



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. Möhmer**, 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**, BerlinVerlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63 675
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Die Anfechtung der Rassenmischehe nach geltendem Recht

(Zugleich Besprechung der beiden Urteile: RG. unten S. 2613 Nr. 4 und S. 2615 Nr. 5)

Von Rechtsanwalt **Dr. Walter Raabe**, Berlin

Urteil ist nicht nur Verstandes- sondern auch Willenssache.

(G. Kümelin)

A. Die Ehe gehört zu den ältesten Kultureinrichtungen der Menschheit¹⁾. Die Anerkennung der Ehe als Rechts einrichtung muß man geradezu „als die erste rechtsschöpferische Tat der nordischen Menschen ansprechen“²⁾. Es gehört zu den wissenschaftlichen Verdiensten Nicolais, festgestellt und — vor allem — aus dem Gesetzbuch des Mannu und der Edda bewiesen zu haben, daß die Einführung der Ehe als Rechts einrichtung zum Zwecke der „Erhaltung der Reinrassigkeit des nordischen Stammes“ erfolgte³⁾. Auch das norwegische Wort „egtescap“ = Ehe deutet noch hierauf hin; in der Ehe wird das „Echte geschaffen“⁴⁾.

Wohl ebenso alt wie die Ehe selbst ist aber der Begriff der Mischehe⁵⁾, wenn auch nicht unter dieser Bezeichnung. „Mischehe“ ist eine Ehe zwischen ungleichen Personen, „Rassenmischehe“, also eine Ehe zwischen Personen ungleicher Rasse. Für das urnordische Rechtsdenken war also die „Rassenmischehe“ nahezu ein Widerspruch in sich selbst.

Die geschichtliche Entwicklung der rechtlichen Stellung der Mischehen überhaupt zeigt im übrigen ein buntes Bild. Die Rechte der verschiedenen Zeiten und Völker haben sich auch ganz verschieden zur Mischehe gestellt. Es läßt sich aber eine gewisse gleichmäßige Entwicklung feststellen, die vor allen auf das Zurückdrängen rassistischen Denkens und Empfindens durch die mehr und mehr sich durchsetzenden Einflüsse der christlichen Kirchen und des Judentums zurückzuführen ist. Die ältesten Rechte hielten Mischehen für minderwertig und erklärten sie für nichtig oder verbanden sie mit sonstigen Rechtsnachteilen⁶⁾. Aus dem oben erwähnten ursprünglichen Zweck

der Anerkennung der Ehe als Rechts einrichtung folgt auch, daß ursprünglich dem Verbot und der Geringschätzung solcher Mischehen der Gedanke der Reinhaltung und damit Erhaltung der eigenen Rasse zugrunde gelegen haben muß. „Das war der Sinn der Rassencheidung bei den Indern, der Zweck der von Lyfurg verfügten Gliederung der Bevölkerung in Spartaken, Peridken und Heloten, der Scheidung zwischen gentes und plebs im alten Rom“ und auch der Sage des altdeutschen Rechts über die Rechtsnachteile der Ehe mit einem „ungenosz“⁷⁾.

Das Christentum ließ eine Unterscheidung der Menschen nur nach der Religion zu. Wenn also die Synode von Elvira (300 n. Chr.) und die Kaiser Theodosius und Arcadius im Jahre 388 christlich-jüdische Mischehen verboten, so lagen schon diesen Gesetzen nur mehr konfessionelle Erwägungen, nicht mehr rassistische Gesichtspunkte zugrunde⁸⁾.

Das katholische Kirchenrecht kannte nebeneinander ein impedimentum disparitatis cultus (Hindernis der Ehe zwischen Christen und Ungetauften) und ein impedimentum mixtae religionis (Hindernis der Ehe zwischen katholischen und nichtkatholischen Christen). Das erstere ist trennend, die gleichwohl geschlossene Ehe also grundsätzlich ungültig; das zweite lediglich aufhebend. Das corpus iuris canonici hatte noch einen besonderen Abschnitt „de judaeis“; in den codex iuris canonici ist er nicht mehr aufgenommen worden. In gewissen Fällen wird nach dem Recht des codex auch von dem impedimentum disparitatis cultus Befreiung erteilt⁹⁾.

Im Streit um das Problem der Mischehe hat man sich später oft genug auf Luther berufen, sicher nur teilweise mit Recht. Luther äußerte sich nur ungenau über die Fragen der Ehe¹⁰⁾. Zu den eben erwähnten Ehehindernissen des katholischen Kirchenrechts bemerkt er:

⁷⁾ Möhmer a. a. D.

⁸⁾ Vgl. auch hierzu Möhmer a. a. D.

⁹⁾ Vgl. insgesamt codex iuris canonici 1060 f., 1070 f.

¹⁰⁾ „Wie wol myr gravet vnd nit gern vom Welichen leben predige / darumb das ich besorge / wo ichs eyn mal recht anrüre / wirtt myrs vn andern viel tzu schaffen geben. Denn der iamer / durch Bepfllich verdäppte gefetz / also schendlich verwohret ist / datzu durch hynleffig regiment / beyde geystlichs und weltlichs schwerts / so viel gewlicher mißbreuch vnd hrriger felle sich drynnen begeben haben / das ich nicht gern dreyn sehe / noch gern dauon höre. Aber für nott hilftt keyn schewen / ich muß hynan / die elenden verwohreten gewissen tzu vnterrichten / vnd frisch dreyn greiffen.“

¹⁾ Genauerer bei Kohler, Zur Urgeschichte der Ehe, Ztschr. für vergleichende Rechtswissenschaft 12, 187 ff.

²⁾ Nicolai, Rasse und Recht, 1933, S. 16. Ehe war ursprünglich Recht schlechthin. Das Wort „Ehe“ führt sprachlich auf die alt-nordische Bezeichnung für Recht: é zurück.

³⁾ Nicolai S. 17.

⁴⁾ Nicolai S. 16 Fußnote 16.

⁵⁾ Dr. Ferdinand Möhmer, Vorsitzender des Ausschusses für Familien- einschl. Eherecht der Akademie für Deutsches Recht, Rassenmischehe und geltendes Recht, Ztschr. der Akademie für Deutsches Recht 1934, 86 ff.

⁶⁾ Möhmer S. 86.

„Die funffte ist vnglawbe/nemlich/das ich keyne Turckyn Zuehyn odder kezeryn nemen mag. Mich wundert/das sich die freuel tyrannen nicht hyn vhr herz schemen/so offentlich widder den hellen text Pauli. 1. Cor. 7 sich setzen da er spricht. Wil eyn hehndisch wehß odder man/beh dem Christen gemal bleyben/soll er sich nicht von vhr scheiden/vnd S. Petrus. 1. Pet. 3 sagt/das die Christliche weyber sollen gutten wandell furen/das sie damit vhr vchristene menner bekeren/wie S. August mutter Monica thett. Darumb wisse/das die ehe/eyn eußerlich leylich ding ist/wie andere weltliche hanttierung. Wie ich nu mag mit eyn hehden / Juden / Turcken / Kezer / essen / trinden / schlaffen / gehen / reytten / kuffen / reden vnd handeln/also mag ich auch mit vhm ehlich werden vnd bleyben/vnd kere dich an der narren gezehe/die solchs verpieten/nichts. Man findt wol Christen/die erger sind ym vnglawben hynwendig/vnnd der das merer theil/denn keyn Jude/Heyde/odder Turcke odder kezer. Eyn heyde ist eben so wol eyn man vnd wehß von gott wol vnd gutt geschaffen/als S. Peter vnd S. Paul/vnd S. Lucia/schweyg denn als eyn loßer falscher Christ.“

Luther wollte sich, wie der Zusammenhang ergibt, nur dagegen wenden, daß diese Ehehindernisse aus Gründen des Glaubens aufgestellt würden. Ihm waren selbstverständlich die Rassenforschung und ihre Ergebnisse unbekannt. Im übrigen nimmt er aber zu den Fragen der Ehe stets in der Weise Stellung, daß er von dem Satz der Bibel „Wachset und mehret Euch“ ausgeht¹²⁾. Dabei gelangt er aber zu Folgerungen, die soweit von den Lehren der katholischen Kirche und ihres Kirchenrechts abweichen und so sehr sich den Anforderungen der Naturgesetze anschließen, daß der Schluß, er würde die Rassenmischehe verwerfen haben, wenn er ihre Bedeutung gekannt hätte, mindestens ebenso nahe liegt, wie der umgekehrte Schluß. Diese Behauptung soll hier nicht eingehend bewiesen werden. Es sei nur ein Hinweis auf die merkwürdige Übereinstimmung der Lehren Luthers mit den Grundsätzen des altnordischen Eherechts in einem anderen sehr wichtigen Punkte gestattet: Nach den meisten altnordischen Rechten wurde der Ehebruch der Frau außerordentlich streng bestraft (meistens Todesstrafe). Diese Rechtsätze wollten nicht die eheliche Treue schützen, sondern die Rasse. Die Ehefrau frevelte gegen die Familiengötter des Mannes, wenn sie in das Haus Abkömmlinge brachte, in deren Adern auch Blut einer geringwertigen Rasse floß¹³⁾.

Die meisten nordischen Rechte (vor allem die der Jüder, Griechen und Germanen) kannten aber eine außerordentlich wichtige Ausnahme von dem strengen Verbot des Ehebruchs: Konnte der Zweck der Ehe, die Rasse durch Zeugung von wertvollen Nachkommen fortzusetzen und aufwärts zu entwickeln, nicht erreicht werden, weil der Mann zeugungsunfähig war, so war die Bestellung eines Zeugungshelfers gestattet. Ein Sippengenosse oder sonstiger edler Rassengenosse durfte den unfähigen Ehemann in diesem Fall vertreten¹⁴⁾. Luther wollte den Ehebruch auch sehr streng bestrafen, aber auch er hielt die Bestellung von Zeugungshelfern für zulässig¹⁵⁾.

Das evangelische Kirchenrecht ist übrigens in der Beurteilung der oben erwähnten Ehehindernisse Luther nicht gefolgt, hat vielmehr beide zum Teil anerkannt¹⁶⁾.

Von den neueren staatlichen Gesetzen berücksichtigen — in verschiedener Weise — die disparitas cultus: das preussische Allgemeine Landrecht, das österreichische ABGB. und das sächsische BGB. Allen ist eine ausdrückliche Mißbilligung der Rassenmischehe unbekannt; das ist nicht verwunderlich, wenn man berücksichtigt, daß sie sämtlich Erzeugnisse einer mehr oder weniger liberalistischen Staatsauffassung sind, und

daß auf ihre Schöpfer die Irrlehre der französischen Revolution „alles, was Menschenantlig trägt, ist gleich“ nicht ohne Einfluß geblieben war.

Erst der Sieg der nationalsozialistischen Revolution hat — wenn auch bisher erst in bescheidenem Umfang — zu einer Anerkennung der Rassenlehre und ihrer Ergebnisse in der staatlichen Gesetzgebung geführt. Eine unmittelbare Lösung der Frage der Rassenmischehe hat freilich die Gesetzgebung des Dritten Reichs bisher¹⁷⁾ noch nicht vorgenommen¹⁸⁾. Ihre rechtlichen Grundlagen sind daher nach wie vor die §§ 1333 und 1334 BGB.¹⁹⁾

B. Im Schrifttum und in der Rspr. wurde die Frage, ob eine Rassenmischehe auf Grund von § 1333 BGB. angefochten werden könne, bald nach dem Siege der nationalsozialistischen Revolution mehrfach erörtert. Man war sich im großen und ganzen im Ergebnis darüber einig, daß bei Althehen — d. h. vor der allgemeinen Anerkennung der nationalsozialistischen Weltanschauung und ihrer Rassenlehre geschlossenen — eine Anfechtung dann möglich sei, wenn der anfechtende Ehegatte bei Schließung der Ehe irrig angenommen hatte, daß der andere Teil kein Jude sei. Dagegen wurde die Zulässigkeit einer Anfechtung für den Fall, daß der Anfechtende wußte, daß der andere dem Judentum angehörte, aber die volle Bedeutung dieses Umstandes bei der Eheschließung nicht erkannt hatte, für das geltende Recht von einigen verneint, von anderen bejaht. Verneint wurde die Frage von Jung²⁰⁾, Schumacher²¹⁾ und vom 13. Senat des RG.²²⁾, bejaht von Wöhrmann²³⁾, Schneider²⁴⁾, vom LG. Köln²⁵⁾ und vor allem vom OLG. Karlsruhe²⁶⁾.

Aus mehrfachen Gründen wurde nun mit größter Spannung eine grundlegende klärende Entscheidung des RG. erwartet:

1. Die Ehe ist die Grundlage der Familie und diese eine der wichtigsten Grundpfeiler von Volk und Staat. Zwei deutsche OLG. hatten über eine das Wesen der Ehe überhaupt und ihre Bedeutung im völkischen Staat außerordentlich stark berührende Frage im entgegengesetzten Sinne entschieden.

2. Leider ist die Zahl der Ehen, über deren Schicksal das RG. entscheiden sollte, nicht gering. So sind im Jahre 1926 allein in Berlin 553 Rassenmischehen geschlossen worden²⁷⁾! Es bestand aber und besteht auch leider heute noch die Möglichkeit, daß aus tausenden solcher Mischehen weiter Tausende von Mischlingen geboren werden können, und damit die rassische Zersetzung des deutschen Volkes weiter fortschreitet; andererseits mag in manchen Fällen solcher Ehen trotz jener ungleichen Bindung der arische Teil rassisch wertvoll und an sich geeignet sein, nach Lösung seiner Ehe in einer anderen Ehe durch Erzeugung von rassereinen Nachkommen der Aufwärtsentwicklung seiner Rasse und damit seinem Volke zu dienen. Von der Entscheidung des RG. hing es also ab, ob jene Gefahr wenigstens teilweise gebannt wurde, ob diese Möglichkeit wenigstens in einigen Fällen eröffnet wurde.

Leider muß man zusammenfassend feststellen, daß das Gewicht der Gründe des unten S. 2613⁴ veröffentlichten Urteils des RG. der Bedeutung jener Frage keineswegs entspricht. Das Urteil weist in sachlich-rechtlicher und in verfahrensrechtlicher Beziehung mehrfach Mängel auf; sein Ergebnis dient nicht gerade der Vorwärtsentwicklung des Rechts im völkischen Staat.

¹⁷⁾ Sie wird noch erfolgen: Wöhrmer a. a. D. S. 92 a. G.

¹⁸⁾ Über die bisherige Gesetzgebung vgl. vor allem § 1 a RVerf. v. 30. Juni 1933.

¹⁹⁾ Insofern ist den Ausführungen des RG. (unten S. 2613⁴) zu folgen.

²⁰⁾ Die Auflösung der Ehe zwischen Arieren und Nichtariern, JW. 1933, 2367 f.

²¹⁾ Anfechtung jüdisch-arischer Ehen, DJZ. 1933, 1492 f.

²²⁾ Deutsche Justiz 1933, 818 f.

²³⁾ Die Auflösung der Ehe zwischen Juden und Arieren, JW. 1933, 2041.

²⁴⁾ Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die Bedeutung der Rasse, JW. 1934, 868 f.

²⁵⁾ Deutsche Justiz 1933, 819.

²⁶⁾ Höchste Rspr. 1934 Nr. 489 (das Berufungsurteil in dem Rechtsstreit, den das RG. unten S. 2613⁴ entschieden hat).

²⁷⁾ Nach Wöhrmer a. a. D. S. 88.

¹²⁾ Der Satz entsprach inhaltlich auch nordischem Rechtsempfinden, denn „um Kinder zu gebären, sind die Frauen, um Nachkommen zu zeugen, die Männer geschaffen“ sagt das Gesetzbuch des Mannu (IX, 96).

¹³⁾ Lafaulx, Zur Geschichte der Philosophie der Ehe bei den Griechen, 1852, S. 87.

¹⁴⁾ Vgl. hierzu vor allem Bernhöft, Staat und Recht in der römischen Königszeit, 1882, S. 197 ff. und Gesetzbuch des Manu IX, 59.

¹⁵⁾ a. a. D. S. 284.

¹⁶⁾ Schöne, Evangelisches Kirchenrecht in Preußen, 1910, Bd. II S. 373 ff.

C. Nach § 1333 BGB. kann eine Ehe von einem der Ehegatten u. a. dann angefochten werden, wenn er sich bei der Eheschließung über solche persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden. Das Gesetz kennt also — soweit es hier in Frage kommt — drei Gruppen von Voraussetzungen:

- a) eine „persönliche Eigenschaft“ des Anfechtungsgegners,
- b) „Irrtum“ des Anfechtenden bei der Eheschließung,
- c) Nichtschließung der Ehe bei
 - a) Kenntnis der Sachlage und
 - β) verständiger Würdigung des Wesens der Ehe.

Die bisherigen wissenschaftlichen Erörterungen unserer Frage litten meistens daran, daß diese drei Voraussetzungen nicht deutlich genug voneinander unterschieden wurden. Leider ist auch aus den Ausführungen des unten S. 2613⁴ veröffentlichten RUrteils nicht zweifelsfrei zu entnehmen, ob nach Ansicht des RG. es an der Voraussetzung der „persönlichen Eigenschaft des andern Ehegatten“ fehlte, oder ob der Kl. sich nicht hinsichtlich an sich erheblicher Umstände in einem „Irrtum“ befunden hat, oder ob ein solcher Irrtum nicht „bei der Eheschließung vorlag“.

Im folgenden sollen zunächst die eben erwähnten sachlich-rechtlichen Voraussetzungen der Anfechtungsklage einzeln erörtert und dann einige verfahrensrechtliche Gesichtspunkte behandelt werden.

1. Danach ist zunächst zu fragen: Ist das Jude-sein „persönliche Eigenschaft“ i. S. des § 1333 BGB.? Was ist überhaupt eine „Eigenschaft“, was eine „persönliche Eigenschaft“?

a) Jede Gesetzesauslegung soll grundsätzlich von dem Wortlaut des Gesetzes ausgehen und seine erste Bedeutung unter Beachtung der Regeln der Sprachlehre, des Sprachgebrauchs und der Logik feststellen²⁸⁾.

a) Sprachwissenschaftlich ist „Eigenschaft“ nicht eindeutig. Das Wort führt an sich ebenso auf „eigen“ zurück wie „Eigentum“ und „leibeigen“. Es wurde daher früher auch i. S. von „proprietas“ oder von „servitus“ gebraucht, später überwiegend nur noch i. S. von „qualitas“²⁹⁾ 30). Dem entsprechen die Erklärungsversuche der neueren Sprachwissenschaftler: So sagt Heine³¹⁾, Eigenschaft sei das, was das Wesen einer Person oder einer Sache bildet, oder was das Wesen einer Person oder Sache mitbestimmen hilft; ähnlich Sanders³²⁾, Eigenschaft sei das, worin das Eigen-sein, die Individualität eines Wesens begründet oder mitbegründet wird, so daß es ohne dies ihm Eigende aufhören würde, gerade dies bestimmte Wesen zu sein; endlich Bekrun³³⁾, Eigenschaft sei das, worin das Eigensein begründet ist. Diese Erklärungsversuche sind zwar verständlich, haben aber wenigstens zum Teil kaum weitergehende Bedeutung als die von Nominaldefinitionen.

β) In welchem Sinne der Sprachgebrauch des täglichen Lebens das Wort Eigenschaft verwendet, ist zweifelhaft. Sicher ist nur, daß die oben festgestellten älteren Bedeutungen heute im täglichen Leben nicht mehr vorkommen.

γ) Dem Wesen der Sache führt schon näher die Erklärung des Philosophen Heinrich Schmidt: „Eigenschaft ist das, was einem Ding eigen ist, was als Teilvorstellung notwendig zu einem Vorstellungskomplex, den wir als Ding bezeichnen, gehört. Das ‚Ding‘ besteht für uns in dem relativ konstanten Zusammenhang ‚seiner‘ Eigenschaften,

aus dem die einzelne Eigenschaft durch die Vorstellung und die Sprache isoliert und herausgehoben werden kann. Eben-sowenig, wie es für uns eigenschaftslose Dinge gibt, gibt es Eigenschaften, die nicht im Verbande mit anderen Eigenschaften stehen und mit diesen zusammen die Vorstellung des Dinges konstatieren“³⁴⁾. Ähnlich³⁵⁾ äußert sich der Logiker Sigwart über die Bedeutung des Voranges der Feststellung einer Eigenschaft: „So oft wir ein Urteils ausprechen wie: Diese Wolke ist rot — der Ofen ist heiß — ... drücken wir einmal die Einheit eines Subjektes mit seiner ... Eigenschaft aus, welche durch die Wortform angedeutet ist, und dann daneben weiter die wahrgenommene Eigenschaft ... , indem wir sie mit der allgemeinen Vorstellung rot, heiß ... Eins setzen“³⁶⁾.

b) In der Geschichte der Auslegung der „persönlichen Eigenschaft“ i. S. des § 1333 BGB. kann man zwei verschiedene Stadien unterscheiden:

a) Ursprünglich versuchte auch das RG., den Begriff der „persönlichen Eigenschaft“ i. S. der Sprachwissenschaft, des allgemeinen Sprachgebrauchs und — anscheinend auch — der Logik zu erklären. So führt es in RG. 52, 310 unter Hinweis auf den Wortlaut des § 1333 BGB. aus:

„Das Wort ‚Eigenschaft‘, das der § 1333 BGB. gebraucht, paßt auf jede Art der Beschaffenheit, welche einem Wesen (Person oder Ding) als Merkmal anhaftet. Als ‚persönliche‘ aber muß eine Eigenschaft gelten, wenn sie einer Person, und zwar nicht bloß als ein außer ihr Liegendes, mehr oder weniger Vorübergehendes und Zufälliges, sondern dergestalt wesentlich zukommt, daß sie als Ausfluß und Betätigung ihres eigentlichen Wesens, als ein integrierender Bestandteil ihrer Individualität erscheint.“

Diese Erklärung hat das juristische Schrifttum zunächst übernommen³⁷⁾.

Wenn man von diesem ersten Stadium der Geschichte der Auslegung des § 1333 BGB. ausgeht, muß man als Eigenschaft eines Juden u. a. alles ansehen, was ihn vom Nichtjuden, insbes. vom Arier unterscheidet. Alles dieses „haftet ihm als Merkmal an“ (RG.). Es mag hier besonders betont werden, daß das RG. — mit Recht — von Anfang an³⁸⁾ den Begriff der Eigenschaft nicht etwa auf körperliche Merkmale beschränkt hat, sondern grundsätzlich auch geistige und sittliche „Eigenschaften“ als erheblich anerkannt hat. Es mußte also hiernach nicht nur der Umstand, daß die Bekl. andern Blutes ist als der Kl., als eine ihr zugehörige Eigenschaft angesehen werden, sondern auch die hieraus sich ergebenden ihr eigenen Charakterzüge und die weiter sich aus der Blutsverschiedenheit sich ergebende Fähigkeit bzw. Unfähigkeit, eine bestimmte Lebensauffassung verstehen und nach ihr handeln zu können³⁹⁾. Selbstverständlich müßten diese Merkmale auch als „persön-

²⁸⁾ Heinrich Schmidt, Philosophisches Wörterbuch, 8. Aufl., unter „Eigenschaft“.

²⁹⁾ D. h. auch unter Verwendung des Gedankens der „Einheit“ zwischen „Ding“ und „Eigenschaft“.

³⁰⁾ Sigwart, Logik § 10, 1.

³¹⁾ Staubinger = (Engelmann), 9. Aufl., Bem. III 2a zu § 1333 BGB.; Planck = (Strohhal), 4. Aufl., Bem. 3, 1 zu § 1333 BGB.; RGWRomm., Anm. 5 zu § 1333 BGB.; Soergel, 4. Aufl., Anm. 1 zu § 1333 BGB.; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl., II 2 § 162 a 3, c a; F. Breit, Die rechtlichen Besonderheiten des Irrtums und der arglistigen Täuschung bei der Eheschließung, 1905, S. 40; Seidl-mayer, FestschriftsZ. 46, 183 ff. (206); im wesentlichen auch Hälder, Anm. 3c zu § 1333 BGB.; etwas abweichend Crome, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts IV § 554 I 3 S. 210 Fußnote 12: „Eigenschaften einer Person sind Merkmale, nicht, was mittels Schlussfolgerung (Urteils) von derselben ausgesagt werden kann“; völlig anders (nicht haltbar) Nietzsche, Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten, ArchZivPr. 104, 339 ff. (348): „Man muß den Tatbestand des § 1333 auf Eigenschaften beschränken, die aufs tiefste in die ehelichen Beziehungen eingreifen, die eine Ehe unerträglich machen.“

³²⁾ Schon 1902 in RG. 52, 306 ff.

³³⁾ Crome in dieser Beziehung abweichende Ansicht entspricht weder dem Sprachgebrauch noch der Sprachwissenschaft noch der Logik; vgl. hierzu auch Sigwart, Logik § 72, 11.

²⁸⁾ Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, § 51 I am Anfang.

²⁹⁾ Jacob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 3, unter „Eigenschaft“.

³⁰⁾ In diesem Zusammenhang ist interessant, daß Descartes das auf qualitas zurückführende Wort qualité teilweise auch noch im Sinne von propriété gebrauchte.

³¹⁾ Heine, Deutsches Wörterbuch, unter „Eigenschaft“.

³²⁾ Sanders, Wörterbuch der Deutschen Sprache, unter „Eigenschaft“.

³³⁾ Richard Bekrun, Das deutsche Wort, 1933, unter „Eigenschaft“.

liche" i. S. der älteren Definition des RG. angesehen werden: Sie sind durchaus „integrierender Bestandteil ihrer Individualität“, sie haften der Befl. nicht nur als etwas „Vorübergehendes und Zufälliges“ an.

β) Die Auslegung des Begriffs „persönliche Eigenschaft“ hat sich aber in der Rechtswissenschaft und Rspr. nach verschiedenen Richtungen hin geändert.

Die Rechtswissenschaft berücksichtigt in stärkerem Maße die Entstehungsgeschichte des § 1333 BGB.:

§ 1241 des Entwurf II (§ 1316 der Reichstagsvorlage und § 1333 BGB.) erwähnten neben den „persönlichen Eigenschaften“ noch „persönliche Verhältnisse“ des Anfechtungsgegners. In der Reichstagskommission wurde u. a. beantragt, die Worte „oder solche persönlichen Verhältnisse“ zu streichen, und zur Begründung wurde ausgeführt, bliebe die Bestimmung in der ursprünglichen Fassung bestehen, so sei anzunehmen, daß die Rechtswissenschaft sehr bald unter „persönlichen Verhältnissen“ auch die Vermögensverhältnisse verstehen werde⁴⁰⁾. Demgegenüber wurde geltend gemacht,

„daß unter ‚persönlichen Verhältnissen‘ die Vermögensverhältnisse niemals würden verstanden werden können, denn ‚persönliche Verhältnisse‘ seien doch keineswegs identisch mit allen ‚auf die Person sich beziehenden‘ Verhältnissen. Der Begriff müsse stehen bleiben, weil es allerdings persönliche Verhältnisse gebe, welche dieselbe Berücksichtigung verlangten, wie persönliche Eigenschaften. Man denke nur daran, daß der eine Gatte, der der katholischen Kirche angehöre, sich darüber getäuscht habe, daß der andere ein bereits geschiedener Ehegatte sei, so daß die kirchliche Trauung mit ihm nichtig sei. Es sei notwendig, daß in diesem Fall auch die staatliche Ehe angefochten werden könne. Der Begriff ‚persönliche Verhältnisse‘ sei nur eine Ergänzung des Begriffs ‚persönliche Eigenschaften‘. Bei der Ehe komme die Person in ihrer Totalität in Betracht, und zwar in ihrer ganzen sittlichen Totalität. Dazu gehörten auch die persönlichen Eigenschaften und die persönlichen Verhältnisse. Wenn sittlich schwere Defekte vor der Ehe vorhanden seien, welche sich als persönliche Eigenschaften qualifizierten, so sei das Bestehen einer guten Ehe ausgeschlossen. Wenn solche schwere sittliche Defekte sich nach dem Abschluß der Ehe ergeben, so folge in vielen Fällen daraus ein Recht auf Scheidung. Es sei daher nur konsequent, daß man ein Anfechtungsrecht gebe, wenn solche schwere sittliche Defekte vor dem Abschluß der Ehe vorlägen“⁴¹⁾.

Merkwürdigerweise fand sich dann doch eine Mehrheit für die Streichung der Worte „oder solche persönlichen Verhältnisse“.

Diese Entstehungsgeschichte war für die herrschende Lehre Veranlassung, solche Umstände, die als „persönliche Verhältnisse“ anzusehen sind, von dem älteren weiteren Begriff der „persönlichen Eigenschaften“⁴²⁾ auszuscheiden⁴³⁾. Zu jenen „persönlichen Verhältnissen“ rechnete man dann meistens die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Verbands- oder sonstigen Personenkreis und die Abstammung⁴⁴⁾. Wenn diese früher herrschende Lehre recht hätte, müßte sogar bezweifelt werden, ob die jüdische Abstammung selbst als „persönliche Eigenschaft“ angesehen werden könne; aber diese Frage wird nicht einmal vom RG. in dem unten auf S. 2613⁴⁾ veröffentlichten Urteil verneint. Jene herrschende Lehre verstand aber nicht, die Entstehungsgeschichte richtig kritisch zu würdigen und ihren Wert in ein geeignetes Verhältnis zu den übrigen Mitteln der Auslegung — vor allem dem Zweck des Gesetzes — zu setzen. Soweit ich sehe, sind nur das Lehrbuch

von Endemann⁴⁵⁾ und das Erläuterungsbuch von Dypert und von Blume⁴⁶⁾ jener schlechten Methode nicht gefolgt.

Zu der Rechtsprechung des RG. trat eine entscheidende Wandlung mit dem Urteil v. 12. Mai 1922 ein⁴⁷⁾. Unter Berücksichtigung des Zwecks des Gesetzes gelangte hier das RG. zu einer Erweiterung des Begriffs der „persönlichen Eigenschaft“, wie er sich aus einer allein sprachlich-logischen Betrachtungsweise ergibt. Es führt aus:

„für die Auslegung des Begriffs der ‚persönlichen Eigenschaften‘ i. S. des § 1333 kommt es weniger auf die sprachlich-methodische Begriffsbestimmung an, als vielmehr auf die natürliche Lebensauffassung. Für eine gedeihliche eheliche Lebensgemeinschaft ist die Persönlichkeit der Ehegatten und alles, was ihrer Persönlichkeit als solcher anhaftet, von höchster Bedeutung. Dem will das Gesetz in § 1333 Rechnung tragen, indem es einem Ehegatten, der sich in bezug auf die Persönlichkeit des anderen Ehegatten — zum Unterschied von dessen mit seiner Person zwar äußerlich verbundenen, in seiner Persönlichkeit als solcher aber nicht wurzelnden Verhältnissen — geirrt hat, die Anfechtung der Ehe gestattet, wenn der Irrtum nach allgemeiner verständiger Lebensauffassung von dem Wesen der Ehe sich als ein wesentlicher darstellt“.

Zu dem Unterschied von „persönlichen Verhältnissen“ und „persönlichen Eigenschaften“ bemerkt es mit Recht:

„Persönliche Verhältnisse lassen sich nicht grundsätzlich als etwas für die Persönlichkeit Gleichgültiges von den ‚persönlichen Eigenschaften‘ unterscheiden. Es gibt persönliche Verhältnisse, die, wie z. B. die Vermögensverhältnisse, in einem rein äußerlichen Zusammenhang mit einer Person stehen, die Persönlichkeit als solche nicht berühren, während es andererseits persönliche Verhältnisse gibt, die gerade in der Persönlichkeit wurzeln, ihren Ausfluß bilden und so eng mit ihr verknüpft sind, daß sie nach allgemeiner Lebensanschauung persönlichen Eigenschaften gleichachtet und gleichbehandelt werden.“

Über das Bedenken aus der Entstehungsgeschichte kommt das RG. mit Recht hinweg: Die Fälle, die die Mehrheit der Reichstagskommission im Auge hatte (Vermögensverhältnisse), liegen ersichtlich grundlegend anders. Diesen Ausführungen wird man ohne weiteres folgen können⁴⁸⁾.

Es ist also danach völlig unerheblich, ob das Nichterkenntnis des Anfechtungsgegners bei sprachlich-logischer Betrachtungsweise als eine „persönliche Eigenschaft“ oder als ein „persönliches Verhältnis“ angesehen werden kann. Nach allgemeiner Lebensauffassung wird es einer persönlichen Eigenschaft gleichachtet, weil die Persönlichkeit des Nichterkenntnis unlösbar mit ihm verbunden ist.

2. Weiter entsteht die Frage: Was ist Irrtum im Sinne des § 1333 BGB?

a) Es ist von deutschen Obergerichten schon wiederholt und in verschiedenem Zusammenhang ausgesprochen worden, daß als „Irrtum“ begrifflich nur eine positiv unrichtige Vorstellung angesehen werden könne, daß dagegen derjenige, der sich über ein Ereignis über einen Umstand überhaupt keine Vorstellung macht, nicht irrt. Diese Erwägung legt der 2. Strafsen. des RG.⁴⁹⁾ der Entscheidung der Frage, was ist Irrtum i. S. des § 263 StGB. ? zugrunde. Jener Gedanke wird vom OVG. Hamburg auch bei der Feststellung eines „Irrtums“ i. S. des § 1333 BGB. — und zwar in besonders scharfer Form — angewandt⁵⁰⁾. Das Hans. OVG. beschränkt den Begriff des „Irrtums“ i. S. des § 1333 BGB. nicht nur auf die Fälle einer positiv unrichtigen Vorstellung, sondern ver-

⁴⁵⁾ II 2 § 162 a 3, c a S. 204 Fußnote 39 unter Hinweis auf Sinn und Zweck des Gesetzes.

⁴⁶⁾ Anm. 1 b β zu § 1333 BGB.: die in der Reichstagskommission gemachte Unterscheidung sei im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gekommen.

⁴⁷⁾ RG. 104, 335 ff. = JW. 1924, 677.

⁴⁸⁾ Von den oben erwähnten Erläuterungsbüchern führen einige merkwürdigerweise dieses Urteil an, bleiben aber gleichwohl bei dem Unterschied zwischen „persönlichen Eigenschaften“ und „persönlichen Verhältnissen“ stehen.

⁴⁹⁾ RGSt. 42, 40.
⁵⁰⁾ ZurAbfch. 1926, 1403 Nr. 1941.

⁴⁰⁾ Kommissionsberichte S. 58.

⁴¹⁾ Kommissionsberichte S. 58/59.

⁴²⁾ über die Abgrenzung von „Eigenschaft“ und „Verhältnis“ im Sinne der Logik vgl. Sigwart, Logik § 73.

⁴³⁾ Staudinger a. a. D.; Soergel a. a. D.; Planck a. a. D.; RGRKomm. a. a. D.

⁴⁴⁾ Das Hans.OVG. rechnet in Hans.OVG. 1927 Weibblatt 201 die Abstammung zwar grundsätzlich nicht zu den persönlichen Eigenschaften, wohl aber die Abstammung von einem geisteskranken Vater.

langt sogar für die Annahme eines Irrtums die Feststellung einer gewissen Nachprüfung (!) der Eigenschaft des anderen Teils⁵¹⁾.

b) Die deutsche Sprachwissenschaft scheint überwiegend unter „Irrtum“ nur die positiv unrichtige Vorstellung, nicht die vorstellungslose Unkenntnis zu verstehen⁵²⁾.

Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens unterscheidet m. E. nicht eindeutig zwischen unrichtiger Vorstellung und vorstellungsloser Unkenntnis.

Die deutschen Philosophen verwenden das Wort meist in dem engeren Sinn: so Kant⁵³⁾ und Schopenhauer⁵⁴⁾. In der französischen Philosophie wird klar zwischen *erreur* und *ignorance*⁵⁵⁾, in der englischen zwischen *error* und *ignorance*⁵⁶⁾ unterschieden und nur *erreur* bzw. *error* mit „Irrtum“ übersetzt.

Wenn man „Irrtum“ in diesem engeren Sinne verstehen müßte, wäre in vielen Fällen die Anfechtung deswegen abzulehnen, weil der Anfechtungskläger sich über gewisse negative Eigenschaften des Anfechtungsgegners überhaupt keine Vorstellung gemacht hat. Die Auslegung des Begriffs des Irrtums i. S. des § 1333 BGB. darf aber nicht an der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des Gesetzes vorbeigehen.

c) Die Entstehungsgeschichte des § 1333 BGB. ergibt, daß die Väter des Gesetzes jene Unterscheidung nicht erkannt haben.

Der erste Entwurf wollte in § 1259 Ziff. 1 den Ehegatten die Anfechtung der Ehe u. a. dann gestatten, „wenn ihm solche persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse des anderen Teils von diesem verhehlt sind, welche ihn bei verständiger Würdigung des Zwecks der Ehe von der Eheschließung abhalten mußten...“. Das „Verhehlen“ würde wohl für die unmittelbare Gesetzesanwendung eine positiv unrichtige Vorstellung vorausgesetzt haben.

Man wollte dagegen zunächst eine allgemeine Anfechtung der Ehe wegen „jogenannten wesentlichen Irrtums über Eigenschaften und Verhältnisse des anderen Teils“ nicht zulassen⁵⁷⁾. Man erwog, daß dies eine Durchbrechung des Grundgesetzes des § 102 Entw. 1 wäre, die letzten Endes nicht zu rechtfertigen sei. § 102 hatte ausdrücklich den „Irrtum in den Beweggründen“ für grundsätzlich unerheblich erklärt. Es wurde zwar anerkannt,

„daß, wenn es in der Person eines der Eheschließenden wegen der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse desselben an einer wesentlichen Voraussetzung für eine dauernde völlige Lebensgemeinschaft, für eine gegenseitige innige Hingabe, wie sie das Wesen der Ehe mit sich bringt, fehlt, dem anderen Teile, sofern dieser sich im Irrtum über jene Eigenschaften und Verhältnisse befunden hat, bei Kenntnis der Sachlage aber die Ehe nicht geschlossen haben würde, die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden dürfe, namentlich dann nicht, wenn größere sittliche Mängel in der Person des einen Teils dem anderen unbekannt geblieben seien. Vom praktischen Gesichtspunkt aus kann man ferner für die Zulassung der Anfechtung wegen Irrtums

⁵¹⁾ Für die Frage der Anfechtung der rassistischen Mischehe verwendet den Irrtumsbegriff in diesem engen Sinn noch Schumacher: *DZB.* 1933, 1493.

⁵²⁾ Bekrun unter „Irrtum“ (gleich falsche Ansicht); *Wörterbuch der deutschen Synonymen*, 1033 (vgl. jedoch auch Nr. 1029); *Heine* unter „Irrtum“; *Sanders* unter „Irrtum“ (nach *Sanders* spricht Goethe von einem „falschen Urteil des Verstandes“).

⁵³⁾ Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 5. Aufl., S. 350 (S. 244 f. der großen Cassirer-Ausgabe).

⁵⁴⁾ Schopenhauer, *Welt als Wille und Vorstellung* (Griesebach, 3. Aufl.) S. 126 f.

⁵⁵⁾ André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 4. Aufl., 1932, unter „ignorance“: *il est usuel d'opposer l'ignorance, qui n'affirme rien, à l'erreux qui affirme à tort.*

⁵⁶⁾ James Mark Baldwin, *Dictionary of philosophy and psychology*, 1902 unter „truth and error“ und unter „ignorance“: *error = belief in propositions which are . . . false“*, *ignorance = „want of knowledge at to a certain point, lack of information as to a certain matter“.*

⁵⁷⁾ *Mot.* IV, 74.

in solchen Fällen geltend machen, daß die Nichtzulassung die Zahl der unglücklichen Ehen vermehren werde“⁵⁸⁾.

Demgegenüber legte man jedoch entscheidendes Gewicht auf folgende Erwägungen:

„Bei dieser Art der Regelung wird das individuelle Interesse desjenigen, der geirrt hat, zu sehr in den Vordergrund gestellt und dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe, sowie dem Interesse des anderen Teils, wenn dieser den betreffenden Umstand ebenfalls nicht gekannt hat, nicht genügend Rechnung getragen“⁵⁹⁾.

In der „Kommission für die zweite Lesung“ wurden zu § 1259 des Entwurf I zahlreiche Anträge gestellt. Unter anderem sah ein Antrag 1 vor: „Eine Ehe kann als ungültig angefochten werden: 1. . . , 2. von einem Ehegatten, der bei der Eheschließung die Person des anderen verwechselt oder solche persönlichen Eigenschaften desselben nicht gekannt hat, welche bei verständiger Würdigung des Zwecks der Ehe...“⁶⁰⁾. Diese Fassung hätte zweifellos auch die vorstellungslose Unkenntnis mitumfaßt.

Ein Antrag 2 wollte statt des § 1259 des Entwurf I u. a. bestimmen (in § 1259 c): „Eine Ehe ist anfechtbar, wenn einer der Ehegatten bei der Eheschließung über die Person des anderen Eheschließenden oder über solche persönlichen Eigenschaften desselben im Irrtum war, deren Kenntnis ihn bei verständiger Würdigung des Zwecks der Ehe...“⁶¹⁾. Dieser Antrag spricht also wiederum nur von einem „Irrtum“.

In einem dritten Antrage endlich wurde wieder vorausgesetzt, daß der Anfechtende „das vor der Ehe vorhandene unheilbare Unvermögen des anderen zur Geschlechtsgemeinschaft mit ihm nicht gekannt hat“⁶²⁾. In der Niederschrift heißt es aber hierzu weiter: „Bei dem Vorschlage wird die Annahme der in den Anträgen Nr. 1 und 2 enthaltenen Vorschriften über die Anfechtung wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten vorausgesetzt.“

Schon die Fassung dieser Anträge ergibt, daß sich die Antragsteller über die Unterschiede zwischen einem Irrtum im engeren Sinne und der vorstellungslosen Unkenntnis nicht klar waren. Aber man hat auch in der Debatte über jene Anträge nicht über diese Unterscheidung gesprochen⁶³⁾. Man wollte die Fassung der Bestimmung der Redaktionskommission überlassen⁶⁴⁾.

Im übrigen entschied man sich vor allem, weil „tatsächlich“ eine Reihe von persönlichen Eigenschaften des Eheschließenden im Leben als wesentlich angesehen werden, und aus Billigkeitsgründen für die — gegenüber dem Entwurf I — weitergehenden Grundzüge der Anträge 1 und 2.

Die Denkschrift bemerkt⁶⁵⁾, der Entwurf habe sich dem § 40 II 1 *WR.* und den §§ 1595, 1596 *SächBWB.* angeschlossen, spricht aber im übrigen nur von „Irrtum“. Zur Begründung der Notwendigkeit einer Anfechtung in den Fällen des Irrtums über die Person oder über persönliche Eigenschaften der Person wird gesagt: „In den bezeichneten Fällen fehlt es an einer wesentlichen Voraussetzung für die dauernde völlige Lebensgemeinschaft, wie sie durch die sittliche Natur der Ehe gefordert wird, und es kann eben deshalb dem Ehegatten, der sich in solcher Art geirrt hat, gegen seinen Willen die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden.“

Die Entstehungsgeschichte ergibt einmal, daß aus der schließlichen Wahl des Wortes „Irrtum“ (statt „Unkenntnis“) keine entscheidenden Schlüsse gezogen werden können. Zugleich ergibt sie aber, schon wenn man nur die oben mitgeteilten Zweckerwägungen der Väter des Gesetzes berücksichtigt, daß eine — mindestens entsprechende — Anwendung des Gesetzes auf die Fälle der vorstellungslosen Unkenntnis gestattet und geboten ist: Beim Mangel eines Ehegatten an einer wesentlichen Voraussetzung für eine dauernde Lebensgemeinschaft kann dem anderen Teil nach Erlangung der Kenntnis von diesem Mangel die Fortsetzung der Ehe nicht nur dann nicht mehr zugemutet werden, wenn er hinsichtlich jener Voraus-

⁵⁸⁾ *Mot.* IV, 76.

⁶¹⁾ *Prot.* S. 5011/12.

⁶⁴⁾ *Prot.* S. 5017.

⁵⁹⁾ *Mot.* a. a. D.

⁶²⁾ *Prot.* S. 5013.

⁶⁵⁾ S. 168/69.

⁶⁰⁾ *Prot.* S. 5010.

⁶³⁾ *Prot.* S. 5016.

setzungen in der Person seines Ehepartners eine unrichtige Vorstellung hatte, sondern auch dann nicht, wenn er sich hierüber überhaupt keine Vorstellung macht. Dies wird besonders deutlich bei „negativen Voraussetzungen“ wie der Abwesenheiten von gewissen unheilbaren Geschlechtskrankheiten usw.

d) Erst recht müßte man diese Gesetzesanwendung gutheißen, wenn man den rechtspolitischen Zweck mitberücksichtigt, den eine Bestimmung wie § 1333 BGB. im völkischen Staat haben muß. Für das staatliche Interesse daran, daß Rassenmischehen tunlichst nicht weiter bestehen, ist es vollständig gleichgültig, ob der anfechtungsberechtigte Ehegatte sich über die Bedeutung des Rassenunterschiedes eine unrichtige oder gar keine Vorstellung machte.

e) Man wird also im Ergebnis dem RG. zustimmen können, wenn es in der — leider vielfach übersehenen⁶⁶⁾ — Entscheidung Warneyer 1926 Nr. 159 S. 237 im Anschluß an seine Rechtsprechung über den Begriff des Irrtums i. S. des § 119 BGB.⁶⁷⁾ auch für die Anwendung des § 1333 BGB. die unbewußte Nichtkenntnis dem Irrtum gleichstellt.

f) In diesem Zusammenhang bedarf ein weiterer Gesichtspunkt noch besonderer Hervorhebung, der auch bei zahlreichen Mischehen von Bedeutung sein dürfte. Es fragt sich nämlich, wie liegt es, wenn ein Ehegatte über eine an sich erhebliche Eigenschaft des anderen im Zweifel war? Das RG. hatte in RG. 85, 324 = JW. 1914, 20 ausgeführt: „Der rechtsgeschäftliche Irrtum (§ 119 BGB.) besteht seinem Wesen nach darin, daß der Erklärende in falschen Vorstellungen befangen ist; dem steht gleich die auf dem völligen Fehlen der entscheidenden Vorstellung beruhende Unwissenheit, wenn sie eine dem Irrtenden unbewußte ist. Dagegen liegt kein Irrtum i. S. des § 119 vor, wenn Zweifel vorhanden ist.“ Diese Ausführungen überträgt der RGNom. (68) auf den Irrtum i. S. des § 1333 BGB. Soweit die Ausführungen des RG. sich auf den Fall des Zweifels beziehen, sind sie m. E. falsch oder doch grob mißverständlich. Wer im Zweifel ist, hat zwei — oder mehr — Vorstellungen, wie auch das Wort „Zweifel“⁶⁹⁾ ausdrückt.

Der Zweifelnde stellt sich vor,

entweder: es ist die Tatsache a oder die Tatsache b gegeben, oder: es ist die Tatsache a gegeben oder sie ist nicht gegeben.

Ist die Tatsache a in Wahrheit nicht gegeben, so irrt er insoweit ohne Rücksicht darauf, ob die Tatsache b gegeben ist oder eine andere Tatsache oder gar keine. Für die Annahme eines Irrtums kommt es schon nach allgemeinen Sprach- und Denkgesetzen zwar darauf an, ob eine etwa vorhandene Vorstellung richtig oder falsch ist, aber nicht darauf, ob sie sicher oder ungewiß ist.

Hat der Zweifelnde eine Willenserklärung abgegeben, so entsteht dann die ganz andere Frage: Ist sein Irrtum ursächlich für die Tatsache der Abgabe der Willenserklärung oder für deren Inhalt oder fehlt es an jedem ursächlichen Zusammenhang? Hier muß man unterscheiden:

a) sagte sich der Mann z. B., möglicherweise ist meine Verlobte eine Jüdin, ich hoffe es nicht, ich würde die Ehe mit ihr aber auch dann eingehen, wenn sie Jüdin sein sollte, dann war, falls sie Jüdin ist, sein Irrtum für die Eingehung der Ehe nicht ursächlich;

b) sagte er sich dagegen, meine Verlobte ist möglicherweise Jüdin, ich hoffe es nicht und würde die Ehe mit ihr nicht eingehen, falls sie Jüdin sein sollte, so wäre sein Irrtum auch ursächlich für seine Willenserklärung.

Nun wird man freilich aus den Worten „bei der Eheschließung“ in § 1333 BGB. folgern können, daß der Irrtum des Anfechtenden auch für seine Willenserklärung ursächlich gewesen sein muß. Das wird aber unter den eben genannten Voraussetzungen auch dann der Fall sein, wenn er sich „im Zweifel“ befand. Eine entgegengesetzte Gesetzesauslegung würde m. E. im übrigen zu durchaus unerwünschten Ergebnissen führen.

g) In dem unten S. 2613⁴ veröffentlichten Urteil scheint das RG. zunächst der oben (unter e) erörterten weiteren Auslegung des Begriffs „Irrtum“ zu folgen, wenn es ausführt: „Hat also ein arischer Ehegatte bei der Eheschließung nicht gewußt (!), daß der andere der jüdischen Rasse angehört, so hat er sich in einem Irrtum (!) über eine persönliche Eigenschaft des anderen befunden, der ihn beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 1333 zur Anfechtung der Ehe berechtigt.“ Das ist nach den obigen Feststellungen richtig, richtig ist insbesondere, daß es nicht darauf ankommt, ob der Anfechtende sich überhaupt eine Vorstellung über die Rassezugehörigkeit des Anfechtungsgegners gemacht hat.

Das RG. versucht nun aber weiter zu beweisen, daß es grundsätzlich anders liege, wenn der Anfechtende zwar bei der Eheschließung wußte, daß der andere Teil zur jüdischen Rasse gehöre, wenn er die Bedeutung dieses Umstandes aber nicht voll erkannt hatte. Seine Ausführungen zu diesem Punkt sind nicht eindeutig. Zwar bemerkt es am Schluß: „Dabei handelt es sich im wesentlichen um eine Frage der Beweislast“⁷⁰⁾. Es erörtert aber in dem vorhergehenden Absatz nur sachlich-rechtliche Fragen, bildet Beispiele, die nur auf die sachlich-rechtliche Frage des Vorliegens eines „Irrtums“ — nicht auf die verfahrensrechtliche Frage der Möglichkeit seiner Feststellung im Rechtsstreit — eingehen und stellt die „Regel“ auf: „Dem Standpunkt des geltenden Rechtes aus ist die Anfechtbarkeit von Mischehen in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig zu verneinen.“

Sollten seine Ausführungen i. S. der Feststellung von sachlich-rechtlichen Rechtsfakten oder der Auslegung des sachlichen Rechts zu verstehen sein, so müßte man sie unter allen Umständen ablehnen. Das Wort „Jude“ ist die Bezeichnung für eine Sammelvorstellung (einen Vorstellungskomplex). Man hat noch nicht die richtige Vorstellung von einem bestimmten Juden, z. B. dem Anfechtungsgegner, wenn man zwar weiß, daß es sich um einen Angehörigen der jüdischen Rasse handelt, sondern erst dann, wenn man alle Merkmale kennt, die jeden Juden von jedem Arier unterscheiden, und die die Persönlichkeit jedes Juden bestimmen, und wenn man sich bewußt ist, daß alle diese Merkmale in der Person jenes bestimmten Juden gegeben sind. Daher hat auch der Kläger in dem vom RG. entschiedenen Falle sich solange in einem „Irrtum“ über eine „persönliche Eigenschaft“ der Beklagten befunden, als ihm nicht alle körperlichen, geistigen und sittlichen Merkmale der Beklagten, die auf ihre jüdische Abstammung zurückzuführen und untrennbar zu ihrer Persönlichkeit gehören, bekannt waren. Zu diesen Merkmalen gehören vor allen Dingen auch diejenigen, die erst für den erkennbar sind, dem die Erkenntnisse der neuen Rassenforschung geläufig sind.

3. Auch wenn ein Ehegatte sich bei der Eheschließung über eine persönliche Eigenschaft des anderen Ehegatten geirrt hat, kann er die Ehe nur dann anfechten, wenn es sich um eine solche Eigenschaft handelt, „die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden“.

a) Es entsteht hier zunächst die Frage: Nach welchen Gesichtspunkten ist es zu prüfen, ob der Ehegatte bei „Kenntnis der Sachlage“ die Ehe abgeschlossen hätte? Jung⁷¹⁾ stellt es in dieser Beziehung auf die Erkenntnisse der Rassenforschung im Zeitpunkt der Eheschließung ab. Das ist m. E. nicht richtig. Vielmehr ist jenes Merkmal nach ähnlichen Gesichtspunkten festzustellen, wie der ursächliche Zusammenhang vom Standpunkt der Adäquanztheorie⁷²⁾ aus. Zutreffend führt das RG. hierzu aus: „Für das objektive Anfechtungserfordernis des § 1333 ist allein von Bedeutung, wie der körperliche Zustand des Klägers im Zeitpunkt der Eheschließung tatsächlich gewesen ist, und nicht, wie er sich im Zeitpunkt der Eheschließung beurteilen ließ. Für die Feststellung dieses objektiven Befundes sind alle im Zeitpunkt der Entscheidung zu Gebote stehenden Erkenntnisquellen zu benutzen“⁷³⁾. „Es wäre

⁷⁰⁾ Müßte es nach dem Zusammenhang nicht „Tatsachen- und Beweiswürdigung“ heißen?

⁷¹⁾ a. a. O. S. 2368.

⁷²⁾ D. h. auch hier objektive „nachträgliche Prognose“.

⁷³⁾ RG. 103, 325; zustimmend RGNom., Anm. 8 zu § 1333; Schneider S. 869.

⁶⁶⁾ Auch von Schumacher a. a. O. S. 1493.

⁶⁷⁾ RG. 62, 205 und RG. 85, 324 = JW. 1914, 20.

⁶⁸⁾ Anm. 6 zu § 1333 BGB.

⁶⁹⁾ Es dürfte mit „zweifeltig“ zusammenhängen.

also auch hier von dem Stand der Rassenforschung im Zeitpunkt der Urteilsfällung auszugehen.

b) Weiter wird zwar nicht geprüft werden sollen, wie würde der Anfechtende sich heute entscheiden, sondern, wie hätte er sich „bei verständiger Würdigung“ der Ehe entschieden, als er vor der Frage stand, ob er die Ehe eingehen solle oder nicht. Im übrigen dürfte aber das Wesen der Ehe nach unserer heutigen Auffassung zu würdigen sein. Diese stimmt aber mit dem altnordischen Rechtsempfinden jedenfalls insoweit überein, als zum Wesen der Ehe auch der Zweck, rassistische wertvolle Nachkommen zu züchten, gehört. Auch die Frage, ob die Würdigung „verständlich“ ist, ist nach heutigen Anschauungen zu entscheiden. Danach erscheint aber eine irgendwann erfolgte Würdigung des Wesens der Ehe, die sich über Rassengegensätze hinwegsetzt, als unverständlich. Diese Grundsätze deutet das RG. schon an, wenn es ausführt: „Aber auch die Frage, ob die Beklagte bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Ehe nicht geschlossen haben würde, ist unter Zugrundelegung des objektiven richtigen, unter Benützung aller jetzt verfügbaren Beweistatsachen festzustellenden Sachverhalts zu beurteilen“⁷⁴). Den hier erwähnten „Beweistatsachen“ sind die Tatsachen der heutigen Erfahrung ohne weiteres gleich zu setzen.

4. Das RG. versucht endlich, die unten auf S. 2613⁴ veröffentlichte Entscheidung wieder einmal mit einem Hinweis auf seine Bindung an das Gesetz zu begründen. Es sagt: „Die Gerichte sind nicht befugt, den nationalsozialistischen Anschauungen über diejenigen Grenzen hinaus Geltung zu verschaffen, die die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staats sich selbst gezogen hat. In dieser Hinsicht ist von entscheidender Bedeutung, daß die Gesetzgebung der nationalsozialistischen Regierung in der Rassenfrage bei weitem nicht alle Forderungen des nationalsozialistischen Programms verwirklicht hat.“

Der erste Satz mag an sich richtig sein; aber das RG. vermag wirklich nicht zu beweisen, daß die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staats in der Rassenfrage sich bestimmte „Grenzen gezogen“ habe. Oft genug ist von maßgeblicher Seite öffentlich ausgesprochen worden, daß auch in dieser Beziehung das Programm langsam in verschiedenen Stufen durchgeführt werden werde⁷⁵). Fried hat die bisherigen Gesetze selbst als „Beginn und Ausgangspunkt“ der deutschen Rassen Gesetzgebung bezeichnet. Es kann also von einer gewissen Selbstbeschränkung der nationalsozialistischen Gesetzgebung in dieser Frage nicht die Rede sein. Die Gerichte haben vielmehr auch hier zu prüfen, inwieweit die nationalsozialistische Weltanschauung zu einer anderen Auslegung der bisherigen lückenhaften Gesetze nötigt; denn „Das Recht ist nur ein Teil unserer Gesamtkultur, der insbesondere mit den ethischen und wirtschaftlichen Anschauungen und Bedürfnissen untrennbar verbunden ist. Deshalb ist es im Zweifel so anzulegen, daß es den Anforderungen und der Entwicklung unserer Gesamtkultur möglichst gerecht wird“⁷⁶). Zu diesen sittlichen Anschauungen und Bedürfnissen gehören aber auch die völkischen. Das RG. hätte also, solange der Gesetzgeber des Dritten Reichs noch über die Frage der Anfechtung von Rassenmischehen schweigt, selbst so entscheiden sollen, wie es entscheiden müßte, wenn es Gesetzgeber wäre.

II. In verfahrensrrechtlicher Beziehung ist vor allem folgendes zu erwägen:

Nach § 549 ZPO. kann die Revision nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung des Gesetzes beruhe. Gemäß § 561 ZPO. unterliegen grundsätzlich nur die vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen der Beurteilung durch das Revisionsgericht. Zu den dem Revisionsgericht obliegenden Aufgaben gehört danach sicher die Unterordnung (Subsumtion) der festgestellten Tatsachen unter das Gesetz. Das RG. hat hierüber hinaus ständig die Feststellung von allgemeinen Erfahrungssätzen für sich in Anspruch genommen⁷⁷). Diese Erfahrungssätze dienen im Rechtsstreit

„immer nur als Obersätze für die Beurteilung der Tatsachen und zwar sowohl bei der eigentlichen Subsumtion unter die Rechtsbegriffe, wie bei der Würdigung der Beweismittel und Beweiszeichen“⁷⁸).“

1. Das RG. stellt nun⁷⁹) den Erfahrungssatz auf: „Hat der Anfechtungskläger bei der Eheschließung gewußt, daß er eine Frau heiratet, die der von der arischen verschiedenen, jüdischen Rasse angehört, so ist ... regelmäßig anzunehmen, daß er sich über die fragliche Eigenschaft der Frau nicht im Irrtum befunden hat“, das soll in diesem Zusammenhang heißen, daß er alle zum Wesen eines Juden nach dem heutigen Stande der Rassenforschung gehörigen Merkmale gekannt hat.

Dieser „Erfahrungssatz“ ist falsch! Völlig zutreffend führt ein guter Kenner der tatsächlichen Verhältnisse, Mößner, aus⁸⁰):

„Tatsache ist dagegen, daß gerade die auf der Rassenkunde und Erbbiologie begründete nationalsozialistische Rassenlehre nicht nur auf heftigsten Widerstand gestoßen war, sondern auch am wenigsten Verständnis gefunden hatte. Der unermüdblichen Aufklärungsarbeit der Bewegung, die erfahrungsgemäß nur einen verhältnismäßig kleinen Bruchteil der Gesamtbevölkerung erfassen konnte, war der überragende Einfluß nahezu der ganzen, meist in jüdischer Hand befindlichen Presse gegenübergestanden; sie war darüber hinaus aufs Schärfste bekämpft worden mit dem eingespielten Propagandaapparat aller übrigen politischen Parteien; ihr hatte nicht ohne Erfolg entgegengewirkt die Tätigkeit zahlreicher Geistlicher auf der Kanzel und im Beichtstuhl; sie war in verschiedenen Erlassen des deutschen Episkopats als Verkündung einer neuen, auf materialistischer, ja heidnischer Grundlage beruhenden Religion hingestellt worden; ihr war gerade aus intellektuellen Kreisen jede Wissenschaftlichkeit, selbst Ernsthaftigkeit abgesprochen worden. Es ist daher eine irriige Annahme, daß jeder, der sich heute zum Nationalsozialismus bekennt, deshalb auch mit dem Rassenproblem vertraut ist. Weite Kreise lehnen aus religiösen Bedenken (Monogenismus!) jede Beschäftigung mit den Rassenfragen ab. Andere wiederum, so zahlreiche Künstler und Gelehrte, leben nach wie vor unberührt von politischen und weltanschaulichen Wandlungen. Gerade diese Kreise aber kommen für Rassenmischehen häufig in Betracht. Was weiß andererseits ein armes Mädchen aus der breiten Masse des Volkes, geblendet vom Reichtum ihres jüdischen Freiers, von der besonderen Wesensart des Judentums oder gar vom Einfluß des Rassenunterschiedes auf die Nachkommenschaft? Wie viele erblicken den wesentlichen Unterschied der Rasse in der andersartigen Einstellung zu den wirtschaftlichen und kulturellen Fragen, ohne sich Gedanken zu machen über die physischen Zusammenhänge!“

Es ist aber auch fast unverständlich, daß das RG. sein Urteil an der entscheidenden Stelle mit einem Hinweis darauf, daß das nationalsozialistische Programm von 1920 die Verschiedenheit der deutschen und jüdischen Rasse betont habe und den Rassenbegriff und die Vorstellung von einem Gegensatz der Rassen „ins Volk getragen“ habe, begründen zu können glaubt. Erstaunlich lebensfremd! Sollte die außerordentliche Schwere des Kampfes der nationalsozialistischen Bewegung um die Seele des deutschen Volkes in Leipzig überhaupt nicht bemerkt worden sein?

2. Das Berufungsgericht hatte über die Zugehörigkeit der Vekl. zur jüdischen Rasse festgestellt: „Diese Eigenschaft ist nicht neu; sie bestand schon zur Zeit der Eingehung der Ehe. Sie wurde damals nur nicht erkannt, weil sie eben damals nach der damaligen Vorstellung- und Betrachtungsweise in ihrer ganzen Tragweite nicht erkennbar war. In dieser Nichterkenntnis des Kl. bestand sein Irrtum bei Eingehung der Ehe. Die mangelhafte und lückenhafte Kenntnis und Erkenntnis der Rassenfrage hat bei ihm nachteilig gewirkt und die Eingehung der Ehe erst ermöglicht. Der Kl. hätte die Ehe mit der Vekl. nicht geschlossen, wenn er damals, d. h. im August 1930 schon die Kenntnisse über die Rassen-

⁷⁴) RG. 103, 325.

⁷⁵) Vgl. Mößner a. a. O. S. 92 am Ende.

⁷⁶) Erneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, § 51 III.

⁷⁷) Vgl. Stein-Jonas, 15. Aufl., Bem. III B 2 zu § 549 ZPO. mit zahlreichen Entscheidungen in Fußnote 35.

⁷⁸) Stein-Jonas, Bem. II 3 zu § 282 ZPO.

⁷⁹) Unten S. 2613⁴.

⁸⁰) a. a. O. S. 90.

frage gehabt hätte, die ihm die nationalsozialistische Revolution vermittelt hat.“ Diese Ausführungen sind zwar nicht ganz zutreffend formuliert, insofern als über die Kenntnis des Kl. von der Rassenfrage gesprochen wird, statt von der Kenntnis des Kl. von aus der Rassenzugehörigkeit der Besch. sich ergebenden Merkmalen ihrer Persönlichkeit, deren Feststellung erst auf Grund der geläuterten Erkenntnis der neuen Rassenforschung möglich ist. Der Zusammenhang ergibt aber, daß das OLG. dahingehende tatsächliche Feststellungen hat treffen wollen. An diese tatsächlichen Feststellungen war das RG. an sich gemäß § 561 ZPO. gebunden⁸¹⁾.

Es ist nun möglich — und wahrscheinlich —, daß die Revisionsklägerin die Verletzung von § 286 ZPO. und des oben erwähnten „Erfahrungssatzes“ gerügt hat. Hielt das RG. diese Sätze für verlegt, so durfte es aber nicht gemäß § 565 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO. in der Sache selbst entscheiden, indem es entweder die Beweis- und Tatsachenwürdigung des OLG. durch eine andere ersetzte oder den Kl. als beweiszüchtig behandelte. Damit verletzte es in jedem Falle entweder § 561 ZPO. oder die §§ 139 und 300 ZPO. Dem Kl. hätte in jedem Falle die Möglichkeit eröffnet werden müssen, in einer neuen Berufungsverhandlung tatsächlich darzutun, daß einer von den Ausnahmefällen, von denen das RG. spricht, gegeben sei.

D. Nach § 1339 BGB. kann die Anfechtung nur binnen Jahresfrist erfolgen. Die Frist beginnt gemäß Abs. 2 im Falle des § 1333 BGB. in dem Zeitpunkt, in welchem der Ehegatte den Irrtum „entdeckt“. Nach Abs. 3 des § 1339 finden auf diese Frist auch die §§ 203 und 206 BGB. Anwendung.

I. 1. Die „Entdeckung“ setzt in jedem Falle die Erlangung einer positiven Vorstellung voraus. War die Vorstellung bisher falsch, so ist der Irrtum „entdeckt“, sobald der Irrtümder die wahre Sachlage erkennt. Hatte er im Zeitpunkt der Eheschließung überhaupt keine Vorstellung über eine an sich erhebliche Eigenschaft des anderen Teils, so wird in entsprechender Anwendung von § 1339 Abs. 2 BGB. die Anfechtung für unzulässig erklärt werden müssen, sobald sechs Monate verstrichen sind, nachdem der Anfechtende die richtige Vorstellung von jener Eigenschaft erlangt hat.

2. Für die Anwendung des § 121 BGB. hat das RG. anerkannt⁸²⁾, daß die Anfechtungserklärung noch als „unverzüglich“ abgegeben angesehen werden könne, wenn der Anfechtende nicht schon erklärte, als er an der Übereinstimmung des von ihm Erklärten mit dem von ihm Gewollten zu zweifeln begann, sondern erst dann, als er Gewißheit darüber erlangt hatte, daß diese Erklärung mit seinem Willen nicht übereinstimmte. Man könnte an eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Behandlung der Frist des § 1339 BGB. denken. Die herrschende Lehre verlangt auch die Erlangung einer vollen Gewißheit und läßt den bloßen Verdacht einer Täuschung nicht genügen⁸³⁾.

Das ist m. E. für die nachträgliche Entstehung von „Zweifeln“ nicht unbedenklich. Nach § 1337 Abs. 2 BGB. ist die Anfechtung auch ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsberechtigte nach der Entdeckung des Irrtums die Ehe bestätigt. Die Bestätigung ist einseitige, nicht empfangsbedürftige und nicht formbedürftige Willenserklärung⁸⁴⁾. Sie kann auch stillschweigend erklärt werden. Sie bedeutet die Erklärung des Willens, eine Ehe, deren Fortsetzung dem Anfechtungsberechtigten an sich nicht mehr zuzumuten ist, doch fortsetzen zu wollen. Im Ergebnis wird man das Verhalten des Anfechtungsberechtigten m. E. schon dann als „Bestätigung“ ansehen können, wenn die unrichtige Vorstellung über die erhebliche Eigenschaft seines Ehepartners für die Fortsetzung der Ehe nicht mehr allein ursächlich wird. Das dürfte entsprechend auch für den Lauf der Frist in § 1339 Abs. 2 BGB. gelten.

II. Nach § 1339 Abs. 3 i. Verb. m. § 203 BGB. ist der Lauf der Anfechtungsfrist gehemmt, wenn der Anfechtungsberechtigte „durch Stillstand der Rechtspflege“ oder „in anderer Weise durch höhere Gewalt“ an der Rechtsverfolgung verhindert war. Nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung ist eine entsprechende Anwendung auf solche Fälle gestattet und geboten, in denen infolge allgemein geübter unrichtiger Auslegung eines Rechtsfazes durch die Gerichte — insbes. wenn diese Auslegung auf einer bei den Behörden allgemein vertretenen Weltanschauung beruht — nicht an eine erfolgreiche Durchsetzung eines Rechts zu denken ist.

E. Das RG. hält sich an der Anerkennung einer weitergehenden Möglichkeit der Anfechtung von Mischehen — wie schon bemerkt — u. a. auch mit Rücksicht auf den Rechtsstaatsgedanken verhindert. Jung unterstreicht diesen Gedanken, indem er ausführt: „eine generelle und einseitige Auflösung der Mischehen im Wege der Anfechtung würde auch in den Augen des Auslandes nicht als eine Rechtslösung erscheinen“⁸⁵⁾. Es liegt nun durchaus nahe, einmal einen Blick in die hier einschlägige Gesetzgebung, Rechtslehre und Rechtsprechung solcher fremden Staaten zu werfen, die auch Anspruch darauf erheben, Rechtsstaaten zu sein.

I. Das österreichische ABGB. bestimmt zunächst selbst — anders als das deutsche BGB. — den Begriff und Zweck der Ehe in § 45 Satz 2: „In dem Ehevertrag erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitig Beistand zu leisten.“ § 57 erklärt den Irrtum für erheblich, wenn er „die Person“ des künftigen Ehegatten betrifft, und nach § 58 kann der Mann, der nicht erkannte, daß bei der Eheschließung die Ehefrau von einem anderen schwanger war, verlangen, daß die Ehe für ungültig erklärt werde. Alle übrigen Irrtümer erklärt jedoch § 59 ausdrücklich für unerheblich⁸⁶⁾.

Nach § 64 sind aber Eheverträge zwischen Christen und solchen Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, ohne weiteres ungültig. Endlich kennt das ABGB. in den §§ 123 ff. — aus konfessionellen Gründen geschaffene — Ausnahmebestimmungen über die Form und Trennung der Ehen der „Judenchaft“.

Für den Fall, daß Rasse und Konfession aneinandergehen, stellt man es grundsätzlich auf die Konfession ab. So erklärt der Ministerialerlaß v. 8. Aug. 1853, daß die Ehe zweier katholisch getaufter Juden nicht nach den freieren Bestimmungen des Judenrechts (Scheidungsbrief), sondern nur nach den für christliche Ehen geltenden Bestimmungen getrennt werden können⁸⁷⁾.

Der österreichische Oberste Gerichtshof hatte sich in einem Urteil v. 5. Juli 1932 mit der Möglichkeit der Trennung einer jüdisch-katholischen Ehe auf Grund von § 116 ABGB. zu beschäftigen⁸⁸⁾. Rassistische Gesichtspunkte wurden selbstverständlich nicht berücksichtigt, dagegen konfessionelle unter besonderer Betonung des katholischen Standpunktes.

II. Art. 124 Ziff. 2 des Schweizer ZGB. bestimmt: „Ein Ehegatte kann die Ehe anfechten, ... wenn er zur Eheschließung bestimmt ist durch einen Irrtum über Eigenschaften des anderen Ehegatten, die von solcher Bedeutung sind, daß ihm ohne ihr Vorhandensein die eheliche Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf.“ Auch diese Bestimmung gibt m. E. die Möglichkeit der Anfechtung von rassistischen Mischehen. Nach den in der Schweiz zur Zeit noch bestehenden politischen

⁸⁵⁾ a. a. O. S. 2368.

⁸⁶⁾ Damit folgt es im wesentlichen den Grundsätzen des älteren katholischen Kirchenrechts. Cod. iur. can. 1083 erklärt noch für erheblich den error in persona und den error qualitatis in personam redundans, einen anderen error qualitatis grundsätzlich für unerheblich (bemerkenswerterweise macht er wiederum hiervon eine Ausnahme für den error conditionis servilis).

Luther hatte den Irrtum in gewissem Umfange für erheblich erklärt: „Die neunde ist hirtum/wenn myr Katherin vertrawet wurde/vnd legten myr Barbaran bey/wie Jacob mit Lia vnd Rachel geschach/daz mag mā zurehssen vn die andern freyen“ (a. a. O. S. 285).

⁸⁷⁾ Altmann-Jacob-Weiser, Österr. ABGB., 4. Aufl., Anm. zu § 136.

⁸⁸⁾ Entsch. Bd. 14 S. 477 Nr. 147.

⁸¹⁾ Über die Bedeutung der Feststellung eines Irrtums in dieser verfahrensrechtlichen Beziehung vgl. vor allem Stein-Jonas, Dem. III b 4 Abs. 2 zu § 549 ZPO.

⁸²⁾ Vgl. u. a. LZ. 1931, 564.

⁸³⁾ Vgl. z. B. RGKomm., Anm. 5 zu § 1339 BGB.

⁸⁴⁾ Vgl. RGKomm., Anm. 2 zu § 1337 BGB.

Anschauungen ist freilich nicht damit zu rechnen, daß ein Schweizer Gericht das aussprechen würde. In der Wissenschaft ist man der Ansicht, daß die Bestimmung des Schweizer Rechts enger sei als die des deutschen BGB.⁸⁹⁾

III. Das englische Recht ist auch hier sehr orthodox. Den Zweck der Ehe bestimmt man zwar dahin: „Living together and procreating children“⁹⁰⁾. Gleichwohl führt der außerordentlich weit anerkannte Edward Jenks aus: „Where there is free consent to a marriage, no fraud or mistake inducing the consent is a ground for declaring the marriage void“⁹¹⁾

IV. Nach Art. 20 des Portugiesischen Eheschließungs-gesetzes v. 25. Dez. 1910 gibt Unkenntnis des Standes gewisser Verbrechen oder unheilbarer körperlicher Mängel des anderen Ehegatten ein Anfechtungsrecht und nach V § 33 des Schwedischen Ehegesetzes v. 12. Nov. 1915 Unkenntnis von Epilepsie, Geschlechtskrankheit, Aussatz und Impotenz.

V. Besonders bemerkenswert sind jedoch die Gesetzgebung und Rechtsprechung in Italien und Frankreich.

Art. 105 des Italienischen codice civile erklärt nur den „errore nella persona“ für erheblich. Nach der Entstehungsgeschichte (Übernahme des französischen Rechts!) muß angenommen werden, daß ursprünglich der Eigenschaftsirrhum für unerheblich erklärt werden sollte. Die italienische Rechtsprechung und Rechtslehre hat sich hieran nicht gehalten. Als zum ersten Male die Frage der Anfechtung der Mischehe (zwischen einer Italienerin und einem Türken) zu entscheiden war, erklärte ein Obergericht in Brescia diesen Irrtum ohne Bedenken für erheblich⁹²⁾ (Pietrafanta v. Urbib).

⁸⁹⁾ Gmür, Anm. 10 zu Art. 124 BGB. (2. Aufl.).

⁹⁰⁾ W. J. Byrne, Dictionary of English Law, unter „Marriage“.

⁹¹⁾ Jenks, A digest of English civil Law, 1921, Bb. II S. 1176 Nr. 1860.

⁹²⁾ Vgl. Genaueres bei A. Bruno, Codice civile, 1923, Anm. 1 zu Art. 105.

VI. Auch schon Art. 180 des Französischen Code Civil hatte nur den „erreur dans la personne“ für erheblich erklärt. Die Väter des Gesetzes waren dem „traité sur le mariage von Pothier“ gefolgt⁹³⁾. Dieser hatte gesagt: „car il n'est pas de l'essence du mariage que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois qu'elle a; il suffit que ce soit elle que j'ai voulu épouser“⁹⁴⁾. Gleichwohl hatte sich in der französischen Rechtswissenschaft die Lehre verbreitet, daß als „erreur dans la personne“ auch ein „erreuer portant sur une qualité substantielle de la personne“ zu rechnen sei. Diese Lehre wurde aber fast vollständig aufgegeben im Anschluß an einen „arrêt solennel de la Cour de cassation“ v. 24. April 1862. Das höchste französische Gericht hatte hier ausgesprochen, daß unter allen Umständen nur der Irrtum über die Identität des Ehepartners erheblich sei. In jedem Falle hatte die Ehefrau nach der Eheschließung erst entdeckt, daß der Ehemann wegen Teilnahme an einem Morde zu 15 Jahren Zwangsarbeit verurteilt worden war. Also nicht einmal der Umstand, daß der andere Ehegatte ein Mörder war, erschien dem höchsten französischen Gerichtshof als erheblich! Dieser Rechtsprechung sind dann die französischen Obergerichte zunächst einheitlich gefolgt, d. h. bis zum Jahre 1918. Am 4. Febr. 1918 und am 2. Jan. 1920 erklärte das „tribunal de la Seine“ doch in zwei Fällen den Irrtum über eine Eigenschaft für erheblich und gab der Anfechtungsklage statt: Welcher Umstand konnte nun für dieses französische Obergericht noch sehr viel schwerer wiegen als die Tatsache, daß in dem von der cour de cassation entschiedenen Falle der Ehemann ein Mörder war? Die Tatsache, daß es sich um Deutsche handelte!!!

Wie man sieht, blicken die Gerichte der „Grande Nation“ nicht so ängstlich auf das Ausland, wie das leider gelegentlich noch bei uns geschieht.

⁹³⁾ Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 12. Aufl. 1932, S. 382.

⁹⁴⁾ Nach Planiol a. a. O.

Recht der Parteien auf Anwesenheit bei Erhebungen im Armenrechtsverfahren?

I. Von RGR. Dr. Gaedeker, Berlin: JW. 1934, 2119.

II.

Von R. Deesen II, Halberstadt.

Die Ausführungen von RGR. Dr. Gaedeker: JW. 1934, 2119 vermögen nicht zu überzeugen.

Gaedeker geht zutreffend davon aus, daß nur eine entsprechende Anwendung der §§ 355 ff. ZPO. in Frage kommen kann. Er lehnt aber eine entsprechende Anwendung ab mit folgender Begründung:

a) Es liege kein zwingendes praktisches Bedürfnis vor; es könne vielmehr zweckmäßig sein, einen Zeugen ohne Anwesenheit der Parteien zu hören, um ein positives Ergebnis zu erzielen.

b) Die Bewegungsfreiheit und Ermessensfreiheit des Gerichts dürfe nicht eingeschränkt werden. Denn nach Bewilligung des Armenrechts würde die Staatskasse und damit die Allgemeinheit belastet; es wäre daher grotesk und unverantwortlich, wenn sich der Staat durch irgendwelche formalen Vorschriften einengen lassen wolle.

Dazu ist folgendes zu sagen:

1. Der von Gaedeker geschilderte Fall, daß nur durch das Fernhalten einer Partei ein positives Ergebnis (damit ist wohl eine wahrheitsgemäße Zeugenaussage gemeint) erzielt werden kann, wird von ihm selbst als nicht häufig bezeichnet. Es dürfte in der Tat auch zu den Seltenheiten gehören, daß eine Partei auf einen Zeugen einen derartigen Einfluß ausübt, daß allein ihre Anwesenheit den Zeugen zu einer unrichtigen Aussage veranlaßt. Wenn die Partei überhaupt einen solchen Einfluß hat, so pflegt der Zeuge seine unrichtige Aussage zu machen, gleichgültig, ob die Partei anwesend ist oder nicht. Das Gericht kann aber von vornherein gar nicht wissen, ob eine solche Einflußmöglichkeit einer Partei besteht.

Es ist daher auch nicht notwendig, dem Gericht die Möglichkeit zur Fernhaltung einer Partei zu geben; im ordentlichen Verfahren gibt es ja diese Möglichkeit auch nicht. Diese würde aber dem Richter gegeben sein, wenn es der Gesetzgeber zur Erzielung einer wahrheitsgemäßen Zeugenaussage für erforderlich gehalten hätte.

2. Es ist richtig, daß die Staatskasse und damit die Allgemeinheit durch die Armenrechtsbewilligungen belastet wird. Diese Erwägung darf aber nicht dazu führen, daß eine arme Partei auf die Durchführung ihrer Ansprüche verzichten muß, lediglich deshalb, weil ihr die Mittel dazu fehlen. Gerade der Gedanke, daß der arme Volksgenosse nicht schlechter als der Begüterte gestellt sein darf, hat zur Einrichtung des Armenrechts geführt. Es kann sich daher allein nur um die Frage handeln, auf welche Weise die vermutliche Rechts- und Sachlage festgestellt wird, wie man also, soweit das im Armenrechtsverfahren überhaupt möglich ist, der Wahrheit am nächsten kommt. Keineswegs aber darf der von Gaedeker angeführten Frage, ob durch ein Recht der Partei auf Anwesenheit die Bewegungsfreiheit des Gerichts eingeschränkt wird, Bedeutung beigemessen werden. Vielmehr muß das Gericht eine etwaige Einengung seiner Bewegungsfreiheit zugunsten der Durchführung des wirklichen Rechts in Kauf nehmen.

3. Grundsätzlich soll die Beweisaufnahme dem ordentlichen Verfahren vorbehalten bleiben. Aus diesem Grunde ist in § 118a Abs. 1 Satz 3 ZPO. die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen auf diejenigen Fälle beschränkt, die sich anderweitig nicht hinreichend klären lassen. Wenn aber eine Beweisaufnahme (vielleicht im Interesse der Staatskasse) schon im Armenrechtsverfahren erforderlich erscheint, so ist es dringendes praktisches Bedürfnis, die Parteien nicht schlechter als im ordentlichen Verfahren zu stellen. Die Parteien und ihre Prozeßbevollmächtigten müssen daher ein Recht haben, an der Beweisaufnahme teilzunehmen. Aus diesem

Gründe vertreten auch die von Gaedeker zitierten Kommentare Stein=Jonas, Baumbach und Seuffert=Walshmann den Standpunkt, daß eine Terminsbenachrichtigung der Geschworenen bzw. der Prozeßbevollmächtigten als selbstverständlich erscheine (vgl. u. a. Stein=Jonas, 15. Aufl., Anm. I, 3 zu § 118a).

Es geht nicht an, daß manche Gerichte, u. a. auch einige Senate des RG. auf sorgfältig begründete Armenrechtsgesuche den Prozeßbevollmächtigten nur kurze Beschlüsse zustellen, aus denen hervorgeht, daß inzwischen Zeugen gehört worden sind, ohne daß die Prozeßbevollmächtigten oder die Parteien etwas davon erfahren haben. Damit wird der Wahrheit nicht gedient und der armen Partei oft bitter Unrecht getan. Denn eine richtige Zeugenaussage kann häufig nur durch Zwischenfragen und Vorhaltungen der mit der Sachlage vertrauten Partei erreicht werden. Auch werden durch die Mitwirkung der Prozeßbevollmächtigten oft Irrtümer und Mißverständnisse des Richters vermieden. Hinzu kommt, daß gerade die erste Aussage von besonderer Wichtigkeit ist. Wenn sich nämlich der Zeuge erst einmal festgelegt hat, so pflegt er im ordentlichen Verfahren auch eine irrthümliche Aussage aufrechtzuerhalten, aus Angst, daß ihm ein Widerspruch Ungelegenheiten bringen könne.

Ferner kann sich bei der Zeugenvernehmung herausstellen, daß die Angabe anderer Beweismittel zur Begründung des Armenrechtsgesuchs notwendig wird; gegebenenfalls werden diese Beweismittel der Partei erst durch die Zeugenaussage bekannt. Dies alles macht die Anwesenheit der Parteien und ihrer Prozeßbevollmächtigten bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen im Armenrechtsverfahren erforderlich.

Schließlich hält auch eine Partei, die das Verfaßen ihrer Zeugen selbst miterlebt hat, die getroffene Entscheidung eher für gerecht und billig als eine Partei, die aus dem Gerichtsbeschluss weiter nichts erfährt, als daß der ohne ihre Anwesenheit vernommene Zeuge ihre Angaben nicht bestätigt hat. Bei Vernehmung der Zeugen ohne ihre Anwesenheit kommt sich die Partei überrumpelt vor und verliert das Vertrauen zu der Gerechtigkeit der Gerichte. Das gilt insbesondere dann, wenn es sich um Gerichtsbeschlüsse in Berufungssachen handelt, gegen die eine Beschwerde nicht zulässig ist.

