Frank § 43 V 4 (S. 93); vgl. auch Liszhausen § 46 N. 5, der sich aber nicht über die formalen Bedenken hinwegsetzen kann. Die Anwendung des § 46 liegt gerade dann nahe, wenn man das Unternehmen mit dem RG. als Anfang der Ausführung deutet, also Versuch und Unternehmen einander gleichstellt. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum das RG. im Hinblick auf § 46 seinen Standpunkt präzisiert und dem Unternehmen hier wieder eine selbständige Bedeutung zuschreibt.

Natürlich kann § 46 StGB. nur auf solche Unternehmens-tatbestände angewandt werden, die wie § 159 StGB. echte Veruchsregelungen enthalten. Das Unternehmen, das wirklich einen selbständigen kriminellen Gehalt hat, also ein delictum sui generis darstellt, ist selbstverständlich für die Anwendung des § 46 nicht geeignet. So möchten wir annehmen, daß es trotz § 87 StGB. keinen Rücktritt vom hochverräterischen Unternehmen gibt, weil es sich hier um selbständige Straftaten handelt. Überhaupt ist es verfehlt, Fragen dieser Art abstrakt und generell entscheiden zu wollen. Vielmehr erfordert die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des § 46 eine genaue und gesonderte Untersuchung des kriminellen Gehalts für jeden einzelnen Unternehmensstatbestand.

Prof. Dahm, Kiel.

Zu 10. Die Entsch. ist von hoher Bedeutung nach drei Richtungen:

1. Daß der Rechtfertigung einer Vorteilsannahme i. S. von § 331 enge Grenzen gesetzt sind, sollte als Selbstverständlichkeit angenommen werden. Daß das RG. diesen Grundsatz betont, kann zu heilsam strenger Anwendung des § 331 StGB. beitragen. Grundsätzlich über „Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen“: Ulrich Stoc, 1932 (s. bes. etwa S. 255 ff.).

2. Nebenklischer scheint es mir, daß das RG. annimmt, ein Urteil könne von ihm aufgehoben werden, weil eine ihm notwendig scheinende erneute Begutachtung durch Sachverständige nicht stattgefunden hat. Es scheint zwar seit langem im Zuge der Zeit zu liegen, dem Gerichte in höherem Maße als bisher die Heranziehung

einschlägigen gesetzlichen Vorschriften, sondern auch mit der den Verkehr beherrschenden Übung zumal insoweit vertraut macht, als ihr die Eigenschaft eines Handelsbrauchs i. S. des § 346 HGB. innewohnt.

Der Begriff des Baugeldes ist in § 1 Abs. 3 BauordG. v. 1. Juni 1909 bezeichnet. Abs. 1 ders. Vorschrift legt dem Baugeldempfänger die Verpflichtung zu einer bestimmten Verwendung des Baugeldes auf. § 5 sichert diese dem Baugeldnehmer auferlegte Verpflichtung durch eine an die Voraussetzung der Zahlungseinstellung oder Konkursöffnung gebundene Strafandrohung.

Das durch die Tätigkeit der Baugenossenschaften und durch die Baugeldzuschüsse der Länder und Gemeinden erheblich eingeschränkte Baugeldgeschäft dient der gelblichen Überbrückung der Bauzeit bis zur Auszahlung der festen Hypothek. Es wird von Kreditbanken als kurzfristiges Kreditgeschäft betrieben und ist mit der Gefahr einer Einbuße mehr als andere Kreditgeschäfte belastet. In Rücksicht hierauf berechnet die baugeldgebende Bank erhöhte Zins- und Provisionsätze. Der Baugeldbedürftige aber verschafft sich das Baugeld von der Kreditbank in zahlreichen Fällen durch den Nachweis, daß eine andere geldgebende Stelle, insbes. eine Hypothekenbank, eine Versicherungsgesellschaft oder eine Sparkasse die langfristige, durch Hypothek gesicherte Beleihung des fertigen Baues in bestimmter Höhe und zu bereits festgesetzten Bedingungen so versprochen hat, daß das Baugelddarlehen hierdurch abgelöst wird. Die Vereinbarung, die zu diesem Zweck zwischen dem baugeldempfangenden Grundstückseigentümer, dem Baugeldgeber und jener dritten Stelle geschlossen wird, sieht demgemäß vor, daß die letztere durch die Abdeckung des Baugeldes für ihre Hypothek den Anspruch auf Vorrückung in den Rang erwirbt, den bis dahin das Baugeld innegehabt hatte. Im übrigen wird das Baugeld regelmäßig in Raten ausbezahlt, die sich dem Fortschreiten des Baues anpassen, indem dem Baugeldempfänger bestimmte Teilbeträge zunächst nach Fertigstellung der ersten Balkenlage, dann nach Errichtung der zweiten Balkenlage, ferner nach Herstellung des Daches und so weiter freigegeben werden.

Anstalten, zu deren Aufgaben die langfristige, sichere Anlegung von Geld gehört, wie Hypothekenbanken, Versicherungsgesellschaften und Sparkassen, halten sich vom Baugeldgeschäft selbst grundsätzlich ferne. In gewissem Umfang ist ihnen die Beleihung noch nicht fertiggestellter Neubauten durch Gesetz, Satzung oder Verwaltungsanordnung untersagt. Doch beeinflussen ihre Kreditgeschäfte das Baugeldgeschäft insofern, als sie dieses durch die Kreditzusage ermöglichen und fördern. Gewährt nun eine solche Anstalt dem Baugeldempfänger während der Ausführung des Baues oder nach dessen Beendigung einen Vorschuß zur gänzlichen oder teilweisen Ablösung des Baugeldes, so stellt dieser Vorschuß kein Baugeld dar (RG. 138, 159¹⁾); er begründet aber den Anspruch der Anstalt gegenüber dem Grundstückseigentümer und dem Baugeldgeber darauf, daß sie insoweit mit ihrem Recht an Grundstücken in den Rang des abgelösten Zwischenkredits vorrückt. Stattet dagegen die Anstalt den Eigentümer und Bauunternehmer mit einem Dar-

lehen aus, das über den Betrag des abzudeckenden Baugeldes hinausgreift und in diesem Überschuß für die Bestreitung der Kosten des Baues bestimmt ist, so weist die überragende Leistung allerdings die Merkmale des Baugeldes nach § 1 Abs. 3 BauordG. auf. Der Empfänger wird also gem. § 1 Abs. 1 zu einer bestimmten Verwendung des empfangenen Geldes verpflichtet. Diese Zweckgebundenheit sichert freilich in erster Reihe die Baugläubiger. Aber sie hat einen wirtschaftlichen Wert auch für die Anstalt, die Geld zur Bezahlung der Baukosten vorschußweise zur Verfügung stellt. Denn was zur Sicherung der Bauforderungen beiträgt, fördert zugleich das Fortschreiten des Baues, das wiederum den Wert des zugunsten der Anstalt mit der Hypothek belasteten Grundstücks erhöht, also die ihr eingeräumte Sicherheit stärkt.

Die Unzulässigkeit eines „Revolvingkredits“ hat Bedeutung vornehmlich für das Rechtsverhältnis zwischen dem Baugeldgeber und der die feste Hypothek gebenden Anstalt. In dem hier allein in Betracht kommenden Sinne wird unter einem Revolvingkredit ein Kredit verstanden, der kraft einer von vornherein getroffenen Abmachung des Kreditgebers mit dem Kreditnehmer auf derselben Unterlage ohne weiteres verlängert werden soll, wenn und soweit das empfangene Darlehen erstattet ist. Stützt sich das Baugeldgeschäft auf die Kreditzusage einer als fester Hypothekengläubiger im Hintergrund stehenden Anstalt, so läßt die Verpflichtung, die dem Baugeldgeber gegenüber der Anstalt obliegt, es nicht zu, daß der Bauzwischenkredit als Revolvingkredit gewährt werde. Die Vertragswidrigkeit eines solchen Verfahrens steht jedenfalls dann fest, wenn der Anspruch der Anstalt auf Vorrückung in den Rang der für das Baugeld eingetragenen Hypothek oder Grundschuld für den Fall der aus ihren Mitteln bewirkten Abdeckung des Bauzwischenkredits durch die Vereinbarung, daß der Baugeldgeber über seine Eintragung nur mit der Zustimmung der Anstalt verfügen dürfe, ausdrücklich anerkannt ist.

Die vorhergehenden Darlegungen lassen zunächst die Fehlerhaftigkeit der Erwägungen erkennen, mit denen das angefochtene Urte. die nachteilige Wirkung der Verfügungen des Anstell. für alle drei Baugruppen nachzuweisen sucht. Die StrK. spricht sich nämlich bei der Vergleichung des Wertes, den das ungesicherte Guthaben der Lebensversicherungsanstalt bei der Bank vor den einzelnen Verfügungen hatte, mit dem Wert, zu dem die durch die Verfügungen begründeten, gesicherten Forderungen der Anstalt gegen die Grundstückseigentümer und Bauunternehmer anzusetzen waren, dahin aus, „daß der reine Grundstückswert der in Frage stehenden Grundstücke vor Fertigstellung der Bauten eine hinreichende Sicherheit nicht bot, könne nicht zweifelhaft sein; nur i. Verb. m. den zu errichtenden Baulichkeiten hätten die Grundstücke allenfalls eine genügende Sicherheit darstellen können“. Sie weist ferner darauf hin, „daß die Garantieübernahme der Bank gegenüber der Lebensversicherungsanstalt durch das Schreiben v. 22. April 1931 konstitutiver Natur gewesen sei und daß vorher keine rechtliche Verpflichtung für die Bank, bei etwa eintretenden Schwierigkeiten für die Anstalt die Gefahr zu

von Sachverständigen zur Pflicht zu machen, ja es in gewissem Umfange an Gutachten zu binden. Aber noch besteht die Souveränität des Richters, die in der freien Würdigung des Sachverständigengutachtens, der Benützung oder Nichtbenützung dieses Beweismittels zum Ausdruck kommt. Es mag übertrieben sein, den Menschen, den Zeugen wie den Sachverständigen, lediglich als Beweismittel und nicht (wie im altsächsischen Strafverfahren) als Prozeßbeteiligte anzusehen (s. dazu meine Abhandlung „Über die beiden Wurzeln der Selbstverwaltung und ihren Wert für die Strafrechtspflege“ in *Nachr. Krim. Päd.* 1930 Heft 3 S. 59, 62 f.). Aber noch ist es das Wesen des geltenden Verfahrensrechtes (s. als einen der ersten Ausleger Geyer in v. Holtzendorfs *Hdb.* I [1879] S. 257, 235). Eine Änderung müßte mit sehr großer Sorgfalt und Vorsicht erwogen werden, weil jene Souveränität über den Prozeßstoff doch ein gutes Kennzeichen für würdige Stellung des Richters ist. Die Auslegung des geltenden Rechtes, um die allein es sich hier handelt, in der Richtung auf ein Beschränken der freien Tatsachenwürdigung durch die erste Instanz wirksam werden zu lassen, scheint mir nicht unbedenklich. Damit will ich nicht bestreiten, daß dem richterlichen Ermessen des § 83 Schranken gezogen sind (s. Doerr, *Str. P.*, Anm. z.

Abs. 1 mit Verweis auf *Höchst. N. Pr.* 1932, 77; s. aber auch die das freie Ermessen betonende Entsch.: *RGSt.* 64, 114 u. *Löwe-Rosenberg-Gündel-Hartung, Lingemann, Riethammer, Kommentar*, 19. Aufl. 1934, N. 1 zu § 83). Es hätte m. E. in vorl. Falle genügt, lediglich wegen der materiellrechtlichen Lückenhaftigkeit in der Begründung das erste Urteil aufzuheben.

3. Denn das ist allerdings dem *RG.* zuzugeben: Das aufgehobene Urteil enthält in tatsächlicher Beziehung anscheinend so viele Unklarheiten, daß es nicht möglich ist, auf Grund der dargebotenen Tatsachensfeststellungen zu einem Entschluß über die Anwendbarkeit des § 266 StGB. zu gelangen.

In Betracht kam nach dem Sachverhalt nur die alte Fassung des § 266. Aber die erörterten Fragen sind auch für den jetzt geltenden § 266 i. d. Fassung v. 26. Mai 1933 bedeutsam. Denn sie betreffen

a) den nach wie vor wichtigen Begriff des *Machtmiss*, dessen Zufügung auch weiterhin zum Tatbestand der Untreue gehört. Gewiß beginnt die Untreue da, wo die ordnungsmäßige Geschäftsführung aufhört (s. *Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht*, 1933, S. 45 f. im Anschluß an v. Frank). Aber außer der Überschreitung von deren Grenzen ist zur Vollenbung doch noch vor allem das Tatbestandsmerkmal der *Nachteilszufügung* zu erfüllen. Überschreitung der Grenzen ordnungsmäßiger Geschäftsführung

¹⁾ *JZ.* 1933, 1311.

übernehmen, bestanden habe". Diese Erwägungen sind teils rechtsirrig, teils mindestens bedenklich. Die vom Angekl. verfügten Überweisungen wurden festgestelltemaßen zur Abdeckung der Baugelnder verwendet, die den Grundstückseigentümern und Bauunternehmern seitens der Bank zugeslossen waren. Die Anstalt hatte demzufolge für ihre Hypotheken die Vorrückung in den Rang, in dem die Grundschulden für die Bank eingetragenen waren, zu beanspruchen. Zur Zeit der Überweisungen waren die Bauten schon weit vorgeschritten. Für die erste Baugruppe, auf die sich die Überweisungen v. 12. Sept. bis 4. Okt. 1930 mit insgesamt 260 000 RM bezogen, konnten die Bauunternehmer schon am 12. April 1930, als sie erstmals mit dem Antrag auf Gewährung eines Bauzwischenkredits an die Bank herantraten, erklären, daß der eine Bau bereits gerichtet sei und der andere demnächst gerichtet werde; die vollkommene Fertigstellung dieser Bauten erfolgte Anfang Nov. 1930. In der zweiten Baugruppe, der die Überweisungen v. 15. Okt. bis 24. Nov. 1930 mit zusammen 430 000 RM galten, waren die Bauten am 6. Okt. 1930 bis zur Balkenlage des zweiten Obergeschosses fertiggestellt und zeigten die Bauunternehmer am 8. Okt. an, Ende der Woche werde mit dem Einsetzen der Fenster und mit der Herstellung der Zentralheizung begonnen werden. Für die dritte Baugruppe, die durch die Überweisungen v. 5. Dez. 1930 bis 13. Jan. 1931 mit insgesamt 400 000 RM beliehen wurde, war die Fertigstellung des Rohbaues auf Mitte Dez. 1930 angekündigt. Unter diesen Umständen mußte das LG., während es auf den „reinen Grundstückswert“ nicht ankam, ermitteln, ob nicht die Lebensversicherungsanstalt infolge der Werterhöhung, die sich mit dem Fortschreiten der wenigleich noch nicht vollendeten Bauten ergeben hatte, Befriedigung wegen ihrer Forderungen gegen die Bauunternehmer aus den Baugrundstücken — wenigstens bei der einen oder der anderen Baugruppe — alsbald ohne erhebliche Einbuße zu erlangen vermochte.

Die gesonderte Nachprüfung der den einzelnen Baugruppen gewidmeten Gründe des angefochtenen Urts. deckt weitere Rechtsfehler auf.

Zur ersten Baugruppe führt das LG., um den durch die Verfügungen des Angekl. hervorgerufenen Schaden darzutun, folgendes aus: „Wäre die Zahlungseinstellung von S. in der Zeit zwischen der Hingabe der Vorschüsse und der Fertigstellung der Bauten erfolgt und die Lebensversicherungsanstalt zur Liquidierung des eingegangenen Kreditgeschäfts gezwungen gewesen, so hätte sie die Rückforderung der gegebenen Hypothekenvorschüsse mindestens zum Teil als dubiose Konkursforderung abschreiben müssen.“ Dieser Satz beruht auf dem zutreffenden Rechtsgedanken, daß auch eine den gegenwärtigen Vermögenszustand benachteiligende Gefahr in Anschlag zu bringen ist (RGSt. 39, 340, 422; 53, 194; 58, 391). Er genügt aber keineswegs zum Nachweis des Schadens. Denn die seiner Ermittlung dienende Vergleichung des Vermögens des Auftraggebers im Zustand unmittelbar vor der Verfügung und im Zustand zufolge der Verfügung muß auf

den Zeitpunkt eingestellt werden, in dem die Verfügung wirksam wird. Maßgebend ist die in diesem Zeitpunkt nach den Erfahrungen des Lebens mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende weitere Entwicklung (RGSt. 58, 391; 63, 191). Ergibt die zeitlich festgelegte Betrachtung eine Verminderung des Gesamtwertes der Güter des Auftraggebers — etwa auch nur, weil eine gegenwärtig bestehende Gefahr auf ihn drückt —, so kann der Schaden nicht in Rücksicht darauf verneint werden, daß der fernere ursächliche Verlauf einen Ausgleich durch eine wider Erwarten eintretende Wendung mit sich bringt. Andererseits darf, wenn jene Betrachtung keine gegenwärtige, ungünstige Veränderung der Vermögenslage des Auftraggebers anzeigt, ein Nachteil nicht aus einem Verlust hergeleitet werden, der sich hernach in unerwarteter Weise vollzieht. Hinsichtlich der ersten Baugruppe fehlt es nun an jedem Anhalt dafür, daß die Zahlungsfähigkeit der Grundstückseigentümer und Bauunternehmer, denen die Vorschüsse gewährt wurden, vor der Vollendung der Bauten eine Erschütterung erlitten habe. Vielmehr ist festgestellt, daß der Lebensversicherungsanstalt trotz der unzulässigen Vorzeitigkeit der Befehle das erstrebte Recht an den vollendeten Bauten im Endergebnis doch ungeschmälert zuteil wurde. Auch im übrigen ist eine Bemerkung der angeführten Art nicht geeignet, die für die Feststellung eines Schadens erforderliche, genaue Berechnung des Wertes der miteinander zu vergleichenden Vermögensstücke zu ersetzen.

Für die Beurteilung der Wirkung, die von den auf die zweite Baugruppe bezüglichen Verfügungen ausging, gilt dasselbe. Auch hier ist eine Gefahr, der eine vermögensmindernde Kraft nur ihrer Gegenwärtigkeit willen hätte beigegeben werden können, nicht ersichtlich gemacht.

Bei der Entsch. darüber, ob und inwieweit das Vermögen der Lebensversicherungsanstalt durch die auf die dritte Baugruppe gewährten Vorschüsse beschädigt worden sei, geht das LG. zunächst insofern von einer falschen Auffassung aus, als es diese Vorschüsse mit insgesamt 506 950 RM ansetzt. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, daß die vom Angekl. in der Zeit v. 16. Dez. 1930 bis zum 13. Jan. 1931 veranlaßten Überweisungen nur 400 000 RM betragen haben. Die letzte Zahlung mit 106 950 RM ist am 10. März 1931, also mehrere Wochen, nachdem S. seine Zahlungen eingestellt hatte, auf Sperrkonto erfolgt. Zur Zeit der Leistung mußten nach dem regelmäßigen Verlauf, wenn nicht etwa das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses oder das Konkursverfahren über das Vermögen des einen oder des anderen Schuldners schon eröffnet war, doch jedenfalls Verhandlungen der beteiligten Gläubiger untereinander und mit den Schuldner darüber stattgefunden haben, auf welchem Weg die Vereinigung der Schulden zu betreiben sei. Die Anweisung auf Sperrkonto aber konnte den Sinn haben, daß die Bank verpflichtet wurde, den angewiesenen Betrag den Baugeldnehmern nur freizugeben, wenn eine bestimmte Voraussetzung erfüllt, insbes. etwa die Zustimmung der Lebensversicherungsanstalt erklärt war (RG. 124, 217²). Demnach findet die Annahme,

führung allein kann schon deshalb nicht zur Untreue genügen, weil sie auf bester Gefinnung gegen den Auftraggeber beruhen und — bei gelungener Spekulation — auch von größtem Erfolge für ihn sein kann. Nicht abstrakte Gefährdung, sei es eines Einzelnen, sei es der allgemeinen Verkehrssicherheit, soll durch § 266 getroffen werden. Untreue ist Erfolgsdelikt: Erfolg ist der Vermögensschaden (s. bef. Hellmuth Mayer, Die Untreue, 1926, S. 143 ff.). Gewiß muß beachtet werden, daß der Begriff bloße Gefährdung nicht etwa auf Kosten des Schadensbegriffes ungebührlich ausgedehnt werden darf. Auch das obige Urteil bezeichnet es (in Übereinstimmung mit RGSt. 39, 340, 422; 53, 194; 58, 391) als einen zutreffenden Rechtsgedanken, „daß auch eine den gegenwärtigen Vermögensstand benachteiligende Gefahr in Anschlag zu bringen ist“ (s. a. Mayer a. a. D. S. 165 d; Schwinge-Siebert a. a. D. S. 53; RG.: JW. 1930, 1311¹³). Aber das RG. betätigt einen elementaren Grundsatze strafrechtlicher Arbeitsweise, wenn es bei der Ermittlung dieser Gefahr lediglich auf den Zeitpunkt abstellt, „in dem die Verfügung wirksam wird“, also alles streng auf den Zeitpunkt der Tat begrenzt. Einen anderen Zeitpunkt als den der Tatbestandsverwirklichung gibt es für das Strafrecht nicht, das es mit der tatbestandlichen Schuld zu tun hat.

b) Bei der Schuld festgestellt aber findet sich in dem ange-

fochtenen Urteil die vom RG. gerügte Lücke. Weder nach der Vorstellungs- noch nach der Willensseite hin ist der Benachteiligungsvorsatz dargetan. Bedingter Vorsatz genügt. Aber auch er wäre ausgeschlossen, wenn der Täter überhaupt nicht mit einem Nachteil für seinen Auftraggeber gerechnet, oder doch, wenn er schon daran dachte, seinen Willen dieser Möglichkeit so entgegengestellt hätte, wie Tell beim „Apfelschuß“ Aufmerksamkeit und Willen anspannte, um das Haupt des Kindes nicht zu treffen.

Unter Umständen kommt hier auch die irrtige Vorstellung in Betracht, ein erlaubtes Risiko einzugehen. Wo die durch die Geschäftsführung verursachte Gefahr ein solches erlaubtes Risiko ist, fehlt es schon am äußeren Tatbestand der Untreue (s. Schwinge-Siebert S. 45 f. mit Nachweisen). Gibt es nun auch einen tatsächlichen oder dem Tatsachenirrtum an Beachtlichkeit gleichstehenden rechtlichen Irrtum über dieses „erlaubte Risiko“? Einfacher als diese Zweifelsfrage ist die durch das obige Urteil angeregte: schließt der tatsächliche Irrtum über die nachteiligen Folgen der Verfügung den Vorsatz aus? Sie ist gem. § 59 i. Verb. m. § 266 StGB. zu bejahen. Fahrlässige „Untreue“ aber gibt es als Straftatbestand nicht (Rechtsvergleichendes und Rechtspolitisches f. Schwinge-Siebert S. 113 f.).

Prof. Dr. Arthur Wegner, Breslau.

²) JW. 1929, 2343.

daß diese Zahlung in den Kreis der dem Angekl. zur Last fallenden ungetreuen Verfügungen einbezogen werden könne, in den Urteilsgründen keine ausreichende Stütze. Ferner ist der Nachweis eines schädlichen Erfolgs der Verfügungen selbst dann zu vermissen, wenn nicht nur die am 13. Jan. 1931 abschließenden Überweisungen von zusammen 400 000 *R.M.*, sondern auch noch die zwei Monate später nachfolgende, letzte Zahlung mit 106 950 *R.M.* ins Auge gefaßt werden. Die Geldbeträge, die von der Lebensversicherungsanstalt den Grundstückerwerbern und Bauunternehmern zur Verfügung gestellt wurden, waren insoweit Baugeld i. S. des § 1 Abs. 3 BauordG., als sie nicht der Abdeckung des von der Bank der Landschaft mit 100 000 *R.M.* gegebenen Bauzwischenkredits dienten, sondern unmittelbar für die Bestreitung der Kosten des Baues bestimmt waren. Also lagen zweckgebundene Leistungen vor, denen der Schutz des § 1 Abs. 1 i. Verb. m. § 5 des Gesetzes zugute kam. Das ist von der StrK. nicht berücksichtigt. Dieses Gericht prüft auch nicht, welchen Wert die durch Hypothek gesicherten Forderungen der Anstalt gegen die Unternehmer vom Zeitpunkt der Überweisungen an infolge der mit dem Fortschreiten der Bauten erwachsenen Werterhöhung der Baugrundstücke zumal im Hinblick darauf gehabt haben, daß die Anstalt mit der Ablösung des von der Bank herrührenden Bauzwischenkredits den Anspruch erworben hatte, mit ihrer Hypothek in den Rang der Grundschuld der Bank vorzurücken. Die Urteilsgründe geben lediglich an, daß während der Konkursverfahren ein Käufer für die im Rohbau fertigen Häuser der dritten Baugruppe gesucht und gefunden wurde, daß der mit ihm abgeschlossene Kaufvertrag den Kaufpreis auf 580 000 *R.M.* bestimmte, daß der Preis durch Übernahme der Hypotheken gedeckt wurde und daß die Bank der Landschaft dem Käufer einen Kredit in Höhe von 150 000 *R.M.* zur Vollenbung der Bauten gewährte. Aus diesen Tatsachen geht keineswegs hervor, daß die Lebensversicherungsanstalt nicht von vornherein in der Lage gewesen sein sollte, Befriedigung für ihre Forderungen aus den Grundstücken zu erwirken. An einer anderen Stelle der Urteilsgründe ist allerdings ein auf 740 000 *R.M.* berechneter, endgültiger Verlust der Bank erwähnt. Doch weist die Erklärung des Hauptvorstandes der Bank v. 8. Jan. 1931 über die Höhe des „Engagements“ des S. darauf hin, daß dieser Verlust nicht etwa auf die mit der Beleihung, Veräußerung und Vollenbung der dritten Baugruppe zusammenhängenden Geschäfte, sondern mindestens zum größeren Teil auf andere geschäftliche Beziehungen der Bank zu dem Bauunternehmer zurückzuführen ist. Wäre aber zu ermitteln, daß die Lebensversicherungsanstalt bei dem Versuch, sich aus den Grundstücken zu befriedigen, mit einem teilweisen Ausfall ihrer durch die Überweisungen begründeten Forderungen habe rechnen müssen, so bedürfte es der Erwägung, ob nicht die Bank gegenüber der Anstalt zur Schadloshaltung des deswillen verpflichtet gewesen sei, weil sie mit der am 8. Jan. 1931 erklärten „Prolongation“ des durch einen Vorstoß der Bank abgedeckten Bauzwischenkredits unter Verletzung ihrer vertraglichen Obliegenheit einen „Revolvingkredit“ eingeräumt habe. Die zuvor angeedeuteten tatsächlichen und rechtlichen Fragen sind für die Entsch. über das Tatbestandsmerkmal der Benachteiligung erheblich.

Die Unzulänglichkeit der dieses Tatbestandsmerkmal betreffenden Erhebungen stand auch der Begründung des selbstigen Verhältnisses des Angekl. zum äußeren Hergang entgegen. In dieser Richtung muß in der neuen Verhandlung eine gründliche Untersuchung einsetzen. Maßgebend sind für sie die Grundsätze, die das RG. dahin aufgestellt hat, daß „absichtlich“ i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. a. F. nichts anderes als vorsätzlich bedeutet, daß also auch der bedingte Vorsatz mit heranzuziehen ist (RGSt. 66, 261), daß aber zum Begriff des Vorsatzes das bewußte Wollen aller Merkmale des äußeren Tatbestands gehört (RGSt. 58, 249). Angesichts gewisser in den Gründen des angefochtenen Urts. enthaltenen, bedenklichen Bemerkungen wird hierzu folgendes hervorgehoben: Aus dem Bewußtsein der Unzulänglichkeit der vorstehenden Beleihung der Baugrundstücke vor Fertigstellung der Bauten mußte sich für den Angekl. die Erkenntnis der Schädlichkeit nicht ohne weiteres ergeben. Wenn der Angekl. die über-

weisungen zu einer Zeit verfügte, als die Bauten, wie er wußte, schon weit fortgeschritten waren, konnte er die Sicherheit der Hypotheken doch nicht wohl nach dem — vom LG. auch hier angeführten — „reinen“ Grundstückswert bemessen; vielmehr mußte für ihn der Gedanke naheliegen, daß die auf dem Vorhandensein der Rohbauten beruhende Werterhöhung ins Gewicht falle. Würde trotzdem festzustellen sein, daß der Angekl. eine Verschlechterung der Vermögenslage der Lebensversicherungsanstalt als eine wenn zwar nicht gewisse, so doch mögliche Folge seiner Verfügungen vorausgesehen habe, so müßte zum Nachweis des Vorsatzes noch ermittelt werden, daß er diese nachteilige Wirkung auch gewollt habe (RGSt. 31, 217; 33, 6; 46, 231; 59, 3; 65, 69; 67, 425³). Im Gesamten wird das LG. den Vorstellungen und Regungen des Angekl. mit angelegter Aufmerksamkeit nachprüfen müssen, damit der Angekl. der Bestrafung wegen Untreue nicht entgehe, falls sein Wille auf die Benachteiligung der Anstalt eingestellt war, in deren Dienst er stand, daß aber andernfalls die Grenze nicht überschritten werde, die das pflichtwidrige, mit dem Vorwurf der Fahrlässigkeit belastete, im Dienststrafweg zu verfolgende Verhalten des Beamten von der als Untreue strafbaren, gewollten Schadenstiftung scheidet.

(6. Sen. v. 29. Juni 1934; 4 D 247/34.)

[23.]

11. § 240 Ziff. 1 *R.D.* Auch Ausgaben für geschäftliche Zwecke können dieser Vorschrift unterfallen. Ausgaben für Lebensversicherungen sind nicht ohne weiteres als strafbarer Aufwand anzusehen. ³)

Die StrK. geht offenbar in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. (vgl. RGSt. 15, 312; GoldArch. 64, 115) davon aus, daß unter Aufwand jede das Maß des Notwendigen oder Üblichen, beurteilt nach den Lebensverhältnissen des Täters, übersteigende Aufwendung anzusehen ist, und daß übermäßige Summen solche sind, die die durch den Umfang und die Leistungsfähigkeit des Geschäftsgeldes gegebenen Grenzen übersteigen und mit dem tatsächlich vorhandenen Vermögen in keinem angemessenen Verhältnis stehen.

Zu dem strafbaren Aufwand rechnet die StrK. auch Ausgaben für Lebensversicherungsprämien von etwa 4000 *R.M.* jährlich, und zwar meint sie, daß diese Ausgaben zu einem sehr erheblichen Teil, wenn nicht in vollem Umfang übermäßige Aufwendungen darstellten. Das ist rechtsirrig. Bereits im Urts. 13. 1913 Sp. 696 ist des näheren dargelegt, daß Ausgaben für Lebensversicherungen keineswegs unter allen Umständen als — strafbarer — Aufwand i. S. des § 240 *R.D.* angesehen werden können. Das ist damit begründet worden, daß solche Verträge, falls nicht ein Dritter nach § 330 BGB. forderungsberechtigt werde, für den Versicherungsnehmer eine, wennschon betagte, unter Umständen auch bedingte, so doch immerhin bereits einen Gegenwartswert darstellende Forderung erzeugen, und daß es daher möglich sei, den Gegenwartswert der Ausgabe in irgendeiner Gestalt dem Geschäft wieder zuzuführen. Dabei ist das RG. davon ausgegangen, daß ein Aufwand dann vorliege, wenn Werte dem Vermögen dauernd entzogen werden, also weggegeben sind, ohne daß etwas Ent-

³) JW. 1934, 426.

Zu 11. Im vorl. Falle handelt es sich um die Frage eines fortgesetzten „Verbrauchs übermäßiger Summen“ „durch Aufwand“ gem. § 240 Nr. 1 *R.D.*, wobei die Begriffe „Verbrauch“, „übermäßig“ und „Aufwand“ ihre Auslegung i. S. der bisherigen Rspr. fanden.

Bezüglich der Ausgaben für Lebensversicherungen wird man dem RG. im allgemeinen recht geben müssen, wenngleich auch hierfür „übermäßige Summen“ verbraucht werden können. Daß hierbei das vorl. Urts., wenn es der im Urts. 1 D 961/12 v. 27. Febr. 1913 (13. 1913, 696) ausgesprochenen Rechtsauffassung folgen wollte, in einen gewissen Gegensatz zu dem hier von teilweise abweichenden Urts. 4 D 527/16 v. 24. Nov. 1916 (GoldArch. 64, 115) treten mußte, war nicht zu umgehen, eine Anrufung der vereinigten StrSen. aber hier nicht veranlaßt.

Hinsichtlich des inneren Tatbestands läßt RG. wie bisher Fahrlässigkeit genügen. Das ist zwar nicht unbestritten (vgl. Frank, StGB., 49. Aufl. I zu § 240 *R.D.*), entspricht aber herrschender Ansicht.

sprechendes, zum Geschäftsbetrieb Zweckdienliches an ihre Stelle tritt. An dieser Auffassung ist, jedenfalls hinsichtlich der Aufwendung für Lebensversicherungen, festzuhalten. Die Entsch.: GoldbArch. 64, 115 steht nicht entgegen. Dort ist zwar ausgesprochen, verbrauchen i. S. des § 240 R.D. bedeute nichts weiter als verausgaben; ob Gleichwertiges oder Minderwertiges oder Unverwertbares an Stelle der verbrauchten Summen getreten sei, sei unerheblich; entscheidend sei allein, daß unverhältnismäßige Summen für überflüssiges oder Nichtübliches verausgabt seien; das Gesetz wolle gerade die Fälle treffen, wo übermäßige Summen für derartige Anschaffungen verschwendet seien, auch wenn sich möglicherweise jemand finden werde, der denselben Preis für derartige Dinge aufwenden wolle. Der erf. Sen. hat im Ur. 1 D 250/28 keine Veranlassung gehabt, hierzu Stellung zu nehmen, da nach den Urteilsfeststellungen kein gleichwertiges Vermögensstück an die Stelle der dort verausgabten Summen getreten war. Hier muß jedoch auf die Frage eingegangen werden. Der die Entsch. GoldbArch. 64, 115 tragende Gedanke ist nach dem dort zu beurteilenden Sachverhalt erkennbar der, daß der Wert von Gegenständen, deren Anschaffung etwas „überflüssiges“, „Nichtübliches“ darstelle, gerade wegen dieser — zu den Tatbestandsmerkmalen des § 240 R.D. gehörenden — Besondereit auch dann nicht bei der Beurteilung des übermäßigen Aufwands zu berücksichtigen ist, wenn er der dafür aufgewendeten Summe gleichkommt. Nur diese Frage stand damals zur Entsch. Dagegen war nach dem Sachverhalt keine Veranlassung zur Prüfung der Frage gegeben, ob die in dem Ur. niedergelegte Auffassung ganz allgemein auch dann zu gelten habe, wenn es sich bei der Anschaffung (Ausgabe) nicht um etwas „überflüssiges“, „Nichtübliches“ handelt. Es ist schon deswegen nicht anzunehmen, daß in dem Ur. ausgesprochen werden sollte, der Gegenstand der Anschaffung, also der Gegenwert der Ausgabe, könne unter keinen Umständen berücksichtigt werden. Wäre das aber anzunehmen, so beruhte die Entsch. nicht auf dieser Erwägung; eine Bindung an diese Rechtsauffassung läge also keinesfalls vor, so daß es der Anrufung der VerStrSen. nicht bedürfen würde. Eine derartig weitgehende allgemeine Beurteilung ist abzulehnen. Ob und inwieweit der Wert der Anschaffung im einzelnen Falle zu berücksichtigen ist, richtet sich in erster Linie nach den vom Tatrichter zu beurteilenden Umständen. Rechtlich denkbar ist es jedenfalls, daß der Wert sowohl unter dem Gesichtspunkt des Notwendigen, Üblichen einer Aufwendung wie unter dem der Verhältnismäßigkeit der ausgegebenen Summe von Bedeutung sein kann. Denn erst aus der Beurteilung der einzelnen Ausgaben nach beiden Richtungen, aus der zusammenfassenden Würdigung des Sachverhalts unter beiden Gesichtspunkten, ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit ein nach § 240 R.D. strafbarer Aufwand vorliegt. Eine Auffassung, die den Gegenwert einer Ausgabe, also den Wert des angeschafften Gegenstandes, grundsätzlich und von vornherein als belanglos beiseite ließe, würde dem Sinn der Vorschrift zweifellos nicht gerecht; sie wäre zu eng. Denn es ist an sich durchaus möglich, daß die Umwandlung einer Geldsumme (oder eines Guthabens) in einen anderen Vermögenswert die gesamte wirtschaftliche Lage der betreffenden Person keineswegs nachteilig beeinflusst. Die Frage der „Wirtschaftlichkeit“ mag dabei nicht immer schlechtweg entscheidend sein, da in § 240 Nr. 1 R.D. darauf nicht (ausschließlich) abgestellt ist (vgl. UJ. 1913, Sp. 696); aber daß sie völlig belanglos wäre, kann nicht anerkannt werden. Es wird sich vielmehr fragen, welcher Einfluß auf die Vermögens- und Einkommensverhältnisse gerade der einzelnen Anschaffung bei Beachtung der Besonderheiten in § 240 Nr. 1 — Notwendigkeit, Üblichkeit der Anschaffung; Verhältnismäßigkeit der aufgewendeten Summe — zuzumessen ist. Das gilt namentlich hinsichtlich des inneren Tatbestandes, wobei allerdings hervorzuheben ist, daß jeder Grad des strafrechtlichen Verschuldens, also auch Fahrlässigkeit, ausreicht (GoldbArch. 64, 115; RGSt. 45, 88, 92). Die VerStrSen. hat nun im angefochtenen Ur. die Umstände, unter denen die Verpflichtung des Angekl. zur Entrichtung der Lebensversicherungsprämien begründet worden ist, insbes. den Zeitpunkt der Begründung, die Art und den Zweck der Lebensversicherungen, die Vertragsbedingungen und die daraus für

den Angekl. entstandenen Bindungen und andererseits Berechtigungen keiner Erörterung unterzogen. Es läßt sich daher nicht beurteilen, ob die Verausgabung der Summen für die Jahresprämien ganz oder teilweise einen nach § 240 Nr. 1 R.D. strafbaren Aufwand darstellt. Schon das muß zur Aufhebung der Beurteilung führen, da zum mindesten der Umfang der Schuld von der Beantwortung jener Frage abhängt.

Die Feststellungen sind auch insofern nicht erschöpfend, als nicht angegeben worden ist, wie groß das Vermögen des Angekl. jeweils gewesen ist, in welchem Verhältnis insbes. die Aktiven zu den Passiven gestanden haben und wie die Einkommensverhältnisse des Angekl. waren (vgl. RGSt. 15, 313). Die Erörterungen in dieser Richtung werden nachzuholen sein. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß auch Ausgaben für geschäftliche Zwecke der Vorschrift in § 240 Nr. 1 R.D. unterfallen können (RGSt. 42, 278), also nicht schon wegen dieses Zweckes allein von vornherein aus der Beurteilung auszuschneiden sein würden.

(1. Sen. v. 29. Juni 1934; 1 D 1436/34.)

[W.]

12. §§ 6, 2 InhaberpapG. v. 8. Juni 1871; § 49 StGB. Beihilfe kann auch durch die Haupttat vorbereitende Handlungen verübt werden. Zum Begriff des „Weiterbegebens“ i. S. von §§ 2, 3 Gef. v. 8. Juni 1871. †)

Die Anwendung der §§ 6, 2 InhaberpapG. mit Prämien v. 8. Juni 1871 i. Verb. m. § 49 StGB. ist nicht einwandfrei begründet. Richtig ist zwar die Auslegung des Begriffs des Weiterbegebens. Darunter ist nicht nur die körperliche Übergabe des Papiers zu verstehen, sondern auch eine Eigentumsübertragung, bei welcher ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Wäre nur die körperliche Übergabe verboten, dann könnte der Zweck des Gef. mit Leichtigkeit vereitelt werden. Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Auch den Begriff der Beihilfe hat das VG. nicht verkannt. Die Rev. meint, der Beschw. habe sich deshalb nicht der Beihilfe schuldig gemacht, weil sich die von ihm angeleiteten Vertreter an dem eigentlichen Weiterbegeben der Prämienanleihestücke (Baulose), dem dinglichen Übertragungsakt, nicht beteiligt, sondern nur die obligatorischen Kaufverträge vermittelt hätten; das Weiterbegeben habe L. ohne sie besorgt. Allein Beihilfe kann nicht nur durch unmittelbare Mitwirkung bei der Ausführung der Haupttat, sondern auch durch Handlungen verübt werden, welche die Haupttat vorbereiten. Nur muß der Gehilfe wissentlich Unterstützung leisten, das heißt, die Haupttat kennen und durch sein Tun fördern wollen.

Zu beanstanden ist aber die nicht ausreichende Aufklärung des Sachverhalts, besonders über den Erwerb des Eigentums

Zu 12. § 6 Gef. betr. die Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. Juni 1871 (RGBl. 210) bedroht die Zuwiderhandlung gegen die Bestimmung des § 2, wonach es verboten ist, Inhaberpapiere mit Prämien, die unzulässigerweise ausgegeben sind, „weiterzugeben“, mit Strafe. Wie das RG. 21, 246 bereits entschieden hat, ist für die „Begebung“ nicht der Abschluß des Rechtsgeschäfts, sondern der Vollzug, also die Übergabe infolge des Rechtsgeschäfts, maßgebend. Den hiervon ausgehenden Ausführungen des RG. im vorl. Ur. über die Gleichbedeutung des Eigentumserwerbs durch Besitzkonstitut mit dem Erwerb durch körperliche Übergabe ist zuzustimmen; desgleichen den Ausführungen über die — in dieser Weise schon immer in der RPr. des höchsten Gerichtshofs bestimmten — Erfordernisse der Beihilfe. Wer an den dem dinglichen Übertragungsakt vorausgehenden obligatorischen Kaufverträgen, sei es auch nur durch vermittelnde Tätigkeit, mitgewirkt, die Weiterbegebung also vorbereitet hat, ist als Gehilfe strafbar, wenn es zur Eigentumsübertragung kommt. Es braucht sich übrigens nicht gerade um Übertragung des Eigentums zu handeln, das Weiterbegeben erfordert lediglich eine Verschaffung des Besitzes (unmittelbaren oder mittelbaren) und eines Rechtes an der Sache, das, wenn auch nur bedingt, in den Stand setzt, das Papier wirtschaftlich zu verwerten; auch die Verpfändung genügt also (vgl. Stenglein, Reichsstrafneben Ges. I, 4. Aufl., S. 504 Anm. 3). Die Strafbarkeit des Gehilfen ist davon abhängig, daß die Weiterbegebung wirklich erfolgt ist. Sollte künftig bereits das Unternehmen des Weiterbegebens strafbar sein, so würde auch die Mitwirkung strafbar sein, ohne daß es darauf ankäme, daß die Weiterbegebung verwirklicht worden ist.

Im Mittelpunkt der Entsch. steht aber die Frage, ob die Tat mit

durch die Käufer von Baulojen. Für den Eigentumsübergang ist das österreichische Recht maßgebend, da sich der Kaufgegenstand in Österreich befand. Nach § 426 ÖstABGB. wird das Eigentum an beweglichen Sachen in der Regel durch körperliche Übergabe von Hand zu Hand übertragen. Ähnlich wie im deutschen Recht (§ 930 BGB.) ist aber in § 428 bestimmt: „Durch Erklärung wird die Sache übergeben, wenn der Verkäufer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, daß er die Sache künftig im Namen des Übernehmers inne habe.“

Das O. hat angenommen, daß die die Übergabe ersetzenden Vereinbarungen in Deutschland getroffen und deshalb „der Akt der Übergabe des ausländischen Papiers jedenfalls im Inlande erfolgt und damit der Begriff des Weiterbegehens im Inlande erfüllt“ sei. Diese Auffassung trifft zu, wenn das Eigentum an den Stücken mit dem Empfang der Verkaufsurkunde übergegangen sein sollte. Es ist aber noch nicht geklärt, ob dem nicht besondere Gesetzesbestimmungen entgegenstehen, nach denen etwa das Eigentum schon mit der Absendung des Depotscheines mit der Nummernaufgabe auf die Erwerber der Stücke überging (vgl. für deutsches Recht § 7 DepotG. v. 5. Juli 1896 (RGBl. 183, 194)). Das O. wird daher nunmehr nötigenfalls durch Vermittlung des auswärtigen Amts vorab festzustellen haben, ob in Österreich zur Zeit der Tat ein dem deutschen DepotG. entsprechendes Gesetz gegolten hat und ob darin besonders hier anwendbare Bestimmungen über den Eigentumsübergang getroffen sind.

(2. Sen. v. 21. Juni 1934; 2 D 1020/33.) [W.]

Rücksicht auf die im Inlande erfolgte Übergabe der Verkaufsurkunde und das gleichzeitige Besitzkonstitut als im Inlande begangen anzusehen ist, wenn die Übertragung des Eigentums juristisch bereits vorher im Auslande vollzogen war. Ist die Frage zu verneinen, so würde auch die Beihilfe als im Auslande begangen anzusehen und daher ebenso wie die Haupttat nicht strafbar sein. Um zu der Annahme des O., daß es entscheidend auf den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs für die Frage der Auslands- oder Inlandsstäterschaft ankomme, Stellung nehmen zu können, erscheint es zweckmäßig, zunächst den Fall zu unterstellen, daß einem etwaigen im Auslande kraft Absendung des Depotscheines erfolgten Eigentumserwerb die körperliche Übergabe im Inlande nachgefolgt wäre. In diesem Falle würde die Freisprechung unter dem Gesichtspunkt, daß die Tat lediglich im Auslande begangen sei, das Rechtsgesühl sicher nicht befriedigen. Allerdings wäre die Tat des Weiterbegehens im Falle, daß das Eigentum bereits durch einen im Auslande vorgenommenen Akt übergegangen wäre, damit juristisch dort als „vollendet“ anzusehen. Das Weiterbegehen würde sich jedoch in dem im Inlande erfolgten Akt der körperlichen Aushändigung, der Erlangung des unmittelbaren Besitzes, fortgesetzt haben und gleichzeitig mit der Vornahme dieses Aktes „beendend“ worden sein, um diese vom O. sonst angewandte Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung auch hier anzuwenden. Die verbotene Einfuhr ist z. B. mit der Überschreitung der Landesgrenze als vollendet, jedoch als beendet erst dann anzusehen, wenn der eingeführte Gegenstand im Inlande in eine endgültige Ruhelage gekommen ist. Entsprechend würde m. E. nichts im Wege stehen, die Handlung des Weiterbegehens des Inhaberpapiers mit dem im Inlande erfolgten körperlichen Übergabeakt als „beendend“ anzusehen. Wie steht es nun, wenn im Inlande zwar keine körperliche Aushändigung des Papiers erfolgt und daher kein unmittelbarer Besitz erworben, wohl aber dem im Auslande vollzogenen Erwerb des Eigentums noch die Übergabe der Verkaufsurkunde und ein Besitzkonstitut im Inlande nachgefolgt ist? Allerdings ist hier die Fortsetzung der Weiterbegebung und ihre Beendigung nicht so sinnfällig als bei dem Akt der körperlichen Übergabe, die zwar ebensowenig wie das Besitzkonstitut nach vorangegangenen Eigentumserwerb die Möglichkeit der Verfügung über die Stücke erst schafft, sie aber wesentlich steigert und sichert, während von einer solchen Sicherung bei den nach bereits vollzogenem Eigentumserwerb gegenstandslosen „die Übergabe ersetzenden Vereinbarungen“ gar nicht, bei dem Empfang der Verkaufsurkunde höchstens in dem Sinne die Rede sein kann, daß der Empfänger durch den Besitz der Urkunde in den Stand gesetzt wird, sich Dritten gegenüber als Verfügungsberechtigter auszuweisen. Gleichwohl wird man auch hier von einer sich im Inlande abspielenden Fortsetzung und Beendigung des Weiterbegehens sprechen können, denn der Akt der Aushändigung der Verkaufsurkunde ist, vorbehaltlich einer etwa außerdem noch nachfolgenden körperlichen Aushändigung, nichts anderes als der Schlüsselstein des gesamten Begehungsvorganges, er gehört also mit dem den Eigentumserwerb bewirkenden Akt, der etwa im Auslande erfolgt ist, untrennbar zusammen und bildet mit ihm eine Einheit, so daß ebensogut gesagt werden kann, die Weiterbegebung sei im Inlande,

13. § 5 Gef. über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken v. 9. April 1920 (RGBl. 507) legt nur der Tilgung eines Vermerks — nicht auch der Löschung (RGSt. 64, 147) — sachlich-rechtliche Wirkung bei, und zwar insofern, als schwerere Strafen oder andere Rechtsnachteile, die in besonderen Vorschriften, z. B. im § 244 StGB., an die dem getilgten Vermerk zugrunde liegende Verurteilung geknüpft sind, nicht mehr eintreten dürfen (RGSt. 60, 288).

(1. Sen. v. 29. Juni 1934; 1 D 525/34.) [Hn.]

14. § 154 Abs. 2—5 StPD. Wenn in der Hauptverhandlung das Verfahren unter Bezugnahme auf § 154 StPD. hinsichtlich unselbständiger Teile einer fortgesetzten Handlung (oder auch einer Sammelstrafat) durch Beschluß einstweilen eingestellt, im übrigen aber bis zum Urte. weitergeführt wird, so hindern die Abs. 3—5 des § 154 StPD. die Aburteilung der Tat nicht. †)

Die Anklage machte beiden Beschw. 16 rechtlich selbständige Handlungen des Betrugs im straffschärfenden Rückfalle zum Vorwurfe. Das O. stellte durch Beschl. v. 9. Jan. 1934 das Strafverfahren mit Bezug auf 3 von diesen 16 Fällen gem. § 154 Abs. 2 StPD. vorläufig ein und eröffnete im übrigen durch denselben Beschluß das Hauptverfahren, jedoch nicht wegen 13 selbständiger Straftaten, sondern

als sie sei im Auslande erfolgt. Von diesem Standpunkt aus hätte sich die Zurückverweisung der Sache mit der Auflage, aufzuklären, ob das Eigentum bereits im Auslande übergegangen ist, erübrigt.

SenPräs. Prof. Dr. Klee, Berlin.

Zu 14. Der Strafprozeß wird zum Schicksal des ursprünglich materiellen Strafanspruchs, denn im Sinne des Gesetzes liegt jedenfalls nur dann eine „strafbare Handlung“ vor, wenn die „Tat“ durch ein zuständiges Gericht im besonderen vorgeschriebenen Verfahren, dem Strafprozeß, als gegen das Gesetz verstößend festgestellt ist. Der Gesetzgeber ist in seiner Ausdrucksweise diesem Verhältnis nicht gerecht geworden. Namentlich der „Prozeßgegenstand“ ist, wie schon Detker, Belling und Sauer mit Recht hervorgehoben haben (vgl. Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 193), ein im Strafprozeß stark vernachlässigter Begriff. Eine „strafbare Handlung“ kann es begrifflich nur nach ergangenem rechtskräftigen Urteil geben; der Gesetzgeber sollte also auch nicht vorher von einer solchen sprechen, gleichwohl findet man sowohl im StGB. wie auch in der StPD. die mannigfachste und regelloseste Ausdrucksweise. Vorherrschend ist der Ausdruck „strafbare Handlung“. Daneben verwendet insbes. die StPD. eine ganze Anzahl anderer Bezeichnungen, so z. B. „Straffall“, „Straffache“ (§§ 2, 4, 13), „die den Gegenstand der Untersuchung bildende Tat“, „die in der Klage bezeichnete Tat“, „die zur Last gelegte Tat“, „die unter das Strafgesetz fallende Tat“ (§ 180), „die Tat“, „die Handlung“ (vgl. über Näheres Fraeb: GerS. 85, 149 ff.; 3StW. XXI, 901). Das StGB. sollte überall richtiger von der „Tat“ oder „Straftat“ sprechen, nicht aber von einer „strafbaren Handlung“. Die StPD. könnte im Ermittlungsverfahren von der „zur Last gelegten Tat“, im Verfahren nach der Anklageerhebung von der „in der Anklage bezeichneten Tat“ und schließlich nach Eröffnung des Hauptverfahrens von der „den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat“ sprechen. Sowie wenig wie die strafrechtliche Auffassung vom natürlichen Handlungsbegriff die Handlungseinheit des fortgesetzten Delikts erklären kann, so wenig entscheidet hier die natürliche Tatidentität, nur die juristisch-wertende Betrachtung kann zum Ziel führen (vgl. Sauer a. a. D. S. 195).

Das O. hat wiederholt ausgesprochen, daß dem Begriffe der „Handlung“ im § 61 StGB. dieselbe Bedeutung und derselbe Umfang beigelegt werden müsse, wie sie nach der StPD. §§ 155, 264 der zum Gegenstand der Untersuchung und des Urteils gemachten Tat beizuhören, daß die Handlung i. S. des § 61 StGB. die im Straf-antrag bezeichnete Tat nach allen ihren rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen und Gesichtspunkten umfasse, wie sie sich nach dem Ergebnis der Untersuchung darstellt (vgl. RGSt. 5, 97 ff.; 62, 89). Hieraus wurde die Folgerung gezogen, daß das Gericht, soweit nicht eine besondere Einschränkung gemacht ist, die Tat nach allen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten zu prüfen habe, auch wenn im Strafantrage nur bestimmte rechtliche oder tatsächliche Gesichtspunkte hervorgehoben seien (RGSt. 5, 97; 6, 309; 24, 12 ff.; 32, 286).

Dagegen soll nach der Rpr. des O. der verfahrensrrechtliche Begriff der „Tat“ mit dem sachlich-rechtlichen der „Handlung“ i. S.

wegen eines fortgesetzten Verbrechen des Rückfallsbetrugs jedes Angekl. Dann beschloß es im Laufe der Hauptverhandlung im Einverständnis mit den Anträgen der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers unter Bezugnahme auf § 154 StPD. die vorläufige Einstellung des Verfahrens hinsichtlich 4 weiterer Einzelfälle, die von der Anklage umfaßt worden waren. Von den 16 Betrugsfällen der Anklageschrift blieben also nach diesem Beschlusse nur noch 9 Fälle ohne Erledigung. Über sie hat das LG. die Hauptverhandlung fortgesetzt und das jetzt vorliegende Urte. gesprochen, das — insoweit wieder in Übereinstimmung mit dem Eröffnungsbeschlusse — die Angekl. wegen je eines fortgesetzten Betrugs verurteilt.

Unbedenklich ist dieses Verfahren nicht.

Denn ein fortgesetztes Verbrechen bildet eine Einheit, die das LG. durch den in der Hauptverhandlung gefaßten Einstellungsbeschlusse zerrissen und durch das Urte. nur unvollständig beurteilt hat. Das RG. hat mehrfach ausgesprochen: Die Natur einer Sammelstrafat erfordert die einheitliche Aburteilung aller einschlägigen Einzelhandlungen; es sei unzulässig, einzelne dieser Fälle auszuschließen und einer späteren Aburteilung vorzubehalten (RGSt. 66, 22; 31, 286; 33, 11; 41, 110, 111). Das wird auch für fortgesetzte Handlungen gelten. Bei den genannten Entsch. handelte es sich allerdings niemals um Fragen der Anwendung des § 154 StPD. Aber die Vorschriften des § 154 StPD. könnten hier überhaupt nicht oder wenigstens nicht unmittelbar angewendet werden, wenn in ihnen das Wort „Tat“ in demselben Sinne gebraucht sein sollte, wie im § 264 StPD., da der fortgesetzte Betrug der Angekl. i. S. des § 264 StPD. nur als eine Tat angesehen werden kann, der § 154 StPD. jedoch mehrere „Taten“ voraussetzt. Es ergibt sich daher die Frage, ob nicht

etwa wegen der unteilbaren Einheit einer fortgesetzten Handlung die vorläufige Einstellung durch den in der Hauptverhandlung gefaßten Beschlusse diese gesamte Tat ergriffen habe, so daß nunmehr gem. § 154 Abs. 4 StPD. die beschlossene vorläufige Einstellung ein Hindernis für die Fortsetzung des Verfahrens und für das spätere, jetzt angefochtene Urte. gebildet habe — ein Hindernis, das sogar auch vom RevG. von Amts wegen berücksichtigt werden müsse, weil eine Rechtskraftwirkung des § 154 Abs. 4 StPD. vorliegen könnte (vgl. dazu die Entsch. des 2. StrSen. des RG. v. 15. Jan. 1934, 2 D 1271/33 betreffend eine ähnliche Verfahrenslage in Anknüpfung allerdings nicht an § 154, sondern an § 211 StPD.).

Gegenüber diesen Bedenken kann andererseits anerkannt werden, daß das Verfahren des LG. vielleicht dem Grundgedanken der Abs. 1—2 des § 154 StPD. im Hinblick auf den Zweck dieser Vorschriften zunächst entsprechen würde. Es könnte das für die Ansicht sprechen, daß der § 154 StPD. das vom LG. eingeschlagene Verfahren gestatte, sei es deshalb, weil der Begriff der „Tat“ in dieser Vorschrift eine andere Bedeutung habe als im § 264 StPD., sei es deshalb, weil der § 154 StPD. auf die unselbständigen Teile einer einheitlichen fortgesetzten Handlung oder auch einer Sammelstrafat entsprechend anzuwenden sei. Schwer vereinbar mit dieser Ansicht sind aber die Vorschriften der Abs. 3—5 des § 154 StPD. Wie diese Vorschriften ergeben, erlaubt das Gesetz eine vorläufige Einstellung des Verfahrens in solchen Fällen, in denen die Möglichkeit besteht, das eingestellte Verfahren unter gewissen Voraussetzungen wieder aufzunehmen. Die Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung schafft aber Rechtskraft mit Bezug auf alle Betätigungen, die zu der fortgesetzten Handlung gehören; eine Wiederaufnahme des vor-

der §§ 73, 74 StGB. nichts gemein haben. Der Begriff der „Tat“ im § 264 StPD. umfaßt danach den vom Eröffnungsbeschlusse betroffenen Vorgang einschließlich aller damit zusammenhängenden oder darauf bezüglichen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände, die geeignet sind, das in diesen Bereich fallende Tun des Angekl. unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar erscheinen zu lassen. Dabei sind unter der „Tat“ nicht die einzelnen im Eröffnungsbeschlusse hervorgehobenen Geschehnisse zu verstehen, sondern es ist die gesamte Tätigkeit des Angekl. in Betracht zu ziehen, soweit sie mit ihnen einen einheitlichen Vorgang bildet und damit nach natürlicher Auffassung in innerem Zusammenhang steht (vgl. RGSt. 12, 187 ff.; 15, 9 ff.; 24, 370; 51, 127; 56, 324 f.; 61, 314 ff.; 62, 112 ff. u. 130 ff.).

Die Frage der Identität der Handlung bei der erweiterten Handlungseinheit (fortgesetztes Verbrechen) wird im Strafverfahren in verschiedener Hinsicht von Bedeutung. Es erscheint fraglich, welche Rolle die Identität der Tat für die Urteilsfällung gem. § 264 StPD. und welche Rolle sie für den Grundsatze bis in idem spielt. Wie die Einheitlichkeit des Hauptverfahrens sich prozessual in einer Eidesleistung des Zeugen darstellt, so macht die Einheitlichkeit der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat die Auskunftsperson im Einzelfall geeignet oder ungeeignet, die Zeugenrolle und die damit verbundene Verantwortung durch Eidesbekräftigung voll zu übernehmen. Gegenstand der Untersuchung ist ausschließlich diejenige Tat, welche der Eröffnungsbeschlusse zur Hauptverhandlung verwiesen hat. Der Begriff der „Tat“ ist in dem vollen, dem § 155 StPD. entsprechenden Umfange anzuwenden. Eine Ausdehnung darüber hinaus ist aber nicht statthaft (vgl. Fraeb, Einheitlichkeit des Hauptverfahrens und der Strafata in ihrer Bedeutung für die Verurteilung von Auskunftspersonen, ZStW. 1928, 432 ff.).

Derselbe 1. StrSen. hat in seiner Entsch. v. 14. Nov. 1930 (ZStW. 1931, 216 ff.) ausgesprochen, ein Verbrauch der Strafklage läge nur dann vor, wenn bei einer früheren Aburteilung überhaupt eine strafbare Handlung vorgelegen habe, also wenn damals das Gericht das Vorliegen eines strafbaren Tatbestandes bejaht hätte. Bei der früheren Verneinung der Schuldfrage sei aber keine strafbare Handlung begangen; es sei also auch keine Möglichkeit vorhanden, daß die neuerdings unter Anklage gestellten Verfehlungen in einem Fortsetzungszusammenhang mit einer nicht vorliegenden strafbaren Handlung stehen könnten. Die damals abgeurteilten Handlungen dürften allerdings nicht in den neuen Fortsetzungszusammenhang einbezogen werden, wohl aber die in dem früheren Verfahren nicht mit herangezogenen weiteren Fälle.

