

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.
Sernspracher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6 gespaltene Millimeterhöhe 21 Pf., für den Stellenmarkt 15 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 300.—, $\frac{1}{2}$ Seite M. 155.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 80.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Zifferanzeigen kommen noch 60 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikolaiplatz 3, Zahlungen auf Postfachkonto Leipzig 10102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maassenstr. 27 erbeten.

Adolf Bachrach †

Die Schicksalsverbundenheit der deutschen und der österreichischen Anwaltschaft zeigt sich in der gemeinsamen Trauer um einen der größten Anwälte beider Länder — ten am 18. April 1932 verstorbenen Wiener Rechtsanwalt Geh. Justizrat Regierungsrat Dr. Adolf (von) Bachrach.

Bachrach war am 27. Dezember 1853 zu Sternberg in Mähren geboren. Schon als Student erregte er Aufmerksamkeit als Vorsitzender der Wiener Akademischen Lesehalle. 1879 wurde er in die Liste der Strafverteidiger, 1885 in die Liste der Wiener Hof- und Gerichtsadvokaten eingetragen. Gleich manchem unserer hervorragenden Kollegen — so dem unvergesslichen Gammersbach, mit dem ihn auch sonst manche gemeinsamen Züge verbanden — ist er aus der Strafpraxis hervorgegangen! So ist sein Name mit vielen der größten Strafprozesse der letzten Jahrzehnte des vorigen Jahrhunderts verknüpft. Allmählich ging er von der von ihm mit großer Energie ausgeübten Strafpraxis in die Zivilpraxis über, was in Österreich — früher als bei uns — nicht nur Zivilprozesspraxis, sondern mehr Verwaltungspraxis und beratende Tätigkeit bedeutete. War er es doch, der in Wort und Schrift, durch sein Beispiel wie durch zahlreiche private Gespräche, die er mit führenden Köpfen der deutschen Anwaltschaft führte, immer und immer wieder an sein und anderer österreichischer Kollegen Beispiel die Mahnung knüpfte, daß die deutschen Anwälte sich mehr von der Prozesspraxis der verwaltenden und vorbeugenden Tätigkeit zuwenden sollten. Das Gebiet der von ihm dergestalt ausgeübten Wirksamkeit war ein überaus weit gespanntes. Er war Konkursverwalter in großen Konkursen; schon Ende der achtziger Jahre wurde der damals noch junge Anwalt Masse-Verwalter in einem der größten der je betriebenen Konkursverfahren. In der Verwaltung einer Reihe von großen Industrie-Gesellschaften war er bis an sein Ende tätig. Der Ruf, den er sich in dieser Tätigkeit erwarb, drang in weiteste Kreise der Bevölkerung. Jahrzehnte hindurch war er Berater zahlreicher Mitglieder des Habsburger Kaiserhauses, des Königs der Bulgaren, des Hauses Sachsen-Koburg, des Hauses Toskana, zahlreicher Fürstengeschlechter und der dem österreichischen Hochadel angehörenden Familien. Welches Vertrauen er sich dort erwarb, zeigte sich, als er dem verschollenen Erzherzog, der unter dem Namen Johann Ortlb sich in das Privatleben zurückzog, als Abwesenheitspfleger bestellt wurde. — Das Vertrauen, das die Großen der Erde und die Unternehmungen der Großindustrie und der Großbanken ihm entgegenbrachten, hielt ihn nicht ab, sich mit nicht minderer Liebe auch der Interessen des ärmsten Kleinbürgers und Landmannes anzunehmen. Ob hoch, ob niedrig — stets war er der gleich liebevolle, die Interessen aller betreuende Helfer, auf den wie auf wenige das schöne Wort „Rechtsfreund“ Anwendung finden konnte. Volle 50 Jahre hindurch leistete er so den Mitgliedern der Polizeidirektion Wien unentgeltlichen Rechtsbeistand, wirkte er segensreich in dem Wiener Unterstützungsverein für entlassene Sträflinge und deren Familien.

Trotz stärkster beruflicher Überlastung war er auch in der Standesbewegung der österreichischen Anwaltschaft tätig. Als auch in Österreich — schon vor den gleichgerichteten Bestrebungen im Deutschen Reich — Bestrebungen nach Einführung des Numerus Clausus laut wurden, setzte er sich mit Feuereifer und Erfolg für die Aufrechterhaltung der freien Advokatur ein. Bald wurde er in die Landesorganisationen berufen; lange Jahre gehörte er dem Disziplinartrat der Niederösterreichischen Advokatenkammer an, und als im Jahre 1919 es der Rechtsanwaltschaft Österreichs gelang, die Zuziehung zweier Anwaltrichter zum Disziplinarssenat für Rechtsanwälte beim obersten Gerichtshof durchzusetzen, wurde er zum Anwaltrichter gewählt, eine Funktion, die er — wie vorher seine Tätigkeit am Ehrengericht — voll warmen, menschlichen Empfindens für die, die aus Not und Irrtum strauchelten, aber auch mit hohem Idealismus für Standesehre und Standeswürde freudig erfüllte.

Der Anwaltschaft und weit über ihre Kreise hinaus allen Juristen des Deutschen Reiches ist Bachrach durch sein reges literarisches Wirken bekannt. Bachrach war kein Stubengelehrter; seine rege literarische Tätigkeit entquoll der Praxis und sein literarisches Wirken war seinen praktischen Erfahrungen als Anwalt entsprungen. Der Strafverteidiger wurde zugleich der Autor beachtenswerter strafrechtlicher Schriften und Aufsätze, von denen hier „Laien in der Strafrechtspflege“ (1928) und „Die Haftverhandlung“ (1929) hervorgehoben sein mögen.

Das andere große Arbeitsgebiet Bachrachs, das Fürstenrecht und das Familienrecht, fanden ihren wissenschaftlichen Niederschlag in zahlreichen vielbemerkten wissenschaftlichen und populär-wissenschaftlichen Aufsätzen, von denen die Schriften „Recht, Gesellschaft, Ehe“ (1926), „Personen- und familienrechtliche Bestimmungen in den Teilmovellen zum österreichischen ABGB.“ (1919), „Österreichisch-ungarisches Eherecht“ (1912), „Die Eherechtsreform-Enquête“ (1927), „Eherechtliche Ungleichung“ (1928), „Eheschöffengerichte“ (1928), „Verschuldensfrage und Einigung der Ehegatten im Ehestritte“ (1921), „Namensehen“ erwähnt werden mögen. Vor allem aber ist in aller Erinnerung noch sein Kampf um die „Dispensehen“, den der damals bereits über Siebzigjährige mit dem Feuereifer des jugendfrischen Kämpfers führte und seine treffliche Leitung der Debatte über das Eherecht auf dem Deutschen Juristentag von 1928.

Besonders umfangreich war seine literarische Tätigkeit auf dem Gebiet der anwaltlichen Standesfragen. Daß er in dem Sammelwerk „Die Rechtsanwaltschaft“ den Beitrag des unvergeßlichen Meisters des Anwaltsrechts, E. Benedikt, glänzend fortgeführt hat, und daß er in der Juristischen Wochenschrift, deren getreuer Freund und Helfer er stets war, die Fragen, in denen das deutsche und das österreichische Recht Berührungspunkte finden, intensiv behandelt hat, sei auch hier mit Dank hervorgehoben. Daneben sei auf seine Schriften (Auffäge) „Advokatenfürsorge“ (1918), „Ethik des Rechtsanwaltes“ (1929), „Rechtsanwaltschaft und Wirtschaft“ (1913), „Standeswürde und Disziplinarverfahren“ (1927), „Rechtsanwaltschaftliche Rechtsannäherung“ (1928), „Der Ehrengerichtshof“ (1930), „Anwaltsfragen“ (1930), „Anwaltsnot“ (1930), vor allem aber auf seinen Aufsatz „Die Advokatur als Kunst“ (in der Festgabe zur Feier des 75jährigen Bestandes der Wiener Rechtsanwaltskammer) und den letzten Artikel „Julius Diner und sein Werk“ (1932) sowie auf zahlreiche andere Schriften hingewiesen.

Was alle diese Schriften, was das ganze Wirken und Leben des Mannes für alle, die mit ihm in Berührung kamen, so sympathisch machte, war die tiefe menschliche Kultur, die aus allem spricht, oder — wie der ihm ebenfalls in vielen Punkten wesensverwandte Wieruszowski bei der Besprechung einer seiner Schriften hervorhob — eine Abgeläutertheit aus tiefem Denken, reicher Erfahrung und allseitiger Bildung, die sein ganzes Wesen ausstrahlte, wozu bei den Schriften seiner späteren Lebensjahre die wundervolle Vereinigung des reinen stillen Gepräges der Altersweisheit mit jugendfrischer Überzeugungskraft tritt.

Bachrachs wurzelte fest im alten Österreich. Alle guten Seiten desselben, tiefe humanistische Bildung und Literaturkenntnis, warmherziges Interesse für alles Schöne in Natur und Kunst, ein gewisser unnachahmlicher Stil der Lebensführung, der den alten Österreicher kennzeichnete, scharfgeschliffene und feinsinnig geformte Gedankenarbeit, gepflegte Form in Wort und Schrift, waren ihm eigen. Doch so fest er auch mit dem alten Österreich und allem, was zu ihm gehörte, beruflich und weltanschauungsmäßig verbunden war, einer Natur wie der seinen war es nicht gegeben, in müder Resignation dem Vergangenen nachzutrauern; die Probleme, die die neue Zeit an das neue Österreich und das neue Deutschland stellte, ergriff er beruflich und literarisch mit fester Hand. Zu dem Dichtertwort: „Und wenn mich auch ein stilles Ahnen Noch mahnt an die vergang'ne Zeit, Sind meine Kräfte doch den Fahnen des neuen, jungen Kampfs geweiht!“ konnte auch er sich bekennen. — Und so sehen wir ihn denn auch mit an der Spitze derer, die für die Pflege der deutsch-österreichischen Rechtsannäherung vorkämpfend wirkten. Die Anwaltschaft der Welt — nicht zum wenigsten die deutsche Anwaltschaft — hat einen ihrer Besten verloren.

Teilweiser Widerruf eines Privattestaments mittels Durchstreichung ohne neue Datierung?

Von Geheimem Justizrat Dr. Felix Herzfelder, München.

RG. 71, 293 ff. = JW. 1909, 449 hat ausgesprochen, daß einzelne in einem eigenhändigen Testament enthaltene Verfügungen für sich allein in der Form des § 2255 BGB. widerrufen werden können, „wiewohl im Unterschied von § 2253 die Vorschrift des § 2255 wörtlich genommen nur von dem Widerruf des ganzen Testaments handelt“. Die genannte Entsch. beruft sich hierfür auf die Motive zum § 1934 des ersten Entwurfs und die Verhandlungen hierüber in den Gesetzgebungskommissionen. M. E. ist hierbei vom RG. nicht genügend berücksichtigt worden, daß das holographische Privat testament erst vom Reichstag in das BGB. aufgenommen wurde; überdies ist gerade im Hinblick auf den erwähnten Unterschied zwischen §§ 2253 und 2255 es doch sehr zweifelhaft, ob auch ein teilweiser Widerruf nach § 2255 möglich ist. In dem durch jenes Urteil des RG. entschiedenen Falle war übrigens eine sachliche Änderung des Testamentsinhalts durch die Durchstreichung einzelner Worte und ihren Ersatz durch gleichbedeutende Worte überhaupt nicht erfolgt und wurde als maßgebend die Feststellung des BG. erklärt, daß die Erblasserin nicht die Absicht gehabt hätte, das ganze Testament aufzuheben, vielmehr es bis zur Errichtung eines anderen Testaments habe fortgelten lassen wollen. In ähnlicher Weise hat RG. v. 11. Juli 1925 (RG. 111, 261 = JW. 1926, 165) den Ausweg gewählt, die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß Korrekturen in einem Testament, welche zur Vorbereitung eines neuen Testaments dienen sollen, sehr wohl mit der Absicht vereinbar sind, das alte Testament vorerst, nämlich bis zur Errichtung des neuen Testaments, bestehen zu lassen. Ist ein solcher Fall gegeben, dann fehlt es natürlich an der im § 2255 vorausgesetzten Absicht, durch die Strei-

chung einer einzelnen Verfügung das Testament aufzuheben, und ist deshalb § 2255 nicht anwendbar; das RG. hat aus diesem Grunde auch in diesem Falle der Durchstreichung keine rechtliche Bedeutung beigegeben. Die herrschende Meinung geht trotzdem unter Berufung auf RG. 71, 293 ff. = JW. 1909, 449 dahin, daß auch der Widerruf einzelner in einem eigenhändigen Privat testament enthaltener Verfügungen durch deren Durchstreichung möglich und rechtswirksam sei, auch wenn das Datum dieser Veränderung des Testaments ihr nicht beigelegt wurde. (Vgl. RG. v. 18. April 1929 in JGZ. VI, 147; Planck Bem. 3; RGZ-Komm., Bem. 3 zu § 2255; Ripp, § 21 bei Note 9 u. a. m.; Strohal, § 21 a Fußnote 28 hat schon i. J. 1903 die gleiche Ansicht vertreten.)

Das allerdings auch das RG. von der gleichen Ansicht ausgeht, ist aus JW. 1911, 545²⁵ zu entnehmen, wo der Vermerk „Annulliert“ einer Durchstreichung gleichbedeutend erachtet und ihm Rechtswirkung auch ohne Beifügung des Datums offenbar beigelegt wird. Ferner ist ja in RG. 71, 293 ff. = JW. 1909, 443, insbes. 302 und 303 ausdrücklich als Gegensatz zur Durchstreichung einzelner Verfügungen hervorgehoben, daß der neuen Datierung entbehrende positive Veränderungen, insbes. nachträgliche Zusätze, als letztwillige Verfügungen unwirksam sind. Es heißt dort: „Verändern sie sachlich, was mit Datum und Unterschrift abgeschlossen in dem eigenhändigen Testamente verfügt ist, so enthalten sie neue letztwillige Verfügungen, bei deren Errichtung die Formen des § 2231 Nr. 2 von neuem gewahrt werden müssen.“

Ich habe schon in der Anm. JW. 1926, 165 dagegen Stel-

lung genommen, daß Durchstreichungen einzelner Verfügungen eines Privattestaments anders beurteilt werden sollen als positive Zusätze oder Änderungen. Das RG. hat, wie erwähnt, schon in JW. 1911, 545 anerkannt, daß der Vermerk „Annulliert“ einer Durchstreichung gleich steht. Es ist aber ja auch denkbar, daß statt der Durchstreichung einzelner testamentarischer Verfügungen z. B. der §§ 1 und 2 in einem Testament von zwölf Paragraphen ein Zusatz des Inhalts gemacht wird: „Die §§ 1 und 2 hebe ich auf.“ Niemand dürfte daran zweifeln, daß ein solcher Zusatz nur Gültigkeit hat, wenn er unterschrieben und das richtige Orts- und Zeitdatum beigefügt ist. Warum sollte dies also nicht auf für die völlig gleichbedeutende Durchstreichung gelten? Wer kann ernstlich behaupten, daß das Durchstreichen eines Teils eines Testaments dessen Inhalt nicht auch sachlich verändert? Wenn ich eine irgendwie bedeutsame Anordnung in einem Testament durchstreiche, so will ich, daß sie als nicht geschrieben gilt; damit ist doch ganz zweifellos der sachliche Inhalt der gesamten letztwilligen Verfügung geändert, denn so, wie sie im Zeitpunkt ihrer ursprünglichen Errichtung lautete, ist sie nicht aufrechterhalten. Ob sie trotz des teilweisen Widerrufs gültig bleibt, kann also nur aus § 2231 beantwortet werden.

Die Frage muß eben anders gestellt werden als sie gewöhnlich formuliert wird: Die Durchstreichung einer einzelnen testamentarischen Verfügung mit dem Willen, diese aufzuheben, das Testament im übrigen aber bestehen zu lassen, kann an sich als gültig, nämlich als wirksamer Widerruf nach § 2255 (wenn man diese Vorschrift ihrem Wortlaut entgegen so deuten will) erachtet werden, auch ohne Beifügung von Unterschrift und Datum. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob der Rest des Testaments dann gültig bleibt. Und diese Frage ist (außer etwa, wenn im Einzelfalle die Streichung bedeutungslos ist, sie z. B. nur den Weg-

fall eines Bedachten andeuten, die dadurch hervorgerufene Gegenstandslosigkeit der Verfügung zum Ausdruck bringen will) unbedingt zu verneinen. Denn der ursprüngliche Inhalt des Testaments wird, wie oben schon hervorgehoben ist, auch sachlich durch die Streichung eines Teils desselben unbestreitbar verändert, der Abschluß des Testaments, so wie es Gültigkeit haben und behalten soll, also mit dem geänderten Inhalt, ist hinausgeschoben auf den Tag dieser Änderung, sein früheres Datum ist somit unrichtig geworden, und der übrig gebliebene Testamentsinhalt ist daher mangels richtiger Datierung nicht mehr rechtmäßig, wenn nicht wenigstens das Datum der Änderung beigefügt wird, während auf Wiederholung der Unterschrift bei Streichungen wohl verzichtet werden kann (vgl. Staudinger, Bem. VD zu § 2231). Wie ich schon in der Ann. JW. 1926, 165/66 bemerkt habe, kommt auch eine Anwendung des § 2085 nicht in Frage, weil aus dem erwähnten Gesichtspunkt nicht nur eine in einem Testament enthaltene Verfügung unwirksam wird, sondern das ganze Testament dem Formerfordernis der richtigen Datierung nicht mehr entspricht. Ebenso ist a. a. O. bereits von mir eine Ausnahme gemacht worden dahin, daß das nachträgliche Durchstreichen dann als nicht erfolgt anzunehmen sein würde, wenn im Einzelfalle die Annahme geboten ist, der Erblasser hätte lieber die alte Fassung gelten lassen, als das Testament im ganzen zur Aufhebung bringen wollen. Denn dann wird der unbedingte Aufhebungswille i. S. des § 2255 fehlen, welchen Willen man für eine sachliche Änderung nicht minder wird voraussetzen müssen wie für den formellen Widerruf¹⁾.

¹⁾ Da RG. in der Entsch. v. 18. April 1929 meine Begründung der Ann. JW. 1926, 165 „nicht überzeugend“ gefunden hat, habe ich mir gestattet, die Frage an dieser Stelle neuerdings zu behandeln. Ich halte dieselbe für praktisch sehr wichtig und würde es daher begrüßen, wenn auch von anderer Seite dazu Stellung genommen werden würde.

Rechtsstaatsdämmerung?

Von Professor Dr. Alfred Manigk, Marburg.

Das neuere Schrifttum des Staatsrechts zeigt, den staatlichen Wirklichkeiten entsprechend, ein auffallendes Verflachen des Rechtsstaatsgedankens, während andererseits Verstrebungen bemerkbar sind, dieser Frucht des deutschen Idealismus neue Kraft zuzuführen. Schicksal und ideengeschichtliche Zusammenhänge des Rechtsstaatsgedankens sind wissenschaftlich durchaus noch nicht voll erfaßt. Nicht einmal der Begriff des Rechtsstaates steht fest. Einerseits wird der Staat, der „nur Rechtsstaat“ ist, geradezu verächtlich beurteilt, andererseits wird er uns in ganz verschiedenen Gestaltungen vor Augen gestellt, die geschichtlich in die Figur der „Gefährlichkeit der Verwaltung“ einmünden, so als wenn dies die eigentliche Frucht des Gedankens sei. Dürfte man dann aber den faschistischen und den bolschewistischen Staat in Gegensatz zum Rechtsstaatsgedanken bringen? Ist nicht selbst eine Legalität der Diktatur möglich? Leidet unser Volkstum heute nicht gerade unter der Unklarheit des Wesens der Legalität?

Gegenüber aller Skepsis, die sich vor einen gänzlich formalisierten Rechtsstaatsbegriff gestellt sieht, sucht eine andere Lehre dahin zu beruhigen, daß wegen der völligen Identität von Staat und Recht jeder Staat notwendig ein Rechtsstaat sei und sich ihm jedes Verhalten, das er beliebe, er möge wollen oder nicht — ähnlich dem Midaschicksal —, in Recht umwandeln. Der Wahrheitshungrige bekommt aber auch mit dieser Gabe nur Steine statt Brot. Denn er sieht allenthalben in der Welt das Recht nicht nur in der Verwaltung des Staates, auch in der Justiz, selbst in der Gesetzgebung verletzt oder gar mit Füßen getreten, und es wird klar, daß das Problem auch nicht durch die konstruktive Aufstellung eines Stufenbaues gelöst wird, der uns zwar die Voraussetzungen der formalen Gültigkeit von Rechtsnormen und Rechtsakten vermitteln mag, aber die grundsätzlichen Fragen des Ver-

hältnisses von Recht und Staat (das ist nicht dasselbe wie Gesetzgebung und Staat) und von Staat und Individuum nicht beantwortet oder aber uns gar zu einer unrichtigen Beantwortung dieser Fragen verleitet. Die Gegenwart wird ihre Stellung zum Rechtsstaatsgedanken grundsätzlich, das heißt vom Wesen des Rechts her revidieren müssen. Der Rechtsstaat ist nicht der Gesetzgebungsstaat. Besonders revisionsbedürftig erscheint die aus alten staatsrechtlichen Traditionen stammende, in dem staatsrechtlichen Stufenbau fortlebende Vorstellung der Subjektion des Individuums unter den Staat. Es kann sich nur um Rechtssubjektion, nicht um Personen-Subjektion handeln. Jene Vorstellung stammt von der Annahme, daß die Rechtsunterworfenheit mit der Staatsunterworfenheit des Individuums zusammenfalle, weil Staat und Recht zusammenfielen. Dies aber ist ein alter Irrtum. An die Stelle des Stufenbaues und an gewissem Punkte fragwürdig werdender Delegationen wird ein anderes Rechtssystem treten müssen, das den Staat auch in das richtige Verhältnis bringt zu der überstaatlichen Gemeinschaft. Die Subjektion kann auch hier nur eine Rechtsunterworfenheit sein. Der Staat ist dem Völkerbund als Subjekt so wenig unterworfen wie das Individuum als Persönlichkeit dem Staat. Ein wohlverstandener Begriff vom Recht wird hier manche verzeichnete Linie des rechtlichen Weltbildes richtig zu ziehen und insbes. zur Festigung des in kritischer Zeit selbst kritisch gewordenen Begriffes des Rechtsstaates beizutragen haben.

Die bisherige Unsicherheit in der Erfassung des Wesens des Rechtsstaates macht sich heute in der Auslegung wichtigster Bestimmungen der Reichsverfassung ebenso wie in unserem öffentlichen Leben verhängnisvoll bemerkbar. Es besteht weder Sicherheit darüber, ob verfassungsändernde Gesetze, wenn sie

nur der formalen Voraussetzung des Art. 76 RVerf. genügen, jeglichen Inhalt zur bindenden Norm erheben können, noch ob die zahlreichen mit Grundrechten verknüpften einfachen Gesetzesvorbehalte jedem Gesetzesinhalt die Tür öffnen wollen. Bei dieser wissenschaftlichen Lage — auf die an anderer Stelle näher einzugehen sein wird — ist es den zahlreichen rechtsstaatsfeindlichen Kräften der Gegenwart nicht schwer, den Rechtsstaat mit den Waffen zu bekämpfen, die seine Verfassung selbst liefert. Auch hier muß offenbar ein in das Grundfähliche hinabreichendes Mißverständnis im Spiele sein.

Wer den Rechtsstaatsgedanken gar als eine Schöpfung des politischen Liberalismus ansieht — die Rechtsphilosophie Binders kommt z. B. von dieser Vorstellung nicht los —, verfällt leicht der Meinung, daß der Rechtsstaat mit dem Liberalismus sterbe, und begründet dies etwa noch mit der Ansicht, daß ein Rechtsinstitut, das den veränderten Bedürfnissen der Gegenwart nicht mehr genüge, anderen Einrichtungen zu weichen habe. Sollte aber wirklich Kant den Rechtsstaatsgedanken als ein Produkt individualistisch-egoistischer Grundeinstellung gedacht und vertreten haben? Denn diese soll offenbar doch in jenem absterbenden Liberalismus getroffen werden. Das Grundfähliche in dem Kantischen Satz: „Ein Staat ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“ dürfte auch heute noch oft mißverstanden werden. Die staatliche Wirklichkeit ist auch selbst nach Schaffung des Verfassungsstaates oft hinter dem Rechtsstaatsgedanken zurückgeblieben, so weit, daß heute sogar die Lehre vertreten wird, der Rechtsstaat sei überhaupt nur eine Idee. — Die Gegner des Rechtsstaates können sich keine bessere theoretische Vorbereitung wünschen.

Die Krisis unserer soziologischen Lage mußte sich zwar auch in der Rechtslage auswirken. Das durch die Staatsumwälzung erschütterte deutsche Rechtsbewußtsein konnte seine Festigung nicht schon mit den Volksbeschlüssen d. J. 1919 wieder erlangen. Diesen selbst schien der rechtliche Mafel ihrer Ursachen anzuhasten; schien doch das Recht, das den Rechtsbruch heilen wollte, diesen selbst zu bejahren. Der Rechtsstaatsgedanke wurde durch diese Vorgänge selbst stark erschüttert, obgleich hierbei das Wesen des Rechts im Grunde mißverstanden war; steht es doch seinem Wesen nach in einem höchst bedingten Verhältnis zur Wirklichkeit, woraus sich einerseits seine Flüssigkeit und Veränderungsfähigkeit, andererseits seine Bruchfähigkeit erklärt. Dem trägt eine entwickelte Rechtsordnung technisch besonders dadurch Rechnung, daß sie elastische Normen setzt und hier wieder Ermessensfreiheiten läßt. Aber es ist ein wieder aus dem Grundfählichen allein erklärlicher Irrtum, diese Freiheiten des Richters, insbes. des Strafrichters sowie des Verwaltungsbeamten, als rechtsstaatswidrige Einrichtungen anzusehen¹⁾. Der Art. 116 RVerf. mit seinem grundfählichen Nulle poena sine lege bleibt solange die rechtsstaatliche Magna charta delinquentis, als die Ermessensfreiheit als rechtsstaatlich gebundene Delegation angesehen wird. In diesem Sinne bemüht sich die heutige wohlverstehende Strafrechtswissenschaft besonders um die rechtliche Fundierung des Strafzumessungsproblems, von dem jüngst E. Mezger darlegte, daß es von der Wissenschaft früherer Zeiten verachtet, von der Praxis in ein lebensfremdes Schema gepreßt, heute zu einem zentralen Problem des ganzen Strafrechts geworden sei (ZStW. 51, 855). Gegenüber den auch in der Wissenschaft bemerkbaren rechtsstaatsfeindlichen Bestrebungen liegt in dieser Auffassung der heutigen Strafrechtsaufgaben eine bedeutende Stütze und Anerkennung des Rechtsstaatsgedankens. Auch sonst fehlt es in unserem Rechtsleben nicht an Erscheinungen letzterer Art²⁾. Es sei besonders die Rspr. des RG. in Sachen der wohlervorbenen Beamtenrechte erwähnt,

¹⁾ Gerland, in Ripperdens Grundrechten Bd. I S. 385 oben, der hieran sogar ganz pessimistische Betrachtungen knüpft.

²⁾ Es sei hier nur, vorbehaltlich näheren Eingehens, darauf hingewiesen, daß auch verfassungsrechtlich A. Densel jüngst in „Grundrechte und politische Weltanschauung“ (1931) S. 10 die Auffassung vertritt, daß jede Ermessensentscheidung, zu der eine Rechtsordnung ermächtigt, unter den Zwang gestellt sei, den grundrechtlichen Wertentscheidungen Raum zu geben.

die durch die Figur der „institutionellen Garantie“ in eine rechtsstaatlich höchst bedenkliche Lage gebracht schienen.

So wird heute immer deutlicher, daß es sich bei der Erfassung des Rechtsstaatsgedankens einerseits um ein wandelbares, von der geschichtlichen Erfahrung abhängiges Prinzip handelt, andererseits aber doch um etwas absolut Gültiges, Grundfähliches, an dem nicht gerührt werden darf, ohne es zu zerstören. Ohne daß wir hier näher davon handeln können, soll noch auf eine Schrift eingegangen werden, die jüngst den Rechtsstaatsgedanken selbst zum Gegenstand der Untersuchung macht: Fr. Darmstaedter, VGR. und Doz. an der Universität Heidelberg, „Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates. Eine Untersuchung zur gegenwärtigen Krise des liberalen Staatsgedankens“ (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Herausgegeben von der juristischen Fakultät (1930). Ist es an sich schon verdienstlich, wenn der sich heute in einer starken Krisis befindliche Gedanke des Rechtsstaates hier einer Analyse unterzogen wird, so muß noch mehr anerkannt werden, daß dies in der vorliegenden Schrift auf der Grundlage reichen literarhistorischen Materials sowie andererseits des geltenden Rechts in eingehender kritischer Auseinandersetzung mit dem Schrifttum, besonders mit Kelsen und W. Burchardt unternommen wird. Es ist nicht überflüssig, wenn der Autor die in deutschen klassischen Idealismus wurzelnden Grundgedanken des Rechtsstaates besonders in einer sorgfältigen, manches Vergeßene auffrischenden Analyse Humboldts der Gegenwart vor Augen stellt. Es wird aber auch gezeigt, daß der Freiheitsgedanke historisch viel weiter zurückreicht. Er lebt in der Welt Luthers und, wie D. Gierke klargestellt hat, schon im alten deutschen Recht. So bestätigt sich die Auffassung, daß der Rechtsstaatsgedanke nicht eine Schöpfung des politischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts ist. Der Verf. jener Schrift ist weit davon entfernt, die Wirksamkeit des heutigen Staates auf die engen Grenzen dieses liberalistischen Ideals zurückschrauben zu wollen, und er verkennet nicht die Werte der heutigen ausgedehnten Staatsverwaltung auf den Gebieten des Verkehrs, des Unterrichts und besonders der Wirtschaft³⁾. Aber er will sie in beachtenswerten Ausführungen im Rechtsstaat nur helfend und ergänzend unter primärer Anerkennung des Selbstwertes des Gemeinschaftslebens der Staatsbürger untereinander zulassen (S. 173). Der Verf. verleiht dabei den grundrechtlichen Werten der Freiheit und Gleichheit eine bemerkenswerte universalistische Prägung, indem er die Stellung des Individuums nur von der Gemeinschaft her begreifen will (S. 166). Man darf in dieser dialektischen Synthese m. E. nur nicht übersehen, aus welchen Komponenten sie erwächst, und daß wir methodisch zunächst über die letztere Klarheit schaffen müssen. Wer das Individuum als solches auch als rechtliche Gegebenheit auffaßt, fällt noch nicht ins Naturrecht zurück. Es ist nicht jeder Gedanke des Rationalismus unrichtig gewesen. Ich glaube sogar, daß wir bei der rechtlichen Erfassung der Stellung des Staatsbürgers an verschüttete und später deformierte Gedanken des Rationalismus werden anknüpfen können. Denn auch der von Darmstaedter verfolgte rechtsstaatliche „soziale Liberalismus“ (S. 180) der Zukunft ist ideengeschichtlich auf das Naturrecht zurückzuführen.

Der Verf. lehrt weiter: Die Staatsverwaltung dürfte nur Sachverwaltung, nicht Menschenregierung sein (S. 192). Er berührt sich im wichtigsten Punkte mit unserer Grundfassung, indem er an Stelle der bloß formalen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung deren materielle Rechtmäßigkeit fordert (S. 194). Zu den konkreten Fragen übergehend legt die Schrift eingehend dar, welche Gefahren dem so verstandenen Rechtsstaatsgedanken gerade im Bereiche der Selbstverwaltung dadurch erwachsen, daß es dem Staat doch gelingt, durch dieses Mittel auch die Gemeinden zu beherrschen, und inwiefern der Art. 156 RVerf. den Weg zu materieller

³⁾ Herrfahrt: ZW. 1930, 1294 wird dem bei seiner Beurteilung der Schrift nicht gerecht. Vgl. besonders Darmstaedter S. 181 ff., 191 ff. Herrfahrt lehnt es anscheinend überhaupt ab, von einer Entwicklung „des“ Rechtsstaatsgedankens zu sprechen, womit die Problematik überhaupt verkannt sein dürfte.

Entkräftung des Rechtsstaatsgedankens und sozialistisch-machtstaatlicher Verwaltung bereitet habe. Um den Rechtsstaat wiederherzustellen, sei überall der Gedanke der Rechtsvorbereitung durchzuführen, der für die Staatsverwaltung die Grenze sehe in der Schaffung und Erhaltung der für das Gemeinschaftsleben erforderlichen natürlichen Freiheit und Gleichheit unter den Menschen (228 ff., 256 ff., 271, 156 f., 165).

Gegenüber dem Anwachsen der dem Rechtsstaatsgedanken abträglichen Kräfte ist es, wie gesagt, ein nicht geringes Verdienst, wenn in dieser Schrift einer zukünftigen bewußten Gestaltung des Rechtsstaates der Weg zu weisen versucht wird. Könnten aber den konkreten Forderungen der Schrift bis hin auf zum Grundsatz der liberalen Begrenzung der Staats-tätigkeit aus anderen parteipolitischen Auffassungen heraus nicht leicht abweichende Forderungen entgegengesetzt werden? Der immer noch wirksame Gegensatz zwischen den liberalen und konservativen Staatsgedanken, zwischen dessen Polen das Schicksal des Rechtsstaates sich früher abspielte, fordert heute eine nicht bloß dialektisch versöhnende Synthese, sondern eine rechtmethologische Befinnung auf die letzten im Rechte selbst umschlossenen Werte. Noch weitere politische Gegensätze sind hinzugekommen. Darmstaedter stellt sich S. 87 ausdrücklich in Gegensatz zu Humboldt, der die rechtsstaatlichen Beschränkungen — m. E. zutreffend — als vor- und außerstaatliches Recht des Individuums an den Staat heranbringt. Der Verf. bezeichnet das als Naturrecht. Welchen Weg schlägt er ein? Literarhistorische und dogmenhistorische Methoden versagen bei dem bezeichneten Stande des Problems. Auch vom Wesen und Begriff des Staates her kann eine rechtmethologische Beschränkung seiner Wirksamkeit nicht abgeleitet werden. Die politische liberale Idee (vgl. S. 158 a. a. D.) ist vollends kein rechtliches Postulatum. Die Grundlage der positiven Rechtsordnung scheint der Verf. selbst nicht für beweiskräftig zu halten, da er darlegt, daß die RWerf. selbst rechtsstaatsfeindlichen Kräften den legalen Weg biete, andererseits von diesen mißbraucht werden könne. Das oben vertretene Dogma, daß der Rechtsstaat nicht bloß Gesetzmäßigkeit, sondern Rechtmäßigkeit und Rechtssystemgemäßheit sei, ist m. E. nur als kategoriale Folgerung aus dem Wesen des Rechts selbst verbindlich. Dasselbe Prinzip, das dem Staat in der überstaatlichen Rechtssphäre seine Position garantiert, anerkennt er als Rechtsstaat gegenüber dem Individuum. Es gibt nur ein System des Rechts. Das Recht selbst ist es, das als Dominante aller dem System angehörenden Subjekte und Gebilde, kategoriale die rechtsstaatliche Frage nach den Grenzen der staatlichen Wirksamkeit aufwirft. In der überstaatlichen Sphäre erwachsen die entsprechenden Forderungen zugunsten der autonomen Staatspersönlichkeiten. Was aber frei von rechtlichem Zwange bleiben soll, welche Grenzen insbes. der Rechtsstaat sich zu setzen habe, ist empirisch zu beantworten und konnte auch in der Geschichte und bei den einzelnen Staaten nur wechselnde Entscheidungen erfahren.

Die Entscheidungen Darmstaedters haben also nur empirischen Wert, aber sie haben ihn durch ihre aus der geschichtlichen Erfahrung abgeleitete Beweisführung. Im übrigen hat das Recht andererseits den Entscheidungen der Geschichte nicht voranzuzueilen. Unbestreitbar wohnt den in allen Hinsichten chaotischen Verhältnissen unseres Volkstums die Tendenz zur Bildung einer neuen Volksgemeinschaft inne. Wie diese aussehen wird, ist abzuwarten. Die Wissenschaft vom Recht kann zum Aufbau neuen Volkstums indessen auch dadurch beitragen, daß sie dabei auftretenden mißverständlichen und unrichtigen Argumentationen vorbeugt und entgegentritt. Welchen Wert das von vielen Seiten in die Waagschale geworfene Dogma vom Ende der liberal-individualistischen Epoche auch haben mag, der Rechtsstaatsgedanke selbst wird durch die Entscheidung dieser Frage nicht berührt. Mit anderen Autoren tritt Darmstaedter für eine sozial-liberalistische Gestaltung des Staates ein. Eine solche Gestaltung würde dem Rechtsstaatsgedanken durchaus nicht zuwiderlaufen, ebenso wenig wie die schon im geltenden Recht bemerkbaren sozialen Einschlüsse der Rechtsinhalte, insbes. die Verknüpfung der Grundrechte mit Grundpflichten etwa rechtsstaatswidrige Gebilde sind. Aber wir brauchen diesen heute betonten Gedanken der organischen Verknüpfung des subjektiven Rechts mit der entsprechenden Pflicht durchaus nicht erst den faschistischen *diritti obbligatori* abzusehen. Er ist uns als germanisches Erbgut aus der Genossenschaft und anderen heimischen Instituten viel vertrauter. Nicht erst die Art. 120, 153 u. a. der RWerf. nehmen die Betonung der Pflicht des Berechtigten auf. Das BGB. kennt diese Gestaltung vielfach, z. B. in Recht und Pflicht der elterlichen Gewalt (§§ 1627 ff. u. a.). Das alte preuß. Recht normierte, wie in RW. 128, 28 = JW. 1930, 2426 hervortritt, ein gesetzlich von vornherein beschränktes Grundeigentum und erkannte daher Enteignungen nebst Entschädigungspflicht nur bei darüber hinausgehender Rechtsentziehung an.

Diejenigen Volkskreise, die dennoch eine aus dem Süden kommende Renaissance vorziehen, während sie doch die Rezeption des römischen Rechts als undeutsch in ihren Wirkungen bekämpfen, sollten bei ihrer Beurteilung des römischen Rechts als einer „individualistisch-egoistisch-kapitalistischen“ Rechtsordnung keinesfalls übersehen, daß ein so machtvoll organisiertes Staatswesen wie das römische sich die peinliche Ordnung und Ausgestaltung der subjektiven Privatrechte nicht deswegen angelegen sein ließ, um den Egoismus des Einzelnen rechtlich zu kultivieren, sondern weil es in tiefem Wissen um die Koinzidenz der Interessen und Zwecke des Individuums und des Staates das „*sum cuique tribuere*“ zur Grundsäule der Staatsordnung machte. Ich glaube, daß aus dieser uns von Jhering⁴⁾ so nahe gebrachten alten römischen Staatsweisheit für unsere deutschen Gegenwartsaufgaben mehr zu lernen ist als von den *diritti obbligatori* der Epigonen.

⁴⁾ Jhering, Zweck im Recht, 5. Aufl. (1916), S. 436 ff. Im einzelnen: S. 394 ff., 402 f., 404 ff. Allen exzessiven sozialistischen Neigungen gegenüber gilt im wesentlichen noch immer das hier S. 46 ff., 363 ff. Ausgeführte.

Das Reichsgericht und die Geschichte.

Von Professor Dr. Dr. F. Holtzack, Dresden.

Im Bd. I der Zeitschrift für Rechtsphilosophie hat R. Joerges das Verfahren des RG. zur Begründung des Urteils über das Vorliegen eines „Verstoßes gegen die guten Sitten“ einer Kritik unterzogen. J. glaubt dem RG. zwei Fehler in der Methode der Urteilsgewinnung nachweisen zu müssen. Einmal wirft er dem RG. vor, daß die Entscheidungsgründe nur in seinem Rechtsgefühl gründeten und damit die Rechtssicherheit gefährdeten — sodann rügt er, daß der höchste Gerichtshof die zur Prüfung stehende Willensrichtung auf ihre Übereinstimmung mit einem Sein statt mit

einem Sein sollenden, einer Norm prüfe und so fehlerhaft das Urteil ableite.

Wenn das RG. in der bekannten Formel sagt, daß irgendein Handeln mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden unvereinbar sei, oder daß es „einer dem Durchschnitt entsprechenden billigen, gerechten und anständigen Gesinnung“ widerspreche — und damit gegen die guten Sitten verstoße, so begeht damit allerdings das RG. selbst einen Verstoß. Eine Sünde gegen einen erkenntnistheoretischen Fundamentalsatz, daß es „höchst verwerflich ist, die Gesetze

über das, was ich tun soll, von demjenigen herzunehmen oder dadurch einschränken zu wollen, was getan wird¹⁾. Oder in der transzendentallogischen Terminologie: daß ein analytisches Urteil immer ein Nichts im Reiche des Seinsollenden, der Sphäre reinen Weltens bedeuten muß. Denn schließlich leitet doch — der Wortformel nach wenigstens — das R.G. seine Beurteilung, also seine Kritik um richtig oder unrichtig, unmittelbar aus der Beobachtung eines Seins ab.

Wäre das tatsächlich der Fall, so würden allerdings recht ernste Bedenken gegen die R.G.-Judikatur in der Interpretation des § 138 BGB. erhoben werden müssen. Tatsächlich aber liegt gar nicht eine solche unmittelbare Hebung des Werturteils aus dem Erfahrungsmaterial (eben der Beobachtung der guten Sitten) vor. Denn jene Formel ist doch nur eine Umschreibung, eine Tarnung der Tatsache, daß das R.G. urteilend an das Material herantritt. Joerges nun, der die Selbsttäuschung des R.G. wohl übersehen, sucht zur Vermeidung gefühlsmäßiger Urteile durch eine Anwendung von Grundsätzen der Stammler'schen Rechtsphilosophie die Gewinnung der Entscheidung in methodischer Gesetzmäßigkeit auszurichten.

Der Streit darüber, ob in der von Joerges wiedergegebenen Argumentation überhaupt eine „gesetzmäßige“ und zugleich inhalterfüllte Entscheidung möglich ist, mag ruhen. Er gehört der Geschichte der Rechtstheorie an. Aber sicherlich wird erkenntnistheoretisch geschultem Sinnen²⁾ jene Formel, in der angeblich das R.G. das Seinsollende aus dem Faktischen ableitet, immer wie eine Selbstbezüglichung klingen, die um so unangebrachter erscheinen muß, als sie in diametralem Gegensatz zu der sachlichen Richtigkeit der Entscheidungen steht.

Indessen, es ist ein Elementarsatz der Denkpsychologie³⁾, daß die Sprache für uns denkt. In falscher wortmäßiger Darstellung des Sinnes des eigenen Tuns — der sog. sprachlichen Repräsentation — liegt daher eine sehr große Gefahr. Sie ist um so bedeutsamer, als die von der gewohnten sprachlichen Formulierung zwangsläufig bewirkte Gedankenstellung auch über den konkreten Tatbestand hinauszugreifen und sich der Beurteilung von Zusammenhängen bemächtigen kann, die mit jenen nicht mehr identisch sind. So ist in der Tat auch dem R.G. die ihm seit langem gewohnte Aussage über die unmittelbare Ableitbarkeit des kritischen Urteils aus dem Erfahrungsmaterial gefährlich geworden. Gemeint ist R.G. 125, 80 f. = JZ. 1929, 3078 = DJZ. 1929, 1208 = MuZ. 29, 512 = Recht 1929 Nr. 2043. Obwohl das Urteil an diesen Stellen mitgeteilt worden ist, hat es doch keine grundsätzliche Beachtung gefunden. In JZ. wird ihm von Ph. Möhring eine kurze Bemerkung gewidmet, ohne daß doch das Prinzipielle erkannt worden ist. Auch die recht spärliche Literatur und frühere Urteile, welche sich mit dem Tatbestande des § 23 KunstSchG., um den es sich hier handelt, beschäftigt haben, kommen über vage Allgemeinheiten, teils über falsche Aussagen, nicht hinaus.

Scheinbar freilich haben zunächst die Tatbestände des § 23 KunstSchG. mit § 138 BGB. recht wenig zu tun. Tatsächlich werden sie aber dadurch unmittelbar zusammengerückt, daß die Methode der UrteilsGewinnung unter besonderem Aspekt Bedenken hervorrufen muß. Denn in beiden Fällen entäußert sich das R.G. der Urteilsbefugnis und schiebt die Entscheidung der Allgemeinheit zu. In der Anwendung des § 138 BGB. geschieht dieses — wie erwähnt — nur scheinbar. Im § 23 KunstSchG. unterwirft sich das R.G. tatsächlich solcher öffentlichen Meinung. Freilich handelt es sich hier nicht um diese (scheinbare) Vermengung des Seins und der Wertesphäre. Nicht wird hier vom R.G. ein Urteil über ein unmittelbares Sollen erfordert, wohl aber eine urteilende Aussage, welche zu dem Reich der Wertgeltungen — wie zu zeigen sein wird — gleichfalls nicht beziehungslos steht. Wenn

aber in der Interpretation des § 23 in der Tat vom R.G. ein massenpsychisches Sein zum Richter erhoben wird, so liegt schon die Vermutung sehr nahe, daß die Amerikanisierung des Lebens, die Verflüchtigung des Geistigen sich in jenem Urteil widerspiegeln wird. Anders gesagt, daß gegenüber älteren Urteilen, die an sich in gleich unkritischer Argumentation gefunden wurden, denen aber die damalige psychische Massensituation zustatten kam, das Ur. v. 26. Juni 1929 eine Abkehr vom Primat des Geistigen gegenüber der Herrschaft von Modestimmungen und Sensationslust bedeutet.

Der Tatbestand des Urteils des 1. Sen. kann als bekannt vorausgesetzt werden. Um die Abwägung der Frage, in welcher Voraussetzung das Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten stärker ist als der publizistische Anspruch der Allgemeinheit auf Verbreitung und Zurschaufstellung des Bildes einer Person der „Zeitgeschichte“ auch ohne deren Einwilligung, soll es sich in dieser Untersuchung nicht handeln. Vielmehr nur um die Bestimmung über die Voraussetzung für jene Abwägung: Die Rechtsfrage also, ob eine Person überhaupt dem „Bereiche der Zeitgeschichte“ angehört (§ 23 Ziff. 1). Im Streitfall handelt es sich um einen bekannten Fußballspieler, Tull Harder. Der 1. Sen. erklärt unter Berufung auf Osterrieth-Marwitz (KunstSchG., 2. Aufl., S. 172 ff.), der Tatbestand, den der Rechtsbegriff zur Konkretisierung erfordere, sei erfüllt. „Die Merkmale dieses Tatbestandes liegen vor. Erscheinungen im Leben der Gegenwart, die vom Volke beachtet werden, bei ihm Aufmerksamkeit finden und Gegenstand der Teilnahme oder Wißbegier weiter Kreise sind, gehören dahin. . . . Zu ihnen muß man Sportgrößen, wie bekannte Fußballspieler, vermöge der ihnen geschenkten Beachtung, jetzt sicherlich zählen. Geschmack und Empfinden der Zeit bringen es mit sich. Dauer über den Tag hinaus in beträchtliche Zukunft braucht nicht wahrscheinlich zu sein.“

Demnach ist für den Senat die Realdefinition des Nomens „Zeitgeschichte“ erfüllt durch den Aufbau der Merkmale: Menschliche Erscheinungen in der Gegenwart, welche Objekte der Massenpsychie in Gemäßheit emotionaler Faktoren (Geschmack und Empfinden) sind. Denn die Worte: Aufmerksamkeit, Teilnahme, Wißbegier usw. sind nur sprachliche Variationen desselben Merkmals. Wenn schließlich das R.G. die Wahrscheinlichkeit einer auch nur längeren Dauer dieses massenpsychischen Faktums als entbehrlich für die Realdefinition hält, so muß dagegen schon rein formal beachtet werden, daß durch negative Aussagen niemals den Anforderungen an eine Sachklärung genügt werden kann.

Nun ist doch aber seit des Aristoteles Zeiten Gebot der formalen Logik, daß die Aufgabe an die Erkenntnis eines Definiendums erst erfüllt ist, wenn Genus und spezifische Differenz zusammengesetzt sind. In dem zur Einsicht stehenden Begriff „Zeitgeschichte“ weist doch aber das Nomen ganz unverhüllt auf die Überordnung: Geschichte — hin. Dem R.G. hat diese schematische Beziehung augenscheinlich auch vorgehwehrt, als es auf das Erfordernis der Dauer in der Zeit verneinend hinwies. Dann aber muß es wieder auffallen, daß das R.G. dem übergeordneten Begriff keinerlei Erwägung gewidmet hat.

Auch das, was Osterrieth-Marwitz zur Aufhellung des Rechtsbegriffs sagt, fördert die Erkenntnis nicht. Schon der Eingang der Erläuterung stimmt bedenklich. Denn der Kommentar beginnt auf die Motive gestützt seine Ansicht, es sei mit ausdehnender Auslegungssintention an den Begriff heranzutreten, mit einer ausgesprochenen Dialektik. Will ich wissen, was Zeitgeschichte ist, so kann unmöglich das Moment „dauerndes geschichtliches Interesse“ zur Erklärung herangezogen werden. Geschichtliches Interesse ist auch zeitgeschichtliches Interesse. Ebenso die Begründung, mit der der Kommentar auf die einfache Feststellung verweist, ob irgendein Faktum „von der öffentlichen Meinung als bedeutsam und der Beachtung wert empfunden“ werde oder nicht, kann um so weniger auf Billigung rechnen, als — wie zu zeigen sein wird — der Verfasser sich damit selbst widerspricht. Denn seine Ansicht, die Gerichte seien zu einer Unterscheidung innerhalb massenpsychischer Fakten auf deren historische Bedeutsamkeit oder Gleichgültigkeit in geschichtlicher Hinsicht nicht befugt, weil (das ist der Sinn der Worte) hier die Distanz

¹⁾ Kant, Kritik der reinen Vernunft (Ausgabe Cassirer Bd. III S. 259).

²⁾ Es sei hier nicht an den Subjektivismus gedacht, der auch bei einer apriorischen Wertfindung im transzendentalpsychologischen Schema droht. Vgl. dazu GerS. 80, 369 ff.

³⁾ Hollbach, Grenzen der Erkenntnis ausländischen Rechts S. 78 ff. und die dort zit. Literatur.

zum Geschehen fehle, ist abwegig. Dieses Weiterrücken in der Zeit ist zwar bedeutsam für den Wahrheitswert historischen Urteils, es steht aber (vgl. unten S. 1337 Abs. 3) beziehungslos zu der Urteilsform, in der wir die Geschichte denkend schaffen. Osterrieth-Marwitz' Ansicht widerspricht aber auch elementarem Empfinden, in welchem wir uns der Vorstellung hingeben, einen historischen Moment oder eine historische Epoche zu erleben. In den Beispielen, welche Osterrieth-Marwitz für zeitgeschichtliche Bedeutsamkeit gibt, zieht er unbewußt eine Grenze, innerhalb deren die Aussage über den Gegenstand „Geschichte“ unter erkenntnistheoretischer Hinsicht überhaupt einen Sinn hat. Aber die Einordnung der angeführten Tatbestände in die spezifische Denkform, die wir Geschichte nennen, fehlt völlig. Daher dann die unabsehbare Verbreiterung der Tatbestände und die Identifizierung von massenpsychischem Faktum und Zeitgeschichte. Abwegig aber ist das ganze Beginnen einer Systematisierung derartiger Tatbestände, da die Geschichte einer Systematisierung und Begriffsbildung, welche in eine berechenbare Gesetzmäßigkeit eingeht, überhaupt unzugänglich ist. Richtig nur ist Osterrieth-Marwitz' Schluss, daß „Sensationslust und Neugierde niemals hinreichende Gründe seien, um das Bildnis einer Person ohne ihre Einwilligung“ zu veröffentlichen, d. h. also das Urteil zu rechtfertigen, hier handle es sich um das Bildnis einer zeitgenössischen geschichtlichen Persönlichkeit. Aber diese Einschränkung steht im Widerspruch zu jener ersten Meinung, in der Osterrieth-Marwitz die richterliche Praxis auf die bloße Feststellung eines massenpsychischen Seins verweist. Denn wo ist ein übersubjektiver Halt auch nur angedeutet, aus dem heraus das Urteil mit dem Anspruch auf Allgemeingültigkeit gehoben werden könnte: hier liege lediglich Sensationslust vor.

Nicht größere Billigung verdient die Interpretation des Rechtsbegriffs der Zeitgeschichte durch A. Elster⁴⁾ in seiner Kritik des RG. v. 4. Febr. 1928 in Sachen Prinz von Preußen v. Malik-Verlag. Wenn Elster meint, der Geschichtsbegriff sei „heute zweifellos anders als zur Zeit unserer Schuljahre, wo man vielleicht tatsächlich Geschichte mit politischer und Kriegs-Dynastiegeschichte gleichstellte“, so dürfte solche Ansicht doch nur auf die Darstellungen in den Schulbüchern zutreffen. Und wenn auch die Historie heute vielleicht intensiver als damals den ganzen Bereich der Kultur umfaßt, insbesondere auch Geistesgeschichte ist: Die überwiegende Bedeutung der politischen Geschichte wird, da nun einmal der Staat (im weitesten dynamischen Sinne genommen) das Gefäß für die Kultur ist, niemals schwinden können — solange man wenigstens Geschichte als Wissenschaft treibt⁵⁾.

Das aber, was A. Elster als Geschichte erkannt wissen will, wird es in alle Zeit hin nicht sein: „Der Begriff des lebendigen Lebens, das alle Gebiete des Geschehens durchflutet.“ Man mag zunächst über das tote Leben, das nach Elsters Definition als unterscheidbar doch denkbar sein müßte, nicht stolpern. Jedenfalls müßte nach Elster auch das Leben der Trypanosomen in der das Rückenmark umgebenden Zerebrospinalflüssigkeit eines Negers X. unter dem und dem Grad südlicher Breite und Länge zu der und der astronomischen Zeit ein geschichtlicher Vorgang sein. A. Elster wird dagegen vielleicht einwendend, seine folgenden Worte⁶⁾ zeigten wohl doch deutlich, daß er nur das menschliche Leben gemeint habe. Indessen auch abgesehen davon, daß die Pflicht zur Unterscheidung und Abgrenzung dem Definitionsucher obliegt, lassen sich unter seine Sacherklärung müheles Tatbestände unterordnen, die nicht jedermann zur Zeitgeschichte wird rechnen mögen. Schließlich treffen A. Elsters Geschichtskriterien auch auf das Tun jedes Kabarettkonferenziers zu. Auch er tritt (sogar allabendlich) „aus der Stille seines Privatlebens heraus und macht von sich reden“. Dagegen kann man, mit A. Elsters Worten zu sprechen, wirklich

nichts machen. Aber ist die Summe der Konferenziers damit eine Gruppe geschichtlicher Personen?

Welch neue würdige Aufgabe für die Geschichtswissenschaft! Welche Fülle der Biographien! Welch traumhaft schöner Ausblick für die Historiker!

Indessen A. Elster hält noch weitere Überraschungen bereit. Soll geschichtlich bedeutsam sogar „alles, was journalistisch von Interesse ist“, sein (ibid.)⁷⁾. Doch dergleichen Ansichten haben auch eine ernste Kehrseite. In welchem Tätigkeitsgebiet — abgesehen vielleicht von der Politik — werden wohl sonst in so unbekümmerter Sorglosigkeit derartige Behauptungen mit dem Anspruch auf Geltung verkündet. Kein Vertreter der medizinischen Wissenschaft wird sich heute noch unterfangen, etwa die Ergebnisse der Wärmelehre zu ignorieren. Kein Chemiker kann an der modernen Atomphysik vorübergehen. Ihre Aufgabe ist es nicht, sordid physikalische Gesetze aufzufinden, aber blind dürfen sie nicht für den Fortschritt der Physik sein, da jede naturwissenschaftliche Disziplin durch die Erkenntnisse der reinen Physik befruchtet wird. Dann aber sollte es auch in der Rechtswissenschaft nicht mehr statthaft sein, daß über das Bewußtsein höchster Gerichte, wie namhafter Theoretiker ein völliges Dunkel hinsichtlich des „Gegenstandes“ einer Schwesterwissenschaft aus dem Gefüge der Kulturwissenschaften gedeckt ist.