4. Die vereinzelt dastehende Ansicht Gaedekes verdient nach alledem entschiedene Ablehnung. Es fehlt ihr an stichhaltigen Gründen. Das Bedürfnis der Praxis sowie einer

gerechten Rechtsprechung verlangt vielmehr in allen Fällen die Beiziehung der Parteien und ihrer Prozeßbevollmächtigten zu den Beweisaufnahmen im Armenrechtsverfahren, wie sie auch von allen maßgebenden Kommentatoren empfohlen wird. Die rechtliche Grundlage geben die §§ 355 ff., 397 ZPO., die entsprechend angewendet werden müssen.

III.

Von RA. Dr. Erich Neumann, Berlin.

Die Ausführungen des RGK. Dr. Gaedeker: *JB.* 1934, 2119 kehren in zwingender Folgerichtigkeit den notwendigen Unterschied zwischen „Recht“ und „Zweckmäßigkeit“ vor und überzeugen dahin, daß diese Unterscheidung für das in Rede stehende Gebiet keine bloße juristische Geistesgymnastik darstellt. So zweckmäßig auch die Anwendung der §§ 357, 397 ZPO. auf das Armenrechtsverfahren erscheint, so wichtig ist doch die Feststellung, daß die Erhebungen im Armenrechtsverfahren nun einmal keine Beweisaufnahme bilden und daß mangels positiver Gesetzesvorschriften es nicht zulässig ist, die Bestimmungen der §§ 357 ff. als Rechtsgrundlage für eine an sich wünschenswerte, zweckmäßige und tatsächlich auch überwiegend geübte Heranziehung der Parteien zu den Erhebungen anzusprechen.

Enttäuscht muß man aber über die zusammenfassenden Schlüsselaussführungen von Gaedeker in der ersten Hälfte des letzten Abzuges sein, um so mehr als sie sich auch mit den allerletzten Sätzen kaum vereinbaren lassen.

Wichtig für die gerichtliche Praxis dürfte gerade auch nach den Ausführungen von Gaedeker sein, daß eine allgemeine Benachrichtigung der Parteien und auch ihre Ladung zu derartigen Vernehmungsterminen ohne Rücksicht auf Kostenersparnis und Arbeitsentlastung sehr wohl zu erfolgen hat und daß nur in den Fällen, in denen das Gericht aus besonderen Gründen von dieser Zweckmäßigkeit der Zuziehung der Parteien abzusehen wünscht, es durchaus berechtigt ist, von seinem Rechte Gebrauch zu machen.

Gerade in diesem Sinne erscheint mir beachtlich der Hinweis, daß die Gerichte nicht dazu da sind, den Parteien aus theoretischen rechtlichen Erwägungen Schwierigkeiten zu machen, sondern dazu, um in weitestem Entgegenkommen und Zusammenwirken mit ihnen und ihren Anwälten ihre Aufgaben zu lösen.

Akteneinsicht im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren

Die Frage, wem Akteneinsicht im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren zu gewähren ist, ist im § 48 Abs. 2 SchRG. dadurch geregelt worden, daß die Vorschriften der VerglD. für sinngemäß anwendbar erklärt worden sind. Der nach § 48 Abs. 2 SchRG. für das Schuldenregelungsverfahren zu beachtende § 13 VerglD. gibt dem Schuldner, der Vertrauensperson und jedem Gläubiger das Recht auf Akteneinsicht. In Betracht kommen nur die Gerichtsakten, nicht auch die Akten der Entschuldungsstelle. Dies folgt sinngemäß aus § 13 VerglD., der nur die Frage der Einsicht in die Akten des Vergleichsgerichts, nicht aber auch in die der Vertrauensperson regelt. Als Beteiligte für das Schuldenregelungsverfahren kommen der Schuldner und jeder Gläubiger in Betracht sowie, der Vertrauensperson des Vergleichsverfahrens entsprechend, die Entschuldungsstelle. Schuldner und Entschuldungsstelle haben Anspruch auf unbeschränkte Akteneinsicht. Dahin ist der Satz, daß sie die Akten einsehen können (§ 13 Abs. 1 Satz 1 VerglD.), zu verstehen. Für die Gläubiger errichtet § 13 Abs. 2 VerglD. eine Schranke. Er gibt dem Gericht die Ermächtigung, den Gläubigern Einsicht in solche Teile der Akten zu verweigern, deren Kenntnis für die Gläubiger ohne Bedeutung ist oder deren Geheimhaltung nach Angabe des Schuldners für die Fortführung seines Unternehmens erforderlich ist. Die letzte Möglichkeit ist für das Entschuldungsverfahren weniger bedeutungsvoll; sie ist mehr für Vergleichsverfahren über technische Betriebe und solche von größerer Bedeutung für das Wirtschaftsleben gedacht. Wichtiger für das Entschuldungsverfahren ist die Beschränkung, daß Gläubigern die Einsicht insoweit versagt werden kann, als der Inhalt für die Gläubiger ohne Bedeutung ist. Inwieweit diese Voraussetzung erfüllt ist, entscheidet das Gericht, bei dem sich die Akten befinden, d. h. also das AG. oder auch das BeschwG.; denn auch für dieses gilt § 48 SchRG., der im Abschnitt „Gemeinsame Vorschriften“ steht.

Die Befugnis, Gläubigern die Akteneinsicht teilweise zu versagen, ist dem Gericht gegeben, um berechtigte Interessen Dritter zu schützen (Kiesow, VerglD., 3. Aufl. 1930, S. 201). Die richtige Grenze zu finden, ist eine Frage der Interessenabwägung und auch des Tactes. Keinesfalls sollten z. B. allen Gläubigern immer die ganzen Ermittlungen der der Eröffnung des Verfahrens vorausgehenden Prüfung der Zuberlässigkeit des Schuldners (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 SchRG.) ohne weiteres offen stehen. Besonders dann nicht, wenn trotz eines vielleicht nicht uneingeschränkt günstigen Ermittlungsergebnisses das Verfahren eröffnet worden ist. Hierauf ist schon besonders deswegen zu achten, weil dem Gericht bei seinen von Amts wegen vorzunehmenden Ermittlungen (Harmening=Paßold, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung, Berlin 1933, S. 70) auch Tatsachen bekannt werden können, die Dritten in der Regel vorenthalten werden, z. B. aus Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft. Zum anderen besteht die Gefahr, daß ein Gläubiger Mißbrauch treibt mit der Kenntnis von privaten Angelegenheiten des Schuldners. Hierdurch könnten berechtigte Interessen des Schuldners verletzt werden. Dem vorzubeugen ist Aufgabe des Gerichts. Keinesfalls sollte daher einem Gläubiger Akteneinsicht ohne vorherige Prüfung des Akteneinhalts gewährt werden. Andererseits ist zu vermeiden, daß durch eine engherzige Übung im Gläubiger ein unnötiges Mißtrauen erweckt wird, das leicht zu Schwierigkeiten in den Verhandlungen über die Schuldenregelung Veranlassung geben kann.

Anderer Personen außer Schuldner, Gläubiger und Entschuldungsstelle können nach § 13 VerglD. i. Verb. m. § 299 ZPO. Akteneinsicht erhalten. In diesem Fall entscheidet der „Vorstand des Gerichts“, das ist entweder der aufsichtsführende Amtsrichter oder beim BeschwG. der OGPf., ein Ergebnis, das durch die Verweisung der VerglD. und weiter auf die ZPO. zustande kommt, dessen praktische Notwendigkeit jedoch nicht recht einzusehen ist. Die Entsch. der Frage, ob und auch in welchem Umfang Dritten

Einblick zu gewähren ist, dürfte kaum bedeutungsvoller sein, als die, in welchem Umfang einem Gläubiger Einblick zusteht. Sie sollte auch am zweckdienlichsten und leichtesten von dem mit den im Entschuldungsverfahren zu beachtenden Besonderheiten vertrauten Richter beantwortet werden können.

Gegen die Entscheidung des Gerichts über die Gewährung der Akteneinsicht ist kein Rechtsmittel gegeben (§§ 48, 50 SchRG. i. Verb. m. §§ 13, 14 VerglD.). Im Entschuldungsverfahren ist die sofortige Beschwerde nur in den im Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig. Im § 48 SchRG. ist eine Beschwerdemöglichkeit nicht vorgesehen, ebenfalls in den §§ 13 und 14 VerglD. nicht. Auch die Abänderung im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde ist, da eine richterliche Entscheidung vorliegt, versagt (vgl. K i e s o w, VerglD., 3. Aufl. 1930, Num. 3 zu § 13, S. 201). Für § 299 Abs. 2 ZPO. billigt B a u m b a c h (9. Aufl. 1934, Num. 4, S. 573; ebenso K i e s o w, S. 204) die Dienstaufsichtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Vorstandes des Gerichts zu. Dem sollte für das Entschuldungsverfahren durch den Hinweis begegnet werden, daß im § 50 Abs. 1 SchRG. eine abschließende und erschöpfende Regelung der Anfechtungsmöglichkeiten der Entscheidungen getroffen ist, und daß, da eine Beschwerde im § 48 Abs. 2 SchRG. nicht vorgesehen ist, auch ein Rechtsmittel gegen eine auf Grund dieser Vorschrift ergehende Entscheidung nicht gegeben ist, gleichviel ob die Entscheidung vom Entschuldungsrichter oder dem Gerichtsvorstand gefaßt worden ist. Auch die Frage, ob die Dienstaufsichtsbeschwerde als Rechtsmittel i. S. des § 50 SchRG. angesehen werden kann, sollte nicht engherzig erörtert werden. Die Ansicht, daß es mit der Entscheidung des Gerichtsvorstandes sein Bewenden haben muß, entspricht, mag sie auch formalrechtliche Einwendungen zulassen, jedenfalls dem Sinne des Gesetzes, der dahin geht, ein klares und wenig Instanzen berührendes Verfahren zu schaffen. Dieses Bestreben des Gesetzgebers sollte auch bei derartigen, neben dem eigentlichen Entschuldungsverfahren ergebenden Entscheidungen, wie denen über die Akteneinsicht, beachtet werden.

Aff. Dr. F. Vogel, Hamburg.

Arbeitsgemeinschaft in landwirtschaftlichen Entschuldungssachen¹⁾

Tagung vom 3. Aug. 1934.

1. Ist der Betriebsinhaber vor der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens in Verzug geraten, so wird die dadurch hervorgerufene Fälligkeit der Forderung eines beteiligten Gläubigers durch ihre Behandlung im Entschuldungsplan oder Vergleichsvorschlag (Umwandlung in eine unkündbare Tilgungsforderung, „Festschreibung“) beseitigt; Verzugszinsen werden dem Kapitalbetrag hinzugerechnet (§ 13 SchRG.).

Den nach der Verfahrenseröffnung eingetretenen Schuldnerverzug (gegenüber beteiligten Gläubigern) behandelt Art. 10 Satz 1 der 6. DurchfWD. v. 7. Juli 1934; die seit der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens eingetretenen Verzugsfolgen werden mit rückwirkender Kraft aufgehoben, wenn der Entschuldungsplan oder Vergleichsvorschlag bestätigt wird. Da hiernach auch keine Verzugszuschläge geleistet zu werden brauchen, werden von der Regelung des Satzes 2 a. a. D. nicht Verzugszinsen, sondern nur die regelmäßig wiederkehrenden Leistungen, insbes. die Annuitäten, betroffen. Das amtliche Muster für die Aufstellung von Entschuldungsplänen und Vergleichsvorschlägen (Beilage zu Heft 60 der „Amtlichen Mitteilungen in Entschuldungssachen“ v. 26. Mai 1934) sieht die Eintragung dieser seit Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Beträge noch nicht vor.

Auch auf Sachversicherungsbeiträge, die nach der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens fällig werden, findet Art. 10 der 6. DurchfWD. Anwendung. Scheitert das Verfahren, so ist der nach der Eröffnung in Verzug gekommene Betriebsinhaber, anders wie im Falle des Art. 11 der 6. DurchfWD., nicht mehr in der Lage, die Folgen seines Verzugs durch Zahlung der rückständigen Beiträge innerhalb eines Monats nach Aufhebung des Verfahrens zu beseitigen; das wird besonders dann praktisch, wenn der Versicherungsfall während des Entschuldungsverfahrens eintritt und dieses aufgehoben werden muß, weil die Entschuldung nach Zerstörung wesentlicher Werte nicht mehr durchführbar ist. Die Entschuldungsstellen werden daher auf pünktliche Abführung der Sachversicherungsbeiträge acht zu geben haben (vgl. auch Art. 22 der 6. DurchfWD. und Art. 9 Abs. 2 lit. d der WD. über den Vollstreckungsschutz v. 27. Dez. 1933).

2. Die Behandlung verspätet angemeldeter Forderungen ist in den Richtlinien Teil II Nr. 5 geregelt. Die Entschuldungsstelle wird noch darüber hinaus, wo Zweifel bestehen, die Gläubiger anzuregen haben, mit ihren Forderungen hervorzutreten, so insbes., wenn ein Gläubiger zwar das Kapital, nicht aber die vermutlich rückständigen Zinsen angemeldet hat. § 11 Abs. 1 SchRG. will kein Aufgebotsverfahren mit Ausschlussfristen stattfinden lassen.

¹⁾ Vgl. JW. 1934, 1836.

3. Streitige Forderungen. § 33 SchRG. findet auch im Entschuldungsverfahren ohne Zwangsvergleich Anwendung. Das Recht, eine angemeldete Forderung zu bestreiten, steht der Entschuldungsstelle nur als abgeleitetes zu, das nicht im Widerspruch zu den Erklärungen des Betriebsinhabers ausgeübt werden kann. Erkennt der Betriebsinhaber eine Forderung, die die Entschuldungsstelle bestreiten würde, arglistig oder leichtfertig an, so ist er entschuldungsunwürdig.

Zur Streitentscheidung ist das Entschuldungsgericht nur in den Fällen des Art. 4 Abs. 2 Ziff. 1 der 6. DurchfWD. berufen; Beispiele: Streit über den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung oder darüber, ob es sich um den in Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1 der 2. DurchfWD. v. 5. Juli 1933 i. d. Fassung des Art. 3 Nr. II der 3. DurchfWD. v. 15. Sept. 1933 und Art. 44 der 6. DurchfWD. bezeichneten Kredit handelt u. a.

Im übrigen liegt die Streitentscheidung beim Prozeßgericht. Hängt von ihr ab, ob das Entschuldungsverfahren durchführbar oder ob die Ermächtigung zum Abschluß eines Zwangsvergleichs nachzusehen ist oder ob sich der Betriebsinhaber mit eigenen Mitteln entschulden kann, so ist das Entschuldungsverfahren bis zur Prozeßentscheidung auszusetzen. Eines förmlichen Aussetzungsbeschlusses wird es nicht bedürfen (a. A. H a r m e n i n g - B ä h o l d, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung, Anm. 2 zu § 33). Die Entschuldungsstelle hat dem Betriebsinhaber regelmäßig die Erhebung der Feststellungsklage aufzugeben; sie ist befristet und verpflichtet (Art. 22 u. 4 der 6. DurchfWD.), den Gang des Prozesses zu verfolgen und den Kläger zur Fortsetzung anzuhalten; Zwangsmittel gibt ihr Art. 22 Satz 2 a. a. D. an die Hand. Bedarf der Betriebsinhaber eines Rechtsanwalts, so hat ihm die Entschuldungsstelle auch die Mittel hierfür zu bewilligen, sofern sie über die Verwendung der Betriebsentnahmen besondere Anordnung getroffen hatte (Art. 22 a. a. D.).

Auch dort, wo der Bestand einer streitigen Forderung auf die Verfahrensart nicht von Einfluss ist, wird zweckmäßig vor der Aufstellung des Entschuldungsplans oder Vergleichsvorschlages die Entscheidung des Prozeßgerichts abgewartet. Die Anwendung des § 33 SchRG. zwingt zu Eventualregelungen, die nur in einfach gelagerten Fällen tragbar sind. Gärten, die sich für die Gläubiger aus der Verzögerung des Entschuldungsverfahrens ergeben könnten, lassen sich durch Anwendung des Art. 15 Abs. 2 der 3. DurchfWD. v. 15. Sept. 1933 vermeiden.

Wird § 33 SchRG. angewandt, so wird der Gläubiger der bestrittenen Forderung (ebenso der Gläubiger der Forderung, die mit Rücksicht auf die bestrittene Forderung eine Minderung erfahren hat und sich bei Wegfall der bestrittenen verbeßert) sichergestellt werden müssen, denn nach § 15 Abs. 1 SchRG. hat jeder Gläubiger Anspruch auf Einräumung einer Hypothek an bereiteter Stelle, der Betriebsinhaber ist aber nach der Bestätigung des Entschuldungsplans oder Vergleichsvorschlages in der Verfügung über sein Grundstück beschränkt (§ 91 SchRG.). Die Eintragung einer Vormerkung (so H a r m e n i n g - B ä h o l d, a. a. D., Anm. 4 zu § 33) wird nicht ausreichen, da § 91 SchRG. ein absolutes Belastungsverbot ausspricht und Betriebsgrundstücke selbst dann nicht belastet werden können, wenn der Anspruch auf Eintragung eines dinglichen Rechts durch Vormerkung gesichert worden ist (f. den zu § 8 SchRG. ergangenen Beschl. des RG. v. 8. März 1934: Höchst-RRpr. 1934 Nr. 717). Den Anforderungen wird durch die Eintragung einer bedingten Hypothek genügt.

4. Auffiehend bedingte Forderungen werden wie unbedingte behandelt; der Entschuldungsplan (Vergleichsvorschlag) hat zu bestimmen, wie sich der Eintritt der Bedingung auf die übrigen Forderungen auswirkt. Ist die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung so entfernt, daß die bedingte Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswert hat, so kann die Forderung unberücksichtigt bleiben (vgl. § 154 Abs. 2 RD.). Auflösend bedingte Forderungen werden entsprechend behandelt. Sie gelten auch bei der Ausführung des Entschuldungsplans (Vergleichsvorschlages) als unbedingte; der Eventualberechtigte, dem der Wegfall der Forderung des auflösend bedingt Berechtigten zugute kommen würde, wird gegen diesen von Amts wegen nicht gesichert und ist bei einer Gefährdung seines Rechts auf die allgemeinen Rechtsbehelfe (Arrest) angewiesen.

Für betagte Forderungen gilt ähnliches.

5. Am Entschuldungsverfahren nimmt nicht nur der derzeitige Wechselinhaber mit seiner Wechselforderung teil, beteiligt sind auch die Vormänner, die durch die Wechselbegebung ihres eigenen Wechselrechts nicht verlustig gegangen sind (RG. 94, 227), und ferner der erste Wechselnehmer mit seiner Forderung aus dem Grundgeschäft. Die Wechselforderung kann von jedem dieser Gläubiger angemeldet werden; im Entschuldungsplan (Vergleichsvorschlag) sind die Forderungen, da sie wirtschaftlich miteinander identisch sind, nur einmal zu berücksichtigen.

Erfährt der derzeitige Wechselinhaber beim Zwangsvergleich eine Kürzung seiner Forderung, so kann er sich bei seinen Vormännern schadlos halten (§ 34 Satz 2 SchRG.). Diese können, da

die Kürzung im Vergleichsvorschlag auch gegen sie wirkt (s. o.), keinen Erstattungsanspruch gegen den Betriebsinhaber geltend machen.

Wird die Forderung aus dem Grundgeschäft angemeldet, so wird diese nicht neben der Wechselforderung in den Plan eingestellt, so daß eine Addition einträte, sondern sie geht in der Wechselforderung, die vor ihr den Vorrang hat, auf und tritt im Plan (Vergleichsvorschlag) nicht in die Erscheinung, es sei denn zur Begründung, daß die Wechselforderung eine ihr als solche nicht zukommende Behandlung erfährt, z. B. als Lieferantenforderung in bar ohne Antrag und ohne Abzüge nach § 17 Abs. 1 SchRG. abgelöst wird.

Wird der erste Wechselnehmer von dem derzeitigen Wechselinhaber im Regreßwege auf Zahlung des Betrages in Anspruch genommen, um den die Wechselforderung im Vergleichsverfahren gekürzt worden ist, so kann er vom Betriebsinhaber auch nicht aus dem Grundgeschäft heraus Erstattung des gezahlten Betrages verlangen (so auch von Rozzycki-von Soewel, SchRG., 3. Aufl. 1934, Anm. II f zu § 34).

Die durch § 34 SchRG. vorgeschriebene gleiche Behandlung von Grund- und Wechselverbindlichkeit bedeutet nicht, daß die Wechselverbindlichkeit stets auf den Betrag der ermäßigten Grundverbindlichkeit herabgesetzt werden muß (a. M. von Rozzycki-von Soewel a. a. O., Anm. II c). Wird eine Kaufpreisforderung von 1000 RM um 50% auf 500 RM gekürzt, so ist die 1100 RM betragende Wechselverbindlichkeit ebenfalls um nur 50%, d. h. auf 550 RM zu kürzen.

6. Altenteilsansprüche entstammen keinem Recht eigener Art und müssen, da das SchRG. sie nicht generell behandelt, auf die dem BGB. bekannten Rechtsformen (Reallast, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Nießbrauch, Grunddienstbarkeit) zurückgeführt werden.

a) Die Teilnahme der Altenteilsgläubiger ist in Art. 6 Abs. 1 Ziff. 3 der 2. Durchf. v. d. F. des Art. 3 Nr. II der 3. Durchf. v. d. F. behandelt. Auch soweit eine Teilnahme am Entschuldungsverfahren hiernach nicht stattfindet, läßt Art. 21 Abs. 5 der 3. Durchf. v. d. F. i. d. F. des Art. 46 der 6. Durchf. v. d. F. (in Zukunft ohne diesen Zusatz) eine Herabsetzung der wiederkehrenden Leistungen zu. Praktische Bedeutung wird die Frage der Teilnahme deshalb nur bei der Zwangsvollstreckung finden, die die V. D. über den Vollstreckungsschutz v. 27. Dez. 1933 für die beteiligten Gläubiger stark beschränkt hat. Die Schwierigkeiten, die sich bei Feststellung des Umfangs, in dem vollstreckt werden darf (s. Art. 6 Abs. 1 Ziff. 3 a. a. O.), ergeben, hat das Vollstreckungsorgan (Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsgericht) zu lösen.

b) Die Mündelsicherheit des Altenteils hat Bedeutung nur im Zwangsvergleichsverfahren und für die Frage, inwieweit gleich- und nachstehende Rechte als mündelsicher anzusehen sind.

Der Bewertung des Altenteils sind nur die Rechte zugrunde zu legen, bei denen das SchRG. die Bestimmung eines Kapitalwertes zuläßt. Dienstbarkeiten, besonders darunter die Wohnrechte, bleiben außer Betracht, da sich für sie kein Kapitalwert errechnen läßt. Soweit es sich um übrigen — wie zumeist — um Reallasten handelt, ist deren Kapitalwert gem. Art. 21 Abs. 6 der 3. Durchf. v. d. F. zu errechnen. Das gilt auch, wenn die Mündelsicherheit eines dem Altenteil gleich- oder nachstehenden Rechtes ermittelt werden soll (Art. 22 Satz 2 der 3. Durchf. v. d. F. i. d. F. des Art. 47 der 6. Durchf. v. d. F.). Soweit hiernach Geldreallasten geschuldet werden, ist § 18 BVerfG. i. d. F. des Art. 22. Mai 1931 anzuwenden (Art. 21 Abs. 6 Satz 2 a. a. O.). Sollten die zu zahlenden Renten noch in Papiermarkbeträgen bestimmt sein, so muß zunächst nach dem Gesetz über die anderweitige Festsetzung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen v. 18. Aug. 1923 und in Preußen nach der entsprechenden Pr. v. 8. Sept. 1923, die immer noch gelten, verfahren werden. Für die Entscheidung ist das AG. zuständig, in dessen Bezirk ganz oder zum größten Teil das Grundstück liegt, also nicht notwendig das für die Entschuldungszuständige AG. (bedeutung für Groß-Berlin, wo das AG. Charlottenburg für die Bearbeitung der Entschuldungszuständigkeitszuständig ist). Bei sonstigen Leistungen hat, bevor der Kapitalwert bestimmt werden kann, das Entschuldungsgericht den Geldwert der Jahresleistung festzusetzen (Art. 21 Abs. 6 Satz 3 a. a. O.). Die in Altenteilsverträgen häufigen Bestimmungen über den Jahreswert der nicht in Geld bestehenden Leistungen werden nur dann beachtlich sein, wenn durch sie wirklich der Wert der Leistungen festgelegt werden sollte.

c) Die Behandlung der Altenteilsansprüche im Entschuldungsverfahren ohne Zwangsvergleich wird, soweit es sich um Geldansprüche handelt, in Art. 21 Abs. 3 a. a. O. geregelt: die Leistungen werden auf 5% des Kapitalbetrages (da eine Ablösungssumme nicht vorkommen wird, des 15fachen Betrages der Jahresleistung) herabgesetzt. Bei wiederkehrenden Leistungen anderer Art erfolgt auf Antrag der Entschuldungsstelle eine Neuherabsetzung durch das Entschuldungsgericht (Art. 21 Abs. 4 a. a. O.).

d) Im Zwangsvergleichsverfahren sind mündelsichere Altenteile nicht kürzbar (§ 29 Abs. 1 i. Verb. m. § 104 SchRG., Art. 24 der 3. Durchf. v. d. F.). Von den nichtmündelsicheren sind nur die Geldreallasten kürzbar, nicht dagegen die vom Entschuldungsgericht neu festgesetzten oder festzusetzenden sonstigen Leistungen (Art. 21 Abs. 4 Satz 3 a. a. O.).

e) Bei der Selbstentschuldung regelt Art. 21 Abs. 8 der 3. Durchf. v. d. F. die Einwirkung der Erklärung des Betriebes zum Entschuldungsbetriebe (§ 81 SchRG.) auf mündelsichere Rechte. Bezüglich der nicht mündelsicheren Geldreallasten hat der Betriebsinhaber, der die Erklärung seines Betriebes zum Entschuldungsbetrieb erreichen will, die außergerichtliche Herabsetzung der Jahresleistung auf 5% des Kapitalbetrages nachzuweisen. Eine Regelung der sonstigen wiederkehrenden Leistungen ist nicht zu verlangen.

7. Die nach § 7 V. D. des RPräs. über die Zinsermäßigung für den landwirtschaftlichen Realkredit v. 27. Sept. 1932 entstehende Zinsermäßigung ist sofort in Höhe des Betrages entstanden, den die Zinsermäßigung für zwei Jahre ausmacht; sie entsteht nicht etwa sukzessive an den einzelnen Zinstermen in Höhe des nicht gezahlten Zinses. Sie war bisher grundsätzlich nicht eintragbar (Schlegelberger-Sarmening, Die neue Zinsermäßigung, 2. Aufl. 1932, S. 70; Ausnahme § 9 der V. D.). Das amtliche Muster für die Aufstellung von Entschuldungsplänen (Vergleichsvorschlägen) sieht ihre Eintragung vor.

Amts- und Landrichter Noeßch, Berlin.

Die Zusatzhypothek

Nach § 1 der V. D. des RPräs. über die Zinsermäßigung für den landwirtschaftlichen Realkredit v. 27. Sept. 1932 (RGBl. 1932, 480) werden die Zinsen einer Forderung, die durch eine Hypothek an einem landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Grundstück gesichert ist, soweit sie für die Zeit v. 1. Okt. 1932 bis zum 30. Sept. 1934 geschuldet werden, um 2%, jedoch nicht über 4% herabgesetzt. Soweit die Zinsen nach § 1 herabgesetzt sind, erlischt die Hypothek für den Zinsanspruch (§ 6). Um den gleichen Betrag erhöht sich der Kapitalbetrag der Forderung (§ 7). Die „Zusatzforderung“ ermäßigt sich jedoch nach Maßgabe des § 7, wenn die Stammsforderung (Hypothek) auf Verlangen des Gläubigers vor dem 1. April 1940 zurückgezahlt wird. Erfolgt die Rückzahlung vor dem 1. April 1937, so fällt die Zusatzforderung fort. Durch diese Bestimmungen soll der Gläubiger mittelbar gezwungen werden, die Rückzahlung der Stammsforderung, die nach § 11 grundsätzlich frühestens zum 1. April 1935 verlangt werden kann, nicht vor dem 1. April 1940 zu fordern.

Die Zusatzforderung ist unverzinslich; ihre Zahlung hat bei der Rückzahlung der Forderung (Hypothek) zu erfolgen (§ 7). Die Zusatzforderung gewährt ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück; das Recht hat gleichen Rang wie die Hypothek und gilt nicht als Rückstand wiederkehrender Leistungen i. S. des § 20 Abs. 1 Nr. 4 ZwVerfG. (§ 10). Zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bedürfen die auf Grund der V. D. beruhenden Vereinbarungen der Zinssätze und der Fälligkeitsbedingungen nicht der Eintragung (§ 12). Die V. D. findet auf Grundschuldforderungen entsprechende Anwendung (§ 13).

Alle vorstehend geschilderten Veränderungen haben sich mit dem Tage der Verkündung der V. D., dem 29. Sept. 1932, außerhalb des Grundbuchs kraft Gesetzes vollzogen.

Nach § 9 ist nun diese eigenartige Zusatzforderung u. U. ins Grundbuch einzutragen. Damit ergeben sich ungewöhnliche Schwierigkeiten für die GVL. Denn für die grundbuchliche Behandlung treffen die V. D. und die Durchf. v. 24. Nov. 1932 (RGBl. 534) nur spärliche, unzureichende Vorschriften.

Antragsberechtigt ist eine Kreditanstalt, die auf Grund der Hypotheken Schuldverschreibungen ausgeben hat, wenn sie Gläubigerin der Forderung (Hypothek) ist und die Aufsichtsbehörde erklärt, daß die Grundkreditanstalt in der Lage ist, die Schuldverschreibungen in bisheriger Höhe weiter zu verzinsen (§ 8). Unter diesen Voraussetzungen ist auf Antrag der Gläubigerin in der Höhe der Zusatzforderung eine Zusatzhypothek mit dem Range der Stammshypothek im Grundbuch einzutragen (§ 9). Dabei bedarf es weder der Bewilligung des Eigentümers und der gleich- oder nachstehenden Berechtigten (§ 9) noch der Vorlage ihrer Briefe (Art. 10 der Durchf. v. d. F.). Ist bei der Stammshypothek die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen, so gilt das auch für die Zusatzhypothek (Art. 10 Durchf. v. d. F.). Bei Tilgungsforderungen wird für die Zinsherabsetzung der ursprüngliche Kapitalbetrag der Forderung zugrunde gelegt (Art. 5 Durchf. v. d. F.).

Für die GVL. ergeben sich nun eine Reihe von Zweifelsfragen, die aus der Natur der Zusatzforderung und ihrem Verhältnis zur Stammsforderung zu entscheiden sind:

1. Bedarf der Eintragungsantrag der Form des § 29 B.D.?
— Nein! Das einzutragende hypothekarische Recht ist außerhalb des Grundbuchs kraft Gesetzes entstanden. Es handelt sich lediglich um eine Grundbuchberichtigung.

2. Ist zur Eintragung der Zusatzhypothek auf einem Erbhof die Zustimmung des Anerk. erforderlich? Nein!, denn es liegt wirtschaftlich keine Neubelastung vor! So Entsch. des ErbhofGer. Celle v. 17. April 1934 (Vogels = Sopp, Mpr. in Erbhof-sachen Ziff. 22, 23).

3. An welcher Stelle des Grundbuchs ist die Zusatzhypothek einzutragen, bei der Stammhypothek in Spalte Veränderungen oder an bereitetster Stelle unter eigener Nummer mit entsprechendem Rangvermerk?

Der Inhalt der Zusatzhypothek deckt sich mit dem Inhalt der Zusatzforderung. Es handelt sich um eine durch gesetzliche Umwandlung des Zinsanspruchs in einen Kapitalzuschlag entstandene unterzinsliche, bei der Rückzahlung der Stammforderung fällig werdende Geldforderung, die von den Schuldbedingungen der Stammforderung losgelöst ist, deren Bestand aber insofern von der Stammforderung abhängig bleibt, als sie sich ermäßigt oder gar wegfällt, wenn die Stammforderung vor dem 31. März 1940 auf Verlangen des Gläubigers zurückgezahlt wird. Die Abhängigkeit besteht juristisch in einer auflösenden Bedingung.

Durch das Entstehen der Zusatzforderung hat sich zugleich die Stammforderung geändert. Nach § 6 ist der Zinsanspruch in Höhe der Zusatzforderung erloschen. Nach § 11 kann die Rückzahlung der Stammforderung frühestens zum 1. April 1935 verlangt werden. Die Eintragung der Zusatzhypothek stellt sich mithin in erster Linie als Eintragung einer Veränderung der Stammhypothek dar. Daher wird die Zusatzhypothek nicht unter besonderer Nummer, sondern bei der Stammhypothek in Spalte Veränderungen einzutragen sein. In diesem Sinne wird ihre Eintragung auch durchweg von den Grundkreditanstalten beantragt. Der Eintragung ist etwa folgende Fassung zu geben: „Zu dieser Hypothek ist in gleichem Range mit ihr für ... (Name des Gläubigers) in ... (Wohnort) eine Zusatzhypothek in Höhe von ... (Geldbetrag) nach Maßgabe der B.D. über die Zinsermäßigung v. 27. Sept. 1932 entstanden.“ Diese Eintragung ist auf dem für die Stammhypothek erteilten Brief zu vermerken.

Auf Antrag des Gläubigers wird jedoch die Zusatzhypothek auch unter besonderer Nummer eingetragen werden können. In diesem Fall ist für sie ein besonderer Hypothekenbrief zu erteilen, falls nicht bei der Stammhypothek die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen ist. Eines besonderen Briefes für die Zusatzhypothek bedarf der Gläubiger dann, wenn er die Zusatzhypothek ohne die Stammhypothek oder die Stammhypothek ohne die Zusatzhypothek abtreten will. Daß er zu solcher Abtretung befugt ist, kann man aus Art. 9 der Durchf.B.D. zur Zinsermäßigungsverordnung entnehmen, die für die Abtretung der Zusatzforderung öffentlich beglaubigte Form vorschreibt.

4. Ist einem Antrag des Gläubigers auf Eintragung einer Zusatzhypothek auch dann stattzugeben, wenn ein Entschuldungsverfahren stattgefunden hat und die Zusatzforderung nicht in dem Entschuldungsplan aufgenommen worden ist?

An sich werden von dem Sicherungs- bzw. Entschuldungsverfahren alle persönlichen und dinglichen Gläubiger betroffen, denen z. B. der Eröffnung des Verfahrens ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen den Betriebsinhaber zusteht (§ 19 B.D. zur Sicherung der Ernte und § 10 SchRG).

Nach §§ 51, 52 SchRG. wirkt der bestätigte Entschuldungsplan oder Zwangsvergleich für und gegen alle darin aufgeführten beteiligten Gläubiger. Er kann unter gewissen Voraussetzungen den Fortfall oder die Änderung persönlicher und dinglicher Belastungen bestimmen. Die gleiche Wirkung kommt ihm im Ost-hilfsgebiet nach § 18 B.D. zur Sicherung der Ernte v. 17. Nov. 1931 zu. Aber nirgends ist dem Plan die Wirkung beigelegt, daß bestehende Ansprüche erlöschen, wenn sie nicht im Plan berichtigt sind. Die Nichtaufnahme der Zusatzforderung in dem Plan hindert daher nicht ihre Eintragung als Zusatzhypothek nach Abschluß des Entschuldungsverfahrens.

5. Wird die Höhe der Zusatzforderung durch die Senkung der Zinsen der Stammforderung gem. §§ 83, 84 SchRG. beeinträchtigt?

Nach der Zinsermäßigungsverordnung ist die Zusatzforderung am 29. Sept. 1932 in voller Höhe für einen zweijährigen Zeitraum entstanden. Auf Grund der Zusatzforderungen dürfen die Grundkreditanstalten Schuldverschreibungen ausgeben. Gegen Übertragung der Schuldverschreibungen stellt das Reich ihnen Schapanweisungen zur Verfügung (§ 14 ZinsermäßigungsV.D. und Art. 16—18 Durchf.B.D.). Da die Schapanweisungen durch die Zusatzhypotheken gedeckt sind, dürfen diese durch die Zinsenkung des SchRG. nicht berührt werden. Daher lassen §§ 83, 84 SchRG. eine Senkung der Zinsen der Stammforderung auch nur insoweit eintreten, als nicht bereits eine Zinsherabsetzung gemäß der Zins-

erleichterungsverordnung erfolgt ist. Aus dem gleichen Grunde bestimmt Art. 16 der 6. Durchf.B.D. zum SchRG. v. 7. Juli 1934, daß die Zusatzforderungen für das Schuldenregelungsverfahren als dem Hauptrecht im Range vorgehend gelten, obwohl sie ihm tatsächlich im Range gleichstehen. Eine Zinsenkung nach §§ 83, 84 SchRG. darf also nur unbefehdet der Zusatzforderung erfolgen (vgl. Pfundtner = Neubert, „Das neue Reichsrecht“ zu Art. 16 der 6. Durchf.B.D. z. SchRG.).

6. Ist die Zusatzhypothek auf Antrag des Gläubigers auch dann einzutragen, wenn auf Grund eines Zwangsvergleichs im Entschuldungsverfahren die Stammhypothek bereits gelöscht ist? Der von mir zu entscheidende Fall lag so: Auf eines ritterchaftlichen Landgut waren für eine Grundkreditanstalt drei Hypotheken eingetragen, bei denen Zusatzforderungen kraft Gesetzes entstanden waren. Von der Landstelle waren nur die Hypotheken, nicht die Zusatzforderungen in den Plan aufgenommen worden. Gem. § 18 der B.D. zur Sicherung der Ernte v. 17. Nov. 1931 wurde die zweite Hypothek teilweise, die dritte ganz im Wege des Zwangsvergleichs gestrichen und auf Ersuchen der Landstelle gelöscht. Dann beantragte die Gläubigerin bei allen drei Hypotheken die Zusatzforderungen als Zusatzhypotheken einzutragen. Dem Antrag war stattzugeben, denn die Streichung einer Hypothek im Entschuldungsplan auf Grund eines Zwangsvergleichs hat nicht zur Folge, daß die bei ihr erwachsene Zusatzforderung wegfällt. Zwar ist die Streichung einer Rückzahlung gleichzuachten, aber die Rückzahlung einer Stammforderung bewirkt den Wegfall der Zusatzforderung nur dann, wenn sie auf Verlangen des Gläubigers erfolgt ist (§ 7). Durch die Streichung der Hypothek ist die Zusatzforderung lediglich fällig geworden. Die Fälligkeit aber bildet kein Hindernis für die Eintragung des kraft Gesetzes entstandenen und nicht erloschenen Rechtes.

RegR. Wilhelm Radloff, Schwerin i. M.

Die Reichsbahn vor den Amtsgerichten!

In einer Zeit, in der die Anwaltschaft schwere wirtschaftliche Not leidet, ist es das Bestreben aller maßgebenden Stellen, ihr die Ausübung ihrer Berufstätigkeit zu erleichtern und die Schranken zu beseitigen, die in den letzten Jahrzehnten künstlich ihr Arbeitsgebiet mehr und mehr eingeengt haben. So wie die großen Scharen der Arbeitslosen durch das Arbeitsbeschaffungsprogramm der nationalsozialistischen Regierung in Lohn und Brot gebracht worden sind, so kann auch die Not der Anwälte im kleinen gemildert werden, wenn man ihnen ausnahmslos die Aufgaben überträgt, zu deren Erfüllung sie durch ihren Beruf vorgesehen und bestimmt sind, wobei noch der Vorteil gegeben ist, daß die Behandlung der Sachen zweckmäßig und sachgerecht erfolgt.

Dazu gehört, daß Behörden und öffentliche Unternehmungen von eigenen Vertretungen bei den AG. absehen und sich dafür die Rechtsanwälte bedienen, ein Verfahren, das für sie zweckdienlicher und billiger ist. Als der größte Arbeitgeber im Wirtschaftsleben Deutschlands ist die Reichsbahn dazu besonders berufen, die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten bei den AG. zu erledigen hat. Sie braucht dabei keine Opfer zu bringen, sondern erspart erhebliche Kosten und Ausgaben. Sie kann außerdem ihre Beamten und Angestellten weit besser mit den eigentlichen Berufsaufgaben beschäftigen, als wenn sie sie zur Vertretung in den Rechtsstreiten bestellte.

Der Beamte oder Angestellte wird selbst dann, wenn er häufig mit Rechtsangelegenheiten und der Führung von Rechtsstreiten vor Gericht beschäftigt ist, dem Rechtsanwalt und Berufsjuristen unterlegen sein. Er besitzt nicht die Erfahrung, die der Rechtsanwalt aus seiner täglichen Arbeit her hat. Dazu kommt, daß die Rechtsstreitigkeiten der Reichsbahn oft vor auswärtigen Gerichten geführt werden. Die persönlichen und örtlichen Verhältnisse sind ihrem Vertreter, den sie vom Sitz der Direktion aus sendet, naturgemäß nicht in dem Maße bekannt, wie es bei den ortsanfässigen Rechtsanwälten der Fall ist. Derartige Kenntnisse sind aber für den Ausgang des Rechtsstreits in der Regel von wesentlicher Bedeutung. Der Beamte und Angestellte wird auch nicht immer Versehen und Fehler vermeiden, die der Rechtsanwalt infolge seiner Berufsausbildung und seiner Erfahrung ohne Schwierigkeiten zu erkennen vermag, so daß bei einer Vertretung durch ihn Nachteile nach dieser Richtung hin vermieden werden. In vielen Fällen wird auch der Rechtsanwalt die bessere taktische Lösung finden.

Die Vertretung der Reichsbahn durch ihre Beamten ist weit teurer, als wenn die Hilfe der Rechtsanwälte in Anspruch genommen wird, was einige Beispiele zeigen werden.

In den Akten 1 C 1007/34 des AG. Forst hat die Reichsbahn einen Rechtsstreit gegen einen zahlungsfähigen Beklagten geführt, der mit seinem Kraftwagen eine Eisenbahnfahrkarte beschädigt haben sollte. Sie hat eine Forderung von etwa 92 RM geltend gemacht. Der erste Termin ist auf den 26. Juli, vormittags 9 Uhr, anberaumt worden. Bei der Verhandlung der Sache meldete sich ein Reichsbahnoberinspektor aus Frankfurt a. D. als Vertreter der

Reichsbahn. Die Verhandlung war in noch nicht 5 Minuten beendet. Ein neuer Termin wurde auf den 13. Aug. anberaumt. Der Vertreter der Reichsbahn bat, die Terminstunde etwas später festzusetzen, da er sonst bereits einen Tag zuvor in Forst eintreffen und übernachten müsse, wie er es bereits getan habe. Der Richter setzte infolgedessen entgegenkommend die Terminszeit auf 10 1/2 Uhr fest, obwohl eine derartige Anberaumung nach der Geschäftsteilung eine Ausnahme darstellte. Dabei ist zu bemerken, daß an sich eine Übernachtung nicht notwendig war, wenn der Sitzzug benutzt wurde, der frühmorgens 6.29 Uhr von Frankfurt fortfährt und Anschluß an den 8.05 Uhr in Forst eintreffenden Zug über Guben hat.

Am 13. Aug. erschien ein anderer Oberinspektor zur Vertretung. Die Angelegenheit kam nicht zu Ende. Ein neuer Termin wurde auf den 27. Aug. angefeht, in dem der zweite Vertreter wieder erschien. Es mußte ein neuer Termin am 13. Sept. stattfinden, der vom ersten Vertreter wahrgenommen wurde. Ihm folgte der letzte Termin am 27. Sept. mit demselben Vertreter, in dem die Klage abgewiesen wurde.

Das Ergebnis des Rechtsstreits war vorzusehen. In einem Strafverfahren, das gegen den Beklagten zuvor geschwebt hatte, war er freigesprochen worden. Die eingelegte Berufung hatte der StA. wegen Aussichtslosigkeit zurückgenommen. Es fehlte an einer Gefährdung eines Eisenbahntransportes. Eine solche konnte auch nicht im Zivilrechtsstreit dargetan werden, in dem auch nicht das Verschulden des Beklagten nachgewiesen werden konnte. Die Berechnung des Schadens war ebenfalls nicht überzeugend. Ein Rechtsanwalt hätte bei eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage von der Führung des Rechtsstreits abraten müssen.

Ganz abgesehen hiervon ist die Vertretung durch die Beamten für die Reichsbahn erheblich teurer gewesen, als wenn sie einen Rechtsanwalt in Anspruch genommen hätte. Ein solcher erhält bei einem Streitgegenstand von 92 R.M., wenn eine Beweisaufnahme stattfindet, drei volle Gebühren mit je 6 R.M., zusammen 18 R.M. Dazu treten die nicht erhebliche Umsatzsteuer mit 0,36 R.M. und die etwaigen Portoauslagen. Für den Fall eines günstigen Ausgangs des Rechtsstreits wären diese Kosten vom Gegner erstattet worden, so daß die Reichsbahn sodann überhaupt keine Ausgaben gehabt hätte.

Wäre der Rechtsstreit zu ihren Gunsten entschieden worden, so hätte sie eine Vergütung für die Vertretung durch ihre Beamten nicht erhalten, insbes. wären ihr nicht die erheblichen Kosten ersetzt worden, die sich folgendermaßen berechnen:

Eine Fahrt zweiter Klasse der Beamten von Frankfurt nach Forst kostet hin und zurück 9,20 R.M. Für fünf Terminstage entstehen demnach 46 R.M. Fahrtkosten. Hier kann man einwenden, daß der Platz in den Zügen frei ist, der Beamte brauche an die Bahn nichts zu entrichten, besondere Auslagen würden also dadurch nicht verursacht.

Dazu treten aber die Tagegelder und Abwesenheitskosten für den Beamten sowie der Ausfall seiner Arbeitskraft daheim. Er hat für den ersten Termin mindestens 1 1/2 Tage ausgemeldet. Für die weiteren vier Termine geht er je einen vollen Tag seiner Beschäftigung verloren. Rechnet man den Arbeitstag bei einem Reichs-

bahnoberinspektor mit 20 R.M. Kosten, was bei den Gehalts- und Pensionsätzen den wirklich aufzuwendenden Betrag nicht erreicht, so ergeben sich daraus schon 110 R.M., die für eine Arbeit aufgewendet sind, die bei einem Rechtsanwalt noch nicht einmal den fünften Teil gekostet hätte.

Derartige Fälle sind keineswegs selten. Bei den Eisenbahndirektionen werden in den Büros für den Bezirk die Rechtsstreitigkeiten bearbeitet. Es müssen ganz erhebliche Beträge aufgewendet werden, die zu sparen sind, wenn man die Vertretung dem Rechtsanwalt übergibt.

Ein anderer Fall der Reichsbahn hat sich beim AG. Weizen abgepielt. Dort hat die Reichsbahndirektion Dresden wegen 115,36 R.M. in den Akten 1 Og 1194/32 geklagt. In dieser Sache sind in Weizen am 13. Okt., 24. Nov., 6. Dez. 1932, 3. und 17. Jan., sowie 21. Febr. 1933 Termine gewesen. In diesen hat die Reichsbahn sich durch drei verschiedene Beamte, in der Regel Reichsbahnoberinspektoren, vertreten lassen, die zum Teil drei Stunden Bahnfahrt gebraucht haben, wenn sie aus Dresden kamen (bis Weizen 1 1/2 Stunden Bahnfahrt, hin und zurück dieselbe Zeit). Die Unzweckmäßigkeit eines solchen Verfahrens, das noch dazu die Fehler und Schwierigkeiten der Vertretung durch verschiedene Personen mit sich bringt, ergibt sich gegenüber der Tätigkeit eines Rechtsanwalts, dessen Gebühren einschließlich der Beweisaufnahme in dem angegebenen Fall nur 24 R.M. betragen hätten, also durchschnittlich 4 R.M. für den Termin, wofür die Bahn bestimmt mehr aufzuwenden hatte.

Es ist zu hoffen, daß es nur dieses Hinweises bedarf, um das unzulässige und veraltete Verfahren bei der Reichsbahn zu ändern und sie zu bewegen, zu ihrem Vorteil den durch seinen Beruf für diese Aufgaben bestimmten Rechtsanwalt mit der Arbeit zu beauftragen. Wenn auch andere Behörden und öffentliche Körperschaften ihre Prozeßführung nach den oben dargelegten Gesichtspunkten nachprüfen, so werden sich weitere Möglichkeiten einer Zurückgewinnung des Arbeitsgebiets der Rechtsanwälte ergeben.

RA. Dr. S a w i t z k y, Forst i. L.

Haftpflichtede

der Allianz und Stuttgarter Verein, Versicherungs-Aktien-Gesellschaft

1. Zum RErbhofG. (RGBl. 1933, I, 685) sind bis jetzt folgende ReichsdurchfW. ergangen:

vom 15. Okt. 1933 (RGBl. I, 749),

vom 19. Dez. 1933 (RGBl. I, 1096),

vom 27. April 1934 (RGBl. I, 349) sowie

vom 26. Juni 1934 (W. zur Abänderung des § 28 der

2. DurchfW. zum RErbhofG. [RGBl. I, 594]).

Notieren Sie diese DurchfW. und alle folgenden in Ihre Gesetzesausgabe oder in Ihr Reichsgesetzblatt, dazu die W. der Länder, die für Ihre Praxis in Frage kommen.

2. Aus Erbhofregister nicht nur bei Grundstückskäufen (und -prozessen) denken, auch bei Testamenten, Güter- und Erbverträgen, bei Steuerberatungen.

Schrifttum

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

Geh. RegR. Dr. **Friedrich Syrup**, Präs. der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung: **Anordnung über die Verteilung von Arbeitskräften vom 28. August 1934.** Text und Kommentar mit Formblatt-Anhang. Berlin 1934. Otto Elsner Verlagsgesellschaft mbH. Preis kart. 1,80 R.M.

Nachdem Präs. Dr. Syrup das Gesetz zur Regelung des Arbeitseinsatzes und die von ihm dazu erlassenen Anordnungen in einem hier bereits besprochenen Kommentar (Verlag Elsner) eingehend behandelt hat, der jetzt auch durch die letzten Anordnungen v. 30. Aug. 1934 ergänzt worden ist, hat er in seinem soeben erschienenen Kommentar zur Anordnung über die Verteilung von Arbeitskräften auch diese von ihm erlassene Anordnung authentisch erläutert. Die Anordnung, die insbes. den in den letzten Monaten viel erörterten Austausch von Arbeitsplätzen, ferner die Einstellungsbeschränkung von Jugendlichen unter 25 Jahren und den Leistungsausgleich von älteren Angestellten regelt, ist bekanntlich für die Durchführung der Arbeitsfront von außerordentlicher Bedeutung. Es ist deshalb besonders zu begrüßen, daß gerade Syrup als Leiter der Behörde, die die für Führer der Betriebe und auch ihre Gesellschaftern gleich wichtige Anordnung durchzuführen hat, die neuen Maßnahmen in wirtschaftlicher, sozialpolitischer und besonders auch in

rechtlicher Beziehung in seinem Kommentar eingehend besprochen hat. Es kann nur jedem, der in der Praxis mit den Fragen des Arbeitsplatzausgleiches und ihren Auswirkungen zu tun hat, empfohlen werden, den Kommentar von Syrup zu Rate zu ziehen.

RegR. Dr. jur. W. Krause, Berlin.

Reinhard-Müller: Das Zwangsversteigerungs-gesetz. Handausgabe mit Erläuterungen und Register. 8. Auflage. Stuttgart 1934. Verlag von W. Kohlhammer. Preis 18 R.M.

Neben seinem ausführlichen Kommentar zum ZwVerstG. hatte Reinhard bekanntlich eine Handausgabe dieses Gesetzes verfaßt, die sich auf die Wiedergabe der dort gewonnenen Ergebnisse beschränken sollte. In den späteren Auflagen der Handausgabe ist bereits vielfach eine etwas ausführlichere Darstellung gewählt worden. Die 8. Auflage ist von Müller allein bearbeitet, der offenbar zum guten Teil eben wegen seiner hervorragenden Kennererschaft auf diesem schwierigen Rechtsgebiet ebenso wie Reinhard inzwischen zum SenPräs. befördert worden ist. Die durch den Tiefstand der Wirtschaft wie auch durch den bereits begonnenen Wiederaufstieg hervorgerufenen Änderungen in der Gesetzgebung, namentlich diejenigen auf dem Gebiet des Immobilienvollstreckungsschutzes sind gleichermaßen wie Rechtsprechung und Rechtslehre bis in die neueste Zeit berücksichtigt worden. überholte

Teile, vor allem aus dem Aufwertungsrecht, konnten gestrichen oder wesentlich gekürzt werden.

Tatsächlich hat dieses Buch, welches 472 Seiten 8° umfaßt, bereits den Umfang einer Handausgabe überschritten und stellt in Wirklichkeit einen Kommentar dar. Zweifelsfragen sind häufig in eingehenden Erörterungen ausführlich erörtert, während andererseits wiederholt wichtige Streitfragen nur durch ganz kurze Verweisungen abgetan sind. Schrifttum und teilweise auch die Rechtsprechung sind vielfach nur ausnahmsweise mitgeteilt und angeführt. Die Grundzüge für diese Auswahl sind nicht ersichtlich. Um dem vortrefflich eingeführten Werk eine vollkommene Abrundung zu ermöglichen, sei dies im folgenden durch einige Belege erhärtet.

Bei § 21 Nr. 3 b wäre vielleicht noch zu bemerken gewesen, daß in Gegenstände, die durch die Zwangsversteigerung beschlagnahmt sind, auch der betreibende Gläubiger nicht die Mobilienzwangsvollstreckung betreiben darf (vgl. *ZW.* 1933, 2603⁴).

Zutreffend sind die Darlegungen über den Umfang der Erstreckung der Beschlagnahme auf die Früchte, insbes. die landwirtschaftlichen Erzeugnisse (§ 20 Nr. 4 e).

Zu vermissen ist eine Stellungnahme zu der bekannten Streitfrage, ob der Gläubiger nach Eintragung einer Zwangshypothek auf Grund eines persönlichen Vollstreckungstitels einen besonderen dinglichen Titel noch erwirken muß, um im Rang der Hypotheken die Zwangsversteigerung zu betreiben (vgl. darüber *Fraeb:* *ZW.* 1934, 1193). Nicht gesagt wird bei § 8, ob auch die Bezugnahme auf einen bereits beim Vollstreckungsgericht befindlichen Vollstreckungstitel genügt.

Es wäre wohl der Betrachtung wert gewesen, ob Mängel der Zustellungsurkunde die Wirksamkeit der Zustellung zu beeinträchtigen vermögen, und ob, wenn ein die Zwangsversteigerung anordnender Beschluß in mangelhafter Weise zugestellt ist, gem. § 43 Abs. 2, 83 Nr. 1 *ZwVerfG.* der Zuschlag zu verjagen ist (vgl. *ZZP.* 55, 264). Weiter hätte es eines Hinweises bedurft, ob sämtliche Anordnungs- und Beitrittsbeschlüsse nach § 43 fristgemäß zugestellt sein müssen oder ob die fristgemäße Zustellung eines von ihnen genügt.

Zu § 19 hätte geprüft werden müssen, ob das durch die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme für den betreibenden Gläubiger entstandene Veräußerungsverbot zu den durch Eintragung gesicherten Rechten gehört (vgl. *OLG. Kassel:* *ZZP.* 58, 202 ff.).

Bei § 23 hätte hervorgehoben werden können, daß nicht die Beschlagnahme selbst, sondern nur deren Anordnung im Grundbuch eingetragen wird, und daß die Beschlagnahme je nachdem früher oder später wirksam wird (*Fraeb:* *ZZP.* 58, 204).

Bei den grundsätzlichen Erörterungen über das qualifizierte Veräußerungsverbot der Beschlagnahme des Grundstücks ist ihre relative Wirksamkeit nicht bzw. nicht genügend erläutert. Es wäre u. a. auch zu der Frage Stellung zu nehmen gewesen, ob auch eine Löschung bei der Feststellung des geringsten Gebots und in dem weiteren Verlaufe des Zwangsversteigerungsverfahrens nur insoweit, als sie zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuche ersichtlich war (§ 45 *ZwVerfG.*), zu berücksichtigen ist, und ob der nach Eintrag des Versteigerungsvermerks vom Eigentümer gestellte Löschungsantrag wider das Veräußerungsverbot zugunsten des betreibenden Gläubigers verfährt.

Bei den Bemerkungen über die über die Erbfolge zu machenden Angaben (vgl. § 17 Nr. 3 f) hätte dazu Stellung genommen werden können, ob, wenn der Schuldner nicht Alleinerbe des buchmäßigen Eigentümers ist, die Erteilung abgewartet oder zunächst der Erbeil gepfändet werden muß, um dann die Auseinandersetzung zu betreiben. Die Behauptung des Gläubigers, der Schuldner sei zu einem bestimmten ideellen Bruchteil Miteigentümer des Grundvermögens, genügt nicht. Ist davon auszugehen, daß die Nachlassauseinandersetzung noch nicht erfolgt ist, so ist die Anordnung der Zwangsversteigerung über den angeblichen ideellen Anteil des Schuldners ebenso unzulässig wie es eine eigene Verfügung des Schuldners nach § 2033 *BGB.* sein würde.

Zu §§ 27, 29 wäre eine Untersuchung begrüßenswert gewesen, ob über einen bereits vor Eingang der Zurücknahmeerklärung eingegangenen Beitrittsantrag noch entschieden werden kann, ohne daß eine neue Versteigerungsanordnung zu erlassen ist. *M. E.* ist der Beitritt bis zur Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses zulässig.

Zutreffend wird die Ansicht, daß das Vollstreckungsgericht befugt sei, eine erfolgte Zustellung zu widerrufen, als unrichtig bezeichnet, aber leider ohne jede Begründung (vgl. § 43 Nr. 3; a. *M.* *OLG. Frankfurt:* *ZW.* 1930, 3563⁸ u. dagegen *Fraeb*).

Zu der äußerst interessanten und wichtigen Frage, wie bei Rücknahme des Versteigerungsantrags nach Schluß der Versteigerung durch einen dinglich Berechtigten, der den dem anderen betreibenden Gläubiger vorgehenden betreibenden Gläubiger nach § 268 *BGB.* abgefunden hat, wird nicht deutlich genug Stellung genommen (vgl. § 44 Nr. 13 b u. ferner *RG.:* *ZW.* 1931, 546² u. dazu *Fraeb*).

Wenn gesagt wird, bei der Bestellung des Vollstreckungsgerichts gem. § 2, die gleiche Entscheidung sei zu treffen, wenn sich verschiedene Amtsgerichte für zuständig oder unzuständig erklärt haben, so wäre gleichzeitig zu untersuchen gewesen, ob die Entscheidung noch zulässig

ist, wenn von den beteiligten Amtsgerichten die Zwangsvollstreckung schon eingeleitet ist und wie es mit der Wirksamkeit der Anordnungsbeschlüsse zu halten ist.

Zu § 9 Nr. 4 ist zwar in kurzen Zügen eine Umschreibung des Begriffs des der Zwangsvollstreckung entgegenstehenden Rechtes unternommen. Mit Recht wird hervorgehoben, daß es dem einen Gläubiger gegenüber bestehen, einem anderen gegenüber verjagen kann; hierher wird z. B. zutreffend das Recht dessen gezählt, zu dessen Gunsten ein Veräußerungsverbot nach den §§ 135, 136 *BGB.* besteht. Aber das Verhältnis zu diesen Veräußerungsverboten wie auch zu dem Veräußerungsverhinderungsrecht des § 771 ist nicht näher dargelegt.

Zu § 100 hätte es einer Auseinandersetzung darüber bedurft, ob eine allgemeine Rüge der Verletzung des § 83, „weil die materiellen und formellen Voraussetzungen der Zwangsversteigerung fehlen“, genügt und ob der Beschwerdebegrund, sofern es sich nicht um einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfassungsgrund handelt, bestimmt angegeben werden muß (vgl. *RG.:* *ZW.* 1930, 2814³² u. dazu *Fraeb*).

Mit Recht wird dargelegt, daß, solange zweifelhaft ist, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Mangel und der Beeinträchtigung des Rechtes besteht, der Zuschlag verjagt werden muß, sofern das Verfahren vom betroffenen Beteiligten nicht genehmigt wird. Zutun ist der weiteren Ansicht, daß eine Beeinträchtigung nicht anzunehmen ist, wenn das Recht bestehen bleibt oder aus dem Erlöse voll befriedigt wird. Zutreffend wird eine Beeinträchtigung z. B. dann angenommen, wenn der Beteiligte Anspruch auf das Bestehenbleiben seines Rechtes hat und durch Zahlung abgefunden werden soll oder umgekehrt (§ 84 Nr. 1). Niemals kann aus dem Gesetz entnommen werden, daß eine Beeinträchtigung nur da anzunehmen ist, wo sie sich in einer bestimmten Summe feststellen läßt. Das Recht eines Beteiligten, also namentlich auch des Schuldners, wird beeinträchtigt, wenn es in irgendeiner Weise geschmälert oder verringert oder anders gestaltet wird, als der Berechtigte gesetzlich verlangen kann. Mit der herrschenden Meinung ist daran ferner festzuhalten, daß eine Beeinträchtigung des Schuldners dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß das Meistgebot den Wert des Grundstücks erreicht oder übersteigt. Namentlich ist aber eine Benachteiligung des Schuldners bei einer unrichtigen Feststellung des geringsten Gebots oder der Versteigerungsbedingungen oder bei Nichtbeachtung der Vorschriften über Einzel- und Gesamtausgebot nicht für ausgeschlossen zu erachten. Darauf, daß die besonderen Umstände des Einzelfalles keinerlei Anhaltspunkte dafür bieten, daß das Meistgebot bei anderer Bildung des geringsten Gebots geringer ausgefallen oder ein Gebot überhaupt nicht abgegeben worden wäre, kommt es nicht an, denn der Mangel der Benachteiligung ist mit voller richterlicher Verantwortlichkeit und unter Aufbürdung aller Folgen einer dabei unterlassenen Pflichtverletzung gegen den Benachteiligten festzustellen. Der Schuldner braucht auch nicht seinerseits die Beeinträchtigung irgendwie glaubhaft zu machen. Alles kommt vielmehr darauf an, die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Schuldners vollkommen und restlos auszuschließen. Ist ein derartiger Ausschluß nicht zweifelsfrei möglich, so läßt sich auch nicht feststellen, daß eine Rechtsbeeinträchtigung des Schuldners nicht vorliegt.

Zu § 85 wäre eine Untersuchung über die Folgen eines nicht beschiedenen Vertagungsantrages erwünscht gewesen. Der Zuschlagsbeschl. kann deswegen nicht aufgehoben werden, da ein derartiger Formmangel nicht unter die im § 100 *ZwVerfG.* aufgeführten Gesetzesvorschriften fällt. Auch eine Verletzung des § 85 kann, selbst wenn man in dem Vertagungsantrag einen Antrag auf Bestimmung eines neuen Versteigerungstermins erblicken will, nicht in Frage kommen. Das Gericht braucht auch in diesem Falle über diesen Antrag nicht besonders zu entscheiden, weil bereits in der Erteilung des Zuschlags seine Ablehnung enthalten ist.

Unter den „sonstigen Gründen“ des § 83 Ziff. 6 wird mit Recht das Nicht- oder Nichtmehrvorhandensein der materiellen und formellen Voraussetzungen des Verfahrens angesehen (vgl. § 83 zu Nr. 3). Es hätte aber darüber gesprochen werden sollen, ob auch die Ordnungsmäßigkeit der Verfahrensanordnung selbst ebenfalls darunter zu rechnen ist (vgl. *Fraeb:* *ZZP.* 55, 268).

Die ganze Lehre vom Rechtsmittelverzicht wird als unstrittig vorausgesetzt, obwohl gerade auf diesem Gebiet schlimmste Unklarheit herrscht. Die Zweifelsfrage, ob die Zulässigkeit eines einseitig dem Zwangsversteigerungsgericht gegenüber erklärten Beschwerdebereichs gegen den Zuschlag in analoger Anwendung des § 514 *ZPO.* zu bejahen sei, wird in nicht ausreichender Weise durch den Hinweis auf eine Entsch. des *OLG. Königsberg* abgetan (vgl. § 96 Nr. 1 a. *E.*; vgl. zu dieser Frage *Fraeb:* *ZW.* 1930, 1510).

Richtig wird ausgeführt, der Rechtsnachteil verspäteter Anmeldung bestehe darin, daß das Recht den Rang hinter sämtlichen anderen Rechten erhält und demnach nur dann bei der Verteilung auf Befriedigung rechnen kann, wenn die Entstehungssumme höher ist, als zur Befriedigung jener Rechte erforderlich ist (vgl. § 110 Nr. 1 Abs. 2 u. darüber auch *RG.:* *ZW.* 1929, 776⁵²).

Bei §§ 95 ff. hätte betont werden können, daß nur gegen einen bereits erlassenen Zuschlagsbeschl. die Beschwerde zulässig ist. Die

Zuschlagsentscheidung muß erlassen, d. h. nach außen wirksam geworden sein. Eine derartige Beschwerde kann zu der Zeit ihrer Einlegung keinerlei Wirkung gegen die bevorstehende Entscheidung haben; sie ist zur Zeit ihrer Einlegung unzulässig und kann nicht nachträglich von selbst wirksam werden. Dazu würde es vielmehr einer neuen Willenserklärung des Beschwerdeführers vor Ablauf der Beschwerdefrist bedürfen (vgl. *OV. Frankfurt: Rpr. 30 S. 108; Fraeb, Handb. d. Z. 98 Abs. 1 Nr. 1; Stein-Jonas, § 569 Anm. II zu Note 7; Grundstücksrechte 1931, 391*).

Zutreffend wird gesagt, ein Verstoß gegen § 41 Abs. 2 begründe die Anfechtung des Zuschlags, wenn es zur Verletzung der Vorschriften des g. G. führt (§ 41 Nr. 2). Eine unrichtige Mitteilung darüber, auf welchen Antrag und wegen welcher Ansprüche die Versteigerung erfolgt, hindert aber nicht die Feststellung des g. G. nach der objektiv zutreffenden Rechtslage (*OV. Stettin: ZPr. 57, 154 ff.*).

Der einfache Vermerk, daß aufgewertete Rechte anmeldungsbedürftig sind, erscheint etwas dürftig, insbes. hätte erörtert werden sollen, ob auch das Verlangen des Zwischenzinses auf Grund der *PrWD. v. 4. April 1927* angemeldet werden muß (vgl. § 37 Nr. 5; *ZB. 1929, 152¹⁰ u. dazu Fraeb*).

Zu § 10 Nr. 5 hätte bei den Aufwertungshypotheken noch untersucht werden sollen, ob der Ersteher die durch die Aufwertungsgezettsnovelle begründeten Zinsen einer im geringsten Gebot übernommenen Hypothek auch dann ohne Anmeldung nicht zu zahlen braucht, wenn der Versteigerungstermin vor Inkrafttreten der Novelle und der Verteilungstermin alsbald nachher und vor Inkrafttreten der 17. *DurchfWD.* stattgefunden hat (vgl. *RG.: ZB. 1931, 2174⁶⁶ u. dazu Fraeb*).

Erörterungen über die Verteilung des Versteigerungserlöses, wenn bei Gleichrang zweier Posten eine dritte Post, Vorrang nur vor einer Gleichrangpost hat (vgl. *reflexiver Gleichrang*) und insbes. darüber, ob und inwieweit eine derartige Gleichrangigkeit durch das *AufwG.* berührt worden ist, habe ich nicht gefunden (vgl. darüber *ZB. 1933, 2020¹⁹*).

Soweit ich feststellen kann, ist das Erlöschen der Tilgungsbeträge bei aufgewerteten Hypotheken in der Zwangsversteigerung einer Betrachtung nicht unterzogen worden. Ist der Hypothekengläubiger nur wegen seiner aufgewerteten Forderung aus dem Grundstück befriedigt worden, so sind nur die Aufwertungshypotheken gemäß § 1181 Abs. 1 *BGB.* erloschen. Daneben ist ein Antrag auf Aufwertung und Eintragung der durch Zahlung der Tilgungsbeträge entstandenen Eigentümergrundschulden möglich (*OV. Hanau: Grundstücksrechte 1931, 252*).

Die Frage, ob nach § 1 Abs. 4 Teil 3 *NotWD. v. 8. Dez. 1931* die Verlegung des Zuschlags in ein und denselben Verfahren mehr als einmal erfolgen kann, ist, soweit ersichtlich, nicht behandelt (vgl. darüber *ZB. 1933, 641¹*).

Richtig wird ausgeführt, daß das Vorkaufsrecht des Ausgebers einer Heimstätte der Erteilung des Zuschlags an den Meistbietenden nicht entgegensteht (§ 81 Nr. 8). Die Ausübung des Vorkaufsrechts geht ausschließlich zu Lasten des Meistbietenden, der ja auch mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes rechnen mußte, während die übrigen Beteiligten am Zwangsversteigerungsverfahren damit rechnen konnten, daß von den Versteigerungsbedingungen und namentlich von der Höhe des Meistgebotes nicht abgewichen werde. Macht also der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch, so bleibt der Ersteher gleichwohl entsprechend seinem Meistgebot verhaftet. Dem Vorkaufsberechtigten kann nicht der Zuschlag, auch nicht zu einem geringeren Betrage als das Meistgebot, erteilt werden. Zwischen dem Heimstättler und dem Ersteher sowie zwischen diesem und den übrigen Beteiligten bleiben die rechtlichen Beziehungen durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes des Heimstättenausgebers unberührt. Nur im Einvernehmen mit dem Meistbietenden, nicht aber gegen oder ohne dessen Willen, kann im Wege des § 81 Abs. 2 u. 3 *ZwVerfG.* die unmittelbare Erteilung des Zuschlags an den Heimstättenausgeber erreicht werden.

Das Buch hat sich so gut eingebürgert und genießt mit Recht einen so guten Ruf, daß es müßig ist, auf seine vorzüglichen Eigenschaften nochmals im einzelnen hinzuweisen. Seine Ergebnisse beruhen auf sorgfältiger Verarbeitung der in jahrelanger Beschäftigung mit den verwickelten Problemen des Zwangsversteigerungsrechts gemachten Erkenntnisse. *OVat Dr. Fraeb, Hanau.*

Akademie für Deutsches Recht, Zeitschrift. Herausgeber Reichsjustizkommissar Dr. Hans Frank, Präsident der Akademie für Deutsches Recht. 1. Jahrgang, Heft 3 (August/September) und Heft 4 (Oktober). München 1934. Schweizer Verlag. Preis jährlich 15 *RM.*, Einzelheft 1,50 *RM.*

Die Akademie für Deutsches Recht hat nach den Worten des Reichsjustizkommissars Dr. Frank die Aufgabe, unter Anwendung bewährter wissenschaftlicher Methoden die Rechtsgestaltung zu beobachten, zu pflegen und zu fördern.

In einzelnen Ausschüssen und Unterausschüssen, die für alle Rechtsgebiete eingesetzt sind, arbeiten ihre Mitglieder, Vertreter aller Berufsstände des Deutschen Volkes an den gestellten Aufgaben

mit, indem sie mit ihren Erkenntnissen dem Gesetzgeber beratend zur Seite stehen, wissenschaftliche Arbeiten veröffentlichen und unterstützen und in einem regen Verkehr mit den juristischen und wissenschaftlichen Zentren des Auslandes stehen, wodurch es möglich war, des öfteren Vorurteile gegen den Nationalsozialismus zu beseitigen.

Durch *RGef. v. 11. Juli 1934* ist die Akademie für Deutsches Recht zur öffentlichen Körperschaft des Reiches erhoben worden. Diese Tatsache wird in Heft 3 mit einem kurzen Geleitwort des Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Dr. Frank, an den Anfang gestellt.

Nach einer Darstellung der wichtigsten Lebensdaten des Schirmherrn der Akademie für Deutsches Recht, des vereinigten Herrn Reichspräsidenten und dem damit verbundenen Gelöbnis „der Einheit des deutschen Volkes, die er uns gab, die Einheit des deutschen Rechtes zu schaffen“, folgt der Aufsatzteil.

Justizminister Dr. Thierack, Dresden, erläutert die Justizausbildungsordnung, die die erste für das ganze Reich einheitliche Regelung des Vorbereitungsablaufes der jungen Juristen darstellt.

Es folgen die Abhandlungen: „Der Versuch“ von Staatssekretär Dr. Freisler; „Reichseinheit und Rechtseinheit“ von Dr. Bühler, München, Justizministerium; „Klassenmische und geltendes Recht“ von Rechtsanwalt Dr. Möhmer, München, Vorsitzender des Ausschusses für Familien-einschließlich Eherecht.

Hier wird nochmals Stellung genommen gegen das *RGUrt. v. 12. Juli¹⁾*. Der Verf. hebt mit Recht hervor, daß es auf den Zeitpunkt der Eheschließung gar nicht ankomme; auch ist „die Notwendigkeit der Unterbindung weiterer Blutmischung des deutschen Volkes klar erkannt“. Nach diesem Gesichtspunkt wird auch die Klassenmische ihre gesetzliche Lösung finden²⁾.

Von den anderen Beiträgen dieses Heftes ist noch besonders hervorzuheben der Tätigkeitsbericht des Ausschusses für Immobilienkredit der Akademie für Deutsches Recht, erlattet vom Vorsitzenden Dr. Carl Welcke und „Das nationalsozialistische Steuerprogramm“ von Staatssekretär Dr. F. Reinhardt, Berlin, Vorsitzender des Ausschusses für Steuer- und Finanzrecht.

Den Schluß dieses Heftes bildet ein Bericht über die erste Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht und daran anschließend der Wortlaut des Gesetzes über die Akademie für Deutsches Recht v. 11. Juli.

Heft 4 beginnt mit einem Geleitwort von Dr. Sjalmar Schacht über die Führung der deutschen Wirtschaft.

Dem „Aufbau der Wirtschaft“ ist der Beitrag von Dr. Paul Hilland, dem geschäftsführenden Präsidialmitglied des Deutschen Industrie- und Handelstages, „die Stellung der Industrie- und Handelskammern im Dritten Reich“ gewidmet.

Unter der Rubrik „Bürgerliches Recht“ folgen: „Die Gesetzgebung des Dritten Reiches auf dem Gebiete des Privatrechtes“ von Prof. Dr. Stoll, Tübingen; „Der Führergrundsatz in der bürgerlichen Rechtspflege“ von Prof. Lent, Erlangen, sowie der Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Vergleichsrecht der Akademie für Deutsches Recht von Ministerialrat Dr. Bogels im Reichsjustizministerium Berlin. Zum kommenden neuen Beamtenrecht nimmt Ministerialrat Seel im Reichsministerium des Innern Stellung. Dr. Linde schildert „Die Arbeitsgemeinschaft der Referendare“.

Von besonderer Bedeutung ist der Bericht von Prof. Dr. W. Simons über „Die Budapest Konferenz der International Law Association“. Nach der Darstellung der Verhandlungsgegenstände dieser Konferenz und ihrer sachlichen Abwicklung stellt Dr. Simons fest, daß sich aus ihrem Verlauf darauf schließen läßt, „daß sich das deutsche Recht die hervorragende Stellung, die es in der Vergangenheit auf so manchen Konferenzen eingenommen hat, auch in Zukunft zu wahren verstehen wird“.

Nach einigen kleineren Beiträgen folgen die Bekanntgabe von neuernannten Mitgliedern der Akademie, Berichte und Vorträge von Ausschüssen der Akademie für Deutsches Recht. Unter der letzten Rubrik „Aus der Schriftenreihe“ erfährt die Zeitschrift des von Staatssekretär Dr. Freisler geleiteten Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung für deutsches Recht: „Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechtes“ eine längere Besprechung.

Dr. Zeller, Berlin.

Eingegangene Bücher

Das neue Deutsche Reichsrecht. Hrsg. von Geh. Reg.R. Hans Pfundtner, Staatssek. im *RMdZ.*, *Min. Dr. Reinhard Neubert*, Präsi. der Reichsrechtsanwaltskammer, unter Mitwirkung von Dr. F. A. Medicus, *Min.R.* im *RMdZ.* Lief. 24: 67 Blatt Ergänzungen. Berlin. Industrieverlag Spacht & Linde. Preis des einzelnen Ergänzungsblattes 0,04 *RM.* nebst Postgebühr.

¹⁾ Vgl. unten S. 2613 ff.

²⁾ Vgl. Aufsatz *Mayke* oben S. 2593.

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 Reichsgericht. — † Anmerkung.]

I. Materielles Recht

****1.** §§ 242, 1579 BGB. Unterhaltsverträge geschiedener Ehegatten und *clausula rebus sic stantibus*. Unterhaltsverträgen wohnt die *clausula rebus sic stantibus* regelmäßig stillschweigend inne. Daraus folgt aber nicht, daß bei jeder Veränderung der Verhältnisse eine anderweitige Festsetzung der vereinbarten Rente verlangt werden kann. Es muß sich um wesentliche Veränderungen handeln, die die Geschäftsgrundlage zu erschüttern und den Endzweck beider Parteien zu vereiteln geeignet sind. Das liegt auch vor, wenn die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen sich in einem Maße vermindert hat, daß die Voraussetzungen des § 1579 BGB. erfüllt sind. Im übrigen kann, insbes. was die Voraussetzung der Unterhaltsbedürftigkeit des Berechtigten anlangt, für die Frage der Abänderbarkeit vertragsmäßig festgesetzter Unterhaltsrenten allein der Inhalt des Unterhaltsvertrages maßgebend sein.

Die Frage, ob der Befl. wegen nachträglicher Veränderung der Umstände vom Vertrage v. 1./2. Mai 1923 abgehen könne, beurteilt das BG. folgendermaßen: Die Anwendung der auf Unterhaltsverträge an sich anwendbaren *clausula rebus sic stantibus* müsse unterbleiben, falls der Gefügegeber hinsichtlich gesetzlicher oder vertraglicher Leistungen eine spätere Änderung der Verhältnisse bereits in Betracht gezogen und dafür gesetzlich einen Rahmen festgelegt habe. Das sei hinsichtlich der Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten in § 1579 BGB. geschehen. Daher könne, falls die Anwendung des § 1579 BGB. mangels Vorliegens seiner tatsächlichen Voraussetzungen entfalle, eine Umgehung dieser Vorschrift nicht in der Weise erfolgen, daß auf denselben Tatbestand nunmehr die *clausula rebus sic stantibus* angewendet werde. Das müsse ebenso für die Fälle einer entsprechenden Anwendung des § 1579 BGB. auf Unterhaltsverträge gelten, wie sie hier nach der Rpr. des RG. (WarnRpr. 1925, Nr. 103; JW. 1929, 583¹³) geboten sei, so daß im vorliegenden Falle, in dem die Voraussetzungen des § 1579 BGB. nicht dargetan seien, die Berufung des Befl. auf die *clausula* ohne Erfolg bleiben müsse. Demgegenüber macht die Rev. geltend, daß die entsprechende Anwendung des § 1579 BGB. der weitergehenden Anwendung der *clausula* jedenfalls da nicht entgegenstehe, wo eine gesetzlich nicht bestehende Unterhaltspflicht vertraglich begründet werde. Von diesem Gesichtspunkt aus sei die Aufwertung der Hypothek der Kl. auf 20 000 GM. und die Rückzahlung im Jahre 1927 erheblich.

Auch dieser Revisionsangriff kann nicht durchbringen. Allerdings hat das RG. in einer Reihe von Urten. (RG. 106, 233¹); 110, 100²); WarnRpr. 1923/24 Nr. 36; 1925 Nr. 103) ausgesprochen, daß Unterhaltsverträgen die *clausula rebus sic stantibus* regelmäßig stillschweigend innewohne.

Daraus folgt aber nicht, daß bei jeder Veränderung der Verhältnisse, die die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen einerseits oder die Unterhaltsbedürftigkeit des berechtigten Teils andererseits mehr oder minder berührt, von dem einen oder dem andern Teil eine anderweitige Festsetzung der vereinbarten Rente oder gar vom Unterhaltspflichtigen die Befreiung von der vertraglich übernommenen Unterhaltspflicht verlangt werden kann. Es muß sich auch nach der *clausula*-Lehre immer um wesentliche Veränderungen handeln, die die Geschäftsgrundlage zu erschüttern und den Endzweck beider Parteien zu vereiteln geeignet sind (RGKomm. II. 5 zu § 242 BGB.). Diese Voraussetzungen lagen vor, als zufolge der fortgeschrittenen Geldentwertung der Unterhaltsberechtigte sich mit dem vertraglich zugesicherten Rentenbetrag nicht mehr einen wenigstens annähernd ausreichenden Unterhalt beschaffen konnte. Die angeführten Urten. betreffen denn auch Fälle aus der Inflationszeit. Eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse im angegebenen Sinne kann auch angenommen werden, wenn die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen sich in einem solchen Maße vermindert hat, daß die Voraussetzungen des § 1579 BGB. erfüllt sind (vgl. die Urten. des RG.: WarnRpr. 1925 Nr. 103; JW. 1929, 583¹³). Im übrigen, insbes. was die Voraussetzung der Unterhaltsbedürftigkeit des Berechtigten anlangt, kann für die Frage der Abänderbarkeit vertragsmäßig festgesetzter Unterhaltsrentenbeiträge allein der nötigenfalls durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt des Unterhaltsvertrages maßgebend sein. Von diesem Standpunkt aus hat das RG. den Anspruch der schuldlos geschiedenen Frau auf Gewährung eines höheren Rentenbetrages in einem Falle verneint, in dem durch einen im November 1923 geschlossenen Vergleich eine wertbeständige Rente (4,20 GM. = 1 Dollar) vereinbart war (JW. 1927, 1189¹ = Warn. 1926 Nr. 147).

Im vorliegenden Fall enthält der Vertrag der Parteien nicht nur Bestimmungen, die die Unterhaltsrente der Kl. der Höhe nach in ein bestimmtes zahlenmäßiges Verhältnis zu dem Gehalt oder Ruhegehalt des Befl. setzen, sondern auch die Bestimmung, daß die Unterhaltsrente sich im Falle der Wiederverheiratung des Befl. mindert und im Falle der Wiederverheiratung der Kl. erlischt. Angesichts dieses Vertragsinhalts wäre für eine Berücksichtigung der Veränderung anderer als der im Vertrage erwähnten Verhältnisse nur dann Raum, wenn der Befl. bestimmte Tatsachen anführen könnte, aus denen auf einen entsprechenden übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden zu schließen wäre. Da der Befl. solche Tatsachen nicht angeführt hat, erscheint die Annahme des BG., daß die in der Zeit nach dem Vertragschluß eingetretene Verbesserung der Vermögensverhältnisse der Kl. den Befl. nicht berechtige, eine entsprechende Herabsetzung der von ihm zu gewährenden Unterhaltsrente zu verlangen, im Ergebnis gerechtfertigt. Wenn der Befl. angeführt hat, daß er der Kl. die Rente nur im Hinblick auf ihre damalige völlige Vermögenslosigkeit zugestimmt habe, so kommt das BG. das als unerheblich ansehen, weil nichts dafür beigebracht ist, daß eine entsprechende Vereinbarung der Parteien zustande gekommen und zum Vertragsinhalt erhoben worden sei.

(U. v. 5. Juli 1934; IV 25/34 Berlin.)

[R.]

****2.** §§ 278, 254, 826 BGB. Für unerlaubte Handlungen des Testamentsvollstreckers haftet der Erbe im Rahmen des § 278 BGB. Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs. Entfällt gemäß §§ 278, 254 BGB. eine vertragliche Haftung, so bleibt nur noch die Prüfung aus § 826 BGB. übrig. Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs durch rechtzeitige Auf-

¹⁾ JW. 1924, 1428. ²⁾ JW. 1925, 1624.

deckung des Sachverhalts gegenüber dem Nachschlagrichter. †)

Die Kl. ist alleinige befreite Vorerbin des verstorbenen Rentiers Otto Der. Es waren zwei Testamentvollstrecker ernannt, von denen aber der eine, S., sein Amt im Herbst 1928 niederlegte; übrig blieb als alleiniger Vollstrecker Andreas von B.