Demgegenüber ist von Belling hervorgehoben worden, den Ausgangspunkt des Gedankengebäudes dürfe nicht das prozessuale Faktum der Freisprechung durch den Richter des Erstprozesses bilden, sondern die Straflosigkeit der in Frage kommenden erweiterten Handlungseinheit selbst. Dabei sei zu beachten, daß die „Tat“ im prozessualen Sinne nicht die strafbare Tat bedeute, sondern nur die

hypothetisch strafbare. Ob alle Bestandteile des hypothetischen Ganzen strafbar seien oder nicht, sei eine Frage, die nicht die Erfassung des Prozeßgegenstandes, sondern erst den Inhalt des Sachurteils angehe. Belling folgert, daß jedes Sachurteil das Strafrecht für das ganze fortgesetzte Delikt verbrauche. In ähnlicher Weise hat sich auch Manheim gegen die Meinung des RG. gewandt, ein Fortsetzungszusammenhang könne nur zwischen strafbaren Handlungen bestehen (ZStW. 1929, 1052 f. und Manzen, Die Handlungseinheit im Strafrecht, Diss., Kiel 1934, S. 70). Diese Schriftsteller müßten wohl folgerichtig auch bei ergangenen Einstellungsbeschlüssen über einige Einzelfälle zu dem entsprechenden Ergebnis gelangen, daß damit die Strafverfolgung für das ganze fortgesetzte Delikt entfalle. Dieses Ergebnis dürfte rein gefühlsmäßig noch weit weniger zuzugewilligt werden, wie dies hinsichtlich des früheren von Belling bereits ohne weiteres eingeräumt worden ist.

Jede Handlung, jede Tat steht naturnotwendig in einem Zusammenhang mit anderen Handlungen desselben Täters, der sich ja an den Tatort begeben, das Werkzeug beschaffen muß u. dgl. Aber nicht bloß die sog. Vorbereitungshandlungen stehen in einem Zusammenhang mit der strafbaren Handlung, der Strafata, sondern auch bei für sie ganz unerheblichen Begleitshandlungen — der Täter ist bei Ausführung der Tat — trifft dies zu. Fortgesetzte Handlung ist im Sinne des Strafrechts stets nur als fortgesetztes Delikt von Bedeutung und dafür ist entscheidend die fortgesetzte Verwirklichung derjenigen Voraussetzungen, die das Handeln strafbar machen. Das sind positive Eigenschaften, die nur positiv (durch Schuldspruch) festgestellt werden können. Bei Freispruch wird überhaupt nichts festgestellt über die Tat, sondern über den Täter, daß er die Tat nicht begangen hat oder daß er für die begangene Tat keine Strafe verdient, weil die Tat nicht strafbar war. In keinem Fall tritt eine Rechtskraftwirkung der Art ein, daß festgestellt ist, es sei eine Tat begangen worden, die mit anderen Taten des Täters im Fortsetzungszusammenhang steht.

Mit Recht hat vorliegend das RG. das Einstellungsverfahren des LG. für bedenklich erklärt. Nur einen mit dem Gegenstande der Eröffnung des Hauptverfahrens nicht einheitlich zusammenhängenden, also für sich selbständigen geschichtlichen Vorgang hätte die Strafata durch Beschlusse ausgeschieden und der weiteren Untersuchung entzogen können (vgl. RGSt. 46, 218; 50, 370; 62, 113). Wie schon die Klagerhebung nur hinsichtlich der gerichtlich verfolgbaren Strafata stattfinden soll (§ 152 Abs. 2 StPD.), so gelten auch die Vorschriften der §§ 154, 155, 264 StPD. nur, soweit die in der Anklage bezeichnete Tat gerichtlich verfolgbar ist. Trifft eine nicht verfolgbare Tat mit einer verfolgbaren in einer Handlung zusammen, so ist, wie die Verurteilung, so auch schon die Klagerhebung und die Untersuchung auf die verfolgbare Tat zu beschränken, bei der Freisprechung tritt nach dem Vorgesagten eine solche Beschränkung begriffsnotwendig von selbst ein.

OGN. Dr. Fraeb, Hanau.

läufig eingestellten Verfahrens über einen Teil der fortgesetzten Handlung ist also unmöglich, wenn der Täter wegen der fortgesetzten Handlung im Umfange des von der Einstellung nicht betroffenen Teiles irgendwie verurteilt wird.

Aber selbst dann, wenn hieraus die Unzulässigkeit des vom O. eingeschlagenen Verfahrens folgen sollte — was hier dahingestellt bleiben kann —, so würde das den Bestand des jetzt angefochtenen Urts. nicht gefährden. Denn dann wäre anzunehmen, daß der Einstellungsbeschluß und das Ur., die im Zuge derselben Hauptverhandlung ergangen sind, zueinander sich ebenso verhalten, wie wenn in anderen Fällen mit Bezug auf eine und dieselbe strafbare Handlung zwei sich widersprechende Entsch. gleichzeitig ergangen sind, z. B. eine Verurteilung und eine Freisprechung (RGUrt. v. 2. März 1928, 1 D 1187/27; JW. 1928, 2265⁶⁴) oder eine Außerverfolgung und eine Eröffnung des Hauptverfahrens (RGSt. 61, 353, 355; 62, 96 u. 112 u. 153). Von diesem Standpunkt aus wäre die vorläufige Einstellung des Verfahrens mit Bezug auf einen unselbständigen Teil der „Tat“, über die das Gericht im übrigen weiterverhandeln und entscheiden wollte, als unwirksam anzusehen. Das Verfahren des O. bliebe von diesem Standpunkt aus nur insofern mangelhaft, als das Ur. den Rahmen des Eröffnungsbeschlusses unzulässigerweise nicht erschöpft hätte.

(1. Sen. v. 12. Juli 1934; 1 D 608/34.) [Hn.]

15. § 244 StPD. Nach der ständigen Rspr. des RG. (Nachweisungen vgl. RGUrt. v. 8. Dez. 1930, 2 D 1548/29; JW. 1931, 2823⁴⁴) genügt es bei der Ablehnung eines Beweisanspruches nicht, die unter Beweis gestellte Tatsache nur einfach als unerheblich zu bezeichnen; vielmehr muß die Begründung erkennen lassen, ob die Unerheblichkeit aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Erwägungen angenommen wird, und müssen in dem zweiten Falle die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich die Unerheblichkeit der Beweisbehauptung ergeben soll. Denn wenn diesen Anforderungen nicht genügt ist, kann weder der Angekl. seine Verteidigung ausreichend auf die Lage einstellen, die für ihn durch die Ablehnung des Beweisanspruches geschaffen wird, noch kann das RevG. die rechtlichen Grundlagen der Ablehnung nachprüfen.

(FerSen. v. 17. Juli 1934; 1 D 344/34.) [Hn.]

Reichserbhofgericht

1. 1. § 49 Abs. 4 Satz 1 RErbhofG. Beim Vorliegen übereinstimmender Beschlüsse der unteren Rechtszüge ist ein weiterer Beschwerdebegrund dann gegeben, wenn das Verfahren vor dem ErbHGer. an einem Verstoß leidet, der auf die Sachentscheidung von Einfluß war.

2. §§ 12 Abs. 2, 17 Abs. 1 der 1. DurchfWD. z. RErbhofG. Diese Vorschriften, die den Gerichten weitesten Spielraum im Verfahren und insbesondere bei der Vornahme der tatsächlichen Ermittlungen geben, dürfen nicht dazu führen, daß bei Prüfung eines Sachverhaltes die Würdigung des Vorbringens der Beteiligten unterbleibt und die Entscheidung ohne Eingehen auf die unter Beweis gestellte Besonderheit des Falles lediglich auf allgemeine Erwägungen gestützt wird.

3. § 34 der 1. DurchfWD. stellt sich lediglich als eine Weisung für das formelle Verfahren zur Anlegung der Höfrolle dar und greift der sachlichen Würdigung der Anerbenbehörden in keiner Weise vor.

Die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist nach § 49 Abs. 4 Satz 1 RErbhofG. davon abhängig, daß die Entsch. des ErbHGer. einen neuen selbständigen Beschwerdebegrund enthält. Beim Vorliegen übereinstimmender Beschlüsse der unteren Rechtszüge ist diese Voraussetzung dann gegeben, wenn das Verfahren vor dem ErbHGer. an einem Verstoß leidet, der auf die Sachentscheidung von Einfluß war. Dies ist hier der Fall. Die Entsch. des ErbHGer. gründet sich auf die Ablehnung der Aufnahme des Anwesens in das Gemeindeverzeichnis durch den Bürgermeister und auf das Gutachten des Kreisbauernführers v. 31. Jan. 1934. Dem Gerichte konnte dabei aber

nicht entgehen, daß der Bürgermeister in der Bestätigung v. 24. Dez. 1933 seine Maßnahme damit begründet hat, daß das Anwesen den allgemeinen Richtsatz von 7,5 ha nicht erreiche. Das legt die Annahme nahe, daß er unter Außerachtlassung der in § 34 Abs. 1 Satz 2 der 1. DurchfWD. zum RErbhofG. auferlegten Prüfungspflicht der — wie bekannt, vielfach verbreiteten — Auffassung war, er brauche in das Verzeichnis nur die Besitzungen mit einer Fläche über 7,5 ha aufzunehmen. Damit entfällt der Beweiswert der Ablehnung der Aufnahme, der überhaupt im Verfahren nach § 10 RErbhofG. nicht allzu große Bedeutung beigelegt werden darf. Denn § 34 der 1. DurchfWD. z. RErbhofG. stellt sich zunächst lediglich als eine Weisung für das formelle Verfahren zur Anlegung der Höfrolle dar und greift der sachlichen Würdigung der Anerbenbehörden in keiner Weise vor. Das Gutachten des Kreisbauernführers v. 31. Jan. 1934, das den Beschw. zweckmäßig hätte zugänglich gemacht werden sollen, verbreitet sich nur über allgemeine Verhältnisse und macht gegen die Übertragung des Ergebnisses auf den vorliegenden Fall selbst mehrfache Einschränkungen und beachtliche Vorbehalte. Zudem führt es nur zu annähernden Ergebnissen, deren Anwendbarkeit auf den Einzelfall unter Beachtung der von den Beteiligten erhobenen Einwendungen einer Nachprüfung bedarf. Das Ergebnis der in erster Linie steuerlichen Zwecken dienenden Einheitsbewertung wird regelmäßig überhaupt nur als eines der zahlreichen Hilfsmittel zur Feststellung der Akernahrung zu verwenden sein. Diesen Standpunkt vertritt das Gutachten des Kreisbauernführers selbst, indem es dem Gerichte den Weg in seinem Schlusse weist, wonach „derartige Feststellungen nur auf Grund einer örtlichen genauen Besichtigung getroffen werden können“. Auf welche Weise sich das Gericht, insbes. angesichts der vorliegenden Beweisangebote des Antragstellers, die Überzeugung verschaffte, war seinem pflichtmäßigen Ermessen anheimgegeben. Die Vorschr. in §§ 12 Abs. 2, 17 Abs. 1 der 1. DurchfWD. z. RErbhofG., die den Gerichten weitesten Spielraum im Verfahren und insbes. bei der Vornahme der tatsächlichen Ermittlungen geben, dürfen aber nicht dazu führen, daß, wie hier, bei Prüfung des Sachverhaltes die Würdigung des Vorbringens der Beteiligten unterbleibt und die Entsch. ohne Eingehen auf die unter Beweis gestellte Besonderheit des Falles lediglich auf allgemeine Erwägungen gestützt wird. Dadurch würde auch der Pflicht zur erschöpfenden Klärung und Behandlung des Streitstoffes (§§ 11, 12 der 1. DurchfWD. z. RErbhofG., § 12 ZPO.) nicht genügt. In dem hier eingeschlagenen Verfahren muß deshalb ungeachtet der den Anerbenbehörden eingeräumten Ermessensfreiheit ein Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze erblickt werden. Da auf diesem Verstoß die Entsch. beruht, mußte er zur Aufhebung des Beschlusses führen. Die Sache war deshalb zur nachmaligen Prüfung an das ErbHGer. zurückzuweisen (§ 26 der 1. DurchfWD.), das auf Grund der vorzunehmenden Erhebungen den Fall nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite neuerdings zu beurteilen hat.

(RErbHGer., Beschl. v. 23. Juli 1934, 2 RB 7/34.)

Ber. von Hf. Dr. Georg Braun, Memmingen.

Obergericht Danzig

1. Die Bestimmungen der Danziger WD. v. 22. Sept. 1933 und v. 21. Dez. 1933 zur Regelung der landwirtschaftlichen Verhältnisse gelten nicht für eine Bürgerschaft, die von einem Danziger für einen im deutschen Entschuldungsverfahren befindlichen Schuldner übernommen ist. Ist bei der Aufnahme eines Bankkredits eine Zinsabrede nicht getroffen worden, so gilt der bankenübliche Zinssatz als stillschweigend vereinbart. Die ZinssenkungsWD. v. 27. Sept. 1932 gilt nicht für Forderungen, zu deren Sicherheit lediglich bereits für andere Forderungen bestellte Hypotheken abgetreten werden.)

Die Kl. ist Gläubigerin der Eheleute Erich und Gertrud S. in Ostpreußen. Die Bekl. hat durch Bürgerschaftserklärung, datiert Poppot, den 3. Juli 1931, gegenüber der Kl. für alle Forderungen an Kapital, Zinsen, Provision und Kosten, die die Kl. gegen die Schuldnerin erworben hatte und noch erwerben würde, selbstschuldnerische Bürgerschaft bis zur Höhe von 5000 RM zuzüglich anteiliger Zinsen, Provision und Kosten übernommen. Die Bekl. hat an die Kl. eine Hypothek von 5000 RM zur Sicherung für die Bürgerschaftsschuld abgetreten.

Die Hauptschuldner selbst haben den bei der Kl. in Anspruch genommenen Kredit durch Abtretung einer Sicherungshypothek in Höhe von 20 000 RM und durch Abtretung einer Eigentümergrund-

Zu 1. Die Entsch. des ObGer. Danzig erscheint durchaus begründet.

Es ist, nachdem Danzig aus dem Verbands des Deutschen Reiches staatsrechtlich ausgeschieden ist, in jeder Beziehung nach dem bestehenden Gesetzten Ausland, und ebenso ist umgekehrt das Deutsche

schuld von 6000 RM dinglich gesichert. Nach den Berechnungen der Kl. belief sich ihr Anspruch gegen die Hauptschuldner am 31. März 1933 auf 5000 RM Kapital und 894,55 RM von der Kl. angelegte Zinsen. Ein Zinsfuß für die Schuld ist zwischen der Kl. und den Hauptschuldnern nicht ausdrücklich vereinbart worden.

Die Hauptschuldnerin ist Eigentümerin eines in Ostpreußen gelegenen landwirtschaftlichen Grundstücks. Mit diesem Grundstück befindet sie sich seit Februar 1932 im Sicherungsverfahren der deutschen Osthilfe. Über ihren Umschuldungsantrag ist von der zuständigen Stelle noch nicht befunden worden.

Die Hauptschuldner sind ihren Zahlungsverpflichtungen bei der Kl. nicht nachgekommen. Zahlung war von ihnen auch nicht zu erhalten.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat die Kl. von der Bekl. als Bürgin Zahlung von 894,55 RM verlangt.

Der gesamte Rechtsstreit ist nach Danziger Recht zu entscheiden. Die Bürgschaftsurkunde ist ausgestellt in Joppot, der Wohnsitz der Bekl. ist Joppot und Erfüllungsort für die Bürgschaftsschuld ist ebenfalls Joppot. Mag man nun bei der Erörterung der Frage, welches Recht zur Anwendung zu gelangen habe, der im allgemeinen vertretenen Ansicht vom Recht des Erfüllungsortes (so u. a. RG. 66, 75; 96, 263¹) und daselbst zit. Entsch.) oder der vom Recht des Wohnsitzes des Schuldners (so RG. 6. ZivSen.) folgen, so kommt es doch immer auf die Anwendung von Danziger Recht an, weil beide Orte im Danziger Staatsgebiet liegen. Es kann hiernach nicht ein Teil des Rechtsstreits nach Danziger und ein anderer Teil nach deutschem Recht entschieden werden. Zur Anwendung von Best. des deutschen Rechts kommt es vielmehr erst mittelbar nur dadurch, daß die Vorschriften des Danziger Rechts über die Bürgschaft auf das Recht der Hauptschuld verweisen und diese den deutschen Gesetzen unterliegen.

Mit den Gründen des angefochtenen Ur. geht der erk. Sen. davon aus, daß der Inhalt der Bürgschaftsurkunde bereits den Beweis dafür liefert, daß ein Rückgriff gegen die Bürgin nicht erst abhängig sein sollte von Zwangsmaßnahmen gegen die Hauptschuldner. Im übrigen kommt es entscheidend nicht auf diese Frage an, weil unstrittig von den beiden Hauptschuldnern nichts zu holen ist.

Ein Leistungsverweigerungsrecht würde daher der Bekl. nur zustehen, wenn beide Hauptschuldner nicht zu leisten brauchen oder ein Danziger Gesetz dem Bürgen eines im Deutschen Sicherungs- oder Osthilfeentschuldungsverfahren befindlichen Schuldners ein Leistungsverweigerungsrecht zugesteht. Beides ist nicht der Fall.

Die VO. des RPräs. zur Sicherung der Ernte und landwirtschaftlichen Entschuldung im Osthilfegebiet v. 17. Nov. 1931 (RGBl. I, 675) verleiht der Eröffnung des Sicherungsverfahrens nach § 8 die Wirkung, daß Zwangsvollstreckungen gegen den Betriebsinhaber wegen Geldforderungen unzulässig sind. Die Erwirkung eines Ur. gegen den im Sicherungsverfahren befindlichen Hauptschuldner ist also ohne weiteres gestattet. Denn wenn das Gesetz gerade nur Vollstreckungen verbietet, dann ergibt sich, daß es ein Leistungsverweigerungsrecht nicht anerkennen will. Wegen der bloßen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner kann aber dem Bürgen ein auch dem Hauptschuldner nicht zustehendes Leistungsverweigerungsrecht nicht bewilligt werden, weil das eine Besserstellung des Bürgen bedeuten würde, auf die er nach dem Gesetz keinen Anspruch hat. Kann sich also ein deutscher Bürge nicht auf das Vollstreckungsverbot berufen (vgl. JW. 1933, 643), so kann es auch der in Danzig anfängliche Bürge eines deutschen Schuldners nicht, weil § 768 BGB. als Danziger Recht ihm nur die Einreden verleiht, die dem Hauptschuldner zur Verfügung stehen. Gegenüber einer Klage auf Leistung kann sich aber der deutsche Schuldner nicht auf ein Vollstreckungsverbot berufen.

Wenn nun auch die deutschen Gesetze dem Bürgen eines im Vollstreckungsschutz befindlichen Schuldners ein Leistungsverweigerungsrecht zubilligen, so kann sich die Bekl. darauf nicht berufen,

Reich für Danzig Ausland. Infolgedessen ist auch im Wege einer analogen Rechtsanwendung nicht zu helfen, weil diese selbstverständlich nur bei inländischen Verhältnissen, nicht aber bei ausländischen Verhältnissen in Betracht kommt.

Die weitere vom Gericht angeschnittene Frage, daß bei Aufnahme eines Bankkredits, auch wenn eine ausdrückliche Zinsabrede nicht getroffen ist, der Bankzinsfuß als stillschweigend vereinbart gilt, muß gebilligt werden. Die Banken sind Gewerbetreibende und leihen grundsätzlich Geld nur gegen Entgelt aus. Jeder, der mit Banken in Verbindung tritt, weiß daher, daß er für sein Guthaben eine niedrige Zinssumme bekommt und für seine Schuld an die Bank eine höhere Zinssumme zu zahlen hat. Diese von den Banken gewöhnlich durch Ausschlag oder sonstwie kenntlich gemachten Zinssätze gelten bei jeder Bankverbindung als vereinbart, sie sind Bestandteil jeder Bankverbindung zwischen Bank und dem Kunden.

Auch die Auslegung des Gedankens der ZinssenkungsVO. vom 27. Sept. 1932 steht mit der deutschen RPr. im Einklang. Gesenkt sind nur die Zinsen, welche durch Hypotheken gesichert sind. Hier-

weil dieser Schutz nur dem deutschen Bürgen zukommt, auf die Bürgschaftsschuld aber hier nur Danziger Recht anzuwenden ist.

Nach Danziger Recht hat nun zwar sowohl der Schuldner bei Klagen aus gewissen Forderungen ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn er sich in einem in Danzig anhängigen Entscheidungsverfahren befindet (VO. v. 22. Sept. 1933 und 21. Dez. 1933 zur Regelung der landwirtschaftlichen Verhältnisse [GBl. 444 hzv. 626]), und der Bürge eines solchen Schuldners hat auch ein selbständiges Leistungsverweigerungsrecht (VO. v. 9. März 1934 [GBl. 165]). Diese Vorschriften treffen aber nicht den Fall einer Bürgschaft für einen im deutschen Entscheidungsverfahren befindlichen Schuldner, sondern regeln nur den Fall, in dem sich der Hauptschuldner in einem Entscheidungsverfahren nach der Danziger VO. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse befindet.

Ob nun der Schuldner Ehemann S. tatsächlich nach dem Innenverhältnis der zwischen ihm und seiner Ehefrau bestehenden Gesamtschuld gegen sie in voller Höhe Rückgriff nehmen kann, ist auf die Entsch. ohne Einfluß, weil auf jeden Fall der Ehefrau S. und damit der Bekl. kein Leistungsverweigerungsrecht zusteht und der Bürge für eine Gesamtschuld auch dann leisten muß, wenn auch nur einer von mehreren Hauptschuldnern zur Leistung verpflichtet ist (vgl. RWRkomm., Ann. 1 zu § 767 BGB.).

Daß die Hauptschuld durch die von der Bekl. an die Kl. erfolgte Abtretung der Hypothek nicht getilgt ist, gibt die Bekl. selbst zu.

Wenn auch zwischen der Kl. und den Hauptschuldnern eine ausdrückliche Zinsabrede nicht getroffen ist, so muß doch bei der Aufnahme von Bankkredit der bankenübliche Zinsfuß als stillschweigend vereinbart angesehen werden. Die Kl. ist also berechtigt, jeweils den Zins in Ansatz zu bringen, der im allgemeinen für Kredite von Banken angerechnet wurde. Diesen von der Kl. auf Grund einer solcher stillschweigenden Vereinbarung berechneten Zins kann der erk. Sen. in Übereinstimmung mit der Auskunft der ostpreuß. Landwirtschaftskammer nicht als unangemessen hoch ansehen, da auch nach der eigenen Kenntnis des BG. ein Zinsfuß von einigen Prozenten über Reichsbankdiskont, der in Anlehnung an diesen jeweils berechnet wurde, als durchaus üblich angesehen werden kann.

Auch eine Senkung der Zinsen ist nicht eingetreten. Nach deutschem Recht sind nur Zinsen solcher Forderungen gesenkt, die durch eine Hypothek gesichert sind. Das sind aber nach dem Sinn dieser Best. nur Forderungen, zu deren Sicherung eine Hypothek bestellt worden ist, nicht aber solche, zu deren Sicherheit nur bereits für andere Forderungen bestellte Hypotheken abgetreten werden.

Der Einwand der Bekl., daß eine Herabsetzung der Hauptschuld und damit der Zinsen nach deutschem Recht erfolgen könne und erfolgen werde, ist unerheblich, da eine Herabsetzung bisher jedenfalls nicht eingetreten ist.

(ObVer. Danzig, 3. ZivSen., Ur. v. 11. Juli 1934, 2 III U 71/34.)

Eingef. von H. Hellmuth Willers, Danzig.

Freiwillige Gerichtsbarkeit

1. Preußen

1. § 72a RZugWohlfG. Die Fortführung der Fürsorgeerziehung über das vollendete 19. Lebensjahr kann nur beschlossen werden, wenn der Zweck der Fürsorgeerziehung bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Volljährigkeit noch zu erreichen ist und besondere, von der allgemeinen Regel abweichende Verhältnisse vorliegen. †)

Nach § 72a RZugWohlfG. kann das VormGer. auf Antrag der Fürsorgeerziehungsbehörde beim Vorliegen besonderer Verhältnisse die

unter sind auch in engster Auslegung der reichsgerichtlichen Judikatur nur solche Forderungen und Hypotheken zu verstehen, wo die Hypothek bestimmungsgemäß für die Forderung von vornherein bestellt ist. Wird eine für eine andere Forderung bestellte Hypothek als Sicherheit später für eine ungesicherte Forderung abgetreten, so ist dies keine durch Hypothek gesicherte Forderung.

RM. Dr. Eberhard Henke, Berlin.

Zu 1. Der Entsch. ist bedenkenfrei zuzustimmen. Das RG. trennt im Gegensatz zu LG. scharf die beiden Voraussetzungen des § 72a RZugWohlfG., wonach:

1. der Zweck der Fürsorgeerziehung bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Volljährigkeit noch zu erreichen ist, und
2. besondere, von der allgemeinen Regel abweichende Verhältnisse vorliegen müssen.

Daß in jedem Falle zu prüfen ist, ob beide Voraussetzungen vorliegen, versteht sich eigentlich von selbst, ist aber vom LG. nicht beachtet worden. Wenn vom RG. weiter ausgeführt wird, daß die Voraussetzung zu 1 als gegeben zu erachten ist, wenn man die entsprechende Best. des § 72a RZugWohlfG. weitergehend dahin versteht, daß

1) JW. 1919, 43.

Fortführung der Fürsorgeerziehung über das vollendete 19. Lebensjahr, jedoch nicht über den Zeitpunkt des Eintritts der Volljährigkeit des Minderjährigen hinaus anordnen, wenn die Fortführung zur Erreichung des Zweckes der Fürsorgeerziehung erforderlich ist. Das LG. ist bei seiner Entsch. von dieser Gesetzesbestimmung auch ausgegangen. Es meint jedoch, daß besondere Verhältnisse i. S. des § 72a RZugWohlfG. dann nicht vorliegen, wenn die Fürsorgeerziehung im Zeitpunkt der Vollendung des 19. Lebensjahres des Fürsorgezöglings noch nicht zu vollem Erfolge geführt habe und insolge dessen das Erreichte im Falle der Entlassung aus der Fürsorgeerziehung gefährdet werden könnte. Diese Ausführungen geben zu rechtlichen Bedenken Anlaß, da das LG. ersichtlich nicht den Sachverhalt ausreichend berücksichtigt und unter zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt hat.

Nach § 72a RZugWohlfG. ist die Zulässigkeit der Fürsorgeerziehung auch nach vollendetem 19. Lebensjahr an zwei Voraussetzungen geknüpft. Einmal soll eine solche Fortführung nur dann angeordnet werden, wenn sie „zur Erreichung des Zweckes der Fürsorgeerziehung erforderlich ist“. Wenn der Gesetzgeber damit lediglich hätte zum Ausdruck bringen wollen, daß die Fortführung der Fürsorgeerziehung dann nicht mehr angängig sei, wenn ihr Zweck bereits erreicht worden ist (so Friedeberg-Polligkeit, RZugWohlfG., Nachtrag § 72a Anm. 6; Blumenthal: ZBl. 24, 315), wäre diese Best. allerdings überflüssig. Denn diese Folge ergibt sich ohne weiteres aus § 72 Abs. 2 RZugWohlfG., wonach die Fürsorgeerziehung von Amts wegen oder auf Antrag aufzuheben ist, wenn ihr Zweck erreicht oder anderweitig sichergestellt ist. Um so weniger könnte also bei dieser Sachlage ihre Fortführung über das 19. Lebensjahr des Minderjährigen hinaus beschlossen werden. Deshalb muß diese Best. des § 72a Abs. 1 RZugWohlfG. weitergehend dahin verstanden werden, daß nicht nur der Zweck der Fürsorgeerziehung i. S. des § 72 Abs. 2 RZugWohlfG. noch nicht erreicht oder anderweitig sichergestellt sein darf, sondern es muß sich der Zweck im Wege der Fortführung der Fürsorgeerziehung auch noch erreichen lassen. Denn die Fortführung der Fürsorgeerziehung zur Erreichung ihres Zweckes ist auch dann nicht erforderlich, wenn bereits zu übersehen ist, daß dieses Ziel bis zur Vollendung der Volljährigkeit nicht zu erreichen ist. So faßt offenbar auch der Beschw. diese Voraussetzung auf, wenn er ausführt, daß mit „Wahrscheinlichkeit“ der Zweck der Fürsorgeerziehung in der noch zur Verfügung stehenden Zeit zu erreichen sein müsse. Insofern nähert sich die Vorschr. des § 72a Abs. 1 RZugWohlfG. der Best. des § 73 RZugWohlfG., ohne sich jedoch mit ihr in diesem Punkt inhaltlich zu decken, da nach § 73 RZugWohlfG. die Fürsorgeerziehungsbehörde die Entlassung eines Minderjährigen aus der Fürsorgeerziehung wegen „Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung“ veranlassen kann.

Daneben sieht § 72a Abs. 1 RZugWohlfG. die Fortführung der Fürsorgeerziehung aber nur beim Vorliegen „besonderer Verhältnisse“ vor. Wann dieses weitere Erfordernis anzunehmen ist, wird vom Gesetz nicht näher erläutert. Die ausdrückliche Hervorhebung, daß die Fürsorgeerziehung nur beim Vorliegen besonderer Verhältnisse fortgeführt werden soll, eine Best., die sich in ähnlicher Fassung bereits in früheren landesrechtlichen Fürsorgeerziehungsgesetzen fand (Blumenthal a. a. O.), deutet jedoch darauf hin, daß nur in besonderen, von der allgemeinen Regel abweichenden Fällen die Fortführung der Fürsorgeerziehung zu beschließen ist. Dafür spricht neben der Wortfassung auch weiter der Umstand, daß diese Voraussetzung neben der ersterwähnten Voraussetzung, daß die Fortführung zur Erreichung des Zweckes der Fürsorgeerziehung erforderlich sein muß, vom Gesetz angefügt wird. Daraus ergibt sich, daß es zu einer Anordnung aus § 72a RZugWohlfG. noch nicht genügen kann, daß der Zweck der Fürsorgeerziehung bisher noch nicht erreicht ist, aber bis zur Vollendung der Volljährigkeit erreicht werden könnte, daß vielmehr weitere Tatsachen hinzukommen müssen, um die Anordnung der Fortführung zu begründen. Wann im übrigen besondere Verhältnisse in diesem Sinne vorliegen, es sich also nicht um einen der allgemeinen Regel entsprechenden Sachverhalt handelt, muß mangels einer näheren gesetzlichen Regelung das VormGer. und das auf die Beschw. an seine Stelle tretende LG. unter Ausübung seines Ermessens nach der Lage des Einzelfalles beurteilen. Dabei werden vor allem die Veranlagung des Minderjährigen, seine

nicht nur der Zweck der Fürsorgeerziehung noch nicht erreicht oder anderweitig sichergestellt sein darf, sondern daß sich der Zweck im Wege der Fortführung der Fürsorgeerziehung auch noch erreichen lassen muß, so kann dagegen nichts gesagt werden.

Was die zweite Voraussetzung des § 72a RZugWohlfG. anlangt, wonach besondere von der allgemeinen Regel abweichende Verhältnisse vorliegen müssen, so ist dem RG. auch dahin beizutreten, daß alle Gründe, die der Beschw. insoweit vorbringt, nachzuprüfen sind. Sehr oft dürfte nämlich das Vorliegen von Tatsachen, die die Voraussetzung 2 rechtfertigen, schon genügen, um eine zutreffende Feststellung auch i. S. der Voraussetzung 1 treffen zu können.

RA. Fuisting, Schweidnitz.

Erziehungsbedürftigkeit, die zur Verfügung stehenden Erziehungsmittel und ähnliche Umstände berücksichtigt werden müssen, während solche Tatsachen auszuscheiden haben, die auch bei einem der Regel entsprechenden Sachverhalt vorliegen oder eintreten können (vgl. Friedeberg-Polligkeit a. a. O. Anm. 2; Blumenthal a. a. O.).

Diesem für die Beurteilung des Antrages des Beschw. maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkten trägt die angefochtene Entsch. einmal insofern unzureichend und unter Verlegung des § 72a RZugWohlfG. Rechnung, als sie nur die Frage erörtert, ob besondere Verhältnisse den gestellten Antrag rechtfertigen. Aber auch die vom LG. in dieser Hinsicht angestellte Prüfung ist nicht rechtsbedenkentfrei. Allerdings genügt, wie bereits hervorgehoben ist, für eine Anordnung aus § 72a Abs. 1 RZugWohlfG. noch nicht die allgemeine Erwägung, daß der Zweck der Fürsorgeerziehung noch nicht erreicht sei und dem Minderjährigen im Falle einer jetzt erfolgenden Entlassung erneute Verwahrlosung drohe. Diese allein vom LG. angestellte Erwägung läßt aber unbeachtet, daß die Fürsorgeerziehungsbehörde darüber hinaus geltend gemacht hat, daß der Minderjährige infolge psychopathischer Veranlagung noch nicht die seinem Alter entsprechende Reife und die sich daraus ergebenden Hemmungen habe, und daß er ferner im Falle seiner Entlassung als Vollwaise weder im Elternhaus noch bei Verwandten den erzieherischen Rückhalt finden werde, dessen er noch bedürfe. Treffen diese Angaben aber zu und handelt es sich um einen infolge krankhafter Veranlagung in der Entwicklung und Charakterbildung zurückgebliebenen Minderjährigen, der überdies im Falle seiner Entlassung aus der Fürsorgeerziehung ganz auf sich allein gestellt sein würde, so ist die Richtigkeit der Ansicht der Fürsorgeerziehungsbehörde nicht von der Hand zu weisen, daß hier besondere Verhältnisse i. S. des § 72a Abs. 1 RZugWohlfG. die Fortführung der Fürsorgeerziehung angezeigt erscheinen lassen. Auch dem weiteren Erfordernis des § 72a RZugWohlfG., daß die Fortführung der Fürsorgeerziehung zur Erreichung ihres Zweckes erforderlich ist, können die Behauptungen der Fürsorgeerziehungsbehörde genügen, die dahin gehen, daß der Minderjährige in seiner jetzigen Arbeitsstellung bis zum 21. Lebensjahr so weit gefördert werden könne, daß er später selbständig weiterkommen könne.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 6. Juli 1934, 1a X 799/34.)

Ver. von RGR. Heydtmann, Berlin.

*

2. §§ 38 Abs. 3, 41 PrOGG. Wird die Unterschrift einzelner Miterben unter einem Erbauseinandersehungsvertrag öffentlich beglaubigt, so ist als Gegenstandswert der Beglaubigungsgebühr nicht der Nachlaß, sondern der Erbteil des unterschreibenden Miterben anzunehmen.

Der Notar hat die Unterschriften zweier Miterben unter einem Erbauseinandersehungsvertrag beglaubigt und dafür zwei Beglaubigungsgebühren aus § 41 PrOGG. nach dem Werte des gesamten Nachlasses berechnet. Auf Antrag der Gebührenschuldner hat aber der LGPräf. die Gebühren unter Zugrundelegung des Wertes der Erbteile der unterschreibenden Miterben anderweit festgesetzt. Die sofortige Beschw. des Notars hatte keinen Erfolg. Der Notar wendet sich zu Unrecht dagegen, daß der LGPräf. dem Werte der Unterschriftenbeglaubigungen unter Anwendung von § 38 Abs. 3 PrOGG. nur die Anteile der betr. Miterben zugrunde gelegt hat. Nach dieser Vorschr., die im Falle der Beglaubigung nach § 41 Abs. 1 Satz 2 PrOGG. entsprechend anwendbar ist, kommt für zustimmende Erklärungen einzelner Teilnehmer (§ 37 Nr. 1) nur der Anteil derselben in Betracht. Da zwischen Anteilen nach Bruchteilen, ideellen Anteilen und Anteilen zur gesamten Hand nicht unterschieden wird, gilt die Best. auch für die Zustimmung von Miterben, deren Gesamthandsanteil dem Bruchteil gleichzusetzen ist, zu dem der Miterbe an der Erbschaft beteiligt ist (RGZ. 53, 291 = JMWl. 1922, 153; JW. 1923, 306; JFG. = ErgBd. 3, 242; 7, 139). Der Notar will aber die Anwendbarkeit der Vorschr. auf den Fall des § 37 Ziff. 1 PrOGG. beschränken, daß die Zustimmung eines einzelnen Teilnehmers zu einer bereits beurkundeten Erklärung in einer besonderen Urkunde beurkundet wird. Diese einschränkende Auslegung ist nicht gerechtfertigt. § 38 Abs. 3 PrOGG. enthält eine reine Bewertungsvorschrift. Wenn er auf § 37 Ziff. 1 verweist, so soll damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß der Begriff der „Zustimmung einzelner Teilnehmer“ in beiden Best. identisch ist. Nicht aber bedeutet die Verweisung, daß die Erklärungen, denen zugestimmt wird, bereits beurkundet sein müssen, z. B. fällt auch die vorherige Zustimmung einzelner Teilnehmer unter § 38 Abs. 3 PrOGG. (RG. in 1a X 734; Weushausen, NotarGebD., 4. Aufl., § 38 PrOGG. zu Abs. 3, S. 268). Ferner ist nicht erforderlich, daß eine ausdrückliche Zustimmungserklärung beglaubigt wird, vielmehr muß die Bewertung nach denselben Grundsätzen erfolgen, wenn ein einzelner Teilnehmer durch die Unterschrift eines Vertragsentwurfs sein Einverständnis mit dessen Inhalt zum Ausdruck bringt und diese Unterschrift beglaubigen läßt. Der

OGPräj. hat also den Gegenstandswert der beiden Beglaubigungen mit Recht dem Werte des Erbteils der unterschreibenden Miterben gleichgesetzt und die Beglaubigungsgebühren des § 41 PrOGG. nach diesen Anteilswerten berechnet.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 22. Juni 1934, 1a X 829/34.)

Ber. von RGK. Seydttmann, Berlin.

*

3. §§ 84 Abs. 1, 88 PrOGG. Wird ein Erbteilungsverfahren mit dem Ziele eingeleitet, bei fortgesetzter westfälischer Gütergemeinschaft einem nichtgemeinschaftlichen Kinde seinen Erbteil auszuantworten, so ist die Einleitungsgebühr nach dem Werte des ganzen und nicht des halben Gesamtgutes zu berechnen.

Die Vorinstanzen haben zu Unrecht den Wert des eingeleiteten Erbteilungsverfahrens in Anwendung von § 88 Abs. 3 PrOGG. nur auf den halben Wert des Gesamtgutes angenommen, statt ihm nach § 88 Abs. 2 PrOGG. den ganzen Wert dieser Masse zugrunde zu legen. Während nämlich § 88 Abs. 3 PrOGG. den Fall betrifft, daß nur einzelne Teile einer Masse von der Auseinanderlegung berührt werden, regelt § 88 Abs. 2 daselbst die Bewertung eines Verfahrens, das mehrere in Zusammenhang stehende Massen betrifft. Nach Abs. 2 Satz 1 daselbst werden in der Regel die Bruttowerte dieser Massen zusammengerechnet. Wird aber die Teilung des Nachlasses eines Ehegatten, welcher in einer Gütergemeinschaft gelebt hat, mit der Auseinanderlegung der Gütergemeinschaft verbunden, so wird nach Abs. 2 Satz 3 daselbst der Wert der gütergemeinschaftlichen Masse nur zur Hälfte in Ansatz gebracht. Dies geschieht, wie die Gesetzesmaterialien (abgedr. bei Mügel-Elm, PrOGG., 7. Aufl., § 90 Anm. 1) ergeben, in Berücksichtigung des Umstandes, daß in dem Werte des Nachlasses schon der halbe Wert der Gütergemeinschaft enthalten ist, und die Kosten für das gesamte Verfahren nur nach dem einmaligen Wert der Gütergemeinschaft zuzüglich des Wertes eines etwaigen Sondervermögens berechnet werden sollen. Diese Vorschr. des § 88 Abs. 2 Satz 3 PrOGG. ist, was die Vorinstanzen verkennen, hier entsprechend anwendbar. Für eine Ehe, für welche der gesetzliche Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem Gesetz betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen v. 16. April 1860 (GS. 165) besteht, bleiben nach Art. 48 §§ 1, 2 PrOGG. die Vorschr. dieses Provinzialgesetzes mit der Maßgabe in Kraft, daß, soweit für die Ehe bisher die Vorschr. des AN. über die allgemeine Gütergemeinschaft galten, an deren Stelle die Vorschr. des BGB. treten. Wird also eine unbeeerbte Ehe durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst, so treten an Stelle des § 7 Abs. 1 des Gesf. die Vorschr. der §§ 1482 f. BGB. (RGZ. 24, A 48), während bei beerbter Ehe nach Maßgabe des § 10 des Gesetzes fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt. Beim Zusammentreffen gemeinschaftlicher und anderer Abkömmlinge gilt mithin auch für westfälisches Güterrecht § 1483 Abs. 2 BGB., nach dem sich das Erbrecht und die Erbteile der Vorfürer so bestimmen, wie wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre (RG. a. a. D.). Zum Nachlaß des verstorbenen Ehegatten ist in diesem Fall auch sein Anteil am Gesamtgut zu rechnen. Behufs Ermittlung dieses Anteils bedarf es einer Auseinanderlegung zwischen den einseitigen Abkömmlingen einerseits und dem überlebenden Ehegatten andererseits (RGKomm., 6. Aufl., § 1483 Anm. 7; Plana, BGB., 3. Aufl., § 1483 Anm. III 3; Staude, BGB., 9. Aufl., § 1483 Anm. 3 e; vgl. auch Welter, Eheliches Güterrecht in Westfalen, 2. Aufl., 1883, § 181 Nr. 3 S. 357). Diese Auseinanderlegung tritt also neben die Auseinanderlegung über den Nachlaß. Nachlaß und Gesamtgut stehen insofern in Zusammenhang, als an beiden Massen die Abkömmlinge beteiligt sind (Bartscher-Drinnenberg-Wenz, PrOGG., 7. Aufl., § 88 Anm. 2). Daß ihre Beteiligung sich beim Gesamtgut nicht auf die Hälfte des überlebenden Ehegatten erstreckt, ändert an diesem Zusammenhang nichts. Die Auseinanderlegung berührt auch nicht i. S. von § 88 Abs. 3 PrOGG. nur einzelne Teile einer Masse, sondern den ganzen Nachlaß, der hier nur in Ermangelung von Sondergut (vgl. Welter a. a. D. § 148 S. 284 ff.) mit der Hälfte des Gesamtgutes identisch ist, und auch das ganze Gesamtgut, aus dem die Abfindung des Vorfürers zu entnehmen ist. Aus der Sonderbestimmung, die in § 78 Abs. 7 PrOGG. für den Wert eines Erbteils bei fortgesetzter Gütergemeinschaft gegeben ist, können Schlüsse für die Bewertung einer Erbteilung mit einem nicht gemeinschaftlichen Kinde nicht gezogen werden. Deshalb ist in entsprechender Anwendung von § 88 Abs. 2 Satz 3 PrOGG. der Gebührenberechnung der unstreitige Bruttowert des Gesamtgutes unter Abzug des Hausrats (§ 20 Abs. 9 PrOGG.) zugrunde zu legen (ebenso Mügel-Elm a. a. D. § 90 Anm. 11 b; Bartscher-D. = W. a. a. D. § 88 Anm. 4). Dieses Ergebnis entspricht auch durchaus der Sachlage, weil zum Zwecke der Auseinanderlegung mit dem nicht gemeinschaftlichen Kinde vom Gesamtgut auszugehen, dessen Wert zwecks Feststellung des

Nachlasses des verstorbenen Ehegatten zu halbieren und von dieser Hälfte dann der Erbteil des Vorfürers zu berechnen ist.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 29. Juni 1934, 1a X 766/34.)

Ber. von RGK. Seydttmann, Berlin.

*

4. §§ 797, 767 ZPO. Ein Verzicht des Gläubigers auf den materiellen Anspruch steht der Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht entgegen.†)

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 20. April 1934, 1a X 445/34.)

Abgedr. ZB. 1934, 1862⁵.

Zu 4. Die Entsch. ist der Ausdruck einer Entwicklung, die dazu neigt, bei den vollstreckbaren Urkunden die Loslösung ihrer Vollstreckungsfähigkeit von dem zu vollstreckenden Anspruch in einem ungelunden und unzumutbaren Maße zu überfeigern. Nach den gewählten Formulierungen muß man den Eindruck gewinnen, als wenn die Fähigkeit der vollstreckbaren Urkunde, die Grundlage der Vollstreckung bilden zu können, Selbstzweck und nicht nur dazu geschaffen sei, einem vorhandenen Anspruch zur Durchführung zu verhelfen. Diese Entwicklung ist m. E. darauf zurückzuführen, daß man die für Urteilstitel aufgestellten Grundsätze auf die vollstreckbare Urkunde ohne Berücksichtigung ihrer Eigenart in einem nicht gerechtfertigten Maße zu übertragen versucht.

Die Vollstreckbarkeit der Urteilstitel, mag sie auf einer besonderen Erklärung oder auf der Rechtskraft der Entsch. beruhen, baut sich auf der in der Entsch. erfolgten Feststellung des Bestehens des zu vollstreckenden Anspruchs auf. Denn diese Feststellung ist der innere Grund für die Zulassung der Vollstreckung. Wenn das RG. im Anschluß an Stein-Jonas ausführt, daß Bestehen des zu vollstreckenden Anspruchs sei, da der Schuldtitel seinem Wesen nach nicht zu dessen Beweise diene, nicht Voraussetzung der Vollstreckung, so ist das richtig oder falsch, je nachdem man es auffaßt. Von einem Beweise im Rechtssinne, der nur dem Gericht gegenüber in Frage kommt, kann naturgemäß nach Erlaß des Ur. keine Rede mehr sein. Daß aber in dem vom Volke verstandenen Sinne des Wortes das Ur. „beweisen“ soll, daß bei seinem Erlaß der Anspruch bestanden habe, kann doch wohl nicht zweifelhaft sein. Und zumindest in der Zielsetzung ist der materielle Anspruch auch Voraussetzung für die Zulassung der Vollstreckung; daran können auch die zwei Einschränkungen nichts ändern, daß nämlich das rechtskräftige Ur. — außer im Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens — nicht darauf nachgeprüft werden kann, ob es richtig ist, und daß eine nach Erlaß des Ur. eingetretene Veränderung in bezug auf den Anspruch nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann. Die erste Einschränkung hat mit der Eigenart des Ur. als Vollstreckungstitel nichts zu tun, sie entspringt dem Bedürfnis nach Sicherung des Rechtsfriedens und greift auch ein, soweit das Ur. nicht Vollstreckungstitel ist. Die zweite Einschränkung hat ihren verständlichen Grund darin, daß dem Gläubiger die Vollstreckbarkeit nicht unter geringeren Garantien entzogen werden soll, als er sie erstritten hat. Vom rechtspolitischen Gesichtspunkt ist es interessant, daß der Entw. zur ZPO. in §§ 818, 819 für die vollstreckungsabwehrenden Umstände wie Tilgung, Erlaß und Stundung die Erinnerung zuläßt.

Bei der Frage, ob und in welchem Umfange der Grundsatz, daß die den Anspruch betreffenden Umstände nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage Berücksichtigung finden können, auf die vollstreckbaren Urkunden zu übertragen ist, wird man deren Unterschiebe gegenüber den Urteilstiteln berücksichtigen müssen. Im Gegensatz zu diesen hat die vollstreckbare Urkunde nicht die staatliche Feststellung des Anspruchs zur Voraussetzung, die Vollstreckbarkeit ist nicht die vom Staate aus dieser Feststellung gezogene Folgerung der Zulassung seiner Zwangstitel, sie beruht vielmehr auf dem Willen des Schuldners, sich der staatlichen Vollstreckung wegen eines näher bezeichneten Anspruchs zu unterwerfen. Die eine aus diesem Unterschiebe entspringende Folgerung hat das Gesetz schon gezogen, nämlich aus dem Fehlen der Feststellung des Anspruchs dahin, daß die Vollstreckungsgegenklage nicht entsprechend der Regelung beim Ur. auf die nach der Errichtung der Urkunde eingetretenen Veränderungen des Anspruchs beschränkt ist, sondern überhaupt dessen Bestehen zum Gegenstande hat (§ 797 Abs. 4 ZPO.). Es müssen aber auch die notwendigen Folgerungen daraus gezogen werden, daß die Unterwerfung auf dem Willen des Schuldners beruht. Die Unterwerfungserklärung ist anerkannterweise eine prozeßuale Willenserklärung (Stein-Jonas § 794 Bem. VII 3; Seuffert-Walshmann Anm. 7c), daher wie jede Willenserklärung der Auslegung zugänglich. Und es kann doch kein Zweifel sein, daß der die Unterwerfung Erklärende sich der Zwangsvollstreckung nur wegen eines bestehenden Anspruchs unterwerfen will und daß die Vollstreckung auch nur wegen eines bestehenden

2. Bayern

5. § 20 RErbhofG.; § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. v. D.; §§ 2, 13 der 3. Durchf. v. D.; §§ 1490, 1491 BGB. Vereinen sich die Anteile an der fortgesetzten Gütergemeinschaft in der Hand des überlebenden Ehegatten, so wird dieser Alleineigentümer des zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Erbhofs. Ein Auerbenfall nach § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. v. D. zum RErbhofG. tritt nicht ein.

Die Bauerwitwe Babette P. in St. lebte nach dem Tode ihres am 17. Mai 1921 gestorbenen Ehemanns Johann P. mit ihrem Sohne in fortgesetzter allgemeiner Gütergemeinschaft. Der Sohn ist am 13. Nov. 1933 tödlich verunglückt. Er war ledig.

Auf Antrag der Witwe P. wurde am 27. Jan. 1934 in das Grundbuch auf dem dort als Gesamthandseigentum der Witwe P. und ihres Sohnes vorgetragener Grundbesitz eingetragen, daß der Anteil des Johann P. an der fortgesetzten Gütergemeinschaft seiner Mutter Barbara P. angewachsen ist.

Gegen diesen Eintrag legte der Bruder des Johann P. alt, der Baugeschäftsinhaber Michael P. in 3., am 17. Mai 1934 Beschw. ein mit der Begr., daß durch den Eintrag das Grundbuch unrichtig geworden sei, weil nicht § 1490 BGB., sondern § 20 RErbhofG., wonach er als Auerbe in Betracht komme, zur Anwendung zu kommen habe.

Das LG. wies durch Beschl. v. 20. März 1934 das OVA. an, im Grundbuche für die oben genannten Steuergemeinden zu jener Eintragung v. 27. Jan. 1934 einzutragen:

„Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung zugunsten des Baugeschäftsinhabers Michael P. in 3.“

Gegen die Entsch. des LG. wendet sich die von der Witwe P. am 29. März 1934 zu Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des LG. erhobene weitere Beschw.

erfolgen soll. Daraus ist die Folgerung zu ziehen, daß kraft dieses Willens zwischen Anspruch und Unterwerfungserklärung eine stärkere Verknüpfung besteht, als zwischen dem Urteilstitel und dem Anspruch. Der vom RG. angezogene und für Urteilstitel zutreffende Ausspruch von Stein-Jonas: „Die Vollstreckung ist sonach von ihrem zivilistischen Untergrunde gelöst, sie erfolgt nicht unter der Bedingung, daß der Anspruch besteht“ kann für die vollstreckbare Urkunde zumindest nur in einem abgeschwächten Sinne gelten. Es sei nur darauf verwiesen, daß es sehr streitig ist, ob in Fällen, in denen es sich nach der Unterwerfungsurkunde um einen noch nicht bestehenden Anspruch handelt, dessen Entstehung nicht vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nachgewiesen werden muß (bejahend RG. 132, 9 = JW. 1932, 1376; Sternberg: Festschr. f. Oberneck S. 40 und 60, 61). In eine Unteruchung dieser Frage einzutreten, würde hier zu weit führen. So viel scheint mir aber unzweifelhaft zu sein, daß es der Natur der vollstreckbaren Urkunde — nämlich dem in ihr ausgesprochenen und erkennbaren Willen, sich für einen bestehenden Anspruch der Vollstreckung zu unterwerfen — in kraßstem Maße widerspricht, die vollstreckbare Ausfertigung noch zu erteilen, wenn unzweifelhaft — z. B. durch eine vor dem Notar beurkundete Erklärung — feststeht, daß der den Gegenstand der Unterwerfung bildende Anspruch durch Verzicht erloschen ist. Für die Zulässigkeit der Berücksichtigung des Verzichts auf den Anspruch dürfte auch folgende Erwägung sprechen. Nach der Abspr. des RG. (vgl. RGZ. 42, A 263; 52, A 193) bilden, wenn mehrere gerichtliche oder notarielle Urkunden vorliegen und die spätere auf die frühere Bezug nimmt, die mehreren Urkunden in ihrer Zusammenfassung die Urkunde, nach der sich die Vollstreckbarkeit bestimmt. Das bedeutet: Der späteren Urkunde wird die Fähigkeit zugesprochen, die in der ersten enthaltene prozessuale Unterwerfungserklärung in ihrer materiellen Grundlage durch Änderung des zu vollstreckenden Anspruchs zu beeinflussen. Soll es nun ohne jeden Einfluß sein, wenn in derselben Weise der Anspruch von der Gläubigerseite aus durch Verzicht, Stundung oder dergleichen beeinflusst wird? Wenn die Notare, wie die vielen Entsch. zeigen, sich immer wieder in Fällen, in denen ein Gläubiger in einer vor ihnen aufgenommenen Urkunde auf den Anspruch verzichtet oder Stundung gewährt hat, die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung verweigern, so entspricht das einem gesunden Rechtsempfinden, das der Eigenart der vollstreckbaren Urkunde gerecht wird als die schematische Anwendung der für die Urteilstitel aufgestellten Grundzüge. Es war vielfach der Fehler der bisherigen Abspr., daß sie zu sehr in abstrakten Rechtsfragen dachte, als den Gegebenheiten einer besonderen Erscheinung gerecht zu werden. Es ist auch ein unwirtschaftlicher Umweg, den Schuldner in Fällen der erörterten Art auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage zu verweisen. Sollte überhaupt ein Zweifel über die Wirksamkeit des Verzichts oder der Stundung bestehen können, so kann dieser in den — kaum ins Gewicht fallenden — Ausnahmefällen ebensogut in dem an die Verweigerung der Vollstreckungsklausel anschließbaren Beschwerdeverfahren geklärt werden.

OLGH. Dr. Karl Münzel, Kassel.

Das AnerbG. hat inzwischen durch Beschluß festgestellt, daß das P.ische Anwesen ein Erbhof ist.

Nach § 62 Abs. 4 Satz 1 der 1. Durchf. v. D. z. RErbhofG. ist auch eine den Voraussetzungen der §§ 1—4, 6 RErbhofG. entsprechende Besingung, die beim Inkrafttreten des Gesetzes (1. Okt. 1933) zum Gesamtgute einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörte, von diesem Zeitpunkt an Erbhof und können die Ehegatten in einem Erbvertrag oder in einem gemeinschaftlichen Testamenten sich gegenseitig zu Auerben des Erbhofs einsetzen oder anordnen, daß der Erbhof an eine Person als Auerbe fallen solle, die nach dem RErbhofG. als Auerbe des einen oder anderen Ehegatten berufen wäre oder bestimmt werden könnte. In Satz 2 des § 62 Abs. 4 a. a. D. ist weiter vorgeschrieben, daß, wenn die Ehegatten keine derartigen Best. getroffen haben, der Hof bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft derjenigen Person anfallen solle, die nach dem RErbhofG. als Auerbe des Mannes berufen sei. Hiernach und gem. § 20 Nr. 3 RErbhofG. wäre allerdings Michael P. hinsichtlich des P.ischen Anwesens als Auerbe in Betracht gekommen. Allein durch § 2 der 3. Durchf. v. D. z. RErbhofG. v. 27. April 1934 (RGBl. 349 ff.) hat § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. v. D. z. RErbhofG. den Zusatz erhalten: „Der vorstehende Satz — d. i. der eben inhaltlich wiedergegebene Satz — „gilt nicht, wenn alle Anteile an der fortgesetzten Gütergemeinschaft sich in der Hand des überlebenden Ehegatten vereinigen (§§ 1490, 1491 BGB.)“. Diese Vorschr. hat nach § 13 der 3. Durchf. v. D. rückwirkend vom 1. Okt. 1933 ab Kraft. Aus ihr folgt, daß Michael P. nicht als Auerbe des am 17. Mai 1921 verstorbenen Johann P. alt berufen ist und demgemäß auch keinerlei Anspruch auf Berichtigung des oben bezeichneten Grundbuchs hinsichtlich der am 27. Jan. 1934 erfolgten Eintragung hat, daß der Anteil des Johann P. jung an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach seinem am 13. Nov. 1933 erfolgten Ableben kraft Gesetzes (§ 1490 BGB.) seiner Mutter angewachsen ist.

Nach alledem war unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Nichteintragung bzw. Löschung des Antzwiderrspruchs anzuordnen.

(BayObLG., Beschl. v. 6. Juni 1934, Reg III 44/34.)

[S.]

Celle

Erbhofgerichte

1. § 13 RErbhofG. Slaven sind den Deutschen stammesgleich i. S. des § 13 RErbhofG. f)

Der Eigentümer wendet gegen die Eintragung seines Hofes in die Erbhöferolle ein, daß er dem polnischen Volkstum angehöre und slawischen Blutes und slawischen Volkstums sei. Sein Einspruch ist zurückgewiesen worden. Die dagegen eingelegte sofortige Beschw. ist unbegründet.

Es ist zwar richtig, daß die Präambel des RErbhofG. in den Eingangsworten erklärt, die Reichsregierung wolle unter Sicherung alter deutscher Erbsitte das Bauerntum als Blutquelle des deutschen Volkes erhalten. In Abs. 7 erläutert es aber diesen Satz näher dahin, daß es sagt, Bauer, der nach Abs. 1 Blutquelle des deutschen Volkes sein soll, könne nur sein, wer deutschen oder stammesgleichen Blutes sei. Die gleiche Best. enthält § 15 Abs. 1 des Gesetzes selbst. Dem deutschen Blute ist hiernach im Gesetz also das stammesgleiche Blut gleichgesetzt worden. Was dabei unter „stammesgleichen Blutes“ zu verstehen ist, ist im Gesetz nicht näher bestimmt worden. Das RErbhofG. sagt nur negativ, daß stammesgleichen Blutes derjenige nicht ist, der unter seinen Vorfahren väterlicher- oder mütterlicherseits jüdisches oder farbiges Blut hat. Positiv dagegen gibt das Gesetz keine Best. Daraus wird allerdings kaum zu folgern sein, daß alle s Blut, das weder jüdisch noch farbig ist, als dem deutschen stammesgleich zu behandeln ist. Stammesgleich sind vielmehr nur diejenigen Völker, die in geschlossener Volkstumspiedlung seit geschichtlicher Zeit in Europa beheimatet sind (vgl. Vogel's, Ann. 2 b zu § 13 RErbhofG.). Demnach ist jedenfalls der Slawe als europäischer Arier i. S. des RErbhofG. dem Deutschen stammesgleich. Als solcher ist daher der Grundstückseigentümer bauernfähig i. S. des RErbhofG. Wenn er darauf hinweist, daß das RErbhofG. nach seiner Einleitung die alte deutsche Erbsitte sichern und dadurch das Bauerntum als Blutquelle des deutschen Volkes erhalten wolle, und daß es damit dem Geiste und Zwecke des Gesetzes widerspreche, wenn ein Minderheitsangehöriger, der sein eigenes Volkstum und seine eigenen Erbsitten habe und pflege, durch Eintragung seines Hofes

Zu 1. In gleichem Sinn hat der 6. Sen. des ErbHGer. in Celle in dem Beschl. v. 9. August 1934, 3 (6) EH 1378/34, entschieden. Dieser Beschl. ist mit zust. Anmerkung MinR. Dr. Vogel's: Deutsche Justiz 1934, 1130 abgedruckt.

in die Erbhöferolle gewissermaßen zum Treuhänder und Garanten deutscher Erbsitte und deutschen Volkstums bestellt werde, so verkennet er den Geist und den Zweck des Auerbhofes. Dieses Gesetz ist zum Schutze und Nutzen des Bauernstandes in Deutschland geschaffen worden. Es ist ein Agrargesetz, das einen neuen gesunden Bauernstand in Deutschland schaffen will. Der Ton in der Einleitung liegt nicht so sehr auf dem Worte „deutsch“, wie auf dem Worte „Bauerntum“. Das ergibt sich auch daraus, daß es eine Erbsitte zum Gesetze macht, die bisher durchaus nicht überall in Deutschland gegolten hat. In vielen Teilen Deutschlands war vielmehr die im Auerbhofes angeordnete Auerbensitte auch in den Kreisen der bäuerlichen Grundbesitzer nicht üblich. Nicht nur die polnischen Minderheiten allein haben und kennen diese Erbsitte des Auerbensrechtes nicht; auch in vielen anderen deutschen Landesteilen galt diese Erbsitte bisher ebenfalls nicht, herrschten vielmehr sogar Erbsitten, die dieser Erbsitte geradezu wider sprachen. Mit dem Auerbhofes hat der Gesetzgeber eine Erbsitte von den vielen, die bisher in Deutschland bestanden, herausgegriffen und für das fortan allein geltende bäuerliche Erbrecht erklärt, weil er sie für besonders geeignet hält, um ein neues kräftiges Bauerntum in Deutschland zu schaffen, nicht aber deswegen, weil es sich um eine oder gar die einzige deutsche Erbsitte handelt.