Was würden wohl unsere großen Historiker sagen, wenn sie in der glücklicherweise spärlichen Literatur und Judikatur über den Begriff der Zeitgeschichte immer wieder die Überlegung aufgeworfen finden würden, ob oder ob nicht das „bewußt Geschichte machen“ für die Auslegung des § 23 bedeutsam sei. Recht peinvoll doch vielleicht für die Theoretiker der Immaterialgüterrechte die Auskunft, daß diese Erwägung der denkbar unnütze Zeitvertreib sei. Gewiß läßt sich im Einzelfalle feststellen, daß das Eigenbewußtsein um ein geschichtliches Beginnen vorhanden war. Man braucht nur an Napoleon zu erinnern. Ja, Herr Tull Harber gleicht dem Korsen! Wenigstens hat auch er nach der reichsgerichtlichen Begründung dieses Bewußtseins, im Match geschichtlich zu sein, gehabt. Das RG. bemerkt dazu, daß es sich hier um ein objektives Kriterium handle, daß das subjektive Bewußtsein nicht genüge. Aber was soll denn eine solche Reflexion überhaupt? Man denke nur etwa wieder nur an die „Idee der Staatsräson⁸⁾“ und die große Literatur, welche um dieses Werk entstanden ist, um sofort die Abwegigkeit der ganzen Fragestellung einzusehen. Ob ein Staatsmann bewußt oder unbewußt nach dem „Bewegungsgesetz“ eines konkreten Staatswesens handelt, ist für die faule Relevanz des Zusammenhanges, den wir Geschichte nennen, eben ganz gleichgültig. Wer in wissenschaftlicher Absicht an die Interpretation des Rechtsbegriffs „Zeitgeschichte“ und seines Oberbegriffs herantreten will, der wird bei der Aufwerfung der Frage nach der Bedeutsamkeit oder Gleichgültigkeit des Bewußtseins über die historische Relevanz des eigenen Tuns in fassungslose Ratlosigkeit gestürzt. Der Einwand dürfte wohl schwerlich erhoben werden, daß der Rechtsbegriff im Tatbestand des § 23 mit dem wissenschaftlichen Begriff der Geschichte nichts zu tun habe. Denn wenn man schon der

⁴⁾ Elster beruft sich für diese Ansicht auf das RG. v. 14. Jan. 1925 (JW. 1925, 378). Prüft man aber den Wortlaut der Entscheidung, wie er in JW. abgedruckt ist, so wird man befreit feststellen, daß das RG. nichts Derartiges ausgesagt hat. Vielmehr findet sich in der Urteilsbegründung des 10. Sen. etwas durchaus Wichtiges. Denn als Kriterien des Geschichtlichen werden erkannt: besondere Leistung auf einem Gebiete, welches (wie unten zu zeigen sein wird) kulturbedeutend sein kann. Das RG. denkt an Wissenschaft, Kunst, Handel und Industrie oder erachtet eine Person für geschichtlich, welche „im Leben des eigenen oder fremden Volkes eine gewisse bemerkenswerte Stellung einnimmt“. Die letztere Formulierung scheint vielleicht bedenklich. Wenn man aber den Terminus „Volk“ als „Staatsvolk“ meint, also auf den juristischen Begriff reflektiert (etwa im Sinne RG. 100, 146 f.), so ergibt sich auch hier die Beziehungsmöglichkeit der Formulierung des RG. auf den Kulturwert „Staat“. Ob der 10. Sen. das gewollt, mag dahingestellt bleiben. Sicherlich wird er aber nicht beglückt über die Ansicht sein, er habe dem Journalismus nicht nur zu Sitz und Stimme im Weltgericht, sondern sogar zur Kompetenz über die Kompetenz des Weltgerichts berufen.

⁸⁾ J. Meier, Die Idee der Staatsräson.

⁴⁾ Börsenblatt f. d. Deutschen Buchhandel 1928, 255.

⁵⁾ S. Ricker, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft (6./7. Aufl. 1926) S. 27.

⁷⁾ „Wer in diesem Leben von sich reden macht und aus der Stille seines Privatlebens herausgetreten ist, der gehört zur Zeitgeschichte, und die Öffentlichkeit bemächtigt sich seiner. Dagegen kann man nichts machen.“

Formulierung „Zeitgeschichte“ mit einigem Unbehagen begegnen muß, so gibt sicherlich das Gesetz keinerlei Anhalt für die Behauptung, daß die Rechtswissenschaft hier mit einer Privaterminologie hinsichtlich des Definierens arbeiten dürfe. Noch in einem Urteil JW. 1928, 421 beschäftigt sich das RG. unter Anlehnung an Alföld mit dieser nutzlosen Unterscheidung — meint, „daß nur ein bewußtes Eintreten in die Zeitgeschichte jemanden in deren Bereich verlege, daß also nicht die Wirkung genüge“. Und der Grund für diese Argumentation: In den Motiven stände doch: „ein allgemeines Interesse wachrufen“. Das kann doch wohl nur heißen, daß der Zufall der Wahl grammatikalischer Aktivform in den Motiven zur Rechtfertigung der Verteilung der subjektiven Rechte der richterlichen Motivierung mehr gilt, als ein Einblick in die große Literatur, in der wissenschaftliches Sinnen sich um Objekt und Methode der Denkinhalte, welche die deutsche Sprache mit Geschichte bezeichnet, bemüht hat.

Jedoch ein brauchbarer Gedanke taucht schon verhältnismäßig frühzeitig in Kohlers Kunstwerksrecht 1908 S. 160 auf. Gewiß ist Kohlers Ansicht unrichtig, daß „die größten Taten der Geschichte nicht eingetretten wären, ohne eine große Reihe von Vorgängen, welche dazu dienen mußten, die Unhaltbarkeit gewisser Vorgänge darzustellen“. Das Gegenteil ließe sich ebenso leicht an zahlreichen überaus bedeutsamen Geschehnissen nachweisen. Schief ist schon das Werturteil über die angeblich „größten Taten der Geschichte“. Zudem würde mit dieser Ansicht die Historie in eine Art von Gesetzmäßigkeit gezwungen werden, da gerade alle bedeutsamsten historischen Phänomene immer als psychologisch notwendige Reaktionserscheinungen erklärt werden müßten. Aber doch läßt Kohlers Genialität den richtigen Grundgedanken durchschimmern, wenn er die Möglichkeit der Inbeziehungsetzung eines Vorganges zur Kultur als Grundaxiom nimmt. Nur verflüchtet Kohler sofort wieder diese richtige Grundintention, in der er das Persönlichkeitsrecht aufbauen will, fast völlig durch die angeführten Erläuterungen. Ins Kritische überseht, besagen Kohlers Worte, daß das Verbotungsrecht in demselben Augenblick zerfalle, in dem nur irgendeine, sei es auch noch so entfernte Möglichkeit der Einstellung eines Phänomens in eine Kausalkette aufgedeckt werden könne, welche kulturell bedeutsam geworden ist. Sei es, daß diese Möglichkeit auch nur im denkenden Zusammenbinden einer Fülle von kausalen Verknüpfungen erschaut werden kann. Bei der offenliegenden Unabschließbarkeit aller Kausalität dürfte das aber immer der Fall sein. Dann aber wird von Kohler das Kriterium kulturbedeutsamer Zusammenhängenheit zu einer Kausalität umgebogen, die eben bereits naturwissenschaftliche Kausalität ist. Daher läßt Kohler die ungewollte Veröffentlichung des Bildes auch zu, „sofern nur einstweilen Klatsch und Standausucht sich mit gewissen Angelegenheiten beschäftigen“⁹⁾. Praktisch bedeutet das die Ausstellung eines Freibriefes zur Ignorierung des Persönlichkeitsrechts am eigenen Bilde selbst aus plattesten Motiven.

Ein weiteres Eingehen auf die Literatur ist fruchtlos. Die vorstehenden Andeutungen hatten nur den Zweck, im Zusammenhang mit dem folgenden Hinweis auf die historische Eigenlogik die ganze Abwegigkeit und Naivität der rechtswissenschaftlichen Theorie und Judikatur zu unserer Rechtsfrage zur Erörterung zu stellen. Soweit diese Literatur älteren Datums ist¹⁰⁾, mag ihr zugute gehalten werden, daß die große Auseinandersetzung um den „Gegenstand“ der

Geschichte, den Lamprechts Werke hervorgerufen hatten, entweder eben erst im Gange war oder noch nicht so weitreichende Wellenkreise gezogen hatte. Heute darf eine so tiefgreifende Kontroverse von der Rechtswissenschaft ebenso wenig einfach nicht gekannt werden, wie etwa die Chemie noch die Unteilbarkeit der Atome behaupten könnte. Es sei denn, daß in der Rechtswissenschaft die Absicht bestände, eine unübersichtbare Reihe von Fußballern, Handballern, Wasserballern, Stabspringern, Kurzstreckenläufern, Stehern, Gewichthebern nach Walhall zu geleiten!

Ein solches Beginnen der Jurisprudenz — das ROLrt. im Tull-Harder-Fall öffnet ihm unmittelbar den Weg — ist nun aber nicht einfach Sache des „zeitgenössischen Geschmacks“ oder auch nur Objekt eines Geschmacksurteils überhaupt, sondern ist eine tiefsterne Angelegenheit vor dem logischen Gewissen. Sonenig die Summe der Halbschwergeichtler in dieser ihrer Lebensäußerung „zeitgeschichtlich“ jemals wird sein können: Die Stellungnahme der juristischen Theorie und Praxis auf der Seite des Ungeistigen und nur nach Zahlen und Maßen Unterscheidbaren, des schlechthin Quantitativen ist in der Tat ein „zeitgeschichtlicher“ Vorgang.

Auf das Für und Wider in jenem Methodenstreit in der historischen Fachliteratur braucht hier um so weniger eingegangen zu werden, als (übrigens mit gutem Grunde) die großen Historiker nicht die besten Methodologen gewesen sind¹¹⁾. Es genügt auf die unernüdtliche kritische Arbeit hinzuweisen, die Heinrich Rickert seit mehr als einem Menschenalter in Methode und Systematik der Kulturwissenschaften geleistet hat¹²⁾. Das Ergebnis darf von der Jurisprudenz um so unbedenklicher angenommen werden, als die Resultate dieser formal-logischen Untersuchungen auch gerade von den Vertretern der Geschichtswissenschaft überwiegend anerkannt worden sind.

Es ist sehr eigentümlich mit der Jurisprudenz: In der sog. (freilich falsch verstandenen) Vergleichenden Rechtswissenschaft huldigte sie einer verkappten generalisierenden Methode und fiel damit in einen vorantischen Dogmatismus¹³⁾ zurück. Die scheinbar so moderne Aufgeschlossenheit des RG. für Erscheinungen der Gegenwart und für Fragen an massenpsychisches Material jüngster Tage in unserem konkreten Tatbestande sind nichts anderes als die Folgen eines derartigen unbewußten Generalisierens, welches den Blick für die Lösung der Rechtsfrage von vornherein verschließt. Denn die Feststellung von „Teilnahme und Wißbegier weiter Kreise“ oder die Konstatierung der den „Sportgrößen“ . . . „geschenkten Beachtung“ sind — wie schon erwähnt — nichts anderes als behandelnde Urteile über ein massenpsychisches Sein. Würde aber nichts anderes als eine derartige Aussage dem RG. im § 23 zur Entscheidung aufgegeben sein, so ist es nicht recht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber eine so einfache Tatsache durch ihre Inbeziehungsetzung zur Historie derart kompliziert haben sollte. Denn der Hinweis auf zeitgenössisches Masseninteresse führt in lediglich quantitativ gefüllte Bewußtseinsinhalte. Diese aber sind dann nicht einmal mehr Voraussetzung für weitere Begriffsverknüpfungen, sondern — das ist das Entscheidende — sie schließen bereits wieder die Gedankenbewegung ab. Da das RG. keinerlei weitere Kriterien für die Realdefinition für erforderlich hält, muß ihm freilich die Problematik des Urteils fremd sein. Seine Entscheidungen lassen sich in der Frage des § 23 vielmehr als Quantitätsfeststellungen mit Gesetzmäßigkeit voraussagen. Eine derartige Vorausberechenbarkeit der Erkenntnis ist zwar im Bereich der Naturwissenschaften theoretisch immer anzufordern. Sie ist aber in der Sphäre des Geschichtlichen mit der gleichen Sicherheit stets abzulehnen. Also schon methodisch genommen muß die reichsgerichtliche Lösung falsch sein, weil sie mit der Voraussehbarkeit des Urteils jede Rechtsicherheit von vorn herein ausschließt.

⁹⁾ Richtig dagegen RG. (JW. 1928, 421 f.), welches das Persönlichkeitsrecht gegen die Ansprüche amerikanischen Sensationsbedürfnisses in Schutz nimmt. Ebenso treffend H. Schiffer: JW. 1924, 1780 f. zum ROLrt. v. 26. Juli 1924.

¹⁰⁾ In ihr begegnet vor allem der Widerstreit der Meinungen, ob ein Persönlichkeitsrecht am eigenen Bilde überhaupt zu gewähren sei. Sekundär dagegen die Frage, ob als Ausnahme das Verbotungsrecht wieder aufgehoben werden solle. Dabei kehrt häufig die Überlegung wieder, ob der Kreis der abbildungspflichtigen Personen auch genau genug werde umgrenzt werden können. So Gareis: DZ. 1902, 412 oder Rietschel: 27. DZ. IV, 61; Rehbüner, Das Recht am eigenen Bilde. Also war schon damals der abwegige Gedanke der Nichtvorausberechenbarkeit des Urteils lebendig.

¹¹⁾ Vor allem E. Meyer, Zur Theorie und Methodik der Geschichte (1902); v. Below, Die neue historische Methode: Hist. Ztschr. 81 (1898), 193 ff.; auch Hintze, Über individualistische und kollektivistische Geschichtsauffassung: Hist. Ztschr. 78 (1897), 60 ff.

¹²⁾ Die weittragenden Ansätze bereits 1888: Zur Lehre von der Definition (3. Aufl. 1929). Die weitere Literatur unten Anm. 15.

¹³⁾ Hollacker, Grenzen der Erkenntnis usw. S. 53 ff. und Logos Bd. 16 S. 3 ff.

Nicht böshafte Paradoxie gegenüber Joerges¹⁴⁾ Unfehlbarkeitsanspruch ist es, wenn umgekehrt in unserer Rechtsfrage die absolute Ungewißheit des Richterspruchs, seine Unableitbarkeit aus registrierbaren Quantitätsfaktoren gefordert wird. Denn Rechtsicherheit ist im Tatbestand des § 23 Ziff. 2 nur da, wo das RG., jede Regularität abschüttelnd (auch soweit dies nicht mehr naturwissenschaftlich gemeint ist), in seiner Geistigkeit autonom sich auf die Logizität der postulierten Urteilsform, die wir Geschichte nennen, besinnt.

Dann aber handelt es sich um eine Feststellung ganz anderer Art, die Aussage, ob (wie wiederholt schon angedeutet) ein Vorgang „kulturbeutend“ gewesen ist, ist oder möglicherweise werden kann¹⁵⁾.

Unter Kultur versteht aber die auf Kant fußende transzendente Logik die Gesamtheit der Werte, die entweder tatsächlich als gültig anerkannt werden, oder deren Geltung von allem Denken, welches mehr als rein individueller Bewußtseinsinhalt sein will, gefordert werden muß. Werte, die an Gütern haften. Gütern, die um der Gemeinschaft willen zu pflegen sind, die damit zu Objekten der Kultur werden. So ergibt sich ein System von Werten, welche entweder überzeitlich sind, oder die, wie der Staat mit seinem Recht, die Wissenschaft mit ihren stets unvollendbaren Einsichten, die Wirtschaft und die Technik, Handel und Verkehr zeitverfassen sind. Der systematischen Behandlung unter der Kategorie des reinen „Weltens“ sind auch die Vorstufen und Verfallstadien sowie die „Kulturfördernden und kulturhemmenden Vorgänge“ zu unterwerfen. Der große Gegensatz zwischen dem Denken, in dem mir der Natur die Gesetze vorschreiben und dem Denken der Geschichte besteht in dem Kontrast der Auffassung der Erscheinungen. Denn alle Naturwissenschaften verfahren „generalisierend“, d. h. sie abstrahieren von allem Einmaligen und Besonderen ihrer Erkenntnisobjekte. Anders die Geschichte als Disziplin der Kulturwissenschaft. Sie moralisiert nicht, sie wertet nicht, aber sie fragt nach der Bedeutsamkeit eines konkreten Vorganges im Hinblick auf einen Kulturwert. Was ihre Logizität konstituiert, ist gerade das Untypische, das Einmalige und Individuelle. Ihre Verfahrensweise ist also gerade umgekehrt „individualisierend“. Durch das Neg ihrer Begriffsbildung fällt das den Exemplaren Gemeinsame als für die Erkenntnis irrelevant hindurch. Bildet sie Begriffe, die auf Gemeinsamkeiten hinweisen — gedacht sei nur an Begriffe wie: Meister der Politik, große Gelehrte —, so bleibt doch das Individuelle des einzelnen Untersuchungsobjektes in dieser Begriffsbildung aufrechterhalten. Im naturwissenschaftlichen Begriff (z. B. des homo sapiens) hingegen bleiben nur quantitative Differenzen innerhalb eines Gefüges von Abstraktionen. Umgekehrt kann die Geschichte im immer Unterschiedlichen nur das sehen, was noch niemals war und niemals in Identität wiederkommen kann. Quantitatives ist ihr also grundsätzlich fremd.

Diese im vorigen Absatz aus der Heidelberger Kulturphilosophie lediglich wiedergegebenen (teils wörtlich Riekert entlehnten) Grundgedanken seien absichtlich nicht weiter vervollständigt¹⁶⁾. Sie sind heute für jeden, der sich wissenschaftlich mit den Dingen beschäftigt, Gemeingut geworden. Gewiß ist es nicht Sache des Richters, Systeme der Philosophie zu durchforschen und etwa auf ihren Erkenntniswert in der Entscheidung zu prüfen. Wo aber eine hinsichtlich des Definiendums gefestigte und (wie bereits erwähnt) von der Fachwissenschaft anerkannte Lehre über das logische Wesen einer Wissenschaft vorliegt, da darf diese der gelehrten Judi-

tatur und Theorie nicht ein Nichts sein. Anderenfalls kommt man zu jenen Ungereimtheiten in der juristischen Literatur, die zum Teil schon erwähnt werden mußten.

Allerdings — bis jetzt wenigstens — wird man vielleicht vergeblich nach einer „zeitgeschichtlichen“ Darstellung suchen, die etwa des 17jährigen Kaiser Friedrichs II. Zug von Trient nach Chur 1212 durch den ödesten und unwirtlichsten Teil der Alpen¹⁷⁾ aus der Wandervogelperspektive gesehen hat. Möglicherweise dürfte auch die genaueste Nachforschung noch nicht eine „zeitgeschichtliche“ geistvolle Kombination zeigen, welche Karls XII. vierzehntägigen Gewaltritt von Siebenbürgen nach Stralsund 1714 als Beginn der modernen Dauerrennen dem begeisterungsfähigen Spießmann zeigen und auf das „zeitgeschichtlich“ so bedeutsame Moment des wahrscheinlichen Gewichtsverlustes des Schwedenkönigs reflektieren wollte¹⁸⁾. Auch die „Geistesgeschichte der Federgewichtler“ dürfte noch ausstehen, wie „der Untergang des Abendlandes in Halbzeiten“ — ein Unternehmen, das von der Logik seines Vorbildes noch nicht einmal so differenziert erscheinen würde.

Nicht gar soviel höher steht so manches, was in der rechtswissenschaftlichen Besinnung über zeitgeschichtliche Bedeutung ausgesagt wird. Wie schief etwa die Fragestellung oder eine als selbstverständlich behandelte Erwägung, ob die Unvergänglichkeit¹⁹⁾ einer Leistung Merkmal des zeitgeschichtlich Bedeutsamen sei.

Ist man der Logizität der Geschichte einmal eingedenk, so erscheinen die Erwägungen des RG. im Ur. v. 26. Juli 1924, wie die Fassung der Motive zu § 23 überflüssig. Gewiß muß der Richter oft auch Selbstverständliches in der Begründung sagen. Unmöglich aber im Hinblick auf das System der Werte die Formulierung der Motive: „das soziale wirtschaftliche und Kulturleben des Volkes“. Wenn aber das RG. die Einordnung eines bedeutsamen Vorganges aus Wissenschaft oder Kunst in das Definiendum von einer Interessenwägung an der Existenz des Verbotungsrechtes abhängig machen will, statt zunächst einer kritischen Nachforschung über die Voraussetzung für die Interessenwägung zuzustreben, so kann einer solchen Argumentation nicht zugestimmt werden²⁰⁾.

Und endlich das Urteil RG. 125, 80 f. = JW. 1929, 3078, von dem diese ganze Besinnung ihren Ausgang nahm. Wir sahen, daß der 1. Sen. bekannten „Sportgrößen, wie bekannten Fußballspielern vermöge der ihnen geschenkten Beachtung“ . . . als „Erscheinungen im Leben der Gegenwart“ geschichtliche Relevanz zuerkennt. Daß diese Begründung nach jeder Richtung hin abwegig ist, bedarf nunmehr keines Wortes. Stellt man die Frage allgemeiner, so handelt es sich darum, ob sportliche Vorgänge unserer Tage kulturbeutend und damit historisch sein können. Eine einheitliche Antwort ist dann nicht möglich, sondern nur die Entscheidung von Fall zu Fall. So können besondere Leistungen auf dem Gebiet des Alpinismus indirekt wenigstens Bedeutung gewinnen für die Geologie, Meteorologie, Geographie, Botanik, Zoologie und Völkerkunde. Man denke etwa an die großen zentralasiatischen Expeditionen der letzten Jahre. Die Möglichkeit der Inbeziehungsetzung zu dem Wert Wissenschaft ist hier also gegeben. Ebenso ist es mit der Jagd als Sport (z. B. in Innerafrika). Selbst der Bogensport kann hierher gereiht werden, da er vermöge der besonderen Mut erfordernden Leistung zu einem Vorgange führen kann, der mit den Werten Staat und Nation verbindbar ist. Es wäre natürlich durchaus verkehrt, das massenpsychische Schwingen, welches ein derartiger Wettkampf auslösen kann, als bedeutungslos von vornherein ablehnen zu wollen. Ob es aber

¹⁴⁾ Siehe oben S. 1334 Abs. 3 u. 4. Eine solche Naturgeschichtlichkeit meint natürlich auch Joerges nicht.

¹⁵⁾ Vgl. dazu vor allem S. Riekert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft (6. u. 7. Aufl.), insbes. S. 21 f.; ders.: Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung (5. Aufl. 1929); ders.: Logos Bd. IV S. 295 (insbes. S. 297 ff. über die Unabschließbarkeit des Systems); ders.: Geschichtsphilosophie in der Festschrift für Kuno Fischer (2. Aufl.) S. 321 ff.; Mehlis, Geschichtsphilosophie S. 80 f., 121 f. Aus der älteren Literatur Windelband, Präludien II (5. Aufl.) S. 136 ff.

¹⁶⁾ Technisch-praktisch wird man am besten immer einsehen: Riekert, „Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft“ im Zusammenhalt mit Mag. Weber, „Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre“, 1922.

¹⁷⁾ E. Kantorowicz, Kaiser Friedrich II. (2. Aufl.) S. 56.

¹⁸⁾ Allerdings leistet sich die moderne pseudohistorische Belletristik bereits überaus Erstaunliches an geistesträchtigen Kombinationen. Über den Gehalt dieses Schrifttums vgl. „Historische Belletristik“, herausgegeben von der Schriftleitung der HfStor. Ztschr. 1928. Nur der Unterschied zu der Literatur über § 23 darf dabei nicht übersehen werden, daß es sich in diesem Schrifttum nicht um Äußerungen einer Fachwissenschaft handelt.

¹⁹⁾ So Schiffer zum RG. Ur. v. 26. Juli 1924 (JW. 1924, 1780 f.) und das RG. selbst ebenda 1928, 421.

²⁰⁾ Irrig daher hier auch Möhring a. a. D. S. 3078.

ein kulturbedeutungsvolles Phänomen ist, die kritische Frage nach dem Wertbestandteil „Nationalität“, dafür ist Urteiler immer nur das RG. selbst und nicht dieser in der Breite wirkende psychische Zustand selbst. Erinnert man an die Luftfahrt werden, wo die Verknüpfungsmöglichkeit zu den Kulturwerten Naturwissenschaft, Technik, Wirtschaft, Handel, Verkehr und Staat offenliegt. Aber das einzelne sportliche Ereignis wird zumeist immer nur mittelbar Kulturwert erlangen. Zunächst bedeutet es eine Zeit- und Raumüberwindung oder Überwindung von Naturkräften nach Mäßen, Zahlen und Gewichten. Daraus folgt, daß der Beweis für die Behauptung, es liege zeitgeschichtliche Bedeutung einer Erscheinung vor, immer von dem zu erbringen ist, der das Bildnis ohne die grundsätzlich erforderliche Einwilligung des Abgebildeten veröffentlicht hat.

Fragt man daher, ob ein Fußballspieler historisch bedeutsam werden kann, so kann die Antwort immer nur: „Niemals“ lauten. Denn der Kausalzusammenhang, in den der Fußballspieler eingeht, hat mit den kausalen Verknüpfungen nichts zu tun, die der deutsche Sprachgebrauch hier als kausal relevant anerkennt. Der Begriff der Zeitgeschichte war aber — wie erwähnt — das Nomen des allgemeinen Sprachgebrauchs. Gerade umgekehrt müßte der Logizität des Definiendums das RG. daher sagen: Die bloße Tatsache der allgemeinen Beachtung der Sportgrößen, wie sie überall jetzt und (wahrscheinlich) in der Zukunft sein werden, bedeutet „zeitgeschichtlich“ ein: Nirgends jetzt und niemals.

Einem denkbaren Einwand ist nur noch zu begegnen. Könnte man nicht meinen, daß der Sport als Erscheinung unserer Zeit einst jedenfalls kulturhistorisches Interesse bieten wird, daß dann aber das RG. doch wohl auch berechtigt sei, Personen, welche in diesem allgemeinen Phänomen beachtet werden, der Zeitgeschichte zuzuzählen. Die Frage aufzuwerfen, heißt sie verneinen. Denn diese Behauptung würfelt den historischen Realgrund und den möglichen Erkenntnisgrund durcheinander. Es genügt hier auf das hinzuweisen, was M. Weber (Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre 1922 S. 234 ff.) über diese Gedankenunklarheit gesagt hat. So berechtigt es ist, daß der 1. Sen. die Frage nach zeitgeschichtlicher Bedeutsamkeit von Sportleuten nicht von vornherein verneint, er muß mehr als nur registrieren. Er muß durch seine hohe Geistigkeit hindurch einen Vorgang sinnvoll oder

sinnabgekehrt denken. Anderenfalls wären seine Entscheidungen jedem geistigen Abgleiten ausgesetzt, welches irgendeine Zeitströmung²¹⁾ über uns verhängen würde²²⁾. Ein Vergleich der Urteilsbegründung im Tull-Harder-Fall mit den älteren Urteilen und den kurzen Äußerungen der Theorie lehrt die unentrinnbare Verfangenheit in den Modemeinungen, zu der das gegenwärtige Verfahren der Urteilsfindung führt. Sie alle konnten in glücklicher Unbefangenheit bei der Exemplifizierung zeitgeschichtlicher Bedeutsamkeit auf Erscheinungen hinweisen, welche zu Kulturwerten ohne weiteres in Beziehung gesetzt werden konnten. Kunst, Wissenschaft, Wirtschaft, Staat erscheinen daher immer wieder in den Erwägungen. Der Sport als generelles Phänomen fand doch noch nicht die allgemeine Beachtung, die nicht selten gerade den geistesbarsten seiner Zweige heute zuteil wird.

Methodisch handelt es sich — wie immer wieder betont — nur um dieses: Die Abkehr des RG. von dem Reich des Geltens von Werten und die Überantwortung der Entscheidung an ein Faktum massenpsychischer Art, welches im Einzelfall vielleicht nur noch psycho-pathologisches Interesse bietet. Vorgänge in der Sphäre eines möglicherweise einst historischen Erkenntnisgrundes. Geschehnisse, welche aber niemals unmittelbar das sein können, was § 23 Ziff. 1 meint, historischer Realgrund.

Wenn aber der Gegenstand der Erkenntnis seine Methode bedingt, so ist die absolute Einmaligkeit des Urteils in der konkreten Rechtsfrage zu fordern. Die grundsätzliche Wahrscheinlichkeit zu jedesmaliger Andersartigkeit des Ausgangs des Rechtsstreites auf Grund des § 23 Ziff. 1 ist hier Postulat ihrer eigenen Gesetzmäßigkeit und bedeutet damit in unserer Rechtsfrage jede nur denkbare Rechtsicherheit.

²¹⁾ In einem allerdings weiteren Zusammenhange vgl. Reichel: Arch. Ziv. Pr. 127, 268 Anm. u. 268 f. Auf den Gegensatz, in den sich der 1. Sen. mit dieser Verneinung des Persönlichkeitsrechts zu seiner eigenen grundsätzlichen Hinneigung zu den Persönlichkeitsrechten setzt, weist Stoll: DZ. 1930, 1000 hin. Richtig auch Möhring a. a. D. S. 3079 I. Sp.

²²⁾ Man möchte ein Urteil wünschen wie die Entsch. RG. 128, 92 f. Sie ist übrigens über den Tatbestand hinaus insofern von Herrschaftlicher Bedeutung, als sie das m. E. nach mit Recht von Herrschaft her ausgearbeitete Postulat „der Sprache des Rechts in Werten“ in bestimmter geschichtlicher Situation erfüllt. Vgl. H. Herrsfahrt, Revolution und Rechtswissenschaft, 1930, S. 154 f.

Ausländische Scheidungsurteile in Litauen.

1. Das Memelgebiet (Kleinitauen) bleibt hier außer Betracht. Unter „Litauen“ ist hier also nur das sog. „Großlitauen“ zu verstehen.

2. Seit dem Jahre 1925 (Auslandsrecht VI, 465) hat sich hinsichtlich „Vollstreckung und Anerkennung ausländischer Urteile“ in Litauen nichts geändert. Es wäre sonderbar, würden in Litauen ausländische Urteile dem Grundsätze nach nicht anerkannt, für Urteile in Ehefachen aber (Scheidung, Trennung, Nichtigkeit, Anfechtung, Feststellung) Ausnahmen gemacht. Sie werden nicht gemacht.

3. Über die „Litauische Rechtspraxis in Ehefachen“ ist in den BZ. Pr. 1930, 234 berichtet. — Die tatsächlichen Angaben, die W. Wiker (ZB. 1929, 3461) hinsichtlich Litauens macht, bedürften einer Ergänzung. Sie wird in Zeitschrift für Standesamtswesen 1930, 376 geboten.

4. Neuerdings (13. Nov. 1930) hat das Oberste Tribunal in Kaunas auf Grund § 259 Abs. 1 Udr. Sud. Ust.¹⁾ ein Gutachten abgegeben, dessen Inhalt, in drei Sätze zusammengefaßt, lautet: 1. Die in Litauen geltenden Gesetze kennen nur kirchliche Eheschließung (die bisherigen Vorschriften der Zivilgesetze hierüber widersprechen nicht der Staatsverfassung und stehen noch in Kraft). 2. Durch großlitauische Bürger im Auslande errichtete Zivilheiratsurkunden haben (hinsichtlich Eingehung der Zivilheiratsurkunde) Beweiskraft. 3. Eine durch römisch-kath. litauische Bürger, die kirchlich getraut sind, im Auslande erwirkte Scheidungsurkunde hat in Litauen keine Kraft.

¹⁾ „Der Justizminister ist befugt, zu seiner Kenntnis gelangende Fragen, die von den Gerichtsbehörden nicht einheitlich entschieden werden oder die in der Praxis Zweifel hervorrufen, dem ...“ — jetzt Obersten Tribunal — „zur Beurteilung vorzulegen ...“ Ges. v. 10. Juni 1877 (57471) IV.

5. Hierdurch werden zwei von W. Wikers Annahmen widerlegt, durch Satz 1 —, daß das litauische Recht auf die obligatorische religiöse Ehe verzichte; durch Satz 3 —, daß für Scheidung einer kirchlich geschlossenen Ehe katholischer Litauer der deutsche Rechtsweg („Zuständigkeit“) gegeben sei. — Durch „argumentum e contrario“ aus Satz 3 etwa zu folgern, „eine durch griechisch-kath. kirchlich getraute Litauer im Auslande erwirkte Scheidungsurkunde hat auch in Litauen Kraft“, wäre unbegründet.

6. Von weitreichender Bedeutung ist Satz 2. Er bricht die frühere Praxis. Forthin verliert der in St. A. Z. 1930, 376 unter Ziff. 1 angeführte Rechtsgrundsatz „eine im Auslande nur standesamtlich geschlossene Ehe eines litauischen Bürgers ist in Litauen rechtsunwirksam“ seine Grundlage und Geltung. Nunmehr bleiben die dort angeführten weiteren drei Rechtsgrundsätze (2—4) nicht voll in Kraft, sondern nunmehr stehen sie unter der Einschränkung „falls konfessionelle Eheschließung erfolgt ist“²⁾.

7. In einigen Ausnahmefällen werden in Litauen Ehen nicht durch das geistliche, sondern durch das bürgerliche Gericht ge-

²⁾ Sie lauten also: 2. Eine über die Rechtmäßigkeit einer Eheschließung oder einer Ehe (Ehehindernisse) (im In- oder im Auslande) ergangene Entsch. ist, wenn ein Beteiligter litauischer Bürger ist und als solcher die Ehe konfessionell eingegangen war, die Entsch. aber nicht von einem geistlichen Gericht gefällt wurde, in Litauen rechtsunwirksam. 3. Eine (im In- oder im Auslande) ausgesprochene Scheidung ist, wenn einer der Ehegatten litauischer Bürger ist und als solcher die Ehe konfessionell eingegangen war, die Scheidung aber nicht durch ein geistliches Gericht ausgesprochen ist, in Litauen rechtsunwirksam. 4. Ausländische gerichtliche Urteile (Urteile nichtgeistlicher, nichtkirchlicher Behörden) in Ehefachen litauischer Bürger, die als solche eine Ehe konfessionell eingegangen sind, sind in Litauen rechtsunwirksam.

schieden³⁾. Der Gerichtsstand richtet sich dann, im Regelfalle, nach dem Wohnort des Bekl. (im In- und Ausland). Schon daraus ergibt sich wohl zwingend, daß in diesen Fällen Litauen Ausschließlichkeit eines litauischen Gerichtsstandes sowie Ausschließlichkeit der litauischen bürgerlichen Gerichtsbarkeit in Ehefachen nicht für sich in Anspruch nimmt. Trifft dies zu, so läge in diesen Fällen nach Li-

³⁾ Das bürgerliche Gericht (Bezirksgericht) scheidet: a) Rechtsseitig. 1. Nur die Ehen von Altgläubigen und von (christlichen) Sektierern; ZPrSt. § 1356, 1 (Klibanski, Handbuch II, 334); BZntPr. 1929, 141 Note 11; 2. nicht — von Römisch-Katholischen, Griechisch-Russisch-Orthodoxen, Griechisch-Unierten, Lutheranern, Reformierten, Buddhisten, Mohammedanern Hebräern, Seiden. b) Linksseitig. 1. Nur die Ehen von anderen Christen als zu 2., sowie von Nichtchristen (Buddhisten, Mohammedanern, Hebräern, Seiden); GGB. § 189 (N. Bergmann II, 466; Klibanski, BGR. 139); ZPrSt. § 1619 (Klibanski, Handbuch II, 368); vgl. auch Klibanski, Handbuch I, 27 Note 2; 2. nicht — von Römisch-Katholischen (Kap. I), Griechisch-Russisch-Orthodoxen (Kap. II), Griechisch-Unierten (Kap. III), Evangelisch-Luth. Augsburgischen und Evangelisch-Reformierten (Kap. IV). Vgl. Ztschr. f. Dtrcht 1931, 18 (M. Kavalis).

tauischem Rechte Unzuständigkeit des ausländischen, z. B. des deutschen (§ 606 Abs. 4 ZPrD.), Gerichts — die sich nach dessen Recht sonst aus dem Rechtsgrunde der Ausschließlichkeit litauischer Gerichtsbarkeit ergäbe — nicht vor⁴⁾.

Dskar von Büchler, z. Z. Königsberg.

⁴⁾ Eine andere Frage ist die, ob (abgesehen von ausländischer Zwißel) Litauen den Spruch eines solchen nach ausländischem Recht zuständigen (nicht unzuständigen) ausländischen Gerichts anerkenne (Nein), und ob nicht wegen Nichtanerkennung das ausländische Scheidungsurteil in Litauen wirkungslos bleibe (Ja), sowie ob nur (Nein) hinsichtlich der Ehe von Litauern oder auch (Ja) von Nichtlitauern.

Schrifttum.

Heinrich Mitteis: Familienrecht. 3. neu bearb. Aufl. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 10. Heft.) Berlin 1931. Verlag Julius Springer. VIII und 96 Seiten. Preis 6 M.

Bei der dritten Bearbeitung dieses bekannten, im akadem. Gebrauche bewährten Grundrisses ist hauptsächlich auf die vermehrte Veranziehung der Mskr. Wert gelegt worden. In der Auswahl und Beschränkung zeigt sich meisterliche Beherrschung des Stoffes. Der Studierende bekommt eine vortreffl. Einführung in die Ergebnisse der Mskr. und eine Anleitung, sich selbständig in sie zu vertiefen. Gelegentlich geübte Kritik erweist sich über den pädagogischen Zweck hinaus als förderlich. Der wissenschaftl. Kritik, die an den früheren Aufl. zu Einzelproblemen geübt wurde, ist verschiedentlich Rechnung getragen, so bez. der Auffassung der güterrechtl. Gerechtigkeitsrechnung am eingebrachten Gut und der Verzeihung im Falle des § 1570. Das Werk hat seinen Charakter als „Grundriss“ bewahrt, sein Umfang übersteigt trotz der inhaltl. Vermehrung dank drucktechn. Verbesserungen den der 2. Aufl. nur um wenige Seiten. Geblieben sind dem Buche auch alle seine Vorzüge, die bei Besprechung der früheren Aufl. von Wieruszowski: ZW. 1926, 328; 1928, 3030 und Arthur B. Schmidt: ArchZivPr. 1926, 239f. gerühmt wurden. Die Darstellung ist knapp und klar, durch Freizüge und Lebensnähe besonders ausgezeichnet. Bei aller Kürze hat es der Verf. doch verstanden, umstrittene wichtige Rechtsfragen geschickt darzulegen, unter Ausbreitung der wissenschaftlichen Problematik und Veranziehung rechtsvergleichender Hinweise. Dadurch unterscheidet sich sein Leitfaden vorteilhaft von anderen kurzgefaßten Lehrbüchern des bürgerl. Rechts und wirkt deshalb auch für den reifen Juristen anregend. Durch diese wertvolle Eigenart wird der Mitteis'sche Grundriß neben dem großen Lehrbuche von Ripp und Wolff, aber auch neben den Grundrissen von Heinrich Lehmann (Grundr. d. Rechtswissenschaft Bd. 4) und Erich Jung (Stammier, Das gesamte deutsche Recht Bd. 1) eine selbständige Stellung im Schrifttum des Familienrechts behaupten.

Prof. Dr. Guido Risch, Halle a. S.

Dr. Josef Kompel: Die Frau im Lebensraume des Mannes. Emanzipation und Staatswohl. Darmstadt 1932. Ernst Posmann & Co. 43 S. Preis 1,50 M.

Dr. Heinz Rosenthal, Berlin: Wie werde ich geschieden? Gemeinverständlich dargestellt. Berlin. Atlas-Verlag Dr. Altherthum & Co. 64 S. Preis 1,50 M.

Scheidung und Auseinandersetzung. Eine gemeinverständliche Darstellung der Voraussetzungen und Folgen der Ehescheidung von Dr. Joachim Reichste, Rechtsanwält. Berlin. Verlag von Georg Stille. Preis 1,75 M.

Die Schrift behandelt die Gründe für die Auflösung der Ehe, die gesetzlichen Folgen der Nichtigkeitserklärung und der Ehescheidung — insbes. die Auseinandersetzung über das Vermögen der Ehegatten, die Unterhaltspflicht und die Beziehungen zu den gemeinschaftlichen Kindern — sowie die Rechtswirksamkeit vertraglicher Regelung der Scheidung und Auseinandersetzung.

Der Verf. hat sein Ziel, eine volkstümliche Darstellung des Stoffes zu geben, die durch Verarbeitung der neueren Rechtsprechung auch dem zünftigen Juristen dienen kann, erreicht. Er-

schöpfend können die Darlegungen bei dem Charakter der Schrift selbstverständlich nicht sein.

Für eine Neuauflage möchten wir die nachfolgenden Anregungen geben:

§ 10 Abs. 1 ist § 1324 zitiert. Es muß statt dessen wohl § 1319 heißen. Anzuziehen wäre aber an dieser Stelle die Vorschrift des § 1324 Abs. 2 gewesen, nach welcher eine formrichtige Ehe, die in das Heiratsregister eingetragen ist, als gültig anzusehen ist, wenn die Ehegatten zehn Jahre, oder falls einer von ihnen früher verstorben ist, bis zu dessen Ableben, mindestens jedoch drei Jahre, in ehelicher Gemeinschaft gelebt haben, es sei denn, daß die Nichtigkeitssklage vorher erhoben war.

§ 10 Ziff. 3 wäre auch der Fall der Doppelhehe aus § 1346 Abs. 1 zu erwähnen gewesen, ebenso § 13 Ziff. 6.

§ 11 Ziff. 1 wird der Fall der Unsechtbarkeit der Ehe wegen fehlender Einwilligung des gesetzlichen Vertreters behandelt. Hier wird irrtümlich davon gesprochen, daß der Unsechtende z. B. der Eheschließung oder der Bestätigung der Ehe noch nicht 21 Jahre alt war, während es tatsächlich nicht auf die Vollendung eines bestimmten Lebensjahres, sondern auf die Erlangung der Volljährigkeit ankommt.

§ 15 Ziff. 5 Abs. 2 zu 1 fehlt der Hinweis darauf, daß das Fernbleiben in bößlicher Absicht ein Jahr lang andauern muß.

§ 19 Ziff. 1 Abs. 1 würde sich ein Hinweis auf die Hemmung der Verjährung gem. §§ 203, 206 empfehlen.

§ 26 haben wir die Behandlung der Unterhaltspflicht bei Scheidung der Ehe wegen Geisteskrankheit vermisst.

§ 30 Abs. 2 ist nicht erwähnt, daß der Widerruf von Schenkungen nach dem Tode des Schenkers oder des Beschenkten ausgeschlossen ist.

§ 32 Kap. 5 Abs. 1 müßte es wohl besser heißen, daß die Ehefrau den Mietvertrag mit abgeschlossen hat. Eine bloße Mitunterzeichnung des Vertrages durch sie würde sie noch nicht zur Mitmieterin machen (vgl. z. B. Staudinger, Anm. III 2 zu § 535).

§ 40 Kap. 9 fehlt ein Hinweis darauf, daß die dort dargelegte gesetzliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten nur zur Geltung kommt, wenn keine erbrechtlichen Wirkungen aus dem Güterstande der Ehegatten erwachsen waren, was bei Ehen, die vor dem 1. Jan. 1900 geschlossen worden sind, vielfach der Fall ist.

Hans Pröll: Die Scheidung von Ausländern in Deutschland. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag.

Der Verf. behandelt auf 12 Seiten die Ehescheidung von Ausländern in Deutschland, auf weiteren 25 bzw. 5 Seiten die Ehescheidung in den andern europäischen Staaten bzw. in den andern Erbteilen; zum Schluß sind noch die Art. 17, 27, 30, 31 GGWB. und die §§ 328 u. 606 ZPrD. sowie das Haager Ehescheidungsabkommen mitgeteilt. Ein Sachregister vervollständigt das Buch.

Schon diese kurze Inhaltsangabe zeigt, daß von einer erschöpfenden Darstellung der Materie nicht die Rede sein kann. Damit könnte man sich schließlich abfinden, denn manche tabellarischen Werke haben sich schon als äußerst wertvoll für die Praxis erwiesen. Dann muß aber die Prägnanz des Inhalts die Ausführlichkeit der Darstellung ersetzen. Und das Maß an Vorarbeit und Kenntnissen muß bei einer Darstellung im Telegrammstil zum mindesten das gleiche sein, wie bei einer breiten Ausführung des Gegenstandes; dazu kommt, daß die erstere in besonders hohem Grade einen klaren und systematischen Geist voraussetzt.

Das Buch läßt nicht erkennen, daß der Verf. solche Voraussetzungen mitgebracht hat. Die Literaturübersicht, die außer einigen kompilatorischen Arbeiten und neben ein paar Kommentaren kleineren Umfangs, drei Jahrgängen der JW. und dem Konversationslexikon eigentlich nur den neuer erschienenen Bd. VI Teil 2 des Komm. von Staudinger als wissenschaftlichen Rückhalt aufweist, legt die Vermutung nahe, daß das Buch weniger dem eigenen Studium fremder Rechte als der nicht sehr kritisch vorgenommenen Ausschreibung vorhandener Zusammenstellungen sein Entstehen verdankt.

Die Darstellung des deutschen Rechtes gibt in mannigfacher Hinsicht zu Bedenken Anlaß. Um nur eines zu erwähnen, so scheint der Verf. die Frage nach der Zulässigkeit einer Auflösung des Ehebandes durch Ehescheidung zu den prozessualen Prozessvoraussetzungen zu rechnen. Davon kann aber keine Rede sein. Der Anspruch auf Ehescheidung und die Voraussetzungen für eine solche sind allenthalben in den bürgerlichen Gesetzbüchern behandelt; es ist daher eine Frage des bürgerlichen Rechtes und nicht des Prozessrechtes, ob eine Ehescheidung oder nur eine Trennung von Tisch und Bett verlangt werden kann. Die Anwendung ausländischer Prozessgesetze könnte in Deutschland überhaupt nur insoweit in Betracht kommen, als eine Zuständigkeitsprüfung auf Grund der Ausnahmesvorschrift des § 606 Abs. 4 ZPO. geboten ist.

Wenn ich dem Buche kein Fürsprecher sein kann, so liegt dies im wesentlichen daran, daß die Darstellung nicht die trotz der Knappheit zu fordernde Zuverlässigkeit besitzt. Es seien einige Beispiele gegeben.

Auf Seite 9 heißt es: „Ehescheidungsgründe nach deutschem Recht sind bekanntlich ... grobe Verletzung der ehelichen Pflichten, eheloses und unzüchtliches Verhalten ...“ Bekanntlich sind die Tatbestandsmerkmale in § 1568 BGB. anders geregelt, als hier angegeben ist.

Auf Seite 16 wird angegeben, daß nach österr. Recht römische Katholiken nicht geschieden werden können. Verschwiegen wird, daß das Band der Ehe nach dem WGB. ebenso unauflöslich ist, wenn auch nur ein Teil zur Zeit der Eheschließung katholisch war. Dabei sei bemerkt, daß die als Überschrift gewählte Bezeichnung „Deutsch-Osterreich“ für den Bundesfreistaat Österreich nicht gebräuchlich ist, wenn auch die Nationalhymne dieses Wort enthält.

Als ungenau muß ich es auch bezeichnen, wenn auf Seite 24 bei Jugoslawien gesagt wird, die Scheidung erfolge teils durch die ordentlichen, teils durch die Kirchengerichte. Mit einer solchen Auskunft ist dem Rechtsuchenden, der auf bestimmte Fragen bestimmte Antworten haben will, nicht gedient. Die Angabe ist um so irreführender, als kurz zuvor gesagt ist, daß die Darstellung sich nur auf Alt-Serbien beziehen solle.

OGPräf. Dr. A. Bergmann, Wiesbaden.

Dr. Anne-Gudrun Scherling: Das Recht der Ehewohnung. (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts von Prof. Leonhard, Heft 46.) Breslau 1932. Verlag M. und S. Marcus. Preis 3,20 M.

Die gewandt und klar geschriebene, übersichtlich geordnete Schrift ist eine recht wertvolle Bereicherung der Mietrechtsliteratur. Sie behandelt unter nahezu erschöpfender Heranziehung von Schrifttum und Mpr. (bis etwa Mitte 1930) wohl alle einschlägigen Fragen mit anerkannter Objektivität und Selbständigkeit, gelangt durchweg zu haltbaren Ergebnissen und erörtert auch die Gegenansichten eingehend und loyal. Zunächst geht die Verf. auf den Besitz der Ehegatten an der Ehewohnung ein, wobei sie die Ansicht ablehnt, daß ein Ehegatte Besitzdiener des anderen bezüglich der Wohnung sein könne. Sodann erörtert sie das Mietrecht der Ehewohnung und seine Gestaltung, je nach dem, ob nur ein Ehegatte Mieter ist oder ob beide Eheleute — voll oder in verschiedenem Maße — am Mietvertrage beteiligt sind. Besonderes Schwergewicht ist auf die Auswirkungen der Scheidung gelegt; recht interessant sind hier vornehmlich die Ausführungen über die Gemeinschaft der geschiedenen Ehegatten am Mietrecht und über die Rechte des Vermieters beim Auszug eines geschiedenen Ehegatten. Den Abschluß der Arbeit bildet eine rechtsvergleichende Betrachtung des österreichischen Rechts.

OGPr. Adolf Lilienthal, Berlin.

Die Altersstufen der Minderjährigen in der Reichsgesetzgebung. Zusammengestellt durch das Deutsche Archiv für Jugendwohlfahrt. 2. erweit. Aufl. Berlin 1932. Selbstverlag Deutsches Archiv für Jugendwohlfahrt. Preis 0,30 M.

Die vorwiegend für in der Jugendwohlfahrtspflege arbeitende Kräfte bestimmte Übersicht enthält alle wesentlichen Bestimmungen der Reichsgesetzgebung über rechtliche bedeutsame Zeitpunkte und Fristen im Leben des Minderjährigen vom Beginn der gesetzlichen Empfängniszeit ab bis zur Volljährigkeit. Sie zerfällt in zwei Spalten, von denen die erste — unter sich wieder gegliedert — die obere Grenze oder Geltungsdauer für Erziehungs-, Schutz- und Fürsorgemaßnahmen, die zweite die untere Grenze für den Eintritt gesetzlicher Berechtigungen oder Schutzbestimmungen enthält. Dem Juristen

bietet die Schrift höchstens in den Teilen, die seltenere Rechtsquellen behandeln (ZichipG., NiederkunfG.) praktischen Wert. Für Studierende dürfte sie zur Einprägung wertvoll sein. D. S.

Dr. A. Brand, Landgerichtspräsident, und Dr. F. Henjel, Land- und Amtsgerichtsrat: Die Vormundschafts-, Familienrechts- und Fürsorgeerziehungssachen in der gerichtlichen Praxis. Berlin 1931. Verlag von Julius Springer. X und 547 Seiten. Preis geb. 28 M.

Den bisher erschienenen gleichgerichteten Werken: „Grundbuchsachen“, „Registersachen“ und „Zwangsvollstreckungs- und Zwangsverwaltungssachen“ hat der verdienstvolle Duisburger OG-Präf., diesmal im Verein mit OGPr. Dr. Henjel, das oben bezeichnete Werk folgen lassen und damit einem längstempfundenern Bedürfnis abgeholfen. Die Vormundschafts-, Familienrechts- und Fürsorgeerziehungssachen bieten bekanntlich in der Praxis große Schwierigkeiten, nicht nur den mit ihnen befaßten Richtern und Rechtspflegern, sondern ganz besonders dem mit den genannten Fürsorgezweigen befaßten Jugendämtern, Fürsorgeerziehungsbehörden, wie den Vereinen und sonstigen Organisationen, die sich jene Fürsorge zur Aufgabe gestellt haben. Vornehmlich zu praktischen Zwecken bestimmt, will das Buch auch dem Nichtfachmann Hilfe leisten und doch knapp und vollständig sein. In systematischer Darstellung fügt es die weitverstreuten Vorschriften des BGB. und der einschlägigen Ergänzungsgesetze (ZWOHfG., FGG., religiöse Kindererziehungsgesetz) und die dazu ergangenen zahlreichen VO. und Justizverwaltungsverfügungen in klarer, übersichtlicher Darstellung zusammen. In einem ersten Teil sind Verfassung und Verfahren des VormGer. (Allgemeines, Verfahren, Urkundswesen und Rechtsmittel) behandelt. Der zweite Teil begreift in acht Abschnitten die Aufgaben des VormGer., und zwar die Tätigkeit des VormGer. gegenüber der elterlichen Gewalt, die Legitimation unehelicher Kinder, die Annahme an Kindes Statt, Vormundschaft und Pflegschaft, die Schulaufsicht und die Fürsorgeerziehung, die Volljährigkeitserklärung Minderjähriger, die Mitwirkung des VormGer. bei Angelegenheiten, die das Verhältnis der Ehegatten zueinander und das eheliche Güterrecht betreffen, endlich die Namensänderungen. Der Anhang enthält noch die Kosten- und Stempelvorschriften, ein siebzehn Seiten umfassendes Gesetzesregister und ein zwölf Seiten füllendes Schlagwortverzeichnis. Die auch in diesem Werke wieder eingefügten, gut gewählten praktischen Beispiele erläutern den stofflichen Inhalt in einträglichster Weise und dienen gewiß der täglichen Praxis, während die ausgiebig angezogene Entscheidungs- und sonstige Literatur die Nachprüfung von Einzelfragen erleichtert. Daß auf wissenschaftliche Streitfragen nur im unentbehrlichen Umfang verwiesen wird, verdient bei dem Charakter des Werkes als Handbuch für die Praxis nur Billigung. Ein besonderer Vorzug ist die Mitbehandlung der bekanntlich im Einzelfall beim Mangel entsprechender Hilfsmittel oft schwer zu lösenden Fragen aus dem internationalen Privatrecht, dessen fast in jedem Abschnitt besonders gedacht ist (so in §§ 39, 68, 73, 82, 123, 127). Das Buch kann neben seiner praktischen Brauchbarkeit auch als Studienwerk nur empfohlen werden.

SenPräf. Prof. Dr. Graven, Köln.

Annahme an Kindes Statt. Gesetzliche Bestimmungen, Verordnungen und Verfügungen für Preußen. Gesammelt und zusammengestellt von Justizinspektor Paul Matiba, Glaz. Berlin 1932. Verlag von Georg Stilke. 115 Seiten. Preis brosch. 3 M.