Am 9. Juni 1929 stellte die Kl. beim AG. L. den Antrag, den Vollstrecker seines Amtes zu entheben, weil er nach ihrer Behauptung ohne ihr Wissen Hypotheken auf die Nachschlaggrundstücke ausgenommen und die Valuta an sich hatte auszahlen lassen. Von B. bestritt eine pflichtwidrige Verwaltung oder rechtswidrige Verfügung über Nachschlaggegenstände.

Am 27. Juli 1929 reichte der Vollstrecker außer einem Nachschlagverzeichnis eine von der Depositenkasse BG. der Bekl. ausgestellte, von den Angestellten P. und S. unterzeichnete, Quittung über den baren Empfang von 42500 RM ein. Die Kl. wies darauf hin, daß sich im Nachschlagverzeichnis noch Schulden aus der Zeit vor dem Tode des Erblassers aufgeführt fänden, die aus dem angeblich vorhandenen Bargeldbestande längst hätten gedeckt werden müssen. Der Vollstrecker wies die Behauptung, er habe das eingegangene Geld nicht für den Nachschlag angelegt, entschieden zurück.

Am 14. Aug. 1929 richtete die Kl. einen neuen Antrag auf Entlassung des Vollstreckers an das Nachschlaggericht, in dem sie darauf hinwies, daß inzwischen ihr ganzer Hausrat gepfändet und weitere Vollstreckungsmaßnahmen angedroht seien. Das Nachschlaggericht sprach darauf am 22. Aug. 1929 die Entlassung des Vollstreckers aus, weil ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten zwischen ihm und der Kl. nicht mehr gewährleistet sei. Auf Anfrage des Gerichts v. 29. Aug. 1929 erklärte von B., daß von den bei der Bekl. eingezahlten 42500 RM bisher nur 1804,94 RM verbraucht seien und der Rest sich noch in seinem Besitz befinde.

Als die Kl. nach der Entlassung des Vollstreckers bei der Bekl. Erkundigungen über den Verbleib der angeblich eingezahlten 42500 RM anstellte, erfuhr sie, daß eine Bareinzahlung durch den Testamentvollstrecker bei der Kasse der Bekl. nie erfolgt sei, daß dieser vielmehr nur einen Postcheck über den Betrag eingereicht habe, der, wie sich am nächsten Tage herausgestellt habe, ungedeckt gewesen sei.

Die Kl. nimmt auf Grund dieses unstreitigen Sachverhalts die Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch. Sie hat vorgebracht: Die Vorlegung der Quittung habe bei dem Nachschlaggericht und dem übergeordneten AG. den Eindruck erweckt, daß der Testamentvollstrecker über den angegebenen Betrag in bar verfüge. Infolgedessen hätten die Gerichte angenommen, daß die von ihr, der Kl., erhobenen Vorwürfe im wesentlichen unbegründet seien, und hätten von einer sofortigen Entlassung des Vollstreckers Abstand genommen. Dadurch sei dieser in die Lage versetzt worden, gerade in den Monaten nach Einreichung der Quittung das ganze Nachschlagvermögen durch sein schuldhaftes Verhalten zu vernichten. Die Schuld hieran treffe

neben dem vermögenslosen Vollstrecker und dem Nachschlagrichter die Organe der Bekl.

Die Bekl. hat ausgeführt: Ihren Organen falle hinsichtlich der Ausstellung der Quittung kein Verschulden zur Last. Die Quittung sei nicht etwa, so wie geschehen, aus Gefälligkeit gegen den Vollstrecker ausgestellt worden, vielmehr sei nur aus Versehen der sonst bei Scheckquittungen übliche Vermerk: „E. B.“ (Eingang vorbehalten) weggelassen worden. Sie hat ferner behauptet, daß einige Tage, nachdem sich die mangelnde Deckung des Scheckes herausgestellt habe, ein Richter des Nachschlaggerichts in der Depositenkasse angerufen habe und vom 2. Vorsteher ausdrücklich davon unterrichtet worden sei, daß der Scheck als nicht gedeckt zurückgekommen sei. Die Bekl. bestreitet daher, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Ausstellung der Quittung und den Maßnahmen des Nachschlaggerichts bestehe. Im übrigen habe eine solche Quittung überhaupt das Verhalten der Gerichte nicht bestimmen können, weil keinerlei Gewähr dafür bestanden habe, daß der Vollstrecker den etwa eingezahlten Betrag nicht sofort wieder abgehoben habe.

Das BG. hat die Schadensersatzpflicht allein aus dem Gesichtspunkte der vertraglichen Haftung bejaht. Begründet ist diese Schadensersatzpflicht damit, daß die Depositenkasse der Bekl. eine Quittung über eine bare Einzahlung ausgestellt habe, obwohl eine Barzahlung nicht erfolgt, vielmehr nur ein Scheck eingeliefert worden ist, der sich später als ungedeckt herausgestellt hat. Die Schlussfolgerungen des BG. vermögen der rechtlichen Nachprüfung nicht standzuhalten.

Nach der Annahme des RG. sind dadurch, daß der Testamentvollstrecker von B. bei der Depositenkasse der Bekl. die Eröffnung eines Kontos unter der Bezeichnung „Der. Nachschlag, A. v. B.“ beantragt, die Kasse sich hierzu bereit erklärt und eine Quittung über eine angebliche Barzahlung ausgestellt hat, rechtliche Beziehungen zwischen der Bekl. und anderen Personen, sei es nun dem Testamentvollstrecker als solchem oder den Erben, zustande gekommen. Dem ist nicht entgegenzutreten. Denn es haben Verhandlungen über die Schließung eines Darlehensvertrages stattgefunden, welche geeignet waren, Rechte und Pflichten der Beteiligten zu begründen. Diese Rechte und Pflichten können auch nicht ohne weiteres deshalb als erloschen gelten, weil eine Einzahlung tatsächlich nicht erfolgt ist, so daß ein Darlehensvertrag nicht zustande gekommen ist. Es ist dem RG. auch darin beizutreten, daß die Ausstellung einer Quittung über eine nicht empfangene Leistung, mag sie auch zunächst nur ein widerlegbares Beweismittel gegenüber dem Aussteller darstellen, doch unter besonderen Umständen, zumal innerhalb des bantmäßigen Geschäftsverkehrs, eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung darstellen kann, insbes., wenn der Bankkunde, dem die Unrichtigkeit der Bescheinigung unbekannt bleibt, dadurch zu geschäftlichen Maßnahmen veranlaßt wird.

Da von B. das Konto unter der Bezeichnung „Der. Nachschlag A. v. B.“ hat errichten lassen und sich auch als Vollstrecker dieses Nachlasses bezeichnet hat, hat er in er-

Zu 2. Die Entscheidungsgründe erscheinen nicht überall frei von Bedenken.

Bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf den Testamentvollstrecker konnte allerdings dessen rechtliche Stellung an sich, welche sehr umstritten ist, unerörtert bleiben. Die Begründung, die das RG. für die Anwendung des § 278 auf den Testamentvollstrecker gefunden hat, ist zu billigen. Die Tatsache, daß der Testamentvollstrecker durch seine Rechtsgeschäfte unmittelbar Rechte und Pflichten für die Erben begründet, muß logisch auch zur Anwendung des § 278 auf ihn führen. Wenn man der klaren Prägung des Grundgedankens, dem § 278 entsprungen ist, folgt, so wie Enneccerus (Enneccerus-Vehmann § 44 I, 1) ihn gegeben hat, bleibt keine andere Entscheidung möglich. Dort heißt es: „Wer eigene Leistung schuldet, schuldet sorgfältige Leistung. Wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde sorgfältige Leistung.“ Daraus folgt, daß der Erbe, für den aus den Rechtsgeschäften des Testamentvollstreckers unmittelbar Rechte und Pflichten begründet werden, auch dessen vertragliche Sorgfalt schuldet, weshalb sich aus dem Rechtsgedanken des § 278 seine Anwendung auf den Testamentvollstrecker ohne weiteres rechtfertigt.

Dagegen erwecken die Ausführungen Bedenken, mit denen das

RG. ein mitwirkendes Verschulden der Bekl. verneint. Das RG. meint, weil Testamentvollstreckerkonten nicht zu den insolge staatlichen oder gesetzlichen Eingriffs gebildeten oder behördlich überwachten Konten gehörten, deshalb bestehe für eine Bank im vorl. Fall keine besondere Pflicht, die Kontrolle über die Konten nicht zu vereiteln. Diese Auffassung erscheint bedenklich. Jeder, der bei einem Bankinstitut erkennbar fremde Gelder anlegt, untersteht irgendwelcher Kontrolle. Das folgt schon aus den Vorschriften über den Auftrag (§ 666 BGB.), wonach Rechenschaft über die Verwaltung gegeben werden muß. Die Anwendung dieser Vorschrift auf den Testamentvollstrecker ergibt sich aus § 2218 BGB. Dabon abgesehen, ist der vorliegende Rechtsstreit ein Musterbeispiel dafür, daß es Fälle gibt, in denen auch der Testamentvollstrecker einer Kontrolle unterliegt, weil er gem. § 2227 durch das Nachschlaggericht entlassen werden kann. Das Gesetz zählt ausdrücklich grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung als Gründe für eine Entlassung auf. Infolgedessen ist es selbstverständlich auch Aufgabe des Nachschlaggerichts, gegebenenfalls in dieser Hinsicht eine Kontrolle auszuüben. Ein Bankinstitut, welches erkennbar fremde Gelder von einem Vertreter oder sonstigen Beauftragten entgegennimmt, muß sich darüber klar sein, daß bei einem dieser Anlässe die erforderliche Kontrolle

kennbarer Weise in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gehandelt. Rechte und Pflichten aus seinem Handeln wurden unmittelbar für und gegen die Erben begründet (RG. 66, 244¹⁾; 76, 126²⁾). Dem von B. war bekannt, daß die Quittung über eine tatsächlich nicht erfolgte Leistung ausgestellt sei, er hat, wie die Sachlage ergibt, das Versehen der Depostenkasse der Bekl. bewußt ausgenutzt, indem er die Quittung dem Nachlassgericht vorlegte. Es gewinnt daher die Frage entscheidende Bedeutung, ob die Erben dieses arglistige Verhalten des Vollstreckers gegen sich gelten lassen müssen. Die Frage muß, ohne daß es eines Eingehens auf die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen bedarf, im Rahmen des § 278 BGB. beantwortet werden. Im Schrifttum wird überwiegend angenommen, daß der Testamentsvollstrecker zu denjenigen Personen gehört, für deren Verschulden die Erben als Schuldner einzustehen haben. Die Begründung ist verschieden. Einige — so *Dernburg*, *Bürg. Recht*, II § 68 III a, Anm. 8; *Planck*, *Komm.*, Anm. 2a zu § 278 BGB. bis zur 3. Aufl. — nehmen an, daß der Vollstrecker als Hilfsperson zu betrachten sei, deren sich die Erben zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedienen. Andere, z. B. *Warneher*, *Komm.*, § 278 Anm. II; *Feder*, *Verantwortung für fremdes Verschulden*, S. 25; *Enneccerus-Nipperdey*, *Lehrb. d. Bürg. Rechts*, I § 168, führen aus, daß der Vollstrecker als gesetzlicher Vertreter der Erben „im weiteren“ Sinne anzusehen sei. Eine dritte Meinung dagegen leugnet die Möglichkeit, den Vollstrecker als eine Person zu betrachten, für deren Verschulden die Erben als Schuldner einzustehen haben (so *Biermann*, *Bürg. Recht*; *Rehbein*, *Bürg. Gesetzbuch*, II 105 und anscheinend *Staudinger*, *Komm.*, Anm. 1a zu § 278 BGB.). Auch in den früheren Auflagen des *RGKomm.* wird zu § 278 BGB. in Anm. 2 ausgeführt, daß der Testamentsvollstrecker nicht als gesetzlicher Vertreter anzusehen sei, da er überhaupt nicht Vertreter der Erben sei, und daß er auch nicht Erfüllungsgelhilfe sei, weil man nicht sagen könne, daß sich die Erben seiner „bedienen“; für eine Anwendung des § 278 BGB. sei hier offenbar kein Raum. In der neuesten — 8. — Auflage wird dagegen gesagt, es werde im Schrifttum nicht ohne Grund eine weitere Auslegung dieses Begriffs — gesetzlicher Vertreter — befürwortet. Die höchstgerichtliche Rspr. hat bisher, soweit ersichtlich, zur Streitfrage nicht ausdrücklich Stellung genommen. In höchst-Rspr. 1932, 509 ist vom RG. angedeutet, daß eine erweiterte Auslegung im obigen Sinne in Betracht zu ziehen sei — es handelt sich dort um die Stellung des Mannes zur Frau in güterrechtlicher Beziehung —, daß eine Entsch. der Frage aber für den Streitfall nicht nötig sei. Der erf. Sen. ist zu dem Ergebnis gekommen, daß der Testamentsvollstrecker im Rahmen des § 278 BGB. als gesetzlicher Vertreter (im weiteren Sinne) angesehen werden muß. Für eine erweiterte Auslegung des Begriffes „gesetzlicher Vertreter“ spricht der innere Grund, daß nicht einzusehen ist, warum das Verschulden eines Testamentsvollstreckers, der gleich den Vertretern von Geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten unmittelbar Rechte und Pflichten für andere Personen zu begründen vermag, im Verhältnis zu diesen dritten Personen anders be-

urteilt werden müßte, als dasjenige dieser „echten“ gesetzlichen Vertreter. Der in § 278 BGB. niedergelegte allgemeine Rechtsgedanke trifft für beide Kategorien zu. Aus dem Gesetz läßt sich nichts entnehmen, was dieser Auffassung entgegenstände. Eine Begriffsbestimmung des gesetzlichen Vertreters enthält es weder allgemein, noch für den § 278 BGB. Aus § 166 Abs. 2 BGB. kann gefolgert werden, daß der Gegensatz zwischen gesetzlicher Vertretungsmacht und Vollmacht als ein ausschließlich betrachtet wird (vgl. hierzu *Planck*, Anm. 2a zu § 278 BGB.).

Nach § 254 BGB. hängt, wenn bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbes. davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist. Die Vorschrift des § 278 findet Anwendung. Da die Versehen der Erben sich nach dem bisher Ausgeführten das Verschulden des von B. zurechnen lassen müssen, hängt die Verpflichtung der Bekl. zum Ersatz des durch ihr Versehen verursachten Schadens im Rahmen der vertraglichen Haftung davon ab, ob von B. diesen Schaden derartig vorwiegend mitverursacht hat, daß demgegenüber die von der Bekl. gesetzte Ursache völlig in den Hintergrund tritt. Das muß nach den Umständen, wie sie bereits erörtert sind, bejaht werden.

Das BG. meint nun allerdings, daß diese Erwägungen hier nicht Platz greifen könnten, weil es sich nicht um die Haftung gegenüber einem Kontoinhaber schlechtthin gehandelt habe, sondern um einen solchen, der durch einen gesetzlichen Vertreter oder eine Person kraft Amtes vertreten gewesen sei. Derartige Vermögensmassen würden den Banken gerade auf Veranlassung der zur Kontrolle zuständigen Behörden zugeführt, welche darin eine gewisse Gewähr für die Ordnungsmäßigkeit der Anlage und der sachgemäßen Kontrolle sähen. Bei derartigen infolge staatlichen oder gesetzlichen Eingriffs gebildeten Konten kenne die Bank sowohl den Zweck der Kontoeröffnung als auch die Notwendigkeit einer staatlichen Kontrolle. Aus der Eröffnung eines solchen Kontos folge demnach auch für sie, da sie ihr Geschäft im Rahmen des Großen und Ganzen auffassen und handhaben müsse, die besondere Vertragspflicht, besondere Sorgfalt bei der Erteilung von Bescheinigungen, insbes. von Quittungen über Leistungen des gesetzlichen Vertreters bzw. des etwa sonst in Frage kommenden Vertreters kraft Amtes walten zu lassen, weil sonst jede staatliche Kontrolle der Betreffenden unterbunden, die der Staatsaufsicht unterliegende Masse schwer geschädigt werden könne. Daraus folge, daß sich die Bekl. nicht darauf berufen könne, daß von B. arglistig gehandelt habe. Denn das würde bedeuten, daß sich der Vertreter die Arglist desjenigen anrechnen lassen müsse, dessen Kontrolle die Bekl. gerade durch ihr fahrlässiges Verhalten vereitelt, dessen unlauterem Verhalten sie gerade durch ihre Fahrlässigkeit Vorschub geleistet habe. Mit Recht beanstandet die Rev. diese Ausführungen als der gesetzlichen Grundlage entbehrend. Sie laufen in Wahrheit darauf hinaus, daß den Banken und ähnlichen Instituten, bei denen Gelder aus Vermögensmassen angelegt zu werden pflegen, die der Verwaltung eines gesetzlichen Ver-

nur dann ordnungsmäßig ausgeübt werden kann, wenn sie nicht durch Maßnahmen des Institutes vereitelt wird. Es gehört deshalb zur Vertragspflicht eines derartigen Institutes, jegliche Kontrolle der angelegten Kapitalien zu ermöglichen und nichts zu tun, was sie vereiteln könnte, ganz gleich, ob es sich hierbei um eine staatliche Kontrolle oder die irgendeines anderen Berechtigten handelt. Nach diesen Gesichtspunkten hätte man im vorl. Fall ein mitwirkendes Verschulden der Bekl. nicht schlechtthin verneinen dürfen.

Soweit sich das RG. in den Entscheidungsgründen mit der Haftung aus unerlaubter Handlung gem. §§ 826, 31 BGB. befaßt, hält es die Linie der angeführten früheren höchstgerichtlichen Entsch. ein. Über diese Frage der Haftung aus § 826 bei grob fahrlässigem Handeln findet sich eine sehr interessante Besprechung der reichsgerichtlichen Auffassung bei *Jacoby*: *JW.* 1933, 82 ff., welche in der Fassung gipfelt: „Ein objektiv gegen die guten Sitten verstößendes Verhalten hat auch bei grob fahrlässigem Handeln Schadenshaftung

zur Folge, wenn der Täter sich bewußt ist, daß seine Rechtspflicht Schaden herbeiführen kann.“

Auf die Ausführungen a. a. O. kann hier verwiesen werden.

Die Bedenken, die das RG. schließlich gegen die Auffassung des BG. geltend macht, wonach die zweifelhafte Pflichtwidrigkeit eines Richters nicht außerhalb des adäquaten Ursachenverlaufs liege, sind zutreffend. Der Maßstab, der an die Sorgfaltspflicht des Bankinstitutes gelegt werden muß, verlangt selbstverständlich, daß man es auf der anderen Seite nicht in höchst unbilliger Weise beschwert. Wenn ein Richter in der Weise versagt, wie es hier behauptet ist, so verbietet es schon das Ansehen der Rechtspflege, ein solches Vergehen nicht als Abweichung von dem typischen und normalen Kausalzusammenhang zu bezeichnen. Das Vertrauen in ein ordnungsgemäßes Arbeiten der Richter und Gerichte darf und muß bei dem hoch entwickelten Stand unserer Rechtspflege so groß sein, daß niemand billigerweise ein derartiges Vergehen in seine Anschauung von dem normalen Verlauf der Dinge einbeziehen muß.

¹⁾ *JW.* 1907, 516.

²⁾ *JW.* 1911, 557.

reters oder einer Person kraft Amtes unterliegen, sofern sie Kenntnis von der Eigenschaft solcher angelegter Gelder haben, eine besondere Pflicht obliege, die Kontrolle der Maßnahmen dieser Vertreter nicht zu vereiteln. Hierfür fehlt es aber zum mindesten bei der Verwaltung durch Testamentvollstrecker an jedem gesetzlichen Anhalt. Die Zuständigkeit des Nachlassgerichts bei der Testamentvollstreckung beschränkt sich auf die im Gesetz hervorgehobenen Fälle. Dazu gehört nicht die Kontrolle über die Anlegung von Geld und die Kontenführung, überhaupt nicht die Kontrolle der gesamten Vermögensverwaltung. Testamentvollstreckerkonten gehören daher nicht zu den insolge staatlichen oder gesetzlichen Eingriffs gebildeten oder behördlich überwachten Konten. Hat das Gesetz aber insoweit eine staatliche Kontrolle nicht für erforderlich gehalten, so kann es auch nicht in Betracht kommen, daß private Erwerbsinstitute die Pflicht hätten, einer solchen Kontrolle nicht entgegenzuwirken oder sie gegebenenfalls zu unterstützen.

Scheidet hiernach eine Haftung der Bekl. wegen vertraglichen Verschuldens aus, so bleibt noch der Gesichtspunkt der Haftung aus unerlaubter Handlung gem. §§ 826, 31 BGB., deren Erörterung das BG. bewußt unterlassen hat. Um diese zu ermöglichen, muß das Ur. aufgehoben und die Sache zurückerwiesen werden. Hierzu ist zu bemerken. Eine unerlaubte Handlung i. S. von § 826 BGB. seitens der Organe der Bekl. würde sicherlich dann anzunehmen sein, wenn sie im Zusammenwirken mit W. bewußt eine den Tatsachen nicht entsprechende Quittung über eine Barzahlung ausgestellt hätten. Es wäre dies aber nicht einmal erforderlich. Das RG. hat in einer Reihe von Ur. ausgesprochen, daß § 826 BGB. zwar einen Vorsatz der Schädigung erfordere, nicht aber notwendig das sittenwidrige Handeln einem Vorsatz entsprechen müsse; es seien Fälle denkbar, in denen auch ein Handeln aus größter Fahrlässigkeit, insbes. dann, wenn es sich um grobfahrlässige und leichtsinnige wahrheitswidrige Äußerungen und Darstellungen seitens solcher Personen handelt, deren Stellung ein gewisses besonderes Vertrauen auf ihre Angaben gerade in jenen Angelegenheiten mit sich bringt, den Tatbestand sittenwidriger Handlung erfülle (RG. 72, 175; Warn. 1914 Nr. 122; 1916 Nr. 254; JW. 1911 Nr. 584²⁷; JW. 1912, 749¹⁴). Nach diesen Gesichtspunkten wird der Hergang bei Erteilung der Quittung im einzelnen zu beurteilen sein. Für die Frage, ob vorsätzliche Schädigung in Betracht kommt — die in jedem Falle erfordert wird —, kann es von Bedeutung sein, ob von W. erklärt hat, daß er die Quittung dem Nachlassgericht vorlegen müsse; denn dann lag die Annahme nahe, daß er sie, falls sie den Tatsachen nicht entsprach, zu Täuschungszwecken verwenden wolle.

Ferner ist noch auf folgendes hinzuweisen: Die Bekl. hat sich darauf berufen, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen ihrem angeblich schuldhaften Verhalten unterbrochen worden sei, weil nämlich dem Nachlassrichter alsbald nach der Einreichung der Quittung durch den Testamentvollstrecker seitens der Depositentkassse zweimal im telephonischen Gespräch mitgeteilt worden sei, daß der Scheck, auf den sich die Quittung beziehe, rückläufig geworden sei. Das BG. hat die Behauptung der Bekl. als wahr unterstellt, eine Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs aber verneint, weil die primäre Ursächlichkeit der unrichtigen Quittung für die auf den 27. Juli 1929 folgenden Maßnahmen des BG. und LG. bestehen geblieben seien und die Telefongespräche in der Tat die schädliche Wirkung der Quittung nicht beseitigt hätten. Auch das einmalige Versagen eines Richters könne nicht die Abweichung von der Annahme des typischen und normalen Kaufalzusammenhangs rechtfertigen. Diese Ausführungen erscheinen in hohem Maße bedenklich. Das BG. spricht selbst aus, daß möglicherweise darin, daß der WGR. L. es unterlassen habe, eine sofortige Notiz des Gesprächs mit W. zu machen, eine Pflichtwidrigkeit liege. Es will also eine zweimalige Pflichtwidrigkeit eines Richters als etwas ansehen, was nicht außerhalb des durch die falsche Quittung in Lauf gesetzten adäquaten Ursachenerverlaufs liege. Das erscheint nicht angängig und höchst unbillig gegen die Bekl., die, wenn sie die Unrichtigkeit der Quittung alsbald aufgedeckt hat, ihrerseits alles getan hat, um den Ablauf des Geschehens zu hemmen. Es erscheint auch zu weitgehend und den heutigen

Verkehrsverhältnissen nicht entsprechend, wenn das BG. den Angestellten der Bekl. daraus einen Vorwurf machen will, daß sie sich mit bloßen Telefongesprächen begnügt und eine schriftliche Bestätigung unterlassen haben. — Auch insoweit ist erneute Prüfung geboten.

(U. v. 9. Juni 1934; I 20/34. — Berlin.)

[R.]

3. § 883 BGB.; § 48 GBD.; §§ 549, 561 ZPO.

I. Zur Gültigkeit einer Vormerkung bedarf es nicht der Angabe des Schuldgrundes, wenn die Gefahr einer Verwechslung nicht besteht.

II. Dem RevG. steht die Auslegung richterlicher Verfügungen — hier: Grundbucheintragungen — selbständig zu. Auslegung einer „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung als Miteigentümerin zugunsten meiner Ehefrau“ auf Grund des zugrunde liegenden Sachverhaltes in „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung als Miteigentümerin zur Gesamthand zugunsten meiner Ehefrau“.

III. § 48 GBD. enthält nur eine Ordnungsvorschrift. Ein Verstoß gegen diese bewirkt daher nicht die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung, sondern nur deren Unrichtigkeit. Da diese aber für jeden Dritten erkennbar ist, so kommt ihr gegenüber eine Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht in Frage.

Der beklagte Ehemann ist Eigentümer eines Grundstücks in N. Am 9. Juli 1923 schlossen die beiden beklagten Ehegatten einen notariellen Vertrag, wonach sich der beklagte Ehemann verpflichtete, seiner Ehefrau den halben Anteil an diesem Grundstück zu schenken, dergestalt, daß ... sie als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen werde.

Am demselben Tage gab der Ehemann folgende notariell beglaubigte Erklärung ab:

„Meiner Ehefrau Meta S. steht unter gewissen Voraussetzungen ein künftiger Anspruch zu, daß sie in Gesellschaft mit mir als Miteigentümerin des Grundstücks, eingetragen im Grundbuch von N. ..., eingetragen wird.“

Ich bewillige und beantrage die Eintragung einer Vormerkung für meine Ehefrau zur Sicherung dieses Anspruchs.“

Auf Grund dieser Bewilligung trug das GBA. in Abt. II unter Nr. 8 des Grundbuchs am 28. März 1924 ein:

„Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung als Miteigentümerin zugunsten der Ehefrau Meta S.“

Die Kl., die wegen Zinsrückständen aus ihrer Hypothek die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in das belastete Grundstück betreibt, hat mit der vorliegenden Klage u. a. beantragt:

festzustellen, daß die für die beklagte Ehefrau eingetragene „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung als Miteigentümerin“ unzulässig ist.

Zur Gültigkeit der Urkunde v. 9. Juli 1923 und der Vormerkung führt das RG. folgendes aus:

I. Im Gegensatz zum LG. hat das OVG. aus der Art der Eintragung der Vormerkung keine Bedenken gegen deren Rechtswirksamkeit hergeleitet. Die hiergegen erhobenen Revisionen sind nicht begründet. In Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. (RG. 133, 267¹) nimmt das OVG. an, daß es der Angabe des Schuldgrundes nicht bedurfte, da die Gefahr einer Verwechslung nicht vorlag.

II. Zutreffend geht das OVG. weiter davon aus, daß auch Grundbucheintragungen der Auslegung fähig sind, und zwar steht, da es sich um richterliche Verfügungen handelt, die Auslegung selbständig dem RevG. zu (RG. 136, 80²); 142, 156³). Es ist nun zunächst den beiden Vorinstanzen darin beizutreten, daß mit der Bezeichnung „Anspruch auf Eintragung“ ersichtlich der Anspruch auf Auflassung gemeint

¹) JW. 1932, 1045. ²) JW. 1932, 2418. ³) JW. 1934, 478.

ist. Der gesicherte Anspruch ist daher in der Eintragung zum Ausdruck gebracht. Allerdings ist diese Eintragung insofern unvollkommen, als nicht erkennbar ist, daß der gesicherte Anspruch auf Einräumung eines Gesamthandrechts gerichtet ist. Allein mit Recht hat das OLG. angenommen, daß hierdurch die Eintragung nicht inhaltlich unzulässig geworden ist. Der Ausdruck „Miteigentum“ wird nicht nur für die Fälle des Bruchteilseigentums, sondern auch für die Form des Gesamteigentums, so namentlich bei der Erbengemeinschaft und ehelicher Gütergemeinschaft, gebraucht. Wenn also hier die Vormerkung „zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung als Miteigentümerin“ eingetragen ist, so ist der Inhalt des Anspruchs durch den Wortlaut der Eintragung gedeckt.

III. Nach § 48 BGB. soll nun zwar in der Eintragung das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet werden. Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine Ordnungsvorschrift. Ein Verstoß gegen diese bewirkt daher nicht die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung, sondern nur deren Unrichtigkeit. Da diese aber für jeden Dritten erkennbar ist, so kommt ihr gegenüber eine Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht in Frage (RG.: Recht 1929 Nr. 2070; RG.: OLGspr. 18, 219; RG. 54, 85).

(U. v. 27. Juni 1934; V 93/34. — Hamburg.) [v. B.]

*4. § 1333 BGB. Nachträgliche Anfechtung von Mischehen. Ein Ehegatte, der die jüdische Abstammung des anderen bei Abschluß der Ehe gekannt hat, kann regelmäßig die Ehe nicht deshalb anfechten, weil er die Bedeutung der Rassenverschiedenheit nicht erkannt habe. Auch die später eingetretenen Nachteile berechtigen nicht hierzu. Generalklausel und Fortentwicklung des Rechts durch die Rspr. im nationalsozialistischen Sinne.

Die Parteien haben am 9. Aug. 1930 die Ehe geschlossen. Der Kl. ist evangelischer Christ arischer Abstammung; die Bekl. ist Jüdin und auf Wunsch des Kl. am 27. Juli 1930 zur christlichen (evangelischen) Religion übergetreten. Der Kl., der früher Pfarrer war und von seiner ersten Frau geschieden ist, lernte die Bekl. im Sommer 1928 kennen, als er in Wien Medizin studierte. Das intime Verhältnis wurde in Berlin und später in Greifswald fortgesetzt, wo es zum Eheschluß kam. Schon im Frühjahr 1931 erhob der Kl. eine Anfechtungs- und Scheidungsklage, in der er geltend machte: Die Bekl. habe ihn durch Drohung mit Selbstmord zum Eheschluß genötigt, ihn auch dadurch arglistig getäuscht, daß sie ihm versprochen habe, sie werde durch eigene Tätigkeit zum Unterhalt der Ehe beitragen, ein Versprechen, das sie nicht gehalten habe. Der Kl. habe sich ferner über persönliche Eigenschaften, nämlich starke hysterische Veranlagung der Bekl., geirrt. Als Scheidungsgrund waren wiederholte schwere Beleidigungen von Seiten der Bekl. geltend gemacht. Diese Klage ist durch rechtskräftig gewordenen Urteil des LG. v. 28. Okt. 1931 abgewiesen worden. Die Parteien, die seit Beginn des Vorprozesses getrennt gelebt hatten, sind in der Zeit v. 12. bis 26. Dez. 1932 in Frankfurt und Heidelberg wieder zusammengekommen, haben auch geschlechtlich miteinander verkehrt. Mit der vorliegenden Klage scheidet der Kl., dem bei der Eheschließung die Abstammung der Bekl. von jüdischen Eltern bekannt war, die Ehe mit der Begründung an, daß er sich über eine persönliche Eigenschaft der Bekl. insofern im Irrtum befunden habe, als er die Bedeutung der Rassenverschiedenheit nicht erkannt habe. Diese Erkenntnis sei ihm erst durch die nationalsozialistische Revolution gekommen, die den Unterschied zwischen der deutschen und der jüdischen Rasse erst zur allgemeinen Anerkennung gebracht habe.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. ihr stattgegeben. Das RG. hat das Urteil des LG. wiederhergestellt.

Nach § 1333 BGB. kann der Kl. seine Ehe anfechten, wenn er sich bei der Eheschließung über solche persönliche Eigenschaften der Bekl. geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden. Wegen der besonderen Eigentümlichkeiten der verschiedenen

Rassen erscheint die Zugehörigkeit zu einer Rasse, insbes. zur jüdischen Rasse, nach der natürlichen Lebensauffassung als wesentlicher Bestandteil der Persönlichkeit eines Menschen und damit als persönliche Eigenschaft im Sinne der angegebenen Gesetzesvorschrift. Unter Eheleuten erhält die Rassenverschiedenheit besondere Bedeutung dadurch, daß die Rasseigentümlichkeiten sich auch auf die Nachkommen vererben können. Hat also ein arischer Ehegatte bei der Eheschließung nicht gewußt, daß der andere der jüdischen Rasse angehört, so hat er sich in einem Irrtum über eine persönliche Eigenschaft des anderen befunden, der ihn beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 1333 zur Anfechtung der Ehe berechtigt.

So liegt indessen der Fall hier nicht. Denn der Kl. hat die Bekl. in voller Kenntnis ihrer Abstammung von jüdischen Eltern geheiratet. Gleichwohl gelangt das OLG. zur Annahme eines Irrtums auf seiner Seite über eine persönliche Eigenschaft der Bekl. auf Grund folgender Erwägungen: Wenn auch die Riergesetzgebung des Jahres 1933 keine eigentliche Handhabung für die Entsch. der Anfechtungsfrage biete, also von der Vorschrift des § 1333 BGB. auszugehen sei, so ergebe sich doch eine genügende Grundlage für die Anfechtung daraus, daß der Kl. die Bedeutung der nicht arischen Abstammung der Bekl. bei der Eheschließung nicht in ihrer vollen Tragweite erfaßt gehabt habe. Man habe erst neuerdings erkannt, daß die jüdische Rasse hinsichtlich des Blutes, des Charakters und der ganzen Lebensauffassung von der arischen Rasse völlig verschieden sei und daß deshalb eine Verbindung und Paarung eines Ariers mit einer Jüdin für ersteren nicht nur nicht wünschenswert, sondern verderblich, ja widernatürlich sei, zumal da sie den arischen Teil als einzelne Persönlichkeit, namentlich aber in seiner Eigenschaft als Volksgenossen in die Gefahr bringe, seiner Rasse und seinem Volkstum fremd zu werden und artfremde Kinder zu erzeugen. Diese Erkenntnis habe sich erst durch die nationalsozialistische Revolution allgemein oder wenigstens bei den meisten deutschen Volksgenossen durchgesetzt. Deshalb bedeute die dem Kl. durch diese Revolution vermittelte Erkenntnis unter allen Umständen einen erheblichen Fortschritt seiner Kenntnis vom Rassenproblem, möge er sich auch vorher, was er aber bestreite, mehr als andere damit beschäftigt haben. In der Nichtkenntnis der vollen Bedeutung der Rassenverschiedenheit zur Zeit der Eheschließung bestehe kein die Anfechtung rechtfertigender Irrtum. Die Anfechtungsfrist sei mit der im August 1933 bei Gericht eingegangenen Klage gewahrt; denn die dem Kl. durch die nationalsozialistische Revolution vermittelte Entdeckung des Irrtums sei zeitigstens in den März 1933 zu verlegen. Diese Auffassung stehe mit der Rspr. des RG., insbes. mit den Urte. ZB. 1904, 284; WarnRspr. 1928 Nr. 176 und 1933 Nr. 100 in Einklang.

Diesen Ausführungen vermag der Sen. nicht zu folgen. Was zunächst die bisherige Rspr. des RG. anlangt, so betreffen die Entsch. ZB. 1904, 284 und WarnRspr. 1928 Nr. 176 Krankheiten oder sonstige körperliche Mängel, die nach ständiger Rspr. des RG. nur dann als persönliche Eigenschaften i. S. des § 1333 BGB. angesehen werden können, wenn sie unheilbar sind. Erfährt hier der Ehegatte erst nach der Eheschließung, daß ein von ihm als vorübergehend angesehenes Leiden in Wirklichkeit unheilbar ist, so wird ihm erst jetzt die fragliche Eigenschaft bekannt. Nicht anders verhält es sich, wenn, wie in dem Fall WarnRspr. 1933 Nr. 100, ein Ehegatte von gewisser Verfehlungen des anderen Kenntnis hat, aber erst später durch ein ärztliches Gutachten erfährt, daß es sich um Auswirkungen eines bereits zur Zeit der Eheschließung vorhanden gewesenen krankhaften Zustandes handelt, oder wenn, wie in dem Fall RG. 104, 335¹⁾, ein Ehegatte, der sich über den Mangel der Jungfräulichkeit der Frau hinweggesetzt hat, nachträglich erfährt, daß sie ein uneheliches Kind hat. In allen diesen Fällen kann kein Zweifel darüber bestehen, daß dem anfechtenden Ehegatten eine persönliche Eigenschaft des anderen, die bereits zur Zeit der Eheschließung bestand, erst später bekannt geworden ist. Jenen Fällen liegt lediglich der oben erwähnte Fall gleich, daß ein arischer Ehegatte nach der Eheschließung überhaupt erst Kenntnis von der jüdischen

¹⁾ ZB. 1924, 677.

Abstammung des anderen Teiles erhält, während hier dem Kl. diese Kenntnis bereits bei der Eheschließung innewohnte.

Vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus ist die Anfechtbarkeit von Mischehen in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig zu verneinen. Völlig auszuschließen ist die Möglichkeit eines Irrtums über eine persönliche Eigenschaft allerdings nicht, auch wenn ein Ehegatte von der bisherigen Zugehörigkeit des andern zum Judentum bereits bei der Eheschließung Kenntnis hatte. Der Fall kann so liegen, daß der arische Teil unter dem Einfluß kirchlicher Lehren vom Rassenunterschied überhaupt nichts wußte, sondern angenommen hat, der andere Teil gehöre lediglich einer anderen Religion an, und der Unterschied werde durch einen Übertritt des anderen zum Christentum beseitigt. In einem solchen Falle würde sich der arische Teil in einem Irrtum über eine persönliche Eigenschaft des anderen insofern befunden haben, als ihm eine Vorstellung von dieser Eigenschaft überhaupt fehlte. Denkbar wäre auch, daß der arische Teil zwar etwas vom Bestehen eines Rassenunterschiedes gehört, aber zufolge primitiven Denkens das Wesen des Rassenunterschiedes nur ganz ungenügend erfaßt hatte, insbes. nichts davon wußte, daß der jüdische Teil die Eigentümlichkeiten seiner Rasse, selbst wenn sie bei ihm nicht merkbar in die Erscheinung getreten sein sollten, auf die gemeinschaftlichen Nachkommen übertragen könne. Für eine solche Unkenntnis spricht aber keinerlei Wahrscheinlichkeit. Es braucht hier auf die Entwicklung des Rassenproblems seit Mitte des vorigen Jahrhunderts nicht eingegangen zu werden. Es genügt, hervorzuheben, daß das nationalsozialistische Programm v. 24. Febr. 1920 (unter 4 und 5) bereits die Verschiedenheit der deutschen und der jüdischen Rasse mit allem Nachdruck betont, und es ist ein von Anfang an besonders hervorgetretener Wesenszug der nationalsozialistischen Bewegung, daß sie den Rassenbegriff und die Vorstellung von einem Gegensatz der Rassen ins Volk getragen hat (vgl. Alfred Rosenberg, Wesensgefüge des Nationalsozialismus 1932 S. 12). Unter diesen Umständen werden Fälle eines Irrtums nach der gedachten Richtung mindestens seit der Veröffentlichung des nationalsozialistischen Programms in den mit dem Programm bekannt gewordenen Bevölkerungskreisen nur selten anzunehmen sein. Hat der Anfechtungskläger bei der Eheschließung gewußt, daß er eine Frau heiratet, die der von der arischen verschiedenen jüdischen Rasse angehört, so ist daher regelmäßig anzunehmen, daß er sich über die fragliche Eigenschaft der Frau nicht im Irrtum befunden hat. Dabei handelt es sich im wesentlichen um eine Frage der Beweislast. Es ist Sache des Anfechtungsklägers, alle Voraussetzungen des § 1333 BGB., insbes. seinen Irrtum über eine persönliche Eigenschaft des andern Teils zu beweisen. Kann er also keine bestimmten Tatsachen auführen und beweisen, die den zureichenden Schluß auf einen Irrtum nach der gedachten Richtung gestatten, so kann seine Anfechtung nicht durchdringen.

Auch damit kann die Anfechtung nicht begründet werden, daß der Anfechtungskläger bei der Eheschließung nicht habe wissen können, daß ihn selbst und die aus der Ehe hervorgehenden Nachkommen die Nachteile der nationalsozialistischen Arierergesetzgebung treffen würden (Gesetz über die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums [BWB.] v. 7. April 1933, Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, zur kassenärztlichen Praxis usw.). Mit Recht hat auch das BG. die Anfechtbarkeit von Mischehen unter diesem Gesichtspunkt verneint. Denn die fraglichen Nachteile sind lediglich später eingetretene Folgen der Rassezugehörigkeit des anderen Teils, die einen Irrtum des Anfechtungsklägers im Zeitpunkt der Eheschließung nicht begründen konnten. Es handelt sich auch nicht um den Ausfluß einer persönlichen Eigenschaft, sondern lediglich um ein äußeres persönliches Verhältnis des jüdischen Teils. Solche persönliche Verhältnisse können in der Persönlichkeit wurzeln und so eng mit ihr verknüpft sein, daß sie nach allgemeiner Lebensauffassung persönlichen Eigenschaften gleichzustellen sind (RG. 104, 335¹). Sie kommen aber für die Anwendung des § 1333 BGB. nur dann in Betracht, wenn sie schon zur Zeit der Eheschließung vorhanden waren, was hier nicht der Fall ist.

Zuzugeben ist, daß die Gerichte bei der Anwendung des

Gesetzes dem durch die Arierergesetzgebung staatlich anerkannten Rassenunterschied Rechnung zu tragen haben. Daraus folgt indes lediglich, daß die Rassezugehörigkeit, wie oben dargelegt, als persönliche Eigenschaft i. S. des § 1333 BGB. zu werten ist. Im übrigen kann die Anfechtbarkeit von Mischehen nur im Rahmen dieser Vorschrift zugelassen werden. Die Gerichte sind nicht befugt, den nationalsozialistischen Anschauungen über diejenigen Grenzen hinaus Geltung zu verschaffen, die die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staates sich selbst gezogen hat. In dieser Hinsicht ist von entscheidender Bedeutung, daß die Gesetzgebung der nationalsozialistischen Regierung in der Rassenfrage bei weitem nicht alle Forderungen des nationalsozialistischen Programms verwirklicht hat. Nach dem BWB. treffen den arischen Beamten, der mit einer Nichtarierin verheiratet ist, keine Nachteile. Das den § 1a in das RBG. v. 31. März 1873 einfügende Gef. v. 30. Juni 1933 zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamtenrechts bestimmt, daß, wer mit einer Person nichtarischer Abstammung verheiratet ist, künftig nicht mehr als Reichsbeamter berufen werden darf, und ordnet für die Zukunft die Entlassung eines arischen Beamten an, der mit einer Person nichtarischer Abstammung die Ehe eingeht. Der durch das RBG. gegen Mißbräuche bei der Eheschließung usw. v. 23. Nov. 1933 eingefügte § 1325a BGB., der insbes. auch die sog. Namenshehen mit Nichtarierinnen treffen will (Rundschr. d. RZnM. v. 27. Dez. 1933: DJust. 1934, 8), sieht in Abs. 2 vor, daß die nichtige Namenshehe durch jahrelanges Zusammenleben der Ehegatten gültig werden kann. Daraus ergibt sich, daß sich der Gesetzgeber eines Eingriffs in den Bestand bereits vorhandener Mischehen mit Vorbedacht enthalten hat. Die künftige Eingehung von Mischehen ist nicht verboten. Von einer Anfechtung solcher Mischehen wegen Irrtums kann keine Rede sein, wenn der arische Teil die jüdische Abstammung des anderen gekannt hat. Man würde also über die Absichten des Gesetzgebers hinausgehen, wenn man die Anfechtung früher geschlossener Mischehen über die Grenzen des § 1333 hinaus zulassen wollte. Damit steht in Einklang das Rundschreiben des RZnM. v. 17. Jan. 1934 (PrMBl. 159), das darauf aufmerksam macht, daß die gesetzlichen Schranken, die sich die Reichsregierung bei der Arierergesetzgebung gesteckt hat, genau zu beachten sind, und daß es nicht angängig ist, den Grundgedanken des § 3 BWB. auf Gebiete auszudehnen, für die sie nicht bestimmt sind. Das alles bestätigt die hier vertretene Auffassung, daß die Gerichte bei der Entscheidung über die Anfechtung von Mischehen den Boden des § 1333 BGB. nicht verlassen dürfen.

Was schließlich die sog. Generalklauseln anlangt, bei deren Anwendung den Gerichten eine Weiterentwicklung des Rechtes im Sinne nationalsozialistischen Denkens obliegt, so muß die Anlegung des Maßstabes der guten Sitten schon deshalb ausscheiden, weil § 1323 BGB. bestimmt, daß eine Ehe nur in den Fällen der §§ 1324—1328 nichtig ist, und die Anfechtbarkeit von Ehen nach § 1330 BGB. nur in den Fällen der §§ 1331—1335 und des § 1350 gegeben ist. Nach wie vor gilt die Bindung des Richters an das Gesetz. Solange daher die Bestimmung des § 1333 BGB. nicht geändert wird, und zwar mit rückwirkender Kraft, ist die Anfechtbarkeit von Mischehen wegen Irrtums über die Rassezugehörigkeit eines Ehegatten über die oben angegebenen Grenzen hinaus nicht möglich, wie auch die Anfechtbarkeit solcher Ehen, deren einer Teil an einer vererblichen Krankheit leidet, nur unter den Voraussetzungen des § 1333 BGB. gegeben ist. Die Anwendung sonstiger Generalklauseln kommt hier überhaupt nicht in Frage.

Hiernach kann im vorliegenden Fall die Anfechtung nicht durchdringen, weil es an jedem Anhalt dafür fehlt, daß der Kl. sich bei der Eheschließung in einem Irrtum über die Zugehörigkeit der Bekl. zur jüdischen Rasse befunden hat. Die Begründung des angefochtenen Urts. besagt in dieser Beziehung, daß die durch die nationale Revolution vermittelte Erkenntnis des Kl. unter allen Umständen einen erheblichen Fortschritt seiner Kenntnis vom Rassenproblem bedeute, möge er sich auch schon vorher, was er aber bestreite, mehr als andere mit Rassenfragen beschäftigt haben. Mit Recht wird diese Beurteilung von der Rev. beanstandet. Wie bereits oben erwähnt, hat der Kl. den gesamten Anfechtungstatbestand ein-

¹) ZB. 1924, 677.

schließlich seines Irrtums zu beweisen. Die eigenen Ausführungen des Kl. aber lassen keinen Schluß auf einen Irrtum nach der angegebenen Richtung zu. Als er die Bekl. kennen lernte, war er Pfarrer a. D. in reifen Jahren und bereits Mediziner, und zwar, wie zuletzt nicht mehr bestritten worden ist, in höheren Semestern. Er muß bei solcher Vorbildung den Rassenunterschied gekannt und muß auch die Grundbegriffe der Biologie kennengelernt haben. Daß der Kampf gegen die jüdische Rasse im Staat zum Programm der nationalsozialistischen Partei gehört, war allgemein bekannt, und wer, wie der Kl., eine jüdische Frau gegen den Willen seiner Angehörigen heiraten will, mußte besonders dazu gedrängt werden, sich über das Rasseproblem zu unterrichten. Von einem Nachweis eines Irrtums des Kl. über eine persönliche Eigenschaft der Bekl. kann hiernach keine Rede sein.

(U. v. 12. Juli 1934; IV 94/34. — Karlsruhe. [R.]

***5.** §§ 1339, 203 BGB. Die Anfechtungsfrist für eine Ehe, weil der andere Teil nicht arischer Abstammung sei, ist erst durch die Gesetzgebung des Jahres 1933 in Lauf gesetzt worden.

Das BG. läßt es dahingestellt, ob die Anfechtung materiell begründet ist. Es gelangt zur Abweisung der Anfechtungsklage, weil die Anfechtungsfrist des § 1339 BGB. verjährt sei. Der Anfechtungsanspruch sei zwar schon mit der Erhebung der Scheidungsklage rechtsfähig geworden, und es genüge nach §§ 1572, 1571 Abs. 3 BGB., wenn die Ladung zum Sühnetermin (richtig der Antrag auf Anberaumung des Sühnetermins) rechtzeitig erfolgt sei. Der Kl. habe aber seinen vermeintlichen Irrtum über die Bedeutung der Zugehörigkeit der Bekl. zur jüdischen Rasse nach seinen eigenen Angaben spätestens im Jahre 1926 entdeckt, als er sich von der Bekl. getrennt habe. Nach seinen Angaben sei ihm schon nach dem Besuche des Vaters der Bekl. in Berlin, also seit 1924 oder 1925, die Wesensverschiedenheit gegenüber der Bekl. immer mehr zum Bewußtsein gekommen. Selbst wenn er damals noch nicht zur vollen Erkenntnis des von ihm als Irrtum bezeichneten Umstandes gekommen sei, so habe doch diese Erkenntnis nach seinen eigenen Worten in der Folgezeit immer weitere Fortschritte gemacht, so daß schließlich aus dieser Ursache keine Verührungspunkte zwischen ihm und der Bekl. mehr vorhanden gewesen seien. Schon damals habe er also den Irrtum i. S. des § 1339 BGB. entdeckt. Aber selbst wenn man zu seinen Gunsten annehmen wollte, daß er damals eine sichere Erkenntnis über das Wesen der Rassenfrage noch nicht gewonnen habe, so sei diese spätestens für den Zeitpunkt festzustellen, in dem er sich von der Bekl. getrennt habe. Das sei im Jahre 1926 geschehen, als er zugleich in Beziehungen zu Frau G. getreten sei. Er selbst sage, daß ihm schließlich die Wesensverschiedenheit zwischen ihm und der Bekl. so unangenehm geworden sei, daß er sich zur Trennung entschlossen habe. Habe aber diese Erkenntnis des Irrtums schon seit dem Jahre 1926 bestanden, so sei die Anfechtungsfrist, als der Kl. etwa Anfang Juni 1933 das Sühneverfahren eingeleitet habe, bereits abgelaufen gewesen.

Mit dieser Begründung läßt sich die Klageabweisung nicht aufrechterhalten. Da das BG. keine entsprechenden Feststellungen getroffen hat, ist für diesen Rechtszug zu unterstellen, daß der Kl. sich bei der Eheschließung insofern in einem Irrtum über eine persönliche Eigenschaft der Bekl. befunden hat, als ihm die Bedeutung der Zugehörigkeit der Bekl. zu einer von der seinigen verschiedenen Rasse überhaupt nicht zum Bewußtsein gekommen ist, und daß er bei Kenntnis des Rassenunterschiedes und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Ehe mit der Bekl. nicht eingegangen sein würde. Die Annahme des BG., daß er den Irrtum spätestens im Jahre 1926 entdeckt habe, ist im wesentlichen tatsächlicher Art und läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Nicht zuzustimmen ist aber der Ansicht des BG., daß damals die Anfechtungsfrist des § 1339 BGB. zu laufen begonnen habe.

Nach § 1339 Abs. 3 findet auf die Anfechtungsfrist u. a. die Vorschrift des § 203 BGB. entsprechende Anwendung, woraus sich ergibt, daß die Frist so lange gehemmt ist, als der Anfechtungskläger durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt an der Rechtsver-

folgung verhindert ist. Eine solche Verhinderung ist anzunehmen, solange keine Aussicht bestand, daß die Gerichte einer auf einen Irrtum über Wesen und Bedeutung der Rassenverschiedenheit gestützten Anfechtungsklage Folge geben würden, wobei von der Entsch. der Frage, inwieweit ein solcher Irrtum die Anfechtung zu begründen überhaupt geeignet ist, ganz abgesehen werden kann. Es ist der Rev. zuzugeben, daß eine solche Anfechtungsklage vor dem Durchbruch der nationalsozialistischen Bewegung keine Aussicht auf Erfolg gehabt haben würde. Erst durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933 i. Verb. m. der 1. Durchf. v. 11. April 1933 (insbes. § 3) sind aus der Rassenverschiedenheit staatliche Folgerungen gezogen worden. Vor dieser staatlichen Anerkennung der Bedeutung der Rassenverschiedenheit war eine Anerkennung dieser Bedeutung durch die Gerichte im Eheanfechtungsstreit nicht zu erwarten. Bis dahin erscheint daher die Anfechtungsfrist gehemmt.

In ähnlicher Weise hat die Rspr. angenommen, daß die Verjährung von Aufwertungsansprüchen nicht vor dem die Verjährung anerkennenden Urte. des RG. v. 6. Aug. 1923 (RG. 106, 422¹) habe beginnen können, weil bis dahin Aufwertungsansprüche auf dem Klagewege nicht durchzusetzen waren (RGKomm. Anm. 2 zu § 202 BGB.). Daraus kann nicht gefolgert werden, daß auch die Anfechtungsfrist des § 1339 erst in dem Zeitpunkt beginnen könne, in dem ein Urte. des RG. die Anfechtbarkeit von Mißhehen anerkenne. Denn der Aufwertungsgedanke hat sich in der Rspr. durchgesetzt, bevor er Anerkennung in der Gesetzgebung gefunden hat, während hier die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staates eingegriffen und durch die gedachten Bestimmungen die Aussicht auf einen Erfolg der Anfechtung, gleichviel in welchem Umfange, eröffnet hat.

Als Beginn der Anfechtungsfrist kann der 15. April 1933 angesehen werden, da mit Sicherheit angenommen werden kann, daß an diesem Tage die gedachten gesetzlichen Bestimmungen allgemein bekannt geworden waren. Vor dem 15. Okt. 1933 war daher die Anfechtungsfrist nicht abgelaufen. Die vorliegende Anfechtungsklage, die nach den zutreffenden Darlegungen des BG. als im Juni 1933 erhoben gilt, ist daher fristgemäß erhoben.

Hieraus ergibt sich die Aufhebung des angefochtenen Urte. und die Zurückverweisung der Sache an das BG. Für die erneute Verhandlung wird auf das zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmte Urte. des Sen. vom heutigen Tage in Sachen N. gegen N. IV 94/34 verwiesen.

(U. v. 12. Juli 1934, IV 89/34. — Berlin.) [R.]

II. Verfahren

6. §§ 59, 147, 264, 268 ZPO. Mag an der Rspr. dahin, daß auf die Zuziehung eines neuen Kl. oder Bekl. die Regeln der Klageänderung anzuwenden seien, festzuhalten sein oder nicht: jedenfalls ist es dann zulässig, nachträglich einen zweiten Bekl. in ordnungsmäßiger Weise zu verklagen und im anhängigen Prozeß zuzuziehen, wenn die Voraussetzungen des § 59 gegeben sind und die Regeln der Klageänderung beobachtet sind.¹)

Die Rev. rügt zunächst, daß BG. habe rechtsirrtümlich die Ausdehnung der Klage auf den Bekl. zu 2 für zulässig erklärt. In dieser Beziehung ist die Sachlage die folgende. Nachdem die Kl. die Klage unter dem 12. Dez. 1932 gegen die Bekl. zu 1 erhoben hatte, Schriftsätze gewechselt waren, mit entgegenstehenden Anträgen verhandelt und die Verhandlung auf den 17. Febr. vertagt war, erhob die Kl. mit Schriftsatz vom 9. Febr. Klage auch gegen den Bekl. zu 2 in dem anhängigen

¹) ZB. 1923, 803.

Zu 6. Das Urteil ist zu billigen. Insbes. auch, soweit es ausführt, daß für die sachliche Entsch. des vorl. Falles nichts darauf ankommt, ob man in der Zuziehung einer neuen Partei (mit der bisherigen Rspr. des RG.) die Änderung der alten oder aber mit dem Verfasser dieser Anmerkung die Erhebung einer neuen Klage erblickt. Schließt man sich der ersten Theorie an, so ist jede Nach-

Rechtsstreit und stellte ihm diesen Schriftsatz zu, lud ihn auch zu dem Termin am 17. Febr.

Die Bekl. zu 1, der dieser Schriftsatz auch zugestellt war, erwiderte: Die Einführung eines neuen Bekl. sei unzulässig, mindestens würde darin eine Klageänderung liegen, der sie widerspreche. In dem Termin am 17. Febr. waren nur die Kl. und die Bekl. zu 1 vertreten; es wurde Beweis beschaffen und demnächst Termin dazu und zur weiteren Verhandlung auf den 24. März anberaumt. Zu diesem Termin lud die Kl. auch den Bekl. zu 2, indem sie mitteilte, daß bei dessen Ladung zum 17. Febr. die Ladungsfrist nicht habe eingehalten werden können. Gleichzeitig ließ sie ihm die gegen die Bekl. zu 1 erhobene Klage und den Beweisbeschluss zustellen. Mit Schriftsatz v. 15. März meldeten sich dann die Prozeßbevollmächtigten der Bekl. zu 1 auch für den Bekl. zu 2; sie rügten dabei Unzulässigkeit der Klagerhebung gegen diesen und gaben für den Fall der Zulässigkeit sachliche Erklärungen ab. In dem Termin am 24. März erfolgte zunächst die Beweisaufnahme. Dazu meldete sich der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. nur für die Bekl. zu 1. Nach der Beweisaufnahme verhandelten die Vertreter zur Sache und zur Beweisaufnahme. Dabei stellte der Vertreter der Kl. den Klageantrag auch gegen den Bekl. zu 2 und wies die Zustellung der Klage an ihn nach. Der Vertreter der Bekl. widersprach der „Klagerweiterung“. Darauf beschloß das Gericht, „die beantragte Klagerweiterung durch Einführung des Bekl. D. (= zu 2) wird zugelassen“. Der Vertreter der Bekl. stellte den Abweisungsantrag nunmehr auch für den Bekl. zu 2 und rügte Klageänderung. Seitdem hat der Bekl. zu 2 an dem gesamten weiteren Verfahren teilgenommen. Das LG. hat hiernach und nach ausdrücklichem Ausdruck im Urte. die Erstreckung der Klage auf den Bekl. zu 2 als Klageänderung angesehen und diese zugelassen. Dagegen hat das BG. nicht Klageänderung angenommen, sondern nur Klagerhebung gegen einen weiteren Bekl. im anhängigen Verfahren und das mit der folgenden Begründung für zulässig erklärt: Bei getrennten Klagen wäre nach § 147 ZPO. ihre Verbindung durch das Gericht zulässig und zweckdienlich gewesen; der Umstand, daß bereits verhandelt und Beweis beschaffen gewesen sei, berühre die Zulässigkeit der Klageverbindung nicht.

Das RG. hat ebenso wie vielfach das Schrifttum (vgl. Stein-Sonaz, ZPO., § 268 Bem. II, bes. Anm. 9) in der Zuziehung eines neuen Kl. oder Bekl., sei es an Stelle

des alten, sei es neben ihm, eine Klageänderung erblickt und deren Regeln darauf angewendet (vgl. RG. 11, 339; 19, 185; 33, 372; 49, 376; 58, 248; 66, 244¹⁾ und 417²⁾; 96, 201³⁾ und 108, 351⁴⁾).

Dagegen hat sich in eingehenden Ausführungen Risch in der Abhandlung „Parteiänderung im Zivilprozeß“ geäußert. Ihm haben sich Seuffert-Walshmann, ZPO., § 268 Bem. 1c; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, § 41 zu III und Baumbach, ZPO., § 264 Bem. 2 angeschlossen. Ob an dem Standpunkt des RG., besonders in Fällen der vorliegenden Art, festzuhalten oder demjenigen von Risch zu folgen ist, oder ob etwa bei Einführung eines neuen Bekl. neben einem alten gegenüber dem alten Bekl. eine Klageänderung zu finden ist, gegenüber dem neuen Bekl. aber nur die Ordnungsmäßigkeit der Klagerhebung und des weiteren Verfahrens ohne den Gesichtspunkt der Klageänderung zu prüfen ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn in allen Fällen erweist sich hier das Verfahren als ordnungsmäßig. Betrachtet man den Fall aus dem Gesichtspunkt der Klageänderung, so erweist sich das Verfahren als ordnungsmäßig, weil die Klageänderung vom LG. zugelassen und diese Entsch. nicht anfechtbar ist. Aber auch die Erhebung der Klage und das weitere Verfahren gegen den Bekl. zu 2 sind, abgesehen davon, in Ordnung. Die Kl. hätte von vornherein hier gegen beide Bekl. als Streitgenossen klagen, sie also von sich aus ohne Mithilfe des Gerichts in eine Prozeßgemeinschaft zwingen können (§ 59 ZPO.), natürlich vorbehaltlich eines späteren Trennungsrechtes des Gerichts. Unter diesen Umständen kann es ihr nicht verwehrt werden, auch nachträglich den zweiten Bekl. in ordnungsmäßiger Weise zu verklagen und im anhängigen Prozeß gegen die Bekl. zu 1 zuzuziehen. Das ist grundsätzlich auch bereits im RG. 96, 201³⁾ ausgesprochen, wenn dort auch der Fall insofern erheblich anders lag, als die Klage gegen den Erstbekl. noch nicht zugestellt war. Das Entscheidende liegt in der Befugnis der Kl., beide Bekl. als Streitgenossen zu verklagen und so in eine Prozeßgemeinschaft zu zwingen, nicht in der Bestimmung des § 147 ZPO., die nur eine Befugnis des Gerichts enthält. Hier ist die Klage gegen den Bekl. zu 2 ordnungsmäßig durch Zustellung des Schriftsatzes v. 9. Febr. jedenfalls in Verbindung mit der Zustellung der ursprünglichen Klage, erhoben. Daß Ladung zu einem bereits in dem anhängigen Verfahren anstehenden Termin erfolgte, ändert

prüfung der Statthaftigkeit einer solchen Beziehung dann ausgeschlossen, wenn das Untergesicht, wie hier geschehen, die Klageänderung ausdrücklich zugelassen hat, da solcher Beschluss nach § 270 ZPO. einer Anfechtung nicht unterliegt.

Eine etwas andere Betrachtungsweise greift allerdings Platz, wenn man sich der zweiten Ansicht anschließt. Hier ist die Erweiterung der Klage auf einen zweiten Bekl. nur unter der Voraussetzung statthaft, daß gegenüber dem neuen Bekl. die Erfordernisse einer Klagerhebung erfüllt werden.

Trifft dies zu, so kann ein Bedenken nicht daraus entnommen werden, daß der Kl. einen zweiten Bekl. — anstatt ihn, was selbstverständlich möglich wäre, in einem getrennten zweiten Verfahren zu belangen — als Streitgenossen des ersten in Anspruch nimmt; darüber kann sich der neue Bekl. um deswillen nicht beschweren, weil ja der Kl. in der Lage ist, zwei Gegner ohne ihren Willen, sofern die Voraussetzungen zulässiger Streitgenossenschaft gegeben sind, in eine Prozeßgemeinschaft hineinzuzwingen. Dies wird vom RG. völlig zutreffend hervorgehoben.

Was aber die Formalitäten der Klagerhebung gegenüber dem neuen Bekl. betrifft, so ist hier folgender Tatbestand gegeben: Nach Zustellung der ursprünglichen Klage an den alten Bekl. und nach einem ersten Verhandlungstermin mit diesem wurde dem neuen Bekl. eine Klageschrift zugestellt unter Ladung desselben zu dem schon angesetzten zweiten Termin. In diesem Termin, in welchem verhandelt und Beweis beschaffen wurde, war der neue Bekl. nicht vertreten. Zu dem dritten Termin wurde er wiederum geladen unter Zustellung der ursprünglichen Klage und des im zweiten Termin ergangenen Beweisbeschlusses. In diesem dritten Termin war er wiederum nicht vertreten. Der Kl. richtete trotzdem den Antrag gegen ihn. Der Vertreter des ersten Bekl., der sich inzwischen auch für den zweiten bestellt hatte, rügte die in der Klagerweiterung liegende Klageänderung, die aber durch gerichtlichen Beschluss ausdrücklich zugelassen wurde, worauf nun der gemeinsame Anwalt der beiden Bekl. unter wiederholter Rüge der Klage-

änderung auch im Namen des neuen Bekl. verhandelte und Abweisungsantrag stellte. Fragt man nun, ob in diesen Vorgängen eine ordnungsmäßige Klagerhebung gegen den zweiten Bekl. zu finden sei, so wäre das einzige mögliche Bedenken darin zu erblicken, daß von dem vorliegenden Termin nur im Hinblick auf die bisherige Klage, nicht auch im Hinblick auf die neue angehängt worden ist. In dem Werk von Risch, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 269 f. Anm. 3 wird in der Tat die Ladung des neuen Bekl. dann für inkorrekt erklärt, wenn sie nicht auf eine gerade für die zweite Klage, sondern auf eine für die ursprüngliche Klage erfolgte Terminbestimmung Bezug nimmt. Nach erneuter Prüfung der Frage kann dieser Standpunkt nicht mehr aufrechterhalten werden; vielmehr ist mit dem RG. anzunehmen, daß die Heranziehung des neuen Bekl. trotz Fehlens einer besonderen Terminbestimmung für die gegen ihn zu erhebende Klage als ordnungsmäßig anzusehen ist. Da, wie schon bemerkt, der Kl. die beiden Bekl. zur Streitgenossenschaft zwingen kann, und da der Termin für die verbundenen beiden Klagen notwendig ein einheitlicher sein muß, so hätte der Vorsitzende, wenn er um Best. eines Termines für die neue Klage ersucht worden wäre, diesen Termin auf die gleiche Zeit ansetzen müssen, wie sie bezüglich der ersten Klage bereits anberaumt war (so auch Risch a. a. O.). Unter diesen Umständen wäre es eine unnötige Förmlichkeit, wollte man den Vorsitzenden erst noch mit einer Wiederholung der Terminverfügung belästigen. Ein schuzwürdiges Interesse an solcher Wiederholung der Terminbestimmung hat weder das Gericht, welches ja ohnehin für den bereits angesetzten Termin (in welchem kraft der Streitgenossenschaft auch die neue Klage zu verhandeln ist) zur Verfügung stehen muß, noch für den Bekl., der aus den ihm zugestellten Schriftsätzen unzweideutig ersieht, auf wann er geladen ist.

Prof. Dr. W. Risch, München.

¹⁾ ZB. 1907, 516.

²⁾ ZB. 1907, 843.

³⁾ ZB. 1919, 723.

⁴⁾ ZB. 1925, 759.

darin nichts. Allerdings muß die Sache auch mit dem Befl. zu 2 völlig verhandelt und schon erhobener Beweis ordnungsmäßig verwertet sein, also durch Vortrag im Wege des Urkundenbeweises. Das aber ist hier offenbar geschehen und so haben Gericht und Parteien es aufgefaßt. Der Revisionsangriff muß daher scheitern.

(U. v. 5. Juli 1934; VI 96/34. Breslau.) [S.]

7. §§ 238, 548 ZPO.; § 45 GmbHG.; § 667 BGB.

I. Gegen die Entsch. des BG. über einen Wiedereinsetzungsantrag durch Beschluß ist eine Anfechtung in dem Revisionsverfahren nicht statthaft. Dagegen unterliegt die Frage der Wiedereinsetzung dann der Nachprüfung durch das RevG., wenn über sie in dem mit der Rev. angefochtenen Sachurteil selbst entschieden ist.

II. Die Vertreter einer Stadtgemeinde in ihrer Eigenschaft als stimmbevollmächtigte Vertreter in Gesellschafterversammlungen sind verpflichtet, an die Stadtgemeinde alles das herauszugeben, was sie aus der Ausführung des Auftrages erlangt haben, und dazu gehören auch die Tantiemenbezüge, die sie von der Gesellschaft erhalten haben.†)

I. Das BG. konnte zu einer sachlichen Entsch. nur gelangen, weil es der Kl. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Nachweisfrist nach § 519 Abs. 6 ZPO. bewilligte. Die Rev. greift diese Entsch. wegen Verletzung der §§ 233, 234, 236, 519 ZPO. an.

Gegen die Zulässigkeit dieser Rev.Beschw. bestehen keine Rechtsbedenken. Das BG. hätte die Entsch. über das Wiedereinsetzungsgeuch der Kl. ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß treffen können; es wäre auch ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. zulässig gewesen; es stand aber auch kein rechtliches Hindernis entgegen, das Geuch, wie geschehen, in den Gründen des Urteils zu bescheiden. Für Beschlußentcheidungen der fraglichen Art ist allerdings in der Rspr. des RG., auch des erf. Sen., anerkannt, daß eine Anfechtung des Beschlusses in dem Revisionsverfahren nach Maßgabe des § 548 ZPO. nicht statthaft sei (vgl. Entsch. v. 24. Jan. 1922 [7. Sen.]; JW. 1922, 1392^a; v. 3. März 1928 [1. Sen.]; HöchstRRspr. 1928 Nr. 1359; v. 18. Juni 1930 [6. Sen.]; JW. 1930, 3312; v. 5. Mai 1933 [2. Sen.]; HöchstRRspr. 1934 Nr. 133; v. 16. April 1934 [6. Sen.], VI B 5/34). Dagegen unterliegt die Frage der Wiedereinsetzung dann der Nachprüfung durch das RevG., wenn über sie in dem mit

der Rev. angefochtenen Sachurteil selbst entschieden ist (RG. 30, 142; 136, 275¹⁾, sowie das oben angeführte Urteil des erf. Sen. v. 5. Mai 1933). An einer gesetzlichen Vorschrift, welche diesen Teil der Entsch. des Endurteils von der Anfechtung ausschließt, fehlt es. Die von Baumbach (ZPO., 7. Aufl., Anm. 4a zu § 238) vertretene Ansicht, daß eine durch Urteil ergangene Entsch. über die Wiedereinsetzung nicht angefochten werden könne, wenn der zulässige Beschluß „zufällig“ ins Urteil aufgenommen worden sei, weil (so 6. Aufl., Anm. 5 zu § 238) der Antragsteller dadurch geschädigt werden könnte, vermag nicht durchzuschlagen. Es ist nichts Ungewöhnliches, daß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfs von der Art der prozessualen Behandlung der Sache durch das Gericht abhängig ist; es sei nur darauf hingewiesen, daß vielfach das Vorhandensein der Berufungs- oder Revisionssumme und damit die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Berufung oder Rev. davon abhängig sein wird, ob das Gericht ein Teilurteil erlassen oder den Erlaß eines solchen nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet hat (vgl. § 301 Abs. 1 und 2 ZPO.).

Kann hiernach die in dem angefochtenen Urteil über die Wiedereinsetzung getroffene Entsch. mit der Rev. angefochten werden, so ist dabei doch zu beachten, daß das RG. bei der Nachprüfung dieser Beschwerde nur als reines RevG. tätig wird, und daß deshalb die Würdigung des tatsächlichen Vorbringens des Antragstellers sowie der Glaubhaftmachungsmittel durch das BG. seiner Nachprüfung entzogen ist (vgl. RG. 7, 326; 50, 360 mit Ausführungen; 78, 124²⁾; 136, 282³⁾).

Im vorliegenden Falle ist die Rev.Beschw. jedoch unbegründet.

Dem Wiedereinsetzungsgeuche ist vielmehr mit Recht stattgegeben worden. (Wird weiter ausgeführt.)

II. Auch in der Sache ist das angefochtene Urteil frei von rechtlichen Bedenken.

Das BG. hat sich bei seiner Entsch. ohne Rechtsirrtum die Grundsätze zu eigen gemacht, die der erf. Sen. in dem einen wesentlich gleichgearteten Fall betreffenden Urteil (RG. 137, 305 ff.⁴⁾) als maßgebend bezeichnet hat.

Entscheidend für die Frage, ob die klagende Stadtgemeinde die Tantiemebezüge, die die Befl. von der Gesellschaft bezogen haben, aus dem Gesichtspunkt des Auftrages nach § 667 BGB. heraus verlangen kann, ist folgendes: War in dem neuen Geschäftsvertrage ein Sonderorgan neben den Geschäftsführern und der gesetzlichen Gesellschafterversammlung bestellt und waren die Befl. als „Gesellschaftervertreter“ in Wahrheit ernannte Mitglieder dieses in der Sitzung gleichfalls als „Gesellschafterversammlung“ bezeichneten besonderen Geschäftsorgans? Oder: Waren Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung die einzigen Organe der Gesellschaft und waren die Befl. als Gesellschaftervertreter nichts anderes als die stimmbevollmächtigten Stellvertreter der Stadtgemeinde als der Gesellschafterin, die sie berufen, d. h. zur Wahrnehmung ihrer Gesellschafterrechte in der Geschäftsversammlung bevollmächtigt hatte?

Das BG. hat im letzteren Sinne entschieden und der Senat kann ihm auf Grund eigener Auslegung des Geschäftsvertrages nur durchweg beitreten. Der neue Geschäftsvertrag stimmt in allen hier wesentlichen Teilen mit dem zwischen der Thüringischen Gasgesellschaft AktG. und der Stadtgemeinde Stendal geschlossenen Geschäftsvertrage überein, welcher der Beurteilung des Senats in dem in RG. 137, 305⁴⁾ entschiedenen Falle unterlegen hat. Die rechtlichen Gesichtspunkte, die der Senat in jener Entsch. als maßgebend bezeichnet hat, treffen auch hier zu. Der Inhalt des hier in Frage kommenden neuen Geschäftsvertrages läßt, ebensowenig wie in jenem Falle, Raum für die Annahme, daß neben den Geschäftsführern und der gesetzlich vorgeschriebenen Gesellschafterversammlung noch ein weiteres Sonderorgan geschaffen und die „Gesellschaftervertreter“ nur dessen ernannte Mitglieder sein sollten; es sind vielmehr lediglich der Gesellschafterversammlung neben ihren gesetzlichen Ob-

Zu 7. 1. Das RG. behandelt die Entsch. der OVG., die auf die Wiedereinsetzung und Zulassung der Berufung gerichtet sind, verschieden, je nachdem sie in Beschlußform oder durch End- oder Zwischenurteil erfolgen. Die in Beschlußform ergangenen Entsch. sollen nicht anfechtbar sein (vgl. § 567 Abs. 3 Satz 1 ZPO.), wohl aber die in Urteilsform ergangenen (vgl. dazu die Entsch. des 6. ZivSen.: JW. 1933, 3312^a und die gründliche Anmerkung von OGR. Schoifz.). Wenn das Ur. meint, es sei nichts Ungewöhnliches, daß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfs von der Art der prozessualen Behandlung durch das Gericht abhängig sei, so mag das zutreffen. Gleichwohl erweckt die obige Entsch. reichliches Unbehagen, da die zufällige Form der Entscheidung darüber entscheiden soll, ob die Zulassung zur Berufung un widerruflich ist oder nicht. Baumbach hat m. E. das gesündere Empfinden bewiesen, wenn er meint, es könne keinen Unterschied machen, wenn der zulässige Beschluß zufällig ins Urteil aufgenommen sei. Es müßte möglich sein, derartige Widersprüche im Aufbau der Rechtsmittel aus einem dem Gesetz innewohnenden höheren Verhältniss- und Zweckmäßigkeitsprinzip heraus zu korrigieren und die Nachprüfbarkeit einer derartigen Entsch. über die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs einheitlich zu verneinen oder zu bejahen.

2. Die Bejahung der Herausgabepflicht der Vertreter der Stadtgemeinde unterliegt keinen Bedenken, wenn sie nur stimmbevollmächtigte Vertreter der Stadtgemeinde als Gesellschafterin in der Gesellschafterversammlung waren, also weder ein besonderes Gesellschaftsamt bekleideten noch zu der Gesellschaft in einem Verhältnis standen, aus dem sich eine eigene Verantwortung gegenüber der Gesellschaft ableiten ließ. Das Festhalten des 2. Sen. an seiner in RG. 137, 305 = JW. 1933, 103^b veröffentlichten Entsch. verdient durchaus Zustimmung.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

¹⁾ JW. 1932, 2147. ²⁾ JW. 1912, 248. ³⁾ JW. 1932, 2147.

⁴⁾ JW. 1933, 103^b, 1018⁷.

liegenheiten noch besondere Angelegenheiten zur Erledigung zugewiesen worden, die zum Teil zu den Angelegenheiten gehörten, die gewöhnlich in den Gesellschaftsverträgen einer GmbH. einem satzungsgemäß bestellten Aufsichtsrat zugewiesen werden — wie das auch bei der vorliegenden GmbH. in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage der Fall war. Diese besonderen Angelegenheiten sind aber in dem neuen Vertrage an Stelle des beseitigten Aufsichtsrats der Gesellschafterversammlung zugewiesen worden. Daß solches zulässig ist, ist bereits in RG. 137, 305, 311⁵⁾ ausgesprochen worden.

Waren die Bekl. hiernach stimmbefähigte Vertreter der Stadtgemeinde in den Gesellschafterversammlungen, so waren sie, wie in RG. 137, 305 dargelegt ist, verpflichtet, die aus der Geschäftsbeforgung erlangten Tantiemebezüge gem. § 667 BGB. an die Kl. als ihre Auftraggeberin herauszugeben.

Eine Kenntnis und stillschweigende Duldung der Tantiemebezüge der Gesellschaftervertreter durch die Kl. könnte nur insofern von rechtlicher Bedeutung sein, als aus einem solchen Verhalten die Gesellschaftervertreter nach Treu und Glauben das Einverständnis der Kl. damit erblickten müßten, daß sie für ihre Teilnahme an den Sitzungen der Gesellschafterversammlung besondere persönliche Bezüge in der Form einer Tantieme erhielten. Maßgebend hierfür konnte jedoch nur das Verhalten desjenigen Organs der Kl. sein, welches die Bekl. als Bevollmächtigte der Stadtgemeinde in die Gesellschafterversammlung entsandt hatte. (U. v. 4. Mai 1934; II 20/34. — Jena.) [v. B.]

8. §§ 313 Ziff. 3, 4 ZPO.; §§ 276, 839 BGB.

1. Die äußere Trennung des Tatbestandes von den Entscheidungsgründen ist nicht unbedingt erforderlich, wenn sich nur aus dem Urte. das Vorbringen der Parteien und die Absicht der tatsächlichen Feststellung deutlich ergibt. Der Begründungszwang verlangt nicht eine Erörterung jeder Einzelheit des Parteivorbringens.

2. Beaufsichtigungspflicht eines Lehrers während einer Klassenwanderung umfaßt sowohl die Sorge, daß die Schüler vor Gefahren geschützt bleiben, als auch, daß sie dritten Personen keinen Schaden zufügen. Ihre Grenzen findet diese Amtspflicht in den sonstigen Amtspflichten des Lehrers; er muß auch auf einer Schulwanderung das Unterrichtsziel im Auge behalten, auf die zweckmäßige körperliche Bewegung der Schüler achten und im persönlichen Gespräch charakterlich auf sie einwirken. Auf der anderen Seite soll eine Wanderung der Entspannung dienen. Der Lehrer darf daher gerade bei ihr das Maß der Aufsicht nicht überspannen, vielmehr muß er seinen Schülern je nach ihrem Alter, ihrem Charakter und ihrem Verständnis eine gewisse Selbständigkeit zutrauen.

1. Die Rev. greift, indem sie Verletzung des § 313 ZPO. rügt, das Urte. in erster Linie in verfahrensrechtlicher Hinsicht an, weil das, was das OLG. als „Tatbestand“ gebe, nach dem ersten Absatz der Entscheidungsgründe „Feststellungen des OLG.“, also eine „Entsch. über streitige Parteibehauptungen“ sei, welche letzteren sich im zweiten Rechtszuge nicht geändert hätten. Sie meint, das OLG. hätte zunächst den Parteivortrag im Tatbestand wiedergeben und dann in den Entscheidungsgründen entweder von dem Vortrag des Kl. ausgehen oder eigene Feststellungen treffen müssen. Die äußere Trennung des Tatbestandes von den Entscheidungsgründen ist nicht unbedingt nötig, wenn sich nur aus dem Urte. das Vorbringen der Parteien und die Absicht der tatsächlichen Feststellung deutlich ergibt (RG. 102, 330¹⁾) und RG.: HöchstRpfr. 1930 Nr. 1764). Des ferneren ist es in der Rpfr. des RG. anerkannt, daß der Begründungszwang des § 313 Nr. 4 ZPO. nicht eine Erörterung jeder — selbst unerheblichen — Einzelheit des Parteivorbringens bedingt. Von dem Mangel eines

ordnungsmäßigen Tatbestands i. S. des § 313 Nr. 3 ZPO., der dem RevG. die zuverlässige rechtliche Nachprüfung des angefochtenen Urte. unmöglich machen würde und auch von Amts wegen zu beachten wäre (RG. 2, 404; 71, 131²⁾), kann keine Rede sein. An die somit rechtsbedenkenfreien tatsächlichen Feststellungen des OLG. ist das RevG. gem. § 561 Abs. 2 ZPO. gebunden, gleichgültig, ob sie im Tatbestand oder in den Entscheidungsgründen enthalten sind.

2. In der Sache selbst geht das OLG. davon aus, daß es zu den Amtspflichten eines Lehrers während einer Klassenwanderung gehöre, die ihm anvertrauten Schüler so zu beaufsichtigen, daß sie nicht nur vor Gefahren geschützt blieben, sondern auch dritten Personen keinen Schaden zufügten. Diese Pflicht finde aber auf der einen Seite in den sonstigen Amtspflichten des Lehrers ihre Grenzen; er müsse auf einer Schulwanderung nicht weniger als während des normalen Unterrichts das Unterrichtsziel, vor allem die Fülle der Naturbeobachtungen, im Auge behalten, auf die zweckmäßige körperliche Bewegung der Schüler achten und im persönlichen Gespräch charakterlich auf sie einwirken. Auf der anderen Seite solle eine Wanderung der Entspannung dienen und mehr Bewegungsfreiheit als der Klassenunterricht ermöglichen; der Lehrer dürfe daher gerade bei ihr aus erzieherischen Gründen das Maß der Aufsicht nicht überspannen, vielmehr müsse er seinen Schülern je nach ihrem Alter, ihrem Charakter und ihrem Verständnis eine gewisse Selbständigkeit zutrauen. Das habe namentlich dann zu gelten, wenn — wie hier — 13- bis 14jährige Schüler in Frage kämen, die durch das Leben in einem Internat mindestens soviel Selbständigkeit besäßen hätten, daß man ihnen das Tragen eines Balls ruhig anvertrauen konnte, und die ihrem Klassenlehrer auch noch keinen Anlaß zu Klagen gegeben hätten, so daß von ihnen keine Unbesonnenheit oder Ausgelassenheit zu erwarten gewesen wäre. Wenn nun der Lehrer auf Grund dieser Erfahrungen bei der Abwägung, welche Maßnahmen ohne Vernachlässigung seiner sonstigen erzieherischen Aufgaben zur Gewährleistung der Aufsicht erforderlich waren, sich für ein bloßes Verbot des Spielens mit dem Ball entschieden habe, anstatt den Ball selbst zu tragen, den Ballträger ständig im Auge zu behalten, ihn mit dem Ball an seine Seite zu nehmen oder die ganze Klasse geschlossen marschieren zu lassen, so könne ihm daraus nach Lage der Sache kein berechtigter Vorwurf gemacht werden. Das um so weniger, als der in der Spitzengruppe marschierende Ballträger damit habe rechnen müssen, daß er von hinten beobachtet und beim Übertreten des Verbots sofort erfaßt werden würde. Aus den gleichen Erwägungen rechtfertige auch der Umstand, daß der Lehrer dann das (verbotswidrige) Spielen der Spitzengruppe mit dem Ball übersehen habe, nicht die Annahme einer Fahrlässigkeit, zumal der Ausblick des Lehrers auf die Spitzengruppe durch die vor ihm wandernden Schüler verdeckt gewesen sei.