Da sonst Bedenken gegen die Eintragung der Besichtigung in die Erbhöferolle nicht erhoben werden oder sonst zu ersehen sind, war die sofortige Beschw. zurückzuweisen.

(Auerbhofes. Celle, Beschl. v. 1. Aug. 1934, 3 (6) EH 1334/34.) [—n.]

*

2. § 17 Auerbhofes; § 2 der 2. Durchf. W. D. Miteigentumsanteile gehören nach § 2 der 2. Durchf. W. D. nur dann zum Auerbhof, wenn sie in einem dienenden Verhältnis zum Hofe stehen und im Verhältnis zu ihm eine Nebensache darstellen. †)

Der Beschw. F., Bauer Johannes S. in T., ist im Grundbuch als Eigentümer des 21,32,20 ha großen Auerhofes eingetragen. Er ist außerdem im Grundbuch von T. zusammen mit seinem Bruder als Miteigentümer zu $\frac{2}{3}$ der Wiesen- und Weidengrundstücke von insgesamt 14,35,32 ha eingetragen. Die Geschwister S., die beiden oben genannten Brüder und deren 1903 verstorbene Schwester, haben 1897 diese Grundstücke von ihrem Onkel als Miteigentümer zu je $\frac{1}{3}$ erhalten. Bei der Auseinandersetzung über den Nachlaß der Schwester hat der Beschw. deren Miteigentumsanteil übernommen. Auf den Einspruch des Kreisbauernführers hat das Auerb. beim A. G. in G. durch Beschl. v. 19. Mai 1934 angeordnet, daß der Miteigentumsanteil des Beschw. als zum Auerbhofes gehörig, gehörig in das öffentliche Verzeichnis aufzunehmen sei. Gegen diesen Beschl. richtet sich die sofortige Beschw.

Die Beschw. ist zulässig und begründet.

Nach §§ 7—9 Auerbhofes besteht der Auerbhof aus den Grundstücken nebst Zubehör und bestimmten Rechten. § 2 der 2. Durchf. W. D. zum Auerbhofes erweitert den Kreis der Rechte, indem er auch Forstnutzungsrechte, sonstige dem Auerbhof dienende dingliche Nutzungsrechte, Anteile an einer Waldgenossenschaft und „ähnliche dem Auerbhof dienende Rechte“ als zum Auerbhofes gehörig bestimmt. Unter den Begriff der „ähnlichen dem Auerbhof dienenden Rechte“ gehört z. B. das Miteigentum an einem Wege, einem Wassergaben, einem Brunnen, einem Backofen, vielleicht auch an einem Waldstück, einem Teich u. dgl. Es können begrifflich nur Anteile in Frage kommen, die zum Auerbhofes in einem dienenden Verhältnis stehen und im Verhältnis zu ihm eine Nebensache darstellen. Ein derartiges Verhältnis liegt hier nicht vor. Es handelt sich um den Anteil an einem Grundeigentum, das an Raum etwa $\frac{2}{3}$ des Auerhofes entspricht. Von einem dienenden Verhältnis kann keine Rede sein. Eine Grundfläche von derartiger Größe kann nicht mit dem Schicksal des Auerhofes verbunden werden. Diese Grundstücksanteile stehen im Miteigentum mehrerer Personen. Solche Anteile gehören nicht zum Auerbhofes (§ 17 Abs. 1 Auerbhofes).

(Auerbhofes. Celle, Beschl. v. 25. Juli 1934, 1 (5) EH 851/34.) [—n.]

*

Zu 2. Die Entsch. ist unbedingt richtig. Sie ist zwar die erste zu der von ihr behandelten Rechtsfrage, stimmt aber mit der Stellungnahme aller erreichbaren Erläuterungsbücher überein. Und das mit Recht. Die Vorschrift des § 2 der 2. Durchf. W. D. ist natürlich ganz eng auszulegen als eine Ausnahmegesetz, die sich an sich mit § 17 Auerbhofes in Widerspruch setzt für diejenigen Fälle, in denen Ausnahmen geboten erschienen. Eine entgegen gesetzte Entsch. würde es zudem unmöglich machen, eine für die Praxis einigermaßen brauchbare Grenze zu ziehen, die mit dem § 17 Auerbhofes überhaupt noch vereinbar wäre.

Notar Schiedt, Markt Grafing b. München.

3. §§ 58, 52 der 1. Durchf. W. D. zum Auerbhofes; § 38 D. G. R. G. Für die Zurücknahme der Beschw. im Auerbhofesverfahren können Kosten nicht in Ansatz gebracht werden.

Der Beschw. hat beim Auerbgerichte die Genehmigung zur Belastung seines Auerhofes beantragt. Das Auerbgericht hat diesen Antrag durch Beschl. v. 7. April 1934 abgelehnt. Gegen diesen Beschl. hat der Eigentümer Beschw. erhoben. Nachdem ihm jedoch durch Vermittlung des Kreisbauernführers nachträglich Personalkredit zur Verfügung gestellt worden ist, hat er seine Beschw. zurückgenommen.

Infolge der Zurücknahme der Beschw. konnte keine Entsch. über die Sache selbst mehr ergehen. Es war nur noch über die Kosten zu entscheiden. Diese Kostenentscheidung hat der Senat in solchen Fällen bisher allein aus den in der 1. Durchf. W. D. zum Auerbhofes gegebenen Bestimmungen getroffen und die Möglichkeit verneint, bei Zurücknahme der Beschw. die einschlägigen Bestimmungen des D. G. R. G. anzuwenden. Diese Ansicht kann aber bei erneuter Prüfung dieser Frage nicht mehr aufrechterhalten werden.

Wenn es in § 58 der 1. Durchf. W. D. heißt, daß für die Gebühren und Auslagen im Verfahren vor den Auerbbehörden im übrigen die Vorschriften des D. G. R. G. entsprechend anzuwenden sind, so zeigt dies, daß den dieser Vorschrift vorausgehenden kostenrechtlichen Bestimmungen der 1. Durchf. W. D. zum Auerbhofes nur die Bedeutung einer Ergänzung und Anpassung der Bestimmungen des D. G. R. G. an die Besonderheiten des Verfahrens vor den Auerbbehörden zukommt.

Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des D. G. R. G. kann also nur dann verneint werden, wenn in den dem § 58 der 1. Durchf. W. D. vorausgehenden kostenrechtlichen Bestimmungen der 1. Durchf. W. D. zum Auerbhofes eine ausdrückliche Regelung enthalten ist. Für die Zurücknahme der Beschw. findet sich aber eine solche besondere Bestimmung in der 1. Durchf. W. D. nicht. Es ist nur im § 52 Abs. 1 Satz 2 daselbst gesagt worden, daß das Gericht aus besonderen Gründen von der Erhebung von Gerichtskosten ganz oder teilweise absehen kann. Das schließt aber nicht aus, daß neben dieser Bestimmung für Beschw. die grundlegende Vorschrift des § 38 Abs. 2 D. G. R. G. gilt, nach der, abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Fällen, für das Verfahren in der Beschw. Inst. eine Gebühr nur zu erheben ist, soweit die Beschw. als unzulässig verworfen oder zurückgewiesen wird. Auch die Bestimmung des § 52 Abs. 2 der 1. Durchf. W. D. steht dem nicht entgegen, sondern gibt nur die Möglichkeit, im Falle der Zurücknahme einer unbegründeten Beschw., aus besonderen Gründen einem Beteiligten eine Gebühr aufzuerlegen. Ebenso hat die Gebühr des § 52 Abs. 5 der 1. Durchf. W. D. zum Auerbhofes mit der Frage der Anwendbarkeit des § 38 D. G. R. G. nichts zu tun.

Zit aber die Vorschrift des § 38 Abs. 2 D. G. R. G. anzuwenden, so ergibt sich unmittelbar aus dem Inhalt dieser Bestimmung, daß Kosten für die Zurücknahme der Beschw. nicht in Ansatz gebracht werden können.

(Auerbhofes. Celle, Beschl. v. 2. Aug. 1934, 3 EH 617/34.) [—n.]

*

4. § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. W. D.; § 6 Abs. 1 der 2. Durchf. W. D. zum Auerbhofes. Die Prüfung der Auerbbehörden bei Erteilung der Zustimmung gem. § 6 Abs. 1 der 2. Durchf. W. D. hat sich lediglich darauf zu erstrecken, ob „unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen“ die richtige Auswahl getroffen ist, dagegen nicht darauf, ob die Abkömmlinge des Mannes aus früherer Ehe mit Recht übergegangen sind.

Der rund 13,5 ha große Auerbhof gehörte ursprünglich den Eheleuten P., die in ehelicher Gütergemeinschaft lebten und eine Tochter Berta und einen Sohn Johann Hinrich hatten. Beim Tode der Ehefrau ist der Hof auf ihren Mann als Alleineigentümer übergegangen. Er hat seine Kinder Berta und Johann Hinrich auf Grund des Abteilungsvertrages v. 26. Juni 1895 bezüglich ihrer Anteile am mütterlichen Vermögen abgefunden. P. hat sich dann zum zweitenmal verheiratet; aus dieser Ehe sind zwei Töchter hervorgegangen. P. ist am 7. Okt. 1902 gestorben. Seine Witwe ist mit den beiden aus der zweiten Ehe stammenden Kindern in fortgesetzte Gütergemeinschaft getreten und hat die beiden Kinder aus der ersten Ehe ihres Mannes, Berta und Johann Hinrich, durch Vertrag v. 25. März 1903 bezüglich ihres Erbanteils am väterlichen Vermögen abgefunden. Seit dem 30. März 1903 ist demgemäß die Witwe in fortgesetzter Gütergemeinschaft mit ihren beiden Töchtern Maria und Frieda als Eigentümerin des Auerhofes eingetragen.

Am 24. Jan. 1934 hat sie eine ihrer Töchter zur Auerbin des Hofes bestimmt. Sie hat in ihrer Verfügung angegeben, sie wolle diese Tochter, weil sie mit einem Landwirt verheiratet sei und fünf Kinder habe, während die andere Tochter mit einem Bahnangestellten verheiratet sei, mit dem sie leider kaum in Verbindung stehe.

Das Auerb. hat die erbetene Genehmigung zu dieser Best.

versagt, weil Johann Hinrich P., der Sohn aus P.s erster Ehe, als an sich berufener Anerbe nicht übergangen werden dürfe.

Dagegen hat die Witwe P. form- und fristgerecht Beschwerde eingelegt.

Die Beschwerde erscheint sachlich begründet.

Das AckerhofG. beruht zwar auf dem Grundsatz der Bevorzugung des Mannesstammes. Es hat diesen Grundsatz aber nur bei den Höfen, die sich im Miteigentum einer Person befinden — das ist der Regelfall (vgl. § 1 Abs. 1 Ziff. 2 und § 17 AckerhofG.) —, streng durchgeführt. Dagegen ist der Grundsatz stark gemildert bei den Höfen, die sich zur Zeit des Inkrafttretens des AckerhofG. und der 2. DurchfW. z. AckerhofG. im gemeinschaftlichen Eigentum von Ehegatten oder im Eigentum einer fortgesetzten Gütergemeinschaft befunden haben. Nach § 62 Abs. 2 der 1. DurchfW. und § 5 Abs. 2 der 2. DurchfW. können in diesen Fällen Ehegatten sich gegenseitig zu Anerben des Ackerhofes einsetzen oder bestimmen, daß der Ackerhof nach dem Tode des Erstversterbenden oder des Überlebenden an eine Person als Anerben fallen soll, die nach dem AckerhofG. als Anerbe des einen oder des anderen Ehegatten berufen wäre oder bestimmt werden könnte. In diesem Falle stehen also die Anerben nach der Ehefrau der Anerben nach dem Ehemanne vollkommen gleich. Nur wenn die Ehegatten von diesem Recht keinen Gebrauch machen, tritt wieder der Grundsatz der Bevorzugung des Mannesstammes in Wirkung: Der Hof fällt beim Tode der Frau dem Manne als Anerben an. Stirbt der Mann, gleichviel ob vor oder nach der Frau, so fällt der Hof derjenigen Person als Anerben an, die nach dem AckerhofG. als Anerbe des Mannes berufen ist. Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft fällt der Hof, wenn die Ehegatten keine Best. getroffen haben, bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft an sich derjenigen Person an, die nach dem AckerhofG. als Anerbe des Mannes berufen ist. Nach § 6 Abs. 1 der 2. DurchfW. z. AckerhofG. kann aber in diesem Falle — beim Fehlen einer gemeinschaftlichen Best. der Ehegatten — auch der überlebende Ehegatte allein mit Zustimmung des AckerhofG. unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen den Anerben bestimmen.

Die Rechtslage stellt sich daher im vorliegenden Falle, wie folgt, dar: Würde die Witwe P. jetzt ohne Hinterlassung eines Testaments versterben, so würde sich der Hof auf diejenige Person vererben, die als Anerbe des Mannes berufen ist. Es kann schon zweifelhaft erscheinen, ob dies der Sohn Johann Hinrich P. sein würde. Es läßt sich sehr wohl die Auffassung vertreten, daß in diesem Falle nur diejenigen Personen als Anerben des Mannes in Frage kommen, die zu der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören; das wären die anteilsberechtigten Abkömmlinge, also die Töchter Maria und Frieda, dagegen nicht der Sohn Johann Hinrich, der zu der Gütergemeinschaft in keinerlei Rechtsbeziehungen steht. Diese Frage kann aber dahingestellt bleiben. Denn § 6 Abs. 1 der 2. DurchfW. gestattet jedenfalls dem überlebenden Ehegatten, den Anerben lediglich unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen auszuwählen. Da die Witwe P. im vorliegenden Falle von diesem Bestimmungsrecht des § 6 Abs. 1 Gebrauch gemacht hat, ist daher lediglich zu prüfen,

Zu 5. I. Der Entsch. ist zuzustimmen. Der Ackerhof ist grundsätzlich unbelastbar. Soll das Gericht seine Belastung ausnahmsweise gestatten, so müssen ihm die genauesten Unterlagen für seine Entscheidung beschafft werden. Es muß wissen, welchem Zwecke das aufzunehmende Geld dienen, in welcher Höhe es verzinst und in welcher Weise es zurückbezahlt werden soll. Nur dann ist die Prüfung der Frage möglich, ob die Kapitalaufnahme notwendig, ob sie tragbar und ob Verzinsung und Tilgung erfüllbar sind.

II. Wären diese Voraussetzungen gegeben, so sollte die hypothekarische Belastung m. E. im vorl. Falle genehmigt werden:

1. Die Instandsetzung der Hofstelle ist dringend erforderlich, die Geldaufnahme also an sich gerechtfertigt. Wie die Entsch. weiter ersieht läßt, sind die Arbeiten bereits ausgeführt und haben einen Aufwand von 3100 RM erfordert; hiervon sind seither 800 RM bezahlt. Es ist also zu bedenken, daß Bauhandwerker auf Zahlung warten, die ihr Geld dringend nötig haben, um auch ihrerseits wieder ihren Verpflichtungen nachkommen zu können. Insofern sollte auf unsere Wirtschaft im ganzen Rücksicht genommen werden.

2. Unsere neue bauernrechtliche Gesetzgebung denkt in Jahrhunderten. Das AckerhofG. stellt deshalb lediglich die Grundlinien auf, nach denen es die bäuerlichen Verhältnisse neu ordnen will. Es muß strenge und starre Regeln aufstellen, wenn es seine Zwecke durchsetzen will. Es gestaltet aber das Gesetzgebungswerk von vornherein beweglich (§ 61) und läßt in seinem DurchfW. deutlich das Bestreben nach Milderung von Härten erkennen. Solche finden sich in der Jetztzeit und auch im vorl. Falle; sie erfordern, dem Antrag stattzugeben. Zunächst brauchen die Gläubiger eine gewisse Übergangszeit, um sich auf das neue Bauernrecht umzustellen. Sie waren von jeher gewohnt, dingliche Sicherheit zu verlangen, und die Erfahrungen der erst kürzlich erlebten Inflation haben sie noch ängstlicher gemacht. Viele Kreditinstitute dürfen z. B. noch sachungsgemäß nur gegen hypothekarische

ob sie die richtige Wahl unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen getroffen hat. Dagegen spielt die Frage, ob sich unter den sonstigen Abkömmlingen ihres Mannes geeignete Anerben befinden, keine Rolle.

Zu den anteilsberechtigten Abkömmlingen gehören die Töchter Maria und Frieda. Die Witwe P. hat ihre Tochter Maria gewählt, weil diese mit einem Landwirt verheiratet ist und aus ihrer Ehe fünf Kinder hervorgegangen sind. Dagegen ist ihre Tochter Frieda mit einem Bahnarbeiter in C. verheiratet und steht mit ihrer Mutter kaum noch in Verbindung. Da Maria nach der Auskunft des Kreisbauernführers in der Lage ist, den Hof ordnungsmäßig zu bewirtschaften, erscheint ihre Best. zur Anerbin gerechtfertigt.

Selbst wenn man aber der Meinung sein sollte, daß Johann Hinrich P. auch bei der Auswahl nach § 6 Abs. 1 der 2. DurchfW. mit zu berücksichtigen wäre, würde ein wichtiger Grund vorliegen, ihn zu übergehen. Denn er ist bereits seit über 30 Jahren bezüglich seines Anteils an väterlichen und mütterlichen Vermögen abgefunden und steht seit einem Menschenalter mit dem Hofe als solchem in keiner Berührung mehr als Eigentümer. Es wäre für die Witwe P. und ihre beiden Töchter eine unerträgliche, vom AckerhofG. nicht gewollte Härte, wenn der Hof an den ihnen blutsfremden bereits abgefundenen Johann Hinrich P. fallen würde.

Unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses war daher die erbetene Zustimmung zur Best. der Maria als Anerbin zu erteilen. (AckerhofG. Celle, 3. Sen., Beschl. v. 21. Juni 1934, 3 EH 85/34.) [—n.]

*

Stuttgart

5. § 37 Abs. 2 AckerhofG. Solange der Gläubiger sowie die Zins- und Zahlungsbestimmungen einer aufzunehmenden Hypothek nicht bekannt sind, kann eine hypothekarische Belastung in der Regel nicht genehmigt werden. †)

Der 43 Jahre alte Bauer Adolf M. und seine 45 Jahre alte Ehefrau Marie sind in allgemeiner Gütergemeinschaft eines 11,16 ha großen Ackerhofs mit Mühle in G.

Auf dem Anwesen lasten zwei Sicherungshypotheken für das Vater- und Brudergut der Kinder der Ehefrau aus erster Ehe.

Am 16. April 1934 haben nur die Eheleute M. bei dem AckerhofG. L. den Antrag gestellt, ihnen die Genehmigung zur Bestellung einer Hypothek im Betrag von 1500 RM auf ihrem Anwesen zu erteilen, da sie den sehr stark reparaturbedürftigen Dachstuhl des Wohn- und Ökonomiegebäudes reparieren lassen müssen und die Kosten selbst nicht vollständig aufbringen können.

Das AckerhofG. hat die Genehmigung mit der Begründung verweigert, daß die Erneuerung des Dachstodes kein so wichtiger Grund sei, daß von dem Grundsatz der Unbelastbarkeit des Ackerhofs abgegangen werden könnte.

Gegen den Beschluß haben die Eheleute M. sofortige Beschw. eingelegt. Diese ist nicht begründet.

Die Genehmigung zur Belastung eines Ackerhofs ist nur in

Sicherheit Geld ausleihen. Selbst ländliche Kassen halten augenblicklich noch an dem Verlangen nach dinglicher Sicherheit fest.

Dazu kommt die derzeitige Kapitalart, welche die Erlangung von Krediten gegen tragbare Zinsen und vor allem mit weitgehenden Tilgungszielen, wie sie der Bauer nötig hat, schier unmöglich macht. Schließlich stellt die Beanspruchung von Personalkredit, zu der eine Genehmigung nicht erforderlich ist, genau so eine Belastung des bäuerlichen Betriebs dar wie die Aufnahme einer Hypothek, nur mit dem Unterschied, daß ersterer teurer und kurzfristig, also auch gefährlicher ist. Boreerst scheint mir deshalb die Aufnahme einer dinglichen, dem AckerhofG. bekanteten und deshalb kontrollierbarer Belastung gegenüber der Aufnahme eines jeder Aufsicht entzogenen Personalkredits das kleinere Übel zu sein.

3. Die Entsch. verweist die Antragsteller darauf, daß sie die für die Kinder gemachten Rücklagen abheben und zur Tilgung der Bau-schulden verwenden könnten. In unserem Volke ist glücklicherweise tief der Glaube verwurzelt, daß Gelder, die auf den Namen minder-jähriger Kinder angelegt sind, unantastbar sind und der Verfügung der Eltern nicht mehr unterstehen. Dieses ungeschriebene Gesetz zeigt eine sehr löbliche und gesunde Anschauung; sie sollte nicht zerstört, sondern gefördert werden. Untergebend kommt hinzu, daß die Ersparnisse lange vor dem Erlaß des AckerhofG. gemacht worden sind und in den letzten vier Jahren offenbar nicht mehr vergrößert werden konnten, was sich ohne weiteres aus der Not der Landwirtschaft im allgemeinen und den Familienverhältnissen unseres Falles im besonderen erklärt. Wie nämlich der Tatbestand der Entsch. weiter ergibt, sind aus den beiden Ehen der Frau, von welcher der Hof herkommt, neun Kinder im Alter von 2½ Jahren aufwärts vorhanden. Die Kinderzahl und mit ihr der Pflichtenkreis der Eltern ist also fortgesetzt größer, die Rücklage für die Ausbildung der Söhne und die Aussteuer der Töchter ist aber — verteilt auf die wachsende

seltenen Ausnahmefällen zu erteilen. Die Notwendigkeit der Reparatur des Dachstuhls des zum Erbhof gehörigen Wohn- und Ökonomiegebäudes kann eine solche Ausnahme begründen, da die Hofstelle einen wesentlichen Bestandteil eines jeden Erbhofs darstellt und deshalb auch in ordnungsmäßigem Zustand erhalten werden muß.

Voraussetzung für die Erteilung der Genehmigung zur Belastung des Anwesens ist jedoch immer, daß der Bauer keine eigenen Mittel besitzt, die er zur Bestreitung der Reparaturkosten verwenden kann, und, falls dies nicht der Fall ist, daß das Geld ohne hypothekarische Belastung des Anwesens nicht aufgebracht werden kann.

Nach ihren eigenen Angaben haben nun die Beschw. in den Jahren 1924—1929 auch Rücklagen für ihre Kinder gemacht. Diese Sparguthaben der in jugendlichem Alter stehenden Kinder sind in Wirklichkeit Vermögensbestandteile der Eltern, über welche diese frei verfügen können, geliehen. Die Rücklagen sollen nach der Angabe der Beschw. zur späteren Anschaffung einer Aussteuer für die Kinder dienen. Derartige Rücklagen sind zweifellos an sich wünschenswert. Jedoch kommen sie nur in Frage, soweit die Mittel nicht für den Erbhof benötigt werden. Die Spareinlagen für die Kinder dürfen nicht dazu führen, daß dem Erbhof die zu seiner ordnungsmäßigen Bewirtschaftung und zu seiner Erhaltung notwendigen Mittel entzogen werden oder zur Beschaffung dieser Mittel eine Belastung des Erbhofs notwendig wird.

Die Beschw. haben aber auch nicht dargelegt, ob eine Gelddarlehensaufnahme gegen hypothekarische Belastung des Anwesens überhaupt möglich wäre. Die Kreissparkasse gibt nach ihrer Äußerung das gewünschte Darlehen von 1500 RM den Beschw. nur gegen erste Hypothek. Die ausdrückliche Anfrage an die Beschw., ob sie in der Lage seien, der Kreissparkasse den ersten Rang zu verschaffen, blieb unbeantwortet. Die Genehmigung zur Belastung des Anwesens ist aber auch dann nicht zu erteilen, wenn nicht feststeht, ob ein Geldgeber überhaupt vorhanden ist. Dem Gericht wären vielmehr auch noch die sonstigen Bedingungen, unter denen das Darlehen gegeben würde (Zinsfuß usw.), zu unterbreiten. Da hiernach nicht feststeht, daß ein wichtiger Grund für die Erteilung der Genehmigung zur Belastung des Erbhofs besteht, vielmehr das Gegenteil anzunehmen ist, so war die Beschw. der Eheleute M. als unbegründet zurückzuweisen.

(ErbhGer. b. OLG. Stuttgart, Beschl. v. 29. Juni 1934, E Nr. 75/34.) [S.]

*

6. § 12 Abs. 2 der 2. Durchf. VO. mit § 7 der 3. Durchf. VO. ErbhofG. Die pflichtgemäße Ausübung des richterlichen Ermessens wird im Verfahren über die Eintragung eines Hofes in die Erbhoferolle stets die Feststellung und Anhörung des Anerben verlangen.

Das landwirtschaftliche Besitztum der Eheleute Feltz und Agathe L. in B. mit 7,63 ha gehört, abgesehen von zwei im Alleineigentum des Ehemanns stehenden Parzellen, den Eheleuten L. als Gesamtgut ihrer Erungenschaftsgemeinschaft. Der Vorsitzende des AnerbG. hat das Besitztum in das gerichtliche Verzeichnis eingetragen. Hiergegen haben die Eheleute L. rechtzeitig und mit Erfolg Einspruch erhoben. Gegen den, dem Einspruch stattgebenden Beschluß des AnerbG. hat der Kreisbauernführer sofortige Beschwerde erhoben. Die Beschwerde erscheint begründet. Der Beschluß des AnerbG. war aufzuheben und die Sache zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das AnerbG. zurückzuverweisen.

Die Eheleute L. haben keine Kinder. Ob solche noch zu erwarten sind, kann den Akten nicht entnommen werden, da das Alter der Eheleute L. nicht erhoben ist. Wer vermutlich Anerbe sein wird, ist ebenfalls nicht erhoben worden. Gemäß § 12 Abs. 2 der 1. Durchf. VO. soll eine Ensch. aber nur ergehen, nachdem den Beteiligten zuvor Gelegenheit zur Äußerung gegeben ist. Wer i. S. dieser Vorschrift als Beteiligter anzusehen ist, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Es ist aber nicht in das Belieben des AnerbG. gestellt, ob es einen Anerben überhaupt hören will. Die frühere Fassung des § 12 Abs. 2 der 1. Durchf. VO., wonach eine Ensch. nur ergehen durfte, nachdem den Beteiligten zuvor Gelegenheit zur Äußerung gegeben ist, hat durch § 7 der 3. Durchf. VO. den vor-

Kinderschar — ständig kleiner geworden. Wenn die Eltern diese alten Sparguthaben ihrer Kinder unter solchen Verhältnissen als unantastbar betrachten, so sollte man diese gute Gesinnung anerkennen und ihnen nicht die Aussicht auf die Möglichkeit einer bescheidenen Versorgung der reichenden Erben nehmen.

Hier dürfte also — vorausgesetzt, daß die Zins- und Zahlungsbedingungen der in Aussicht genommenen Hypothek tragbar sind — ein Fall gegeben sein, in dem sich bei sorgfältiger Abwägung aller in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte die strenge Auffassung über Inhalt und Tragweite des § 37 Abs. 1 im praktischen Ergebnis nicht vertreten läßt. Es dürfte somit im Sinne des Gesetzes liegen, nach einem Ausgleiche zu suchen, und dieser wäre in der Genehmigung der Belastung zu finden.

Notar F o s t, Alzen (Hessen).

stehend erwähnten veränderten Wortlaut erhalten. Es sollte, um einer Hemmung und Erschwerung des Verfahrens vorzubeugen, dem richterlichen Ermessen ein Spielraum gegeben werden. Die pflichtgemäße Ausübung des richterlichen Ermessens hätte aber vorliegendenfalls unter allen Umständen zur Feststellung des vermutlichen Anerben und zu seiner Anhörung führen müssen, jedenfalls wenn er volljährig sein sollte. Die Anhörung minderjähriger Beteiligter wird in der Regel unterbleiben können. Erfordern ihre Interessen eine Vertretung, so wäre auf die Bestellung eines Pflegers zu diesem Behufe hinzuwirken.

Das Gut soll mit 10 000 RM belastet sein. Die Richtigkeit dieser Angabe ist nicht erhoben. Aus welchem Anlaß sind diese Schulden entstanden? Reallicher Kaufpreis für Erungenschaftsgrundstücke? Wann sind diese erworben worden? Was wurde daran anbezahlt und welche weiteren Zahlungen sind späterhin etwa erfolgt? Zutreffendfalls aus welchen Mitteln? Waren die Eheleute L. genötigt, irgendwelche Schulden zur Aufrechterhaltung ihres landwirtschaftlichen Betriebes aufzunehmen? (Grundbuchauszug betr. Abt. III und Einsicht in die Grundakten). Verneinendensfalls würde der Ertrag der Grundstücke zu ihrem Unterhalt ausgereicht haben. Werden die beiden Pfler zeitweise nicht zu Lohnfuhrern verwendet, wie sie in den derartigen landwirtschaftlichen Betrieben üblich sind? Einkünfte hieraus würden wohl als solche des landwirtschaftlichen Betriebes anzusehen sein. Wie groß ist der Viehbestand? Welches der Einheitswert? Höhe und Grund etwaiger ungesicherter Schulden?

Die Eheleute L. hatten mit 1/3 einen Plan vorgelegt, welcher sich nicht bei den Akten befindet. Anschluß dieses Planes wäre um so mehr geboten gewesen, als das Gutachten des Sachverständigen, soweit hierüber die Akten Aufschluß geben, ziemlich summarisch gehalten ist und eine nähere Prüfung der Verhältnisse an Hand der Akten nicht ermöglicht. Inhaber eines landwirtschaftlichen Besitztums, welche keine männlichen Nachkommen oder überhaupt keine Kinder haben, sind erfahrungsgemäß geneigt, die Erbhofigenschaft ihres Besitztums nach Möglichkeit zu bestreiten, um darüber frei verfügen zu können. In derartigen Fällen erscheint, zumal in Grenzfällen, eine eingehende Prüfung der gesamten Verhältnisse im Benehmen mit dem Kreis-, Bezirks- und Ortsbauernführer erforderlich. Nach Abschluß der Erhebungen ist dem Kreisbauernführer Gelegenheit zu einer begründeten Stellungnahme zu geben.

(ErbhGer. b. OLG. Stuttgart, Beschl. v. 23. Juli 1934, E Nr. 62/34.) [S.]

Riel

Erbgesundheitsobergerichte

1. Art. 4 Abs. 2 Durchf. VO. v. 5. Dez. 1933 zum Ges. zur Verhüt. erbkr. Nachw.; § 14 RFGG. Im Erbgesundheitsverfahren kein Armenrecht, wohl aber in Ausnahmefällen Beordnung eines ArmAnw.

Auf das Verfahren betr. die Bewilligung des Armenrechts im Erbgesundheitsverfahren finden gem. Art. 4 Abs. 2 Durchf. VO. vom 5. Dez. 1933 die Bestimmungen des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, d. h. § 14 RFGG., Anwendung, und nach dieser Bestimmung sind wiederum die Bestimmungen der ZPO. maßgebend. Danach hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wer außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Verfahrens zu tragen (§ 114 ZPO.); und durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten einschließ- lich der Auslagen. Aber nach § 13 UnstG. trägt die Staatskasse ohne weiteres die Kosten des Verfahrens, auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens (vgl. ErbGesObGer. Riel, Beschl. v. 25. Juli 1934, W Erb 20/34). Dem Erbkranken ist daher auch ohne Bewilligung des Armenrechts die Rechtsverfolgung in beiden Instanzen möglich; die Bewilligung des Armenrechts ist daher zwecklos und unzulässig.

Allerdings kann zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung unter Umständen der Erbkranke eines Rechtsanwalts (§ 115 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO.) oder eines anderen Beistandes (§ 116 ZPO.) bedürfen. Soweit eine solche Vertretung geboten erscheint, ist auch die Beordnung eines Armenanwalts in gleicher Weise zulässig wie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit; sie ist lediglich Ermessenssache (Schlegelberger, FGG., 3. Aufl., § 14 Anm. 16). Wenn es sich hier, lediglich darum handelt, ob der Erbkranke an Schizophrenie oder an paraphrener Psychose leidet, der Erbkranke auch nach dem Gutachten der Sachverständigen bis auf seine Bahnhöfen hinsichtlich seiner Persönlichkeit nicht zerfallen ist, seine Geschäfte also selbst zu besorgen vermag, dann ist kein Raum für die Beordnung eines Armenanwalts.

(ErbGesObGer. Riel, Beschl. v. 4. Sept. 1934, WErb 30/34.)

Ver. von OLG. Dr. Grunau, Riel.

*

2. § 13 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Die Staatskasse trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens, auch wenn die Beschwerde zurückgewiesen oder als unzulässig verworfen wird.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Staatskasse. Denn § 13 UnfrG. besagt: „Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens trägt die Staatskasse.“ Allerdings kann es zweifelhaft sein, ob diese Best. auch auf das Beschwerdeverfahren anwendbar ist. Ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß die für bestimmte gerichtliche Verhandlungen und Entscheidungen gewährte Gebührenfreiheit auch das Verfahren in höherer Instanz mitumfaßt, ist weder nach Reichsrecht noch nach preußischem Landesrecht anzuerkennen (RG. v. 8. Okt. 1909; RGZ. 39, B 19). § 16 PersStG. z. B. bestimmt, daß Verhandlungen über die Führung der Standesregister kostenfrei sind. Trotzdem hat das RG. (a. a. O.) erkannt, daß der Beschw., der sich gegen die Anordnung einer seine Geburtsurkunde betreffenden Berichtigung des Standesregisters beschwert, bei Zurückweisung der Beschw. die Kosten des Rechtsmittels zu tragen hat; nach anerkannter Rspr., meint das RG., sei ja auch das Beschwerdeverfahren in Kostenfragen kostenpflichtig, obwohl das deutsche GG. Entsch. über Erinnerungen gegen den Kostenanatz (§ 4) und über die Wertfestsetzung (§ 16) gebührenfrei lasse; daselbe gelte auch nach §§ 24, 25, 109 Nr. 3 PrGG. für die betreffenden nach Landesrecht ergehenden Entsch.; deshalb gehöre das Beschwerdeverfahren nur da, wo es besond. bestimmt sei (z. B. § 93 PrGG.) unter die Gebührenfreiheit.

Wendet man diese Grundsätze auf das Verfahren nach dem UnfrG. an, meint man demnach, daß die Best. des § 13 Abs. 1 UnfrG. nur auf das Verfahren vor dem ErbgesGer., nicht aber auf das Verfahren vor dem ErbgesObGer. anzuwenden sei, so müßte untersucht werden, welche Best. alsdann für die Kosten des Beschwerdeverfahrens gälten. Sicherlich nicht § 36 DGG., denn diese Best. gilt nur für diejenigen Sachen, die nach den Vorsch. der RD. zu erledigen sind; auf das Verfahren vor den ErbgesGer. und ErbgesObGer. aber finden, soweit nicht im UnfrG. oder in der DurchfW. dazu etwas anderes bestimmt ist, die Vorsch. des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung (Art. 4 DurchfW.). Dieses Gesetz selbst aber bestimmt nichts über die Kosten des Verfahrens. Es überläßt es vielmehr im § 200 des Landesgesetzes, Vorsch. zu seiner Ergänzung und Ausführung zu treffen; und es ist einhellige Meinung, daß dadurch den Landesgesetzen auch die Befugnis gegeben ist, das Kosten- und Gebührenwesen im freiwilligen Gerichtsbarkeitsverfahren zu regeln. Daß Art. 4 Abs. 2 DurchfW. auch die landesgesetzlichen Ergänzungs- und AusfBest. zum FGG. angewendet wissen will, wenn es die Vorsch. des FGG. für anwendbar erklärt, kann nicht zweifelhaft sein. Das muß schon deshalb gelten, weil sonst z. B. die Frage der Gebühren der in Erbgesundheitsfachen tätigen RA. nirgends geregelt wäre. Tatsächlich aber sind insoweit die landesgesetzlichen Gebührenordnungen maßgebend, für Preußen also die LGGeb. f. RA. und GerVollz. v. 28. Okt. 1922, namentlich Art. 1, 8 ff. i. Verb. m. §§ 32, 22 PrGG. v. 31. Okt. 1922. Hinsichtlich der Kosten des freiwilligen Gerichtsbarkeitsverfahrens, namentlich der Gerichtskosten kommen als ErgVorsch. zum FGG. in Betracht die §§ 1, 2, 10—16, 18, 22—27, 31, 32, 105, 109—112 PrGG. Nach § 105 Abs. 3 werden für die Entsch., einschließlich des vorangegangenen Verfahrens, in der BeschwInst. fünf Zehntel der vollen Gebühr erhoben, soweit die Beschw. als unzulässig verworfen oder zurückgewiesen wird. Andernfalls werden keine Gebühren erhoben. Wird die Beschw. zurückgenommen, bevor eine gebührenpflichtige Entsch. ergangen ist, so werden zwei Zehntel der vollen Gebühr erhoben. Auf die Berechnung des Wertes ist die Vorsch. des § 22 Abs. 1 entsprechend anwendbar, d. h. der Wert wird bei nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu 3000 RM, ausnahmsweise höher oder niedriger, jedoch nicht über 100 000 RM und nicht unter 200 RM angenommen.

Aber diese landesgesetzlichen Vorsch. finden nur Anwendung, wenn das FGG. oder dasjenige Gesetz, das die Vorsch. dieses Gesetzes für anwendbar erklärt, die in den Landesgesetzen enthaltene Materie nicht selbst erschöpfend geregelt hat; denn andernfalls sind Ergänzungsbestimmungen durch Landesgesetz unzulässig; etwaige Lücken müssen dann vielmehr aus dem Sinn und Geiste des Reichsrechts ergänzt werden. Diesem Falle steht es gleich, wenn eine Frage im Reichsgesetz zwar keine ausdrückliche Entsch. gefunden hat, wenn aber aus dem Sinn und Zusammenhang sich ergibt, daß das Reichsrecht sie in bestimmtem Sinne hat entscheiden sehen wollen (wie z. B. beim Grundsatz der freien Beweiswürdigung). Nun ist die Kostenregelung im UnfrG. erst im § 13 enthalten, also nachdem in den §§ 5—8 das Verfahren vor dem ErbgesGer., in den §§ 9 und 10 das Verfahren vor dem ErbgesObGer., im § 11 die Unfruchtbarmachung selbst und im § 12 Abs. 2 das Wiederaufnahmeverfahren geregelt ist. Wenn alsdann im § 13 Abs. 1 die Kosten des gerichtlichen Verfahrens, und im

§ 13 Abs. 2 die Kosten des ärztlichen Eingriffs geregelt werden, so spricht schon diese Stoffanordnung dafür, daß § 13 die Kosten aller Stufen des gerichtlichen Verfahrens unbegrenzt, das gerichtliche Kostenrecht also abschließend regeln wollte. Wenn darüber hinaus im § 13 Abs. 2 die Staatskasse fast durchweg sogar mit den Kosten der Unfruchtbarmachung selbst belastet wird, so muß daraus entnommen werden, daß das ganze gerichtliche und ärztliche Verfahren so überwiegend das Interesse der Allgemeinheit verfolgt, daß der Erbkranke daran nur mit seinen Schmerzen und seelischen Erschütterungen, nicht auch noch mit geldlichen Opfern beteiligt werden darf. Die allgemeine — und sonst auch wohlbegründete — Regel, daß jemand, der unzulässig oder unbegründet eine höhere Instanz anruft, für sein Bessertwissen geldlich einstehen muß, ist auch sonst gerade zugunsten der sozial Schutzbedürftigen durchbrochen. Denn nach § 93 Abs. 1 S. 2 PrGG. ist die Tätigkeit auch des Beschw. in Vormundschaftsachen gebührenfrei, soweit die Beschw. von dem Mündel oder in seinem Interesse eingelegt wird; und daselbe gilt nach richtiger Rechtslehre auch für das Beschwerdeverfahren in Fürsorgeerziehungssachen (§ 74 WohlfsG. v. 9. Juli 1922 [RGBl. I, 633, 646]; Bartscher-Drinnenberg-Wenz, PrGG. 1932, S. 427; Mügel-Ohm, PrGG. 1916, Anm. 4 zu § 95 a. F.).

Es kann zweifelhaft sein, ob solche Kostenfreiheit in allen Fällen unzulässiger oder unbegründeter Beschw. am Platze ist. Vielsach stellen Anstaltsangehörige den Sterilisationsantrag selbst, um möglichst bald aus der Anstalt entlassen zu werden, legen dann, wenn das ErbgesGer. die Unfruchtbarmachung beschlossen hat und sie dann — zu Recht oder zu Unrecht — vor der Rechtskraft entlassen sind, Beschw. ein, um das Verfahren hinzuziehen, und verursachen dadurch, daß nunmehr der Amtsarzt den Antrag stellt und das Beschwerdeverfahren die Feststellungen des ersten Richters bestätigt, dem Staate unnütze Kosten. Vielsach legen auch unberechtigte Verwandte Beschw. ein. Wohl mit Rücksicht auf solche Fälle sagen Rütt-Rüd in-Rüttke (Zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, S. 165), daß der Erbkranke nur insoweit Kosten zu tragen habe, als sie über das notwendige Maß hinausgehen. Ob eine gesetzliche Regelung für solche Fälle erforderlich ist, ob namentlich dem ErbgesObGer. die Befugnis erteilt werden soll, in Fällen unzulässiger oder unbegründeter Beschw. dem Beschw. eine volle oder eine halbe Gebühr aufzuerlegen, unterliegt nicht der Prüfung der Gerichte. Nach dem jetzigen Gesetzesstande ist solche Entsch. unzulässig.

(ErbgesObGer. Kiel, Beschl. v. 25. Juli 1934, W Erb 20/34.)

Ver. von DGR. Dr. Grunau, Kiel.

Bayerisches Oberstes Landesgericht

Bericht von Oberlandesgerichtsrat Dr. Hölldorfer und Rechtsanwält Dr. Wilhelm Dieß, München

Strafsachen

I. § 26 Abs. 1 Nr. 2 WeinG. Zur Auslegung der Worte „dienen“ und „an sich bringen“. f)

Nicht begründet ist die Rüge in der Rev. des Angekl. E., die Str.R. habe den Begriff des „Dienens“ von Stoffen zur Nachahmung von Wein i. S. des § 26 Abs. 1 Nr. 2 WeinG. verkannt. Die angef. Vorsch. verbietet — u. a. — den Verkauf und den Erwerb von Stoffen, die zur Nachahmung von Wein dienen, für diesen Zweck. Der Gesetzgeber hat den Begriff „dienen“ in verschiedenen strafrechtlichen Best. verwendet, z. B. in § 184 Abs. 1 Nr. 1, 3a StGB., § 13 Abs. 1 GeschlStG. v. 18. Febr. 1927. Nach der einhelligen Meinung in der Rspr. und im Schrifttum „dient“ ein Gegenstand einem Zweck, wenn er vermöge seiner gattungsmäßigen Beschaffenheit sich dazu eignet und erfahrungsgemäß dazu verwendet

Zu 1. I. 1. Die Nr. 2 des § 26 Abs. 1 WeinG. i. d. Fass. v. 25. Juli 1930 enthält Gefährdungstatbestände. Es werden dort Vorbereitungshandlungen zu den in Nr. 1 aufgeführten verbotenen Herstellungshandlungen mit der gleichen hohen Strafe bedroht wie diese. Nr. 2 verbietet:

a) Stoffe, deren Verwendung bei der Herstellung, Behandlung oder Verarbeitung von Wein (und sonstigen im WeinG. geregelten Getränken) unzulässig ist — d. h. die im WeinG. oder seinen AusfBest. ausdrücklich verboten sind oder sich nicht unter den ausschließlich zugelassenen Stoffen befinden (vgl. RGSt. 47, 131 u. 135) —, oder b) Stoffe, die zu der nach § 9 WeinG. verbotenen Nachahmung von Wein dienen, für diese (unter a oder b verbotenen) Zwecke anzukündigen, feilzuhalten, zu verkaufen oder an sich zu bringen oder einen diesen Zwecken dienenden Verkauf solcher Stoffe zu vermitteln.

2. Es gibt viele Stoffe, wie Zucker, Rosinen, Obstgetränke, die

wird (vgl. RGSt. 62, 400; Schwarz, StGB., § 184 Bem. 4; Stenglein, Strafrechtl. Nebengesetze, 5. Aufl., GefährdG. § 13 Bem. 3). Der Umstand, daß ein Gegenstand auch noch zu einer Reihe anderer — erlaubter — Zwecke verwendet werden kann und verwendet wird, ist für den Begriff „dienen“ i. S. des Strafrechts belanglos. Diese Grundsätze gelten auch für den Begriff „dienen“ i. S. des § 26 Abs. 1 Nr. 2 WeinG. Daß Zucker und Zuckerwasser von Weinfälschern zur Nachahmung von Weinen regelmäßig verwendet werden, wird von der Strk. ausdrücklich festgestellt, übrigens von dem Angekl. E. selbst zugegeben und ist eine allgemeine Erfahrungstatsache. Der Verkauf und der Erwerb von Zucker und Zuckerlösung zum Zwecke der Nachahmung von Weinen ist daher verboten; unerheblich ist, daß Zucker und Zuckerwasser sonst auch zu erlaubten Zwecken Verwendung finden können. Von einer Verkennung des Tatbestandsmerkmals „dienen“ seitens der Strk. kann sonach nicht die Rede sein.

Nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme verblieb nur die Möglichkeit des Erwerbes der Zuckerlösung zur unzulässigen Weinbereitung, sei es zur Nachahmung von Wein im technischen Sinne, d. h. zur Verfertigung eines Getränkes, das, ohne wirklich Wein zu sein, doch nach seiner Beschaffenheit, insbes. seiner äußeren Erscheinung, nach Geschmack und Geruch geeignet war, im Verkehr vom Durchschnittspublikum mit wirklichem Wein verwechselt zu werden, sei es zur Zuckering von Wein unter Überschreitung des zeitlichen und gegenständlichen Rahmens des § 3 WeinG. Der Erwerb des Zuckers durch den Angekl. R. war in jedem dieser beiden Fälle, sowohl wenn er zum Zwecke der Nachahmung von Wein, als auch wenn er zum Zwecke der Zuckering von Wein bestimmt war, nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 WeinG. verboten und strafbar; im ersteren Falle war das Zuckerwasser ein Stoff, der zur Nachahmung von Wein diente, im zweiten Falle ein Stoff, dessen Verwendung bei der Herstellung, Behandlung oder Verarbeitung von Wein zum mindesten im Zeitpunkt, in dem er verwendet werden sollte, unzulässig war (vgl. Stenglein a. a. D., WeinG. § 26 Bem. 11 u. 12; RGSt. 46, 330; 47, 130; 48, 379 entgegen Hofacker, WeinG. v. 7. April 1909, § 26 Bem. 4b). Die Strk. hat auf Grund der Beweisaufnahme ohne ersichtlichen Verstoß gegen die allgemeinen Denkgesetze angenommen, daß der Erwerb des Zuckers zum Zwecke der Nachahmung von Wein erfolgt ist. Wäre aber selbst anzunehmen gewesen, daß der Angekl. R. die Zuckerlösung zur unzulässigen Zuckering erworben hätte, so wäre lediglich eine gleichwertige Ausführendenhandlung des gesetzlichen Tatbestandes einer und derselben strafbaren Handlung, die mit der gleichen Strafe bedroht ist, in Frage gekommen.

Unbegründet ist die Rüge des Angekl. R., das angefochtene Urte. habe den Begriff des Tatbestandsmerkmals „an sich bringen“ verkannt. Für den Begriff „an sich bringen“ im strafrechtlichen Sinne und auch i. S. des § 26 Abs. 1 Nr. 2 WeinG. ist erforderlich und ausreichend die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt an der gekauften Sache durch einen vom Verkäufer abgeleiteten Erwerb (vgl. RGSt. 64, 326; Stenglein a. a. D., WeinG. § 26 Bem. 15d). Die Strk. hat ohne Rechtsirrtum angenommen, der Angekl. R.

an sich ebenso gut erlaubten Zwecken dienen können. Erst die in Nr. 2 a. a. D. verbotene Zweckbest. macht ihren Vertrieb oder ihr Ansiehbringen unter dem Gefährdungsgeichtspunkt der Nr. 2 zur strafbaren Handlung.

Ob jemand Stoffe dieser mehrverwendungsfähigen Art zu den verbotenen Zwecken an sich bringt, wird nicht immer leicht beweisbar sein. Wem aber nachgewiesen werden kann, daß er Zucker oder Zuckerwasser an sich bringt, um damit Wein zu behandeln, bei dem dies nach § 3 Abs. 1—3 WeinG. überhaupt nicht oder nicht in dem beabsichtigten Umfang oder nicht zu der beabsichtigten Zeit oder nicht an dem beabsichtigten Ort zulässig ist, der unterfällt der Nr. 2 a. a. D. ebenso wie jemand, der das Zuckerwasser oder den Zucker bei der Herstellung eines Getränkes verwenden will, das überhaupt kein Wein mehr ist, sondern nur eine Wein vortäuschende Nachahmung von Wein.

II. Die Auslegung der Gesetzesworte: „Zur Nachahmung dienen“ trifft das Urte. im Einklang mit der herrschenden Meinung.

III. 1. „An sich bringen“ bedeutet, sich derart verschaffen, daß man darüber nach eigener Entschliezung wie über eine eigene Sache (zu dem verbotenen Zweck) verfügen kann. Weder Wortsinne noch Zusammenhang oder Zweck der Nr. 2 fordern die einschränkende Auslegung Stengleins (§ 26 Anm. 15d, S. 896), das Ansiehbringen sei nur als Vorbereitung zu einer weiteren Vertriebs-tätigkeit unter Strafe gestellt; nicht aber treffe die Nr. 2 auch den Fall, daß jemand zum Zwecke des Selbstverbrauchs an sich bringe.

Auch insoweit ist dem Urte. beizupflichten.
2. Dagegen scheint mir bedenklich, mit dem Urte. den Begriff des Ansiehbringens auf „abgeleiteten Erwerb“ einzusengen. Zwar findet sich diese Meinung auch vertreten bei Gütther-Marschner (1910) S. 306 und bei Hepp (1933) S. 115 in Anm. 2d. Diese Einschränkung des Begriffs „an sich bringen“ hat zwar volle Be-

gründung durch die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Zuckerwasser erlangt, daß der Angekl. E. auf Grund des abgeschlossenen Kaufvertrages das Zuckerwasser dem vom Angekl. R. zur Empfangnahme beauftragten Spediteur als dem Erfüllungsgelhilfen des R. durch Einpumpen in die von dem Spediteur bereitgestellten Fässer übergeben hat; in dieser Handlung liegt die von dem Beschw. F. vermehrte stillschweigende Erklärung der Überlassung der Verfügungsgewalt über die Sache durch den Verkäufer an den Käufer. Rechtsirrig ist daher die Auffassung des Beschw. F., daß es noch zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „an sich bringen“ der Absicht des Wagens aus dem Anwesen des Verkäufers bedürft hätte.

Im übrigen schließt sich der Sen. im Gegensatz zur Auffassung bei Stenglein a. a. D., § 26 Bem. 15d, der insbes. von Gütther-Marschner, WeinG., § 26 Bem. III 2d, und Hofacker a. a. D., § 26 Bem. 4c, vertretenen und auch dem Zweck der Vorschr. des § 26 Abs. 1 Nr. 21. c., wonach die unerlaubte Weinbereitung schon in den Vorbereitungenhandlungen getroffen und unter Strafe gestellt werden soll, allein entsprechenden Meinung an, wonach der Begriff „an sich bringen“ i. S. dieser Best. nicht noch den Zweck des Vertriebes des Stoffes durch den Erwerber erfordert, daß es vielmehr genügt, wenn der Stoff zu unerlaubten Zwecken, nämlich zur eigenen Verwendung für unerlaubte Weinbereitung erworben wird.

(BayObLG., Urte. v. 5. März 1934, RevReg. II 19/34.)

Ver. von Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

Oberlandesgerichte

a) Zivilsachen

Darmstadt

I. Materielles Recht

1. §§ 741 ff. BGB. Der Gläubiger einer in Bruchteilsgemeinschaft stehenden Hypothek kann nicht für seinen Anteil allein, sondern nur gemeinsam mit den übrigen Bruchteilberechtigten einer anderen Post den Vorrang einräumen.)

Auf dem zur Zwangsversteigerung gelangten Grundstück lastet an erster Stelle (Nr. 14) eine Sicherheitshypothek von 15 000 RM, die zu je einem Drittel den Schwestern H. E., H. M. und R. E. zusteht. Unter Nr. 17 folgt eine Hypothek der Kreditgemeinschaft von 1500 RM und unter Nr. 21 eine Grundschuld des betreibenden Gläubigers von 5000 RM. Am 26. Sept. 1929 ist der Hypothek Nr. 17 der Vorrang vor den der H. M. und R. E. zustehenden Anteilen an der Hypothek Nr. 14 eingeräumt worden. R. E. hat außerdem am 12. Mai 1930 auch der Grundschuld Nr. 21 den Vorrang vor dem ihr zustehenden Anteil eingeräumt. Zwischen den Beteiligten besteht Streit darüber, wie das geringste Gebot im Hinblick auf die erfolgten Vorrangseinräumungen zu berechnen ist.

Zu Hypo- und Rechtslehre ist anerkannt, daß an Hypotheken und Grundschulden eine Bruchteilsgemeinschaft begründet werden

rechtingung für den Bereich des § 259 StGB. (Zehlerei), auf welchen sich das angeführte Urte. RGSt. 64, 326 bezieht. Denn dort kommt es darauf an, zu verhindern, daß der wirtschaftliche Erfolg einer Straftat (der „Wortat“) u. a. dadurch befestigt wird, daß der Vortäter einen Abnehmer für den Gegenstand der Wortat findet. Von diesem Hauptanwendungsfall des Begriffs her ist er in eine einseitige Richtung gedrängt worden, die ihm nach dem unbefangenen Sprachgebrauch nicht innewohnt und die m. E. auch im Rahmen der Nr. 2 des § 26 Abs. 1 WeinG. nicht gerechtfertigt ist. Denn hier soll verhindert werden, daß sich jemand die Verfügungsgewalt über einen Stoff verschafft, um ihn bestimmten verbotenen Zwecken dienstbar zu machen. Der Dieb oder der Finder ist unter diesem Gesichtspunkt nicht anders zu bewerten als ein Käufer. Deshalb wird in dem demnächst erscheinenden Komm. zum WeinG. von Holtzöfer und Melior der vorerwähnten einschränkenden Auslegung des Begriffs „Ansiehbringen“ für den Bereich der Nr. 2 des § 26 Abs. 1 WeinG. widersprochen.

OLGPräs. i. R. Dr. Holtzöfer, Berlin.

Zu 1. Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Die Grundbuchlage war folgende:

1. Rang 15 000 RM Sicherheitshypothek der Gläubigergemeinschaft H. E., R. E. und H. M., diese unter sich zu gleichen Anteilen berechtigt.
2. Rang 1500 RM Hypothek der S.
3. Rang 5000 RM Grundschuld des M.
- H. M. und R. E. räumten 1929 der Post der S. den Vorrang vor ihren Anteilen und R. E. weiterhin 1930 der Post des M. zu 5000 RM den Vorrang vor ihrem Anteil ein.
- M. betrieb die Zwangsversteigerung aus seiner Post zu 5000 RM. Das OLG setzte das geringste Gebot und die Versteigerungss-

kann. Die Rechtsverhältnisse der Gläubiger untereinander bestimmen sich nach den Vorschriften der §§ 741 ff. BGB. Danach kann jeder Gläubiger über seinen Anteil selbständig verfügen (§ 747 Satz 1); er kann ihn insbes. veräußern und verpfänden. Hieraus folgt jedoch nicht ohne weiteres, daß er auch berechtigt ist, einem anderen Recht den Vorrang vor seinem Anteil einzuräumen. Vielmehr zwingt der Umstand, daß er nicht Gläubiger eines selbständigen Rechts, sondern nur Teilhaber eines gemeinschaftlichen Rechtes ist, der Natur der Sache nach zu gewissen Einschränkungen. So ist die Lösung des Anteils nur mit Zustimmung der Mitberechtigten zulässig, weil in einer solchen Lösung zugleich eine Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes im ganzen liegt (§ 747 S. 2). Ebenso erscheint die selbständige Umwandlung eines Anteils aus einer Hypothek in eine Grundschuld oder aus einem verbrieften Recht in ein Buchrecht nicht möglich (vgl. Güthe-Triebele, Bd. II, Stichwort: „Gemeinschaft“ Anm. I 2b). Aus demselben Grunde bestehen erhebliche Bedenken gegen die selbständige Vorrangseinräumung durch einen Teilhaber: Der Rang eines Rechtes ist nichts anderes als das Verhältnis, in dem dieses Recht zu anderen Rechten steht. Der Rang ist kein Recht, der Vorrang erzeugt aber Rechte, Vorzugsrechte, zumal bei der Zwangsvollstreckung. Diese Rechte, die man als Rangrecht zusammenfassen darf, sind nicht selbständige, neben dem Liegenschaftsrecht stehende Rechte, sondern Teile seines Inhalts.

Das Rangrecht kann im Wege der Rangänderung (§ 880 BGB.) nachträglich von seinem Liegenschaftsrecht getrennt und mit einem anderen Recht verbunden werden. Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Rangänderung nicht Belastung des zurücktretenden Rechts und nicht Austausch der Gesamtrechte, sondern nur Abtretung des in dem zurücktretenden Recht enthaltenen Rangrechts. Der Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft würde also, wenn man die Rangänderung eines einzelnen Anteils zulassen wollte, an sich an der Bruchteilsgemeinschaft beteiligt bleiben; lediglich das Rangrecht würde auf einen anderen Gläubiger übergehen. Hierdurch würde eine Zerteilung der Bruchteilsgemeinschaft eintreten, die unzulässig erscheint, weil sie die Geschlossenheit und Einheitlichkeit des gemeinschaftlichen Rechtes zerstört. Die rechtliche Unmöglichkeit eines solchen Verfahrens wird besonders augenfällig, wenn — wie hier — das vorrückende Recht seinem Nennbetrag nach die Rangstelle des zurücktretenden Anteils nur zum Teil ausfüllt. Die Vorrangseinräumung würde in diesem Falle dazu führen, daß sich in dem Anteil eines Bruchteilsgläubigers zwei verschiedene Rangstufen bilden, was um so weniger zulässig sein kann, als der Anteil des Bruchteilsgläubigers nicht auf einen ziffernmäßig bestimmten Betrag, sondern nur auf einen ideellen Bruchteil des ganzen Rechtes lautet.