Das aus der Praxis heraus entstandene Buch ist zunächst durch die in ihm enthaltene vollständige Zusammenstellung der Rechtsquellen bedeutend, die auf die Annahme an Kindes Statt Bezug haben; dabei sind sowohl die materiellen Bestimmungen wie die Verfahrens- und Kostenvorschriften abgedruckt. Die reiche Anführung von Rundvfg., AllgVfg. usw. bewirkt, daß der Praktiker in dem Buche manches findet, was er in den üblichen Erläuterungsbüchern vergeblich sucht. Von den Erläuterungen, die der Verf. den einzelnen Paragraphen beifügt, läßt sich das nicht in gleichem Maße sagen. Sie tragen allzu deutlich den Stempel der Gelegenheitsnotizen oder zum Teil sogar schneller ad hoc-Kompilierung an sich und werden dem Benutzer (wobei an diesem Ort vornehmlich an Juristen gedacht wird) nur ganz selten — wegen der wörtlichen Anführung einzelner Urteile — mehr bieten als ein kleiner Komm. Auch die Anführung von nur mit dem Aktenzeichen zit. Urteilen ist oft nicht das Ergebnis des Studiums unveröffentlichter Entsch., sondern beruht auf unzureichender Durcharbeitung des Materials; so ist das S. 21 zitierte wichtige RGUr. v. 30. Okt. 1925: JW. 1926, 834 mit einer Ann. v. B. I. u. M. veröffentlicht. Eine sehr begrüßenswerte Hilfe stellt wieder der 4. Teil dar, der mehrere Muster enthält, die bei der Adoption Verwendung finden. (Hier vermißt man einen Hinweis darauf, warum der Bestätigungsrichter in dem Beispiel trotz § 1754 Abs. 2 Satz 1 BGB. Prüfungen vornimmt, die die Utilität der Annahme betreffen — wegen des Antrages aus § 1745 BGB?) D. S.

Fürsorgerecht. Sammlung der wichtigsten einschlägigen Gesetze und Verordnungen des Reichs und der Länder. Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis. VII, 278 S. n. 8°. München 1932. C. F. Beck'sche Verlagsbuchh. Preis Leinenband 3 M.

Allen den zahlreichen Juristen und Laien, die zur Zeit mit Fürsorgefragen befaßt sind, wird hier eine preiswerte auf den neuesten Stand gebrachte Textausgabe der in Betracht kommenden Rechtsquellen geboten. Außer den RGef. (insbes. RFürsV., RGr-UnterjWohnG.) enthält das Buch auch die Landesgesetze und VV. der hier ehemaligen Königreiche und Badens sowie Nachweise der Fundstellen der in den anderen Ländern geltenden AnsFest.

D. S.

Dr. jur. Anita Rosenberg: Die Erbschaftsprüfung der Fürsorgeverbände gegen den Unterstützten und Dritte nach dem Stand der 2. Notverordnung des Reichspräsidenten vom 5. Juni 1931. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 47 Seiten. Preis 3 M.

Die hier behandelte Sonderfrage aus dem Fürsorgerecht hat vor dem Erlaß der NotV. v. 5. Juni 1931 zu zahlreichen Streitfragen Anlaß gegeben, großenteils verursacht durch den wenig glücklichen Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen und, als Folge hiervon, durch die uneinheitliche Mpr. der oberen Gerichte. Einige dieser Urteile — des RG. und des OLG. — sind von mir schon in JW. 1930, 2978; 1931, 1379 und später sowie in JHeimW. 1931, 65 ff., 81 ff., 98 ff., 113 ff. besprochen, aber auch von anderer Seite kritisiert worden, und es hat sich in der Tat ein ganz ausgedehntes Schrifttum mit der Frage der Erbschaftsprüfung der Fürsorgeverbände befaßt. Die NotV. v. 5. Juni 1931 hat mit dem Großteil dieser Streitfragen aufgeräumt, teils durch gesetzliche Interpretation des bisherigen Gesetzeswortes, teils durch Änderung des bisherigen formellen und materiellen Rechts, entsprechend den von Theorie und Praxis aufgestellten Forderungen. Diese Änderungen rechtfertigen an sich schon die Herausgabe eines Kommentars des neuen Rechts, als welcher die vorliegende Arbeit wohl am besten angeprochen werden kann und von den Fürsorgeverbänden und Gerichten und Verwaltungsbehörden begrüßt wird. Die Verf. bespricht in dem einzelnen Abschnitten zunächst das alte Recht, hebt dessen Mängel hervor, zeigt deren Behebung durch die neuen Vorschriften und würdigt alsdann mit anerkennenswerter wissenschaftlicher Gründlichkeit die rechtliche Bedeutung, den Umfang und die Art und Weise der Durchsetzung der einzelnen Erbschaftsprüfung gegen Drittberechtigte, den Unterstützten, dessen Erben, Eltern und den Ehegatten. Die Darlegungen mögen mitunter zum Widerspruch reizen, aber überall gehen sie auf den Kern der Sache ein und sind außerordentlich beachtenswert. Der Literaturnachweis am Eingang des Werkes ist zwar dankenswert, aber doch recht unvollständig. Von der Spezialliteratur sind beispielsweise nicht erwähnt wichtige Aufsätze von Jaques (Jugend und Volkswohl Hamburg 1927 Nr. 4/5), Dr. Krüger (WVhWohlfHf. in Sachsen 1927 Nr. 6), Hoffmeister (JHeimW. 1930, 291), Sommer (ebelbst 1931, 297), Schwalbe (ebelbst S. 473), von mir selbst (JW. 1930, 2978; 1931, 1379 und später als Entgegnung auf eine Polemik von Mannherz und eingehend JHeimW. 1932, 1, 17) und Hagedorn (ebelbst 1932, 113). Die beiden letzterwähnten neuesten Aufsätze, die sich eingehend mit dem, von der Verf. etwas stiefmütterlich behandelten, Übergangsrecht von der alten Fassung der RFürsV. zum neuen Recht und mit der rechtlichen Natur dieser und anderer Erbschaftsprüfung der Fürsorgeverbände befassen, sind der Verf. aufscheinend bei Abfassung ihrer Arbeit noch nicht bekannt gewesen. Vielleicht geben sie ihr aber Veranlassung, diese Fragen noch einmal gesondert zu behandeln, um sie einer endgültigen Lösung näherzubringen.

Geh. ZR. Dieffenbach, Heidelberg.

Jahrbuch des Jugendrechts. Bd. I, II für das Jahr 1929, Bd. III für das Jahr 1930. In Verbindung mit AGK. und LGK. Dr. A. Hagemann, Greifswald, Prof. am Staatl. Berufspäd. Institut Dr. E. Kantorowicz, Frankfurt a. M., o. HonProf. der Rechte Dr. L. Berels, Heidelberg, o. ö. Prof. der Rechte Dr. A. Wegner, Breslau, und (für Bd. III) MinR. im preuß. Min. f. Wiss., Kunst und Volksbildung W. Sandé, Berlin, herausgegeben von Dr. Heinrich Wehler, Geschäftsführer des Arch. Deutsch. Berufsvormünder in Frankfurt a. M. Berlin 1930 u. 1931. Carl Heymanns Verlag. Bd. I, II 286 S., Bd. III 230 S. Preis Bd. I/II 12 M., Bd. III 14 M.

Der bekannte Herausgeber der Jtschr. f. Jugendrecht und Jugendwohlfahrt und seine Mitarbeiter haben es sich zur Aufgabe ge-

setzt, in fortlaufenden Bänden den im Laufe eines Kalenderjahrs jeweils veröffentlichten Stoff des deutschen Jugendrechts in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur in knappen Auszügen systematisch zusammenzustellen (die nach dem Vorwort gleichfalls beabsichtigte Veröffentlichung von Aufsätzen jugendrechtlicher Inhalts ist in den bisherigen Bänden wegen Raummangels noch unterblieben). Der Gedanke einer solchen Sammlung erscheint außerordentlich glücklich. Zutreffend weist der Herausgeber darauf hin, daß wohl kein anderes Rechtsgebiet in nahezu sämtlichen wichtigen Gesetzen so vielfältig und unübersehbar verwurzelt ist wie die Rechtszweige, die der Sprachgebrauch unter der Begriffs „Jugendrecht“ zusammenfaßt; auch in dem Jahrbuch sind die Grenzen dieses Begriffs ziemlich weit gezogen, so daß — nach dem bewährten Vorbilde des Neumann'schen Jahrbuchs geordnet — alle beachtlichen Neuerscheinungen auf dem Gebiete des Verfassungsrechts, des bürgerlichen Rechts, des Jugendwohlfahrts-, Arbeits-, Straf-, Unterstützungs-, Verfahrens-, Schul- und Steuerrechts sowie des internationalen Rechts, soweit sie auf Jugendliche Bezug haben, unter Bezeichnung der wichtigsten Fundstellen zur Mitteilung gelangen. Daß eine derartige Sammlung für diejenigen Kreise, die sich mit den Angelegenheiten unserer heranwachsenden Jugend befassen, einen wertvollen, die tägliche Arbeit erleichternden und über die Entwicklung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum unterrichtenden Begleiter darstellt, bedarf keiner Hervorhebung. Im einzelnen werden da und dort gewiß noch Verbesserungen möglich sein; so scheint es mir, als ob die einzelnen Nachweisungen noch mehr nach Umfang und Bedeutung der betreffenden Publikationen aufeinander abgestimmt werden könnten (wenn z. B. in Bd. I/II unter „Reform des Unehelichenrechts“ [S. 52 ff.] der Inhalt kurzer Zeitschriftenaufsätze bis in Einzelheiten mitgeteilt wird, so hätte eine so wertvolle Publikation wie die vom Deutschen Archiv für Jugendwohlfahrt herausgegebene Schrift über die „Probleme der gesetzlichen Regelung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes“ mit ihren reichen Orientierungsmöglichkeiten wohl nicht mit vier Zeilen abgetan werden dürfen). Vielleicht könnte auch bei der Mitteilung von amts- und landgerichtlichen Entscheidungen noch etwas sparsamer verfahren werden. Alles in allem aber eine sehr erfreuliche Neuerscheinung, die vor allem Jugendämtern und Vormundschaftsrichtern, aber auch dem mit Jugendsachen häufiger beschäftigten Anwalt von gutem Nutzen sein kann und der man eine gedeihliche Fortentwicklung wünschen muß.

MinR. Dr. Brandis, Berlin.

Prof. Dr. Ehr. J. Klumker: Vom Werden deutscher Jugendfürsorge. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. 103 S.

Das Buch, das zum 25jährigen Bestehen des Archivs Deutscher Berufsvormünder von dessen Gründer und langjährigem Leiter verfaßt ist, gibt eine gute und übersichtliche Entwicklung der Geschichte der deutschen Berufsvormundschaft und damit eines wichtigen Teils deutscher Jugendwohlfahrtspflege. Es ist heute besonders interessant, rückblickend zu erkennen, daß wenige Jahre nach Inkrafttreten des BGB. und der Schaffung eines einheitlichen, auf dem System der Einzelvormundschaft beruhenden Vormundschaftsrechts eine zunehmende Unzufriedenheit mit dieser Art der Minderbetreuung eintrat. Namentlich überall da, wo vor dem Jahre 1900 Berufsvormundschaften bestanden hatten, wird die Unzulänglichkeit besonders erkannt. In sehr übersichtlicher Weise schildert Klumker die Schwierigkeiten, die sich ergaben, trotz bestehenden Rechts neue Formen von Sammel- oder Vereinsvormundschaften zu schaffen, bis sich allmählich dieser Gedanke infolge der unzulänglichen Versorgung der unehelichen Kinder unter hervorragender Führung des Archivs Deutscher Berufsvormünder durchsetzte. Seinen bisherigen Abschluß fand diese Bewegung durch die neue gesetzliche Regelung eines Teils des Vormundschaftsrechts über minderjährige Kinder im RJugWohlfG. Klumker war an dieser Bewegung stark beteiligt, so daß es besonders zu begrüßen ist, daß gerade aus seiner Feder, bei deren Führung man das Miterleben des Gewordenen deutlich erkennen kann, ein bemerkenswertes Stück des Ausbaus deutscher Kinderfürsorge zur Darstellung gelangt. Ob man dabei den „Verfall der Einzelvormundschaft“ und das Ausfließen der öffentlichen Jugendwohlfahrtspflege mit seinen neu geschaffenen Jugend- und Landesjugendämtern begrüßen oder bedauern soll, ist eine schwierige und je nach der weltanschaulichen Auffassung und den Erfahrungen in der Praxis verschieden zu beantwortende Frage. In der Hauptsache ist sie wohl eine leider zwangsläufige Folge der starken Lockerung der Familienbeziehungen, die in der modernen Jugendbewegung aller Richtungen deutlich erkennbar wird, eine Folge des Zurücktretens des aus ethischen Bindungen früher stärker empfundenen Interesses des einzelnen für den Nächsten, sei es, daß er dem eigenen oder einem fremden heimatischen Familienverbande angehört. Die alten, mehr patriarchalischen Zustände sind verschwunden, so daß man sich — und infolge der zunehmenden Massennotstände noch mehr — mit den in vieler Beziehung unzureichenden Einrichtungen öffentlicher Fürsorge abfinden muß. Daß das Archiv der Berufsvormünder an der Verbesserung des geltenden Rechts, insbes. auch an der Neugestaltung des

Rechts der unehelichen Kinder, erfolgreich mitarbeitet, das zeigt das vorliegende Buch, das allen auf dem Gebiet des Jugendrechts und der Jugendpflege tätigen sowie auf sonstigem sozialen Recht arbeitenden Personen warm empfohlen werden kann.

SenPräs. Dr. Behrend, Berlin.

P. Niestroj: Das Pflegekind. Berlin und Leipzig 1932. Walter de Gruyter & Co. 99 Seiten. Preis 3 M.

Einer kurzen historischen Zusammenstellung über den Schutz der in fremder Pflege befindlichen Kinder läßt Niestroj die Best. des RJugWohlfG. und der AusfW. der Länder über den Schutz der Pflegekinder folgen, die er aus seiner praktischen Erfahrung heraus eingehend kommentiert.

Der Verf. zeigt die verantwortliche Aufgabe des JugA. bei Entsch. der Frage, ob im Einzelfall die Anstaltsbetreuung der Erziehung in einer fremden Familie vorzuziehen ist. Wenn die eigene Familie nicht Erziehungskräfte sein kann und auch eine fremde Familie für die Erziehungsbelange des Kindes nicht ausreicht, empfiehlt er Einweisung in ein Beobachtungsheim, von dem aus die Verlegung des Kindes in die im Spezialfall geeignete Anstalt erfolgen kann. Niestroj sieht eine wichtige Aufgabe der JugA. und VormGer. darin, die Bevölkerung über den erzieherischen Wert der Anstalten aufzuklären und der weitverbreiteten Meinung entgegenzutreten, die die Anstaltserziehung in allen Fällen als Strafe ansieht.

Anna v. Gierke, Charlottenburg.

Tomforde-Diesebach-Webler: Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Auslande. Nachtrag zur 3. Auflage. Bearbeitet von Dr. Heinrich Webler. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 1,50 M.

Das Heft enthält die im ersten Jahre nach dem Erscheinen der F.W. 1929, 3471 angezeigten 3. Aufl. eingetretenen gesetzlichen Veränderungen in den behandelten Staaten. Die Mehrzahl der Nachträge betrifft Änderungen des Zivilprozessrechts, die besonders durch Rechtsbehelfsverträge und andere internationale Abkommen zahlreich erfolgt sind. Daneben werden aber auch mehrere sehr entlegene Staaten überhaupt zum ersten Male bearbeitet. Alles, was über die Vor- und Nachteile des Werkes bei früherer Gelegenheit gesagt wurde, gilt auch für diesen Nachtrag. Es wäre sehr erwünscht, wenn die Verf. sich entschließen, noch mehr als bisher die Gewährsmänner für ihre Behauptungen (besonders durch Zitate ausländischer Autoren) anzugeben.

Von den anscheinend nach Erscheinen des Nachtrages eingetretenen neuerlichen Änderungen des Rechtszustandes verdient besonders das tschechosl. Ges. zum Schutze der zur Beanspruchung des Unterhaltes, der Erziehung oder der Versorgung berechtigten Personen v. 16. Dez. 1930 Beachtung (vgl. dazu Weib: Kabelz. 6, 154 ff.). Die dortige Regelung ist sowohl für praktische Zwecke wie als legislatorisches Vorbild bedeutsam. Sie erstreckt sich auf Unterhaltsansprüche aller Art. Leistet ein Unterhaltsverpflichteter gewissen nahestehenden Personen Dienste, so gilt ohne Rücksicht auf die zwischen beiden getroffenen Vereinbarungen ein Betrag als Dienstlohn vereinbart, der (nicht nach der Leistung, sondern) nach der Vorbildung und den Fähigkeiten des Dienstleistenden bemessen wird. Ferner faßt neben dem Verpflichteten derjenige, der ihn durch Gewährung von Unterhalt ohne gesetzliche Verpflichtung in einer Weise unterstützt, daß dieser seine Erwerbstätigkeit, die zur Erfüllung der Unterhaltsverbindlichkeit erforderlich ist, vernachlässigt. — Schließlich enthält das neue Gesetz Erleichterungen der Voraussetzungen, unter denen eine einstweilige Verfügung wegen der vom Gesetz behandelten Ansprüche erlangt werden kann. D. S.

Jugendamt und Vormundschaftsgericht. Vorträge und Aussprachen von der Jubiläumstagung des Archivs Deutscher Berufsvormünder zu Naumburg a. d. S. am 26., 27. u. 28. Mai 1931. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 128 S. Preis 5 M.

Das rührige Archiv Deutscher Berufsvormünder hat das Jubiläum seines 25jährigen Bestehens im vorigen Jahr zum Anlaß einer besonders ausgestalteten Arbeitstagung genommen. Die wesentlichen Referate dieser Tagung und die Aussprache zu ihnen sind in diesem Buche vereinigt. Von höherem Blickpunkt aus behandelt das Referat von Prof. Klumker das Thema der Tagung (Wesen und Funktion von Jugendamt und Vormundschaftsgericht in der Jugendhilfe). Die beiden anschließenden Referate (Die Zusammenarbeit von Jugendamt und Vormundschaftsgericht in der Jugendhilfe) durch einen Richter (NGR. Klostermann) und eine in der Jugendpflege tätige Persönlichkeit (Dr. Elisabeth Georgi) behandeln die Arbeit des Alltags, in die die lebhafteste Aussprache, an der sich besonders von der Gerichtsverwaltung delegierte Jugendrichter beteiligten, weitere Einblicke bot. Das letzte, in dem Buch abgedruckte Referat (eine Anzahl kleinerer, aber praktisch wichtiger Fragen, die behandelt wurden, haben in der gedruckten Niederschrift leider keinen Platz gefunden) erörtert Bedeutung und gegenwärtige Problematik der Amtsvormundschaft. D. S.

P. Niestroj: Das Jugendamt als Gemeindevorstand. Berlin und Leipzig 1932. Walter de Gruyter & Co. 91 Seiten. Preis 3 M.

In 25jähriger praktischer Fürsorgearbeit hat sich Niestroj dafür eingesetzt, den wenig lebensvollen Gemeindevorstand des BGB. (§§ 1849 ff.) zur Zentrale der öffentlichen Jugendfürsorge auszugestalten. Nachdem laut § 42 RJugWohlfG., das Jugendamt Gemeindevorstand „ist“, will der Verf. die örtlichen Gemeindevorstände als Einrichtungen zur Unterstützung des Jugendamtes in den Geschäften des Gemeindevorstandes nicht ausgeschaltet wissen; er verlangt die Delegation einzelner Jugendamtsaufgaben auf örtliche Unterabteilungen des Jugendamtes oder Einzelpersonen innerhalb des Bezirkes. Insbes. wird eine Delegation auf alle kreisangehörigen Städte und Gemeinden verlangt, die hauptamtliche Beamte und Angestellte beschäftigen. Der Verf. glaubt, damit eine sichere Gewähr für raschere Erledigung von Anfragen des VormGer. zu erhalten als auf dem Umwege über das Jugendamt. Bei zweitägiger Organisation scheint ihm eine Erschwerung für die Jugendämter nicht einzutreten, im Gegenteil, eine Entlastung. Das Buch gibt zahlreiche Anregungen, wie die in den Ausführungsbestimmungen der Länder zum RJugWohlfG. vorgesehene Bildung örtlicher Gemeindevorstände in die Tat umzusetzen ist.

Anna von Gierke, Charlottenburg.

Entscheidungen des Bundesamtes für Heimatswesen. Band 76 enthaltend Gesamtregister zum 60. bis 75. Band, bearbeitet von Geh. Regierungsrat Baath. Berlin 1931. Verlag von Franz Vahlen. 299 Seiten. Preis 8 M.

Dieser neu erschienene Gesamtregisterband, der die ganze bisherige grundsätzliche Rspr. des Bundesamtes zu der geltenden Fürsorgeverordnung und dem Reichsfürsorgerecht überhaupt enthält, verdient die allgrößte Beachtung aller mit dem Fürsorgerecht überhaupt besetzten Stellen und Personen, insbes. auch der Organe der ordentlichen Rechtspflege und solcher kleinerer Verwaltungsbehörden, die nicht in der Lage sind, ihrer Bibliothek die sämtlichen Bände der Entsch. des Bundesamtes einzuverleihen, aber doch Kenntnis von der oberstgerichtl. Auslegung und Fortbildung unseres Wohlfahrtsrechts haben wollen. Das Gesamtregister ist genau nach dem vorbildlichen Muster der Registerbände zu den Entsch. des RG. gearbeitet und vom Verf. in der bekannten vorzüglichen Weise ausgestattet. Der erste Abschnitt enthält das Systematische Register zur FÜRWD. sowie zu den sog. Reichsgrundgesetzen, den noch in Geltung befindlichen Verfahrensvorschriften des UWG., dem JWohlfG. und zum Baden-Badener Abkommen betr. die öffentliche Fürsorge im Saargebiet. Er ist besonders sorgfältig ausgearbeitet und gibt, geordnet nach den einzelnen Paragraphen der angeführten Gesetze, in kurzen Sätzen, die etwa den Überschriften der einzelnen veröffentlichten Entsch. entsprechen, den wesentlichen Rechtsatz wieder, welchen die betreffende Entsch. enthält. So entspricht dieser wichtigste Teil des Registers etwa den kleineren, auf die Rspr. des RG. sich beschränkenden Handb. zum bürgerlichen und Strafrecht, Prozeß- und Sondergesetzen, die von der Praxis für den täglichen Gebrauch so außerordentlich geschätzt und für sie unentbehrlich sind. Wer diesen Teil des Gesamtregisters studiert, ist also über die gesamte Rspr. des Bundesamtes auf dem Gebiete des neuen Fürsorgerechts orientiert und in der Lage, die einzelne, ihn interessierende Entsch. in vollem Wortlaute leicht aufzufinden. Je ein weiterer Abschnitt bringt dann noch in gewohnter Weise die Zusammenstellung der Entsch. des Bundesamtes nach der Zeitfolge, nach den einzelnen Gerichtsbezirken der Vorinstanzen, nach den in den Entsch. berücksichtigten reichs- und landesrechtlichen Rechtsquellen und schließlich ein eingehendes alphabetisches Register. Der Herausgeber bezeichnet im Vorwort als Zweck des Bandes, er solle die Handhabe sein zu einer vollständigen und schnellen Erfassung der bisherigen gesamten grundsätzlichen Rspr. des Bundesamtes seit der Geltung der FÜRWD., ohne aber die Einsichtnahme in die Entsch. selbst überflüssig zu machen. Diesen Zweck erfüllt der Band vorbildlich. Da die FÜRWD. durch die neueste RotW. des RPräs. eine erhebliche Änderung erfahren hat und eine Novelle zu den „Rechtsgrundgesetzen“ in kürzester Frist zu erwarten ist, scheint auch der Zeitpunkt für die Herausgabe des Gesamtregisters gut gewählt, gewissermaßen als Abschlußband über das erste, unter der neuen RVerf. in Geltung gewesene Reichsfürsorgerecht. Geh. JH. Diesebach, Heidelberg.

Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Staatsautorität vom 13. April 1932 (RGBl. I, 175), erläutert von Dr. Kurt Hänischel, Ministerialdirigent im Reichsministerium des Innern, Dozent an der Universität Berlin. (Stilles Rechtsbibliothek Nr. 115 a.) Berlin 1932. Verlag Georg Stille.

Mit erstaunlicher Schnelligkeit haben Verf. und Verlag die letzte RotW. des RPräs. über die Auflösung der militärähnlichen Organe

Revisionen *MDR*. herausgebracht. Die leidenschaftslos geschriebenen Erörterungen dürfen im wesentlichen die Beweggründe wiedergeben, die die Regierung bei der Abfassung der *BD*. geleitet haben, und sind gerade deshalb bei allen aufstretenden Zweifelsfragen ein wichtiges Hilfsmittel. Die *Durchf. BD*. v. 13. April 1932 ist ebenfalls abgedruckt. D. S.

Dr. jur. Fr. Darnstaedter, VGR., Dozent a. d. Universität Heidelberg: Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates. Eine Untersuchung zur gegenwärtigen Krise des liberalen Staatsgebauens. Heidelberg 1930. Carl Winters Universitätsbuchhandlung. Preis geh. 15 M.

Vgl. oben Aufsatz Manigk S. 1332.

Hermann Derjch: Walter Kaskel, Arbeitsrecht. 4. Aufl., neubearbeitet von Hermann Derjch, ord. Prof. an der Universität Berlin. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. XXXI.) Berlin 1932. Verlag von Julius Springer. 490 Seiten. Preis 22 M.

Derjch: *JW*. 1925, 1847 hat die Erstausgabe dieses Werkes angezeigt. Nicht mit wohlverdienter Anerkennung sparend. War es doch zu jener Zeit eine Tat, die Flut der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung der Nachkriegszeit aufzufangen und so zu leiten, daß nach großen systematischen Gesichtspunkten geordnet das frühere Recht und das neue Recht sich einten in einer ersten großen Gesamtdarstellung des Arbeitsrechts. Schneller, als wir es damals ahnen konnten, ist Walter Kaskel mitten aus reichstem, unvergeßlichem Schaffen von uns gegangen. Herm. Derjch, der schon vor Jahren seine Nachfolge auf dem Berliner Lehrstuhl angetreten hat, blieb auch die Fortsetzung dieses bedeutamen Werkes vorbehalten.

Dem Andenken an Walter Kaskel ist die Neubearbeitung geweiht. Die junge Wissenschaft des Arbeitsrechts hat seitdem sich zur Reife entwickelt. Manche Lehre mußte einer Nachprüfung unterzogen werden. Die neugeschaffenen Arbeitsgerichtsbehörden, nicht zuletzt das *ArbG.*, griffen fördernd ein. So ergab es sich von selbst, daß manche in den früheren Auflagen vertretene Ansicht aufgegeben werden mußte. „Bei aller Pietät vor dem Schöpfer des Buches mußte auch der Neubearbeiter in verschiedener Richtung eigenes neue Wege gehen.“ So entstand an Stelle des allgemeinen Teiles und des Tarifrechts in diesem Buch etwas völlig Neues, das auch in der Anordnung sich von der früheren Auflage grund-sätzlich unterscheidet (Vorwort).

Der Berichterstatter könnte versucht sein, sich darauf zu beschränken, auf den erwähnten Bericht des Neubearbeiters selbst zu verweisen, um lediglih zu erklären, daß alles, was Derjch damals in Anerkennung der Kaskelschen Leistung gesagt hat, nunmehr für die Arbeit von Derjch selbst gilt. Diese Versuchung liegt um so näher, als die Fülle des Materials und der Streitfragen es geradezu verbietet, auch nur auf die wesentlichsten Fragen einzugehen.

Aber wie Derjch selbst damals in seiner Besprechung „entsprechend der Bedeutung des Werkes“ an einigen wichtigen Einzelheiten nicht glauben vorübergehen zu sollen, so sei auch hier wenigstens angemerkt.

Damals schrieb Derjch u. a.: „Wenn die Allgemeinverbindlicherklärung als Erstreckung des Tarifvertrages bezeichnet und die rechtliche Natur dieser Erstreckung als eine Rechtsverordnung charakterisiert wird, so ist dies eine äußerst glückliche Definition dieser Rechtsfigur, der durchaus zuzustimmen ist.“ Demgegenüber ist es erfreulich, feststellen zu können, daß Derjch sich nunmehr zur Vertragstheorie bekennt und die Allgemeinverbindlichkeit als Verwaltungsakt ansieht, „bei dem unter Wahrung des Vertragscharakters des Tarifvertrages und der vollen Verfügungsfreiheit der Tarifparteien die Tarifbeteiligung auf Außenseiter ausgedehnt werde“ (S. 119).

Der Verf. bekennt sich mit guten Gründen zu der Auffassung, daß mit Rücksicht auf die Eigenart des Tarifvertr. die Anwendung der Anfechtungsvorschriften sowohl wegen Irrtums als auch wegen Täuschung und Drohung grund-sätzlich ganz auszuschließen ist (S. 55).

Nicht völlig zustimmen vermag ich dem, was der Verf. über tarifvertragsrechtliche „Auslegungsgrundsätze“ (S. 63) ausführt. Hier wird scharf zu unterscheiden sein zwischen einer Auslegung der normativen Bestimmungen in Streitigkeiten der Tarifvertragsparteien untereinander (vgl. hierzu die Darlegungen betr. die Feststellungsklagen über Auslegung normativer Tarifbest. S. 363) und in Streitigkeiten der tarifbeteiligten Parteien des Einzelarbeitsvertrages. Gerade die tarifliche Durchführungs-pflicht muß dazu führen, daß in Streitigkeiten der Tarifvertragsparteien untereinander dem wahren Willen der Vertragsschließenden zum Siege verholfen wird, auch wenn er im Verträge keinen klaren Ausdruck gefunden hat. In einem solchen Streit muß auch die Vernehmung von Zeugen über die Auslegung zulässig sein. Dies entgegen Derjch (S. 394 bei Anm. 6 und *ArbG.*: *BenshSamml.* 3, 201). Ich vertrete die Auf-

fassung, daß in einem solchen Auslegungsfreit der Tarifvertragsparteien über eine Norm die Nachprüfung in der Revisionsinstanz sich darauf zu beschränken hat, ob die Auslegung als solche unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften erfolgt ist. Darauf, daß eine normative Bestimmung des Tarifvertr. nicht oder nicht richtig angewandt worden ist (§ 73 Abs. 1 *ArbGG.*) kann in diesem Falle die Revision nicht gestützt werden. Denn das in einem solchen Streit ergehende Urteil wendet ja nicht die Norm im Hinblick auf einen Tatbestand an, sondern es wendet auf den Tatbestand die Regeln der §§ 133, 157 *BGB.* an, um damit erst den Inhalt der Norm festzustellen. Bei diesen kurzen Andeutungen muß wegen der gebotenen Kürze hier bewenden.

Hervorheben möchte ich indessen noch, wie bedeutam die außerordentliche Erfahrung des Verf. auf dem Gebiete der Sozialversicherung sich für die Erkenntnis sehr, sehr vieler Probleme des Arbeitsrechts im engeren Sinne auswirkt. Immer wieder begegnen wir der Betonung der Zusammenhänge mit der Sozialversicherung, eine Betrachtungsweise, auf deren Nützlichkeit der Verf. mit Recht im Vorwort aufmerksam macht.

Diejenigen Benutzer des Werkes, die in erster Linie an die *JW*. gewöhnt sind, werden es als erschwerend empfinden, daß diese Zeitschrift fast nirgends zitiert ist, obwohl sie ein reiches Entscheidungsmaterial mit kritischen Bemerkungen bringt. Hier wird das ausgezeichnete Mansfeldsche Fundstellenverzeichnis unentbehrlich.

RA. Max Abel, Essen.

Dr. Wolfgang Köhler: Die Arbeitskraft als Rechtsgut. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 8°, XII u. 100 S. Preis 9 M.

Auf Grund des von Radbruch angeregten Buches von Nevoigt, *Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft*, 1927, hatte der *35. DZ.* 1928 dieses Thema, welches die Arbeitskraft als Rechtsgut zur Voraussetzung hat, begutachtet und besprochen. In der Hauptsache auf Grund des so entstandenen Materials — die Festnummer der *DZ.* mit den auf die Frage bezüglichen Aufsätzen von Potthoff und mir scheint Köhler entgangen zu sein — ist auch gegenwärtige Arbeit aufgebaut. Wenn er als Begriffsbestimmung der Arbeitskraft aufstellt, „die dem Menschen organische Fähigkeit, Leistungen hervorzubringen, die geeignet sind einen äußeren wirtschaftlichen Erfolg auszulösen“, so fehlt hier die in „Kraft“ liegende Fähigkeit, das durch Überwindung von Widerständen zu erreichen, und zwar für andere. Die Arbeitskraft ist ein Teil der Persönlichkeit, und mit Recht wird jedes Eigentum oder eigentumsähnliche Recht oder Besitz an ihr bestritten (S. 9 f.), ebenso mit Recht bestritten, daß sie, eben als innere Kraft, zum äußeren Vermögen gehöre, vielmehr stellt sie Aufwand von Muskel- und Nervensubstanz dar. Dagegen wird, entgegen S. 15 und mit Lotmar, Arbeitsvertrag I, 82, der Anspruch auf die Arbeitskraft eines andern sich regelmäßig als Vermögensrecht darstellen. Sicher aber muß die Arbeitskraft die Grundlage für das Arbeitsrecht bilden. Vgl. Luz Richter, *Arbeit als Rechtsbegriff*, 1923, der in den Hauptpunkten mit meinen Ausführungen übereinstimmt, aber auch Hueck-Ripperhey³⁻⁵ S. 3f., Einzheimer, *Grundzüge*² S. 7f. Entscheidend ist nur entgegen S. 19 f., ob es sich um Anwendung persönlicher Kraft für andere handelt oder um die Tätigkeit eines Unternehmers, der nur den Erfolg, aber nicht persönliche Tätigkeit, verspricht. Für die Frage der Abhängigkeit und des Arbeitnehmerbegriffs gestatte ich mir auf meine Ausführungen in *DZ.* 1927, 286 f. und 1928, 1505 und einen demnächst in der *NJArbR.* erscheinenden Aufsatz „Das Arbeitsrecht auf Grund der Lehre vom Arbeitnehmer und von der arbeitnehmerähnlichen Person“ Bezug zu nehmen.

Wenn Köhler die Ansicht vertritt, daß die Arbeitskraft durch § 823 Abs. 1 nicht geschützt sei, so ist, wie das auch schon sonst geschehen ist, zu erwidern, daß sie durch den Schutz von Leben, Körper, Gesundheit (vgl. S. 51) mit geschützt ist, wozu noch die Schutzgesetze des § 823 Abs. 2 sowie § 826 kommen.

Was den Schutz der Arbeitskraft im Strafrecht betrifft, so kann im allgemeinen auf die Gutachten und Erörterungen des *DZ.* verwiesen werden; im Strafrechtsausschuß ist dann in den Tatbestand der schweren Körperverletzung die Arbeitskraft ausdrücklich mit aufgenommen worden.

Zu begrüßen sind die Ausführungen (S. 71 f.) über den Schutz der Arbeitskraft im Verwaltungsrecht und der Sozialgesetzgebung. Zum Schluß wird die Anerkennung der Arbeitskraft in der Reichs-verfassung erörtert, wobei die Bestimmung, daß die Arbeitskraft unter dem besonderen Schutze des Reiches steht und daß dieses ein einheitliches Arbeitsrecht schafft, wirkliche Bedeutung nur gewinnt, wenn man nach obigem die Arbeitskraft als solche einheitlich schützen läßt. Im übrigen stellt die Arbeit eine dankenswerte Zusammenfassung der vielen in Betracht kommenden Einzelfragen dar.

Prof. Dr. Silber schmidt, München.

Liste über abgabepflichtige Notariatsgebühren nebst 80 Formularen für die Erklärung über Gebührenabgabe. Verfaßt von **Notar Dr. Curt Callmann**, Berlin. Formulare Not. Nr. 103 und 104 der Hans-Soldan-Stiftung. Berlin 1932. Preis 2,50 M.

Die Gebührenabgabe der Notare, die durch die PrNotW. v. 12. Sept. 1931 (PrGS. 171 ff.) angeordnet ist, wurde erörtert von Sternberg: JW. 1931, 2673 und Callmann: NotW. 1932, 299 sowie in der Tabelle von Wechselmann: JW. 1931, 3536. Durch AusfW. des JustMin. v. 23. Sept. 1931 (JWBl. 1931, 306) ist angeordnet, daß der Notar gleichzeitig mit der Abführung der Abgabe eine Erklärung nach besonderem Muster abzugeben hat. Die von Callmann verfaßten und im Rahmen der ausgezeichneten Formulare der Hans-Soldan-Stiftung herausgegebene Liste nebst Erklärungsentwurf, erleichtern erheblich die Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften. D. S.

Dr. Max-Rudolf Pohlandt: Reich, Länder und Selbstverwaltungskörper. Grundsätzliches zur deutschen Verfassungs- und Verwaltungsreform. Berlin 1931. Edwin Kunge. 328 Seiten. Preis kart. 10 M, geb. 12 M.

Selten sind die mit der Reform der Reichs-, Landes- und Kommunalverwaltung zusammenhängenden zahlreichen Teilprobleme so erschöpfend und eingehend behandelt, wie in diesem stattlichen Werk. Die Reformfragen werden nicht nur für jede dieser drei Gebietskörperschaften gesondert untersucht; auch die Einordnung der Gemeinden in das Land, der Länder in das Reich, kurz das Verhältnis zwischen Reich, Ländern und Gemeinden ist zum Gegenstand der Untersuchung gemacht. Ebenso kommt die Verzahnung der vielen Teilfragen, die in ihrer Gesamtheit das große Problem der „Reichsreform“ bilden, bei der Darstellung entsprechend zur Geltung.

Bei der Aufspaltung in Einzelfragen und dem tieferen Einbringen in diese, kommen die großen Gesichtspunkte einer Reform,

die allgemein die Neugestaltung des Verhältnisses zwischen Reich und Ländern zum Gegenstand hat, naturgemäß etwas kurz. Das Schwergewicht und die Bedeutung dieser Arbeit liegt daher in der Darstellung der Einzelfragen. Der Verf. hat bei seinen Untersuchungen die beiden großen und grundlegenden Reichsreformvorschläge des Bundes zur Erneuerung des Reichs zeitlich nicht mehr berücksichtigen können; dies hat den Nachteil, daß die eine oder andere Frage, die in der Theorie als gelöst anzusehen ist, mehr als nötig vertieft wird, aber den Vorteil, daß andere Fragen, für die in den genannten Vorschlägen des Lutherbundes und der Länderkonferenz nur die allgemeinen Linien der Reform angedeutet sind, einer gewünschten eingehenderen Untersuchung unterzogen werden.

Verf. sieht mit Recht davon ab, zu den vielfachen Reformvorschlägen weitere hinzuzufügen; er beschränkt sich im wesentlichen darauf, die bestehenden Mängel aufzuzeigen, zu den einzelnen Fragen die vorhandenen Reformpläne darzulegen und die wichtigsten Reformvorschläge einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Verf. bezieht grundsätzlich die Notwendigkeit umfassender Reform, glaubt aber, vor überflüssigen, allzu einschneidenden Maßnahmen abzuraten zu sollen. In letzterer Hinsicht könnte man nach dem Stand der Reichsreform, die im Lauf der Jahre einer praktischen Bewirkung nicht nähergebracht wurde, die Frage aufwerfen, ob es nicht vielleicht richtiger wäre, zu Taten aufzufordern, statt Zurückhaltung zu empfehlen.

DRegM. Dr. Medicus, Berlin.

Berichtigung.

Dr. Max Schreier: Sächsisches Rechtsbrevier. Straubing 1932. C. Attenkofersche Buch- und Kunstdruckerei, Verlagsbuchhandlung.

Der Preis des JW. 1932, 1196 besprochenen Buches beträgt nicht 30 M, sondern: 24 M. D. S.

Rechtspredung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

I. Familienrecht.

1. Ehescheidungsrecht.

1. §§ 138, 812, 817 BGB.; § 529 ZPO.

1. Wenn der scheidungsberichtigte Ehegatte entschlossen ist, auf Scheidung zu klagen, so verfährt eine Abmachung, die im wesentlichen darauf abzielt, die Unterhaltspflicht des anderen Teiles für den Fall der Ehescheidung zu regeln, nicht gegen die guten Sitten. Dagegen läßt es sich vom sittlichen Standpunkt aus nicht rechtfertigen, daß der scheidungsberichtigte Ehegatte sich durch Gewährung von Vermögensvorteilen bestimmen läßt, in die Scheidung zu willigen.

2. Aus der späteren Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes kann eine Prozeßverzögerung nicht entnommen werden, wenn nicht ersichtlich ist, daß der andere Teil die zur Begründung dieses Rechtes aufgestellten Behauptungen hat bestreiten wollen. Bringt der in erster Instanz siegreich gebliebene Bkl. eine solche Einrede erst im zweiten Verhandlungstermin der VerJust., so kann eine Absicht, den

Prozeß zu verschleppen, nicht schon daraus gefolgert werden, daß er den Einwand nicht bereits im ersten Verhandlungstermin, ohne die Stellungnahme des BG. zu kennen, gebracht hat. †)

(U. v. 15. Jan. 1931; 286/30 VI. — Berlin.) [G.]

Abgedr. JW. 1931, 1342⁶.

Zu 1. Im vorl. Falle hat die par turpitudine (§ 817 Abs. 2 BGB.) zur Aufrechterhaltung der Verbindungen geführt, die der Mann zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht der Frau gemacht hatte. So lassen sich also die ungewöhnlichsten Scheidungsabkaufverträge, selbst die mit den schamlosesten Vorkäufungen verbundenen, durch Erfüllung in ihrer Wirkung sicherstellen. Das liegt freilich an der unglücklichen und verkehrten Best. des § 817 Abs. 2, der die Abspr. so oft schon in Widerspruch mit dem heutigen Rechtsempfinden gesetzt hat. Wenn das RG. die Sittenwidrigkeit des Abkommens schon darin gefunden hat, daß sich hier die Frau durch Gewährung von Vermögensvorteilen zur Einwilligung in die an sich begründete Scheidung habe bestimmen lassen, so erscheint mir das nicht ohne weiteres zutreffend. Würde das RG. die Gültigkeit des Vertrages angezweifelt haben, wenn es sich darum gehandelt hätte, die Unterhaltsleistungen im Einklange mit den gesetzlichen Vorschriften festzulegen? Der auf die Einwilligung zur Scheidung gerichtete Beweggrund würde für sich allein die Sittenwidrigkeit nicht begründen haben, wenn dieser Beweggrund nicht im Inhalte des Abkommens seinen Ausdruck gefunden hätte. Vielleicht ist das RG. von der Feststellung des BG. ausgegangen, wonach hier die zur Unterhaltsicherung der Frau notwendig erschienenen Maßnahmen über die in den §§ 1578 ff. BGB. vorgeschriebenen gesetzlichen Verpflichtungen des Ehemanns hinausgegangen sind. Mit Recht aber hat das RG. in Ansehung des Zurückbehaltungsrechtes die Annahme einer Prozeßverschleppung gemißbilligt. Dieser Einwand freilich käme nur dann in Betracht, wenn das mit der weiteren Verhandlung und Entscheidung betraute BG. zu einer Verurteilung der Bkl. auf Löschung des Nießbrauchs und der Zinsgenufrechte gelangen würde. Aber weshalb hat das RG. auf Zurückweisung erkannt und die Klage nicht sofort abgewiesen? Dafür finde ich im Ur. keine Erklärung.

SenPräs. i. R. Prof. Dr. Wieruszowski, Wln.

2. §§ 1565, 1568 BGB.; § 286 ZPO.

1. Hat ein Zeuge zu dem Beweissatz, daß er mit einem Teil die Ehe gebrochen und daß der andere Teil dem Ehebruch zugestimmt habe, die Aussage verweigert, so rechtfertigt das nicht die Feststellung, daß er die Zustimmung nicht bestätigt habe.

2. Ist streitig, ob Zustimmung zu dem un-
sittlichen, auch Ehebruch umfassenden Lebens-
wandel des anderen Teiles vorliegt, so hat der
diesen Lebenswandel geltend machende Teil die
Behauptung über seine Zustimmung zu wider-
legen (es handelte sich in der Rev Inst. nur um
die Scheidungswiderklage des ehebrecherischen
Teiles). †)

Das O. G. hatte die Ehe auf die Klage des Ehemannes
und die Widerklage der Ehefrau geschieden und beide für
schuldig erklärt. Nur der Ehemann hatte Berufung ein-
gelegt. Das O. G. hatte die Widerklage abgewiesen und die
Ehefrau für allein schuldig erklärt. Das R. G. hat aufgehoben:

Das O. G. hat für bewiesen erachtet, daß es auf Seiten
der Bekl. nicht bei vereinzelt Verstößen gegen die Treu-
pflicht geblieben ist, sondern daß sie jahrelang fortgesetzt
mit anderen Männern teilweise gegen Entgelt Ehebruch
getrieben habe. Als weitere Verfehlung der Bekl. komme
hinzu, daß sie den Kl. häufig beschimpft und geäußert habe,
der Kl. wäre kein Mann für sie, sie müsse einen haben, der
lustiger wäre u. dgl. Schließlich habe die Bekl. ihre Haus-
frauenpflichten dadurch grob vernachlässigt, daß sie nicht für
anständiges Essen für den Sohn gesorgt habe. Soweit das
O. G. zur Widerklage Beschimpfungen, Bedrohungen und
Mißhandlungen der Bekl. und ihrer Angehörigen durch den
Kl. für bewiesen hält, beurteilt es sie milde, weil sie durch
das ehebrecherische Treiben der Bekl. veranlaßt seien. Als
Ehnerkennung des Kl., die für die Frage seiner Mitschuld
ins Gewicht fallen könnte, sei aber sein Verhalten zu der
Ehefrau L. anzusehen. Mit dieser habe er wiederholt Cafés
besucht und sich bei der Gelegenheit von der Zeugin be-
friedigen lassen. Das O. G. erwägt, daß die Verletzung der
ehelichen Treupflicht mit dem Wesen der Ehe in so unerträg-
lichem Widerspruch stehe, daß auch demjenigen Ehegatten, der
selbst gegen die Treupflicht verstoßen habe, die Fortsetzung
der Ehe in der Regel nicht zugemutet werden könne. Im
vorliegenden Falle sei jedoch ein Abweichen von der Regel
gerechtfertigt. Die Bekl. habe nach ihrem Lebenswandel ein
Gefühl für die eheliche Treupflicht überhaupt nicht mehr ge-
habt. Der Senat sei deshalb zu der Überzeugung gekommen,
daß die Verfehlung des Kl., wenigstens sie von der Bekl. im
Rechtsstreit mit vorgebracht worden sei, tatsächlich nicht ehe-

zerrüttend auf sie gewirkt habe. Soweit das aber im ge-
ringen Maße doch etwa der Fall sein sollte, müßte an-
geichts der ungeheuren groben Ehepflichtverletzungen der
Bekl. von ihr verlangt werden, daß sie auch diesen Verstoß
des Kl. gegen die Treupflicht, der im Vergleich zu den glei-
chen Verstößen der Bekl. doch verschwindend gering sei, ver-
winden müsse, und es sei ihr zuzumuten, die Ehe mit dem
Kl. fortzusetzen.

Diese Auffassung des O. G. ist, wie die Rev. mit Recht
hervorhebt, insoweit nicht ohne rechtliche Bedenken, als es
trotz des ehelichen Verstoßes des Kl. gegen seine Verpflichtung
zur Wahrung der ehelichen Treue angenommen hat, der Bekl.
könne auch vom objektiven, aus dem sittlichen Wesen der
Ehe zu entnehmenden Standpunkt aus zugemutet wer-
den, über die Verfehlung des Kl. hinwegzusehen und die Ehe
mit ihm fortzusetzen. Dem Bedenken braucht aber nicht wei-
ter nachgegangen zu werden, weil jedenfalls die Ansicht des
O. G. rechtlich nicht zu beanstanden ist, mit Rücksicht auf den
Jahre andauernden ehebrecherischen Lebenswandel der Bekl.
sei nicht anzunehmen, daß bei ihr die eheliche Gefinnung von
ihrem subjektiven Standpunkte aus durch das Verhalten
des Kl. zerstört sei. Diese Ansicht ist rein tatsächlicher Art
und schon für sich allein geeignet, die Entscheidung des O. G.
zur Widerklage zu tragen.

Die Bekl. hatte aber behauptet und mit Beweis versehen,
daß der Kl. ihr ehebrecherisches Treiben nicht nur gebilligt,
sondern auch veranlaßt und begünstigt habe. Dieses Vor-
bringen tut das O. G. mit der Feststellung ab, daß es von
den hierzu vernommenen Zeugen nicht bestätigt worden sei:
Weder Frau K. noch der Zeuge L. noch andere Zeugen hätten
Bekundungen gemacht, aus denen sich die Richtigkeit jener
Behauptung folgern lasse. Daß der Kl. bei einer Ausein-
andersetzung in Gegenwart der Zeugin K. auf die Bemerkung
der Bekl.: „Woher soll ich denn das Geld zum Leben neh-
men? Du verlangst wohl, daß ich auf die Straße gehe?“
geantwortet habe: „Das ist mir egal, mach was du willst!“
schließe keineswegs eine ernsthafte Billigung des Ehebruchs
in sich. Hier rügt die Rev. der Bekl. mit Recht Verletzung
des § 286 Abs. 1 ZPO. und des § 1568 BGB. Der Zeuge
L. hat zu dem Beweissatz, ob er mit der Bekl. Ehebruch be-
gangen habe, ob der Kl. aber hiervon genützt und seine Be-
ziehungen zu der Bekl. gebilligt und ob der Kl. sich als Ent-
gelt für die Duldung der ehewidrigen Beziehungen von dem
Zeugen Lebensmittel u. dgl. habe bringen und sich Urlaub
habe verschaffen lassen, seine Aussage verweigert. Die Fest-
stellung des O. G., daß er dazu keine Bekundung gemacht
habe, trifft deshalb insoweit nicht zu. Das O. G. hätte zu
der Aussageverweigerung Stellung nehmen müssen. Vielleicht
würde es dann auch die Aussage der Zeugin K. anders be-

Zu 2. I. Der eine Ehegatte hat, ohne Ehebruch zu begehen,
die eheliche Treupflicht verletzt. Der andere Ehegatte hat Scheidung
verlangt. Der Verkl. hat ihn abgewiesen, weil ihn nach seinem eigen-
nem Leben jedes Gefühl für eheliche Treue abgehe. Ob aus diesem
Grund die Fortsetzung der Ehe wirklich zugemutet werden könne, be-
zweifelt das R. G. Dies deshalb, weil die Frage der Zumutbarkeit an
einem objektiven Maßstab gemessen werden müsse; und gemäß dieses
objektiven Maßstabs hat das R. G. sichtlich Neigung, einem Ehegatten
die Fortsetzung der Ehe niemals zuzumuten, falls der andere Teil die
eheliche Treue nicht hielt (vgl. auch JW. 1928, 3039). Einen ähn-
lichen Rechtszustand hat das Gesetz durch sein absolutes Scheidungs-
gebot für den Ehebruch geschaffen. Er befriedigt keineswegs in allen
Fällen. Hierfür nur ein Beispiel. Ein Arzt verabreicht seiner Ehe-
frau zu reichlich Morphinum; nach Eintritt von Morphinumsucht sorgt
er nicht genügend für die Durchführung einer Entziehungskur. Die
so durch Verschulden des Mannes im Willen geschwächte Ehefrau läßt
sich zum Ehebruch verleiten. Deshalb wird Scheidung begehrt. Dies
Begehren widerspricht sicher dem sittlichen Empfinden weitester Volks-
kreise, auch solcher, denen die Wahrung der Heiligkeit der Ehe am
Herzen liegt. Trotzdem wird man dem Scheidungsverlangen statt-
geben müssen, sofern man sich nicht entschließt, der Ehefrau die
exceptio doli zu gewähren. Hier ist eben das Gesetz zwingend. Hat
aber die Ehefrau, ohne die Ehe zu brechen, nur sonst die eheliche
Treue nicht gewahrt, dann würde es, wie mir scheint, weder den
aus dem Wesen der Ehe abzuleitenden sittlichen Anforderungen, noch
dem Gesetze entsprechen, wollte man annehmen: den Ehemann sei die
Fortsetzung der Ehe nicht zuzumuten, und es sei auf Grund von
§ 1568 BGB. zu scheiden. Daß einem Ehegatten, bei Verletzung

der ehelichen Treupflicht, die Ehefortsetzung niemals zuzumuten
sei, läßt sich aus dem Wesen der Ehe sonach nicht ableiten (zu-
treffend Marie Münch: JW. 1929, 37). Nur für die Regel ist
die Zumutbarkeit zu verneinen.

Eine Ausnahme von der Regel zu machen, hatte in dem vom
R. G. entschiedenen Fall der Verkl. allen Anlaß. Die Zweifel des
R. G. gegenüber dieser Auffassung vermag ich nicht als irgendwie ge-
rechtfertigt anzusehen.

II. Ein Zeuge hatte das Zeugnis verweigert. Das O. G.
stellte fest, der Zeuge habe nichts bekundet. Diese Feststellung erklärt
das R. G. für unzutreffend. Der Zeuge hatte aber nichts bekundet.
Was das R. G. sagen will, geht dahin: es hätte untersucht werden
sollen, ob aus der Aussageverweigerung keine Schlüsse in der Rich-
tung des Beweisthemas zu ziehen waren. Eine solche Revisions-
rüge mag ausnahmsweise gerechtfertigt sein. In der Regel darf man
unterstellen, daß der Tatsachenrichter die vom R. G. verlangte Prü-
fung nicht unterlassen hat, mag er auch darüber nichts besonderes ge-
sagt haben. Denn es ist allgemein zu beobachten, daß eine nur zu
große Neigung besteht, aus der Verweigerung eines Zeugnisses Fol-
gerungen zu ziehen.

III. Kommt bei einer auf Ehebruch gestützten Scheidungsklage
nach Lage der Sache in Betracht, daß der Scheidungskgl. dem Ehe-
bruch zugestimmt habe, dann muß der Kl. den Mangel seiner Zu-
stimmung nachweisen. Denn nur ein ohne Zustimmung begangener
Ehebruch bildet einen Scheidungsgrund, und das Vorliegen jedes
behaaupteten Scheidungsgrundes hat der Kl. darzutun.

SenPräs. Dr. D. Lewis, Karlsruhe.

wertet haben. Im übrigen erscheint die Auffassung des BG. auch insoweit von Rechtsirrtum beeinflusst, als es Sache des Kl. gewesen wäre, die Behauptung der Bekl. über seine Zustimmung zu ihrem unsittlichen Lebenswandel zu widerlegen. Bestände Anlaß, eine solche Zustimmung anzunehmen, so würde die Sache, insbes. die Frage der Ehezerüttung durch den Verkehr des Kl. mit der Zeugin L. und die Zumutungsfrage einer erneuten Prüfung bedürfen. Deshalb war das angefochtene Urteil wegen der Einheitlichkeit des Verfahrens in Ehefachen in ganzem Umfange aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BG. (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO.) zurückzuverweisen.

(U. v. 17. Dez. 1930; 313/30 IX. — Hamm.) [H.]

B. § 1568 BGB.

1. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehefachen besagt nicht, daß mit der Entscheidung über die Scheidungswiderklage notwendig auch immer das Urteil über die Scheidungsklage nachzuprüfen wäre und umgekehrt, sondern nur, daß das sachliche Ergebnis des Scheidungsprozesses auch da, wo er Klage und Widerklage umfaßt, nur im ganzen die Rechtskraft erlangt, und zwar selbst dann, wenn nur ein Teil des Prozesses der Nachprüfung durch die höhere Instanz unterliegt. Wenn also das Armenrecht nur zwecks Erhebung einer Scheidungswiderklage bewilligt war, die Berufung dann aber doch auch zur Klage eingelegt, aber der hierzu erforderliche Gerichtskostenvorschuß nicht bezahlt wird, so darf der Berufung zur Klage nicht stattgegeben werden.

2. Wenn eine Berufung in Ansehung der Entscheidung auf die Klage aussichtslos oder mutwillig erscheint, es sich aber gegenteilig verhält in Ansehung einer zu erhebenden Scheidungswiderklage, so darf das Armenrecht nur mit entsprechender Beschränkung bewilligt werden.

3. Auch wenn das Rechtsmittel ein- und derselben Partei sich auf Scheidungsklage und -widerklage erstreckt, bleibt bei Befreiung von der Gebührenpflicht für die eine, die Gebührenpflicht für die andere unverändert bestehen (entgegen der Ansicht des 4. Zivilsen.).