Der Ausgangspunkt des OLG. entspricht durchaus der Rpfr. des RG. (vgl. u. a. RG. 125, 85). Danach würde der Lehrer eine Fahrlässigkeit begangen haben, wenn er die seiner Obhut anvertrauten Schüler nicht genügend beaufsichtigt hätte, n. a. W.: wenn er ein Ballspiel der Schüler auf der dem Verkehr dienenden Straße geduldet oder wenn er kraft seiner Amtspflicht nicht dafür gesorgt hätte, daß dritte Personen, die, wie der Kl., als Straßenpassanten voraussehbar in den Bereich der Wirkungen eines Ballspiels gerieten, nicht getroffen und beschädigt wurden. Dafür ergibt der festgestellte Sachverhalt nichts. Ferner verneint das angefochtene Urte. das Vorliegen einer mangelnden Aufmerksamkeit wie überhaupt einer Fahrlässigkeit mit Erwägungen, die zwar eine zum Teil abstrakte rechtliche Form zeigen, aber doch im Grunde tatsächlicher Art sind. Zudem beruhen seine Erwägungen, soweit sie sich mit der Amtspflicht beschäftigen, auf irrefühlichem (sächlichem öffentlichen) Recht. Den in der RevInst. nachprüfbarer Begriff des Verschuldens bei der Verletzung dieser Amtspflicht aber hat das OLG., zumal es hierbei neben der objektiven auch die subjektive Seite erörtert, nicht verkannt (vgl. Urte. v. 22. Okt. 1929, III 31/29; ZfS. 1930, 997¹⁵⁾).

(U. v. 15. Juni 1934; III 320/33. — Dresden.) [v. B.]

⁵⁾ ZfS. 1933, 103⁵⁾, 1018⁷⁾.

¹⁾ ZfS. 1923, 835.

²⁾ ZfS. 1909, 364.

****9.** § 448 ZPO. (n. F.). Der Richter muß sich seiner Befugnis, auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast zur Parteivernehmung zu schreiten, bewußt sein. Hat er sich in einem Falle, in dem die Schlußverhandlung unmittelbar nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung stattgefunden hatte und in dem eine Parteivernehmung nach der Sachlage in Frage gekommen wäre, über diese Befugnis in den Gründen nicht ausgesprochen, so liegt die Besorgnis nahe, daß er an diese Vorschrift nicht gedacht hat.

Der verstorbene Ehemann der Kl., dessen Erbin sie ist, war früher Eigentümer des Wolziger Sees, der nach dem RGef. v. 29. Juli 1921 in das Eigentum des Reichs übergegangen ist. Die Fischereinehung war ihm nach diesem Gesetz verblieben. Sein ausschließliches und unbeschränktes Fischereirecht war im Wasserbuch vermerkt. Zugunsten von 20 Hofstelleninhabern einer angrenzenden Gemeinde war ein nicht ausschließliches unbeschränktes Fischereirecht eingetragen. Entsprechende gegenseitige Widersprüche waren auch eingetragen. Kl. klagte auf Anerkennung des Nichtbestehens des von den Befl. in Anspruch genommenen Fischereirechts und auf Einwilligung in entsprechende Löschung der Widersprüche im Wasserbuch. BG. gab der Klage statt. Vier der Befl. legten Rev. ein. RG. hob auf und verwies zurück, soweit zu ihrem Nachteil erkannt war.

Der VerR. führt aus: Die Kl. stütze sich auf die Behauptung, daß den Befl. kein Fischereirecht, zum mindesten kein über den Rahmen der Küchenschifferei hinausgehendes Recht am Wolziger See zustehe. Die Befl. hätten ihr angebliches Recht zunächst auf verschiedene Rechtsgründe gestützt, ohne indessen den Nachweis ihres Rechtes führen zu können. Sodann hätten die Befl. die Vermutung des § 8 Abs. 2 Pr.FischG. v. 11. Mai 1916 für sich in Anspruch genommen. Nach dieser Bestimmung spreche für den, der ein Fischereirecht bis zum 1. Mai 1914 mindestens 30 Jahre lang als sein eigenes ausgeübt habe, die Vermutung, daß es ihm zustehe, sofern es sich nicht dabei um die Ausübung eines der in § 20 FischG. aufgeführten beschränkten Fischereirechte, insbes. eines solchen für den häuslichen Gebrauch (Küchenschifferei) gehandelt habe (§ 8 Abs. 3 FischG.). Der Beweis der Voraussetzung dieser Vermutung liege den Befl. ob. An ihn seien strenge Anforderungen zu stellen. Das BG. beschränkte sich darauf, ganz allgemein festzustellen, daß die Befl., ebenso wie ihre Rechtsvorgänger, immer frei und offen unbeschränkten Fischfang auf dem Wolziger See betrieben hätten. Der einzelne Befl. könne aber nicht besser gestellt sein, wenn er mit den übrigen Befl. zusammen verklagt werde, als wenn er allein als Befl. der Kl. gegenüberstehen würde. Stände er allein auf der Beklagtenseite, so hätte er für seine Person oder die seiner Rechtsvorgänger genau darzutun, daß und durch wen bis zum 1. Mai 1914 30 Jahre hindurch die Fischerei als ein ihm vermeintlich zustehendes Recht ausgeübt worden sei. Diesen Beweis habe auch im vorliegenden Rechtsstreit jeder der Befl. für sich und seine Vorgänger im Recht zu führen. Dabei könnten allgemeine Angaben wie „alle Görtsdorfer hätten gefischt“ nicht genügen. Vielmehr sei der strikte Nachweis zu fordern, daß 30 Jahre lang vor dem 1. Mai 1914 von jedem der Befl. oder seinem Rechtsvorgänger die Fischerei auf dem Wolziger See als ein ihm vermeintlich zustehendes Recht, und zwar unbeschränkt und nicht nur zum häuslichen Gebrauch, ausgeübt worden sei; dazu genüge freilich, da § 338 BGB. sinngemäß gelte, der Nachweis einer solchen Ausübung am Anfang und Ende des Zeitraumes. Dieser Nachweis sei aber nicht geführt.

Die Rev. wendet sich zunächst gegen die letztere Ausföhrung des VerR. Sie meint, der Gedanke, daß der einzelne Befl. nicht besser gestellt werden dürfe, als wenn er mit den übrigen zusammen verklagt werde, finde im heutigen Recht keinen Boden und sei abzulehnen. Es hätte die eidliche Parteivernehmung stattfinden können und sollen. Die Befl. zu 3, 7 und 11 seien auch nach ihrem Lebensalter ohne weiteres in der Lage, das freie und offene Fischen der Beteiligten für die ganze Zeit von 1884 bis 1914 zu be-

kunden. Die Aussagen der Altstzer M. und G. würden durch eine solche Vernehmung wesentlich an Bedeutung gewonnen haben. Weiter habe das BG. die Aussage des Zeugen F., der die Behauptung der Befl. von 1884 an bestätigt habe, nicht berücksichtigt. Es würde also durchaus möglich gewesen sein, auch den strengen Anforderungen des BG. für den Nachweis aus § 8 Abs. 2 FischG. zu entsprechen.

Die Rüge ist begründet.

Das BU. ist ergangen auf Grund der mündlichen Verhandlung v. 2. Jan. 1934 und auch an diesem Tage verkündet worden. Nach Art. 9 Nr. I Ges. zur Änderung des Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780) sind dessen Bestimmungen mit dem 1. Jan. 1934 in Kraft getreten. Art. 9 Nr. III enthält die Übergangsbestimmung, daß die Vorschriften des Ges. auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens anhängigen Sachen mit gewissen, hier nicht in Betracht kommenden Maßgaben Anwendung zu finden haben. Es waren also auch anzuwenden die neuen Vorschriften über den „Beweis durch Parteivernehmung“, die an die Stelle des Beweises durch Eid getreten sind. Nach § 445 ZPO. kann eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht hat, den Beweis dadurch antreten, daß sie beantragt, den Gegner über die zu beweisende Tatsache zu vernehmen. Der Antrag ist nicht zu berücksichtigen, wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet. § 447 ZPO. ermächtigt das Gericht, über eine streitige Tatsache auch die beweispflichtige Partei zu vernehmen, wenn eine Partei es beantragt und die andere damit einverstanden ist. Nach § 448 ZPO. kann auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen. Besteht die zu vernehmende Partei aus mehreren Streitgenossen, so bestimmt das Gericht nach Lage des Falles, ob alle oder nur einzelne Streitgenossen zu vernehmen sind (§ 449 ZPO.). Nach § 452 ZPO. kann das Gericht, wenn das Ergebnis der unbeeideten Aussage einer Partei nicht ausreicht, um es von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, anordnen, daß die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe. Waren beide Parteien vernommen, so kann die Beeidigung der Aussage über dieselben Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden. Endlich bestimmt § 453 Abs. 1 ZPO., daß das Gericht die Aussage der Partei nach § 286 frei zu würdigen hat.

Diese neuen Vorschriften gewinnen erhöhte Bedeutung durch die ebenfalls neu aufgestellte Vorschrift in § 138 Abs. 1 ZPO., wonach die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben haben. Vollkommener als die früheren Bestimmungen über den Beweis durch Eid, an dessen Stelle sie getreten sind, sollen sie an ihrem Teile dazu dienen, eine „sichere Findung der Wahrheit“ zu ermöglichen „in enger Föhlung des Richters mit den Parteien“ und in einem „lebendigen Verfahren mit voller Mündlichkeit und Unmittelbarkeit“ (vgl. die Eingangsworte zu dem Ges. v. 27. Okt. 1933).

Ob der Tatrichter, der zutreffend davon ausgegangen ist, daß die Befl. sowohl der negativen Feststellungsklage als auch den übrigen Anträgen der Kl. gegenüber beweispflichtig sind (§ 18 FischG., § 1004 BGB.; vgl. Ur. v. 13. April 1934, VII 324/33¹), von der Befugnis des § 448 ZPO. Gebrauch machen wollte, stand allerdings in seinem Ermessen. Er mußte sich aber seiner Befugnis, auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast zur Parteivernehmung zu schreiten, bewußt sein. Da das Gesetz v. 27. Okt. 1933 am 1. Jan. 1934 in Kraft getreten war, die Schlußverhandlung aber am 2. Jan. 1934 stattgefunden hat, so wäre zu erwarten gewesen, daß sich der VerR. über die ihm verliehene neue Befugnis ausgesprochen hätte. Der Umstand, daß er dies nicht getan und die Parteivernehmung

¹) ZB. 1934, 1778.

mit keinem Worte erwähnt hat, legt die Beforgnis nahe, daß er an die eben in Kraft getretene Vorschrift des § 448 ZPO nicht gedacht hat. Diese Vorschrift soll zwar ähnlichen Bedürfnissen dienen wie der frühere richterliche Eid. Sie ist aber, wie sich aus dem bereits Dargelegten ergibt, mit den früheren Vorschriften über den richterlichen Eid keineswegs auf eine Stufe zu stellen. Wegen Wegfalls der Beweisbindung des früheren § 463 ZPO und der förmlichen Eidnorm wird die Anwendung des § 448 ZPO in vielen Fällen angezeigt erscheinen, in denen ein richterlicher Eid nicht in Frage gekommen wäre.

Die Sachlage in dem Rechtsstreit war nun auch nicht eine solche, daß von vornherein gesagt werden könnte, die Parteivernehmung sei hier zwecklos gewesen und scheide aus diesem Grunde aus. (Wird näher ausgeführt.) Außerdem ist die Darlegung des VerR. nicht recht verständlich, die Befl. könnten nicht deshalb besser gestellt werden, weil sie zusammen verklagt seien. Durch diesen Umstand waren sie nämlich in Wahrheit schlechter gestellt, weil ihnen durch die bestehende Streitgenossenschaft die Möglichkeit abgeschnitten war, sich auf das Zeugnis der Mitverklagten zu berufen. Gerade hiergegen hätte die Parteivernehmung als Abhilfsmittel in Betracht gezogen werden sollen.

Von einer Anwendung des § 448 ZPO. könnte freilich keine Rede sein, wenn der VerR. von dem Gegenteil der zu beweisenden Tatsache bereits überzeugt gewesen wäre. Daß das aber der Fall gewesen sei, kommt in den Entscheidungsgründen nicht, jedenfalls nicht mit Sicherheit zum Ausdruck.

(U. v. 1. Juni 1934; VII 92/34. — Berlin.) [S.]

<= RG. 144, 321 >

b) Strafsachen

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

***10.** § 20a Abs. 3 StGB. Der Lauf der fünfjährigen Rückfallverjährungsfrist wird nur durch Verurteilungen der in Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. genannten Art unterbrochen.†)

§. ist zweimal wegen Verbrechens rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten Gefängnis verurteilt worden und hat nach dem 1. Jan. 1934 auf Grund eines vor diesem Tage ergangenen Urteils wegen Rückfallsdiebstahls einen Teil der erkannten Gefängnisstrafe von sechs Monaten verbüßt. Zwischen der Rechtskraft der zweiten Verurteilung, die am 3. Febr. 1920 eingetreten ist, und der der genannten dritten Verurteilung zugrunde liegenden, im Herbst 1926 begangenen Tat, sind nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils mehr als fünf Jahre verstrichen. Die Strk. hat deshalb den Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung abgelehnt, weil die früheren Verurteilungen gem. Art. 5 Nr. 2 Satz 3 des Gef. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 995, 999), § 20a Abs. 3 Satz 1 StGB. bei der Prüfung der objektiven Voraussetzungen der beantragten Anordnung nicht in Betracht kommen. Ihrer Auffassung nach ist die Fünfjahresfrist des § 20a Abs. 3 StGB. auch nicht dadurch unterbrochen, daß §. zwischen der oben angeführten

zweiten und der dritten Verurteilung noch zweimal wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu Gefängnisstrafen von vier Monaten und zwei Monaten drei Tagen verurteilt worden ist. Demgegenüber macht die Rev. der StV. geltend, der Lauf der fünfjährigen Rückfallsverjährungsfrist des § 20a Abs. 3 StGB. werde nicht nur durch Verurteilungen der in Art. 5 Nr. 2 a. a. O. genannten Art, sondern durch jede Verurteilung unterbrochen, da der Täter sich nicht straffrei geführt und dadurch gezeigt habe, daß er seinen verbrecherischen Hang nicht abgelegt habe.

Den Ausführungen der Rev. kann nicht beigetreten werden.

Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung ist in Art. 5 Nr. 2 des Gef. v. 24. Nov. 1933 zwar in enger Anlehnung an die Vorschriften des § 20a Abs. 1 StGB., aber doch — abgesehen von der entsprechenden Geltung des § 20a Abs. 3 und 4 — völlig selbständig geregelt worden. Es bedarf deshalb für die Auslegung des § 20a Abs. 3 und 4 StGB. hinsichtlich der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht des Zurückgehens auf die Best. des § 20a Abs. 1 oder 2 StGB., sondern nur einer Prüfung, wie § 20a Abs. 3 und 4 im unmittelbaren Anschluß an Art. 5 Nr. 2 a. a. O. zu verstehen sind. Dabei ergibt sich schon aus dem Wortlaut folgendes: Art. 5 Nr. 2 a. a. O. erfordert — bevor an eine Prüfung herangegangen werden kann, ob der Verurteilte nach der Gesamtwürdigung seiner Taten ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist und die öffentliche Sicherheit seine Sicherungsverwahrung erfordert — die Feststellung einer mindestens dreimaligen Verurteilung vor dem 1. Jan. 1934 wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zur Todesstrafe, Zuchthaus oder Gefängnis von mindestens sechs Monaten und Strafverbüßung der dritten Verurteilung nach dem 1. Jan. 1934 (RG. II v. 19. April 1934, 2 D 320/34; DRZ. Rspr. Sp. 382; II v. 31. Mai 1934, 2 D 513/34). Wenn Art. 5 Nr. 2 dann im Satz 3 — im Wege der Anordnung der entsprechenden Geltung des § 20a Abs. 3 — weiter bestimmt, daß eine frühere Verurteilung dann nicht in Betracht kommt, wenn zwischen dem Eintritt ihrer Rechtskraft und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind, so kann daran kein Zweifel bestehen, daß als frühere Verurteilung überhaupt nur eine solche der in Art. 5 Nr. 2 Satz 1 und 2 aufgeführten Art in Frage kommt, da Art. 5 Nr. 2 — abweichend von § 20a StGB. — nur von solchen Verurteilungen handelt. Andere Verurteilungen — die eine geringere Strafe aussprechen — kommen für die Frage der Unterbrechung der Rückfallsverjährung unmittelbar nicht in Betracht. Sie haben nur für die Frage Bedeutung, ob der Verurteilte innerhalb der Fünfjahresfrist eine Freiheitsstrafe verbüßt hat oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt ist, und deshalb die Rückfallsverjährung so lange geruht hat (§ 20a Abs. 3 Satz 3 StGB.). Die Best. des § 20a Abs. 3 Satz 2 StGB., die sich auf den Abs. 2 bezieht, kommt für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung, die drei rechtskräftige Verurteilungen zur Voraussetzung hat, überhaupt nicht in Betracht.

(2. Sen. v. 2. Juli 1934; 2 D 432/34.)

[S.]

11. § 42k StGB. Das Gericht muß unter Abwägung gegenüber dem Interesse an Sicherung der Allgemeinheit namentlich auch prüfen, welche Folgen der Maßregel für den betroffenen Verurteilten unter Berücksichtigung seiner festzustellenden persönlichen Eigenart zu erwarten sind.

Nach § 42k StGB. ist die Anordnung der Entmannung nicht zwingend für alle Fälle vorgeschrieben, in denen die unter Nr. 1 oder 2 oder 3 aufgeführten Voraussetzungen festgestellt werden können, sondern die Anordnung ist in das Ermessen des Gerichts gestellt. Bei der Ausübung dieses Ermessens muß das Gericht unter Abwägung gegenüber dem Interesse an Sicherung der Allgemeinheit namentlich auch prüfen, welche Folgen der Maßregel für den betroffenen Verurteilten unter Berücksichtigung seiner festzustellenden persönlichen Eigenart zu erwarten sind (vgl. die amtliche Be-

Zu 10. Der Entsch. ist zuzustimmen.

Der Wortlaut des Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. ist eigentlich ganz eindeutig: Mindestens drei Verurteilungen wegen Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens, und zwar jede zu mindestens sechs Monaten Gefängnis; keine Verurteilung darf der Rückfallsverjährung unterliegen. Was Rückfallsverjährung ist, bestimmt § 20a Abs. 3: „Eine frühere Verurteilung kommt nicht in Betracht, wenn zwischen dem Eintritt ihrer Rechtskraft und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind.“

Damit ist — so klar wie das nur möglich ist — gesagt, was die objektiven Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 5 Nr. 2 sind. Das RG. sagt daher mit Recht, daß Zwischenverurteilungen, die eine geringere Strafe als sechs Monate Gefängnis aussprechen, nur für das Ruhen der Rückfallsverjährung eine Rolle spielen können, — dann nämlich, wenn solche Strafen innerhalb der Frist von fünf Jahren verbüßt werden. So lange ruht die Rückfallsverjährung (§ 20a Abs. 3 Satz 3). Unterbrochen wird sie nicht.

MinR. Dr. Rudolf Lehmann, Berlin.

gründung des Gesetzes: Deutscher Reichsanzeiger v. 27. Nov. 1933 Nr. 277, auch abgedr. bei Schäfer-Wagner = Schafheutle, Ges. gegen Gewohnheitsverbrecher, S. 147; vgl. ferner RGSt. 68, 166 und Art. des 3. StrSen. des RG. v. 25. Juni 1934, 3 D 618/34; JW. 1934, 2061²¹). Nach der Rspr. des RG. setzt die Anordnung der Entmannung allerdings nicht die tatsächliche Feststellung voraus, daß die Durchführung der Maßregel den entarteten Trieb des Betroffenen mit Sicherheit zum Erlöschen bringen oder doch erheblich abschwächen werde; denn eine solche sichere Feststellung wird in der Regel auch nicht mit Hilfe eines Sachverständigen möglich sein. Es muß aber neben anderen Besonderheiten des Einzelfalls beachtet werden, daß sich mit einiger Sicherheit in gewissen Fällen voraussagen läßt, die Maßregel werde diesen Erfolg infolge der Eigenart des Betroffenen wahrscheinlich nicht haben. Mindestens diese Fälle müssen ausgeschieden werden, da sich bei ihnen der schwere Eingriff nicht rechtfertigt, den die Entmannung darstellt. (FerSen. v. 27. Aug. 1934; 2 D 790/34.) [Hn.]

12. Im Sinne des § 211 StGB. handelt mit Überlegung, wer bei der Ausführung der Tat in genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zweckes gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe, sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit handelt (RGSt. 42, 262).

Auch ein starkes Maß von Aufregung schließt das Handeln mit Überlegung keineswegs aus, sofern es die Freiheit des Denkens, Willens und Handelns des Täters bei der Ausführung der Tat nicht oder nicht wesentlich beeinträchtigt hat. Die Fähigkeit, eine Tötung mit Überlegung auszuführen, ist weder tatsächlich noch rechtlich von der Erreichung eines bestimmten Lebensalters abhängig (vgl. RG. v. 23. Juni 1924, 2 D 566/24).

(FerSen. v. 24. Juli 1934; 1 D 701/34.) [Hn.]

13. Art. 14 Abs. 2 AusfGes. z. GewohnVerbrG. v. 24. Nov. 1933. Für das „nachträgliche Sicherungsverfahren“ ist an sich das Gericht sachlich zuständig, das nach den bestehenden Vorschriften zur Aburteilung der in Betracht kommenden Straftat zuständig sein würde, d. h. der Tat, für die der Verurteilte eine vor dem 1. Jan. 1934 erkannte Strafe — wenigstens zum Teil — nach diesem Zeitpunkt verbüßt. Gehört die Sache hiernach zur Zuständigkeit des SchöffG., so kann die Staatsanwaltschaft die Zuständigkeit der Großen Strk. dadurch begründen, daß sie bei Einreichung der Antragschrift die Eröffnung des Hauptverfahrens vor diesem Gericht beantragt.)

I. Zu Unrecht macht die Rev. geltend, die Gr. Strk. sei zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. Art. 5 Ziff. 2 GewohnVerbrG. v. 24. Nov. 1933 nicht

Zu 13. Das GewohnVerbrG. und das AusfGes. dazu haben es im Allgemeinen vermieden, für ihren Bereich besondere Zuständigkeitsvorschriften aufzustellen. Bezeichnend dafür ist besonders der neue § 5a StPD.; er bestimmt, daß die sachliche Zuständigkeit der Gerichte durch die Strafbesetzung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher nicht berührt wird. Daraus ergibt sich, daß die Gesetze eine Verschiebung der Zuständigkeit nach oben, die an sich durch die Strafbesetzungen des neuen § 20a StGB. herbeigeführt worden wäre, vermeiden und es bei der gewöhnlichen Zuständigkeit belassen wollten. Von dieser Regel gibt es einige Ausnahmen.

Die neue Vorschrift des § 26a StGB. soll verhindern, daß bei Strk. Fälle vor den Einzelrichter bringt, in denen die Strafbesetzung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher, die Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt, oder Sicherungsverwahrung, Entmannung oder Berufsverbot zu erwarten sind. Diese Vorschrift wird ergänzt durch § 270 Abs. 1 Satz 2 StPD. Danach soll der RR., wenn doch eine Sache dieser Art an ihn gekommen ist, sie an das SchöffG. verweisen, es sei denn, daß ein höheres Gericht zuständig wäre. Das

sachlich zuständig gewesen. Nach Art. 14 Abs. 2 des an demselben Tage erlassenen AusfGes. zu diesem Gesetze finden auf das Verfahren bei der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung („nachträgliches Sicherungsverfahren“) die für das „Sicherungsverfahren“ gegebenen Vorschr. des § 429 b StPD. entsprechende Anwendung. Danach gelten für das Sicherungsverfahren „sinngemäß“ die Vorschr. über das Strafverfahren, soweit nichts anderes bestimmt ist. Hiernach sind also auch für das nachträgliche Sicherungsverfahren die allgemeinen Vorschr. über das Strafverfahren anwendbar, soweit nicht im Einzelfall etwas Gegenteiliges bestimmt ist. Im Abs. 3 des § 429 b ist die sachliche Zuständigkeit für bestimmte Fälle besonders geregelt. Aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß regelmäßig das Gericht sachlich zuständig sein soll, das nach den bestehenden Vorschriften (des StGB., der StPD. und der WD. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung v. 14. Juni 1932) zur Aburteilung der in Betracht kommenden Straftat sachlich zuständig sein würde, d. h. der Tat, für die der Verurteilte eine vor dem 1. Jan. 1934 erkannte Strafe — wenigstens zum Teil — nach diesem Zeitpunkt verbüßt. Da es sich hier um schweren Diebstahl im wiederholten Rückfall handelt, war an sich das SchöffG. sachlich zuständig. Nach der erwähnten WD. v. 14. Juni 1932 — Teil 1 Kap. I Art. 1 § 1 Ziff. 2 — kann jedoch die StM. für die „in der Zuständigkeit der SchöffG. verbleibenden Strafsachen“ die Zuständigkeit der Gr. Strk. dadurch begründen, daß sie bei Einreichung der Antragschrift die Eröffnung des Hauptverfahrens vor der Gr. Strk. beantragt. Wie sich aus dem Zweck und Sinn der WD. v. 14. Juni 1932 ergibt, sind unter den „in der Zuständigkeit der SchöffG. verbleibenden“ Strafsachen auch diejenigen zu verstehen, für die das SchöffG. später für zuständig erklärt wird. Soweit der Verteidiger Folgerungen daraus herzuleiten versucht, daß das Sicherungsverfahren keine Strafsache sei, übersieht er, daß nach den bereits erwähnten Best. des AusfGes. v. 24. Nov. 1933 die Vorschr. über das Strafverfahren auf das Sicherungsverfahren und das nachträgliche Sicherungsverfahren „sinngemäß“ („entsprechend“) anzuwenden sind. Auch aus den Vorschr. des § 270 StPD. n. F. läßt sich nichts Gegenteiliges herleiten. Dort ist bestimmt, daß, wenn die Sache nicht schon nach Abs. 1 Satz 1 vor ein Gericht höherer Ordnung zu verweisen sei, die Verweisung unter den im Abs. 1 Satz 2 erwähnten Voraussetzungen an das SchöffG. erfolgen müsse. Der Grund liegt darin, daß so einschneidende Maßnahmen, wie sie die in Betracht kommenden Sicherungsmaßregeln darstellen, nicht von dem RR. allein getroffen werden sollen. Das steht indessen keineswegs mit der Befugnis der StM. im Widerspruch, durch einen entsprechenden Antrag bei Einreichung der Antragschrift die Zuständigkeit der Gr. Strk. zu begründen. Sie soll dies allerdings nur dann tun, wenn es nach Umfang und Bedeutung der Sache erforderlich erscheint; ob dies der Fall ist, kann jedoch das RevG. nicht nachprüfen. Es sei nur allgemein darauf hingewiesen, daß dieselbe Maßnahme je nach den besonderen Umständen des Falles von größerer oder geringerer Bedeutung sein kann. Die Behauptung des Verteidigers, die StM. in Baden seien vom JustMin. ange-

Gesetz will nicht, daß so einschneidende Maßnahmen von einem Einzelrichter getroffen werden.

Eine weitere Sondervorschrift findet sich im § 429 b Abs. 3 StPD.; aus ihr ergibt sich, daß das sog. Sicherungsverfahren dann vor der großen Strk. durchzuführen ist, wenn für das Strafverfahren das RG., das OLG. (in erster Instanz) oder das SchwG. zuständig wären. Hier soll aus Zweckmäßigkeitsgründen vermieden werden, die Sache vor ein so hohes Gericht zu bringen.

Das alles gilt auch für das nachträgliche Sicherungsverfahren (Art. 14 Abs. 2 AusfGes.).

Das RG. schließt aus dem Zusammenhang dieser Vorschriften, aus dem Verhältnis von Regel und Ausnahme, mit Recht, daß grundsätzlich für das nachträgliche Sicherungsverfahren das Gericht zuständig ist, das für das eigentliche Strafverfahren zuständig sein würde. Dieser Satz wird vom RG. zutreffend dahin ergänzt, daß da, wo die StM. aus eigenem Recht die Zuständigkeit des Gerichts verändern kann, ihr dieses Recht auch für das Sicherungsverfahren zusteht (ebenso Schäfer-Wagner-Schafheutle S. 236).

Minst. Dr. Rudolf Lehmann, Berlin.

wiesen worden, sämtliche nachträgliche Sicherungsverfahren vor die Gr. Strk. zu bringen“, trifft nicht zu; vielmehr ist in einem Erlaß des Min. des Kultus, des Unterrichts und der Justiz — Abteilung Justiz — v. 8. Febr. 1934 lediglich darauf hingewiesen, daß es sich angesichts der Bedeutung, die der Sicherungsverwahrung oder der Entmannung zukomme, in der Mehrzahl der Fälle empfehle, den Antrag bei der Gr. Strk. zu stellen, soweit die Wahl zwischen ihr und dem SchöffG. freistehe.

Im vorl. Falle hat die StA. in ihrer am 9. März 1934, also vor dem Strafende, bei Gericht eingegangenen Antragschrift die Eröffnung des Hauptverfahrens vor der Gr. Strk. beantragt, worauf diese am 14. März 1934 dementsprechend beschloffen hat.

Hiernach ist die sachliche Zuständigkeit der Strk. rechtlich einwandfrei begründet.

Die erf. Strk. hätte sich übrigens auch angesichts der Vorschr. des § 269 StPD., die gem. Art. 14 Abs. 2 AusfGef. v. 24. Nov. 1933 i. Verb. m. § 429b Abs. 1 StPD. auch für das nachträgliche Sicherungsverfahren gilt, nicht aus dem Grunde für unzuständig erklären dürfen, daß die Sache vor das SchöffG. gehöre.

II. In sachlich-rechtlicher Hinsicht bekämpft die Rev. das Urteil der Strk. nur insoweit, als „die Frist zur Nachprüfung auf drei Jahre festgesetzt ist“. Die Beschränkung des Rechtsmittels auf diesen Gesichtspunkt ist zulässig (RGSt. 42, 30 [31]; 65, 296); insoweit ist die Rev. auch begründet. Nach § 42 f Abs. 3 StGB. ist die Dauer der Sicherungsverwahrung an keine Frist gebunden; sie dauert vielmehr so lange, als ihr Zweck es erfordert. Das Gericht hat jedoch je nach dem Ablauf von drei Jahren nachzuprüfen und zu entscheiden, ob der Zweck der Unterbringung erreicht ist. Diese Prüfungspflicht ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz; es ist deshalb überflüssig, wenn die Strk. die Frist zur Nachprüfung in der Formel des angefochtenen Urteils auf drei Jahre festsetzt. Andererseits könnte ein solcher Ausspruch die falsche Auffassung erwecken, der Beurteilte dürfe nicht vor Ablauf der Frist entlassen werden, obwohl das Gericht — und zwar nach § 463a Abs. 3 i. Verb. m. § 462 StPD. das VollstrGer. — gem. § 42 f Abs. 4 StGB. auch während des Laufs der Frist jederzeit prüfen kann, ob der Zweck der Unterbringung erreicht ist.

Dieser Ausspruch war zu streichen.

(FerSen. v. 20. Juli 1934; 1 D 656/34.) [Hn.]

14. § 244 StPD. Die nahe Verwandtschaft oder die Ehe des Zeugen mit dem Angekl. genügt für sich allein noch nicht, um der Aussage des Zeugen von vornherein jeden Beweiswert abzuzprechen.

Das BG. hat einem Beweis Antrag keine Folge gegeben, „weil das Gericht der Zeugin, die es nach Lage des Falles nur unbeeidigt vernehmen könnte, bei den engen Familienbeziehungen, in denen sie zu dem Angekl. steht und angesichts der Erfahrungen, die es mit dem Zeugen G. B. gemacht hat, keinerlei Glauben zu schenken vermöchte, falls sie die unter Beweis gestellten Tatsachen bekunden würde“. Diese Begründung vermag die Ablehnung des Beweis Antrags nicht zu rechtfertigen. Nach der Rspr. des RG. genügt die nahe Verwandtschaft oder die Ehe des Zeugen mit dem Angekl. für sich allein noch nicht, um der Aussage des Zeugen von vornherein jeden Beweiswert abzuzprechen. Es bedarf vielmehr noch der Darlegung besonderer Umstände, aus denen sich im Einzelfalle die völlige Wertlosigkeit des angebotenen Zeugenbeweises ergibt (vgl. u. a. RGSt. 63, 332, Uri. v. 21. Okt. 1927, 1 D 889/27; JW. 1928, 414²⁵). Einen solchen besonderen Umstand will das BG. offenbar darin erblicken, daß bereits der von ihm vernommene Zeuge G. B., der Sohn des Angekl., einen unglaubwürdigen Eindruck gemacht habe. Es bedarf aber keiner näheren Begründung, daß einem Zeugen nicht deshalb von vornherein jede Glaubwürdigkeit abgesprochen werden kann, weil sich ein anderer, sei es auch mit ihm nahe verwandter Zeuge als unglaubwürdig erwiesen hat.

(1. Sen. v. 12. Juli 1934; 1 D 175/34.) [Hn.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit

1. § 1666 Abs. 1 BGB. Die Weigerung der unehelichen Mutter, den Namen des Erzeugers ihres Kindes zu nennen, kann nicht die Entziehung des ihr nach § 1707 BGB. zustehenden Rechts der Personensorge rechtfertigen.

Eine Kriegerwitwe hat ein uneheliches Kind geboren, das unter der gesetzlichen Amtsvormundschaft des Kreisjugendamts steht. Die Mündelmutter hat dem VormGer. gegenüber bei ihrer Anhörung verweigert, den Namen des unehelichen Vaters des Kindes zu nennen. Auf Vorhalt hat sie nur erklärt, der Vater sei kein Jude. Daraufhin hat das Jugendamt beim VormGer. den Antrag gestellt, der Mündelmutter das Sorgerecht zu entziehen, gegebenenfalls ihr wenigstens das Recht zu nehmen, den Aufenthalt ihres Kindes zu bestimmen. Es hat sich darauf berufen, daß dem Kinde durch die Weigerung der Mutter, den unehelichen Erzeuger zu nennen, unübersichtbare Nachteile bzgl. seiner Unterhaltsansprüche, vor allem aber deshalb entstehen könnten, weil nunmehr die arische Abstammung des Mündels nicht nachgewiesen werden könne. Das VormGer. hat diesen Antrag, das BG. die Beschw. des Jugendamts zurückgewiesen. Die weitere Beschw. des Jugendamts hatte gleichfalls keinen Erfolg.

Das BG. stellt ohne Rechtsirrtum fest, daß das Kind in seinem körperlichen Wohl z. B. nicht gefährdet wird, da die Mutter in der Lage sei, es selbst zu unterhalten. Zutreffend hebt das BG. auch die Tatsache hervor, daß das zweijährige Kind am besten von der Mutter betreut werden kann, was ja auch der feststehenden Rspr. des Senats entspricht, zumal das BG. weiter auf Grund der Ermittlungen feststellt, daß eine Vernachlässigung des Kindes nicht ersichtlich ist.

Unter diesen Umständen ist eine gegenwärtige Vernachlässigung des Kindes durch die Mündelmutter zu verneinen. Die Feststellung der gegenwärtigen Gefährdung ist aber eine unumgängliche Voraussetzung für Maßnahmen auf Grund von § 1666 BGB. Die bloße Möglichkeit einer künftigen Gefährdung genügt nicht (RGZ. 38, A15; Staubinger, II A 2 zu § 1666 BGB.). Man wird auch nicht sagen können, daß, wenn wie bisher die Mündelmutter das Kind selbst ausreichend unterhält und zu unterhalten in der Lage ist, ihre Weigerung, den unehelichen Erzeuger zu nennen, damit dieser auf Unterhalt in Anspruch genommen werden kann, sie das Recht des Kindes auf Unterhaltsgewährung verletzt und darum für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist (vgl. § 1666 Abs. 2 BGB.). Ein schuldhafter Mißbrauch des Sorgerechts und eine Vernachlässigung des Kindes durch die Mutter wird solange nicht zu erblicken sein, als nicht einwandfrei festgestellt worden ist, daß sie das Kind nicht zu ernähren vermag und sie dennoch den Namen des Erzeugers nicht nennt, obwohl sie weiß, daß die Möglichkeit besteht, diesen auf Unterhalt erfolgreich in Anspruch zu nehmen. Hier steht es aber gar nicht fest, ob die Mündelmutter aus Gründen, die zu mißbilligen sind, den Namen des unehelichen Erzeugers anzugeben sich weigert. Auch der Hinweis des Jugendamts darauf, daß die Mündelmutter sterben könne und dann der Unterhalt des Kindes gefährdet sei, kann zu einer anderen Beurteilung nicht führen, ebensowenig wie der Umstand, daß bei der Möglichkeit, den Erzeuger in Anspruch zu nehmen, infolge der Fähigkeit der Mutter, das Kind selbst zu unterhalten, diesem durch die Alimentationszahlungen des Vaters ein gewisses Vermögen für die Zukunft erspart werden könnte. Das sind alles nur zukünftige Möglichkeiten, für deren Eintritt z. B. kein Beweis vorhanden ist, so daß darum eine gegenwärtige schuldhafte Gefährdung der Personensorge zu verneinen ist.

Im übrigen ist es Sache des Vormundes, für die Inanspruchnahme des außerehelichen Erzeugers zu sorgen. Denn das Recht und die Pflicht dazu steht dem Vormund und nicht der Mutter zu. Zutreffend führen auch die Vorinst. aus, daß mit der Entziehung des Sorgerechts oder des Rechts auf Aufenthaltsbestimmung dem Kinde nach Lage der Sache mehr geschadet als genützt wird. Bei der Frage, welche Maßregeln zur Abwendung einer dem Kinde durch das Verhalten der Sorgeberechtigten drohenden Gefahr zu ergreifen sind, ist aber stets das Interesse des Kindes entscheidend. In das Elternrecht darf auf Grund des § 1666 BGB. nicht weiter eingegriffen werden, als das Wohl des Kindes es erfordert (vgl. Staubinger, III zu § 1666 BGB.). Bei der Entziehung des Sorgerechts oder eines Teiles davon würde das kleine Kind von der Mutter, bei der es gut aufgehoben ist, gerissen werden und müßte höchstwahrscheinlich auf öffentliche Kosten irgendwo untergebracht werden. Andererseits aber würde damit noch immer nicht feststehen, daß dann die Mutter den Namen des außerehelichen Erzeugers nennen wird und dann die Möglichkeit besteht, von diesem Unterhalt zu erlangen und dessen arische Abstammung festzustellen. Vor allem aber sind, wie das BG. zutreffend ausführt, die Maßregeln nach § 1666 BGB. nicht dazu da, um damit gegen die Mündelmutter einen moralischen

Zwang auszuüben, und, wie das Jugendamt in seiner weiteren Beschw. inhaltlich sagt, durch die Entziehung des Sorgerechts die Mutter dazu zu bringen, den Namen des Erzeugers zu nennen. Das würde keine Maßregel im Interesse des Kindes, sondern nur ein nicht zu billiges Zwangsmittel gegen die Mutter sein.

Was nun die Ver. des Jugendamts darauf anlangt, durch die Weigerung der Mutter könne dem Kinde deshalb ein unübersehbarer Schaden entstehen, weil die arische Abstammung des Mündels gar nicht nachgewiesen werden könne, so steht dem zunächst einmal entgegen, daß es ja durchaus noch nicht feststeht, ob bei Nennung des Erzeugers tatsächlich die arische Abstammung würde nachgewiesen werden können. Zwar ist es richtig, daß in den Richtlinien des RMdF. v. 8. Aug. 1933 (RGBl. I, 575) zum BeamtG. gefaßt worden ist, daß als Abstammung auch die außereheliche zu gelten habe. Abgesehen davon aber, daß die Frage der nichtarischen Abstammung nur für das Beamtenrecht geregelt ist, wenngleich nicht zu verkennen ist, daß man sich auch im übrigen danach richtet, so ist doch in einer offiziellen Auslassung des RMdF. im „Völkischen Beobachter“ v. 19. Jan. 1934 erklärt worden, in Zweifelsfällen sei, wenn der Vater des unehelichen Kindes ungewiß sei, dieses als arisch anzusehen. Etwas anderes erscheint auch nicht möglich, als in Zweifelsfällen ein uneheliches Kind als arisch anzusehen. Denn man wird nicht sagen können, daß es bei der Anzahl nichtarischer Elemente in Deutschland im Zweifel ungewiß sei, ob ein, insbes. wie hier auf dem Lande geborenes Kind von einem arischen oder nichtarischen Erzeuger abstammt.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 22. Juni 1934, 1a X 834, 835/34.)

Ber. von RGR. Hehdtmann, Berlin.

*

2. § 1701 BGB. Hat der Vater bei der Eheschließung die die Anfechtung der Ehe begründenden Tatsachen gekannt und gewußt, daß sie einen Anfechtungsgrund bilden konnten, so ist er i. S. obiger Vorschrift so zu behandeln, als hätte er die Nichtigkeit der Ehe gekannt.

Nach dem Ur. des LG. ist die Ehe der Eltern auf die Anfechtungsklage der Mutter gem. §§ 1333, 1343 BGB. auf Grund der Feststellung für nichtig erklärt worden, daß der Vater schon vor der Eingehung der Ehe syphilitisch erkrankt war, die Mutter hiervon zur Zeit der Eheschließung nichts wußte, und dieser Umstand sie bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde. Bei diesem Sachverhalt geht das LG. zutreffend davon aus, daß der Sohn laut gem. § 1699 Abs. 1 BGB. als ehelich zu gelten hat. Denn jedenfalls hat die Mutter die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung nicht gekannt. Nach § 1700 BGB. bestimmt sich nun das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem Kinde, das nach § 1699 BGB. als ehelich gilt, grundsätzlich nach den Vorschriften, die für ein Kind aus einer geschiedenen Ehe gelten, wenn beide Ehegatten für schuldig erklärt sind. Diese Best. gilt aber, was das LG. übersehen hat, und die weitere Beschw. mit Recht rügt, nicht schlechthin, sondern nur, soweit sie nicht aus §§ 1701, 1702 ein anderes ergibt. Aus dieser Verweisung erhellt, daß § 1700 BGB. nur anwendbar ist, wenn beide Eltern bei der Eheschließung gutgläubig waren. War aber dem Vater bei der Eheschließung die Nichtigkeit der Ehe bekannt, so hat er nach § 1701 BGB. nicht die sich aus der Vaterlosigkeit ergebenden Rechte; vielmehr steht in diesem Falle die elterliche Gewalt der Mutter zu. Da nun vorliegend der Grund für die Anfechtung der Ehe die syphilitische Erkrankung des Vaters bei Eingehung der Ehe war, konnte das LG. nach den allgemeinen Lebenserfahrungen nicht unterstellen, daß der Vater sein Leiden im Zeitpunkt der Eheschließung nicht gekannt hat. Hat er es aber damals gekannt, so muß er auch gewußt haben, daß seine Ehefrau ihn bei Kenntnis dieses Leidens und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe nicht geheiratet haben würde, daß also der durch die Unkenntnis bei seiner Ehefrau hervorgerufene Irrtum sie berechtigen konnte, die geschlossene Ehe anzufechten. Die Kenntnis seines Leidens würde daher ohne weiteres die Kenntnis der Anfechtbarkeit der Ehe nach sich ziehen, was wiederum zur Folge haben würde, daß der Vater so behandelt werden müßte, als hätte er die Nichtigkeit der Ehe i. S. von § 1701 BGB. gekannt (RG. 109, 641); ZFG. 7, 83). Von der Klärung der Vorfrage, ob der Vater sein Leiden bei Eheschließung gekannt hat, hängt es also ab, ob ihm für den über sechs Jahre alten Sohn nach § 1700 i. Verb. m. § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. das Sorgerecht zusteht und unter der Voraussetzung des § 1635 Abs. 1 Satz 2 das auf die Mutter übertragen werden kann, oder ob dieses Sorgerecht mit der Nichtigkeitsklärung der Ehe gem. § 1701 BGB. ohne weiteres der Mutter zugefallen ist.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 27. Juli 1934, 1a X 949/34.)

Ber. von RGR. Hehdtmann, Berlin.

*

3. §§ 1714, 1912 BGB. Ein Vertrag, durch den sich der Erzeuger gegenüber der unehelichen Mutter unter gewissen Bedingungen zur Zahlung von Unterhalt für das noch nicht geborene uneheliche Kind verpflichtet, unterliegt nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Durch notarielle Erklärung hat der Erzeuger sich vor der Geburt des Mündels in Form eines Vertragsangebotes gegenüber der minderjährigen unehelichen Mutter, vertreten durch ihren Vater, verpflichtet, 2000 G.M. zu zahlen, die Kosten der Entbindung zu tragen und ferner dem zu erwartenden Kinde eine monatliche Unterhaltsrente von 40 G.M. von der Geburt bis zum vollendeten 16. Lebensjahre zu zahlen. Demgegenüber sollten die Kindesmutter und deren Vater die Verpflichtung für sich und ihre Angehörigen übernehmen, über die Vaterschaft absolutes Stillschweigen zu bewahren und dafür Sorge zu tragen, daß das Kind möglichst außerhalb des Kreises N. untergebracht werde. Der Vater der Minderjährigen hat das Angebot für sich und seine minderjährige Tochter durch notarielle Erklärung angenommen und die Minderjährige hat ihrerseits ebenfalls durch notarielle Erklärung dem Angebot und der Annahmeerklärung ihres Vaters zugestimmt.

Nach der Geburt des Mündels hat das KreisJugA. in N. als Amtsvormund beantragt, das notarielle Angebot und die Annahme vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen. Die Vorinstanzen haben diesen Antrag abgelehnt. Die weitere Beschw. des Amtsvormundes hatte keinen Erfolg.

Die Vorinstanzen haben geprüft, ob der Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist. Das LG. hat im Gegensatz zu dem UG. die Unjittlichkeit verneint, aber angenommen, daß der Vertrag infolge wirksamen Rücktritts des Erzeugers hinfällig sei und aus diesem Grunde die versagte Genehmigung für gerechtfertigt erachtet.

Mit Recht rügt demgegenüber die weitere Beschw., daß die Vorinstanzen als selbstverständlich angenommen haben, daß der Vertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Das VormGer. und das an seine Stelle tretende BeschwG. hatten nicht die zivilrechtliche Frage zu entscheiden, ob der Vertrag gültig war oder nicht, sondern zunächst zu prüfen, ob der Vertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurfte. Da der Vertrag keinen Vergleich i. S. von § 1322 Ziff. 12 BGB. enthält, kam hierfür lediglich in Frage, ob eine Vereinbarung nach § 1714 Abs. 1 BGB. vorliegt. Nach dieser Vorschrift bedarf eine Vereinbarung zwischen dem Vater und dem Kinde über den Unterhalt für die Zukunft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Zur Zeit des Vertragsangebots und dessen Annahme war das Kind noch nicht geboren. Um eine wirksame Verpflichtung des Erzeugers zur Zahlung des Unterhalts zu begründen, hätte es daher der Bestellung eines Pflegers für die Leibesfrucht nach § 1912 BGB. bedurft, der allein zum Abschluß eines Unterhaltsvertrages für das zu erwartende Kind berechtigt gewesen wäre. Die Bestellung eines solchen Pflegers hätte nach § 38 Satz 1 NJugWohlfG. ohne Nachweis des nach § 1912 Satz 1 BGB. geforderten Fürsorgebedürfnisses auf Antrag des JugA. oder der unehelichen Mutter geschehen können. Letztere war dagegen zur Fürsorge für die Leibesfrucht nach § 1912 Satz 2 BGB. nicht berechtigt, weil das Kind, falls es bereits geboren gewesen wäre, nicht unter ihrer elterlichen Gewalt gestanden hätte. Ihr stand nach der Geburt gem. § 1717 BGB. lediglich das Recht der Sorge für die Person des Kindes zu; die elterliche Gewalt und die Vertretung in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten erhielt der Vormund. Mangels der gesetzlich zulässigen Vertretung der Leibesfrucht bei Abschluß des Vertrages ist daher eine Verpflichtung des Erzeugers zur Zahlung einer zukünftigen Unterhaltsrente i. S. von § 1714 Abs. 1 BGB. nicht begründet worden.

Die von dem Erzeuger angebotene Verpflichtung zur Zahlung des monatlichen Unterhaltsgeldes konnte aber auch nach der Geburt des Kindes von dem jetzigen gesetzlichen Vertreter, dem BeschwG., nicht angenommen werden. Dies kam schon deshalb nicht in Frage, weil die Schließung des Unterhaltsvertrages nur der unehelichen Mutter gegenüber angetragen worden ist und daher auch nur von dieser angenommen werden konnte, was übrigens, da der Erzeuger für die Annahme des Antrages eine Frist von einer Woche bestimmt hatte, nur innerhalb dieser, inzwischen längst verstrichenen Frist geschehen konnte (§§ 145, 146, 148 BGB.).

Ein Vertrag zugunsten des zu erwartenden Kindes ist nach dem Wortlaut der übernommenen Verpflichtung nicht anzunehmen. Der Erzeuger hat sich in ihr lediglich zur Zahlung gegenüber der unehelichen Mutter, nicht auch zur Leistung an das Kind verpflichtet. Eine solche Vereinbarung zugunsten des zu erwartenden Kindes wäre auch nicht, wie § 1714 Abs. 1 BGB. es erfordert, zwischen dem Kinde und dem Erzeuger, sondern zwischen letzterem und der unehelichen Mutter getroffen worden. Ein der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftiges Rechtsgeschäft würde demnach auch bei Annahme eines Vertrages zugunsten des Kindes nicht vorliegen. Abgesehen davon könnte durch einen solchen Vertrag das Kind auch nur Rechte erwerben, nicht dagegen Pflichten übernehmen, so daß die

lediglich dem Schutze des Mündels dienende vormundtschaftsgerichtliche Genehmigung bei der Eigenart dieses Vertrages ihren Sinn verlore.

Das LG. hätte daher den Antrag des Beschw. auf vormundtschaftsgerichtliche Genehmigung aus dem Grunde ablehnen müssen, weil ein genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft nicht besteht und das LG. hätte aus dem gleichen Grunde die Beschw. zurückweisen müssen. Da der Mündel indessen durch die Vorentscheidungen nach der Rechtslage nicht beschwert ist, muß der weiteren Beschw. der Erfolg versagt bleiben.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 6. Juli 1934, 1a X 806/34.)

Ber. von RG. Heydtmann, Berlin.

*

4. § 1918 Abs. 1 BGB. Die Pflegschaft für eine unter elterlicher Gewalt stehende Person endigt auch mit dem Ruhen der elterlichen Gewalt.

Wie das LG. ausdrücklich feststellt, ist dem Vater seinerzeit durch Beschl. des LG. v. 26. Juni 1926 das Recht der Sorge für die Person der Minderjährigen entzogen und bis zur Rechtskraft dieses Beschl. dem Jugendamt übertragen worden. Nachdem die hiergegen vom Vater erhobene Beschw. zurückgewiesen worden war, ist das Jugendamt mit seinem Einverständnis endgültig zum Pfleger der Kinder zwecks Ausübung der Personensorge bestellt worden. Als der Vater dann am 2. April 1931 wegen Trunksucht neuer vorläufige Vormundschaft gestellt worden war, ist auch für die Minderjährigen ein Vormund bestellt worden. Diese Vormundschaft ist aber am 11. Dez. 1933 wieder aufgehoben worden, nachdem der Antrag auf Entmündigung des Vaters rechtskräftig abgelehnt worden war.

Die Pflegschaft des Jugendamts hat also kraft Gesetzes (§ 1918 Abs. 1 BGB.) dadurch ihr Ende erreicht, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt unter vorläufige Vormundschaft gestellt (§ 1906 BGB.) dadurch beschränkt geschäftsfähig geworden ist (§ 114 BGB.), und daß infolgedessen seine elterliche Gewalt geruht hat (§ 1676 Abs. 2 BGB.). Denn ein solches Ruhen ist der Beendigung der elterlichen Gewalt i. S. von § 1918 Abs. 1 BGB. gleichzustellen (Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 1918 Anm. 1a, γ; Planck, BGB., 3. Aufl., § 1918 Bem. 3). Das Jugendamt hat denn auch nach Einleitung der vorläufigen Vormundschaft sein Amt als Pfleger der Minderjährigen als beendet angesehen und die ihm gem. §§ 41, 46 NZWohlf. erteilte Bescheinigung zurückgereicht. Diese beendetete Pflegschaft konnte mit der rechtskräftigen Ablehnung des Entmündigungsantrages, mit der die vorläufige Vormundschaft (§ 1908 Abs. 1 BGB.) und damit auch zugleich das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters befristet wurde, nicht von selbst wieder aufleben.

Die seinerzeit gegenüber dem Vater erfolgte Entziehung des Sorgerechts ist aber bestehen geblieben. Da die Entziehung des Sorgerechts regelmäßig die Bedeutung hat, daß damit zugleich auch das Vertretungsrecht in persönlichen Angelegenheiten als entzogen gilt, sind also die Minderjährigen in dem gegen sie eingeleiteten Fürsorgeerziehungsverfahren nicht gehörig gesetzlich vertreten gewesen. Dieser Mangel mußte daher beseitigt werden, ehe auch nur die vorläufige Fürsorgeerziehung angeordnet werden konnte (ZFG. 4, 76). Zu demselben Ergebnis würde man übrigens kommen, wenn man annähme, daß die Pflegschaft des Jugendamts während der Dauer der vorläufigen Bevormundung des Vaters nur geruht hätte und jetzt ohne weiteres wieder aufgelebt wäre. Denn dann wäre das Jugendamt, das gleichzeitig den Antrag auf Anordnung der vorläufigen und endgültigen Fürsorgeerziehung gestellt hat, an der gesetzlichen Vertretung der Minderjährigen in diesem Verfahren verhindert und es bedürfte auch in diesem Falle zunächst der Bestellung eines solchen gesetzlichen Vertreters (ZFG. 7, 65).

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 27. Juli 1934, 1a X 732/34.)

Ber. von RG. Heydtmann, Berlin.

Gefle

Erbhofgerichte

1. § 4 RErbhofG. Die Beschränkungen des § 4 für die Aufteilung eines Grundbesitzes in mehrere Erbhöfe greifen nur Platz, wenn die durch die Aufteilung entstehenden mehreren Höfe nach wie vor denselben Eigentümer haben. †)

Der Hofbesitzer A. war früher Eigentümer eines aus zwei ehemaligen Höfen zusammengesetzten rund 139½ ha großen Hofes in G. Im Herbst 1932 hat er das Eigentum an diesem Hofe zur

gedachten Hälfte auf den Hof- und Ziegeleibesitzer N. übertragen — und im Frühjahr 1933 — das ihm noch zur Hälfte verbliebene Miteigentum auf seine Tochter U. Diese sind gegenwärtig als Miteigentümer je zur gedachten Hälfte eingetragen. Sie haben sich den Hof durch notariellen Vertrag v. 19. Dez. 1933 nun so geteilt und gegenseitig so aufgelassen, daß N. rund 73½ ha mit einer Hofstelle und U. rund 66 ha mit der anderen Hofstelle zu Alleineigentum erhält. N. begehrt zwecks Befreiung von der Grunderwerbsabgabe die Feststellung, daß der ihm aufgelassene Grundbesitz nach der demnächstigen Umschreibung ein Erbhof sei.

Das AnerbG. hat diesen Antrag unter Berufung auf § 4 Ziff. 2 RErbhofG. abgelehnt, weil die auf dem ungeteilten Hof ruhenden Hypotheken die nach § 4 Ziff. 2 RErbhofG. maßgebliche Verschuldungsgrenze bei weitem übersteigen. Der Antragsteller U. hat gegen diesen Beschluß die sofortige Beschw. eingelegt. Die Beschw. ist sachlich begründet.

Der § 4 RErbhofG., auf den das AnerbG. seine Entsch. stützt, ist auf den vorl. Fall überhaupt nicht anwendbar. Es mag dahingestellt bleiben, ob er nicht lediglich für die Besetzungen gilt, die, abgesehen von ihrer Größe, Erbhöfe sein würden, sich also im Alleineigentum einer bauernfähigen Person befinden oder Ehegatten gehören. Denn auch hiervon abgesehen, bezieht er sich doch auf die Fälle, in denen eine innerbetriebliche Teilung einer die Größe von 125 ha übersteigenden Besetzung in Teilhöfe ohne Eigentumswechsel vorgenommen wird.

Bgl. Dr. Johae: R. d. RM. 1934, 41. Wollte man § 4 auch auf Teilung mit Eigentumswechsel beziehen, so würde das zu höchst unerwünschten Ergebnissen führen, die den aus der Einleitung ersichtlichen Zielen des RErbhofG. direkt widersprechen. Eine Siedlungsgesellschaft veräußert z. B. den für sie eingetragenen belasteten Grundbesitz nach Aufteilung in Siedlungsstellen und nach Errichtung der erforderlichen Hofstellen an die einzelnen Siedler. Wollte man § 4 auf diesen Fall anwenden, so würden diese Siedlerstellen, auch wenn sie im übrigen erbhöfliche Stellen wären, durchweg lediglich um deswillen keine Erbhöfe werden, weil die auf ihnen ruhenden Belastungen meistens 30% des Einheitswertes erheblich übersteigen. Dasselbe würde gelten, wenn ein Großgrundbesitzer ohne den Umweg über eine Siedlungsgesellschaft allein oder unter Vermittlung einer staatlichen Stelle (Kulturamt) von seinem über 30% des Einheitswertes belasteten Gut Siedlungsgüter abtrennt und an die Erwerber unter entsprechender Verteilung der eingetragenen Hypotheken veräußert. Auch in diesem Falle würden die neu gebildeten Siedlungsstellen, auch wenn sie im übrigen erbhöfliche Stellen wären, wegen der zu hohen Belastung keine Erbhöfe werden können. Daß dieses Ergebnis den Zielen des ErbhofG. widerspricht, bedarf keiner näheren Begr. In beiden Fällen würden aber die Siedlerstellen trotz der 30% des Einheitswertes übersteigenden Belastung Erbhof werden, wenn man mit dem Johae den § 44 überhaupt nur auf die

die Lösung für die vom Gericht entscheidene Frage. Das von einem Grundbesitz von mehr als 125 ha an einen neuen Eigentümer veräußerte Grundeigentum bildet mit dem Augenblick des Eigentumsüberganges in der Hand des neuen Eigentümers einen Erbhof, wenn die Voraussetzungen des § 1 Ziff. 1 u. 2 gegeben sind. Ob auch der dem alten Eigentümer verbleibende Rest einen Erbhof darstellt, hängt davon ab, ob auch bei ihm die Voraussetzungen des § 1 nach der Abveräußerung gegeben sind. Hieran will auch § 4 RErbhofG. nichts ändern. Diese Vorschrift will nur verhindern, daß der Großgrundbesitzer seinem überschuldeten Besitz den Schutz des RErbhofG. durch Teilung in eigener Hand sichert, trotzdem aber Großgrundbesitzer bleibt.

Gegen die Auslegung könnte geltend gemacht werden, daß auf diese Weise jedem Besitzer einer 125 ha übersteigenden Landwirtschaft ein Weg eröffnet wird, sich die Vorteile des RErbhofG. zu sichern und sich vor dem durch eine etwa vorhandene große Schuldenlast drohenden Verfall zu retten. Dies war wohl auch der Gedanke des AnerbG. Diese Bedenken lassen sich aber leicht ausräumen. In erster Linie eröffnet die Prüfung der Bauernfähigkeit des Besitzers einen Weg, ungeeignete Elemente dem Bauernstand fernzuhalten und zu verhindern, daß der Schutz des RErbhofG. gleichsam spekulationsweise von einem Unwürdigen erschlichen wird. Wo aber gegen die Person des Erwerbers und, falls auch der Restbesitz unter das RErbhofG. fällt, auch gegen die Person des Veräußerers Einwendungen nicht bestehen, bedeutet die Unterstellung unter den Schutz des RErbhofG. noch nicht, daß die vorhandenen Schulden erlassen sind. Der Schuldner hat nach wie vor zu sehen, wie er sie tilgt.

Übrigens ist die Aufteilung von Großgrundbesitz durch Veräußerung nicht der einzige Fall, in dem sich die Neubildung von Erbhöfen ohne Prüfung vorhandener Schulden durch die Anerbenbehörden vollzieht. § 6 der 3. DurchV.D. erklärt die Genehmigung nach § 37 RErbhofG. ausdrücklich für nicht erforderlich, wenn eine Besetzung erst durch ein Veräußerungsgeschäft Erbhöfeigentum erlangt und im Zusammen-

Fälle bezieht, in denen ohne Eigentumswechsel lediglich eine innerbetriebliche Teilung einer die Größe von 125 ha übersteigenden Besetzung in mehrere Erbhöfe vorgenommen wird.

Von dieser Auslegung des § 4 ausgehend, muß dem Antrage bez. A. stattgegeben werden. Die beiden Miteigentümer A. u. U. haben nicht bloß eine innerbetriebliche Teilung der Besetzung in zwei Teilhöfe unter Fortdauer des bisherigen Miteigentums vorgenommen, sondern sie haben mit der innerbetrieblichen Teilung auch einen Eigentumswechsel dertart verbunden, daß das Miteigentumsverhältnis beendet wird und jeder der beiden bisherigen Miteigentümer einen Teilhof zu alleinigem Eigentum erhält. Für diesen Fall steht eine 30% des Einheitswertes übersteigende Belastung der Entstehung neuer Erbhöfe nicht entgegen.

Voraussetzung hierfür ist aber, daß jeder Teilhof für sich den Erfordernissen eines Erbhofes entspricht, was hier unbestritten der Fall ist.

(ErbhofGer. Celle, Beschl. v. 23. März 1934, 3 EH 27/34.)

*

2. §§ 10, 48 ERbhofG.; § 11 der 1. Durchf. B. D.; § 20 RFGG. Ist in einem Verfahren nach § 10 ERbhofG. die Erbhofeigenschaft eines Grundbesitzes festgestellt und haben Eigentümer und Kreisbauernführer den Beschluß rechtskräftig werden lassen, so kann ein Hypothekengläubiger, der zu dem Verfahren nicht zugezogen war, gegen den Beschluß Beschwerde einlegen. Umfang der sachlichen Rechtskraft der Entscheidungen der Anerbenbehörden.

R. ist Eigentümer des im Grundbuch von B. Bd. II Blatt 55 eingetragenen Grundbesitzes von 21,11 ha, auf dem auch eine Gastwirtschaft betrieben wird.

Der Kreisbauernführer in J. hat beantragt, gem. § 10 ERbhofG. über die Erbhofeigenschaft dieses Grundbesitzes zu entscheiden. Er hält den Hof für einen Erbhof.

Das AnerbG. hat auf diesen Antrag der Eigentümer gehört (Blatt 4) und am 27. April 1934 die Erbhofeigenschaft des Grundbesitzes bejaht. Die Entsch. hat es am 30. April dem Eigentümer und dem Kreisbauernführer zugestellt.

Am 4. Juni 1934 wies der Vorsitzende des AnerbG. den Hypothekengläubiger D., den jetzigen Beschw., unter Bezugnahme auf eine Rücksprache mit seinem Sohn auf eine Entsch. des ErbhofGer. Dresden (Vogels-Hopp § 37 a Nr. 1) hin, wonach ein Beteiligter, der zu dem Erbhofverfahren nicht zugezogen war, beschwerdeberechtigt sei, und gab ihm anheim, die Zustellung der Entsch. zu beantragen, sei, und gab ihm binnen 14 Tagen Beschwerde einlegen könne. Diefem damit er dann binnen 14 Tagen Beschwerde einlegen könne. Diefem Mite folgte D., beantragte die Zustellung, die der Vorsitzende durch Verfügung v. 7. Juni 1934 anordnete und die am 9. Juni 1934 ausführt wurde. Mit Eingang v. 13. Juni 1934 legte D. sofortige Beschwerde ein. Er bestritt das Vorliegen einer Ackerernahrung und ist der Auffassung, daß der Gastwirtschaftsbetrieb gegenüber dem landwirtschaftlichen Betriebe überwiegt, daß also dieser gemischte Betrieb nicht als überwiegend landwirtschaftlich angesprochen werden kann.

Die Entsch. hängt zunächst davon ab, ob der Hypothekengläubiger D. als beschwerdeberechtigt anzusehen ist und ob die Beschwerde noch zulässig ist. Dabei kann es entscheidend auf die nachträglich vom Vorsitzenden allein angeordnete Zustellung nicht ankommen, weil sonst der Vorsitzende des AnerbG. praktisch die Entsch. über die Zulässigkeit der Beschwerde in der Hand haben würde.

I. Nach § 11 der 1. Durchf. B. D. finden auf das Erbhofverfahren die Vorschriften des RFGG. Anwendung, soweit nichts anderes bestimmt

hang mit dem Veräußerungsgeschäft eine Belastung des künftigen Erbhofs vereinbart wird. Auch hier haben die Anerbenbehörden keinen Einfluß auf die Höhe der auf dem zur Entstehung kommenden Erbhof ruhenden Lasten. Dies wird vielleicht Veranlassung sein, diese Fälle im kommenden ErbEntschuldG. besonders zu behandeln, hindert aber die Entstehung der Erbhöfe nicht.

Die agrarpolitischen Ziele des neuen Staates wollen die Umgestaltung vom Großgrundbesitz zum bäuerlichen Besitz fördern. Auch sie verlangen eine Auslegung der hier streitigen Frage i. S. der vorliegenden Entscheidung.

Für die in der Entsch. behandelte Rechtsfrage bedeutet es dabei keinen Unterschied, ob aus einem Grundbesitz von mehr als 125 ha einzelne als Erbhöfe geeignete Besetzungen an dritte Personen abveräußert werden oder ob, wie hier, die mehreren Eigentümer den ihnen nach Bruchteilen gehörenden Besitz sich in realer Teilung zu Miteigentum übertragen.

Der vorliegenden Entsch. ist demnach zuzustimmen. Sie ist auch in ERMspr. § 4 Nr. 2 von Hopp zustimmend besprochen. Auch Vogels (Komm. § 4 Anm. 1c) teilt die hier vertretene Ansicht. Auf die in Vogels Komm. und in der Besprechung von Hopp erwähnte weitere Literatur zur vorliegenden Frage darf verwiesen werden.

NotAss. Dr. Seybold, Berlin.

ist. Best. über die Beschwerdebefugnis enthält das ERbhofG. mit seinen Durchf. Best. nicht, abgesehen von denjenigen über das Beschwerderecht der Bauernführer (§§ 48 Abs. 2, 49 Abs. 2 ERbhofG., §§ 64 Abs. 3 der 1. Durchf. B. D., 6 Abs. 4, 7 der 2. Durchf. B. D.). Es entscheidet also § 20 RFGG., wonach die Beschwerde jedem zusteht, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Soweit nicht die Besonderheiten des Erbhofverfahrens zu einer Abweichung zwingen, muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber, der die Vorschr. des RFGG. für anwendbar erklärte, die darin gebrauchten Rechtsbegriffe in dem Sinne verstanden hat, den sie zur Zeit des Erlasses des ERbhofG. hatten. Danach genügt für die Beschwerdeberechtigung weder die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage des Beschw., noch die Verletzung eines berechtigten Interesses noch eines rechtlichen Interesses. Es muß sich vielmehr um die Beeinträchtigung eines Rechts handeln, d. h. eines subjektiven Rechts im technischen Sinne (Schlegelberger's Einführungscommentar § 20 Anm. II).

II. Der Hypothekengläubiger hat ein dingliches Recht an den Erbhofgrundstücken. Die Voraussetzung des subjektiven Rechts ist also gegeben. Es fragt sich, ob dieses subjektive Recht durch die Entsch. beeinträchtigt wird.

Hier können Zweifel möglich sein. Einmal nach dem Gegenstande der Entsch. § 20 RFGG. setzt voraus, daß das Recht „durch die Verfügung (hier Entsch.)“ beeinträchtigt wird. Die Beeinträchtigung muß also durch die Entsch. und zwar durch ihren Tenor erfolgen. Man könnte nun sagen, daß die Entsch. nur etwas über die Erbhofeigenschaft, nichts über das Hypothekenrecht des Gläubigers sagt, es daher auch nicht durch ihren Tenor beeinträchtigt. Die Entsch. stelle nur den Tatbestand fest, der die Beeinträchtigung mittelbar zur Folge habe.

Der Senat vermag sich dieser Schlußfolgerung nicht anzuschließen. Nach dem Sinne des § 20 RFGG. muß angenommen werden, daß einer Beeinträchtigung des Rechts durch die Entscheidungsformel selbst eine solche Beeinträchtigung gleichsteht, die sich von selbst und unvermeidlich aus der Entscheidungsformel ergibt. Trifft das zu, dann ist die Beeinträchtigung des Rechts ohne Zweifel. Nach § 113 BGB. kann „ein Grundstück in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek)“. „Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück ... erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung“ (§ 1147 BGB.). Zum Begriff der Hypothek gehört also die Zahlung der Kapitalsumme aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Ist die Zwangsvollstreckung in das Grundstück selbst und die Realisierung des Grundstückswertes auf diese Weise unmöglich, wie bei Erbhöfen (§ 38 ERbhofG.), so ist das Hypothekenrecht eines wesentlichen Begriffsmerkmals beraubt. Es ist inhaltlich verändert. Die Entsch. über die Erbhofeigenschaft bedeutet also sachlich genau so eine Entsch. über den Inhalt des Grundstückspfandrechts, wie sie eine Entsch. über den Inhalt des Eigentums darstellt. Sie „beeinträchtigt“ unmittelbar das Recht des gegenwärtigen Grundstückspfandgläubigers i. S. des § 20 RFGG. ebenso, wie das des Grundstückseigentümers.

III. Es fragt sich, ob die Beeinträchtigung und damit die Beschwerdebefugnis des Hypothekengläubigers deswegen wieder entfällt, weil ihn die Entsch. wegen fehlender Teilnahme am Verfahren überhaupt nicht berührt oder weil sie auch ihm gegenüber Rechtskraft schafft. Es bedarf daher eines Eingehens auf die Frage der Rechtskraft im Erbhofverfahren. Zu unterscheiden sind dabei die förmliche und die sachliche Rechtskraft. Förmliche Rechtskraft bedeutet, daß die Entsch. in demselben Verfahren nicht mehr abgeändert werden kann, daß also die an diesem Verfahren beteiligten Personen die Entsch. in demselben Verfahren nicht mehr angreifen können; daß die Entsch. im Erbhofverfahren förmliche Rechtskraft fähig sind, steht außer Zweifel. Sachliche Rechtskraft bedeutet, daß über eine rechtskräftig festgestellte Frage das AnerbG. nicht mehr anders entscheiden kann, daß es also an diese Entsch. auch für zukünftige Verfahren gebunden ist. Dabei muß zur Klarstellung bemerkt werden, daß die Bejahung der sachlichen Rechtskraft nichts für die Frage befaßt, ob eine Abänderung der ergangenen Entsch. infolge veränderter Tatbestandes (z. B. Vergrößerung oder Verkleinerung des Grundstückes) zulässig ist. Diese Abänderbarkeit nehmen, soweit ersichtlich, auch die Vertreter der sachlichen Rechtskraft (s. z. B. Bergmann, Erbhofverfahren § 38 Abs. 3 S. 115) an.

Hinsichtlich der sachlichen Rechtskraft werden nun folgende Ansichten vertreten:

1. Die Entsch. würden förmlich und sachlich rechtskräftig, aber nur gegenüber den Verfahrensteilnehmern (relative Rechtskraft). Das würde bedeuten, daß das AnerbG., wenn ein Verfahrensteilnehmer einen erneuten Antrag stellt, an die erste Entsch. (vorbehaltlich nachträglich veränderter Sachlage) gebunden ist, daß es aber nicht daran gebunden ist, wenn ein Antragberechtigter, der an dem früheren Verfahren nicht teilnahm, einen neuen Antrag stellt. In diesem Falle würde also die zweite Entsch. sachlich von der ersten Entsch. abweichen können, wobei die erste Entsch. unter den Teil-

nehmern des ersten Verfahrens Wirkung hätte, die zweite Entsch. unter den Teilnehmern des zweiten Verfahrens.

Von dieser Auffassung aus würde das Beschwerderecht des Hypothekengläubigers, der am ersten Verfahren nicht beteiligt war, zu verneinen sein, weil die Entsch. des ersten Verfahrens nur die daran Beteiligten, nicht aber ihn berühren würde.

Der Senat vermag sich jedoch dieser Entsch. für das Verfahren über die Erbhofeigenschaft nicht anzuschließen. Sie führt zu der Folgerung, daß ein Grundstück im Verhältnisse einiger Personen als Erbhof gilt, im Verhältnisse anderer nicht, wenn nämlich die verschiedenen Entsch. voneinander abweichen. Das ist praktisch undurchführbar. Der Hof kann nur entweder Erbhof sein oder nicht sein. Die Ansicht stößt schon für die Zwangsversteigerung auf Schwierigkeiten. Der Hypothekengläubiger, dem gegenüber die Erbhofeigenschaft verneint ist, würde die Zwangsversteigerung durchführen können, ein anderer, dem gegenüber sie bejaht ist, nicht. Es würde also stets die verneinende Entsch., selbst wenn sie die frühere wäre, der bejahenden Entsch. in der Wirkung vorgehen. Völlig unmöglich wäre auch die Lösung der Frage, nach welchem Rechte sich der Erbhof vererben soll. Der Hof kann nur entweder nach Erbhofrecht oder nach Bürgerlichem Recht vererbt werden, aber nicht im Verhältnisse der Teilnehmer eines Verfahrens nach Erbhofrecht und im Verhältnisse der Teilnehmer eines zweiten Verfahrens nach bürgerlichem Recht.

Der Begriff der relativen Rechtskraft, der Rechtskraft zwischen den Beteiligten, ist dem Zivilprozeß entnommen (§ 322 ZPO.). Für diesen ist er geeignet, denn im Zivilprozeß bilden den Gegenstand der Entsch. „Ansprüche“, d. h. Rechtsverhältnisse zwischen bestimmten einzelnen Personen, und zwar den Verfahrensbeteiligten. Hier kann naturgemäß nur über die Beziehung zwischen diesen Personen und darum auch nur mit Wirkung für diese Personen entschieden werden. Anders im Verfahren über die Erbhofeigenschaft. Hier werden nicht Beziehungen zwischen zwei Personen festgestellt, sondern die Eigenschaft einer Sache, die ihre Rechtswirkungen gegenüber jedermann äußert oder doch äußern kann, ähnlich wie bei den Statusklagen der Zivilprozesse (§§ 629, 643 ZPO.), bei denen die Rechtskraft auch gegenüber jedermann wirkt.

Diese Ansicht ist also abzulehnen; und damit entfällt die aus ihr entnommene Folgerung gegen die Beschwerdebefugnis des Hypothekengläubigers.

2. Eine zweite Ansicht (vertreten von Wöhrmann § 10 N. ErbhofG., Anm. 4, 5) geht dahin, daß die Entsch. des AnerbG. wirksam ist gegenüber jedermann, auch gegenüber denjenigen Personen, die am Verfahren überhaupt nicht beteiligt waren. Diese Auffassung schließt das Beschwerderecht des nicht förmlich beteiligten Hypothekengläubigers also aus, und der vorliegende Fall zwingt deshalb zu einer Stellungnahme zu dieser Auffassung. Der Senat vermag sich ihr nicht anzuschließen. Eine so weitgehende Wirkung der anerbengerichtlichen Entsch., die dazu führt, daß Rechte von Personen beeinträchtigt werden können, die von dem Verfahren überhaupt keine Kenntnis erlangt haben und gar nicht die Möglichkeit hatten, ihre durch die Entsch. beeinträchtigten Rechte wahrzunehmen, könnte nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Best. angenommen werden. An einer solchen aber fehlt es. Die Auffassung von Wöhrmann läßt sich denn auch nur mit einer Fiktion halten, nämlich mit der Fiktion, daß der Kreisbauernführer die Interessen aller nicht beteiligten Personen vertritt, und daß deshalb die Beschwerdefrist für den Kreisbauernführer zugleich die Beschwerdefrist für alle zum Verfahren nicht zugezogenen, sachlich beteiligten Personen, darstellt (Wöhrmann, § 48 N. ErbhofG. Anm. 2 B. S. 273, 2. Aufl.).

Auch diese Fiktion findet im Gesetze keine Stütze. Es kann nicht ohne ausdrückliche Best. angenommen werden, daß eine Beschwerdefrist gegen jemanden läuft, der von ihr überhaupt nichts erfahren hat, dem der Beginn der Beschwerdefrist nicht bekanntgemacht ist.

Die Fiktion wird aber auch den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht. Der Kreisbauernführer ist ein Organ des Reichsnährstandes, dem die Hypothekengläubiger nicht angehören. Er ist dazu eingesetzt, die bauerlichen Interessen wahrzunehmen. Es mag daher möglich sein, anzunehmen, daß er z. B. die Interessen der künftigen Anerben kraft seines Amtes notwendig wahrnimmt, nicht aber die der Hypothekengläubiger. Nur in einem Falle läßt das N. ErbhofG. eine Wahrnehmung der Gläubigerrechte durch den Reichsnährstand erkennen, nämlich im Falle des § 15 Abs. 2 und 3 N. ErbhofG. Hier obliegt die Wahrnehmung dem Landesbauernführer und nicht dem Kreisbauernführer. Im Falle des § 39 N. ErbhofG. vertritt der Kreisbauernführer die bauerlichen Interessen.

Mit der Ablehnung dieser Meinung entfällt auch das aus ihr zu entnehmende Bedenken gegen die Beschwerdebefugnis des Hypothekengläubigers.

3. Eine weitere Meinung (Bergmann, Erbhofverfahren S. 118) geht dahin, daß förmliche und sachliche Rechtskraft eintrete

a) gegenüber allen Verfahrensteilnehmern,
b) gegenüber allen weiteren Personen, denen gegenüber das Verfahren ordnungsmäßig war. Das sind diejenigen Personen, deren Beziehung zum Verfahren nicht notwendig

war, weil sie nicht sachlich beteiligt waren, oder die (nach der Auffassung des § 12 Abs. 2 der 1. Durchf. W.) bei pflichtgemäßer Ausübung des freien Ermessens trotz sachlicher Beteiligung nicht zugezogen zu werden brauchten.

Förmliche und sachliche Rechtskraft treten nach dieser Auffassung nicht ein gegenüber denjenigen Personen, denen gegenüber das Verfahren nicht ordnungsmäßig ist, die also beteiligt werden mußten.

Von dieser Auffassung aus ergibt sich für den Hypothekengläubiger folgendes:

Nach § 12 Abs. 2 der 1. Durchf. W., § 7 der 3. Durchf. W. soll eine Entsch. nur ergehen, nachdem den Beteiligten zuvor Gelegenheit zur Äußerung gegeben ist. Wer i. S. dieser Vorschr. als Beteiligter anzusehen ist, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Freies Ermessen bedeutet nicht Belieben, sondern pflichtgemäßes Ermessen. Der Begriff der sachlich Beteiligten ist durch die Änderung des § 12 Abs. 2 nicht berührt. Daß als sachlich beteiligt mindestens diejenigen Personen anzusehen sind, deren „Recht“ i. S. des § 20 Abs. 1 ZGB. durch die Entsch. beeinträchtigt wird, die also beschwerdeberechtigt waren, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Diese also „sollen“ gehört werden. Die Sollvorschrift bindet den Prozeßrichter, wird sie verletzt, so ist das Verfahren nicht ordnungsmäßig. Nur dann darf von der Anhörung Abstand genommen werden, wenn bei Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht zweckmäßig oder notwendig erscheint. Daß das pflichtgemäße Ermessen ausgeübt ist, müssen die Gründe des Beschlusses erkennen lassen. Ist der Hypothekengläubiger nicht gehört und in den Gründen dafür keine Erklärung gegeben, so ist das Verfahren ihm gegenüber nicht ordnungsmäßig.

Vom Standpunkte dieser Auffassung aus ist also das Beschwerderecht des nicht beteiligten Hypothekengläubigers zu bejahen, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Begründung nicht erkennen läßt, aus welchen Gründen die an sich gebotene Anhörung der Hypothekengläubiger unterblieben ist. Der Entsch. der weiteren Frage, ob, wenn solche Gründe angegeben sind, deren Richtigkeit (mithin das freie Ermessen) nachprüfbar ist, bedarf es für den vorliegenden Fall nicht.

4. Eine vierte Auffassung lehnt die sachliche Rechtskraft für das Erbhofverfahren überhaupt ab (Vogel's § 10 Anm. 4; § 48 I, 2; Gülland: ZW. 1934, 388; Vode: ZW. 1933, 2942). Das bedeutet also, daß die Anerbenbehörden in einem neuen Verfahren auch bei unveränderter Sachlage und auch bei Beteiligung derselben Personen zu einer abweichenden Entsch. kommen können (etwa infolge veränderter Ermittlungsergebnisse oder veränderter Rechtsauffassungen). Nach dieser Auffassung kann der nicht zugezogene Hypothekengläubiger die alte Entsch. zum mindesten durch einen neuen Antrag angreifen. Dann aber ist nicht einzusehen, warum er das nicht auch im Wege der Beschwerde erreichen kann (so anscheinend auch Vogel's, § 48 I Anm. 2).

Denn es ist ein einfaches Gebot der Prozeßökonomie, neben dem neuen Antrage, der zur Beseitigung der ersten Entsch. und dann (im Wege der Beschwerde gegen die neue Entsch.) in die Beschwerdeinstanz führen kann, sogleich die Beschwerde gegen die bereits vorliegende alte Entsch. zuzulassen. Es liegt kein Anlaß vor, den Hypothekengläubiger zu zwingen, die erste Instanz, deren Entsch. bereits vorliegt, noch einmal anzugehen, bevor er in die Beschwerdeinstanz gelangt, wenn er selbst bereit ist, auf die erste Instanz zu verzichten, und nur die Prüfung durch die zweite Instanz begehrt.

IV. Für den vorliegenden Fall bedarf es also der Entsch., ob die Ansicht zu 3 und 4 für das Verfahren über die Erbhofeigenschaft zutreffend ist, nicht, denn beide Auffassungen führen für den vorliegenden Fall dazu, daß der nicht zugezogene Hypothekengläubiger Beschwerde gegen die bereits vorliegende Entsch. erheben kann.

V. In der Sache selbst empfiehlt sich die Aufhebung und Zurückverweisung an die erste Instanz, damit das AnerbG. sich auch über die Beziehung der übrigen dinglichen Gläubiger gem. § 12 Abs. 2 der 1. Durchf. W. schlüssig machen kann, die vom Standpunkte der Ansicht zu III 3 aus grundsätzlich geboten, vom Standpunkte der Auffassung zu III 4 zum mindesten zweckmäßig ist.

(ErbhGer. Celle, 2. Sen., Beschl. v. 3. Juli 1934, 2 EH 1291/34.)
[—n.]

3. § 15 N. ErbhofG. Eine entehrende gerichtliche Strafe (Zuchthausstrafe, Ehrverlust) schließt nicht in jedem Falle die Ehrbarkeit aus. Ein weit zurückliegendes ehrloses Verhalten kann außer acht gelassen werden, wenn der Täter in der Zwischenzeit ein völlig einwandfreies Leben geführt und sich dadurch die allgemeine Achtung wiedererworben hat.

Das AnerbG. hat die von dem Eigentümer erbetene Belastung seines 31,90,47 ha großen Hofes mit einer Darlehenshypothek von 5000 RM. oder RM. abgelehnt mit der Begr., der Eigentümer sei nicht ehrbar. Der Eigentümer ist nämlich am 23. Febr. 1912 durch das SchwG. in D. wegen Unternehmungs

der Verleitung zum Meineide und Anstiftung zum Meineide zu einer Gesamtstrafe von zwei Jahren Zuchthaus und fünf Jahren Ehrverlust verurteilt worden. Außerdem ist auf dauernde Unfähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, gegen ihn erkannt worden. Diese Strafe hat der Eigentümer bis auf einen Rest von sechs Monaten und 26 Tagen Zuchthaus, die ihm am 26. Juli 1913 erlassen waren, auch tatsächlich verbüßt. Das AnerbG. vertritt den Standpunkt, daß die Verurteilung zugrunde liegende Tat so schwerwiegend sei, daß der Eigentümer bei dem Inkrafttreten des RErbhofG. nicht als ehrbar angesprochen werden könne.