Die danach einer Vorrangseinräumung entgegenstehenden Schwierigkeiten

können zweifellos durch eine Auflösung der Bruchteilsgemeinschaft in selbständige Einzelrechte beseitigt werden. Zu einer solchen Aufhebung des gemeinschaftlichen Rechtes bedarf es jedoch der Mitwirkung aller Teilhaber. Für die Annahme, daß diese vorgelegen habe, fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

Die vorstehend dargelegten Bedenken rechtstheoretischer Natur werden durch die Schwierigkeiten bestätigt, welche sich praktisch bei der Berechnung des geringsten Gebots bei Aufteilung einzelner Anteile einer Bruchteilsgemeinschaft in mehrere Rangstufen entgegenstellen. Wollte man die Vorrangseinräumung als wirksam erachten, so würden im hier zu entscheidenden Falle die der S. E. und der S. M. zustehenden Hypothekenanteile nicht ins geringste Gebot aufzunehmen sein, weil der betreibende Gläubiger durch die Vorrangseinräumung der R. E. den gleichen Rang mit ihnen erhalten hat, sie ihm also nicht im Rang „vorgehen“ (§ 44 ZwVorsG.). Die Hypothek der Kreditgemeinschaft (Nr. 17) ist durch die Vorrangseinräumung der S. M. und der R. E. in dieselbe Rangstelle eingerückt. Trotzdem müßte sie — entgegen der Auffassung des OLG. — in das geringste Gebot aufgenommen werden. Denn nach herrschender Rpr. behalten mehrere Posten, denen von ein und demselben Gläubiger der Vorrang eingeräumt wird, unter sich ihren früheren Rang (OLG. 29, 321). Diese Folgerung erscheint zumal vorliegend nicht nur im Hinblick auf die Verteilung des Erlöses, sondern auch und gerade für die Berechnung des geringsten Gebotes unabweislich. Denn die Post Nr. 17 kann, nachdem ihr von S. M. und R. E. der Vorrang eingeräumt worden ist, keinesfalls durch eine weitere ohne ihre Mitwirkung erfolgte Vorrangseinräumung der R. E. ihres von Anfang an bestehenden Vorranges vor der Grundschuld Nr. 21 beraubt werden. Es ergäbe sich also das Bild, daß zwar die Hypothek unter Nr. 17, nicht aber das an vorausgehender Rangstelle eingetragene Hypothekenrecht der S. E. in das geringste Gebot fielen. Die Gläubigerin S. E. müßte also, obwohl sie die Vorrangseinräumung an die Post Nr. 17 im Gegensatz zu den übrigen Gläubigerinnen der Bruchteilsgemeinschaft abgelehnt hat, sich diese Post dennoch im Rang vorgehen lassen, und sie wäre dadurch schlechter gestellt, als wenn die Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft selbst aus ihrer ursprünglichen Rangstelle die Zwangsversteigerung erlösen würden. In letzterem Falle könnte sie zwar auch nicht die Aufnahme ihrer Post in das geringste Gebot verlangen; sie müßte aber bei Gültigkeit der Vorrangseinräumung darüber hinaus dulden, daß ihr ein anderes, zeitlich später begründetes Recht, nämlich die Hypothek Nr. 17, vorgeht und zu ihrem Nachteil in das geringste Gebot aufgenommen wird.

Ein solches Ergebnis wäre nicht nur für den konkreten Fall unbefriedigend, sondern darüber hinaus geeignet, den Wert des Grundbuchs und das Vertrauen in die dort aufgezeigte Rangfolge

bedingungen dahin fest, daß keine Rechte bestehen bleiben, erteilt so auch den Zuschlag.

OLG. hob auf Beschwerde den Zuschlagsbeschluss auf wegen Verletzung der Vorschr. über die Festsetzung des geringsten Gebots. Die weitere Beschwerde wies das OLG. zurück.

II. Bei der rechtlichen Würdigung tauchen zwei Fragen auf:

1. Formell: Wie weit ist der Versteigerungsbeamte an die vorgesehene Grundbuchlage gebunden?

2. Materieell: Sind Ranggeschäfte in Ansehung des unausgeschiedenen Anteils an einer Hypothekengläubigergemeinschaft möglich?

Das OLG. behandelte lediglich die logisch primäre, materielle rechtliche Frage und gelangte zu ihrer Verneinung. Bei der Prüfung sind scharf zu unterscheiden:

a) das sachlich einheitliche Grundbuchrecht — hier die Sicherungshypothek zu 15000 RM,

b) die dieses innehabende Gläubigergemeinschaft, deren personeller Bestand wechseln kann (§ 747 BGB.).

„Recht“ i. S. der §§ 879 ff. BGB. ist das sachlich einheitliche Grundstücksrecht, vorwiegend die Sicherungshypothek zu 15000 RM. Selbständigen Rang kann ein Teilrecht hieran nur dann haben, wenn es sachlich abgeteilt ist, d. h. sachlich selbständig ist (§ 1151 BGB.). Die Möglichkeit einer selbständigen grundbuchrechtlichen Rangfolge unausgeschiedener Bruchteile an dem Grundbuchrecht ist dem Gesetz unbekannt. Die personelle Vielzahl der Berechtigten läßt die sachliche Einheit des Rechtes unberührt. Einen grundbuchmäßigen Rang konnte sonach nur die Sicherungshypothek zu 15000 RM als ungeteilte Einheit haben, wohingegen die persönliche Beziehung zu diesem Recht eines grundbuchmäßigen Ranges überhaupt unfähig ist. Hieraus folgt umgekehrt, daß der Rang der Sicherungshypothek notwendig nur Inzahn — ob unmittelbarer oder weiterer interessiert hier nicht — der sachlich einheitlichen Hypothek ist, und daß jedes Ranggeschäft nur eines der Gemeinschaftsberechtigten rechtlich unmöglich ist.

Dem widerspricht nicht § 747 BGB. Denn die Einräumung des Vorrangs bezüglich eines unausgeschiedenen Anteils ist rechtlich unmöglich, die bezüglich des Gesamtrechts aber nur in Gemeinschaft mit allen Berechtigten möglich. Eine Verfügung eines Gemeinschaftsteilhabers über seinen Anteil ist daher nur in der Weise möglich, daß er entweder seinen Anteil oder Teile hiervon abtritt, oder aber

daß er den auf seinen Anteil treffenden Erlös z. B. aus einer Versteigerung abtritt, verpfändet usw. In beiden Fällen bliebe die sachliche Einheit des Grundbuchrechts gewahrt, lediglich die persönlichen Beziehungen zu diesem Rechte würden inhaltlich geändert. Sonach ist festzustellen, daß der unausgeschiedene Anteil an einem Grundbuchrecht ranglich unselbständig ist und notwendig den Rang des sachlich einheitlichen Rechts teilen muß (arg. § 1151 BGB.).

III. Unlangend die oben aufgeworfene formelle Frage: Der Versteigerungsbeamte hat das Grundbuch lediglich auf seine formelle Ordnungsmäßigkeit zu prüfen. Zur Prüfung seiner materiellen Richtigkeit ist er unzuständig. Die Prüfung in Richtung der formellen Ordnungsmäßigkeit umfaßt aber die auf inhaltliche Zulässigkeit der Eintragungen. Denn inhaltlich unzulässige Eintragungen sind rechtlich nicht existent, für den Versteigerungsbeamten bedeutungslos und zur Festsetzung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen unbrauchbar. Wie oben ausgeführt, waren sämtliche Vorrangseinräumungen rechtlich unzulässig, die inhaltlich sie ausweisenden Grundbuchvorträge unzulässige Eintragungen i. S. des § 54 OLG., da sie einen rechtlich unmöglichen Tatbestand auswiesen. Der Versteigerungsbeamte durfte sie daher nicht beachten und mußte das geringste Gebot ihrer ungeachtet dahin festsetzen, daß sowohl die Sicherungshypothek zu 15000 RM als auch die Hypothek zu 1500 RM nach den Versteigerungsbedingungen bestehen blieben. Jedenfalls hätte er, wie das OLG. richtig bemerkt, die Post des S. zu 1500 RM in das geringste Gebot aufnehmen müssen, da dieser zeitlich früher der Vorrang eingeräumt und sie daher in jedem Falle rangbesser war als die Post zu 5000 RM. Die Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses hatte demnach gen. §§ 96 ff., 83 Ziff. 1 ZwVorsG. zu erfolgen.

Ob vielleicht die Rangeneinräumungen in Abtretungen der Erlösanteile umzudeuten und als solche in der Verteilung zu berücksichtigen gewesen wären, kann hier unerörtert bleiben.

IV. Überdies erfordert der vom OLG. in Bezug genommene Grundsatz der Vermeidung von Verwirrungen im grundbuchrechtlichen Verkehr, wie überhaupt der Grundsatz der Rechtssicherheit beim registrierfähig ausgewiesenen Rechtsverkehr und nicht zuletzt die materiellrechtlichen Konsequenzen — Benachteiligung der Mitgemeinschafter durch Rangverschlechterung — die Ablehnung der Möglichkeit selbständigen Rangverkehrs unausgeschiedener Anteilsberechtigten.

Hr. Dr. H a f e m a n n, A s s a f e n b u r g.

zu beeinträchtigen. Ein zwingender Anlaß, eine solche unerwünschte Folge in Kauf zu nehmen, besteht weder rechtlich noch wirtschaftlich. Denn der Gläubiger der nachstehenden Hypothek mag sich, wenn er den Vorrang einer mehreren Gläubigern gemeinsam zustehenden Hypothek beseitigen will, die Zustimmung aller Gläubiger erwirken und dadurch klare Rechtsverhältnisse schaffen.

Der Senat gelangt deshalb, im Ergebnis mit dem angefochtenen Beschluß übereinstimmend, zu der Auffassung, daß die Vorrangseinräumung seitens eines Bruchteilsberechtigten der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt, weil sie mit der Rechtsnatur der Bruchteilsgemeinschaft nicht vereinbar ist, weil sie die vom Gesetzgeber gewünschte Klarheit des Grundbuchbildes beeinträchtigt und weil sie in der Zwangsversteigerung zu unföhrbaren Schwierigkeiten führt.

(OLG. Darmstadt, 1. Zivilsen., Beschl. v. 30. Juni 1934, 1 W 150/34.)

Ber. von OMR. Dr. Friedrich, Darmstadt.

*

Düsseldorf

2. §§ 1, 2, 15 KunstSchG.; § 1 UrtW.G.; § 826 BGB. Absicht des Herstellers, etwas Künstlerisches hervorzubringen, ist nicht Voraussetzung des Kunstschutzes. Benutzung gebräuchlicher Darstellungsmittel schließt Kunstwerkeigenschaft nicht aus. Der Gesamteindruck einer Darstellung entscheidet, ob Nachahmung vorliegt. Auch für Urheberrechtlich nicht geschützte Gegenstände Schutz gegen Nachahmung nach dem UrtW.G., wenn 1. eine individuelle Lösung als Ergebnis wertvoller Gedankenarbeit erscheint, 2. durch eigens hierfür geschulte und hochbezahlte Kräfte hervorgebracht ist.¹⁾

Beide Parteien betreiben graphische Kunstanstalten. Die Kl. hat für die Firma B. Briefbogen und Rechnungsvordrucke geliefert, deren auf nächster Seite eingestrichelter Kopf durch Ansichten der beiden Fabrikanlagen, den Firmennamen und eine Aufzählung der Erzeugnisse der Firma B. ausgefüllt ist.

In anderer Ausstattung sind derartige Briefköpfe der Firma B. früher von einer französischen und sodann von einer der Firma B. gelieferten Vorrats hat die Firma B. neben einem Angebot der Kl. auch ein solches der Bekl. eingeholt. Die Bekl. hat auf Grund des ihr erteilten neuen Auftrages der Firma B. Briefbogen und Rechnungsvordrucke geliefert.

Den im Wege photographischer Litographie vervielfältigten Briefköpfen beider Parteien liegen Handzeichnungen zugrunde, die den Briefkopf im Entwurf in verschiedenen Entwicklungsstufen bringen und bei Wiedergabe der Fabrikgebäude von photographischen Aufnahmen der einzelnen Gebäudeteile ausgehen.

Die Kl. hat vorgetragen, der Briefkopf der Bekl. stelle eine Nachbildung ihres Briefkopfes dar. Einige unwesentliche Abweichungen seien für den Gesamteindruck bedeutungslos. Durch die widerrechtliche Nachbildung habe die Bekl. ihr Urheberrecht verletzt und gegen die guten Sitten verstoßen.

Die Kl. hat beantragt die Bekl. zu verurteilen, die Nachahmung des von der Kl. für die Firma B. geschaffenen Briefkopfes sowie die Benutzung der nachgebildeten Gravur (Reproduktionsplatte) zwecks Herstellung von Geschäftsformularen zu unter-

Zu 2. 1. Die Entsch. befindet sich hier in Übereinstimmung mit dem vom RG. wiederholt, zuletzt im Ur. 139, 214 = JW. 1933, 1882 aufgestellten Grundsatz, daß Erzeugnisse des Kunstgewerbes als Werke der bildenden Kunst nur dann schutzfähig sind, wenn der zur Zweckmäßigkeit der Form hinzukommende ästhetische Überschuß (ohne Rücksicht auf kritische Würdigung des künstlerischen Wertes) einen solchen Grad erreicht hat, daß nach dem im Leben herrschenden Anschauungen von Kunst gesprochen werden kann.

Zutreffend hat die Entsch. es abgelehnt, die Anerkennung des kunstgewerblichen Erzeugnisses als Werk der bildenden Kunst davon abhängig zu machen, ob und inwieweit der ästhetische Überschuß den Absichten des Herstellers entspricht.

Der Beurteilung untersteht nur das Ergebnis, die tatsächlich zustande gekommene Form, nicht die Absicht, aus der heraus die Gestaltung der Form unternommen worden ist.

Dagegen ist die Frage, ob die Gestalt auf eine eigenpersönliche schöpferische Leistung zurückgeht, nur zu beantworten an Hand einer eingehenden Prüfung des Schaffensvorganges. Diese Prüfung hat die Entsch. mit starker Einfühlung in künstlerische Arbeitsweisen vorgenommen.

Zutreffend ist auch sehr klar herausgestellt, daß die bei dem Arbeitsvorgang verwendeten Hilfsmittel ohne Bedeutung dafür sind, ob ein Werk der bildenden Kunst zustande gekommen ist. Es ist grundsätzlich gleichgültig, auf welche Weise der Künstler seinen Gestaltungswillen verwirklicht.

Das Kunstschutzrecht hat es immer nur mit der Feststellung zu tun, ob das einzelne Werk eine durch Gestaltung im Raum zum

lassen, und die Vernichtung der zur Herstellung der Formulare bestimmten und benutzten Steine (Gravuren) anzuordnen.

Die Bekl. hat sich damit verteidigt, eine Nachahmung liege schon deshalb nicht vor, weil ihr Zeichner, dem der Briefkopf der Kl. nicht vorgelegen habe, den beanstandeten Entwurf völlig selbständig auf Grund von eigenen Lichtbildern angefertigt habe. Zwischen beiden Briefköpfen seien zahlreiche, zum Teil wesentliche Abweichungen vorhanden. Auch der Gesamteindruck sei durchaus verschieden.

Das OLG. hat die Bekl. verurteilt, die Vervielfältigung des Briefkopfes zu unterlassen, und hat die Vernichtung der Gravuren angeordnet.

1. Briefköpfe der in Rede stehenden Art sind Reklamewecken dienende Gebrauchsgegenstände, die nur dann Kunstschutz genießen, wenn es sich um Erzeugnisse des Kunstgewerbes und damit um Werke der bildenden Kunst i. S. von § 2 KunstSchG. handelt. Der Unterlassungsanspruch der Kl. ist daher nach § 15 KunstSchG. nur dann begründet, wenn ihr Briefkopf sich als individuelle geistige Schöpfung darstellt, die mit den Darstellungsmitteln der Kunst durch formgebende Tätigkeit hervorgebracht und zur Anregung ästhetischen Gefühls geeignet ist. Auf den künstlerischen Wert kommt es hierbei nicht an, vielmehr genügt es, daß überhaupt von Kunst gesprochen werden kann. Das setzt allerdings voraus, daß neben den durch den Gebrauchszweck bestimmten Formen noch ein auf schöpferischer Gestaltung beruhender ästhetischer Überschuß vorhanden ist (vgl. RG. 76, 340¹⁾; 139, 217²⁾). Soweit in dem Gutachten Lobe's auch noch die Absicht des Herstellers erfordert wird, einen Gegenstand hervorzubringen, der vorzugsweise für die Anregung des ästhetischen Gefühls durch Anschauen bestimmt ist, kann dem Gutachter nicht gefolgt werden. Ausschlaggebend ist vielmehr nur, ob der Briefkopf der Kl. bei sachlicher Beurteilung einen künstlerischen Gehalt in dem dargelegten Sinne ergibt, wobei als Maßstab nicht die Ansicht des Verkehres, sondern diejenige der Gebildeten, mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten und für künstlerische Dinge empfänglichen Volkskreise anzulegen ist (vgl. RG. 139, 218²⁾). Diese Prüfung ist allerdings von dem Schaffensvorgang nicht zu trennen, da ein Kunstwerk nur entstehen kann, wenn eine eigenpersönliche schöpferische Leistung Gestalt gewinnt. Das von beiden Parteien an Hand von Belegen erläuterte Verfahren bei der Herstellung von Briefköpfen mit Ansichten von Fabrikanlagen, das ausgehend von photographischen Einzelaufnahmen der Gebäudeteile stufenweise über eine aus freier Hand gezeichnete Vorzeichnung und weitere, der perspektivisch genauen Durcharbeitung der Einzelheiten dienende Handzeichnungen zu dem auf litographischem Wege vervielfältigten vollendeten Entwurf führt, erfordert nicht notwendig eine künstlerische Tätigkeit. Zur Auswahl der günstigsten Scherichtung für die photographischen Aufnahmen, aber auch zur Bewertung der durch die Lichtbilder gewonnenen Teilansichten in den Handzeichnungen, ist an sich eine durch Übung erworbene handwerkliche Fertigkeit ausreichend, wenn nicht mehr als eine dem Gebrauchszweck entsprechende Durchschnittsleistung ohne persönliche Eigenart erwartet wird. Nicht zu billigen ist daher die Ansicht der Kl., die aus einer allgemeinen, von der Besonderheit des Einzelfalles absehenden Beschreibung der bei dem Arbeitsvorgang verwendeten Hilfsmittel den Schluß ziehen will, daß das hiermit erzielte Ergebnis als künstlerisch angesehen werden müsse. Diese

sichtbaren Ausdruck gelangte individuelle Schöpfung ist (Stereth-Marwitz, Das Kunstschutzgesetz II zu § 1).

2. Dieser Teil der Entsch. ist nicht bedenkenfrei.

§ 10 Abs. 2 KunstSchG. kann nicht der Ausgangspunkt der anzustellenden Erwägungen sein, da von einer Übertragung des Eigentums am Werk, als welches hier der Entwurf für den Briefkopf anzusprechen ist, an die Firma B. nirgends die Rede ist. Vielmehr kann die Frage, ob und inwieweit die Firma B. Werknutzungsrechte an dem künstlerischen Entwurf für den Briefkopf erworben hat, mangels ausdrücklicher Vereinbarung hierüber nur aus dem Sinn des Vertrages zwischen der Firma B. und der Kl. hergeleitet werden. Hierzu ist nötig, den tatsächlichen Hergang festzustellen. Der Tatbestand des Ur. enthält darüber nichts Näheres. Es darf demnach angenommen werden, daß er sich in der üblichen Weise abgepielt hat:

Die Firma B. wollte ihre Drucksachen mit einem geschmackvollen Briefkopf versehen und hat sich hiernegen an die Kl. gewendet. Diese hat einige Entwürfe, die sie durch ihren Zeichner hat anfertigen lassen, der Firma B. vorgelegt, die einen von ihnen ausgewählt und angenommen, und dann Drucksachen mit dem Briefkopf nach dem gewählten Entwurf bei der Kl. bestellt hat.

Dieser Hergang gliedert sich in zwei Abschnitte, was sofort deutlich wird, wenn man sich vor Augen hält, daß häufig der Entwurf für einen Briefkopf bei einem im freien Beruf tätigen Künstler (Gebrauchsgraphiker) — und die Herstellung der Druck-

1) JW. 1911, 777.

2) JW. 1933, 1882.

Ansicht würde folgerichtig dazu führen, daß allen auf dem gleichen Wege hergestellten Geschäftsbriefköpfen, ganz gleich, welche Anforderungen sie erfüllen und wie sie ausgefallen sein mögen, Kunstwerkseigenschaft zugesprochen werden müßte. Die zeichnerische Darstellung ist zwar ein Mittel der Kunst. Wenn aber dieses Mittel nur dazu benutzt wird, aus Teilansichten wiedergebenden Lichtbildern in engerer Anlehnung an die Vorlagen ein wirklichkeitsgetreues Bildganzes zusammenzustellen, kann von künstlerischer Tätigkeit noch nicht die Rede sein (vgl. RG. 105, 162³). Die Kunst beginnt vielmehr erst da, wo die schöpferische Einbildungskraft freien Spielraum hat und, wie das RG. es ausgedrückt hat (vgl. RG. 139, 217⁴), über die dem Gebrauchszweck gewidmeten Begebenheiten hinaus die nähere Form auszugestalten ist. Es muß also in jedem Einzelfalle geprüft werden, inwieweit der Hersteller außer der mit dem Gebrauchszweck notwendig gegebenen Aufgabe, eine die Aufmerksamkeit des Beschauers auf sich ziehende und dementsprechend angeordnete Ansicht der gewerblichen Anlagen zu liefern, durch die Verbindung und Ausgestaltung von Schrift- und Bildwerk eine das ästhetische Gefühl anregende, eigenpersönliche Gestaltung des Briefkopfes hervorgebracht hat, die sich als das Ergebnis einer schöpferischen Tätigkeit darstellt. Die Kl. hat allerdings bei ihrem Briefkopfe an sich nur mit gebräuchlichen Mitteln gearbeitet. Die gewählte Schrift entspricht dem Zeitgeschmack; auch wurde die Zusammenfassung zweier Abbildungen durch einen langgezogenen Buchstaben vielfach geübt. Für sich genommen war es ferner nichts neues, daß die Fabrikanlagen stufenförmig gestaffelt und nicht wie in den früheren Briefköpfen der Firma B. nebeneinander angeordnet waren. Schließlich spricht der Sachverständige E. auch den Fabrikanalysen die künstlerische Eigenart ab; er räumt lediglich ein, daß sie eine achtungsgebietende technische Vollendung zeigen und hohes technisches Können voraussetzen. „Auf Grund einer solchen, an die einzelnen Teile des Briefbogens sich haltenden und sie für sich betrachtenden Beurteilung kann indessen ein zutreffendes Ur. darüber, ob ein künstlerisches Gepräge tragendes Werk vorliegt, nicht gewonnen werden.“ Ausschlaggebend ist vielmehr, wie das LG. zutreffend bemerkt, nur der Gesamteindruck, der sich aus dem Zusammenwirken der einzelnen Teile ergibt. Mag auch bei einer die einzelnen Teile zergliedernden Betrachtung festzustellen sein, daß sie unter Benützung gebräuchlicher Mittel gestaltet sind, so kann doch in der Wahl gerade dieser Mittel, in der Abstimmung der einzelnen Teile aufeinander und in der Art, wie sie zu einem Bildganzem zusammengefügt sind, eine ästhetische Befriedigung erweckende Lösung von persönlicher und schöpferischer Eigenart gefunden werden. Bei Anlegung eines solchen Maßstabes kann aber dem Briefkopf der Kl. trotz der Verwendung an sich bekannter Mittel die Eigenschaft als Kunstwerk nicht abgesprochen werden. Obwohl die Aufgabe, zwei Fabrikanalysen auf einem Briefkopf zur anschaulichen, reklametechnisch wirksamen Darstellung zu bringen, der Freiheit der Gestaltung gewisse Grenzen zieht, bleiben doch, wie die von der Kl. vorgelegten Entwürfe und auch die für die Firma B. hergestellten ersten Briefköpfe zeigen, mannigfache eigenartige Gestaltungsräume lassende Lösungsmöglichkeiten übrig. Die von der Kl. gewählte Lösung kennzeichnet sich dadurch als eigenartig, daß eine Reihe von künstlerischen Schöpfungen vorzuziehen in einträglichster Weise zu einem harmonisch wirkenden Bildganzem vereinigt sind. Die Fabrikanlagen sind nicht mehr, wie in den älteren Briefköpfen in einem unmittelbaren, auch technisch nicht befriedigenden Nebeneinander, sondern auf verschiedener Höhe

des Briefbogens dargestellt. Die dadurch gewonnene bessere Raumgestaltung ist in Verbindung mit der besonders übersichtlichen und gefälligen Darstellung der Fabrikanlagen und der schon an sich eigenartig wirkenden Zusammenfassung der beiden Einzelbilder durch den passend ausgebildeten ersten Buchstaben des Namens B. zu einer ästhetisch wirksamen Gesamtgestaltung des Briefkopfes benutzt worden. Untersützend wirken dabei mit die Schriftart in der als Teil der bildlichen Darstellung erscheinenden Firmenzeile, der Farbton, die Verteilung von Licht und Schatten, die Untergliederung der Fabrikanlagen in die als schmückendes Beiwerk dienende Landschaft. In dieser Beurteilung wird durch einen Vergleich mit den von der Bekl. vorgelegten Fabrikanalysen anderer Firmen zeigenden Briefköpfen nichts geändert. Es läßt sich daraus nur die bereits gewürdigte Tatsache entnehmen, daß die von der Kl. angewandten Hilfsmittel an sich bekannt waren und in Briefköpfen anderer Firmen ebenfalls verwertet worden sind. Dagegen sprechen diese Briefköpfe nicht gegen die Annahme, daß die Kl. durch die Art, wie sie von geläufigen Hilfsmitteln Gebrauch gemacht hat, für die ihr gestellte besondere Aufgabe eine eigenartige Lösung mit künstlerischem Gehalt gefunden hat. Ebensovienig ist das ablehnende Gutachten der Kunstakademie zu billigen, das die Verneinung des über die Zweckmäßigkeit der Form hinausgehenden ästhetischen Überschusses damit begründet, daß der Briefkopf der Kl. sich auf eine zweckdienliche Darstellung der Größe der Fabrikanlagen beschränke und deshalb nur als solide handwerkliche Leistung anzusehen sei. Daß dies nicht der Fall ist, ergibt sich bereits aus den vorstehenden Ausführungen. Augenscheinlich ist das Ur. der Kunstakademie durch den Irrtum beeinflusst, daß die Befahrung der Kunstwerkseigenschaft einen beachtlichen künstlerischen Wert voraussetze. Einen Anhalt dafür bietet insbes. der Schlußsatz des Gutachtens, der künstlerische Wert des Briefbogens stehe für jeden Künstler außer Frage. Das KunstSchG. will aber nicht nur den bedeutenden, einen eigenen Stil schaffenden Künstler schützen, sondern auch den kleinen Künstler, der seine künstlerischen Ausdrucksmittel dem vorhandenen und bekannten Vorrat entnimmt, sofern er damit nur eine selbständige künstlerische Leistung zustande bringt. Der Sen. ist nach alledem zu dem Ergebnis gelangt, daß der Briefkopf der Kl. als Erzeugnis des Kunstgewerbes nach § 2 KunstSchG. Schutz genießt.

2. Nicht zu billigen ist die Ansicht, daß eine Übertragung des Urheberrechts der Kl. auf die Firma B. anzunehmen sei. Aus § 10 Abs. 4 KunstSchG. ergibt sich der Grundsatz, daß vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung die Übertragung des Eigentums an einem Werke die Übertragung des Urheberrechts nicht in sich schließt. Richtig ist allerdings, daß es zur Übertragung des Urheberrechts nicht notwendig einer ausdrücklichen Vertragsabrede bedarf, daß sie sich vielmehr unter Umständen aus dem Vertragszweck in der Weise der Auslegung als von dem Vertraglichstehenden gewollt ergeben kann. Ein solcher Fall liegt indessen hier nicht vor. Die Kl. und die Firma B. standen sich als selbständige Gewerbetreibende gegenüber. Daß sich die Kl. für ihre Entwurfsarbeiten durch entsprechende Bemessung der Vergütung für die erste Herstellung des Briefkopfes hat bezahlen lassen, kann für sich allein nicht die Annahme rechtfertigen, daß die Übertragung des Urheberrechts gewollt gewesen sei. Ebensovienig kann es darauf ankommen, daß das Erzeugnis der Kl. zur Vielfältigkeit bestimmt und nur zum persönlichen Gebrauch der Firma B. geeignet war. Eine eigene gewerbemäßige Vielfältigkeit durch die Firma B. kam nicht in Frage. Die Kl. rechnete vielmehr damit, daß sie im Bedarfsfalle

sachen nach dem vom Künstler geschaffenen Entwurf bei einer Druckerei bestellt wird. Hier erhält der Künstler sein Honorar und die Druckerei ihre Rechnung bezahlt. Die Vergütung, die dem Künstler gewährt wird, lohnt die Herstellung des Entwurfes und die Übertragung aller Verknüpfungsrechte ab, die der Besteller benötigt, um den Entwurf zu den Zwecken, für die er ihn beim Künstler bestellt hat, verwenden zu können.

Eine Beschränkung des Bestellers in der Verwendungsbefugnis kann sich nur aus dem Vertragszweck ergeben. Der Besteller darf beispielsweise, wenn er vom Künstler auf Bestellung einen Schwarzweißentwurf für einen Briefkopf erhalten hat, nach diesem nicht ein farbiges Plakat anfertigen lassen. Wohl aber ist er berechtigt, den Briefkopf für beliebig viele und für alle Arten von Drucksachen zu verwenden. Diese Rechtslage ergibt sich bei Auslegung des zwischen dem Künstler und dem Besteller abgeschlossenen Vertrages nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. Sie entspricht auch der Verkehrssitte (hierzu Osterreich-Marmiz, Das Kunstschutzesgesetz § 10 Anm. VII 1).

Tritt an die Stelle des Künstlers als Lieferantin des Entwurfes die Druckanstalt und wird für den Entwurf eine besondere Vergütung gefordert und gewährt, so ist nicht einzusehen, warum der Besteller weniger Rechte an dem Entwurf erwerben soll, als wenn der Künstler den Entwurf geliefert hat. Denn auch hier

liegen zwei selbständige Verträge vor, deren einer die Lieferung des Entwurfes und die Übertragung der Verknüpfungsrechte im Rahmen des Vertragszweckes, deren anderer die Befellung von Drucksachen mit dem Briefkopf nach dem gelieferten Entwurf zum Inhalt hat. Die Vertragsinteressen des Bestellers sind durchaus die gleichen wie beim Vertrag mit dem Künstler. Er will sich die Möglichkeit verschaffen, seine Drucksachen mit einem geschmackvollen Briefkopf auszustatten, indem er ein Honorar für den Entwurf und für die entsprechende Ausnutzung des Entwurfes bezahlt. Er will mit dem Entwurf wie ein rechter Eigentümer schalten können, beschränkt nur durch die urheberrechtlichen Bestimmungen, die ihn binden, auf die Verwendung innerhalb des Vertragszweckes Rücksicht zu nehmen.

Es ist kein Grund zu sehen, warum der Besteller für den Entwurf eine geforderte Vergütung bezahlen sollte, wenn er nicht diese Verknüpfungsrechte in dem hier angedeuteten Umfang übertragen erhält. Anders liegt die Sache nur dann, wenn die Druckanstalt für den Entwurf eine Vergütung nicht beansprucht und erhält, sondern nur die Bestellung übernimmt und ausführt, Drucksachen in bestimmter Ausstattung zu liefern, für die sie zunächst Muster nach eigenen Entwürfen vorlegt. Hier werden nur diese Drucksachen geliefert und bezahlt, und der Besteller erwirbt kein anderes Recht an dem kunstgewerblichen Erzeugnis, als daß er die ihm gelieferten Vielfältigkeiten verbreiten darf.

Nach dieser Richtung hätte die Entsch. den Tatbestand fest-

3) JW. 1923, 182.

4) JW. 1933, 1882.

Nachbestellungen erhalten würde. Es kann aber nicht angenommen werden, daß sie sich diese Aussicht durch Übertragung des Urheberrechts oder Einräumung derervielfältigungsbefugnis an die Firma B. hätte nehmen lassen.

3. Die weitere Frage, ob die Bekl. das Werk der Kl. nachgeahmt habe, ist in Übereinstimmung mit der Meinung fast aller Sachverständiger, die sich hierzu geäußert haben, in bejahendem Sinne zu entscheiden. Der Sen. hat sich auch hierbei von dem Gesamteindruck leiten lassen. Dieser ist aber bei den Briefköpfen der Parteien in dem Maße der gleiche, daß sich in allen für die Gestaltung kennzeichnenden Zügen eine Übereinstimmung ergibt, die ohne weiteres sogar die Gefahr einer Verwechslung heraufbeschwört. Die Bekl. hat nicht nur die gleichen Elemente verwendet, sondern sie auch in derselben Weise zusammengefügt. Stilart, Farbton, Schriftart, Raumaufteilung, Ausbildung der Fabrikgebäude, landschaftliches Beiwerk, alles das findet sich im wesentlichen auch bei der Bekl. und ist ferner in die für den Briefkopf der Kl. eigentümliche Beziehung gebracht worden. Insbes. werden auch bei der Bekl. die beiden Einzelbilder durch den in ähnlicher Weise ausgebildeten Anfangsbuchstaben des Namens B. zusammengehalten. Die von der Bekl. in der Klagebeantwortung aufgezählten Abweichungen sind von untergeordneter, den Gesamteindruck nicht beeinflussender Bedeutung und nicht einmal sämtlich vorhanden. Daß die Bekl. für die Herstellung ihrer Briefköpfe eigene Lichtbilder und Handzeichnungen angefertigt hat, wäre für die Frage der Nachbildung nur dann erheblich, wenn sich daraus folgern ließe, daß die Bekl. die Briefköpfe der Kl. nicht bemutet habe. Diese Annahme verbietet sich indessen schon durch die auffällige, auf andere Weise nicht zu erklärende Übereinstimmung der beiden Briefköpfe. Hätte die Bekl. ihre eigene Phantasie walten lassen, so hätte unmöglich das Ergebnis dasselbe sein können wie bei der Kl. Abgesehen davon ergibt aber auch ihre eigene Angabe, daß sie von der Firma B. die ausdrückliche Weisung erhalten habe, einen Briefkopf zu schaffen, der sich demjenigen der Kl. in der Art der Aufmachung nach Möglichkeit anschließe, daß sie das Werk der Kl. gekannt und nachgeahmt hat. Ihr Beweistritt unter Bezugnahme auf das Zeugnis des Zeichners, daß diesem der Briefkopf der Kl. nicht vorgelegen habe, ist demgegenüber unerheblich. Daß der Zeichner den Briefkopf der Kl. nicht gesehen habe, hat die Bekl. nicht behauptet.

Schon hiernach ist der Unterlassungsanspruch der Kl. nach § 15 KunstSchG. und ihr Anspruch auf Vernichtung der zurervielfältigung des beanstandeten Briefkopfes benutzten Gravuren nach § 37 KunstSchG. begründet.

4. Aber auch wenn bei dem Briefkopf der Kl. die Kunstwerkeigenschaft zu verneinen wäre, würde im Ergebnis ebenso entschieden werden müssen. Allerdings würde alsdann auch nach § 1 Ziff. 3 UrhG. kein Urheberrecht der Kl. bestehen, weil ihr Briefkopf nicht als eine Belehrungszwecken dienende Abbildung wissenschaftlicher oder technischer Art angesehen werden könne. In dessen besteht bei dem Verlagen urheberrechtlichen Schutzes die Möglichkeit, daß die Bekl. durch die besondere Art ihres Vorgehens gegen die guten Sitten und damit gegen andere gesetzliche Vorschriften verstoßen hat, die ein solches Verhalten unabhängig von dem Bestehen eines Urheberrechts verbieten. Grundsätzlich ist allerdings daran festzuhalten, daß die Nachahmung eines urheberrechtlich nicht geschützten Gegenstandes und die hiermit in der Regel einhergehende Ausnutzung fremder Arbeit an sich nicht gegen die guten Sitten verstößt, daß vielmehr besondere Umstände hinzutreten müssen, wenn ein solcher Verstoß angenommen werden

soß (vgl. RG.: JW. 1932, 1881 41; RG. 135, 385 f. 5)). Derartige Umstände sind aber dem Verhalten der Bekl. zu entnehmen. Auch bei Verneinung der Kunstwerkeigenschaft muß anerkannt werden, daß die Kl. für ihren Briefkopf eine eigenartige, die gestellte Aufgabe in sehr zweckmäßiger Weise lösende Gestaltung gefunden hat. Sie ist das Ergebnis wertvoller Gedankenarbeit, die nur von eigens hierfür geschulten und hochbezahlten Kräften geleistet werden kann. Im Gegensatz hierzu hat die Bekl. nichts eigenes geleistet, sondern sich die Gedanken der Kl. in einem Maße angeeignet, daß sich bei ihrem Briefkopf der Eindruck fast völliger Übereinstimmung ergibt. Hiernach ist es unerheblich, daß sie an sich die gleichen technischen Vorarbeiten geleistet hat, die auch eine neue Lösung erfordert hätte. Auch die Kl. hätte diese Arbeiten mit Rücksicht auf einige bauliche Veränderungen der Fabrikgebäude im wesentlichen wiederholen müssen, wenn sie den Auftrag erhalten hätte. Der Wert der Briefköpfe beruht indessen nicht auf dem Arbeitsvorgang als solchem, sondern nur auf den ihnen verkörperten Gedanken und der Art, wie diese verwirklicht sind. Hieron hängen das Ansehen der Herstellerfirma und der Preis ab, den sie für ihre Arbeiten fordern kann. Die Bekl. hat also auf Kosten der Kl. den wesentlichsten, für die Bewertung entscheidenden Teil der Arbeit, nämlich die eigene Erfindung und deren Ausführung, erspart, indem sie sich mit ihren Vorarbeiten von vornherein auf eine Nachahmung des Briefkopfes der Kl. eingerichtet hat. Die hierin zu erblickende Ausbeutung fremder Geistesarbeit kennzeichnet sich dadurch als unethisch, daß sie von der Bekl. bemutet worden ist, der Kl. einen ihr sonst in sicherer Aussicht stehenden Auftrag abzunehmen. Den eigenen Angaben der Bekl. ist zu entnehmen, daß die Auftraggeberin mit der Leistung der Kl. so zufrieden war, daß sie nur etwas Ähnliches haben wollte. Ohne das Dazwischentreten der Bekl., die ihre Aufgabe nur in einer bloßen Nachahmung erblickt hat, würde also der Auftrag der Kl. zugefallen sein. Die Bekl. hat ihn als Wettbewerberin nur deshalb erhalten, weil sie die dem Briefkopf der Kl. zugrunde liegenden Gedanken entlehnt und dadurch die Möglichkeit erlangt hat, einen billigeren Preis zu berechnen, als wenn sie noch etwas Eigenes hätte erfinden und wiederholte Versuche hätte anstellen müssen. Es kann diesen Erwägungen auch nicht entgegeng gehalten werden, daß die Kl. für ihre Aufwendungen voll entschädigt gewesen sei, weil sie für ihre Leistungen die geforderte Vergütung erhalten und der Preis der ersten Lieferung auch die Entwurfsarbeiten eingeschlossen habe. Hierauf kommt es schon deshalb nicht an, weil im Gewerbe der Parteien auch bei der Preisgestaltung mit Nachbestellungen auf die zurervielfältigung in Massenanlagen bestimmten Erzeugnisse gerechnet zu werden pflegt. Entscheidend ist allein, daß die Bekl. sich in unlauterer Weise auf Kosten der Kl. einen Vermögensvorteil verschafft hat, indem sie durch Aneignung wertvoller Arbeit der Kl. in deren Kundenkreis eingedrungen ist und sich dadurch einen Auftrag gesichert hat, der unter anderen Umständen der Kl. zugefallen wäre.

5. Hiernach ist der Unterlassungsanspruch der Kl. auch nach § 1 UrhG. und § 826 BGB. begründet. Der Anspruch auf Vernichtung der Gravuren würde sich als Teil des Unterlassungsanspruchs schon aus entsprechender Anwendung des dem § 1004 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedankens ergeben, weil nur durch Vernichtung der von der Bekl. benutzten Hilfsmittel der den Besitzstand der Kl. gefährdende Zustand völlig beseitigt werden kann. Zu dem gleichen Ergebnis führt der auf Herstellung des früheren Zustandes abzielende § 249 BGB., dessen Anwendung dadurch gerechtfertigt ist, daß es sich nach dem dargelegten Sachverhalt

legen und die Prüfung vornehmen müssen. Die Erwägungen, die sie anstellt, werden diesem Gedankengang nicht gerecht.

Die Tatsache, daß sich die Kl. und die Firma B. als selbständige Gewerbetreibende gegenüberstehen, ist insofern bedeutend, als die Frage nach der Übertragung von Verknüpfungsrechten an Entwurf anders zu beurteilen wäre, wenn die Lieferantin im Abhängigkeitsverhältnis zum Besteller, etwa im Angestelltenverhältnis, stünde. Allein von dergleichen ist hier nicht die Rede.

Auch die Feststellung, daß die Firma B. den Briefkopf nicht selbst herstellt, erscheint unwichtig. Wenn die Firma B. die Briefköpfe selbst herstellen würde, dann wäre sie eine Druckanstalt wie die Kl., da andere Unternehmungen sich nicht die kostspieligen Einrichtungen zur Herstellung solcher Drucksachen anschaffen, nur um für eigenen Bedarf zu drucken. Es wäre also dann der Fall gegeben, daß eine Druckanstalt einer anderen Entwürfer für deren Drucksachen geliefert hat — ein höchst seltener Fall —, und man wird für die Beurteilung der hier zu beantwortenden Fragen nichts gewinnen, wenn man feststellt, daß dieser Fall hier nicht gegeben ist.

Sicherlich hat die Kl. damit gerechnet, daß sie von der Firma B. im Bedarfsfälle Nachbestellungen erhalten würde. Ebenso aber hat die Firma B., wenn sie schon für den Entwurf eine Vergütung bezahlen mußte, nicht damit gerechnet, daß sie wegen Nachbestellungen an die Kl. gebunden ist, sondern sie dort aufgeben kann, wo es ihr am zweckmäßigsten erscheint und auch nicht, daß

sie auf die Verwendung des für sie ausschließlich gefertigten Entwurfs verzichteten muß, wenn sie sich wegen der Nachbestellungen mit der Kl. nicht einigt.

3. Es entspricht der geltenden Rspr., daß die Frage der Nachahmung nach dem Gesamteindruck zu beurteilen ist, wenngleich die Abweichungen daraufhin zu prüfen sind, inwieweit sie für den Gesamteindruck von Bedeutung sein können.

4. Auch diesem Teil der Entsch. ist zuzustimmen. Es werden besondere Umstände festgestellt, die der an sich erlaubten Ausnutzung fremder Arbeit und dem an sich erlaubten Angriff auf den Kundenkreis des Wettbewerbers (JW. 1933, 1456; GewRSch. 1933, 314) den Charakter einer unlauteren Wettbewerbsbehandlung verleihen.

5. Zutreffend wird darauf hingewiesen, daß der Anspruch auf Unterlassung in dem Anspruch besteht, daß die geschlossene oder bevorstehende konkrete Beeinträchtigung des eigenen Rechts unterbleibt. Über die Verletzungshandlung hinausgehende Handlungen zu verbieten, die nicht vorgenommen oder nachweislich beabsichtigt sind, oder gar ganz allgemein zu verbieten, das Recht des Kl. zu verletzen, ist unzulässig.

RA. Dr. Dieß, München.

um eine vorsätzliche, die Bekl. nach § 1 UntWG. und § 826 BGB. zum Erfaß verpflichtende Schadenszufügung handelt.

In der Fassung geht indessen der Unterlassungsanspruch der Kl. zu weit, weil der Bekl. nicht allgemein jede Nachbildung des Briefkopfes der Kl. verboten werden kann, was schon wegen der Unbestimmtheit eines solchen Verbotes unzulässig wäre, sondern nur gerade die im vorl. Rechtsstreit zur Beurteilung stehende Nachahmung. Die Verurteilung zur Unterlassung ist deshalb entsprechend zu beschränken.

(OLG. Düsseldorf, 2. ZivSen., Urte. v. 10. Jan. 1934, 2 U 77/33.)

Ber. von Dr. Günter Schagen, M. Gladbach.

*

Karlsruhe

3. Unterschied zwischen Tilgungs- und Abzahlungsbeiträgen nach Art. 7 Abs. 1 Ziff. a u. b der DurchfW.D. v. 16. Dez. 1932 zur W.D. v. 11. Nov. 1932 über die Fälligkeit von Hypotheken und Grundschulden. †)

Die Scheidung zwischen Tilgungsbeitrag und Abzahlungsbeitrag kann nicht rein formalistisch, je nachdem er so oder so benannt ist, vorgenommen werden, muß vielmehr aus dem Zweck des Gesetzes, das eine Schonung des Schuldners im Hinblick auf die Wirtschaftskrise erstrebt, gefunden werden. Hiernach sollen neben den eigentlichen Zinsen nur solche Kapitalverminderungsbeiträge, welche den Schuldner nicht sehr erheblich belasten, als weiterzahlende Tilgungsbeiträge gelten; erheblicher belastende Verminderungsbeiträge sind dagegen Abzahlungsbeiträge, welche zugunsten des Schuldners Einschränkungen unterliegen. Wenn man bedenkt, daß nach § 7b DurchfW.D. Minderungssummen, die zwischen 3 und 5% des ursprünglichen Kapitals liegen, um den 3% übersteigenden Betrag zu kürzen sind und 5% übersteigende Minderungsbeiträge überhaupt zu streichen sind, so ist die Auffassung gerechtfertigt, daß Tilgungsbeiträge 3% des ursprünglichen Kapitals nicht übersteigen dürfen, und daß solche Minderungsbeiträge, welche 3% übersteigen, als Abzahlungsbeiträge zu gelten haben, die den Einschränkungen des § 7b DurchfW.D. unterliegen (vgl. Siefert, Hypothekensicherung S. 117 Anm. 1 u. 2 i. Verb. m. C. 94/95 Anm. 1 u. 2; JW. 1932, 3798⁴).

Wohl gibt der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft in seinen Richtlinien zum landwirtschaftlichen EntschuldG. v. 1. Juni 1933 eine Gegenüberstellung von Tilgungsforderungen und Abzahlungsforderungen, welche für die Tilgungsforderung ledig-

Zu 3. Nur von der Seite der sprachlichen Auslegung wird der Abgrenzung der Begriffe Tilgungsbeitrag und Abzahlungsbeitrag nicht beizukommen sein; wer eine Kapitalforderung zu einem Teile tilgt, zahlt etwas darauf ab und umgekehrt. Die Begriffe lassen sich daher richtig nur verstehen, wenn man die Bedeutung in Betracht zieht, die ihnen im wirtschaftlichen Verkehr gegeben wird. Daneben gibt allerdings auch der Wortlaut des Art. 7 DurchfW.D. v. 16. Dez. 1932 einen gewissen Anhalt für die Auslegung. Danach müssen Tilgungsbeiträge immer Zinszuschläge sein; der Tilgungsbeitrag muß also mit dem Zinsbetrag verbunden sein, daß er wirtschaftlich als ein Zuschlag zum Zinsbetrag erscheint. In den weitaus meisten Fällen wird von einem Tilgungsbeitrag nur dann gesprochen, wenn der Schuldner in jedem Jahr denselben Gesamtbetrag zu entrichten hat, und zwar so, daß dieser gleichbleibende Betrag immer einen Zinsanteil und einen Tilgungsanteil enthält, deren Verhältnis zueinander aber von Jahr zu Jahr sich verändert. Umgekehrt ist bei einer Abzahlungshypothek der für die Verminderung der Kapitalforderung bestimmte Jahresbetrag in der Regel gleichbleibend, während der Zinsbetrag sich jedes Jahr verändert, weil von Jahr zu Jahr eine geringere Kapitalforderung zu verzinsen ist. Trotz dieser Unterschiede wird bisweilen es fraglich sein können, ob es sich um einen Tilgungs- oder Abzahlungsbeitrag handelt. In solchen Fällen wird auf die Best. der W.D. abzustellen sein, wonach Tilgungsbeiträge solche Zinszuschläge sind, die zur „allmählichen“ Tilgung der Kapitalschuld zu entrichten sind. Daraus folgt, daß von Tilgungsbeiträgen nur dann gesprochen werden kann, wenn es sich um verhältnismäßig kleine Jahresbeträge handelt, die nach und nach die Kapitalschuld zum Verschwinden bringen. Wenn also auch grundsätzlich „Tilgungsbeiträge“ in jedem Falle weiter zu zahlen sind, ohne daß es begrifflich auf ihre Höhe ankommen kann, ist diese Höhe für die Frage von Bedeutung, ob es sich überhaupt um Tilgungsbeiträge handelt. Hier wird für die Anwendung des Art. 7 dessen Best. in Abs. 3 wohl zu entnehmen sein, daß eine „allmähliche“ Tilgung der Kapitalschuld jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn mehr als 5% der ursprünglichen Kapitalschuld jährlich getilgt werden müssen. Allgemein den Satz aufzustellen, wie es das OLG. Karlsruhe tut, daß Minderungsbeiträge, die 3% übersteigen, ohne weiteres als Abzahlungsbeiträge zu gelten haben, findet in der DurchfW.D. kaum eine ausreichende Stütze. Würde der Gesetzgeber

lich auf die gleichbleibende Höhe der Jahresleistung abhebt (vgl. BadZMBl. 1934, 198 zu § 83 des Ges. Nr. 35). Aber abgesehen davon, daß für das EntschuldG. nur die Tilgungsforderung eine Rolle spielt, muß die Abgrenzung zwischen Tilgungs- und Abzahlungsforderungen auf dem Gebiete der GrundbuchW.D. gerade aus den Zwecken dieser W.D. heraus ausgelegt werden. Deshalb sprechen auch die oben erwähnten Ausleger — Siefert und Bernard: JW. 1932, 3798⁴ — nur davon, daß die Tilgungsforderung in der Regel durch die gleichbleibende Höhe der Jahresleistung gekennzeichnet werde.

Hienach ist daran festzuhalten, daß eine Abzahlungsforderung vorliegt, falls der den Zinsanteil übersteigende Teilbetrag der Jahresleistung 3% des ursprünglichen Kapitalbetrags überschreitet.

(OLG. Karlsruhe, 3. ZivSen., Urte. v. 14. Juli 1934, 3 ZBR 10/34.)

Ber. von H. C. Wiedemann, Karlsruhe.

*

Niel

4. Notarhaftung. Der Schadenersatzanspruch, der auf Verletzung der „Notars-Rechtskundigen“-Tätigkeit gestützt wird, verfährt rechtsähnlich § 32a R.D., § 198 BGB. in fünf Jahren. †)

Der Kl. verkaufte im Februar 1926 an den Makler C. zwei gebrauchte Kraftwagen für 5500 RM. Im Kaufvertrage war folgendes vereinbart: C. sollte zwecks Berichtigung des Kaufpreises zwei angeblich im Grundbuch von A. (Bl. 491 und 144) für ihn eingetragene Hypotheken an den Kl. abtreten. Die Wagen sollten erst nach Abtretung der Hypotheken übergeben werden. Am 2. März 1926 sollte die Abtretungsurkunde über die Hypotheken bei dem bekl. RA. und Notar ausgefertigt und von diesem bei dem GVM. eingereicht werden. Der Bekl. war in Angelegenheiten, die diese Grundstücke betrafen, schon wiederholt tätig gewesen. Am 1. März 1926 fragte der Kl. bei dem Bekl. fernmündlich an, ob die Angelegenheit mit der Abtretung der Hypotheken in Ordnung gehe. Dieser bestätigte ihm, daß die Sache unbedenklich sei. Daraufhin fuhr der Kl. am 2. März 1926 zu der Verhandlung über die Hypothekenabtretung nach A. Bevor sie zu dem Bekl. gingen, sagte C. dem Kl., er werde ihm die rangersten 5500 GM. von einer auf zwei Grundstücken lastenden Gesamtschuld von 10 000 GM. abtreten. Zwar sei die Hypothek noch nicht eingetragen, aber die Eintragung sei bereits beim GVM. beantragt.

Der Kl. behauptet, er habe den Bekl. beauftragt, das Grundbuch einzusehen und ihm Auskunft über die Güte der Hypothek zu

eine so schematische, also lediglich aus dem Prozentsatz abzuleisende Behandlung von Minderungsbeiträgen beabsichtigt haben, so hätte es keiner Sondervorschr. für Tilgungsbeiträge einerseits und für Abzahlungsbeiträge andererseits bedurft. Diese Feststellung richtet sich nur gegen die in der Entsch. zum Ausdruck gebrachte Verallgemeinerung; daß das OLG. im vorl. Fall im Ergebnis dem Sinn der gesetzlichen Vorschr. gerecht geworden ist, soll nicht besprochen werden.

MinR. Bernard, Berlin.

Zu 4. Die Entsch. ist im Ergebnis richtig. Trotzdem fordert sie zum Widerspruch heraus. Sie teilt die von einem Notar gelegentlich einer Beurkundung oder Beglaubigung entfaltete Tätigkeit in zwei rechtlich verschiedenen zu beurteilende Arten, in die eigentliche Notarstätigkeit, d. h. Urkundenerrichtung oder Beglaubigung, und in die Auskunftstätigkeit als „Rechtskundiger“. Für eine solche Unterscheidung liegt keinerlei Anlaß vor. Ebenso wie die RPr. vollkommen einheitlich dem Notar in bestimmtem Umfang die Pflicht zur rechtlichen Belehrung auferlegt und die Erfüllung dieser Pflicht nur unter seine Amtstätigkeit zählt, ist es lediglich ein Ausfluß der Amtstätigkeit, wenn der Notar dadurch befehrt, daß er auf an ihn gestellte Fragen antwortet. Auch hier handelt es sich nur um Belehrungstätigkeit, bei der die Beteiligten durch ihre Fragestellung auf den Inhalt und Umfang der Belehrung einwirken.

Dies wird sofort ersichtlich, wenn man sich den Tatbestand etwas verändert vorstellt. Angenommen, der Notar wäre zur Einsicht des Grundbuchs beauftragt worden und hätte dann die Grundschuldbetretung entworfen und beglaubigt, ohne den neuen Gläubiger darüber zu belehren, daß der Grundschuldbesteller nicht als Eigentümer eingetragen ist, oder er hätte ihm hierüber aus eigener Verantwortung eine solche Belehrung erteilt, so wäre niemand auf den Gedanken gekommen, neben der Verletzung der Amtspflichten des Notars eine Zuwiderhandlung gegen einen „Rechtskundigenvertrag“ anzunehmen. Sein Vorliegen muß aber auch im tatsächlichen gegebenen Fall verneint werden, weil er sich von dem eben unterstellten Sachverhalt nur dadurch unterscheidet, daß die falsche Auskunft des Notars durch eine direkte Frage eines Beteiligten veranlaßt worden ist.

Der Gesetzgeber läßt die Verleihung des Amtes als Notar mit guten Gründen nur an Personen zu, die die Fähigkeit zum Richter-

geben. Nach Einsichtnahme habe ihm der Bekl. auf seine Frage, ob alles in Ordnung sei, erwidert, er könne unbedenklich die angebotene Hypothek in Zahlung nehmen. Er habe dann nochmals ausdrücklich gefragt, ob er dabei auch nicht Gefahr laufe, sein Geld zu verlieren. Hierauf habe ihm der Bekl. wiederholt erwidert, es bestehe nicht die geringste Gefahr, daß er sein Geld verliere, er könne das Geschäft ruhig abschließen. Er, der Kl., habe sich daraufhin mit der von C. vorge schlagenen Tilgung des Kaufpreises einverstanden erklärt. Die Abtretungserklärung über die versprochene Teilgrundschuld sei im Büro des Bekl. entworfen worden. Dieser habe seine, des Kl., und C.s Unterschriften beglaubigt. Danach habe er, der Kl., seinen Geschäftsführer fernmündlich angewiesen, die Kraftwagen dem Beauftragten des C. zu übergeben. Das sei dann auch geschehen. Nach Einreichung der Abtretungserklärung bei dem WM. habe sich herausgestellt, daß die Eintragung einer Gesamtgrundschuld von 10000 G.M. für C. auf den Grundstücken N. Ost Bl. 144 und 491 zwar von dem Gastwirt B. bewilligt und beantragt worden, daß B. jedoch nicht der eingetragene Eigentümer der Grundstücke sei. Daher habe dem Antrag auf Eintragung der Gesamthypothek für C. und der Abtretung der 5500 G.M. an den Kl. nicht stattgegeben werden können. Inzwischen habe der eingetragene Eigentümer die Grundstücke im April 1926 an einen Gastwirt E. verkauft gehabt. Dieser sei dann am 26. Aug. 1926 als Eigentümer eingetragen und damit die Eintragung der als Kaufpreis versprochenen Grundschuld unmöglich geworden. Daraufhin habe er, der Kl., den Käufer C. auf Zahlung des Kaufpreises von 5500 RM und in einem zweiten Rechtsstreit auf Herausgabe der Kraftwagen verklagt. Obwohl beiden Klagen stattgegeben worden sei, habe er weder die Kraftwagen noch den Kaufpreis für ihn erlangen können. Die Unmöglichkeit, von C. einen Ertrag zu erhalten, sei ihm erst Ende 1927 durch seine vergeblichen Vollstreckungsversuche bekannt geworden. Unstreitig ist C. heute vermögenslos; er hat im Oktober 1927 den Offenbarungseid geleistet.

Der Kl. macht den Bekl. für den entstandenen Schaden haftbar. Das OLG. hat die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen:

Die Klage ist schlüssig auf die Behauptung gestützt, der Bekl. habe den Kl. durch Erteilung einer unrichtigen Auskunft geschädigt. Anspruchgrundlage ist § 839 oder 276 BGB. Nach den Behauptungen des Kl. hat der Bekl. den diesem entstandenen Schaden fahrlässig verursacht. Der Bekl. handelte fahrlässig, wenn er in Kenntnis der Tatsache, daß B. noch nicht als Eigentümer eingetragen war, dem Kl. die behauptete Auskunft über die Güte der Grundschulden gab. Der Schaden des Kl. besteht darin, daß er weder die Wagen von C. zurückbekommen noch Zahlung für ihn verlangen kann. — Daß ein Notar, der in dieser Weise einen Schaden fahrlässig verursacht, für ihn haftet, ist in Rechtslehre und Spr. nirgends bestritten. Es ist nur zweifelhaft, ob die Haftung auf § 839 oder 276 BGB. zu stützen ist, und ob im letzteren Falle die vertragliche Haftung ihren Rechtsgrund in einem gewöhnlichen Anwaltsvertrag oder in einem mit dem Notar neben seiner amtlichen Inanspruchnahme geschlossenen Vertrag eigener Art (dem sog. „Rechtskundigenvertrage“) hat. Für die Schlüssigkeit des hier erhobenen Anspruches ist es belanglos, welchen dieser drei Rechtsgründe man für gegeben hält. Denn der behauptete Sachverhalt verwickelt je nach seiner rechtlichen Beurteilung der einen oder den anderen der drei Tatbestände. Auch das Fehlen einer anderweitigen Ertragmöglichkeit nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. ist schlüssig behauptet worden. Trotzdem kann die Klage keinen Erfolg haben, da

amt besitzen. Er verlangt vom Notar also Rechtskenntnis, und zwar nicht nur, damit er gelegentlich von Beurkundungen auf Grund besonderer „Rechtskundigenverträge“ Auskünfte erteilt, sondern, damit er seine Rechtskenntnisse bei Ausübung seines Amtes den Beteiligten zur Verfügung stellt. Für die Annahme von „Rechtskundigenverträgen“ neben allgemeinen Amtspflichten des Notars besteht weder eine rechtliche Grundlage noch ein praktisches Bedürfnis. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall. Die Annahme besonderer Vertragsverhältnisse neben dem durch die amtliche Inanspruchnahme gegebenen Rechtsverhältnis bringt nur Verwirrung und Unsicherheit, da der einzelne Beteiligte bei einer derartigen Aufspaltung der Tätigkeit des Notars nicht mehr weiß, nach welchen Gesichtspunkten er das Verhalten des Notars in den einzelnen Phasen der Abwicklung eines Amtsgeschäfts beurteilen soll. Bringt schon die Scheidung der Anwaltsstätigkeit von der Tätigkeit des Notars in den Gebieten des Anwaltsnotariats viele rechtliche Schwierigkeiten, so müssen diese nicht noch dadurch erhöht werden, daß man die Tätigkeit des Notars selbst noch in eine eigentliche Amtsausübung und in Rechtskundigenverträge teilt, deren Beurteilung mangels gesetzlicher Vorschriften nur durch entsprechende Anwendung der für den Anwalt bestehenden gesetzlichen Best. gemeinert werden kann.

Das Gericht hat im vorliegenden Fall auch keine endgültige Feststellung getroffen, worauf sich der Ertragsanspruch gegen den Notar stützt, ob auf Amtspflichtverletzung, auf Anwalts- oder Rechtskundigenvertrag. Es hat damit allein schon gezeigt, daß die Unter-

der erhobene Anspruch verjährt ist, gleichviel, auf welchem der drei erwähnten Rechtsgründe er beruhen mag.

Die dreijährige Verjährungsfrist des etwaigen Anspruches aus § 839 BGB. begann nach § 852 BGB., als der Kl. von dem Schaben und der Person des Erbspflichtigen Kenntnis erhielt. Im Hinblick auf § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. geschah dies Ende 1927, nämlich zu der Zeit, als der Kl. unstreitig erfuhr, daß seine Vollstreckungsmaßnahmen gegen C. erfolglos geblieben waren (vgl. RG. 137, 22—23¹⁾). Zu dieser Zeit wußte er auch bereits, daß der Bekl. ihm jahrelang die unrichtige Auskunft erteilt hatte. Seitdem aber waren mehr als drei Jahre verstrichen, als die Klage am 13. Jan. 1932 zugestellt wurde.