4. Einer Anrufung der vereinigten Zivilsen. bedarf es nicht, wenn das Urteil des anderen Sen. nicht auf der in Frage stehenden Rechtsauffassung beruht, diese vielmehr nur beiläufig ausgesprochen ist.†)

Das BG. hat sich trotz der Beschränkung des Armenrechts der Bekl. auf die Widerklage und der Nichtzahlung der für den ursprünglichen, auf die Klage bezüglichen Berufungsantrag erforderlichen Prozeßgebühr zur Abänderung der Entsch. über die Klage für befugt erachtet. Es meint, jener Sachverhalt könne ebensowenig wie zu einer Verwerfung der Berufung als unzu-

lässig dazu führen, daß etwa über die Klage im zweiten Rechtszuge nicht neu entschieden werden könne. Denn über Klage und Widerklage in Ehefachen sei nur eine einheitliche Entsch. möglich. Es komme hiernach weder darauf an, ob die Ablehnung des Armenrechtes für die Widerklage, weil während der Gerichtsferien beschlossen, unwirksam sei, noch darauf, ob der Widerklage, weil nur fürsorglich erhoben, hätte stattgegeben werden können.

Hierin liegt, wie die Rev. mit Recht rügt, eine Verkennung des wahren Sinnes des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Entsch. in Ehefachen. Dieser besagt nicht, daß mit der Entsch. über die Scheidungswiderklage notwendig auch immer das Ur. über die Scheidungsklage nachzuprüfen wäre und umgekehrt, sondern nur, daß das sachliche Ergebnis des Scheidungsprozesses auch da, wo er Klage und Widerklage umfaßt, immer nur in einem einheitlichen Ur. ausgesprochen werden kann und nur im ganzen die Rechtskraft erlangt, und zwar selbst dann, wenn nur ein Teil des Prozesses der Nachprüfung durch die höhere Instanz unterliegt. Inwiefern eine solche sachliche Nachprüfung stattzufinden hat, insbes. ob diese sich auf Klage und Widerklage zu erstrecken oder auf die eine oder die andere zu beschränken hat, bestimmt sich dagegen auch hier grundsätzlich nach dem Umfange des in zulässiger Weise eingelegten Rechtsmittels und den bezüglichen Anträgen. Dabei ist zu beachten, daß ein durch teilweise Zurücknahme oder teilweises Unzulässigwerden insoweit erledigtes Rechtsmittel ebenso wie ein von Anfang an durch Teilverzicht eingeschränktes nachträglich zwar durch Erhebung eines neuen Anspruches im Wege der Klagerweiterung, der Widerklage oder der Widerwiderklage ausgedehnt, nicht aber auf den so abgeschlossenen Teil des Rechtsstreites wiedererstreckt werden kann (vgl. das Ur. des RG. v. 5. Okt. 1931, IV 230/31 und seinen Beschl. v. 13. Juni 1930, IX B 5/30¹⁾). Bedenken aus dem Wesen des Eheprozesses lassen sich gegen diese Rechtsauffassung ebensowenig erheben wie gegen die Anerkennung von Rechtsmittelverzichten hinsichtlich der Entsch. über die Klage oder die Widerklage allein (vgl. das Ur. des RG. v. 2. März 1922, VI 635/21; abgedruckt: RG. 104, 135) und gegen die grundsätzliche Unzulässigkeit neuer tatsächlichen Vorbringens auch bei Ehefachen in der Rev.Just. Die in dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Entsch. ausgedrückte Besonderheit des Eheprozesses liegt hiernach für das Rechtsmittelverfahren lediglich darin, daß die nicht oder nicht in zulässiger Weise angefochtene Teilentsch. der unteren Instanz hier nur die Bedeutung eines die obere Instanz bindenden Zwischenurteils hat, Rechtskraft aber erst mit ihrer Aufnahme in die das Ur. über den ganzen Rechtsstreit zusammenfassende Schlußentsch. und nach Maßgabe dieser Aufnahme in sie erhält.

Da nun nicht anzunehmen ist, daß das BG. entgegen dem klaren Wortlaute seines Beschl. v. 24. Sept. 1930 der Bekl. das Armenrecht auch zur Klage hätte gewähren wollen, auch kein Anhalt dafür vorliegt, daß der Senatvors. auf Grund der in dem Aktenvermerke niedergelegten Rechtsansicht die Setzung der Gebührenfrist vor deren Ablauf aufgehoben oder doch der Urkundsbeamte deswegen vor jenem Zeitpunkte seine Gebührenforderung zurückgenommen hätte, so würde demnach das BG. zur sachlichen Nachprüfung und Abänderung der

Nur die Rechtskraft auch dieses erledigten Teils ist bis zum Schlusse des ganzen Prozesses gehemmt.

Daraus ergibt sich von selbst, daß auch im Hinblick auf die Bewilligung des Armenrechts die verschiedenen Berufungsanträge einer Partei verschiedene Schicksale haben können. Hier ist das materielle Eherecht ausschlaggebend. Das BG. kann einerseits die Berufung in bezug auf die Scheidungsklage als mutwillig oder aussichtslos beurteilen, andererseits aber das Armenrecht zur Erhebung einer Scheidungswiderklage bewilligen. Daß in solchen Fällen über die Berufung zur Scheidungsklage mangels rechtzeitiger Zahlung der hierfür erforderlichen Prozeßgebühr nicht verhandelt werden kann, insoweit vielmehr ein gewissermaßen durch „bindenden Zwischenentscheid“ abgeschlossener Teil des Rechtsstreits vorliegt, halte ich für zutreffend. Es liegen eben nicht nur im prozeßrechtlichen Sinne, sondern auch im kostenrechtlichen Sinne zwei getrennte Verfahren vor. Die Verschiedenartigkeit des kostenrechtlichen Schicksals dieser beiden Berufungsteile (Klage, Widerklage) geht logisch aus der

Zu B. Eine außerordentlich interessante Entsch. Materielles und prozessuales Eherecht greifen hier ineinander. M. E. muß ihr in allen Teilen zugestimmt werden.

Die Entsch. in Ehefachen kann nach bekanntem Grundsatz nur einheitlich sein. Jedes Rechtsmittel ergreift hier das Urteil als Ganzes, hemmt also dessen Rechtskraft, gleichgültig, ob es sich ausdrücklich nur gegen die Entsch. über die Klage oder über die Widerklage oder die eine der verbundenen Klagen oder ausschließlich gegen die Entsch. der Schuldfrage als solche wendet. Das sachliche Ergebnis des Scheidungsprozesses kann immer nur in einem einheitlichen Urteil ausgesprochen werden. Das hindert aber nicht, daß die Verhandlung in der höheren Instanz sich auf die Anträge der Parteien zu beschränken hat. Die §§ 525, 537 ZPO. schreiben dies ausdrücklich und eindeutig vor (vgl. auch RG. 64, 315; Gruch. 47, 966; 48, 613). Die Maxime der Einheitlichkeit der Entsch. in Ehefachen bedeutet somit keineswegs, daß notwendig in jedem Eheverfahren der gesamte Streitstoff erster Instanz neu aufzurollen ist; vielmehr kann durchaus ein Teil des Rechtsstreites schon mit dem landgerichtlichen Ur. an und für sich abgeschlossen sein.

¹⁾ ZM. 1930, 2954.

gerichtlichen Entsch. über die Scheidungsklage nur befugt gewesen sein, wenn die Berufung der Bekl. auch insoweit trotz der Verjagung des Armenrechts hierfür und der Nichtzahlung der hierfür erforderlichen Prozeßgebühr zugelassen gewesen wäre. Das würde aber nur dann zutreffen, wenn die Gewährung des Armenrechtes zur Widerklage entweder aus prozeßrechtlichen Gründen notwendig auch seine Bewilligung zur Klage einschloße oder doch aus kostenrechtlichen Gründen auch die Gebührenpflichtigkeit der Klage aufhobe. Weder das eine noch das andere ist indes der Fall.

Da der im ersten Rechtszuge unterlegene Scheidungsbekl. Berufung einlegen kann auch nur zur Erhebung einer Scheidungswiderklage (vgl. den Beschl. des RG. v. 14. März 1929, IV B 11/29, abgedruckt: RG. 123, 364²⁾), so kann auch einer entsprechenden Beschränkung des Armenrechtes für ihn nichts im Wege stehen, und diese muß erfolgen, wenn die weitere Verteidigung gegen die Klage aussichtslos oder mutwillig erscheint. Das von Rosenbergs, *JPR.*, 3. Aufl. 1931, S. 567, § 167 III 5 d, für die gegenteilige Ansicht angezogene RG.: *JZ.* 1926, Sp. 1196 Nr. 8 spricht eine solche Meinung in Wirklichkeit nicht aus. Sie würde auch mit dem den gesetzlichen Vorschriften über das Armenrecht zugrunde liegenden Bestreben unvereinbar sein, eine Belastung der Gerichte mit überflüssigen Prozessen auf Kosten der Staatskasse zu vermeiden.

Im kostenrechtlichen Sinne ferner haben zwar die Scheidungsklage und die Scheidungswiderklage denselben Streitgegenstand. Daraus folgt aber nur, daß durch die Zahlung der Gebühr für die eine, auch der Gebührenpflicht für die andere genügt ist wie bei einem sachlich-rechtlichen Gesamtschuldverhältnis; dagegen bleibt bei Befreiung von der Gebührenpflicht für die eine, die Gebührenpflicht für die andere unverändert bestehen (vgl. den Beschl. des RG. v. 19. März 1931, VII B 9/31, abgedruckt: *JW.* 1931, 1810²⁰⁾). Das gilt auch dann, wenn das Rechtsmittel ein und derselben Partei sich auf Klage und Widerklage erstreckt; denn dieser Sachverhalt ändert nichts daran, daß zwei besondere Verfahren in kostenrechtlichem Sinne vorliegen, von denen jedes für sich gebührenpflichtig ist. Auch hier braucht zwar die Gebühr nur einmal gezahlt zu werden, es muß aber die Befreiung von der Gebührenpflicht für jedes der beiden Verfahren besonders erfolgen. In dem Ur. v. 2. Nov. 1931, IV 285/31 hat der 4. ZivSen. des RG. allerdings die gegenteilige Meinung geäußert. Einer Annäherung der Vereinigten ZivSen. bedarf es deswegen jedoch nicht; denn die Aufhebung des BU. und Zurückverweisung der Sache an das BG., die in jenem Ur. ausgesprochen sind, wurden allein schon durch die Ermägung gerechtfertigt, daß die Vorinstanz über den Berufungsantrag zur Klage überhaupt nicht erkannt habe, und nur die Anweisung an das Instanzgericht, diese fehlende Entsch. nachzuholen, war für es bindend, so daß das Ur. auf jener nur beiläufig ausgesprochenen Rechtsauffassung nicht beruht.

Daß das Armenrecht der Bekl. zur Klage möglicherweise zu Unrecht verjagt worden ist, kann an der sich aus der Verjagung ergebenden Prozeßklage nichts ändern. Die Bedenken, die die Bekl. hinsichtlich der Gültigkeit dieses Beschlusses vorgebracht hat, weil er durch den FerSen. gefaßt worden ist, sind unbegründet.

(U. v. 9. Dez. 1931; 314/31 IX. — Karlsruhe.) [H.]
(= RG. 135, 15.)

Unterschiedenartigkeit ihrer prozessualen Behandlung hervor. Wenn auch die Berufungsentscheidung über Klage und Widerklage einheitlich zu ergeben hat, so braucht doch die Berufungsverhandlung nicht in jedem Falle Klage und Widerklage zu erfassen; sie beschränkt sich vielmehr auf die in prozessual zulässiger Weise gestellten Anträge, muß also da ausfallen, wo weder das Armenrecht hemmigt, noch die Prozeßgebühr fristgerecht entrichtet ist.

Da die gegenteilige Ansicht des RG. (4. ZivSen.) nicht „wesentliche Grundlage“ des Ur. v. 2. Nov. 1931 war, sondern nur in einer „beiläufigen“ Bemerkung kundgegeben wurde, so war es nicht notwendig, eine Entsch. der vereinigten ZivSen. einzuholen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 137 Abs. 1 GVG. („... von der Entscheidung eines anderen ZivSen. ...“) im Zusammenhalt mit RG. 26, 433; 31, 154; 44, 263.

RM. Dr. G. v. Scanzoni, München.

²⁾ *JW.* 1929, 1405.

**4. § 1570 BGB. Wiederaufgenommenem regelmäßigem Geschlechtsverkehr kann nur unter ganz besonderen Umständen der Charakter der Verzeihung genommen werden.

Wenn nach den vorgekommenen Ehewidrigkeiten die Ehegatten im Verlauf von mindestens einer Woche wiederholt Geschlechtsverkehr miteinander pflegten, so ist bei richtiger Auffassung der sittlichen Grundlagen der Ehe zu schließen, daß sie die Ehe nicht mehr als zerrüttet empfinden. Das Festhalten am ehelichen Verhältnis ist ihnen daher weiterhin zumutbar (RG. 96, 269 und dort angef. Entsch.; RG. 123, 237¹⁾ u. a.). Zwar ist nicht jede Ausübung des geschlechtlichen Verkehrs Betätigung des Verzeihungswillens; doch fehlt dem einträchtigen Zusammenleben der Ehegatten mit regelmäßigem Geschlechtsverkehr nur ausnahmsweise die Bedeutung einer Verzeihung (*JW.* 1919, 573).

Ein geheimer Vorbehalt der Kl. bei der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft, daß ihr Verhalten nicht als Verzeihung gelten solle, ist unerheblich (*JW.* 1901, 386; 1905, 371; 1906, 752²⁵⁾; RGUr. v. 11. Jan. 1912, IV 216/11, und v. 26. April 1919, V 371/18), selbst dann, wenn sie den Vorbehalt dem Bekl. ausdrücklich erklärt hätte (RG. 96, 268 f.; RGUr. v. 22. Nov. 1920, VI 412/20).

Allerdings ist der Versuch einer Ausöhnung zwischen Eheleuten denkbar (RGKomm. Anm. 3 a. E. zu § 1570 BGB.). Dementsprechend hat der 4. ZivSen. im Ur. v. 16. Nov. 1922, IV 144/22, ausgesprochen, der Versuch eines weiteren äußeren Zusammenlebens sei noch keine Verzeihung. Damals hatte sich jedoch die Kl. zu einem äußeren Zusammenleben ohne geschlechtliche Gemeinschaft bereit erklärt. Im vorl. Fall geht ihr Verhalten über einen Versöhnungsversuch weit hinaus; sie ist vollendete Verzeihung. Ob die Wiederaufnahme des Zusammenlebens eine dauernde Wiederbefestigung des ehelichen Verhältnisses zur Folge hatte, ist für § 1570 BGB. unerheblich. Es ist nie ganz gewiß, ob das mit einer Verzeihung erstrebte Ziel erreicht wird.

(U. v. 6. Nov. 1931; 112/31 VII. — Jena.) [Ku.]
(= RG. 134, 139.)

5. § 617 Abs. 2 ZPO. Die Eideszuschreibung über eine die Scheidung begründende Tatsache ist zulässig, wenn die Scheidungsklage nicht auf sie gestützt, sondern sie nur zur Bekämpfung der Widerklage verwendet wird. Doch muß der Eid durch Urteil auferlegt werden.^{†)}

Die Parteien haben sich am 9. Mai 1928 verlobt und am 8. Sept. 1928 die Ehe miteinander geschlossen. Kinder sind nicht daraus hervorgegangen. Zwei oder drei Tage vor dem 10. Dez. 1928 haben die Parteien den letzten ehelichen Verkehr gehabt. Am 10. Dez. 1928 ist die Kl. zu ihren Eltern gefahren, seitdem leben die Ehegatten getrennt. Im Februar 1929 hat die Kl. gegen den Bekl. Klage auf Ehescheidung erhoben, da der Bekl. mit den Fräulein K. und M. die Ehe gebrochen habe, sich auch ehewidrigen Verhaltens schuldig gemacht habe. Der Bekl. hat Widerklage auf Scheidung, hilfsweise Verurteilung der Kl. zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft erhoben. Das BG. hat die Ehe auf die Klage wegen Ehebruchs des Bekl. mit der K. geschieden, die Widerklage aber abgewiesen. Der Bekl. hat Be-

Zu 5. I. Der erste Satz der Entscheidungsgründe ist für sich schlechterdings unverständlich. Es gewinnt seine Position („mit Recht“) durch Negation („wendet sich die Revision dagegen“) der Negation („als widerlegt angesehen“) einer Position der Kl. („auch während der Ehe geschlechtlich verkehrt“), die ihrerseits zur Negation (die Ablehnung der Fortsetzung der Ehe seitens des Bekl. sei nicht begründet) einer Negation des Bekl. („die Fortsetzung der Ehe könne ihm nicht zugemutet werden“) dienen will. Die so gewonnene Position (minus mal minus mal minus mal minus) ist aber nicht etwa die Position eines positiven Beweisergebnisses, sondern nur die Position der Möglichkeit eines solchen. Das ist zu viel, selbst für eine gut geschulte juristische Logik. Man sollte erwarten dürfen, daß der höchste Gerichtshof kein solch schlechtes sprachliches Beispiel in der Fassung der Urteile gibt.

Es handelt sich darum: die Kl. hat ihre Ehescheidungsklage darauf gestützt, daß der Bekl. mit Fräulein K. und mit Fräu-

¹⁾ *JW.* 1929, 1742.

Pflicht der Ehefrau hinausgehe. Die Bev., welche die Verletzung des § 1356 BGB. rügt, muß als begründet anerkannt werden. Das BG. hat seine Annahme, die Tätigkeit der Bekl. habe ihre gesetzliche Pflicht als Ehefrau weit überstiegen, nicht gerechtfertigt. Das wäre unter anderen Verhältnissen auch entbehrlich gewesen. Denn wie RGSt. 52, 279 mit Recht dargelegt hat, ist die Ehefrau nach § 1356 BGB. grundsätzlich nur zu Hilfsdiensten im Geschäft des Mannes und nicht zur selbständigen Leitung desselben verpflichtet. Dieser Grundfatz ist aber nicht ohne Ausnahme. Auch auf diesem Gebiet hängt der Umfang der ehelichen Pflichten von den wechselnden Lebensverhältnissen der Gatten ab, können demnach außerordentliche Verhältnisse die Pflicht der Ehefrau außerordentlich erweitern. Ein solcher außergewöhnlicher Zustand ist insbesondere durch die Einberufung des Mannes zum Kriegsdienst eingetreten. Unzählige Frauen haben es als ihre natürliche Pflicht angesehen, wenigstens in dieser Zeit ihren Mann im Erwerb zu leben voll zu ersetzen und dadurch ihm und der ganzen Familie die Grundlage seiner wirtschaftlichen Betätigung zu erhalten. Diese Auffassung, die einem gesunden Rechtsempfinden entspricht, reicht freilich nicht aus, um für jeden Fall die Pflicht der Frau zur Führung des selbständigen Erwerbsgeschäfts ihres durch den Kriegsdienst behinderten Mannes anzuerkennen. Die Art und der Umfang, damit die Schwierigkeit des Unternehmens, die Kräfte und Fähigkeiten der Frau, ihre sonstigen Pflichten, vor allem als Mutter, auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten werden die Entsch. jeweils bestimmen. Das BG., das sich damit begnügt, die Pflicht der Bekl. unter Hinweis auf die RGEntsch. v. 5. Jan. 1921 (JW. 1921, 635) zu verneinen, die nicht einen Kriegsfall behandelt, hat die hierin liegende Besonderheit des Streits bisher aber überhaupt noch nicht gewürdigt. Insofern bedarf es hiernach einer neuen Prüfung der Sachlage durch den Tatrichter. Blicke das Ergebnis dasselbe, wäre übrigens zu erwägen, ob nicht stilles Einvernehmen der Eheleute darüber bestanden hat, daß die Dienste, mochte die Frau sie auch freiwillig leisten, unentgeltlich gewährt und angenommen wurden.

(U. v. 24. Okt. 1931; 63/31 V. — Berlin.) [Sch.]

fällen, für den — ganz allgemein — das Gesetz eine wenig glückliche, jedenfalls heute veraltete Regelung getroffen hat. Nur zu oft trifft man in der Praxis die Lage so, daß zwar formell und nach außen der Ehemann das Geschäft führt, daß aber die Ehefrau in Wirklichkeit die „Seele“ des Geschäftes ist und vom Kundenkreis als solche anerkannt wird. Die Grenze zwischen „Hilfsleistungen“ und „selbständiger Leitung des Betriebes oder auch nur eines Teiles desselben“, die RGSt. 52, 279 mit Recht zu ziehen sucht, ist meist so verschwommen oder seitens des Ehemannes absichtlich verwischt, daß die Ehefrau im Hinblick auf § 1356 Abs. 2 bei der Auseinandersetzung ohne Entschädigung bleibt. Dem übergeordneten Gerechtigkeitsfakt und dem gesunden Rechtsempfinden kann solches Ergebnis nicht entsprechen. Am wenigsten in heutiger Zeit. Denn die Anschauungen über die „Stellung von Mann und Frau in der Ehe“ haben sich während der 31 Jahre, die nun das BGB. in Geltung ist, von Grund auf geändert. Die Frau ist nicht mehr der unbezahlte Diensthilfe ihres Mannes. Die Auffassung, daß die Frau ihrem Ehemann nicht nur im Hauswesen, sondern sogar im Geschäft unter gewissen Voraussetzungen unentgeltlich Dienste zu leisten habe, steht in schärfstem Widerspruch zu der Stellung und Geltung, die sich die Frau als solche heute überall, auf allen Gebieten und in aller Welt errungen hat.

So gesehen ist die obige Entsch. in ihrem Ergebnis wenig befriedigend.

Man wird aber einräumen müssen, daß sie — solange das Gesetz keine Änderung erfährt — streng juristisch das Richtige trifft. Zweifelloß schafft die Einberufung des Mannes zum Kriegsdienst eine Besonderheit des Falles, und wenn auch unter den gegebenen Umständen (die Bekl. hatte bis zum Kriege nicht im Geschäft des Mannes gearbeitet) keineswegs davon die Rede sein kann, daß die geschäftliche Tätigkeit der Ehefrau im Hinblick auf den Krieg zu einer nach den Verhältnissen der Ehegatten „üblichen“ wurde, so wird man doch mit dem RG. der Erwägung Platz geben müssen, daß die Ehefrau wohl mit ihrem Manne stillschweigend darüber einig war, ihm das Geschäft, die Grundlage ihrer beiderseitigen wirtschaftlichen Existenz, durch ihre Tätigkeit ohne Entgelt aufrechtzuerhalten.

Die Frage, ob nicht § 1584 Anwendung finden kann, bleibt dann immer noch offen.

Dr. G. v. Scanzoni, München.

8. Verjähren der Ausschlußfrist des § 1594 BGB. f)

Der Kl. hat von der Geburt des Bekl. Ende März 1927 Kenntnis erhalten. Da die Ausschlußfrist des § 1594 BGB. an sich spätestens mit dem 31. März 1928 abgelauten war, ist die zwar am 5. Mai 1927 eingereichte, aber erst am 9. Aug. 1929 zugestellte Klage nicht fristgemäß erhoben.

Nach § 1594 Abs. 3 a. a. D. findet u. a. die für die Verjährung geltende Vorschrift des § 203 BGB. hier entsprechende Anwendung. Der Bekl. meint, die Anfechtungsfrist sei wiederholt i. S. des § 203 Abs. 3 gehemmt gewesen, so daß die Klageerhebung noch als fristmäßig anzusehen sei.

Zugunsten des Kl. nimmt das BG. eine Hemmung des Fristlaufes zufolge verzögerten Bescheides auf das am 30. Juni 1927 eingereichte Armenrechtsgesuch an. Rechtlich unbedenklich ist seine Annahme, daß das Gesuch bereits am 1. Okt. 1927 hätte endgültig erledigt sein können und sollen. Das ergibt eine Fristhemmung für die Zeit v. 1. Okt. 1927 bis zum 4. Jan. 1928, dem Tage der Zustellung des Beschlusses des DRG.

Dagegen mißbilligt das BG. die Ansicht des Kl., die Anfechtungsfrist sei weiter gehemmt gewesen vom Tage der Einzahlung der (vollen) Prozeßgebühr (4. Febr. 1928) bis zum Tage der Terminsanberaumung auf die Klage (13. Mai 1929).

Nach § 74 Abs. 2 DRG. soll der Termin zur mündlichen Verhandlung auf Grund der Klage erst nach Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr bestimmt werden. Nach den im BL. näher angegebenen Vorschriften der bayerischen Bef. zum Vollzuge des DRG. (v. 20. Juni 1915: GBl. S. 156) werden in Bayern die Gebührenforderungen aus § 74 Abs. 2 DRG. wie andere fällige Gebührenforderungen behandelt und, falls die geforderte Zahlung nicht erfolgt, monatlich auf Grund einer Abrechnung dem FinA. zur Einziehung überwiesen. Das BG. hält in Ermangelung einer entsprechenden Dienstanzweisung das FinA. nicht für verpflichtet, vom Eingang einer Prozeßgebühr in den gedachten Fällen dem Gericht Kenntnis zu geben, und meint deshalb, es sei Sache des Kl. gewesen, dem Gericht die volle Einzahlung der Prozeßgebühr

Zu 8. Daß, wenn nach Einzahlung der Prozeßgebühr aus irgendeinem Grunde die Terminbestimmung und infolgedessen auch die Klagezustellung unterblieben ist, der Kl., der sich über ein Jahr um die Sache nicht gekümmert hat, sich gegenüber der inzwischen eingetretenen Verjährung — oder, wie hier, gegenüber dem ihr insoweit gleichgestellten Ablauf der Anfechtungsfrist des § 1594 BGB. — nicht nach § 203 das auf unabwendbaren Zufall berufen kann, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Inwieweit wird man der Entsch. nur beitreten können. Näherer Erörterung scheint mir nur der vom BG. beiläufig ausgesprochene Satz bedürftig, daß der § 232 Abs. 2 ZPO., wonach die Partei sich das Verschulden eines Vertreters zurechnen lassen muß, auch für den Bereich des § 203 BGB. zu gelten habe. Der Schluß, daß, wenn der Begriff der höheren Gewalt i. S. des § 203 Abs. 2 BGB. sich mit dem des unabwendbaren Zufalls i. S. des § 232 ZPO. deckt, der Satz des § 232 Abs. 2 das auch für das materiellrechtliche Gebiet gelten müsse, dürfte keineswegs zwingend sein. Eine weitere Begründung gibt weder die vorl. noch die in Bezug genommene frühere Entsch., wo lediglich kurz bemerkt ist, daß die dahingehende Ansicht des BG. nicht zu beanstanden sei.

Auszugehen ist davon, daß ein allgemeiner Satz, der entsprechend § 278 BGB. ein Einstehen für fremdes Verschulden vorsieht, nicht besteht. Wenn in dieser Hinsicht für das Gebiet des Prozesses im § 232 Abs. 2 ZPO. für den Vertreter eine Ausnahme gemacht ist, so beruht das auf den besonderen Verhältnissen und Bedürfnissen des Prozesses. Der Prozeß kann feste Formen und Fristen nicht erheben. Demgemäß sind auch, um die prozesspolitisch besonders mißliche Aufhebung einmal ergangener formell rechtskräftiger Entsch. soweit irgend angängig zu verhindern, die Möglichkeiten sowohl der Wiederaufnahme wie der Wiedereinsetzung auf ein Mindestmaß beschränkt. Nur unter diesem Gesichtspunkt will auch der § 232 Abs. 2 ZPO. verstanden sein. Wenn mir das Gesetz gestattet, mich eines Prozeßbevollmächtigten zu bedienen, so soll das nicht zu einer Abwälzung der sich aus der Möglichkeit fehlerhafter prozessualer Handlungen ergebenden Gefahren, d. h. zu einer Verschiebung des Prozeßrisikos zu Lasten des Gegners, führen. Daß die Regelung in ihrer Schärfe selbst auf dem Gebiete des Prozesses nicht unbedenklich ist, zeigt die lehrreiche Entsch. RG. 115, 411 = JW. 1927, 842, wo — vielleicht sogar etwas gekünstelt — eine Ausnahme für den Fall gemacht ist, daß die (in Strafkast befindliche) Partei weder Einfluß auf

mindestens mitzuteilen. Demgegenüber meint die Rev. daraus, daß es Sache des Gerichts sei, nach Eingang der erforderlichen Prozeßgebühr den Termin zur mündlichen Verhandlung anzubereiten, eine Verpflichtung des Gerichtes, die Zahlung der Prozeßgebühr im Auge zu behalten, und eine entsprechende Verpflichtung des FinA., dem Gericht den Eingang der Prozeßgebühr mitzuteilen, herleiten zu können.

Es bedarf indessen einer Entsch. dieser Streitfrage hier nicht. Denn auch wenn man sich auf den Standpunkt der Rev. stellen wollte, so wären die von ihr gezogenen Schlußfolgerungen nicht gerechtfertigt. Auch wenn man annimmt, das FinA. hätte den Eingang der vollen Prozeßgebühr alsbald nach dem 4. Febr. 1928 dem Gericht mitteilen und dieses hätte alsbald Verhandlungstermin anberaumen sollen, so wäre die Folge des zu beanstandenden Verfahrens dieser Behörden keineswegs die, daß der Lauf der Ausschlußfrist nunmehr andauernd bis zur Klageaufstellung am 9. Aug. 1929 gehemmt war.

Nach § 203 Abs. 2 BGB. muß der Berechtigte durch höhere Gewalt an der Einhaltung der Frist verhindert sein, wenn die Hemmung eintreten soll. Unter höherer Gewalt versteht man ein Ereignis, das auch bei Anwendung aller Vorsicht und Aufmerksamkeit nicht voraussehbar und selbst mit allen zu Gebote stehenden Mitteln nicht abzuwenden war (RG. 95, 65¹). Zuzugeben ist dem Kl., daß, nachdem am 4. Febr. 1928 die Prozeßgebühr voll eingezahlt war, er und sein Prozeßbevollmächtigter sich einen angemessenen Zeitraum hindurch abwartend verhalten durften, weil sie von ihrem hier als richtig unterstellten Standpunkt aus annehmen konnten, der Termin werde nunmehr anberaumt werden und der Prozeß in Gang kommen. Damals war die Ausschlußfrist noch nicht abgelaufen. Sie lief infolge der oben erwähnten Hemmung v. 31. März 1928 noch weitere 3 Monate und 4 Tage, also bis zum 4. Juli 1928 weiter. Der Prozeßbevollmächtigte des Kl. mußte aber auch nach der Zahlung die Sache im Auge behalten. Es mußte ihm bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit auffallen, daß die Terminanberaumung ausblieb, und er hätte durch eine Vorstellung bei Gericht das Verfahren in Gang bringen müssen. Dem Kl. selbst mußte es auffallen, daß ihm sein Prozeßbevollmächtigter über das Anfechtungsverfahren keinerlei Mitteilungen machte. Ob darin, daß er seinerseits nichts veranlaßt hat, ein eigenes Verschulden des Kl. zu finden ist, konnte das BG. unentschieden lassen. Jedenfalls hat es der Prozeßbevollmächtigte durch sein weiteres untätiges Verhalten an der nach Lage der Sache erforderlichen Aufmerksamkeit und Vorsicht fehlen lassen. Wäre er bei Gericht vorstellig geworden, so wäre die Anfechtungsfrist nicht veräußert worden, da ja noch ein genügender Zeitraum zur Verfügung stand. Die Ansicht des BG., daß der Kl. für das schuldhaftes Verhalten seines Prozeßbevollmächtigten einzutreten habe, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Begriff der höheren Gewalt i. S. des § 203 Abs. 2 BGB. entspricht im wesentlichen dem des unabwendbaren Zufalls i. S.

¹) JW. 1919, 38.

die Auswahl des Vertreters (des Armenanwalts) noch die Möglichkeit einer Kontrolle hatte.

Prozesspolitische Erwägungen, insbes. der Gesichtspunkt tunlichster Intakterhaltung einmal ergangener formell rechtskräftiger Entsch., scheiden außerhalb des Prozesses aus. Damit entfällt aber auch die Grundlage, von der allein aus sich eine analoge Anwendung des § 232 Abs. 2 ZPO. auf den Bereich des § 203 BGB. rechtfertigen ließe. Stuzukommt dabei noch folgender Zweifel: Der § 232 Abs. 2 ZPO. gilt nur für den Vertreter im Bereich des Prozesses, also neben dem gesetzlichen Vertreter nur für den zur Prozeßführung Bevollmächtigten; soll nun bei der analogen Ausdehnung des Grundsatzes auf den Fall der Verjährung die Regelung auf den Prozeßvertreter beschränkt bleiben, dergestalt, daß der Partei zwar das Verschulden des schon mit der Prozeßführung beauftragten, nicht aber das eines zunächst nur mit dem außergerichtlichen Inkasso betrauten Vertreters zuzurechnen wäre? Oder soll man beide Fälle einbegreifen mit dem Ergebnis, daß es sich dann nicht nur um eine Ausdehnung des Geltungsbereichs der Vorschrift, sondern gleichzeitig um eine sachliche Erweiterung handeln würde — und das bei einer Vorschrift, die deutlich den Charakter einer grundsätzlich eng auszulegenden Ausnahmebestimmung trägt! Mir scheint daher der vom RG. aufgestellte Satz dringend der Nachprüfung bedürftig.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

des § 233 ZPO. (RG. 87, 52/55²). Die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 232 Abs. 2 ZPO. erscheint daher gerechtfertigt (im Ergebnis ebenso Urt. v. 30. Juni 1924, IV 72/24).

Von dem Zeitpunkt ab, in dem der Zeitraum für ein abwartendes Verhalten abgelaufen war, hörte die Veräußerung der Anfechtungsfrist für alle Fälle auf, eine unverschuldete zu sein, war also nicht mehr durch höhere Gewalt herbeigeführt. Man kann diesen Zeitraum reichlich auf etwa 2 bis 3 Monate bemessen. Dann hat auch bei der dem Kl. günstigen Beurteilung die Anfechtungsfrist, die infolge der ersten Hemmung bis zum 4. Juli 1928 weiter lief, spätestens Anfang Okt. 1928 ihr Ende erreicht.

(U. v. 11. Mai 1931; 192/30 IV. — Zweibrücken.)

[Ra.]

**9. §§ 1629, 1635 BGB. Die Berufswahl des Kindes betrifft die Person, nicht das Vermögen des Kindes.†)

(Beschl. v. 5. Mai 1930; B 11/30 IV. — Berlin.) [Ra.]

Abgebr. JW. 1931, 1348¹¹.

²) JW. 1915, 575.

Zu 9. 1. Die Entsch. argumentiert mit dem Gesetzeswortlaut: die Berufswahl hat zwar vermögensrechtliche Bedeutung für das Kind; Sorge für das Vermögen ist aber nach der Legaldefinition des § 1638 BGB. „Vermögensverwaltung“; also kann die Berufswahl nur dann in den Bereich der Sorge für das Vermögen fallen, wenn das Kind eigenes Vermögen hat. Dieses Ergebnis entspricht auch dem rechtlichen Bedürfnis. Ohne scharfe Grenzziehung zwischen persönlichen und Vermögensangelegenheiten wäre in den Fällen, in denen die Sorge für die Person des Kindes und die Sorge für das Vermögen des Kindes je verschiedenen Personen zusteht, kein geistlicher Zustand zu erzielen. Ein Hauptteil der Sorge für die persönlichen Angelegenheiten ist die Erziehung des Kindes (§ 1631 BGB.). Bei ihr spielen notwendig wirtschaftliche Erwägungen herein, da sie auch der Zweck hat, den Bögling so weit zu bringen, daß er dereinst wirtschaftlich auf eigenen Beinen stehen kann. Von wirtschaftlichen Erwägungen ist daher nicht nur der eigentliche Akt der Berufswahl bestimmt oder doch mitbestimmt, sondern auch zahlreiche andere Erziehungsakte bis zurück ins frühe Kindheitsstadium, so z. B. die Wahl der Schulgattung (z. B. humanistisches Gymnasium oder Realschule), die Bestimmung der Nebenbeschäftigungen des Kindes (z. B. schüngeistige oder mehr praktische). Fast die ganze Erziehungstätigkeit, besonders aber alle Erziehungsmaßnahmen, die mit dem künftigen Beruf zu tun haben, könnten daher als „sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betreffende Handlungen“ im Sinne der Kollisionsnorm des § 1629 BGB. aufgefaßt werden. Dies kann unmöglich rechtens sein. Notwendig steht die Berufswahl als ein Teil der Erziehung dem Erziehungsberechtigten zu. Es geht nicht an, bei jeder Meinungsverschiedenheit auf diesem Gebiet das VormGer. entscheiden zu lassen.

2. „Vermögensverwaltung“ setzt vorhandenes Vermögen voraus. Mit dieser richtigen Feststellung wollte das RG. aber wohl nicht sagen, daß in allen Fällen, in denen das Kind eigenes Vermögen hat, die Berufswahl auch in den Bereich der Sorge für das Vermögen i. S. des § 1629 fällt. Diese Folgerung wäre in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Die Berufswahl betrifft nur dann die Verwaltung des Kindesvermögens, wenn die Wahl des Berufes selbst und die Ausbildung für diesen — nicht erst der künftige Antritt oder die künftige Ausübung des Berufes — Aufwendungen aus dem Kindesvermögen erfordert, das der Verwaltung des anderen Elternteils anvertraut ist. So hat das BayObStG. wiederholt mit Recht als Fälle echter Kollision zwischen persönlichen und vermögensrechtlichen Befugnissen solche Differenzen behandelt, bei denen es sich darum handelte, ob und inwieweit Vermögen des Kindes für dessen Unterhalt und Erziehung zu verwenden war (vgl. BayObStG. 3, 118; 5, 191; 10, 2). Die Berufswahl fällt also nur dann in den Bereich der Vermögensverwaltung, wenn die Ausbildung für den Beruf Zuschüsse aus dem Vermögen des Kindes erfordert.

3. Hinwiederum ist das Recht des Erziehungsberechtigten zur Berufsbestimmung auch dann kein unbeschränktes, wenn eigenes Vermögen des Kindes nicht davon berührt wird. Die bezüglichlichen Befugnisse des VormGer. ergeben sich aus §§ 1635 Abs. 1 Satz 2 und 1636 BGB. Freilich genügt nicht irgendeine Meinungsverschiedenheit z. B. über die Ausichten gewisser Berufe oder über die Begabung des Kindes. Aber die Wahl eines bestimmten Berufes kann Mißbrauch der Erziehungsgewalt sein. Z. B. die erziehungsberechtigte Mutter will den Sohn, etwa infolge eines Gelübdes, gegen seinen Wunsch und seine Begabung zum Studium der Theologie zwingen. Auch mit der wirtschaftlichen Seite der Berufswahl kann bei ge-

10. §§ 1710, 1712, 843, 844 BGB.

1. Der zur Abfindung dienende Betrag des Pflichtteils richtet sich lediglich nach dem Wert des Nachlasses, ist aber unabhängig von der Höhe des Unterhaltsanspruchs, der abgelöst werden soll.

2. Nicht schon die Abfindungsvereinbarung, sondern erst die Auskehrung des Pflichtteils führt das Erlöschen des Unterhaltsanspruchs herbei.

3. Ob die Tötung des Unterhaltsverpflichteten dem gemäß § 1712 Abs. 2 Abgefundenen einen Schaden verursacht hat, hängt davon ab, wie lange ohne die Tötung der Verpflichtete lebend und leistungsfähig geblieben wäre.

4. Bei Ermittlung des Schadens ist die Aufzehrung auch des Kapitals bis zum Endpunkt des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs in die Rechnung einzusetzen, auch die Möglichkeit eines Rentenkaufs in Rücksicht zu ziehen.

5. Durch eine Vereinbarung über die Höhe der nach §§ 1708, 1710 zu zahlenden Rente geht deren Charakter als eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs nicht verloren.†)

Am 15. Mai 1927 wurde W. als Fahrgast einer Autodroschke bei einem Zusammenstoß dieser Droschke mit einer anderen, dem Bekl. zu 1 gehörenden, von dem Bekl. zu 2 gelenkten Autodroschke so schwer verletzt, daß er am 28. Mai 1927 verstarb. Er hatte in notariell beurkundeter Erklärung v. 5. Mai 1926 bekannt, der außereheliche Vater des Kl. zu sein, und sich verpflichtet, dem Kl. für die Zeit, bis er dessen Mutter heirate, vom 1. Mai 1926 ab ein Unterhaltsgeld von monatlich 150 RM zu zahlen. Seine Erben, Witwe und zwei Kinder, erhielten Ende 1927 von dem Versicherungsverein der Kraftdroschkenbesitzer für Rechnung des Bekl. zu 1 die Höchstsumme des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 KraftG. mit 25 000 RM ausgezahlt, schlossen ferner mit dem Kl. unter Erwirkung der vormundschaftlichen Genehmigung am 3. Dez. 1927 einen Abfindungsvertrag nach § 1712 Abs. 2 BGB. und zahlten den darin auf der Grundlage eines Nachlasswertes von rund 45 000 RM bestimmten Betrag von 10 000 RM als Pflichtteil an den Kl. aus. Mit der im Mai 1928 erhobenen Klage hat der Kl. von beiden Bekl. als Gesamtschuldnern noch eine monatliche Unterhaltsrente von 90 RM bis zur Vollendung seines 16. Lebensjahres nach § 10 Abs. 2 KraftG. und § 844 Abs. 2 BGB. gefordert mit der Begründung, sein Anspruch gegen W. habe bei dessen Tode monatlich 180 RM betragen. Durch die Abfindung von 10 000 RM habe er jedoch auch bei Berücksichtigung der Zinsen nur eine Rente von 90 RM monatlich. Das LG. wies die Klage ab. Mit der nur gegen den Bekl. zu 2 gerichteten Ber. verlangte der Kl. von diesem nur noch Zahlung von 60 RM monatlich für die Zeit vom 28. Mai 1927 bis zum 20. Okt. 1941, indem er nunmehr die Verpflichtung des W. mit 150 RM monatlich gemäß der notariellen Urkunde zugrunde legte, seinen monatlichen Ertrag aus der Abfindung aber nach wie vor auf 90 RM errechnete. Das BG. ver-

gebenen Voraussetzungen das VormGer. sich zu befassen haben; hier könnte auch die Leistungsfähigkeit des Vaters, der die Mittel für die Ausbildung des Kindes zu dem von der Mutter bestimmten Beruf gemäß seiner Unterhaltspflicht aufzubringen hat, wie das RG. in Billigung der gleichen Ansicht des RG. jagt, rechtliche Bedeutung i. S. des § 1635 Abs. 1 Satz 2 gewinnen.

RM. Dr. Sigbert Feuchtwanger, München.

Zu 10. Der Entsch. ist beizupflichten; insbes. ist es richtig und im Einklang mit RG. 90, 202 = JW. 1917, 850 (s. auch Staubinger, Bem. 2a und RGRKomm. Bem. 2 zu § 1712), daß erst die tatsächliche Abfindung nach § 1712 Abs. 2 den Unterhaltsanspruch beseitigt und daß der Abfindungsbetrag sich lediglich nach dem Werte des Nachlasses bestimmt, unabhängig von der Höhe des abzulösenden Unterhaltsanspruchs; die Folge ist, daß auch bei Überschuldung des Nachlasses das Abfindungsrecht dem Erben zusteht, obwohl dann der Abfindungsbetrag gleich Null ist (vgl. meine Ann.: JW. 1917, 850; DLGRspr. 30, 143; JW. 1916, 1356).

Gch. RM. Dr. Felix Herzfelder, München.

urteilte den Bekl. zu 2 gemäß diesem Antrag, jedoch unter Festsetzung des Beginns der Rentenzahlung auf den 3. Dez. 1927. Die Revision führte zur Aufhebung des Urteils.

Die Annahme des BG., daß der Bekl. zu 2 den tödlichen Unfall des W. verschuldet habe und daher dem Kl. nicht nur nach §§ 18, 10 Abs. 2 KraftG., sondern auch nach §§ 823 Abs. 1 und 2, 844 Abs. 2 BGB. schadenersatzpflichtig sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden, wird auch von der Rev. nicht bemängelt. Begründet ist aber deren Mäße gegen die Feststellung des BG., daß dem Kl. durch das von dem Bekl. zu 2 zu vertretende schädigende Ereignis, das den Tod des W. zur Folge hatte, ein monatlicher Unterhaltsausfall von 60 RM bis zur Vollendung seines 16. Lebensjahres entstanden sei und entstehen werde.

Die Besonderheit des Falles liegt in der Regelung der gesetzlichen Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes. Nach § 1712 Abs. 1 BGB. erlischt der Unterhaltsanspruch des Kindes nicht mit dem Tode des Vaters. Der Kl. hatte mithin gegen die Erben des W. einen Unterhaltsanspruch in dem Umfang, wie er zur Zeit des Todes des W. bestand (RGRKomm., Erl. 1 zu § 1712, Erl. 5 zu § 844). Soweit die Erben zur Leistung in der Lage waren, lag demnach die Voraussetzung in § 10 Abs. 2 KraftG., § 844 Abs. 2 BGB. nicht vor. Der Unterhaltsausfall des Kl. wird vorliegend aber nicht mit einer — gänzlichen oder teilweisen — Leistungsunfähigkeit der Erben begründet, sondern mit der Ausübung des ihnen nach § 1712 Abs. 2 BGB. zustehenden besonderen Abfindungsrechts, das in der Auskehrung desjenigen Betrages besteht, der dem Kl. als Pflichtteil gebührt haben würde, wenn er eheliches Kind des W. gewesen wäre. Dieses Recht der Erben ist, wie die Rev. zutreffend hervorhebt, stets gegeben, gleichgültig, auf welches Ereignis der Tod des unehelichen Vaters zurückzuführen ist. Es kann von den Erben nach freiem Ermessen ausgeübt werden, und der zur Abfindung dienende Betrag des Pflichtteils richtet sich lediglich nach dem Wert des Nachlasses, ist aber unabhängig von der Höhe des Unterhaltsanspruchs, der abgelöst werden soll (RGRKomm., Erl. 2 zu § 1712). Mithin war auch bei natürlichem Tode des W. an sich die im Gesetz begründete Möglichkeit denkbar, daß der Kl. durch die Abfindung nach § 1712 Abs. 2 BGB. nicht das erhalten haben würde, was ihm ohne den Tod des W. zugefallen sein würde. Ob und inwieweit eine derartige Schmälerung der Ansprüche etwa tatsächlich eintreten würde, die der Kl. mithin nach dem Gesetz auf sich nehmen müßte, würde sich einerseits nach der Höhe und gesetzlichen Dauer des Unterhaltsrentenanspruchs sowie der geldlichen Leistungsfähigkeit des W., andererseits in erster Linie aber auch nach dem Zeitpunkt seines Todes und dem Wert des Nachlasses, mithin des auszukehrenden Pflichtteils, wie auch nach dem Zeitpunkt dieser Auskehrung richten, da nur sie das Erlöschen des Unterhaltsanspruchs herbeiführt, aber nicht bereits die Abfindungsvereinbarung an sich. Eine hiernach etwa gegebene Verminderung der Unterhaltserträge des Kl. würde nicht auf das vom Bekl. zu 2 zu vertretende schädigende Ereignis zurückzuführen sein, mithin nicht in ursächlichem Zusammenhang mit der von ihm verschuldeten Tötung des W. stehen, die seine etwaige Schadenersatzverpflichtung nach § 10 Abs. 2 KraftG., § 844 Abs. 2 BGB. zur Folge hat. Soweit jedoch eine über jenes Maß hinausgehende Beeinträchtigung des Kl. sich aus dem tatsächlichen Verlauf der Dinge ergeben würde, läge eine Entziehung des Unterhalts i. S. der angezogenen gesetzlichen Vorschriften vor. Diese rechtlichen Gesichtspunkte hat das BG. nicht beachtet, so daß das BU. nicht aufrechterhalten werden kann.

Das RG. wird sich in erster Linie mit der Frage zu befassen haben, bis zu welchem Zeitpunkt W. mutmaßlich ohne den vom Bekl. zu 2 verschuldeten Unfall gelebt haben würde, und gegebenenfalls unter Einsetzung dieses Zeitpunkts die Rechnung nach den beiden oben erörterten Richtungen aufzumachen haben. Dabei hat es weiter zu beachten, daß der gesetzliche Unterhaltsanspruch des Kl. nach § 1708 BGB. für den Regelfall mit der Vollendung des 16. Lebensjahres aufhört. Es ist demnach nicht nur auf der einen Seite die gesetzliche und erzwingbare Unterhalts-

rente bis zu diesem Zeitpunkt einzusetzen, sondern auf der anderen Seite in gleicher Weise auch der nach § 1712 Abs. 2 BGB. gezahlte Abfindungsbetrag; denn da dieser Betrag nach der gesetzlichen Vorschrift zur Ablösung des nach dem Gesetz im Regelfalle (§ 1710 BGB.) in Form einer fortlaufenden Gelbrente zu entrichtenden Unterhalts nach Betrag und Zeitdauer dient, ist für die Zwecke der Ermittlung eines etwaigen Schadens nach § 10 Abs. 2 KraftfG., § 844 Abs. 2 BGB. die Aufzehrung auch des Kapitals bis zum Endpunkt des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs in die Rechnung einzusetzen. Bei der Errechnung des aus der Abfindungssumme zu erzielenden Ertrages wird auch die Möglichkeit eines Rentenkaufs in Rücksicht zu ziehen sein. Daß das BG. den Betrag von 150 RM, wie er in der Urkunde v. 5. Mai 1926 bestimmt ist, in voller Höhe als gesetzlichen Anspruch i. S. § 10 Abs. 2 KraftfG., § 844 Abs. 2 BGB. angesehen hat, entspricht der von ihm selbst bereits angezogenen herrschenden Meinung, die dahin geht, daß durch eine Vereinbarung über die Höhe der nach §§ 1708, 1710 BGB. zu zahlenden Rente deren Charakter als eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs nicht verloren geht (vgl. auch RG. 113, 63/65¹). Nicht zu beanstanden ist ferner auch, daß es den vollen Betrag der Monatsrente, die über das in § 12 Abs. 1 Nr. 1 KraftfG. vorgesehene Maß hinausgeht, einsetzt, da der Bekl. auch nach §§ 823, 844 BGB. haftet. Ferner hat es rechtlich bedenkenfrei die Annahme eines höheren Pflichtteilsabfindungsanspruchs des Kl., wie auch im Ergebnis zutreffend die Anrechnung von Erträgen aus einer etwa von B. abgeschlossenen Lebensversicherung (RGWRomm., Erl. 6 c zu § 844, Erl. 3 d zu § 843 BGB.) abgelehnt.

(U. v. 13. April 1931; 544/30 VI. — Berlin.) [S.]

****11.** §§ 1718, 117 BGB. Ein Vaterschafts-
anerkennnis, das der Pseudovater in Kenntnis der Tatsache abgegeben hat, daß er nicht der Vater sei, ist wirksam. Trotzdem kann er auf Feststellung des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft klagen. Hat er sich außerdem gleichzeitig gegenüber der Kindesmutter zur Unterhaltsgewährung verpflichtet, nachdem diese ihm erklärt hatte, sie würde selbst für das Kind sorgen, so kann diese Verpflichtung gem. § 117 BGB. nichtig sein, sie kann auch die Einrede der allgemeinen Arglist schaffen.

Nicht beigetreten werden kann der Meinung, daß mit der Verneinung der Vaterschaft notwendig auch die Wirksamkeit des Unterhaltsanerkennnisses entfalle, jedenfalls aber mangels des Rechtsgrundes der Vaterschaft keine Rechte aus diesem Anerkennnis hergeleitet werden könnten, denn der Kl. hat sich in voller Kenntnis davon, daß er nicht der Vater der Bekl. sei, vertragsmäßig zur Zahlung von Unterhalt verpflichtet. Auch eine Nichtigkeit des Vaterschafts-
anerkennnisses nach § 117 BGB. kann nicht in Frage kommen, da es sich hierbei nicht um eine einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung, sondern um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Die Klage ist hiernach un begründet, soweit sie auf Feststellung dahin gerichtet ist, daß das Vaterschafts-
anerkennnis nichtig, gegebenenfalls unwirksam sei.

Damit ist jedoch dem weiteren Antrage des Kl., festzustellen, daß er nicht der Vater der Bekl. sei, noch nicht der Boden entzogen. Das Anerkennnis der Vaterschaft enthält nach § 1718 BGB. nur insoweit eine rechtsbegründende Verfügung, als damit auf die Einrede der mehreren Zuhälter verzichtet wird. Insoweit kann es daher durch den Nachweis seiner Unrichtigkeit nicht entkräftet werden. Zulässig bleibt dagegen der Nachweis, daß das Kind offenbar unmöglich aus der Beibwohnung des Anerkennenden empfangen worden sein könne, oder daß eine Beibwohnung innerhalb der Empfängniszeit überhaupt nicht stattgefunden habe. Des weiteren Nachweises, daß das Anerkennnis in dieser Hinsicht irrtümlich abgegeben worden sei, bedarf es in solchem Falle nicht (Mantel, Die Rechte des unehelichen Kindes und seiner Mutter S. 87).

Die Behauptung, daß der Kl. der Mutter der Bekl. innerhalb der Empfängniszeit überhaupt nicht beigezogen habe und daß er aus diesem Grunde nicht der Vater der Bekl. sein könne, bildet die Grundlage seines auf Feststellung des Nichtbestehens seiner unehelichen Vaterschaft gerichteten Klageantrags. Die Zulässigkeit einer solchen Klage ergibt sich aus § 644 ZPO. Erforderlich ist allerdings ein rechtliches Interesse des Kl. daran, daß das Nichtbestehen seiner unehelichen Vaterschaft durch richterliche Entsch. alsbald festgestellt werde (§ 256 ZPO.). Dieses rechtliche Interesse ist gegeben. Zwar kann es nicht schon mit der aus der unehelichen Vaterschaft folgenden Unterhaltspflicht nach § 1708 Abs. 1 BGB. begründet werden, denn die vom Kl. vertragsgemäß anerkannte Unterhaltspflicht wird durch die Feststellung des Nichtbestehens der Vaterschaft nicht berührt. Wohl aber ergibt sich das rechtliche Interesse aus der den unehelichen Vater u. U. nach § 1708 Abs. 2 BGB. treffenden Unterhaltspflicht, aus der Möglichkeit einer Inanspruchnahme durch die Fürsorgebehörde nach § 23 WD. über die Fürsorgepflicht v. 13. Febr. 1924 (RGBl. I, 100), jetzt i. d. Fass. des 5. Teiles Kap. VIII Art. 1 Ziff. 12 der 2. WD. des RPräf. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni 1931 (RGBl. I, 307), sowie schließlich aus der im Falle einer Eheschließung der Eltern Platz greifenden Vermutung des § 1720 Abs. 2 BGB.