Dagegen richtet sich die sofortige Beschw. des Eigentümers. Diese ist frist- und formgerecht eingelegt und auch sachlich begründet.

Mit Recht hat das AnerbG. ausgeführt, daß ein Erbhof nur dann entstanden ist, wenn er beim Inkrafttreten des RErbhofG. Eigentum einer bauernfähigen Person war. Zum Begriffe der Bauernfähigkeit gehört nach § 15 Abs. 1 Satz 1 RErbhofG. auch die Ehrbarkeit.

Was ehrbar i. S. dieser Best. bedeutet, ist im Gesetz nicht näher ausgeführt. Der Maßstab, den man bei der Prüfung der Ehrbarkeit anzulegen hat, muß im Zweifel der des gesunden Bauernstandes sein. Man kann nicht allgemein sagen, daß ehrbar sei, wer noch nicht bestraft ist, ebensowenig kann man den Satz aufstellen, daß eine entehrende gerichtliche Strafe die Annahme der Ehrbarkeit in jedem Falle ausschliesse. Es kommt vielmehr immer auf den Einzelfall an. Dabei spielt nicht allein die Art oder die Höhe der erkannten Strafe eine Rolle, sondern auch die Tat selbst. Im Laufe der Zeiten hat sich auch in der Beurteilung dieser Tatbestände durch die Gerichte manches geändert. Auch dieser Umstand wird Berücksichtigung zu finden haben.

Ferner darf man die Länge der verfloffenen Zeit nicht außer acht lassen. Liegt eine Tat schon lange zurück, so kommt es mit darauf an, wie der Täter sich in der Zwischenzeit geführt hat. Die Strafgesetze wohl aller Staaten enthalten Best. darüber, daß nach einer gewissen Zeit schwere und auch schwerste Straftaten nicht mehr gerichtlich geahndet werden können. Man spricht dann von einer Verjährung der Strafverfolgung bzw. der Strafvollstreckung. Diese Einrichtung entspricht dem gesunden Volksempfinden. Ebenso muß es dann möglich sein, auch bei der Beurteilung der Ehrbarkeit i. S. des § 15 Abs. 1 Satz 1 RErbhofG. ein weit zurückliegendes ehrloses Verhalten außer acht zu lassen, jedenfalls dann, wenn der Täter in der Zwischenzeit ein völlig einwandfreies Leben geführt und sich dadurch die allgemeine Achtung wiedererworben hat.

So liegt es hier. Im Jahre 1911 wurde der Sohn Fr. des Bauern in einem Rechtsstreit als Vater eines außerehelichen Kindes in Anspruch genommen. Die Kindesmutter hatte vorher schon einmal geboren. Ihr Vater war wiederholt bestraft worden, u. a. wegen Körperverletzung, Jagdvergehens und dreimal wegen Diebstahls. Sie war bei dem Bauern in Diensten gewesen. Diesem selbst hatte sie zunächst den Sohn als den Kindesvater nicht angedeutet. Ein von dem Sohn benannter Zeuge sagte dann vor Gericht aus, der Bauer und dessen Sohn hätten versucht, ihn dazu zu bestimmen, eidlich auszusagen, er habe in der kritischen Zeit zu Geschlechtsverkehr mit der Kindesmutter gehabt. Ein weiterer Zeuge beschwor tatsächlich einen solchen Mehrverkehr und sagte dann, er sei von dem Bauern und dessen Sohn dazu angestiftet worden. Der Bauer dagegen behauptet, er habe im guten Glauben gehandelt. Nach der Mitteilung seines Sohnes sei er der Ansicht gewesen, daß diese Zeugen wirklich der Kindesmutter heigewohnt hätten. Geld habe er ihnen nur deshalb gegeben, weil sie solches verlangten hätten, und er hätte vermeiden wollen, daß sie nicht verschwanden oder den Geschlechtsverkehr der Wahrheit zuwider ableugneten. Wie das SchwG. zu einer Verurteilung gekommen ist, läßt sich den Strafakten nicht entnehmen, weil sie, wie es bei alten SchwG. üblich war, eine Begr. des Schuldspruches nicht enthalten. Der Bauer behauptet noch heute, er sei damals nicht verurteilt worden. Ob er wirklich schuldig war, läßt sich heute nicht mehr nachprüfen. Man wird aber davon ausgehen müssen, daß der Spruch des SchwG. ein richtiger war. Es ist aber der Makel, der ihm wegen jener Verurteilung früher angehaftet haben mag, inzwischen beseitigt. Schon damals hatten sich immer wieder der Ortsgeistliche und der Gemeindevorsteher für ihn eingesetzt, was denn auch schließlich zu seiner teilweisen Begnadigung führte. Jetzt wird ihm von jedem ein gutes Zeugnis ausgestellt. Der Gemeindevorsteher, der Amtsvorsteher und der Kreisbauernführer haben übereinstimmend ausgeführt, daß der Bauer ein in jener Gegend durchaus geachteter Mann sei, der auch seinen Hof in bester Ordnung habe. Die reichlich 22 Jahre zurückliegende Verurteilung sei dort schon so gut wie vergessen. Niemand trage ihm die Sache mehr nach. Unter diesen Umständen kann die Ehrbarkeit des Bauern nicht mehr verneint werden.

(RErbhGer. Celle, Beschl. v. 24. Juli 1934, 2 EH 640/34.) [—n.]

4. §§ 44, 11, 68 Abs. 2, 51 DurchfW.D. z. RErbhofG.
1. Das AnerbG. kann die Weiterleitung eines Antrages auf Zulassung eines 125 ha übersteigenden Grundbesitzes zum Erbhof nicht von der Vorlage eines Erbscheines abhängig machen.

2. Auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung und einer Nacherbfolge stehen der Weiterleitung des vom Eigentümer gestellten Antrags nicht entgegen.

3. Entscheidungen der Anerbenbehörden aus § 44 der 1. DurchfW.D. sind gebührenfrei. †)

Das AnerbG. muß prüfen, ob die Antragstellerin Alleineigentümerin des Grundstücks ist. Das steht auf Grund der von ihrem Ehemann hinterlassenen Verfügungen von Todes wegen nicht zweifelsfrei fest. Trotzdem kann das AnerbG. dennoch nicht die Weiterleitung des Antrages von der Vorlage eines Erbscheines abhängig machen und die Weiterleitung ablehnen, wenn der Erbschein nicht vorgelegt wird. Denn die Eigentümersverhältnisse müssen mit Rücksicht auf § 11 der 1. DurchfW.D. i. Verb. m. § 12 ZGB. von Amts wegen geklärt werden, d. h. das AnerbG. muß sich selbst eine Meinung bilden. Der Erbschein begründet nur eine Vermutung und dient zur Erleichterung des Rechtsverkehrs. Es hebt das AnerbG. beim Obwalten von Zweifeln nicht der eigenen Prüfung. Deshalb hat das AnerbG. gegebenenfalls auch ohne Erbschein zu entscheiden. Führt die Prüfung nicht zu einer zweifelsfreien Klärung, sprechen aber trotzdem die ganzen Umstände für die zu prüfende Voraussetzung, dann muß der Antrag weitergeleitet werden. Denn das Gesetz sagt im § 44 Abs. 3 der 1. DurchfW.D.: „Das Gericht prüft, ob ... die Voraussetzungen für die Zulassung gegeben sind. Ist dies offenbar nicht der Fall, so lehnt das AnerbG. durch begründeten Beschluß die Weiterleitung ab.“ Liegen die Voraussetzungen möglicherweise doch vor, bleiben also nur Zweifel offen, so muß der Antrag

Zu 4. Der Entsch. ist beizutreten.

1. Die Mitwirkung des AnerbG. im Verfahren nach § 5 RErbhofG., §§ 44, 45 der 1. DurchfW.D., dient einem doppelten Zweck:

1. Das AnerbG. soll diejenigen Anträge auf Zuteilung der Erbhofeigenschaft an mehr als 125 ha umfassenden Grundbesitz, die schon nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 1 RErbhofG. — ganz abgesehen von den besonderen Erfordernissen des § 5 Abs. 2 RErbhofG. — als aussichtslos erscheinen, gleich im ersten Abschnitt des Zulassungsverfahrens zurückweisen, damit der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft in die Behandlung offenbar ungeeigneter Fälle überhaupt nicht erst einzutreten braucht. Der Antrag ist beispielsweise als aussichtslos schon vom AnerbG. zurückzuweisen, wenn er nicht land- oder forstwirtschaftlich genutzten Boden betrifft (§ 1 Abs. 1 RErbhofG.), wenn der Antragsteller weder Alleineigentümer (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 RErbhofG.) noch für die Übergangszeit Gesamthand- oder Miteigentümer i. S. des § 62 Abs. 1, 4 der 1. DurchfW.D. ist (vgl. RErbhofG. Celle, Beschl. v. 19. Febr. 1934, ErbhofRspr. der 1. DurchfW.D. § 44 Nr. 1), wenn dem Eigentümer die Bauernfähigkeit mangelt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2; §§ 12, 13, 14, 15 RErbhofG.), oder wenn der Grundbesitz ständig durch Verpachtung genutzt zu werden pflegt (§ 1 Abs. 2 RErbhofG.).

Die Zurückweisung des Antrags ist jedoch nur statthaft, wenn die allgemeinen Voraussetzungen des § 1 RErbhofG. offenbar nicht gegeben sind (§ 44 Abs. 3 Satz 2 der 1. DurchfW.D.); die Weiterleitung darf also nicht abgelehnt werden, solange jene Mängel nicht zweifelsfrei feststehen.

Zur Zurückweisung des Antrags wegen Fehlens der besonderen Erfordernisse des § 5 Abs. 2 RErbhofG. ist das AnerbG. nicht befugt (vgl. RErbhGer. Celle, Beschl. v. 28. Febr. 1934, ErbhofRspr., § 44 Nr. 2 der 1. DurchfW.D.). Dies ergibt sich nicht nur aus der ausdrücklichen Best. des § 44 Abs. 3 Satz 1 der 1. DurchfW.D., sondern auch aus der Erwägung, daß der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft weder beim Vorliegen jener besonderen Erfordernisse zur Zulassung noch bei ihrem Nichtvorliegen zur Zurückweisung des Antrags genötigt ist (... soll... in der Regel nur zugelassen werden...; § 5 Abs. 2 RErbhofG.).

2. Das AnerbG. soll sich andererseits zu denjenigen Anträgen, die nicht von vornherein schon im Hinblick auf § 1 RErbhofG. als aussichtslos erscheinen, gutachtlich äußern und sie nach Abschluß der Vorbehandlung, mit seiner Stellungnahme versehen, dem Kreisbauernführer zuleiten (§ 44 Abs. 4 Satz 1 der 1. DurchfW.D.).

II. Für beide Tätigkeitsarten gilt der Grundsatz des Amtsbetriebs, § 46 RErbhofG., § 12

trotz dieser Zweifel weitergeleitet werden, wobei es dem AnerbG. freisteht, in seiner Äußerung auf die bestehenden Zweifel hinzuweisen.

Das AnerbG. wird weiter zu prüfen haben, ob die Antragstellerin durch die Einsetzung eines Testamentvollstreckers gehindert ist, den Antrag zu stellen. Die Best. im BGB. über den Testamentvollstrecker können in dieser Richtung Bedenken begründen. Der Antrag wird aber wiederum nicht als offenbar unzulässig angesehen werden können. Es ist zu bedenken, daß die Beschränkungen des Erben durch die Einsetzung eines Testamentvollstreckers mehr auf privatrechtlichem Gebiete liegen, während sich das Antragsrecht des Erben aus § 3 RERbHG. auf das öffentliche Recht bezieht. Aus § 44 Abs. 1 der 1. Durchf. B. ergibt sich, daß der Minister auch entscheiden kann, wenn kein Antrag vorliegt. Bei Prüfung des formellen Antragsrechtes wird daher ein weniger strenger Maßstab angelegt werden können.

Legt Vor- und Nacherbbschaft vor, so kann es zweifelhaft sein, ob die Zulassung des Grundstücks als Erbhof ausgesprochen werden kann, da das Anwartschaftsrecht des Nacherben vielleicht nicht beeinträchtigt werden kann. § 68 Abs. 2 der 1. Durchf. B. wird auf einen durch den Minister erst als Erbhof zugelassenen Hof nicht angewandt werden können, da diese Best. sich nur auf Erbhöfe bezieht, die bereits beim Inkrafttreten des Gesetzes Erbhof waren. Mit Rücksicht auf die immerhin zweifelhafte Rechts-

Abs. 1 der 1. Durchf. B. Das AnerbG. hat von sich aus „die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen“.

Ist also zweifelhaft, ob der Antragsteller, der sich auf Rechts-erwerb durch Erbgang beruft, Eigentümer (bzw. Alleineigentümer) des in Rede stehenden Grundbesitzes ist, so hat das AnerbG. dieser Frage (etwa durch Anforderung der letztwilligen Verfügungen, der Nachlassakten, vgl. § 18 Abs. 1 der 1. Durchf. B.) selbst nachzugehen; es kann sich seiner Amtspflicht nicht dadurch entziehen, daß es vom Antragsteller unter Androhung der Zurückweisung des Antrags die Beibringung eines Erbscheins fordert, dies um so weniger, als eine dem § 36 Abs. 1 Satz 1 BGB. oder dem § 107 Abs. 2 Satz 2 FGG. entsprechende Vorschr. in den §§ 11 ff. der 1. Durchf. B. fehlt.

Selbst wenn ein Erbschein vorgelegt würde, könnte sich das AnerbG. nicht unter allen Umständen eigener Prüfung enthalten; man denke nur an den Fall, daß der Erbschein in sich widerspruchsvoll erschiene.

Mit Recht hat daher das ERbhGer. das Verfahren des AnerbG. nicht gebilligt.

III. Die sachlichen Bedenken, die aus dem Gesichtspunkt der Testamentvollstreckung gegen die Antragsberechtigung des Eigentümers erhoben werden könnten, sind zutreffend gewürdigt.

1. Es ist zu beachten, daß der Antrag nur das Verfahren in Gang bringen soll. Es ist selbstverständlich, daß es für die sachliche Entsch., die der Minister trifft, eine wesentliche Rolle spielen wird, ob und aus welchen Gründen Testamentvollstreckung oder ob eine Nacherbbschaft angeordnet ist.

Aber für den Antrag wird man es als ausreichend erachten dürfen, wenn der Antragsteller Eigentümer ist oder wenigstens eine eigentümerähnliche Stellung innehat (so bejaht beispielsweise Vogels, RERbhHG., 3. Aufl., § 44 Anm. I 1a der 1. Durchf. B., die Antragsberechtigung des Besitzers eines Fideikommisses).

2. Der Einfluß der Testamentvollstreckung im einzelnen: Ohne Schwierigkeit beantwortet sich die Frage nach der Zulässigkeit des Antrags in den Fällen, in denen dem Testamentvollstrecker das Recht zur Verwaltung des Nachlasses oder der zum Nachlaß gehörigen Grundstücke überhaupt nicht zusteht (§§ 2208 Abs. 1 Satz 1; 2206 Satz 1; 2208 Abs. 1 Satz 2 BGB.); hier ist an dem Antragsrecht des Erben nicht zu zweifeln.

Ist der Testamentvollstrecker bestellt, damit er die Auseinandersetzung unter den Miterben bewirke (§ 2204 Abs. 1 BGB.), so wird der Antrag eines oder der Miterben schon um deswillen zurüdzuweisen sein, weil ein zu einer Erbengemeinschaft gehöriger Grundbesitz (§ 2032 Abs. 1 BGB.) nicht als Erbhof in Frage kommen kann (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 RERbhHG.).

Aber auch in den Fällen, in denen der Testamentvollstrecker den einem Alleinerben angefallenen Nachlaß verwaltet, wird man die Zurückweisung des Zulassungsantrags des Erben nicht fordern müssen. Feststeht jedenfalls, daß der Antrag keine Verfügung über den Nachlaß darstellt und durch die Beschränkungen des § 2211 BGB. nicht betroffen wird.

Stimmt der Testamentvollstrecker dem Antrag des Erben zu, so tauchen Bedenken überhaupt nicht auf.

Aber auch dann, wenn er seine Zustimmung verweigert, gebietet es die Rücksicht auf das unzweifelhaft

lage ist die Unzulässigkeit des Antrages nicht so offenbar, daß deshalb die Weiterleitung abgelehnt werden müßte.

Im Falle einer Entsch. aus § 44 der 1. Durchf. B. kann eine Gebühr nicht erhoben werden. Das folgt aus § 51 der 1. Durchf. B., wo eine solche Entsch. nicht aufgeführt ist. § 51 der 1. Durchf. B. regelt aber die Gebührenerhebung in Anerbengerichtssachen abschließend. Nur für die in diesen Paragraphen aufgeführten Tätigkeiten des Gerichtes werden Gebühren erhoben. Die gesamte sonstige Tätigkeit des Gerichtes ist gebührenfrei.

(ERbhGer. Celle, Beschl. v. 31. Juli 1934, EH 218/34.)

Ber. v. OGR. Dr. Obersberger, Heiligenbeil (Ostpr.)

*

Nürnberg

5. §§ 31, 37, 56 RERbhHG. Die in einem Übergabevertrag getroffene Vereinbarung, daß bei Wegzug des Ubergabers aus Verschulden des Übernehmers die Naturalien bis auf eine Wegstunde vom Übernehmer nachzuliefern und die Kosten der neuen Wohnung von ihm zu tragen sind, entspricht nicht dem Sinn des RERbhHG. (f.)

Im Übergabevertrag v. 8. März 1934 ist der Ubergaberin ein Wohnungsrecht und ein angemessenes Leibgeding auf Lebenszeit eingeräumt. Für den Fall, daß sie aus Verschulden des Antwo-

mit hereinspielende öffentliche Interesse, daß der Erbe die Frage, ob der Grundbesitz zum Erbhof erklärt werden kann und soll, in dem hierfür vorgesehenen Verfahren zur Behandlung stellen kann.

In den Richtlinien des Reichsministers für Ernährung und Landwirtschaft v. 1. Mai 1934 (f. Vogels RERbhHG., 3. Aufl. S. 475 ff.) IV 5 sind den Kreis- und Landesbauernführern nähere Angaben darüber zur Pflicht gemacht, ob gegen den Eigentümer beispielsweise ein Zwangsversteigerungs-, Zwangsverwaltungs- oder sonstiges Zwangsvollstreckungs- (z. B. Konkurs-, Vergleichs-) Verfahren schwebt, ohne daß der Zusammenhang zu der Annahme zwingen würde, daß in derartigen Fällen die Zulassung gem. § 5 RERbhHG. gänzlich ausgeschlossen sein soll (vgl. III der Richtlinien:

„Es ist festzustellen, ob der Eigentümer bereit ist, Grundstücke... zum Zweck der Schuldentilgung... zur Verfügung zu stellen“).

In allen derartigen Fällen ist aber der Eigentümer ähnlich wie der durch Testamentvollstreckung beschwerte Erbe in der Verwaltung oder Verfügung über seinen Grundbesitz mehr oder minder beschränkt (§§ 23, 24; 148 Abs. 2 ZwVerfG.; § 6 RD.; § 50 BglD.).

Die Testamentvollstreckung wird also nicht als Hindernis für das Antragsrecht aus § 44 Abs. 1 der 1. Durchf. B. angesehen werden können.

3. Ist eine Nacherbbschaft angeordnet, so treten die formellen Bedenken gegen die Antragsberechtigung des (Vor-) Erben noch mehr zurück.

Der Vorerbe ist Eigentümer und grundsätzlich zur Verwaltung des Nachlasses befugt; die Beschränkung in der Verfügung über Liegenschaften (§ 2113 Abs. 1 BGB.) steht dem Antragsrecht, wie unter 2 erwähnt, nicht im Wege.

Die Anwartschaft des Nacherben ist nur für die dem Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft vorbehaltenen sachliche Entsch. über die Zulassung von Bedeutung.

§ 68 der 2. Durchf. B. wird auf einen durch besondere Zulassung entstandenen Erbhof schon um deswillen angewandt werden müssen, damit der Eintritt der Nacherbbschaft, die ja nicht eine Erbfolge nach dem Vorerben, sondern eine Erbfolge nach dem Erblasser darstellt (§§ 2100, 2139 BGB.), auf alle Fälle durch das ERbhGer. erfährt wird (vgl. im einzelnen die Ausführungen bei Vogels, RERbhHG., 3. Aufl., § 57 Anm. II 1 b Satz 2; § 68 Anm. II 1, 2. Abs. der 1. Durchf. B.). Den insoweit abweichenden Ausführungen des ERbhGer. wird daher nicht zu folgen sein.

IV. Die Entsch. über die Gebührenfreiheit des Verfahrens nach § 44 der 1. Durchf. B. ergibt sich aus dem dem § 51 der 1. Durchf. B. zugrundeliegenden Aufzählungsgrundsatz.

OGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Zu 5. Der Entsch. kann nicht zugestimmt werden. Sie ist wohl nur aus dem Umstand zu erklären, daß die bäuerlichen Erbhofrichter, die an ihr mitgewirkt haben, aus einer ganz anderen Gegend des weit ausgedehnten Erbhofgerichtsbezirks stammen, als derjenigen, in der der Hof liegt. Die Entsch. übersieht, daß es nicht der Zweck des RERbhHG. sein kann, ohne Rücksicht auf ihren inneren Wert mit allen überkommenen Bräuchen der Bauernschaft

besten auszuziehen muß, hat sie nach dem Übergabevertrag Anspruch auf Ersatz der Umzugskosten und der Kosten der neuen Wohnung; die Naturalleistungen müssen ihr in diesem Falle eine Stunde weit nachgefahren werden.

Das AnerbG. genehmigte den Übergabevertrag. Der Kreisbauernführer beanstandete in seiner Beschw. u. a. die Vereinbarung der Entschädigung für Wohnung und der Nachlieferung der Naturalreichtümer für den Fall des Auszugs der Übergeberin.

In diesem Punkt tritt das BeschwG. der Ansicht des Kreisbauernführers bei. Es entspricht dem Sinn und Geist des RErbhofG., daß der Übergeber — ebenso wie der überlebende Ehegatte des Erblassers — sein Altenteil auf dem Hofe zu nehmen hat — (vgl. Vogel's, RErbhofG., § 31, 37 Anm. 3). Er soll — wie zur eigenen Verfügung — auch nach der Übergabe mit dem Hofe verbunden bleiben und den Übernehmer nicht zu Leistungen nötigen, die den Hof über Gebühr beschweren und mit dem Grundgedanken des Gesetzes — der Erhaltung des Besitzes und der Erleichterung der Wirtschaft — nicht wohl vereinbar sind. Die tägliche oder auch wöchentliche Nachlieferung der ausbedungenen Naturalreichtümer bis auf eine Wegstunde Entfernung würde aber dem Hofbesitzer schwer tragbare Verpflichtungen auferlegen und während dieser Zeit dem Hof wertvolle Arbeitskräfte fern halten. Wer sollte auch sofort darüber entscheiden, ob der Wegzug der Übergeberin von dem Hof und der Streit zwischen ihr und dem Hofbesitzer auf ihrem überwiegenden eigenen Verschulden oder auf dem

aufzuräumen und sie durch farblose Idivellierung zu ersetzen. Verf. dieser Ann. kennt die Verhältnisse in dem Bezirk durch langjährige Tätigkeit als Notar sehr genau. Es ist ein alter geheiligter Brauch in der dortigen Gegend, daß der Bauer, wenn die Altenteiler aus seinem Verschulden den Hof verlassen müssen, ihm die Naturalreichtümer nachzuliefern hat, und zwar regelmäßig eine Wegstunde weit. Die geringe Unbequemlichkeit, die in dieser Verpflichtung für den Bauern liegt — von täglicher Nachlieferung, wie das Gericht sie annimmt, kann keine Rede sein! — ist gewissermaßen eine Strafe für den Bauern dafür, daß er seine Eltern nicht so behandelt hat, daß sie auf dem Hof bleiben konnten; sie ist aber auch durch das erzwungene regelmäßige Wiedersehen des Bauern mit den Eltern gerade ein Mittel, die Verbindung zwischen den letzteren und dem Hof nicht ganz abreißen zu lassen. Der Brauch ist, wie man sieht, keineswegs sinnlos und ist in der dortigen Bevölkerung derart tief eingewurzelt, daß seine gangweise Vernichtung nur dazu dient, das Widerstreben gegenüber dem Gesetz, das sich in der bäuerlichen Bevölkerung immer noch zeigt in ausgesprochener Feindschaft zu verwandeln. Das sollte vermieden werden, und zwar gerade i. S. des Gesetzes und seiner reibungslosen Einführung auch in die Herzen der Bevölkerung! Zudem überschätzt das Gericht ganz gewaltig die Last, die diese Pflicht für den Hof bedeutet. Es steht für jeden Sachkenner außer allem Zweifel, daß es für den Hof eine weit größere Last bedeutet, wenn er in einem solchen Falle statt der Naturalleistungen eine Geldrente zu bewirken hat, die den Altenteilern, die ja durch den erzwungenen Wegzug nicht schlechter gestellt werden dürfen, einen gleich auskömmlichen Ausstrag ermöglicht. — Auch die übrigen vom Gericht angezogenen Gesichtspunkte verfallen. Gewiß ist es grundsätzlich die Absicht des RErbhofG., daß der Ausstrag auf dem Hofe geleistet werden soll. Das Gericht wird aber, wie es in anderen Entsch. bewiesen hat, den Altenteilern das Verbleiben auf dem Hofe nicht anfinnen, wenn es ihnen aus Verschulden des Bauern nicht zuzumuten ist. Über die Art der Ersatzleistungen ist damit gar nichts ausgesagt. Genau so ist es mit der angeblichen Schwierigkeit, den schuldigen Teil festzustellen. Auch wenn statt des Nachlieferens eine Geldrente zu leisten wäre, müßte natürlich festgestellt werden, ob die Schuld am Wegzug bei den Altenteilern oder dem Bauern liegt! Es kann also in keinem Sinne behauptet werden, daß die beanstandete Vereinbarung dem RErbhofG. widerspreche. Mehr Rückst auf tief eingewurzelte Bräuche der bäuerlichen Bevölkerung, die nicht direkt in Widerspruch zum RErbhofG. stehen, dient dem Gesetz und dem Willen des Gesetzgebers besser, als allzu stramme Handhabung namentlich in unwesentlichen Kleinigkeiten, die mit der Gesundung des Bauerntums, dem Hochziel des Gesetzes, aber auch schon gar nichts zu tun haben.

Notar Schied, Markt Grasling b. München.

Zu 6. Das Wesen des Anerbenrechts besteht darin, daß beim Erbfall der Erbhof ungeteilt auf den Anerben übergeht (RErbhofG. § 19). Dieser ungeteilte Übergang läßt sich nur ermöglichen, wenn der Erbhof jeweils im Alleineigentum des Bauern steht. In den Gegenden mit Anerbenritze kam es bisher zwar nicht selten vor, daß der Hof den Ehegatten gemeinschaftlich gehörte. Hierdurch werden aber die Rechtsverhältnisse mehr als nötig verwickelt; außerdem bringt das gemeinschaftliche Eigentum von Ehegatten die Gefahr mit sich, daß der Hof durch Vermittlung des anderen Ehegatten auf eine andere als die angestammte Familie über-

Verschulden der Übernehmerin beruht? Sollte wirklich einmal der Fall eintreten, daß ein Verbleiben der Übergeberin auf dem Hofe zur Unmöglichkeit wird, so kann die Entsch. über das, was dann zu geschehen hat, der Zukunft überlassen werden. Jetzt schon darüber dehnbare Best. zu treffen, erscheint nicht veranlaßt.

(ErbhGer. b. OLG. Nürnberg, Beschl. v. 27. Juli 1934, BeschwReg. Nr. 332/34.) [S.]

Stuttgart

6. § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. V. d. z. RErbhofG. Die gesetzliche Errungenschaftsgesellschaft des früheren württembergischen Rechts konnte im Gegensatz zur allgemeinen Gütergemeinschaft des früheren württembergischen Rechts keine Fortsetzung der Errungenschaftsgesellschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen. Die aus ihr sich herleitenden Gemeinschaften fallen nicht unter § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. V. d. z. RErbhofG.; der Grundbesitz solcher Gemeinschaften ist nicht Erbhof geworden.†)

Der Bauer Andreas Sch. und seine Ehefrau Barbara haben am 11. Febr. 1892 geheiratet. Nach ihrem Verbringungsinventar v. 15. Juni 1892 galt in ihrer Ehe der Güterstand der württ. sog. landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft. Am 25. Sept. 1923 ist die Ehefrau gestorben und wurde von ihrem Ehemann zu $\frac{1}{4}$ und von ihrem am 17. März 1892 geborenen Sohn Georg Sch. zu $\frac{3}{4}$ beerbt. Der letztere hat sich am 31. Mai 1923 verheiratet

geht. Daher kann nach dem RErbhofG. der Erbhof nicht im Eigentum mehrerer Personen stehen (§ 17). Nur für die Übergangszeit wird hiervon eine Ausnahme gemacht. Höfe, die am 1. Okt. 1933 im gemeinschaftlichen Eigentum von Ehegatten standen oder zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörten, sind Erbhof geworden; sie gehen spätestens beim Tode des überlebenden Ehegatten in das Alleineigentum des Anerben über. In diesen Fällen bedeutet also die Erbhofeigenschaft, daß ein gemeinschaftlicher Besitz möglichst bald durch gesetzlichen Zwang in Alleineigentum überführt wird.

Wie sich aus § 62 Abs. 2—4 der 1. Durchf. V. d. ergibt, bringt diese Überführung in das Alleineigentum für die Teilhaber der Gemeinschaft in manchen Fällen empfindliche Eingriffe in ihre Rechte mit sich. Diese Eingriffe lassen sich bei dem besonderen Charakter des gemeinschaftlichen Eigentums von Ehegatten und der fortgesetzten Gütergemeinschaft rechtfertigen. Die Vorschr. passen aber nicht auf andere Gemeinschaften; wollte man z. B. auch eine Besitzung, die sich am 1. Okt. 1933 im Eigentum mehrerer Kinder in Erbengemeinschaft befand, zum Erbhof erklären, so müßte man durch besondere Vorschr. einen Weg vorsehen, auf dem der Hof kraft Gesetzes aus dem gemeinschaftlichen Eigentum in das Alleineigentum eines der Miterben überführt werden könnte; dies ließe sich aber ohne weitere Eingriffe in wohlverordnete Rechte nicht durchführen. Das Gesetz hat hiervon bewußt abgesehen.

Das Gericht ist daher mit Recht davon ausgegangen, daß § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. V. d. als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen ist. Es befindet sich hierbei in Übereinstimmung mit der Rechtsübung anderer Gerichte. So hat das BayObLG. in seiner oben erwähnten Entsch. v. 14. Febr. 1934 (abgedr. in BayObLG. 34, 74 sowie im Auszug: JW. 1934, 846; MotZ. 34, 270; HöchstRspr. 34 Nr. 719) sich mit einem Fall befaßt, in dem eine durch den Tod eines Ehegatten aufgelöste allgemeine Gütergemeinschaft nicht mit den Abkömmlingen fortgesetzt, sondern lediglich als Auseinandersetzungsgemeinschaft weitergeführt wurde, und entschieden, daß diese Gemeinschaft nicht der fortgesetzten Gütergemeinschaft des § 62 Abs. 4 gleichsteht. Das ErbGer. Braunschweig hat durch Beschl. v. 14. April 1934 (abgedr. bei Vogel's-Hopp, RErbhofRspr. § 62 Abs. 4 Nr. 2 der 1. Durchf. V. d.) entschieden, daß auch die sog. gemeinsame Were des braunschweigischen Bauernrechts nicht unter § 62 Abs. 4 fällt.

Das ErbGer. führt zutreffend aus, daß sein obiger Beschl. nicht im Widerspruch steht zu seinem Beschl. v. 6. April 1934 (abgedruckt in RErbhofRspr. § 62 Nr. 1 der 1. Durchf. V. d.). In jenem Falle handelte es sich um eine fortgesetzte allgemeine Gütergemeinschaft des württ. Rechts, die sich von der des BGB. nur in unwesentlichen Punkten unterscheidet. Der vorl. Fall beschäftigt sich aber mit einer aufgelösten württ. Errungenschaftsgesellschaft, bei der eine Fortsetzung der Gemeinschaft nach den Vorschr. des ehelichen Güterrechts nicht möglich ist. Das Gericht hat daher mit Recht die Erbhofeigenschaft wegen Fehlens des Begriffsmerkmals des Alleineigentums verneint.

Den Beteiligten bleibt es überlassen, in einem freiwilligen Auseinandersetzungsvertrag das Alleineigentum eines der Mit-eigentümer herzustellen. Diese Auseinandersetzung wird im Gesetz durch Steuerfreiheit und Gebührenermäßigung begünstigt (§ 67 der 1. Durchf. V. d.).

MinR. Dr. Vogel's, Berlin.

und neuerdings am 2. März 1934 mit seiner Ehefrau allgemeine Gütergemeinschaft mit Rückwirkung auf den Tag seiner Eheschließung vereinbart. Der Vater und der Sohn haben am 19. Nov. 1923 dem Nachlassgericht angezeigt, daß sie den Ausschluß der Auseinandersetzung (gemeint war: die Auseinandersetzung der ehelichen Errungenschaft sowie des Nachlasses) vereinbart haben. Bei diesem Ausschluß der Auseinandersetzung ist es bis zu dem Inkrafttreten des ErbhofG. verblieben. Die Grundstücke, die früher als Errungenschaft des Andreas und der Barbara Sch. für jeden der Ehegatten als Miteigentum zur Hälfte eingetragen waren, sind jetzt im Grundbuch eingetragen wie folgt: 1. auf den Witwer Andreas Sch., 2. auf die Erben seiner Ehefrau, nämlich a) den Witwer Andreas Sch., b) den Sohn Georg Sch., Ziff. 1 und 2 je zur Hälfte, Ziff. 2 Erbengemeinschaft. Über die Erbhofeigenschaft des Besitzes von Sch. Vater und Sohn besteht Streit. Das AnerbG. hat die Erbhofeigenschaft verneint.

Die gegen die Entsch. des AnerbG. von Sch. Vater und Sohn eingelegte Beschw. hatte keinen Erfolg.

Die Übergangsvorschrift des § 62 Abs. 4 der 1. DurchfW. stellt eine Ausnahme von der zwingenden Vorschr. des § 17 Abs. 1 ErbhofG. dar, wonach ein Erbhof nicht zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft gehören darf. Aus dem Charakter dieser Vorschr. als einer Übergangsvorschrift ergibt es sich, daß sie nicht etwa gem. § 56 ErbhofG. ausdehnend auf weitere in § 62 Abs. 4 nicht genannte Gemeinschaftsverhältnisse bezogen werden darf (vgl. Vogel's: JW. 1934, 845 Fußnote). Das ErbGer. hat es zwar in seinem Beschl. v. 6. April 1934, E 5/34, nicht beanstandet, daß auch das ideelle Miteigentum der allgemeinen Gütergemeinschaft des früheren württ. Rechts sinntsprechend unter § 62 Abs. 4 fällt, obwohl es kein Gesamtgut im Rechtssinn ist. Es kann aber keinesfalls von dem Erfordernis des § 62 Abs. 4 abgesehen werden, daß eine fortgesetzte Gütergemeinschaft im technisch-juristischen Sinne vorliegen muß. Dies zeigen die §§ 6 Abs. 3 der 2. DurchfW. und der durch die 3. DurchfW. neu eingefügte Satz 3 des § 62 Abs. 4 der 1. DurchfW. Im Unterschied von der durch Ehevertrag begründeten allgemeinen Gütergemeinschaft des früheren württ. Rechts, die nach dem Tod eines Ehegatten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen fortgesetzt werden konnte, kannte die gesetzliche Errungenschaftsgesellschaft des früheren württ. Rechts, die auch nach dem 1. Jan. 1900 gem. § 200 BGB. für die Ehe des Andreas und der Barbara Sch. weiterhin maßgebend war, nach dem Ableben eines Ehegatten keine Fortsetzung der Errungenschaftsgesellschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen mit der Wirkung, daß der Errungenschaftsanteil des verstorbenen Ehegatten nicht zu seinem Nachlaß gehört (§ 1483 Abs. 1 Satz 2 BGB.; vgl. Lang, Personenrecht S. 385). Daran ändert auch die dem überlebenden Ehegatten an den Erbteilen der Kinder nach Art. 262 BGB. zustehende lebenslängliche Nutznießung nichts. Sie ist kein Ausfluß des ehelichen Güterrechts, sondern ein auf den früheren gesetzlichen Best. beruhender Anspruch des überlebenden Ehegatten. Seit dem Tode der Frau Barbara Sch. bestand also zwischen Georg Sch. und seinem Vater Andreas Sch. eine Erbengemeinschaft und keine fortgesetzte Gütergemeinschaft. Eine Erbengemeinschaft aber entspricht, wie allgemein anerkannt ist (vgl. Vogel's, Erbhofgesetz, 3. Aufl., S. 390 und BayObLG.: JW. 1934 S. 846 und Höchst-NMpr. 1934 Nr. 719), nicht den Voraussetzungen des § 62 Abs. 4 der 1. DurchfW.

Daß es sich bei der statutarischen Nutznießung im Anschluß an die württ. Errungenschaftsgesellschaft nicht um eine fortgesetzte Gütergemeinschaft handelt, ist für die Auslegung des § 5 ErbhofG. vom RFSt. in eingehender Begr. angenommen worden (vgl. RFSt. 27, 47 ff. und WürttZ. 1930, 261 und 1931, 301; auch Schefold: WürttZ. 1929, 65 f.). Dasselbe gilt auch für den Fall des § 62 Abs. 4 der 1. DurchfW. zum ErbhofG. Es bestehen zwar gewisse Ähnlichkeiten des durch den Teilungsaufschub i. Verb. m. der statutarischen Nutznießung geschaffenen Rechtsverhältnisses mit dem Gemeinschaftsverhältnis der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Die rechtlichen Unterschiede beider Gemeinschaftsverhältnisse lassen sich aber nicht übersehen (vgl. BayObLG. a. a. O.). Nach der Auflösung der Errungenschaftsgesellschaft durch den Tod der Barbara Sch. am 15. Sept. 1923 hatte Andreas Sch. freies Verfügungsrecht über seine Errungenschaftshälfte. Bzgl. der anderen Errungenschaftshälfte und des sonstigen Nachlasses der Barbara Sch. lag Erbengemeinschaft zwischen Vater und Sohn nach dem BGB. vor, wobei das güterrechtliche Band zwischen den Ehegatten nicht über den Tod der Ehefrau hinaus wirkte. Dem AnerbG. war daher darin beizutreten, daß das Besitztum des Georg und Andreas Sch. nicht als Erbhof anzusehen ist.

(ErbGer. b. ObG. Stuttgart, Beschl. v. 25. Juli 1934, E Nr. 80/34.)

[C.]

Riel Erbgesundheitsobergerichte

1. § 1 Abs. 2 Ziff. 1 Ges. zur Verhütung erkrankten Nachwuchses. Schwachsinn als angebliche Folge von Diphtherie.

Daß Marianne schwachsinig ist, wird auch von ihren Eltern nicht geleugnet; sie leugnen nur, daß es sich um einen angeborenen Schwachsinn handele. Ihren Ausführungen konnte jedoch nicht gefolgt werden. Angeborener Schwachsinn liegt nicht nur dann vor, wenn er bei der Geburt vorhanden und festgestellt ist, oder wenn erbliche Ursachen in der Familie feststellbar sind, sondern auch wenn er später, namentlich in der ersten Kindheit aufgetreten ist und ein Erwerb des Schwachsinn durch äußere Ursachen nicht nachweisbar ist. Das aber ist hier der Fall. Durch die Diphtherieerkrankung in ihrem sechsten Lebensjahr kann Marianne das Leiden nicht erworben haben. Wie das ErbgesObGer. sachverständig feststellt, ist die Beteiligung des Hirns bei Diphtherie äußerst selten, dann aber tritt sie so auf, daß zunächst grobe Erscheinungen sich zeigen und diese sich später bessern. Hier ist bei der Drüsenvereiterung und bei der Diphtherieerkrankung selbst irgendwelche Gehirnerkrankung nicht in die Erscheinung getreten. Marianne ist damals zum Arzt selbst hingegangen. Sie hat während der Erkrankung weder irre geredet noch ist sie bewusstlos gewesen. Erst ganz allmählich nach der Diphtherieerkrankung haben die Eltern, wie der Vater angibt, die geistige Erkrankung der Tochter bemerkt. Wenn diese Angaben richtig sind, so ist der Schwachsinn keinesfalls eine Folge äußerer Umstände, namentlich der Diphtherieerkrankung. Es ist vielmehr so gut wie sicher, daß der Schwachsinn schon von Geburt an vorhanden und in der Entwicklung begriffen gewesen ist, die Eltern aber in den früheren Jahren, namentlich da das Kind noch nicht zur Schule ging, die Erkrankung ihrer Tochter nicht bemerkt haben. Allerdings hat der Vater der Erbkranken sich noch bereit erklärt, Zeugen dafür anzugeben, daß Marianne vor der Diphtherieerkrankung ganz normal gewesen ist. Selbst wenn diese Zeugen etwas ähnliches bekunden würden, so könnte daraus nur geschlossen werden, daß damals die Erkrankung noch nicht klar in die Erscheinung getreten war, nicht aber, daß sie nicht schon vorhanden und für den Eingeweihten bemerkbar war.

(ErbgesObGer. Riel, Beschl. v. 4. Sept. 1934, W Erb 38/34.)

Ver. von ObGR. Dr. Grunau, Riel.

2. § 9 Ges. zur Verhütung erkrankten Nachwuchses; Art. 4 Abs. 2 DurchfW. v. 5. Dez. 1933; § 21 RFStG. Wird die Beschwerde schriftlich eingelegt, so kann sie auch beim ErbgesObGer. eingelegt werden.

Die Beschw. des Kreisarztes ist frist- und formgerecht eingelegt worden. Allerdings hat der Kreisarzt die Beschw. innerhalb der Beschwerdefrist schriftlich nur bei dem ErbgesObGer. eingelegt. § 9 RFStG. schreibt vor, daß die Beschw. „schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle des ErbgesObGer.“ einzulegen hat. Güt-Rudin-Rutke in ihrem Werke „Zur Verhütung erkrankten Nachwuchses“, 1934, S. 156 meinen, daß eine wahlweise Einlegung der Beschw. bei dem ErbgesObGer. oder dem ErbgesObGer. im Gesetz nicht vorgesehen sei; sie halten also offenbar die schriftliche Einlegung der Beschw. beim ErbgesObGer. nicht für formgerecht. Tatsächlich aber schreibt das Gesetz nur vor, daß die Beschw. entweder schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle des ErbgesObGer. einzulegen ist. Nur soweit die Beschw. zur Niederschrift einer Geschäftsstelle eingelegt wird, ist eine besondere Behörde bezeichnet, bei der die Beschw. vorzubringen ist. Soweit die Beschw. lediglich schriftlich eingelegt wird, ist die Beschwerdestelle nicht besonders bezeichnet, und es greift daher bei dieser Art der Beschwerde einlegung Art. 4 Abs. 2 DurchfW. v. 5. Dez. 1933 ein, wonach auf das Verfahren vor den ErbgesObGer. und den ErbgesObGer. die Vorschr. des RFStG. entsprechende Anwendung zu finden hat. Nach § 21 RFStG. aber kann die Beschw. wahlweise sowohl bei dem Gericht des ersten, wie des zweiten Rechtszuges eingelegt werden. Das erscheint auch in Erbgesundheitsfällen für die Form der schriftlichen Beschw. allein zweckmäßig. Wird die Beschw. zur Niederschrift der Geschäftsstelle eingelegt, so ist es erforderlich und zweckmäßig, daß hierfür nur dieselbe Stelle zuständig ist, welche über die Akten verfügt und zur Erforschung des Willens des Beschwerz. und der Begr. der Beschw. die Akten einsehen muß. Dieser Gesichtspunkt fällt jedoch bei der Einlegung einer schriftlichen Beschw. fort; diese Form werden im allgemeinen nur schreib- und geistesgewandte Beschwerz. anwenden. Zum wenigsten ist die Best. des § 9 nicht zweifelsfrei und muß daher zugunsten des Beschwerz. ausgelegt werden.

(ErbgesObGer. Riel, Beschl. v. 4. Sept. 1934, W Erb 19/34.)

Ver. von ObGR. Dr. Grunau, Riel.

Bayerisches Oberstes Landesgericht

Berichtet von Oberstlandesgerichtsrat Dr. Hölldorfer und Rechtsanwält Dr. Wilhelm Dieß, München.

Strafsachen

1. Art. 5 Ziff. 2 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933; Art. 14 AusfGes. hierzu und § 429 b StPD. n. F. Das Vorliegen eines Eröffnungsbeschlusses ist kein wesentliches Erfordernis für das Verfahren zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung.)

Der StA. hat in einer am 8. Jan. 1934 beim SchöffG. R. eingegangenen Antragschrift gegen den bis 27. Jan. 1934 in Strafhaft befindlichen W. die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. Art. 5 Ziff. 2 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933, Art. 14 AusfGes. hierzu und § 429 b StPD. n. F. beantragt. Der Vorsitzende des SchöffG. hat durch Beschl. v. 9. Jan. 1934 Termin zur Hauptverhandlung bestimmt und die Ladung des W. sowie die Zustellung des Antrages an ihn verfügt. Nach erfolgter Ladung und Zustellung des Antrages hat das SchöffG. auf Grund der Hauptverhandlung des Antrages in der vom Angekl. das eingehaltene Verfahren nicht v. 6. Febr. 1934, in der vom Angekl. beanstandet wurde, die Sicherungsverwahrung angeordnet. Der Angekl. hat gegen dieses Ur. Berufung eingelegt. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat die Strk. ohne Hauptverhandlung durch Beschl. v. 17. März 1934 die Einstellung des Verfahrens verfügt, weil ein Eröffnungsbeschluss nicht ergangen sei und es somit an einer wesentlichen Prozessvoraussetzung fehle. Gegen diesen Beschluss hat der StA. am 21. März 1934 Beschw. eingelegt und ausgeführt, die Tatsache, daß kein formeller Eröffnungsbeschluss gefaßt worden sei, bilde keinen unheilbaren Mangel, da dem W. die Antragschrift des StA. mit der Ladung zugestellt worden sei.

Das BayObLG. hat daraufhin den Beschluss der Strk. aufgehoben, und zur Frage, ob der Mangel des Eröffnungsbeschlusses dem weiteren Verfahren entgegenstehe, ausgeführt:

Nach der herrschenden Rpr. für das ordentliche Strafverfahren bildet der Eröffnungsbeschluss eine dem Parteiverzicht entzogene Prozessvoraussetzung (Löwe, 19. Aufl., Note 6 zu § 203); dieser Grundsatz kann nicht ohne weiteres auf das nachträgliche Sicherungsverfahren ausgedehnt werden.

Auf das Verfahren zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung findet nach Art. 14 Abs. 2 AusfGes. v. 24. Nov. 1933 der § 429 b StPD. n. F. entsprechende Anwendung. Nach letzterer Bestimmung gelten für das Sicherungsverfahren mangels entgegenstehender Bestimmungen sinngemäß die Vorschriften über das Strafverfahren; der Antrag soll der öffentlichen Klage gleichstehen; an Stelle der Anklageschrift tritt eine Antragschrift, die den

Zu 1. M. E. ist dem Beschluss nicht beizupflichten.

Das Gesetz (§ 429 b) verlangt für das Sicherungsverfahren die sinngemäße Anwendung der Vorschriften über das Strafverfahren. Nach Art. 14 Abs. 2 AusfGes. ist § 429 b wiederum auf das nachträgliche Sicherungsverfahren entsprechend anzuwenden.

Danach wäre der Eröffnungsbeschluss im nachträglichen Sicherungsverfahren nur dann entbehrlich, wenn diese Prozesshandlung ohne jeden erkennbaren Nutzen, also ohne Sinn wäre.

Der Beschluss nimmt das an.

Soweit der Beschluss zum Ausdruck bringt, daß beim nachträglichen Sicherungsverfahren die Entscheidung darüber, ob die Gesamtwürdigung der Taten den Angekl. als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher erscheinen läßt, der Hauptverhandlung vorbehalten sei, ist ihm zuzustimmen. Diese Feststellung kann weder zugunsten noch zuungunsten des Angekl. in einem schriftlichen Verfahren abschließend getroffen werden; sie muß daher in der Hauptverhandlung erfolgen (so auch OLG. Jena: JW. 1934, 1594; zustimmend Schafheutle dajelbst).

Daraus kann man aber noch nicht den Schluß ziehen, der Eröffnungsbeschluss sei unter diesen Umständen ein zweckloser Formalakt. Es ist zunächst nicht recht einzusehen, warum gerade in diesem, doch wirklich für den Angekl. sehr bedeutungsvollen Verfahren die Prozessvoraussetzungen nicht ebenso geprüft werden sollen wie in jedem anderen Strafverfahren. Das bezieht sich besonders auf die Frage, ob der Antrag der StA. rechtzeitig gestellt ist. Aber auch das Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen ist schon im Zwischenverfahren zu prüfen. Daß diese Prüfung recht schwierige Fragen umfassen kann, zeigen die ins einzelne gehenden Erläuterungen und Darlegungen von Schäfer-Wagner-Schafheutle, GewohnhVerbrG. S. 223 ff. Ausgenommen bleiben nur die Punkte, in denen die Prüfung der Natur der Sache noch der Hauptverhandlung vorbehalten bleiben muß.

Den Standpunkt, daß im nachträglichen Sicherungsverfahren ein Eröffnungsbeschluss unerlässlich sei, nimmt auch das RG. ein (vgl. Entsch. v. 2. Juli 1934: JW. 1934, 2150).

MinR. Dr. Lehmann, Berlin.

Erfordernissen der Anklageschrift entsprechen muß. Es sind also auch im Nachtragsverfahren die Vorschriften über das Strafverfahren entsprechend oder sinngemäß anzuwenden.

Für das Sicherungsverfahren nach §§ 429 a ff. StPD. mag in sinngemäßer Anwendung der allgemeinen Vorschriften der Erlassung eines Eröffnungsbeschlusses eine wesentliche Voraussetzung sein. Denn auch hier kommt eine mit Strafe bedrohte Handlung des zu Sichernden in Frage, die mit einer Voraussetzung der beim Gerichte beantragten Sicherungsanordnung bildet. Es besteht deshalb auch hier ebenso wie im ordentlichen Strafverfahren das Bedürfnis, für die Verhandlung und Aburteilung eine Grundlage zu schaffen und den Gegenstand der Verhandlung und Aburteilung zu umgrenzen (RGSt. 10, 56).

Es besteht hier auch die Möglichkeit, dem Beschluss einen Inhalt zu geben, der den Erfordernissen des § 207 StPD. ungefähr entspricht. Anders verhält es sich bei der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung. Dem Wesen nach bildet dieses Verfahren nur eine Ergänzung der vorausgegangenen Strafverfahren; es soll die Anordnung der Sicherungsverwahrung, die früher unzulässig war, nachgeholt werden. Die Straftaten, die beim Verfahren eine Rolle spielen, stehen auf Grund der vorausgegangenen Beurteilungen fest; sie bedürfen keiner neuen Prüfung, Festlegung und Umgrenzung. Dem Gerichte kommt in dem vorbereitenden Verfahren keine Entscheidung darüber zu, ob die Gesamtwürdigung der Straftaten den Angekl. als einen gefährlichen Gewohnheitsverbrecher erscheinen lassen; diese Feststellung ist die Sache der Hauptverhandlung. Für einen Beschluss im Sinne und mit der Bedeutung der §§ 203, 207 StPD. ist also hier kein Anlaß gegeben. Die sinngemäße Anwendung der allgemeinen Vorschriften verlangt nur, daß das Gericht auf die Antragschrift hin prüft, ob seine Zuständigkeit gegeben ist und ob die äußeren Voraussetzungen des Art. 5 Ziff. 2 GewohnhVerbrG. erfüllt sind: Fortdauer der Strafhaft über den 1. Jan. 1934 hinaus und dreimalige Verurteilung im Sinne dieser Vorschrift. Sind diese Erfordernisse nicht gegeben, so hat das Gericht in entsprechender Anwendung des § 204 StPD. seine Befassung mit der Sache abzulehnen. Andernfalls muß das Gericht zu erkennen geben, daß es in die weitere Behandlung des Antrages eintrete. Eines förmlichen Eröffnungsbeschlusses, der nur einen zwecklosen Formalismus darstellen würde, bedarf es nicht (Löwe, 19. Aufl., S. 1475, Note zu Art. 14 AusfGes. z. GewohnhVerbrG.; DJZ. 1934, 38). Dieser Pflicht ist der Vorsitzende des SchöffG. mit seinem Beschl. v. 9. Jan. 1934 gerecht geworden.

(BayObLG., 1. StrSen., Beschl. v. 29. März 1934, BeschwReg. I Nr. 274/34.) [D.]

Oberlandesgerichte

Berlin

a) Zivilsachen

1. Teil 2 Kap. II § 2 der 4. NotVO.; §§ 5 ff. PrMietzinsenkungsVO. Die Entscheidung des Gemeindevorstands (bei Beschwerde des Regierungsverbandes — für Berlin — Oberpräsidenten) bei Neubauräumen oder bei gesellige Mietfenkung nach der 4. NotVO. bindet das ordentliche Gericht nur, wenn sie ein Miet-, nicht ein Gesellschaftsverhältnis betrifft. Betrifft sie ein Mietverhältnis, so entscheidet die Stelle auch ausschließlich darüber, ob die Mietfenkung bei gleitendem Mietzins eintritt und ob im Jahre 1931 eingetretene Mietermäßigung anzurechnen ist. Der Betrag der Mietfenkung kann nur unänderlich, nicht gleitend sein.

1. a) Nach 2. Teil Kap. II § 2 der 4. NotVO. ermäßigt sich bei Mietverhältnissen über Gebäude oder Gebäudeteile, die nach dem 1. Juli 1918 bezugsfertig geworden sind, der Mietzins vom 1. Jan. 1932 ab anteilig um den Betrag, um den die laufende Belastung des Grundstücks nach den Vorschr. über die Zinsenkung (1. Teil Kap. III der 4. NotVO.) gesenkt wird. Nach § 4 a. a. D. darf eine im Laufe des Jahres 1931 eingetretene Senkung des Mietzinses auf die Ermäßigung nach § 2 angerechnet werden. Nach § 5 kann die Durchführung und Ergänzung dieser Vorschr. durch die obersten Landesbehörden übertragen werden. Letzteres ist geschehen. Preußen hat darauf die VO. über die Mietfenkung v. 21. Dez. 1931 erlassen, die ihre endgültige Fassung durch die VO. v. 5. Jan., 11. Jan. und 12. Febr. 1932 erhalten hat.

b) Für die Entsch. der Frage, ob die Entsch. des Gemeindevorstandes über die Mietfenkung in den Neubauräumen der Rf. verbindlich ist, sind daher die Vorschr. der §§ 5 ff. PrVO. über die Mietzinsenkung maßgebend. § 10 bestimmt, daß der Gemeindevorstand über die Ermäßigung des Mietzinses entscheidet, daß diese Entsch. binnen zwei Wochen mit der Beschw. angefochten werden kann und daß die Entsch., wenn sie rechtskräftig sind, endgültig sind und die Gerichte und Verwaltungsbehörden binden. Die Bindung der Gerichte an die rechtskräftig gewordene Entsch. des Gemeindevorstandes über die Mietfenkung hat zur Voraussetzung,

daß die Entsch. im Rahmen der Vorschr. über die Mietfenkung erfolgt ist, also insbes., daß zwischen den Beteiligten ein Mietverhältnis besteht. Eine Entsch. des Gemeindevorstandes über die Senkung des Entgelts aus einem Gesellschaftsvertrage würde, wie die Bekl. zutreffend ausführt (vgl. Hertel, Hauszinssteuer, außerordentliche Kündigung und Mietfenkung, S. 67; Karl Stern, Die Neuen Miet- und Pachtvorschr., S. 52), die Gerichte nicht binden, da nach den angeführten W. die Ermäßigung nur bei Mietverhältnissen eintritt. Das Rechtsverhältnis der Streitteile ist aber im Gegensatz zur Ansicht der Bekl. kein Gesellschafts-, sondern ein Mietverhältnis, das nur insofern eine Eigenart aufweist, als der Mietzins nicht in einem festen Betrage, sondern in Höhe eines bestimmten Bruchteils des Umsatzes vereinbart ist. An dem Wesen des Rechtsverhältnisses als eines Mietverhältnisses wird durch diese Vereinbarung nichts geändert. Denn das beiderseitige Verhältnis erschöpft sich im wesentlichen in der Gewährung und Benutzung der Räume, ohne daß Verpflichtungen aus einem Gesellschaftsverhältnisse bestehen, auch bleibt das vereinbarte Entgelt nach dem Willen der Vertragsteile Mietzins und wird nicht Ertragsanteil aus einer Gesellschaft.

c) Die Best. über die Mietfenkung betr. alle Mietverhältnisse über Gebäude und Gebäudeteile, die zur Zeit des Inkrafttretens der 4. NotW. bestanden. Daß sie auf einen Mietzins, der in seiner Höhe vertragsmäßig unbeständig ist, keine Anwendung fänden, ist weder in den Vorschr. gesagt, noch dem Zweck der Best. zu entnehmen. Dieser Zweck geht dahin, die Zinsfenkung der Hypotheken den Mietern zugute kommen zu lassen. Er ist also bei allen Mietverhältnissen, gleichviel, wie der Mietzins im einzelnen zu errechnen ist, gegeben. Der Gemeindevorstand überschreitet deshalb seine Zuständigkeit nicht, wenn er über die Senkung eines Mietzinses entscheidet, dessen Höhe nach den Best. des Vertrages einem Wechsel unterlegen ist.

d) Die Zuständigkeit des Gemeindevorstandes umfaßt nicht nur die Entsch. der Frage, ob und in welcher Höhe eine Mietfenkung erfolgt, sondern auch der Frage, ob eine i. J. 1931 erfolgte Ermäßigung des Mietzinses anzurechnen ist. Denn nach § 10 PrW. hat der Gemeindevorstand auch im Falle des § 6, also der Frage der Anrechnung einer Ermäßigung, zu entscheiden. Die Prüfung der Frage der Anrechnung ist daher allein Sache des Gemeindevorstandes.

Die Entsch. des Oberbürgermeisters von Berlin v. 12. Aug. 1933 ist also im Rahmen seiner Zuständigkeit erfolgt und bindet, da sie rechtskräftig geworden ist, das Gericht.

2. über die Höhe der Mietfenkung ist in der Entsch. des Gemeindevorstandes bestimmt: „Die Mietfenkung wird mit Wirkung v. 1. Jan. 1932 für das oben bezeichnete Grundstück auf 8,571% der Miete festgesetzt, die für den Monat Januar 1931 zu entrichten war und die auf Grund der hier vorgelegten Unterlagen in Höhe von 434 RM für das Geschäftslokal der Kl. ermittelt worden ist.“ Die Ansicht der Bekl., daß damit die Mietfenkung in Höhe eines je nach der Höhe des Mietzinses wechselnden Betrages festgesetzt sei, geht fehl. Denn nach § 7 PrW. hatte die Mietfenkung in der Weise zu erfolgen, daß der Betrag der Zinsfenkung nach den v. 1. Jan. 1931 ab geltenden Mieten auf die Mieter des Hauses umgelegt wurde, und zwar ein für allemal zu einem bestimmten Betrage. Eine gleitende Mietfenkung zugunsten der Kl. konnte gar nicht erfolgen, da diese Mietfenkung sonst bei jeder Änderung des Mietzinses der Streitteile eine erneute Umlegung der Zinsfenkung und damit eine erneute Festsetzung der Mietfenkung für alle Mieter des Hauses erforderlich gemacht hätte. Die Entsch. des Gemeindevorstandes ist daher in Übereinstimmung mit dem Bescheide des Oberpräsi. v. 18. Nov. 1932 dahin zu verstehen, daß die Mietfenkung für das Mietverhältnis der Streitteile für dessen ganze zukünftige Dauer auf monatlich 37,20 RM als festen Betrag festgesetzt worden ist.

Wenn der Bekl. demgegenüber geltend macht, es sei unbillig, einen durch Rückgang des Umsatzes ermäßigten Mietzins um denselben Betrag zu senken, wie den am 1. Jan. 1931 in Geltung gewesenen Mietzins, so trifft dies nicht zu. Denn die endgültige Berechnung des Mietzinses v. 1. Jan. 1932 ab beruht, auch wenn demnach eine doppelte Senkung des Mietzinses erfolgt, auf einer doppelten Grundlage, nämlich erstens auf der infolge Rückganges des Umsatzes eingetretenen Ermäßigung, die von vornherein dem Betrage entspricht, und zweitens auf der gesetzlichen Mietfenkung, die die Zinsfenkung anteilig berücksichtigt und in Verbindung mit den Mietfenkungen für die anderen Räume die Zinsfenkung den Mietern gutbringt, also den Vermieter nicht belastet.

(RG., 17. ZivSen., Urt. v. 12. Juli 1934, 17 U 3355/34.)

*

2. §§ 115, 119 ZPO. Auslegung von Armenrechtsbeschlüssen i. S. einer Rückwirkung.

Für die zur Entsch. stehende Frage, nach welchem Streitwert die Armenrechtskosten zu berechnen sind, kommt es darauf

an, von welchem Zeitpunkt ab die am 9. Juli 1934 verkündete Bewilligung des Armenrechts wirkt. Der Armenrechtsbeschluss enthält über irgendwelche Rückwirkung nichts. Gleichwohl hat das RG. in seiner der Erinnerung des Armenrechtsanwalts stattgebenden Entsch. ausgeführt, daß dieser Beschluss für das gesamte Verfahren erster Instanz gelte. Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen. Zwar hätte es das Prozeßgericht, und zwar auch in dem Verfahren über die Erinnerung des Armenrechts wegen seiner Kosten, in der Hand gehabt, seinem Beschluss ausdrücklich rückwirkende Kraft beizulegen. Entgegen der Auffassung der Staatskasse ist eine derartige Entsch. wirksam und für die Kostenberechnung bindend (20 W 4835/32 v. 25. Mai 1932). Eine solche Anordnung der Rückwirkung fehlt aber, ist insbes. auch nicht in dem jetzt angefochtenen Beschluss des RG. enthalten. Dieser Beschluss — der von anderen Richtern als den an der Armenrechtsbewilligung beteiligten erlassen ist — stellt sich als eine derartige nachträgliche Rückwirkungsanordnung um so weniger dar, als nicht der geringste Anlaß für eine derartige Maßnahme ersichtlich ist. Ausweislich der Akten ist ein früherer Armenrechtsantrag nicht gestellt und keine Verzögerung in der Entsch. über einen solchen Antrag eingetreten. Deshalb ist auch ein solcher Wille des Gerichts nicht anzunehmen.

So bedeutet denn die angefochtene Entsch. nichts anderes als eine Auslegung des Armenrechtsbeschlusses. Der Senat hat aber bereits in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 616/34 v. 27. Jan. 1934: JW. 1934, 620² verneint, daß die höhere Instanz im Kostenverfahren an eine derartige Auslegung gebunden ist, wenn der Beschluss über die Armenrechtsbewilligung an sich klar ist und zu irgendwelchen Zweifeln keinen Raum gibt. Der Senat vermag aber auch der Auslegung, eben weil der ergangene Beschluss eindeutig den Willen des Gerichts zum Ausdruck bringt und jeder tatsächliche Anhaltspunkt für die Richtigkeit einer abweichenden Auslegung fehlt, nicht zu folgen. Die Beschr. der Staatskasse ist daher begründet.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 20. Sept. 1934, 20 W 6671/34.)

*

3. §§ 115, 119 ZPO. Bewilligung des Armenrechts mit rückwirkender Kraft durch Prozeßgericht ist zulässig und für das Kostenverfahren bindend.

Die Staatskasse bekämpft die Ansicht des RG., daß überhaupt, insbes. aber nach Erlass des Urt. für diese Instanz noch eine Bewilligung des Armenrechts mit rückwirkender Kraft erfolgen könne und macht sich den Standpunkt der Oberrechnungskammer zu eigen, daß ein Beschluss, der wegen verspäteter Bewilligung des Armenrechts diesem rückwirkende Kraft beilegt, sich als vom Prozeßgericht abgegebenes Schuldanerkenntnis darstelle, das aber wirkungslos sei, da das Gericht zu einem solchen Anerkenntnis nicht befugt sei.

Die Bedenken der Staatskasse sind indes unbegründet. Zutreffend weist das RG. darauf hin, daß u. a. auch das RG. die vom Prozeßgericht angeordnete Rückwirkung einer Armenrechtsbewilligung als rechtlich wirksam anerkannt hat (RG. v. 9. Dez. 1929: RG. 126, 300 = JW. 1930, 1488). Diese Ansicht, die auch von anderen Senaten des RG. bereits gebilligt worden ist (vgl. 12. ZivSen. v. 30. April 1924: JW. 1925, 2341 und 9. ZivSen. v. 8. Juni 1925: JW. 1925, 2340), ist auch vom Kostenrat stets geteilt worden. Dieser hat bei jeder mit aller Entschiedenheit daran festgehalten, daß, sofern ein Beschluss des Prozeßgerichts über ausdrücklich eine Anordnung der Rückwirkung des Armenrechts vorliegt, diese Anordnung als rechtswirksam und kostenrechtlich unbedingt bindend im Kostenverfahren zugrunde zu legen ist (vgl. grundsätzliche Entsch. 20 W 4835/32 v. 25. Mai 1932 bei Gaedele, KostenRspr. Nr. 157). Im Kostenverfahren ist also insbes. nicht nachzuprüfen, in welchem Zeitpunkt eine solche Rückwirkungsanordnung getroffen, ob das Armenrecht erst nach Abschluss der Instanz mit Rückwirkung auf die ganze Instanz bewilligt ist, und vor allem, ob eine derartige Maßnahme des Prozeßgerichts in tatsächlicher Hinsicht ausreichend begründet erscheint oder ob etwa die Partei die verspätete Entsch. selbst verschuldet hat. Die Anordnung als solche ist vielmehr als im Rahmen der gesetzlichen Funktionen des Gerichts vorgenommener Staatsakt wirksam und deshalb für die Entsch. über die kostenrechtlichen Auswirkungen im Verhältnis zur Staatskasse zu respektieren.

Dagegen ist ausgeschlossen, im Kostenverfahren ohne eine solche Anordnung, die allerdings nicht ausdrücklich im Beschluss enthalten sein muß, sondern auch durch spätere Ergänzung des Beschlusses durch das Prozeßgericht jederzeit noch erfolgen kann, sich aber selbst ohne eine solche Ergänzung aus den Umständen des Falles als vom Gericht gewollt ergeben kann (so z. B. bei Armenrechtsbewilligung erst nach Beendigung der Instanz, wenn ein rechtzeitig gestelltes Gesuch unbeachtet geblieben war), nun einmal aus Billigkeitserwägungen eine Rückwirkung der Armenrechtsbewilligung — vielleicht nur aus Rücksicht auf den Armenanwalt —

zuzulassen. Für die Berechtigung eines solchen Vorgehens fehlt es an einer rechtlichen Handhabe. Der Senat hat deshalb auch seine frühere gegenteilige Auffassung längst verlassen.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 19. Sept. 1934, 20 W 6607/34.)

*

4. § 254 ZPO.; § 25 RWGebD.; § 12 GRG. Bei der Stufenklage aus § 254 ZPO. handelt es sich um mehrere nebeneinander geltend gemachte Ansprüche, die nur hinsichtlich des Streitwerts besonders behandelt werden.

Es handelt sich um die sog. Stufenklage des § 254 ZPO., d. h. um die Verbindung des Anspruchs auf Rechnungslegung mit dem Anspruch auf Leistung dessen, was nach der Rechnungslegung für den Kl. sich ergibt. Nachdem zunächst wegen des Rechnungslegungsanspruchs Anerkenntnisurteil ergangen war, ist wegen des Leistungsanspruchs der Bekl. durch Veräumnisurteil verurteilt worden. Zu einer streitigen Verhandlung ist es also nicht gekommen. UrkV. und LG. billigen dem Kl. nur eine halbe Verhandlungsgebühr zu, da beide Urteile wegen desselben Streitgegenstandes ergangen seien und gem. § 25 RWGebD. nur die halbe nichtstreitige Verhandlungsgebühr erwachsen sei. Das LG. stützt sich auch noch ausdrücklich auf § 12 GRG.

Diesem Standpunkt der Vorinstanzen kann nicht beigetreten werden. Richtig ist, daß gem. § 12 GRG. bei der sog. Stufenklage des § 254 ZPO. für die Wertberechnung nur einer der verbundenen Ansprüche, und zwar der höhere maßgebend ist. Schon der Wortlaut dieser Best. zeigt aber, daß es sich in Wahrheit um mehrere nebeneinander bestehende, nur zur gemeinsamen Einklagung verbundene Ansprüche handelt, die nur kraft positiver Ausnahmebestimmung für die Wertberechnung besonders behandelt wurden. Schon für die sachliche Zuständigkeit gilt diese Ausnahme nicht mehr, sondern hier findet eine Zusammenrechnung beider Ansprüche statt (Baumbach, RKostG., 1933, 1 zu § 12 GRG.). Ist es schon falsch, von Identität des Streitwerts beider Ansprüche zu sprechen, so fehlt erst recht die gesetzliche Grundlage dafür, von einem einheitlichen Anspruch zu reden und demgemäß auf Grund des § 25 GebD. für die nichtstreitigen beiden Verhandlungen — des Anerkenntnis- und des Veräumnisurteils — nur eine halbe Gebühr als entstanden zuzubilligen. Vielmehr beziehen sich beide Verhandlungen auf zwei verschiedene Ansprüche und haben jeweils die halbe Verhandlungsgebühr für jeden Anspruch besonders entstehen lassen. Die Höchstgrenze bildet die volle Verhandlungsgebühr (§ 25 RWGebD.) wie diese mithin hier mit Recht gefordert wird.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 12. Sept. 1934, 20 W 6420/34.)

*

5. Der Antrag der Berufungsklägerin auf Erlaß einer Einstw. Bg. betr. Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses gemäß § 1387 Ziff. 1 ZOB., § 940 ZPO. ist kostenpflichtig zurückzuweisen, wenn die Ver. aussichtslos erscheint. Es liegt dann kein Bedürfnis nach einer einflussweiligen Regelung in dem beantragten Sinne vor.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 28. Juli 1934, 20 W 6462/34.)

*

6. § 13 Ziff. 1 RWGebD. Keine Erhöhung der Prozeßgebühr bei Ausdehnung des Armenrechts auf vergleichsweise zu erzielende, nicht rechtshängige Ansprüche.

Durch Beschl. v. 11. Aug. 1934 hat das Prozeßgericht ausgesprochen, daß sein Armenrechtsbeschl. v. 12. Juli 1934 über den Umfang der damaligen Armenrechtsbewilligung hinaus auch für den gesamten Inhalt des gerichtlichen Vergleichs v. 12. Juli 1934 gelte und daß sich somit die Beiordnung des Armenanwalts auch auf diejenigen vergleichsweise erledigten Ansprüche erstrecke, die in der Klage nicht aufgeführt seien. Damit ist für das Kostenverfahren maßgeblich festgestellt, daß die Vergleichsgebühr über den Streitwert der Klage hinaus nach dem erhöhten Streitwert von 2040 RM dem Beschw. als Armenanwalt zusteht. Insoweit ist auch die Kostenfestsetzung des Urkundsbeamten nicht beanstandet.

Dieser hat nun aber abgelehnt, entsprechend dem erhöhten Vergleichsstreitwert auch die Prozeßgebühr nach dem erhöhten Wert zu berechnen. Er stützt sich dabei auf die Entsch. des Senats 20 W 10177/30 v. 20. Okt. 1930, in welcher die Frage gleichfalls verneinend beantwortet worden ist. Damals handelte es sich um das Kostenfestsetzungsverfahren, also um die Frage, in welcher Höhe die Prozeßgebühr zu erstatten sei. Der jetzt zur Entsch. stehende Sachverhalt liegt aber insofern etwas anders, als hier eine nachträgliche Beiordnung des Armenanwalts durch das Gericht über die bisherige Armenrechtsbewilligung hinaus vorliegt. Die Entsch. kann gleichwohl nicht anders lauten. Der Senat ist seinerzeit von der Erwägung ausgegangen, daß durch die Einbeziehung weiterer Ansprüche oder

Streitpunkte in den Vergleich diese nicht auch zugleich Gegenstand des anhängigen Rechtsstreits werden, wie gerade die gerichtliche Vergleichsgebühr des § 36 GRG. beweist. Der Senat hat deshalb auch die gegenteilige, von Willenbücher, Anm. 6 zu § 13 RWGebD. und DRG. Stuttgart: JW. 1932, 2908 vertretene Ansicht, daß in einem derartigen Falle eine entsprechend höhere Prozeßgebühr, wenn auch gem. § 14 RWGebD. nur zu $\frac{1}{10}$, entziehe, abgelehnt.

Diese Ansicht trifft auch für den Fall der Ausdehnung des Armenrechts auf Ansprüche, die nur im Vergleichswege innerhalb eines bereits anhängigen Rechtsstreits erledigt werden können, zu. Durch die Ausdehnung des Armenrechts werden diese Mehransprüche noch nicht zum Gegenstand des Prozesses und bilden deshalb keinen Teil des Streitgegenstandes, auf den sich der Geschäftsbetrieb des rechtshängig gewordenen Verfahrens bezieht. Nur dafür erwächst aber dem Anwalt die Prozeßgebühr des § 13 Ziff. 1 RWGebD.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 22. Sept. 1934, 20 W 6724/34.)

*

7. §§ 13 Ziff. 4, 27 RWGebD. Beweisaufnahme durch Verwertung von Beiakten vor und nach Zurückverweisung.

Zwar ist die vom LG. im Anschluß an Baumbach, 6 B zu § 13 GebD. = Recht 31, 507 vertretene Auffassung, die Strafakten seien, weil sie bereits im ersten und vor der durch das BG. ausgesprochenen Zurückweisung aus § 539 ZPO. im zweiten Rechtszuge vorgelegen hätten, zum Bestandteil der Prozeßakten geworden, ihre Verwertung sei daher gleichbedeutend mit der Verwertung sonstiger in den Akten befindlicher Urkunden, rechtlich nicht haltbar. Diese Ansicht zielt vielmehr auf den auch vom Kostenrat in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 4215/40 v. 28. April 1930 (bei Gaedeker, Kostenrechtspredung Nr. 42) vertretenen Standpunkt ab, daß, sofern Beiakten im ersten Rechtszuge bereits zu Beweis Zwecken verwendet und demgemäß im Tatbestand wegen des Beweisergebnisses in Bezug genommen sind, ihre Heranziehung und Benutzung im zweiten Rechtszuge zunächst jedenfalls nur im Rahmen des nach § 526 ZPO. vorgeschriebenen Vortrags der erstinstanzlichen Beweisverhandlungen liegt und sich demnach nicht als neue Beweisaufnahme des zweiten Rechtszuges darstellt. Das bedeutet jedoch keineswegs, daß damit die Beiakten zum Bestandteil der Prozeßakten geworden wären.

Die entscheidende Frage ist daher nur, ob die Strafakten zum Zwecke der Klärung streitiger Parteibehauptungen Verwertung gefunden haben. Sofern dies der Fall ist — eine Feststellung, die sowohl aus dem Sitzungsprotokoll als auch aus dem Urteil selbst sich ergeben kann — liegt ein Beweisaufnahmeverfahren vor. Hier ist indes eine Einschränkung erforderlich. Sofern eine solche Benutzung nach Zurückverweisung einer Sache erfolgt, kommt es weiter darauf an, ob erneut Feststellungen aus den Beiakten getroffen werden, die nicht bereits Gegenstand einer vor der Zurückweisung auf Grund der Beiakten erfolgten Beweisaufnahme gewesen sind. Denn an sich ist davon auszugehen, daß auch prozessual das Verfahren in der Instanz vor und nach der Zurückverweisung ein einheitliches ist und nur eine Instanz, insbes. auch eine Kosteninstanz (§ 27 GRG.) bildet. Nur hinsichtlich der Anwaltsgebühren ist durch § 27 RWGebD. positiv etwas Abweichendes bestimmt.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 12. Sept. 1934, 20 W 6574/34.)

*

8. § 85 ZwVerfG. Wenn der Schuldner einen nach Schluß der eigentlichen Versteigerung gestellten Antrag aus § 85 ZwVerfG. absichtlich, um den Vollstreckungsrichter und die Beteiligten irrezuführen, in eine Form kleidet, die nicht ohne weiteres erkennen läßt, daß es sich um einen Antrag aus § 85 a. a. D. handelt, so kann der Schuldner seine Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschl. nicht darauf stützen, daß der § 85 a. a. D. unbeachtet geblieben ist.)

In dem Zwangsversteigerungsverfahren stand am 23. Febr. 1934 vor dem LG. B. Zwangsversteigerungstermin an. Der Schuldner war persönlich erschienen. Außerdem trat für ihn und seinen Verfahrensbevollmächtigten als dessen Unterbevollmächtigter der Kaufmann S. auf. Nachdem ein von diesem gestellter Antrag auf Einstellung des Verfahrens zurückgewiesen war, und nachdem entsprechend einem von S. gestellten Antrage Gebote mit und ohne

Zu 8. Eine im Ergebnis sicherlich recht erfreuliche Entscheidung, deren Begr. allerdings nicht in allen Punkten gebilligt werden kann.

Das RG. läßt es zunächst dahingestellt, ob „eine zur Zurückweisung des Antrages ausreichende Verschleppungsabsicht dar-

Zahlungsfristen zugelassen wurden, blieb der Lehrer C. mit dem Gebot eines durch Zahlung zu berichtenden Betrages von 9350 RM ohne Zahlungsfrist Meistbietender. Nach Verkündung dieses Gebotes und nach Schluß der Versteigerung wurden die Beteiligten über den Zuschlag gehört. Der Schuldner überreichte hierauf die mit Maschinenschrift hergestellte Eingabe v. 23. Febr. 1934. In dieser wendet sich der Schuldner nochmals an die Gläubiger und an das Gericht mit der Bitte, ihm nochmals Frist zur Zahlung der Rückstände zu bewilligen. Der Schuldner beantragt in dieser Eingabe den Zuschlag zu versagen und einen neuen Termin erst nach sechs Monaten anzusetzen, da er hoffe, daß ihm in der Zwischenzeit die Finanzierung gelingen werde. Er erklärt weiter, daß er sich ausdrücklich verpflichte, den in Betracht kommenden Gläubigern den etwa durch die Versagung des Zuschlages entstehenden Schaden zu ersetzen und meint, daß ihm schon deshalb billigerweise eine Frist von sechs Monaten gewährt werden müsse, weil nach den NotW. der Schuldner auch sechs Monate Frist bekomme. Es heißt dann weiter: „Zugleich bitte ich die Gläubiger, die einstweilige Einstellung des Verfahrens gem. § 30 ZwVerfG. bewilligen zu wollen.“ Diese Eingabe wurde den Beteiligten bekanntgegeben. Ein Antrag auf Sicherheitsleistung wurde nicht gestellt. Das VollstrGer. hat hierauf den Zuschlag dem Meistbietenden erteilt.

Gegen diesen Beschluß hat der Schuldner sofortige Beschw. eingelegt und diese damit begründet, daß der zuletzt gestellte Antrag auf § 85 ZwVerfG. sich stütze und daher ohne weiteres, da keine Sicherheitsleistung verlangt worden sei, zur Versagung des Zuschlages hätte führen müssen.

Das LG. hat der Beschw. aus dem vom Beschw. angezogenen Grunde stattgegeben und daher den Zuschlag versagt.

Gegen diesen am 5. Juni 1934 ihnen zugestellten Beschluß richtet sich die am 16. Juni 1934 eingelegte sofortige weitere Beschw. der betr. Gläubiger. Der Vollstreckungsschuldner ist als Beschw. Gegner hinzugezogen worden. Er hat sich auch sachlich geäußert. Die weitere Beschw., die eine Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses und die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Zuschlagsbeschlusses erstrebt, ist zulässig, insbes. liegt, da das LG. nach sachlicher Prüfung zu einem anderen Ergebnis gelangt ist wie das AG., ein neuer Beschw. Grund i. S. des § 568 Abs. 2 ZPO. vor.

Der Beschw. war der Erfolg nicht zu versagen.

Das ZwVerfG. gibt in § 85 dem Beteiligten, dessen Recht durch den Zuschlag beeinträchtigt werden würde, die Möglichkeit, die Best. eines neuen Versteigerungstermins zu beantragen, wenn er sich gleichzeitig zum Ersatz des durch die Versagung des Zuschlages entstehenden Schadens verpflichtet. Um aber nicht durch einen von vornherein unbegründeten und in Verschleppungsabsicht vorgebrachten Antrag aus § 85 a. a. D. das Interesse der übrigen Beteiligten zu beeinträchtigen, hat der Gesetzgeber noch die Best. aufgenommen, daß der Antragsteller auf Verlangen eines Beteiligten Sicherheit zu leisten hat. Durch diese Möglichkeit den Versteigerungstermin zu verlegen will das Gesetz in erster Linie den berechtigten Interessen der Beteiligten entgegenkommen, falls z. B. durch Erteilung des Zuschlages zu einem verhältnismäßig niedrigen

Meistgebot die Verschleuderung des Grundstücks zu erwarten steht. Zu diesen Beteiligten gehört auch der Schuldner. Im vorl. Falle ist allerdings ein den festgesetzten Wert des Grundstücks (6500 RM) übersteigendes Meistgebot von 9350 RM erzielt worden. Insofern liegt allerdings keine Beeinträchtigung des Schuldners i. S. des § 85 ZwVerfG. vor. Sie kann aber darin erblickt werden, daß, wie es auch hier der Fall ist, dingliche Gläubiger ausfallen, denen der Schuldner persönlich verhaftet bleibt. Die Tatsache allein, daß der Schuldner im Zwangsversteigerungsverfahren von den gesetzlich zulässigen Rechtsbehelfen in weitgehendstem Maße Gebrauch macht, um sein Grundstück zu retten und „bodenverbunden“ zu bleiben, kann ihm an sich nicht zum Nachteil gereichen. Rechtzeitig eingelegte Anträge werden in der Regel nicht deshalb zurückgewiesen werden können, weil sie angeblich in Verschleppungsabsicht vorgebracht sind. Daß erst am oder nach Schluß der eigentlichen Versteigerung gestellten Anträgen, die von vornherein den Stempel der Verschleppungsabsicht tragen, vom Versteigerungsrichter wirksam begegnet werden kann, hat der Sen. in seiner Entsch. v. 16. März 1932, 12 W 13391/31: Motz. 1932, 343 ausgesprochen. An diesem Standpunkt ist festzuhalten. Im vorl. Falle ist nicht zu verkennen, daß das Verhalten des Schuldners, der wiederholt zur Begr. der eingelegten Rechtsbehelfe um Fristverlängerung nachgesucht hat, der für sein Grundstück ein Gebot erzielt hat, das weit über den eigenen Wert des Grundstücks reicht, den hier fraglichen Antrag v. 23. Febr. 1934 ebenfalls lediglich in der Absicht gestellt hat, eine Verhinderung des Termins zu erreichen, obwohl er zu einer Sicherheitsleistung nicht in der Lage war. Denn die vorher bei Stellung des Antrages, Gebote auch unter Bewilligung einer Zahlungsfrist zuzulassen, abgegebene Erklärung des Schuldners: „Zur Zeit ist noch niemand da, der gem. § 61 Abs. 1 Satz 3 ZwVerfG. Sicherheit leisten kann. Ich habe aber dies mit jemand vereinbart, der später kommen wird und Sicherheit leisten kann. Den Namen des Betreffenden gebe ich vorläufig nicht an.“ spricht ohne weiteres dafür, daß der Schuldner sich darüber klar war, wenn von einem Beteiligten Sicherheit gem. § 85 verlangt werden würde, er hierzu nicht imstande wäre, und daß in einem solchen Falle dann der Antrag aus § 85 ZwVerfG. hinfällig werden würde.