Nach § 32a RAO. i. Verb. m. § 198 BGB. verjährt der Anspruch der Partei auf Schadensersatz aus dem Anwaltsvertrage in fünf Jahren von der Entziehung des Schadens an. Diese Vorschrift muß entsprechend angewendet werden, wenn ein Notar auf Grund eines Vertrages in Anspruch genommen wird, nach dem er als „Rechtskundiger“ Auskunft erteilen soll. Der Zweck dieser Vorschrift ist, daß nicht noch nach fast dreißig Jahren derartige Ansprüche erhoben werden sollen, wenn insbes. nach der Vernichtung der Handakten des Anwalts die oft verwickelten Tatbestände nicht mehr aufklärbar sind und der Anwalt vielfach nicht mehr am Leben sein wird (vgl. RG. 88, 223, bes. 225²⁾; 90, 82, bes. 86). Dieser gesetzgeberische Grund trifft genau so auf den „Rechtskundigenvertrag“ zu. Nach diesen Grundätzen war der hier fragliche Anspruch zur Zeit der Klagerhebung am 13. Jan. 1932 schon verjährt. Denn der Schaden ist nach der Beweisaufnahme mehr als fünf Jahre vor diesem Zeitpunkt entstanden. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kl. sich das Eigentum an den Kraftwagen bei dem Verkauf vorbehalten und ob und wann C. ihn trotzdem an eine dritte Person übereignet hat. Auf Grund der Beweisaufnahme steht jedenfalls fest, daß der Wagen schon im Jahre 1926 infolge eines Jergarbrandes völlig ausgebrannt ist. Die Möglichkeit der Rückgabe an den Kl. scheidet damit aus. Daß ferner C. nach dem 13. Jan. 1927 nicht mehr in stande gewesen war, den Kl. durch Zahlung zu befriedigen, ergibt sich ebenfalls aus der Beweisaufnahme. Der Bekl. ist also nach § 222 Abs. 1 BGB. berechtigt, die Befriedigung des Kl. zu verweigern. Da er sich auf dieses Recht berufen hat, mußte die Klage abgewiesen werden.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Ur. v. 19. März 1934, 1 U 258/32.)

Ber. von OLG. Dr. Grunau, Kiel.

*

München

5. §§ 38, 39, 59 RErbhofG. Auch beim Vollzug eines Arrestes ist vorherige Mitteilung an den Kreisbauernführer unter Einhaltung einer Frist von einem Monat erforderlich, ehe die an sich zulässige Vollstreckung in die landwirtschaftlichen Erzeugnisse eines Erbhofs beginnen kann. †)

Auf Grund eines vom Gläubiger erwirkten Arrestbeschlusses des AG. A. v. 17. Nov. 1933 pfändete der Gerichtsvollzieher des AG. A. am 18. Nov. 1933 bei dem Schuldner wegen der Arrestforderung zu 431,64 RM nebst 20 RM Kostenanschlag die von 10 Tagwerk gewonnene Gerste im Schätzungswert von 700 RM. Auf Erinnerung des Schuldners erklärte das AG. (Vollstreckungsgericht) A. mit Beschl. v. 27. Febr. 1934 die Zwangsvollstreckung hinsichtlich 20 Zent-

scheidung im einzelnen Fall recht schwierig, um nicht zu sagen willkürlich ist. Gerade deshalb hätte es die Möglichkeit eines „Rechtskundigenvertrages“ besser ganz weggelassen. Mit der richtigen Auffassung vom Notarberuf ist er unvereinbar.

NotA. Dr. Seybold, Berlin.

1) JW. 1932, 3256.

2) JW. 1916, 963.

Zu 5. Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Das OLG. hat die Frage nicht näher untersucht, ob nicht etwa die auf Grund des Arrestbefehls gepfändete Gerste Zubehör war und damit als Teil des Erbhofs zu betrachten gewesen wäre (§§ 7, 8 Abs. 1 RErbhofG.). Inwieweit hätte nämlich § 39 und entsprechend auch § 59 RErbhofG. überhaupt auszuscheiden. Die Vollstreckung in die auf dem Erbhof gewonnenen Erzeugnisse (wegen einer Geldforderung) kann nur in Betracht kommen, „soweit diese nicht zum Zubehör gehören“ (§ 39 Abs. 1 RErbhofG.).

Handelt es sich um Zubehör, so ergibt sich gem. § 38 Abs. 1 i. Verb. m. den §§ 7, 8 RErbhofG. überhaupt Unpfändbarkeit.

II. Wird davon ausgegangen, daß die gepfändete Gerste nicht als Zubehör anzusehen war, so beurteilt sich die Zulässigkeit der Arrestpfändung wie folgt:

1. Die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen wird durch Pfändung bewirkt (§ 930 Abs. 1 ZPO.), also

ner Gerste (ausgedroschen) für unzulässig, im übrigen wies es die Erinnerung des Schuldners zurück. Das LG. hob auf die sofortige Beschwerde des Schuldners mit Beschl. v. 16. März 1934 den Beschl. des AG. insoweit auf, als die Erinnerungen des Schuldners gegen die Pfändung zurückgewiesen worden waren, und erklärte die bei dem Schuldner vorgenommene Pfändung von Gerste im vollen Umfange als unzulässig. Gegen diesen Beschl. legte der Gläubiger sofortige weitere Beschwerde ein, die jedoch keinen Erfolg hatte.

Nach § 39 i. Verb. m. § 59 RErbhofG. kann auch wegen einer privatrechtlichen Geldforderung in die auf dem Erbhof gewonnenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse vollstreckt werden, soweit diese nicht zum Zubehör gehören und nicht zum Unterhalt des Bauern oder seiner Familie bis zur nächsten Ernte erforderlich sind. Die Vollstreckung darf aber nur beginnen, wenn der Gläubiger einen Monat vorher dem Kreisbauernführer den Vollstreckungstitel sowie die Erklärung hat zustellen lassen, daß er die Zwangsvollstreckung gegen

zweifelsohne in den Formen der Zwangsvollstreckung.

In der Rspr. und im Schrifttum zu § 38 RErbhofG. findet sich jedoch, namentlich bei der Behandlung der Frage, ob auch bei Erbhöfen die — meist in den Formen der Zwangsverwaltung durchgeführte — Sequestration auf Grund § 1134 Abs. 2 BGB., §§ 935, 938 ZPO. angeordnet werden könne, der Hinweis, daß für die Anwendung des § 38 RErbhofG. nicht die Form der betr. Maßnahme, sondern der mit ihr verfolgte Zweck und das mit ihr erreichte Ergebnis entscheidend müsse (vgl. LG. Stargard, Beschl. v. 20. Nov. 1933; EHRpr. § 38 Nr. 1; Hopp: EHRpr. § 38 Nr. 1 S. 2 ff.; Vohner: EHRpr. § 38 Nr. 2 S. 6; Heise: EHRpr. § 38 Nr. 4 S. 11 ff.; Vogels, RErbhofG., 3. Aufl., Anm. IV, 5 zu § 37).

Überträgt man diesen Grundsatz auf den Vollzug eines Arrestes, so könnte der Gedanke auftauchen, daß die Arrestpfändung, da sie (zunächst jedenfalls) nicht der Befriedigung, sondern nur der Sicherung des Gläubigers diene und diesem nur ein Pfandrecht ohne das Recht der Pfandverwertung verschaffe (§§ 930 Abs. 1 Satz 2, 804 ZPO.), nicht unter die §§ 39, 59 RErbhofG. falle.

Selbstverständlich müßte auch bei dieser Annahme für die Verwertung der gepfändeten Sachen auf Grund eines in der Zwischenzeit von dem Gläubiger erwirkten Vollstreckungstitels und auf Grund des dadurch unmittelbar zum Vollstreckungspfandrecht gewordenen Arrestpfandrechts an den Voraussetzungen des § 39 RErbhofG. festgehalten werden, wonach die Vollstreckung nur beginnen darf, wenn der Gläubiger einen Monat vorher dem Kreisbauernführer den Vollstreckungstitel sowie die Erklärung hat zustellen lassen, daß er die Zwangsvollstreckung gegen den Bauern beabsichtige (§ 39 Abs. 2 RErbhofG.).

Diese Erwägung spricht gegen die Schlüsselaussführungen des vorliegenden Beschlusses, denen anscheinend die Auffassung zugrunde liegt, daß die Verwertung der durch den Arrest in Beschlag genommenen Gegenstände nicht unter allen Umständen unter § 39 Abs. 2 RErbhofG. fallen müsse.

III. Allein die Anwendbarkeit des § 39 RErbhofG. auf die Arrestpfändung ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

1. Der Wortlaut des § 39 Abs. 2 RErbhofG. deckt auch den Fall der Arrestvollziehung. Wenn der Arrest auch dem Gläubiger zunächst nur eine Sicherung verschaffen kann, so ist die Vollziehung desselben doch zweifelsohne Auftakt zur Zwangsvollstreckung.

Sobald der Gläubiger seine Forderung ausgedrückt hat, wird er auch danach trachten, sein Pfandrecht möglichst bald zu verwerten und sich befriedigen zu können.

Es besteht demnach kein Bedenken, auch von dem Gläubiger, der einen Arrestbefehl vollziehen lassen will, zu behaupten, „daß er die Zwangsvollstreckung gegen den Bauern einzuleiten beabsichtige“ (§ 39 Abs. 2 RErbhofG.).

2. Der Zweck des § 39 RErbhofG., dem bei der Auslegung von Zweifeln Rechnung zu tragen ist (§ 56 RErbhofG.), spricht für die Gleichstellung der Arrest- mit der Vollstreckungspfändung.

„Die Zwischenschaltung des Kreisbauernführers soll dem Reichsnährstand Gelegenheit geben, auf den Bauern einzuwirken“ (Vogels, RErbhofG., 3. Aufl., Anm. 3a zu § 39). Von diesem Gesichtspunkt aus ist aber die Benachrichtigung des Kreisbauernführers gerade dann von besonderem Wert, wenn gegen den Bauern Arrestgründe vorliegen, er beispielsweise seine Wirtschaft übermäßig schlecht führt oder gegen die Anforderungen des § 15 Abs. 1 Satz 1 RErbhofG. verstößt.

3. Entscheidend aber scheint mir folgendes zu sein: Wäre zum Arrestvollzug keine Anzeige an den Kreisbauernführer nötig, so würde der Arrestgläubiger

den Bauern einzuleiten beabsichtige. Diese Mitteilung ist hier nicht erfolgt.

Unbestritten ist im vorliegenden Falle, daß das Anweisen des Schuldners ein Erbhof i. S. des Gesetzes ist; auch in seiner Beschwerde hat der Gläubiger gegen diese Feststellung des LG. nichts eingewendet. Dem LG. ist aber auch in der Beziehung beizutreten, daß der Arrestvollzug eine Vollstreckung i. S. der erwähnten Bestimmungen des Erbhofgesetzes ist. Der Arrestvollzug ist, wie das LG. mit Recht ausführt, eine Unterart der Zwangsvollstreckung, der Arrestbefehl bildet den Vollstreckungstitel. Auf die Vollziehung finden die Vorschriften über Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, soweit nicht abweichende Bestimmungen getroffen sind (§ 928 ZPO.). Die Vollziehung des Arrestes in das bewegliche Vermögen wird nach § 930 ZPO. durch Pfändung bewirkt, die nach denselben Grundsätzen wie jede andere Pfändung erfolgt und ein Pfandrecht mit den in § 804 ZPO. bestimmten Wirkungen begründet. Beim Unterliegen

einem gleichzeitig vorhandenen Vollstreckungsgläubiger gegenüber bevorzugt.

Der Vollstreckungsgläubiger kann die Pfändung erst erwirken, wenn er mindestens einen Monat vorher dem Kreisbauernführer Vollstreckungstitel und Vollstreckungsanzeige hat zugehen lassen. Der Weg des Arrestes steht ihm nicht offen, da er bereits über einen Vollstreckungstitel verfügt. Er würde sich also, soweit es überhaupt zu einer Vollstreckung und nicht zu einem Verfahren nach § 39 Abs. 3 RErbhofG. käme, der vom Arrestgläubiger ohne Anzeige erwirkten (Arrest-)Pfändung lediglich anschließen können (§ 826 ZPO.) und damit ein Pfandrecht schlechteren Ranges erhalten (§ 804 ZPO.).

Dieses Ergebnis ist unannehmbar.

IV. Kommt man sonach zu dem Ergebnis, daß auch ein Arrest in die auf dem Erbhof gewonnenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse, soweit diese nicht Zubehör sind, nur nach Maßgabe des § 39 Abs. 2 RErbhofG. vollzogen werden kann, so erhebt sich allerdings eine neue Schwierigkeit:

1. Nach § 929 Abs. 2 ZPO. ist die Vollziehung des Arrestes unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Arrest verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist.

Diese Frist kann der Arrestgläubiger unmöglich wahren, wenn er gehalten ist, zunächst dem Kreisbauernführer den Arrestbefehl und die Erklärung, daß er die Arrestpfändung beabsichtige, zuzustellen, und einen Monat lang, von dieser Zustellung an gerechnet, Zwangsmaßnahmen nicht ergreifen kann.

2. Man könnte versucht sein, in freier Auslegung des § 929 Abs. 2 ZPO. die Zustellung des Arrestbefehls und die Mitteilung der Pfändungsabsicht an den Kreisbauernführer zur Fristwahrung als ausreichend zu erachten.

Dem stünde aber nicht nur das formale Bedenken entgegen, daß unter der Vollziehung des Arrestbefehls i. S. des § 929 Abs. 2 ZPO. nicht schon der Beginn (oder in einem weitesten Sinne die „Einleitung“) der Zwangsvollstreckung verstanden werden kann (Stein-Jonas, Komm. z. ZPO., 15. Aufl., § 929 Anm. II, 2), sondern auch die sachliche Erwägung, daß dann der Gläubiger nach Monate nach der Zustellung an den Kreisbauernführer den Arrest vollziehen könnte, ohne gegen die zeitliche Beschränkung des § 929 Abs. 2 ZPO. zu verstoßen, die den Arrestvollzug unter ganz anderen Umständen, als sie zur Zeit der Erlassung des Arrestbefehls gegeben waren, verhindern soll (Stein-Jonas a. a. O., § 929 Anm. 2 a. Anf.).

3. Tragbar und vertretbar erschiene jedoch eine Lösung, die es ermöglichen würde, daß die durch § 39 Abs. 2 RErbhofG. bedingte Verzögerung in die Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. nicht einzurechnen wäre.

Die Rechtsgrundlage für eine derartige Hemmung des Laufes der Frist für den Arrestvollzug kann m. E. in dem in § 203 BGB. zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken gefunden werden.

Das durch § 39 RErbhofG. geschaffene Verbot sofortiger Vollstreckung macht dem Gläubiger die Einhaltung der Arrestvollziehungsfrist ebenso unmöglich wie der Stillstand der Rechtspflege den Berechtigten daran hindert, seinen Anspruch zur Vermeidung der Verjährung gerichtlich geltend zu machen.

Zu einer über den Wortlaut hinausgehenden freieren Anwendung des dem § 203 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedankens hat sich erst das RG. (Urt. des 4. Sen. v. 12. Juli 1934; Deutsche Justiz 1934, 1031¹) im Hinblick auf die für die Erhebung der Anfechtungsklage in § 1339 BGB. gesetzte Frist bekannt.

Wird dieser Grundsatz auch für den hier in Rede stehen-

¹) Die Entsch. mit einer Abhandlung über die Anfechtung von Mischchen kommt demnächst in der JW. zum Abdruck. D. S.

des Schuldners im Hauptsacheprozeß wird dieses Arrestpfandrecht ohne weiteres zum Vollstreckungspfandrecht, das nunmehr Bewertung zuläßt (OLG. 29, 219). Würde man sich auf den Standpunkt stellen, daß der Arrestvollzug nicht unter die Bestimmungen der § 38 ff. des Erbhofgesetzes fällt, so würde der für die Erbhöfe vorgesehene Vollstreckungsschutz in den Fällen vollständig verfallen, in denen es dem Gläubiger gelingt, einen Arrest zu erwirken.

(OLG. München, Beschl. v. 12. April 1934, BeschwReg. Nr. 482/34.)
[S.]

Naumburg

6. § 839 BGB.; § 77 VollzGesAnw.

1. Der Gerichtsvollzieher muß den Vollstreckungsgläubiger auch von der Verlegung der Stunde des Versteigerungstermins benachrichtigen. § 77 VollzGesAnw. Unterlassung der Benachrichtigung stellt eine Amtspflichtverletzung dar.

2. Die Kosten der Wahrnehmung des Versteigerungstermins durch den Gläubiger sind notwendige Kosten i. S. der §§ 788, 91 ZPO.

Die Städtische Brauerei in N. hatte auf Grund eines vollstreckbaren Wechselzahlungsbefehls über die Summe von 200 RM dem OberVollz. S. in E. Auftrag zur Vornahme der Zwangsvollstreckung bei dem Gastwirt und Landwirt D. in N. erteilt. Am 17. Aug. 1932 teilte der Vollz. der Gläubigerin schriftlich mit, daß er am 17. Juli 1932 — diesen Tag hatte der Vollz. verechentlich als den Tag der Pfändung angegeben — bei dem Schuldner „verschiedene Gegenstände“ zum Schätzungswerte von 250 RM gepfändet habe. Ferner teilte er der Gläubigerin mit, daß der Termin zur Versteigerung auf den 14. Sept. 1932 um 16 Uhr in N. bei dem Schuldner D. angesetzt sei. In Wirklichkeit hatte der Vollz. nicht „verschiedene Gegenstände“, sondern einen Gegenstand, nämlich eine schwarzbunte Kuh, gepfändet. Zu dem Versteigerungstermin war im Auftrage der Gläubigerin als ihr Vertreter Direktor F. nach N. gefahren. Dort erfuhr er von der Ehefrau des Schuldners, daß der Vollz. bereits um 13 Uhr dort gewesen und unerrichteter Sache wieder fortgefahren sei. Der Vollz. hatte nämlich den Termin von 16 Uhr auf 13 Uhr verlegt, ohne die Gläubigerin hiervon in Kenntnis zu setzen. In diesem vorhergelegten Versteigerungstermin waren keine Gebote auf die Kuh abgegeben worden. Darauf setzte der Vollz. neuen Termin zur Versteigerung auf den 12. Okt. 1932 an. Während des Versteigerungsgeschäftes in dem neuen Termin teilte ihm das OLG. in E. fernmündlich mit, daß die Zwangsvollstreckung einseitig eingestellt sei. Durch Beschluß des OLG. E. v. 15. Nov. 1932 ist dann auf die Erinnerung des Schuldners hin die Zwangsvollstreckung in die schwarzbunte Kuh gem. § 865 Abs. 2 Satz 1 ZPO. für unzulässig erklärt worden, weil die Kuh als Grundstückszubehör anzusehen sei. Die Gläubigerin ist vom Schuldner D. nicht befriedigt worden. Der Vollz. hat von der Gläubigerin die durch die Vornahme der Zwangsvollstreckung entstandenen Kosten in Höhe von 23,88 RM eingezogen.

Die Gläubigerin verlangt Ersatz des ihr entstandenen Schadens mit der Begründung, daß der Schaden lediglich durch das pflichtwidrige Verhalten des Vollz. entstanden sei. Dieses Verhalten stelle eine Amtspflichtverletzung des Vollz. dar, für die der Preuß. Staat hafte. Den ihr entstandenen Schaden beziffert die Gläubigerin auf 78,48 RM, und zwar 23,88 RM Pfändungskosten, 39,60 RM Autofahrtkosten nach dem 132 km entfernten llegenden Ort N. und 15 RM Veräumniskosten ihres Direktors F.

Beide Instanzen haben verurteilt.

Das OLG. hat mit Recht darin, daß der Vollz. die Kl. nicht von der Verlegung der Terminsstunde benachrichtigt hat, eine Amtspflichtverletzung erblickt. Nach § 77 Abs. 3 der Geschäftsanweisung für Vollz. war der OberVollz. S. zu dieser Benachrichtigung verpflichtet. Er durfte sie gem. § 64 Abs. 2 der Geschäftsanweisung nur dann unterlassen, wenn sie unendlich war. In diesem Falle war sie keineswegs unendlich.

Wie der Bekl. selbst vorträgt, wußte der Vollz. schon zwei Tage vor dem Termin, daß er die Terminsstunde auf eine frühere Stunde vorherlegen mußte. Er hatte mithin noch reichlich Zeit, um die Kl. von der Vorverlegung der Terminsstunde in Kenntnis zu setzen. Der Vollz. kann sein Unterlassen nicht damit rechtfertigen,

den Fall einer prozessualen Frist entsprechend verwertet, was um so unbedenklicher ist, als schon für das geltende Recht die Auffassung vertreten wird, daß die Zeit, die verstreicht, während der der Arrestvollzug gem. §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 ZPO. einseitig eingeleitet ist, dem Arrestgläubiger nicht zum Nachteil gereicht (Stein-Jonas a. a. D., § 929 Anm. II 1, 2. Abt.), so kann nicht nur den Anforderungen des Art. 19 Abs. 2 S. 2 GG. genügt, sondern auch dem Gläubiger die Möglichkeit des Arrestes grundsätzlich offengehalten werden.

OLG. Dr. Albert Weh, Berlin.

daß er nicht angenommen habe, die Kl. würde bei der großen Entfernung und dem verhältnismäßig geringen Pfandobjekt den Termin wahrnehmen. Er kann sich auch nicht damit entschuldigen, daß er habe erwarten können, die Kl. werde ihm von ihrer Absicht, sich im Termin vertreten zu lassen, Nachricht geben. Zu einer solchen Erwartung bestand kein Anlaß. Der Vollz. mußte im Gegenteil damit rechnen, daß der Versteigerungstermin von der Kl. wahrgenommen wurde. Es kommt häufig vor, daß keine Bieter im Termin erscheinen, und daß der Versteigerungstermin ohne Erfolg verläuft. Um einen Mißerfolg des Versteigerungstermins zu verhindern, ist es deshalb für den Gläubiger rätlich, im Termin zu erscheinen, da er dann den Pfandgegenstand unter Umständen selbst ersteigern kann. Nach einer Rundverfügung des Pr. Just. Min. betreffend die Zwangsversteigerung der Vollz. v. 30. Juli 1931 (I 6946) (abgedr. bei Sattelmacher-Lenz, Das Gerichtsvollzieherwesen in Preußen, Nachtrag, I S. 65) sind deshalb die Gläubiger sogar in besonders auffälliger Form bei der Mitteilung des Zwangsversteigerungstermins auf die Bedeutung ihrer Teilnahme an der Zwangsversteigerung aufmerksam zu machen. Sie sind darauf hinzuweisen, daß möglicherweise in der Versteigerung das Mindestgebot nicht erreicht werde, daß aber die Gläubiger mitbieter dürfen und daß dadurch die Erfolglosigkeit der Versteigerung verhütet werden könne. Der Vollz. war daher zur Benachrichtigung verpflichtet und kann sich nicht damit entschuldigen, daß die Nachricht unendlich gewesen sei.

Hätte der Vollz. die Nachricht pflichtgemäß gegeben, dann wäre, wie man annehmen muß, Direktor F. so rechtzeitig abgefahren, daß er schon um 13 Uhr zur Stelle gewesen wäre. Er hätte dann die Kuh für 125 RM erstanden. Er hätte, wie weiter angenommen werden kann, die Kuh für etwa den gleichen Preis weiterverkauft und aus dem Erlös die Reise- und sonstigen Kosten decken können. Die Kosten der Terminswahrnehmung gehören auch zu den notwendigen Kosten i. S. von §§ 788, 91 ZPO. Grundsätzlich ist die Wahrnehmung aller Termine notwendig (Stein-Jonas § 91 Anm. VII). Dies gilt auch für die Zwangsvollstreckung. Daß es gerade im vorliegenden Falle für die Kl. notwendig war, den Versteigerungstermin wahrnehmen zu lassen, liegt auf der Hand. Da sich keine Bieter eingefunden hatten, hätte die Kl. die Eschaffung des Termins nur dadurch verhindert können, daß sie die Kuh selbst erstand. Daß die Zwangsvollstreckung, in die Kuh, wie später festgestellt ist, nach § 865 ZPO. unzulässig war, weil sie Grundstückszubehör bildet, ändert nichts an der Sachlage; denn eine unzulässige Zwangsvollstreckung wirkt wie eine zulässige, wenn sie beendet ist, ohne daß die Betroffenen dagegen vorgegangen sind. Die Kl. wäre somit trotz der Unzulässigkeit der Pfändung nach ordnungsmäßiger Durchführung der Versteigerung nicht gehindert gewesen, sich aus dem Erlös der Kuh in erster Linie wegen der notwendigen Vollstreckungskosten zu befriedigen. Sie konnte auch nicht vor Eintritt der Reise damit rechnen, daß die Zwangsvollstreckung sich als unzulässig erweisen würde, denn ihr war nur bekanntgegeben worden, daß „verschiedene Gegenstände“ versteigert werden würden; sie mußte also nicht, daß eine Kuh gepfändet war.

Nach alledem handelte der Vollz. fahrlässig, wenn er es unterließ, die Kl. von der Terminsverlegung zu benachrichtigen, ohne sich an die §§ 77 Abs. 3 und 64 Abs. 2 der Geschäftsanweisung für Vollz. zu halten. Von anderer Seite, insbes. von D. kann die Kl. keinen Ersatz verlangen. Wegen D. hat die Kl. überhaupt keinen Anspruch auf Ersatz der eingeklagten Kosten, da die Pfändung der Kuh unzulässig war und die Zwangsvollstreckung, bevor sie durchgeführt worden ist, für unzulässig erklärt worden ist.

(OLG. Naumburg, 1. ZivSen., Urt. v. 4. Juni 1934, 1 U 59/34.)

Ber. von N. Felix Jarring, Northeim (Hannover).

Berlin

II. Verfahren

7. §§ 3 ff., 890 ZPO. Hinsichtlich der Streitwertfestsetzung für ein Straffestsetzungsverfahren ist das Interesse maßgebend, das die Antragstellerin an der Durchführung dieser Zwangsvollstreckung hat.

Bei der Streitwertfestsetzung für ein Straffestsetzungsverfahren gem. § 890 ZPO. kommt es nicht darauf an, welche Strafe für den einzelnen Zuwiderhandlungsfall beantragt oder verhängt wird. Bei jedem einzelnen Straffestsetzungsverfahren handelt es sich um eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung zur Verwirklichung des durch den betreffenden Schuld titel zuerkannnten Unterlassungs- oder Duldungsanspruchs. Daraus folgt, daß für die Streitwertfestsetzung das Interesse maßgebend ist, das die Antragstellerin an der Durchführung dieser Zwangsvollstreckung hat. Dieses Interesse kann sich im einzelnen Fall mit dem Interesse des Antragstellers in der Hauptsache decken, es kann aber auch wesentlich niedriger sein.

(OLG., 31. ZivSen., Beschl. v. 2. Aug. 1934, 31 W 5488/34.)

Eingef. von N. Neuß, Berlin.

*

8. §§ 4, 5 ZPO. Wenn die Ehefrau in einem Vorprozess auf Zahlung einer Summe, in einem späteren Rechtsstreit der Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen der Urteilssumme und der Kosten des Vorprozesses und zur Zahlung dieser Kosten (als Gesamtschuldner neben seiner Ehefrau) verurteilt wird, so sind für die Streitwertberechnung der Klage auf Duldung und Zahlung der Kosten des Vorprozesses nur einmal zugrunde zu legen, da der Duldungsanspruch wegen der Kosten keinen selbständigen Streitwert gegenüber dem Zahlungsanspruch hat.

In einem Vorprozess, 15 U 1625/33, ist die Ehefrau des A. zur Zahlung von 1100 RM und der Kosten verurteilt worden.

Zu einem späteren Rechtsstreit ist A. verurteilt worden: 1. die Zwangsvollstreckung wegen der Urteilssumme aus dem rechtskräftigen Urte. des RG. (15 U 1625/33) in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu dulden; 2. als Gesamtschuldner mit seiner Ehefrau die Kosten des Rechtsstreits (15 U 1625/33) zu tragen.

Das LG. hat folgende Streitwerte festgesetzt: zu 1 für den Duldungsanspruch 1100 RM (Hauptforderung) zugleich 364 RM (Kosten); zu 2 für den Zahlungsanspruch 364 RM.

Auf die Beschwerde hat das LG. den Betrag von 364 RM für die Kosten (da schon unter Position 2 berücksichtigt) aus der Position 1 gestrichen.

Gegen diesen berichtigten Beschluß hat der ProZ. Bev. der Kl. Beschwerde eingelegt (§ 12 RMGebD.).

Das LG. hat zu Recht den Posten 1 ermäßigt. In diesem Umfange steht der Duldungsanspruch der Kl. zu 1 in akzessorischen Verhältnis zu dem Zahlungsanspruch zu 2. A. wird u. a. wegen der Kosten des Vorprozesses nachträglich auf Duldung der Vollstreckung in das eingebrachte Gut und auf Zahlung (als Gesamtschuldner neben seiner Ehefrau) in Anspruch genommen. Für sich allein betrachtet, ist jeder dieser beiden Ansprüche des Urte. zu 1 und 2 über 364 RM ein selbständiger Anspruch, weil mit ihm nachträglich und ohne verfahrensrechtlichen Zusammenhang mit dem Rechtsstreit 15 U 1625/33 eine Haftungsverstärkung für einen bereits festgestellten Anspruch geltend gemacht wird.

Die Kosten des Vorprozesses (15 U 1625/33) bilden in dem zweiten Rechtsstreit unter 1 und 2 des Urteilstenors jedoch nur einmal einen selbständigen Streitgegenstand. Für die 364 RM haften zwar zwei Vermögensmassen, die des A. und das eingebrachte Gut seiner Ehefrau, jedoch nur gesamtschuldnerisch. Die Haftung wird auch nur gegen eine Person, deren Verfügungsmacht die beiden Vermögensmassen unterliegen, geltend gemacht. Beide Klageanträge gegen den Mann, auf Duldung und auf Zahlung, haben daher das gleiche Ziel. Es liegt materiell nur ein nach zwei Richtungen geltend gemachter Anspruch vor. Nur einer der beiden Anträge kann daher einen selbständigen Vermögens- und Streitwert besitzen. Wenn die Ansprüche gegen den Ehemann gleichzeitig mit der Klage gegen die Ehefrau geltend gemacht worden wären, so würde sowohl für den Duldungs- wie auch für den Zahlungsanspruch kein selbständiger und zusammenzurechnender Streitwert vorliegen. Wenn nun Duldungs- und Zahlungspflicht des Ehemanns nachträglich verfolgt werden, so liegt kein Anlaß vor, für jedes der beiden Klagebegehren wegen der nachträglichen Geltendmachung einen selbständigen Streitwert festzusetzen und das zwischen ihnen bestehende Verhältnis der einmaligen und gesamtschuldnerischen Haftung unberücksichtigt zu lassen (Stein-Jonas, 15. Aufl., zu § 5 Anm. 1).

(RG., 16. ZivSen., Beschl. v. 5. Juni 1934, 16 W 2543/34.)

Ber. von Ref. Gerhard Jastrow, Berlin.

*

9. § 56 ZPO.; § 104 Ziff. 2 BGB. Die Beweislast für die Prozeßunfähigkeit trägt im Zwangsversteigerungsverfahren der Schuldner.

Das LG. hat auf die Beschw. des Schuldners den Zuschlagsbeschluß aufgehoben und den Zuschlag versagt, weil der Schuldner während des Verfahrens wegen Geisteskrankheit nicht prozeßfähig gewesen sei. Die von einem Hypothekengläubiger eingelegte weitere Beschw. hatte Erfolg.

Die Beweislast für die Prozeßunfähigkeit trägt hier, wie der Sen. bereits in einem früheren Beschl. (12 W 6961/32 und 12 W 7547/32) ausgeführt hat, der Vollstreckungsschuldner. Zwar ist auch im Vollstreckungsverfahren der Mangel der Prozeßfähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen, da man hier den § 56 ZPO. entsprechend anzuwenden muß. Ebensowenig wie aber das ProZ. Ver. verpflichtet ist, von Amts wegen die nötigen Beweise herbeizuschaffen und den Sachverhalt zu erforschen, ist dies Aufgabe des Vollstreckungsgerichts. Bestehen Zweifel an der Prozeßfähigkeit, so liegt im Streitverfahren der Beweis dafür demjenigen ob, der aus den Prozeßfähigkeit Rechte herleitet. Das wird regelmäßig der Kl. auch hinsichtlich der Prozeßfähigkeit des Bekl. sein. Anders verhält es sich im Vollstreckungsverfahren. Die Grundsätze des Streitverfahrens können nicht uneingeschränkt auf dieses angewandt werden, da die rechtliche Struktur des Vollstreckungsverfahrens eine andere ist. Es

ist weder Teil noch Anhang des Streitverfahrens und auch nicht kontradiktorisch gestaltet. Es unterliegt vielmehr dem Amtsbetriebe, wenn es auch nur auf Antrag des Gläubigers eingeleitet wird. Es endet nicht mit einem Auspruch, daß der Schuldner an den Gläubiger eine Leistung zu bewirken habe, sondern bezweckt nur die Befriedigung des Gläubigers wegen seiner bereits im Streitverfahren festgestellten Ansprüche. Der Gläubiger hat also im Vollstreckungsverfahren eine völlig andere Stellung als der Kl. im ProZ. Aus dieser anderen Stellung folgt, daß man ihm nicht die Beweislast für die Prozeßfähigkeit des Schuldners aufbürden kann. Sache des Schuldners ist es vielmehr, seine Prozeßfähigkeit nachzuweisen, wenn er mit einer derartigen Behauptung die Wirksamkeit von Vollstreckungsakten angreift. Er ist es, der hier aus der Prozeßunfähigkeit Rechte herleitet; steht er doch auf dem Standpunkt, daß er die Zwangsvollstreckung nicht zu dulden braucht.

Es war also hier Sache des Beschwerdegegners, seine Prozeßunfähigkeit nachzuweisen. Diesen Nachweis hält der Sen. im Gegensatz zu den Ausführungen des angefochtenen Beschl. nicht für gelungen.

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 6. Juni 1934, 12 W 4053/33.)

Ber. von RM. Dr. Kämmerer, Berlin.

*

Breslau

10. § 9 ZPO. Der Wert des Streitgegenstandes richtet sich nach der im Klageantrage ziffernmäßig ausgedrückten Forderung ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung, die die Forderung für den Kläger hat.

Ein Auszügler klagte auf Grund des § 8 des Art. 15 Pr. AuszG. z. BGB. auf Zahlung von bestimmten monatlichen Rente statt der Naturalleistungen. Der Anwalt berechnete seine Gebühren nach einem Streitwert, den er nach § 9 ZPO. berechnete. Dabei ergab sich ein Streitwert von 4485 RM. Das LG. setzte jedoch den Streitwert auf 300—400 RM fest, da nicht die Auszugsleistung an sich, sondern nur die Art ihrer Gewährung (Welderzatz anstatt Naturalleistung) im Streit befangen sei und somit die Festsetzung nach § 3 ZPO. zu erfolgen habe. Auf die dagegen eingelegte Beschw. entschied das LG. Breslau, daß der Wert des Streitgegenstandes sich nach der im Klageantrage ziffernmäßig ausgedrückten Forderung richte ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung, welche diese Forderung für den Kl. habe gem. § 9 ZPO.; demgemäß wurde der Streitwert auf 4875 RM festgesetzt.

(LG. Breslau, 10. ZivSen. v. 12. Juli 1934, 16 W 2064/34.)

Ber. von RA. Theissing, Reife.

*

Gelle

11. § 519 ZPO. Wird während des Laufs der Vorfrist dem Verkl. das Armenrecht zu einem Bruchteil der Kosten bewilligt, dann muß ihm von Amts wegen so rechtzeitig mitgeteilt werden, was er nunmehr zu zahlen hat, daß er den Nachweis der Zahlung noch innerhalb der Frist führen kann. Wenn dies nicht geschieht, muß eine neue Frist gesetzt werden.

Bei nicht rechtzeitigem Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr innerhalb der gesetzten Frist gilt die Ver. als nicht in der gesetzlichen Form begründet (§ 519 Abs. 6 Satz 3 ZPO.). Sie muß alsdann nach § 519 Abs. 1 Satz 2 ZPO. als unzulässig verworfen werden. An sich lief hier die Frist am 9. Mai 1934 ab. Der Ablauf der bis zum 3. Febr. 1934 verlängerten Frist wurde nämlich durch den Antrag des Kl. auf Bewilligung des Armenrechts gehemmt, und zwar (nach § 519 Abs. 6 Satz 4 ZPO.) bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des auf dieses Gesuch ergehenden Beschlusses. Da der Fristablauf bis zum 8. Mai 1934 ausschließlich gehemmt. Unter Hinzurechnung des bei Einreichung des Armenrechtsgesuchs noch nicht abgelaufenen letzten Tages der Frist lief also die Frist an sich am 9. Mai 1934 ab, wenn die ursprünglich gesetzte Frist nicht überhaupt durch die Bewilligung des Armenrechts zu einem Bruchteil hinfällig geworden ist. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob das immer der Fall ist. Es muß jedenfalls dann gelten, wenn dem Verkl. nicht so rechtzeitig innerhalb der noch laufenden Frist mitgeteilt wird, was er nunmehr noch an Kosten vorschußweise zu zahlen hat, daß er den Nachweis der Zahlung noch innerhalb der Frist erbringen kann. Man kann ihm nicht zumuten, daß er trotz Bewilligung des Armenrechts zu einem Bruchteil noch die ganze ursprünglich von ihm erforderte Summe zahlt. Man kann aber auch nicht von ihm verlangen, daß er sich als Laie nunmehr ausrechnet, er müsse die Hälfte der Prozeßgebühr von 75 RM mit 37,50 RM und 0,54 RM Auslagen einzahlen, daß er von sich aus anfragt, was er nunmehr zu zahlen hat. Daß sich sein Anwalt darum kümmert, ob seinem Auftraggeber auch eine neue Kostenrechnung zugegangen ist, kann man nicht erwarten. Die neue Kostenforderung muß von Amts wegen geschehen. In diesem

Sinne hat das RG. (zu vgl. JW. 1926, 2685) in einem Falle entschieden, wo das Armenrecht für einen ziffermäßigen Teilbetrag des geltend gemachten Anspruchs bewilligt war. Es ist zuzugeben, daß es in einem solchen Falle schwieriger — und für einen Laien wohl unmöglich ist — auszurechnen, was er an Kosten, um das volle Objekt verfolgen zu können, zahlen muß, als wenn ihm das Armenrecht zu einem Bruchteil der Kosten bewilligt ist. Mit Rücksicht auf die schweren Folgen, die an den nicht rechtzeitigen Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr — die Nichtzahlung auch nur des kleinsten Teilbetrages hat die Zurückweisung der Ver. überhaupt zur Folge — geknüpft ist, muß aber das gleiche im Falle der Bewilligung des Armenrechts zu einem Bruchteile gelten, d. h. es muß, wie oben schon gesagt, dem Verkl. so rechtzeitig mitgeteilt werden, was er nunmehr zu zahlen hat, daß er den Nachweis noch innerhalb der Frist führen kann, und wenn dies nicht geschieht, muß eine neue Frist bestimmt werden. Das ist im Interesse der Rechtsicherheit erforderlich, weil sonst nicht jeder Zweifel für einen Laien über die Höhe der zu zahlenden Summe ausgeschlossen ist.

Da dem Kl. hier keine Nachricht zugekommen ist, ist die Frist hinsichtlich geworden. Er hat die Frist nicht versäumt.

(OLG. Celle, 1. ZivSen., Ur. v. 12. Juli 1934, 1 U 547/33.)
Eingef. von R. Dr. Herbst, Celle.

*

Kassel

12. Das Verwaltungszwangsverfahren kennt keinen Titel i. S. der ZPD. Bei Beantragung des Offenbarungseidverfahrens im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens bedarf es nicht der Beifügung eines den Anspruch feststellenden Leistungsgebotes.

Die allgemeine Ortskrankenkasse in R. hat in einem Schreiben, in dem sie erklärte, daß die Schuldnerin ihr einen Betrag von 112,06 RM an Versicherungsbeiträgen verschiedener Art schulde, und unter Vorlage eines von dem Vollziehungsbeamten über die fruchtlose Pfändung aufgenommenen Protokolls die Abnahme des Offenbarungseides beantragt.

Das OLG. hat den Antrag abgelehnt, weil ein vollstreckbarer Titel nicht vorgelegt sei. Auf die Beschw. der Ortskrankenkasse hat das OLG. diesen Beschl. aufgehoben und das OLG. angewiesen, einen Termin zur Leistung des Offenbarungseides anzuberaumen.

Zur weitere Beschw. der Schuldnerin konnte keinen Erfolg haben.

Zu prüfen ist, ob es der Vorlegung eines vollstreckbaren Titels bedarf.

Die Regelung des Verwaltungszwangsverfahrens ist dadurch erfolgt, daß in der dazu erlassenen VO. in gewissen Fällen auf die Vorschr. der ZPD. verwiesen ist. Es entstehen dadurch vielfach Unklarheiten und Zweifel, inwieweit die Grundsätze der ZPD. über die Zwangsvollstreckung in das Verwaltungsverfahren zu übertragen sind, namentlich, ob das Verwaltungszwangsverfahren einen Vollstreckungstitel i. S. der ZPD. kennt. Diese Frage, und was als Vollstreckungstitel anzusehen ist, ist im wesentlichen im Zusammenhang mit der Eintragung einer Zwangshypothek erörtert worden. Die Rspr. des RG. und des OLG. (RG. 84, 272 = JW. 1914, 652; vgl. an älteren Entsch. des RG.: RGZ. 25, A 176; 39, A 260, 41, A 253) hat sich dafür ausgesprochen, daß Vollstreckungstitel i. S. des Verwaltungszwangsverfahrens die auf die Feststellung der Schuld des Zahlungsverpflichteten gerichtete Handlung des Gläubigers, d. h. das Leistungsgebot, sei. Diese Auslegung hat für die Eintragung von Zwangshypotheken in neuerer Zeit jedenfalls jede praktische Bedeutung verloren, weil die Rspr. des RG. jetzt annimmt, daß der in § 51 VO. über VerwZwVerf. genannte „Antrag“ der Vollstreckungsbehörde ein „Ersuchen“ darstelle und lediglich dieses die Grundlage für die Eintragung bilde (JW. 7, 397), wie auch für die Anordnung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung angenommen wird, daß durch den „Antrag“ der Vollstreckungsbehörde der vollstreckbare Titel ersetzt werde (Zackel-Hütke, §§ 15, 16 ZwVerfSt. Ann. 28a). Das hat zur Folge gehabt, daß die Eintragung im Grundbuch auch in den Fällen auf Grund des Ersuchens zu erfolgen hat, wo sie auf Grund der Vollstreckungstitel, also der Leistungsgebote, nicht hätte erfolgen dürfen, weil die einzelnen Leistungsgebote unter 500 RM lagen und eine Zwangshypothek infolgedessen nicht zulässig war (§ 866 Abs. 3 ZPD. a. F.; vgl. JW. 7, 397). Es ist aber widerspruchsvoll, auf der einen Seite anzunehmen, die Zwangsvollstreckung in Grundstücke erfolge nach Maßgabe der ZPD. und setze einen Vollstreckungstitel im wahren Sinne der ZPD. voraus, auf der anderen aber nicht diesen Vollstreckungstitel für maßgebend anzusehen, sondern den „Antrag“ als „Ersuchen“. Diese Erscheinung nötigt zu einer Nachprüfung, ob das Verwaltungszwangsverfahren einen wahren Vollstreckungstitel i. S. der ZPD. kennt.

Das Verwaltungszwangsverfahren weist drei Verfahrensarten auf: die Vollstreckung durch die Vollstreckungsbehörde, die Abnahme des Offenbarungseides durch das Gericht auf „Antrag“ der für die Einziehung des Geldbetrages zuständigen Stelle (in der Regel

des Gläubigers, § 21 VO.) und die Zwangsvollstreckung in Grundstücke durch das Gericht oder das OLG. auf „Antrag“ der Vollstreckungsbehörde (§ 51 VO.). Die ZPD. geht davon aus, daß die Entsch. über das Bestehen des Anspruchs selbst — nach Rechtskraft — den Vollstreckungstitel bildet oder vorher durch besonderen Auspruch der über das Entstehen des Anspruchs entscheidenden Stelle zum Vollstreckungstitel erhoben wird. Davon kann im Verwaltungszwangsverfahren keine Rede sein. Die Feststellung des Gläubigers, daß der Schuldner einen bestimmten Betrag schulde, kann nie für sich die Grundlage zur Vollstreckung bilden, namentlich nicht von dieser Stelle zum Vollstreckungstitel erhoben werden, auf Grund dessen der Vollziehungsbeamte tätig werden könnte. Die Feststellung der Schuld trägt daher nicht die Eignung zur Vollstreckung in sich und kann auch nicht von der die Feststellung vornehmenden Stelle damit ausgestattet werden. Die Grundlage der Zwangsvollstreckung bildet vielmehr die Anordnung des Zwangsverfahrens durch die Vollstreckungsbehörde (§ 4 VO.). Der Unterschied gegenüber der ZPD. tritt besonders in den Fällen des § 3 VO. zutage. Dort ist bestimmt, daß, soweit nach den Vorschr. des bürgerlichen Rechts Dritte, insbes. Erben usw. zur Leistung oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet sind, das Zwangsverfahren auch gegen diese Personen angeordnet werden kann. Die Vorschr. der §§ 735—749 u. a. ZPD. finden mit der Maßgabe entsprechend Anwendung, daß die Anordnung des Zwangsverfahrens an die Stelle des nach der ZPD. erforderlichen oder genügenden vollstreckbaren Titels tritt. Während es nach der ZPD. in diesen Fällen als Grundlage der Zwangsvollstreckung eines vollstreckbaren Titels bedarf, bildet die Anordnung des Zwangsverfahrens die Grundlage der Vollstreckung. Dabei ist besonders beachtlich, daß diese Grundlage nicht von der die Schuld feststellenden Stelle geschaffen wird, die Zwangsvollstreckung also auch nicht von dem Leistungsgebot oder seiner Umschreibung gegen eine andere Person getragen wird, sondern auf der sie anordnenden Entsch. der Vollstreckungsbehörde beruht. Daraus erhellt der grundsätzliche Unterschied zwischen der ZPD. und dem Verwaltungszwangsverfahren. Während die Schaffung der Grundlage für die Vollstreckung, d. h. die Anwendung staatlichen Zwanges, dem von der Vollstreckung getrennten und ihr vorausgehenden Erkenntnisverfahren zugewiesen ist, ist sie im Verwaltungsverfahren aus dem Erkenntnisverfahren herausgenommen und an den Anfang der Vollstreckung gestellt und der sie durchführenden Behörde übertragen. Daraus folgt, daß der Feststellung der Schuld, dem Leistungsgebot, nicht die Bedeutung eines vollstreckbaren Titels beigelegt und mit ihr in Parallele gestellt werden kann.

Nun ist allerdings festzustellen, daß die VO. über das Verwaltungszwangsverfahren in den drei verschiedenen, eingangs erwähnten Arten der Vollstreckung nicht folgerichtig vorgegangen ist. Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (Sachen und Forderungen) erfolgt durch die Vollstreckungsbehörde, bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen stellt sie den „Antrag“. Leiterin der Vollstreckung ist demnach die Behörde, die die Grundlage für das Zwangsverfahren schafft. Dagegen geht der Antrag auf Abnahme des Offenbarungseides von der für die Einziehung zuständigen Stelle (der Vollstreckungsgläubigerin) aus (§ 21 VO.); die die Vollstreckung tragende Behörde ist also an diesem Verfahren selbst nicht beteiligt und trägt es auch nicht unmittelbar. Wenn aus der Regelung der beiden anderen Verfahrensarten der Grundsatze zu entnehmen ist, daß die Vollstreckungsbehörde erst eine Prüfung der Berechtigung zur Zwangsvollstreckung vornehmen soll, bevor diese eingreift, so ließe sich die Regelung beim Offenbarungseidverfahren daraus erklären, daß diese Prüfung schon erfolgt gelegentlich des fruchtlos ausgefallenen Pfändungsverfahrens.

Welches auch die Gründe für die in § 21 VO. getroffene Regelung des Offenbarungseidverfahrens gewesen sein mögen, keinesfalls ist es berechtigt, die Vorlage des Feststellungsbescheides der Schuld (Leistungsgebotes) als des vollstreckbaren Titels zu fordern, weil ihm eine solche Bedeutung nicht zukommt. Da somit die Vorschr. des § 900 ZPD., nach der dem Antrag auf Einleitung des Offenbarungseidverfahrens der Vollstreckungstitel beizufügen ist, mangels Vorhandenseins eines solchen nicht erfüllbar ist und § 21 VO. weitere Anordnungen nicht enthält, so muß es als genügend angesehen werden, wenn die zur Einziehung zuständige Stelle unter näherer Bezeichnung des Anspruches erklärt, daß der Schuldner diesen Betrag schulde (falls das Verfahren gegen einen Dritten, der für die Schuld haftet, durchgeführt werden soll, bedarf es der Beifügung der Anordnung des Zwangsverfahrens gegen ihn durch die Vollstreckungsbehörde entsprechend § 3 VO.). Es mag sich in Fällen, in denen die Einziehungsstelle und die Vollstreckungsbehörde nicht zusammenfallen, empfehlen, wenn die Vollstreckungsbehörde das Vorliegen eines vollstreckbaren Anspruches bescheinigt (vgl. Kauz-Riewald, Verwaltungszwangsverfahren zu § 900 ZPD., S. 252 Anm. 1), gefordert werden kann dies jedoch nicht.

(OLG. Kassel, 3. ZivSen., Beschl. v. 22. Juni 1934, 3 W 9/34.)
Ver. von OLG. Dr. Karl Münzel, Kassel.

Berlin

III. Armenrecht

13. § 1 ArmAnwG. Der ArmAnw., der freiwillig seine Zulassung aufgibt und sein Mandat niederlegt, verliert dadurch seinen Gebührenanspruch an die Staatskasse insoweit, als dieselben Gebühren auch für den neu zu bestellenden ArmAnw. entstehen.

Die Vorinstanzen haben mit Recht die Festsetzung der Armenanwaltsgebühren für den früheren R. M. abgelehnt. M. ist dem Bkl. am 23. März 1933 als ArmAnw. beigeordnet worden. Am 23. April 1934 zeigte R. L., sein bisheriger Generalsubstitut, an, daß R. M. in der Liste der beim O. zugelassenen Rechtsanwälte gelöscht worden sei. Daraufhin ist R. L. an Stelle des R. M. zum ArmAnw. des Bkl. bestellt worden. Die beantragte Festsetzung der Prozeß- und Verhandlungsgebühren für R. M. ist abgelehnt worden, da durch sein freiwilliges Ausscheiden aus der Anwaltschaft der Staatskasse keine Mehrkosten entstehen dürften.

Die Beschw. hiergegen ist nicht begründet. Die Frage, ob dem freiwillig ausscheidenden ArmAnw. ein Gebührenanspruch an die Staatskasse zusteht, ist aus § 1 ArmAnwG. i. Verb. m. § 50 RAGebD. und § 628 BGB. zu beantworten. Nach § 50 wird der bereits entstandene Gebührenanspruch des ArmAnw. durch Aufhebung des Auftrags vor Beendigung der Instanz nicht berührt, unbeschadet der aus einem Verschulden sich ergebenden zivilrechtlichen Folgen. Liegt ein Verschulden des Anwalts vor, dann greift § 628 BGB. ein. Der Anwalt verliert seinen Gebührenanspruch, soweit seine bisherige Tätigkeit infolge des Erlöschens des Auftrags für seine Partei kein Interesse hat (W.-F.-Friedlaender, 1932, Anm. 6 zu § 50 RAGebD. nebst dort angef. Entsch.). Das ist z. B. stets dann zu bejahen, wenn die Partei genötigt ist, sich einen neuen Anwalt zu bestellen, für den dieselben Gebühren — stets wohl die Prozeßgebühren — nochmals erwachsen (Baumbach, RKostG., 1933, 3 zu § 5 RAGebD.).

Inwieweit nun die freiwillige Aufgabe der Zulassung zur Anwaltschaft überhaupt oder gerade bei dem in Betracht kommenden Gericht ein Verschulden des Anwalts darstellt, wird sich generell nicht entscheiden lassen. Das RG. 33, 370 hat die Auffassung vertreten, daß grundsätzlich der Anwalt in seiner freien Entscheidung nicht beeinträchtigt werden dürfe und daß der Sinn des Anwaltsvertrages nicht dahin gehe, daß der Anwalt unter allen Umständen persönlich die Vertretung der Partei zu Ende führen müsse, sondern dahin, daß der Auftrag nur unter der — selbstverständlichen — Voraussetzung erteilt sei, daß der Anwalt als solcher auch noch tätig sei. RG. hat eine Einschränkung nur für den Fall gemacht, daß der Anwalt bei Übernahme des Mandats die Absicht verschwiegen habe, sich in Kürze lösen zu lassen. In solchem Falle ist nach der Auffassung des RG. in der vorzeitigen Kündigung des Mandats, die durch die Aufgabe der Zulassung zur Anwaltschaft bedingt wird, ein Verschulden des Anwalts zu erblicken. Auch W.-F.-Friedlaender, Anm. 9 zu § 50; Baumbach, RKostG., 1933, 2 zu § 50; Willenbücher, 1931, 2 zu § 50 ebenso wie Seuffert-Walsmann, 1932, 2c zu § 91, Förster-Kann, Idd zu § 91 teilen grundsätzlich diesen Standpunkt, daß der Anwaltsvertrag den Anwalt nicht verpflichtet, seine Stellung als Anwalt beizubehalten, um die übernommenen Aufträge zu Ende zu führen. Auch der jetzt entscheidende Senat hat in seiner Entsch. 20 W 572/28 v. 21. Febr. 1928 sich dem Standpunkt des RG. angeschlossen, daß in der Aufgabe der Zulassung nicht ohne weiteres, sondern nur beim Vorliegen besonderer Umstände ein Verschulden des Anwalts erblickt werden könne.

Stein-Jonas, 15. Aufl. 1934, IX, 5 zu § 91 ZPO. dagegen verneint grundsätzlich einen Gebührenanspruch des die Zulassung freiwillig aufgebenden Anwalts, da andersfalls der unterliegenden Partei das Risiko der nicht ordnungsmäßigen Vertragserfüllung auf Seiten der Gegenpartei aufgebürdet würde.

Der beschließende Senat hat des weiteren in seiner grundf. Entsch. 20 W 2869/34 v. 21. April 1934 (ZW. 1934, 2170¹) zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten, die durch freiwilliges Ausscheiden des Anwalts seiner Partei infolge des dadurch notwendigen Anwaltswechsels entstehen, dahin Stellung genommen, daß es sich hierbei um einen vom Anwalt selbst zu vertretenden Umstand handelt, den im Verhältnis zur Gegenpartei seine eigene Partei zu vertreten habe und der sich nicht als den Prozeß treffendes unvermeidbares Ereignis, als Zufälligkeit, darstellt, in seinen Auswirkungen mithin nicht von der unterliegenden Gegenpartei zu tragen ist. Die entscheidende Erwägung ist dabei gewesen, daß die — rein prozeßuale — Frage der Erstattungsfähigkeit keineswegs unbedingt von der materiellrechtlichen Frage des Bestehens des Gebührenanspruchs des Anwalts abhängig ist. Ein solcher kann an sich zu bejahen, gleichwohl die Erstattungsfähigkeit durch die unterliegende Partei zu verneinen sein. Immerhin ist für die jetzt zur Entscheidung stehende Frage, ob der Gebührenanspruch des ArmAnw. an die Staatskasse durch freiwillige Aufgabe der Zulassung des ArmAnw. berührt wird, der vom Senat in der soeben angezogenen Entsch. verwertete Gesichtspunkt mit heranzuziehen. Indes konnte es

für diese Entsch. dahingestellt bleiben, ob der Umstand, daß der Anwalt die freiwillige Lösung in der Anwaltsliste zu vertreten hat, bereits allgemein einem Verschulden des Anwalts i. S. des § 50 RAGebD. gleichzuachten ist, also einen Verlust des Gebührenanspruchs an die Partei in dem obenerörterten Umfang zur Folge haben kann. Denn vorliegend steht nur das Verhältnis des ArmAnw. zur Staatskasse zur Entscheidung. Grundsätzlich ist allerdings sein Anspruch an die Staatskasse von der Frage des Gebührenanspruchs an die Partei abhängig. Denn nur im Rahmen der auf Grund Auftrags der Partei entwickelten Tätigkeit kann der ArmAnw. an die Staatskasse Ansprüche geltend machen. Nur soweit auch der Partei gegenüber Gebührenansprüche durch diese Tätigkeit erwachsen sind, entsteht eine Verpflichtung der Staatskasse dem ArmAnw. gegenüber. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß im Verhältnis zwischen ArmAnw. und Staatskasse noch ein schwerwiegender Gesichtspunkt hinzutritt: RG. hat bereits in der oben erwähnten Entsch. RG. 33, 369 die Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Stellung des Anwalts für die zur Entscheidung stehende Frage hervorgehoben. Bei dem Armenanwalt tritt diese öffentlich-rechtliche Stellung aber noch weit stärker in den Vordergrund. Der ArmAnw., dem für seine Tätigkeit auf Grund der Beordnung — in Verbindung regelmäßig mit dem hinzutretenden Auftrag der Partei — Ansprüche an die Staatskasse erwachsen, hat auf Grund seiner Stellung als der Partei vom Staat bestelltes und aus öffentlichen Mitteln honoriertes Organ der Rechtspflege auch seinerseits dafür Sorge zu tragen, daß die Prozeßführung seiner Partei nicht auf Kosten der Allgemeinheit unnützlich verteuert und nicht mit vermeidbaren Kosten belastet wird. Unter Berücksichtigung gerade dieses Gesichtspunkts hat der Senat bereits sämtliche Fälle des Armenanwaltswechsels infolge notwendigen Ausscheidens nichtaristischer Anwälte auf Grund der politischen Umwälzung entschieden und dem an Stelle des ausscheidenden nichtaristischer Anwalts neu bestellten ArmAnw. den Verzicht auf die in der Person seines Vorgängers bereits entstandenen Gebühren zur Pflicht gemacht. Wenn es sich dabei auch in erster Reihe um eine durch die besonderen Ereignisse bedingte Entsch. handelt, so ist diese gleichwohl hergeleitet aus dem allgemeingültigen Grundgedanken, daß die Interessen des Einzelnen zurückstehen müssen, sofern höhere Gesichtspunkte dies erheischen. Ein solcher Gesichtspunkt ist aber der, daß die Benutzung von Einrichtungen des Staates allgemein und der Rechtspflege im besonderen von allen vermeidbaren, den normalen Verlauf verteuern Maßnahmen und Einflüssen freibleiben muß.

Aus dieser Erwägung heraus muß unter Umständen dem Einzelnen sogar ein Opfer zugemutet werden. Der Senat hat nicht verkannt und ausdrücklich betont, daß es für den neu eintretenden ArmAnw. mitunter ein sogar recht erhebliches Opfer bedeutet, wenn von ihm die Weiterführung eines Prozesses ohne die sonst dafür vorgesehenen Gebühren verlangt und er damit nicht nur mit einem erheblichen Maße an Arbeit, sondern insbes. auch an Verantwortung belastet wird. Es kann auch die Erwägung nicht durchgreifen, daß in einer Zeit, in der unzweifelhaft gerade der Anwaltsstand schwer zu kämpfen hat, unter Berücksichtigung seiner an sich durchaus berechtigten Interessen die Interessen der Rechtspflege und damit der Allgemeinheit zurückzutreten hätten. Letztere sind vielmehr die stärkeren und gestatten die besondere Berücksichtigung eines einzelnen Berufsstandes nicht. Zu wachhaltbarem Ergebnis eine gegenteilige Ansicht führen müßte, erhellt wohl am besten, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auch der neu bestellte ArmAnw. in gleicher Weise verfahren und wiederum einen Wechsel in der Person des ArmAnw. herbeiführen könnte, ohne daß der Staatskasse die Möglichkeit zustünde, gegen diese Häufung von Gebühren, die nach der positiven Vorschrift des § 91 Abs. 2 ZPO. grundsätzlich der Partei selbst zur Last fallen und nur ausnahmsweise dem unterlegenen Gegner in Rechnung gestellt werden können, sich zu wehren. Eine solche Belastung der Staatskasse — ohne Rücksicht darauf, ob sie im einzelnen Falle die Möglichkeit des Rückgriffs an die unterlegene Partei hätte oder nicht — läßt sich nicht verantworten.