Erfolg muß die Rev. auch insoweit haben, als das BG. den Kl. mit seinem Antrag auf Feststellung, daß das Unterhaltsanerkennnis nichtig, gegebenenfalls unwirksam sei, und auf Ausspruch der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde v. 9. Jan. 1929 gerichteten Klageanträgen abgewiesen hat. Wenn das BG. die Anwendbarkeit des § 117 BGB. verneint, weil die Verpflichtungserklärung des Kl. nicht der Kindesmutter gegenüber abzugeben gewesen sei, und wenn es weiterhin meint, daß die Kindesmutter ihre Zusicherung, sie werde selbst für das Kind sorgen, der Kl. brauche nichts zu zahlen, nicht mit Wirksamkeit gegen das Kind und den Vormund habe abgeben können, so hat es unbeachtet gelassen, daß die Kindesmutter in der Verhandlung vor dem UG. R. v. 9. Jan. 1929 als Vertreterin der Bekl. aufgetreten ist. Sie hat vorbehaltlich vormundschaftlicher Zustimmung die vom Kl. nachher anerkannten Ansprüche erhoben und sein Zahlungsverprechen vorbehaltlich der Genehmigung des Vormunds und des VormGer. angenommen. Der Vormund hat sodann erklärt, daß er das Zahlungsverprechen des Kindesvaters annehme. Damit hat er die auftraglose Geschäftsführung der Kindesmutter genehmigt. Der dem § 166 Abs. 1 BGB. der auf die auftraglose Geschäftsführung anwendbar ist (RG. 68, 376 f.¹); 76, 109²), zugrunde liegende Rechtsgedanke muß auch in einem Falle der hier gegebenen Art zur Geltung kommen. Danach werden dem Vertretenen durch die Handlungen des Vertreters Rechte nur insoweit erworben, als diese Handlungen nicht mit einem ihre Wirksamkeit an sich beeinträchtigenden Mangel behaftet sind (vgl. RG. 58, 347; 68, 376 f.³). Ein solcher Mangel wäre das Einverständnis zwischen der Kindesmutter und dem Kl. darüber, daß das von diesem zu Protokoll erklärte Unterhaltsanerkennnis Rechte und Pflichten nicht erzeugen solle. Die Möglichkeit, daß ein solches Einverständnis bestanden hat und daß das Unterhaltsanerkennnis nur deshalb zu Protokoll gegeben worden ist, um das VormGer. und den Vormund von weiteren Nachforschungen nach dem Vater abzuhalten, ist nicht von der Hand zu weisen. Falls sich ergibt, daß das Unterhaltsanerkennnis nach § 117 BGB. nichtig ist, so würde damit ohne weiteres auch der auf die §§ 767, 795, 797 Abs. 4 ZPO. gestützte Klageantrag begründet sein.

Für den Fall, daß die Voraussetzungen des § 117 BGB. nicht als gegeben anzusehen sein sollten, würde sich weiter fragen, welche Bedeutung die für den Kl. offenbar bestimmend gewesene Zusicherung der Kindesmutter hatte, sie werde selbst für das Kind sorgen, der Kl. brauche nichts zu zahlen. Es ist möglich, daß die Kindesmutter diese Zusicherung im eigenen Namen abgegeben hat. Dann würde sie, wie das BG. annimmt, allerdings nur die Bedeutung einer Gewährübernahme gegenüber dem Kl. dafür haben, daß er aus der Urkunde nicht

¹) ZB. 1926, 1555.

²) ZB. 1908, 459. ³) ZB. 1911, 575. ⁴) ZB. 1908, 459.

in Anspruch genommen werde. Nicht ausgeschlossen ist es aber, daß die Kindesmutter auch bei Abgabe dieser Zusicherung als Vertreterin ihres Kindes handeln wollte und gehandelt hat. Wenn in diesem Falle die Bekl. jetzt durch ihren gesetzlichen Vertreter aus der Urkunde v. 9. Jan. 1929 trotz der von ihrer damaligen Vertreterin gegebenen, nach § 166 Abs. 1 BGB. gegen sie wirksamen Zusicherung gegen den Kl. im Wege der Zwangsvollstreckung vorgeht, so würde ihm damit die Einrede der allg. Verjährung an die Hand gegeben sein, die nach der Rspr. des RG. stets dann begründet ist, wenn das gegenwärtige Verhalten des einen Teiles mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist zur Begründung dieser Einrede nicht erforderlich. Zur Geltendmachung der Einrede gegenüber der von der Bekl. betriebenen Zwangsvollstreckung ist die Vollstreckungsgegenklage nach §§ 767, 795, 797 Abs. 4 ZPO. der gegebene Rechtsbehelf (RG.: JW. 1901, 122).

(U. v. 15. Febr. 1932; 299/31 IV. — München.) [Ra.]

<= RG. 135, 219.>

II. Erbrecht.

12. §§ 2033, 2371, 2385, 313 BGB. Zur Frage des Formzwanges eines Erbauseinandersetzungs- und Grundstücksübergabevertrages (Kondiktion). †)

Das Hausgrundstück gehörte zum Gesamtgut der S. (Ehen Eheleute, die nach dem Ges. v. 4. Aug. 1865 (GS. 873) in Gütergemeinschaft nach WR. lebten. Wie das BG. richtig darlegt, waren an Stelle der landrechtlichen Vorschr. nach Art. 47 §§ 1 und 4 PrABGB. die Vorschr. des BGB. über die allgemeine Gütergemeinschaft mit der Maßgabe getreten, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft, weil nicht durch Ehevertrag vereinbart, nicht eintrat. Beim Tode des Ehemannes S. traten also die Folgen des § 1482 BGB. ein (§§ 1510, 1484 Abs. 3 BGB.), d. h. der Anteil des verstorbenen Ehemannes S. am Gesamtgut gehörte zu seinem Nachlaß, der nach allgemeinen Vorschr. auf seine Erben, d. h. zu $\frac{1}{4}$ auf die Kl., seine Ehefrau, zu $\frac{3}{4}$ auf die Bekl., das einzige aus der Ehe hervorgegangene Kind, überging.

Der Ehemann der Bekl. H. will der Kl. vorgeschlagen haben, sie solle den gesamten Nachlaß der Bekl. gegen Gewährung einer lebenslänglichen Rente überlassen, und damit soll die Kl. einverstanden gewesen sein. Unstreitig stellte die Kl. dem Ehemann der Bekl. am 12. Juni 1926 eine öffentlich beglaubigte Generalvollmacht aus, inhaltlich deren er „be-

rechtigt sein“ sollte, „sämtliche sich auf das Hausgrundstück beziehende Rechtsgeschäfte vorzunehmen, Hypotheken zu befehlen, Gelder in Empfang zu nehmen“ sowie Prozesse zu führen. Am 21. Juni 1926 erklärten H. als Bevollmächtigter der Kl. und die Bekl. vor dem WM. die Auflassung des Hausgrundstücks an die letztere, und diese wurde am 25. Juni 1926 als Alleineigentümerin im Grundbuch eingetragen. Am 23. Juni 1926, also noch vor der Eintragung der Bekl. als Alleineigentümerin, wurde ein „Erbauseinandersetzungs- und Überlassungs- bzw. Übereignungsvertrag“ zwischen der Kl. und dem die Bekl. vertretenden Ehemann H. geschlossen, und zwar privatschriftlich unter gerichtlicher Beglaubigung der Unterschriften.

Jedem das BG. davon ausgeht, daß die Auflassung des zum Gesamtgut gehörigen Grundstücks von Seiten der beiden Beteiligten auf die Bekl. allein vollwirksam erfolgt und dadurch in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuch das Alleineigentum auf die Bekl. übergegangen ist, gelangt es zur Beurteilung der Bekl. nach dem auf Rückauslassung des Grundstücks gerichteten Hilfsantrage der Kl. Es nimmt nämlich an, daß eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung der Kl. zur Eigentumsübertragung nicht begründet worden sei, die Bekl. also das Alleineigentum am Grundstück ohne rechtlichen Grund erlangt habe und nach Bereicherungsgrundsätzen zur Rückauslassung verpflichtet sei, die sie an beide noch erb- und gütergemeinschaftlich verbundenen Parteien zu bewirken habe.

So weit das BG. annimmt, daß weder am 12. Juni 1926 noch überhaupt vor der Auflassung eine mündliche Auseinandersetzung der Parteien zustande gekommen ist, wie sie später in der öffentlich beglaubigten Urkunde v. 23. Juni 1926 Ausdruck gefunden hat, handelt es sich um eine tatsächliche, für diesen Rechtszug maßgebende Feststellung. Aus ihr ergeben sich aber noch nicht die vom BG. gezogenen rechtlichen Folgerungen.

Das BG. führt zutreffend aus, daß durch die Auflassung und die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch ein etwaiger Formmangel des Vertrages v. 23. Juni 1926 nicht geheilt werden konnte, weil der Vertrag zeitlich hinter der Auflassung liegt, die heilende Wirkung von Auflassung und Eintragung aber nur solchen Verträgen zugute kommt, die der Auflassung vorausgegangen sind. Es fragt sich aber, was die Parteien vor der Auflassung formlos vereinbart hatten und durch die nachfolgende Auflassung mit Eintragung gültig geworden ist. Das BG. nimmt an, daß die Kl. der Bekl. das Alleineigentum am Grundstück zwar noch nicht

Zu 12. 1. Die Entsch. gibt wertvolle Aufschlüsse über die Behandlung von Vereinbarungen über Grundstücksveräußerung, die zwischen Auflassung und Eintragung im Grundbuch geschlossen werden. Grundvertr. ist im vorl. Fall eine Erbauseinandersetzung unter Miterben, kraft deren das zum Gesamtgut einer allgemeinen, nicht fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörige Grundstück einer Miterbin als Alleineigentum überlassen wird.

a) Der Form des § 313 bedürfen nur Verträge, die zur Grundstücksübergabe verpflichtet, nicht solche, die für eine ohne Rechtsgrund erfolgte Übergabe nachträglich einen Rechtsgrund setzen, nur „verpflichtende“, nicht „bloße Rechtsgrundverträge“ (Siber, Schuldrecht 188, vgl. 171, 178). Für solche nach Auflassung und Eintragung ist die Formfreiheit schon in der bisherigen Praxis anerkannt (RGW. 1911, 226 und obige Ausführungen). Die vorl. Entsch. nimmt sie auch für solche zwischen Auflassung und Eintragung an — mit Recht, denn da die Auflassung nach § 873 Abs. 2 unwiderruflich ist, kann der Veräußerer den Eigentumsübergang nicht mehr hindern; es ist also für eine „Verpflichtung“ i. S. eines „Leistenollens“ kein Raum mehr, obwohl der Erfolg, das „Bekommen“ des Erwerbers, noch nicht abgeschlossen ist. Wenn das RG. dies so ausdrückt, daß Grundverträge nach der Auflassung nicht verpflichtende, sondern nur bestätigende Wirkung haben, meint es „Bestätigung“ nicht in dem auf nichtige oder anfechtbare Erklärungen beschränkten technischen Sinn des BGB., sondern als nachträgliche Ausstattung der vorher schon gültigen, aber noch rechtsgrundlosen Auflassung mit einem Rechtsgrund; auch die echte Bestätigung, z. B. eines wegen Geschäftsunfähigkeit nichtigen Grundstückskaufs, bedarf zwar trotz § 141 nach der Auflassung nicht mehr der Form des § 313, aber im vorliegenden Fall war der Auflassung nicht ein wichtiger, sondern noch gar kein

Grundvertr. vorausgegangen. Der vorausgegangene formlose Vertr. war noch keine Erbauseinandersetzung und noch kein Rechtsgrundvertr., denn er ging nur auf vorläufige Übergabe vorbehaltlich späterer Vereinbarung eines Rechtsgrundes, der Auseinandersetzung. Das BG. nimmt zutreffend an, daß auch ein solcher Vertrag (vermöge der Vertragsfreiheit des § 305 zulässig und) bei formlosem Abschluß der Heilung gem. § 313 S. 2 unterworfen ist, aber das ist m. E. für die Entsch. belanglos. Die Heilung der vorläufigen Vereinbarung konnte erst mit der Eintragung eintreten und wurde schon vor dieser gegenstandslos, als der nach der Auflassung formfreie Auseinandersetzungsvertr. zustande kam; denn damit erhielt die Übergabe schon vor der Eintragung einen die Kondiktion ausschließenden Rechtsgrund. Heilung wäre nur eingetreten, wenn die Auseinandersetzung bei der Eintragung noch ausgestanden hätte; sie hätte dann die Kondiktion für so lange ausgeschlossen, wie noch mit dem Zustandekommen einer das Alleineigentum des Erwerbers aufrechterhaltenden Auseinandersetzung zu rechnen war, so daß erst mit deren Scheitern die Kondiktion zulässig geworden wäre.

b) Lehreich ist auch der nebenher berührte Fall einer zwischen Auflassung und Eintragung eintretenden Sinesänderung des Veräußerers. Voraussetzung der Heilung ist nach feststehender und zutreffender Praxis, daß die Parteien über den Inhalt der vorausgegangenen formlosen Vereinbarung noch zur Zeit der Auflassung einverstanden sind, also nicht Einigwerden als Vorgang, wie beim Vertragschluß, sondern Einigsein als Zustand, wie bei der vor Eintragung oder Besitzübergabe regelmäßig nicht bindenden sachenrechtlichen Einigung (§§ 873 Abs. 2, 929 S. 1 usw.) und bei der überhaupt nicht bindenden Einigung über religiöse Kindererziehung (§ 1 RelKindErzG.). Solches Einigsein braucht nicht bis zur Eintragung fortzubestehen — dieser den Parteien erst durch Erfolgsmacht des

endgültig überlassen wollte, daß sie aber mit dem alsbaldigen Eigentumsübergang unter dem Vorbehalt späterer Ausein-
anderetzung einverstanden war. Ist aber diese festgestellte Ver-
einbarung der Parteien durch Auflassung und Eintragung
gültig geworden, so ist die Kl. zur Kondition des der Befl.
wirksam übereigneten Grundstücks nur dann berechtigt, wenn
es später zu keiner rechtsgültigen Ausein-
anderetzung gekommen ist. Der Bereicherungsanspruch der
Kl. hängt also davon ab, ob der Vertrag v. 23. Juni 1926
trotz des Mangels gerichtlicher oder notarieller Form als
bindend anzusehen ist. Ist dies der Fall, so ist der Vor-
behalt, unter dem die Kl. sich wirksam verpflichtet hatte, der
Befl. das Alleineigentum an dem Grundstück zu belassen,
erlebigt und von einer ungerechtfertigten Bereicherung der
Befl. nicht die Rede.

a) Die Ansicht des BG., daß der Vertrag der Form des
§ 313 BGB. bedurft hätte, hält rechtlicher Nachprüfung nicht
stand. Die Rechtslage war am Tage des Vertragschlusses die,
daß die Auflassung erklärt war, die Eintragung der Befl.
als Eigentümerin im Grundbuch aber noch nicht stattgefunden
hatte. Danach war das Eigentum allerdings noch nicht auf
die Befl. übergegangen (§ 873 BGB.). War aber die Auf-
lassung wirksam, wie das BG. annimmt, so waren jedenfalls
die Parteien bereits dinglich gebunden und war keiner von
ihnen berechtigt, die Auflassungserklärung einseitig zu wider-
rufen und die Eintragung der Eigentumsänderung zu hin-
dern (RG. 103, 157; 109, 354¹); 111, 100/01; 120, 116²);
RGWarn. 1925 Nr. 164; RGRKomm. § 925 BGB. Anm. 5).
Daß die Kl. die Auflassung wegen Formmangels des Grund-
rechtsgeschäfts hätte kondizieren können, spielt keine Rolle,
weil sie von diesem Recht bis zur Eintragung der Befl. keinen
Gebrauch machte. Bei dieser Rechtslage konnte Gegenstand
des Ausein-
anderetzungsvertrages v. 23. Juni 1926 nicht
mehr die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums der
Beteiligten an dem fraglichen Grundstück sein. Soweit diese
nach dem Wortlaut des Vertrages eine solche Verpflichtung

gegenüber der Befl. allein übernahmen, kann dem Vertrage
nur bestätigende, nicht rechtsbegründende Bedeutung zuge-
sprochen werden. Mithin bedurfte der Ausein-
anderetzungsvertrag nicht der Form des § 313 BGB. (RGWarn. 1911
Nr. 226; Ur. v. 7. Okt. 1925, V 488/24; RGRKomm. § 313
BGB. Anm. 2 a. E.).

b) Auch aus §§ 2033 Abs. 1 Satz 2, 2371, 2385 BGB.
sind keine Bedenken gegen die Gültigkeit dieses Vertrages
herzuleiten. Es heißt im Vertrage, die Kl. übereigne ihren
Anteil am Nachlaß auf die Befl. Wäre das wörtlich zu
nehmen, so wäre allerdings insoweit gerichtliche oder nota-
rielle Beurkundung erforderlich gewesen. Die Beteiligten
konnten aber den Vertragszweck, die Ausein-
anderetzung, ebenso
dadurch erreichen, daß sie im Wege der Erteilung sämtlicher
noch zum Nachlaß gehörige Gegenstände der Befl. gegen die
angeführten Gegenleistungen zuwiesen. So aufgefakt ist der
Ausein-
anderetzungsvertrag formlos gültig (vgl. RGRKomm.
§ 2042 BGB. Anm. 1; RGWarn. 1909, 512).

(U. v. 12. Nov. 1931; 163/31 IV. — Stettin.) [Ra.]

** 13. §§ 2067, 2071 BGB. Ein Testament, in dem
der Erblasser unter Ausschließung seiner Ge-
schwister seine Ehefrau als Erbin einsetzt, kann
nicht ergänzend dahin ausgelegt werden, daß
nach dem Tode der Ehefrau und nach Wieder-
verheiratung die nächste Ehefrau als Erbin be-
rufen sein solle. †)

Hat ein Erblasser seine Verwandten oder nächsten Ver-
wandten, seine Haus- oder Geschäftsangestellten od. dgl. ohne
nähere Bezeichnung bedacht und ist im Kreise dieser Personen
in der Zeit zwischen der Testamentserrichtung und dem Erb-
fall ein Wechsel eingetreten, so fragt es sich allerdings, nach
welchem dieser beiden Zeitpunkte sich die Bedachten und ihr
Anteil an der Zuwendung bestimmen. Das BGB. gibt für
diese Fälle in §§ 2067 und 2071 Auslegungsregeln, wonach
im Zweifel die Zeit des Erbfalls maßgebend ist. Bei Zu-

BG. nachträglich bekannt werdende Zeitpunkt wäre dafür ganz
ungeeignet —, sondern nur bis zur Auflassung. Die obige
Entsch. nimmt an, daß zwischen der dinglich unwiderrücklichen
(§ 873 Abs. 2) Auflassung und der Eintragung „die
Auflassung“ noch kondiziert werden könne. Das ist zu-
treffend, wenn es auch im vorl. Fall nicht in Frage kam, denn
hier wurde die Kondition schon vor der Eintragung durch Zu-
standekommen der Ausein-
anderetzung ausgeschlossen. Wäre diese
nicht zustande gekommen, so wäre aber die Auflassung bis
zur Eintragung, mit der die Heilung eintritt, noch
ohne Rechtsgrund gewesen, und das schon aus der Auflassung
folgende Recht des Erwerbers — bis zur Stellung des Eintrag-
antrags ein Gestaltungsrecht, nachher ein Bartrecht auf Eigentums-
erwerb — hätte in der Tat noch kondiziert werden können. Die
praktische Durchführung einer solchen Kondition setzt freilich vor-
aus, daß der Veräußerer bis zur Entsch. darüber die heilende Ein-
tragung verhindern kann; er muß dazu eine Einstufbes. erwirken,
die inzwischen eine Eintragung auf Grund der Auflassung verbietet
(§ 938 ZPO.; Sachl. 30, 64; Stein-Jonas, ZPO.
§ 938, 18).

Wesige Inhaltsänderungen des Grundvertr. zwischen
Auflassung und Eintragung machen keine Schwierigkeit.
Das RG. (RG. 109, 27) verlangt heute zutreffend die Form
des § 313 nur noch für Neueingehung oder Verschärfung der Über-
eignungspflicht, nicht mehr für sonstige Vertragsänderungen; nach
der bedingungsfeindlichen Auflassung sind aber Veränderungen
der Übereignungspflicht gar nicht mehr möglich, weder erleichternde
noch verschärfende; alle noch möglichen Vertragsänderungen sind
formfrei, weil sie nur andere Vertragspflichten oder den Rechts-
grund der Übereignung betreffen können.

2. Mit der Bemerkung, daß auch die §§ 2033 u. 2371,
2385 kein Bedenken gegen die Wirksamkeit der formlosen Aus-
einanderetzung ergeben, nimmt das RG. keine Stellung zu
der früher (RG. 79, 240 = ZB. 1912, 70) offengelassenen Frage,
ob ein formunwirksamer Grundvertr. über Erb-
schaftsübertragung durch Erfüllung wirksam werde;
es legt nur die vereinbarte „Übereignung des Anteils am Nachlaß“
so aus, daß sie auch die jenen Formvorschriften nicht unterliegende
Übereignung aller einzelnen Erbschaftsgegenstände umfaßt.

Die offengelassene Frage läßt sich gar nicht einheitlich
beantworten. Bei formloser Erbschaftschenkung bedeutet

die mit der Erfüllung eintretende „Heilung der Unwirksamkeit“
(§ 518 Abs. 2) außer bei Auflagen nur Ausschluß der Rück-
forderung (Siber a. a. D. 10, 257, vgl. 188), einerlei ob alle
oder nur einzelne Erbschaftsgegenstände geleistet oder ein Erbeil
abgetreten ist (§ 2033 S. 2). Bei Erbschaftskauf und an-
deren entgeltlichen Vertr. käme nur eine den „gan-
zen Inhalt des Vertr.“ betreffende Heilung ent-
sprechend § 313 S. 2 in Frage, vermöge deren auch klagbare An-
sprüche auf die Gegenleistung entstehen müßten. Das ist möglich und
angebracht, wenn ein Erbeilverkauf durch formrich-
tige Erbeilübertragung (§ 2033 S. 2), wohl auch wenn
ein Erbschaftsverkauf durch Übertragung aller ein-
zelnen Erbschaftsgegenstände erfüllt wird, aber nicht
bei Teilerfüllung durch Übertragung einzelner Gegenstände, weil
nicht zu ermitteln wäre, wieviel von dem Kaufpreis auf das schon
Geleistete entfallen sollte. Prof. Dr. Siber, Leipzig.

Zu 13. Das Urteil gibt ein vortreffliches Vorbild für die An-
wendung einer richtigen Auslegungsmethode. Eine nachhelfende Aus-
legung ist seit jeher bei Testamenten als zulässig anerkannt worden.
In neuerer Zeit geht die richterliche Freiheit, in wohlwollender
Meinung, vielfach allzu weit. Sie berichtigt oder legt bei Verträgen
wie bei letztwilligen Verfügungen hinein, was dem Erklärenden nach
der ermittelten Lage des Falles etwa als entsprechend und richtig
erschieden sein könnte. Mit dem Schlusse: das hat er gewollt, das
gilt daher und steht folglich, von höherem Standpunkte aus erfaßt,
im Testament. Solche Findung des „wahren Willens“ trägt un-
vermeidlich die Gefahr in sich, daß an Stelle des Erblassers schließ-
lich der Richter die Erbfolge ordnet. In einem Testamente stand:
für den Fall, daß ich vor meinem Manne sterben sollte, vermache
ich meiner treuen A. eine Rente. Die Erblasserin starb zwei Jahre
nach ihrem Manne. Gleichwohl erkannten die Gerichte, daß nach
dem wahren Willen der Erblasserin die aufstehend nur für einen
bestimmten Fall getroffene Bestimmung eine weitergehende Be-
deutung haben sollte. Damit wurde im Ergebnis das bedingte Ver-
mächtnis in ein unbedingtes verwandelt. Das Recht hierzu schien
gegeben, weil das Testament „nicht unzweideutig“ sei (vgl. RG.:
Warn. 1916 Nr. 111).

Die divinatorische Willensermittlung hängt immer von der
persönlichen Lebenserfahrung des jeweiligen Richters ab; sie ist
naturgemäß ungewiß. Als sichere Grundlage wird besser festge-
halten: es gilt nicht, was der Erblasser gewollt, sondern das, was
er wirklich angeordnet hat. Und der natürliche verkehrswirtschaftliche Sinn

¹) ZB. 1925, 1110.

²) ZB. 1928, 2515.

wendungen an die „Verwandten“ usw. eines anderen kann freie Auslegung zu dem gleichen Ergebnis führen (RG.: Bruch. 50, 386). Für den Fall, daß der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht hat und daß dieser nach der Errichtung des Testaments wegfällt, wird in § 2069 BGB. eine Auslegungsregel des Inhalts gegeben, daß der Erblasser stillschweigend eine Ersatzberufung zugunsten derjenigen Abkömmlinge des Bedachten erklärt habe, welche bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle berufen wären. Auch wenn eine nicht zu den Abkömmlingen des Erblassers gehörige Person, insbes. ein anderer naher Angehöriger bedacht ist, kann in der Einsetzung dieser Person ein, wenngleich unvollkommener, Anhalt gefunden werden für einen unter Berücksichtigung von Umständen außerhalb des Testaments festzustellenden weitergehenden, auf die Ersatzberufung der Abkömmlinge des Bedachten gerichteten Willen des Erblassers (RG.: RGW. 1911 Nr. 335; Bruch. 61, 324; SeuffArch. 75 Nr. 37). Im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung kann eine solche stillschweigende Ersatzberufung selbst dann angenommen werden, wenn der Erblasser bei der Testamentserrichtung an die Möglichkeit des Wegfalls des Eingesezten nicht gedacht hat (RG. 99, 82, betr. die Erbeinsetzung eines Geschwisterkindes; RG. 1): HöchstRspr. 1928 Nr. 959, betr. die Erbeinsetzung eines Stiefkindes). über das Wesen der ergänzenden Testamentsauslegung ist in RG. 99, 85 gesagt: Da die letztwillige Verfügung nicht vor dem Erbfall wirksam werde, könnten in der Zwischenzeit nicht nur hinsichtlich des Gegenstandes der Zuwendung, sondern auch hinsichtlich des Personenkreises der Bedachten Änderungen vorkommen. Das Ges. gebe für einzelne solcher Fälle Auslegungsregeln. In den durch diese Regeln gewiesenen Richtungen sei auch in anderen Fällen sachlicher oder persönlicher Veränderung durch Auslegung zu ermitteln, was nach der Willenseinstellung des Erblassers zur Zeit, da die Verfügung von ihm getroffen worden, als von ihm gewollt anzusehen sei, sofern er voranschauend das spätere Ereignis in Betracht gezogen hätte. — Bei der so begründeten ergänzenden Testamentsauslegung handelt es sich nicht mehr darum, daß der (erwiesenermaßen oder auch nur mutmaßlich) wirkliche Wille des Erblassers zur Geltung gebracht werde, sondern um die Berücksichtigung eines unwirklichen (sog. irrealen oder hypothetischen) Willens, eines Willens, der vermutlich wirklich wäre, wenn der Erblasser bei der Testamentserrichtung die künftige Entwicklung wenigstens als möglich vorausgesehen hätte. Eine derartige Willenserklärung kann nur vorgenommen werden, wenn die für die Zeit der Testamentserrichtung an der Hand des Testaments, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme von Umständen außerhalb des Testaments oder der allgemeinen Lebenserfahrung festzustellende Willensrichtung des Erblassers dafür eine genügende Grundlage bietet. Das BG., das auf RG. 99, 82 Bezug nimmt, gelangt zu einer äußerlichen Anschließung an diese Entsch. nur dadurch, daß es den Ersatzungsatz aufstellt, ein kinderloser Ehemann, der unter Übergehung oder Ausschließung seiner Geschwister seine namentlich genannte Frau als Alleinerbin einsetze, würde, wenn er die Möglichkeit des Vorversterbens der eingesezten

der formgerechten Erklärung ist maßgebend. An ihm darf nicht geäußert werden, bis er zweideutig und damit auslegungsbedürftig werde. Es scheint, daß das RG. im vorliegenden Urteil diese richtige und die Rechtssicherheit verbürgende Auffassung nachdrücklich zur Geltung bringt. Im Testament steht: „mein gesamter Nachlaß gehört als alleiniger Erbin meiner Frau Marie“. Die Erbeinsetzung wurde hinfällig nach § 1923, weil die Eingesezte vor dem Erblasser gestorben ist. Dieser hat sich wieder verheiratet. Die jetzige Witwe Anna begehrt den Nachlaß als stillschweigend Ersatzberufene. Kösen wir das „stillschweigend“ in einen klar gedachten Begriff auf, so wird damit behauptet, daß mit der Einsetzung der früheren Frau dem Sinn und Willen nach die Einsetzung jeder etwaigen künftigen Ehefrau angeordnet worden sei. Daß eine solche erweiternde, ins Ungewisse vorstoßende Bedeutung mit der Lebenserfahrung und der Verfügungsweise eines normalen Ehemannes unvereinbar ist, hat das RG. mit schlagenden Gründen dargelegt und mit erfrischender Deutlichkeit erwiesen. Hinzuzufügen wäre höchstens, daß der Erblasser ja gar nicht schlechthin seine Frau, sondern bestimmt und begrenzt seine Frau Marie und nur diese unter seinen drei Frauen

und seiner Wiederverheiratung mit einer ihn überlebenden anderen Frau bedacht hätte, diese Frau als seine alleinige Erbin eingesezt haben. Ein solcher Erfahrungsatz kann nicht anerkannt werden.

Daß ein Erblasser (so, wie man wohl zugunsten der jeweiligen Haus- oder Geschäftsangestellten oder zugunsten der Verwandten, die jeweils zu den gesetzlichen Erben gehören, eine letztwillige Verfügung trifft) seine jeweilige Ehefrau als Erbin einsetze oder bei der Einsetzung der benannten Ehefrau für den Fall ihres vorzeitigen Todes und seiner Wiederverheiratung seine künftige Ehefrau als Ersatzberufene berufen sollte, wird kaum jeweils vorkommen oder vorgekommen sein. Dem erf. Sen. und seinen Mitgliebrern, die zum Teil seit langen Jahren mit Testamenten befaßt sind, ist jedenfalls ein Testament, das so lautete oder bei dem streitig gewesen wäre, ob es so gemeint sein könnte, noch nicht vorgekommen. Sollte einem Erblasser, der seine Ehefrau als alleinige Erbin unter Ausschließung seiner Geschwister einzusetzen beabsichtigte, unwahrscheinlicher Weise einmal vorgehalten werden, ob er nicht auch den Fall, daß er seine Frau überleben und sich dann wieder verheiraten könnte, in Betracht ziehen und für diesen Fall seine künftige Ehefrau als Erbin einsetzen wolle, so würde er, wenn er dem Gedanken überhaupt nachgehen würde, sicherlich etwa erwidern, daß er sich seine Ausschließung hierüber vorbehalten müßte, bis er wüßte, mit wem und unter welchen Umständen er sich wieder verheiraten würde. Davon, daß es Aufgabe der Kl. wäre, eine aus der Lebenserfahrung für die Erbeinsetzung der Bekl. sprechende Vermutung zu widerlegen, kann hiernach keine Rede sein.

Welches Willens der Erblasser, nachdem seine im Testament genannte Ehefrau gestorben war, in der Zeit seiner bevorstehenden Wiederverheiratung mit der Bekl. und nach dieser Wiederverheiratung hinsichtlich seiner Beerbung gewesen ist, hat für die Frage, ob das Testament eine Erbeinsetzung der Bekl. enthalte, keine Bedeutung. Für diese Frage ist es auch unerheblich, ob der Erblasser in der damaligen Zeit die Meinung geäußert hat, daß durch sein Testament seine Geschwister und Geschwisterkinder dauernd von seiner Beerbung ausgeschlossen seien; unerheblich selbst dann, wenn diese späteren Meinungsäußerungen für den zur Zeit der Testamentserrichtung gewollten Sinn und die Tragweite des die Geschwister und Geschwisterkinder betr. Testamentsatzes Beweiswert haben sollten.

Somit ist die im BU. ausgesprochene Willenserklärung als unzulässig abzulehnen. Demjenigen Willen des Erblassers, welcher im Testament einen ganz unzweideutigen Ausdruck gefunden hat, läuft die Annahme einer Erbeinsetzung der Bekl. geradezu zuwider.

Die Sache muß an das BG. zurückverwiesen werden, damit es dazu Stellung nehme, ob die Bekl. infolge testamentarischer Ausschließung der Geschwister und Geschwisterkinder von der gesetzlichen Erbfolge gesetzliche Alleinerbin geworden ist. Die Entsch. über diese Frage hängt in erster Linie davon ab, ob der Erblasser mit dem Satz im Testament, laut dessen seine „Schwester und Brüder“ keinen An-

zur Alleinerbin berufen hat, und daß jede Benennung mit dem Namen logisch die Bezeichnete unter Ausschluß aller anderen als die alleinige herausstellt. Der Erblasser kann für eine solche Bevorzugung der Marie als die Einzige seine Gründe gehabt haben oder nicht; den Richter gehen diese nichts an. Die reichlich vorhandene Zeit, um die Nachfolgerin Anna als Alleinerbin herauszustellen, wurde nicht benutzt: folglich wurde es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen.

Es bleibt der auf eine Zwischenbemerkung über das Versterben der ersten Ehefrau folgende Anspruch, daß die Geschwister nebst ihren Kindern keinen Anspruch auf die Hinterlassenschaft haben. Mit dem RG. ist zu bestreiten, daß hier mit der erforderlichen Bestimmtheit eine absolute Enterbung verfügt sei. Nach dem Zusammenhang bedeutet der Satz nichts weiter als eine im eigenhändigen Testament von einem Laien gemachte überflüssige Zusatzbemerkung: weil meine Frau Marie alles bekommt, erhalte ich meine Geschwister eben nichts. Auf keinen Fall ist das als eine bezifferte Anordnung anzuerkennen, durch die bei ruhiger Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse beim Erbfall die grundsätzliche Geltung der gesetzlichen Erbfolgeordnung außer Kraft gesetzt wäre.

Gch. Rat Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

pruch auf seine Hinterlassenschaft „haben“, überhaupt eine Verfügung treffen und nicht vielleicht nur, wie er im vorhergehenden Satz eine berichtigende Begründung für die Berufung seiner Frau zur alleinigen Erbin gibt, eine erläuternde Folgerung aus dieser Erbeinsetzung ziehen wollte. Nur wenn die Niederlegung einer Verfügung in dem Satze zu bejahen ist, fragt es sich weiter, ob die insolge des Vorversterbens der eingesezten Erbin eingetretene Unwirksamkeit der Erbeinsetzung die Unwirksamkeit der Erbausschließung der Geschwister und Geschwisterkinder zur Folge hat, was nach § 2085 BGB. nur dann zutrifft, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die zweite Verfügung ohne die unwirksame Einsetzung nicht getroffen haben würde.

(U. v. 10. Dez. 1931; 261/31 IV. — Berlin.) [Ra.]
(= RG. 134, 277.)

****14.** §§ 2079 ff. BGB. Der Fristablauf für das Anfechtungsrecht des überlebenden Ehegatten wird nicht infolge einer Rechtsunkenntnis, sondern nur dann gehemmt, wenn sich der Rechtsirrtum auf die Unkenntnis einer die Anfechtung begründenden Tatsache erstreckt.)

Das RG. erachtet die nach § 27 ZGB. zulässige weitere Beschwerde insofern für begründet, als das LG. einer etwaigen Rechtsunkenntnis des Erblassers jede Bedeutung für den Beginn des Laufes der Anfechtungsfrist abspreche. Es will nicht so weit gehen wie das OLG. Dresden, von dem der Grundsatz aufgestellt worden ist, daß, wenn sich der anfechtungsberechtigte überlebende Ehegatte in einem Rechtsirrtum über die Notwendigkeit der Anfechtung des gemeinschaftlichen Testamentes befunden hat, die Unterlassung der Anfechtung durch ihn die Anfechtung durch den Pflichtteilsberechtigten nicht hindert, sofern anzunehmen ist, daß der Erblasser bei Kenntnis der Rechtslage von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht haben würde (ZFG. 1, 163; 5, 174). Das RG. erachtet aber einen Rechtsirrtum des überlebenden Ehegatten nicht nur dann für beachtlich, wenn dieser das ihn bindende gemeinschaftliche Testament aus formellen oder materiellen Gründen für ungültig hält, sondern auch dann, wenn er es zwar für gültig ansieht, aber rechtsirrtümlich annimmt, es sei für ihn wegen des Vorhandenseins des Pflichtteilsberechtigten (hier seiner zweiten Ehefrau) nicht mehr bindend, und er könne es deshalb jederzeit widerrufen. Demgemäß meint es, daß die Anfechtungsfrist für den überlebenden Ehegatten nur dann laufe, wenn er sich der Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testamentes und seiner Bindung daran bewußt ist und die Anfechtung nur deshalb unterläßt, weil er nicht weiß, daß das Gesetz die Möglichkeit einer solchen Anfechtung vorsieht.

Zu 14. Diese Entsch., an deren Richtigkeit kaum zu zweifeln sein dürfte, ist sehr bedeutungsvoll, nachdem eine von ihr und von der Entsch. des RG.: BayZ. 1919, 424 abweichende Rechtsauffassung in den Entsch. des OLG. Dresden: ZFG. 1, 163 und 5, 174 zum Ausdruck gekommen und ausführlich begründet worden war.

Bemerkenswert ist, daß auch das BayObLG. in einem Beschl. v. 9. Juli 1930 (BayObLG. 30, 265 ff., insbes. 270) in Übereinstimmung mit der Ansicht des RG. sich dahin ausgesprochen hat, daß der Beginn der Frist zur Anfechtung des Erblassers nach § 2283 BGB. nur durch die, sei es auch durch Rechtsirrtum herbeigeführte, Unkenntnis der für die Anfechtung wesentlichen Tatumsstände, nicht aber durch einen Rechtsirrtum über die Notwendigkeit der Anfechtung ausgehalten wird. Selbstverständlich gilt letzteres auch vom Rechtsirrtum über die Möglichkeit der Anfechtung. In der Tat können die für die gegenteilige Ansicht des OLG. Dresden a. a. O. geltend gemachten Billigkeitsgründe nicht für durchschlagend erachtet werden, nachdem das Gesetz für den Beginn der Anfechtungsfrist nur die Kenntnis des „Anfechtungsgrundes“ verlangt und darunter nur die Kenntnis der das Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen verstanden werden kann; diese Kenntnis wird durch einen Rechtsirrtum über Möglichkeit oder Notwendigkeit der Anfechtung nicht beeinträchtigt, während allerdings, wie das RG. richtig ausführt, ein Rechtsirrtum über die formelle Gültigkeit des anzufechtenden Testamentes Tatsachen betreffen kann, die nicht „das Anfechtungsrecht begründen“, und diesfalls den Beginn der Frist hindern würde.

Gch. J. Dr. Felix Herzfelder, München.

Von diesem Standpunkt aus will das RG. auf die weitere Beschwerde den landgerichtlichen Beschluß aufheben und die Sache, da der Sachverhalt noch der Aufklärung bedarf, in die Vorinstanz zurückverweisen. Es sieht sich aber daran gehindert durch RG.: Recht 1920 Nr. 424 = BayRpflZ. 1919, 424, wo unzweideutig ausgesprochen sei, daß auch ein Rechtsirrtum des anfechtungsberechtigten Ehegatten über seine Bindung an das gemeinschaftliche Testament den Beginn der Anfechtungsfrist nicht hinderte. Dieserhalb legt das RG. die weitere Beschwerde dem RG. zur Entsch. vor.

Zutreffend ist der Ausgangspunkt der Vorinstanzen, wonach die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testamentes v. 5. Jan. 1903 — gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten, Zuwendung des beiderseitigen Nachlasses an die Kinder — nach der Regel des § 2270 Abs. 2 BGB., gegen die von der Beschw. nichts vorgebracht ist, als wechselbezüglich im Sinne dieser Vorschrift anzusehen sind und deshalb nach § 2271 Abs. 2 vom überlebenden Ehemann nicht mehr aufgehoben werden konnten, nachdem er das ihm Zugewendete nicht ausgeschlagen, sondern die Erbschaft nach seiner ersten Ehefrau angetreten hatte. In einem solchen Falle ist, wenn der überlebende Teil zu einer neuen Ehe schreitet, sein ihm überlebender zweiter Ehegatte als Pflichtteilsberechtigter nach § 2079 BGB. zur Anfechtung des gemeinschaftlichen Testamentes insoweit berechtigt, daß ihm der gesetzliche Erbteil zusteht. Die Anfechtung ist an die Frist des § 2082 BGB. gebunden.

Mit Recht haben ferner die Vorinstanzen angenommen, daß die Beschw. nach § 2285 BGB. zur Anfechtung nicht mehr befugt war, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalles bereits erloschen war. Daß die für den Erbvertrag geltenden Vorschriften der §§ 2281 ff., insbes. § 2285 BGB. auf das gemeinschaftliche wechselbezügliche Testament entsprechend anzuwenden sind, entspricht der feststehenden Rpr. des Sen. (RG. 77, 165¹⁾; 87, 95²⁾; RG-Warn. 1918 Nr. 213; IV 633/21 v. 22. Dez. 1921; IV 798/29 v. 29. Sept. 1930). Im vorliegenden Falle sind seit der Wiederverheiratung des Erblassers, mit der sein Anfechtungsrecht entstand, bis zu seinem Tode mehrere Jahre verflossen, ohne daß er das mit seiner ersten Ehefrau errichtete gemeinschaftliche Testament angefochten hätte. Die Beschw. war also zur Anfechtung des gemeinschaftlichen Testamentes nur dann befugt, wenn der Fristlauf dem Erblasser gegenüber gehemmt war.

Der Fristlauf beginnt nach § 2082 BGB. mit dem Zeitpunkt, in dem der überlebende Ehegatte vom Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt, d. h. alle sein Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen zuverlässig erfahren hat (vgl. Entsch. des Sen.: Gruch. 59, 481; RG. 107, 192³⁾; auch RG-Warn. 1914 Nr. 26 und RG. 115, 27⁴⁾). Die Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde kann dem überlebenden Ehegatten fehlen, wenn er sich in einem Irrtum befindet. Es ist zuzugeben, daß auch ein auf Unkenntnis der gesetzlichen Vorschriften beruhender Rechtsirrtum die Kenntnis in diesem Sinne ausschließen kann. Jedenfalls aber muß der Rechtsirrtum die Unkenntnis einer die Anfechtung begründenden Tatsache zur Folge haben, und es darf sich nicht lediglich um eine rechtsirrtümliche Beurteilung des Anfechtungsstatbestandes selbst handeln. Denn schon die Kenntnis dieses Anfechtungsstatbestandes setzt die Anfechtungsfrist in Lauf, und es ist nach § 2082 BGB. nicht erforderlich, daß der Erblasser von seinem Anfechtungsrecht unterrichtet ist.

Faßt man dies ins Auge, so kann die Ansicht des RG., daß die Anfechtungsfrist gegen den überlebenden Ehegatten nicht laufe, solange er das gemeinschaftliche Testament aus formellen oder materiellen Gründen für ungültig halte, nur unter der Voraussetzung beigegetreten werden, daß der Ehegatte die Ungültigkeit nicht aus Umständen herleitet, die ihrerseits erst sein Anfechtungsrecht begründen. Diese Voraussetzung kann z. B. gegeben sein, wenn ein formelles Bedenken gegen die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testamentes vorliegt, so daß es verständlich erscheint, daß der überlebende Ehegatte es dieserhalb als von Anfang an nichtig angesehen hat. In

¹⁾ ZB. 1912, 23.

²⁾ ZB. 1915, 1013.

³⁾ ZB. 1924, 295.

⁴⁾ ZB. 1927, 1206

einem solchen Falle, der freilich wohl selten praktisch werden wird, bezieht sich der Rechtsirrtum des überlebenden Ehegatten nicht auf die sein Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen, schließt also seine Kenntnis vom Anfechtungsgrunde i. S. des § 2082 BGB. aus.

Im vorliegenden Falle ist Derartiges oder Ähnliches nicht vorgebracht. Der Erblasser hat, was auch das RG. nicht verkennet, das gemeinschaftliche Testament v. 5. Jan. 1903 für an sich gültig gehalten. Er ist sich lediglich der ihn bindenden Wirkung jenes Testamentes nicht bewußt gewesen und hat demzufolge auch nicht gewußt, daß er das Testament anfechten könne. Dagegen sind ihm alle sein Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen, nämlich das von ihm selbst errichtete gemeinschaftliche Testament, der Tod seiner ersten Ehefrau, sein Erbantritt nach ihr und seine zweite Eheschließung, bekannt gewesen. Dann lag aber, wie der Senat in dem bereits erwähnten, einen ähnlichen Fall betreffenden Urteil: Recht 1920 Nr. 424 = BayRpflZ. 1919, 424 angenommen hat, reine Rechtsunkenntnis des Erblassers vor, die den Lauf der Anfechtungsfrist nicht hinderte.

Es ist hiernach rechtlich nicht zu beanstanden, daß die Vorinstanzen die Beschw. nach § 2285 BGB. nicht mehr für anfechtungsberechtigt angesehen haben.

(Beschl. v. 11. Dez. 1930; B 27/30 IV. — Berlin.)

(= RG. 132, 1.)

15. §§ 2205, 139 Halbsatz 2, 313, 516 BGB. Eine Abmachung, die nicht eine Ergänzung des notariellen Vertrages, sondern eine für den Fall von dessen Nichtgeltung getroffene Vereinbarung darstellt, bedarf nicht nach § 313 der Aufnahme in den notariellen Vertrag. Auch wenn die Parteien sich nicht auf § 139 Halbsatz 2 berufen haben, ist das Gericht nicht gehindert, auf Grund des vorgebrachten Sachverhalts die Ausnahme des Halbsatz 2 von sich aus durch Auslegung festzustellen; dies gilt insbes. im Rahmen einer von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung. Die Entgeltlichkeit der Verfügung eines Testamentvollstreckers kann nicht angenommen werden, wenn es im Zeitpunkt seiner Verfügung ausgeschlossen war, daß er Leistung und Gegenleistung gleichstellte.

Als Miteigentümer eines Grundstücks in T. waren früher eingetragen: H. B. und G. B. Durch Vertrag v. 10. Jan. 1923 haben J. R. S. als Testamentvollstrecker des H. B.schen Nachlasses und als Bevollmächtigter des neben ihm zum Testamentvollstrecker bestellten J. R. K. und K. A. M. als Pfleger der unbekanntem Miterben von G. B. das Grundstück an die Bekl. verkauft und ausgelassen. In dem notariellen Kaufvertrag hat die Bekl. die Verpflichtung übernommen, die Entfernung des anderweit verkauften Holzbestandes des Grundstücks durch den Käufer zu dulden. Im § 8 des Vertrages war bestimmt: „Die Wertzuwachssteuer, welche etwa aus Anlaß des Verkaufs des Geländes entsteht, trägt die Käuferin allein und ist von der Käuferin vorzuschließen. Sollte eine solche Wertzuwachssteuer nicht erhoben werden oder eine bereits entrichtete ganz oder zum Teil zurückerstattet werden, so verpflichtet sich die Käuferin, den so ersparten bzw. zurückerstatteten Betrag an die Verkäufer zu zahlen.“ Am Tage des Vertragschlusses haben die Vertragsschließenden noch vor der Beurkundung der Auflassung eine privatschriftliche Urkunde des folgenden Inhalts unterzeichnet: „1. Die Unterzeichneten sind darüber einig, daß der Ausdruck im § 8 des Kaufvertrags ‚die Wertzuwachssteuer, welche etwa aus Anlaß des Verkaufs des Geländes entsteht‘ die gesamte Wertzuwachssteuer umfaßt, die aus dem Verkauf nicht nur des Grund und Bodens, sondern auch Holzes darauf für die Verkäufer erwachsen kann. Eine Herauszahlung desjenigen Teiles der Wertzuwachssteuer, der durch den Holzverkauf entstehen könnte, gegebenenfalls aber wieder von der Behörde zurückgezahlt wird, an die Verkäufer soll jedoch nicht stattfinden. 2. Sollte der Vertrag vom VormGer. nicht genehmigt werden, so braucht die Rückzahlung des Kaufpreises an die Käuferin nicht vor Ablauf von drei Monaten zu erfolgen.“ Der Verkauf und die Auflassung des Grundstücks sind durch das VormGer.

und die nach dem PrGrVerfG. v. 10. Febr. 1923 und der Bef. des BundR. v. 15. März 1918 zuständigen Behörden genehmigt worden. Am 6. Mai 1925 hat der neben den J. R. S. und K. zum Testamentvollstrecker bestellte K. A. M. seine Genehmigung zu dem Vertrage in notarieller Urkunde erklärt. Am 2. Juli 1925 ist die Bekl. als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Eine Wertzuwachssteuer ist nicht erhoben. Die Bekl. hat das Grundstück an Vo. weiterverkauft. Vo. ist jetzt als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Die H. B.schen Miterben stehen auf dem Standpunkt, daß die Bekl. den durch den Weiterverkauf des Grundstücks erzielten Preis als rechtlose Bereicherung herauszugeben habe. Sie machen hierzu geltend, daß die Bekl. nicht Eigentümerin des Grundstücks geworden sei, weil der notarielle Kaufvertrag die bei dem Verkauf getroffenen Vereinbarungen nicht vollständig enthalten habe. Die in der privatschriftlichen Urkunde enthaltenen Erklärungen hätten in den notariellen Vertrag aufgenommen werden müssen. Dieser sei also wegen unvollständiger Beurkundung nichtig, was auch die Nichtigkeit der Auflassung zur Folge habe, weil die Genehmigung des VormGer. und der VermBeh. nur zu dem unvollständig beurkundeten Vertrage erteilt sei. Die Auflassung sei aber auch deshalb nichtig, weil die Veräußerung des wertvollen Geländes durch die Testamentvollstrecker für einen Papiermarkpreis von 1550 000 M sich als eine unentgeltliche Verfügung der Testamentvollstrecker darstelle.

Es ist nicht zu beanstanden, daß das BG. die Nichtaufnahme der Vereinbarung über die Rückzahlung des Kaufpreises im Falle der Verjagung der Genehmigung durch das VormGer. für unschädlich erklärt hat. Das BG. führt aus, daß diese Abmachung nur für den Fall gelten sollte, daß der notarielle Kaufvertrag nicht wirksam wurde, daß sie mithin nicht eine Ergänzung des notariellen Vertrages, sondern eine für den Fall von dessen Nichtgeltung getroffene Vereinbarung darstelle. Wenn das BG. hieraus den Schluß zieht, daß diese Abmachung in den notariellen Vertrag nicht aufgenommen zu werden brauchte, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Die Vereinbarung war nicht dazu bestimmt, die rechtlichen Beziehungen der Parteien zu regeln, die sich aus dem Verkauf des Grundstücks ergaben. Sie sollte vielmehr den Bereicherungsanspruch näher bestimmen, der der Bekl. im Falle des Nichtwirkamwerdens des Kaufvertrages zustand. Daraus folgt, daß sie einen Bestandteil des Kaufvertrages nicht bildet.

Aber die Unschädlichkeit der Nichtbeurkundung der die Wertzuwachssteuer betr. Vereinbarungen kann mit der Begr. des BG. nicht gerechtfertigt werden. Das BG. legt dar, daß der erste Satz dieser Vereinbarung lediglich eine Auslegung des § 8 des notariellen Kaufvertrages bezweckt habe und aus diesem Grunde nicht in die Urkunde habe aufgenommen werden brauchen. Es habe nach der Fassung des Kaufvertrages zweifelhaft sein können, ob die Bekl. die Wertzuwachssteuer auch dann in voller Höhe tragen sollte, wenn bei ihrer Festsetzung der durch den Verkauf des Holzes an einen Dritten erzielte Mehrpreis berücksichtigt wurde. Dieser Zweifel wurde durch die privatschriftliche Vereinbarung dahin gelöst, daß die Bekl. auch in diesem Falle die ganze Wertzuwachssteuer zahlen sollte. Insofern diene diese Abmachung nur der Auslegung des Vertrages und habe in diesem nicht aufgenommen werden brauchen. Anders sei es aber mit der Best., daß die Bekl. zur Herauszahlung des auf das Holz entfallenden Teiles der Wertzuwachssteuer im Falle der Rückzahlung durch die Beh. nicht verpflichtet sein sollte. Diese Best. bezwecke nicht eine Erläuterung, sondern eine Änderung der Best. des notariellen Vertrages über die Wertzuwachssteuer und habe deshalb nur durch die Aufnahme in den notariellen Vertrag wirksam getroffen werden können. Es sei aber anzunehmen, daß die Beteiligten sie für unwesentlich gehalten und aus diesem Grunde nicht in die notarielle Urkunde aufgenommen hätten. Sei die Bestimmung aber als unwesentlich angesehen worden, dann sei der im § 139 BGB. vorgesehene Ausnahmefall gegeben. Der notarielle Kaufvertrag sei dann trotz der Unwirksamkeit der Nebenabrede wirksam, weil er auch ohne die Nebenabrede geschlossen sein würde.

Daß das BG. überhaupt die Anwendbarkeit des § 139 BGB. geprüft hat, obwohl die Bekl. sich nicht auf diese Vor-

Schrift berufen, sondern zur Erklärung der Nichtbeurkundung der privatschriftlichen Vereinbarungen nur geltend gemacht hat, daß die Beteiligten diese nur als eine Erläuterung der Vereinbarung über die Zahlung der Wertzuwachssteuer angesehen hätten, ist entgegen der Auffassung der Rev. nicht zu beanstanden. Das BG. konnte aus dem vorgebrachten Sachverhalt Rechtsfolgerungen ziehen, die die Parteien nicht gezogen hatten. Es war nicht gehindert, die Ausnahme des § 139 Halbsatz 2 BGB. von sich aus durch Auslegung festzustellen. Dies gilt um so mehr, als die Frage, ob die Form des § 313 BGB. beobachtet ist, von Amts wegen zu prüfen ist (RG. 61, 264; RWRKomm. § 315 Anm. 5). Die Bef. hat sich doch immerhin darauf berufen, daß der notarielle Vertrag trotz der privatschriftlichen Urkunde wirksam sei und dies genügt. Auch die Erwägungen, mit denen das BG. ausführt, daß der erste Satz der privatschriftlichen Vereinbarung nur der Erläuterung des notariellen Vertrages diene, geben zu rechtlichen Anständen keinen Anlaß. Aber die Gründe, aus denen das BG. die Unwesentlichkeit des Ausschusses der Abführung des auf den Holzbestand entfallenden Teiles der Wertzuwachssteuer an die Verkäufer im Falle der Rückzahlung durch die Behörde zu rechtfertigen versucht, erweisen sich nicht als stichhaltig. Das BG. hat über die geldliche Bedeutung dieser Abrede Feststellungen nicht getroffen. Es hat auch nicht erwogen, ob die Beteiligten den Fall einer Rückzahlung der Wertzuwachssteuer für eine so entfernte Möglichkeit gehalten haben, daß sie aus diesem Grunde auf die Abmachung kein Gewicht gelegt haben. Es stützt sich im wesentlichen darauf, daß ein Beweggrund für die Nichtbeurkundung nicht erkennbar sei, daß ein Versehen oder ein Rechtsirrtum als Erklärungsgrund ausscheide und daß aus diesem Grunde angenommen werden müsse, die Beurkundung sei wegen der Unwesentlichkeit der Abrede unterblieben. Aber der Beweggrund für die Weglassung der Vereinbarung im Vertrage kann ein anderer gewesen sein. Die Beteiligten können Bedenken getragen haben, der Steuerbehörde die Berücksichtigung des Holzwertes bei der Berechnung der Wertzuwachssteuer dadurch gewissermaßen naheulegen, daß sie eine diese Berechnungsart berücksichtigende Vereinbarung in die Vertragsurkunde aufnehmen. Die Beforgnis, daß die Nichtbeurkundung der Vereinbarung die Nichtigkeit des Kaufvertrages zur Folge haben könnte, brauchte sie hiervon nicht notwendig abzuhalten. Zunächst besteht die Möglichkeit, daß die RA. im Gegensatz zu der vom BG. vertretenen Auffassung der Ansicht gewesen sind, daß die Vereinbarung der privatschriftlichen Urkunde in vollem Umfange als Erläuterung des notariellen Vertrages angesehen werden könne. Auch mögen die Anwälte damit gerechnet haben, daß ein Nachteil aus der Nichtbeurkundung nicht entstehen könne, weil auch eine an sich formbedürftige Nebenabrede durch die unmittelbar nachher erklärte Auflassung, der die Eintragung demnächst folgen sollte, geheilt werde.