Es kann aber dahingestellt bleiben, ob im vorl. Falle eine solche zur Zurückweisung des Antrages ausreichende Verschleppungsabsicht (die Zurückweisung wird nur in ganz besonderen Fällen liegenden Ausnahmefällen erfolgen können) dargetan ist. Der Sen. ist vielmehr der Ansicht, daß der hier zur Nachprüfung stehende Antrag des Schuldners von vornherein überhaupt nicht ernstlich gemeint war und lediglich zum Zwecke der Täuschung des Gerichts und der Beteiligten gestellt ist. Dies geht u. a. aus folgendem hervor:

Dem Sen. ist bekannt, daß gerade in letzter Zeit sich die Fälle häufen, wo der Schuldner nach Schluß der Versteigerung einen Antrag gestellt hat, der in einer ähnlichen Weise eingekleidet wird, die nicht erkennen läßt, daß es sich um einen Antrag aus § 85 ZwVerfG. handelt. Solche Anträge sind auch von Schuldnern gestellt worden, die von dem gleichen Verfahrensbevollmächtigten beraten sind, der auch hier Vertreter des Schuldners ist. Diese An-

getan“ sei und nimmt offenbar an, daß bei Vorliegen einer solchen „ausreichenden“ Verschleppungsabsicht deswegen der Antrag hätte zurückgewiesen werden können. Das ist bedenklich. Die Verschleppungsabsicht allein dürfte zur Zurückweisung nicht ausreichen. Es muß vielmehr hinzukommen, daß der Antrag verspätet gestellt ist (vgl. §§ 279, 528, 529 ZPO.). Das RG. stellt selbst zutreffend fest, daß rechtzeitig eingereichte Anträge in der Regel nicht wegen Verschleppungsabsicht zurückgewiesen werden können. Wenn es dann jedoch auf seine Entsch. v. 16. März 1932 (Motz. 1932, 343) verweist, nach der „erst am oder nach Schluß der eigentlichen Versteigerung“ in Verschleppungsabsicht gestellte Anträge zurückgewiesen werden können, so ist dieser Hinweis verfehlt. In dem jener Entsch. zugrunde liegenden Falle handelte es sich um einen Antrag, der an sich vor dem Schluß der eigentlichen Versteigerung, während des Bietens, hätte gestellt werden können, der also, erst am Schluß der Versteigerung gestellt, verspätet sein konnte. Im vorl. Falle aber dreht es sich um einen Antrag aus § 85 ZwVerfG., der nach der zutreffenden, durchaus h. M. erst nach dem Schluß der Versteigerung gestellt werden kann (F a e d e l - G ü t h e, 6. Aufl., Anm. II, 2; R e i n h a r d - M ü l l e r, 2. Aufl., Anm. III). Da somit von verspäteter Antragstellung kaum die Rede sein kann, dürfte schon aus diesem Grunde die Möglichkeit einer Zurückweisung ausscheiden.

Das RG. kommt zu dem Ergebnis, daß der Antrag aus § 85 ZwVerfG. „nicht ernstlich gemeint und lediglich zum Zwecke der Täuschung des Gerichts und der Beteiligten gestellt“ und daher „als nicht gestellt anzusehen“ sei.

Die erste Annahme der Nichternstlichkeit wird sich kaum halten lassen. Nach den nicht zu beanstandenden tatsächlichen Feststel-

lungen des RG. und der von ihm vorgenommenen einwandsfreien Auslegung der Eingabe des Schuldners hat dieser objektiv einen Antrag nach § 85 ZwVerfG. gestellt, dabei aber absichtlich diese Eingabe so gefaßt, daß das Gericht und die übrigen Beteiligten ihren wahren Inhalt nicht erkannten und daher das Verlangen nach Sicherheitsleistung, das den Antrag zu Fall gebracht hätte, unterblieb. Der Schuldner rechnete damit, daß der Zuschlag trotz seines Antrages erteilt werde, und hatte von vornherein vor, mit der Beschw. auf den wirklichen Inhalt des Antrages hinzuweisen und dadurch die Versagung des Zuschlages zu erwirken. Er wollte durchaus ernstlich einen Antrag aus § 85, der allein seinem Vorhaben zum Erfolg verhelfen konnte, stellen. Das Unaufrichtige seines Verhaltens lag nicht darin, daß er objektiv einen Antrag stellte, den er in Wahrheit gar nicht stellen und befehlen haben wollte, sondern darin, daß er zwar einen Antrag stellte und stellen wollte, aber bei den Beteiligten den Eindruck erweckte, daß er nicht gestellt sei. Bei dieser Sachlage kann von Nichternstlichkeit nicht die Rede sein, und es entfällt damit zugleich die Möglichkeit, den Antrag als nicht gestellt anzusehen.

Es blieben nur zwei Wege, dem arglistigen Verhalten des Schuldners zu begegnen:

Es könnte vielleicht der Ersther gegenüber der Beschw. des Schuldners, die ja nur einen Teil seines ganzen verwerflichen Vorgehens bildet, den Einwand der prozessualen Arglist erheben. Dieses — in seiner grundsätzlichen Zulässigkeit umstrittenen — Rechtsbehelfes bedurfte es jedoch nicht, weil der Antrag des Schuldners als unzulässig abzuweisen war. Es bedarf heute, nach der gesetzlichen Festlegung der Wahrheitspflicht, kaum noch einer Begr. dafür, daß die arglistige Täuschung des Gerichts und der

träge pflegen vor dem Termin mit Schreibmaschine fertiggestellt zu werden. Es wird zunächst auf die allgemeine schlechte Vermögenslage hingewiesen und die Erwartung ausgesprochen, daß es dem Schuldner gelingen werde, einen Geldgeber zu finden oder auf andere Weise die Beteiligten sicherzustellen. Es wird sodann die Verlegung des Termins beantragt und die Bereitwilligkeit den etwa den Beteiligten dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen erklärt. Absichtlich wird aber der § 85 ZwVerfG. nicht erwähnt, sondern lediglich § 30 ZwVerfG. zitiert und unter Bezugnahme auf diese Best. die einstweilige Einstellung beantragt. Auch das vorl. Schreiben ist im wesentlichen so abgefaßt. Allerdings heißt es, daß der Antrag auf Einstellung „zugleich“ gestellt wird.

Der Schuldner, der diese von seinem Vertreter vor dem Termin aufgesetzte Eingabe nach Schluß der eigentlichen Versteigerung überreichte, hat offenbar damit gerechnet, daß das Gericht und die Beteiligten in der Eingabe keinen Antrag aus § 85 erblicken würden. Aus diesem Grunde ist auch der Antrag kurz vor der Verkündung des Zuschlages überreicht worden, also in einem Zeitpunkt, wo das Interesse der Beteiligten schon erlahmt ist. Die Beteiligten haben zwar von dem Inhalt der Eingabe Kenntnis erhalten, den Antrag aber lediglich als einen erneuten Einstellungsantrag aufgefaßt und ihm daher mit Rücksicht darauf, daß die früheren Einstellungsanträge schon zurückgewiesen waren, andererseits der neue Antrag keine besonderen bestimmten Vorschläge enthielt, keine Beachtung geschenkt.

Gerade im heutigen Staat sind die Gerichte nicht dazu da, derartigen auf Täuschung des Gerichts und der Beteiligten gerichteten Verhalten Vorbehalt zu leisten. Dies gilt auch für die BeschwGer., bei denen der BeschwZ. Rechtschutz sucht, wenn das VollstrGer. den Antrag nicht als Antrag aus § 85 ZwVerfG. aufgefaßt hat, und der Inhalt des Antrages eine solche Irreführung leicht ermöglichte. Im vorl. Falle ist das Gericht getäuscht worden. Denn wenn der Versteigerungsrichter der Ansicht war, ein Antrag aus § 85 ZwVerfG. sei gestellt, würde er wohl ohne weiteres die Beteiligten gefragt haben, ob Sicherheit verlangt werde. Zur Stellung einer solchen Frage lag um so mehr Veranlassung vor, als aus der oben erwähnten protokollierten Erklärung des Schuldners zu ersehen war, daß er eine etwaige Sicherheit nicht leisten konnte. Der Versteigerungsrichter bei einem AG. Groß-Berlin wird den mit dem Antrage verfolgten eigentlichen Zweck leichter durchschauen, da er in der Häufigkeit solcher Anträge ein bestimmtes System erblicken wird, als der Richter bei einem kleinen VollstrGer., bei dem ein derartiger Antrag zum ersten Male gestellt wird. Ein solcher Richter wird eher getäuscht werden können. Auf jeden Fall war hier in erster Linie die Täuschung der Beteiligten beabsichtigt, um zu verhindern, daß ein Antrag auf Sicherheitsleistung gestellt wurde.

Alle diese Erwägungen lassen es im vorl. Falle gerechtfertigt erscheinen, den Antrag des Schuldners, der in § 85 ZwVerfG. seine Grundlage haben sollte, als nicht gestellt anzusehen.

Die Tatsache, daß das ZwVerfG. ein streng formales Recht ist, steht einer solchen Auffassung nicht entgegen, zumal diese allein dem Volksempfinden Rechnung trägt.

Der weiteren Beschw. war daher stattzugeben.

Hiernach rechtfertigt sich die ergangene Entsch. Da die jetzigen BeschwZ. im ersten Rechtszuge als BeschwGegner hinzugezogen waren, sich auch sachlich geknüpft hatten, so waren die ihnen erwachsenen außergerichtlichen Kosten dem Schuldner aufzuerlegen. Vgl. des BeschwWertes vgl. JW. 1931, 1763.

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 1. Aug. 1934, 12 W 4851/34.)

Ber. von RG. Dr. Kämmerer, Berlin.

*

Dresden

9. §§ 2078 ff., 2253, 2256, 2282 ff. BGB.

1. Auch der in anderer Weise als durch Errichtung eines neuen Testamentes vorgenommene Widerruf einer letztwilligen Verfügung ist sachlich eine letztwillige Verfügung und unterliegt daher der Anfechtung nach § 2078 BGB. Dies gilt auch für den Widerruf durch Rücknahme des Testamentes aus der amtlichen Verwahrung.

2. Die Formvorschrift des § 2282 BGB. gilt nur für

die Anfechtung des Erbvertrages durch den Erblasser selbst. Die Anfechtung anderer Personen als des Erblassers bedarf keiner Form. Ebenso kann der überlebende Ehegatte die Verfügung des verstorbenen Ehegatten gemäß §§ 2080, 2081 BGB. formlos anfechten. †)

Die Antragstellerin, die Witwe des verstorbenen S., hat am 4. Aug. 1914 vor dem Notar M. zusammen mit ihrem Ehemann ein gemeinschaftliches Testament in der Weise errichtet, daß die Eheleute dem Notar ihren letzten Willen mündlich erklärt haben (§ 2238 BGB.). In diesem Testament haben sich die Ehegatten gegenseitig als Erben eingesetzt, zu Erben des zuletzt Verstorbenen aber für den Fall, daß keine Kinder aus ihrer Ehe hervorgehen sollten, ihre beiderseitigen Blutsverwandten je zur Hälfte des dann noch vorhandenen Nachlasses bestimmt.

Am 16. April 1928 haben die Eheleute das Testament aus der amtlichen Verwahrung bei dem AG. gemeinsam unter Überreichung des Hinterlegungsscheines zurückgenommen. Danach haben sie am 13. Mai 1928 ein handschriftliches Testament errichtet, das der Ehemann für beide Ehegatten eigenhändig unter Voransetzung von Ort und Datum geschrieben und unterschrieben hat. Die Ehefrau hat unter die Unterschrift ihres Mannes lediglich ihren Namen gesetzt ohne Beifügung eines Zusatzes, daß dieses Testament auch ihren letzten Willen enthalte. Außerdem haben S. und R. „als Zeugen“ ihren Namen beigefügt. Inhaltlich stimmt dieses Testament mit dem von 1914 im wesentlichen überein. Dieses zweite Testament ist lt. Protokoll v. 30. Nov. 1933 vor dem AG. eröffnet worden.

Die Antragstellerin ist zunächst der Ansicht gewesen, das Testament v. 13. Mai 1928 sei wegen Formfehlers seinem ganzen Inhalte nach ungültig. Sie hat daher in dem Bestreben, Alleinerbin ihres Mannes zu werden, das zurückgenommene Testament v. 4. Aug. 1914 dem AG. mit dem Antrag auf Eröffnung überreicht. Das AG. hat die Rückgabe dieses Testamentes mit dem Hinweis verfügt, daß es nach § 2256 BGB. als widerrufen gelte. Darauf hat die Antragstellerin in einer von ihr unterzeichneten formlosen Eingabe an das Nachlassgericht „den am 16. April 1928 von ihrem Ehemann und ihr vorgenommenen Widerruf der letztwilligen Verfügung“ v. 4. Aug. 1914, den sie in der Rücknahme des Testamentes aus der amtlichen Verwahrung des AG. erblickt, gem. §§ 2078 ff. BGB. angefochten und die Erteilung eines Erbscheines für sie als alleinige testamentarische Erbin beantragt. Das AG. hat diesen Antrag abgelehnt, weil das Testament vom 4. Aug. 1914 als widerrufen gelte und auch die Anfechtung dieses Widerrufs an der durch die Rückgabe des Testamentes aus der amtlichen Verwahrung geschaffenen Rechtslage nichts ändere.

Gegen diesen Beschluß und vorsorglich auch gegen den die Eröffnung des Testamentes vom 4. Aug. 1914 ablehnenden Beschluß hat die Witwe S. Beschw. eingelegt.

Das LG. hat die Beschw. als unbegründet zurückgewiesen. Es hat die Gültigkeit des Testamentes vom 13. Mai 1928, das seinem Inhalte nach als ein gemeinschaftliches i. S. des § 2270 BGB. zu gelten habe, verneint und die Meinung der BeschwZ., es könne als Einzeltestament ihres Mannes aufrecht erhalten werden, zurückgewiesen. Es hat ferner auch die Ver. der Antragstellerin auf das Testament von 1914 für unbegründet erklärt, da — ganz abgesehen von der Tatsache, daß die Anfechtungserklärung nicht gerichtlich oder notariell beurkundet sei — entgegen der durch RG. 102, 69 verkörpert herrschenden Rspr. der durch Rücknahme oder Vernichtung des Testamentes erklärte Widerruf einer letztwilligen Verfügung nicht nach den §§ 2078 ff. BGB. angefochten werden könne.

Die Antragstellerin hat gegen den Beschluß des LG. weitere Beschw. erhoben und eine notarielle Urkunde, in der sie den Widerruf des Testamentes von 1914 erneut gem. den §§ 2078 ff. BGB. angefochten hat, eingereicht.

Der nach den §§ 27, 28, 29 FGG. zulässigen weiteren Beschw. war der Erfolg nicht zu verlagern. Soweit allerdings die Antragstellerin die Erteilung eines Erbscheines auf Grund des Testamentes vom 13. Mai 1928 begehrt, ist ihr Rechtsmittel unbegründet, da die Entsch. des LG. insoweit keine Gesetzesverletzung i. S. des § 27 FGG. enthält. Eine Gesetzesverletzung kann auch nicht etwa darin erblickt werden, daß das LG. keine besonderen Ermittlungen über

Zu 9. Die Entsch. verdient Zustimmung.

1. Die Frage, ob der Widerruf einer letztwilligen Verfügung ebenso wie der entsprechend zu behandelnde Fall der Rücknahme eines Testamentes aus öffentlicher Verwahrung selbst letztwillige Verfügungen sind, müßte eigentlich heute als ausgetragener gelten. Die Auffassung, wonach der Widerruf oder die Rücknahme nur Befreiung einer letztwilligen Verfügung, nicht aber eine letztwillige Verfügung selbst sei, kann überzeugende Gründe für sich nicht ins Feld führen. Sie muß als formalistisch abgelehnt werden. Wenn das Gesetz für den Widerruf nicht nur die Testa-

übrigen Prozeßbeteiligten vom Gesetzgeber mißbilligt, also unzulässig ist. Liegt, wie hier, die Täuschung in der ganzen Fassung eines Antrages und stellt, wie hier, der Akt der Antragstellung als solcher nur eine Teilhandlung des Gesamttäuschungsmandats dar, die ohne diese Täuschung unterblieben wäre, dann ist der Antrag als solcher unzulässig. Prozeßual unzulässige Anträge sind aber nicht etwa als nicht gestellt zu betrachten (und daher auch nicht zu bescheiden), sondern als unzulässig zurückzuweisen. Im Ergebnis ist somit die vorl. Entsch. richtig.

RG. Göbel, Essen.

die Auslegung des Testaments angestellt und sich damit über die Vorsch. des § 2358 BGB. oder § 12 ZGB. hinweggesetzt habe. Denn weder nach dem Wortlaut des Testaments vom 13. Mai 1928 noch nach den sonstigen Umständen war Anlaß für einen Zweifel daran gegeben, daß der Ehemann S. seine letztwillige Verfügung nur unter der Voraussetzung getroffen hat, daß die entsprechende Verfügung seiner Ehefrau gültig sei. Insbes. hat auch die Antragstellerin selbst bis dahin niemals einen Zweifel in dieser Richtung angedeutet und auch nie einen Umstand erwähnt, der dem AG. oder LG. hätte Veranlassung geben können, von sich aus Nachforschungen darüber anzustellen, ob der Erblasser in Wirklichkeit etwas anderes gewollt haben könnte, als in seinem Testament zum Ausdruck gekommen ist.

Das LG. war daher nicht verpflichtet, Ermittlungen über tatsächliche Verhältnisse anzustellen, die die von der Antragstellerin jetzt vorgebrachte Auslegung hätten rechtfertigen können.

Erst in der Begr. ihrer weiteren Beschw. hat die Antragstellerin die Behauptung aufgestellt, ihr verstorbener Ehemann habe sie auch für den Fall als seine Alleinerbin einsetzen wollen, daß sie ihrerseits kein gültiges Testament mit einer Erbeinsetzung ihres Mannes errichtet hätte. Bei diesem Vorbringen der Antragstellerin handelt es sich aber um neue Tatsachen, die dem LG. noch nicht unterbreitet gewesen sind, und die es auch nicht aus den Umständen des Falles entnehmen konnte; diese darf das Gericht der weiteren Beschw. nach § 27 ZGB. nicht berücksichtigen.

Dagegen kann den Ausführungen des LG. über die Ungültigkeit des Testaments vom 4. Aug. 1914 nicht ohne weiteres beigegeben werden, da sie in mehrfacher Beziehung eine Gesetzesverletzung enthalten. Einmal ist die Meinung des LG., der Widerruf dieser letztwilligen Verfügung, den die Eheleute S. nach § 2256 BGB. vorgenommen haben, sei nicht gem. den §§ 2078 ff. BGB. anfechtbar, nicht zu halten. Das LG. hat sich dabei bewußt über die Entsch. RG. 102, 69¹⁾ hinweggesetzt, wonach auch der Widerruf einer letztwilligen Verfügung, der in anderer Weise als durch Errichtung eines neuen Testaments vorgenommen wird, die Regelung des Schicksals des Vermögens des Erblassers für die Zeit nach seinem Tode zum Gegenstande hat und daher sachlich als eine letztwillige Verfügung anzusehen ist und wonach auch eine derartige letztwillige Verfügung der Anfechtung nach § 2078 BGB. unterliegt. Diese vom RG. für den Widerruf eines Testaments durch Vernichtung der Testamentsurkunde (§ 2255 BGB.) ausgesprochene Gesetzesauslegung wird vom RG.: RZM. 11, 180 auch für den vorl. Fall des Widerrufs durch Rücknahme eines Testaments aus der amtlichen Verwahrung geteilt. Ihr ist beizutreten. Die vom LG. dagegen vorgebrachten Bedenken sind nicht stichhaltig.

Rechtssirrig ist sodann die vom LG. vertretene Auffassung, die Erklärung der Antragstellerin, sie seche den Widerruf des Testaments vom 4. Aug. 1914 an, bedürfe der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Mindestens soweit sich die Anfechtung gegen den Widerruf ihres Ehemannes, „des Erblassers“, richtet, besteht dieses Erfordernis nicht.

Das RG. hat die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Anfechtungserklärung für den Fall als notwendig erklärt, daß der überlebende Ehegatte, der die Erbschaft aus dem von ihm und seinem verstorbenen Ehegatten errichteten gegenseitigen Testamenten angenommen hat, seine eigene in der Testamentsurkunde enthaltene letztwillige Verfügung anfechten will. Es folgt dieses aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 2281 ff. BGB. entnommenen Formerfordernis aus der Gleichheit der Rechtslage, die zwischen dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten besteht, der das ihm korrespondierend Zugewendete angenommen hat (RG. 87, 98²⁾).

Hier liegt der Fall anders. Angefochten ist nicht eine letztwillige Verfügung, die eine Erbeinsetzung und eine Bindung der Best. des einen Erblassers an die des anderen enthält, sondern eine solche, die die in einem früheren Testament getroffenen Erbeinsetzungen und die gegenseitige Bindung der beiderseitigen Anordnungen aneinander aufhebt. Die angefochtene letztwillige Verfügung, also der Widerruf des Testaments vom 4. Aug. 1914, ist wohl eine gemeinschaftliche, aber keine gegenseitige und wechselseitige, sondern auch die beiden anderen Formen der Vernichtung (§ 2255) und der Rücknahme (§ 2256) zuläßt, so kommt dadurch zum Ausdruck, daß die beiden dem Widerruf durch Testament gleichgestellten Rechtsgeschäfte der Vernichtung und Rücknahme sachlich gleichfalls als letztwillige Verfügung behandelt werden sollen. Deshalb besteht kein Bedenken, wenn Mängel im Willen des Erblassers vorgelegen haben, die Anfechtung dieser Rechtsgeschäfte zuzulassen (so neben vielen *Planck & Strecker*, Anm. zu § 2255; a. M. *Maenner*: LZ. 1925, 509).

2. Die Gründe, die zu einer entsprechenden Anwendung des

bezügliche. Es fehlt somit die Rechtsähnlichkeit zwischen dieser letztwilligen Verfügung und der Rechtslage, die sich durch den Abschluß eines Erbvertrags ergibt. Damit entfällt aber jeder Anlaß, die Formvorschriften des § 2282 BGB., die eine Ausnahme von den sonst für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen geltenden Best. bilden, hier anzuwenden. Für die Anfechtung der Widerrufserklärung des verstorbenen Ehemannes der Beschw. jedenfalls kann sonach gerichtliche oder notarielle Beurkundung nicht verlangt werden.

Der § 2282 BGB. betrifft lediglich die Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser selbst und schreibt nur für diese die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vor, nicht aber für die Anfechtung durch andere Personen. Für diese gelten vielmehr nach § 2279 BGB. die allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen, insbes. auch die §§ 2078 ff. BGB. (vgl. *Staudinger*, § 2281 Bem. 1). Es kann also nach dem Tode des Erblassers jeder, dem der Wegfall der anzufechtenden Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, den Erbvertrag nach §§ 2078, 2080, 2285 anfechten. Was so schon für den Erbvertrag gilt, hat erst recht Geltung für das gemeinschaftliche Testament. Danach kann die überlebende Ehefrau die Verfügung ihres verstorbenen Ehemannes nach §§ 2080, 2081 durch formlose Erklärung gegenüber dem Nachlassgerichte anfechten. Denn der Wegfall des Widerrufs ihres Ehemannes würde der Beschw. unmittelbar zustatten kommen. Da ein gemeinschaftliches Testament nach § 2256 BGB. nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden kann (§ 2272 BGB.), so würde infolge der Anfechtung des seitens ihres Mannes erfolgten Widerrufs des Testaments vom 4. Aug. 1914 kein wirksamer Widerruf des Testaments von 1914 mehr vorliegen. Es würde also das erste Testament wieder Gültigkeit gewinnen. In diesem aber war die Beschw. von ihrem Manne zur Alleinerbin eingesetzt, während sie sich ohne Testament in dessen Nachlaß mit seinen Nissen und Nichten teilen müßte.

Da die Entsch. des LG. auf diesen Gesetzesverletzungen beruht, war sie, auf die weitere Beschw. der Antragstellerin, die somit begründet ist, aufzuheben und die Sache aus Zweckmäßigkeitsgründen an das AG. zurückzuberweisen. Dieses wird nunmehr zu erörtern haben, ob die Anfechtung des Testaments vom 4. Aug. 1914 sachlich begründet ist, ob insbes. ein i. S. des § 2078 BGB. beachtlicher Irrtum den Erblasser zu seinem am 16. April 1928 gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau erfolgten Widerruf jenes Testaments veranlaßt hat, und sich alsdann über die Eröffnung des Testaments vom 4. Aug. 1914 und die Erteilung eines Erbscheins nach diesem für die Beschw. erneut schlüssig zu machen haben.

Es bleibt dem AG. dabei weiter anheimgestellt, auch nochmals an Hand des neueren Vorbringens der Beschw. zu prüfen, ob etwa das Testament vom 13. Mai 1928 als einseitiges Testament des verstorbenen Ehemannes aufrecht zu halten ist.

(OLG. Dresden, 1. Zivilsen. F, Beschl. v. 24. Juli 1934, 2 N Reg. 348/34.)

Eingef. von RA. Dr. Schlegel, Zittau.

Hamburg

10. §§ 1635, 1666 BGB. Verfahren bei Entziehung des Personensorgerechts.

Wird dem Elternteil, dem auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. das Recht der Sorge für die Person des Kindes zusteht, dieses Recht nach § 1666 BGB. entzogen, so geht das Personensorgerecht kraft Gesetzes auf den anderen Elternteil über. Sache des VormGer. ist es, gleichzeitig mit dem Verfahren, das auf Entziehung gegenüber dem bisher fürsorgeberechtigten Teil abzielt, eine Prüfung der Verhältnisse beim anderen Teil daraufhin vorzunehmen, ob ihm das Personensorgerecht zu belassen oder auch zu entziehen ist (RG. 102, 238 ff.).

Danach war nicht darüber zu entscheiden, ob im Verfahren auf Grund von § 1666 BGB. gegen die Mutter die Maßregel, das Sorgerecht auf den Vater zu übertragen, zu treffen oder nicht zu treffen war. Sondern es war zu prüfen, ob es geboten erschien,

Formerfordernisses der §§ 2281 ff. auf den Fall führen, daß der überlebende Ehegatte seine eigene in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltene letztwillige Verfügung anfechten will, nachdem er die Erbschaft des verstorbenen Teils angenommen hat, lassen gleichzeitig die Anwendung des Formzwanges auf den vorl. Fall als unmöglich erscheinen. Die Entsch. geht mit Recht davon aus, daß die Formvorschr. des § 2282 an und für sich eine Ausnahme darstellen, so daß ohne zwingenden Grund die Anwendung auf einen anderen Fall unzulässig ist. Der Unterschied des vorl. Falles zu dem oben erwähnten ist in der Entsch. zutreffend hervorgehoben.

RA. Dr. Hugo Zilkens, Köln.

¹⁾ LZ. 25, 509.

²⁾ JW. 1915, 1013.

dem Vater gleichzeitig das ihm kraft Gesetzes zufallende Personenerbfolge auf Grund von § 1666 BGB. zu entziehen.

(OLG. Hamburg, 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Aug. 1934, F 75/34.)

Ber. von Aff. Dr. Hermann Vogel, Hamburg.

*

11. §§ 7, 8 AufwFällG. Sanierungsunfähigkeit des Grundstücks rechtfertigt die Ablehnung des Zahlungsfrist-antrages.

Das LG. stützt seine Entsch. darauf, daß nach seiner ständigen Rspr. die Sanierungsfähigkeit des Grundstücks Voraussetzung für die Einräumung einer Zahlungsfrist sei. Das LG. erwidert, daß die Gewährung einer Zahlungsfrist eine Wohlthat für den Schuldner sein solle, um ihn dadurch womöglich das Grundstück zu erhalten; wenn es aber feststehe, daß das Grundstück doch nicht mehr zu halten sei, erscheine es nicht gerechtfertigt, ihn durch Gewährung einer Zahlungsfrist weiter auf Kosten seiner Gläubiger die Nutzungen des Grundstücks ziehen zu lassen. Diese Gründe zur Versagung der Frist finden zwar keine unmittelbare Stütze im Wortlaut des Gesetzes, das in § 7 nur festlegt, wann eine Zahlungsfrist nicht gewährt werden darf. Damit ist aber nicht gesagt, daß bei Nichtvorliegen jener Versagungsgründe die Frist unbedingt gewährt werden müsse und nicht die Aufwertungsstelle aus anderen Gründen die Zahlungsfrist versagen könne. Wenn das LG. dem Zweck des Gesetzes entnimmt, daß die Gewährung einer Zahlungsfrist entfalle, wenn feststehe, daß das Grundstück nicht sanierungsfähig sei, so liegt dies im Rahmen der sonstigen anerkannten Rspr., nach der, wenn feststeht, daß der Schuldner auch in späteren Jahren nicht zahlen kann, die Bewilligung einer Zahlungsfrist keinen Sinn und Zweck hat und daher abzulehnen ist. Unter diesen Umständen wird die meist in der Gewährung der Zahlungsfrist liegende Härte für den Gläubiger regelmäßig auch als unbillig erscheinen; denn bei der Frage, ob eine unbillige Härte für den Gläubiger vorliegt, müssen auch die Verhältnisse des Schuldners berücksichtigt werden.

Bei grundsätzlicher Anerkennung dieser Auffassung des LG. ist jedoch daran festzuhalten, daß nach § 8 FälligkeitsG. die Bewilligung der Zahlungsfrist nicht von dem Nachweis des Antragstellers abhängig gemacht werden darf, daß er nach Ablauf der Frist zur Befriedigung der Gläubiger im Stande sein werde. Die Frist darf also nicht schon dann versagt werden, wenn ausreichende Feststellungen über die Sanierungsfähigkeit des Grundstücks nicht getroffen werden können; sondern nur dann, wenn die Sanierungsfähigkeit des Grundstücks festgestellt werden kann.

(OLG. Hamburg, 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Juli 1934, F 54/34.)

Ber. von Aff. Dr. Hermann Vogel, Hamburg.

*

Hamm

12. §§ 445 ff., 619 ZPO. In Ehefachen besteht neben der Möglichkeit der beweismäßigen Parteibernehmung gemäß §§ 445 ff. ZPO. auch die Möglichkeit persönlicher Vernehmung der Parteien nach § 619 ZPO. Im letzteren Fall entsteht eine Beweisgebühr nicht. †)

Eine Vernehmung nach § 619 ZPO. stellt keine Beweis-erhebung i. S. des § 13 Ziff. 4 RWGebD. dar und vermag die Beweisgebühr nicht zu begründen. Dieser von Literatur und Rspr. überwiegend vertretenen Auffassung steht zwar eine andere, insbes. von Baumach (Reichskostengesetz, 1933 Bem. 6 B zu § 13 RWGebD.) vertretene Lehre gegenüber, die in der Parteibernehmung nach § 619 ZPO. eine die Beweisgebühr begründende Beweis-erhebung sieht. Letzterer Ansicht haben sich neuerdings das OLG. Düsseldorf (Entsch. v. 9. März 1934: JW. 1934, 1188) und der Kommentar von Stein-Jonas (Bem. III zu § 619 ZPO. und Fußnote 3 dortselbst) angeschlossen mit der Begründung, daß die bisherige Rspr., die überwiegend die Parteibernehmung gem. § 619 ZPO. nicht als Beweis-erhebung angesehen habe, durch die Zivilprozessnovelle v. 1. Jan. 1934 überholt sei; seitdem sei die Parteibernehmung nach § 619 ZPO. nur noch ein — in einzelnen Beziehungen abweichend geregelter — Fall der Parteibernehmung gem. §§ 448 ff. ZPO., die vom Gesetzgeber ausdrücklich als Beweis-aufnahmeverfahren bezeichnet sei.

Dieser Anschauung vermag der Senat nicht beizutreten. Die Parteibernehmung nach § 619 ZPO. geht zwar in ihrer Bedeutung über die bloße Anhörung der Parteien nach § 141 ZPO. hinaus; sie soll entsprechend der in Ehefachen geltenden Inquisitionsmaxime der Erforschung der Wahrheit dienen. Andererseits trägt sie aber auch nicht den Charakter eines Beweis-aufnahmeverfahrens i. S. der Gebühren-gesetze. Durch die mit Wirkung v. 1. Jan. 1934 erfolgte allgemeine Einführung der Parteibernehmung als eine der Beweis-aufnahme hat sich an den sonstigen prozessualen Vorschriften nichts geändert. Es besteht demnach in Ehefachen neben der Möglichkeit der

beweismäßigen Parteibernehmung gem. §§ 448 ff. ZPO. nach wie vor die Möglichkeit persönlicher Vernehmung der Parteien nach § 619 ZPO. (ebenso RG.: JW. 1934, 700).

(OLG. Hamm, 4. ZivSen., Beschl. v. 7. Sept. 1934, 4 W 190/34.)

Eingef. von Aff. Huchzermeyer, Bielefeld.

*

Kiel

13. § 2039 BGB.; §§ 3, 6 ZPO. Der Streitwert bestimmt sich nicht bloß bei Klagen eines Miterben auf Leistung, sondern auch bei solchen auf Feststellung zugunsten der Erbengemeinschaft nach Maßgabe des Anteilsrechts des klagenden Miterben am Nachlaß. †)

Nach der ständigen Rspr. des RG. (RG. 93, 127 = JW. 1918, 559) ist, wenn einer von mehreren Erben aus § 2039 BGB. auf Leistung an alle klagt, der Wert nach dem Interesse zu bemessen, das der Kl. selbst an der Leistung hat. Das Interesse bestimmt sich wiederum nach dem seinem Erbteil entsprechenden Teil der Leistung. Da der Anwendung des § 2039 BGB. auf Feststellungsklagen nichts entgegensteht, kommt es also auch für das Feststellungsverfahren des Kl. entscheidend an auf seine Erbquote.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Beschl. v. 11. Juli 1934, 4 W 130/34.)

*

14. ArmAnwG. Überläßt der ArmAnw. die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins einem ortsanfässigen Anwalt, so können dessen Kosten regelmäßig nicht aus der Staatskasse ersetzt verlangt werden, auch nicht in Höhe der Reisekosten des beauftragenden Anwalts. †)

Die Gebühren des von einem An. beauftragten Substituten können grundsätzlich nicht unter den Begriff „Auslagen“ gebracht werden. Denn soweit der An. innerhalb seiner durch den Prozeßführungsauftrag und durch die Prozeßvollmacht begründeten Befugnisse einen Substituten mit der Wahrnehmung eines auswärtigen

Zu 13. Gegen die Entsch. bestehen erhebliche Bedenken (vgl. OLG. Siegen: JW. 1934, 2274⁹ und Anm. Gaedeke daselbst; jerner OLG. Hamburg: JW. 1934, 1371⁵ und OLG. Essen: JW. 1934, 180⁹).

Zu 14. Die Entsch. ist in sich widerspruchsvoll und kann mit der gegebenen Begr. keinesfalls befriedigen.

Während sie zunächst aus rechtlichen Erwägungen es grundsätzlich ablehnt, die Kosten eines vom ArmAnw. für einen auswärtigen Beweistermin bestellten Substituten als Auslagen des ArmAnw. anzuerkennen, läßt sie dann doch offen, ob die gegenteilige Ansicht des Kostensenats des RG. in der Entsch. 20 W 2208 vom 11. März 1933: JW. 1933, 1604⁵, zutrifft und versagt die Erstattung dieser Kosten als Auslagen dem ArmAnw. aus der rein tatsächlichen Erwägung, daß er nicht behauptet habe, diese Kosten vorauslag zu haben.

Zu dieser letzteren Begr. sei gleich bemerkt, daß sie zur Ablehnung des Erstattungsanspruchs wohl kaum ausreichen dürfte. Denn indem der ArmAnw. diesen Teil der Kosten der Staatskasse als Auslagen in Rechnung stellt, behauptet er, sie aufzuerlegen zu haben oder mindestens zu ihrer Begleichung als eigener Schuldner verpflichtet zu sein. Auch im letzteren Falle würde der Begriff „Auslagen“ erfüllt sein. Man denke nur an Auslagen für Telefon, wo niemandem einfallen wird zu fragen, ob der Anwalt denn seine Telefonrechnung auch tatsächlich schon beglichen habe. Außerdem hätte im Zweifelsfalle das Gericht beim Anwalt Rückfrage halten müssen.

Was nun die rechtliche Beurteilung anlangt, so mag auch noch auf die Entsch. OLG. Naumburg: JW. 1934, 1928 und meine Anmerkung dazu verwiesen werden. Das RG. steht also mit seiner Ansicht keineswegs allein da, sondern hat — erfreulicherweise — vor allem auch bei den LG. bereits Anhänger gefunden, die sich den Gründen des RG. und vor allem dem großen praktischen Wert dieser Entsch. nicht verschlossen haben. Da OLG. Kiel es vermeidet, sich mit dem RG. auseinanderzusetzen, steht bisher der Standpunkt des RG., den es in außerordentlich ausführlicher Begr. dargelegt hat, unerschüttert da. Selbstverständlich ist dabei in erster Linie der Begriff der Auslagen gerade des ArmAnw. erörtert worden.

OLG. Kiel wird daher, wenn es erneut mit der Frage befaßt wird, nicht umhin können, sich in dieser außerordentlich wichtigen Frage doch noch mit der Ansicht des RG. zu befassen. Dann wird es auch erkennen, daß von einer „Umgehung“ des ArmAnwG. nicht die Rede sein kann.

Bemerkte sei übrigens noch, daß gerade OLG. Kiel (JW. 1932, 1165³¹) sich gegen eine Begrenzung des Kreises der Aufwendungen, die als Auslagen in Frage kommen können, ausgesprochen und damit früher bereits anerkannt hat, daß an sich auch die Gebührenforderung (eines substituierten Anwalts) sich durchaus als Auslagenforderung (des substituierenden Anwalts) darstellen kann.

RG. Dr. Gaedeke, Berlin.

Termins beauftragt, entsteht dadurch eine Gebührenforderung des Substituten an die Partei. Diese Gebührenforderung des Substituten kann weder dem Substituten aus der Staatskasse erstattet werden, da er als ArmAnw. nicht beigeordnet ist, noch dem ArmAnw., da es sich um eine für ihn fremde „Gebührenforderung“ und nicht um „Auslagen“ handelt. Nun hat das RG. allerdings in seiner Entsch.: JW. 1933, 1604, sich auf den Standpunkt gestellt, daß unter Umständen auch die Gebühren eines Substituten als „Auslagen“ i. S. des ArmAnwG. angesehen werden könnten. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung zutreffend ist. Voraussetzung für die Erstattung von Auslagen aus der Staatskasse ist nämlich in jedem Falle, daß der ArmAnw. auch wirklich „Auslagen“ gemacht hat. Im vorl. Fall hat der ArmAnw. aber nicht behauptet, die „Gebühren“ des Substituten vorauslagt zu haben. Sie stellen deshalb keinesfalls seine „Auslagen“ dar und sind auch schon deshalb nicht erstattungsfähig. An dieser Feststellung können die Billigkeitserwägungen des RG., das dem Substituten die Gebühren bis zur Höhe der Reisekosten zubilligen will, die entstanden sein würden, wenn der ArmAnw. selbst den Termin wahrgenommen hätte, nichts ändern. Sie würden zu einer Umgehung des ArmAnwG. führen, nach welchem nur der zum ArmAnw. bestellte RA. seine Gebühren und Auslagen aus der Staatskasse erstattet haben soll, und zwar nur diejenigen, die ihm tatsächlich erwachsen sind.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 19. Juli 1934, 2a W 92/34.)

*

15. § 13 Abs. 1 Ziff. 2 RAWebD. Die bloße Stellung widersprechender Sachanträge ohne erläuterndes Vorbringen begründet keine Verhandlungsgebühr.

Die Parteien haben im Termin vor dem OLG., bevor sie gemeinsam die Verweisung an das LG. beantragten, widersprechende Sachanträge gestellt. Ohne Stellung widersprechender Anträge ist eine strittige Verhandlung nicht möglich. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Stellung widersprechender Anträge für sich allein schon eine strittige Verhandlung i. S. des Gesetzes darstellt. Es ist vielmehr erforderlich, daß die Anträge der Parteien über die bloße Bitte auf Verurteilung oder Abweisung hinaus ein — wenn auch unvollständiges — begründendes oder erläuterndes Vorbringen enthalten. Diese notwendige Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Eine strittige Verhandlung i. S. des § 13 Abs. 1 Ziff. 2 RAWebD. liegt also nicht vor.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 4. Juli 1934, 2a W 75/34.)

*

München

16. §§ 929, 845 ZPO. Die Vorschrift der Unstatthaftigkeit der Vollziehung des Arrestbefehls nach Ablauf der Monatsfrist gemäß § 929 ZPO. bildet gegenüber dem § 845 eine Sondervorschrift, die unberührt bleibt. Die Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. kann also nicht durch die Dreiwochenfrist des § 845 Abs. 2 ZPO. verlängert werden.†)

Gemäß §§ 916, 917 ZPO. findet der dingliche Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne seine Verhängung die Vollstreckung des Urteils seinerzeit vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Arrestanspruch und Arrestgrund sind glaubhaft

Zu 16. Der Entsch. ist im Ergebnisse zuzustimmen. Der Sachverhalt ist, soweit er aus den mitgeteilten Entscheidungsgründen ersichtlich ist, im wesentlichen folgender:

Das OLG. hat unter dem 4. Nov. 1933 ohne mündliche Verhandlung den dinglichen Arrest angeordnet und den Beschluß dem Gläubiger zwei Tage später zustellen lassen. Der Schuldner hat Widerspruch erhoben, über den jetzt im Berufungsverfahren zu befinden ist. Wie das OLG. entschieden hat, ist nicht mitgeteilt. Es ist jedoch anzunehmen, daß es den Arrest bestätigt hat. Sonst hätten sich die vom OLG. erörterten Vollstreckungsfragen wohl vorher erledigt.

Auf Grund des Arrestbefehls hatte der Gläubiger zwei Forderungen des Schuldners pfänden lassen. Der Pfändungsbeschluß war der Drittschuldnerin am 21. Dez. 1933 — also lange nach Ablauf der einmonatigen Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. — zugestellt worden. Doch hatte der Gläubiger am 30. Nov. und 2. Dez. 1933 der Drittschuldnerin je eine entsprechende Pfändungsankündigung (§ 845 ZPO.) zustellen lassen. Die in der letztgenannten Bestimmung vorgesehene Dreiwochenfrist war also gewahrt worden.

Das OLG. hat nun ohne Prüfung des Arrestanspruches — ob auch ohne Prüfung des Arrestgrundes, ist nicht gesagt — den Arrest aufgehoben, da die Forderungspfändung unwirksam sei und auch eine künftige Vollziehung des Arrestbefehls wegen Ablaufs der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. nicht stattfinden dürfe.

Ohne weiteres ist dem OLG. dahin zuzustimmen, daß die nach einer Vorpfändung (§ 845 ZPO.) beantragte gerichtliche Pfändung nur dann ausgesprochen werden darf, wenn die gesetzlichen Voraus-

setzungen der gerichtlichen Pfändung zur Zeit ihrer Anordnung noch vorliegen. Dies ist auch die herrschende Meinung für die Fälle einer der Vorpfändung folgenden Beschlagnahme im Konkurs oder in der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Weshalb das sehr nachdrücklich gefaßte („ist unstatthaft“) Vollziehungsverbot des § 929 Abs. 2 ZPO. nicht die gleiche hemmende Wirkung haben soll, leuchtet nicht ein. Mit Recht wendet sich das OLG. namentlich gegen die Ansicht von Stein-Jonas, daß in der Vorpfändung ein zur Wahrung der Vollziehungsfrist ausreichender Beginn der Zwangsvollstreckung liege.

Nicht unzweifelhaft ist aber, ob es zweckmäßig ist, in einem solchen Falle die aufhebende Entsch. nur auf den Ablauf der Vollziehungsfrist zu stützen und die Frage, ob der Arrest mit Recht angeordnet war, in den Urteilsgründen dahingestellt zu lassen. Die Rechtslage bleibt dann hinsichtlich der in § 945 ZPO. vorgesehenen Schadenersatzpflicht leicht im unklaren. Auch unwirksame Forderungspfändungen können Schaden anrichten, insbes. den Drittschuldner zu einer die Befriedigung des Forderungsberechtigten hemmenden und damit auch den Schuldner schädigenden Hinterlegung veranlassen, die er sonst nicht vorgenommen hätte. Ob die Veräumung der Vollziehungsfrist in entsprechender Anwendung des § 945 auch ohne Verschulden zum Schadenersatz verpflichtet, ist streitig (vgl. Baumbach, Anm. 3 zu § 945). Eine nähere Erörterung jener Fragen würde jedoch den Rahmen dieser Besprechung überschreiten.

RGK. Armstroff, Berlin.

zu machen (§§ 920 Abs. 2, 294). Im Berufungsverfahren ist für die Entsch. der Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verhängung des Arrestes vorliegen, die gegenwärtige Sach- und Rechtslage maßgebend (Stein-Jonas, ZPO. § 925 Anm. 12; Seuffert-Walsmann, ZPO. § 925 Anm. 1).

Gemäß § 930 Abs. 1 ZPO. wird die Vollziehung des Arrestes in Geldforderungen durch deren Pfändung vom Arrestgericht als ausschließlich zuständigen VollstrGer. (§ 802 ZPO.) nach den allgemeinen im I. und III. Teil des 1. Titels II. Abschn. des 8. Buches der ZPO. enthaltenen Grundsätzen bewirkt. Nach § 929 Abs. 2 ist der Arrestvollzug durch die Pfändung von Forderungen unstatthaft, wenn seit dem Tage, an dem der Arrestbefehl dem Antragsteller zugestellt wurde, ein Monat verstrichen ist. Im vorl. Fall endet die Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. mit dem 6. Dez. 1933.

Im Vollzuge des Arrestes v. 4. Nov. 1933 hat das OLG. zwei Pfändungsbeschlüsse erlassen.

Was den ersteren betrifft, so ist er um deswillen gegenstandslos, weil die fragliche Buchhypothek bereits vorher an einen Dritten abgetreten war und somit ihre Pfändung nicht mehr wirksam werden konnte (§ 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO.; §§ 873, 1113, 1154, 1153 BGB.; § 40 BGB.).

Dem zweiten Pfändungsbeschlusse sind zwei Pfändungsbenachrichtigungen vorausgegangen, die der Drittschuldnerin am 30. Nov. und 2. Dez. 1933 zugestellt worden sind. Der Pfändungsbeschluß des § 845 Abs. 2 ZPO., also noch innerhalb der Dreiwochenfrist des § 845 Abs. 2 ZPO., jedoch nicht mehr binnen der Arrestvollziehungsfrist des § 929, zugestellt worden. Es fragt sich nun, ob letztere durch die Pfändungsankündigung gewahrt ist. Diese Frage ist in Abspr. und Schrifttum bestritten.

Ein Teil der Entsch. und Schriftsteller erachtet die außergerichtliche Vorpfändung bereits als eine vollzogene — aufschiebende oder auslösende bedingte oder vorläufige — Pfändung (vgl. Ur. des BayObLG. v. 25. Febr. 1890: SeuffArch. 46, 230; Ur. des RG. v. 3. Juli 1890: SeuffArch. 46, 232; ferner RG. 83, 334 = JW. 1914, 316; OLG. 14, 181; JW. 1927, 2159), während andere in der Vorpfändung nur die Vorbereitung der vom VollstrGer. anzuordnenden Pfändung erblicken, die bei Fristwahrung auf den Zeitpunkt der Zustellung der Pfändungsbenachrichtigung zurückwirkt.

Für die Entsch. des erk. Sen. sind nachstehende Erwägungen ausschlaggebend: Gemäß § 845 hat die dem Drittschuldner ordnungsgemäß zugestellte Pfändungsbenachrichtigung „die Wirkung eines Arrestes (§ 930)“, d. h. des durch Forderungspfändung vollzogenen Arrestes, sofern letztere binnen drei Wochen ab Zustellung der Benachrichtigung „bewirkt“ wird. Diesfalls wirkt also die Pfändung auf den Zeitpunkt der Zustellung der Benachrichtigung zurück unter Begründung des Pfändungsrechts mit den in § 804 ZPO. bestimmten Wirkungen (§ 930 Abs. 1 Satz 2). Voraussetzung für die Erlassung des Pfändungsbeschlusses selbst ist die gesetzliche Zulässigkeit der beantragten Anspruchspfändung als solchen. Nur ist aber nach § 929 Abs. 2 die Vollziehung des Arrestes, sei es durch Forderungspfändung oder durch Sachspfändung, nach Ablauf der Monatsfrist „unstatthaft“. Daraus folgt, daß das Arrestgericht nach Fristablauf den Pfändungsbeschluß nicht mehr erlassen darf, auch wenn vorher die Pfändungsbenachrichtigung zugestellt war.

Selbst wenn letztere bereits das Arrestpfändrecht erzeugt (RG. 83, 334 = JW. 1914, 316), so geht es kraft Gesetzes wieder unter, wenn nicht innerhalb der Monatsfrist des § 929 der staatliche Voll-

setzungen der gerichtlichen Pfändung zur Zeit ihrer Anordnung noch vorliegen. Dies ist auch die herrschende Meinung für die Fälle einer der Vorpfändung folgenden Beschlagnahme im Konkurs oder in der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Weshalb das sehr nachdrücklich gefaßte („ist unstatthaft“) Vollziehungsverbot des § 929 Abs. 2 ZPO. nicht die gleiche hemmende Wirkung haben soll, leuchtet nicht ein. Mit Recht wendet sich das OLG. namentlich gegen die Ansicht von Stein-Jonas, daß in der Vorpfändung ein zur Wahrung der Vollziehungsfrist ausreichender Beginn der Zwangsvollstreckung liege.

Nicht unzweifelhaft ist aber, ob es zweckmäßig ist, in einem solchen Falle die aufhebende Entsch. nur auf den Ablauf der Vollziehungsfrist zu stützen und die Frage, ob der Arrest mit Recht angeordnet war, in den Urteilsgründen dahingestellt zu lassen. Die Rechtslage bleibt dann hinsichtlich der in § 945 ZPO. vorgesehenen Schadenersatzpflicht leicht im unklaren. Auch unwirksame Forderungspfändungen können Schaden anrichten, insbes. den Drittschuldner zu einer die Befriedigung des Forderungsberechtigten hemmenden und damit auch den Schuldner schädigenden Hinterlegung veranlassen, die er sonst nicht vorgenommen hätte. Ob die Veräumung der Vollziehungsfrist in entsprechender Anwendung des § 945 auch ohne Verschulden zum Schadenersatz verpflichtet, ist streitig (vgl. Baumbach, Anm. 3 zu § 945). Eine nähere Erörterung jener Fragen würde jedoch den Rahmen dieser Besprechung überschreiten.

streckungsakt der Forderungspfändung durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses vollzogen ist (§ 829). Andernfalls würde der staatliche Akt der Anordnung der Arrestverstrickung überhaupt keine Arrestvollziehung mehr darstellen (§ 33, 53, 311). Die außergerichtliche Vorpfändung und der gerichtliche Pfändungsakt bilden zwei gleichwertige Vorbedingungen für den Erwerb des Pfändungsrechts (Jaeger, RD. § 14 Anm. 14). Ebenso wie beide für den Erwerb des Abänderungsrechts vor Konkurseröffnung vorliegen müssen, ist die Einhaltung der Arrestvollzugsfrist sowohl für die etwaige Pfändungsbenachrichtigung als auch hinsichtlich des Arrestpfändungsbeschlusses zur Rechtswirklichkeit der Arrestpfändung erforderlich.

Die Vorschrift der Unstatthaftigkeit der Vollziehung des Arrestbefehls nach Ablauf der Monatsfrist gem. § 929 bildet gegenüber dem § 845 eine Sondervorschrift, die unberührt bleibt, so daß die Monatsfrist des § 929 nicht durch die Dreiwochenfrist des § 845 Abs. 2 verlängert werden kann. Allerdings ist die Vorpfändung bereits Vollstreckungsmaßregel, aber hiermit ist dem § 929 Abs. 2 noch nicht genügt, der darüber hinaus verlangt, daß der eigentliche Vollziehungsakt innerhalb der Monatsfrist bewirkt sein muß. Der der Pfändungsankündigung rechtzeitig nachfolgende Pfändungsbeschluss hat die rückwirkende Kraft nur dann, wenn er selbst gefehrmäßig erlassen ist. Hierzu gehört vor allem, daß seine Erlassung zulässig war. Fehlt diese Zulässigkeit im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die beantragte Anspruchspfändung, so darf die Arrestpfändung vom Arrestgericht nicht mehr angeordnet werden und es kann alsdann die Voraussetzungen für die Rechtswirklichkeit der Vorpfändung nicht mehr erfüllt werden (Seuffert-Walshmann, RPd. § 929 Anm. 2 Abs. 1; Hein, Zwangsvollstr., 2. Aufl., S. 414). Ebenso erklärt Falkmann (Zwangsvollstr. S. 842) die Pfändung — nach erfolgter Pfändungsbenachrichtigung — als unzulässig, wenn inzwischen Ereignisse eintreten, an die das Gesetz ein Pfändungsverbot knüpft.

Ein solches Verbot enthält die Vorschrift des § 929 Abs. 2, insofern sie die Arrestpfändung nach Ablauf der Monatsfrist für unstatthaft erklärt. Der Rechtsansicht von Stein-Jonas, RPd. (§ 845 Anm. III 1), die Arrestpfändung nach Ablauf der Monatsfrist sei bei rechtzeitiger Vorpfändung um deswillen wirksam, weil letztere selbst schon Beginn der Zwangsvollstreckung sei und deshalb zur Fristwahrung genüge, kann nicht beigetreten werden. Denn zur wirksamen Arrestpfändung nach §§ 929, 930 reicht der Beginn der Vollstreckung nicht hin, sondern es ist hierzu die Vollziehung der Pfändung durch fristzeitige Zustellung des Pfändungsbeschlusses erforderlich (§ 829 Abs. 3).

Aus dem Dargelegten folgt, daß auch die durch den Beschl. des

LG. v. 19. Dez. 1933 angeordnete Pfändung von Forderungen der Bekl. hinfällig ist und der Rechtswirklichkeit entbehrt. Im übrigen kann der Arrestbefehl v. 4. Nov. 1933 keine rechtlichen Wirkungen mehr erzeugen, da die Frist für seine Vollziehung längst verstrichen ist. Infolgedessen sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung und die Bestätigung des Arrestes nicht mehr gegeben (RG. 67, 165 = JW. 1908, 47). Es bedurfte daher auch nicht mehr der Prüfung der Frage, ob und inwieweit der Arrestanspruch glaubhaft gemacht ist.

(OLG. München, 2. ZivSen., Urf. v. 13. Juni 1934, VerReg. L 181/34 II.)

Eingef. von RA. Dr. Deisinger, München.

Stuttgart

17. §§ 242, 284 Abs. 2 BGB. Wenn sich die Leistungszeit nach dem Kalender berart ergibt, daß für den Schuldner gar kein Zweifel darüber besteht, wann er leisten muß, ist nach Treu und Glauben eine Mahnung nicht mehr erforderlich, um den Schuldner in Verzug zu setzen. f)

Der Kl. hat gegen den Bekl. aus einer Warenlieferung eine Forderung erlangt, die in dem Vergleichsverfahren über das Vermögen des Bekl. angemeldet und anerkannt wurde.

Im Vergleichstermin wurde der Vergleichsvorschlag des Schuldners, daß die Gläubiger 30 % ihrer Forderung erhalten sollten, und zwar in sechs Raten von je 5 %, die 2, 5, 8, 11, 14 und 17 Monate nach Rechtskraft des Vergleichs, je mit einer Schonfrist von zwei Wochen, zu bezahlen seien, angenommen. Im selben Termin wurde der Vergleich bestätigt.

Der Bekl. hat sämtliche Raten bezahlt.

Die vierte Rate erhielt der Kl. verspätet.

Er macht die Verfallswirkung gem. § 7 VerglD. geltend. Das LG. hat die Klage abgewiesen, weil unbefristet eine besondere Mahnung des Kl. nicht erfolgt ist, und die Leistungszeit für die Warenschuldbraten im Vergleich nicht nach dem Kalender bestimmt, vielmehr nur von einem künftigen, noch ungewissen Ereignis nach dem Kalender zu berechnen gewesen sei (§ 284 Abs. 2 BGB.).

Wenn auch mit dem RG.: JW. 1933, 1112 zwischen einer nach dem Kalender bestimmten und einer nach dem Kalender zu berechnenden Zeit zu unterscheiden ist, so kann doch ein Verzug auch sonst gegeben sein, ohne daß die Voraussetzungen des § 284 Abs. 2 BGB. vorliegen. Wenn sich die Leistungszeit nach dem Kalender derartig ergibt, daß für den Schuldner gar kein Zweifel

berechnet werden könne. Seck, Grundriß des Schuldrechts, § 36, äußert sich zu der Frage überhaupt nicht. Hiernach finde ich bei keinem der in der Entsch. angeführten Schriftsteller einen so allgemeinen Satz über die Entbehrlichkeit der Mahnung ausgesprochen, wie ihn das OLG. aufstellt.

Der Satz des OLG. ist auch nicht zu billigen. Er verwischt zunächst den Unterschied von Fälligkeit und Verzug. Da der Schuldner ja überhaupt in der Zeit leisten muß und die Zeit nach dem Kalender bestimmt wird, so läßt sich bei jeder Schuld einmal ermitteln, an welchem Kalendertage sie erfüllt werden muß. Trotzdem fordert das Gesetz für die Regel zum Eintritt des Verzuges eine Mahnung. Mit gutem Grunde. Denn der Verzug kann so außerordentlich verhängnisvolle Folgen für den Schuldner haben, daß ihm die Gefahr dieser Folgen erst zu Gemüte geführt werden soll, ehe sie eintreten. Wegen dieser Gefahr aber bedarf der Schuldner auch der Rechtsicherheit, und auch diesem Erfordernis scheint mir das OLG. nicht genügend Rechnung zu tragen. Wann sich die Leistungszeit nach dem Kalender derartig ergibt, daß der Schuldner keinen Zweifel darüber haben kann, wann er leisten muß, darüber wird sich im Einzelfall häufig streiten lassen; ob ein dies certus an et quando ist, ist nicht immer so sicher, wie es scheinen möchte; man denke nur, um irgendein Beispiel zu nennen, an den Geburtstag eines Menschen. Schließlich aber läßt das OLG. wohl außer acht, daß die Leistungszeit, sofern sie sich nicht für einen bestimmten Tag aus dem Gesetz ergibt, Inhalt der Vertragsabrede ist; § 284 Abs. 2 Satz 1 spricht von einem „Bestimmtein“ der Leistungszeit, was natürlich — von Gesetz und Urteil abgesehen — nur bedeuten kann, durch Parteiabrede bestimmt. Es genügt also nicht zur Anwendung der Vorschr., daß die Leistungszeit sich irgendwann ergibt, sondern es muß ihre kalendermäßige Befristung beim Vertragsschluss feststehen und Gegenstand des Vertrages sein.

Besondere Bedeutung hat § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB. erlangt für den Fall des § 7 Bd., und auch das besprochene Urf. behandelt einen solchen Tatbestand. Hier hat der Verzug des Schuldners besonders verhängnisvolle Folgen für ihn, weil er den Erlaß wegsfallen läßt. Es besteht gemäß kein Grund, den Vergleichsschuldner, der seinen Gläubigern oft große Opfer zumutet, noch in der Erfüllung seiner Verpflichtungen besonders zu schonen. Aber Rechtsicherheit

Zu 17. Die Auslegung des § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB. — um ihn handelt es sich im vorl. Falle — ist — freilich weniger in der Abspr. als in der Rechtslehre — bestritten. Das RG. (RG. 103, 33; RGWarn. 1932, 138; auch JW. 1932, 1052) unterscheidet von der nach dem Kalender bestimmten, die nach ihm zu berechnende Zeit und hält § 284 Abs. 2 Satz 1 nicht für anwendbar und eine Mahnung für nötig, wenn sich die Leistungszeit nur nach dem Kalender berechnen läßt, d. h., wie in RG. 103, 34 gesagt wird, „wenn auf ein ungewisses, noch in der Zukunft liegendes Ereignis abgestellt wird und auf eine gewisse, von diesem Ereignis ablaufende Frist; die einzige Ausnahme soll die Kündigung bilden, über die § 284 Abs. 2 Satz 2 etwas Besonderes sagt. Vertmann, § 284 Anm. 3 c bezeichnet diese Unterscheidung als „recht spit“ und will auch den Fall des § 284 Abs. 2 Satz 1 unterordnen, in dem sich die Leistungszeit nur nach dem Kalender berechnen läßt; in gleichem Sinne hat sich Heymann, Verschulden beim Erfüllungszwange, Marburg 1913, S. 148, Anm. 338 ausgesprochen. Wegen die Gleichsetzung beider Fälle wendet sich Brodmann (Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, IV, 2 S. 270, Anm. 15), der wohl am strengsten in der Auslegung des § 284 Abs. 2 Satz 1 ist und das Vorliegen eines dies certus an et quando nicht für ausreichend hält, um die Mahnung entbehrlich zu machen. Staubinger (Werner) § 284 Anm. 2 b schließt sich ausdrücklich Brodmann an, obgleich sich die von ihm angeführten Einzelfälle wohl nicht allenthalben mit der Meinung Brodmanns decken dürften; jedenfalls aber lehnt er die Lehre Heymanns und Vertmanns ab. Enneccerus (Lehmann), 12. Aufl. II, 196 nimmt zu der Frage der Berechenbarkeit nach dem Kalender nicht ausdrücklich Stellung, sondern sagt nach Ausführung einiger Beispiele „die nach dem Kalender bestimmte Zeit ist nichts anderes als der dies certus an certus quando“. Am weitesten in der Ablösung vom Gesetzestext geht wohl Pland (Siber), § 284 Anm. 6 a. Nach ihm ist die Frage, ob eine Mahnung nötig ist, überhaupt eine Frage der Auslegung; die kalendermäßige Best. der Leistungszeit bedeutet nur, daß im Zweifel eine Mahnung entbehrlich, die nicht kalendermäßige, daß sie im Zweifel unentbehrlich sei. Immerhin hebt auch er hervor, daß eine kalendermäßige Best. nicht vorliege, wenn die Leistungszeit von einem beim Vertragsschluss noch nicht feststehenden Ereignis an kalendermäßig

darüber besteht, wann er leisten muß, eine Mahnung somit völlig überflüssig ist, ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB.) eine Mahnung nicht erforderlich (vgl. Dertmann, § 284 3 c; Pland, § 284 6 a; Enneccerus, § 274 III 1; Fedt, Grundriß des Schuldrechts, § 36 Ziff. 5—8). Liegen diese Voraussetzungen vor, so handelt es sich nicht um eine vom RG. abgelehnte „Ausdehnung der Ausnahmevorschrift“ des § 284 BGB. (vgl. RG. 103, 34; JW. 1932, 1052). Auch das RG. hat ja in der oben angeführten Entsch. den Vorbehalt gemacht, es sei hier nicht zu entscheiden, ob in demselben Sinne zu entscheiden wäre, wenn Vergleichsvereinbarung und Bestätigung an einem und demselben Tage und gar in demselben Termine erfolgen.

Ebenso hat das RG., nachdem es zunächst in einem Beschl. v. 20. März 1931 den hier abgelehnten, als formalistisch zu bezeichnenden Standpunkt vertreten hatte, im Ur. v. 17. April 1931 in einem Falle, wie er hier vorliegt, eine besondere Mahnung für entbehrlich erklärt (JW. 1931, 2160; KonfTrW. 1931, 74, 157).

Vorliegend wußte der Schuldner sofort nach Abschluß des Vergleichstermins, daß der Vergleich zustande gekommen war; irgendeinen Zweifel, ob der noch im Termin erteilte Bestätigungsbefehl rechtskräftig sei, hat er offenbar nicht gehabt. Er wußte daher auch genau, zu welchen Zeiten jede Vergleichsrate fällig war.

War somit eine Mahnung nicht erforderlich, so ist nur zu prüfen, ob der Besl. die Zahlung der vierten Vergleichsrate schuldhaft verzögert hat.

(OLG. Stuttgart, 4. ZivSen., Ur. v. 18. Juni 1934, U 240/34.)

Eingef. von *RA. Dr. Seib*, Stuttgart.

*

18. § 419 BGB.; § 308 ZPO. Ob das bei der Übergabe Zurückbehaltene so erheblich ist, daß es einer Übergabe des Vermögens entgegensteht, ist nicht zahlenmäßig zu beurteilen, sondern danach, ob es dem Zugriff des Gläubigers unterliegt. Wird aus Vermögensübernahme auf Duldung der Zwangsvollstreckung geklagt, so kann das Gericht auch auf Zahlung erkennen.

Der Besl. und seine Schwester erhielten im März 1931 von ihrer Mutter 5500 *RM* Erlös aus einem Hausverkauf. Die Mutter hatte im Februar 1928 bei der Kl. Kreditbürgschaft für 4400 *RM* geleistet und wurde im Juni 1933 vergeblich gepfändet. Die Kl. macht den Besl. aus Vermögensübernahme haftbar und drang in beiden Instanzen durch. Zurückbehaltene hatte die Mutter 700 *RM* vom Hauserlös, ein Sparguthaben von über 1000 *RM*, Lohnforderungen von wöchentlich 16—18 *RM*, eine Monatsrente von 14,50 *RM* und ihre Wohnungseinrichtung. Diese Vermögens-

kann er auch verlangen, und wenn man die schweren Nachteile, die der Verzug gerade hier dem Schuldner bringt, und die geringe Mühe, die die Mahnung dem Gläubiger macht, gegeneinander abwägt, so scheint es mir nicht Treu und Glauben zu entsprechen, wenn man den § 284 Abs. 2 Satz 1 besonders weit zum Nachteil des Schuldners auslegt, nur um dem Gläubiger die Mahnung zu ersparen. Der Zweifel über die Anwendbarkeit des § 284 Abs. 2 Satz 1 kann natürlich nur auftreten, wenn als Zahlungstag nicht ein bestimmtes Datum festgesetzt ist, sondern, wie es in der Regel geschieht, im Vergleiche bestimmt wird, daß eine gewisse Zeit nach der Bestätigung zu zahlen sei. So lag der Fall auch hier. Nun ist es richtig, daß das RG. (6. ZivSen.) in dem Ur. v. 17. April 1931 (JW. 1931, 2160 = KonfTrW. 1931, 157) in einem Falle, in dem der Vergleich in dem Vergleichstermin bestätigt worden war, auf die binnen bestimmter Frist nach der Rechtskraft des Vergleichs zu zahlenden Raten entgegen einem früheren Beschlusse desselben Senats v. 20. März 1931 (KonfTrW. 1931, 74) die Vorschr. des § 284 Abs. 2 Satz 1 angewendet hat. Seither hat aber der 17. ZivSen. des RG. in einem Ur. v. 9. Febr. 1933 (JW. 1933, 2843) den gegenteiligen Standpunkt eingenommen, ersichtlich beeinflusst von der inzwischen ergangenen Entsch. des RG. v. 8. Febr. 1932 (RG-Warn. 1932, 138). Ich halte diesen letzten Standpunkt des RG. für zutreffend und kann zur Begr. nur auf meine Anm. zu jenem Ur. verweisen. Das RG. hat in der genannten Entsch. einen Fall behandelt, bei dem der Zahlungsfrist von der Bestätigung ab enthaltene Vergleich erst einige Zeit nach seinem Abschluß bestätigt worden war, und § 284 Abs. 2 Satz 1 auf diesen Fall für unanwendbar erklärt. Dabei hat es wörtlich hinzugefügt, „ob die Ansicht des Berufungsgerichts zu billigen ist, daß, wenn Vergleichsvereinbarung und Bestätigung an einem und demselben Tage und wohl gar in demselben Termine erfolgen, der Fall des § 284 Abs. 2 gegeben sei, braucht hier nicht entschieden zu werden.“ Diese Bemerkung klingt doch etwas anders als ihre Wiedergabe in dem Ur. des OLG. Ich glaube, man kommt nicht darüber hinweg: Mag auch die Bestätigung zur Zeit der Vergleichsvereinbarung noch so wahrscheinlich sein, sicher ist ihr Eintritt zu diesem Zeitpunkt — und darauf kommt es, was mir das

stücke sind jedoch nicht als erheblich anzusehen. Sie sind nicht zahlenmäßig zu betrachten, sondern nach ihrer wirtschaftlichen Schwerekraft im Verhältnis zu dem auf die Kinder übertragenen Gut. Bei Fälligkeit ihrer Bürgschaftsschuld war die Mutter tatsächlich unpfändbar. Was sie zurückbehalten hatte, bildete nach der Volksanschauung kein Vermögen, sondern war für laufende Bedürfnisse vorgesehen. Eine solche Auslegung des Vermögensbegriffs entspricht dem Sinn und Zweck des § 419 BGB. Gibt der Schuldner den größten Teil seines Vermögens her, weil er ihn entbehren kann und behält er einen zahlenmäßig nicht unbedeutlichen Teil zurück, der aber bestimmungsgemäß in kurzer Zeit von ihm aufgebraucht wird, so widerspricht es dem in § 419 zum Ausdruck gekommenen deutschrechtlichen Gedanken, daß die Schulden eine Last des Vermögens bilden, wenn nur der zum baldigen Verbrauch bestimmte Teil mit den Schulden belastet bliebe, der andere aber von den Schulden frei würde, weil er weggegeben wird. Die Verteilung des Vermögens unter zwei Kinder hindert ebenfalls nicht die Anwendung des § 419, sondern hat die Gesamthaftung beider Kinder zur Folge (RG. 123, 52 1).

Der Klageantrag ging auf Duldung der Zwangsvollstreckung ins Vermögen des Besl. Das OLG. erkannte auf Bezahlung. Mit der Ver. rügt der Besl. die Verletzung des § 308 ZPO., jedoch vergeblich. Bei einer Verurteilung nach dem AnFG. wäre das Gericht nicht gehindert gewesen für die Rückgewähr nach § 7 AnFG. eine andere Art als die im Klageantrag bezeichnete vorzuschreiben, insbes. den Schuldner statt zur Bereitstellung der in Rede stehenden Geldsumme zum Zweck der Pfändung alsbald zur Bezahlung zu verurteilen (W ar n e y e r, AnFG., § 9 VI Abs. 3). Das gleiche muß bei Verurteilung aus § 419 BGB. gelten, weil sie dem gleichen Zwecke dient.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Ur. v. 7. Juni 1934, U 250/34.)

Dresden

b) Straffachen

19. § 274 Ziff. 1 StGB. oder ein sonstiger strafbarer Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn jemand die für einen früheren Untermieter eingegangene Postkarte nicht an diesen, sondern an den Abgänger zurückgehen läßt, die der Karte entnommene Warenbestellung aber selbst ausführt. f)

In der Wohnung der Angekl. war vom Briefträger eine Postkarte abgegeben worden, durch die die Firma U. bei D., einen früheren Untermieter der Angekl., eine Ware bestellte. Sie hat die Karte am nächsten Tage der Absenderin wieder zugehen lassen.

OLG. nicht beachtet zu haben scheint, an — weder bzgl. der Frage, ob, noch bzgl. der Frage, wann, nicht, sondern sicher wird er erst nachher. Eine Frist, deren Beginn an ein bei ihrer Abreise noch ungewisses künftiges Ereignis geknüpft ist, kann nicht als nach dem Kalender bestimmt, wie § 284 Abs. 2 Satz 1 verlangt, sondern höchstens als nach ihm bestimmbar bezeichnet werden. Die willkürliche Ausweitung der Vorschr. über die Entbehrlichkeit der Mahnung entspricht aber, wie ich oben dargelegt habe, weder dem Gebot der Rechtssicherheit noch dem der Billigkeit.

SenPräs. Dr. K i e s o w, Leipzig.

1) JW. 1929, 734.

Zu 19. Der vorstehenden Entsch. kann nicht zugestimmt werden:

I. Die Entsch. entspricht m. E. nicht dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes. Die Tat der Angekl. ist nach der Meinung der Volksgenossen als eine recht verwerfliche anzusehen. Man wird nicht verstehen können, warum eine solch verwerfliche Tat straffrei ist. Der Fall, den das RGSt. 39, 405 bringt, ist nicht verwerflicher, als der hier vorliegende. Dort hat ein ehemaliger Vertreter einer Firma nach Aufgabe seiner Stellung einen Auftrag nicht an seine alte Firma, sondern an eine andere Firma weitergegeben. Das RG. bestrafte, und m. E. mit Recht, aus § 274 StGB. Gewiß wird man zugeben müssen, daß der Fall in RGSt. 39, 405 klarer die Unterdrückung der Urkunde enthält, als der hier vorliegende. Die Freisprechung wird hier aber trotzdem nicht überzeugender.

Das Gesagte wird noch dadurch besonders erhärtet, als das Willensstrafrecht mehr und mehr Geltung erlangt.

II. Juristisch ist m. E. die Entsch. ebenfalls nicht unbedenklich. Mit Recht führt das RGSt. 39, 407 aus, ein Unterdrücken der Urkunde bestehe darin, daß diese der Benutzung eines dazu Berechtigten entzogen und vorenthalten wird. Die Angekl. hat die Urkunde, nämlich die Postkarte, dem D. entzogen und vorenthalten. Dies dadurch, daß sie die Postkarte an den Absender zurückgabte. Es mag richtig sein, daß in vielen Fällen eine ehemalige Wirtin genau so handelt wie die Angekl. Der normale Fall

Durch diese alsbaldige Rücksendung der Postkarte an den Absender ist die Annahme einer Unterdrückung dieser Urkunde ausgeschlossen. Ein die Verpflichtung der Angekl. zur Weiterleitung der Karte an D. begründendes Treuverhältnis bestand zwischen ihr und D. nicht. Die Angekl. konnte es der Absenderin überlassen, die zur Übermittlung an D. erforderlichen Schritte zu unternehmen. Ob sie die Rückgabe an den Absender oder an die Postanstalt wählte, lag in ihrem Ermessen. Hätte sie allerdings die Postkarte vom Briefträger selbst in Empfang genommen und hierbei schon erkannt, daß diese nicht für sie, sondern für D. bestimmt war, so könnte eine Verpflichtung zur sofortigen Rückgabe an den Postboten als gegeben angesehen werden.

Mit dieser Rechtsauffassung stimmt RGSt. 39, 405 überein. Wenn das angefochtene Urteil davon spricht, daß die Angekl. die Postkarte zur Verfügung des D. oder der Post zu halten verpflichtet war, so ist dies rechtsirrig. Eine solche Verpflichtung könnte weder aus dem früheren Mietverhältnis noch aus der Tatsache des Zugangs der Postkarte hergeleitet werden, da dieses unabweisbar in Abwesenheit der Angekl. erfolgt ist. Außerdem hat der Vorderrichter übersehen, daß gerade in einem Behalten der Karte eine Handlung hätte erblickt werden können, die sich als Vorbehalt dem Berechtigten gegenüber und damit als Unterdrückung darstellen würde.

Die Beurteilung der Angekl. wegen Vergehens nach § 274 Ziff. 1 StGB. konnte nach alledem nicht aufrechterhalten werden. Die Angekl. hat zwar, indem sie nach Kenntnisnahme vom Inhalt der Postkarte den an D. gerichteten Lieferungsantrag selbst ausführte, unlauter gehandelt; ihr Verhalten war aber nur eine gegebenenfalls nach § 1 UrhG. zu Schadenersatz verpflichtende, nicht eine unter Strafe gestellte Wettbewerbsbehandlung.

(OLG. Dresden, Ur. v. 6. Juni 1934, 2 Ost 46/34.)

Ber. von GenStA. Dr. Alf. Weber, Dresden.

*

Karlsruhe

20. Art. 5 Ziff. 4 Ges. v. 24. Nov. 1933 und AusfGes. Auch nach dem 1. Jan. 1934 ist Überweisung an die Landespolizeibehörde (LPolBeh.) aufrechterhaltbar, sofern nur vom Tatrichter auf diese Maßregel vor dem genannten Zeitpunkt erkannt war.

Nach Sinn und Zweck des Gesetzes ist zweierlei Erwägung denkbar: Entweder legt man es dahin aus, daß nach dem 1. Jan. 1934 nicht mehr neu auf Überweisung erkannt werden darf, oder dahin, daß einfach an die Stelle der bis 1. Jan. 1934 zulässigen Überweisung an die LPolBeh. die Anordnung der Unterbringung in ein Arbeitshaus tritt. Gegen den zweiten Weg spricht § 331 StGB. und seine durch das AusfGes. getroffene ausdrückliche Neufassung. Es muß zugegeben werden, daß die bestimmte Anordnung der Unterbringung in ein Arbeitshaus gegenüber der Zuerkennung der Befugnis zu einer solchen Unterbringung an die LPolBeh. eine unzulässige Verschärfung i. S. des § 331 enthält. Der Senat neigt zu der ersterwähnten Auffassung. Im allgemeinen ist freilich nach der zu § 2 StGB. entwickelten Rpr. maßgebend bei Gesetzesänderung der Zeitpunkt der Entsch. durch den letzten Tatrichter. Das kann aber hier bei Anwendung des Art. 5 Ziff. 4 Ges. v. 24. Nov.

ist dies aber nicht. Dies besonders dann nicht, wenn wie hier, der ehemalige Mieter zu einem kleineren oder gar größeren Personenkreis in Geschäftsverbindungen steht und daher die Angekl. bei der Beendigung seines Mietverhältnisses gebeten haben wird, ihm seine Post nachzusenden. Es kann zugegeben werden, daß in dieser Beziehung der mitgeteilte Sachverhalt unklar ist. Dann aber hätte dies noch festgestellt werden müssen. Wird es aber festgestellt, so sind m. E. keine Zweifel gegeben, eine Entziehung oder Vorenthaltung der Benutzung der Urkunde durch den Berechtigten anzunehmen. Denn es muß gleich sein, auf welche Weise ein Angekl. die Urkunde der Benutzung durch den Berechtigten entzieht oder vorenthält, vorausgesetzt, der vom Angekl. einzuschlagende Weg führt zum Ziel.

Mit Recht führt auch das RGSt. 39, 407 aus, daß eine Urkunde nicht nur gegenüber demjenigen unterdrückt werden kann, dem bereits ein Anspruch auf ihre Benutzung als Beweismittel zusteht oder der schon ein Recht an ihr erlangt hat, sondern auch gegenüber dem, in dessen Interesse sie errichtet oder für den sie bestimmt ist und der kraft dieser Best. des Ausstellers einen Anspruch auf Kenntnisnahme von ihr besitzt, oder ihre Einsicht und Vorlegung verlangen darf.

Es kann zweifelhaft sein, ob der D. schon ein Recht an der Urkunde erlangt hat. Ich bejahe es. Der Mietvertrag gerade erfordert es, daß man mit der Beendigung des Mietverhältnisses nicht sämtliche Rechte und Pflichten als erloschen betrachtet. Es entspricht durchaus den Bedürfnissen unseres Lebens, in derartigen Fällen Vertragspflichten zu bejahen, die mit dem Vertragsschluß begründet wurden, die Vertragsdauer selbst aber überleben. So

1933 nur für den Fall gelten, daß in erster Instanz überhaupt keine Sicherungsmaßnahme ausgesprochen war, dagegen nicht für den vorl. Fall (wo AG. auch auf Überweisung an die LPolBeh. erkannt hatte). Art. 5 Ziff. 4 i. Verb. m. Art. 2 Ziff. 29 AusfGes. kann demnach nur dahin ausgelegt werden, daß Überweisung auch nach dem 1. Jan. 1934 vom BG. aufrechterhaltbar ist, wenn es diese vor dem 1. Jan. 1934 vom Erstinstanzgericht erkannte Maßregel für angezeigt erachtet. Art. 5 Ziff. 4 regelt ja auch ausdrücklich die Wirkungen der Überweisung nach dem 1. Jan. 1934, wenn diese Maßregel vor dem 1. Jan. 1934 erkannt worden ist. Die Übergangsvorschrift enthält eine Lücke, die nach Sinn und Zweck ausgefüllt werden darf, da es nicht Absicht des Gesetzes ist, dem — z. B. oft vorbestraften — Angekl. einen Vorteil zu verschaffen, den er ohne Gesetzesänderung nicht gehabt hätte und der ihm durch jene — eine allgemeine Strafverschärfung vorsehende — Gesetzesänderung sicher nicht zugebacht war.

(OLG. Karlsruhe, Ur. v. 11. Mai 1934, JM 33/34.)

Ber. v. OBR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

Landgerichte

Altona

a) Zivilsachen

I. §§ 739, 750 ZPO. Ein ursprünglich fehlerhafter Pfändungs- und Überweisungsbeschluss kann durch nachträgliche Beseitigung des Mangels geheilt werden.

Die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut ist nur zulässig, wenn die Ehefrau zur Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist (§ 739 ZPO.). Im vorliegenden Falle hat bei Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hinsichtlich des zum eingebrachten Gut gehörigen Anspruchs der schuldnerischen Ehefrau der Duldungstitel gegenüber dem Ehemann nicht vorgelegen. Der Beschl. hätte also wegen Fehlens seiner Voraussetzungen nicht ergehen dürfen. Ist er aber ergangen, so kann der Ehemann oder ein Drittschuldner jenen Mangel nur durch Einlegung der Erinnerung geltend machen (Stein-Jonas, Anm. IV zu § 739 ZPO.). Denn der Beschl. ist wegen Fehlens seiner Voraussetzungen nicht nichtig, sondern nur anscheinbar (Stein-Jonas, Anm. I zu § 750). Es handelt sich nämlich nicht um einen Mangel des Erlassungsaktes selber. Dadurch, daß der Gläubiger nachträglich einen Duldungstitel gegen den Ehemann beigebracht hat, ist der ursprünglich fehlerhafte Vollstreckungsakt geheilt worden (Wambsach, Anm. 5 D zu § 739 ZPO.). Der Grund, weshalb solche fehlerhaften Vollstreckungsakte für heilbar angesehen werden, ist darin zu suchen, daß bei einer Aufhebung des Beschl. der Gläubiger sofort einen neuen Antrag auf Erlass eines solchen Beschl. stellen würde und diesem Antrage stattgegeben werden müßte, weil sämtliche Voraussetzungen hierfür vorliegen. Ein derartiges Verfahren würde (RG. 125, 288 = ZW. 1930, 148) auf unnötige Formalität hinauslaufen und ist daher zu mißbilligen.

(LG. Altona, 7. ZR., Beschl. v. 19. Juli 1934, 7 T 839/34.)

Ber. von OBR. Schumacher, Altona.

*

muß m. E. die Vermieterin, ganz besonders die Untervermieterin dafür sorgen, daß Briefe, aber auch andere Gegenstände, die in die ehemalige Wohnung des Untermieters gelangen, entweder an den Untermieter auf dessen Kosten weitergeleitet werden oder daß dem Überbringer die neue Anschrift des ehemaligen Mieters angegeben wird. Nur diese Auffassung wird m. E. den Bedürfnissen des täglichen Lebens gerecht. Normalerweise und hiervon ist auszugehen, gibt ein ehemaliger Untermieter seiner bisherigen Wirtin bei dem Auszug seine neue Adresse und bittet um Nachsendung der in ihren Besitz für ihn gelangenden Gegenstände. Diese Bitte um Nachsendung wird von der Wirtin in den meisten Fällen auch befolgt werden. Davon ausgehend, muß insoweit eine Vertragspflicht der Vermieterin auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses noch bejaht werden. Dann aber ist die Angekl. in dem hier vorl. Falle als Stellvertreterin des D. anzusehen. Dadurch, daß die Postkarte in ihren Besitz gelangte, wurde D. Berechtigter der Urkunde.