Zieht man alle diese Gesichtspunkte heran, dann kann die Entscheidung nur dahin lauten, daß der freiwillig ausscheidende ArmAnw., der durch Aufgabe der Zulassung einen Wechsel in der Vertretung der armen Partei notwendig macht, damit ein Verhalten an den Tag legt, das im Verhältnis zur Staatskasse einem Verschulden i. S. des § 50 RAGebD. gleichzusetzen ist und demgemäß jedenfalls im Verhältnis zur Staatskasse die Anwendung des § 628 BGB. rechtfertigt. Verzichtet daher in solchem Falle der ausscheidende ArmAnw. nicht freiwillig auf die für ihn entstandenen Gebühren, so ist die Staatskasse berechtigt, seinem Erstattungsanspruch den Einwand entgegenzuhalten, daß seine Tätigkeit insoweit kein Interesse für die Partei und die Staatskasse habe, als infolge notwendiger Bestellung eines neuen ArmAnw. ohnehin dieselben Gebühren nochmals entstehen werden bzw. schon entstanden sind.

Daß hier nicht etwa ein Fall vorliegt, in dem der neu bestellte ArmAnw. auf die doppelt entstehenden Gebühren zu verzichten hat, also dem erstbestellten ArmAnw. Dr. M. die Gebühren aus der Staatskasse festzusetzen sind, ergibt sich aus der ausdrücklichen Er-

klärung des Beschw., daß eine Notwendigkeit für ihn, die Praxis — etwa wegen eines drohenden Vertretungsverbotes — aufzugeben, in keiner Weise befehlen habe, sein Entschluß, die Zulassung aufzugeben, vielmehr auf Gründen persönlicher Art beruhe. Es handelt sich also in der Tat um eine freiwillige Mandatsniederlegung des ArmAnw., die nicht durch die politische Umwälzung des Jahres 1933 bedingt war.

Die Vorinstanzen haben daher mit Recht die Prozeß- und Verhandlungsgebühr, die hier allein zur Entscheidung stehen, für den früheren N. M. festzusetzen abgelehnt.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 19. Sept. 1934, 20 W 5496/34.)

*

14. § 1 ArmAnwG. Erwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu einem für die minderjährige arme Partei geschlossenen Vergleich liegt außerhalb des Armenrechts und der Beiordnung.

N. Dr. N. hat als dem minderjährigen Bekl. beigeordneter ArmAnw. außer der Prozeß- und Vergleichsgebühr, die für ihn festgesetzt worden sind, auch noch die Erstattung einer Gebühr gem. Art. 8 der PrVOBd. f. N. für die Erwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu einem gerichtlich geschlossenen Vergleich verlangt. Der Urkundsbeamte hat die Festsetzung abgelehnt, da diese Tätigkeit des ArmAnw. durch die Prozeßgebühr mit abgegolten sei.

Die Erinnerung ist nicht begründet. Denn die Tätigkeit des ArmAnw. zur Erwirkung der für eine prozessuale Willenserklärung etwa erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung liegt außerhalb des Rahmens des der Partei selbst bewilligten Armenrechts und der Beiordnung als ArmAnw. Maßgebend für die Abgrenzung der Tätigkeit des ArmAnw. als solchen ist der Auftrag der Partei zur Durchführung des Prozesses gem. der Armenrechtsbewilligung. Nur soweit der ArmAnw. im Rahmen des so begrenzten Auftrags tätig wird, entstehen für ihn — mit der aus § 1 ArmAnwG. sich ergebenden Einschränkung der Höhe nach — Gebührenansprüche an die Staatskasse.

Wenn nun auch Prozeßhandlungen des ArmAnw. nicht daraufhin zu prüfen sind, ob sie zweckmäßig waren, so gilt doch für Handlungen, die nicht Prozeßhandlungen sind, mögen sie auch mit der Durchführung des Rechtsstreits aufs engste zusammenhängen und der Erledigung des Prozesses dienen, etwas anderes. Sie können als im Rahmen des von der Beiordnung gedeckten Auftrags liegend nur dann anerkannt werden, wenn gerade die Tätigkeit des ArmAnw. selbst zur Durchführung des Prozesses unbedingt erforderlich war. Das trifft aber für die Erwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für zur Beendigung des Rechtsstreits geschlossenen Vergleichs regelmäßig nicht zu. Ihre Befassung obliegt vielmehr dem gesetzlichen Vertreter der minderjährigen armen Partei. Bedient diese sich dazu gleichwohl der Hilfe des ArmAnw., so nimmt sie ihn insoweit als Wahlanwalt in Anspruch. Ein Gebührenanspruch des ArmAnw. an die Staatskasse kann dadurch also nicht entstehen.

Angeichts dieser rechtlichen Erwägungen kann dahinstehen, ob die Ansicht von Friedlaender, 11 zu § 13 PrVOBd., daß bei besonderen behördlichen Verfahren eine Abgeltung der dafür aufgewendeten Tätigkeit des Anwalts durch die Prozeßgebühr nicht in Frage kommt, diese Tätigkeit vielmehr stets gefordert nach der PrVOBd. zu vergüten ist, in dieser Allgemeinheit zutrifft. Denn auch bejahendensfalls muß gleichwohl eine Haftung der Staatskasse für diese besondere Gebühr verneint werden.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 27. Juli 1934, 20 Wa 177/34.)

*

15. § 124 ZPO. Gefährdung des Rechts des ArmAnw. aus § 124 ZPO. durch sein eigenes passives Verhalten.

Der Senat hat in der jetzt bemängelten Entsch. zum Ausgangspunkt für die Ablehnung des Festsetzungsantrags des ArmAnw. aus § 124 ZPO. den Umstand genommen, daß N. Dr. N. mit Wissen und Willen der ArmAnw. der Kl. die Kostenfestsetzung auf den Namen der Partei betrieben habe. Die Auslegung, die N. Dr. N. jetzt dieser Begründung des Senats gibt, entspricht jedoch nicht den Erwägungen, die den Senat geleitet haben. Es ist damit nicht der enge Begriff eines Verzichtes der ArmAnw. auf das Recht aus § 124 ZPO., kein Verzichtswille gemeint, sondern es ist damit nur abgestellt auf das äußere Geschehen, daß nämlich der ArmAnw. das Betreiben der Kostenfestsetzung einem anderen Anwalt (oder gar der Partei selbst) überläßt und daß durch dieses bloße Geschehenlassen ein Zustand geschaffen wird, der nach außen hin nur als „in Einverständnis, zum mindesten als in Kenntnis des ArmAnw. eingetreten sich darstellt. Nur darauf aber kommt es für die Frage, wodurch der ArmAnw. in seinen Rechten aus § 124 ZPO. beeinträchtigt werden kann, an. Der Standpunkt des Senats geht in ständiger Mpr. dahin, daß der ArmAnw., der von der Möglichkeit, sich sein Vertretungsrecht zu erhalten, keinen Gebrauch macht, das Risiko einer Gefährdung dieses Rechts auf sich nimmt, wie es sich aus der Durchsetzung des Rechts der Partei selbst einerseits und den An-

sprüchen der Staatskasse andererseits ergeben kann und vorliegend tatsächlich auch sich ergeben hat.

Dabei geht der Umstand, daß der ArmAnw. sich eines Vertreters bedient, der auftragsgemäß für ihn die Festsetzung aus § 124 betreiben sollte, durch dessen Vorgehen indes eine Gefährdung des Rechts des ArmAnw. herbeigeführt wird, naturgemäß zu Lasten des ArmAnw. Auf einen gegenteiligen eigenen Willen kann daher der ArmAnw. sich nachträglich nicht berufen. Eine andere Lösung wäre mit den Interessen der Parteien selbst, der Staatskasse sowie dem Erfordernis der Rechtsicherheit nicht verträglich.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 20. Sept. 1934, 20 W 5742/34.)

*

16. § 124 ZPO.; § 5 ArmAnwG. Ein rechtskräftiger Titel legitimiert die Staatskasse zur Einforderung der von ihr erstatteten Rechtsanwaltskosten ohne Rücksicht auf einen vor Rechtskraft etwa geschlossenen abweichenden Vergleich.

Die Staatskasse verlangt mit der jetzt angegriffenen Gerichtskostenrechnung vom Bekl. als Urteilsschuldner auf Grund des rechtskräftig gewordenen Urts. die von ihr dem AG. des Kl. erstatteten Kosten. Der Bekl. hält diese Inanspruchnahme mit Rücksicht auf den zwischen den Parteien außergerichtlich geschlossenen Vergleich, inhalts dessen jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen habe, nicht für gerechtfertigt.

Diesem Standpunkt des Bekl. kann nicht beigetreten werden. Zwar trifft es zu, daß auch trotz des Übergangs auf die Staatskasse es sich bei den Armenanwaltskosten um außergerichtliche Kosten handelt, über welche die Parteien sich abweichend von einer etwaigen Urteilskostenentsch. vergleichen können, ohne Rücksicht darauf, ob eine Erstattung durch die Staatskasse bereits stattgefunden hat. Diese ist vielmehr an den Vergleich gebunden und erwirbt einen Erstattungsanspruch an die nicht arme Partei in diesem Falle nicht (grundf. Entsch. 20 W 3106/31 v. 30. März 1931 bei Gaedeke, KostenMpr. Nr. 130, 130a). Allerdings steht diese Verfügungsbefugnis den Parteien nur bis zur Rechtskraft des Urts. entfaltenden Urts. zu (vgl. grundf. Entsch. 20 W 3195/34 v. 25. April 1934: JW. 1934, 1798³).

Vorliegend haben die Parteien erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urts. die vergleichsweise Erledigung der Sache angezeigt und hat der Kl. unter Zustimmung des Bekl. die Klage zurückgenommen. Ob dieser außergerichtliche Vergleich nun bereits vor Eintritt der Rechtskraft abgeschlossen worden ist, ist nicht ersichtlich, für die hier zu treffende Entsch. indes auch unerheblich. Denn auch bejahendensfalls ist die Kostenhaftung des Bekl. aus dem Urts. dadurch nicht beseitigt worden. Für die Frage, ob auf die Staatskasse gem. § 5 ArmAnwG. ein Erstattungsanspruch übergegangen ist, ist maßgebend einmal, ob die Staatskasse dem ArmAnw. Kosten erstattet hat und ferner, ob für den ArmAnw. ein Anspruch gegen die unterliegende Partei aus § 124 ZPO. bestanden hat und im Augenblick der Inanspruchnahme der unterlegenen Partei noch besteht. Diese Frage ist aber ohne weiteres dann zu bejahen, wenn dieser Anspruch aus § 124 ZPO. sich aus einem rechtskräftig gewordenen Urts. ergibt. Kann die Staatskasse sich auf eine derartige rechtskräftige Kostenentsch. stützen, so versagt ihr gegenüber — jedenfalls im Kostenverfahren — die Ver. auf eine etwa zwischen den Parteien getroffene abweichende Vereinbarung hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten, mag diese selbst bereits vor dem Eintritt der Rechtskraft der Entsch. getroffen worden sein. Denn der rechtskräftige Titel bildet unter allen Umständen die Grundlage für eine Kostenfestsetzung aus § 124 ZPO. und beweist bis zur Befeitigung des rechtskräftigen Urts. die Berechtigung des Armenanwalts zur Kostenfestsetzung im eigenen Namen. Die unterlegene Partei könnte sich gegen die Festsetzung selbst durch den Nachweis eines vorher schon geschlossenen außergerichtlichen Vergleichs nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. wehren. Die Rechtslage der Staatskasse, die infolge der Erstattung an den ArmAnw. an dessen Stelle tritt, kann im Verfahren betreffend die Einziehung der auf sie übergegangenenen Armenanwaltskosten keine andere sein. Auch für die Staatskasse ist der rechtskräftige Titel so lange maßgebend, bis er im Wege des § 767 ZPO. beseitigt ist.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 3. Aug. 1934, 20 W 5715/34.)

*

Stelle

17. § 1 ArmAnwG. Dem nicht am Orte des Prozeßgerichtes wohnenden ArmAnw. sind Reisekosten zu den vor dem Prozeßgericht anstehenden Terminen zu erstatten. †)

Der Senat hat diese in Mpr. und Rechtslehre streitige (vgl. Gelinsky-Meyer, ArmAnwKosten, 1933, S. 164 u. dort Zit.) Frage bejaht. Nach § 1 Abs. 3 ArmAnwG. werden die Reisekosten nur dann vergütet, wenn die Reise erforderlich war. Daß die Reise,

Zu 17. Dieser von der Mpr. überwiegend verneinten Auffassung gegenüber genügt es, auf die Entsch. des RG. (KostSen.)

die der ArmAnw. zur Wahrnehmung eines Termins vor dem OLG gemacht hat, erforderlich war, ist nicht zu bezweifeln. Es ist auch keine Vorschr. vorhanden, die die des § 1 Abs. 3 zuungunsten des ArmAnw. abänderte. Insbef. ist § 18 Ziff. 6 RMO. nicht als eine solche anzusehen. 1. Diese Best. wollen einige auf Fälle der vorl. Art unmittelbar angewendet wissen, weil es sich in ihr um eine Ergänzung (des § 1: „nach Maßgabe der RMOebD.“) der RMOebD. handelt. Sie bedeutet aber keine Ergänzung der RMOebD., sondern der — die Vorschr. über Erstattungsfähigkeit regelnden — ZPO. 2. Auch eine entsprechende Anwendung des § 18 Ziff. 6 kommt nicht in Betracht; denn es fehlt an der Analogie des Falles: § 18 Ziff. 6 hat zum Gegenstand die Erstattungspflicht der armen Partei gegenüber der Gegenpartei, die vorl. Frage die Erstattungspflicht des Staates gegenüber dem ArmAnw. 3. Endlich ist eine entsprechende Anwendung des § 39 RMO., wie sie u. a. OLG. Düsseldorf (v. 9. Nov. 1931: *BürBl.* 1932, 64) vorsieht, nicht am Platze. Wenn diese Best. in Abs. 2 I. S. anordnet, daß Verteidiger, die nach § 144 StPO. bestellt sind, auf Reisekosten usw. für die Reise nach dem Sitz des ProzGer. keinen Anspruch haben, eine dementsprechende Vorschr. aber für die hier in Rede stehenden Fälle in der RMO. fehlt, so kann aus diesem Fehlen umgekehrt gerade die Richtigkeit der vom Senat vertretenen Ansicht geschlossen werden. Der in manchen Entsch. a priori — ohne Beweisgrund — unterstellte Satz, der Gesetzgeber habe bei Erlass des Ges. v. 7. März 1927 (Zulassung von Simultananwälten) in keinem Falle die Erstattungspflicht der Staatskassen diesen Anwälten gegenüber vergrößern wollen, bedurfte gerade des Beweises, um daraus eine entsprechende Anwendung des § 18 Ziff. 6 oder des § 39 Abs. 2 I. S. zu rechtfertigen. Im Gegenteil: der Staat, der die ArmAnw. durch seine Bestellung zwingt, notwendige Reisen zum Sitz des ProzGer. zu machen, muß auch die Kosten dieser Reisen tragen. Andernfalls hätte es einer besonderen Best. in dem Ges. v. 7. März 1927 bedurft. Es geht nicht an, die auch von Vertretern der gegenteiligen Ansicht zugegebene Lücke im Gesetz auf eine mehr oder weniger gekünstelte Art schließen zu wollen.

(OLG. Celle, 8. ZivSen., Beschl. v. 7. März 1934, U 322/33.)

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

*

Jena

18. § 124 ZPO. Wird die Festsetzung der Kosten der armen Partei nicht auf den Namen des Armenanwalts beantragt, so sind sie auf den Namen der Partei festzusetzen. Eine Berichtigung ist nicht möglich. Eine Umschreibung kann nur stattfinden, wenn sie nicht zu Unzuträglichkeiten führt.

Mit Schreiben v. 7. März 1934 beantragte N. B., die

v. 8. Juli 1933 (20 W 6377/33): *ZW.* 1933, 2345⁶ zu verweisen, in der die Frage der Reisekosten des Simultananwalts erörtert ist.

Es wäre eine Bevorzugung des Simultananwalts, wenn ihm nun auch noch gleichsam seine Geschäftskosten unter dem Gesichtspunkt der Reisekosten von der Staatskasse erstattet würden. Kein Anwalt sonst kann seine Speisen für die Zurücklegung des Weges zwischen Wohnung und gewöhnlicher Terminsstelle dem Auftraggeber gesondert in Rechnung stellen.

Es ist eine unrichtige Betrachtungsweise, von dem auswärtigen Anwalt zu sprechen, den der Staat durch die Bestellung zum ArmAnw. zwingt, notwendige Reisekosten aufzuwenden, um an den Sitz des ProzGer. zu fahren. Wenn man natürlich unter dem Gesichtspunkt an die Sache herangeht, daß der auswärtige Simultananwalt mit den Lasten eines Mandats bedacht wird und deshalb besonderer Unterstützung bedarf, dann muß das Ergebnis notwendig so sein, wie OLG. Düsseldorf annimmt. Geht man dagegen von der Erwägung aus, die dem § 18 RMO. zugrunde liegt, dann gelangt man ohne weiteres zu dem richtigen Ergebnis, nämlich dahin, daß die Staatskasse keine Veranlassung hat, sich zugunsten eines kleinen Kreises von (Simultan-) Anwälten Lasten aufzubürden, die sie auch im günstigsten Falle niemals erstattet erhält. Die Abwegigkeit eines solchen Gedankenganges erscheint wohl Beweis genug gegen die Ansicht von OLG. Celle.

Es kann deshalb die vom RG. in dem erwähnten Beschluß bereits enthaltene Begründung nur wiederholt werden, daß der Sinn der Regelung im § 18 Abs. 6 RMO. der ist, daß der Anwalt, dem in Durchbrechung der Residenzpflicht ausnahmsweise das Wohnen außerhalb des Ortes des Gerichtssitzes gestattet ist, daraus keine Rechte für sich herleiten kann, die nichts anderes als eine Verteuerung des Prozesses gegenüber dem sonst erforderlichen normalen Kostenaufwand bedeuten. Es kann nur wiederum betont werden — ein Gesichtspunkt, mit dem sich leider OLG. Celle nicht auseinandergesetzt hat —, daß es für die Staatskasse unzumutbar und mit dem Wesen der Wahrnehmung der Rechte der armen Partei auf Kosten der Allgemeinheit unvereinbar wäre, wenn der beigeordnete ArmAnw. besser dastehen würde als der Wahlanwalt, auf den zunächst unmittelbar § 18 Abs. 6 RMOebD. nur gemünzt ist.

StGR. Dr. Saebcke, Berlin.

bei ihm erwachsenen Kosten festzusetzen. Diesen Antrag konnte der Urkundsbeamte nur so verstehen, daß der Anwalt die Kosten für die von ihm vertretene arme Partei festgesetzt haben wolle. Dementsprechend hat er die Kosten für die Antragstellerin festgesetzt. Dieser Beschluß enthält keine offensibare Unrichtigkeit.

Dabei ist es belanglos, ob N. B. beabsichtigt hatte, die Kosten für sich zur Beibringung aus eigenem Recht festsetzen zu lassen. Er hat den Antrag nicht so gestellt. Für eine Berichtigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses ist danach kein Raum. Der Kostenfestsetzungsbeschluß konnte auch nicht auf N. B. umgeschrieben werden. Die Umschreibung würde zu Unzuträglichkeiten führen, da die Antragseinerin inzwischen mit Gegenforderungen gegen die Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß aufgerechnet hat (vgl. RG.: *ZW.* 1933, 2344 und OLG. Stuttgart: *ZW.* 1934, 1195).

(OLG. Jena, 2. ZivSen., Beschl. v. 15. Mai 1934, 2 W 528/34.)

Ber. von OGR. Dr. Rittweger, Jena.

*

Riel

19. § 114 ZPO. Das Armenrecht wirkt nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurück.

Entscheidend für den Zeitpunkt, von welchem an der Beschluß über die Bewilligung des Armenrechts und die Beordnung des ArmAnw. wirksam wird, ist die Zustellung des Beschl. Denn nach § 329 ZPO. sind nichtverklündete Beschl. des Gerichts den Parteien von Amts wegen zuzustellen. Sie werden erst mit der Zustellung wirksam. Von diesem Zeitpunkt ab erhalten sie Geltung nach außen, während sie bis dahin eine innere Angelegenheit des Gerichts sind (RG. 96, 351 = *ZW.* 1920, 48). Mit dem gleichen Zeitpunkt kann aber auch erst die Wirksamkeit dritten Personen gegenüber eintreten, die wie der beigeordnete N. am Rechtsstreit beteiligt sind. Neuerdings wird — vornehmlich im Schrifttum (Schmidt: *ZW.* 1931, 1058 u. 1781; *ZW.* 1932, 123²⁶ u. 1164²⁹; Baumbach, *Ann.* 2 B zu § 1 ArmAnwG.) — und offenbar auch vom OLG. Karlsruhe: *ZW.* 1934, 622⁴ die Ansicht vertreten, daß die Rückwirkung auf den Zeitpunkt angenommen werden müsse, in dem das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts und Beordnung des ArmAnw. vorliegt. Für die Frage der Wirkung soll danach nicht die Zustellung des Beschl. ausschlaggebend sein, da die Best. des § 329 ZPO. sich nur auf die formale Wirksamkeit der Beschl. und nicht auf deren Inhalt beziehe, sondern die für den Beschl. maßgebenden sachlichen Rechtsätze (Schmidt: *ZW.* 1931, 1058). Man nimmt dabei an, daß das Ges. im § 114 ZPO. die Rückwirkung auf den Zeitpunkt der ordnungsmäßigen Antragstellung im Interesse des Antragstellers gewollt habe und gewollt haben müsse (Friedländer: *ZW.* 1933, 229). Es liege i. S. des Ges., daß der armen Partei mindestens von der Stellung des Antrages an keine Kosten mehr erwachsen sollten. Denn die Frage, was sich als „beabsichtigte“ Prozeßführung darstelle, sei vom Standpunkte der armen Partei aus zu beurteilen. Dem ist entgegenzusetzen, daß diese Auffassung im Ges. keine Stütze findet, auch zu unlöslichen Schwierigkeiten führt, wie das OLG. Hamm: *ZustVerwBl.* 1934, 33 nachgewiesen hat. Erst nachdem der Beschluß über die Bewilligung des Armenrechts und die Beordnung des ArmAnw. ergangen ist, besteht die Möglichkeit, den „beabsichtigten“ Rechtsstreit im Armenrecht zu führen. Solange das Gericht über den Antrag noch nicht entschieden hat, wird der N. auf eigene Gefahr in der Sache tätig. Denn er muß sich, wenn das Armenrecht verweigert wird, an seinen Mandanten halten. Will die arme Partei bereits von Stellung des Antrages an Kosten vermeiden, so muß sie zum mindesten den Antrag stellen, daß die von da ab einsetzende Tätigkeit ihres N. durch Rückziehung des Beschl. als zur „beabsichtigten“ Rechtsverfolgung und Prozeßführung gehörend mitersaßt werde.

(OLG. Riel, 2. ZivSen., Beschl. v. 20. Juni 1934, 2a W 70/34.)

*

20. § 115 ZPO. Die versehentliche Unterlassung der Armenanwaltsbeordnung kann jederzeit nachgeholt werden.

N. hatte, nachdem ihm das Armenrecht zugestimmt war, nach § 115 ZPO. einen gesetzlichen Anspruch auf Beordnung eines Armenanwalts. Dies ist jedoch unterblieben. Der N. des N. war deshalb nicht Armenanwalt. Der Vorsitzende des LG. hätte freilich die Möglichkeit gehabt, den N. noch nachträglich zum Armenanwalt zu bestellen. Eine solche nachträgliche Beordnung ist zulässig. Denn sie ist lediglich ein Verwaltungsakt des Vorsitzenden, auf dessen Vornahme die Partei auf Grund des Armenrechtsbeschlusses einen Anspruch hat. Als Verwaltungsakt kann sie, wenn sie versehentlich unterblieben ist, jederzeit nachgeholt werden (so auch OLG. Stettin: *ZW.* 1932, 3652³⁴). Diese nachträgliche Beordnung eines Armenanwalts ist nicht dasselbe wie die nachträgliche Bewilligung des Armenrechts, über deren Zulässigkeit Streit herrscht. Zu dieser Streitfrage braucht hier nicht Stellung genommen zu werden, denn die beiden Fälle liegen rechtlich völlig verschieden.

(OLG. Riel, 2. ZivSen., Beschl. v. 2. Mai 1934, 2a W 40/34.)

*

Stuttgart

21. § 114 ZPO.; § 847 BGB. Dem Bekl., der sich gegen die Höhe des verlangten Schmerzensgeldes wehrt, kann das Armenrecht nicht deshalb versagt werden, weil das Gericht darüber nach billigem Ermessen zu entscheiden hat.

Die Kl. fordert 8000 RM Schmerzensgeld für den Verlust eines Auges durch einen Schuß. Der Bekl. findet den Betrag zu hoch und bittet ums Armenrecht. Das LG. versagte es, weil der Betrag von der Kl. ins Ermessen gestellt ist und das Gericht schon nach § 847 BGB. auf eine billige Entschädigung zu erkennen, also die maßgebenden Umstände von Amts wegen zu prüfen habe, wofür die Strafakten wegen fahrlässiger Körperverletzung und der Vortrag des Bekl. in seinem Armenrechtsgejud die nötigen Unterlagen bieten. Das OLG. erteilte auf Beschw. das Armenrecht. Wenn § 847 nur eine billige Entschädigung zuläßt, so folgt daraus nicht, daß die für die Höhe maßgebenden Tatsachen im Rechtsstreit von Amts wegen zu ermitteln sind. Vielmehr müßte gegen den nicht erscheinenden Bekl. Versäumnisurteil ergehen, weil die zur Begr. der Höhe von der Kl. vorgetragene Tatsache als zugestanden gelten. Im vorl. Fall könnte auch das Vorbringen des nicht vertretenen Bekl., daß die Kl. in ihrem Erwerb als Fabrikarbeiterin durch den Unfall nicht beeinträchtigt worden sei, nicht berücksichtigt werden. Auch jede sonstige erhebliche Verteidigung wäre unmöglich.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 13. Juni 1934, W 402/34.)

Berlin IV. Rechtsanwaltsgebührenordnung

22. § 87 RAGebD. Entstehung und Erstattungsfähigkeit der Hebegebühr, wenn der Hinterleger im Ausland wohnt.

Der Sen. hat bereits in seiner grunds. Entsch. 20 W 684/33 v. 28. Jan. 1933 (ZM. 1933, 542³⁰) anerkannt, daß regelmäßig eine Gebühr aus § 87 RAGebD. für den Prozeßbevollmächtigten dann nicht entsteht, wenn er Gelder oder Wertpapiere, die er von seinem Auftraggeber empfangen hat, für diesen hinterlegt, daß vielmehr diese Tätigkeit durch die Prozeßgebühr mit abgegolten wird. Der Sen. hat indes einen anderen Sachverhalt dann anerkannt, wenn von anderer Seite als gerade von seiner eigenen Partei die Tätigkeit des Prozeßbevollmächtigten aus § 87 RAGebD. für die Zwecke und zugunsten der Partei in Anspruch genommen wird. In einem solchen Fall hat der Sen. im allgemeinen die Entstehung der besonderen Gebühr des § 87 RAGebD. angenommen, sofern ein entsprechender Auftrag der Partei selbst vorliegt. Davon ist in dem zur Entsch. stehenden Fall auszugehen. Ist danach die Gebühr aus § 87 RAGebD. für die Empfangnahme der Hinterlegung des Geldes und der Wertpapiere durch den Prozeßbevollmächtigten der Kl. für diesen angefallen, so ist diese Gebühr auch erstattungsfähig. Die Erstattungsfähigkeit ist unter dem Gesichtspunkt des § 788 ZPO. zu prüfen. Der Sen. hat bereits in der erwähnten Entsch. für die Erstattungsfähigkeit als ausschlaggebend erklärt, daß die Auftraggeberin ihren Sitz im Ausland hatte und daß unter diesen Umständen sie nicht selbst die Hinterlegung bewirkt, sondern sich zur ordnungsmäßigen Erledigung derselben zweckmäßiger- und gebotenerweise des Prozeßbevollmächtigten bediente. Derselben Erwägungen treffen auch hier zu. Sie müssen zur Bejahung der Erstattungsfähigkeit der Gebühr aus § 87 RAGebD. führen.

Unberechtigt ist dagegen der Anspruch auf eine weitere Gebühr aus § 87 für die Rücknahme der hinterlegten Gelder und Wertpapiere. Die Tätigkeit des Justizrats P. hat sich darauf beschränkt, nach Erwirkung der Rückgabeanordnung durch das Gericht bei der Hinterlegungsstelle die Rücksendung der Effekten und des Barbetrages an die Bank des Hinterlegers zu beantragen. Der Sen. hat aber bereits in seiner Entsch. 20 W 1098/31 v. 12. Nov. 1931 die Entstehung der Gebühr aus § 87 RAGebD. verneint, wenn der Anwalt nur den Antrag auf Auszahlung des hinterlegten Betrages stellt. Die Voraussetzungen des § 87, der eine Erhebung und Ablieferung, d. h. eine Empfangnahme und Weiterleitung durch den Anwalt verlangt, sind in solchem Falle nicht erfüllt.

Wohl aber steht dem Justizrat P. für seinen Antrag auf Anordnung der Rücknahme der Sicherheit gemäß § 715 ZPO. die ^{2/10}-Prozeßgebühr des § 24 Ziff. 2 RAGebD. zu. Der Sen. hat in seiner grunds. Entsch. 20 W 7352/32 v. 9. Juli 1932 (bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung Nr. 12) diese Gebühr neben der Prozeßgebühr zugewilligt.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 18. Juli 1934, 20 W 5298/34.)

23. § 87 RAGebD. Erstattungsfähigkeit der Hebegebühr bei Zug-um-Zugleistungen.

LG. hat zu Unrecht die vom UrkV. antragsgemäß festgesetzte Hebegebühr aus § 87 RAGebD. als nicht erstattungsfähig abgelehnt.

Nach dem Urk. war der Bekl. verpflichtet, an die Kl. 18000 RM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abgabe der zur Auflassung des Grundstücks erforderlichen Erklärungen der Kl. zu zahlen. Mit Schreiben v. 18. März 1934 hat er dem Sozjus des Prozeßbevollmächtigten der Kl. zu freien Händen einen Scheck über 18000 RM überandt, der vom Prozeßbevollmächtigten der Kl. erst Zug um Zug gegen Überendung der erforderlichen Grundbuchlichen Urkunden dieser ausgehändigt werden sollte. Aus diesem Schreiben ergibt sich also, daß der Bekl. den Prozeßbevollmächtigten der Kl. zur Erfüllung der dem Bekl. im Urteil auferlegten Verpflichtung in Anspruch genommen hat.

Rechtswirrig ist die Ansicht des LG., daß damit ein Auftragsverhältnis nur zwischen dem Bekl. und dem gegnerischen Anwalt begründet worden sei. Es steht außer Frage, daß im vorliegenden, wie stets in derartigen Fällen, der gegnerische Anwalt lediglich als Vertreter der Gegenpartei in Anspruch genommen wird.

Für die Frage der Erstattungsfähigkeit ist davon auszugehen, daß es sich bei der Hebegebühr regelmäßig nicht um eigentliche Rechtsstreitkosten, deren Erstattung nach § 91 ZPO. zu entscheiden ist, sondern um dem Vollstreckungsverfahren zuzurechnende Kosten handelt, so daß für die Erstattung § 788 ZPO., mithin die Frage entscheidend ist, ob die Inanspruchnahme eines Anwalts durch den Gläubiger hierfür notwendig war (so grunds. Entsch. des Sen. 20 W 684/33 v. 28. Jan. 1933 bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung Nr. 85 = ZM. 1933, 542). Der Sen. hat auch bereits anerkannt, daß diese Notwendigkeit und mithin Erstattungsfähigkeit regelmäßig dann zu bejahen ist, wenn die zur Zahlung verurteilte Partei aus eigenem Antriebe die Schuld an den Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers entrichtet, also ohne besondere in der Person des Gläubigers liegende Gründe die Tätigkeit des gegnerischen Anwalts in Anspruch nimmt (grunds. Entsch. 20 W 7188/32 v. 2. Juli 1932 bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung Nr. 68).

Hier ist entscheidend, daß die Parteien sich schließlich darüber einig gewesen sind, daß die Übergabe des Schecks an Kl. B. die zweckmäßigste Erledigung der Urteilsverpflichtung sei. Auf das, was vorhergegangen ist, kann es danach nicht mehr ankommen. Im übrigen wird gerade bei Zugumzugleistungen, bei denen es sich um die Abgabe grundbuchlicher Erklärungen handelt, im allgemeinen die Inanspruchnahme eines Anwalts als Treuhänders für den Austausch der beiderseitigen Leistungen zweckmäßig sein, so daß die dadurch entstehenden Kosten sich als notwendige Kosten i. S. des § 788 ZPO. darstellen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 18. Juli 1934, 20 W 5254/34.)

Rönigsberg

24. § 1 RAGebD. Auf einen bedingten Verzicht des Anwalts auf seine Gebühren kann sich der zur Tragung der Kosten verurteilte Gegner nicht berufen.

Der Anwalt der beklagten Stadtgemeinde hat, da er ihr Beigeordneter ist, in der mündlichen Verhandlung erklärt, daß er den Prozeß in seiner Eigenschaft als Beigeordneter unentgeltlich führe. In dem Kostenfestsetzungsantrag hat er bemerkt, daß er den festzusetzenden Betrag seiner Gebühren der Winterhilfe der NS.-Volkshilfsfahrt überweisen werde und auf Anfrage hierzu erläuternd bemerkt, daß bei dem Verzicht der Bekl. gegenüber Einverständnis darüber bestanden habe, daß er im Falle des Obiegens der Bekl. die Gebühren in deren Namen festsetzen lassen dürfe, um sie einer parteiähnlichen Sammlung zugute kommen zu lassen.

Bei dieser Sachlage kann der Kl. seine Erinnerung gegen die Kostenfestsetzung nicht darauf stützen, daß Anwaltsgebühren für die Bekl. nicht entstanden seien, was an sich Voraussetzung für die Erstattungspflicht des Kl. ist. Die Vereinbarung zwischen der Bekl. und ihrem Prozeßbevollmächtigten ist dahin auszulegen, daß der Prozeßbevollmächtigte auf seinen Gebührenanspruch gegen die Partei nur unter der Bedingung verzichtet, daß die Bekl. unterliegt und der Gegner zur Tragung der Kosten der Bekl. nicht verpflichtet ist. Da diese Bedingung nicht eingetreten ist, kann sich der Kl. auf den Verzicht nicht berufen.

(OLG. Rönigsberg, Beschl. v. 2. Juli 1934, 7 W 46/34.)

Ber. von OLG. Sieloff, Rönigsberg.

Berlin

V. Gerichtskosten

25. § 29 GRG.; § 271 ZPO. Keine Klagerücknahme, falls Hauptsache für erledigt erklärt und wegen der Kosten verhandelt wird. Das ist Sachantrag i. S. des § 29 GRG.

Der Sen. hat bereits in seiner grunds. Entsch. 20 W 4319/33 v. 29. April 1933 (Partei zu § 271 ZPO.) ausgesprochen, daß die Erklärung des Kl., die Hauptsache sei erledigt, und die Stellung eines Antrages nur noch wegen der Kosten keine Klagerücknahme i. S. des § 29 GRG. darstellt und eine Gebührenermäßigung nicht eintreten läßt.

Unzutreffend sind auch die Erwägungen der Beschw., daß dann jedenfalls eine teilweise Klagerücknahme anzunehmen sei, da ein Sachantrag bezüglich der Kosten gestellt sei. Ausweislich des Sitzungsprotokolls haben beide Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt erklärt und nur noch wegen der Kosten verhandelt. Damit war prozessual der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt und für eine Klagerücknahme insoweit kein Raum mehr. Die später dann erklärte Rücknahme der Klage bezog sich und konnte sich nur beziehen auf die Kosten. Nur diese waren nunmehr noch in Streit. Die Erklärung der Parteien, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, i. Verb. m. der Stellung von Anträgen nur noch wegen der Kosten ist als ein einheitlicher Sachantrag i. S. des § 29 Abs. 2 GKG. anzusehen. Eine nachdem erklärte Klagerücknahme würde daher unter keinen Umständen mehr eine Ermäßigung der Gebühr aus § 29 Abs. 2 herbeiführen können.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 18. Juli 1934, 20 W 5257/34.)

*

26. § 36 GKG. Berechnung der gerichtlichen Vergleichsgebühr.

Zu Frage steht die Berechnung der gerichtlichen Vergleichsgebühr nach § 36 GKG.

Die Streitwertfestsetzung des RG. zeigt, daß die Parteien in den Vergleich verschiedene Ansprüche einbezogen haben, nämlich

- a) solche, die Gegenstand des Berufungsverfahrens waren,
- b) solche, die in einem anderen Prozeß noch anhängig waren,
- c) solche, deren der Kl. sich erst berührt hatte, die aber in einem Prozeß noch nicht geltend gemacht werden,
- d) ob und wieviel auch der im ersten Rechtszuge abgewiesene Teil der Widerklageforderung vom Vergleich mit umfaßt wird, ist zweifelhaft.

Der UrkG. hätte nur den zu c genannten noch nicht rechtshängig gewordenen Schadensersatzanspruch der Berechnung der gerichtlichen Vergleichsgebühr zugrunde legen dürfen. Denn nur insoweit trifft die Voraussetzung des § 36 GKG. zu, daß der Wert des Streitgegenstandes überstiegen wird. Dieser Anspruch ist weder in diesem vorliegenden noch in einem anderen Prozeß zur Zeit des Vergleichs schlusses anhängig gewesen.

Anderer verhält es sich mit dem im Nebenprozeß geltend gemachten Anspruch. Dieser Nebenprozeß war zur Zeit des Vergleichs schlusses noch anhängig. Gebührenfreiheit soll aber bei einem gerichtlichen Vergleich nur dann eintreten, wenn die Parteien den zum Gegenstand des Vergleichs gemachten Anspruch ohnehin schon zur Entsch. des Gerichts gestellt und deshalb insoweit auch die gerichtliche Prozeßgebühr gezahlt haben. Dagegen soll den Parteien verwehrt sein, in einem Prozeß über ein geringeres Objekt ohne Aufwendung von Mehrkosten sich einen vollstreckbaren Titel verschaffen zu können. Diese ratio des § 36 GKG. ergibt aber, daß die vergleichsweise Erledigung von Ansprüchen, die in verschiedenen Prozessen anhängig gemacht sind, in einem derselben durchaus nicht zu beanstanden ist und eine Vergleichsgebühr nicht auflösen kann, soweit der Streitgegenstand den Streitwert gerade dieses einen Prozesses überstiegen hat. Streitgegenstand i. S. des § 36 ist also jeder irgendwie gerichtlich anhängige Anspruch, nicht der gerade nur in demjenigen Prozeß anhängige Anspruch, in dem es zum Vergleichs schluss kommt. Dies ist auch die allgemein herrschende Ansicht (vgl. Baum bach, RKostG., 1933, 3 zu § 36; Friedlaender, GKG., 1928, Anm. 11 zu § 36; Rittmann-Wenz, 1930, 5 zu § 36; DLG. Stuttgart: JW. 1927, 532). In solchem Falle ist also für die Anwendung des § 36 GKG. kein Raum.

Ist dagegen zur Zeit des Vergleichs schlusses die Anhängigkeit in einem anderen Prozeß bereits erloschen, dann kann von einem Streitgegenstand „in einem Rechtsstreit“ nicht mehr gesprochen werden, ist vielmehr der Tatbestand des § 36 erfüllt. Es besteht hinsichtlich des nunmehr in den anhängigen Prozeß einbezogenen streitigen Rechtsverhältnisses die Gebührenpflicht des § 36 (so auch Baum bach, Rittmann-Wenz a. a. O. gegen Friedlaender). Es würde aber schon zu praktisch völlig unhaltbaren Ergebnissen führen, wollte man die Veranziehung jedweden Anspruchs, bzgl. dessen jemals ein Rechtsstreit zwischen den Parteien geschwebt hat, so behandeln, als wenn alle diese Streitigkeiten auch jetzt noch in dem zur Entscheidung stehenden Prozeß anhängig wären.

Nach den erörterten Grundsätzen entscheidet sich schließlich auch die Frage, ob in einem Falle, in dem ein in erster Instanz rechtshängig gewesener Anspruch noch nicht in die höhere Instanz gediehen ist, der Begriff des Streitgegenstandes im Rechtsstreit auch auf diesen Anspruch auszudehnen ist. Das muß bejaht werden, sofern und solange die Möglichkeit besteht, diesen Anspruch — sei es durch Erweiterung des Rechtsmittels, sei es durch Anschließung — noch zur Entscheidung der höheren Instanz zu stellen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 18. Juli 1934, 20 Wa 166/34.)

*

27. § 71 GKG.; § 625 ZPO. Bei Zustellungen von Urteilen von Amts wegen (§ 625 ZPO.) entstehen keine gerichtlichen Schreibgebühren.

Die Erinnerung wendet sich mit Recht gegen den Anfaß von Schreibgebühren, soweit Schreibwerk durch die Anfertigung der von Amts wegen gem. § 625 ZPO. zuzustellenden Urte. entstanden ist. Nach § 71 Abs. 1 GKG. werden Schreibgebühren für solche Ausfertigungen und Abschriften erhoben, die nur auf Antrag erteilt und die angefertigt werden, falls die Partei es unterlassen hat, bei von Amts wegen wegen zuzustellenden Schriftsätzen die erforderliche Zahl von Abschriften beizufügen. Schreibgebühren, d. h. die durch die Anfertigung von Schreibwerk dem Staat entstehenden Auslagen werden also nach dem Willen des Gesetztes im allgemeinen durch die Gebühren abgegolten. Eine Ausnahme gilt nur für die im Gesetz angeführten Fälle, d. h. also bei Ausfertigungen und Abschriften dann, wenn sie nur auf besonderen, gerade auf ihre Erteilung gerichteten Antrag erteilt werden. Dies ist bei Urteilsausfertigungen in aller Regel der Fall, ohne daß es dabei darauf ankommt, ob für jeden einzelnen Fall ein besonderer Antrag gestellt wird oder ob er generell als von den Anwälten gestellt gilt und so ohne weiteres für die Parteien — ungekürzte — Urteilsausfertigungen erteilt werden.

Darunter fallen jedoch nicht die Fälle, in denen von Amts wegen Urteilsausfertigungen zuzustellen sind, also der Fall des § 625 ZPO. bei Urte., durch welche eine Ehe geschieden oder auf Nichtigkeit der Ehe erkannt wird. Hier umfaßt die Tätigkeit von Amts wegen notwendigerweise auch die Herstellung des aus der Zustellungsverpflichtung sich ergebenden Schreibwerks. Hat nach § 209 ZPO. die Geschäftsstelle für die Bewirkung der Zustellung Sorge zu tragen, so ist darin die Verpflichtung enthalten, die erforderlichen Schriftstücke herstellen zu lassen. Der Partei kommt hierbei keine Mitwirkung zu, insbes. kann nicht daran gedacht werden, daß sie etwa die erforderlichen Schriftstücke zur Verfügung zu stellen hätte. Das wäre bei Urteilsausfertigungen, die nur von amtlicher Stelle erteilt werden können, ohnehin ausgeschlossen. Im übrigen führt § 71 Abs. 1 GKG. ausdrücklich nur den Fall an, in dem die Partei es unterläßt, von Amts wegen zuzustellende Schriftsätze in der erforderlichen Zahl von Exemplaren dem Gericht einzureichen.

Bei allen von Amts wegen zuzustellenden amtlichen Schriftstücken ermahnen also dem Zustellungsempfänger keine Schreibgebühren (so auch Baum bach, Reichskostengesetz, 1933 2 B zu § 71 GKG.; Friedlaender 1928, 5 zu § 71 GKG.). Inwieweit es danach empfehlenswert ist, daß im Interesse der Arbeits- und Kostenersparnis bei Zustellungen nach § 625 ZPO. nach Möglichkeit nur abgekürzte Urteilsausfertigungen gem. § 317 ZPO. zugestellt werden, ist keine in diesem Rahmen zu erörternde Frage des Kostenrechts.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 25. Juli 1934, 20 Wa 154/34.)

*

Düsseldorf

28. § 11 GKG. Für die Höhe des Streitwertes bei einer Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit ist die wirtschaftliche Lage der Parteien maßgebend. An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch gegenüber der angeführten Entsch. des RG.: JW. 1934, 1590⁷ fest.

(DLG. Düsseldorf, 9. ZivSen., Beschl. v. 14. Aug. 1934, 9 W 273/34.)

Eingef. von RA. Dr. Berstehl, Elve.

*

Raumburg

29. § 11 DKG. Streitwert bei Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes. Grundsätzlich ist der Streitwert auf 2000 RM festzusetzen. Nur wenn die Vermögenslage der Parteien eine besonders schlechte ist, kann die Festsetzung auf einen geringeren Wert gerechtfertigt sein. †)

In dem Rechtsstreit hatte es sich um die Feststellung gehandelt, daß der Bekl. nicht das eheliche Kind des Kl. ist, also um einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch i. S. des § 11 GKG. § 11 bestimmt, daß der Streitwert für derartige Ansprüche regelmäßig 2000 RM beträgt, daß aber nach Lage des Falles auch ein niedrigerer Streitwert, jedoch nicht unter 500 RM angenommen werden kann. Grundsätzlich muß danach der Streitwert auf 2000 RM festgesetzt werden, und es müssen schon gewichtige Umstände vorliegen, daß eine davon abweichende Festsetzung erfolgen darf. Wenn auch in Ehelichkeitsprozessen namentlich die ethischen Beziehungen und die mit ihnen zusammenhängenden Folgen die in erster Linie ausschlaggebende Bedeutung auch hinsichtlich der Streitbewertung haben werden, so ist es doch nicht ausgeschlossen, dabei auch vermögensrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Immerhin müssen sie dann derart beschaffen sein, daß sie eine Aus-

Zu 29. Vgl. auch DLG. Karlsruhe: JW. 1934, 1254⁷ und RG.: JW. 1934, 1590⁷ mit Anmerkungen und Verweisungen.

nahme von der gesetzlich gebotenen Regel auch wirklich rechtfertigen, und das ist nur dann der Fall, wenn die Vermögenslage der Parteien gegenüber der sonst als durchschnittliche Regel anzusehenden Lage eine besonders schlechte ist. Das wird man hier in der Tat allerdings anzunehmen haben. Der Kl. hat nach dem behördlichen Bedürftigkeitszeugnis außer 600 RM kein sonstiges Vermögen, und sein Vereinkommen aus der Landwirtschaft beträgt nur 30 RM; sonst hat er nichts. Er lebt also unter ganz kümmerlichen Verhältnissen. Die Herabsetzung des Streitwerts unter 2000 RM erscheint danach in der Tat richtig. Inmerhin gibt es viele Leute, deren Lebensverhältnisse noch schlechter sind (Erwerbslose, Anhäufung von Schulden). Die Herabsetzung des Streitwerts auf den niedrigsten, vom Gesetz als äußerstes zugelassenen Satz von 500 RM ist deshalb nicht angängig. Dem Senat erscheint ein Streitbetrag von 1000 RM hier als angemessen und durch die Umstände gerechtfertigt.

(OLG. Naumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 26. Juli 1934, 7 W 186/34.)
Eingef. von RA. Deesen II, Halberstadt.

Berlin

b) Strafsachen

30. §§ 63, 78, 89 RWObD. Die Gebühr nach §§ 63, 64 umfaßt auch eine auswärtige Beweisaufnahme außerhalb der Hauptverhandlung. Abwesenheitsgelder nur für Werttage.

Das Abwesenheitsgeld stellt eine Entschädigung für den in der Zeit der Geschäftsreise entstandenen Verdienstausfall dar. Ein solcher kann grundsätzlich nur für Werkstage angenommen werden. Daß er an einem Sonntage eingetreten wäre, ist auch dann nicht dargetan, wenn der Kl. zum Zwecke gleichmäßiger Ausnutzung seiner Arbeitskraft an dem Sonntage einen Teil seiner Berufsgeschäfte erledigt hätte.

Auf die Wahrnehmung des Beweisaufnahmetermins vor dem beauftragten Richter ist § 89 nicht anwendbar. Diese Wahrnehmung war nur ein Teil der dem Kl. übertragenen Verteidigung einiger Angekl. im Hauptverfahren, also nicht ein besonderes Geschäft, für das eine Gebühr in der RWObD. nicht bestimmt wäre. Die dem Verteidiger nach § 63 für die Hauptverhandlung zustehende Gebühr ist vielmehr eine Pauschalgebühr, die die gesamte Tätigkeit in dem nach dem Eröffnungsbeschl. beginnenden Hauptverfahren abgibt (Beschl. des RG. v. 12. Okt. 1933, 2 W 958/33).

(RG., 2. StrSen., Beschl. v. 21. Juli 1934, 2 W 457/34.)

Ber. v. OGN. Körner, Berlin.

*

Karlsruhe

31. §§ 305, 233 StPD. Keine Beschwerde des Angell. gegen den seinen Antrag auf Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung ablehnenden Beschluß.

Nach § 305 StPD. unterliegen Entsch. des erk. Ger., die der Urteilsverkündung vorausgehen, nicht der Beschwerde. Gemeint sind solche Entsch., die mit dem nachfolgenden Ur. in innerem Zusammenhang stehen und lediglich seiner Vorbereitung dienen. Dazu gehört auch die Entbindung gem. § 233 StPD. (vgl. hier auch § 2 Abs. 1 Wd. des RPräs. v. 14. Juni 1932). Wenn man noch weitergehen und mit dem Mot. das Entscheidende darin sehen will, daß der Beschluß durch Rechtsmittel gegen das Ur. müßte nachgeprüft werden können, so ist — soweit überhaupt möglich — auch diesem Erfordernis genügt. Denn war die Anwesenheit des Angell. — etwa wegen § 265 StPD. — notwendig, so wäre das Ur. mit den allg. Rechtsmitteln aus diesem Grunde nicht minder anfechtbar (vgl. RG.: JW. 1928, 3011 — siehe auch JW. 1929, 2990 — im Gegensatz zu BayObLG. in dessen Straff. 1913, 493).

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 24. Mai 1934, S O L 97/34.)

Ber. v. OGN. i. R. Dr. Wolff-Billiger, Freiburg i. Br.

Landgerichte

Zivilsachen

Altona

1. § 1 LohnbeschlG. v. 21. Juni 1869; LohnpfändungsWd. v. 25. Juni 1919; § 850 Ziff. 1 ZPD. Ein bei der Krankenkasse zugelassener Dentist kann sich wegen seiner Forderungen aus Kassenhonorar nicht auf die Schutzbestimmungen des Lohnpfändungsrechts berufen. Begriffliche Grenzziehung zwischen abhängigem und unabhängigem Dienstvertrag. †)

Schuldner ist als Dentist bei der Krankenkasse zugelassen. Seine Privatpraxis ist gering, seine Erwerbstätigkeit wird haupt-

sächlich durch Kassenpatienten in Anspruch genommen. Ihm ist die aus Kassenhonorar erwachsene Forderung an den Reichsverband der Dentisten vom Gläubiger gepfändet worden. Demgegenüber beruft er sich auf die Schutzbestimmungen des Lohnpfändungsrechts. Zu Unrecht:

Unter dem Arbeits- und Dienstverhältnis i. S. des LohnbeschlG. ist im Gegensatz zu Seuffert, ZPD., 8. Aufl., Anm. a zu § 850 und zu zwei vom Schuldner vorgelegten Ur. des AG. Hamburg und des AG. Wiesbaden v. 12. Sept. und v. 1. Dez. 1933 nur ein solches Verhältnis zu verstehen, das ein gewisses Maß von Abhängigkeit, sei es persönlicher, sei es wirtschaftlicher, sei es beiderlei Art des Dienstverpflichteten vom Dienstberechtigten zeigt (vgl. RG. 91, 160; OLG. Karlsruhe: OLG. 37, 184; OLG. Dresden: JW. 1933, 2075; Stein-Jonas, Anm. II, 1 b zu Anh. § 850 ZPD., S. 755; Schdow-Busch-Kranz, Anm. a zu § 850; Baumach, Anm. 2 zu § 850; Foerster-Kann, Anm. aa zu § 850; vgl. auch die vom Schuldner selbst herangezogenen Entsch. des LG. Ravensburg und des AG. Neufölln v. 14. März und v. 23. März 1934, sowie den Aufsatz von Lang: DentistWochenchr. 1934, 361 ff.). Diese Auffassung entspricht auch der Abspr. des BeschW., wie sie erst kürzlich in 7 T 59/34 unter Ablehnung der entgegenstehenden Ansicht des LG. Hanau Ausdruck gefunden hat.

Nun ist nicht zu verkennen, daß das Verhältnis, in dem der Schuldner zur Kasse steht, ein erhebliches Maß von Abhängigkeit bedingt. Mit Recht weist Lang a. a. O. hin auf die vielerlei Bindungen, die, abgesehen von dem öffentlich-rechtlichen Zulassungssatz auf Grund der ZulassungsWd. v. 27. Juli 1933 (RGBl. I, 541), in den privatrechtlichen Zulassungsverträgen enthalten sind. Der Schuldner muß den Kassenpatienten zur Verfügung stehen, Umfang und Ort seiner Tätigkeit werden ihm vorgeschrieben, er wird überwacht usw. Trotz dieser unverkennbaren Bindungen kann aber das Verhältnis des Schuldners zur Kasse nicht als ein „abhängiges Arbeitsverhältnis“ gewertet werden, sondern ist aufzufassen als ein „unabhängiges Arbeitsverhältnis“.

Zwar bringen beide Arten von Arbeits- bzw. Dienstverhältnissen eine gewisse Abhängigkeit mit sich. Doch steht beim unabhängigen Dienstverhältnis der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten als Unternehmer gegenüber, seine Abhängigkeit ist geringer als beim sog. abhängigen Dienstverhältnis, das die Persönlichkeit des Dienstverpflichteten in stärkerem Maße erfasst und eine gesteigerte Leitungsbefugnis des Arbeitgebers festsetzt. Die begriffliche Scheidung zwischen diesen beiden Arten von Arbeits- und Dienstverhältnissen ist keine scharfe. Entscheidend für die Grenzziehung ist die Verkehrsauffassung (vgl. Staudinger, BGB., Vorbem. zu § 611, VII, II, 2; VII, II, 6; VII, II, 3, S. 687 und 689 und 688). Die Verkehrsauffassung aber steht in dem Architekten, in dem RA., in dem Arzt, in dem Zahnarzt, in dem Dentisten, die ein Dienstverhältnis eingehen, keine Arbeitnehmer, sondern Unternehmer, es sei denn, daß sie „angestellt“ werden, betrachtet also das Dienstverhältnis als ein unabhängiges im obigen Sinne (vgl. Staudinger a. a. O., S. 687, Anm. 2 u. 3, ferner S. 688, Anm. II, 3). Von einer „Anstellung“, wie sie z. B. beim Anstaltsarzt oder beim Schiffsarzt vorliegt, kann beim Schuldner nicht gesprochen werden, der von der Krankenkasse nicht „angestellt“, sondern lediglich „zugelassen“ ist. Deshalb fällt der Schuldner nicht unter den Begriff des abhängigen Arbeitnehmers. Nur für letzteren gelten aber die Schutzbestimmungen des Lohnpfändungsrechts (vgl. Staudinger a. a. O., Anm. 8 zu § 611, S. 791, sowie die dort aufgeführten Nachweise). Demnach kann die Pfändung der Honorarforderungen, die dem Schuldner aus der Behandlung von Kassenpatienten erwachsen sind, vom Schuldner auf Grund des LohnbeschlG. nicht beanstandet werden.

(LG. Altona, 7. ZR., Beschl. v. 5. Juni 1934, 7 T 691/34.)

Ber. von OGN. Schumacher, Altona.

*

Zu 1. Die Begr., die das LG. seinem Ur. beigibt, spricht m. E. so klar gegen die Richtigkeit seiner eigenen Entsch., daß weitere Erörterungen sich erübrigen. Das (angeblich unabhängige) Dienstverhältnis wird mit dem Werkvertragsverhältnis vermengt, wenn der Dienstverpflichtete als „Unternehmer“ bezeichnet wird. Trotz bloßer „Zulassung“ ist der Kassendentist wie der Kassenzahnarzt so stark an die Krankenkasse gebunden, daß von Unabhängigkeit in keinem Sinne die Rede sein kann. Ueberdies stimmt es gar nicht, daß der Dentist „von der Krankenkasse“, lediglich „zugelassen“ sei. Die „Verkehrsauffassung“, auf die das Gericht sich beruft, sieht sich den Dentisten nicht genau genug an; sonst müßte sie nach den verschiedenen Verkehrsbeziehungen unterscheiden, in denen „der“ Dentist usw. auftreten kann.

Prof. Dr. L u h R i c h t e r, Leipzig.

2. § 66 ZPO. Der Rechtskonsulent, der dem Kläger für dessen Unfallprozeß ein Gutachten erstattet hat, kann nicht aus diesem Grunde seine Zulassung als Nebenintervenient beanspruchen. †)

Nach § 66 ZPO. kann derjenige, der ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei objektiv, dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten. Der Beschw. dessen gesetzlicher Ausschluß als Proz. Bev. des Kl. vom Gericht nach § 157 ZPO. ausgesprochen war, trägt vor, er habe am Obieger des Kl. deshalb ein Interesse, weil er ihn durch sein Gutachten zum Prozeß veranlaßt und bei Verlust des Prozesses einen Regreß zu erwarten habe, ferner weil die Kosten seines Gutachtens im Prozeß befangen seien. Das OLG. hat den Antrag mit Recht zurückgewiesen. Richtig ist, daß nach der Rspr. das nach § 66 ZPO. erforderliche rechtliche Interesse dann als vorliegend erachtet wird, wenn ein Rückgriff von einer Partei zu befürchten ist. Das gilt aber nicht unbedingt. Der nach Angabe des Beschw. bereits angeordnete Regreß könnte nur dann zum Erfolge führen, wenn mit der Abweisung des Kl. festgestellt würde, daß das Gutachten schuldhaft falsch erstattet sei. Mit der letzten Frage hat aber der Prozeß hier überhaupt nichts zu tun; entschieden wird nur, ob das Gutachten — nach Ansicht des Gerichts — objektiv richtig ist oder nicht. Der Anspruch des Kl. gegen den Beschw. aus dem nach § 676 BGB. zu beurteilenden Vertragsverhältnis wird danach in dem entscheidenden Punkte nicht berührt. Dann fehlt es aber auch für den Beschw. an dem vom Gesetz vorausgesetzten rechtlichen Interesse am Obiegen des Kl. Hinsichtlich der Kosten des Gutachtens

Zu 2. Das Ergebnis der Entsch. ist zu billigen, wenn auch ihrer Begründung nicht zugestimmt werden kann. Das rechtliche Interesse des Beschw. ist gegeben, ihm muß daran liegen, sein Gutachten als richtig festgestellt zu sehen, die Verschuldensfrage kommt dabei nicht in Betracht. Wird das Gutachten als zutreffend anerkannt, so hat er von vornherein jeden Anspruch gegen sich ausgeschaltet.

An dieser Rechtslage würde kein Zweifel bestehen, wenn der Kl. dem Rechtsbeistand den Streit verkündet hätte. Dieser wäre dann, abgesehen von den noch zu erörternden Umständen zugelassen worden.

Nach dem Tatbestand ist aber offenbar eine Umgehung des § 157 ZPO. beabsichtigt. Der Rechtsbeistand ist als Proz. Bev. des Kl. aufgetreten und vom Gericht zurückgewiesen worden. Er hat darauf den Ausweg gewählt, als Nebenintervenient sich am Verfahren zu beteiligen, um dabei zugleich die Rechte des Kl. wahrzunehmen. Dieser hat vermutlich überhaupt keinen Anspruch gegen ihn, so daß auch das rechtliche Interesse nicht vorhanden ist. In jedem Fall kann er sich nicht auf § 66 ZPO. berufen, das Gericht hat den Eintritt mit Recht nicht gestattet, es hätte ihn ebenso ablehnen müssen, wenn eine Streitverkündung vorgelegen hätte.

Wäre nicht ein ausgeschlossener Rechtsbeistand, sondern ein RA. oder eine Person beteiligt, gegen die die Bedenken des § 157 ZPO. nicht gegeben sind, so hätte, vorausgesetzt, daß ein Rückgriffsanspruch, wie er behauptet wird, vorgelegen hätte, sie zugelassen werden müssen.

RA. Dr. Sawitzky, Forst (Laufitz).

Zu 3. Die Entsch. ist richtig.