Da hiernach die Wirksamkeit des notariellen Kaufvertrages mit der bisherigen Begr. des BG. nicht festgestellt werden kann, muß die Sache schon aus diesem Grunde an die Vorinstanz zurückverwiesen werden. Denn das BG. hat ohne Rechtsirrtum dargelegt, daß das Eigentum an dem Grundstück nur dann auf die Bef. übergegangen ist, wenn der zur Erteilung der Genehmigung nach der BundRWD. v. 15. März 1918 und nach dem PrGes. v. 10. Febr. 1923 zuständigen Behörde ein wirksam und vollständig beurkundeter Kaufvertrag vorgelegt worden ist (vgl. für die BundRWD.: JW. 1929, 438; LZ. 1926, 695; für das PrGes. v. 10. Febr. 1923: RG. 111, 244¹⁾; 114, 234²⁾). Auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wirkt nur hinsichtlich desjenigen Vertragsinhalts, der zur Kenntnis des VormGer. gelangt ist (RG. 50, 281; 61, 209; 114, 38).

Aber auch die Entgeltlichkeit der Verfügung der Testamentsvollstrecker kann mit der Begr. des BG. nicht festgestellt werden. Es ist allerdings zutreffend, daß die objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung keine Voraussetzung der Entgeltlichkeit einer Verfügung ist. Es genügt, daß die beiden Leistungen von den Beteiligten für die von ihnen verfolgten Zwecke einander gleichgestellt werden. Vor-

aussetzung hierfür ist aber, wenn es sich um die Verfügung eines Testamentsvollstreckers handelt, daß dieser die beiden Leistungen auch bei Beachtung der ihm in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker obliegenden Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung gleichstellen konnte (RG. 105, 249). Ist dies nicht der Fall, dann mag bei einem ernstgemeinten Kaufvertrage zwar eine schlechthin unentgeltliche Verfügung nicht vorliegen; aber es kommt dann in Frage, ob die Verfügung nicht als eine teilweise unentgeltliche angesehen werden muß (RGUrt. v. 19. Nov. 1931, IV 193/31³⁾); vgl. auch Seuff-Arch. 78 Nr. 15; LZ. 1931, 33⁴⁾). Nun mag es zutreffen, daß die Testamentsvollstrecker am 10. Jan. 1923 den Papiermarkpreis von 1 550 000 M bei den damals üblichen Grundstückspreisen als ein angemessenes Entgelt ansehen konnten. Aber dies ist nicht entscheidend. Es kommt vielmehr darauf an, ob der RA. C. diesen Preis noch i. J. 1925 für angemessen halten konnte. Er mußte bei der Prüfung, ob die Genehmigung des Vertrages seiner Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses entsprach, von den zur Zeit der Genehmigung maßgebenden Verhältnissen ausgehen. Wenn seine Genehmigung auch nach § 184 Abs. 1 BGB. auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses zurückwirkte, so bestand doch andererseits so lange ein verbindlicher Kaufvertrag und eine wirksame Auflassung noch nicht, als der Vertrag und die Auflassung nicht auch von dem dritten Testamentsvollstrecker genehmigt worden waren. Für den Entschluß des Testamentsvollstreckers C., ob er einen bis dahin für den Nachlaß unverbindlichen Kaufvertrag und einer bis dahin unwirksamen Auflassung durch seine Genehmigung Wirksamkeit verschaffen wollte, konnten aber nur die im Zeitpunkt der Genehmigung bestehenden Verhältnisse maßgebend sein. Nur nach diesen konnte der Testamentsvollstrecker entscheiden, ob die Genehmigung im Interesse der Erben lag und deshalb mit seiner Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses vereinbar war. Das BG. irrt deshalb in der Annahme, der RA. C. habe den im notariellen Vertrage vereinbarten Preis schon deshalb als ein angemessenes Entgelt ansehen dürfen, weil er zur Zeit des Vertragschlusses als angemessen gelten konnte. Auch der Umstand, daß der Kaufpreis am 10. Jan. 1923 bar bezahlt worden war, ist für sich allein nicht von entscheidender Bedeutung. Wenn der dritte Testamentsvollstrecker die Genehmigung des Vertr. verweigerte, dann verlor diese Zahlung damit die Bedeutung der Berichtigung des Kaufpreises. Andererseits konnte die Tatsache, daß der Preis bereits am 10. Jan. 1923 bezahlt war, auch für den Entschluß des RA. C. zur Genehmigung von Bedeutung sein. Denn der Nachlaß war im Falle der Verweigerung der Genehmigung zur Rückzahlung dieser Summe verpflichtet, und i. J. 1925 bestand bereits Klarheit darüber, daß die Rückzahlung nicht zum Nennbetrage erfolgen konnte, sondern eine Aufwertung stattzufinden hatte. Ob der RA. C. bei Berücksichtigung dieser Aufwungsverpflichtung die Genehmigung des Vertrages als eine seiner Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses entsprechende entgeltliche Verfügung ansehen konnte, hat das BG. bisher nicht geprüft. Bei der danach vorzunehmenden Prüfung wird das BG. zu erwägen haben, welche Bedeutung dem Verhalten der Bef. für die Entsch. darüber, ob eine wirksame Veräußerung des Grundstücks nicht vorliegt, zukommt, ob die Bef. die Genehmigung herbeigeführt hat, und ob sie bei der gebotenen Sorgfalt erkennen konnte, daß die Testamentsvollstrecker ihre Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verletzten, wenn sie noch i. J. 1925 dem bis dahin für den Nachlaß unverbindlichen Vertrage vom 10. Jan. 1923 durch die Herbeiführung der Genehmigung von seiten des dritten Testamentsvollstreckers zur Wirksamkeit verfälschen (RG. 130, 134⁴⁾; 75, 302⁵⁾; 83, 353⁶⁾).

(U. v. 11. Febr. 1932; 366/31 VI. — Berlin.) [H.]

16. § 2227 BGB.; § 1048 RPD.: § 12 FGG. Der Erblasser kann die Befugnis des Erben, die Entlassung eines Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grunde beim Nachlassgericht zu beantragen, nicht dadurch erschweren, daß er die

¹⁾ JW. 1925, 2284.

²⁾ JW. 1926, 2617.

³⁾ JW. 1932, 400.

⁴⁾ JW. 1931, 2290.

⁵⁾ JW. 1911, 899.

⁶⁾ JW. 1915, 299.

Entscheidung über einen solchen Antrag einem Schiedsgericht überträgt oder von der Vorentscheidung eines Schiedsgerichts abhängig macht oder das Schiedsgericht ermächtigt, den Erben zur Zurücknahme eines bereits gestellten Antrags zu verurteilen. †)

Mit der Anrufung des im Testament des Erblassers vom 17. Okt. 1922 angeordneten Schiedsgerichts und mit dem weiteren Betreiben des schiedsrichterlichen Verfahrens haben sich die Bekl. dagegen gewandt, daß der Kl. beim Nachlaßgericht die Entlassung der E. beantragt hatte. Sein Antrag war auf § 2227 BGB. gestützt. Durch den Antrag des Kl. war ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Gang gesetzt worden (vgl. RGRKomm. Anm. 1 zu § 2227 BGB.; Planck, 4. Aufl., Anm. 1 zu § 2227 BGB.). Hier gilt nach § 12 FGG. der Grundsatz, daß das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranlassen und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen hat. Auf Grund des gestellten Antrags war sonach das Nachlaßgericht verpflichtet, von Amts wegen und unter voller eigener Verantwortlichkeit zu erörtern, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der die Entlassung der Bekl. zu 1 und 2 aus ihrem Testamentsvollstreckeramt rechtfertigen würde. Der von der Rev. herangezogene Umstand, daß nach dem Gesetz der E. sonst nicht unter Aufsicht des Nachlaßgerichts steht und daß dieses keine Befugnis hat, von Amts wegen gegen ihn einzuschreiten, ist für die Beurteilung durchaus unmaßgeblich; nach der Stellung des Antrags aus § 2227 BGB. durch einen Beteiligten galt jedenfalls der in § 12 FGG. niedergelegte Grundsatz des Offizialbetriebs in vollem Umfange. Nachdem das Nachlaßgericht schon im Sinne des Antragstellers entschieden hat und die Sache in den Rechtszug der Beschwerde gelangt ist, liegt die in § 12 a. a. O. begründete Pflicht nunmehr dem zuständigen LG. ob. In diesem Verfahren ist kein Raum dafür, daß irgendeine andere Stelle mit bindender Wirkung für die Gerichtsbehörden Beschlüsse fassen könnte. Namentlich wäre — wie das BG. zutreffend ausgeführt hat — einem Schiedsgerichte oder einem Schiedsgutachten über die Frage, ob ein wichtiger Grund für die Entlassung eines E. gegeben ist, jede Bedeutung für die von den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erlassenden Entscheidungen abzusprechen. Eine Wirksamkeit des von den verklagten Miterben angerufenen Schiedsgerichts in dieser Richtung ist also ausgeschlossen.

Für die Tragweite einer etwaigen Entscheidung dieses Schiedsgerichts verbliebe sonach nur der Gesichtspunkt, ob sie den Kl. zur Zurücknahme seines Antrags nötigen könnte, die an sich zweifellos zulässig wäre. Die von den Bekl. vor dem Schiedsgericht gestellten Anträge umfassen auch dieses Verlangen. Denkbar wäre eine Verurteilung des Kl. zur Abgabe der Zurücknahmeerklärung und die Vollstreckung einer solchen Entscheidung nach § 894 Ab. 1 Satz 1 i. Verb. m. § 1042 ZPO.; auch könnte die Begründung einer nur schuldrechtlichen Verpflichtung zur Zurücknahme des Antrags durch Schiedspruch in Frage kommen.

Der Vorderrichter hat es unternommen, den Willen des

Zu 16. Der Entsch. ist durchaus beizustimmen. (Die ihr zugrunde liegende Ansicht, daß aus § 2220 BGB. sich ergibt, daß dem Willen des Erblassers bei Anwendung des § 2227 wegen grober Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers keine ausflaggebende Bedeutung beizumessen ist, ist übrigens auch schon im Beschl. des RG. v. 27. April 1903: OLG. 8, 280 zum Ausdruck gekommen.) Es muß in der Tat als Wille des Gesetzgebers angesehen werden, „jede Beschränkung des Erben in der Geltendmachung derjenigen Rechte gegen den E. dem Erblasser zu verwehren, die sich aus der Verletzung der im § 2220 genannten Verpflichtungen ergeben“. Hieraus folgt aber zwingend, daß der Erblasser dem Erben auch die Ausübung des Rechtes aus § 2227, d. h. die Antragstellung auf Entlassung des E. wegen grober Pflichtverletzung weder direkt verbieten noch mittelbar dadurch einschränken und verkümmern kann, daß er das Antragsrecht des Erben an die Vorentscheidung eines Dritten knüpft. Ebenso klar ist es, daß der Erblasser auch nicht einem Schiedsgericht die Entsch. darüber überlassen kann, ob ein vom Erben nach § 2227 gestellter Antrag von ihm wieder zurückzunehmen ist; denn sonst könnte ja das Gesetz auf diese Weise einfach umgangen, gewissermaßen in sein Gegenteil verkehrt werden, da ja beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers das Gesetz jedem Be-

Erblassers darüber zu erforschen, wie weit reichende Zuständigkeiten er dem von ihm angeordneten Schiedsgericht hat beilegen wollen. Der erf. Sen. ist aus grundsätzlichen Erwägungen der Meinung, daß es hierauf nicht entscheidend ankommen kann. Auch wenn man in Ansehung der Willensrichtung des Erblassers alles von den Bekl. behauptete als richtig unterstellt, ist dennoch die Bindung des Kl. zu verneinen, die sie geltend machen wollen.

Um das Verhältnis zwischen dem Erben und dem E., um das es sich hier im Kern der Sache handelt, erschöpfend zu würdigen, bedarf es des Eingehens auf gewisse Grundgedanken der Lehre des BGB. vom E. (§§ 2197 ff.). Zu ihren hauptsächlichsten Kennzeichen gehört die freie Stellung gegenüber dem Erben, die ihm das Gesetz einräumt. Nach § 2204 BGB. hat der E. nach seinem Ermessen die Auseinandersetzung zwischen mehreren Erben zu bewirken und diese nur dabei zu hören. Nach § 2205 hat er allein den Nachlaß zu verwalten und ist berechtigt, ihn in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen. § 2206 ermächtigt den E. in weitem Umfange zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß und verpflichtet den Erben zur Erteilung seiner Einwilligung; § 2207 läßt in dieser Hinsicht noch weitergehende Anordnungen des Erblassers zu. Im § 2211 wird dem Erben das Recht verweigert, über einen der Verwaltung des E. unterliegenden Nachlaßgegenstand zu verfügen. Endlich stellt § 2212 den Grundsatz auf, daß ein der Verwaltung des E. unterliegendes Recht nur von diesem gerichtlich geltend gemacht werden kann. Diesen umfassenden Berechtigungen des E. stellt andererseits das Gesetz eine Reihe von Verpflichtungen gegenüber, die in den §§ 2215—2219 BGB. zusammengestellt sind. Hervorgehoben seien hier: die Pflicht, dem Erben ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände und der Nachlaßverbindlichkeiten mitzuteilen (§ 2215); die Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses (§ 2216); die Bestimmung, daß auf das Rechtsverhältnis zwischen dem E. und dem Erben ein Teil der für den Auftrag geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden soll, und daß bei einer länger dauernden Verwaltung der Erbe jährlich Rechnungslegung verlangen kann (§ 2218); endlich die Schadensersatzpflicht des E. bei schuldhafter Verletzung der ihm obliegenden Verpflichtungen (§ 2219). Sodann ist im § 2220 BGB. bestimmt: „Der Erblasser kann den E. nicht von den ihm nach den §§ 2215, 2216, 2218, 2219 obliegenden Verpflichtungen befreien.“ Dieser letzteren Vorschrift ist — worauf die Revisionsbeantwortung zutreffend hinweist — der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, nicht zuzulassen, daß ein Erblasser den Erben mit gebundenen Händen dem ausgedehnten Machtbereich des E. überliefert. Die den weitgehenden Befugnissen des letzteren entsprechenden Verpflichtungen werden vom Gesetz als so bedeutungsvoll angesehen und mit so großer Bestimmtheit aufgestellt, daß es auch dem Erblasser verboten sein soll, zum Nachteil des Erben daran etwas zu ändern. Ist aber dies die Absicht des Gesetzgebers, so liegt darin auch der Wille, jede Beschränkung des Erben in der Geltendmachung derjenigen Rechte gegen den

teiligten das Recht gibt, die Entlassung des E. zu beantragen, und demnach nur dieser Berechtigte selbst und allein darüber zu entscheiden haben kann, ob er den Antrag stellen und aufrechterhalten will oder nicht.

Nicht minder richtig ist der in erster Linie von der Entsch. betonte Gesichtspunkt, daß schon mit Rücksicht auf § 12 FGG. in dem durch Antrag eines Erben eingeleiteten Verfahren des Nachlaßgerichts auf Grund des § 2227 kein Raum für Entsch. irgendeiner Vorfrage oder einschlägigen Frage durch ein Schiedsgericht ist. Denn nur dem Nachlaßgericht ist die Entlassungsbefugnis gegeben und an seiner Stelle oder irgendwie für das Nachlaßgericht maßgebend kann kein Schiedsgericht eine Entsch. in dieser Angelegenheit treffen. Es dürfte übrigens auch die richtige Auslegung der hier in Frage stehenden erblasserischen Anordnung schon dazu führen, als im Willen des Erblassers gelegen die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur Entsch. von Streitigkeiten unter Anschluß des Rechtswegs nur insoweit anzunehmen, als andernfalls die ordentlichen Streitgerichte zuständig sein würden. An eine Einschränkung der im § 2227 begründeten Zuständigkeit des Nachlaßgerichts hat der Erblasser kaum gedacht.

Wch. ZM. Dr. Felix Herzfelder, München.

EW., die sich aus der Verletzung der gedachten Verpflichtungen ergeben, dem Erblasser zu vermehren. Darf er den EW. nicht von ihrer Einhaltung befreien, dann darf er ihnen gemäß auch den Erben in keiner Weise hindern, die aus etwaiger Verletzung jener Verpflichtungen für ihn entspringenden Rechte auszuüben. Würde man hier anders urteilen, dann würde die Vorschrift des § 2220 BGB. sich als stumpfe Waffe erweisen und den Zweck einer festen Bindung des EW. an die in den §§ 2215, 2216, 2218, 2219 daf. ihm auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllen können. Zu den Mitteln, durch die der Erbe Pflichtverletzungen des EW. geltend machen kann, gehört aber in erster Reihe die im § 2227 BGB. ihm verliehene Befugnis, die Entlassung des EW. beim Nachlassgericht zu beantragen. Der Wortlaut des Paragraphen setzt sich auch in gewisser Hinsicht zu den die Verpflichtungen des EW. behandelnden Vorschriften in Beziehung, denn als Beispiel eines Entlassungsgrundes wird zunächst „grobe Pflichtverletzung“ angeführt. Die Anordnung eines Erblassers, sein Erbe dürfe wegen Pflichtverletzungen des EW. nicht dessen Entlassung beantragen, wäre mithin entsprechend dem Gedanken, der dem § 2220 zugrunde liegt, als unverbindlich zu betrachten. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn zwar kein Verbot der Ausübung des Rechts aus § 2227 ausgesprochen wird, wenn aber letztwillige Bestimmungen getroffen werden, die den Erben bei der Ausübung jenes Rechts an die Vorentscheidung eines Dritten binden wollen. Auch eine solche Erschwerung des Vorgehens des Erben gegen den EW., der nach seiner Meinung pflichtwidrig gehandelt hat, widerspricht der grundsätzlichen Auffassung des Gesetzes. Der Erblasser darf sonach auch einem Schiedsgericht, das er — sonst in zulässiger Weise — eingesetzt hat, nicht die Befugnis übertragen, darüber zu entscheiden, ob der Erbe zur Stellung eines Antrages nach § 2227 BGB. berechtigt sei, oder ob er einen etwa schon gestellten Antrag zurückzunehmen habe.

Die Beurteilung könnte auch dann keine andere sein, wenn man mit der Rev. den Gesichtspunkt der Auflage (§§ 2192 ff. BGB.) in den Vordergrund rücken wollte.

Der Verh. ist, wenn auch auf anderen Wegen, zu derselben Anschauung gelangt. Er spricht aus, daß er eine Beschränkung des Erben in der Geltendmachung der Rechte, die ihm § 2227 BGB. gibt, als eine unzulässige Knebelung des Erben ansehe, welche die Grundsätze des Erbrechts verletze und geradezu gegen die guten Sitten verstoße. Ob in dem Verhalten des Erblassers eine Sittenswidrigkeit liegen würde, kann unerörtert bleiben; den übrigen Gesichtspunkten des Verh. ist, wie dargelegt, im Ergebnis beizustimmen.

(U. n. 23. Juni 1931; 237/30 VII. — Darmstadt.) [Stu.]
(= RG. 133, 128.)

17. §§ 2231 Nr. 2 BGB. Das eigenhändige Testament verlangt Namensunterschrift. †)

Die Erblasserin hat ihren „letzten Wunsch“ in der Form eines Briefes an ihre beiden Kinder gerichtet, wenn der Brief

Zu 17. I. An die Worte des § 2231 Ziff. 2, daß der Erblasser das eigenhändige Testament „zu unterschreiben“ habe, knüpft sich die Streitfrage, was unter Unterschrift i. S. dieser Best. zu verstehen sei. Zunächst fällt der Unterschied des Wortlautes gegenüber dem des § 126 auf. Während dort für „schriftliche“ Willenserklärungen im allgemeinen die „Namensunterschrift“ des Erklärenden vorgelesen ist, spricht § 2231 Ziff. 2 von „unterschreiben“ schlechthin. Man hat daraus folgern wollen, daß bei der Unterschrift i. S. des § 2231 Ziff. 2 der Erblasser sich auch in anderer Weise bezeichnen könne als durch einen Namen. So haben insbes. mit Dernburg, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., § 29 Anm. 12, Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., S. 295 Anm. 3, Glaser: ZF. Ob 646, DLG. Braunschweig: DWRpr. 16, 270 und Dresdner: SächsZ. 14, 348 Unterschriften durch Bezeichnung des Familienverhältnisses („Euer Vater“, „Euere Mutter“ u. ä.) genügen lassen, wenn das Testament in Form eines Briefes oder einer Mitteilung an Familienangehörige gehalten ist und die Identität des Unterzeichnenden mit dem Erblasser nach den allgemeinen beweisrechtlichen Regeln dargetan werden kann.

Demgegenüber hat das RG. in ständiger Praxis derartige unterschriftliche Bezeichnungen als nicht ausreichend, vielmehr Unterschrift mit dem Namen als erforderlich erklärt (DWRpr. 36, 234; RGZ. 48, 85; 51, 77).

Im vorl. Falle hatte die Erblasserin ein Schriftstück, das mit

auch nicht abgelehnt, sondern im Nachlaß gefunden worden ist. Inhalt und Fassung des Schriftstücks geben zu Zweifeln Anlaß, ob die Erblasserin eine die Erben bindende rechtsgeschäftliche Verfügung über ihren Nachlaß treffen oder den Kindern bloße Wünsche mitteilen wollte, deren Erfüllung diesen anheimgegeben sein sollte. Derartige Bedenken werden sich in der Regel dann ergeben, wenn der Schreiber, wie es beim Briefwechsel unter Verwandten üblich ist, das Schreiben nicht mit feiner Namensunterschrift, sondern, wie hier, lediglich mit einer dem Verwandtschaftsverhältnis entsprechenden Bezeichnung abschließt.

Im vorl. Fall liegt aber ein gültiges Testament schon deshalb nicht vor, weil das Schreiben keine dem § 2231 Nr. 2 BGB. genügende Unterschrift aufweist.

Nach § 2231 Abs. 2 ist eigenhändige Unterschrift des Erblassers Formerfordernis des privatschriftlichen Testaments. Was unter solcher Unterschrift zu verstehen sei, entnimmt das RG. (vgl. insbes. RGZ. 51, A 77) dem § 126 Abs. 1 BGB., der, wenn das Ges. für ein Rechtsgeschäft schriftliche Form vorschreibt, Unterzeichnung der Urkunde durch eigenhändige Namensunterschrift oder durch öffentlich beglaubigtes Handzeichen erfordert und der hier, da § 2231 Nr. 2 die Unterzeichnung durch Handzeichen nicht zuläßt, nur insoweit in Betracht kommen kann, als er die eigenhändige Namensunterschrift verlangt. Diese Auffassung des RG. steht mit der RGWspr. im Einklang. Der Sen. hat in RG. 87, 109¹⁾ die Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 126 Abs. 1 bereits in RG. 110, 166 aufgegeben. Wenn auch nicht ausnahmslos die Unterzeichnung mit dem vollen Vor- und Zunamen zu erfordern ist, vielmehr insbes. bei Testamenten in Briefform unter gewissen Voraussetzungen die Unterzeichnung mit dem Vornamen genügen wird (vgl. RG. in RGWkomm. § 2231 Anm. 6), so ist doch grundsätzlich an dem Erfordernis der Namensunterschrift in dem Sinne festzuhalten, daß Unterzeichnungen, die überhaupt keinen Teil des Namens enthalten, nicht mehr als Unterschrift i. S. des § 2231 Nr. 2 BGB. gelten können. Schriftstücke, unter denen sich der Schreiber lediglich als „Euer Vater“ oder wie es hier als „Eure treue Mutter“ bezeichnet, sind keine gültigen Testamente.

Diese Ansicht wird auch im Schrifttum überwiegend vertreten (Planck, Komm. Anm. II 3a; Ripp, Erbrecht § 13 IV; Leonhard, Komm. Anm. III C 1c; Strohal, Erbrecht § 21a Nr. II 8; Jaström: ZF. 34, 502; Jofei: ArchZwPr. 100, 433; Freyschmar, Erbrecht § 18 II 3a; Gosack, 6. Aufl., § 381 I 3 und jetzt auch RGWkomm. § 2231 Anm. 6; a. A. Dernburg V § 29 Anm. 12; Staudinger-Herzfelder, Komm. Anm. VB Abs. 4; Danz, Auslegung S. 295 Anm. 3; Gosack-Mitteis II § 118 I 1). Herzfelder meint, wenn man für Testamente in Briefform die beim Briefwechsel unter nahen Verwandten und guten Bekannten übliche Art der Unterschrift mit dem Vornamen als ausreichend ansehe, sei es folgerichtig, auch Unterzeichnungen wie „Euer Vater“ gelten zu lassen, sofern aus dem übrigen

den Worten beginnt „Mein letzter Wunsch. Dieber Fritz und liebe Mita“ mit den Worten „Euere treue Mutter“ unterschrieben. Das HansDLG. möchte dieses Schriftstück als gültiges Testament erachten, es sieht sich aber daran durch die erwähnte Rspr. des RG. gehindert. Das RG., dem es gem. § 28 FGG. den Fall vorgelegt hat, hat mit Recht i. S. des RG. und der im Schrifttum überwiegend vertretenen Anschauung entschieden.

II. 1. Der Unterschied in der Fassung der §§ 126 und 2231 Ziff. 2 erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte. Das eigenhändige Testament ist bekanntlich — als ordentliche Testamentsform — erst von der RKommission in den Gesetzbuchentwurf eingefügt worden. Maßgebend war der Wunsch der rheinischen Bevölkerung, die ihr aus dem rheinischen Recht vertraute Testamentsform beizubehalten. Als Vorbild diente Art. 790 Code civil, der in seinen wesentlichen Punkten wörtlich übernommen wurde („Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté, et signé de la main du testateur...“ — „Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden... durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung“). Im franz. Recht war und ist herrschende Meinung, daß die Unterschrift eine Namensunterschrift sein müsse; die Erörte-

1) ZB. 1915, 1359.

Inhalt des Testaments die Person des Unterzeichnenden klar erkennbar und der Brief ersichtlich als Testament gewollt sei. Diese Schlussfolgerung scheidet daran, daß im letzteren Falle überhaupt keine Namensunterschrift vorliegt. Wenn Testamente in Briefform grundsätzlich anerkannt worden sind, so sind praktische Rücksichten maßgebend gewesen, die aber nicht dahin führen können, daß bei solchen Testamenten von dem Formerfordernis der Namensunterschrift völlig abgesehen wird. Übrigens hebt das RG. a. a. O. zutreffend hervor, daß auch nach dem Sprachgebrauch des praktischen Lebens unter Unterschrift die Namensunterschrift verstanden wird. Es kann daher regelmäßig damit gerechnet werden, daß, wer in einem Brief eine rechtsverbindliche letztwillige Verfügung treffen will, die Namensunterschrift nicht verabsäumen wird.

(Beschl. v. 2. Nov. 1931; 30/31 IV B. — Hamburg.) [Ra.]
 (= RG. 134, 308.)

rungen der Literatur und Judikatur beschäftigen sich immer nur mit der Frage, welcher Art die Namensunterschrift sein müsse, ob Vorname, Hausname, Künstlername genüge. Das Ergebnis ist: der Erblasser muß mit dem Namen unterzeichnen, dessen er sich im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr bedient. Testamente mit anderer als Namensunterschrift, etwa durch Angabe des Familienverhältnisses, scheinen die Judikatur überhaupt nicht beschäftigt zu haben¹⁾ — das ist bezeichnend (vgl. Marcadé, Code Civil⁷, 4 p. 11; Demolombe, Donations, 4 n. 102 etc.; Demante, Code Civil², n. 115 bis III; Huc, Code Civil, 6 n. 278; Aubry et Rau⁵, 10 § 666; Laurent, Droit Civil³, 13 n. 221 etc.; Baudry-Lacantinerie et Colin³, 11 n. 1985 etc.; Planiol, Droit Civil¹⁰, 3 n. 2689; Colin et Capitant, Droit Civil⁴, 3 p. 856; Dalloz, Répertoire Prat. 12 v. Testament, n. 183 etc.; Juris-classeur Civil, Art. 970, Principes, n. 162 etc.). Im österr. Gesetzbuch, das neben dem franz. gleichfalls als Vorbild diente, ist das Erfordernis der Namensunterschrift ausdrücklich ausgesprochen (§ 578).

2. Das HansOst. will seine Ansicht vor allem auf die Grundsätze stützen, die RG. 87, 109 hinsichtlich des nur mit dem Vornamen unterzeichneten Brieftestamentes aufgestellt hat. Ähnlich wie zahlreiche Entsch. anderer Gerichte (vgl. RG.: NZA. 14, 280; JW. 1916, 973; 1917, 489; OStRspr. 40, 139; Ost. Dresden: JW. 1916, 445; BayObLG.: HöchstRspr. 1930 Nr. 986) hat es dort ausgesprochen, daß bei einem Testament, das sich in die Form eines an nahe Angehörige gerichteten Briefes kleidet, die Unterschrift mit dem bloßen Vornamen dem Erfordernis der Namensunterschrift genüge. Ein solches Schriftstück stelle ein gültiges Testament dar, wenn aus sonstigen, aus dem Testament selbst sich ergebenden Umständen die Identität des Erblassers mit dem Unterschriftenden und sein ernstlicher Testamenterrichtungswille bewiesen seien. Mit aller Deutlichkeit spricht das RG. nunmehr aus, daß diese dem favor testamenti entspringende Begünstigung nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, daß vielmehr an dem Erfordernis der Namensunterschrift in jedem Falle, auch in dem des Brieftestaments, festzuhalten sei.

III. Diese Entsch. ist zu begrüßen. Sie beugt einer mit dem Gesetz nicht mehr verträglichen Lockerung der an sich schon außerordentlich milden Formvorschriften des eigenhändigen Testaments vor, und es fragt sich nur, ob nicht bereits die Anerkennung des nur mit dem Vornamen unterzeichneten Brieftestamentes bereits zu weit geht. Die Bestimmung, daß das eigenhändige Testament vom Erblasser zu unterzeichnen sei, ist eine Formvorschrift. Ihre Auslegung muß unter der Berücksichtigung der Zwecke erfolgen, die das Gesetz mit der Form verfolgt²⁾. Für das Erfordernis einer bestimmten Form sind beim eigenhändigen Testament die folgenden Erwägungen maßgebend:

Durch die Unterschrift soll einmal die Identität des Erklärenden festgestellt werden, sie muß ergeben, von welchem Menschen das Erklärte stamme — und zwar soll die Unterschrift dies aus sich heraus ergeben, nicht erst aus der Heranziehung sonstigen Beweismaterials. Aus der Unterschrift selbst muß hervorgehen, wer der Schreiber der darüberstehenden Erklärung ist, mindestens insoweit, als es sich um die Identifizierung nach dem Namen handelt. Nur zur Bestimmung, welcher von mehreren Trägern des gleichen Namens der Schreiber sei, können außerhalb der Unterschrift selbst liegende Momente herangezogen werden. Das RG. will zum Beweis der Identität außer der Unterschrift alle aus dem Testament selbst ersichtlichen Umstände heranziehen. Die Unterschrift müsse zwar eine Namensunterschrift sein, aber sie müsse weder den vollen noch den richtigen Namen angeben. Es genüge, wenn, wie z. B. beim Pseudonym, der Name aus sich selbst heraus den Träger genügend identifiziere oder wenn, wie bei Unterschrift mit dem Vornamen allein, das Testament

18. § 2241 BGB. Die Möglichkeit, durch das Notariatsregister das fehlende Datum der Testamentserrichtung zu ermitteln, genügt nicht zur Erfüllung des Formzwanges.

Das in Nr. 393 des Notariatsregisters des Notars S. in G. für 1925 eingetragene Protokoll gibt zu Eingang mit den Worten: „Verhandelt zu G., Bismarckstr. 4, in der Klinik des Herrn Dr. Sch.“ nur den Ort, nicht aber den Tag der Testamentserrichtung an. In dem Protokoll ist der Vorgang der Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift dargestellt, und es ist gesagt: „Die Eheleute R. übergaben darauf dem Notar die diesem Protokoll als Anlage beigelegte verschlossene, mit der Aufschrift: „Hierin befindet sich unser gemeinsames Testament. G., den 28. Dez. 1925. Heinrich R. Emma R.“ und auf der Rückseite mit einem Siegel versehene Schrift.“

selbst genügende Anhaltspunkte zur Identifizierung des Schreibers gebe. Außerhalb des Testamentes liegende Umstände dürften allerdings zur Ergänzung einer unvollständigen Unterschrift nicht herangezogen werden. Das ist richtig, soweit der Erblasser mit dem Namen unterschrieben hat, unter dem er im bürgerlichen Alltagsverkehr der Allgemeinheit gegenüber sich zu bezeichnen pflegte; geht man darüber hinaus, so verschwindet eine sichere Grenze und man kommt zu so bedenkliehen Entsch. wie der des BayObLG.: HöchstRspr. 1930 Nr. 986: Der Erblasser hatte seine letzten Wünsche in einem Brief an seinen Schwager niedergelegt, den er nur mit dem Anfangsbuchstaben E. seines Vornamens Emil unterzeichnete. Das Gericht erkennt dieses Schriftstück als gültiges Testament an, weil der Erblasser in Briefen an seinen Schwager sich immer so bezeichnet habe und weil somit für alle Beteiligten die Person des Verf. zweifelsfrei feststehet. Letzteres mag richtig sein, aber die Person des Schreibers ergibt sich eben nicht aus der Unterschrift allein, sondern nur aus der Heranziehung des außerhalb des Testamentes liegenden Umstandes, daß der Erblasser sich in Briefen an seinen Schwager stets so zu unterzeichnen pflegte.

Die Namensunterschrift soll aber nicht nur — aus sich heraus — die Person des Erklärenden zweifelsfrei anzeigen, sie soll auch dem Beweis der Echtheit des Schriftstückes und der Unterschrift dienen. Gerade deshalb verlangt das Gesetz für das Testament die Vollständigkeit, weil die Handschrift als schwer zu fälschendes Merkmal der Persönlichkeit die Echtheit garantiert, und im höchsten Grade liegt dieses die Echtheit garantierende Moment in der Unterschrift, deren Ausführung durch die Individualität des Schreibers die stärkste Prägung und Festlegung erhält. Der gleiche Grund, aus dem ein Scheckkunde seine Unterschrift bei der Bank einzureichen, ein Kaufmann seine Unterschrift beim Handelsregister zu hinterlegen hat (§ 12 HGB.), muß für die Auslegung des Unterschriftserfordernisses in § 2231 Abs. 2 maßgebend sein: Nur die Unterschrift mit dem vollen Namen, dessen sich der Erblasser im Leben bedient hat, läßt mit genügender Sicherheit den Schluß auf die Echtheit zu.

Nach dem Erfordernis der Unterschrift mit dem vollen Namen weisen noch andere Erwägungen: Die Formvorschrift soll dem Beweis des rechtsgeschäftlichen Willens des Erklärenden dienen. Gerade beim Testament ist die Abgrenzung der mit rechtsgeschäftlicher Wirkung gewollten Erklärung von solchen Wünschen des Erblassers erforderlich, deren Erfüllung er der reinen Pietät der Hinterbliebenen anheimstellen will. Wird der letzte Wille in die Form eines Briefes gekleidet, so spricht schon der erste Anschein gegen den rechtsgeschäftlichen Willen. Die Praxis betont daher, daß beim Brieftestament der rechtsgeschäftliche Wille aus besonderen Umständen erhellen müsse. Aber auch hier ist zu bedenken, daß das Gesetz selbst durch seine Formvorschrift für den Beweis dieses Willens Sorge getragen hat und daß es nicht angeht, diesen Beweis durch einen anderen zu ersetzen. Daß der zunächst durch die Erfüllung der Form gegebene Beweis durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann, darf nicht dazu führen, den Beweis selbst auf andere Weise zuzulassen.

Schließlich noch eine letzte Erwägung: Die Formvorschriften sollen dem Erklärenden selbst den Ernst des Rechtsgeschäfts vor Augen führen, ihn zur ruhigen Überlegung des Ob und Wie des beabsichtigten Geschäfts veranlassen. Bei einem solch wichtigen Geschäft wie dem Testament muß diese Erwägung eine besondere Rolle spielen. Die Zulassung des nur mit dem Vornamen unterzeichneten Brieftestamentes ist geeignet, auch diesen Zweck der Formvorschrift illusorisch zu machen.

Der favor testamenti darf nicht dazu führen, die weniger leicht zu erfüllenden, rechtspolitisch wohlbegründeten Formvorschriften des eigenhändigen Testaments aus den Angeln zu heben. Der Rechtssicherheit wäre damit ein schlechter Dienst geleistet. Daß das RG. auf diesem vom Gesetz wegführenden Wege ein, wenn auch vielleicht bereits an zu entfernter Stelle liegendes halt gebietet, ist dankenswert.

PrivDoz. Dr. Max Heinestein, Berlin.

¹⁾ Anders in Italien; vgl. neuesten App. Roma v. 28. Juli 1931, Foro it. 31. I. 1446: Brief mit Unterschrift „All' padre tuo“ ist gültiges Testament.

²⁾ Das verkennet die erwähnte Entsch. des römischen Appellhofes.

Irgendwelche Verweise oder Bemerkungen über den Tag der Errichtung selbst enthält der Text des Protokolls nicht. Das Protokoll mit der oben erwähnten verschlossenen Anlage war von dem Notar gemäß § 2246 BGB. in einem verschlossenen Umschlag mit Anschriften v. 29. Dez. 1925 zur amtlichen Verwahrung überreicht worden. Der Umschlag war von dem Notar mit folgendem Vermerk versehen: „Hierin befindet sich das heute vor mir durch Übergabe einer Schrift errichtete gemeinschaftliche Testament der Frau Emma R. geb. T. und ihres Chemannes, des Herrn Kaufmanns Heinrich R. in G., J.straße 42. Wertgegenstand: 20 000 R.M. G., den 28. Dez. 1925. Gez. Karl S., Notar. Nr. 393 des Notariatsregisters für 1925.“

Dieser Umschlag war mit dem Notariatsstempel versehen. Ferner war darauf eine Stempelmarke über 20 R.M. mit folgendem Vermerk entwertet: „28. Dez. 1925. G., S.“ Auf Grund dieses Sachverhalts hat das BG. festgestellt, daß das Protokoll eine Angabe des Tages der Verhandlung nicht enthalte und daß sich auch kein Vermerk in dem Protokoll befinde, der in Verbindung mit den begleitenden Umständen einen sicheren Schluß auf den Tag der Errichtung zuließe. Unter Bezugnahme auf die in der ZB. 1917, 926³ abgedruckte Entsch. des erf. Sen. v. 12. Juli 1917, IV 143/17, hat das BG. die Formvorschrift des § 2241 BGB. mangels Angabe des Tages der Verhandlung nicht für erfüllt erachtet und darauf die Feststellung der Richtigkeit des Testaments gegründet.

Giergegen wendet sich die Rev., die die Verletzung des § 2241 BGB. und § 176 FGG. rügt. Zur Begründung ist geltend gemacht, daß die von dem BG. bei der Auslegung des § 2241 angewandte Strenge der neueren Rspr. nicht entspreche. Die Bestimmungen des § 2241 BGB. seien im Gegensatz zu denen des § 176 FGG. dahin auszulegen, daß eine Ergänzung fehlender und unvollständiger Angaben des Protokolls aus den gemäß § 2246 BGB. vorgesehenen Akten zulässig sei. Im vorliegenden Falle habe sich das richtige Datum des 28. Dez. 1925 aus der überreichten Anlage des Protokolls, ferner aus dem vom Notar gezeichneten Umschlag, aus dem Entwertungsvermerk des Stempels und ferner daraus ergeben, daß am Kopfe des Protokolls selbst der Vermerk gemacht sei „Nr. 393 des Notariatsregisters für 1925“. Gemäß Art. 95 Pr.FGG. führe das Notariatsregister die aufgenommenen Akte einerseits unter fortlaufender Nummer, andererseits unter Angabe des Tages der Ausstellung auf, es ergebe sich also aus der Nummer der Tag der Errichtung, der durch das Notariatsregister selbst mit unbedingter Sicherheit ergänzt werden könne.

Die Rspr. des RG. läßt die Klarstellung unrichtiger oder unvollständiger Orts- und Zeitangaben im Rahmen des § 2241 Nr. 1 BGB. zu, wenn sich diese Klarstellung aus der Testamentsurkunde selbst gegebenenfalls unter Verwendung offenkundiger Tatsachen oder aus den die Testamentserrichtung betreffenden, gesetzlich vorgeschriebenen Beurkundungen, die mit dem Errichtungsakt in unmittelbarem Zusammenhang stehen (§ 2446 BGB.) erreichen läßt (RG.: ZB. 1920, 587¹⁷ mit Nachweisen). Dagegen ist die in der Literatur streitige Frage, ob eine gleiche Ergänzung zum Zwecke des Erfasses völlig fehlender Orts- oder Zeitangaben möglich sei, in der Rspr. ständig verneint worden (RG.: ZB. 1917, 926³; RG. 109, 368¹; 129, 285²).

Die rechtliche Beurteilung des Streitfalles durch die Vorinstanzen entspricht dieser Rspr., an der festgehalten wird. Das Protokoll selbst enthält nur die Ortsangabe: „Verhandelt zu G. usw.“ Die vorgeschriebene Angabe des Tages der Errichtung fehlt gänzlich. Die im Protokoll wieder-gegebene Aufschrift des von den Testatoren übergebenen Schriftstücks enthält zwar ein bestimmtes Datum. Dieses Datum bildet aber, wie in dem gleichliegenden Fall der oben erwähnten Entsch., ZB. 1917, 926³, ausgeführt ist, „nach dem Zusammenhange nicht einen Teil des Protokolls, d. i. der Darstellung eines Vorgangs, sondern es ist selbst Gegenstand der im Protokoll erfolgten Darstellung“. Irgendein Anhalt dafür, daß die Aufschrift am gleichen Tage auf das Schriftstück gesetzt wäre, an dem das Protokoll aufgenommen

ist, ergibt sich aus dem Protokoll nicht. Die Aufschrift des Notars auf den von ihm gemäß § 2246 BGB. verwendeten Umschlag und der Entwertungsvermerk auf der Stempelmarke gehören nicht zum Protokoll.

Die Rev. versucht, den Vermerk „Nr. 393 des Notariatsregisters für 1925“ am Kopfe des Protokolls als Teil desselben — in Verbindung mit dem Register, das die Akte einerseits unter fortlaufenden Nummern, andererseits unter Angabe des Tages der Ausstellung verzeichnen müsse — als ausreichenden Hinweis auf den Tag der Errichtung in Anspruch zu nehmen. Der Vermerk war allerdings auf der undatierten Urschrift des Protokolls, die demnachst von dem Notar mit der Testamentsanlage in dem Umschlag verschlossen wurde, am Kopf links oben niedergeschrieben, und zwar vor und über den Worten „Verhandelt zu G. usw.“. Ob er im vorliegenden Falle als Teil des Protokolls angesehen werden kann, wie es nach Lage des Einzelfalles möglich ist (RG. 84, 166³), mag dahingestellt bleiben. Ohne Heranziehung der Eintragung aus dem Notariatsregister ergibt der Vermerk nichts über den Tag der Errichtung des Protokolls. Es liegt also auch bei Berücksichtigung des Vermerks nicht eine, wenn auch unvollständige, Angabe des Tages vor, sondern diese Angabe fehlt gänzlich. Wollte man aber auch an der Hand des Vermerks eine im Protokoll enthaltene unvollständige, aber der Ergänzung fähige Datierung annehmen, so wäre zu dieser Ergänzung der Eintragung im Notariatsregister ungeeignet, da er nicht zu den unmittelbaren Beurkundungsvorgängen gehört, die, immer unter der gegebenen Voraussetzung, zur Verichtigung des Testamentsprotokolls herangezogen werden könnten (ebenso das heute verkündete Ur. des erf. Sen. i. S. W. v. W., IV 383/30).

(U. v. 27. April 1931; 260/30 IV. — Breslau.) [Ra.]

****19.** § 2276 BGB. Ein zwischen Verlobten geschlossener Ehevertrag ist als solcher wirksam, auch wenn der Vertrag keine das gesetzliche Güterrecht abändernde Bestimmungen enthält. †)

Das BG. meint, ein Ehevertrag, der begrifflich voraussetze, daß die Ehegatten oder die künftigen Ehegatten durch Vereinbarung ihre güterrechtlichen Beziehungen regeln, liege nicht vor, wenn lediglich vereinbart werde, daß das gesetzliche Güterrecht Geltung haben solle; denn zur Herbeiführung dieses Rechtszustandes bedürfe es nicht einer Vereinbarung, sondern er trete gerade ein, wenn eine vertragliche Regelung nicht stattfindet. Ein Ehevertrag könnte deshalb in dem notariellen Vertrage v. 12. Jan. 1900 nur dann gefunden werden, wenn er eine Best. enthielte, die eine vom Gesetz abweichende Ordnung der güterrechtlichen Beziehungen herbeigeführt hätte, was nicht der Fall sei. Siehe aber kein Ehevertrag vor, so könne auch die Vorschrift des § 2276 Abs. 2 BGB. nicht Platz greifen, wonach für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird, die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form genügt. Als Erbvertrag sei der Vertrag wegen Mangels der in den §§ 2276 Abs. 1, 2233 vorgeschriebenen Form nichtig, und es gälten für die Vererbung der Mutter des Kl. und Frau des Bekl. lediglich die gesetzlichen Bestimmungen.

Das BG. kann sich für seine Auslegung des § 1432 BGB. auf Staudinger (Komm., Anm. 1e dazu und Anm. 3 Abs. 3 zu § 2276 BGB.) und die dort angegebenen Schriftsteller berufen. Abweichender Ansicht sind insbes. Planck (Komm., Anm. 7 zu § 1432 BGB.), Dernburg (Bürgerl. Recht IV § 54 Anm. 5), Endemann (Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II 2 § 182 unter 3b 2 Anm. 21) und Ripp-Wolff (Familienrecht § 41 Anm. 32). Diese Schriftsteller wollen Verträge, durch welche Eheleute das ohnedies

¹⁾ ZB. 1914, 525.

Zu 19. Das Urteil ist aus zwei Gründen interessant, einmal weil das RG. eine im Schrifttum sehr streitige Frage entschieden hat, ferner weil sich bei der Lektüre bestimmte Erwägungen über die Haftpflicht des Notars aufdrängen.

Das Gesetz hat nämlich für den Erbvertrag erschwere Formvorschriften getroffen, die im wesentlichen darin bestehen, daß, wie

¹⁾ ZB. 1925, 954.

²⁾ ZB. 1930, 2924.

unter ihnen geltende gesetzliche Güterrecht vereinbaren, als Eheverträge i. S. der §§ 1432, 2276 BGB. gelten lassen, und zwar mit der Begründung, daß ein praktisches Bedürfnis dafür bestehe. Es wird darauf hingewiesen, daß nach Einführung des BGB. die Eheleute häufig Klarstellen wollten, daß ihre vorher geschlossene Ehe zu den in das neue Recht übergeleiteten Ehe gehöre, ferner daß im einzelnen Falle Anlaß gegeben sein könne, Zweifel an der Gültigkeit eines abgeschlossenen oder wieder aufgehobenen Ehevertrages durch Anerkennung des gesetzlichen Güterstandes zu beseitigen (so RGKomm. Anm. 3 zu § 1432 BGB. und RG.: LZ. 1918, 246).

Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Ehevertrag i. S. des § 1432 BGB. vorliegt, wenn Ehegatten, obgleich über die Geltung des gesetzlichen Güterrechtes keinerlei Zweifel bestehen, sich ihm gleichwohl noch durch einen ausdrücklichen Vertrag unterwerfen. Der hier zu entscheidende Fall liegt insofern anders, als der Vertrag von Verlobten geschlossen worden ist, die offensichtlich ihre gesamten güterrechtlichen und erbrechtlichen Beziehungen für den Fall, daß die Ehe zustande komme, erschöpfend regeln wollten. Deshalb beteiligten sich auch die Eltern der Braut am Vertrage, indem sie dieser ihr gesamtes Vermögen, darunter den Hof, gegen Übernahme einer lebenslänglichen Unterhaltspflicht übertragen. Deshalb stellten die Verlobten an die Spitze ihrer Vereinbarungen den Satz, es „solle (im allgemeinen) das gesetzliche Güterrecht gehalten (werden) und gelten, so daß der Mann während bestehender Ehe Nießbrauch und Verwaltung am Vermögen der Frau habe“. Dieser Vereinbarung über den Güterstand konnte dann der Erbvertrag angeschlossen werden. In einem solchen Falle handelt es sich nicht, wie nach der Eheschließung, um die vertragliche Anerkennung eines Güterstandes, der schon kraft Gesetzes besteht. Vielmehr liegt die Bedeutung eines solchen Vertrages darin, daß die Verlobten die Einführung eines anderen Güterstandes ausschließen und daß der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes von Anfang der Ehe an zufolge des Vertrages, nicht kraft Gesetzes Geltung erhält. Ein solcher Vertrag fällt unbedenklich unter den Begriff des Ehevertrages, der nach der weiten Fassung des § 1432 BGB. alle Verträge in sich schließt, durch welche Ehegatten — auch schon vor der Ehe — ihre güterrechtlichen Verhältnisse regeln. Daß dasselbe Güterrecht Geltung erlangt haben würde, wenn die Verlobten nichts vereinbart hätten, kann an der Beurteilung nichts ändern. Entscheidend ist, daß die Geltung des gewählten Güterrechtes von Anfang an auf dem Vertrage beruht.

Die Entstehungsgeschichte des § 1432 BGB. gibt keinen Anlaß, den Begriff des Ehevertrages dem Wortlaut der Vorschrift gegenüber einzuengen. Allerdings ist in § 1333 des Entwurf I der Ehevertrag als Vertrag gekennzeichnet, durch den die Ehegatten den kraft Gesetzes eintretenden Güterstand ausschließen oder ändern oder nach Ausschließung oder Änderung wiederherstellen oder endlich den durch Ver-

bet einem Testament, ein zweiter Notar oder zwei Zeugen zuzuziehen sind (§ 2276); nur wenn der Erbvertrag mit einem Ehevertrag verbunden ist, sind die gewöhnlichen Vorschriften über den notariellen Vertrag ausreichend (§ 2276 Abs. 2).

Liegt also kein gültiger Ehevertrag vor, so gelten auch die erleichternden Formvorschriften für den Erbvertrag nicht. Es ist daher die Frage, ob in einem Falle, wie dem vorliegenden, ein Ehevertrag — auch zwischen Verlobten — dann noch vorliegt, wenn er nur die Bestimmung enthält, daß zwischen den Ehegatten das gesetzliche Güterrecht gelten soll, oder mit anderen Worten, ob man um die erschwerte Form des Erbvertrages herumkommt, wenn man vorher als Ehevertrag nichts weiter vereinbart, als was schon gesetzlich gilt. Diese Frage ist überaus streitig. Die Literatur ist vom RG. in der Entsch. angegeben, zu erwähnen wäre noch, daß auch Soergel zu § 1432 die Frage bejaht. Das RG. nimmt hier einen gültigen Ehevertrag an, weil die Verlobten ihre künftigen güterrechtlichen Verhältnisse regeln wollten, um jeden Zweifel auszuschließen. Dem RG. ist beizupflichten, über die entschiedene Frage hinaus auch unbedingte für den Fall, daß ein Ehevertrag zwischen Ehegatten abgeschlossen wird lediglich mit der Bestimmung, daß das gesetzliche Güterrecht gelten soll; denn auch dafür sprechen sowohl die konstruktionsjuristischen wie die allgemeinen Erwägungen des RG.

Der Fall hat aber, wie eingangs erwähnt, für die Anwälte

trag begründeten Güterstand wieder ändern. Verträge der vorliegenden Art würden also unter diesen engeren Begriff nicht fallen. Richtig ist auch, daß man später nur redaktionelle Änderungen der Vorschrift vorzunehmen gemeint hat (Prot. II 4 S. 215 ff.). Das kann indes nicht entscheidend sein, da Absichten und Vorstellungen des Gesetzgebers, die im Gesetz selbst keinen irgendwie erkennbaren Ausdruck gefunden haben, für die Auslegung nicht in Betracht kommen. Maßgebend kann nur die deutliche Begriffsbestimmung des Gesetzes selbst sein, die so allgemein ist, daß sie auch Fälle der vorliegenden Art umfaßt.

Schließlich lassen sich die praktischen Erwägungen, die zu der in § 2276 Abs. 2 BGB. enthaltenen Formvereinfachung geführt haben, auch für Fälle der vorliegenden Art geltend machen. Die Vorschrift trägt nach der Denkschrift (zu §§ 2247 ff. des Entwurfs III) den Bedürfnissen des Lebens Rechnung, die häufig Anlaß geben, mit einem Erbvertrag einen Ehevertrag zu verbinden. Daß die Form des Ehevertrages genügen soll, falls urkundliche Verbindung vorliegt, wird damit begründet, daß beide Verträge dann in der Regel ein untrennbares Ganze bilden werden. Dieser innerliche Zusammenhang zwischen Erbvertrag und Vereinbarung über den Güterstand liegt auch dann vor, wenn, wie hier, die Verlobten sich vertraglich dem gesetzlichen Güterrecht unterwerfen und auf dieser rechtlichen Grundlage die Vermögensverhältnisse für ihren Todesfall durch einen Erbvertrag ordnen.

(U. v. 4. Mai 1931; 343/30 IV. — Celle.)

[Ra.]

<= RG. 133, 20.>

20. §§ 2300, 2259 BGB. Nach Reichsrecht ist nicht verordnet, daß offene Erbverträge nach der Verkündung beim Nachlassgericht zu verbleiben haben.

Der Friseur August J. und seine spätere Ehefrau Emilie haben als Verlobte vor dem Beschw. am 2. April 1902 in Hamburg einen notariellen Ehe- und Erbvertrag errichtet, der bei dem Notar in offener Verwahrung geblieben ist. Nach dem am 13. Mai 1927 in Schwerin, ihrem damaligen Wohnsitz, erfolgten Ableben der Ehefrau lieferte der Notar die Urschrift des Vertrags nebst einer Ausfertigung an das städtische Vorm.- und NachlassGer. in Schwerin zum Zwecke der Eröffnung ab. Nach der Eröffnung (Verkündung) des Erbvertrages ersuchte der Notar das NachlassGer. um Rückgabe der Urschrift, die mit der Begründung abgelehnt wurde, daß die Urschrift gem. §§ 2300, 2259 BGB. bei den Nachlassakten zu verbleiben habe. Die hiergegen von dem Notar unter Hinweis auf RG. 53, 390 eingelegte Beschwerde ist durch Beschluß des LG. 2 T 5/31 als unbegründet zurückgewiesen worden. Das LG. hat sich im Gegensatz zu der vorerwähnten Entscheidung des RG. auf den Standpunkt gestellt, daß die Frage, ob die Urschrift eines vom Notar offen verwahrten, zur Eröffnung abgelieferten Testaments oder Erbvertrages diesem zurückgegeben werden müsse, durch reichsrechtliche Normen, und zwar in verneinendem Sinne entschieden sei, daß hier

und Notare noch einen andern Aspekt. Am 12. Jan. 1900, also 12 Tage nach dem Inkrafttreten des BGB., wird ein Notar vor die Aufgabe gestellt, eine im Gesetz nicht direkt behandelte Frage zu entscheiden. Er hätte auch, wenn er damals z. B. den Komm. von Kuhlentbeck, den damaligen „Handkomm. des Deutschen Anwaltsvereins“ zur Hand genommen hätte, über diese Frage nichts gefunden. Vielleicht hat er aber die Streitfrage gar nicht erkannt, und damit hängt für die nächste Zukunft, wie sich hier zeigt, sogar noch nach 31 Jahren, über ihm oder seinen Erben das Damoklesschwert eines Regresses; denn wer will sagen, ob das RG. es selbst in einer so bestrittenen und verschiednen beantworteten Frage für zulässig hält, daß ein Notar die leichtere Form wählt — und damit (zufällig! vor 30 Jahren!) das „Richtige“ trifft. Das Richtige aber ist das, was das RG. nach Jahrzehnten von Anwendung und Auslegung des Gesetzes nach vorhandenem reichlichen Schrifttum (und im vorliegenden Fall nach einer wohlbegründeten Entsch. des RG.) für richtig hält. Hieraus folgt jedenfalls, daß die Zivilgerichte, wenn überhaupt und irgendwie durch Auslegung auch die leichtere Form als ausreichend angesehen werden kann, sich für den Satz entscheiden sollten: „in dubio pro notario“. Welche allgemeinen Gesichtspunkte weiter aber sich daraus für die Forderung nach einer Haftungsbeschränkung ergeben, kann hierbei nicht weiter erörtert werden.