Aber auch wenn man dieser Auffassung nicht folgt, ist nach der Definition des RGSt. 39, 407 die Anwendung von § 274 StGB. möglich, weil kraft der Best. des Ausstellers der D. einen Anspruch auf Kenntnisnahme von dem Inhalt der Urkunde befaß. Dies ganz besonders dann, wenn festgestellt werden würde, daß die Angekl. den Aufenthaltsort ihres Untermieters kannte und aus Anliegenden Gründen die Weiterbeförderung der Karte nicht an ihn, sondern die Rücksendung an den Absender veranlaßte.

Da der subjektive Tatbestand zu Zweifeln keine Veranlassung gibt, ist m. E. die Anwendung von § 274 StGB. zu bejahen.

RA. Dr. Otto Rilk, Berlin.

2. § 118 ZPO. Die Unvermögensbescheinigung gem. § 118 a. a. O. ist unbedingtes Erfordernis. †)

Will eine Partei das Armenrecht nachsuchen, so hat sie ihrem Gesuche ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugnis beizufügen, in dem das Unvermögen der Partei zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird (§ 118 Abs. 2 ZPO.). Es wird zwar im Schrifttum und in der Rpr. die Auffassung vertreten, daß das obrigkeitliche Zeugnis das Gericht nicht bindet, weil es kein unbedingtes Formerfordernis für die Armenrechtsbewilligung sei (Stein-Jonas, Anm. II zu § 118 ZPO.; DLG. Stuttgart: Sörgels Rpr. 1930, 330). Letztere Auffassung erscheint jedoch nicht zutreffend. Billigung verdient vielmehr der Standpunkt, wonach ohne Vorlage des fraglichen Zeugnisses das Armenrecht nicht bewilligt werden kann, weil es die unerläßliche Grundlage für die Beurteilung des Gerichts bildet, ob die Partei zur Bestreitung der Prozeßkosten ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts imstande ist oder nicht. Jener Standpunkt (vgl. Seuffert-Walzmänn, 1932, Anm. 2 zu § 118 ZPO.; RG.: SeuffArch. 49 Nr. 278; RG.: JW. 1897, 627; DLG. Stuttgart: SeuffArch. 81 Nr. 135; DLG. Karlsruhe: ZJP. 54, 85) kann als der herrschende angesprochen werden.

(LG. Altona, 7. JR., Beschl. v. 4. Juli 1934, 7 T 767/34.)

Ber. von OGR. Schumacher, Altona.

*

Berlin

3. § 816 Abs. 2 ZPO. Versteigerung der Pfandsachen kann in der Pfandkammer anstatt an Ort und Stelle bei dem Schuldner vorgenommen werden, wenn der Gläubiger die Mehrkosten trägt und vorschießt und ferner bei der Pfandkammerversteigerung in dem gegebenen Einzelfalle nach Lage der örtlichen Verhältnisse ein mindestens ebenso günstiges Bietungsergebnis zu erwarten steht, wie bei einer Versteigerung beim Schuldner, in dessen Gewahrsam die Gegenstände vom Gerichtsvollzieher belassen waren. †)

Der GVollz. ist nur verpflichtet, die Versteigerung innerhalb der Gemeinde vorzunehmen, in deren Bezirk gepfändet ist (§ 816 Abs. 2 ZPO.). Innerhalb des Gemeindebezirks ist die Auswahl des Versteigerungsortes seinem pflichtmäßigen Ermessen überlassen. In der Regel wird die Pfandkammer am geeignetsten erscheinen. Das schließt aber nicht aus, daß auch eine Versteigerung an Ort und Stelle angebracht und vorzuziehen ist, wenn der zu erwartende Erlös nicht geringer ist und Mehrkosten erspart werden. Nach der dienlichen Äußerung des GVollz. hat er der Anregung des erspfändenden Gläubigers Folge gegeben, weil auch bei einer Versteigerung an Ort und

Stelle Käufer in genügender Anzahl erscheinen und Kosten vermieden werden, auf deren Ersparung gerade bei dem Verhältnis des voraussichtlichen Erlöses zu dem Betrage der Pfandforderungen Gewicht zu legen ist. Seine Entscheidung ist durchaus zutreffend. Gerade in der heutigen Zeit werden die Anzeigen über Versteigerungen an Ort und Stelle, d. h. außerhalb der Pfandkammer, von den beteiligten Käuferkreisen mit Aufmerksamkeit verfolgt, nicht nur von den Händlern, sondern auch denjenigen, die für eigenen Bedarf kaufen wollen. Es ist daher bei einer Versteigerung an Ort und Stelle mit nicht geringerer Beteiligung und nicht geringerem Ergebnis zu rechnen als bei einer solchen in der Pfandkammer.

Ist demnach die Versteigerung an Ort und Stelle zur Vermeidung unnötiger, dem Interesse aller Beteiligten widersprechender Mehrkosten sachgemäß, so bestehen doch andererseits auch keine genügenden Anhaltspunkte dafür, daß das Versteigerungsergebnis, von den Mehrkosten abgesehen, bei der Versteigerung in der Pfandkammer geringer ist. Wenn daher die Gläubigerin die entstehenden Mehrkosten entsprechend ihren früheren Erklärungen selbst tragen will — selbstverständlich kann sie sie, als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig (§§ 788, 91 ZPO.), auch nicht von der Schuldnerin ersetzt verlangen —, und wenn hinsichtlich dieser Mehrkosten an den GVollz. ein ausreichender Vorschuß (§ 23 GVollzGebD.) innerhalb der von ihm zu bestimmenden Frist geleistet wird, so kann auch die Versteigerung in der Pfandkammer erfolgen. Die Mehrkosten bestehen einmal in den Kosten des Transports. Zu diesem gehören auch die Kosten der Versicherung gegen Bruchgefahr, sofern die Art der Sachen eine solche Gefahr als gegeben erscheinen läßt und nach den verkehrsüblichen Bedingungen die Haftung des Transportunternehmers dafür ausgeschlossen ist. Es gehören weiter dazu die Kosten, die an die Pfandkammer für die Bereitstellung des Versteigerungsraumes u. dgl. zu entrichten sind. Die Bestimmung des danach erforderlichen Vorschusses war aus Zweckmäßigkeitsgründen dem GVollz. zu überlassen. Soweit es sich dabei um Pfandkammerkosten handelt, wird er den Betrag unter Zugrundelegung des von ihm geschätzten voraussichtlichen Erlöses, die übrigen Kosten auf Grund seiner Erfahrungen zu berechnen haben.

(LG. Berlin, 9. JR., Beschl. v. 24. Aug. 1934, 209 T 11676/34.)

Ber. von OGD. u. OGR. Dr. Heise, Berlin.

*

4. §§ 18 Abs. 2, 36, 50 Lit. UrhG.; §§ 195, 242, 812 BGB.; § 20 Abs. 3 Ziff. b SchriftUrhG.; § 67 PresbG.

I. Das Impressum hat auch Bedeutung für den privaten Rechtsverkehr.

II. Nach Verjährung der Ansprüche aus § 36 Lit. UrhG.

Zu 2. Der Entsch. ist insoweit beizupflichten, als in der Tat nach den bestehenden gesetzlichen Best. das Armenrecht grundsätzlich ohne das behördliche Armutszeugnis nicht bewilligt werden darf. Das Gericht darf ohne Vorlegung desselben dem Antrag auf Bewilligung nicht stattgeben, wohl aber naturgemäß wegen Fehlens des Zeugnisses das Armenrechtsgesuch zurückweisen. Damit ist allerdings nicht gesagt, daß das Gericht an das Zeugnis und an die Beurteilung, die dieses der wirtschaftlichen Lage des Antragstellers angeheben läßt, gebunden ist. Nicht die im Armutsattest ausgesprochene Schlussfolgerung, daß die Partei zur Zahlung der Prozeßkosten nicht oder nur zum Teil oder nur in Raten imstande sei, ist das wesentliche, dem Gericht bei seiner Entsch. zu unterbreitende Element, sondern die tatsächlichen Feststellungen der Behörde über die Einkommensverhältnisse des Antragstellers. Sie sollen dem Gericht die Bildung eines eigenen Urteils darüber ermöglichen, ob der Antragsteller ohne Gefährdung seines Unterhalts zur Aufbringung der Prozeßkosten in der Lage ist.

Deshalb ist auch trotz der Vorschrift des § 118 ZPO., der zwingend die Beibringung des Armutszeugnisses verlangt, das Gericht nicht gezwungen, selbst ein bescheinigtes Unvermögen anzunehmen. Es kann Ergänzungen verlangen, auch selbst Ermittlungen anstellen (Seuffert-Walzmänn, 1932, 2b zu § 118 ZPO.), es kann schließlich auch gänzlich abweichend von dem Attest wegen nicht genügend nachgewiesener Armut das Armenrecht versagen.

Es sei bei dieser Gelegenheit darauf hingewiesen, daß bekanntlich trotz fehlenden Armenattestes im Falle des § 519 Abs. 6 ZPO. die dort vorgesehene Hemmung des Laufs der Nachweisfrist eintritt. RG. hat in seiner Entsch. RG. 110, 180 = JW. 1925, 2130 zwar anerkannt, daß das Armenrechtsgesuch beim Fehlen des Zeugnisses nach dieser Richtung dem Gesetz nicht genügt, aber gleichwohl erklärt, daß der gesetzgeberische Zweck des § 529 Abs. 6 ZPO. keinen Anhalt dafür biete, einem solch mangelhaften Gesuch die Wirkungen der Hemmung des Fristenlaufs zu verjagen.

OGR. Dr. Gaedeker, Berlin.

Zu 3. Das LG. geht zutreffend davon aus, daß § 816 Abs. 2 ZPO. nicht vorschreibt, an welcher Stelle des betreffenden Gemeindebezirks die Versteigerung vorzunehmen ist, und daß beim Vorhanden-

sein mehrerer geeigneter Stellen der GVollz. unter Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens die Stelle zu wählen hat, bei der das den Beteiligten günstigste Versteigerungsergebnis zu erwarten ist. Ebenso ist dem LG. darin beizutreten, daß auch die Kosten und Gefahren einer Beförderung der Pfandsachen und die Abwehr dieser Gefahren (Versicherung) in Rechnung zu stellen sind.

Nicht zweifelsfrei ist, ob der Gläubiger durch die Erklärung, die Mehrkosten tragen und vorschießen zu wollen, auf deren Erstattung aus dem Vermögen des Schuldners hat verzichten wollen. Ohne weiteres ist dies der erwähnten Erklärung nicht zu entnehmen. Sie bedeutet inhaltlich nur eine Bereitschaft zur Sicherstellung der Gebühren- und Auslagenforderung des GVollz. gegenüber dem auftraggebenden Gläubiger. Es kann zugegeben werden, daß diese Mehraufwendungen begrifflich dann nicht zu den notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung i. S. der §§ 788, 91 ZPO. gehören, wenn mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, daß bei einer Pfandkammerversteigerung ein höheres Meistgebot nicht erzielt werden würde. Wird aber wider Erwarten bei der vom Gläubiger erwirkten Pfandkammerversteigerung ein höheres Meistgebot erzielt, als dies bei einer Versteigerung an der Pfandkammerstelle voraussichtlich erzielt wäre, so wäre es unbillig, dem Gläubiger die Erstattung des Unterschiedsbetrages zu versagen. Denn insoweit wird man die Kosten als sachgemäße Aufwendungen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ansehen müssen. Man wird aber in einem solchen Falle regelmäßig weitergehen und dem Gläubiger bzgl. des Gesamtbetrages der Mehrkosten den Erstattungsanspruch zuerkennen müssen. Denn der Gläubiger handelt sachgemäß, wenn er ein Verfahren vorschlägt, das, wie sich später ergibt, zu einem günstigeren Meistgebot führt, auch wenn der erstrebte Erfolg nicht ganz eintritt. Es spielen hierbei oft Zufälligkeiten mit, die man nicht voraussehen kann und die auch nachher verborgen bleiben.

Hat etwa der Gläubiger, um Bedenken des GVollz. oder des Gerichts schnell zu beseitigen, auf einen etwaigen Erstattungsanspruch gegen den Schuldner ausdrücklich verzichtet, so empfiehlt es sich dringend, diesen Verzicht aktenkundig zu machen.

OGR. Armstropp, Berlin.

kommen immer noch Ansprüche aus § 812 BGB. wegen unbefugten Abdrucks und Verbreitung in Betracht, die erst nach 30 Jahren verjähren.

III. Der Begriff der Verwirkung kann nur in Fällen außerordentlicher wirtschaftlicher Umwälzungen und der dadurch bedingten Unsicherheit der Rechtsbeziehungen herangezogen werden. Bei normalen Verhältnissen würde die Anwendung des Verwirkungsgedankens zu einer Außerkräftigung der Verjährungsvorschriften führen.

I. Der Kl. verfaßt Zeitungsartikel, die sich meist mit der gemeinverständlichen Wiedergabe gerichtlicher Urte. befassen.

Die Artikel des Kl. waren in der Zeitschrift „Das Gasthaus“ abgedruckt worden. Sie sind später ohne Genehmigung des Kl. in der „Neuen Gastwirts-Zeitung“ erschienen. Dadurch ist das Urheberrecht des Kl. verletzt worden. Es ist dabei unerheblich, ob bei den Artikeln in der Zeitschrift „Das Gasthaus“ der Vermerk „Nachdruck verboten“ gestanden hat; denn es handelt sich um Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts, deren Abdruck nach § 18 Abs. 2 Litt. 1. u. 2. unzulässig ist, auch wenn ein Vorbehalt der Rechte fehlt. Die Artikel befaßen sich zwar im wesentlichen mit der gemeinverständlichen Wiedergabe von gerichtlichen Urteilen; doch kann ihnen, wie aus den vom Kl. eingereichten Exemplaren hervorgeht, eine gewisse Selbständigkeit in der Wiedergabe und auch ein wissenschaftlicher Charakter nicht abgesprochen werden. — Die Bekl. haftet dem Kl. wegen des unbefugten Abdrucks nach § 36 Litt. 1. u. 2. auf Schadensersatz. Sie war in den Jahren 1929 bis Ende 1932 in der „Neuen Gastwirts-Zeitung“ als Verlegerin bezeichnet. Von dieser Tatsache hat sie in der genannten Zeit auch gewußt, denn es spricht gegen jede Lebenserfahrung, daß sie im Verlauf der ganzen Jahre, während deren sie den Druck besorgte, keinen Blick auf die Stelle gerichtet hat, wo sie auch als Druckerei der Zeitung genannt worden ist. Dennoch hat die Bekl. nichts unternommen, um die Bezeichnung als Verlegerin abändern zu lassen. Sie hat sich also mit dieser Erklärung einverstanden erklärt. Sie muß sich deshalb auch so behandeln lassen, als ob sie in dieser Zeit selbst die Verlegerin der Zeitung gewesen wäre, sie haftet also insbes. auch wie ein Verleger für jeden unbefugten Abdruck.

Die Bekl. kann dagegen nicht einwenden, daß die Benennung des Verlegers in der Zeitung lediglich aus polizeilichen Gründen erfolgt sei. Das Impressum bedeutet eine Erklärung, die — wie die Zeitung selbst — jedem zugänglich ist und die insolgedessen auch für den privaten Rechtsverkehr von erheblicher Bedeutung werden kann. Die Einwendungen der Bekl., nicht sie, sondern der Gastwirt Z. sei Verleger der „Neuen Gastwirts-Zeitung“ gewesen und dieser habe sie ohne ihr Wissen bis Ende 1932 als Verlegerin auf der Zeitung angegeben, gehen also fehl.

Da der Abdruck ohne Genehmigung des Kl. geschehen ist, haftet die Bekl. wie ein Verleger dem Kl. gem. § 36 Litt. 1. u. 2. für den ihm dadurch entstandenen Schaden, da sie es fahrlässigerweise unterlassen hat, nach dem Ursprung der Artikel Ermittlungen anzustellen.

II. Insofern der unbefugte Abdruck und seine Verbreitung zum Teil schon vor mehr als drei Jahren stattgefunden und die Bekl. Verjährung eingewendet hat, kommt allerdings für die Ansprüche des Kl. die Vorschrift des § 36 Litt. 1. u. 2. nicht in Betracht (§ 50 Litt. 1. u. 2.); die Bekl., die bis Ende 1932 als Verlegerin der Zeitung zu gelten hat, hat aber das Honorar für den unbefugten Abdruck eripart. Sie ist deshalb auf Kosten des Kl. berechtigt und zum Ersatz des ihm entgangenen Honorars verpflichtet (§ 812 BGB.). Sie kann hiergegen nicht einwenden, daß sie, wie auch der Verleger Z., von dem Abdruck der Artikel des Kl. Abstand genommen hätte, wenn sie von vornherein gewußt hätte, daß sie wegen des Honorars für diese Artikel in Anspruch genommen werden würde. Tatsächlich hat sie mit Artikeln des Kl. ihre Zeitung gefüllt; sie muß deshalb auch ein angemessenes Honorar dafür zahlen. Da sie es nicht schon zur Zeit des Abdruckes tat, geschah ihre Bereicherung auf Kosten des Kl.

Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung unterliegen den allgemeinen Verjährungsvorschriften, sie verjähren insolgedessen erst nach Ablauf von 30 Jahren (§ 195 BGB.). Die Bereicherungsansprüche des Kl. sind daher noch nicht verjährt.

III. Die Bekl. glaubt nun, sich von ihrer Zahlungsverpflichtung dadurch befreien zu können, daß sie sich darauf beruft, daß der Kl. als Abonnent der Gastwirts-Zeitung schon längst von dem unbefugten Abdruck seiner Artikel Kenntnis gehabt und trotzdem im Verlauf der ganzen Jahre nichts unternommen habe. Sie will daraus eine Verwirkung seiner Ansprüche ableiten. Diese Auffassung kann nicht gebilligt werden. Es mag richtig sein, daß die Artikel des Kl. nicht zum Abdruck gelangt wären oder zum mindesten die Bekl. sich nicht weiter als Verlegerin bezeichnet hätte, wenn sie vom Kl. schon früher in Anspruch genommen worden wäre. Der Begriff der Verwirkung kann aber nur in Fällen außerordentlicher wirtschaftlicher Umwälzungen und der dadurch bedingten Unsicherheit der Rechtsbeziehungen herangezogen werden. Er findet keine Verwendung,

wenn unter völlig normalen Verhältnissen ein Anspruch vom Berechtigten jahrelang nicht geltend gemacht wird (vgl. RG.: Deutsche Justiz 1934, 746). Wie groß der Zeitraum von der Entstehung des Anspruchs bis zu seiner Geltendmachung sein darf, wird durch die Vorschriften über die Verjährung geregelt. Die Anwendung des Verwirkungsgedankens bei normalen Verhältnissen würde praktisch zu einer Außerkräftigung der Verjährungsvorschriften führen.

Die Höhe des Betrages, den die Bekl. dem Kl. als Schadensersatz und aus ungerechtfertigter Bereicherung zu zahlen hat, richtet sich danach, was der Kl. als Honorar für den Abdruck seiner Artikel erhalten hätte und was die Bekl. durch den ungerechtfertigten Abdruck erspart hat. Der vom Kl. verlangte Betrag von 0,20 RM für die Zeile erschien mit Rücksicht auf die Art der abgedruckten Artikel durchaus angemessen.

(LG. Berlin, 21. ZR., Urte. v. 7. Juni 1934, 221 S 1835/34.) [Fn.]

*

5. § 10 ZwVerfG. Die Kosten einer vorangegangenen Mobilienvollstreckung können von einem Gläubiger der Klasse 5 mit diesem Rang im Zwangsversteigerungsverfahren geltend gemacht werden.

Zwar fallen die Kosten einer früheren Mobilienvollstreckung nicht unter § 10 Abs. 2 ZwVerfG. (Jaekel-Güthe, Anm. 25 b zu § 10; Reinhard-Müller, Anm. X 1 d a. a. D.). Darum handelt es sich aber hier nicht. Für die Kosten einer vorausgegangenen Mobilienvollstreckung bedarf es nicht der Beibringung eines besonderen Vollstreckungstitels. Wenn der Gläubiger einen Vollstreckungstitel für seine Forderung erlangt und auf Grund dieses Titels die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners erfolglos versucht hat, so kann er auf Grund dieses Titels wegen der Hauptforderung, der Zinsen, der Kosten des Rechtsstreits und der Kosten der fruchtlosen Pfändung die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung eines dem Schuldner gehörigen Grundstücks beantragen oder einem bereits anhängigen Verfahren beitreten. Natürlich steht er dann in der 5. Rangklasse (Reinhard-Müller a. a. D. S. 85). Der § 10 Abs. 2 ist nur dann von Bedeutung, wenn ein Gläubiger das Verfahren betreibt wegen eines Anspruchs, der nach Ziff. 1—4 des § 10 bevorrechtigt ist. In diesem Fall ist zwischen den Kosten des § 10 Abs. 2 und den nicht unter Abs. 2 fallenden Kosten zu unterscheiden. In einem Falle wie hier, wo der Gläubiger ohnehin nur in der Rangklasse des § 10 Ziff. 5 rangiert, bedarf es dieser Unterscheidung nicht.

(LG. Berlin, 1. ZR., Beschl. v. 8. Aug. 1934, 201 T 11406/34.)

Ver. von LG. Dr. Seibert, Berlin.

*

6. § 811 Ziff. 5 BPD. schützt nach der Rspr. des RG., der das beschließende LG. in ständiger Rspr. folgt, nur Kleinbetriebe jeder Art, wenn und insoweit sie nur durch das persönliche Tätigsein des Inhabers im Betriebe in Gang gehalten werden können.

Der Schuldner hat zwei offene Bäckereiladengeschäfte und beschäftigt nach seinen eigenen Angaben 3 Gesellen, 1 Lehrling, 2 Verkäuferinnen, 1 Hausangestellte und 1 Hausdiener. Hieraus ergibt sich schon, daß es sich nicht mehr um einen auf die Person des Schuldners abgestellten Kleinbetrieb handelt, sondern um ein Unternehmen, in welchem der Schuldner im wesentlichen nur leitend tätig ist, während seiner persönlichen Mitarbeit keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Der Betrieb läßt sich auch nicht so verkleinern, daß er nur noch auf die persönliche Mitarbeit des Schuldners abgestellt bleiben würde, so daß ihm die dazu erforderlichen Pfandstücke freigegeben werden könnten.

Zur Erhaltung eines größeren, nicht mehr auf die persönliche Mitarbeit des Schuldners abgestellten Betriebes bestehen aber nach geltendem Recht keine Pfändungsbeschränkungen im Sinne des Schuldners.

(LG. Berlin, 9. ZR., Beschl. v. 28. Juli 1934, 209 T 8623/34.)

Ver. v. LG. Dir. u. OGRat Dr. Heise, Berlin.

*

Sozum

7. § 1708 BGB.

1. Der Unterhaltsanspruch eines unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Ehemann der Mutter seine Vaterschaft in öffentlicher Urkunde anerkannt hat.

2. Dem Unterhaltsanspruch steht auch nicht für die Vergangeneheit die Tatsache entgegen, daß der Ehemann der Mutter dem Kinde Unterhalt gewährt hat.

Mit der am 15. Dez. 1933 zugestellten Klage verlangte die Kl. von ihrem unehelichen Vater Unterhalt gem. § 1708 BGB. für die Zeit vom Tage der Geburt (30. Sept. 1927) bis zum voll-

erdeten 16. Lebensjahre. Der Vell. wandte ein, der Ehemann der Kindesmutter habe in öffentlicher Urkunde vor dem Standesbeamten seine Vaterchaft über die Kl. anerkannt. Auch habe er bis zur Scheidung seiner Ehe mit der Kindesmutter, nämlich bis zum 1. Jan. 1933, der Kl. Unterhalt gewährt. Während das O.G. die Klage für die Zeit bis zum 1. Jan. 1933 abwies, gab ihr das U.G. mit folgender Begr. in vollem Umfange statt:

Es ist zunächst und in Übereinstimmung mit dem ersten Richter davon auszugehen, daß die Anerkennung der Vaterchaft durch den inzwischen geschiedenen Ehemann der Kindesmutter der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs gegen den Vell. grundsätzlich nicht im Wege steht. Die Anerkennung der Vaterchaft schafft lediglich eine jederzeit zu entkräftende Vermutung dafür, daß der Anerkennende der Vater des Kindes ist, daß er also der Kindesmutter in der gesetzlichen Empfängniszeit beigezogen hat. Eine Wirkung gegenüber Dritten kommt ihr jedoch nicht zu. Insbesondere wird dadurch nicht das Recht des Kindes ausgeschlossen, eine andere Person als Vater in Anspruch zu nehmen.

Die Gewährung des Unterhalts bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 1708 ff. BGB. Nach § 1711 BGB. kann der Unterhalt auch für die Vergangenheit verlangt werden. Aus dem Wortlaut und Sinn dieser Best. ist zu entnehmen, daß diesem Verlangen grundsätzlich nicht die Tatsache entgegensteht, daß schon ein anderer, gleichgültig aus welchem Rechtsgrunde, dem Kinde Unterhalt in der Vergangenheit gewährt hat. Denn im Gegensatz zu dem auf Verwandtschaft beruhenden Unterhaltsanspruch ist der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes, der nach § 1710 Abs. 1 BGB. auf Entrichtung einer Geldrente, geht, nicht davon abhängig, ob das Kind des beanspruchten Unterhalts bedürftig ist oder nicht.

Nach § 1709 Abs. 2 BGB. geht allerdings der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater, soweit die Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter des Kindes dem Kinde Unterhalt gewährt, auf die Mutter oder den Verwandten über und erlischt deshalb in der Person des Kindes. Der Ehemann der Kindesmutter gehört aber nicht zu den mütterlichen Verwandten des Kindes und ist dem Kinde weber aus familienrechtlichen noch aus vertraglichen Gründen unterhaltsverpflichtet.

Insofern hat er durch die Gewährung des Unterhalts auch nicht eine ihm dem Kinde gegenüber obliegende Verpflichtung erfüllt. Er hat dem Kinde lediglich eine freiwillige Zuwendung gemacht, die das Schuldverhältnis des Erzeugers zum Kinde nicht berühren kann. Es kann aus diesem Grunde auch nicht die Rede davon sein, daß der Ehemann der Kindesmutter die dem Vell. obliegende Verpflichtung erfüllt hat und aus diesem Grunde der Unterhaltsanspruch des Kindes zum Erlöschen gebracht ist; denn diese Verpflichtung, die auf Entrichtung einer Geldrente geht, hat er nicht dadurch erfüllt, daß er dem Kinde durch freiwillige Zuwendung Unterhalt in Natur gewährte.

(U.G. Bochum, 5. Zk., Art. v. 27. Juni 1934, 5 S 277/34.)

Ver. von N. Dr. Bartels, Bochum.

*

Frankfurt a. M.

8. Art. 30 GG. Ein ausländisches Gesetz, das dem unehelichen Kinde jeden Unterhaltsanspruch gegen seinen Erzeuger versagt, kann in Deutschland nicht angewendet werden. †)

Zweifelhaft kann nur sein, ob die Anwendung des englischen Rechts, das dem Kl. gegenüber seinem unehelichen Erzeuger keinerlei Unterhaltsanspruch zuerkennt, i. S. des Art. 30 GG. gegen die

guten Sitten oder gegen den Zweck des deutschen Gesetzes verstößt. In diesem Punkte kann der Ansicht des O.G., das diese Frage verneint hat, nicht beigetreten werden. Einen Verstoß gegen die guten Sitten würde die Anwendung des englischen Rechts allerdings nicht bedingen, denn die Gründe, die sich für oder gegen die Gewährung eines Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes ins Feld führen lassen, sind vom Standpunkt der allgemein anerkannten Moral gleichbedeutend, und die grundsätzliche Verfolgung des Unterhaltsanspruchs durch fremde Rechtsordnungen ist auch nach den in Deutschland herrschenden Kulturanschauungen nicht schlechthin als unbillig zu bezeichnen.

Gingegen widerspricht die Anwendung des englischen Rechts, das lediglich der unehelichen Mutter unter gewissen eng begrenzten Voraussetzungen binnen einer Ausschlussfrist von einem Jahr nach der Geburt des Kindes die Möglichkeit gibt, den Erzeuger auf Leistung von Wochenbettkosten und Unterhalt bis zur Höhe von 20 Schilling in Anspruch zu nehmen, dem Kinde selbst aber jeden Anspruch versagt, dem Zweck der Unterhaltsgewährung durch die §§ 1708 ff. BGB. Der Zweck der Bestimmungen des deutschen Rechts, die dem unehelichen Kinde den Unterhaltsanspruch gegen seinen Erzeuger gewähren, ist allerdings in erster Linie durch ethische Gesichtspunkte bestimmt. Die Heranziehung des unehelichen Vaters zu einem Unterhaltsbeitrag für das von ihm erzeugte Kind entspricht in dem weitest größten Teil Deutschlands seinem seit Jahrhunderten anerkannten Gewohnheitsrecht und der allgemein verbreiteten Anschauung, daß dem unehelich erzeugten Kinde, obwohl seine Rechtsstellung derjenigen des ehelich erzeugten nicht gleich sein kann, durch das familierechtliche Band natürlicher Verwandtschaft und auch aus schuldrechtlichen (deliktischen) Gesichtspunkten Ansprüche gegen seinen Erzeuger zustehen (vgl. Mot. zu BGB. IV S. 868, 869). Die allgemeine Geltung dieser im deutschen Volke fest verwurzelten Anschauung hat insbes. dadurch ihre Bestätigung gefunden, daß bei der Beratung des BGB. von keiner Seite die grundsätzliche Anerkennung der Vaterchaftsklage in Zweifel gezogen worden ist (vgl. Protokolle IV S. 672). Daneben aber nennen die Motive a. a. O. noch zwei weitere wesentlich von wirtschaftlichen und bevölkerungspolitischen Erwägungen beherrschte Gesichtspunkte, die für die Gewährung des Unterhaltsanspruchs maßgebend waren. In den Motiven ist auf S. 870 ausgeführt: „Zu berücksichtigen ist ferner, daß durch Beseitigung der Alimenterklage die Lage der unehelichen Kinder voraussichtlich sich noch schlechter gestalten würde, als dieselbe ohnehin schon ist, daß dadurch der körperlichen und geistigen Verwahrlosung, welcher gerade diese Kinder besonders ausgelegt sind, Vorschub geleistet zu werden droht. Da uneheliche Kinder nur zu oft schlecht erzogen werden und eine Pflanzschule des Lasters und der Verbrechen sind, da bei unehelichen Kindern Totgeburten wie auch frühzeitige Sterbefälle viel häufiger vorkommen als bei ehelichen Kindern, so muß es auch im Interesse der Gesellschaft als in hohem Grade bedenklich erachtet werden, dem unehelichen Kinde den Unterhaltsanspruch gegen den unehelichen Vater gänzlich zu entziehen. Weiter kommt in Betracht, daß die Beseitigung des Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes gegen den unehelichen Vater dem Erfolge nach auf eine Begünstigung und Entlastung des Wohlhabenden hinausläuft, während dieselbe andererseits die öffentliche Armenlast nicht unerheblich zu vermehren droht.“

Diese letztgenannten Zwecke des Unterhaltsanspruchs, die dahin zielen, die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel für den Unterhalt und die Erziehung Unehelicher zu vermeiden, wenn der Erzeuger feststellbar ist, und gleichwohl die wirtschaftlichen Nachteile der unehelichen Geburt für die gedeihliche Entwicklung der Unehelichen auszugleichen, müssen gegenüber den rein moralischen Erwägungen angesichts der nach den jetzt herrschenden Anschauungen weitans im Vordergrund jeder Betrachtung stehenden Betonung und anerkannten Be-

Zu 8. Die Grundlage, auf der das Urt. aufgebaut ist, erscheint insofern bedenklich, als ein gewisser Unterhaltsanspruch für uneheliche Kinder unzweifelhaft nach englischem Recht besteht. Die gegenteilige Auffassung wird in dem Urt. als selbstverständlich unterstellt. Schon in dem sog. Bastardy Laws Amendment Act 1872 und 1873 ist vorgesehen, daß ein Unterhaltsbeitrag bis zu 10 Schilling wöchentlich und bis zum 13. Lebensjahre dem Vater des Kindes auferlegt werden kann. Wichtig ist, daß es sich hierbei zunächst wohl materiell um einen Anspruch der Kindesmutter oder des sonst Erziehungsverpflichteten und nicht um einen Anspruch des Kindes selbst handelt. Dies ist jedoch durch die Affiliation Orders Act 1914 zum mindesten praktisch stark abgeändert, indem nämlich das Gericht in solchen Fällen einen Pfleger zu ernennen hat, welchem die Beiträge auszuführen sind. Wenn also auch in der Konstruktion des Anspruchs gewisse Abweichungen gegenüber dem deutschen Recht vorhanden sein mögen, so kann keineswegs, wie es das abgedruckte Urt. tut, mit einem kurzen Satz festgestellt werden, daß nach englischem Recht Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes schlechterdings überhaupt nicht bestehen.

Wenn man hiervon abliest, so muß andererseits die Entsch. durchaus begrüßt werden. Das englische Recht weicht bekanntlich in ganz grundlegenden Fragen von dem unsren ab. Insbes. aber ent-

spricht es der konservativen Natur dieses Rechts, mit seiner Abhängigkeit von uralten Präzedenzen, daß durch die Npr. auch im Familienrecht Auffassungen durch die Jahrhunderte erhalten werden, welche nach unserer Auffassung veraltet und überlebt sind. Außerdem wurzelt gerade das englische Familienrecht in dem stark betonten kirchlichen Anschauungskreis, so daß das von der Kirche sanktionierte Familienband der natürlichen Blutsverwandtschaft gegenüber eine außerordentlich betonte Rolle spielt. Ferner dürfte auch die alte arciopokratische Auffassung des Engländer in bezug auf die Familie hierbei von Bedeutung sein. Abgesehen von diesen Unterschieden ist aber das englische Recht entsprechend der Verfassung des Landes seit jeher individualistisch und liberalistisch gewesen, und hieran hat sich auch in der neuesten Zeit nur verhältnismäßig wenig geändert. Bei dem dadurch bedingten Zurücktreten allgemeiner nationaler Interessen, insbes. dem Zurücktreten des öffentlichen hinter das private Recht, ist es natürlich, daß sich schon in den Jahren vor der nationalen Erhebung die Unterschiede zum deutschen Recht dauernd verstärkten. Der nationalsozialistische Gedanke hat aber mit der Ablehnung der liberalistischen Tendenzen und der Hervorhebung völkischer und rassepolitischer Gesichtspunkte gerade auch im Familienrecht eine Grundlage geschaffen, die sich schlechterdings mit den Grundlagen des englischen Rechts über-

deutung der bevölkerungspolitischen Probleme als die bestimmenden Zwecke der Ansprüche nach § 1708 BGB. angesehen werden. Die Anwendung des englischen Rechts würde diese Zwecke des deutschen Gesetzes durchkreuzen und unmöglich machen. Wenn auch das RG. in ständiger Rspr. daran festhält, die Vorchrift des Art. 30 EWGV. sei in dem Sinne zu verstehen, „daß ... die Anwendung des nach dem internationalen Privatrecht an sich maßgebenden ausländischen Rechts verboten ist, wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen und sozialen Anschauungen, auf denen dieses und auf denen das konkurrierende deutsche Recht beruht, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staats- und wirtschaftlichen Lebens angreifen würde“ (vgl. RG. 60, 298 ff.; 73, 366¹⁾; 114, 171²⁾; 119, 263³⁾; 132, 195⁴⁾), so sind diese Voraussetzungen im vorl. Falle trotz seiner Vereinzelung erfüllt. Die Entrechtung des Kl. durch das anzuwendende ausländische Recht ist nicht nur geeignet, sein persönliches Wohl und seine Erziehung zu gefährden; denn da der Kl. nun einmal in Deutschland aufwächst und erzogen wird und nicht der Verwahrlosung anheimgegeben werden kann, wenn er nicht zur Gefahr für andere Volksgenossen werden soll, so müßte sich auch ohne eine rechtliche Verpflichtung dazu bei seinen wirtschaftlichen Verhältnissen seiner Mutter die öffentliche Fürsorge seiner annehmen, wenn aus Rechtsgründen die Inanspruchnahme seines Erzeugers entfielen; es würden dadurch der Allgemeinheit Mittel entzogen, die an anderer Stelle für bevölkerungspolitische Maßnahmen besser verwandt werden können. In dieser Auswirkung gesehen, hat auch der rechtlich eigenartig gelagerte Einzelfall für die Allgemeinheit eine so weittragende Bedeutung, daß auch bei Beachtung der vom RG. gezogenen engen Schranken die Anwendung des Art. 30 EWGV. geboten erscheint.

Auch dadurch, daß nach englischem Recht für die uneheliche Mutter die Möglichkeit gegeben ist, den Vater in gewissem Umfange in Anspruch zu nehmen, wird daran, daß die Verjagung aller Ansprüche für das Kind selbst dem Zweck des deutschen Gesetzes widerspricht, nichts geändert. Denn gerade diejenigen Zwecke, die es nach deutschen Rechtsanschauungen rechtfertigen, die für das Wohl und die geistliche Entwicklung des Kindes selbst notwendigen Mittel ihm zuzuwenden, werden durch den Anspruch der Mutter nicht sichergestellt.

Findet hiernach das englische Recht im vorl. Falle keine Anwendung, so ist zur Ausfüllung der dadurch entstehenden Gesetzeslücke, obgleich Art. 27 EWGV. eine Rückverweisung für diesen Fall nicht enthält oder zuläßt, nach der überwiegend herrschenden Ansicht für das Verhältnis des in Deutschland lebenden Kl. zu seinem in Deutschland lebenden deutschen Erzeuger das deutsche Recht heranzuziehen und unmittelbar anzuwenden (vgl. Frankenstein, ZPR. I, S. 231, 271; Staudinger, zu Art. 21 E. I, zu Art. 30 G II 5), da der Versuch einer Anknüpfung an die in Geltung bleibenden anwendbaren Normen des englischen Rechts nicht zum Ziele führt. Dann aber sind die Ansprüche des Kl. gem. §§ 1708, 1717 Abs. 1 BGB. begründet.

(RG. Frankfurt a. M., 5. Jk., Ur. v. 30. Juli 1934, 2^o S 73/34.)
Eingef. v. N. Dr. F. Thiemeyer, Frankfurt a. M.

*

haupt nicht mehr vergleichen läßt. Es kann daher dem Ur. nur beigemessen werden, wenn es in der hier in Frage kommenden Einzelerscheinung einen so ungeheuren grundlegenden Unterschied zu unserem deutschen Recht sieht, daß die Anwendung des Art. 30 gerechtfertigt ist. Man darf sich zweifellos vor der Anwendung dieses Artikels nicht deshalb scheuen, weil auch England ein großes Kulturland ist und ihn durch die Anwendung dieses Artikels diese Eigenschaft in irgendwelcher Hinsicht abgesprochen werden könnte. Davon kann um so weniger die Rede sein, als der Nationalsozialismus infolge seines Totalitätsgebahrens auch auf dem Gebiete des Rechts wie auf allen anderen Gebieten so einschneidende Unterschiede der Auffassung gegenüber den liberalistischen Staaten schaffen mußte und geschaffen hat, daß hier auch Einzelerscheinungen schlechthin mit den in Deutschland herrschenden nationalsozialistischen Kulturanschauungen unvereinbar erscheinen müssen. Nach den mir bekannten englischen Entsch. glaube ich auch, daß ein englisches Gericht in einem ähnlichen Falle keine Bedenken tragen würde, zu dem gleichen Ergebnisse zu gelangen. Man wird daher nur hoffen können, daß in ähnlichen Fällen dem nationalsozialistischen Gedankengut auf dem Wege über Art. 30 die ihm zukommende Geltung in Deutschland verschafft wird.

N. Dr. Werner Wuffow, Berlin.

1) JW. 1910, 758.

2) JW. 1926, 2367.

3) JW. 1928, 656.

4) JW. 1932, 345.

Hamburg

9. § 739 PFD.; §§ 1411, 1412 BGB. Die Zustimmung des Ehemannes zur Prozeßführung der Frau genügt nicht, um bei der Zwangsvollstreckung gegen die Frau hinsichtlich des eingebrachten Gutes den Duldungstitel entbehrlich zu machen. Stimmt aber der Ehemann der Zwangsvollstreckung zu, so bedarf es eines Duldungstitels nicht. *)

Die Ehefrau M. hatte gegen den Gläubiger N., welcher auf Grund eines gegen den Ehemann M. gerichteten Schuldtitels Mobilartikeln in der Wohnung der Eheleute M. gepfändet hatte, wegen dieser Pfändung Interventionsklage erhoben; in diesem Interventionsprozeß, in welchem die Ehefrau M. durch ihren Ehemann M. vertreten wurde, erging nach Erledigung der Hauptsache Kostenurteil gegen die Ehefrau M. Auf Grund dieses Kostentitels ist bei der Ehefrau M. eine zu ihrem eingebrachten Gute gehörige Standuhr gepfändet worden. Der Ehemann M. hat gegen diese Pfändung Erinnerung eingelegt mit der Begr., daß der G.Vollz. die Pfändung nicht habe vornehmen dürfen, weil ein Duldungstitel gegen ihn, den Ehemann, nicht vorliege. Der Gläubiger beruft sich demgegenüber darauf, daß die Widerspruchsklage mit Zustimmung und sogar durch den Ehemann geführt worden sei, und daß der Ehemann auch der Zwangsvollstreckung selbst zugestimmt habe, indem er persönlich Ratenzahlungen auf die von seiner Ehefrau aus dem Schuldtitel geschuldeten Kosten angeboten habe.

Das LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen mit der Begr., bei Zustimmung des Ehemannes zum Interventionsprozeß der Frau sei wegen des späteren Kostentitels gegen die Ehefrau aus diesem Interventionsprozeß ein Duldungstitel gegen den Ehemann nicht erforderlich, da andernfalls der Gläubiger seine Kosten nie ersetzt bekomme.

Gegen diesen Beschl. hat der Ehemann M. Beschwerde eingelegt. Das OLG. hat der Beschwerde stattgegeben, den Beschl. des LG. aufgehoben und den G.Vollz. angewiesen, die gepfändete Standuhr freizugeben.

Das BeschwG. vermag den Ausführungen des LG. und des Gläubigers nicht zu folgen. Nach seiner ständigen Rspr. genügt die Zustimmung des Ehemannes zur Prozeßführung der Frau noch nicht, um bei der daraus erwachsenden Zwangsvollstreckung gegen sie hinsichtlich des eingebrachten Gutes den Duldungstitel entbehrlich zu machen (Baumbach, 9. Aufl., 5 A zu § 739; Beschl. des BeschwG. v. 30. Jan. 1933, ZBs IX 31/33). Es gilt auch nichts Besonderes für Widerspruchsklagen der Ehefrau. Will der obsiegende Widerspruchsbekl. hier wegen der Kosten in das eingebrachte Gut der Frau vollstrecken, so muß er erst auf Grund der §§ 1411, 1412 Abs. 2 BGB. auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann klagen. Das mag formalistisch erscheinen, entspricht aber den wohlwollener geltenden Vorkehr. des Zwangsvollstreckungsrechts, nach denen nun einmal für jede Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut ein Duldungstitel gegen den Ehemann erforderlich ist.

Dagegen hat das BeschwG. schon mehrfach entgegen der h. M. (Stein-Jonas, 14. Aufl., § 739 II 1; Försster-Kann, 6a aa z zu § 739) mit Baumbach, 9. Aufl., § 739, 5 A, einen Duldungstitel dann nicht für erforderlich erklärt, wenn der Ehe-

ob er die Forderung anerkennt, aufgefordert hat. Bestreitet der Mann die Forderung oder die Haftung des Eingebrachten, so ist Anlaß zur Klage gegeben (vgl. OLG. XV, 14; XIX, 72; XXIX, 37; Braunschweig, 26, 44).

Ein Titel gegen einen im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutzung lebenden Ehemann auf gesamtschuldnerische Leistung neben der Ehefrau ersetzt nicht den nach § 739 zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau erforderlichen Duldungstitel gegen den Ehemann (vgl. JW. 1928, 1892 [RG. München]). Eine ohne Duldungstitel gegenüber dem Manne in der Richtung gegen die Frau erfolgte Pfändung ist trotz nachträglicher Erwirkung des Duldungstitels für unwirksam erklärt worden (BayRpfz. 1929, 196). Die Vollziehung eines Arrestes in ein Grundstück, das auf den Namen einer im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehefrau im Grundbuch steht, ist nur zulässig, wenn der Arrestbeschl. auch die Pflicht des Ehemannes zur Duldung der Arrestvollziehung auspricht. Dies gilt auch dann, wenn der Arrestbeschl. auch gegen den Ehemann als Mitschuldner gerichtet ist (RG.: MZ. 1930 Nr. 246; KöchlinRspr. 1930 Nr. 459).

Auch wenn ein Verpflichtungsgeschäft der im gesetzlichen Güterstand lebenden Frau gegenüber dem Manne wirksam ist, bedarf es nach der Meinung des RG. gegen ihn noch eines Titels auf Duldung der Vollstreckung (vgl. JW. 1931, 1345; Stöber: Rechtspfleger 1931, 197).

Hat sich die Ehefrau in einer Urkunde unter Zustimmung des Mannes der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so bedarf es nach einer verbreiteten Ansicht zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut doch noch der Beurteilung des Mannes

Zu 9. Ohne Kostengefahr darf der Gläubiger zur Duldungsklage aus § 739 erst schreiten, wenn er den Ehemann von der Schuld der Frau in Kenntnis gesetzt hat und ihn zu einer Erklärung,

mann der Zwangsvollstreckung selbst zugestimmt hat (vgl. Beschl. des BeschwG. v. 30. Jan. 1933, Z Bs IX 31/33 und v. 5. März 1934, Z Bs IX 289/34). Inwieweit treffen also die Rechtsausführungen des Gläubigers zu. Doch hat er eine solche Zustimmung nicht dazunehmen können. Sie liegt nicht schon in der Zustimmung zur Prozeßführung. Aus der Zwangsvollstreckungsakte ergibt sich eine solche ebenfalls nicht. Die Schuldnerin selbst hat nach dem Pfandprotokoll mit dem GVolz. verhandelt. Im Schreiben v. 14. April 1934 bietet der BeschwF. zwar selbst Raten an. Auch darin kann jedoch noch keine Zustimmung zu der erst später vorgenommenen Pfändung in das eingebrachte Gut gefunden werden. Will die Gläubigerin aus diesem Schreiben etwas herleiten, so muß sie den Ehemann eben verklagen. Einen Vollstreckungstitel bildet dieses Schreiben keinesfalls.

(LG. Hamburg, 9. R., Beschl. v. 24. Juli 1934, Z Bs IX 1019/34.)
Ber. von M. Dr. Schneider, Tostedt.

*

Karlsruhe

10. § 36 GBD. Testamentsabschriften mit Eröffnungsprotokollen genügen normalerweise im Grundbuchverkehr.

GBM. erblickte in den beiden Testamentsabschriften nebst Eröffnungsprotokollen — entgegen der Regelvorschr. des § 36 Abs. 1 S. 2 GBD. — deshalb keinen ausreichenden Nachweis für die Erbfolge, weil zwischen Testamentserrichtung und Todesfall jeweils so viel Zeit verstrichen sei (beim Ehemann 22, bei der Ehefrau 25 Jahre), daß die Möglichkeit der Errichtung anderer, das erste Testament aufhebender oder abändernder Testamente nicht ausgeschlossen sei.

Die Auffassung geht fehl. Eine solche Möglichkeit besteht auch

zur Duldung der Zwangsvollstreckung (vgl. SchlHollAnz. 1928, 75; FrankfM. 3, 86; Krause: WuR. 1928, 793, 987; RZ. 7, 49, 20f.).

Das LG. Hamburg hält die allein verurteilte Ehefrau, in deren Vorbehaltsgut die Vollstreckung fruchtlos verlaufen ist, zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet, auch wenn der Ehemann der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut widerspricht. Die Ehefrau habe in dem Offenbarungseid ihr vollständiges Vermögen, nicht nur ihr Vorbehaltsgut, anzugeben (vgl. HansMGB. 1929, B. 110). Diese letztere Ansicht geht m. E. zu weit. Das geltende Offenbarungseidverfahren gehört zweifellos zur Zwangsvollstreckung, unterfällt deshalb auch deren allgemeinen Bestimmungen, insbes. derjenigen des § 739. über das eingebrachte Gut braucht deshalb eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau den Offenbarungseid nur zu leisten, wenn gegen ihren Ehemann ein Duldungstitel in das eingebrachte Gut vorliegt.

Auch in der vorliegenden Entsch. bewährt sich das LG. Hamburg wiederum als Gegner der Vorschrift des § 739 ZPD. Dem ersten Teil der Entsch. ist aus den angegebenen Gründen unbedenklich zuzustimmen. Bedenklich muß aber die Praxis des LG. Hamburg erscheinen, die einen Duldungstitel gegen den Mann dann nicht für erforderlich erklärt, wenn der Ehemann selbst der Zwangsvollstreckung zugestimmt hat, und zwar hat es den Anschein, als solle auch eine formlose Zustimmung, z. B. mündlich oder in einem Schreiben u. dgl., für ausreichend angesehen werden können.

Da es sich bei dem § 739 ZPD. um eine Vorschrift des formellen Verfahrensrechts handelt, könnte man daran denken, daß ein allzu starres Festhalten an seinen Bestimmungen Formalismus bedeute. Mit Recht hat der Nationalsozialismus dem Formalismus den Kampf angesagt (vgl. D. R. Heft 15 v. 10. Aug. 1934). Man hat den Vorschlag gemacht, der Richter solle berechtigt sein, von den Bestimmungen jedes Gesetzes im Einzelfall dann abzuweichen, wenn die Anwendung des Gesetzes im Einzelfall zu einer offensibaren groben Unbilligkeit führen würde (vgl. Frank: Der dtsh. Justizbeamte 1934, 47 ff.; Meinecke: VölkBeob. vom 18. Sept. 1934). Mit Recht ist aber auch hervorgehoben worden, daß eine Entsch. erst dann formalistisch zu nennen ist, wenn durch die Anwendung des geschriebenen Rechts das natürliche Volksempfinden so beeinträchtigt wird, daß es ein Unrecht in der Entsch. erblickt, oder wenn sich durch die nach dem Wortlaut des Gesetzes notwendige Erfüllung formaler Bestimmungen die Entsch. so lange verzögert, daß dadurch dem Rechtshabenden Schaden erwächst.

Entsprechend der im § 1412 BGB. erwähnten Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft kennt die ZPD. eine Einwilligung zur Vornahme der Zwangsvollstreckung in eingebrachtes Gut (so Baumbach § 739 Nr. 5). Die ZPD. sieht auch ausdrücklich vor, daß, soweit nach ihren Vorschriften die Verurteilung eines Beteiligten zur Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich ist, diese dadurch ersetzt werden kann, daß der Beteiligte in einer nach § 794

dann, wenn die erwähnte Zeit um vieles kürzer wäre. Sie ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn ein Erbschein erteilt ist. Denn auch dann liegt es durchaus im Rahmen des Möglichen, daß ein mit dem Erbschein nicht übereinstimmendes, später verfaßtes — nur nicht aus Nachlassgericht abgeliefertes — eigenhändiges Testament besteht. Es kann sich daher lediglich fragen, ob die Möglichkeit des Bestehens eines anderen Testaments nahe liegt. Diese Frage muß für Baden angesichts des der Erbscheinserteilung vorausgehenden umfassenden Offizialverfahrens verneint, auch muß angenommen werden, daß das Nachlassgericht Abschriften der Testamente und der Eröffnungsprotokolle dem BeschwF. gar nicht erteilt hätte, selbst wenn eine die Erbfolge anderweit regelnde letztwillige Bfg. dem Nachlassgericht vorgelegen hätte. Das Verlangen des GBM. wäre aber überhaupt lediglich dann gerechtfertigt, wenn irgendwelche bestimmten Anhaltspunkte für die Spätererrichtung eines Testaments bestünden (Gütche-Teiebel, 5. Aufl., A 53, Abs. 4 zu § 36). Dies ist jedoch nicht der Fall.

(LG. Karlsruhe, Beschl. v. 30. Mai 1934, 1 ZFH 35/34.)

Ber. v. AGN. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

*

Schneidemühl

11. 1. § 1 SchRG. Zum Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes.

2. AnerbGutsG. v. 8. Juni 1896. Die Voraussetzungen für die Eintragung nach dem AnerbGutsG. haben mit den Voraussetzungen für die Entscheidung nach dem SchRG. v. 1. Juni 1933 nichts zu tun. †)

Das AG. hat den Antrag auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens zurückgewiesen, weil der streitige Betrieb ein gewerb-

Abf. 1 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände „bewilligen“ kann. Als ausreichende derartige Bewilligung der Duldung der Zwangsvollstreckung in eingebrachtes Frauengut (§ 739 ZPD.) kann sehr wohl eine Genehmigung der Erklärung der Ehefrau, daß sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut unterwerfe, durch den Ehemann in derselben notariellen Urkunde angesehen werden (vgl. RG.: JW. 1933, 189; MotZ. 1933, 231; Stettin: HöchstMPr. 1933 Nr. 1270; a. A. RG.: JW. 1933, 2709 u. Kernert). Ebenso ist wohl nicht zu Unrecht in der von Eheleuten als Grundstücksmitigentümern abgegebenen Erklärung „wir unterwerfen uns der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück“ und die anschließende Erklärung des Ehemannes „ich stimme den vorstehenden Erklärungen meiner Ehefrau zu“ zugleich die nach § 1412 BGB. erforderliche Genehmigung des Ehemanns und seine eigene Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Frau gefunden worden (Danzig: MotZ. 1933, 572; DanzMSchr. 1933, 12).

Eine formlose Einwilligung in die Zwangsvollstreckung erscheint immer gefährlich, sie ist schwer beweisbar, der Gläubiger müßte sie dartin und beweisen (vgl. RMKomm. zu § 1412 Nr. 2). Auch wenn sie dem GVolz. gegenüber abgegeben wäre, ist sie schwer nachprüfbar. Immer verliert sie gegen die ausdrückliche Gesetzesbestimmung des § 794 Abs. 2, die eben zwingend die Aufnahme dieser Bewilligung in eine den Erfordernissen seines Abs. 1 Nr. 5 entsprechende öffentliche Urkunde vorschreibt. Aus der Zustimmung des § 16 Abs. 2 ZwVerfG., nach der die für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlichen Urkunden dem Antrage beizufügen sind, ergibt sich ebenfalls deutlich, daß die Duldungsbewilligung in einer einen Vollstreckungstitel darstellenden Urkunde enthalten sein muß (vgl. auch Volkmar-Armstrong, 6. Aufl., § 17 Nr. 3).

GM. Dr. Fraeb, Hanau.

Zu 11. Die Entsch. ist bei ihrem ersten Abdruck (JW. 1934, 2275¹⁹) von mir besprochen worden. Nach dem nunmehr vollständigen vorl. Wortlaut ist der Entsch. im wesentlichen zuzustimmen. Die Abwägung von Umfang und Bedeutung des gewerblichen und des landwirtschaftlichen Betriebsteils entspricht den Richtlinien v. 13. Juni 1934. Lediglich die im Ergebnis für die Entsch. offenbar unbeachtliche Nichtberücksichtigung der 200 Morgen Wald ist nach meiner Auffassung unberechtigt; vielmehr muß ein forstwirtschaftlicher Betriebsteil ebenso wie ein landwirtschaftlicher dem gewerblichen Betriebsteile gegenübergestellt werden. Aus dem jetzt vorl. Wortlaut der Entsch. ergibt sich, daß trotz Eintragung der Anerbengutseigenschaft (nach dem Gesetze v. 8. Juni 1896) AnerbG. und ErbG. übereinstimmend die Erbhoheit nach dem AerbhofG. verneint haben und nicht die Entsch. des ErbG. Ger., sondern die des AerbhofG. nicht abgewartet worden ist.

licher und mithin kein landwirtschaftlicher, das Entschuldungsverfahren wegen der vorhandenen Überfchuldung auch aussichtslos sei.

Auch das Beschw. ist der Überzeugung, daß es sich bei dem Betrieb des Antragstellers nicht um einen landwirtschaftlichen, sondern um einen gewerblichen handelt. Es wird nicht verkannt, daß in gewissem Umfange eine gemischte Wirtschaft vorliegt. Der Betrieb setzt sich aus einer Mühle, einer Bäckerei und aus Landwirtschaft zusammen. Wenn die Landwirtschaft den Hauptbetrieb darstellen und die anderen Betriebe nur Nebenbetriebe sein würden, so würde das Beschw. keine Bedenken tragen, die Entsch. des LG. aufzuheben. Tatsächlich ist aber die Sachlage die, daß die Landwirtschaft im Verhältnis zum Gesamtbetriebe zu einem Nebenweig herabgedrückt ist, der den anderen Betriebssteilen gegenüber bei weitem unterliegt. Das ergibt, wie auch bereits das ErbGer. in Celle durch Zurückweisung der Beschw. gegen Ablehnung der Erbhoeseigenschaft festgestellt hat, der Vergleich der einzelnen auf dem Grundstück betriebenen Wirtschaftszweige. Das Grundstück hat eine Größe von 78,20 ha. Es setzt sich aus etwa 60 Morgen Acker, 20 Morgen Wiese und im übrigen aus Wald zusammen. Der Sachverständige hat begutachtet, daß Acker wie Wiese von ihm in sehr mäßiger Kultur vorgefunden sind, so daß er den Eindruck hatte, daß die Ländereien nur Stiefkinder darstellen. Daß die Landwirtschaft nur eine sehr geringe Rolle spielt, ergibt sich nach dem Gutachten auch daraus, daß eine viel zu kleine Scheune vorhanden war. Die Bruttoeinnahme des Pächters der Landwirtschaft hat im Jahre 1933 nur 4240 RM betragen, während die Ausgaben sich auf 5585 RM belaufen. Demgegenüber betragen die Vereinnahmen in der Bäckerei i. J. 1933 15 968 RM. Außerdem wurden von eigenem Getreide oder im Tauschbetrieb 1965 Zentner verboden. Die Mühle hatte bei einem Umsatz von 25—30 000 RM jährlich einen Pachtertrag von 3153,60 RM, die Bäckerei bei einem Umsatz von 26 120 RM einen Pachtertrag von 1300 RM. Hieraus ergibt sich, daß die gewerblichen Betriebe der Landwirtschaft gegenüber ganz erheblich überwiegen. Dem entspricht auch die Einheitsbewertung. Der Einheitswert 1931 hat 22 700 RM auf die gewerblich genutzten Teile und nur 14 800 RM auf den übrigen gesamten Grundbesitz betragen. Da sich darunter annähernd 200 Morgen Wald befinden, können auf die Landwirtschaft höchstens 5000 RM fallen. Der Kreisbauernführer hat sich gleichfalls dahin ausgesprochen, daß seiner Ansicht nach der Gesamtbetrieb nur als Gewerbebetrieb anzusehen sei. Dieser Ansicht ist aber auch der Beschw. früher selbst gewesen. Denn er hat, als sich während der Zwangsversteigerung seine Vorbesitzerin auf den Vollstreckungsschutz berufen wollte, in einem an das Versteigerungsgericht gerichteten Schreiben selbst erklärt, es handle sich um ein Grundstück „mit überwiegend gewerblichem Charakter“. Der Betrieb wird auch jetzt noch ganz überwiegend gewerblich genutzt. Die Entsch. des ErbGer. abzuwarten, lag kein Anlaß vor; sie könnte auf die Entsch. im Entschuldungsverfahren keinerlei Einfluß haben. Von Bedeutung ist auch nicht, daß die Auerbengutseigenschaft im Grundbuch eingetragen ist. Sie wurde nach dem Auerbengutsgesetz v. 8. Juni 1896 (GS. 124) lediglich auf Eruchen des Präsidenten der An siedlungskommission in Posen eingetragen. Die Voraussetzungen für diese Eintragung nach dem Auerbengutsgesetz i. Verb. m. den Gesetzen über die Errichtung von Rentengütern v. 7. Juli 1891 (GS. 279) und 27. Juni 1890 (GS. 209) sowie dem Gesetze betr. die Beförderung deutscher Ansiedlungen v. 26. April 1886 (GS. 151) haben mit den Voraussetzungen für die Entschuldung nach dem Gesetz zur Regelung der landw. Schuldverhältnisse v. 1. Juni 1933 (RGBl. I, 331) nichts zu tun. Da auch nicht ein gemischter Betrieb i. S. dieses Gesetzes in Frage kommt, weil die Landwirtschaft im vorl. Falle nur ganz untergeordnete Bedeutung hat, unterliegt der Betrieb der Entschuldung nicht.

(LG. Schneidemühl, Beschl. v. 20. Juni 1934; 3 T 224/34.)

Eingef. v. LGDir. Lehmann, Schneidemühl.

*

Die Ansicht des LG., diese Entsch. könne im Entschuldungsverfahren keinerlei Einfluß haben, entspricht nicht den — die Gerichte freilich nicht bindenden — Richtlinien vom 13. Juni 1934, dürfte aber auch ohne diese nicht haltbar sein. Die Entsch. des ErbGer. brauchte aber schon deswegen nicht abgewartet zu werden, weil nach den übereinstimmenden Entsch. des AerbG. und des ErbGer. die weitere Beschw. an das ErbGer. nach § 49 Abs. 4 ErbHofG. unzulässig ist; mithin war z. B. der Entsch. des LG. die Erbhoeseigenschaft des Betriebes bereits rechtskräftig verneint, es sei denn, daß das Verfahren vor dem ErbGer. an einem Verstoß leiden sollte, der auf die Sachentsch. von Einfluß war (vgl. ErbHofG.: JW. 1934, 24761).

LR. Dr. v. Arnswaldt, Berlin

Stade

12. Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 B.D. v. 27. Dez. 1933. Neue Vollstreckungen sind während des Entschuldungsverfahrens unzulässig. Das Vollstreckungsverbot in Gegenstände des beweglichen Vermögens erstreckt sich auf betriebsfremde Forderungen und Vermögensstücke des Betriebsinhabers.

Über den landwirtschaftlichen Betrieb des Schuldners ist das Entschuldungsverfahren eröffnet. Nach Eröffnung ist durch Pfändungs- und Überweisungsbeschl. des LG. v. 19. Febr. 1934 ein Teil der Bezüge gepfändet, die der Schuldner als ehemaliger Offizier erhält. Das LG. hat auf Erinnerung des Schuldners durch den angefochtenen Beschl. den Pfändungs- und Überweisungsbeschl. aufgehoben, weil mit der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens ein allgemeines Vollstreckungsverbot verbunden sei. Dagegen hat die Gläubigerin rechtzeitig die nach § 793 ZPO. zulässige sofortige Beschw. eingelegt. Diese ist nicht begründet.

Die B.D. v. 27. Dez. 1933 enthält zwar nicht ausdrücklich ein Vollstreckungsverbot. Ihre Vorschr. lassen aber erkennen, daß der Gesetzgeber das Vermögen des Schuldners während des Entschuldungsverfahrens der Einzelvollstreckung entziehen will. Wenn schon begonnene Zwangsvollstreckungen mit der Eröffnung des Verfahrens kraft Gesetzes eingestellt sind und sogar aufgehoben werden können, dann müssen auch neue Eingriffe in das Vermögen des Schuldners unzulässig sein. Selbst wenn die nach der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens vorgenommenen Zwangsvollstreckungen nicht durchgeführt würden, sondern nach der Pfändung einstweilen eingestellt blieben, so könnte durch sie doch u. U. das ganze Entschuldungsverfahren gefährdet oder wenigstens gestört werden. Auch § 3 B.D. könnte in solchen Fällen nicht davor schützen, daß der ruhige Ablauf des Entschuldungsverfahrens durch Pfändungen und den Streit um die Aufhebung nach § 3 zunächst gestört wird.

Das LG. kann sich aus diesen Gründen nicht den Ausführungen des von der Gläubigerin vorgelegten Beschlusses des LG. Hannover v. 11. April 1934, 1 I T 758/34 anschließen. Bei Gegenständen, die für den landwirtschaftlichen Betrieb und das Entschuldungsverfahren unwichtig sind, mag die vom LG. Hannover behauptete Pfändbarkeit gelegentlich tragbar und sogar begrüßenswert erscheinen. Das gilt aber nicht allgemein für das bewegliche Vermögen des Betriebsinhabers. Man denke nur daran, wie wichtig Milchgeld, Rübenkolbanspruch, und überhaupt Geldforderungen und andere wertvolle Gegenstände für das Entschuldungsverfahren sein können. Wenn solche Vermögensstücke während des Entschuldungsverfahrens pfändbar wären — wenn auch mit Aussicht auf Aufhebung der Pfändung —, dann würde das Entschuldungsverfahren stark erschwert werden. Ähnlich liegt es mit Offizierspensionen und anderen dauernden Bezügen des Betriebsinhabers aus seiner früheren Tätigkeit. Sie werden in der Regel für die Aufstellung des Entschuldungsplanes eine wesentliche Rolle spielen und damit allen Gläubigern zugute kommen. Das LG. kommt deshalb, ebenso wie das LG. und die herrschende Meinung zu dem Ergebnis, daß Zwangsvollstreckungen in das Vermögen des Betriebsinhabers nach Eröffnung des Entschuldungsverfahrens unzulässig sind.

Dieser Grundsatz läßt auch nicht, wie die Gläubigerin meint, deswegen eine Ausnahme zu, weil die Offizierspension ihrer Natur nach nichts mit dem zu entschuldenden landwirtschaftlichen Betriebe zu tun hat. Pohle: Dt. Justiz 1934, 92 und Pohle-Jonas, Zwangsvollstreckungsnotrecht, 8. Aufl., S. 156, wollen im Gegenfatz zu anderen Schriftstellern Ausnahmen von dem Vollstreckungsverbot im Entschuldungsverfahren machen, wenn der Schuldner neben seinem landwirtschaftlichen Betrieb noch einen anderen selbständigen gewerblichen Betrieb hat, und wenn in diesen Betrieb und die damit zusammenhängenden Vermögensstücke aus Ansprüchen vollstreckt werden soll, die ebenfalls aus diesem Betrieb herrühren. Sie folgern dies daraus, daß in den Vorschr. über den Vollstreckungsschutz im Entschuldungsverfahren der landwirtschaftliche Betrieb im Vordergrund steht (vgl. Art. 2 Ziff. 1 und 3). Ob ihre Ansicht richtig ist, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil eine der von ihnen angenommenen Ausnahmen hier nicht vorliegt. Man kann die Offizierspension nicht von der Entschuldung des landwirtschaftlichen Betriebes des Schuldners trennen. Sie ist für die Entschuldung von wesentlicher Bedeutung. Hinzu kommt, daß in Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 der genannten B.D., aus dem das Vollstreckungsverbot insbes. abzuleiten ist, ganz allgemein von dem beweglichen Vermögen des Schuldners die Rede ist, ohne daß ein Unterschied zwischen landwirtschaftlichem Betriebsvermögen und betriebsfremdem Vermögen gemacht wird.

(LG. Stade, 3. Bk., Beschl. v. 25. Juni 1934, T 286/34.)

Eingef. von RA. Dr. Schneider, Tostedt (Hann.).

Halberstadt

b) Strafsachen

13. §§ 67, 68, 89 RAGebD. Die gesetzlichen Gebühren für Anfertigung von Strafanzeigen sind gem. § 89 RAGebD. nach §§ 67, 68 RAGebD. zu berechnen. Da diese Vorschriften nur entsprechend anwendbar sind, ist eine Erhöhung jedoch nicht ausgeschlossen. f)

Der Kl. verlangt Honorar für drei Strafanzeigen, die er im Auftrage des Bfkl. angefertigt hat. Daß der Kl. hierfür Ge-

Zu 13. I. Das Urteil behandelt die Frage, wie die Vergütung des Anwalts für die Fertigung einer Strafanzeige zu bemessen ist, etwas reichlich kurz.

Voranzuschiden ist, daß in der Tat eine besondere Gebührenschrift über die Abgeltung dieser Tätigkeit nicht besteht. Die erste Frage ist somit die: findet die RAGebD. oder die AGebD. Anwendung?

Nach § 1 RAGebD. bestimmt sich die Vergütung für die Berufstätigkeit des Kl. in einem Verfahren, auf das die StPD. Anwendung findet, sowie für die beratende Berufstätigkeit, die den Beginn oder die Fortsetzung eines solchen Verfahrens betrifft, nach den Vorsch. der GebD. Nur wenn die Erstattung einer Strafanzeige (bei der StL. oder Polizei) oder (was gebührenrechtlich dasselbe ist) mindestens die Fertigung einer solchen Anzeige einem Verfahren nach der StPD. zugerechnet werden kann, wird sich daher die Anwendbarkeit der RAGebD. rechtfertigen. Man wird hierzu (mit Friedländer, Anm. 66 zu § 1 GebD.) sagen dürfen, daß auch die Tätigkeit der StL., auch im Vorverfahren (dem das polizeiliche Ermittlungsverfahren zuzurechnen ist) nur der Vorbereitung eines gerichtlichen Verfahrens dient. Eine Strafanzeige, die die Einleitung mindestens eines solchen vorbereitenden Verfahrens bezweckt, ihrerseits mit der Erstattung sogar bereits den Beginn eines solchen darstellt, kann daher mindestens mittelbar schon einem Verfahren der StPD. zugerechnet werden.

Die Vergütung des Anwalts für die Fertigung einer Strafanzeige ist daher der AGebD. zu entnehmen.

II. Damit entsteht die zweite Frage: welche der Gebührensbestimmungen zugrunde zu legen ist?

Daß die Tätigkeit des Anwalts, die er durch die Fertigung einer Strafanzeige für seinen Auftraggeber entwickelt, selbst dann zu vergüten ist, wenn die GebD. gerade diese Tätigkeit nicht besonders nennt und keine besondere Gebühr dafür auswirft, ergibt sich aus dem Grundsatz, daß jede Tätigkeit des Anwalts zu honorieren ist. Die in Frage stehende Tätigkeit wird auch bei einem Anwalt, der bereits einen Zivilprozeß für die Partei führt, nicht etwa durch die dort ihm zustehende Prozeßgebühr abgegolten. Denn diese ist das Entgelt nur für diejenige Tätigkeit, die der Betrieb eines Zivilprozesses regelmäßig mit sich bringt. Ein daneben eingeleitetes Strafverfahren — mag dieses selbst aus dem Zivilprozeß hervorgegangen sein (z. B. Meineidsanzeige) bedingt als besonderes selbständiges Verfahren selbstverständlich eine besondere Gebühr.

Das AG. errechnet sich eine solche unter Zuhilfenahme des § 89 GebD. Das erscheint an sich richtig. Denn § 89 ist gleichsam der Sammelparagraph, um alle diejenigen Tätigkeiten gebührenrechtlich zu erfassen, die nach der GebD. abzugelten sind, ohne daß diese sie besonders aufführt. Es ist dabei in der Weise vorzugehen, daß diejenige Gebührensbestimmung heranzuziehen ist, die bereits eine gleichartige oder ähnliche Tätigkeit gebührenrechtlich regelt.

AG. glaubt nun die für die Verteidigung im Vorverfahren (§ 67) und für einzelne Akte der Verteidigung (§ 68) vorgesehenen Gebührensbestimmungen als diejenigen ansehen zu sollen, deren entsprechende Anwendung nach der Vorsch. des § 89 zu der richtigen Gebührensbestimmung führt. Allerdings bemerkt AG. gleichwohl die Gebühr nach dem Umfang der Arbeit des Kl. und gelangt so zu einer — ihm angemessen erscheinenden, den genannten Paragraphen indes unbekanntem Gebühr von 50 RM für jede Strafanzeige.

Hierzu ist grundsätzlich folgendes zu bemerken: entweder ist die Gebühr gem. § 89 GebD. in entsprechender Heranziehung der vom Gesetz aufgestellten Gebührensätze zu finden, oder — wo sich gar kein Anhaltspunkt für die entsprechende Anwendung ergibt — nach § 88 GebD. i. Verb. m. § 315 BGB. (B a u m b a c h, Reichskostengesetz 1933, Anm. 1 zu § 89). Nur letzterenfalls kann das Gericht die ihm angemessen erscheinenden Sätze festsetzen. Wendet es aber § 89 an, dann ist es an die Gebühren der GebD. gebunden. In dem § 89 die entsprechende Anwendung von Gebührenschriften ermöglicht, hat damit das Gesetz generell für die in Betracht kommenden Tätigkeiten auch die Bestimmbarkeit der Gebühren ermöglicht. Das ist aber nur so zu verstehen, daß diejenigen Gebührenschriften herangezogen

würden verlangen kann, bestreitet der Bfkl. nicht, es ergibt sich ebenfalls daraus, daß der Kl. mangels gegenteiliger Vereinbarung nur gegen Vergütung tätig wird. Hinsichtlich der Höhe behauptet der Kl. eine Vereinbarung, die er aber nicht beweisen hat.

Der Kl. kann also nur die gesetzlichen Gebühren hierfür fordern. Nach § 89 RAGebD. erhält der Kl. in diesem eine „unter entsprechender Anwendung der Best. dieses Gesetzes zu bestimmende Gebühr“. In Betracht kommen hierfür §§ 67, 68 RAGebD., wonach dem Kl. im Verfahren vor AG. und BG. eine Gebühr von

gen werden müssen, die eine gleichartige Tätigkeit abgelen, so daß die dafür gesetzlich ausgeworfene Gebühr nun auch für die gesetzlich bisher nicht besonders bedachte Tätigkeit zugewilligt werden muß. Für ein gewisses Ermessen des Gerichts ist dabei nur insofern Raum, als es bei der Auswahl der heranzuziehenden Gebührensbestimmung einen gewissen Spielraum hat, indem es den am meisten passenden Tatbestand herausucht. Hat es diesen aber gefunden, dann hat es auch die daselbst ausgeworfene Gebühr zugrunde zu legen und kann diese nicht mehr nach seinem Gutdünken erhöhen oder erniedrigen. Am allerwenigsten ist für eine Abstufung der Gebühr je nach der mehr oder minder großen Inanspruchnahme des Anwalts Raum, zumal dieser Gesichtspunkt der GebD. ohnehin unbekannt ist. Nur gesetzlich vorgesehene Erhöhungen oder Ermäßigungen können entsprechend berücksichtigt werden (man denke an § 14 GebD., an den Eintritt eines weiteren Auftraggebers; § 51 GebD.). Das vom BG. eingeschlagene Verfahren, die Gebühr zu bemessen, kann daher rechtlich nicht gebilligt werden und würde den Weg über § 89 ja völlig überflüssig machen.

III. So bleibt denn schließlich nur noch zu erörtern, ob in der Tat die genannten §§ 67, 68 GebD. diejenigen Gebührensbestimmungen enthalten, deren entsprechende Heranziehung hier zu erfolgen hat.

Ich möchte diese Frage verneinen. Die §§ 63 ff. GebD. haben die Tätigkeit des Verteidigers im Auge, also einer der Erstattung einer Strafanzeige gegenteiligen Tätigkeit. Wenn nun auch § 73 für die Vertretung eines Privat- oder Nebenklägers die entsprechende Anwendung der Best. über die Verteidigergebühren vorsieht und so allenfalls auf dem Umwege über die doppelte entsprechende Anwendung (§§ 89, 73) ein Zurückgreifen auf §§ 67, 68 sich rechtfertigen ließe, so scheint mir doch näher zu liegen, den § 74 entsprechend anzuwenden. Er wirkt die Sätze des § 67 für die Anfertigung eines Antrags auf gerichtliche Entsch. im Falle des § 172 StPD. aus, also für eine Tätigkeit, die die Durchführung einer Strafanzeige durch den Geschädigten betrifft und deshalb fast der Erstattung der Anzeige gleichzusetzen ist. Es liegt m. E. am nächsten, die Vergütung des Anwalts für die Erstattung oder auch nur Anfertigung einer Strafanzeige nach § 74 zu bemessen. Praktisch spielt allerdings der eine oder andere Weg keine Rolle, weil in jedem Falle ja auf die Sätze des § 67 zurückzugreifen ist. Je nach der Zuständigkeit des Gerichts, das sich mit dem späteren Verfahren voraussichtlich zu befassen haben wird, ist daher die Gebühr für jede Strafanzeige auf 20 oder 40 RM zu bemessen.

Da eine jede Strafanzeige ein besonderes Verfahren einleitet, wird auch jedesmal die Gebühr verdient, mag selbst ein einheitlicher Auftrag vorliegen. Etwas anderes ist es natürlich, wenn es sich um eine einheitliche Anzeige gegen mehrere Beteiligte handelt.

Gleichsam als Probe aufs Exempel mag noch kurz untersucht werden, wie sich denn die so gefundene Gebühr im Verhältnis zu den sonst dem Anwalt in Strafsachen bei Vornahme nur einer Einzeltätigkeit zustehenden Gebühren darstellt. Hier kommen die §§ 68, 69 in Betracht. Letzterer hat offensichtlich im bewußten Gegensatz zu § 68 nur ganz kurze, nicht begründete Anträge und Erklärungen im Auge und wirkt demgemäß dafür nur die geringste Gebühr von 2 RM aus. § 68 dagegen führt u. a. auch die Gnadenersuche, gebührenrechtlich also gleichsam den contrarius actus zur Strafanzeige auf und honoriert diese Einzeltätigkeit mit den halben Sätzen des § 63, der seinerseits die doppelten Sätze des § 67 vorsieht. M. a. W.: praktisch bleibt es sich gleich, ob die dem Anwalt für die Fertigung einer Strafanzeige zubilligende Gebühr aus § 67 oder § 68 oder § 74 entnommen wird, weil in allen Fällen der Gebührensatz der gleiche ist. Gerade diese Erwägung beweist aber, daß damit dann auch der richtige, in den sonstigen Gebührensätzen sich einfügende Gebührensatz gefunden ist.

Obiges Urteil des BG. hat dem Anwalt also eine Gebühr zugelassen, die gebührenrechtlich nicht vorgesehen ist. Es hätte je nach der Zuständigkeit des in Frage kommenden Gerichts nur auf 20 oder 40 RM Gebühr für jede Strafanzeige erkennen dürfen.

20 *R.M.* zusteht. Dabei muß jedoch noch berücksichtigt werden, daß diese Vorschr. nur entsprechend anwendbar sind, so daß eine gewisse Erhöhung der Gebühr nicht ausgeschlossen wird. Der Kl. hat die Strafanzeigen nicht vorgelegt. Soweit es sich ohne sie beurteilen läßt, ist aber anzunehmen, daß die Arbeit des Kl. erheblich gewesen ist. Mag auch der Kl. in den Prozeßstoff eingearbeitet gewesen sein, so mußte er doch diesen Stoff zum Zwecke der Anzeigen neu zusammenstellen. Offenbar handelte es sich auch um Anzeigen, die für die Behl. sehr wichtig erschienen, und die die schwebenden Prozesse mit sehr hohen Streitwerten beeinflussen sollten. Ob diese Absicht gelungen ist, ist unerheblich.

Sternach erscheint dem Gericht für jede Anzeige eine Gebühr von 50 *R.M.* angemessen.

(LG. Halberstadt, 1. Zk., Urt. v. 7. Juni 1934, 2 S 184/33.)
Eingef. von N. Deesen II, Halberstadt.

*

Wiesbaden

14. § 263 Abs. 4 StGB. Zur Auslegung des Begriffes „Schädigung des Wohles des Volkes“ und „anderer besonders großer Schaden“. Betrug gegenüber einem Wohlfahrtsamt.

Der Angekl. hatte sich des Betrages gegenüber dem Wohlfahrtsamt dadurch schuldig gemacht, daß er Nebenverdienste nicht angab und dadurch die vollen Unterstützungsbeträge erhielt. Der Gesamtschaden des Wohlfahrtsamts betrug 78,60 *R.M.*

Bei der Beurteilung des Abs. 4 des § 263 StGB., der durch Art. 1 Ziff. 17 des Ges. v. 26. Mai 1933 dem Betrugsparagrafen eingefügt wurde, ist zunächst auf die Entstehungsgeschichte und die rechtspolitische Notwendigkeit, einen solchen Tatbestand zu schaffen, zurückzugehen.

Die bisherige Rpr. hatte sich in erster Linie von den auch in den Strafgesetzen unzweideutig niedergelegten individualistischen Grundätzen leiten lassen. Das Strafrecht diene nicht dazu, den Bestand des Volkes und der Volksgemeinschaft in unantastbarer Reinheit zu wahren und zu gewährleisten, sondern sollte lediglich die Voraussetzungen dafür schaffen, einen asozialen Menschen wieder nach Möglichkeit in den Kreis der mit staatsbürgerlichen Rechten ausgestatteten Personen zurückzuführen. Die Strafe sollte dem individuellen Interesse des Täters dienen, insofern, als er nach entsprechender Behandlung möglichst bald und ungehindert in den Genuß der verfassungsmäßig verankerten Freiheitsrechte gegenüber dem Staate zurückkehren sollte. Dem Strafrecht war, sowohl dem Strafgesetz wie dem Organ der Rechtspflege, der Gedanke des überindividuellen Ganzen nicht immanent und nicht zu unbewußter Selbstverständlichkeit geworden. Es gab daher keine Möglichkeit, sich gegen die Elemente wirksam und nachdrücklich zu wenden, die dieser Tendenz zur Ganzheit des Volkes und damit des Staates entgegenarbeiteten. Es konnten die Volksschädlinge nicht unter besonderen Gesichtspunkten strafrechtlich erfaßt werden, die gegen die Gemeinschaftsbildung und die elementaren Grundätze dieser Gemeinschaftsordnung unmittelbar verstoßen hatten. In besonderem Maße trat dieser unbefriedigende Zustand in denjenigen Strafnormen zutage, die bisher nur den Schutz persönlicher Rechtssphären wie beispielsweise das Eigentum einer Person bezwecken sollten. Die neue Rechtsanschauung, die ihren Ausgangspunkt in erster Linie in dem Gedanken der Volksgemeinschaft und der Wahrung der ihr dienenden Rechtsgüter im weitesten Sinne zu erblicken hat, mußte ihrer Erkenntnis der engen Verbindung zwischen dem einzelnen und der Gesamtheit dadurch Rechnung tragen, daß in die bisherigen Strafnormen auch die neuen Gesichtspunkte aufgenommen wurden. So ist neben verschiedenen anderen Strafbestimmungen auch dem Betrugstatbestande ein neuer Zusatz eingefügt worden, wonach „in besonders schweren Fällen“ Zuchthausstrafen verhängt werden können. Die Fassung des Abs. 4 hat also in ihrer weiteren Formulierung durch den Gedanken der Volksgemeinschaft den eigentlichen Inhalt und die wesentliche Begrenzung zu erfahren. Die Verknüpfung des einzelnen mit dem Staate als eine der nationalsozialistischen staatsrechtlichen und darüber hinaus schließlich allgemeinrechtlichen Maximen bedingte die Umgestaltung des individuellen zum Sozialstrafrecht. Insofern ist auch der dem alten Betrugstatbestande eingegliederte Abs. 4 nach der tatsächlichen Seite hin zu würdigen.

Das Gesetz gibt für die Umgrenzung der besonders schweren Fälle einige Beispiele: „Ein besonders schwerer Fall liegt insbes. dann vor, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt oder der Täter besonders arglistig gehandelt hat.“

Für den vorliegenden Sachverhalt scheidet dieser letzte Unterfall aus, da in dieser Hinsicht keinerlei Feststellungen getroffen worden sind.

Zu untersuchen ist dagegen, ob sich ein besonders schwerer Fall darin erblicken läßt, daß das Wohlfahrtsamt als öffentliche Anstalt geschädigt ist und dadurch eventuell ein Schaden sich ergeben hat, der das Wohl des Volkes trifft.