Die Frage, ob Beschlüsse gem. § 766 ZPO. der materiellen Rechtskraft fähig sind, ist bestritten. Baumbach (§ 766 Anm. 4 c), der 27. Sen. des RG. (ZW. 1930, 3862), bejahen die Frage. Förster-Kann (§ 766 Anm. 4), RG., 8. ZivSen. (OLGRspr. 22, 361), OLG. Kassel (Rspr. 18, 412), OLG. Karlsruhe (Rspr. 37, 180), OLG. Jena: ZW. 1930, 568, verneinen sie. Die Stellungnahme Stein-Jonas ist nicht eindeutig; offenbar neigt er jedoch dazu, die materielle Rechtskraft der Beschlüsse nach § 766 ZPO. anzuerkennen (§ 329 II a. E.).

Unstreitig und unzweifelhaft ist, daß Beschlüsse gem. § 766 ZPO. formell rechtskräftig werden. Das folgt eindeutig aus § 793 ZPO., da sie hiernach nur innerhalb der Rechtskraft des § 577 ZPO. angefochten werden können. Bezüglich der materiellen Rechtskraft solcher Beschlüsse besteht jedoch keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, da § 329 ZPO., der verschiedene Vorschriften über Urteile auch auf Beschlüsse anwendbar erklärt, den für die materielle Rechtskraft maßgeblichen § 322 ZPO. nicht anführt. Hieraus kann allerdings nicht der Schluß gezogen werden, daß alle in § 329 ZPO. nicht ausdrücklich für anwendbar erklärten Vorschriften auf Beschlüsse überhaupt keine Anwendung finden können, so daß alle Beschlüsse der materiellen Rechtskraft unfähig wären. Vielmehr sind sich Rspr. und Rechtslehre darüber einig, daß der § 329 ZPO. keine erschöpfende Aufzählung der für Beschlüsse anwendbaren Vorschriften über Urteile enthält. Das ergibt sich ganz klar schon daraus, daß in § 329 ZPO. auch die Vorschrift des § 319 ZPO. über Berichtigung von Urteilen nicht erwähnt ist, obgleich diese Vorschrift ihrem Wesen nach unzweifelhaft auch auf Beschlüsse Anwendung finden muß. Hieraus folgert man mit Recht, daß auch der § 322 ZPO., der die materielle Rechtskraft von Urteilen regelt, grundsätzlich auch auf Be-

schlüsse Anwendung finden kann, soweit der Beschluß eine der Rechtskraft fähige Entscheidung enthält (so ist herrschende Lehre insbesondere Baumbach § 329 Anm. 2; Stein-Jonas § 329 II a. E.).

3. § 766 ZPO. Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts erlangen materielle Rechtskraft. †)

Schuldner hat unter Berufung auf § 811 Ziff. 1 ZPO. gemäß § 766 ebenda Erinnerung gegen eine Zwangsvollstreckung erhoben. Die Erinnerung ist vom VollstrGer. mit der Begründung zurückgewiesen, daß der Tatbestand des § 811 Ziff. 1 a. a. D. nicht gegeben sei. Die spätere nochmalige Einlegung einer auf denselben Sachverhalt gestützten Erinnerung ist unzulässig. Denn auch Beschlüsse, die gemäß § 766 ZPO. ergehen, sind der materiellen Rechtskraft fähig (vgl. Baumbach, Anm. 4 c zu § 766 ZPO.; RG.: ZW. 1930, 3862; OLG. Hamburg: HansRGZ. 1933, 419). Es würde einen Mißbrauch der Staatsgewalt darstellen, wenn Schuldner denselben Streitstoff, der bereits vom Gericht rechtskräftig entschieden ist, einer erneuten Prüfung unterbreiten wollte. Auch würde hierdurch eine unerwünschte Verzögerung der Zwangsvollstreckung herbeigeführt werden und, da die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen gegeben ist, eine Rechtsunsicherheit plagreifen.

(OLG. Altona, 7. ZR., Beschl. v. 25. Mai 1934, 7 T 416/34.)

Ver. von OGN. Schumacher, Altona.

Für die Frage, ob Beschlüsse gem. § 766 ZPO. der materiellen Rechtskraft fähig sind, ist daher entscheidend, ob diese Beschlüsse eine der Rechtskraft fähige Entsch. enthalten. Das verneint nun das RG. in der oben zitierten Entsch. (Rspr. 22, 361), mit der Begründung, daß nur solche Beschlüsse der materiellen Rechtskraft fähig seien, die über Ansprüche entscheiden und daher in Wahrheit die Bedeutung von Ur. haben. Die Entsch. nach § 766 ZPO. betreffen jedoch keine im bürgerlichen Recht begründete Ansprüche, sondern Anträge und Erinnerungen hinsichtlich der Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Diesen Standpunkt vertritt unter Berufung auf die Motive zur ZPO. (zu § 701) das OLG. Kassel in der Entsch. Rspr. 18, 412.

Für die Frage, ob Beschlüsse gem. § 766 ZPO. der materiellen Rechtskraft fähig sind, ist daher entscheidend, ob diese Beschlüsse eine der Rechtskraft fähige Entsch. enthalten. Das verneint nun das RG. in der oben zitierten Entsch. (Rspr. 22, 361), mit der Begründung, daß nur solche Beschlüsse der materiellen Rechtskraft fähig seien, die über Ansprüche entscheiden und daher in Wahrheit die Bedeutung von Ur. haben. Die Entsch. nach § 766 ZPO. betreffen jedoch keine im bürgerlichen Recht begründete Ansprüche, sondern Anträge und Erinnerungen hinsichtlich der Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Diesen Standpunkt vertritt unter Berufung auf die Motive zur ZPO. (zu § 701) das OLG. Kassel in der Entsch. Rspr. 18, 412.

Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschließen, bin vielmehr der Meinung, daß die Beschlüsse nach § 766 ZPO. eine der materiellen Rechtskraft fähige Entsch. enthalten. Es kann dahingestellt bleiben, ob durch einen Beschluß gem. § 766 ZPO. über einen Anspruch entschieden wird oder nicht. Jedenfalls ist nicht anzuerkennen, daß nur solche Beschlüsse und Ur. der materiellen Rechtskraft fähig sein sollen, die über materiell-rechtlich begründete Ansprüche oder überhaupt über Ansprüche entscheiden. Das Gegenteil ist der Fall, denn sonst könnten Urteile, die lediglich über prozessuale Voraussetzungen, wie die Zuständigkeit des Gerichts, die Zulässigkeit des Rechtsweges, entscheiden oder sogar prozessuale Gestaltungsakten überhaupt nicht materiell rechtskräftig werden. Daß dieses nicht richtig sein kann, zeigen mit aller Deutlichkeit die prozessualen Gestaltungsakten wie z. B. die Ehecheidungsklage, die Entmündigungsklage usw. Bei derartigen Klagen liegt ein materiell-rechtlicher Anspruch überhaupt nicht vor. Dennoch sind diese Urteile unzweifelhaft der materiellen Rechtskraft fähig. Hiermit erweist sich die Argumentation der oben zit. Entsch. des RG. und des OLG. Kassel als unrichtig. Maßgeblich für die Frage, ob ein Beschluß der materiellen Rechtskraft fähig ist, muß vielmehr sein, ob dieser Beschluß eine Entscheidung im eigentlichen Sinne darstellt, d. h. ob die Rechtsfolgen eines dem Gericht zur Entsch. unterbreiteten konkreteren Tatbestandes ausgesprochen werden (vgl. insoweit meine Ausführungen in ZW. 1934, 1197, Anm. zu 3). Daher sind der materiellen Rechtskraft nicht fähig Beschlüsse, die lediglich prozessuale Verfügungen oder ähnliche Akte zum Gegenstand haben. Der Beschluß gem. § 766 ZPO. ist jedoch eine Entsch. im eigentlichen Sinne und seinem Inhalte nach daher auch fähig, materiell rechtskräftig zu werden. Daß dem so ist, folgt insbes. daraus, daß die Möglichkeit besteht, daß auf Grund desselben Sachverhalts der Schuldner die Wahl hat, gegen den Gläubiger im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. oder der Klage nach § 771 ZPO. vorzugehen (vgl. RG. 55, 208; 63, 373; 69, 93 = ZW. 1908, 518; RG.: ZW. 1930, 3862). Es ist nun nicht einzusehen, warum dieselbe Entsch. einen anderen Charakter haben soll, je nachdem sie durch Urteil oder durch Beschluß gefällt wird, so daß bei grundsätzlicher Anerkennung der Möglichkeit, daß Beschlüsse materiell rechtskräftig werden, die vom Gericht durch Ur. gem. § 771 ZPO. getroffene Entsch. rechtskräftig wird, während die durch Beschluß gem. § 766 ZPO. getroffene Entsch. nicht materiell rechtskräftig werden könnte.

RA. A. Herriger, Düsseldorf.

Berlin

4. § 13 Abs. 1 DevBD. v. 23. Mai 1932; § 8 der 4. Durchf. BD. zur DevBD. v. 9. Mai 1933; § 917 ZPD. Der Erlaß des dinglichen Arrestes in das inländische Vermögen eines debienrechtlichen Ausländers zugunsten eines anderen debienrechtlichen Ausländers ist ohne Devisengenehmigung unzulässig. †)

Die Antragstellerin wohnt in Zagreb (Jugoslawien) und ist die Ehefrau des Antragsegners, der in New-York (Verein. Staaten) wohnt. Sowohl die Antragstellerin wie der Antragsgegner sind nach § 2 Abs. 6 DevBD. v. 23. Mai 1932 Ausländer i. S. dieser BD. Die Antragstellerin hat als Sicherheit ihres Anspruchs auf Unterhaltszahlung aus dem rechtskräftigen Urte. des AG. Berlin v. 26. Nov. 1926 den Erlaß des dinglichen Arrestes gegen den Antragsgegner mit dem Inhalt beantragt, daß auf den in Berlin belegenen Grundstücken des Antragsegners eine Sicherungshypothek in Höhe von je 20 000 RM eingetragen wird. Gem. § 13 Abs. 1 DevBD. v. 23. Mai 1932 und § 8 der 4. Durchf. BD. v. 9. Mai 1933 ist hierfür die Genehmigung der zuständigen Devisenstelle erforderlich. Der Umstand, daß sowohl die Antragstellerin wie der Antragsgegner im debienrechtlichen Sinne Ausländer sind, beseitigt dieses Erfordernis nicht, da die Sicherungshypothek innerhalb des Deutschen Reiches bestellt werden soll. Der Zweck der debienrechtlichen Gesetzgebung, keine Forderungen innerhalb des Deutschen Reiches zugunsten eines Ausländers ohne Devisengenehmigung entstehen zu lassen, verlangt, daß die Best. des § 13 Abs. 1 DevBD. v. 23. Mai 1932 i. Verb. m. § 8 der 4. Durchf. BD. v. 9. Mai 1933 in ihrem vollen Wortlaut ohne Einschränkung auch im vorl. Fall Anwendung finden. Der Arrestantrag ohne Devisengenehmigung ist daher abzulehnen.

(LG. Berlin, Beschl. v. 3. Juli 1934, 241 T 9613/34.)

Ver. von Ref. Dr. Helmut Brandt, Berlin.

*

Zu 4. Der vorstehende Beschl. steht im Gegensatz zu der bisher im Schrifttum vertretenen Ansicht, daß Rechtsbeziehungen zwischen debienrechtlichen Ausländern vom deutschen Devisenrecht nicht betroffen werden (vgl. Lion-Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht, 1932, § 13 DevBD. Ziff. 7 S. 438; Wilhelm Thiele: JW. 1932, 2237). Mit Recht hat das LG. Berlin mit dieser durch § 13 Abs. 1 DevBD. unbegründeten Ansicht gebrochen und sich auf den Standpunkt gestellt, daß das deutsche Devisenrecht auch zwischen debienrechtlichen Ausländern Anwendung zu finden hat, wenn die zwischen debienrechtlichen Ausländern entstandenen Rechtsverpflichtungen innerhalb des deutschen Reichsgebietes erfüllt werden sollen.

Ref. Dr. Helmut Brandt, Berlin.

Zu 5. Ich halte die Entsch. und ihre Begründung nicht für richtig.

1. Das LG. sagt am Schluß, wenn der GVollz. nach Beendigung der Zwangsvollstreckung die Herausgabe verweigere, so handle er, wie sich aus den Gründen seines Verhaltens erkennen lasse, nicht mehr als Beamter und kraft seines Amtes, sondern nur noch als Privatperson. Nimmt man an, dem Eigentümer der gepfändeten Sachen sei durch die rechtswidrige Zurückhaltung ein besonderer Schaden entstanden, dann würde er doch diesen Schaden gem. § 839 BGB. und Art. 131 Verf. vom Staat ersetzt verlangen können. Wenigstens scheint mir das nicht zweifelhaft. Denn indem der GVollz. die Herausgabe der Sachen von der Zahlung von Kosten abhängig machte, wandte er gerade die ihm als Organ des Staates gebührende Befugnisse falsch an, erfüllte also eben dadurch den Tatbestand der Amtspflichtverletzung gem. § 839 BGB. Die Unterscheidung zwischen Handeln als Beamter und als Privatperson ist m. E. hier nicht brauchbar. Die Sache liegt ebenso, wie wenn eine Polizeibehörde sich weigert, einen beschlagnahmten Gegenstand herauszugeben, obwohl die Beschlagnahme im Rechtsmittelzuge für unzulässig erklärt worden ist. Niemand wird sagen, jetzt könne der Betroffene den sich weigernden Beamten auf Herausgabe verklagen. Es bleibt ihm vielmehr nur der Weg der Dienstaufsichtsbeschwerde und notfalls die Schadensersatzklage gegen den Staat. Ebenso liegt die Sache m. E. hier. Der GVollz. weigert sich, einer Entsch. des AG. nachzukommen. Er handelt dabei nicht als Privatperson, sondern erfüllt eine ihm obliegende Amtspflicht nicht. Das ist genau der Tatbestand des § 839 BGB.

2. M. E. ist auch die Zwangsvollstreckung im vorliegenden Falle noch nicht beendet gewesen. Der GVollz. hat zwar die Sache von der Pfändung freigegeben, jedoch ihre Aushändigung von der Zahlung von Lagerkosten abhängig gemacht, d. h. doch, er hat seine Tätigkeit als GVollz. noch nicht beendet. Solange der GVollz. die gepfändeten Sachen noch im Besitz hat, sie also dem Schuldner oder dem sonst Berechtigten vorenthält, kann man nicht sagen, daß die Zwangsvollstreckung beendet sei. Das LG. setzt sich hier auch mit sich selbst in Widerspruch. Denn eine Erinnerung aus § 766 ZPD. ist nur solange möglich, als das Zwangsvollstreckungsver-

Böhum

5. § 985 BGB.; § 766 ZPD. Die Eigentumsklage ist unzulässig, wenn sie sich gegen die Beseitigung des Vollstreckungsaktes richtet, insbe. solange die Zwangsvollstreckung andauert. Ist die Zwangsvollstreckung beendet, der Gerichtsvollzieher angewiesen, die gepfändeten Sachen herauszugeben, so braucht dieser Herausgabeanspruch nicht im Wege der Erinnerung (§ 766 ZPD.) geltend gemacht zu werden, sondern kann mit der Eigentumsklage aus § 985 BGB. verfolgt werden. †)

(LG. Böhum, 5. R., Urte. v. 18. April 1934, 5 S 133/34.)

Abgedr.: JW. 1934, 1931*.

*

Hamburg

6. §§ 900 ff. ZPD.

I. Der Antrag auf Leistung des Offenbarungseides kann wirksam auf einen Teilbetrag des der Zwangsvollstreckung zugrunde liegenden Urteils beschränkt werden.

II. Das wegen des Teilbetrags schwebende Verfahren wird durch Zahlung dieses Teilbetrags beendet. Nach dieser Zahlung ist eine Fortsetzung des bisherigen Verfahrens durch Erhöhung nicht zulässig. †)

Die erste Frage ist bestritten. Die Gerichte haben in zahlreichen Entsch. zu ihr Stellung genommen. Allerdings handelte es sich dort stets nur um die Feststellung des der Kostenberechnung zugrunde zu legenden Streitwertes. Sie hängt aber gerade davon ab, ob die Beschränkung auf einen Teilbetrag überhaupt zulässig ist. In den JW. 1931, 1114 zitierten zahlreichen OEntsch. wird die Beschränkung auf einen Teilbetrag für zulässig gehalten. Ebenso in neuerer Zeit vom RG.: JW. 1930, 194, vom OLG. Rostock: JW. 1931, 1932, sowie vom OLG. Stuttgart: JW. 1930, 1114. Im Schrifttum wird die Zulässigkeit der Beschränkung des Antrags von Stein-Jonas § 900 III 1; Falkmann, Zwangsvollstreckung, S. 973 und JW. 1931, 1114 bejaht. Den gegenteiligen Standpunkt haben eingenommen das OLG. II Berlin: JW. 1929, 886; OLG. Königsberg: JW. 1931, 1114; OLG. Jena: JW. 1933, 2224; Baumbach § 900 Anm. 2; Foerster-Kann § 900 Anm. 3; Seuffert-Walshmann § 900/901 Anm. 5 sowie die JW. 1931, 1114 zitierten.

Das Beschl. schließt sich mit dem AG. der die Zulässigkeit behandelnden Ansicht an. Nur diese Meinung wird den berechtigten Interessen der Gläubiger gerecht, denen die Aufwendung der bei hohen Forderungen beträchtlich steigenden Gerichtskosten des Offenbarungseidverfahrens nicht zumuten ist, wenn der Schuldner voraussichtlich nur noch geringe Vermögenswerte hat (vgl. hierzu

fahren noch andauert. Das war aber hier der Fall, so daß die Erinnerung mit Recht für zulässig gehalten worden ist. Jedoch kommt es darauf noch nicht einmal entscheidend an. Denn wie unter 1 ausgeführt, kann der GVollz. nicht durch eine privatrechtliche Klage zur Erfüllung seiner Amtspflicht angehalten werden.

3. Die vom OLG. zitierten Entsch. des RG., die die Zulässigkeit einer privatrechtlichen Klage gegen den GVollz. für gewisse Fälle ausgesprochen haben, stammen aus einer Zeit, als man die Stellung des GVollz. als eines Staatsorgans noch nicht so in allen Folgerungen erkannt hatte wie seither. Die Entsch. JW. 1899, 160 hat zudem keineswegs die Zulässigkeit einer Klage gegen einen GVollz. auf Herausgabe eines Schuldtitels ausgesprochen, sondern nur — übrigens n. E. zu unrecht — gesagt, daß eine zulässige Erinnerung aus § 766 ZPD. nicht vorgelegen habe. Die noch ältere Entsch. RG. 20, 388 verneinte für eine Klage auf Herausgabe eines Schuldtitels die Zulässigkeit der Rev. ohne Rücksicht auf den Streitwert, weil es sich nicht um eine Klage gegen einen Beamten auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung gehandelt habe.

4. Es besteht endlich auch kein praktisches Bedürfnis, eine Klage wie die vorliegende zuzulassen. Der GVollz. untersteht der Dienstaufsicht des AG. Ich möchte den GVollz. sehen, der nicht im Aufsichtsweg dazu angehalten werden könnte, eine rechtskräftige gerichtliche Entsch. zu beachten. Tatsächlich hat doch auch im vorliegenden Falle der GVollz., nachdem der Eigentümer den Dienstaufsichtsweg beschritten hatte, die Entsch. des Erinnerungsverfahrens befolgt. Das LG. müßte konsequenter Weise stets dann, wenn ein GVollz. aus Gründen, die sich aus seinem eigenen Vorteil herleiten, sich weigert, eine gerichtliche Entsch. zu befolgen, eine privatrechtliche Klage gegen ihn zulassen. Daß das nicht richtig sein kann, bedarf keiner weiteren Ausführung.

RA. Dr. Bartels, Böhum.

Zu 6. Das OLG. Hamburg hat sich auf die weitere Beschl. des Gläubigers der Entsch. des LG. angeschlossen. — OLG. Hamburg, 4. Zivilsen., Beschl. v. 12. Juli 1934, Bs Z IV 118/34.

D. E.

die Ausführungen JW. 1931, 1114). Die Gläubiger müssen die Möglichkeit haben, auch wegen eines geringeren Betrages zum Offenbarungseid laden zu lassen. Es gibt auch keine gesetzlichen Vorschr., die diesen praktischen Bedürfnissen entgegenstehen. Regelmäßig kann vielmehr der Gläubiger jedes Verfahren (z. B. die Klage und den Antrag auf Vornahme der Mobilitätszwangsvollstreckung) auf einen Teil seiner Forderung beschränken. Es besteht kein Anlaß, bei dem Antrage auf Leistung des Offenbarungseides von dieser Regel abzuweichen. Die Gegner schließen die Unzulässigkeit der Beschränkung auf einen Teilbetrag aus der begrifflichen Unmöglichkeit, das Ergebnis der Eidesleistung auf einen Teilbetrag zu beschränken. Vielmehr erhalte der Gläubiger mit der Leistung des Offenbarungseides stets dasselbe, nämlich die Kenntnis, der dem Schuldner noch gehörenden Vermögenswerte, gleichgültig, wie hoch der Betrag ist, wegen dessen der Eid geleistet wird. Regelmäßig sei es auch die wahre Absicht des Gläubigers, nach Erlangung der Kenntnis die Vollstreckung wegen der ganzen Forderung in das offen gelegte Vermögen zu betreiben (vgl. DW. Jena: JW. 1933, 2224).

Dieser Einwand schlägt jedoch nicht durch.

Daß der Gläubiger die Kenntnis von den noch vorhandenen Vermögenswerten des Schuldners zugunsten weiterer Forderungen verwerten kann, läßt sich auch in anderen Fällen nicht vermeiden, z. B. dann nicht, wenn der Gläubiger noch weitere Titel gegen den Schuldner besitzt. Im übrigen kann die Beschränkung auf einen Teilbetrag für den Gläubiger auch insofern zweckmäßig sein, als er zwar weiß, daß der Schuldner große Vermögenswerte nicht mehr besitzt, aber erwartet, daß er doch zur Abwendung des Offenbarungseides einen geringen Betrag zahlen wird. Nach Ansicht des UG. Berlin: JW. 1929, 886 soll es zwar nicht zulässig sein, daß der Gläubiger das Offenbarungseidverfahren als Druckmittel zur Herbeiführung von Teilzahlungen benutzt. Es mag richtig sein, daß der Gesetzgeber das Offenbarungseidverfahren nicht zu diesem Zwecke geschaffen hat, sondern lediglich um den Gläubigern die Möglichkeit zu geben, sich die Kenntnis sämtlicher noch vorhandenen Vermögenswerte zu beschaffen. Tatsache ist jedenfalls, daß das Offenbarungseidverfahren vom Gläubiger als Druckmittel zur Erlangung von Teilzahlungen verwendet wird. Es gibt keine gesetzliche Vorschr. oder sonstigen Rechtsatz, nach dem das unzulässig ist. Endlich kann die behauptete Unzulässigkeit der Beschränkung bei einem Teilbetrag auch nicht damit begründet werden, daß die Gläubiger dann in Zukunft auch bei hohen Forderungen im Interesse der Kostenersparnis stets nur wegen eines geringen Teilbetrages den Antrag stellen würden, was dem Interesse des Fiskus zuwiderlaufe. Die Beschränkung auf einen Teilbetrag bringt auch Nachteile mit sich; gerade der vorl. Fall zeigt das, wie die folgenden Ausführungen ergeben werden. Die Nachteile werden den Gläubigern, die noch wesentliche Vermögenswerte bei dem Schuldner vermuten, abhalten, den Antrag lediglich wegen eines geringen Teilbetrages zu stellen.

Dagegen kann dem UG. nicht gefolgt werden, wenn es davon ausgeht, daß durch die Zahlung eines Teilbetrages seitens des Beschw. das Verfahren als solches noch nicht beendet war. Das Gegenteil ist richtig. Rpr. und Schrifttum haben sich allerdings bisher zu der Frage, wann und wodurch das Offenbarungseidverfahren beendet wird, wenig geäußert. Nur das DW. Dresden: JW. 1932, 3197 hat es einmal ausdrücklich ausgesprochen, daß das Offenbarungseidverfahren durch die Zahlung des Betrages wegen dessen das Verfahren betrieben wird, beendet wird. Dem ist beizutreten. Das Offenbarungseidverfahren macht auch in diesem Punkte keine Ausnahme vom dem übrigen Zwangsvollstreckungsverfahren, die ebenfalls regelmäßig mit der Zahlung beendet werden. Demgemäß weisen denn auch die oben zitierten Entsch., die für die Zulässigkeit der Beschränkung auf einen Teilbetrag eintreten, fast alle darauf hin (ebenso Falkmann S. 973), daß der Schuldner bei der Beschränkung auf einen Teilbetrag die Möglichkeit habe, das Verfahren jederzeit durch die Zahlung des Teilbetrages zu Ende zu bringen. Auch DW. Jena: JW. 1933, 2224 und UG. II Berlin: JW. 1929, 886, die die Zulässigkeit der Beschränkung grundsätzlich verneinen, geben zu, daß der Schuldner diese Möglichkeit habe, wenn man die Beschränkung für zulässig halte. Zu Unrecht verlangt das UG. zur Beendigung die Herbeiführung eines Beschlusses über die Einstellung des Verfahrens gem. § 775 ZPO. evtl. auch §§ 767, 769 ZPO. Die §§ 775, 776 sowie 767, 769 ZPO. betreffen lediglich das Verfahren, das das Gericht einzuschlagen hat, wenn der Gläubiger trotz erfolgter Befriedigung seitens des Schuldners das Verfahren fortsetzt. Das Verfahren ist dann „einzustellen“. Diese Vorschr. ändern jedoch nichts daran, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren durch die Zahlung des Schuldners bereits beendet ist. Regelmäßig bedarf es zur Beendigung nicht erst eines Gerichtsbeschlusses.

Über die Einwendung des Beschw., daß er seit dem 2. Febr. 1933 nicht mehr gesetzlicher Vertreter der Schuldnerin sei, ist daher hinsichtlich des Erhöhungsbetrages noch nicht rechtskräftig entschieden. Sie ist erneut zu prüfen, da in Wahrheit ein neues Offen-

barungseidverfahren vorliegt. Der Beschw. hat aber die Niederlegung durch die Vorlegung der notariell beglaubigten Abschrift des Sitzungsprotokolls v. 7. Febr. 1933 nachgewiesen. Die Niederlegung des Antes ist auch beachtlich, da sie vor Zustellung der neuen Ladung zur Leistung des Offenbarungseides (RG.: JW. 1932, 3196), auch vor Stellung des neuen Antrages — auf diesen Zeitpunkt soll es nach der Entsch. des RG.: JW. 1929, 2164 ankommen — erfolgt ist.

(UG. Hamburg, Beschl. v. 27. März 1934, Z Bs IX 2135/33.)

Eingef. v. RA. Dr. Erich Rappeser, Hamburg.

Berlin

Amtsgerichte

I. Die Kostenbestimmung des § 21 BGD. v. 26. Mai 1933 bezieht sich entsprechend den in Abs. 1 aufgeführten §§ 5, 7, 9a und 9b nur auf das Zwangsversteigerungsverfahren. Wenn daher in Abs. 2 des § 21 gefaßt ist, daß eine Erstattung der durch das Verfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten nicht stattfindet, so gilt diese Ausnahmebestimmung entsprechend Abs. 1 nur für das Zwangsversteigerungsverfahren, aber nicht für das sonstige Vollstreckungsschutzverfahren. +)

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß insbes., soweit der RA. des Gläubigers entsprechend dem § 76 RWGEBD. Erstattung seiner Auslagen, insbes. Porto und Telefonauslagen verlangt, er sich diese Kosten festsetzen lassen kann und daß ihm in diesem Falle auch die Kostenfestsetzungsgebühr des § 23 Biff. 4 RWGEBD. mit 1 RM zufließt. Dementsprechend sagt Jonas in Anm. 2 zu § 21 BGD. v. 8. Dez. 1931 (Zwangsvollstreckung S. 96), daß die in dem Einstellungsverfahren entstehenden Auslagen in jedem Falle dem Schuldner treffen, selbst wenn er mit seinem Antrage durchdringt, weil es sich für ihn nur um eine Vergünstigung, nicht um ein Unterliegen des Gläubigers handelt.

Sehr zweifelhaft ist dagegen, ob dem RA. des Gläubigers eine besondere Gebühr für das Vollstreckungsschutzverfahren zuzubilligen ist. Nach allgemeiner Auffassung (vgl. 9. Bk. UG. Berlin v. 24. Jan. 1934 f. o.; Schulke-Seifert, Vollstreckungsschutz § 18 Anm. 47, 65, 24, S. 197, 211, 588; Baumbach, JuFaz 2 vor § 704 ZPO., Vollstreckung; Jonas, Zwangsvollstreckung, 7. Aufl., § 18 Anm. 1 und 6, § 19 Anm. 4) stellt sich die Regelung des Vollstreckungsschutzes sachlich als eine Erweiterung des Pfändungsschutzes des § 811 ZPO. dar. Der Antrag auf Vollstreckungsschutz steht sach-

Zu 1. Die Entsch. des UG. Berlin befaßt sich mit einer durch die Einführung des Vollstreckungsschutzverfahrens für die Anwaltschaft außerordentlich bedeutsam gewordenen gebührenrechtlichen Frage, die darin zu präzisieren ist: bildet das Vollstreckungsschutzverfahren i. S. der Anwaltsgebühren eine besondere Instanz?

Zutreffend geht das UG. von § 31 RWGEBD. aus, wonach in der Zwangsvollstreckung jede Vollstreckungsmaßnahme zusammen mit den durch dieselbe vorbereiteten weiteren Vollstreckungshandlungen bis zu der durch die Maßregel zu erlangenden Befriedigung des Gläubigers eine Instanz bildet. Es ist nun in der Tat zutreffend, daß Einwendungen des Schuldners aus § 766 ZPO. für den Anwalt des Gläubigers keine neue Instanz und deshalb für die Tätigkeit in diesem Verfahren keine weiteren Gebühren begründen (zu vgl. Baumbach, 1933, B zu § 31 RWGEBD.). Man wird auch des weiteren in prozessualer Hinsicht annehmen dürfen, daß sich der Vollstreckungsschutz als eine Erweiterung des Pfändungsschutzes darstellt und daß deshalb der Antrag auf Vollstreckungsschutz einer Erinnerung nach § 766 ZPO. gleichzubehandeln ist.

Damit ist aber für unsere Frage durchaus noch nichts gewonnen. Gewiß ließe sich daraus in schlüssiger erscheinender Weise die Ansicht begründen, daß i. S. des § 31 RWGEBD. das Vollstreckungsschutzverfahren keine besondere Instanz bildet, sondern gebührenrechtlich noch zur Durchführung des einmal geleiteten Verfahrens gehört. Ich halte jedoch diese Begründung in Wahrheit nicht für zwingend und durchaus nicht für schlüssig. Denn der Antrag des Schuldners auf Vollstreckungsschutz leitet ein regelrechtes Gegenverfahren — vielleicht am ehesten vergleichbar einer Vollstreckungsgegenklage — ein, um die Wirkungen einer an sich ordnungsmäßigen und zulässigen Zwangsvollstreckung aufzuheben. Erst mit der Gewährung des Vollstreckungsschutzes wird diese an sich zulässige Vollstreckung undurchführbar (vgl. hierzu Schulke-Seifert, Vollstreckungsschutz, Anm. 34 zu § 18). Darin liegt aber m. E. gerade der grundlegende — und für die zur Entsch. stehende Frage ausschlaggebende — Unterschied zu dem gewöhnlichen Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. Denn dieses will die einmal begonnene Vollstreckung inhibieren, weil der Gläubiger eine unzulässige Maßnahme ergriffen hat. Will er sie gleichwohl zu Ende führen, so muß er zunächst den Einwand der Unzulässigkeit ausräumen lassen. Die Entsch. über diese Erinnerung hängt somit begrifflich

lich einer die Unzulässigkeit der Pfändung geltend machenden Erinnerung nach § 766 ZPO. gleich. Es mag ohne weiteres zugegeben werden, daß in zahlreichen Fällen das Vollstreckungsschutzverfahren außergewöhnliche Müheveraltungen erfordert. Dies ist insbes. der Fall, wenn größere Geschäftsbetriebe den Schutz des § 18 bei Mobilvollstreckung oder ein Hauseigentümer den Schutz des § 19 bei Mietpfändungen für sich in Anspruch nehmen, und hierbei in dem Verfahren zahlreiche Schriftsätze gewechselt werden, es ferner zu Beweisaufnahmen, Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen und zu mündlichen Verhandlungen kommt, was in den gewöhnlichen Fällen der Einwendungen aus § 766, 811 ZPO. selten der Fall ist. Die sorgfältige, eingehende Bearbeitung des Vollstreckungsschutzverfahrens ist insbes. deshalb nach der neuen VO. v. 22. März 1934 notwendig, weil dem richterlichen Ermessen ein großer Spielraum gewährt ist und im Gegensatz zu früher, die Entsch. des VollstrGer. unanfechtbar geworden sind. Daß unter Umständen von der Gewähr des Vollstreckungsschutzes und der Aufsehung der Ratenzahlungen die wirtschaftliche Existenz eines Geschäftsmannes oder Hauseigentümers abhängig sein kann, bedarf keiner weiteren Ausführung. Auch im vorliegenden Fall hat der RL. des Gläubigers drei Schriftsätze zu den Akten eingereicht, bevor der Beschluß des VollstrGer. erging. Die Zubilligung der Gebühren ist jedoch nach den gesetzlichen Best. von der mehr oder weniger umfangreichen Tätigkeit des RL. unabhängig. Entscheidend ist vorliegend die Best. des § 31 RWGebD. Danach bildet in der Zwangsvollstreckung eine jede Vollstreckungsmaßregel zusammen mit den durch dieselbe vorbereiteten weiteren Vollstreckungshandlungen bis zu der durch die Maßregel zu erlangenden Befriedigung des Gläubigers eine Instanz.

Bei der vorliegend in Rede stehenden Mobilvollstreckung durch den Vollstr., endet daher diese Einheit der Instanz erst mit der Befriedigung des Gläubigers infolge der Auszahlung des Versteigerungserlöses oder der anderweitigen Beendigung der Zwangsvollstreckung. Hieraus folgt, daß der RL. des Gläubigers für das

aufs engste mit der im Gange befindlichen Vollstreckungsmaßnahme zusammen. So rechtfertigt sich, gebührenrechtlich gem. § 31 RWGebD. dieses Verfahren, obwohl es vom Schuldner beschritten worden ist, dem im Gange befindlichen Vollstreckungsverfahren zuzurechnen, mag es selbst im einzelnen Fall eine Ausdehnung gewinnen, die Abgeltung der darin entwickelten Tätigkeit des Anwalts des Gläubigers durch die sonstigen Vollstreckungsgebühren durchaus unzureichend und ungerecht erscheinen läßt.

Die Rechtslage dürfte aber bei dem Vollstreckungsschutzverfahren durchaus nicht die gleiche sein. Hier wird ein besonderer Antrag des Schuldners an das Gericht gestellt, durch besondere Entsch. die — gesetzlich vorgeordnete — Vergünstigung der Aufhebung eines an sich völlig legalen Verfahrens auszusprechen. Dieses Verfahren spielt sich zwar auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung ab, hat jedoch keine mit der Durchführung der begonnenen einzelnen Maßregel innerlich verbundene Maßnahme zum Gegenstand. Andere Gründe können dem Gläubiger entgegengehalten werden. Eine gebührenrechtliche Zusammenziehung ist deshalb hier innerlich nicht berechtigt.

Mir ist nicht bekannt, ob etwa unter dem von mir angeregten Gesichtspunkte schon einzelne Gerichte entschieden haben. Ich halte ihn aber für schlüssig und rechtlich um so mehr vertretbar, als wir es hier mit der Einführung einer ganz neuen Maßnahme zu tun haben. Dieses der ZPO. bisher fremde Verfahren erfordert naturgemäß für die Anwendung der bisherigen Gebührenvorschriften größte Vorsicht, soll nicht das eintreten, was in der Praxis eben bereits allgemein zu geschehen scheint: nämlich die Unterstellung einer Tätigkeit unter Gebühren, die nach den geltenden Kostengesetzen diese neue Tätigkeit nicht ohne weiteres mit abgelten sollen, für die vielmehr mindestens zunächst von einer selbständigen weiteren Gebühr auszugehen ist.

In Wahrheit ist es denn auch nur diese Erwägung, die das AG. anstellt, wenn es von der besonderen Bedeutung und der besonderen Müheveraltung spricht, die im Vollstreckungsschutzverfahren zu berücksichtigen seien. Es ist in der Tat wohl den Anwälten kaum noch zumutbar, daß sie außer den in der ZPO. vorgesehenen Einwendungen nun auch noch dieses neue, besondere Vollstreckungsschutzverfahren ohne besondere Abgeltung ihres Mehraufwandes an Mühe und Verantwortung führen sollen. Welche Bedeutung diesem Schutzverfahren zukommt, ist in einer grundlegenden Entsch. der Vollstr.Beschw. des LG. Berlin v. 20. Juli 1933 (ZB. 1933, 1965) eingehend dargelegt, wo es heißt, der für den Schuldner äußerst wichtige, häufig sogar die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz bedingende Vollstreckungsschutz bedeute auch auf der anderen Seite für den Gläubiger eine einschneidende Beschränkung seiner Rechte, und daß bei dieser Tragweite der zu treffenden Entsch. eine weitgehende Anführung gerade des Gegners, also des Gläubigers geboten ist, nicht nur zu den Behauptungen des Schuldners, sondern unter Umständen wiederholt, vor allem auch zu dem Ergebnis der anzustellenden Ermittlungen, und daß sogar Aufklärungstermine unter Zu-

Vollstreckungsschutzverfahren wie für eine Vertretung in sonstigen Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. keine besondere Gebühr verlangen kann und daher vorliegend die mit 6 RM berechnete Gebühr vom dem Rechtspfleger mit Recht abgesetzt worden ist. Dieser Standpunkt ist für den Fall der Erinnerung des § 766 ZPO. allgemein anerkannt (vgl. Rittmann-Wenz § 31 Anm. 1; Wielenbücher § 31 Anm. 1; Sydow-Busch-Krieg § 31 Anm. 2; Baumbach, RPOstG., § 31 Anm. 2 A und B; Walter-Joachim-Friedlaender § 31 Anm. 9; LG. Mannheim: WadRpr. 1907, 6; vgl. auch RG.: Gruch. 42, 1163).

(AG. Berlin, Beschl. v. 31. Mai 1934, 309 M 928/34.)

Eingef. von LGDir. Dr. Seife, Berlin.

*

§ 850 ZPO.; § 1 LohnbeschG. Der Anspruch eines Dentisten gegenüber dem Reichsverband Deutscher Dentisten e. V. Abrechnungsabteilung aus Verrechnungen von Bezügen, Aufwandskosten, Honorar usw. für die dem Reichsverband angeschlossenen Krankenkassen ist unbeschränkt pfändbar. †

Durch den angefochtenen Beschluß ist auf Antrag des Gläubigers wegen seiner vollstreckbaren Forderung die angebliche Forderung des Schuldners an den Reichsverband Deutscher Dentisten e. V., Landesstelle Groß-Berlin, Abrechnungsabteilung, aus Verrechnung von Bezügen, Aufwandskosten, Honorar usw. für sämtliche dem Reichsverband Deutscher Dentisten e. V. angeschlossenen Krankenkassen unbeschränkt gepfändet. Hiergegen hat der Schuldner Erinnerung eingelegt und den Schutz des LohnbeschG. für sich beansprucht. Er macht geltend, seine Bezüge seien in der Hauptsache Entschädigungen für seine Bemühungen als Dentist. Es seien bei weitem die meisten Einkünfte aus seiner Behandlung von Krankenkassenmitgliedern, andere Kunden habe er nur noch wenig. Er beantragt demgemäß, den Beschluß dahin abzuändern,

ziehung beider Parteien zweckmäßig sein werden (dazu zu vgl. auch Schulze-Seifert, Vollstreckungsschutz, Anm. 3 zu § 18). Gewiß ist der Umfang der Müheveraltung des Anwalts nach der Struktur der Gebührenordnung kein Maßstab für die Zubilligung der Gebühren. Wohl aber kann die Tatsache, daß ein mit besonderer Müheveraltung verbundenes, vom Gesetz neu eingeführtes Verfahren von erheblicher Tragweite eingeleitet wird, im Zweifelsfalle als Maßstab dafür dienen, daß eine Abgeltung auch dieses neuen Verfahrens durch Einbeziehung in dieselbe Instanz i. S. der Gebührenvorschriften nicht dem gesetzgeberischen Willen entspricht.

Man könnte mir entgegenhalten, daß derartige Erwägungen ja an sich durchaus beachtlich, aber doch angesichts des Wortlauts des § 31 RWGebD. in der Praxis nur erst nach Gesetzesänderung durchführbar seien. So hilflos ist indes zum Glück die Mpr. nicht. Bei der Frage, ob ein vom Gesetz neu eingeführtes Verfahren unter bestimmte bereits bestehende Vorschriften zu subsumieren ist, wird vielmehr das praktisch erstrebenswerte Ziel als die richtige Lösung dann anerkannt werden dürfen und müssen, wenn es rechtlich vertretbar, praktisch durchführbar und im Ergebnis billig erscheint.

Es handelt sich hier also um nichts anderes als die Frage der Auslegung des § 31 RWGebD. i. S. einer Ausdehnung auf erst später neu eingeführte Verfahren, wobei § 31 nicht dazu zwingt, diese Verfahren mit in die Instanz einzubeziehen.

Noch ein Hinweis vom Standpunkt der Partei aus sei gestattet: dem Gläubiger ist mit einer einschränkenden Auslegung durchaus nicht gedient. Denn diese führt schließlich dazu, daß der Anwalt, um sich nicht trotz Mehrarbeit und Mehrverantwortung der Gefahr praktisch unentgeltlicher Tätigkeit auszusetzen, die Übernahme von Vollstreckungsaufträgen ablehnt, und zwar gerade in den kompliziert liegenden Fällen, wo die Partei seiner Hilfe am meisten bedarf.

Es ist also kein Gesichtspunkt ersichtlich, dem Anwalt des Gläubigers für den Fall, daß der Schuldner ein Vollstreckungsschutzverfahren in die Wege leitet, nicht für die Vertretung in diesem Verfahren eine Gebühr außer der durch den Vollstreckungsauftrag bereits verdienten Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RWGebD. zuzubilligen.

Sinnfölich der Erstattungsfähigkeit dieser Gebühr wie der sonstigen Kosten des Anwalts ist obiger Entsch. beizupflichten. Das AG. hätte also dem Anwalt nicht nur die Auslagen, sondern auch noch eine Vollstreckungsgebühr festsetzen müssen.

RGK. Dr. Gaedeke, Berlin.

Zu 2. Die Entsch. dürfte der Sachlage kaum ganz entsprechen. Zwar sind einige tatbestandliche Punkte aus ihr nicht voll ersichtlich. Immerhin kann darauf hingewiesen werden, daß der — nach der VO. v. 27. Juli 1933 zugelassene — Zahntechniker in ein Dienstverhältnis zur Krankenkasse tritt, daß es nach § 1 LohnbeschG. auf den besonderen Charakter, zumal die „Abhängigkeit“, dieses Dienst- oder Arbeitsverhältnisses nicht ankommt, wenn

daß nur $\frac{2}{3}$ des monatlich 165 *R.M.* übersteigenden Bruttobetragtes gepfändet werden können.

Die Erinnerung des Schuldners ist nicht begründet.

Allerdings stellen sich auf seinen Standpunkt: der Aufsatz des Dr. Lang über die Pfändung von Krankenkassenhonoren in der *Dtsch. dentist. Wochenschr.* 54. Jhrg. Nr. 16 S. 361 und die verschiedenen dort aufgeführten Beschlüsse des *LG. Wiesbaden* v. 1. Dez. 1933, *LG. Neustolln* v. 23. März 1934 und des *LG. Ravensberg* v. 14. März 1934, ferner nach der dortigen Angabe auch der *Beschl. des LG. Hanau* v. 18. Jan. 1933, 2 T IV 523/32. Die Begr. dieser Beschlüsse, soweit sie dort abgedruckt ist, ist jedoch wenig eingehend und überzeugend. Sicherlich kann ein Kassenarzt, Zahnarzt oder Dentist von einer Kasse gegen bestimmte Bezüge angestellt werden und genießt dann für seine Bezüge, wenn das geschlossene Arbeits- oder Dienstverhältnis seine Erwerbstätigkeit vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, gem. § 850 Ziff. 1 *ZPO.* und § 1 *LohnbeschlG.* die Vorteile der Pfändungsbeschränkungen (vgl. *RG.* 91, 159; *Baumbach*, *Anhang zu § 850 ZPO.* Anm. 2, 7. Aufl. S. 1250; *Sydow-Busch-Kranz*, 20. Aufl., S. 1074). Um einen derartigen Angestellten handelt es sich jedoch vorliegend bei dem Schuldner nicht. Nach der Auskunft des Drittschuldners v. 8. Mai 1934 ist der Schuldner kein Angestellter des Reichsverbandes Deutscher Dentisten, sondern lediglich dessen Mitglied. Er ist weder zur Sozialversicherung angemeldet, noch wird Lohnsteuer für ihn bezahlt. Er ist daher nicht den gewöhnlichen Krankenkassenangestellten zu vergleichen, deren Rechtsstellung nach der *Entsch. des NArbG.* v. 9. Juli 1932 (161/32 bei *BenschSamml.* 16, 357) auf einem bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrag beruht, sofern sie nicht nach Länderrecht staatliche oder gemeindliche Beamte sind. Maßgebend ist für den Begriff des Angestellten als Arbeitnehmer die Art seiner Tätigkeit (*NArbG.*: *BenschSamml.* 7, 108). Die Arbeitnehmereigenschaft ist immer dann vorhanden, wenn ein persönlich oder wirtschaftlich von dem Arbeitgeber abhängiger Dienstverpflichteter innerhalb des Rahmens eines privatrechtlichen Dienstvertrages nach dessen Best. eine unselbständige Tätigkeit für den Dienstherrn auszuüben hat (*NArbG.*: *BenschSamml.* 4, 143; 7, 299; 9, 510; *GenRegistrier* § 1 Ziff. 1 S. 17). Diese unselbständige Tätigkeit fehlt jedoch nach allgemeiner Verkehrsauffassung bei den Ärzten, Zahnärzten oder Dentisten, selbst wenn sie in der Hauptsache nur Kassenmitglieder behandeln. Fehlt es demgemäß vorliegend entsprechend der Auskunft des Drittschuldners in erster Linie an einem Arbeits- oder Dienstverhältnis des Schuldners zum Reichsverband, so entfällt damit schon der Schutz des *LohnbeschlG.* für den Schuldner und ergibt sich daraus die Zurückweisung seiner Erinnerung.

Im übrigen hat auch die Beschwerdekammer, die 9. *RA.* des *LG. Berlin*, in dem grundlegenden *Beschl.* v. 14. April 1934, 209 T 5277/34 in 304 M 6403/33 die Anwendung des Pfändungsvorrechts auf die Forderungen von Dentisten gegen die *MDKrankk.* der Stadt Berlin verneint. Wie sie näher ausführt, beruht der Anspruch des Dentisten auf Auszahlung auf einem bestimmten Rechtsverhältnis, nämlich dem Einzeldienstvertrage über die Behandlung von Kassenmitgliedern in freier Praxis (vgl. § 1 der *VO.* v. 27. Juli 1933 [*RGBl.* I, 541]). Aus diesem Schuldverhältnis erwachsen die Vergütungsansprüche des Kassenzahnarztes, deren Umfang sich nach der Zahl der behandelten Kassenmitglieder und der Art der Behandlung richtet. Es sei anders als beim *RA.* als Armenanwalt bzgl. der Auszahlung von Armenanwaltsgebühren, weil das Rechtsverhältnis des Kassenarztes zur Krankenkasse bereits durch Vertrag begründet sei.

Das Pfändungsvorrecht des § 850 Ziff. 8 *ZPO.* („Ärzte an öffentlichen Anstalten“) stehe den Krankenkassen-Zahnärzten nicht an, wie der Wortlaut, Sinn und die Entstehungsgeschichte dieser Vorschr. ergäbe (vgl. *RG.* 91, 161; *Warn.* 1914 Nr. 348).

Auch § 850 Ziff. 1 *ZPO.* i. Verb. m. dem *LohnbeschlG.* v. 21. Juni 1869 sei nicht anwendbar. Es fehle an einem Arbeits- oder Dienstverhältnis, das die Erwerbstätigkeit des Vergütungs-

nur durch es die Erwerbstätigkeit des Dentisten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, daß eine solche Inanspruchnahme des Dentisten durch seine Kassenpraxis sehr wohl denkbar ist, daß diese soziale Lage durch die Zusammenfassung der Vergütungsansprüche (was das Nebeneinander von „Bezügen, Aufwandskosten, Honorar usw.“ im angeführten Beschlusse bedeuten soll, bleibt dunkel) bei dem öffentlich-rechtlich gestützten Reichsverband Deutscher Dentisten schärfer hervortritt und daß keine Bedenken bestehen, den gleichen Pfändungsschutz, der der Vergütungsforderung des Dentisten gegen die einzelne Krankenkasse anhaften würde, auch der an ihre Stelle tretenden Abrechnungsforderung gegen den Reichsverband einzuräumen. Für die gute Zensur, die in dem Schlußsatz der *Entsch.* dem Gesetzgeber ausgestellt wird, dürfte dieser dem Gericht herzlich dankbar sein.

Prof. Dr. L u g R i c h t e r, Leipzig.

berechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nähme. Hierzu gehöre das begriffliche Merkmal, daß ein gewisses Maß von Abhängigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten zum Dienstherrn bestehe. Ein solches sei beim Kassenarzt und Kassenzahnarzt nicht anzunehmen (*NArbG.* 91, 160; *OLG. Karlsruhe:* *Rpr.* 37, 183—185; *JW.* 1933, 2662⁹; *OLG. Dresden:* *JW.* 1933, 2975¹⁴; *OLG. Stuttgart:* *JW.* 1934, 375). Hieran ändere auch nichts die *VO.* über die Zulassung von Zahnärzten und Zahntechnikern zur Tätigkeit bei den Krankenkassen v. 27. Juli 1933 [*RGBl.* I, 541]). Zwar ständen diese Personen im Dienst der Krankenkasse; sie hätten einen Einzeldienstvertrag (nicht Kollektivvertrag) über die Behandlung von Kassenmitgliedern in freier Praxis (Gegensatz Einzeldienstvertrag des festangestellten Zahnarztes und Zahntechnikers zur Behandlung in kasseneigener Behandlungsanstalt) abgeschlossen; aber dieses Dienstverhältnis sei nicht so gestaltet, daß der Kassenzahnarzt oder Zahntechniker als persönlich abhängiger Arbeitnehmer i. S. des *LohnbeschlG.* und als Arbeitnehmer i. S. des Arbeitsrechts angesehen würde. Das Erfordernis der persönlichen Abhängigkeit sei von dem *LG. Hanau* in seinem *Beschl.* v. 18. Jan. 1933 (f. oben) (abgedruckt auch in der *Berliner Arztekorrespond.* v. 29. April 1933 S. 142) nicht genügend beachtet worden (vgl. hierzu auch *L u g - R i c h t e r:* *JW.* 1934, 375).

Die beschließende Abteilung schließt sich diesen Ausführungen ihrer Beschwerdekammer an. Soweit die unbeschränkte Pfändbarkeit der Bezüge des Zahntechnikers zu unbilligen Ergebnissen führt, was offenbar auch der Gläubiger zugibt, da er aus Billigkeitsgründen einen Vollstreckungsschutz mit 50—60 *R.M.* monatlich für den Schuldner als angemessen hält, ist vorliegend hierüber nicht zu entscheiden. Diese Frage ist Sache des Gesetzgebers, der gerade in neuerer Zeit durch die Vollstreckungsschutz*VO.* v. 26. Mai 1933 und 22. März 1934 (*RGBl.* I, 307 bzw. 231) in armenemstwerteter Weise zugunsten des Schuldners Stellung genommen hat.

(*LG. Berlin*, Abt. 309, *Beschl.* v. 16. Mai 1934, 309 M 1619/34.)

Ber. von *OGDir.* Dr. *Seije*, Berlin.

Contra

3. § 91 *ZPO.* Die Gebühren eines Prozeßagenten können mit Rücksicht auf dessen besondere Eigenschaften (gute Rechtskenntnisse, gutes Verhandlungsgeschick, früherer Amtsgerichtssekretär) auf $\frac{3}{4}$ der Rechtsanwaltsgebühren festgesetzt werden. †)

Prozeßagent X. hat sich $\frac{3}{4}$ der Rechtsanwaltsgebühren berechnet. Die Erinnerung des Gegners meint, daß ihm nach den für Prozeßagenten üblichen Sätzen nur $\frac{1}{2}$ der Anwaltsgebühren zuzubilligen sei. Das Gericht kann mit Rücksicht auf die besondere Eigenart des Prozeßagenten X. der Ansicht der Erinnerung nicht

Zu 3. Bei der Beurteilung der Frage der Erstattung der Vergütung der Prozeßagenten ist von den Grundätzen auszugehen, die in *JW.* 1934, 1871 Anm. 1 enthalten sind. Es handelt sich um einen zugelassenen Rechtsbeistand, dessen Vergütung demnach erstattungsfähig ist. Der Rechtsgrundsatz, den der *Beschl.* aufstellt, die Gebühren mit Rücksicht auf die Eigenschaften des Prozeßagenten zu bemessen, ist abzulehnen.

Die Vergütung der Rechtsbeistände wurde bisher von den Gerichten in verschiedener Höhe zugewilligt. In der Regel sind Anweisungen und Richtlinien der *OLGPräs.* maßgebend gewesen, die die Gerichte ihren *Entsch.* zugrunde gelegt haben. Fast stets ist die Hälfte der Rechtsanwaltsgebühren zugesprochen worden, insoweit diese pflegen diese Sätze auch von den Prozeßagenten selbst berechnet zu werden. In den letzten Jahren sind die Gerichte teilweise dazu übergegangen, bei kleineren Streitgegenständen höhere Sätze zu gewähren aus der Erkenntnis heraus, daß die Unkosten durch die Vergütung nicht gedeckt werden. Eine verschiedene Bemessung je nach der Leistungsfähigkeit des einzelnen Rechtsbeistandes hat aber nicht stattgefunden. Etwas anderes ist es, wenn man überhaupt von jedem Vergleich mit den Rechtsanwaltsgebühren abgesehen hat und als Maßstab der Berechnung die tatsächlich geleistete Arbeit gewürdigt hat.

Die Bemessung der Vergütung darf nur nach allgemeinen Richtlinien erfolgen, es würde außerordentliche Schwierigkeiten mit sich bringen, wenn die Gerichte zwischen den einzelnen Rechtsbeiständen unterscheiden und die Kosten dafür verschieden festsetzen wollten. Eine getrennte Behandlung hat nicht stattzufinden. Die Bedingungen für die Mitgliedschaft beim Reichsbund Deutscher Rechtsbeistände sehen auch eine bestimmte Fachbildung voraus, so daß laienhafte Prozeßagenten, wie der *Beschl.* sich ausdrückt, überhaupt nicht zugelassen werden.

Bei dieser Gelegenheit ist eine andere wichtige Frage der Kostenerstattung der Rechtsbeistände zu erörtern. Nachdem die Mitglieder des Reichsbundes bei den *LG.* zugelassen sind, muß es folgerichtig sein, ihnen dieselben Gebühren wie den *RA.* nicht allein zuzubilligen, sondern ihnen als Pflicht aufzuerlegen, daß sie diese

beitreten. Denn X. ist früher Amtsgerichtssekretär gewesen, er besitzt gute Rechtskenntnisse und gutes Verhandlungsgeschick. Er wird wohl bei allen Amtsgerichten sehr geschätzt. Es erscheint daher gerechtfertigt, ihn in seinen Gebühren besser zu stellen, als die üblichen laienhaften Prozeßagenten.

(U. G. Contra, Beschl. v. 4. Juli 1934, C 140/34.)

Ver. von N. Dr. Oskar Eisenmann, Contra Bez. Kassel.

B. Arbeitsgerichte Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden

1. § 626 BGB.; § 70 HGB. Behördliche, vom Inhaber nicht verschuldete Schließung eines Gewerbebetriebes kann einen wichtigen Grund zu fristloser Entlassung des Personals bilden, auch wenn das Risiko der Geschäftsschließung allein den Inhaber trifft. Für die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ist wesentlich, ob und in welcher Frist der Dienstvertrag sich unter normalen Verhältnissen lösen ließ.

Das BG. erachtet einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung der Kl. nicht für gegeben. Der Grund für die polizeiliche Schließung des Geschäfts am 11. März 1933 habe in der durch die Umstände der Betriebsöffnung begründeten und durch den hartnäckigen Kampf des Einzelhandels gegen die Geschäftserrichtung geförderten Erregung der Bevölkerung gelegen, mithin in Umständen, die, wenn auch nicht entscheidend mit der jüdischen Abstammung des Geschäftsinhabers, so doch jedenfalls allein mit seiner Person zusammenhängen. Sei auch ein Verschulden des Inhabers in bezug auf die Schließung nicht anzunehmen, so treffe doch das mit dem scharfen Widerstand gegen das Unternehmen verbundene Geschäftsrisiko allein den Inhaber. In jedem Falle sei ihm zumutbar gewesen, die vereinbarte Kündigungsfrist, die die kürzeste im Handelsrecht zulässige gewesen sei (§ 67 Abs. 1, 2 HGB.), der Kl. gegenüber einzuhalten.

Die Angriffe der Rev. können, wenn auch im einzelnen teilweise begründet, doch zu keinem abweichenden Ergebnis führen.

Davon, daß an und für sich betrachtet die behördliche, vom Inhaber nicht verschuldete Schließung eines Gewerbebetriebes einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung des Personals bilden kann, geht auch das BG. aus. Es verneint die Zulässigkeit der Entlassung nur wegen der besonderen Umstände der Schließung. Die vom Vorderrichter erörterte Frage, wen das Betriebsrisiko bzgl. der Geschäftsschließung traf, ist dabei indes für die Prüfung der Zulässigkeit der sofortigen Kündigung von vornherein nicht entscheidend, wie dies die Vorinstanz anzunehmen scheint. Auch wenn das Risiko allein dem Inhaber oblag, schloß das die Möglichkeit einer fristlosen Entlassung des Personals an sich nicht ohne weiteres aus. Unbedenklich ist auch nicht, daß der Vorderrichter angesichts der im Sommer 1932 gegen die Eröffnung des Geschäfts zutage getretenen, vielseitigen Wider-

berechnen. Sie sind dadurch zwar erheblich besser als die Kl. gestellt, weil ihre Unkosten bei weitem nicht so hoch sind, andererseits darf von ihnen aber nicht eine geringere Vergütung berechnet werden, weil sonst eine Unterbietung gegenüber den Kl. stattfindet, die es diesen unmöglich macht, den Wettbewerb mit ihnen durchzuhalten. Besonders die Betreibungsanfragen, die an sich schon zum größten Teil der Anwaltschaft verlorengegangen sind, werden überhaupt nicht mehr den Kl., sondern nur noch den Prozeßagenten übertragen werden, wenn der Unterschied in der Vergütung bestehen bleibt.

Es ist bemerkenswert, daß der Prozeßagent nicht bei dem Gericht zugelassen ist, bei dem er im vorl. Falle aufgetreten ist, sondern bei einem auswärtigen U. G.; insfolgedessen hat das Gericht auch noch die Reisekostenvergütung in Höhe von $\frac{3}{4}$ der einem Kl. zustehenden Sätze zugewilligt. Die Zulassung eines auswärtigen Prozeßagenten ist an sich schon ungewöhnlich. Die Gewährung von Reisekosten nach Art der dem Kl. zustehenden Sätze ist auf keinen Fall aber angebracht.

Schließlich billigt das Gericht auch noch die Erstattung der Umsatzsteuer zu, was unrichtig ist, da lediglich den Kl. mit ihren feststehenden Gebührensätzen die Abwälzung der Umsatzsteuer gestattet ist. Solange eine derartige Vorschr. für die Vergütung der Prozeßagenten nicht besteht, kann auch nicht die Umsatzsteuer als erstattungsfähig angesehen werden.

Eine alsbaldige einheitliche Regelung dieser verschiedenen Vergütungsfragen der Prozeßagenten ist dringend geboten.