RM. Dr. Albert Baer, Berlin.

also nicht, wie das RG. annehme, Landesrecht in Frage komme. Es faßt in Übereinstimmung mit einem Beschluß des O. Kottoc v. 4. Febr. 1925 (JW. 1925, 2161^o) den in § 2259 BGB. gebrauchten Ausdruck „abliefern“ i. S. einer entgeltlichen Entäußerung, nicht einer vorübergehenden Vorlegung auf und verweist auch auf den Zweck der Vorschrift, die das NachlaßGer. instand setzen müsse, ohne ein erneutes Anfordern der Urkunde einen Erbschein auszustellen. Das OLG. hat die weitere Beschwerde des Notars gem. § 28 Abs. 2 RFG. dem RG. vorgelegt. Es will dem OLG. beitreten, also von der Entscheidung des RG. 53, 390 abweichen und be ruft sich zur Begründung seiner Rechtsauffassung auf die Ausführungen von Best: Recht 1904, 587 ff., deren näherer Inhalt sich aus dem folgenden ergibt.

Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 RFG. liegen vor. Das Beschwerderecht des Notars folgt aus § 20 Abs. 1 RFG., da das von ihm in Anspruch genommene Recht auf den Besitz der Urkunde durch die Verweigerung der Rückgabe beeinträchtigt ist. In der Sache selbst. erweist sich die weitere Beschwerde deshalb als begründet, weil an der RG. 53, 390 getroffenen Entscheidung des Senats festzuhalten ist.

In Frage steht, ob sich den Vorschriften des Reichsrechts, insbes. des BGB., im Wege der Auslegung entnehmen läßt, daß ein von späteren Eheleuten vor einem Notar geschlossener und von diesem offen verwahrter Ehe- und Erbvertrag, wenn er nach dem Tode des einen Gatten dem NachlaßGer. zur Eröffnung (Verkündung) eingereicht war, beim NachlaßGer. zu verbleiben hat oder dem Notar zur weiteren Verwahrung zurückzugeben ist. §§ 2259, 2300 BGB. schreiben die „Ablieferung“ an das NachlaßGer. vor. Daß Ablieferung nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht notwendig die endgültige Entäußerung des Besitzes zugunsten des anderen bedeutet, nehmen das RG. wie auch Best a. a. D. mit Recht an. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „abliefern“ bewußt in jenem Sinne verwendet und namentlich in § 2259 verwendet hat. Gerade die letztere Vorschrift ordnet die Ablieferung nur zu einem bestimmten Zweck, nämlich dem der Eröffnung des Testaments an, und nach diesem Zweck ist in erster Linie ihre Tragweite zu bestimmen. Die Vorschrift ergibt aber nichts dafür, daß außer dem gedachten, seiner Natur nach vorübergehenden Zweck noch etwas Weiteres (Verbleib der Urkunde beim NachlaßGer.) gewollt sein sollte. Ein derartiger Wille des Gesetzgebers hätte an der angegebenen Stelle dahin stattgehabe amtliche Verwahrung durch den Notar die gleiche Sicherheit bot wie die des Gerichts. Auch der Gegensatz zwischen Ablieferung und Vorlegung spielt keine Rolle. Wo das BGB. von Vorlegung einer Sache oder Urkunde spricht (§§ 809, 810), handelt es sich nur um Besichtigung oder Einsichtnahme, also für gewöhnlich nicht um die Überlassung des Besitzes, wie sie bei der Ablieferung regelmäßig stattfindet. Die Besitzüberlassung aber kann bei dieser dem Zwecke nach sowohl eine dauernde als auch — wie die Vorlegung — eine bloß vorübergehende sein. Ubrigens hat Best a. a. D. auf den sich Best a. a. D. beruft, in der 4. Aufl., Anm. 2 Abs. 3 zu § 2300 auf den Gegensatz zwischen Vorlegung und Ablieferung nicht mehr zurückgegriffen.

Das RG. hat a. a. D. geprüft, ob etwa die sonstigen, die Testamentseröffnung betreffenden Vorschriften des BGB. einen Anhalt für die Entscheidung zu bieten geeignet seien. Auch das ist von ihm mit zutreffenden Gründen verneint worden. Die Bestimmung in §§ 2273, 2300 BGB., wonach gegebenenfalls gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge, welche sich vor der Eröffnung durch das NachlaßGer. in besonderer amtlicher Verwahrung befunden haben, in diese Verwahrung wieder zurückzubringen sind, würde selbstverständlich der Rücklieferung an die mit dem NachlaßGer. nicht zusammenfallende Verwahrungsstelle, z. B. den Notar, nicht entgegenstehen. Nach § 2273 Satz 2 ist bei jenen amtlich besonders verwahrten Verfügungen von Todes wegen eine beglaubigte Abschrift von den Anordnungen des Verstorbenen zu den Akten zu bringen. Für den hier vorliegenden Fall der offenen Verwahrung fehlt es an einer solchen Vorschrift. Aus diesem Umstände allein auf den Willen des Gesetzgebers zu schließen,

daß die Urschrift des eröffneten Erbvertrags bei dem NachlaßGer. zu verbleiben habe (Best a. a. D.), geht schon deshalb nicht an, weil die Zurückbehaltung einer Abschrift in geeigneten Fällen dem Gericht jederzeit freisteht. Auch aus § 2261 BGB. kann Maßgebliches nicht hergeleitet werden. Die Vorschrift regelt den Sonderfall, daß die in besonderer amtlicher Verwahrung (Planck, 2 das.) eines anderen Gerichts befindliche letztwillige Verfügung von dem Verwahrungsgericht zu eröffnen und sodann in Urschrift unter Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift dem NachlaßGer. zu übersenden ist. Sie gilt nicht für den Fall der Eröffnung eines offen verwahrten Testaments oder Erbvertrags (§ 2259 BGB.), um den es sich hier handelt. Ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß offene Erbverträge nach der Verkündung beim NachlaßGer. zu verbleiben haben, läßt sich weder der Bestimmung selbst noch auch ihrer Entstehungsgeschichte entnehmen. Wenn sich in den Protokollen 2. Lesung (Bd. 5 S. 536/37 zu § 1938 des Entw. I, jetzt § 2261 BGB.) die gelegentliche Bemerkung findet, daß die möglichstste Vereinigung der auf den Erbfall sich beziehenden Urkunden bei dem NachlaßGer. zweckmäßig erscheine, so sollte mit dieser nachgeschobenen Erwägung nur dem Bedenken begegnet werden, daß die Überföndung der Urschrift statt einer Abschrift wegen etwaiger Verlustgefahr überhaupt nicht zu empfehlen sei; tatsächlich wird aber die Überföndung der Urschrift auch in den anderen Fällen, insbes. dem des § 2259 Abs. 2 BGB., allgemein für zulässig gehalten, die erwähnte Bemerkung kann daher keine selbständige und ausschlaggebende Bedeutung beanspruchen. § 2264 BGB. schließlich (Gewährung der Einsicht nach Testamentseröffnung und Erteilung von Abschriften durch das Nachlaßgericht) ist in § 2300 auf Erbverträge nicht für anwendbar erklärt. Mit Recht lehnt es das RG. a. a. D. S. 393 ab, hieraus für Erbverträge den Schluß zu ziehen, daß ihre Urschrift dem Notar zurückzugeben sei, da dieser über Einsicht und Abschriftenerteilung zu entscheiden habe. Dem das Recht auch des Nachlaßgerichts zu einer solchen Anordnung wird durch das Fehlen einer Bezugnahme auf § 2264 in § 2300 nicht etwa ausgeschlossen, sondern ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 34 RFG. (RG.: NZL. 3, 156; Planck, Anm. 1 zu § 2300; Staudinger Anm. 1 das.). Andererseits kann hieraus aber auch nicht gefolgert werden, daß das Nachlaßgericht im dauernden Besitz des Erbvertrags bleiben müsse. Ist der Erbvertrag dem Notar zurückgegeben und wieder in seine amtliche Verwahrung gelangt, so entscheidet sich nach den Vorschriften der Landesgesetze, ob er zur Gestattung der Einsicht und Erteilung von Abschriften verpflichtet ist. Nicht beizupflichten ist der Ansicht (Best a. a. D.), daß sich aus der Entstehungsgeschichte des § 2264 BGB. (§ 1939 Entw. I) der gewollte Verbleib des Erbvertrags bei dem Nachlaßgericht ergebe. Denn dort (Mot. 5, 308) ist unter Hinweis auf das frühere Recht nur gesagt, daß den Interessenten, die das Recht auf Einsicht und Abschriftenerteilung haben, selbstverständlich die Urschrift nicht verabfolgt werden dürfe.

Hiernach ist unter Billigung des in dem früheren Beschluß des Senats vertretenen Standpunkts anzunehmen, daß die Streitfrage sich auf Grund reichsrechtlicher Vorschriften nicht entscheiden läßt. Weder aus §§ 2259, 2300 BGB. noch aus den damit in Zusammenhang stehenden anderweiten Bestimmungen des BGB. kann ein sicheres und zweifelsfreies Ergebnis gewonnen werden. Die ins Feld geföhrten Gegenründe sind nicht zwingend. Ebenjowenig enthält das RFG. maßgebliche Vorschriften. Auch Gesichtspunkte rechtspolitischer Natur, insbes. Zweckmäßigkeits erwägungen, können in der einen oder anderen Richtung nicht den Ausschlag geben. Der Sicherstellung des letzten Willens des Erblassers wird durch die Verwahrung der Urschrift bei den insoweit den Behörden gleichgestellten Notaren in gleichem Maße Rechnung getragen wie durch diejenige bei dem Nachlaßgericht. Daß eröffnete Privattestamente den Erben nicht zurückzugeben sind, kann deshalb hier nicht entscheidend sein. Im übrigen bedarf allerdings das Nachlaßgericht zur Erteilung des Erbscheins der Urschrift des Erbvertrags. Auf der anderen Seite hat aber regelmäßig der Notar die Ausfertigungen der von ihm aufgenommenen Protokolle zu erteilen und ist insbes.

bezüglich des Ehevertrags im Streitfall hierzu allein befugt. Beide Gründe halten sich also im wesentlichen die Waage, und es erscheint daher nicht zulässig, den einen von ihnen für allein durchschlagend zu erklären. Es steht zudem nichts im Wege, daß das Nachlassgericht bei einem späteren Antrag auf Erbscheinerteilung zu diesem Zwecke die Wiedervorlage des Erbvertrags durch den Notar herbeiführt.

Der Auffassung des RG. in dem vorerwähnten Beschlusse haben sich angeschlossen: Pfand bez. der Erbverträge in der 4. Aufl., Anm. 2 Abs. 3 zu § 2300 BGB.; Leonard IB daf.; RGRKomm. 1 zu § 2300, 4 zu § 2259; Feiser, Handb. des Testamentsrechts § 10 Anm. 24; Schlegelberger, Anm. 9 zu § 83 RFGG.; DV. Dresden: NZ. 7, 33 a. E. (bez. der Erbverträge); DV. Darmstadt: DZ. 1912, 1476 und nunmehr das RG.: RGZ. 27, A 41; 46, A 136 a. E.; DVWspr. 40, 148; vgl. Strohal, Erbrecht I § 48 III, während Staudinger, VI zu §§ 2260 bis 2263, 1 zu § 2300 BGB.; Weißler, Nachlassverfahren I S. 182 und Rausnig: JW. 1925, 2161^o Anm. den entgegengesetzten Standpunkt vertreten.

In Ermangelung reichsrechtlicher Bestimmungen muß das Landesrecht gelten, dessen Verfahrensvorschriften in diesem Falle, wie in RG. 53, 393/94 dargelegt ist, zur Anwendung zu kommen haben. Und zwar bestimmt sich die verfahrensrechtliche Frage, ob die Urschrift des Erbvertrags dem Notar zurückgegeben werden muß, örtlich nach demjenigen Recht, welches materiell für die Beerbung des Erblassers maßgebend ist (Schlegelberger, Anm. 2 zu § 73 RFGG.; Weißler a. a. O. I S. 182). Hierüber hat das nach § 73 RFGG. zuständige Nachlassgericht, im Streitfall das LG. in Schwerin als Beschwerdegericht, zu befinden.

(Beschl. v. 22. Juni 1931; IV B 20/31. — Rostock.)

[Ra.]

****21.** §§ 2332 BGB. Der Beginn der Verjährungsfrist für den Pflichtteilsanspruch setzt keine Kenntnis der Verletzung des Anspruchs voraus.

Nach § 2332 Abs. 1 BGB. verjährt der Pflichtteilsanspruch, auch in den hier in Rede stehenden Richtungen auf Vervollständigung (§ 2316 Abs. 2) oder Ergänzung des Pflichtteils (§§ 2325, 2326), in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt. Als den Kl. beeinträchtigende Verfügungen kommen, soweit es sich, um den in erster Linie geltend gemachten Pflichtteilsanspruch aus § 2316 Abs. 2 BGB. handelt, die Verfügungen von Todes wegen in Betracht, durch die der Kl. zwar auf den seinem gesetzlichen Erbteil entsprechenden Bruchteil von $\frac{1}{3}$ als Miterbe eingekauft ist, durch die ihm aber — nach seinen Behauptungen über den Wert des reinen Nachlasses einerseits und dem Wert der durch den Überlassungsvertrag v. 18. Nov. 1923 der Befl. gewährten „Ausstattung“ andererseits — weniger als die Hälfte desjenigen zugewendet worden sein soll, was auf seinen gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichspflicht (§§ 2050 ff. BGB.) bei der Teilung des Nachlasses entfallen würde. Für den hilfsweise geltend gemachten Pflichtteils ergänzungsanspruch, den der Kl. gegen die Befl. als Miterbin aus den §§ 2325, 2326 (nicht gegen sie als Beschenkte aus §§ 2329, 2332 Abs. 2 BGB.) erhebt, kommt als beeinträchtigende Verfügung die in dem Überlassungsvertrag etwa liegende Schenkung in Betracht. Das BG., das als beeinträchtigende Verfügung unzutreffenderweise nur den Überlassungsvertrag in Betracht zieht, stellt fest, daß der Kl. von dieser Verfügung wie von dem Eintritt des Erbfalls spätestens bei der Auseinandersetzung im Juli 1924 Kenntnis erlangt hat. Es ist aber nicht zu bezweifeln, vom Kl. in den Vorinstanzen auch nicht bestritten worden, daß er, der an der notariellen Verhandlung v. 7. Juli 1924 nicht nur als Miterbe, sondern auch als Mittestamentsvollstrecker beteiligt war und als solcher Erklärungen über den Inhalt der Verfügungen von Todes wegen abgegeben hat, spätestens damals auch den Inhalt dieser Verfügungen gekannt hat. Die Klage ist erst mit der Zustellung der Klageschrift v. 19. April 1930

(in Höhe des die ursprüngliche Klagesumme von 10000 M. übersteigenden, mit dem Schlussantrage dieser Instanz nicht mehr geforderten Betrags sogar erst mit der Zustellung des Schriftsatzes v. 15. Okt. 1930) erhoben worden. Die dreijährige Verjährungsfrist ist daher abgelaufen, wenn mit dem BG. anzunehmen ist, daß, um die Frist in Lauf zu setzen, neben der Kenntnis vom Eintritt des Erbfalls die Kenntnis vom Inhalt der beeinträchtigenden Verfügungen genügt. Der Kl. vertritt, wie in den Vorinstanzen, so auch mit der Rev. die Meinung, daß die Verjährungsfrist erst begonnen habe, als er (im November 1927 aus Anlaß von Verkaufsverhandlungen der Befl. mit der Stadt B.) erfahren habe, daß die der Befl. durch den Vertrag v. 18. Nov. 1923 überlassenen Güter schon damals sowie zur Zeit des Erbfalls mehr als das Sechsfache des der Überlassung zugrunde gelegten Wertes von 1500000 GM. wert gewesen seien; erst damit habe er die Kenntnis von dem, worauf es ankomme, nämlich von der Beeinträchtigung durch die Verfügung des Erblassers erlangt. Daß der Kl., so wird noch von der Rev. ausgeführt, etwa die Richtigkeit des Übernahmepreises angezweifelt habe, sei nicht festgestellt. Es sei auch nicht festgestellt, daß für ihn irgendwelche Möglichkeit bestanden habe, gleichwohl eine ihn beeinträchtigende Tragweite der Verfügungen zu erkennen. Ein Klagerrecht habe sich für ihn erst von dem Zeitpunkt ab ergeben, in dem er die Beeinträchtigung, äußerstenfalls die Möglichkeit einer solchen erkannt habe.

Die vom Kl. vertretene Auffassung ist als mit dem Inhalt des Gesetzes unvereinbar abzulehnen. Der § 2332 Abs. 1 verlangt zum Beginn der auf drei Jahre abgekürzten Verjährung des Pflichtteilsanspruchs neben der Kenntnis vom Eintritt des Erbfalls, also vom Tode des Erblassers, nur die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von der ihn beeinträchtigenden, d. h., wie in RG. 113, 236 f. dargelegt, den Pflichtteilsanspruch begründenden Verfügung. In den Motiven zum Entw. des BGB. (Bd. 5 S. 425) wird darauf hingewiesen, daß das gemeine Recht und die ihm folgenden Landesrechte die querela inofficiosi testamenti in fünf Jahren verjähren lassen, während das sächs. Gesetzbuch (§ 2616) und das österr. Gesetzbuch (§ 1487) für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs eine dreijährige, das Pr.-WR. (II 2 § 440) eine nur zweijährige Frist und einige Rechte beschränkten Geltungsgebieten und das ältere sächsische Recht sogar noch kürzere Fristen bestimmen. Im Anschluß daran heißt es: Der Entwurf (§ 1999) „hat sich für die dreijährige Frist entschieden mit Rücksicht darauf, daß die Feststellung des Nachlasswertes immerhin geraume Zeit in Anspruch nehmen kann, daß aber andererseits diese Frist ausreichend erscheint und im Interesse der Verpflichteten nicht wünschenswert ist, allzulange im Zweifel zu lassen, ob und welche Ansprüche erhoben werden, daß ferner nach längerer Zeit die Schwierigkeiten der Feststellung des Nachlasses sich mehren“. Dann wird ausgeführt (S. 425 f.): Für den Beginn der Verjährung sei eine besondere Vorschr. erforderlich, weil die Verjährung im allgemeinen mit dem Zeitpunkt beginne, in dem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden könne.

Dieser Zeitpunkt sei hier der Zeitpunkt der Entstehung des Pflichtteilsanspruchs, also nach § 1922 Abs. 1 (des Entw. = § 2317 Abs. 1 BGB.) der Zeitpunkt des Erbfalls. Nach den allgemeinen Verjährungsvorschriften werde für die Regel keine Rücksicht auf das subjektive Hindernis genommen, das in der Unkenntnis des Berechtigten von der Entstehung seines Anspruchs liege. Von dieser Regel müsse in Ansehung des Pflichtteilsanspruchs eine Ausnahme vorgeschrieben werden. Der Pflichtteilsberechtigte würde zu hart getroffen werden, wenn der Anspruch verjähren könnte, ohne daß er von der ihn verletzenden Verfügung Kenntnis habe. Deshalb werde die wirkliche Kenntnis von der beeinträchtigenden Verfügung verlangt und nicht auf die Verkündung dieser Verfügung (wenn es sich um eine solche von Todes wegen handelt) allein gesehen, da es immerhin möglich bleibe, daß der Pflichtteilsberechtigte auch von der verkündeten Verfügung keine Kenntnis erlangt habe. Von diesem Ausgangspunkt aus lasse sich auch vertreten, daß Kenntnis der erlittenen Verletzung zu erfordern sei. Der Einfachheit wegen und weil die Kenntnis der beeinträchtigenden

den Verfügung in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ausreichend erscheine, um die Verletzung zu erkennen, werde „von dem Erfordernis der Kenntnis der Verletzung abgesehen“. Die Möglichkeit einer unrichtigen Auffassung der Verfügung sei zwar nicht zu leugnen; sie liege aber doch zu fern, um eine besondere Berücksichtigung im Interesse des Pflichtteilsberechtigten zu verdienen. Bezüglich die Unkenntnis des Pflichtteilsberechtigten auf den Bestand der Nachlassmasse, so gewähre ihm deshalb der Entwurf keinen besonderen Schutz.

Diese Ausführung in den Motiven, der bei den späteren Beratungen nicht entgegengetreten ist (vgl. Protokolle der Komm. für die 2. Lesung Bd. 5 S. 551 unter VI), ergibt, daß man zwar erwogen hat, die dreijährige Verjährungsfrist mit der Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von der ersten Verletzung oder anders ausgedrückt: von der Beeinträchtigung durch die Verfügung des Erblassers beginnen zu lassen, daß man aber bewußt von der Aufstellung dieses Erfordernisses für den Beginn der Verjährung Abstand genommen hat. Der Gesetzgeber hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß es, wenn dem Pflichtteilsberechtigten der Erbfall und die ihn beeinträchtigende Verfügung bekanntgeworden sind, seine Sache ist, sich rechtzeitig innerhalb der Verjährungsfrist über alle, für die Pflichtteilsfrage in Betracht kommenden Verhältnisse, insbes. auch über den Bestand und den Wert der Nachlassmasse zu unterrichten. Hierbei ist unter den „Nachlassmasse“ nicht nur der reine Nachlaß zu verstehen, sondern auch die Vorempfänge, die ihm bei der Bestimmung des Pflichtteils eines Abkömmlings nach § 2316 BGB. hinzuzurechnen sind. Kommt die Anwendung der §§ 2325, 2326 BGB. in Frage, so gilt entsprechend, daß es dem Pflichtteilsberechtigten überlassen ist, sich innerhalb der Verjährungsfrist darüber zu unterrichten, ob die ihm ihrem Inhalt nach bekanntgewordene, vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffene Verfügung eine Schenkung enthält und welchen Wert das Geschenk in dem nach § 2325 Abs. 2 maßgebenden Zeitpunkt hatte. Für alle diese sowie sonst zur Aufklärung der Pflichtteilsfrage dienenden Erkundungen hat der Gesetzgeber eine Frist von drei Jahren für erforderlich, aber auch für ausreichend erachtet. Er ist darauf bedacht gewesen, die Frist so zu bemessen und ihren Beginn so zu bestimmen, daß die Frage, ob Pflichtteilsansprüche erhoben werden und deshalb Verschiebungen in der Verteilung des Nachlasses zu erwarten sind, nicht zu lange in der Schwebe bleibe. Diese auf halbjährige Schaffung eines klaren und endgültigen Rechtsstandes gerichtete Regelung der Verjährung wird in der großen Mehrzahl der Fälle den beiderseitigen Belangen gerecht. In einzelnen Fällen mag sie den Pflichtteilsberechtigten vor eine innerhalb der Verjährungsfrist schwer erfüllbare Aufgabe stellen. Das kann aber nicht dazu führen, mit der Rev. entgegen dem Wortlaut des Gesetzes, wenn nicht die Kenntnis von der Beeinträchtigung des Pflichtteilsrechts, die doch wenigstens die (nicht nur von der Kenntnis der beeinträchtigenden Verfügung abhängige) subjektive Möglichkeit der Kenntnis von der Beeinträchtigung zu erfordern. Übrigens kann der Rev. auch nicht zugegeben werden, daß es dem Kl. nicht möglich gewesen sein sollte, die etwaige Beeinträchtigung seines Pflichtteilsrechts innerhalb dreier Jahre seit Anfang Juli 1924 zu erkennen. Im Gegenteil, die dazu vom Kl. für erforderlich gehaltene Feststellung, welchen Wert die vom Erblasser durch den Vertrag v. 18. Nov. 1923 der Bekl. überlassenen Grundstücke zur Zeit der Überlassung (§ 2055 Abs. 2 mit § 2316 Abs. 2 BGB.) oder zur Zeit des Erbfalls (§ 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB.) hatten, wäre innerhalb jenes Zeitraums leichter gewesen als in späterer Zeit. Verließ sich der Kl. darauf, daß die Grundstücke keinen höheren als den bei der Überlassung zugrunde gelegten Wert hatten, so tat er dies auf seine eigene Gefahr.

Die im vorstehenden entwickelte Rechtsauffassung ist in der bisherigen Rspr. des RG. schon insofern anerkannt, als in RG. 104, 197 f.¹⁾ ausgesprochen ist, daß es für den Beginn der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs (damals handelte es sich um einen Anspruch aus § 2305 BGB.) auf die Kenntnis vom Nachlaßbestande nicht ankommt. Aus der

Entsch. RG. 115, 27 ff.²⁾ ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Dort ist dargelegt, daß der Pflichtteilsberechtigte, wenn er nicht wisse, ob die Unterschrift des Erblassers unter dem ihn von der gesetzlichen Erbfolge ausschließenden Testament echt sei, und wenn er deshalb das Testament für ungültig ansehe, noch nicht die nach § 2332 Abs. 1 BGB. erforderliche Kenntnis von der ihn beeinträchtigenden Verfügung erlangt habe. Daran schließt sich der Satz (S. 30): „Er kennt die Verfügung zwar, aber nicht in ihrer ihn beeinträchtigenden Wirkung.“ Dieser Satz darf nicht, unter Loslösung aus seinem Zusammenhange, für sich allein betrachtet werden. Es wird dort nicht mehr ausgesprochen, als daß die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von der ihn beeinträchtigenden Verfügung seine Kenntnis von der (den Pflichtteilsanspruch erst begründenden) Rechtswirksamkeit der Verfügung voraussetzt, und zwar wird unter dieser Kenntnis nicht die volle Überzeugung von der Rechtswirksamkeit, sondern zuverlässiges Erfahren der hierfür in Betracht kommenden Umstände verstanden. Daran ist festzuhalten; der vorliegende Fall wird aber davon nicht berührt.

Nach alledem ist es rechtlich zu billigen, daß das BG. die Verjährungseinrede für durchgreifend erachtet hat.

(U. v. 22. Febr. 1932; 298/31 IV. — Berlin.) [Ra.]
 (= RG. 135, 231.)

**** 22.** § 2371 BGB. Ein Miterbe kann auch nach Teilung des Nachlasses einen Erbschafts Kauf vornehmen.

Der vom RG. aufgestellte Rechtsatz, daß ein Miterbe keinen Erbschafts Kauf mehr vornehmen könne, wenn der Nachlaß schon geteilt sei, ist nicht richtig. Der Erbschafts Kauf ist ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft, durch welches der Alleinerbe die ihm angefallene Erbschaft oder der Miterbe seinen Anteil an dem Nachlaß verkauft. Beide können auch einen Bruchteil der Erbschaft oder ihres Nachlaßanteils veräußern. Der Alleinerbe kann das schuldrechtliche Geschäft stets nur dadurch erfüllen, daß er die einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sachen und Rechte oder, bei Verkauf eines Bruchteils der Erbschaft, Nachlaßgegenstände im Werte des verkauften Bruchteils nach den für diese Gegenstände geltenden besonderen Vorschr. auf den Käufer überträgt. Der Miterbe kann einen von ihm abgeschlossenen Erbschafts Kauf ebenfalls in dieser Weise erfüllen, er kann aber nach § 2033 Abs. 1 BGB. auch mit dinglicher Wirkung über seinen Anteil am Nachlaß als solchen verfügen und demgemäß den verkauften ganzen Nachlaßteil oder den davon verkauften Bruchteil durch ein einheitliches dingliches Rechtsgeschäft auf den Käufer übertragen. Diese Art der Erfüllung ist unmöglich, wenn der Nachlaß bereits geteilt ist und der Miterbe keinen Anteil an dem — ungeteilten — Nachlaß mehr hat. In diesem Falle muß er das schuldrechtliche Geschäft des Erbschafts Kaufs ebenso erfüllen, wie der Alleinerbe es immer nur tun kann. Die Teilung des Nachlasses nimmt also dem Miterben nur die Möglichkeit, einen Erbschafts Kauf im Wege des § 2033 Abs. 1 BGB. zu erfüllen, sie hindert ihn nicht daran, einen Erbschafts Kauf überhaupt abzuschließen.

(U. v. 15. Dez. 1931; 217/31 VII. — Berlin.) [Ru.]
 (= RG. 134, 296.)

III. Sonstiges materielles Recht.

23. § 313 BGB.

a) Eine Auflassungsvollmacht unterliegt der Formvorschrift des § 313 BGB. dann, wenn sie den Bevollmächtigten ermächtigt, ohne Rücksicht auf etwaige Willensentschlüsse des Vollmachtgebers und selbst bei nicht Zustandekommen oder Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts das Grundstückseigentum an sich selbst oder auf Dritte zu übertragen. Insbes. ist die Auflassungsvollmacht dann formbedürftig, wenn zur Zeit ihrer Erteilung zwar der Eigentümer eines Grundstücks ein Kaufangebot gemacht hat, aber nicht feststeht, ob das Angebot angenommen werden wird.

¹⁾ JW. 1922, 1577.

²⁾ JW. 1927, 1206.

b) Ein Notar handelt schuldhaft, wenn er eine Auflassungsverhandlung auf Grund einer dem Erwerber vom Veräußerer erteilten, wegen Nichtbeachtung des § 313 BGB. ungültigen Vollmacht beurkundet, obwohl durch die gleichfalls von ihm beurkundete Annahmeerklärung der der Auflassung zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag nicht zustande gekommen war, weil entgegen der Bestimmung des Angebots die Annahmeerklärung dem anderen Teil nicht mitgeteilt war. Der Notar muß sich in einem solchen Falle das Kaufangebot vorlegen lassen und sorgfältig prüfen. Von dieser Pflicht wird er dadurch nicht befreit, daß ein R. M., mit dem er assoziiert ist, den Erwerber vorher beraten und dem Notar fertige Urkundsentwürfe zur Vollziehung vorgelegt hat.

c) Die Haftung des Notars entfällt, wenn der Erwerber von dem R. M., der ihn beraten hat, Ersatz verlangen kann. Der R. M. handelt schuldhaft, wenn der Erwerber erklärt hat, seinen Rat der Mitteilung der Annahmeerklärung an den anderen Teil nicht beachten zu wollen, und der R. M. dies nicht dem Notar mitteilt und diesem somit die Entsch. über die Beurkundung oder Nichtbeurkundung überlassen hat.

d) Dem Erwerber trifft mit ursächliches Verschulden, wenn er in Kenntnis von der rechtlichen Bedeutung und Tragweite der Annahmeerklärung diese unterließ, zumal dann, wenn der ihn beratende R. M. ihn auf die Notwendigkeit der Benachrichtigung des anderen Teiles aufmerksam gemacht hat. *)

Am 23. Sept. 1912 verkaufte der Fiedent der M., ihr geschiedener Ehemann S., sein Grundstück an einen gewissen

D. für 80 000 M. Am gleichen Tage bot D. dem S. seine beiden Berliner Grundstücke A. Straße 10 und B. Straße 22 gegen Übernahme der Lasten, die sich insgesamt auf 684 000 M. bezifferten, in einer vom Notar M. errichteten Urkunde zum Kaufe an und zwar befristet bis zum 30. Sept. 1922. In dem Angebot heißt es unter II: „Zur Wahrung der Frist reicht die Beurkundung der Annahme nicht aus, es muß vielmehr die Erklärung innerhalb der Frist dem anderen Teil zugangan sein.“ Am 30. Sept. 1912 erteilte D. dem S. in einer privatschriftlichen, vom Notar R. beglaubigten Urkunde eine unwiderrufliche Vollmacht, die Grundstücke an sich selbst oder an denjenigen aufzulassen, an den er die Rechte aus dem Kaufangebot abtreten würde. Nachdem D. dem S. in einem Schreiben v. 6. Sept. 1915 mitgeteilt hatte, er beabsichtige auf das Eigentum an den Berliner Grundstücken zu verzichten, ließ er bis zum Jahre 1926 nichts mehr von sich hören.

Der Vekl. beurkundete am 20. Okt. 1920 die Annahmeerklärung des S. hinsichtlich des Grundstücks A. Straße 10 und zugleich dessen Verkauf an einen gewissen E., am 4. Dez. 1920 weiterhin die Auflassung des Grundstücks an diesen. Am 29. Dez. 1920 beurkundete der Vekl. die Annahmeerklärung des S. betreffend des Grundstücks B. Straße 22 und die Auflassung an S. selbst. Die Umschreibungen in Grundbuch sind erfolgt.

Im Juni 1926 erhob D. auf Grund der Behauptung, daß die Annahmeerklärungen ihm innerhalb der gesetzten Frist nicht zugegangen seien und daß er deshalb noch Eigentümer der beiden Grundstücke sei, Klage gegen S. auf Berichtigung des Grundbuchs. Er wurde im ersten Rechtszuge durch Urt. v. 11. Dez. 1926 abgewiesen. Im Berufungsverfahren schlossen die Parteien am 19. Mai 1927 einen gerichtlichen Vergleich dahin, daß S. an D. gegen Verzicht auf die Grundstücke 15 000 M. bezahlte und sämtliche Kosten übernahm, S., der in dieser Zeit wegen des

Zu 23. Die obige Entsch. sowie einige andere neueren Entsch. des RG. geben Anlaß zu einer grundsätzlichen Stellungnahme zu der neueren Rspr. des RG. über die Formbedürftigkeit von Vollmachten.

I. In ZW. 1930, 3474 (zu 5 A) habe ich einen Rückblick auf die Entwicklung der Rspr. über die Grundstücksverkaufsvollmacht gegeben. Als ständ. Rspr. des RG. ist dort festgestellt worden, daß die Vollmachtserteilung dann der gerichtlichen Beurkundung bedarf, wenn sie einen Teil eines der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürftigen Rechtsgeschäfts darstellt, daß aber auch eine unwiderrufliche Grundstücksverkaufsvollmacht nicht beurkundet zu werden braucht, wenn das Grundgeschäft, aus dem sich die Unwiderruflichkeit ergibt, gerichtlich oder notariell beurkundet ist. Aus RG.: ZW. 1930, 3474 ist entnommen worden, daß, wenn die oben angegebene Voraussetzung für die Formbedürftigkeit einer Vollmacht vorliegt, die Beurkundung der Vollmachtserteilung nicht ausreicht, sondern die Beurkundung des zweiseitigen Rechtsgeschäfts erforderlich ist, von dem die Vollmachtserteilung einen Teil bildet. Die Würdigung der Rspr. des RG. ist darin zusammengefaßt worden, daß es im Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten tragbar erscheint, wenn für Vollmachten, die bereits das Hauptgeschäft ersetzen, Beachtung der für das Hauptgeschäft geltenden Formvorschriften gefordert wird, daß dagegen untragbar erscheint die Stellungnahme des RG. gegenüber einem Dritten, der auf eine ihm vorgelegte formlose Vollmacht vertraut hat.

Es ist zu prüfen, ob das oben abgedruckte Urt. sowie einige andere neuere Urt. des RG. mit der bisherigen Rspr. des RG. im Einklang stehen, oder ob und inwieweit sie davon abweichen. Dabei erscheint es geboten, nicht bloß die Rspr. über die Grundstücksverkaufsvollmacht, sondern auch die Rspr. über die Vollmacht zur Abtretung von Anteilen einer GmbH. heranzuziehen.

II. Nach RG. 221/31 (ZW. 1931, 1008) soll die Vollmacht zur Abtretung von Anteilen einer GmbH. der notariellen Beurkundung auch dann nicht bedürfen, wenn sie zur Verdeckung der Abtretung an den Vollmachtnehmer erfolgt. Das RG. führt aus, daß die Rspr. des RG. bisher niemals eine formlose Vollmacht zum Verkauf oder zur Abtretung von Geschäftsanteilen aus dem Grunde ihrer gänzlichen oder zeitweisen Unwiderruflichkeit beanstandet habe. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß auch Grundstücksverkaufsvollmachten nicht schon deshalb formbedürftig sind, weil sie unwiderruflich sind. Mit Recht ist in RG. 62, 335 ausgesprochen, daß eine Vollmacht nicht schon dadurch unwiderruflich wird, daß sie als unwiderruflich bezeichnet wird, daß es vielmehr darauf ankommt, ob zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem ein Rechtsverhältnis

besteht, aus dem sich die Unwiderruflichkeit ergibt. Die gleiche Ansicht hat das RG. in RG. 164/29 (ZW. 1930, 1300⁴) ausgesprochen. In dieser Entsch. hebt das RG. mit besonderem Nachdruck hervor, daß nach seiner Rspr. nicht jede auf Zeit unwiderruflich oder von der Vorschrift des § 181 BGB. befreite Vollmacht zur Vornahme eines formbedürftigen Geschäfts selbst der Form unterliegt. Es kann nicht deutlich genug darauf hingewiesen werden, daß es auf einen Mißverständnis beruht, wenn man aus der Rspr. des RG. entnehmen will, daß eine Grundstücksveräußerungsvollmacht schon dann formbedürftig sei, wenn sie eine Klausel über Unwiderruflichkeit oder Gestattung des Selbstkontrahierens enthalte. Maßgebend ist allein, ob die Vollmachtserteilung einen Teil eines formbedürftigen Geschäfts darstellt. Das kann sich aus der Vollmachtsurkunde allein niemals ergeben, sondern nur aus der Gesamtheit der Umstände des einzelnen Falles.

Dieser für die Frage der Formbedürftigkeit einer Grundstücksveräußerungsvollmacht maßgebende Gesichtspunkt muß überall Geltung haben, wo es sich darum handelt, ob eine Vollmacht der Form bedarf, die für das Geschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Insbes. muß er Geltung haben, wenn es sich darum handelt, ob eine Vollmacht zur Abtretung von Anteilen einer GmbH. beurkundet werden muß. Die Rspr. des 2. ZivSen. des RG. über diese Frage kann nicht befriedigen, weil sie den obigen allein maßgebenden Gesichtspunkt vollkommen unberücksichtigt läßt.

In RG. 87, 246 = ZW. 1916, 49 wird es als eine unzulässige Umgehung der Formvorschriften des § 15 Abs. 3 u. 4 GmbHG. angesehen, wenn der Veräußerer eines Geschäftsanteils auf Grund einer von dem Erwerber ihm formlos erteilten Ermächtigung den Veräußerungsvertrag in notarieller oder gerichtlicher Form für sich und als Vertreter des Erwerbers abschließen wollte. In RG. 221/31 wird auf die Frage, ob eine Vollmacht zur Abtretung von Anteilen einer GmbH. wegen der darin enthaltenen Erlaubnis zum Selbstkontrahieren formbedürftig ist, nicht eingegangen. Für belanglos wird erklärt, ob durch Unwiderruflichkeit der Vollmacht oder auf sonstige Weise eine Bindung des Vollmachtgebers begründet wird. Daher wird Formfreiheit auch für solche Vollmachten angenommen, die auf Abtretung von Anteilen einer GmbH. gerichtet sind und das Hauptgeschäft ersetzen, weil die im § 15 GmbHG. vorgeschriebene Beurkundung nur dem Zwecke der Verhinderung eines spekulativen Handels in GmbH. Anteilen diene, ohne daß dabei der Gedanke eines Schutzes der Anteilberechtigten gegen vorzeitige Bindung in Betracht käme.

Es braucht nicht erörtert zu werden, ob eine verschiedene Beurteilung gerechtfertigt erscheint, je nachdem ob in einer Vollmacht

Grundstücks B.straße 22 mit einem gewissen B. in Verkaufsverhandlungen stand, verkaufte es bald darauf an diesen für 165 000 M zuzüglich der Übernahme der Lasten und Steuern abzüglich 80 000 M Hypothekensforderungen.

Mit der jetzigen Klage verlangt die Kl. auf Grund der Abtretungserklärung des H. v. 2. Juli 1928 vom B. Schädensersatz in Höhe von 550 M nebst Zinsen mit der Begründung, daß der B. i. F. 1920 bei der Beurkundung der Annahmeerklärungen das notarielle Angebot nicht eingesehen und den H. nicht auf die Notwendigkeit des Zugehens der Annahmeerklärung innerhalb der Annahmefrist hingewiesen, auch die Auflassungen auf Grund einer formwidrigen Vollmacht vor wirksamem Zustandekommen des Kaufvertrags beurkundet habe.

Der B. bestritt eine Amtspflichtverletzung seinerseits, da ihm eine Belehrungspflicht um deswillen nicht obgelegen habe, weil H. durch den R. F. beraten, der Inhalt des Angebots auch klar und unmißverständlich gewesen sei. Er bestritt weiter, daß sein Verhalten für einen Schaden des H. ursächlich geworden sei, da dieser den Vergleich nicht habe zu schließen brauchen und außerdem die Vergleichssumme durch den Verkauf des Grundstücks an B. gedeckt worden sei. Der B. behauptete endlich überwiegendes Verschulden des H., da dieser gewünscht habe, daß er dem D. die Annahmeerklärung hätte mitteilen müssen.

O. wies die Klage ab, R. G. gab ihr statt. R. G. hob auf. Der VerH. erblickt eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des B. darin, daß er die Kaufvertragsannahme und die Auflassungserklärungen des H. ohne Einsichtnahme des Kaufangebots und ohne sich davon zu überzeugen, be-

urkundete, ob sie zum Abschluß eines wirksamen Kaufvertrags und zur wirksamen Eigentumsübertragung geeignet seien. Denn beides wäre nur möglich gewesen, wenn H. die Annahmeerklärung dem D. bis zum 30. Sept. 1922 hätte zugesehen lassen. Der B. hätte deshalb den H. darauf hinweisen und bei dessen Weigerung, die im Vertragsangebot v. 23. Sept. 1912 vorgegebene Mitteilung an D. zu machen, zum mindesten die Beurkundung der Auflassungen ablehnen müssen.

Unterstellt man zunächst die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung, so unterliegt das angefochtene Ur. schon um deswillen der Aufhebung, weil das R. G. das Vorliegen der Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. und ein für seinen Schaden mitursächliches Verschulden des H. mit Unrecht verneint hat. Zutreffend geht es zwar davon aus, daß nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut des Angebots v. 23. Sept. 1912 ein wirksamer Vertragschluß nur zustande kommen sollte und zustande kam, wenn die Annahmeerklärung des H. dem D. innerhalb der Annahmefrist bekannt gegeben wurde. Darüber konnte H. auch als Laie nicht im Zweifel sein. Wenn er aber in Kenntnis von der rechtlichen Bedeutung und Tragweite der Annahmemitteilung diese unterließ, um, wie wenigstens der B. behauptet, D. die Möglichkeit, mit Nachforderungen hervorzutreten, abzuschneiden, so handelte er bewußt auf eigene Gefahr und hat die Folgen seiner Unterlassung zu tragen. Sein Verschulden wird um so größer, falls sein angeblicher Rechtsberater F. ihn auf die Notwendigkeit der Benachrichtigung D. aufmerksam gemacht, H. sie aber kurzerhand abgelehnt und dem F. sogar ausdrücklich verboten haben sollte. Trifft das zu und hatte, wie der B.

zur Abtretung von GmbH-Anteilen eine Klausel über Unwiderruflichkeit oder die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren enthalten ist. Diese Umstände sind bei der Vollmacht zur Abtretung von GmbH-Anteilen ebensowenig von Bedeutung wie bei der Grundstücksverkaufsvollmacht. Hier wie dort kann allein von Bedeutung sein, was zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten vereinbart worden ist, und ob die Erteilung der Vollmacht einen Teil einer Vereinbarung bildet, die nach § 313 BGB. oder § 15 GmbHG. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Ist diese Frage zu bejahen, so müssen die erwähnten Formvorschriften beachtet werden. Eine verschiedene Behandlung der Frage der Formbedürftigkeit der Vollmacht, je nachdem ob die Vollmacht sich auf eine Grundstücksveräußerung oder eine Abtretung von GmbH-Anteilen bezieht, ist danach nicht möglich.

III. In R. G. vom 12. Jan. 1932, 287/31 II (Z. B. 1932, 1042^o), wird ein Parzellierungsvertrag für beurkundungsbedürftig erklärt, durch den der Grundstückseigentümer einen Dritten verkaufen läßt, sich aber zur Erfüllung jener Verkäufe verpflichtet. In dem Parzellierungsvertrag war vorgeesehen, daß dem Dritten eine notarielle Vollmacht ausgestellt werden sollte, die ihn zur Erledigung aller in Erfüllung des Parzellierungsvertrags vorzunehmenden Geschäfte ermächtigte. Der Dritte hat diese Vollmacht erhalten. Mit Recht führt das R. G. aus, daß es für die Formbedürftigkeit des von den Parteien geschlossenen Parzellierungsvertrags keine Rolle spielt, ob die Vollmacht notariell aufgenommen oder nur notariell beglaubigt war. Die förmliche Erteilung der Vollmacht an den Dritten konnte den förmlichen Abschluß des Vertrags zwischen den Parteien nicht ersetzen.

Diese Darlegung des R. G. stimmt überein mit den Ausführungen in R. G. v. 11. Nov. 1929 (Z. B. 1930, 3474^o). In der Anmerkung zu der letzt erwähnten Entsch. ist darauf hingewiesen worden, daß dem Ur. v. 11. Nov. 1929 das Verdienst zukommt, daß es zum ersten Male Grundsätzlich über den Umfang der Formbedürftigkeit einer Vollmachtserteilung ausspricht in dem Sinne, daß die formgerecht beurkundete Vollmachtserteilung die Beurkundung des zweiseitigen Veräußerungsgeschäfts, die im § 313 Satz 1 BGB. vorgeschrieben ist, nicht zu ersetzen vermag. Derselbe Gedanke ist in R. G. v. 12. Jan. 1932, 287/31 II: Z. B. 1932, 1042 zum Ausdruck gebracht durch die Bemerkung, daß die förmliche Erteilung der Vollmacht den förmlichen Abschluß des Vertrags zwischen den Parteien nicht zu ersetzen vermag. Das ist zweifellos richtig und muß festgehalten werden; denn vielfach ist die irrige Ansicht verbreitet, es genüge eine gerichtlich oder notariell beurkundete Vollmachtserteilung, um dem gesamten Komplex von manchmal sehr ins einzelne gehenden Vereinbarungen, welche die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks zum Gegenstand haben, Wirksamkeit zu verleihen.

IV. Vermag die Beurkundung der Vollmachtserteilung die Beurkundung des formbedürftigen Geschäfts nicht zu ersetzen, von dem die Vollmachtserteilung einen Teil bildet, so ist andererseits

die förmliche Erteilung einer Vollmacht nicht nötig, wenn das Hauptgeschäft, in dessen Ausführung die Vollmacht erteilt wird, in der vorgeschriebenen Form abgeschlossen ist. Das scheint in dem oben abgedruckten Ur. v. 17. Febr. 1931 verkannt zu sein. In dem diesem Ur. zugrunde liegenden Falle hat der Grundstückseigentümer am 23. Sept. 1912 ein bis zum 30. Sept. 1922 befristetes Kaufangebot gemacht und am 30. Sept. 1912 dem Angebotsempfänger in einer privatschriftlichen Urkunde eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt, das Grundstück an sich selbst oder an denjenigen aufzulassen, an den er die Rechte aus dem Kaufangebot abtreten würde. Das R. G. hat Gewicht darauf gelegt, daß am Tage der Vollmachtserteilung ein wirksamer Kaufvertrag noch nicht geschlossen war, und daß trotzdem die Auflassungsvollmacht dem Angebotsempfänger freie Verfügung über das Grundstück gegeben und ihm die Auflassung gestattet hat, gleichviel, ob er das Kaufangebot v. 23. Sept. 1912 form- und fristgerecht annahm oder nicht. Hierin liegt aber m. E. nicht das Wesentliche. Wesentlich erscheint mir vielmehr, ob die Vollmacht v. 30. Sept. 1912 eine neue Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks begründen sollte oder ob sie nur erteilt worden ist zwecks Erfüllung der in der Urkunde v. 23. Sept. 1912 übernommenen Verpflichtung für den Fall der Annahme des in dieser Urkunde enthaltenen Angebots.

Daß die für die Entsch. des Rechtsstreits maßgebende Frage so zu stellen ist, wird vom 6. ZivSen. in R. G. 110, 319 = Z. B. 1925, 1749 anerkannt. In dem dieser Entsch. zugrunde liegenden Falle hatte der Eigentümer L. zunächst am 11. Okt. 1922 in notarieller Urkunde dem K. ein Kaufangebot gemacht mit Annahmefrist bis zum 25. April 1923. Am 31. Okt. 1922 hat K. dem L. für seinen Hof ein notarielles Kaufangebot gemacht. Dieses Angebot hat nicht L. angenommen, sondern K. als Bevollmächtigter des L., und zwar auf Grund einer notariell beglaubigten Vollmacht des L. v. 31. Okt. 1922, in der auf das Recht zum Widerruf verzichtet war.

Der 6. ZivSen. hat ausgeführt, daß die von L. dem K. erteilte Vollmacht einen Teil des zwischen L. und K. bestehenden Auftragsverhältnisses darstellte, und dieses zwischen K. und L. begründete Auftragsverhältnis sei ein neues Geschäft und nicht identisch gewesen mit dem früheren Geschäft, durch das sich L. dem K. gegenüber als Kaufbewerber gebunden habe. Das R. G. hat die von L. an K. erteilte Vollmacht lediglich deshalb für beurkundungsbedürftig erklärt, weil hier zwei verschiedene Geschäfte vorgelegen haben. Daraus geht hervor, daß nach Ansicht des 6. ZivSen. eine von L. an K. erteilte Vollmacht nicht der Beurkundung bedürftig hätte, wenn die Vollmacht lediglich erteilt worden wäre zwecks Erfüllung des notariellen Kaufangebots, das L. in notarieller Urkunde v. 11. Okt. 1922 dem K. mit Annahmefrist bis zum 25. April 1923 gemacht hat.

Danach deckt sich die Auffassung des 6. ZivSen. mit der in Z. B. 1930, 3474 Anm. A zu 5 vertretenen Ansicht, daß eine Voll-

weiter vorträgt, der mit ihm in Bürogemeinschaft arbeitende, in der Klagebeantwortung sogar als sein Sozius bezeichnete K. F. trotz Ablehnung seines Rats die Entwürfe zu den zu beurkundenden Erklärungen angefertigt und ihm, dem Notar, ohne Bekanntschaft der Sach- und Rechtslage zur Vollziehung vorgelegt, so hat F. seine anwaltliche Beratungs-pflicht dem H. gegenüber gröblich verletzt. Das BG. stellt das in Abrede, weil F. seiner Belehrungspflicht nachgekommen, H. aber seinen Ratsschlüssen nicht gefolgt sei. Das ist rechtsirrig. Erkannte F., daß die von ihm angefertigten Entwürfe wegen des Starrsinns und der Unbelehrbarkeit des H. zu dem von ihm erstrebten wirtschaftlichen Erfolge und zum Abschluß wirksamer Rechtsgeäfte nicht führen konnten, so mußte er ihre Anfertigung entweder verweigern oder dem H. erklären, daß er sie nur unter Ablehnung eigener Verantwortung vornehme, die vorbereiteten Urkunden dem Bekl. nur unter vollständiger Darlegung des Sachverhalts unterbreiten und ihm somit die Entscheidung über die Beurkundung oder Nichtbeurkundung überlassen und ermöglichen. Tat er das nicht, sondern rief er durch sein Verhalten bei dem Bekl. die Überzeugung hervor, er, F., habe die Rechtslage erschöpfend geprüft und halte die Beurkundung für rechtlich unbedenklich, so verstieß er, wie schon betont, schuldhaft gegen seine ihm dem H. gegenüber obliegenden Anwalts-pflichten. Dieser Verstoß ist für den Schaden des H. mit-urächlich geworden. Bei einer solchen Sachlage muß die Ersagpflicht des F. erst ausgeräumt oder dessen Ersagunfähigkeit dargelegt werden, bevor eine erfolgreiche Inanspruchnahme des Bekl. überhaupt möglich ist. Sollte übrigens H. auf Grund des D.schen Schreibens v. 6. Sept. 1915 etwa der Ansicht gewesen sein, eine Benachrichtigung D.s erübrige sich, so mußte er nach der gegenteiligen Belehrung F.s, um jeden Zweifel zu beheben, auch selbst den Bekl. über die Mitteilungsklausel des Vertragsangebots und den Inhalt des genannten Briefes unterrichten und ihn um Rechtsauskunft bitten. Auch von diesem Gesichtspunkt aus steht ein Verschulden des H. außer Frage.

Bei dieser Rechtslage ist eine Zurückverweisung der Sache an das BG. nur möglich, aber auch geboten, wenn

macht, die in Ausführung eines gerichtlich oder notariell beurkundeten Grundgeschäfts erteilt wird, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht bedarf. Das gilt auch dann, wenn in der Vollmacht vermerkt ist, daß sie unwiderruflich ist. Denn die Unwiderruflichkeit ergibt sich nicht aus dem Vermerk, sondern aus dem Grundgeschäfte. Der Vermerk der Unwiderruflichkeit in der Vollmachtsurkunde ist daher rechtlich bedeutungslos.

In dem oben abgedruckten Ur. wird die Formbedürftigkeit der Vollmacht damit begründet, daß sie den Bevollmächtigten auch ohne Annahme des Kaufangebots zur Auflassung ermächtigte. Diese Erwägung rechtfertigt m. E. nicht die Formbedürftigkeit der Vollmacht v. 30. Sept. 1912. Würde allein die vom 3. ZivSen. ange-stellte Erwägung ausreichen, die Formbedürftigkeit einer Vollmacht zu begründen, so wäre jede Vollmacht zur Übereignung eines Grundstücks formbedürftig, auch wenn der Vollmachtserteilung ein bereits fertig abgeschlossener Grundstückskaufvertrag zugrunde liegt. Denn die Vollmacht zur Übereignung eines Grundstücks bleibt, wenn sie nicht widerrufen wird, auch dann bestehen, wenn der der Vollmachtserteilung zugrunde liegende Kaufvertrag aufgehoben wird. Wollte man dem Gedankengange des 3. ZivSen. folgen, so müßte man auch im Falle des Vorliegens eines formgerechten Grundstückskaufvertrags in die zur Erfüllung eines solchen Vertrags erteilte Vollmacht hineinschreiben, daß die Vollmacht nicht gelten soll im Falle der Nichtigkeit oder der Aufhebung des Kaufvertrags. Andernfalls könnte angenommen werden, daß die Vollmacht den Bevollmächtigten des Eigentümers ohne Rücksicht auf das Bestehen des Kaufvertrags zur Auflassung ermächtigen soll, und daß deshalb die Vollmacht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf.

Bei diesem Gedankengang ist die abstrakte Natur der Vollmacht nicht richtig gewertet. In der Erteilung der Vollmacht liegt immer ein Beweis weitgehenden Vertrauens des Vollmachtgebers zu dem Bevollmächtigten. Es werden daher in der Regel in die Vollmacht weder die einzelnen Bedingungen des vom Bevollmächtigten abzuschließenden Rechtsgeschäfts noch auch die Bedingungen aufgenommen, unter denen der Bevollmächtigte berechtigt sein soll, von der ihm erteilten Vollmacht Gebrauch zu machen. Daraus folgt aber nicht, daß der Bevollmächtigte nach freiem Belieben von der ihm erteilten Vertretungsmacht Gebrauch machen kann. Inwiefern er hierzu berechtigt ist, hängt von den Vereinbarungen ab,

dessen Annahme, der Bekl. habe durch schuldhafte Amtspflichtverletzung den Schaden des H. veranlaßt oder wenigstens mitveranlaßt, zutrifft — und das ist zu bejahen.