Auszugehen ist zunächst von dem Charakter des verletzten

Rechtsgutes. Durch die nationalsozialistische Rechtsentwicklung ist eine Identität zwischen Volk und Staat herbeigeführt und in den Verfassungsgesetzen verankert worden. Ein Angriff gegen das Volk, gegen die geltenden Anschauungen von der Gemeinschaftsbildung und der sozialen Rechts- und Tatsachenordnung, gegen die Rangordnung der Werte innerhalb der Volksgemeinschaft, stellt sich zugleich als ein Angriff auf den Bestand des Staates schlechthin dar. — Es ist daher entscheidendes Gewicht auf die Art des verletzten Rechtsgutes zu legen. In jedem Falle ist eine Tat geeignet, das Wohl des Volkes zu verletzen, wenn sie der Allgemeinheit unmittelbaren materiellen Schaden verursacht. So fallen unbedenklich alle die Betrügereien unter diesen Tatbestand, die öffentliche Mittel ihrem eigentlichen und vorgeesehenen Zwecke nicht zustießen lassen. Denn diese sind ihrer ausdrücklichen Zweckbestimmung nach schon berufen, der Volksgemeinschaft zugute zu kommen. — Damit erscheint also vorliegend eines der beiden Erfordernisse erfüllt, um der Tat den Charakter der Volksschädigung zu verleihen.

Es muß aber zu der Art des verletzten Rechtsgutes noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal treten, um eine Schädigung des Volkswohles annehmen zu können: Der wirkliche Schadensumfang. Die Verletzung volklicher Belange muß sich in einem Umfang dartun, daß es möglich erscheint, unter Abwägung der im folgenden zu erörternden Momente von einem Schaden der Volksgemeinschaft sprechen zu können.

Diese Ansicht rechtfertigt sich aus folgenden Erwägungen. Sowohl das Gesetz selbst wie auch das Rechtsempfinden des Volkes lassen erkennen, daß ein besonders gelagertes Schadensmoment vorliegen muß.

Die Vergleichung der im Abs. 4 aufgeführten Einzelfälle ergibt, daß hinter der ersten Alternative im zweiten Falle von einem „anderen besonders großen Schaden“ als erschwerendem Umstande gesprochen wird. Wenn auch nicht verkannt werden soll, daß selbst die geringste Verletzung allgemeinwertiger Rechtsgüter einen erheblichen Schaden darstellt, was sich aus den oben angeführten Gründen ohne weiteres ergibt, so zwingt aber die Technik des Gesetzes dazu, durch die enge Verbindung der beiden Beispiele einen Schluß dahin zu ziehen, daß der tatsächliche Umfang der schädigenden Handlung als Tatbestandsmerkmal ins Gewicht fallen soll. Diese Ansicht findet ihre Bestätigung in dem unmittelbaren gesetzgeberischen Anlaß zur Normierung dieser Bestimmung. In Bayern hat diese Neuregelung das Strafgesetz zur Bekämpfung der Korruption ersetzt (vgl. Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht, II 6 S. 13, Anm. Art. I zu Ziff. 17 des Ges. v. 26. Mai 1933). An die großen Betrugs- und Korruptionsprozesse der letzten Zeit ist bei Abfassung des Gesetzes gedacht worden.

Dieser Erwägung tritt die weitere Untersuchung des Volksempfindens zur Seite. Die Rechtsanschauung des Volkes sieht in der materiell geringen Schädigung noch kein Verbrechen. Durch die Strafandrohung aber ist nach § 1 Abs. 1 StGB. der besonders schwere Fall des Betrages ein Verbrechen geworden. Es würde dem natürlichen Empfinden des Volkes widerstreben, wollte man einen Angekl., der aus wirtschaftlicher Bedrängnis heraus sich zu verhältnismäßig geringfügigen Betrügereien hat verleiten lassen, als Verbrecher bestrafen und seine Tat mit Zuchthaus sühnen.

Außerdem ergibt sich aus der Würdigung der verbrecherischen Initiative, daß ein verhältnismäßig geringer erstrebter rechtswidriger Vermögensvorteil nicht unter die erschwerenden Fälle des Abs. 4 des § 263 StGB. gerechnet werden kann, wobei dahingestellt bleiben kann, ob der Vorfall des Täters und die im Gesetz erforderliche Absicht den „besonders schweren Fall“ zu umfassen haben.

Diese Umstände zwingen dazu, dem Schadensumfang bei der Beurteilung der Frage, ob dem Volkswohle ein Schaden zugefügt wurde, eine besondere Bedeutung zuzumessen.

Nach freiem richterlichem Ermessen muß daher geprüft werden, ob die beiden dargestellten Voraussetzungen vorliegen.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt läßt eine Verurteilung des Angekl. aus Abs. 4 des § 263 StGB. nicht möglich erscheinen.

Das verletzte Rechtsgut allerdings rechtfertigt die sorgfältige Nachprüfung, ob der Angekl. das Wohl des Volkes geschädigt hat. Gerade das Wohlfahrtsamt ist eine der Anstalten, die in allererster Linie dazu bestimmt sind, der Allgemeinheit nützlich zu sein und sich in den Dienst an der Volksgesamtheit zu stellen. Die Voraussetzungen zur Schädigung des Volkswohles sind in erheblichem Maße gegeben. Die vom Angekl. widerrechtlich erlangten Geldbeträge sind unterstützungswürdigeren Volksgenossen in unmittelbarer Folge durch den Betrug entzogen worden.

Der festgestellte Schadensumfang jedoch vermag dem zweiten Erfordernis des Tatbestandes nicht zu entsprechen. Der geringe Betrag von 78,60 *R.M.* liegt unter der Grenze des Schadens, der dem im Gesetz erforderlichen erheblichen Umfang gleichkommt. Wenn es auch eine allgemeine Grenze für die Schadensberechnung nicht geben kann, so erscheinen aber gerade die Tatumstände geeignet, die Frage nach der Erheblichkeit der jeweiligen Schädigung zu beantworten. Danach sind die geringen Beträge, die der Angekl. sich betrügerisch verschafft

hat, nicht Symptom dafür, daß es sich bei dem Angekl. um einen starken verbrecherischen Willen gehandelt hat. Weiterhin lassen auch die Motive der Tat keinen besonderen sozialen Minderwert erkennen. Nach Ansicht des Gerichts liegen demnach die Voraussetzungen eines „besonders schweren Falles“ nicht vor.

Die Bewertung verschiedener, voneinander abhängiger Betrugsfälle vermag für den zur Aburteilung stehenden Einzelfall keinen entscheidenden Einfluß auszuüben. Wenn die Gesamtheit der Betrugereien gegenüber den Wohlfahrtsämtern sich als Schädigung der Volksgemeinschaft darstellen würde, so kann daraus um deswillen auf den Einzelfall kein Rückschluß gezogen werden, weil es sich um völlig verschieden gelagerte Fälle und um völlig verschiedene Täter handelt. Es könnte in der Häufung kleinerer Einzelfälle höchstens ein Anlaß zu gesetzgeberischen Maßnahmen erblickt werden.

(U. Wiesbaden, Gr. Str. R., Urt. v. 10. Juli 1934, 3 M 11/34.)
Ver. von Ref. Wellhorn, Wiesbaden.

Berlin-Lichtenberg Amtsgesichte

I. ArmAnwG. Durch Beordnung eines beim Prozeßgericht nicht zugelassenen A. als ArmAnw. wird der Staat zur Kostenerstattung verpflichtet.

Aus dem Gesetz v. 6. Febr. 1923 (RGBl. 103) ergibt sich nicht, daß A., die bei einem Gericht, bei dem sie nicht zugelassen sind, mit ihrem Einverständnis zu Armenanwälten bestellt werden, keinen Anspruch auf Gebührenerstattung aus der Staatskasse erlangen, denn der Anspruch auf die Entschädigung aus der Staatskasse ist die Gegenleistung für die Tätigkeit des Anwalts. Der § 36 RVO. hat nur die Bedeutung, daß der Anwalt wider seinen Willen bei einem Gericht, bei dem er nicht als Anwalt zugelassen ist, als Armenanwalt nicht bestellt werden kann. Vorl. hat A. K. außerdem auch noch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß er beim U. G. Lichtenberg nicht zugelassen sei, und ist trotzdem beigeordnet worden. Es liegt keine Veranlassung vor, ihm einen Kostenerstattungsanspruch vorzuenthalten (so auch U. G. I Berlin: BtRBl. 1930, 74; U. G. I Berlin: JW. 1930, 209^b; U. G. Heilbronn: JW. 1928, 762¹⁰; Sydow = Busch = Krieg, 13, RAGebD. 307).

(U. G. Berlin-Lichtenberg, Bechl. v. 8. Mai 1934, 9 C 264/33.)
Eingef. von A. Rudolf Canig, Berlin.

B. Arbeitsgerichte Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwält Dr. W. Oppermann, Dresden

I. §§ 611 f., 1617 BGB. Voraussetzungen für die Annahme eines vertraglichen Arbeitsverhältnisses bei einem Haussohn, der im landwirtschaftlichen Betriebe seines Vaters Dienste leistet. *)

Das ARbG. hat in seinen neueren Entsch. (ARbG. 13, 221¹) und 251²) ausgesprochen, daß dort, wo in ländlichen Kreisen von alters her die Sitte bestehe, daß der älteste Sohn nach dem Tode der Eltern das Grundstück übernimmt, im Zweifel davon auszugehen sei, daß zwischen ihm und seinen Eltern, solange er auf dem Grundstück tätig ist, auch wenn er eine sonst notwendige fremde Arbeitskraft ersetzt, kein vertragliches Arbeitsverhältnis i. S. des § 611 BGB. bestehe, vielmehr nur ein familienrechtliches Verhältnis i. S. des § 1617 BGB., das den Haussohn verpflichtet, den Eltern seinen Kräften entsprechende Dienste ohne Entgelt zu leisten. Im vorliegenden Falle ist über einen Brauch, wonach in der fraglichen Gegend nach dem Tode der Eltern der älteste Sohn den Besitz übernimmt und bis dahin nur als Haussohn im Betriebe ohne Begründung eines Arbeitsvertragsverhältnisses tätig zu sein pflegt, nichts festgestellt. Die Bechl. hat angeführt, daß August B. vor zwei Jahren einmal ein halbes Jahr fortgewesen sei und sein Vater damals

einen anderen Müller eingestellt habe, der noch heute im Betriebe tätig sei. Bis dahin habe der Vater mit seinem Sohne August allein die Arbeit in der Mühle und in der Landwirtschaft verrichtet gehabt. Inwiefern kann hieraus nicht gefolgert werden, daß zwischen dem Vater und dem Sohn nach seiner Rückkehr kein Arbeitsvertragsverhältnis begründet worden sei. Vielmehr begegnet die gegenteilige Annahme des BG. keinen rechtlichen Bedenken. Es stellt nämlich fest, daß während der hier in Frage kommenden Zeit der Vater bis zu seinem Tode krank und arbeitsunfähig gewesen sei und der Sohn ihn in der Leitung des Betriebes vertreten habe. Es führt weiter an, daß der Betrieb imstande sei, eine entsprechende Vergütung für den Sohn abzuwerfen. Zwar handelt es sich um einen kleinen Mühlenbetrieb, aber die Mühle ist modern eingerichtet und gut beschäftigt. Daneben besteht eine kleine Landwirtschaft (2 ha), es werden vier Stück Rindvieh, zwei Pferde und etwa zehn Schweine gehalten. Außer den Familienangehörigen werden zeitweise zwei Arbeitskräfte beschäftigt. Wenn hiernach das ARbG. zu dem Ergebnis gelangt ist, daß nach dem Willen des verstorbenen Vaters des August B. und des Sohnes ein Arbeitsverhältnis begründet worden sei, so beruht das auf einer tatsächlichen Würdigung, die einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt. Der Sohn hat nicht nur seinem Vater eine volle Arbeitskraft geboten, sondern sogar die „qualifizierte Tätigkeit der Leitung des Betriebes“ gehabt. Daraus, und aus den gesamten Umständen schließt das ARbG., daß zwischen Vater und Sohn, da dieser sonst nicht für das von ihm erzeugte Rind habe sorgen können, ein Arbeitsvertrag begründet worden sei. Daß das ARbG. hat feststellen wollen, daß der Wille von Vater und Sohn auf Begründung eines solchen Verhältnisses gerichtet gewesen sei, folgt aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen.

Die Annahme des BG. beruht auf der Würdigung der gesamten Umstände. Diese ließen den Schluß zu, daß August B. die Leitung des väterlichen Betriebes nach der Erkrankung seines Vaters nur in der Erwartung und mit dem erkennbaren Willen übernommen hat, dafür eine Arbeitsvergütung zu erhalten, die ihm die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht dem A. gegenüber ermöglichte. Dann aber konnte das BG. zu der Überzeugung gelangen, daß auch der Vater mit der Begründung eines solchen Arbeitsverhältnisses einverstanden gewesen sei. Ein Rechtsirrtum ist insoweit nicht erkennbar. Wenn die Rev. einwendet, ein familienrechtliches Arbeitsverhältnis i. S. des § 1617 BGB. verändere sich nicht ohne weiteres in ein vertragliches Arbeitsverhältnis, so wird dabei übersehen, daß August B. nach der Erkrankung des Vaters die Leitung des Betriebes hatte übernehmen müssen und daß sich damit die vorher gegebenen Verhältnisse entscheidend geändert hatten, so daß August B. nunmehr beanspruchen konnte, daß ihm für seine wesentlich erweiterte Tätigkeit ein Barlohn gewährt wurde, der zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht ausreichte. Mit dieser Veränderung der Verhältnisse ist nach der das ARbG. bindenden Feststellung des ARbG. das familienrechtliche Arbeitsverhältnis nach dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten in ein dienstvertragliches geändert worden. An dieser Annahme scheitert auch das Vorbringen der Rev., nach dem sittlichen Empfinden der beteiligten Kreise habe August B. für seinen erkrankten Vater die Leitung des Betriebes ohne Entgelt übernehmen müssen; eine andere Auffassung sei nur möglich, falls der Betrieb genügend Bargeld eingebracht habe; dies sei jedoch nicht festgestellt. Es wird hierbei außerdem übersehen, daß August B. zur Zahlung der Rente für den A. verurteilt worden ist, ihm diesem gegenüber also nicht nur eine rechtliche, sondern, wie das BG. zutreffend annimmt, auch eine sittliche Verpflichtung oblag, auf die er Rücksicht zu nehmen hatte, daß aber auch der Betrieb nach der Feststellung des BG. die dem A. zu zahlenden Unterhaltsgelder aufzubringen vermochte. Letztere Annahme ist durch den Hinweis auf den Pferde- und sonstigen Viehbestand, das Land und die gut beschäftigte, modern eingerichtete Mühle, in der zwei Müllerburschen neben August B. beschäftigt werden, einwandfrei begründet.

(ARbG., Urt. v. 23. Juni 1934, RAG 78/34. — Jena.)

Zu 1. Das vorstehende Urteil behandelt eine Frage, die in der letzten Zeit die Gerichte sehr viel beschäftigt hat, nämlich die Frage, ob ein uneheliches Kind, dessen Erzeuger im Betrieb seiner Eltern beschäftigt wird, von diesen Zahlung der geschuldeten Unterhaltsbeträge verlangen kann (vgl. außer den im Urteil schon zit. Entsch. OLG. Karlsruhe: JW. 1934, 1432 mit Anm. von Oppermann sowie die dort genannten Entsch.; ferner ARbG.: JW. 1934, 1935; weitere Angaben in der Anm. ArbRSamml. 20, ARbG., 58, dazu ARbG. ArbRSamml. 20, 156, 276 u. 287; ARbG. ArbRSamml. 20, 168). Die Möglichkeit eines Anspruchs des Kindes gegen den Vater oder die Mutter seines Erzeugers kann sich in doppelter Weise ergeben: es kann sein, daß der Erzeuger zu seinen Eltern in einem Arbeitsvertragsverhältnis steht und dementsprechend einen vertraglichen Anspruch auf Vergütung hat, den das Kind pfänden und sich überweisen lassen kann, oder

aber man kann, wenn der Erzeuger die Dienste ohne Entgelt auf Grund des § 1617 BGB. leistet, in dem Verhalten der Eltern, die den Erzeuger trotz Kenntnis seiner Unterhaltspflicht unentgeltlich beschäftigen und dadurch in egoistischen Interesse den Unterhaltsanspruch des Kindes vereiteln, einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken und dem Kind deshalb einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. zubilligen. Während die unteren Gerichte ganz überwiegend den Anspruch des Kindes auf dem einen oder andern Wege anerkannt haben (vgl. die Zusammenstellung ArbRSamml. 20, 60), hat das ARbG. bisher den Anspruch überwiegend verneint. Es hat meist ein familienrechtliches Beschäftigungsverhältnis nach § 1617 BGB. und nicht ein Arbeitsvertragsverhältnis für vorliegend erachtet, und es hat ebenso einen Anspruch aus § 826 abgelehnt.

Das vorstehende Urteil ist von besonderem Interesse, weil hier das ARbG. im Gegensatz zu früheren Entsch. das Vorliegen eines Arbeitsvertragsverhältnisses bejaht hat. Es ist allerdings zu be-

1) JW. 1934, 634.

2) JW. 1934, 1062².

Pforzheim

Arbeitsgerichte

I. §§ 612, 242, 254 BGB. Erlöschen von Lohnansprüchen infolge von Nichtgeltendmachung (Verwirkung). Ausgleich bei mitwirkendem Verschulden beider Vertragsparteien. †)

I. Der Kl. hat zugegeben, daß eine für Pforzheim verbindliche, tarifmäßige Entlohnung für seine Tätigkeit nicht festgesetzt ist. Die Bekl. hat eine Gehaltskarte für den Kl. vorgelegt, die am Kopf folgende Erklärung enthält: „Mit der Empfangsbefcheinigung erklärt der Arbeitnehmer gleichzeitig, daß er hinsichtlich seiner Ansprüche an die Firma D. S. vollständig befriedigt ist und daß er bis zum abgerechneten Zeitpunkt keinerlei Forderung aus seinem Dienstverhältnis mehr geltend zu machen hat.“ Nun hat aber der Kl. unbestritten erklärt, daß er diese Ausgleichsquittung mit Ausnahme des Wortes „Empfangsbefcheinigung“ gleich bei der ersten Quittierung am 18. Aug. 1932 durchgestrichen und der Bekl. erklärt habe, er bescheinige lediglich den Empfang des jeweils beigefügten Betrages, ohne eine Verzichtserklärung abzugeben. Auf der Gehaltskarte ist tatsächlich diese Ausgleichsquittung mit Ausnahme des Wortes „Empfangsbefcheinigung“ durchgestrichen, und es ist von keiner Seite behauptet worden, daß wegen dieser Durchstreichung weitere Verhandlungen zwischen den Parteien geführt und eine Klarstellung der Lohnansprüche des Kl. herbeigeführt worden ist. Es hat daher während der ganzen Dauer der Beschäftigung des Kl. v. 12. Aug. 1932 bis 7. April 1934 ein Zustand der Ungewißheit über die Höhe der Entlohnung bestanden, da weder der Kl. einen bestimmten Lohn geltend gemacht, noch die Bekl. trotz der Durchstreichung der Ausgleichsquittung durch den Kl. eine einwandfreie Anerkennung seiner Entlohnung herbeigeführt hat.

Nach § 612 BGB. ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist und eine tarfmäßige (tarifvertragliche) Vergütung nicht besteht. Das

achten, daß es bei der Entsch. der Frage, ob ein Arbeitsvertragsverhältnis oder ein familienrechtliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt, weitgehend auf die tatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falles ankommt und deshalb das ARbG. durch die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden war, die hier zur Annahme eines Arbeitsvertragsverhältnisses führten. Es kann deshalb aus dem vorstehenden Urteil nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß das ARbG. seine grundsätzliche Stellungnahme aufgegeben habe; vielmehr wird es nach wie vor auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen. Immerhin ist nicht zu verkennen, daß das vorstehende Urteil in einem gewissen Gegensatz zu der bisherigen Rspr. steht, namentlich zu dem Ur. v. 14. Febr. 1934: JW. 1934, 1062, in dem das ARbG. angenommen hatte, daß, wenn ein Kind dem elterlichen Hausstand angehört, von den Eltern unterhalten werde und diesen in ihrem Hauswesen oder Geschäft in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise Dienste leiste, eine „tatsächliche Vermutung der stärksten Art“ für das Vorliegen eines rein familienrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses spreche.

Das ARbG. hatte übrigens hilfsweise seine Entsch. auch auf § 826 gestützt. Das ARbG. hat dazu nicht Stellung genommen. In einer Entsch. v. 4. Juli 1934 (RAG 97/34), bei der es sich um einen Unterhaltsanspruch gegen den im Geschäft seiner Frau tätigen Ehemann handelte, hat es aber ausgesprochen, daß zwar an sich ein Schuldner nicht verpflichtet sei, mit Rücksicht auf seine sonst ausfallenden Gläubiger seine Arbeitskraft in einer Weise zu verwerten, die einen Zugriff der Gläubiger ermögliche; es frage sich aber, ob Gläubiger von gesetzlichen Unterhaltsansprüchen nicht im Hinblick auf § 361 Ziff. 10 StGB. auch unter dem Gesichtspunkt von § 826 BGB. eine Bevorzugung verdienten und ob nicht „die heute stärker als früher betonte und anerkannte Rücksicht auf den gemeinen Nutzen eine gewisse Lockerung der bisherigen Rspr. erheische“. Das ARbG. hat dann zwar in jener Entsch. zu diesen Fragen nicht näher Stellung genommen, weil schon andere Gründe zur Aufhebung des B. führten. Es kann aber aus diesen Ausführungen doch wohl geschlossen werden, daß das ARbG. seine Stellungnahme einer Nachprüfung unterziehen und sich der in der Rspr. der unteren Gerichte wie auch in der Literatur überwiegend vertretenen Ansicht annähern will, daß nach heutiger Auffassung in der unentgeltlichen Beschäftigung eines unterhaltspflichtigen Familienmitgliedes ein Verstoß gegen die guten Sitten liegen könne, weil es, von besonderen Umständen abgesehen, nicht angehe, im egoistischen Interesse durch eine solche Beschäftigung den gesetzlichen Unterhaltsanspruch zu vereiteln und die Sorge für den Unterhalt der Allgemeinheit aufzubürden. Daß eine solche Wandlung in der Rspr. des ARbG. sehr zu begrüßen wäre, habe ich schon BenschSamml. 16, 459 und ArbSamml. 20, 59 dargelegt.

Prof. Dr. Hueck, Jena.

Zu 1. I. Das vorl. Urteil gibt Veranlassung zu einer allgemeinen Klärung des rechtlichen Verhältnisses zwischen der Verwirkung (§ 242 BGB.) und dem konkurrierenden Verschulden (§ 254 BGB.).

Gericht war daher genötigt, die übliche Vergütung für die Tätigkeit des Kl. zu ermitteln. Als einzige Grundlage hierfür stand dem Gericht die Vereinbarung v. 29. Dez. 1931 zwischen dem Gesamtverband der Arbeitnehmer der öffentlichen Betriebe und des Personen- und Warenverkehrs und dem Verband der Pforzheimer Kohlenhändler über die Entlohnung von Kraftfahrern, Fuhrleuten und Plagarbeitern zur Verfügung mit den handschriftlich beigefügten Lohnzahlen, die nach Auskunft des Syndikus Dr. B. auch im Großhandel und Fuhrgewerbe heute noch üblich sind. Danach beträgt der Wochenlohn eines Kraftfahrers 40,85 RM und der Wochenlohn eines verheirateten Plagarbeiters 34,70 RM. Da der Kl. zugegeben hat, sowohl als Kraftfahrer wie als Plagarbeiter beschäftigt worden zu sein, hat das Gericht als übliche und angemessene Entlohnung die Mitte zwischen diesen Beträgen, nämlich 37,77 RM, angesetzt. Der Kl. hätte also für die in Frage stehende Zeit von 24 Wochen 906,48 RM anzusprechen gehabt, erhalten hat er 640,20 RM, also zu wenig 266,28 RM.

II. Nun kann aber die länger andauernde Hinnahe einer untertariflichen oder der Übung nicht entsprechenden Entlohnung ohne ausdrückliche Geltendmachung der Mehrforderung vom Gericht nicht unbeachtet bleiben. Die Rspr. hat sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt und zunächst den Grundsatz aufgestellt, daß ein nachträglicher, auch stillschweigender Verzicht auf tarifliche Ansprüche rechtmäßig sei, wenn der Arbeitnehmer nicht durch wirtschaftlichen Druck, d. h. durch die Befürchtung, seine Stelle zu verlieren, an der Geltendmachung seiner Ansprüche verhindert worden ist. In neuerer Zeit ist in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch die Verwirkung von Ansprüchen infolge von Nichtgeltendmachung anerkannt worden, wenn der Zahlungsverpflichtete sich auf die Nichtgeltendmachung der Ansprüche eingerichtet hat, und das Interesse des Verpflichteten, zu wissen, ob das Recht geltend gemacht

Aus dem Schrifttum vgl. hierzu außer den Angaben in den Urteilsgründen noch Müllererfert: ZWV. 1933, 247 ff. und Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934, S. 189 ff.

M. E. ist bei der Verwirkung und dem konkurrierenden Verschulden — ähnlich wie bei Verwirkung und venire contra factum proprium, vgl. JW. 1934, 1829 — zunächst die rechtspolitische Zusammengehörigkeit hervorzuheben. Diese wird besonders dann deutlich, wenn man das in § 254 behandelte eigene Verschulden entgegen der bisher überwiegenden Ansicht nicht als ein Verschulden gegen sich selbst („gegen das wohlverstandene eigene Interesse“) aufsaßt, sondern wenn man die Herabsetzung oder Aufhebung des Schadensersatzanspruchs damit erklärt, daß der Geschädigte eine ihn nach Treu und Glauben seinem Gegner gegenüber obliegende Pflicht verlegt hat. (Das braucht keine klagbare Rechtspflicht zu sein.) Dann nämlich, und nur dann, wird auch § 254 in den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken eingeordnet: auch diese Vorschrift ist dann Ausdruck und Bestätigung einer allgemeinen Pflicht zur Berücksichtigung fremder Interessen. (Mit diesem Ergebnis stimmen im wesentlichen überein, z. B. H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit S. 176 ff.; Kreh, Allg. Schuldrecht S. 341 ff.; Leonhard, Allg. Schuldrecht S. 184 mit weit. Nachw.; RG. 114, 379 = JW. 1927, 40 auch RG. 55, 331; 62, 348; 71, 216 = JW. 1909, 454. Ähnlich RG.: JW. 1933, 1647 mit Anm. von Kisch; dazu allerdings Müllererfert a. a. D.). Von dieser Grundauffassung des § 254 aus können übrigens m. E. auch die Schwierigkeiten und Zweifel bei der Anwendung des § 278 leichter und befriedigender gelöst werden.

Ist hiernach § 254 BGB. nur ein besonderer Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben, so kann ein grundsätzlicher sachlicher Gegensatz zwischen dem Verwirkungsgedanken und dem Grundsatz der Berücksichtigung des Verschuldens auf der Seite des Betroffenen nicht bestehen. Im Gegenteil nähern sich beide Rechtsgedanken, insbes. auch dadurch, daß eine ausdehnende Anwendung des § 254 bei Anerkennung der Treu- und Glaubengrundlage unbedenklich erscheint. Auf diesem Wege käme man dazu, durch eine ergänzende Heranziehung des § 254 eine Elastizität der Verwirkungsfolge in der Richtung zu erzielen, daß in solchen Fällen, wie sie das vorliegende Urteil behandelt, eine teilweise Verwirkung anerkannt werden könnte.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus erscheint es also nicht zulässig, die Fälle der illoyalen Verzögerung allein mit § 254 zu lösen, wie es das ArbG. Pforzheim will. § 254 ist immerhin seinem engen Tatbestand nach ein dem § 242 BGB. untergeordneter Fall. Insbes. werden für die Feststellung des Verwirkungstatbestandes alle bei der Interessenabwägung irgendwie erheblichen Umstände herangezogen, während bei § 254 nur Verursachung und Verschulden eine Rolle spielen, und zwar auch nur unter dem Gesichtspunkt der Höhe des Schadens. Auch in den Rechtsfolgen zeigt sich eine deutliche Abgrenzung: die Verwirkung läßt eine allgemeine inhaltliche Begrenzung der Rechte sichtbar und wirksam werden und schafft dadurch ein Hindernis in der Geltendmachung des Anspruchs; durch § 254 wird der Schadensersatzanspruch gemindert

wird, das Interesse des Berechtigten, mit der Geltendmachung zuzuwarten, überwiegt (vgl. hierzu in der Kartenauskunftei des Arbeitsrechts die Karten Verwirkung Nr. 389 v. 6. Juni 1932 sowie Verwirkung, Einzelfragen Nr. 410 v. 11. Nov. 1932 und die dort erwähnten Urteile des *NRrbG.* v. 2. Dez. 1931, RAG 213/31¹⁾; vom 23. Febr. 1932, RAG 417/31: *NRrbG.* 10, 354 ff.²⁾ und vom 26. Okt. 1932, Karte Verwirkung, Einzelfragen 3 Nr. 443 vom 15. Juli 1933). Im vorl. Falle kommt indessen weder stillschweigender Verzicht noch Verwirkung in Frage, weil der *Kl.* ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hat, daß er mit der Entlohnung nicht einverstanden sei, indem er die Ausgleichsquittung durchstrichen hat. Trotzdem trifft den *Kl.* ein gewisses Verschulden insofern, als er sich auf einen *TarVertr.* bezogen hat, während Rechtswirksamkeit für die Parteien gar nicht feststand, und während der ganzen Zeit von August 1932 bis März 1934 nichts unternommen hat, um auch nur die Höhe seiner Entlohnung einwandfrei festzustellen. Andererseits liegt aber auch ein Verschulden auf Seiten der *Bekl.* vor, deshalb, weil sie es unterlassen hat, die infolge der Durchstreichung der Ausgleichsquittung durch den *Kl.* offensichtlich gewordene Unklarheit über dessen Entlohnung zu beseitigen. Durch dieses beiderseitige Verschulden der Parteien ist dem *Kl.* ein Ausfall an Lohn, also ein Schaden, entstanden, der vom Gericht auf 266,28 *RM* errechnet ist.

Das *ArbG.* Pforzheim hat schon in einem Urte. v. 24. März 1931, AH 85/31, den Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß sowohl vom Standpunkt der Parteien wie auch aus öffentlichem Interesse an der ordnungsmäßigen Abführung der sozialen Versicherungsbeiträge und der Steuern eine Klarstellungspflicht der Parteien des Arbeitsverhältnisses angenommen werden muß, die der im *NRrbG.* 6, 275 ff. festgestellten Offenbarungspflicht gleichzustellen ist. Demjenigen Teil, der dieser Klarstellungspflicht nicht nachkommt, trifft ein Verschulden, für das er entsprechend dem Grundsatz vom mitwirkenden Verschulden nach § 254 *BGB.* in dem Umfang aufkommen muß, als er den Schaden bzw. Lohnausfall verursacht hat.

Das *ArbG.* Pforzheim hat diesen Grundsatz in einer Reihe von späteren Entsch. weiter ausgebaut. Er ist auch im Schrifttum von verschiedenen Seiten einer Würdigung unterzogen worden, so z. B. in Heft 22 Jahrg. 1931 der Mitt. des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Jena von Hedemann und in der Stuttgarter Kartenauskunftei des Arbeitsrechts Heft 56 v. 26. Aug. 1931, Karte „Tarifvertrag, Anspruchsverzicht XVII, Verwirkung von Tarifansprüchen“ von Groß. In ähnlichen Gedankengängen bewegt sich das Urte. RAG 209/30 v. 9. Juli 1930: *BenzSamml.* 9, 574. Dort wird festgestellt, daß § 338 *AngVersG.* kein Schutzgesetz i. S. des § 823 *BGB.* ist und weiter ausgeführt, daß selbst bei Annahme einer vertraglich übernommenen Beitragszahlungspflicht des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer die fahrlässige Verletzung dieser Pflicht hinter der vorsätzlichen Unterlassung des *Kl.*, sich seinerseits um die Wahrung

oder gar vernichtet. Man könnte hiernach vielleicht sogar den Standpunkt vertreten, daß § 254 für die Entsch. der Verwirkungsfälle ganz überflüssig sei, weil § 242 in sich selbst die erwünschte Elastizität der Entsch. enthalte. Dagegen wäre aber m. E. vorzubringen, daß gerade das durch verspätete Geltendmachung des Anspruchs (unter qualifizierenden Umständen) begründete Ausübungshindernis, wenn man es im einzelnen Fall für tatsächlich gegeben hält, begrifflich immer nur den ganzen Anspruch erfassen kann. Aus diesem Grunde erscheint mir die Ergänzung durch § 254 *BGB.* richtig und wertvoll.

Für eine alleinige Anwendung des § 254 sprechen m. E. auch keine besonderen praktischen Gründe, insbes. ist die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens nicht etwa sicherer und leichter als die Anwendung von Treu und Glauben.

II. Das vorl. Urteil hat die Anwendung der Verwirkung abgelehnt, weil der *Kl.* dadurch, daß er die ihm vorgelegte Ausgleichsquittung durchgestrichen habe, ausdrücklich erklärt habe, daß er mit der ihm augenblicklich gebotenen Entlohnung nicht einverstanden sei. Diese Begr. erscheint jedoch nicht zutreffend. Das Durchstreichen der Ausgleichsquittung schafft nicht eine absolut und dauernd sichere Lage, sondern es läßt in Verbindung mit der sonstigen Untätigkeit des Berechtigten einen Zustand der Ungewißheit entstehen, wie auch das Urteil an anderer Stelle selbst ausführt. Bei dieser Sachlage bestand dann aber kein Hindernis, den Verwirkungsgedanken (§ 242 *BGB.*) anzuwenden und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen für die Rechtsfolgen der Verwirkung den in § 254 *BGB.* zum Ausdruck gelangten Ausgleichsgedanken ergänzend heranzuziehen.

III. Für die Verwirkung von tariflichen Lohnansprüchen, die das vorl. Urteil nur streift, müssen m. E. die gleichen Grundsätze gelten, wie sie oben entwickelt worden sind. Auch für das neue Arbeitsrecht möchte ich die grundsätzliche Möglichkeit einer Verwirkung von tariflichen Ansprüchen bejahen (vgl. Siebert a. a. O. S. 241 ff. und *JW.* 1934, 1831).

Priv. Doz. Dr. W. Siebert, Halle a. d. S.

¹⁾ *JW.* 1932, 3470.

²⁾ *JW.* 1933, 249.

seiner eigenen Ansprüche zu kümmern, so weit zurücktreten würde, daß sein Anspruch auch dann schon gem. § 254 *BGB.* in Wegfall kommen müßte. Ebenso hat das *ArbG.* in Urte. RAG 102/30 vom 18. Okt. 1930: *NRrbG.* 6, 257, die Anwendung des § 254 *BGB.* bei Prüfung der durch Tarifbruch entstandenen Schadenersatzpflicht für zulässig erklärt. Alle diese Rechtsgedanken sind getragen von dem Bestreben, für die Beurteilung der einzelnen Arbeitsverhältnisse eine der Billigkeit und dem unverbildeten Rechtsempfinden auch des Laien entsprechende Lösung zu finden. Sie begegnen sich mit den Rechtsanschauungen der neuesten Zeit, wie sie u. a. im Gef. zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. Jan. 1934 ihren Ausdruck gefunden haben, insbes. durch Einführung der Führerverantwortlichkeit und der in der Betriebsgemeinschaft begründeten Gefolgschaftstreue.

Das *ArbG.* sieht daher keine Bedenken, den ursprünglich nur für die Nachforderung von auf *TarVertr.* beruhenden Nachzahlungen aufgestellten Grundsatz auch auf Arbeitsverhältnisse auszudehnen, für die ein rechtswirksamer *TarVertr.* nicht besteht. Es erscheint dies um so mehr geboten, als bei derartigen Arbeitsverhältnissen, wenn die Höhe der Entlohnung nicht durch Privatvertrag festgesetzt ist, eine Feststellung der üblichen Vergütung gem. § 612 *Abf. 2 BGB.* meist nicht leicht zu treffen ist. Das Gericht hat im vorl. Fall beiderseits eine vorläufige Unterlassung der Klarstellungspflicht bezüglich der Entlohnung des *Kl.* angenommen. Dabei wurde das Verschulden des *Kl.* mit 25% und das der *Bekl.* mit 75% bemessen, weil der *Kl.* durch die Streichung der vorgeschriebenen Ausgleichsquittung sein Nichtverständnis mit der Entlohnung ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hatte und weil er einen Austrag der ungeklärten Frage seiner Lohnsätze offenbar aus Furcht vor Entlassung, also unter wirtschaftlichem Druck, unterlassen hat und weil es unter diesen Umständen eine besondere Pflicht der *Bekl.* gewesen wäre, eine Beseitigung der schwebenden Unklarheit herbeizuführen. Die Einwendung der *Bekl.*, daß die Erträge ihres Betriebes zur ordnungsmäßigen Entlohnung des *Kl.* nicht ausreichen, kann hierbei keine Berücksichtigung finden, weil der *Kl.* nicht am Gewinn und Verlust der *Bekl.* beteiligt ist.

Demnach hat der *Kl.* 1/4 des vom Gericht ermittelten Schadens von insgesamt 266,28 *RM* mit 66,57 *RM* selbst zu tragen, während auf die *Bekl.* 3/4 mit 199,71 *RM* entfallen. Die *Bekl.* mußte daher zur Bezahlung von 199,71 *RM* verurteilt werden.

(*ArbG.* Pforzheim, Urte. v. 13. April 1934, AH 69/34.)

Eingef. von *WDR.* Renner, Pforzheim.

C. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Reichsfinanzräten *Arkt.*, *Bodenstein*, *Ott* und *Söllch*

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

I. § 9 Nr. 6 *KörpStG.* Eine zur Nutzung eines gemeinschaftlichen Besitzes berechtigte nicht rechtsfähige Personengemeinschaft kann jedenfalls dann nicht mehr als eine steuerfreie Realgemeinde i. S. des § 9 Nr. 6 *KörpStG.* angesehen werden, wenn sie den Besitz durch besondere Maßnahmen so umstellt, daß seine Nutzungen nicht mehr als land- oder forstwirtschaftliche angesehen werden können.

Zur *KörpSt.* herangezogen ist die Gesamtheit der Eigentümer einer am rechten Elbufer liegenden Fläche von ungefähr 12 ha. Die Fläche gehört 17 Eigentümern. Wie dieses Mitigentum entstanden ist, hat sich nicht mit Sicherheit ermittelt lassen.

Durch Abkommen v. 9. Febr. 1915 vereinbarten die Miteigentümer die Einsetzung eines Vorstandes, der die laufenden Geschäfte zu erledigen hat; die Versammlung der Interessenten soll bei besonders wichtigen Angelegenheiten mit Stimmenmehrheit entscheiden.

Im März 1925 besorgten sich die 17 Miteigentümer unter solidarischer Haftung bei der Sparkasse einen Kredit von 32000 *RM*, bauten ein Wirtschaftsgebäude und eine Dampferanlagebrücke und verpachteten das Gelände in zwei Teilen, den kleineren Teil an einen Schwimmerein gegen eine Jahrespacht von 800 *RM*, den größeren an einen Wirt gegen eine Jahrespacht von 12500 *RM*. Die Pacht erhöhte sich, wenn die Einnahmen aus dem Brückengeld eine gewisse Höhe überstiegen. Die Pachtverträge liefen bis 1930; in diesem Jahre wurden neue Pachtverträge mit erhöhter Pacht abgeschlossen.

Das *FinV.* hat die Interessengemeinschaft zur *KörpSt.* herangezogen. Einspruch und Berufung blieben erfolglos. Die *ReBeschv.* ist nicht begründet.

Die *BeschwF.* nimmt in erster Linie die Befreiungsvorschrift des § 9 Nr. 6 *KörpStG.* in Anspruch. Ein derartiger, seit unvorstellbaren Zeiten bestehender Gemeinschaftsbesitz sei eine Realgemeinde i. S.

des preuß. Gef. v. 5. Juni 1888 (PrGS. 233). Das FinGer. hat der Interessengemeinschaft die Eigenschaft einer Realgemeinde abgesprochen, weil Realgemeinden in der Provinz Hannover nach dem genannten Gef. v. 5. Juni 1888 mit einem Statut ausgestattet seien, das der Genehmigung des Bezirksausschusses bedarf. Ein solches Statut bestehe nicht.

Diese Überlegung wird dem Inhalt des Gef. v. 5. Juni 1888 nicht gerecht. Als Realgemeinden werden in § 1 daselbst bezeichnet „Genossenschaften, deren Mitglieder kraft ihrer Genossenschaftsangehörigkeit zur Nutzung einer Gemeinschaft berechtigt sind“. Solche Realgemeinden können ihre Verfassung nach Maßgabe des Gesetzes regeln und erhalten damit die besonderen Rechte des § 8. Nicht aber ist in dem Gesetz ausgesprochen, daß die Eigenschaft der Realgemeinden von dieser Regelung der Verfassung abhängt.

Der Ausdruck „Realgemeinden“ wurde bei den Vorarbeiten zum BGB. als Sammelbegriff aufgefaßt, „der alle alten, in Deutschland unter verschiedenen Bezeichnungen vorkommenden agrarischen und forstwirtschaftlichen Genossenschaften umfasse und nicht nur die historisch überkommenen Gemeinden in sich schloße, bei welchen die Berechtigung der Mitglieder an den Grund und Boden geknüpft sei, sondern auch solche, bei denen eine Verbindung zwischen Grundbesitz und Nutzungsrecht nicht bestehe“ (Staudinger, BGB., Art. 164 Anm. 4).

Nach Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 614, sind die Realgemeinden aus den alten Markgenossenschaften entstanden; ebenso das Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften und Vitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung unter dem Stichwort „Realgemeinde“. Das BGB. ist weitergegangen: Auf die Entstehung aus der Markgemeinde kommt es nicht an. Es muß angenommen werden, daß das 25 Jahre später in Kraft getretene KörperStG. den allgemeinen Begriff des BGB. übernommen hat.

Nach Art. 164 a. a. D. brauchen Realgemeinden nicht die Rechte einer juristischen Person zu haben. Auch das Fehlen eigener Verwaltungorgane würde die Eigenschaft als Realgemeinde nicht beeinträchtigen (Staudinger a. a. D. Nr. 2).

Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine seit alten Zeiten bestehende Gemeinschaft an einem Wärd, die ursprünglich der Hutung-, Feu- und Holzgewinnung diente. Über die Entstehung dieser Gemeinschaft hat der Gemeindevorsteher die Vermutung ausgesprochen, daß der Wärd bei seiner Anlandung im Elbgebiet den Bewohnern der Häuser Nr. 1—16 zufiel und daß sich diese Bewohner nach Sechzehnteln in den Wärd teilten. Eine andere vom Gemeindevorsteher als möglich hingestellte Entstehungsart der Gemeinschaft ist die, daß das Privateigentum der fraglichen Besitzer durch Verlegung der Elbe zerrissen wurde und daß es sich bei dem Wärd um einen Rest handle, über den von den Eigentümern eine Interessengemeinschaft errichtet wurde. Es handelt sich demnach um eine seit unvordenklicher Zeit bestehende Gemeinschaft, die aus den gleichen Gründen ungeteilt geblieben ist, wie dies etwa bei Forst- oder Weidengenossenschaften der Fall ist: weil eine sachgemäße Nutzung der Teilstücke nicht möglich war.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der gemeinschaftliche Besitz eine Realgemeinde darstellte, solange das Gelände agrarwirtschaftlich genutzt wurde. Auch wenn man die Frage bejaht, ist doch der Begriff der Realgemeinde an diese Art der Nutzung, d. h. die natürliche Ausbeutung des Bodens im weitesten Sinne, gebunden. Sobald die Nutzung ihren agrarwirtschaftlichen Charakter verliert, ist keine „agrarische Genossenschaft“ mehr vorhanden, wie sie bei den Vorarbeiten zu Art. 164 BGB. vorausgesetzt wurde. Dies ist auch aus dem Wortlaut des § 9 Nr. 6 KörperStG. zu folgern, denn dort werden befreit „Hauergewerbe, Wald-, Forst- und Laubgenossenschaften und ähnliche Realgemeinden“. Hiermit ist zum Ausdruck gebracht, daß die gemeinschaftliche Nutzung sich auf etwas der Forst- und Landwirtschaft ähnliches erstrecken muß. Selbst wenn man annehmen wollte, daß begrifflich auch eine Realgemeinde ohne agrarwirtschaftliche Nutzung bestehen kann, so würde sie doch nicht unter § 9 Nr. 6 KörperStG. fallen, da sie nicht den dort angeführten ähnlich ist. Mit der Umgestaltung des Wärders zu einem Badeplatz mit Wirtschaftsbetrieb ist eine Art der Nutzung eingeführt worden, die mit Landwirtschaft nichts mehr zu tun hat.

Damit ist die Körperschaftsteuerpflicht gegeben. Der vorliegende Fall hat große Ähnlichkeit mit dem im Ur. v. 23. Jan. 1925 (Amtl. Samml. 15, 311) behandelten Falle. Auch hier handelt es sich um ein gemeinsames planmäßiges Zusammenwirken der Eigentümer zur Ausnutzung des gemeinsamen Eigentums, das zu diesem Zwecke auf gemeinschaftliche Kosten mit Wirtschaftsgebäuden und einer Brückenanlage versehen wurde. In solchem Falle ist die Gesamtheit der Eigentümer als eine nicht rechtsfähige, aber der Körperschaftsteuerpflicht unterliegende Personeneinigung i. S. des § 5 KörperStG. anzusehen.

(RFG., 1. Sen., Ur. v. 29. Mai 1934, I A 408/32.)

2. § 3 Nr. 3 UmfStG. Die Bekämpfung des Alkoholmißbrauchs ist ein gemeinnütziger Zweck; als ein geeigneter Weg zur Erreichung dieses Zwecks ist auch die Be-

schaffung von Gelegenheit zur Einnahme von Mahlzeiten unter Ausschluß alkoholischer Getränke anzuerkennen.

Der beschwerdeführende Zweigverein des Deutschen Vereins gegen den Alkoholismus betreibt ein Kaffee- und Speisehaus, in dem Speisen sowie alkoholfreie Getränke aller Art verabreicht werden. Mit seinem UmfStG. hieraus ist er zur UmfStsteuer veranlagt worden. Er beantragt wegen ausschließlicher Gemeinnützigkeit i. S. des § 3 Ziff. 3 UmfStG. 1926 (1932) Steuerbefreiung, die ihm im Einspruchs- und Berufungsverfahren verweigert worden ist. Das FinGer. hat seine Entsch. auf das Ur. des RFG. v. 5. Nov. 1929, I A 547/29 (RStBl. 670 Nr. 969), gestützt, zu dessen Begründung der damals zur Entsch. berufene KörperStSenat ausgeführt hatte, als gemeinnützig könnten nur solche Zwecke anerkannt werden, die von der Allgemeinheit oder doch von der überwiegenden Mehrheit des Volks als dem Gemeinwohl dienend angesehen würden, nicht dagegen solche Zwecke, über deren Eigenschaft in dieser Hinsicht unter größeren Teilen der Volksgenossen Streit herrsche; Aufgabe der Steuerbehörde sei es nicht, in einem noch nicht ausgetragenen Meinungsstreit dadurch Partei zu ergreifen, daß den Bestrebungen der einen Partei Steuerfreiheit zugestimmt werde; insoweit könnten auch die Bestrebungen zur Bekämpfung des Alkoholismus im allgemeinen so lange nicht als gemeinnützig anerkannt werden, als die Mehrheit des Volks über den Alkoholgenuß so denke wie heute. Demgegenüber betont im vorliegenden Falle der beschwerdeführende Verein ohne Widerspruch des FinA., daß seine Tätigkeit lediglich den übermäßigen Alkoholgenuß, den Mißbrauch geistiger Getränke, zu bekämpfen bezwecke. Der Deutsche Verein gegen den Alkoholismus betätige sich in hervorragender Weise in der gemeinnützigen Heilfürsorge für Alkoholkranke und -gefährdete. Die Gaststätte des Vereins werde ohne jede Gewinnabsicht betrieben, die Speisen und Getränke würden zu den Selbstkosten des Vereins abgegeben. Die Aufgabe des Richters sei nicht darauf beschränkt, festzustellen, wie die — statistisch doch gar nicht erfassbare — Mehrheit der Volksgenossen über Wert oder Unwert einer bestimmten Bestrebung denke, sondern es sei seine Aufgabe, von sich aus, wenn auch im Anschluß an die Volksmeinung, eine eigene Wertung vorzunehmen und auszusprechen. Ein bestimmter Zweck könne sehr wohl auch dann gemeinnützig sein, wenn er zwar noch nicht allgemein, aber doch bereits von einer einsichtigen Schicht als segensreich anerkannt werde. Aber selbst von dem Standpunkt aus, daß es auf die Ansicht der überwiegenden Mehrheit des Volks entscheidend ankomme, erscheine die R. Beschw. als begründet, denn es sei unzweifelhaft, daß die allgemeine Volksauffassung den Alkoholmißbrauch als schädlich und seine Bekämpfung als gemeinnützig anerkenne. Der R. Beschw. kann der Erfolg nicht verweigert werden.

Der Senat ist der Auffassung, daß die Bekämpfung des Alkoholmißbrauchs die Allgemeinheit in gesundheitlicher und sittlicher Hinsicht fördert und deshalb gemeinnützig ist. Er hält sich für verpflichtet, zur Frage, ob ein Vereinszweck gemeinnützig i. S. des Steuerrechts ist, selbst Stellung zu nehmen, unabhängig vom Verhältnis der Zahl der vermutlich zustimmenden zur Zahl der möglicherweise nicht zustimmenden Volksgenossen. Allerdings darf diese Stellungnahme nicht in Widerspruch zum Volksempfinden treten. Dieses Erfordernis aber ist keine Besonderheit für die Entsch. der Frage nach der Gemeinnützigkeit eines verfolgten Zwecks, sondern Ausfluß eines Grundsatzes, der die gesamte Abpr. beherrschen muß. Es ist jedoch keinerlei Zweifel darüber möglich, daß die Auffassung, die Bekämpfung des Alkoholmißbrauchs sei gemeinnützig, mit dem Volksempfinden übereinstimmt. Als einer der Wege zur Bekämpfung des Alkoholmißbrauchs muß aber anerkannt werden die Beschaffung von einer jedermann zugänglichen Gelegenheit zur Einnahme alkoholfreier Mahlzeiten und die damit verknüpfte Durchbrechung der herkömmlichen Trinkstille, d. h. also die Bekämpfung des, insbes. für willensschwache Personen bestehenden, Anreizes zum Alkoholgenuß. Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob die sonstigen Voraussetzungen, die das Gesetz und die zu seiner Durchführung ergangenen, mit Gesetzeskraft ausgestatteten Bef. (§ 12 RAbgD.) für die Steuerbefreiung eines gemeinnützigen Zweck verfolgenden Unternehmens aufgestellt haben, sämtlich auf den beschwerdeführenden Verein zutreffen. Das hat die Vorbehörde nicht geprüft, weil sie davon ausging, daß bereits der verfolgte Zweck als solcher nicht als gemeinnützig anerkannt werden könne.

Das angefochtene Ur. war daher wegen Verkenntung des Begriffs der Gemeinnützigkeit aufzuheben.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 8. Juni 1934, V A 386/33 S.)

*

3. § 5 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 4 GrErbStG.; § 11 RHeimStG. v. 10. Mai 1920 (RStBl. 1920). Bei der Zwangsversteigerung einer Reichsheimstätte ist die Abgabe des Meistgebots steuerfrei, wenn der Ausgeber der Heimstätte das ihm nach § 11 RHeimStG. zustehende Vorkaufrecht ausübt und daraufhin den Zuschlag erhalten hat. †

Die R. Landesbank (Beschwerdegegnerin) hatte ein von der

Zu 3. Das dem Ausgeber einer Heimstätte nach § 11

„Kriegerheimstätten-Siedlung für A., Siedlungs- und Baugenossenschaft eGmbH.“ in W., dem Arbeiter B. als Heimstätte übereignetes Grundstück mit 10 000 *R.M.* hypothetisch belasten. Wegen ihrer Forderungen aus dieser Hypothek brachte sie das Grundstück zur Zwangsversteigerung und blieb im Versteigerungstermin vom 22. Febr. 1932 Meistbietende mit einem Gebot von 12 300 *R.M.*, neben dem das in Abt. II unter Nr. 2 für die vorbezeichnete Genossenschaft eingetragene Vorkaufsrecht bestehen blieb. Nachdem am selben Tage die Genossenschaft dem Vollstreckungsschuldner gegenüber erklärt hatte, daß sie von diesem Vorkaufsrecht Gebrauch mache, erhielt sie durch Gerichtsbeschluß v. 5. April 1932 den Zuschlag zu den Bedingungen des Meistgebots, ohne daß dabei die Beschwerdegegnerin als Meistbietende nach § 81 Abs. 4 ZwVerfG. für mithaftbar erklärt wurde.

Aus diesem Anlaß wurde nicht nur die Genossenschaft auf Grund der §§ 1, 4 GrErbStG., sondern auch die Beschwerdegegnerin wegen des Meistgebots nach § 5 GrErbStG. zur Grunderwerbsteuer (5/100 von 12 300 = 615 *R.M.*) herangezogen. Nach erfolglosem Einspruch erzielte sie auf Ver. beim FinGer. die beantragte Freistellung. Das FinGer. vertritt in den Gründen des BU. die Auffassung, es müsse auf Grund der Natur des Vorkaufsrechts und nach dem Wesen und der Bedeutung des Meistgebots „unterstellt“ werden, daß die Beschwerdegegnerin auf die Rechte aus dem Meistgebot stillschweigend verzichtet und damit das an sich steuerpflichtige Meistgebot beseitigt habe.

Giergegen richtet sich die RBeschw. der Steuerstelle mit dem Antrage auf Wiederherstellung des Einspruchsbescheides. Das Rechtsmittel kann keinen Erfolg haben, da der Entsch. des FinGer. jedenfalls im steuerlichen Ergebnisse beigetreten werden muß.

Zu Unrecht beruft sich zunächst die RBeschw. zur Rechtfertigung ihres Standpunktes auf Ott, GrErbStG., 3. Aufl., Bem. 32 zu § 23, S. 459/460, wo ausgeführt ist, daß durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht ohne weiteres der von dem Verpflichteten mit dem Dritten geschlossene Kaufvertrag hinfällig wird, vielmehr der Auflassungsanspruch des Dritten grundsätzlich neben dem durch die Ausübung des Vorkaufsrechts begründeten Auflassungsanspruch des Vorkaufsberechtigten bestehen bleibt. Diesen Ausführungen ist unbedenklich beigetreten. Sie schließen jedoch nicht aus, daß im Einzelfalle der Grundstücksverkauf, der zur Ausübung eines Vorkaufsrechts Anlaß gegeben hat, im Innenverhältnis der Vertragsparteien (nicht auch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, vgl. § 506 BGB.) als durch die Nichtausübung des Vorkaufsrechts bedingt anzusehen war (vgl. RFS. II A 203/32 v. 27. Okt. 1933), und ebenso bleibt im Einzelfalle stets zu prüfen, ob nicht infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts der Verkauf von den Parteien stillschweigend aufgehoben worden und damit die Anwendung des § 23 Abs. 1 b Nr. 2 gerechtfertigt ist. Im übrigen beziehen sich die Ausführungen von Ott nur auf privatrechtliche Kaufverträge und nicht auch auf das im Zwangsversteigerungsverfahren abgegebene Meistgebot, dem gegenüber das im BGB. ge-

regelte schuldrechtliche oder dingliche Vorkaufsrecht überhaupt nicht ausgeübt werden kann (vgl. §§ 512, 1098 BGB.).

Im vorl. Falle handelt es sich um das besondere Vorkaufsrecht, das im § 11 RHeimstG. v. 20. Mai 1920 dem Ausgeber einer Heimstätte auch gegenüber einem Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung eingeräumt worden ist. Die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der Ausübung eines solchen Vorkaufsrechts auf das im Zwangsversteigerungsverfahren abgegebene Meistgebot wären besonders zu prüfen, soweit es für die streitige Steuerpflicht darauf ankommt. Jedenfalls ist es nicht angängig, bürgerlich-rechtlich einen stillschweigenden Verzicht des Meistbieters auf die Rechte aus dem Meistgebot mit der Wirkung einer Beseitigung des an sich steuerpflichtigen Meistgebots zu unterstellen, wie es das FinGer. getan hat. Ein solcher einseitiger Verzicht ist im Gesetz nirgends zugelassen und würde auch die Rechte der betreibenden Gläubiger und der dinglich Berechtigten beeinträchtigen. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob das Meistgebot von einem betreibenden Gläubiger oder einem dinglich Berechtigten oder einer dritten Person abgegeben worden ist. Das FinGer. scheint seine Schlussfolgerungen auf den Fall abzustellen, daß ein betreibender Gläubiger selbst Meistbieter geblieben ist. Aber auch ein solcher Gläubiger kann nicht verzichten, sondern nur durch Zurnahme des Versteigerungsantrages oder durch Einstellungs-bewilligung die Verjagung des Zuschlags herbeiführen (§§ 30, 33, 83 Nr. 5 ZwVerfG.), wodurch dann aber auch die Ausübung eines etwa bestehenden Vorkaufsrechtes ausgeschlossen würde. Wollte man ferner einen Verzicht des Meistbieters zugunsten des Vorkaufsberechtigten als vereinbart unterstellen, so würde das einer Abtretung i. S. des § 81 Abs. 2 ZwVerfG. gleichstehen, und bei einer solchen Abtretung würde nach ständiger Rpr. des RFS. mit Erteilung des Zuschlags an den Vorkaufsberechtigten auch das Meistgebot steuerpflichtig geworden sein. Die vom FinGer. angezogenen Entsch. des RFS. v. 26. März und 23. Dez. 1930 haben für Fälle vorl. Art keine Bedeutung.

Das Bestehen des streitigen Steueranspruchs ist jedoch aus folgenden Gründen zu verneinen. Rechtsirrig ist die von der Steuerstelle in ihrer RBeschw. vertretene Auffassung, es sei für die Steuerpflicht der Beschwerdegegnerin bedeutungslos, ob sie einen Anspruch auf Erteilung des Zuschlags gehabt habe oder nicht. Wenn der RFS. in ständiger Rpr. die Abgabe des Meistgebots hinsichtlich der Steuerpflicht einem schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäft i. S. des § 5 GrErbStG. gleichgestellt hat, so ist das, wie die Begr. der in RFS. 5, 154 und 8, 247 abgedruckten Urte. klar ergibt, nur deshalb geschehen, weil das Meistgebot unter den gesetzlichen Voraussetzungen, ebenso wie das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft, für den Meistbieter einen Anspruch auf Erwerb des Eigentums begründet (vgl. §§ 81, 83, 84 ZwVerfG.), mag dieser Anspruch auch nicht durch Auflassung und grundbuchliche Umschreibung, sondern durch den Zuschlag verwirklicht werden. Wie das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft kann also auch das Meistgebot

RHeimstG. v. 10. Mai 1920 zustehende Vorkaufsrecht gilt auch für den Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung; es muß aber bis zum Ablauf von zwei Monaten, nachdem der Berechtigte von dem Meistgebot und den Versteigerungsbedingungen durch den Vollstreckungsschuldner oder einen dritten Mitteilung erhalten hat (§ 11 a. a. D. und § 510 BGB.), ausgeübt werden. An sich fehlt zwar die Ausübung des Vorkaufsrechtes voraus, daß der Heimstatter mit einem Dritten einen auf Veräußerung der Heimstätte im Ganzen gerichteten Vertrag, nicht nur einen Kauf oder Tausch, gleichviel ferner ob entgeltlich oder unentgeltlich, geschlossen hat. Die §§ 504, 505, 508—510, 513 BGB. über das vertragsmäßige Vorkaufsrecht gelten nach § 10 Abs. 1 S. 3 RHeimstG. entsprechend. Da § 506 BGB. nicht anwendbar ist, ist eine Vereinbarung des Heimstatters mit dem Vertragsgegner zulässig, daß der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes abhängig sein soll oder daß dem Heimstatter für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes der Rücktritt vorbehalten wird. Das GBL. soll die Eintragung des Eigentumsüberganges so lange aussetzen, bis ihm die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes nachgewiesen ist (§ 11 Abs. 3). Der Nachweis bedarf nicht der Form des § 29 BGB., er wird kaum anders als durch eine Erklärung des Vorkaufsberechtigten erbracht werden können. Selbständige Prüfung durch den Grundbuchrichter ist auch erforderlich, wenn das Vollstreckungsgericht um Eintragung des Eigentumsüberganges ersucht, weil für dieses eine Prüfungspflicht nicht besteht.

Dem privatrechtlichen Veräußerungsvertrage entspricht im Zwangsversteigerungsverfahren die Abgabe eines gültigen und wirksamen Meistgebots, auf welches der Zuschlag erfolgen kann. Die vorerwähnte zweimonatige Frist kann das Vollstreckungsgericht von sich aus nicht in Lauf setzen, es ist dies ausschließlich Sache des Meistbietenden und des Subhastaten. Wenn es auch an einer Vorschr. fehlt, nach der der Zuschlag erst erteilt werden darf, wenn feststeht, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt wird oder nicht (wie in

§ 10 S. 2 SiedlG.), so hat man doch angenommen, daß bis zum Ablauf dieser Frist die Verkündung des Zuschlags anzusehen sei. Läuft der Berechtigte die Frist verstreichen oder erklärt er vorher, sein Recht nicht ausüben zu wollen, so sei der Zuschlag dem Meistbietenden zu erteilen. Wenn im § 11 Abs. 3 nur bestimmt ist, daß das GBL. die Eigentumseintragung so lange aussetzen soll, bis ihm die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes nachgewiesen wird, so kann man daraus allein nicht auch die Vorschr. herleiten, daß das Vollstreckungsgericht dem Meistbietenden den Zuschlag nicht erteilen soll, bis ihm die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes nachgewiesen wird. Auch die Vorschr. des § 15 RHeimstG. bietet Schwierigkeiten, nach ihr hat der Ausgeber bei Ausübung des Vorkaufsrechtes höchstens den Betrag zu zahlen, der sich aus dem im Grundbuche eingetragenen Bodenwerte zuzüglich des derzeitigen Werts etwaiger Baulichkeiten und Verbesserungen ergibt. Das Vollstreckungsgericht kann aber gar nicht im Rahmen seines Verfahrens und bei dessen Eilbedürftigkeit mit Sicherheit entscheiden, wie hoch dieser Wert ist, ganz abgesehen davon, daß eine solche Feststellung für das GBL. und andere Behörden ufm. keine bindende Kraft besäße. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes geht also ausschließlich zu Lasten des Meistbietenden, der ja auch mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes rechnen mußte, während die übrigen Beteiligten am Zwangsversteigerungsverfahren damit rechnen durften und mußten, daß von den Versteigerungsbedingungen und namentlich von der Höhe des Meistgebots nicht abzuweichen werde. Macht also der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch, so bleibt der Ersteher gleichwohl entsprechend seinem Meistgebot verhaftet. Dem Vorkaufsberechtigten kann nicht der Zuschlag, auch nicht zu einem geringeren Betrage als das Meistgebot erteilt werden. Selbstverständlich hat der Ersteher, dem gegenüber der Berechtigte das Vorkaufsrecht geltend macht, den Anspruch in Höhe des nach § 15 zu ermittelnden Betrages Befreiung von den Ansprüchen des Berechtigten oder, soweit er be-

nur dann nach § 5 GrErmStG. steuerpflichtig sein, wenn der Meistbieter einen Anspruch auf Erteilung des Zuschlags erworben hat und dieser Anspruch auch nicht vor Entstehung der Steuerpflicht wieder weggefallen ist.

In bürgerlich-rechtlicher Hinsicht bestehen nun infolge der Sonderbestimmung des § 15 RHeimStG. im Schrifttum Meinungsverschiedenheiten darüber, ob und in welcher Weise das nach dem ZwVerfStG. begründete Recht des Meistbieters auf den Zuschlag durch die Ausübung des dem Ausgeber der Heimstätte zustehenden Vorkaufsrechtes beeinflusst wird. Es ist insbes. streitig, ob nach Ausübung dieses Vorkaufsrechtes der Zuschlag nur noch dem Vorkaufsberechtigten erteilt werden kann (vgl. Reinhardt-Müller, ZwVerfStG., 6. Aufl., Anm. 6 b zu § 81), oder ob nach wie vor der Zuschlag dem Meistbieter zu erteilen ist und die Ausübung des Vorkaufsrechtes alsdann zu seinen Lasten geht (vgl. Fädel-Güthe, ZwVerfStG., 6. Aufl., Bem. 8 zu § 81). Im vorl. Steuerstreit braucht auf diese bürgerlich-rechtlichen Streitfragen nicht weiter eingegangen zu werden. Denn nachdem das Versteigerungsgericht der Vorkaufsberechtigten auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes hin den Zuschlag erteilt hat, und der Zuschlagsbeschluss nach §§ 96 ff. ZwVerfStG. rechtskräftig gemorden ist, ist jeder Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Erwerb des Grundstückseigentums durch Zuschlagserteilung, sofern überhaupt ein solcher Anspruch durch das Meistgebot bedingt oder unbedingt entstanden sein sollte, jedenfalls wieder erloschen. Damit wäre nach obigen Ausführungen auch eine etwa entstehende Steuerpflicht des Meistgeboters auf jeden Fall nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 23 Abs. 1 b Nr. 2, 3 GrErmStG. hinfällig gemorden. Eine Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot an die Vorkaufsberechtigten oder eine sonstige Erklärung i. S. des § 5 Abs. 4 Nr. 4 GrErmStG., bei der die Abgabe des Meistgebots durch den Zuschlag zu einem nach § 5 Abs. 3 steuerpflichtigen Zwischengeschäft geworden wäre, kommt nicht in Frage, da das Vorkaufsrecht ohne

reits gezahlt hat und hinsichtlich eines etwaigen Überschusses, Zahlung von dem Vorkaufsberechtigten zu verlangen. Auf alle Fälle ist mithin dem Ersteher ohne Rücksicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes der Zuschlag zu erteilen. Ebensovienig ist, falls der Ausgeber der Heimstätte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht und einen Dritten bezeichnet hat, an den die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erfolgen soll (§ 16 RHeimStG.), diesem Dritten etwa unter entsprechender Anwendung der §§ 81 Abs. 2 und 4, 82 ZwVerfStG. der Zuschlag zu erteilen (a. A. Brand-Bauer S. 264). Das Ergebnis kann nur sein, daß zwischen dem Heimstatter und dem Ersteher sowie zwischen diesem und den übrigen Beteiligten an dem Zwangsversteigerungsverfahren die rechtlichen Beziehungen durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes des Heimstättenausgebers unberührt bleiben. Nur im Einvernehmen mit dem Meistbietenden, nicht aber gegen oder ohne dessen Willen, kann im Wege des § 81 Abs. 2 und 3 ZwVerfStG. die unmittelbare Erteilung des Zuschlages an den Heimstättenausgeber erreicht werden.

Die zu besprechende Entsch. wird ausreichend durch den letzten Absatz ihrer Gründe getragen; im übrigen enthält sie eine dadurch ziemlich unfruchtbare Kritik der Entsch. des FinGer., weil sie es — wohl aus der Gepflogenheit der oberen Gerichte, nicht mehr zu entscheiden, als unbedingt nötig ist — unterläßt, selbst entschiedene Stellung zu nehmen. Es ist also festzustellen, daß der Zuschlag auf jeden Fall zu Unrecht an die Heimstättenausgeberin erfolgt ist. Der Ersteher hätte nur gezwungen werden können, der grundbuchmäßigen Eintragung der Heimstättenausgeberin zuzustimmen, weil diese Eintragung nach § 873 BGB. zur Verwirklichung des vorgemerkten Auflassungsanspruchs erforderlich ist (vgl. Filitner: Bruch. 67, 131 ff. und das dort angeführte Schrifttum). Die Entsch. spricht ferner etwas einseitig nur von dem „Recht des Meistbieters auf den Zuschlag“, ohne irgendwie zu erwähnen, daß der § 81 Abs. 2 ZwVerfStG. daneben auch von der „Übernahme der Verpflichtung aus dem Meistgebot“ spricht. Erst durch diese Verpflichtungsübernahme wird der Abtretungsempfänger den Beteiligten aus dem Meistgebot haftbar (vgl. Fraeb, Handausg. z. ZwVerfStG., § 81 Nr. 4). Daraus ergibt sich auch, daß der Ersteher nicht etwa einseitig und insbes. stillschweigend in der Weise auf seine Rechte aus dem Meistgebot verzichtet kann, daß dessen Rechtswirkungen aufgehoben werden und insbes. die Befreiung des steuerpflichtigen Meistgebots erfolgt. Ein Gebot ist vielmehr für den Bieter bindend, sobald es einmal ordnungsmäßig abgegeben ist. Ohne Zustimmung aller — auch der nicht antretenden — Beteiligten kann es von dem Bieter nicht zurückgenommen werden. Diese Gebundenheit dauert so lange, bis ein vom Gesetz anerkannter Erlösungsgrund wirksam wird. Diese ursprüngliche und grundsätzliche Gebundenheit an das abgegebene Gebot kann auch nicht durch das Vollstreckungsgericht ohne Vorliegen eines der gesetzlichen Erlösungsgründe beseitigt werden.

OGK. Dr. Fraeb, Hanau.

Zutun der Beschwerdegegnerin ausgeübt worden ist und auch gegen ihren Willen ausgeübt werden konnte.

(RG., Ur. v. 8. Juni 1934, II A 257/33.)

Reichsversicherungsamt

Bericht von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (CuM.), abgedruckt.]

1. § 547 RVD. Bei Infektionskrankheiten, die durch berufliche Beschäftigung in einem Krankenhaus usw. i. S. der Nr. 22 der Anlage zur 2. BerufskrankhV.D. v. 11. Febr. 1929 verursacht sind, genügt für die Begründung des Entschädigungsanspruchs, daß die versicherte Person sich bei einer versicherten Tätigkeit die Infektion zugezogen hat; es ist nicht erforderlich, daß ein im Krankenhaus behandelter Patient die Ursache zur Ansteckung gegeben haben muß. Auch wenn beispielsweise eine Wärterin sich bei einer anderen Wärterin infiziert, sind die Voraussetzungen für die Entschädigung gegeben.

(RVerfA., Entsch. v. 9. Juni 1934, Ia 7418/32; CuM. 36, 10.) [3.]

2. § 616 Abs. 3 RVD. Das nach Abfindung einer Unfallrente während einer späteren Heilanstaltspflege zu gewährende Tage- und Familiengeld kann nicht um den Betrag, der bei Berechnung der Abfindung zugrunde gelegt war, gekürzt werden. Der Anspruch auf Tage- und Familiengeld hat seine rechtliche Grundlage in dem Anspruch auf Krankenbehandlung, ein selbständiger Anspruch, der von der Gewährung oder Nichtgewährung der Unfallrente unabhängig ist. Der Anspruch auf Krankenbehandlung wird durch die Abfindung nicht berührt. Die Kürzung bezieht sich lediglich auf die nach Abfindung etwa wiedergewährte Rente.

(RVerfA., Entsch. v. 13. März 1934, Ia 7433/33; CuM. 35, 408.)

[3.]

Reichsversorgungsgesetz

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgesetzes abgedruckt]

Bericht von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin

1. Der Rekurs ist nach § 92 Abs. 1 VerfG. auch dann ausgeschlossen, wenn der Grad der EM. im Wege der Berücksichtigung nach § 65 Abs. 2 VerfG. neu festgestellt worden ist. (RVerfOrgGer., Ur. v. 15. Aug. 1934, M Nr. 34783/31, 3.)

2. Die Deutsche Girozentrale (Deutsche Kommunalbank) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts; daher Ruhen der Versorgungsgebühren neben Bezügen von dieser Stelle.

(RVerfOrgGer., Entsch. v. 14. Sept. 1934, M Nr. 27891/31, 3.)

II. Länder

Oberverwaltungsgerichte

Preußen

Preussisches Oberverwaltungsgericht

1. §§ 3, 26, 29 PrGef. über die Industrie- u. Handelskammer v. 24. Febr. 1870, 19. Aug. 1897 u. 1. April 1924 (G.S. 1897, 355; 1924, 194); HandwNov. v. 11. Febr. 1929 (RGBl. I, 21). Handelskammerbeiträge für 1926 und 1927. Zum Begriff des Handwerks. Über die Voraussetzungen eines Handwerksbetriebes bei einem in Form einer juristischen Person (GmbH.) betriebenen Unternehmen. Wie kann bei derartigen Unternehmen dem Erfordernis der Mitarbeit des Betriebsinhabers genügt werden?)

Zwischen der Industrie- und Handelskammer in S. und der Nr. Kreisdruckerei GmbH. in N. war streitig, ob die Heranziehung der Kreisdruckerei zu Handelskammerbeiträgen für 1926 und 1927 gerechtfertigt war. Die Kreisdruckerei verneinte diese Frage, weil

Zu 1. Die Entsch. verweist in dem wesentlichen Punkt auf die Entsch. in R. u. PrVerwBl. 50, 255. Dort war das OVG. zu dem Ergebnis gekommen, ein in der Rechtsform einer juristischen

ihr Betrieb ein handwerksmäßiger sei, der nach § 3 Ges. über die Industrie- und Handelskammern der Beitragspflicht zur Handelskammer nicht unterliege.

Der BezAusfch. stellte die Kreisdruckerei auf die von ihr nach vergeblichem Einspruch erhobene Klage von der geforderten Entziehung von Handelskammerbeiträgen frei. Auf die Rev. der beklagten Industrie- und Handelskammer wies das OVG. die Sache an die Vorinst. zurück.

Wie das OVG. in ständiger Rspr. entschieden hat, ist für die Frage, ob ein Unternehmen als ein Handwerksbetrieb oder als ein darüber hinausgehender industrieller Betrieb anzusehen sei; nicht sein Umfang, auch nicht der Umstand, daß das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, sondern die Art und das Wesen des inneren Betriebs maßgebend (OVG. 67, 368; R. = u. PrVerwBl. 49, 124, 125). An einen Handwerksbetrieb stellt die Rspr. des OVG. übereinstimmend mit der überwiegenden Meinung der Wissenschaft vor allem die Forderung, daß bei ihm eine Beteiligung des Unternehmers an dem technischen Gergange der Warenerzeugung, sei es durch Mitarbeit oder durch Leitung und Aufsichtsführung, stattfinden müsse (OVG. 66, 383; 89, 360 ff.; R. = u. PrVerwBl. 50, 254; Staub, Komm. z. GGB., 12./13. Aufl., Bd. 1, S. 70, Anm. 9; Düringer-Hachenburg-Geiler, Komm. z. GGB., 3. Aufl. 1930, Bd. 1, S. 210, 211, Anm. 4 zu § 4; Landmann, RGewD., 7. Aufl., Bd. 2, S. 85; 8. Aufl., Bd. 2, S. 89). An dieser Rspr. ist auch gegenüber der abweichenden Auffassung des RWiG. festzuhalten. Belanglos ist im vorl. Falle, ob der Betrieb auf Grund der sogenannten Handwerksnovelle v. 11. Febr. 1929 (RGBl. I, 21) in die Handwerksrolle als Handwerksbetrieb eingetragen ist. Die Handwerksnovelle ist erst am 1. April 1929 in Kraft getreten. Sie hat sich keine rückwirkende Kraft beigelegt und kommt daher für die hier in Betracht kommenden Rechnungsjahre 1926 und 1927 nicht zur Anwendung.

Die vorstehenden Rechtsgrundsätze hat der BezAusfch. nicht beachtet. Er ist insolge unrichtiger Beurteilung der Rechtslage überhaupt in seine Prüfung darüber eingetreten, ob und in welcher Weise sich im vorl. Falle der Unternehmer an den technischen Gergängen beteiligt hat. Insbes. hat der BezAusfch. nicht geprüft, inwieweit überhaupt bei einer juristischen Person, im vorl. Falle einer GmbH., den Erfordernissen einer technischen, handwerksmäßigen Mitarbeit des Betriebsinhabers genügt werden kann und von welchen physischen Personen diese Mitarbeit hier ausgeübt worden ist. Er hat seine Entsch. lediglich auf den äußeren Aufbau

Person betriebenes Unternehmen könne nur dann als Handwerksbetrieb gelten, wenn „die Personen, die sich unter der Rechtsform, die das Gesetz mit juristischer Persönlichkeit verknüpft, zusammengeschlossen haben (zumindest überwiegend) Handwerker sind und als solche im Betriebe mitarbeiten“. Diese Voraussetzung wird nur selten vorliegen. Die vom OVG. auch in der vorl. Entsch. festgehaltene Auffassung läuft daher darauf hinaus, daß die Möglichkeit, ein Handwerksunternehmen in der Form einer juristischen Person zu betreiben, praktisch so gut wie verneint wird. Es mag sein, daß dieses Ergebnis nicht zu vermeiden ist, wenn man mit dem OVG. davon ausgeht, „daß es das Wesensmerkmal des Handwerksbetriebes ist, daß eine Beteiligung des Unternehmers an dem technischen Gergange der Warenerzeugung, sei es durch Mitarbeit oder durch Leitung und Aufsichtsführung, stattfinden müsse“. Es fragt sich aber, ob an diesem Erfordernis, das unter früheren wirtschaftlichen Verhältnissen zutreffend gewesen sein mag, heute noch festgehalten werden kann.

Die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahre hat auch in den Betriebsformen des Handwerks große Veränderungen hervorgerufen. U. a. hat die vermehrte Verwendung von Maschinen und der damit notwendig verbundene stärkere Kapitalbedarf dazu geführt, daß handwerkliche Unternehmungen vielfach in die Rechtsform einer juristischen Person geleiendet worden sind (vgl. Begr. zur Handwerksnovelle: RDruckf. IV. Wahlperiode Nr. 405, besonders S. 16). Diese Entwicklung hat bereits vor mehreren Jahren in der Reichsgesetzgebung ihren Niederschlag gefunden, und zwar in der vom OVG. angeführten Handwerksnovelle zur GewD. v. 11. Febr. 1929 (RGBl. I, 21). Sie geht im §§ 93 a, 93 d und 93 e davon aus, daß juristische Personen Mitglieder der handwerklichen Körperschaften sein können (ebenso § 25 der 1. WD. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 15. Juni 1934 [RGBl. I, 493], durch die die §§ 81 bis 99 RGewD. ersetzt worden sind). Sie sieht ferner in § 104 o vor, daß juristische Personen in die Handwerksrolle — die durch die Novelle geschaffen worden ist — eingetragen werden können. Daß beides nur unter der vom OVG. aufgestellten, außerordentlich einschränkenden Voraussetzung möglich sein soll, ist nirgends zu erkennen. Die Handwerksnovelle ent-

des Betriebes abgestellt und hat sich dabei, ohne seine eigene abweichende Auffassung genügend zu begründen, zu der Stellungnahme des von ihm gehörten Sachverständigen in Widerspruch gesetzt. Auch läßt die Entsch. nicht erkennen, auf welche tatsächlichen Unterlagen der BezAusfch. sich gestützt hat.

Die Vorentsch. war daher wegen Rechtsirrtums und wesentlicher Verfahrensmängel aufzuheben.

Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht in vollem Umfang spruchreif und daher an die Vorinst. zur erneuten Entsch. zurückzuberufen.

Das BezVerwGer. wird davon auszugehen haben, daß die Frage, ob der Betrieb der Kl. einen zur Handelskammer beitragspflichtigen kaufmännisch-industriellen i. S. der §§ 3, 26 Ges. über die Industrie- und Handelskammern v. 24. Febr. 1870 und 19. Aug. 1897 (GS. 1870, 134; 1897, 343, 355) darstellt, oder ob er lediglich als Handwerksbetrieb anzupfehen ist, auf Grund des Aktieninhalts i. S. der ersten Alternativen zu beantworten ist. Es haben sich hier nicht Handwerker unter der Rechtsform der GmbH. zusammengeschlossen, um ihr handwerkliches Können in dem Betriebe zu verwerten; vielmehr handelt es sich um eine Familiengründung, an der im wesentlichen Personen beteiligt sind, die überhaupt nicht in dem Betriebe mitarbeiten. Da auch der Geschäftsführer K. kein gelernter Handwerker ist, er überdies die meisten Geschäftsanteile der GmbH. besitzt, so kommt ein Handwerksbetrieb überhaupt nicht in Betracht. In welcher Weise den Erfordernissen der Mitarbeit bei einer GmbH. genügt werden kann, hat der Senat in der im R. = u. PrVerwBl. 50, 254 abgedr. Entsch. erörtert. Dort ist ausgesprochen, daß der Betrieb jedenfalls dann kein Handwerksbetrieb ist, wenn der Geschäftsführer kein Handwerker ist und wenn auch nur eine geringe Minderheit der Gesellschafter im Betriebe handwerksmäßig mitarbeitet. So aber liegt es anscheinend auch hier.

Besteht demnach keinerlei Anhalt dafür, daß es sich hier um einen Handwerksbetrieb handelt, so ist das Unternehmen ein über das Handwerk hinausgehender industrieller Betrieb, der nach § 3 (Ziff. 1 oder 2) i. Verb. m. § 26 a. a. D. die Handelskammerbeitragspflicht der GmbH. begründet.

(PrOVG., 8. Sen., Urt. v. 8. Mai 1934, VIII C 34/32.)

Ver. von SenPräf. von Rries, Berlin.

Berichtigung

Die Fußnote 3 auf S. 2424 linke Spalte muß lauten: JW. 1934, 2355¹.

hält überdies einige Vorschr., mit denen das Begriffsmerkmal des Handwerksbetriebes, aus dem das OVG. diese Voraussetzung herleitet, nicht zu vereinbaren ist. Nach § 104 o Abs. 2 werden nämlich auch sogenannte handwerkliche Nebenbetriebe, die mit einem Unternehmen der Industrie, des Handels oder der Landwirtschaft verbunden sind, in die Handwerksrolle eingetragen. Die §§ 93 f (jetzt § 30 der obengenannten WD. v. 15. Juni 1934) und 103 b d ergeben, daß die Inhaber solcher Unternehmungen auch zu den Handelskammern gehören und Mitglieder der handwerklichen Innungen sein können. Bei derartigen Nebenbetrieben ist die vom OVG. als Wesensmerkmal des Handwerksbetriebes geforderte Beteiligung des Unternehmers an dem technischen Gergange der Warenerzeugung in der Regel auch nicht durch Leitung oder Aufsichtsführung möglich, wobei darauf hinzuweisen ist, daß das OVG. hierfür eine „allgemeine Oberaufsicht und Oberleitung, wie sie mehr oder weniger von jedem Betriebsinhaber ausgeübt wird“, nicht genügen läßt (OVG. 89, 362). Die Handwerksnovelle hat es schließlich auch ausdrücklich zugelassen, daß die Inhaber solcher Betriebe ihr Mitwirkungsrecht bei den handwerklichen Körperschaften durch Vertreter ausüben (§§ 93 f. [jetzt § 30 WD. v. 15. Juni 1934] und 103 b d).

Das OVG. hätte hieran in der vorl. Entsch. nicht vorbeigehen dürfen. Daß es sich in ihr um einen Tatbestand aus der Zeit v. o. r Erlaß der Handwerksnovelle handelt, ist dabei unerheblich. Die Handwerksnovelle zieht lediglich die Folgerungen aus einer Entwicklung, die sich bei ihrem Erlaß bereits tatsächlich vollzogen hatte (vgl. die Begr. zur Handwerksnovelle S. 7 und 16). Die in ihr zum Ausdruck gekommene Auffassung über die Wesensmerkmale des Handwerksbetriebes ist daher auch ohne weiteres für den hier entschiedenen Fall maßgebend, da sie insoweit überhaupt keine Änderung des früheren Zustandes enthält.

Abschließend ist noch zu bemerken, daß es für die Heranziehung zu den Industrie- und Handelskammerbeiträgen nicht auf die Eintragung in die Handwerksrolle ankommt, da diese keine konstitutive Bedeutung hat (vgl. Schindler v. Hoffmann, n. n. Körperschaftsrecht des Handwerks 1929, Ven. g. vor § 104 o).
GerAlt. Dr. Schilling, Hilfsarbeit. im RWirtschM., Berlin.