N. Dr. Sawlisky, Forst i. L.

Zu 1. Teilweise abweichend RAG 215/33 v. 25. Okt. 1933: 33. 1934, 55¹.

stände das Risiko für die den Anlaß der Kündigung bildenden Unruhen v. März 1933 ohne weiteres dem Inhaber auflegen will. Hätte der Betrieb, wie das angefochtene Ur. feststellt, nach dem Mißerfolg jener Gegenkündigungen im Jahre 1932 als behördlich genehmigt zu gelten, so hätte der Inhaber keinen Anlaß, bei seiner geschäftlichen Dispositionen auf die Möglichkeit ungerechtfertigter polizeilicher Eingriffe wegen der im Publikum vielfach bestehenden Abneigung gegen Warenhäuser Rücksicht zu nehmen. Die Tatsache, daß das Geschäft noch heute besteht, ergibt zur Genüge, daß weder die Umstände der Eröffnung noch die der Fortführung des Unternehmens auf das Bestehen einer besonderen Betriebsgefahr zwingend hingewiesen. Läßt sich hiernach auch nicht sagen, daß der Inhaber etwa bereits Anfang Jan. 1933 bei der Einstellung der Kl. mit der Möglichkeit neuer Betriebsstörungen habe rechnen müssen, so ist doch die weitere Feststellung des BG. wesentlich, daß er am 11. März 1933 bei der polizeilichen Schließung des Geschäfts nicht von einer langen Dauer dieser Maßnahme habe auszugehen brauchen. Die Bekl. haben selbst behauptet, daß dem Inhaber zunächst am 12. März 1933 polizeilich die Wiedereröffnung des Geschäfts gestattet, am 13. März aber mitgeteilt worden sei, die Schließung werde wahrscheinlich von längerer Dauer sein. Es erscheint danach rechtlich nicht schlüssig, wenn das BG. einen hinreichenden Anlaß für die bereits am 11. März 1933 ausgesprochene Entlassung des Personals nicht für gegeben erachtet. Sie wurde jedenfalls nicht ohne weiteres dadurch zulässig, daß der Inhaber an der Schließung kein unmittelbares Verschulden trug. Gewiß konnte durch die Entwicklung, die die Verhältnisse nachträglich durch die lange Dauer der Schließung genommen haben, die Entlassung gerechtfertigt werden, aber doch nur dann, wenn der Firma die Fortsetzung des Vertrages nicht einmal für die Dauer der Kündigungsfrist hätte zugemutet werden können. So lag aber der Fall nach der ausdrücklichen Feststellung des Vorderrichters gerade nicht, nach der vielmehr unter allen Umständen dem Inhaber anzunehmen war, der Kl. gegenüber die nur bis Ende April 1933 laufende Kündigungsfrist zu wahren. Diese auf § 242 BGB. beruhende Erwägung fällt völlig in den Rahmen der für die Frage des wichtigen Grundes in Betracht zu ziehenden konkreten tatsächlichen Umstände und ist vom rechtlichen Standpunkt aus nicht zu beanstanden. Wenn die Rev. meint, im Falle des § 70 HGB. spiele die Dauer der Kündigungsfrist keine Rolle, so kann dem nicht beigetreten werden. Vielmehr wird für die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung gerade die Frage, ob und in welcher Frist der Dienstvertrag sich unter normalen Verhältnissen lösen ließ, von sehr wesentlicher Bedeutung sein, die allein der Tatrichter nach seinem billigen Ermessen und nach Treu und Glauben zu beurteilen hat. Im vorliegenden Falle war der zeitliche Abstand zwischen der Entlassung und dem Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist so gering und das dem Geschäftsinhaber durch deren Aushaltung erwachsende Geldopfer so bescheiden, daß diese Umstände allerdings bei der Bewertung der Wichtigkeit des Entlassungsgrundes nicht außer Betracht gelassen werden können.

Nach alledem sind die Revisionsangriffe, soweit sie der Rechtfertigung der sofortigen Entlassung dienen, unbegründet. Auch im übrigen kann sie mit ihren Ausführungen keinen Erfolg haben. Davon, daß die Kl. nach ihrer Entlassung den Geschäftsinhaber hätte in Annahmeverzug setzen müssen (§ 615 BGB.), kann keine Rede sein, da die unbegründete Entlassung ihr ohne weiteres den Anspruch auf Weiterzahlung ihrer vertragsmäßigen Vergütung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gibt. Ebenso wenig kommt gegenüber ihrer erst 11 Monate nach der Entlassung erhobenen Klage der Einwand der Verwirkung in Frage, der, von der Kl. für gewisse, hier nicht in Frage kommende Rechtsgebiete anerkannt, kein allgemeines Rechtsinstitut darstellt und gerade zufolge seiner Herleitung aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) nicht dazu dienen darf, die Verjährungsvorschriften zu umgehen.

(N. Arb. G., Ur. v. 27. Juni 1934, RAG 80/34. — Osnabrück.)

*

** 2. § 3 Arb. G.; §§ 32, 147 Nr. 1 Gew. O.; §§ 823 Abs. 2, 31, 89 BGB.

1. Zusammenhang i. S. des § 3 Arb. G. liegt nicht nur bei Klagenhäufung vor, sondern auch dann, wenn aus dem gleichen Tatbestand ein arbeitsrechtlicher und hilfsweise ein nicht arbeitsrechtlicher Anspruch hergeleitet wird.

2. Der Betrieb eines Schauspielunternehmens i. S. der §§ 147 Nr. 1, 32 Gew. O. beginnt nicht erst mit den Aufführungen, sondern schon mit gewissen Vorbereitungsmaßnahmen, insbes. solchen, die mit geldlichen Verpflichtungen verbunden sind (Anwerbung des Theaterpersonals usw.).

3. Die Bestimmung des § 147 Nr. 1 i. Verb. m. § 32 Gew. O. ist Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. Die Stadtgemeinde haftet für den Schaden des Theaterpersonals, wenn der Oberbürgermeister das städtische Theater verpachtet und dem Pächter, bevor die Spielerlaubnis seitens der höheren Verwaltungsbehörde erteilt ist, durch Überlassung

des Theaters den Beginn des Schauspielunternehmens ermöglicht.

Am 22. Sept. 1933 hat die verkl. Stadt dem Theaterdirektor L. ihr Theater auf die Spielzeit v. 1. Okt. 1933 bis 31. März 1937 unter den in der Vertragsurkunde niedergelegten Bedingungen, wie es in § 1 der Urkunde heißt, „verpachtet“. Unmittelbar darauf hat L. seine Tätigkeit im Theater begonnen, ohne eine Erlaubnis nach § 32 GewD. eingeholt zu haben. Er hat am 10. Okt. den Kl. L. als Oberregisseur mit einem monatlichen Gehalt von 250 RM und am 16. Okt. den Kl. R. als Gewandobermeister mit einem monatlichen Gehalt von 200 RM angenommen. Kurz bevor die erste Vorstellung stattfinden sollte, ist ihm die Spielerlaubnis von der Kreisshauptmannschaft verweigert worden. Die Mitteilung davon hat ihm die Bekl. am 24. Okt. unter dem Verbot gemacht, das Theater weiter zu betreten. Der sodann von der Bekl. angestellte Intendant hat die Kl. nicht mit übernommen.

Sie berufen sich darauf, daß sie nach ihren Anstellungsbedingungen frühestens am 15. Jan. 1934 gekündigt werden konnten, und behaupten weiter, daß ihnen durch ihre Anstellung in B. anderswo eine gleichwertige Stellung entgangen sei. Mit der Klage haben sie einen Betrag in Höhe des Gehalts für Nov. und Dez. 1933 gefordert. Sie stützen den Anspruch in erster Linie auf ihren Anstellungsvertrag, den sie, weil L. in Wahrheit nicht Pächter, sondern Intendant des städtischen Theaters gewesen sei, als mit der Bekl. zustande gekommen ansehen. Hilfsweise leiten sie ihn aus dem zwischen L. und der Bekl. geschlossenen Verträge her, den sie insoweit als mit zu ihren Gunsten geschlossen erachten, als dem L. darin städtische Zuschüsse versprochen worden sind. Außerstenfalls stützen sie den Anspruch auf außervertragliches Verschulden des Oberbürgermeisters der Bekl., für das die verklagte Stadt teils aus §§ 31, 89 BGB., teils aus dem Art. 131 Nr. 1 Verf. zu haften habe. Sie werfen dem Oberbürgermeister vor, dem verschuldeten Theaterdirektor L., der das Schauspielunternehmen ohne die erforderliche Spielerlaubnis begonnen, und damit eine strafbare Handlung nach § 147 Nr. 1 GewD. begangen habe, zu dieser durch Überlassung des Theaters und Zahlung von Zuschußbeträgen Beihilfe geleistet zu haben. Der Oberbürgermeister habe damit ein ihren — der Kl. — Schutz bezweckendes Gesetz verletzt (§ 22 Abs. 2 BGB.). Die Kl. sehen aber auch eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung des Oberbürgermeisters darin, daß er als Inhaber der Polizeigewalt den strafbaren Spielbetrieb nicht verhindert habe.

Das ArbG. hat abgewiesen, das BG. hat verurteilt. Die Rev. war erfolglos.

Das BG. hat in Übereinstimmung mit dem ArbG. die auf Vertrag gestützten Klagegründe nicht durchgreifen lassen. Insoweit ist die Bekl. durch das Urf. nicht beschwert und bedarf dieses einer Nachprüfung nur dann, wenn keiner der aus außervertraglichem Verschulden hergeleiteten Klagegründe die Entsch. tragen würde.

Hinsichtlich dieser Klagegründe rügt die Rev. vorweg die Nichtbeachtung der bereits im ersten Rechtszuge erhobenen Einrede der Unzuständigkeit des ArbG. Zu Unrecht vermisst die Rev. für den Klagegrund der unerlaubten Handlung den nach § 3 notwendigen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer anhängigen oder gleichzeitig anhängig gemachten arbeitsrechtlichen Streitigkeit. Der Zusammenhang erfordert nicht notwendig zwei selbständige Ansprüche, die nebeneinander in der Form der Klagenhäufung verfolgt werden, sondern kann nach der Rpr. auch dann vorliegen, wenn für einen an erster Stelle geltend gemachten arbeitsrechtlichen Anspruch hilfsweise ein nicht arbeitsrechtlicher Klagegrund hinzugesetzt wird. Es muß nur der zweite Klagegrund mit dem den ersten bildenden Arbeitsverhältnis in rechtlichen oder unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, und dies ist der Fall, wenn, wie im gegenwärtigen Rechtsstreit, die Klageforderung einmal aus einem mit der Bekl. geschlossenen Arbeitsvertrage und sodann für den Fall, daß das Arbeitsverhältnis nicht mit der Stadt, sondern mit L. bestanden haben sollte, aus einer in bezug auf dieses begangenen unerlaubten Handlung hergeleitet wird.

Sachlich hat das BG. der Klage ohne Rechtsverstoß auf Grund des § 823 Abs. 2 BGB. stattgegeben. Es nimmt an, daß der Direktor L., der Unternehmer des Theaterbetriebs gewesen sei und danach zum Betrieb des Schauspielunternehmens nach § 32 GewD. unzweifelhaft der behördlichen Erlaubnis bedurfte, diese Erlaubnis aber nicht befaß, gegen die Strafbestimmung des § 147 Nr. 1 GewD. verstoßen hat. Die Rev. ist der Auffassung, L. habe den Betrieb seines Schauspielunternehmens noch gar nicht „unternommen“ i. S. des § 147 Nr. 1 GewD., sondern lediglich vorbereitet gehabt. Dabei erkennt sie jedoch die Grenze zwischen dem strafbaren „Unternehmen“ eines gewerblichen Schauspielbetriebs und seiner straflosen Vorbereitung. Der Abschluß des Vertrages v. 22. Sept. 1932 zwischen der Bekl. und L. mag allerdings nur eine vorbereitende Handlung für den Betrieb des Schauspielunternehmens bilden. Andererseits hat jedoch L. sein Schauspielgewerbe nicht erst mit Eröffnung des eigentlichen Spielbetriebes „begonnen“ und damit i. S. von § 147 Nr. 1 GewD. „unternommen“. Wie das BG. feststellt, hat er das Theatergebäude mit allem Zubehör in Besitz genommen, ein zahlreiches künstlerisches

und technisches Personal für den Spielbetrieb verpflichtet, Ausführungsrechte erworben, Ausstattungsgegenstände beschafft, Theaterproben abgehalten und bereits Einladungen zu der angekündigten Eröffnungsvorstellung ergehen lassen. Damit ist unter allen Umständen der Schauspielbetrieb i. S. des § 147 Nr. 1 verb. m. § 32 GewD. begonnen. Nach § 32 Abs. 2 GewD. ist die Spielerlaubnis zu erteilen, wenn der Nachsuchende den Besitz der zum Schauspielunternehmen nötigen Mittel nicht nachzuweisen vermag oder wenn die Behörde auf Grund von Tatsachen die Überzeugung gewinnt, daß er die zu dem beabsichtigten Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit, insbes. in sittlicher, artistischer und finanzieller Hinsicht nicht besitzt. Es soll u. a. besonders verhindert werden, daß Personen ein Schauspielunternehmen beginnen, welche für die Erfüllung der damit notwendig verbundenen gebliebenen Verpflichtungen nicht Gewähr bieten. Solche Verpflichtungen entstehen aber bei einem Schauspielunternehmen in ausgedehntem Maße gerade schon vor Beginn des eigentlichen Spielbetriebes und sind im vorl. Fall von L. mit seiner geschäftlichen Tätigkeit, insbes. durch die Anwerbung des Theaterpersonals, eingegangen worden. Das Gesetz würde seinen Zweck verfehlen, wenn die vorgeschriebene Erlaubnis nicht schon für diese Tätigkeit, sondern erst mit Beginn der Aufführungen erforderlich werden sollte (s. auch Uymann, Die Theaterspielerlaubnis, 2. Aufl., S. 36 oben). Somit hat das BG. zutreffend bejaht, daß L. ein Vergehen gegen § 147 Nr. 1 GewD. begangen hat.

Weiter hat das BG. rechtlich einwandfrei festgestellt, daß der Oberbürgermeister der Bekl. als ihr verfassungsmäßiger Vertreter, für dessen in dieser Eigenschaft begangene unerlaubte Handlungen sie nach den §§ 31, 89 BGB. haftet, sich der strafbaren Beihilfe zu diesem Vergehen nach § 147 StGB. schuldig gemacht hat. Es kann dabei ganz ausbleiben, ob er selbst dem L. schon Zuschüsse für den Theaterbetrieb in Höhe von 4000 RM hat auszahlen lassen oder ob diese Zuschüsse, wie die Bekl. behauptet, ohne sein Wissen durch einen Beamten der Stadtkasse, der für die Regel nicht Organ der Stadt ist, gezahlt worden sind. Er hat jedenfalls nach Feststellung des BG. dem L. das städtische Theater für den Theaterbetrieb zur Verfügung gestellt und ihn dadurch den Beginn des Schauspielunternehmens überhaupt erst ermöglicht. Er hat, wie das ArbG. angenommen hat, die von L. entfaltete Tätigkeit, insbes. den Abschluß von Bühnendienstverträgen, gekannt und gebilligt, hat aber gewußt, daß L. noch keine Spielerlaubnis befaß, ist sogar, wie das BG. ausdrücklich feststellt, von dem Zeugen P., und zwar schon vor Abschluß des Vertrages mit L., gewarnt und auf die Bedenken hingewiesen worden, die wegen der Mittellosigkeit des L. gegen die Erteilung der Spielerlaubnis vorhanden waren. Danach kann kein Zweifel daran bestehen, daß der Oberbürgermeister den zur strafbaren Beihilfe erforderlichen Vorfaß gehabt hat, als er dem L. das Theater zur Verfügung stellte.

Vergehlich greift ferner die Rev. die Auffassung des BG. an, daß die übertretene Strafbestimmung ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. sei. § 147 Nr. 1 i. Verb. m. § 32 GewD. dient nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern, wie die zweimalige Betonung gerade der finanziellen Zuverlässigkeit des Schauspielunternehmers in § 32 beweist, ganz besonders dem Schutze eines bestimmten Personenkreises, nämlich der Gläubiger des Unternehmers, namentlich des Theaterpersonals, das sich nach den Erfahrungen als in hohem Grade schutzbedürftig gezeigt hatte und deshalb in seinen Gehaltsansprüchen gesichert werden sollte (s. auch Stenographische Berichte über die Verh. des Rd. 4. Legislaturperiode, III. Session 1880, S. 919 ff., 1019 ff. und 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, S. 427).

Gemäß hat das BG. mit Recht angenommen, daß die Beihilfe des Oberbürgermeisters für den eingeklagten Schaden ursächlich gewesen sei. Die Kl. würden nach Feststellung des BG. von L. nicht angestellt worden sein, wenn ihm das Theater für den Spielbetrieb vom Oberbürgermeister nicht überlassen worden wäre, und beide Kl. hätten auswärtige Stellen in ihrem Verufe finden können und wären so vor der jetzt infolge der Einstellung des unerlaubten Schauspielunternehmens des L. erlittenen Einbuße mindestens in Höhe der Klagefume bewahrt worden.

(ArbG., Urf. v. 11. Juli 1934, RAG 87/34. — Dresden.)

Mürnberg-Gürtel Landesarbeitsgerichte

I. §§ 56 ff. ArbDG. Formalien des Ründigungs- und Widerrufsverfahrens. Eine Anfrage beim Vertrauensmann, ob gekündigt werden kann, genügt nicht. †)

Nach den Bekundungen des Zeugen A. kam die Kl., nachdem der Zeuge am 2. Mai 1934 als Vertrauensratsmitglied verpflichtet worden war, mit dem Ründigungsschreiben zu ihm und ließ es ihm

Zu 1. Die Ründigungsschutzbestimmungen der §§ 56 ff. ArbDG. sind an die Stelle der Vorschr. über das Ründigungseinspruchsver-

lesen; der Zeuge gab seiner Meinung dahin Ausdruck, daß die Bekl. wegen „Personalumstellung“ schon kündigen könne und erhielt von der Kl. schließlich die Erklärung, er solle die Sache ruhen lassen, er solle nichts machen, mit Herrn B. sei schon zu reden. Daraus ergibt sich, daß kein Einspruch gegen die erfolgte Kündigung vorliegt, sondern lediglich eine Anfrage der Kl., ob ihr wegen Personalumstellung gekündigt werden könne, was der Zeuge mit Recht bejaht hat. Man kann auch nicht sagen, der Zeuge hätte von sich aus selbst näher in die Kl. dringen und fragen sollen, ob sie wegen der Kündigung den Vertrauensrat anrufen wolle; denn die Kl. hat dem Zeugen erklärt, er solle nichts machen, er solle die Sache auf sich beruhen lassen. Danach hat die Kl. unzweifelhaft ihren Willen dargelegt, den Vertrauensrat nicht mit der Angelegenheit zu betrauen, sie wollte, wie es ihr früher schon einmal gelungen war, die Kündigung persönlich durch eine Rücksprache mit dem Inhaber der Bekl. rückgängig machen. Ob eine unbillige Härte in der gegenwärtigen Kündigung liegt, kann ununtersucht bleiben, da die Klage mangels Vorliegens der Prozeßvoraussetzung des § 56 ArbDG. abweisungsreif ist. Wenn auch die überlebten Formen des bisherigen Einspruchsrechtes durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit beseitigt sind, so kann nach § 56 ArbDG. von der Einhaltung der dort vorgesehenen Frist nicht abgesehen werden.

(ArbG. Nürnberg-Fürth, Urt. v. 20. Juli 1934, Nr. 27/34.)

Ber. von RM. Dr. Otto Striшке, Nürnberg.

C. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Reichsfinanzräten Artt., Bodenstein, Ott und Sölich

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

> I. § 10 KorpStG. Bei Prüfung der Angemessenheit der einem Gesellschaftergeschäftsführer gezahlten Bezüge ist auch der Wert einer ihm überlassenen Wohnung zu berücksichtigen. Handelt es sich dabei um eine Villa, die auf Wunsch des Gesellschafters und Geschäftsführers errichtet und mit einem über das Normale hinausgehenden Kostenaufwand besonders vornehm und gut ausgestattet worden ist, dann sind für die Festsetzung des Mietwerts die Grundstücke anzunehmen, die für die Ermittlung des Nutzungswerts eigenbewohnter Villen vom RFH. aufgestellt worden sind (RFH. 28, 275, I A 170/32, REiBl. 1933, 404 und Urt. REiBl. 1933, 133 und 134).

(RFH., I. Sen., Urt. v. 10. Juli 1934, I A 142/32.)

*

fahren nach §§ 84 ff. des aufgehobenen BetrVG. getreten. Die Mitwirkung der Betriebsvertretung ist durch die des Vertrauensrates ersetzt. Während aber früher die Betriebsvertretung entscheidenden Einfluß ausübte insofern, als von ihrer Entschließung die Zulässigkeit der Einspruchsklage abhing, hat der Vertrauensrat lediglich die Aufgabe, die Frage der Weiterbeschäftigung des Gekündigten zu beraten, also eine Art Sühneveruch zu unternehmen. Die Klage auf Widerruf der Kündigung (einzureichen beim ArbG. binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung) ist grundsätzlich nur zulässig, wenn eine Bescheinigung des Vertrauensrats darüber beigebracht wird, daß diese Beratung erfolglos geblieben ist; nur wenn der Gekündigte nachweist, daß er binnen fünf Tagen nach Zugang der Kündigung den Vertrauensrat angerufen, dieser aber die Bescheinigung innerhalb von fünf Tagen nach dem Anruf nicht erteilt hat, kann von der Beibringung der Bescheinigung abgesehen werden (§ 56 Abs. 2 ArbDG.).

Die Einhaltung der beiden Fünftagefristen ist also nicht in allen Fällen Voraussetzung für die Zulässigkeit der Widerrufsklage. Wenn der Gekündigte erst nach Ablauf von fünf Tagen den Vertrauensrat anruft, und wenn der Vertrauensrat dann die Bescheinigung erteilt, so ist die Verfümmung der Frist bedeutungslos. Nur wird es sich für den Gekündigten empfehlen, stets auf Einhaltung der Frist bedacht zu sein; denn wenn die Bescheinigung nicht erteilt wird, und der Gekündigte kann nicht nachweisen, daß er die Frist zur Anrufung eingehalten hat, dann verliert er das Recht zur Widerrufsklage (vgl. Dersich zu § 56 ArbDG. Anm. 10 c).

Das vorliegende Urt. ist demnach im Ergebnis zutreffend. Der entscheidende Grund liegt aber in E. nicht darin, daß die im § 56 Abs. 2 festgesetzte Frist nicht eingehalten worden ist, sondern darin, daß weder ein Anruf des Vertrauensrates noch eine Beratung im Vertrauensrat (die grundsätzlich auch ohne Anruf seitens des Ge-

2. § 14 Abs. 2 GrEwStG. Hat eine DGH. gegenüber einem Hypothengläubiger die Bürgschaft oder Ausbietungs-garantie übernommen, so kann auch jeder Gesellschafter als Meistbieter oder Ersteher auf die Vergünstigungen des § 14 GrEwStG. Anspruch machen. f)

Der Beschw. erwirbt als Meistbieter in der Zwangsversteigerung durch Zuschlagsbeschluss v. 11. Mai 1933 das bisher dem Kaufmann B. gehörende Grundstück K.straße in R. und wurde deshalb nach dem Meistgebot von 14 560 RM zur Grunderwerbsteuer in Höhe von 728 RM (436,80 RM Hauptsteuer und 291,20 RM Zuschlag) herangezogen. Die Zwangsversteigerung war betrieben von der Ehefrau L. B. aus einer für sie auf dem versteigerten Grundstück in Abt. III unter Nr. 21 a des Grundbuchs eingetragenen Hypothek von 10 000 RM, die sie am 11. Mai 1932 durch Teilabtretung erworben hatte. Für diese Hypothek hatte die DGH. K., an der der Beschw. bis zum 9. Aug. 1932 als Gesellschafter beteiligt war, durch Erklärung vom 15. Mai 1929 gegenüber dem damaligen Gläubiger P. eine sogenannte Ausbietungs-garantie übernommen, die in der Verpflichtung bestand, dem Gläubiger, falls er bei der Zwangsversteigerung in das Grundstück einen Ausfall erleiden sollte, diesen Ausfall zu vergüten. Der Beschw. behauptet, daß er wegen seiner persönlichen Mithaftung aus dieser Garantieübernahme im eigenen Namen auf das Grundstück geboten habe, um die Hypothek für sich zu retten, da die DGH. wegen Zahlungsunfähigkeit nicht habe bieten können. Er nimmt deshalb für seinen Grundstückserwerb Steuerfreiheit aus § 14 Abs. 2 GrEwStG. in Anspruch. Diese ist ihm jedoch in beiden Vorentsch. versagt worden. Das FinGer. erkennt zwar an, daß die von der DGH. K. am 15. Mai 1929 übernommene Ausbietungs-garantie einer Bürgschaft i. S. des § 14 Abs. 2 GrEwStG. gleichzustellen sei, hält aber gleichwohl diese Vorschr. im vorl. Falle um deswillen nicht für anwendbar, weil nicht die DGH., sondern der Beschw. persönlich das Grundstück erstanden habe, so daß es an der erforderlichen Nämlichkeit zwischen Bürgen und Ersteher fehle.

Der RBeschw. war stattzugeben.

Allerdings muß, ebenso wie die Steuerbegünstigung aus § 14 Abs. 1 von der Nämlichkeit zwischen Realgläubiger und Ersteher (Meistbieter) abhängig ist, auch für die Anwendung des § 14 Abs. 2 die Nämlichkeit zwischen Bürgen (Garanten) und Ersteher (Meistbieter) verlangt werden. Das FinGer. befindet sich jedoch im Rechtsirrtum, wenn es diese Nämlichkeit unter Hinweis auf das Urt. des RFH. II A 372/32 v. 20. Sept. 1932 für den vorl. Fall verneint. Nach § 128 GHB. haften die Gesellschafter einer DGH. für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft dem Gläubiger als Gesamtschuldner persönlich. Diese Vorschr. bezieht sich auf Verbindlichkeiten jeder Art, insbes. also auch auf Verpflichtungen aus einer Bürgschafts- oder Garantieübernahme der vorl. Art. Demgemäß

kündigen zulässig wäre) stattgefunden hat. Die Gekündigte hat sich lediglich bei einem Mitglied des Vertrauensrates eine Auskunft geholt und hierbei ausdrücklich zu erkennen gegeben, daß sie die Sache auf sich beruhen lassen wolle. Überdies ist eine Besprechung des Gekündigten mit einem Mitglied des Vertrauensrates keine Beratung „im Vertrauensrat“. Nur die Beratung des Führers in einzelnen Angelegenheiten und die Vorarbeit für die gemeinsame Beratung kann nach § 6 Abs. 3 ArbDG. einem einzelnen Vertrauensmann übertragen werden (vgl. Mansfeld-Pohl zu § 6 Anm. 3).

RM. Dr. W. Doppermann, Dresden.

Zu 2. Die Abgrenzung, die der RFH. der Anwendung des § 14 gegeben hat, darf im wesentlichen die Zustimmung der Praxis finden. Das gilt auch von der vorl. Entsch. und den in ihr erwähnten früheren Urteilen.

So erscheint zutreffend die erörterte ältere Entsch., wonach die Vergünstigung des § 14 Abs. 1 versagt wird, wenn der Gesellschafter einer DGH. Meistbietender verbleibt, die zu rettende Hypothek aber der Gesellschaft selbst zusteht. Der Gesellschafter ist weder rechtlich noch wirtschaftlich mit der Gesellschaft personengleich. Demgemäß ist auch die Übertragung eines Gesellschaftsgrundstücks auf einen Gesellschafter nicht befreit, sondern lediglich gem. § 15 begünstigt. Ein gerechter Ausweg für die Praxis bietet sich hier ohne weiteres dadurch, daß zunächst die Gesellschaft steuerfrei das Grundstück ersteigert und dann mit der Vergünstigung des § 15 dem Gesellschafter überträgt.

Ganz anders liegt der Fall, in welchem eine DGH. als Bürgin beteiligt ist. Hier haftet in vollem Umfange und von vornherein neben ihr der einzelne Gesellschafter als Gesamtschuldner. Die Anwendbarkeit der Best. in § 14 Abs. 2 ergibt sich also ohne weiteres aus dem Gesetzeswort. Die Entsch. der Vorinst. zeigen, daß es notwendig gewesen ist, diese Folgerung klarzustellen.

Das Urt. bestätigt endlich noch die für den Grundstücksverkäufer wichtige Rspr., daß für die Anwendung der Vergünstigung des § 14 Abs. 2 die Ausbietungs-garantie der Bürgschaft gleichzustellen ist.

RM. Dr. A. Bergschmidt, Berlin.

hätte auch im vorl. Falle die Hypothekengläubigerin, wenn und soweit sie mit ihrer Hypothek ausfiel, unmittelbar den Beschw. in Anspruch nehmen können, ohne daß sie genötigt gewesen wäre, zunächst bei der Gesellschaft selbst wegen ihres Ausfalls Deckung zu suchen. Die Verpflichtung des Beschw. gegenüber der Hypothekengläubigerin war von vornherein nach Inhalt und Umfang ganz die gleiche wie die der DSG., d. h. auch er hatte wie ein Bürge oder Garant für eine fremde Schuld einzustehen. Nur auf dieses materielle Rechtsverhältnis kann es aber für die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 ankommen. Unerheblich ist es, daß dieses Rechtsverhältnis im vorl. Falle nicht durch ein von dem Beschw. selbst in eigenem Namen mit der Hypothekengläubigerin abgeschlossenes Rechtsgeschäft, sondern durch ein Rechtsgeschäft der DSG. i. Verb. m. der Vorschr. des § 128 HGB. begründet worden ist. War aber hiernach der Beschw. neben der DSG. Bürge (Garant) i. S. des § 14 Abs. 2, so kann auch er als Ersther (Meistbieter) auf die Vergünstigung des § 14 Anspruch erheben.

Das vom FinGer. angezogene Urte. des RFG. hat für den vorl. Fall keine Bedeutung. In ihm ist lediglich ausgesprochen, daß die nach § 14 Abs. 1 erforderliche Räumlichkeit zwischen Realgläubiger und Ersther nicht gegeben ist, wenn die zu rettende Hypothek einer DSG. oder KommGes. zusteht, das Grundstück aber von einem Teilhaber angesteigert wird.

(RFG., Urte. v. 30. Mai 1934, II A 176/34.)

*

× 3. §§ 15, 16, 17, 18a der 1. StAnmWD.

a) Auf Grund der AnmWD. kann nur eine Befreiung von Steuern in Frage kommen, die auf der Angabe bisher den Steuerbehörden unbekannter Werte beruhen. Für die Anwendung der StAnmWD. ist daher kein Raum bei Steuern, die sich daraus ergeben, daß bei der Veranlagung die Anfangsbilanz eines Steuerabschnittes an die Bilanz angeschlossen wird, die am Schlusse des vorangegangenen Steuerabschnittes der Veranlagung zugrunde gelegen hat.

b) Werden bei einer Buch- und Betriebsprüfung die von dem Pflichtigen vorgenommenen Absetzungen für Abnutzung oder Abschreibungen für zu hoch gehalten und ergibt sich durch entsprechende Herabsetzung der Abnutzungsabsetzungen ein höherer Gewinn, so kann der Pflichtige — vorausgesetzt, daß er innerhalb der Amnestiefrist Anzeige erstattet hat — nur dann bezüglich der Mehrsteuer Amnestie erlangen, wenn er die Absetzungen für Abnutzung oder die Abschreibungen fahrlässig oder vorsätzlich zu hoch vorgenommen hatte. Mit der vom FinGer. ohne Rechtsirrtum und Aktenverstoß getroffenen Feststellung, daß bei Bemessung der Abnutzungsabsetzungen der Pflichtige weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat, scheidet daher die Anwendung der AnmWD. aus.

(RFG., 1. Sen., Urte. v. 10. Juli 1934, I A 405/32.)

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Windewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen“ abgedruckt.]

** 1. § 25 Abs. 2 PatG. Die Vorschrift des § 25 Abs. 2 Satz 1 PatG. ist eng auszulegen. Nur die durch die Anhörung selbst verursachten Kosten, nicht sonstige durch die Anberaumung der mündlichen Verhandlung notwendig gewordene Aufwendungen sind erstattungsfähig.

Das PatG. von 1891 gestattete nur der BA., in geeigneten Fällen einem Beteiligten im Falle des Unterliegens die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 26 Abs. 5). Für die erste Instanz bestand keinerlei Möglichkeit zu einer Kostenentsch. Da diese Einschränkung, nicht zu Unrecht, oft beklagt worden ist, erstreckte das Gesetz über patentamtliche Gebühren v. 4. Juni 1920 die bisher nur der BA. zustehende Befugnis der Kostenaufsetzung auch auf das erstinstanzliche Einspruchsverfahren. Diese Regelung wurde dann durch das Gesetz über die patentamtlichen Gebühren v. 6. Juli 1921 weiter ausgebaut. Das jetzt geltende Gesetz — § 25 Abs. 2 PatG. i. d. Fassung der Bek. v. 7. Dez. 1923 (gem. Gef. z. Erhöhung der patentamtlichen Gebühren v. 27. Juni 1922) — hat es zwar an sich dabei belassen, daß auch die erste Instanz in der Lage ist, über den Kostenpunkt zu entscheiden. Es hat aber im Interesse der Vereinfachung der diesbezüglichen Beschlußfassungen, die außerhalb des Gebiets der Technik und des eigentlichen Patent-

rechts liegen und deshalb oft nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten, das bisher waltende freie Ermessen der ersten Instanz durch die Aufstellung bindender Regelungen beseitigt. Eine Kostenentsch. kann danach nur in bestimmten Grenzen getroffen werden, nämlich gemäß dem praktischen Bedürfnis nur bezüglich der Kosten, die durch eine mündliche Verhandlung oder durch eine Beweisaufnahme verursacht worden sind (vgl. Damm-Lutter, Das deutsche Patentrecht, 3. Aufl., 1925, S. 364 und die Begr. z. Gef. v. 27. Juni 1922: PatMusZschr. 1922, 81).

Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 25 Abs. 2 PatG. ergibt sich, daß die dort der ersten Instanz zugesprochene Befugnis eng auszulegen ist, m. a. W., daß zu den Kosten einer mündlichen Anhörung nur die durch die Anhörung selbst entstandenen Kosten gehören, nicht aber auch sonstige durch die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung notwendig gewordenen Kosten. Die vorinstanzlich hat daher mit Recht die Zubilligung einer Vertretergebühr und einer Gebühr für die Vorbereitung zur mündlichen Verhandlung abgelehnt.

(PatM., 13. BeschSen., Entsch. v. 29. Mai 1934, R 80639 X/34 G B 168/34.) [Dr. G.]

Reichsversicherungsamts

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerA.) abgedruckt]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerA. (SuM.), abgedruckt.]

1. § 1 AngVerfG. Zur Frage der Angestelltenversicherungspflicht der Hebammen.

Nach § 6 AngVerfG. kann die Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrats die Versicherungspflicht auch auf andere Personen erstrecken, die eine ähnliche Tätigkeit wie die im § 1 bezeichneten auf eigene Rechnung ausüben, ohne in ihrem Betrieb Angestellte zu beschäftigen. Auf Grund dieser Ermächtigung ist durch die WD. v. 8. Okt. 1929 die Versicherungspflicht in der AngVerf. u. a. auf Hebammen erstreckt worden, die ihre Tätigkeit auf eigene Rechnung ausüben, ohne in ihrem Betrieb Angestellte zu beschäftigen. Durch diese Erweiterung ist einem sozialen Bedürfnis und einem von dem Allg. Deutschen Hebammenverband seit Jahren verfolgten Wunsche entsprochen und die Versicherungspflicht für einen bestimmten Preis selbständiger Personen eingeführt worden, die bis dahin nach allgemeinen versicherungrechtlichen Grundsätzen von der Versicherungspflicht nicht erfasst wurden und der AngVerf. nur als freiwillig Versicherte angehören konnten. Diese Erweiterung hat aber nicht die Bedeutung, daß damit nun die Versicherungspflicht von selbständigen Hebammen unter allen Umständen und schlechthin bestehen soll. Die WD. bezweckte vielmehr lediglich, wie sich auch aus dem in § 6 AngVerfG. gezogenen Ermächtigungssatz ergibt, die Gleichstellung von an sich nicht Versicherungspflichtigen mit den nach § 1 versicherungspflichtigen Personen. Es gelten daher, wie insbes. auch für diejenigen Hebammen, die in einem versicherungspflichtigen Angestelltenverhältnis nach § 1 Nr. 6 AngVerfG. stehen, die allgemeinen Voraussetzungen der Versicherungspflicht, wie sie für alle Versicherungspflichtigen bestehen. Auch für sie gilt daher als besondere Voraussetzung des § 1 Abs. 3 für die Versicherungspflicht, daß der Jahresarbeitsverdienst die im § 3 festgesetzte Grenze nicht übersteigt und daß sie am 1. Okt. 1929, dem Tage des Inkrafttretens der WD. v. 8. Okt. 1929, oder im Falle einer späteren Aufnahme ihrer Hebammentätigkeit das 60. Lebensjahr noch nicht überschritten haben. Ferner ist Voraussetzung, daß sie nicht berufsunfähig sind oder bereits Ruhegeld oder eine Witwenrente nach den Vorschriften des AngVerfG. oder eine Invalidenpension nach den Vorschriften des KnappschaftsG. oder eine Invaliden- oder Witwenrente nach der WD. beziehen (§ 13 AngVerfG.). Demgemäß gelten für die unter die WD. v. 8. Okt. 1929 fallenden selbständigen Hebammen insbes. auch, was hier streitig ist, die Vorschriften der WD. über Versicherungsfreiheit vorübergehender Dienstleistungen in der AngVerf. v. 9. Febr. 1923 u. 19. Dez. 1931. Nach § 1 Nr. 1b WD. v. 9. Febr. 1923 in der bis zum 31. Dez. 1931 gültig gewesenen Fassung blieben versicherungsfrei u. a. vorübergehende Dienstleistungen, wenn sie von Personen, die sonst berufsmäßig keine die AngVerf. begründende Beschäftigung ausübten, zwar in regelmäßiger Wiederkehr, aber nur nebenher und gegen einen geringfügigen Entgelt ausgeführt wurden. Als geringfügig galt bis zu dem angegebenen Zeitpunkt ein Entgelt, wenn er für den Lebensunterhalt während des Zeitraums, innerhalb dessen die Beschäftigung in regelmäßiger Wiederkehr ausgeübt wird, nicht wesentlich ist. Eine Änderung der Rechtslage ist durch die am 1. Jan. 1932 in Kraft getretene zweite WD. v. 19. Dez. 1931 neben anderem insofern eingetreten, als ein Entgelt jetzt als geringfügig gilt, wenn er durch

schon 100 RM im Monat nicht erreicht, ein höherer Entgelt dann, wenn er durchschnittlich 20% des Gesamteinkommens nicht überschreitet. Hiernach sind die sonstigen Voraussetzungen, unter denen Versicherungsfreiheit in der AngVers. nach § 1 Nr. 1 b B.D. v. 9. Febr. 1923 bestand, daß es nämlich sich im Einzelfall um eine Person handelt, die sonst berufsmäßig keine die AngVerspflicht begründende Beschäftigung ausübt, Dienste zwar in regelmäßiger Wiederkehr, aber nur nebenher verrichtet, durch die B.D. i. d. Fass. v. 19. Dez. 1931 unberührt geblieben. Die Beschw. ist versicherungsfrei, weil ihr Entgelt geringfügig und unter der Verdienstgrenze von 100 RM im Monat liegt.

(RVerfA., Entsch. v. 15. Dez. 1933, III A V 28/33 B S; EuM. 35, 455.) [3.]

*

2. § 95 Abs. 1 u. 2 ArbBermG. Die Erweiterung der Rahmenfristen des § 95 Abs. 1 ArbBermG. durch Erweiterungszeiten des Abs. 2 ist in der Weise vorzunehmen, daß die Grenze der Rahmenfrist rein rechnerisch um die Erweiterungszeit zurückzulegen ist. Fällt hierbei der Beginn einer Rahmenfrist i. S. § 95 Abs. 1 auf einen Tag, der zu einer versicherungspflichtigen Beschäftigung i. S. § 95 Abs. 2 Nr. 2 gehört, die zum Teil innerhalb, zum Teil außerhalb der Rahmenfrist liegt, so ist Erweiterungszeit nur der innerhalb des Rahmens liegende Teil der Beschäftigung; der außerhalb der erweiterten Rahmenfrist liegende Teil einer solchen Zeit kann demnach nur bei erneuter Erweiterung der Rahmenfrist berücksichtigt werden.

(RVerfA., Entsch. v. 23. Febr. 1934, III a Ar 159/33; EuM. 35, 462.) [3.]

II. Länder Oberverwaltungsgerichte Preußen

Prensisches Oberverwaltungsgericht

1. § 11 PrFluchtG. v. 2. Juli 1875 (GS. 561). Fluchtlinien, Heizanlage. § 11 FluchtG. dient polizeilichen, in erster Linie verkehrspolizeilichen Interessen. Die Baupolizei hat deshalb die Voraussetzungen der Bau-Erlaubnis oder -Verfugung selbstständig zu prüfen und ist an die Entschlüsse der Gemeindebehörde nicht gebunden. Die Anlegung einer Warmwasserheizung ist ein Ausbau i. S. § 11 FluchtG. Will ein Mieter einen Um- oder Ausbau vornehmen, so kann die Erlaubnis auch verweigert werden, wenn für erforderlich erachtete Sicherungsmaßnahmen des Grundstückseigentümers nicht getroffen werden.

Der Firma R., die in einem Hause in Berlin, W.str., einen Laden mit Nebenräumen gemietet hat, wurde durch baupol. Wfg. die Genehmigung zur Errichtung einer Warmwasserheizungsanlage verweigert. Die Wfg. stützt sich einmal auf § 11 FluchtG. v. 2. Juli 1875, „weil die Räume, für welche die Ertragheizung bestimmt ist, von der Fluchtlinie der W.str. geschnitten werden und durch die neue Heizungsanlage eine mittelbare Wertsteigerung entsteht“; außerdem beruft sich die Wfg. auf § 20 Ziff. 8 Abs. 4 der BauD. für die Stadt Berlin, weil das Abzugsrohr des Heizkessels in einen Schornstein münde, an welchen noch ein Kochherd des III. Obergeschosses angeschlossen sei, und das Schornsteinrohr nicht, wie in solchen Fällen vorgeschrieben, eine Lichtweite von mindestens 40/50 cm, sondern nur von 30/30 cm besitze. Mit Beschw. und Klage wurde die Firma R. abgewiesen. Auch ihrer Rev. versagte das OVG. den Erfolg.

Von den beiden in dem Urk. des BezAusf. ebenso wie in der angegriffenen Wfg. enthaltenen Verfassungsgründen bezieht sich der erste an sich lediglich auf die in dem Laden angebrachten Heizkörper (Radiatoren) mit den dazugehörigen Leitungen, der zweite lediglich auf den in der Küche aufgestellten Heizkessel. Nur weil beides untrennbare Teile einer einzigen Einrichtung sind, genügt jeder einzelne Grund, um die Verfassung der ganzen Erlaubnis zu stützen. Bei beiden Gründen ist aber das geltende Recht zutreffend angewandt.

Daß der von der R. gemietete Ladenraum von der Fluchtlinie der W.str. geschnitten wird, ist unstrittig. ... Nur auf dessen bauliche Veränderung kommt es hier an, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob etwa die Heizkörper selbst an der in der W.str. gelegenen Wand außerhalb der Fluchtlinie angebracht werden sollten oder nicht (OVG. 40, 377/78; 44, 401/02; PrBermBl. 35, 625/26).

Voraussetzung des baupolizeilichen Vorgehens ist natürlich, daß es sich überhaupt um eine bauliche Maßnahme handelt. Dies ist für die Heizkörper in dem Ladenraum vielfeicht nicht von vornherein selbstverständlich. Denn diese werden nur mittels Haken und ähnlicher Befestigungsmittel an der Wand befestigt und können ohne besondere

Umstände von ihr wieder gelöst werden, ohne daß der Bau als solcher dadurch verändert wird. Allein die Heizkörper können nicht für sich allein betrachtet werden, sondern sie sind mit den Zu- und Ableitungsrohren und dem Heizkessel zu einer Einheit verbunden. Die Anbringung dieser Gesamtanlage in dem Gebäude, insbes. die Durchführung der Rohrleitungen durch die Zimmerwände und die Herstellung der festen Verbindung mit der Mauer, erfordert so umfangreiche Stemm- und andere Maurerarbeiten, daß sie als Eingriff in die Bausubstanz angesehen werden müssen (im Gegensatz etwa zu einer elektrischen Klingelleitung, einer Fernsprechanlage oder einer über Fuß verlegten Lichtleitung einfacher Art). Im vorl. Falle ist übrigens auch ein Maurermeister bei der Anbringung der Heizung beschäftigt gewesen.

Allerdings ist nach der Rspr. des OVG. nicht jede bauliche Veränderung ein Aus- oder Umbau i. S. § 11 FluchtG. Es kann dem Bauherrn nicht verwehrt werden, einzelne abgängig gewordene Teile eines Bauwerks durch neue zu ersetzen und dabei auch bis zu einem gewissen Grade bessere und modernere Ersatzteile zu verwenden (OVG. 82, 431/33, 433/34). Aber die Annahme einer solchen Reparatur könnte hier überhaupt nur in Frage kommen, wenn der Ladenraum bereits früher heizbar gewesen wäre. Nachdem R. in der Klageschrift zugegeben hat, daß sie früher mangels eines Schornsteinrohrs nicht in der Lage gewesen sei, den Laden zu erwärmen, scheidet diese Möglichkeit aus, und es bleibt nur noch die Feststellung eines Ausbaues übrig.

Gemäß § 11 FluchtG. war die Baupol. berechtigt, die beantragte Genehmigung zu verweigern. Sie durfte dies allerdings nur nach eigenem pflichtmäßigem Ermessen tun und war an die Beschl. der Gemeindebehörde nicht gebunden (OVG. 82, 431/32). Es entspricht daher nicht dem geltenden Recht, wenn der bekl. ObPräs. die Wending gebraucht, die Baupol. sei an die Entsch. des BezA. gebunden gewesen, daß in der Errichtung der Anlage eine Wertsteigerung des Gebäudes erblieke. Denn der § 11 FluchtG. legt nicht wie der § 12 a. a. D. die Entsch. in die Hand der Gemeinde, sondern gibt der Polizei ein nach ihrem freien pflichtmäßigem Ermessen zu handhabendes Recht auf Erteilung oder Verfassung der Bauerlaubnis. Und wenn auch der hauptsächlichste Zweck des § 11 dahin geht, eine zugleich das Gemeininteresse berührende Wertsteigerung der über die Fluchtlinien hinausragenden Grundstücks- und Gebäudeteile zu verhindern, so ist doch Inhalt und Bedeutung der Vorschrift lediglich aus polizeilichen, und zwar insbes. verkehrspolizeilichen Interessen zu verstehen (vgl. Erl. d. Min. d. öffentl. Arbeiten v. 14. Dez. 1905, III B 1 2461 [nicht veröffentlicht], wonach sich die Prüfung der Baugesuche in erster Linie auch auf die verkehrspolizeilichen Rücksichten erstrecken soll, „denn das polizeiliche Interesse wird in der Regel darauf hinweisen, bei derartigen Bauten die Innehaltung der Fluchtlinien zu fordern, nicht aber deren Überschreitung zu begünstigen“). Die Polizei ist zwar nicht gehindert, sich zur Vorbereitung ihrer Entsch. in weitem Umfange der Mitwirkung der Gemeindebehörde zu bedienen, sie hat sich aber bei ihrer abschließenden Entsch. wie stets, wenn es an einer ausdrücklichen anderweitigen Bestimmung mangelt, auf die Wahrung rein polizeilicher Belange zu beschränken. Die Polizei kann, wie in ständiger Rspr. des OVG. anerkannt ist, auch entgegen dem ausgesprochenen Willen der Gemeinde die Bauerlaubnis nach § 11 a. a. D. erteilen (oder verweigern). Regelmäßig werden allerdings die Interessen der Polizei und der Gemeinde übereinstimmen, da Schwierigkeiten, die der Gemeinde durch Wertsteigerungen der oben erwähnten Art entstehen, in den meisten Fällen zugleich die Polizei in der Erfüllung ihrer Aufgaben hemmen, wenn die festgesetzten Fluchtlinien tatsächlich freigelegt werden sollen. Die Gemeindefürsorge finden also regelmäßig in polizeilichen Gründen ihren Schutz. Wenn aber im Einzelfall solche polizeilichen Gründe nicht gegeben sein sollten, so würden die Gemeindefürsorge als solche von der Polizei nicht wahrgenommen werden können; denn der durch § 14 PrBermG. fest umgrenzte grundsätzliche Aufgabenkreis der Polizei ist durch § 11 FluchtG. mangels einer ausdrücklichen dahingehenden Bestimmung nicht erweitert worden. Falls etwa in letzterer Hinsicht etwas anderes aus der bisherigen Rspr. des Gerichtshofs sich entnehmen lassen sollte, kann an ihr insoweit nicht festgehalten werden.

Tatsächlich hat, wie die Vorgänge ergeben, die Baupol. und trotz seiner erwähnten Wending auch der ObPräs., die Sachlage selbstständig geprüft. ...

Wenn R. geltend macht, daß in absehbarer Zeit für die Durchführung des Fluchtlinienplanes kein Bedürfnis vorliegen könne und daß die durch die Heizanlage hervorgerufene Wertsteigerung im Verhältnis zu dem Gesamtwert des Hauses zu geringfügig sei, um die spätere Freilegung des Straßenlandes zu erschweren, so kann sie mit diesen Einwendungen nicht gehört werden. Es handelt sich, wie schon erwähnt, bei der Bauerlaubnis nach § 11 FluchtG. um eine solche, über deren Erteilung oder Verfassung die Polizei nach ihrem freien pflichtmäßigem Ermessen befinden kann, d. h. um eine sog. „freie“ Erlaubnis. Deren Verfassung ist nicht nur beim Vorhandensein einer drohenden polizeilichen Gefahr, sondern schon stets dann gerechtfertigt, wenn die Polizei sich bei ihrer Entsch. überhaupt von polizeilichen Gesichtspunkten hat leiten lassen, d. h. nach ihrem pflichtmäßigem polizeilichen Ermessen beschrebt gewesen ist, zum Schutz der öffentlichen

Sicherheit und Ordnung (§ 14 PolVerwG.) oder anderer der Polizei durch Sondergesetze zugewiesener Aufgaben zu handeln (vgl. Drews, Preuß. PolRecht, I. Allg. Teil S. 68, 69). Der gegenüber einer Verfassung nach § 11 FluchtG. angerufene Verwaltungsrichter hat daher nicht das Vorliegen einer Gefahr und grundsätzlich auch nicht die Art der Ausübung des polizeilichen Ermessens zu prüfen, welche regelmäßig nach den der gerichtlichen Beurteilung entzogenen Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit und Angemessenheit erfolgt. Der Verwaltungsrichter hat nur darüber zu entscheiden, ob etwa die Grenzen des pflichtmäßigen Ermessens überschritten sind und damit ein Ermessensmißbrauch, d. h. ein der Rechtmäßigkeit entbehrendes polizeiliches Vorgehen in Frage steht. Dagegen spricht jedoch die Vermutung und dafür sind auch im vorl. Fall keinerlei Anhaltspunkte vorhanden. Ein Überbau über die Fluchtlinie stellt sich grundsätzlich für die mit der Fluchtlinienfestsetzung verfolgten polizeilichen Ziele (§ 1 Abs. 1 u. 2 FluchtG.) als Hemmnis dar, dessen Verhütung aus polizeilichen Gründen gerechtfertigt erscheint. Ein Ermessensmißbrauch würde aber vorliegen, wenn die Polizei zu dem Zwecke die Bauerlaubnis versagt oder bei ihrer Erteilung Bedingungen gestellt hätte, um dadurch auf die Gewährung widerrechtlicher Vorteile an die Gemeinde hinzuwirken. Davon kann aber keine Rede sein, wenn, wie im vorl. Falle, die Gemeindebehörde ihrerseits Sicherungen gegen eine ihr zur Last fallende Wertsteigerung des Grundstücks durch dessen Eigentümer verlangt und sich nicht mit der Verpflichtung der klagenden Mieterin begnügt, die Anlage nach Ablauf ihres Mietvertrages wieder auszubauen. Ebensovienig aber könnte von einem polizeilichen Ermessensmißbrauch die Rede sein, wenn — was aus den vorl. Akten nicht klar ersichtlich ist — die Polizei ihrerseits die Forderungen der Gemeindebehörde aus polizeilichen Gründen, insbes. aus solchen verkehrspolizeilicher Natur, für gerechtfertigt erachtet und im Hinblick auf eine ablehnende Haltung der Kl. die Bauerlaubnis versagt hätte. Denn nur der Eigentümer ist in der Lage, die gegen jeden gutgläubigen Dritten wirksame dingliche Sicherung (durch Eintragung ins Grundbuch) zu schaffen, die dem Zweck des § 11 FluchtG. am besten entspricht.

Die Einwendungen, die die Kl. gegen den zweiten Verfassungsgrund geltend macht, sind nicht verständlich. . . .

(PrOVG., 7. Sen., Urz. v. 19. April 1934, IV C 47/33.)

Ver. von SenPräs. v. Kries, Berlin.

*

2. §§ 60f. PrVStStrD. v. 27. Jan. 1932. Ein rechtskräftig entschiedenes Verfahren zur Feststellung der dauernden Dienstunfähigkeit eines Gemeindebeamten kann nicht wiederaufgenommen werden.

Ein Gemeindebeamter stellte Antrag auf Wiederaufnahme des durch rechtskräftige Entsch. des PrOVG. I. (Dienststr.) Sen. v. 26. Jan. 1934 geschlossenen Verfahrens zur Feststellung seiner Dienstunfähigkeit.

Das OVG. 9. (Dienststr.) Sen. verwarf den Antrag als unzulässig.

§ 95 Abs. 1 VStStrD. v. 27. Jan. 1932 (GS. 59) bestimmt: „Eines förmlichen Verfahrens bedarf es gegenüber allen Beamten der Gemeinden und Gemeindeverbände zur Verhängung der Dienstentlassung und der Gehaltstürzung sowie zur Feststellung der Dienstunfähigkeit.“ Das Gesetz unterscheidet hiernach ausdrücklich die beiden Arten des förmlichen Verfahrens, nämlich das Verfahren zur Verhängung der Dienstentlassung bzw. der Gehaltstürzung, d. h. das Dienststrafverfahren, und das Verfahren zur Feststellung der Dienstunfähigkeit. Nach § 97 a. a. O. gelten für das „förmliche Verfahren“ zwar die das Dienststrafverfahren behandelnden Vorschriften der VStStrD.; dadurch wird das Verfahren zur Feststellung der Dienstunfähigkeit aber nicht zu einem Dienststrafverfahren. Während das Dienststrafverfahren den Zweck hat, Verfehlungen gegen die dienstliche Ordnung durch Strafe zu rühnen und demnach bei diesem Verfahren Gegenstand der Urteilsfindung nur Dienstvergehen sein können, hat das Verfahren zur Feststellung der Dienstunfähigkeit das Ziel, die Tatsache der Dienstunfähigkeit eines Beamten durch richterlichen Urteilspruch festzustellen, so daß ausschließlich diese Tatsache Gegenstand der Urteilsfindung ist. Schon aus dem verschiedenen Zweck der beiden Verfahrensarten folgt, daß die Best. der VStStrD. nicht unterschiedslos auf beide anzuwenden sind. Das Verfahren zur Feststellung der Dienstunfähigkeit eines Beamten vollzieht sich vielmehr sowohl nach dem Disziplinarstrafv. v. 21. Juli 1852 (GS. 465) als auch nach der VStStrD. leiblich in den Formen, die für das Dienststrafverfahren vorgeschrieben sind (OVG. 54, 478; vgl. auch §§ 115, 113 VStStrD.).

Die Best. der VStStrD. über die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 60 ff.) verdanken ihre Entstehung dem Art. 129 Abs. 3 RVerf. v. 11. Aug. 1919, in dem gesagt ist, daß gegen jedes

die förmliche Straferkenntnis die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens eröffnet sein muß (Brand, PrVStStrD., 2. Aufl., S. 311; OVG. 81, 436). Hieraus geht schon hervor, daß das Wiederaufnahmeverfahren nur im Dienststrafverfahren gegeben sein sollte. Diese Tatsache ergibt sich aber ebenfalls aus den Vorsch. der VStStrD. über das Wiederaufnahmeverfahren (§§ 60 ff. a. a. O.). Aus ihrem Inhalt in ihrer Gesamtheit (vgl. z. B. §§ 60 Ziff. 1, 64 Abs. 1 Ziff. 1, 65, 71 Abs. 1, 76 Abs. 1), insbes. aber auch aus der für das Wiederaufnahmeverfahren bei Gemeindebeamten maßgeblichen Best. des § 97 Buchst. c, geht deutlich hervor, daß nur Dienststrafverfahren wiederaufgenommen werden können, nicht aber die förmlichen Verfahren auf Feststellung der Dienstunfähigkeit. Der Antrag unterlag daher wegen Unzulässigkeit der Verwerfung.

(PrOVG., 9. (Dienststr.) Sen., Beschl. v. 18. Juni 1934, IX D W 5/34.)

Ver. von SenPräs. von Kries, Berlin.

Thüringen

Thüringisches Oberverwaltungsgericht

Berichtet von Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Knauth, Jena

I. Rückwirkung von Steuermilderungen.

Es ist richtig, daß § 2 OrtsG. v. 8. Okt. 1929 durch den Nachtrag v. 29. Okt. 1929 geändert und dieser Nachtrag unterm 21. März 1931 in der Weise wieder aufgehoben worden ist, daß § 2 OrtsG. mit Wirkung v. 1. April 1931 ab noch einmal geändert und neu gefaßt worden ist. Das hat aber nicht zur Folge, daß seitdem für die Zeit vor dem 1. April 1931 Steueransprüche nicht mehr geltend gemacht werden könnten, weil es hierfür an einer Norm über den Steuermaßstab und damit die Steuerhöhe fehlte. Ein einmal entstandener Steueranspruch wird dadurch, daß sich nachträglich seine materielle Rechtsgrundlage ändert, nicht berührt, wenn nicht die Rechtsänderung kraft ausdrücklicher Bestimmung oder ihrer inneren Bedeutung nach auf den Zeitpunkt der Entstehung zurückwirkt. Daher kann ein solcher Anspruch auch nach der Rechtsänderung noch geltend gemacht werden, wenn dem nicht besondere rechtliche Hindernisse (ausdrückliches Verbot, Verjährung) entgegenstehen oder etwa die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Verwirklichung des Anspruchs (Heranziehung) dadurch weggefallen sind, daß die diese Voraussetzungen selbständig regelnde Steuerordnung ersatzlos aufgehoben worden ist. Das letzte kommt hier nicht in Frage, da das OrtsG. über die Zweigegehaltssteuer als solches zur Zeit der Veranlagung noch in Kraft war. Deshalb ist allein entscheidend, ob die Vorsch., auf die die Veranlagungen sich stützen und nach denen die angeforderten Beträge berechnet sind, während der Zeitabschnitte gegolten haben, auf die sich die Veranlagungen beziehen, und die Heranziehung nach diesen Vorsch. begründet ist. Das ist aber nicht zweifelhaft. Denn die Vorsch. über die Steuerpflicht und die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Entstehung des Steueranspruchs sind von den wiederholten Änderungen des OrtsG. nicht betroffen worden, sondern dauernd in Geltung gewesen. Aber auch für die Änderungen des Steuermaßstabs läßt sich in keinem Falle feststellen, daß sie auf die früher entstandenen Ansprüche zurückwirken oder gar die Möglichkeit, sie noch geltend zu machen, unterbinden sollten. Ausdrücklich ist darüber jedenfalls in den Nachträgen nichts gesagt. Es fehlt aber auch jeder Anhalt dafür, daß es beabsichtigt gewesen sei. Der Umstand, daß die spätere Regelung der Steuerbemessung (durch den Nachtrag v. 21. März 1931) die Steuerpflichtigen gegenüber dem früheren Rechtszustand begünstigt, kann für sich allein auch nicht als hinreichender Beweis dafür angesehen werden, daß „der Gesetzgeber in Erkenntnis der Angemessenheit einer Milderung des bisher geltenden Rechts auch bereits früher entstandene Steueransprüche, soweit sie noch nicht zur Veranlagung geführt hatten, nunmehr nur im Rahmen dieser Milderung verwirklicht sehen wolle“ (PrOVG.: R. u. PrVerwBl. 54, 651/52). Denn es kann in einzelnen Fällen sehr zweifelhaft sein, ob und in welchem Umfange es steuerpolitisch und allgemeinerwirtschaftlich angezeigt oder gerechtfertigt ist, eine Steuermilderung schlechthin auf alle früher entstandenen noch nicht erledigten Steueransprüche ohne Rücksicht darauf zu erstrecken, aus welchen Gründen sie im Augenblick der Gesetzesänderung noch nicht verwirklicht waren (im Ergebnis ebenso gegen das PrOVG. RfH. v. 28. Dez. 1929; StW. 1930, II Nr. 229).

(ThürOVG., Urz. v. 20. Dez. 1933, C 80/33.)