Der Rev. ist zuzugeben, daß auch eine Auflassungsvollmacht grundsätzlich nicht formbedürftig ist. Sie unterliegt aber der Formvorschrift des § 313 BGB. jedenfalls dann, wenn sie den Bevollmächtigten ermächtigt, ohne Rücksicht auf etwaige abweichende Willensentschlüsse des Vollmachtgebers und selbst bei Nichtzustandekommen oder Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts das Grundstückeigentum an sich selbst oder an Dritte zu übertragen (vgl. RG. 108, 125 f.¹; 110, 318 f.²; JW. 1930, 1300³). So liegt der Fall auch hier. Am 30. Sept. 1912, dem Tage der Ausstellung der Vollmacht, war ein wirksamer Kaufvertrag noch nicht geschlossen, und es stand völlig dahin, ob er je geschlossen werden würde. Die Auflassungsvollmacht sah diesen Fall aber nicht vor, sondern gab dem H. freie Verfügung über die D.schen Grundstücke und gestattete ihm, gleichviel ob er das Kaufangebot v. 23. Sept. 1912 form- und fristgerecht annahm oder nicht, jederzeit die für eine Eigentumsübertragung erforderlichen grundbücherlichen Erklärungen abzugeben. Unter solchen Umständen war die Auflassungsvollmacht formpflichtig und unwirksam. Ob sie durch den nachträglichen Abschluß eines gültigen Kaufvertrags, also durch notarielle Annahme des Kaufangebots und deren fristgerechte Mitteilung an D. wirksam geworden wäre, dürfte freilich zu bejahen sein (vgl. RG. 110, 321³), kann aber hier dahingestellt bleiben. Auf keinen Fall durfte der Bekl., wenn er den Inhalt des Kaufangebots kannte und zweifelsfrei wußte, daß allein durch die notarielle Annahme des Kaufangebots seitens des H. ein rechtsgültiger Kaufvertrag nicht zustande kam, die Auflassungserklärung auf Grund einer der Formvorschrift des § 313 BGB. nicht entsprechenden Vollmacht entgegennehmen und beurkunden. Damit hätte er bei Kenntnis des Kaufangebots so lange warten müssen, bis ihm der Nachweis dafür, daß D. von der Annahme benachrichtigt sei, erbracht war. Deshalb gereicht es dem Bekl. zum Verschulden, und stellt sich als Verletzung seiner Amtspflichten dar, daß er sich das Kaufangebot vom September 1912 nicht

die der Vollmachtserteilung zugrunde liegen. Lediglich aus dem Inhalt dieser Vereinbarungen, nicht aus dem Wortlaut der Vollmacht v. 30. Sept. 1912 ist daher zu entnehmen, ob der Bevollmächtigte dem Vollmachtgeber gegenüber zur Erteilung der Auflassungsberechtigt war, auch wenn das Kaufangebot v. 23. Dez. 1912 nicht form- und fristgerecht angenommen wurde. Nur wenn die der Vollmachtserteilung zugrunde liegenden Vereinbarungen diesen Inhalt hatten, bedurfte die Vollmachtserteilung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, die sich jedoch nicht hätte auf die Erteilung der Vollmacht beschränken dürfen, sondern sich auf den gesamten Inhalt der Vereinbarungen hätte erstrecken müssen. Danach erscheint mir die obige Entsch. insofern nicht ausreichend begründet, als es darin an einer Feststellung fehlt, daß mit Erteilung der Vollmacht v. 30. Sept. 1912 eine neue Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks begründet wurde, die nicht bedingt war durch die frist- und formgerechte Annahme des in der Urkunde v. 23. Sept. 1912 enthaltenen Angebots.

V. Die obigen Darlegungen ergeben, daß sich aus dem Inhalt einer Vollmachtsurkunde in der Regel nicht entnehmen läßt, ob die Erteilung der Vollmacht formbedürftig ist oder nicht. Dies gilt auch dann, wenn die Vollmacht in der Urkunde als unwiderruflich bezeichnet ist, da, wie bemerkt, eine Vollmacht trotz der darin enthaltenen Unwiderruflichkeitsklausel widerruflich sein kann. Ist dem so, so erscheint es äußerst zweifelhaft, ob sich für einen Notar aus der Vorlegung einer mit der Klausel der Unwiderruflichkeit versehenen Vollmachtsurkunde die Pflicht ergibt, in eine Prüfung der Frage einzutreten, ob die Vollmacht in ausreichender Weise beurkundet ist. Keinesfalls kann dem Notar eine solche Pflicht aber dann obliegen, wenn in der Vollmacht auf eine notarielle Urkunde Bezug genommen wird, in der sich der Vollmachtgeber zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet hat. In diesem Falle braucht der Notar nicht damit zu rechnen, daß die Vollmacht der Beurkundung bedürftig hätte, da dies ja nur dann der Fall ist, wenn es an einem notariell beurkundeten Grundgeschäfte fehlt und die Vollmacht dieses Geschäft ersetzen soll.

RA. Dr. Leo Sternberg, Berlin.

¹) JW. 1924, 806.

²) JW. 1925, 1291.

³) JW. 1925, 1749.

vorlegen ließ oder das ihm vorgelegte nicht mit der erforderlichen Sorgfalt prüfte. Von der Pflicht zur sorgfältigen Einsicht des Kaufangebots befreite ihn, auch eine etwaige vorherige Beratung des H. durch M. F. und die angebliche Anfertigung der Urkundenentwürfe durch diesen ebensowenig, wie ihn Vorberatungen und Vorverhandlungen seines Vaters mit H. von ihr befreit haben würden. Für die Rechtswirksamkeit der von ihm aufgenommenen notariellen Akte und für die Ausräumung der ihr entgegenstehenden rechtlichen Bedenken war der Bekl. allein verantwortlich. Er durfte sich auf die Rechtsauskünfte, die F. gegeben hatte, ohne sie und ihre Unterlagen zu kennen, bei Ausübung seiner Amtstätigkeit nicht blindlings verlassen. Die entgegengesetzte Ansicht der Rev. ist nicht zu billigen. Ihr ist zuzugeben, daß das Verschulden des Bekl. durch das von ihm behauptete Verhalten des M. F. erheblich gemildert wird, es vermag ihn aber nicht von jeder Verantwortung dem H. gegenüber freizustellen.

Zutreffend hat das RG. auch angenommen, daß der von D. gegen H. angestrenzte Prozeß bei der geschilderten Rechtslage zugunsten des Ersteren hätte entschieden werden müssen. Da es infolge der Verkümmung der Mitteilungsfrist zu rechtsverbindlichen Kaufverträgen nicht gekommen ist, hatte die Auflassung und Eintragung des H. ins Grundbuch — bei der für ihn günstigsten Rechtsauffassung — zum mindesten zur Folge, daß beide Akte schwebend unwirksam waren und nur bei formgerechter Genehmigung des D. zu einem wirksamen Eigentumserwerb des H. führen konnten. Dem D. der bei Bekämpfung der ungültigen Auflassungen nur von einem ihm gesetzlich gewährleisteten Rechte Gebrauch machte, konnte auch der Einwand der Arglist nicht mit Erfolg entgegen gesetzt werden. Der Vergleichschluß lag daher ebenso im Interesse des H. wie des Bekl. Diesen zu dem Vergleichsabschluß zuzuziehen, hatte H. nach erfolgter Streitverkündung keinen Anlaß. Mit Recht hat das RG. auch den Einwand des Bekl., der Schaden des H. sei durch den bei dem Verkauf des einen Grundstücks an B. erzielten Gewinn wettgemacht, zurückgewiesen. Eine sog. Vorteilsausgleichung, eine *compensatio lucri cum damno*, findet nur dann statt, wenn das Schädigende und die Ersatzpflicht begründende Ereignis dem Verletzten zugleich einen Vorteil bringt (vgl. JW. 1907, 133¹²; 1909, 455⁸). Davon kann hier keine Rede sein. Der dem H. aus dem Hausverkauf zugewiesene Gewinn beruhte auf einem von der Amtspflichtverletzung des Bekl. und ihren schädlichen Folgen unabhängigen, selbständigen Rechtsgeschäft, dessen Vorteil für H. noch größer gewesen wäre, wenn das schuldhaftes Verhalten des Bekl. für D. nicht die Möglichkeit eines aussichtsreichen Prozesses geschaffen und den H. nicht zu dem Vergleich genötigt hätte.

Der Rechtsstreit ist noch nicht zur Endentscheidung reif. Das BG. wird vielmehr in Gemäßheit obiger Ausführungen zu prüfen haben, wieweit die Ersatzpflicht des Bekl. durch die des F. und wieweit sie bei einem ihm ungünstigen Ergebnis dieser Prüfung durch das — nicht unerhebliche — Mitverschulden des Bekl. ausgeschlossen wird.

(U. v. 17. Febr. 1931; 112/30 III. — Berlin.)

24. § 761 BGB. Um einen Leibrentenvertrag handelt es sich nicht, wenn die einzelnen Bezüge rechtsgeschäftlich in eine Austauschbeziehung zu einer Gegenleistung gesetzt werden; so also nicht, wenn eine Verpflichtung zur Pensionsgewährung als Leistung des Dienstberechtigten mit einem Dienstvertrage verknüpft wird, mag das Versprechen auch erst nach Ablauf der Dienstzeit erfolgen. †)

Die Kl. war etwa 27 Jahre lang bei dem Vater des Bekl. zunächst als Erzieherin, dann als Hausdame auf dem Ritter-

gut S. in Stellung. Sie erhielt neben einer Barvergütung freie Wohnung und freie Station auf dem Rittergut S. Infolge Krankheit mußte sie ihren Dienst i. J. 1920 aufgeben. Der Bekl., der das Gut M. auf Grund des Vertrages vom 15. Juni 1918 und das S.-Gut auf Grund des Vertrages vom 28. Aug. 1923 von seinem Vater erworben hatte, gewährte der Kl. freie Wohnung und freie Station, stellte aber am 1. Nov. 1928 nach Aufhebung der selbständigen Gutsbezirke weitere Zahlungen ein.

Die Kl. hat unter Eideszuschreibung behauptet, daß der Bekl. bei der Übernahme der beiden Güter seinem Vater gegenüber die Verpflichtung übernommen habe, ihr lebenslanglich freie Wohnung und freien Unterhalt zu gewähren. Da der Bekl. die Güter verpachtet habe, habe sie auf dem S.-Gut nicht bleiben können und sei nach M., der Nachbargemeinde, gezogen. Diese Gemeinde habe ihr keine Wohnung gewähren wollen, um nicht der Gefahr der Entstehung einer Ortsarmenlast ausgesetzt zu sein. Deshalb habe der Bekl. auch der genannten Gemeinde gegenüber die Verpflichtung übernommen, der Kl. Deputat in Höhe von 50 RM und freie Wohnung in Höhe von 30 RM zu gewähren.

Das BG. irrt, wenn es in der von der Kl. behaupteten Verpflichtung ohne jede Begründung ein Leibrentenversprechen erblicken zu können glaubt. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, den Begriff der Leibrente im BGB. von sich aus zu bestimmen. Der Begriff sollte von der Rspr. und der Rechtslehre herausgebildet werden (RG. 80, 211¹). Daraufhin hat sich der Begriff des Leibrentenversprechens dahin ausgebildet, daß es sich um eine schuldrechtliche Gestaltung eigener Art handelt, vermöge deren die versprochene Rente als ein in sich geschlossenes einheitliches Recht bestellt wird, das den Anspruch auf die Einzelbezüge nur vermöge seines Bestehens aus sich selbst heraus hervorbringt. Diese einzelnen Bezüge sind Nutzungen des Leibrentenrechts (RG. a. a. D. S. 209). Deshalb handelt es sich um ein Leibrentenrecht dann nicht mehr, wenn die einzelnen Bezüge rechts-

d. ArbR. I 8-5 § 27 Anm. 7, ferner Heck, Grundr. d. SchuldR. § 121 VI 4, 5, der die vom RG. anerkannten Einschränkungen des § 761 in ihrer Begr. durch die sog. Isolierungstheorie nicht für berechtigt hält, und Siber, Grundr. d. SchuldR. § 69, 3, der Bezeichnung des Formmangels arg. § 313 Satz 2 BGB. und darum bei Vereinbarung eines Ruhegehalts nach Beendigung der Dienste ursprüngliche Wirksamkeit der formlosen Abrede annimmt) gebilligt, und zwar m. E. deshalb mit Recht, weil bei Schaffung des § 761 (durch die RKomm.: Mugdan, Materialien II, 1294) offenbar vom Gesetzgeber nur die Interessenlage bei einem Vertrag ins Auge gefaßt worden ist, dessen typenmäßiger Inhalt die Begr. des Rechts auf eine Leibrente ist. Dafür spricht deutlich die Stellung der Vorschr. im Abschn. über die „Einzelnen Schuldverhältnisse“; denn eine Norm, die jeden auf die Gewährung einer Leibrente gerichteten Vertrag um dieses wichtigen und für den Schuldner gefährlichen Inhalts willen einem Formzwang hätte unterwerfen wollen, wäre korrekterweise in die Nachbarschaft der §§ 311—313 BGB. zu stellen gewesen. Sobald darum eine auf die Lebenszeit des Gläubigers abgestellte Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen als Gegenleistung für Dienste übernommen wird und deshalb nicht der mit *causa donandi* oder indifferenter Gegenleistung (Zugabe eines Kapitals) rechnende Typus des Leibrentenvertrags, sondern ein doppeltypischer Vertrag (Zwittervertrag i. S. v. Enneccerus-Lehmann, II § 100 B III) vorliegt (dafür auch Heck a. a. D. 5b und Siber S. 381 unten), kann die nur für den typischen Leibrentenvertrag passende Formvorschr. des § 761 nicht angewendet werden. Nur diese Entsch. steht mit dem Sprachgebrauch, der einen Ruhegehalt niemals Leibrente nennt (darauf legt Heck a. a. D. 5c entscheidendes Gewicht), und, wie auch ein Gegner der herrschenden Lehre (Cecius: GruchBeitr. 45, 15) zugibt, mit dem Rechtsgefühl im Einklang.

Das Eigenartige des vorl. Falles besteht darin, daß nicht der Arbeitgeber, sondern dessen Sohn, also ein Dritter, die wiederkehrenden Leistungen versprochen hat. Falls, was bisher nicht festgestellt zu sein scheint, dieser weder Erbe des früheren Arbeitgebers noch Übernehmer des für das Arbeitsverhältnis der Kl. in Frage kommenden Betriebs (sie war Erzieherin und Hausdame, also offenbar nicht in der Gutswirtschaft tätig) ist, bleibt es daher auch vom Standpunkte des RG. aus zweifelhaft, ob die Zusage bindend abgegeben ist. Denn wenn sich kein synallagmatisches Verhältnis zu

Zu 24. Aus den in der vorl. Begr. angef. Entsch. ergibt sich zweifellos eine feststehende Praxis des RG., nach der weder die bei oder nach der Einstellung noch auch die bei oder nach der Entlassung eines Arbeitnehmers vom Arbeitgeber erteilte Zusage eines Ruhegehalts der Form des § 761 BGB. bedarf. Sie wird von der im Schrifttum herrschenden Ansicht (Nachweise bei Hueck, Lehrb.

1) JW. 1913, 89.

geschäftlich in eine Austauschbeziehung zu einer Gegenleistung gesetzt werden.

Aus dieser Erwägung heraus ist in der Rspr. angenommen worden, daß ein Leibrentenversprechen i. S. des § 761 in der Regel dann nicht vorliegt, wenn eine Verpflichtung zur Pensionsgewährung als Leistung des Dienstberechtigten mit einem Dienstvertrage verknüpft wird. Der Dienstverpflichtete erhält dann die Ruhegehaltsbezüge als Gegenleistung für die Gesamtheit der Dienstleistungen. In weiterer Entwicklung dieses Gedankens ist es mit Recht nicht als entscheidend angesehen worden, ob das Versprechen des Ruhegehalts während der Dienstzeit oder bei deren Ablauf erfolgt (RG. 94, 159). Das Wesen einer Leibrente braucht in einem solchen Falle auch dann nicht vorzuliegen, wenn die Ruhegehaltsleistungen nachträglich für geleistete Dienste versprochen werden (LZ. 1918, 382). Der Begriff der Schenkung scheidet in solchem Falle aus, weil § 516 BGB. eine Einigung beider Teile voraussetzt, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (RG. 75, 327²) und dort angeführte Entsch., JW. 1927, 1190). Eine solche Einigung liegt aber nicht vor, wenn das Ruhegehalt von den Beteiligten als nachträgliche Entlohnung der geleisteten Dienste aufgefaßt wird. Auch § 780 BGB. ist dann nicht anwendbar, weil das Versprechen in einem solchen Falle die Verpflichtung nicht selbständig begründen soll. Der Zusammenhang der von der Kl. behaupteten Versprechen mit den von ihr durch viele Jahre geleisteten oder noch zu leistenden Diensten liegt im vorliegenden Fall so nahe, daß das BG. das Vorbringen unter den dargelegten Gesichtspunkten hätte prüfen müssen (vgl. ferner RGWarn. 1914 Nr. 243; 1922 Nr. 65; JW. 1911, 449; LZ. 1921, 173; Gruch. 55, 949; SenffArch. 70 Nr. 8).

(U. v. 29. Okt. 1931; VI 234/31. — Berlin.) [S.]

25. § 812 BGB. *Condictio causa data causa non secuta*, wenn ein Ehemann der Frau ein Grundstück schenkt, um es der Familie zu erhalten, und die Ehe später geschieden wird.

Die Befl. zu 1 war früher mit dem Kl. verheiratet. Die Ehe ist 1927 aus beiderseitigem Verschulden geschieden worden, nachdem die Befl. zu 1 mit dem Befl. zu 2, ihrem jetzigen Ehemann, Ehebruch getrieben hatte. Durch notariellen Schenkungsvertrag v. 15. Jan. 1924 schenkte Kl., der damals in Untersuchungshaft saß und einen Dritten bevollmächtigt hatte, der Befl. zu 1 das im Grundbuch von B. eingetragene Grundstück. Die Befl. ist darauf als Eigentümerin eingetragen worden. Kl. verlangt von ihr Herausgabe und Rückkauflassung des Grundstücks und vom Befl. zu 2 Einwilligung in die Rückgabe sowie Duldung der Zwangsvollstreckung. Er stützt die Klage im wesentlichen auf §§ 123, 826, auf § 532 und auf § 812 BGB. Das LG. hat aus § 812 BGB. verurteilt, das LG. hat die Entscheidung von einem Eide der Befl. zu 1 darüber, daß sie die Schreiben, die Kl. zwecks Widerrufs der Schenkung abgesandt haben will, erhalten habe.

Die Rev. des Befl. führte zur Wiederherstellung des LGUrts.

Einen rechtswirksamen Widerruf der Schenkung hält der VerR. durch die bisherige Beweisaufnahme nicht für erwiesen; er hat deshalb auf den hierüber der Befl. zu 1 zugeschobenen Eid erkannt. Rechtliche Bedenken sind insoweit nicht erhoben, werden auch von der Rev. des näheren nicht geltend gemacht.

Es fragt sich aber, ob die Klage nicht schon deshalb durch-

den früheren Diensten feststellen läßt, liegt eben doch ein mit keinem anderen Typus gemischter, und zwar schenkungsweise geschlossener Leibrentenvertrag vor, für den nicht nur die Form des § 761, sondern sogar die des § 518 BGB. gilt. Andererseits wäre nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2 ArbGG. die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen, wenn der Befl. oder sein Rechtsvorgänger in dem Arbeitsverhältnis, aus dessen „Nachwirkungen“ der Rechtsstreit entsprungen sein muß, falls der Klagegrund nicht ein typischer Leibrentenvertrag ist, die Rolle des Arbeitgebers innehatte. Die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte, die aus diesem Gesichtspunkt für den Befl. m. E. allein in Frage käme (vgl. über die bek. Streitfrage Hueck, Lehrb. d. ArbR. II § 79 II), dürfte allerdings normalerweise in der Verf. nach § 528 Abs. 2 ZPO. i. Verb. m. §§ 64 Abs. 2, 116 ArbGG. präkludiert sein. Prof. Dr. Hans Kreller, Tübingen.

²) JW. 1911, 230.

dringen muß, weil sie auch auf ungerechtfertigte Bereicherung (als *condictio ob causam datorum*) gestützt ist. In dieser Hinsicht hatte der Kl. behauptet, daß die schenkungsweise Übergabe des Grundstücks zu dem Zwecke erfolgt sei, es dem Zugriff des Fiskus wegen der Kosten des gegen ihn anhängigen Strafverfahrens zu entziehen und es dadurch der Familie zu erhalten. Der VerR. glaubt eine Feststellung dahin, daß der behauptete Zweck nicht einseitige Voraussetzung des Kl. gewesen, sondern Vertragsbestandteil geworden sei, nicht treffen zu können, hält aber auch das weitere Erfordernis, daß der eventuell vereinbarte Erfolg nicht eingetreten sei, nicht für gegeben. In beiden Richtungen begegnet das Urteil rechtlichen Bedenken. Daß der Kl. mit der Schenkung den Zweck verfolgte, die Beschlagnahme durch den Fiskus zu verhindern und das Grundstück der Familie zu erhalten, stellt der VerR. fest. Ein solcher Wille des Kl. ergab sich aus der ganzen Sachlage und war auch der Befl. ohne weiteres erkennbar. Nahm sie aber in dieser Kenntnis die Schenkung an, so hat sie damit hinreichend zum Ausdruck gebracht, daß sie sich dem Willen des Kl. unterwerfen wollte. Wobann liegt nach dem Gesamthalt des Geschäfts und dem Bewußtsein beider Teile eine stillschweigende Zweckvereinbarung vor (Pland I, 3 S. 1630 zu § 812 BGB.; RG.: Gruch. 55, 956 und LZ. 1912, 388). Die Schenkung bezweckte, das landwirtschaftlich betriebene Grundstück dem Zugriff des Fiskus zu entziehen mit dem Erfolg, daß es der Familie des Kl. erhalten blieb. Allerdings ist der nächste und unmittelbare Erfolg (Nichtinanspruchnahme durch den Fiskus) eingetreten, nicht aber der weitergehende Erfolg der Erhaltung des Grundstücks für die Familie des Kl. Dieser unter allen Umständen ebenfalls gewollte Zweck ist nunmehr durch die Verheiratung der geschiedenen Befl. zu 1 mit dem Befl. zu 2, mit dem sie Ehebruch begangen hatte, vereitelt worden. Denn die Kinder der Parteien sind jetzt nur mit ihrem Stiefvater erbberechtigt am Nachlaß der Mutter, ihnen bleibt also keinesfalls das ganze Grundstück erhalten. Es muß hiervon abgesehen aber auch unter den obwaltenden Verhältnissen als Wille der Beteiligten angenommen werden, daß die Erhaltung des Grundstücks für die Familie überhaupt das Fortbestehen der bisherigen Familiengemeinschaft auf der bisherigen wirtschaftlichen Grundlage, also die Möglichkeit, das Grundstück wie bisher allein für die Familie des Kl. unter Ausschluß eines Dritten zu nutzen, zur Voraussetzung haben sollte. Bei dieser Sachlage ist das Erfordernis der Bereicherungsklage, Nichtentritt des nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolgs, objektiv gegeben, ohne daß es insoweit auf ein Verschulden der Befl. zu 1 weiter ankommt. Daß das Grundstück zum Vermögen des Kl. gehörte und von ihm, ohne daß eine Verpflichtung hierzu bestand, der Befl. schenkungsweise übereignet worden ist, stellt der VerR. rechtlich bedenkenfrei fest.

(U. v. 2. Juli 1931; 14/31 IV. — Celle.) [Da.]

****26.** Berufsvormundschaft nach Art. 78 § 4 PrABGB. und Ausübung der Vormundschaft (B.) durch das Jugendamt der Gemeinde nach dem RJugWohlfG. v. 9. Juli 1922. Rechtliche Stellung des Berufsvormundes, Haftung der Gemeinde für seine Versehen dem Mündel gegenüber. Rechtliche Bedeutung der vormundschaftlichen Genehmigung für die Verpflichtung des Vormundes bei einem von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abhängigen Vertrage, die nach § 1829 BGB. eingeholte Genehmigung der Gegenseite mitzuteilen.†)

Das BG. geht davon aus, daß das Jugendamt der Stadt Br. als Vormund der Kl. die Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten in Gemäßheit der §§ 32, 35 RJugWohlfG. v. 9. Juli 1922 seinem Mitgliede oder Beamten P.

Zu 26. Das vom RG. aufgehobene Urteil bietet ein in der Praxis wohl nur selten vorkommendes Beispiel für das gleichzeitige Zutreffen der beiden Alternativen des § 550 ZPO. Indem das LG. einen vor dem 1. April 1924 zurückliegenden Sachverhalt den Bestimmungen des erst am 1. April 1924 in Kraft getretenen RJugWohlfG. unterstellte, wandte es eine Rechtsnorm nicht richtig an,

übertragen habe. Dieser Ausgangspunkt ist ein rechtsirriger, da das RJugWohlfG. erst am 1. April 1924, also lange nach den die Grundlage der Klage bildenden Vorgängen in Kraft getreten ist (vgl. Art. 1 EinfG. zum RJugWohlfG. v. 9. Juli 1922 und Art. 4 der WD. über das Inkrafttreten des RJugWohlfG. v. 14. Febr. 1924). Die B. des B. konnte nur eine der auf Art. 136 GGWB. und Art. 78 § 4 PrAGWB. beruhenden und mit dem Inkrafttreten des RJugWohlfG. aufgehobenen Berufsvormundschaften (vgl. Art. 4 EinfG. zum RJugWohlfG.) sein. Art. 136 GGWB. und Art. 78 § 4 des PrAGWB. ermächtigt namentlich die Gemeinden, durch ortstatutarische Bestimmungen einzelnen ihrer Beamten die Führung der B. über die im Wege der Armenpflege zu befreuenden unehelichen Kinder zu übertragen. Ob und inwieweit das in Br. ordnungsmäßig geschehen war, darüber fehlt bisher jede Erwähnung. Dieser Mangel muß zur Aufhebung des B.U. führen. Zur Sache selbst sei folgendes bemerkt: Keinesfalls können die Rechtsgrundsätze, welche das BG. hinsichtlich der Haftung einer Gemeinde für schuldhafte Pflichtverletzungen eines Amtsvormundes i. S. des RJugWohlfG., sei es mit Recht oder Unrecht, gelten lassen will, insbes. die von ihm in erster Reihe angezogenen §§ 89, 31, 276 BGB. ohne weiteres auf schuldhafte Schädigungen von Mündeln durch einen Berufsvormund i. S. des Art. 78 § 4 PrAGWB. angewendet werden. Bezüglich solcher Schädigungen ist die Rechtslage vielmehr folgende:

Die BerufsB. trat kraft Gesetzes ein. Sie legte dem Berufsvormund inhaltlich zwar dieselben Pflichten auf, die dem gerichtslässig bestellten Vormunde nach den §§ 1789, 1833 BGB. dem Mündel gegenüber obliegen, trug aber öffentlich-rechtlichen, amtlichen Charakter. Zwar spricht der Gesetzgeber auch im § 1885 BGB. schlechthin von dem Amte eines Vormunds, er hat aber dabei ein Amt auf privatrechtlicher Grundlage mit privatrechtlichen Pflichten und Aufgaben im Auge, während der Berufsvormund die vormundschaftlichen Befugnisse nur in seiner Eigenschaft als Gemeindebeamter als Ausfluß staatlicher, also hoheitsrechtlicher Fürsorgepflicht (RG. 91, 384) ausübte. Seine vormundschaftliche Tätigkeit war von seiner Eigenschaft als Gemeindebeamter nicht zu trennen und hatte in dieser ihre alleinige rechtliche Grundlage. Der Berufsvormund handelte bei Wahrnehmung der privatrechtlichen Belange der seinem Schutze und seiner Fürsorge anvertrauten Jugendlichen ebenso im öffentlichen Interesse und kraft

und indem es diesen Sachverhalt nicht auf Grund des dafür maßgebenden Art. 78 § 4 PrAusfG. z. BGB. prüfte, unterließ es die Anwendung der in Betracht kommenden Rechtsnorm. Die Aufhebung des Urteils ist also mit vollem Recht erfolgt.

Auch sachlich ist die Entsch. des RG. wohl begründet. Der preuß. Berufsvormund erlangte die vormundschaftlichen Rechte und Pflichten als Beamter C u s e n und M ü l l e r, Das preuß. AusfG. z. BGB., S. 669). Nur weil er der Gemeindevorverwaltung als Beamter angehörte, konnte ihm eine ortstatutarische Bestimmung die Vormundschaft übertragen, die im Gebiet des preuß. Rechts schon der Sprachgebrauch als „Generalvormundschaft“ von der des öffentlich-rechtlichen Amtscharakters entbehrenden, wenn auch in §§ 1885, 1886, 1890, 1893 Abs. 2 BGB. als „Amt“ bezeichneten Privatvormundschaft deutlich unterschied. Verletzte ein solcher Berufsvormund die ihm bei Wahrnehmung der vormundschaftlichen Tätigkeit obliegenden Pflichten, so machte er sich einer Amtspflichtverletzung i. S. des § 839 BGB. schuldig, für deren schädigende Folgen gemäß Art. 131 RVerf. die Gemeinde, in deren Dienst der Berufsvormund stand, dem Mündel aufzukommen hatte. Für eine Anwendung der lediglich den Privatrechtsverkehr betr. Bestimmungen, §§ 89, 31, 276 BGB., wie sie das DLG. zuläßt, war dann natürlich kein Raum.

Dieselbe Regelung hat einzugreifen, wenn außerpreuß. Landesrechte auf Grund einer durch Art. 136 GGWB. gebekten Anordnung eine Berufsvormundschaft aufweisen, so in dem in dem Urteil zitierten säch. Fall, dessen Entsch. in BayZ. 1922, 98 ff. wiedergegeben ist.

Dasselbe hat aber auch von den beamteten Mitgliedern der auf Grund des RJugWohlfG. errichteten Jugendämter zu gelten: ihre Amtsvormundschaft ist nach den zutreffenden Ausführungen des DLG. München in seinem Art. v. 28. Juni 1928 (BayZ. 1928, 293) „eine obrigkeitliche, unmittelbar auf Verwirklichung von Staats- und Gemeindefürsorge gerichtete ... Amtstätigkeit“, deren ordnungsmäßige Erfüllung ebenfalls einen Verstoß gegen § 839 BGB. enthält (Staubinger, BGB. [9] 2, 3, 1929).

Die Auslegung, die das Urteil dem § 1829 BGB. gibt, ist

öffentlicher Gewalt wie bei Erfüllung seiner sonstigen gemeindefürsorglichen Aufgaben. Vernachlässigte er also bei Führung der B. die durch die Umstände gebotene Sorgfalt und schädigte er dadurch die Interessen eines Mündels, so verletzte er auch die ihm diesem gegenüber obliegenden Amtspflichten i. S. der §§ 839, 276 BGB. Nur trat an Stelle seiner Haftung gem. Art. 131 RVerf. die der Gemeinde, deren Beamter er war. Der Fall liegt ebenso wie der in dem Art. v. 8. Jan. 1922 III 454/21 entschiedene, in welchem eine sächsische Gemeinde wegen fahrlässiger Mißgriffe eines Berufsvormunds in Anspruch genommen wurde und bei dem in der RevJust. ebenso wie hier nicht die Verantwortlichkeit der Gemeinde für schuldhafte Versehen des Vormunds, sondern nur die Schuldfrage selbst streitig war.

Die Einholung und Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Rechtsgeschäfts nimmt für sich allein dem Vormunde nicht die Verpflichtung ab, es selbst auf die Vorteile und Nachteile hin, die es dem Mündel bringt oder nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bringen kann, gewissenhaft zu prüfen. Sie befreit ihn nicht von den Folgen eines ihm in dieser Hinsicht zur Last fallenden Verschuldens. Freilich kann er unter Umständen dann entlastet erscheinen, wenn er nach der besonderen Lage des Falles die Genehmigung des BGer. für maßgebend erachtet und sie seiner Entschließung schlechthin zugrunde legen durfte (vgl. Art. des 4. ZivSen. v. 6. Sept. 1922, IV 365/21). Solche entlastenden Umstände stehen aber, soweit bisher erkennbar, dem B. hinsichtlich des Abfindungsvertrages nicht zur Seite. Es mag sein, daß der vorbehaltlose Abschluß des Vergleichs am 11. Mai 1923 trotz der damals schon täglich fortschreitenden Teuerung und Geldentwertung dem Vormund an sich noch nicht als Verschulden anzurechnen ist, weil er die Kl. nicht band, solange die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erteilt und die erteilte dem D. nicht kundgetan war und weil D., wie er eidlich bezeugt hat, einen Vergleich unter Vorbehalt von Nachforderungen des Mündels nicht abgeschlossen haben würde. Bis zum 23. Mai 1923, d. h. bis zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, war aber der Wert der Papiermark reißend gefallen und der Lebenshaltungsindex ebenso reißend gestiegen. Diese Entwicklung der Geld- und Wirtschaftslage war dem Vormund auch nicht entgangen, ebensowenig der nachteilige Einfluß, den sie auf den Wert der Vergleichssumme ausübte.

vom RG. nicht nur in den beiden dafür von ihm zitierten Entsch., sondern schon viel früher (RG. 76, 366) vertreten worden. Sie ist durchaus zwingend begründet, da sie sich auf den völlig unzweideutigen Wortlaut der Bestimmung stützen kann. Der Vertrag, den der Vormund mit dem Dritten einging, ist auch nach der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung noch nicht wirksam: denn auch jetzt kann der Vormund sein Wirksamwerden dadurch verhindern, daß er dem Vertragsgegner von der Genehmigung überhaupt nicht oder innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 1829 Abs. 2 BGB. keine Mitteilung macht. Von einem Rücktritt oder Widerrufsrecht des Vormunds, so von Blume, Vormundschaftsrecht (Abschnitt 3 von Dpet und von Blume, Familienrecht, S. 77, läßt sich freilich nicht sprechen: denn Rücktritt oder Widerruf sind ja nur einem wirksamen Vertrag gegenüber denkbar. Materiell hat der Vormund jedoch das Schicksal des noch nicht wirksamen Vertrages in der Hand.

Daß ein in der Zeit der katastrophalen Geldentwertung auf Papiermark geschlossener Abfindungsvertrag die Interessen des Mündels aufs schwerste gefährdete, mußte der Berufsvormund ohne weiteres erkennen. Er mußte also alle zulässigen Mittel anwenden, um das Wirksamwerden dieses Vertrages zu verhindern, insbes. von seiner Befugnis aus § 1829 Abs. 2 BGB. Gebrauch machen. Tat er dies nicht, weil er von dieser Befugnis nichts wußte, so ist sein Verhalten mit dem Urteil als schuldhaft zu bezeichnen. Denn fahrlässig handelt ein Beamter, der klare und unzweideutige Vorschriften nicht oder nicht richtig anwendet (RG. 57, 279). Was das DLG. Dresden (DLG. 5, 214) vom Richter verlangt, „daß er die wichtigsten und gebräuchlichsten Rechtsbegriffe richtig erfaßt hat und richtig zu handhaben versteht“, gilt für seinen Pflichtenkreis auch vom Verwaltungsbeamten. Mangelte dem Berufsvormund die für angemessene Ausübung seiner Amtstätigkeit erforderliche Kenntnis, so hatte er sie sich auf dem vom RG. empfohlenen Wege zu beschaffen, ev. auch durch Erkundigung beim Vormundschaftsgericht, dem ja ebenfalls die Pflicht obliegt, zur Förderung des Mündelwohls den Vormund zu beraten (RG. 75, 231).

Prof. Dr. Otto Dpet, Kiel.

§ 1829 BGB. enthält eine Schutzvorschrift zugunsten der Mündel, die es lediglich dem pflichtgemäßen Ermessen des Vormunds anheimgibt, eine Nachricht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung dem Vertragsgegner zu übermitteln oder zu unterlassen und so die Wirksamkeit des genehmigten Rechtsgeschäfts herbeizuführen oder zu vereiteln (vgl. RG. 130, 148¹), ebenso Ur. v. 6. April 1921, V 480/20²). Daß die nachträgliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eines ohne sie abgeschlossenen Rechtsgeschäfts den Vormund etwa verpflichtete, die Genehmigung dem anderen Teile mitzuteilen, ist — auch dem Laien erkennbar — dem § 1829 BGB. nicht zu entnehmen. Ist daher, wie auch die Rev. geltend macht, nach dem, was in der Vorinstanz unstreitig war, B. durch seine Unkenntnis von dem Inhalt des § 1829 BGB. oder seiner rechtlichen Tragweite zur Kundgabe der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung an den Erzeuger der Kl. veranlaßt und hat er, wie aus seinem Börgern und seinen erfolglosen Bemühungen, den D. zum Rücktritt zu bewegen, erhellt, die Nachteile erkannt, die der Vertrag für sein Mündel hatte und bei dem katastrophalen Abgleiten der Währung voraussichtlich noch weiter haben mußte, so liegt sein Verschulden klar zutage. Denn jeder Berufsvormund hat die selbstverständliche Pflicht, die für eine ordnungsmäßige Geschäftsführung und eine ebensolche Wahrnehmung der Mündelinteressen erforderliche Rechtskenntnis sich anzueignen und in Zweifels- oder sonstigen schwierigen Fällen sich an einen Rechtskundigen oder eine etwa vorhandene städtische Auskunftsstelle zu wenden.

(U. v. 31. März 1931; 233/30 III. — Breslau.) [Sch.]
 (= RG. 132, 257.)

IV. Verfahren.

****27.** § 176 ZPO. ist im Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung und Trunksucht anwendbar. Wird der die Entmündigung anordnende Beschluß von einem wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Richter erlassen, so kann das nicht zu einem neuen Verfahren führen. — Die Entmündigung kann ausgesprochen werden, auch wenn dem zu Entmündigenden nur noch geringe Mittel zur Verfügung stehen.†)

Der Kl. beantragt mit der Anfechtungsklage des § 684 ZPO. die Aufhebung des seine Entmündigung wegen Verschwendung aussprechenden Beschl. des AG. D. Im Gegensatz zu der Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung,

1) ZW. 1931, 535.

2) ZW. 1921, 1237.

Zu 27. Durchaus überzeugend ist die Auslegung, daß eine Gefahr des Notstandes i. S. des § 6 Nr. 2 BGB. auch bei demjenigen noch angenommen werden kann, der seine Mittel bereits durch Verschwendung nahezu verschleudert hat. Er ist fürsorgend dann immer noch gegen die moralische und wirtschaftliche Haltlosigkeit zu schützen, die ihn unwiderstehlich antreibt, den Rest seiner Habe und seinen künftigen Erwerb in unnützen Ausgaben zu verschleudern und verkommen zu lassen. Die schon verwirklichte Notlage wirkt für die Zukunft als Gefährdung.

Das Problem liegt auf der Seite des prozessrechtlichen Verfahrens. Das Ur. beginnt mit einer eindringlichen und belehrenden Erörterung über die Natur der Anfechtungsklage, durch die der wegen Verschwendungssucht Entmündigte nach § 684 ZPO. die Aufhebung des Entmündigungsbeschl. als eines von vornherein ungerechtfertigten zu erwirken strebt. Die vorliegende Klage gründet sich in erster Linie darauf, daß das AG. den die Entmündigung aussprechenden Beschl. nicht dem Entmündigten selbst, sondern nur dessen Prozeßbev. zugestellt hat; deshalb sei die Entmündigung überhaupt nicht in Wirkung getreten. Ob dieses Verfahren des AG. zulässig und wirksam sei, hängt davon ab, ob § 176 ZPO. auch hier gilt, wonach alle Zustellungen in einem anhängigen Prozesse an den für die Instanz bestellten Prozeßbev. erfolgen müssen. Das RG. bejaht dies, weil auch das Entmündigungsverfahren den Regeln des Parteiprozesses angepaßt und überall an dem praktisch richtigen Gedanken festzuhalten sei, daß der Prozeßstoff grundsätzlich in einer Hand vereinigt werden müsse (nur hierfür darf RG. 103, 336 angerufen werden).

Das vorl. Ur. stellt sich auf den Standpunkt: weil ein Prozeßbev. aufgestellt und zu allen das Entmündigungsverfahren betreffenden prozessualen Handlungen ermächtigt war, so mußte die Zustellung gem. § 176 ZPO. an ihn und nur an ihn erfolgen. Man darf bezweifeln, daß damit dem Sinn und Zweck des § 683 Abs. 1 genügt

mit der geltend gemacht wird, daß der Grund zur Entmündigung weggefallen sei (§§ 679, 686 ZPO.) bekämpft die Anfechtungsklage die Rechtmäßigkeit des Entmündigungsbeschlusses zur Zeit seines Erlasses (Zustellung), macht also geltend, daß ein gesetzlicher Grund zur Entmündigung von vornherein nicht vorgelegen habe. Die vorl. Klage ist daher nicht dadurch gegenstandslos geworden, daß das AG. Th. die Entmündigung wieder aufgehoben hat. Die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses auf eine Anfechtungsklage beseitigt die Entmündigung rückwärts hin (§ 115 BGB.), während mit der Wiederaufhebung der Entmündigung nur ausgesprochen wird, daß im Zeitpunkt der Entsch. die Voraussetzungen einer Entmündigung nicht vorliegen.

Es bedarf hier keiner Entsch., ob die Anfechtungsklage, wenn sie nicht gegenstandslos sein soll, eine formell rechtsbeständige Entmündigung voraussetzt oder ob mittels dieser Klage auch gerügt werden kann, daß der Entmündigungsbeschuß mangels ordnungsmäßiger Zustellung überhaupt nicht wirksam geworden sei. Auch kann unerörtert bleiben, ob die Klage, soweit mit ihr die mangelnde Wirksamkeit des Entmündigungsbeschlusses geltend gemacht wird, als eine Feststellungsklage aufgefaßt werden mußte, und ob eine Verbindung dieser Klage mit der Anfechtungsklage angesichts der Vorschr. des § 667 (§ 684 Abs. 4 ZPO.), wonach mit der Anfechtungsklage eine andere Klage nicht verbunden werden kann, zulässig sein würde. Denn der Entmündigungsbeschuß ist mit der am 13. März 1928 erfolgten Zustellung an Kl. R., dem der Kl. die in Bd. 9 Bl. 224 der Entmündigungsakten befindliche als Prozeßmacht bezeichnete Ermächtigung erteilt hat, wirksam geworden. Nach § 683 Abs. 1 ZPO. ist der über die Entmündigung (wegen Verschwendung und Trunksucht) zu erlassende Beschluß dem Antragsteller und dem zu Entmündigenden von Amts wegen zuzustellen, und in Abs. 2 heißt es: „Der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit. Der Vormundschaftsbehörde ist ein solcher Beschluß von Amts wegen zuzustellen.“ Dagegen ist bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geisteschwäche in § 660 Satz 1 bestimmt, daß der die Entmündigung aussprechende Beschluß von Amts wegen der Vormundschaftsbehörde mitzuteilen, und wenn der Entmündigte unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, auch demjenigen gesetzlichen Vertreter zuzustellen ist, welchem die Sorge für die Person des Entmündigten zusteht. Im Falle der Entmündigung wegen Geisteschwäche ist nach Satz 2 der Beschluß außerdem dem

wird, wonach imperativ vorgeschrieben wird: „der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem zu Entmündigenden von Amts wegen zuzustellen.“ Also nur und jedenfalls diesen beiden. Angesichts dieses deutlichen und durchaus imperativen Gebotes ist darauf zu bestehen: wegen der für das prozessuale Verfahren etwa überall zu beachtenden rein formellen Vorschr. des § 176 darf die in ihrer Bedeutung materielle rechtliche Schutznorm des § 683 nicht ausgeschaltet werden: jedenfalls muß die Zustellung auch an den Entmündigten geschehen.

Zur Rechtfertigung der gegenteiligen Ansicht schlägt das RG. im Einklang mit der Lehre der meisten Prozeßualisten einen eigenartigen Umweg ein. Wenn es sich um die Entmündigung wegen Geisteschwäche handelt, müsse nach § 660 Satz 2 die Zustellung ausnahmslos an den Entmündigten selbst, d. h. in Person erfolgen, während bei der Entmündigung wegen Verschwendung, wo in § 683 Abs. 1 das „selbst“ fehlt, die Zustellung an den Entmündigten dann nicht geschehen dürfe, wenn er einen Prozeßbev. bestellt hat. Forscht man nach den sachlichen Gründen dieser verschiedenen Befandlung, so ergeben die Beratungen nach Prot. zum BGB. 6, 693 u. 696, daß beide Arten der Entmündigung grundsätzlich gleichmäßig behandelt werden sollten und daß man schließlich nur den einzigen Unterschied machte: bei der Entmündigung wegen Geisteschwäche sei der Beschl. „auch“ dem gesetzlichen Vertreter und „außerdem“ dem Entmündigten selbst persönlich zuzustellen, während bei der Entmündigung wegen Verschwendung schließlich kein Grund für die Heranziehung des etwa vorhandenen gesetzlichen Pflegers bestehe. Daß der Beschl. in beiden Fällen dem zu Entmündigenden in Person zugestellt werden müsse, wurde von keiner Seite bezweifelt, denn „er sei nicht Partei, sondern Objekt des Verfahrens“. Und deshalb wurde mit Recht das Gewicht darauf gelegt, daß das Gericht die persönliche Kenntnisaufnahme des Entmündigten vermitteln müsse. Mit der Zustellung an ihn tritt die Entmündigung in Wirksamkeit und von da ab beginnt die Frist, innerhalb deren er die Anfechtungsklage erheben darf. Damit ist der

Entmündigten selbst zuzustellen. Dementsprechend ist das Inkrafttreten der Entmündigung in § 661 ZPO. folgendermaßen geregelt: Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit tritt, wenn der Entmündigte unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, mit der Zustellung des Beschlusses an denjenigen gesetzlichen Vertreter, welchem die Sorge für die Person zusteht, anderenfalls mit der Bestellung des Vormundes in Wirksamkeit. Dagegen tritt die Entmündigung wegen Geisteschwäche mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten in Wirksamkeit.

Angeichts dieser gesetzlichen Regelung finden sich im Schrifttum bezüglich der Anwendbarkeit des § 176 ZPO. auf die Zustellung des Entmündigungsbefchlusses drei Meinungen vertreten. Die eine hält den § 176 ZPO. überhaupt nicht für anwendbar, fordert also, soweit nicht Zustellung an den gesetzlichen Vertreter vorgeschrieben ist, Zustellung an den Entmündigten selbst (Sprenger: ArchZivPr. 73, 261; Entmündigten selbst (Sprenger: ArchZivPr. 73, 261; überhorst: ZRP. 14, 344 ff.; Friedländer: ArchZivPr. 86, 462; Koll, Kommentar S. 53 und ZRP. 30), 248; Lewis, Die Entmündigung Geisteskranker S. 243), die zweite will den § 176 ZPO. als fakultative Vorschr. gelten lassen, und die dritte, die von Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., S. 575 unter 6 und von allen führenden Kommentaren vertreten wird (vgl. insbes. Stein-Jonas, 14. Aufl., Vorbem. zu § 644 Anm. 35) hält den § 176 für anwendbar, macht indessen eine Ausnahme bei Geisteskranken, weil hier die Zustellung an den Entmündigten „selbst“ vorgeschrieben sei. Ob diese Ausnahme als gerechtfertigt anzuerkennen wäre, wenn § 176 ZPO. im Entmündigungsverfahren grundsätzlich anwendbar ist, braucht hier nicht untersucht zu werden, da es sich nicht um eine Entmündigung wegen Geisteschwäche handelt.

Die Anhänger der ersten Meinung stützen sich, wie die Rev., im wesentlichen darauf, daß der § 176 ZPO. einen anhängigen Rechtsstreit voraussetze, während dem Entmündigungsverfahren, das als inquisitorisches Offizialverfahren zu betrachten sei, ein eigentlicher Rechtsstreit zwischen zwei Parteien nicht zugrunde liege. Andere begründen diese Meinung damit, daß das Entmündigungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuzählen sei und daß daher der bestellte Vertreter nicht ProzBev. i. S. der ZPO. sei, und endlich wird auch gelehrt, daß nur Parteien einen ProzBev. haben könnten, der zu Entmündigende aber keine, auch keine formale Parteistellung, einnehme.

Soweit diese Meinung damit begründet worden ist, daß das Entmündigungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuzählen sei, ist sie unhaltbar. Begrifflich betrachtet mag dies zutreffen, allein das positive Recht hat das Entmündigungsverfahren als besonderes Verfahren unter die streitige Gerichtsbarkeit eingereiht. Daraus folgt, daß grundsätzlich die allgemeinen Vorschr. der §§ 1—252 ZPO. auch auf das Entmündigungsverfahren anzuwenden sind, es sei denn, daß sich die eine oder die andere dieser Vorschr. mit dieser Verfahrenart nicht verträgt oder deren besonderen Best. weichen muß. Inwieweit das eine oder andere der Fall ist, kann nur an Hand jeder einzelnen Best. der allgemeinen Vorschr. in ihrem Verhältnis zu dieser besonderen Verfahrenart geprüft und entschieden werden. Grundsätzlich anzuerkennen ist, daß das Entmündigungsverfahren als richterliche Offizialtätigkeit

mit inquisitorischem Charakter ausgestaltet ist, daß sich in ihm Parteien im technischen Sinne des ordentlichen Prozesses nicht gegenüberstehen und daß ein Parteienstreit in diesem Sinne erst anhängig wird, wenn die Entmündigung mit Klage angefochten wird. Auf diesen Standpunkt hat sich der erst. Sen. schon in seiner Entsch. v. 11. Jan. 1913 (RG. 81, 193) gestellt, in der ausgeführt worden ist, daß angeichts der besonderen Regelung des Beweisverfahrens in Entmündigungssachen ein grundsätzliches und formales Recht des zu Entmündigenden und seines Vertreters zu den Beweisterminen zugezogen und zugelassen zu werden nicht anzuerkennen sei und daß die allgemeinen Bestimmungen über die Beweisaufnahme (§§ 355 ff. ZPO.) nicht anwendbar seien, weil der zu Entmündigende nicht Partei, der bestellte Anwalt nicht Parteivertreter oder ProzBev. im Sinne des Parteienprozesses sei. Durch diese Entsch., von der abzuweichen kein Anlaß besteht, wird indessen die Frage der Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen der ZPO. (§§ 1 bis 252) auf das Entmündigungsverfahren nicht berührt. Was sie ausspricht, ist nicht, daß der zu Entmündigende niemals eine, auch nur formale Parteistellung im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Allgemeinen Vorschriften der ZPO. einnehmen könne, sondern, daß die allgemeinen Best. der ZPO. über die Beweisaufnahme auf den ordentlichen Prozeß zugeschnitten seien und daß daher derjenige, der sich entgegen abweichenden Best. des Entmündigungsverfahrens auf jene Best. in Ausübung von Parteirechten berufen wolle, Partei oder ProzBev. im Sinne des Parteienprozesses sein müsse. Die Auffassung jedoch, daß die allgemeinen Best. der ZPO., soweit sie von Parteien handeln, im Entmündigungsverfahren unanwendbar seien, würde verfehlt sein. Es ist in der Rspr. angenommen worden, daß im Entmündigungsverfahren die Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung von Richtern (RG. 35, 352) über das Armenrecht (ZB. 1928, 5065³) über Termine, Fristen und Zustellungen u. a. mehr anzuwenden sind, obwohl alle diese Vorschr. sich auf die Parteien beziehen oder eine Partei voraussetzen. Das gilt insbes. von den Zustellungen. Ihr Begriff und ihre Erfordernisse können nur aus den allgemeinen Vorschr. der ZPO. entnommen werden. Denn auf welche Weise eine Zustellung vorzunehmen ist, wer sie zu bewerkstelligen hat und an wen sie in erster Linie oder ersatzweise zu erfolgen hat, kann sich nur aus diesen Vorschr. ergeben, da insoweit das Entmündigungsverfahren nichts Abweichendes bestimmt hat. Insbes. beantwortet sich auch die Frage, ob eine Ersatzzustellung zulässig ist, und an wen sie zu erfolgen hat, auch im Entmündigungsverfahren nach den allgemeinen Vorschr. (BayObLG. Rspr. 27, 116). Der zu Entmündigende nimmt insoweit formale Parteistellung ein. Hat er keinen ProzBev. aufgestellt, so ist die Zustellung an ihn zwar nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften der ZPO. aber gem. § 683 ZPO. an ihn persönlich oder mittels Ersatzzustellung nicht etwa statt an ihn an seinen etwaigen gesetzlichen Vertreter zu bewirken, da § 683 ZPO. den § 171 ZPO. ausschließt. Hat er wie hier einen Bevollmächtigten aufgestellt und diesen zu allen das Entmündigungsverfahren betreffenden prozessualen Handlungen ermächtigt, so ist dieser Bevollmächtigte zwar nicht ProzBev. i. S. des

Entmündigte derart unmittelbar selbst beteiligt, daß es ungerecht erscheint, wenn er nach § 176 von der rechtzeitigen und eigenen Entscheidung ferngehalten würde. Die Behandlung der rein juristischen Seite soll dem Prozeßvertreter anvertraut bleiben; aber bei der Verteidigung der persönlichen Rechtsstellung muß dem „Passivbeteiligten“ mindestens die volle Mitberechtigung eingeräumt werden.

Es kann auch in keiner Weise gerechtfertigt werden, daß der Geisteschwache hierbei persönlich höher bewertet werde als der Verschwenker. Als „geisteschwach“ werden aus milder Schonung vielfach schwachsinrige entmündigt, die als völlige Idioten oder als Parasytiker gar kein Verständnis haben für die Bedeutung des Entmündigungsbefchlusses. Und doch soll dieser ihnen stets persönlich zugestellt werden, was vielfach eine sachlich wertlose Geste bedeutet. Dagegen ist bei dem Verschwenker zwar regelrecht eine moralische Unzuverlässigkeit und der Gang zu unvernünftiger Lebensführung festzustellen; aber das Verständnis für die Bedeutung der über ihn verhängten Ent-

mündigung darf ihm in der Regel nicht abgesprochen werden. Die herrschende Theorie hätte also bei einer sachlichen Würdigung der psychiatrischen Zustände gerade zu dem umgekehrten Schlusse gelangen sollen. Die ganze Gegenüberstellung ist indessen überhaupt unbegründet: die für die formelle Leitung des Prozeßverfahrens nötige Vorschr. des § 176 ist bei beiden Entmündigungsarten nicht dazu bestimmt, die Sicherungsgebote der §§ 660 und 683 zu schmälern.

Die Ordnung des Verfahrens soll möglichst Garantie gegen den schweren Eingriff in die persönliche Rechtsstellung gewährleisten. Daß ein Einzelrichter mit sofortiger Wirkung durch einfachen Beschl. einen Menschen seiner Geschäftsfähigkeit ganz oder beschränkt entkleiden darf, bedeutet eine zivilrechtlich sonst unbekanntes Machtbefugnis. Auch der gewissenhafteste M. ist hier dem Irrtum und den Täuschungen ausgesetzt. Deshalb sind für den durch die Entmündigung Betroffenen besondere und starke persönliche Schutzmaßregeln notwendig, die ihm durch enge Auslegung nicht verkümmert werden dürfen.

Geh. Rat Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

Parteienprozesses, d. h. er kann nicht Parteirechte wahrnehmen, die sich mit der Eigenart des Entmündigungsverfahrens nicht vertragen, aber gleichwohl ist er Bevollmächtigter für diese von dem ordentlichen Verfahren abweichende Prozeßart, also Proz. Bev. in diesem Sinne, und daher muß die Zustellung an ihn gem. § 176 ZPO. erfolgen. Der Anwendung dieses Paragraphen steht auch nicht entgegen, daß er von der Zustellung in einem anhängigen Rechtsstreit handelt. Denn ist einmal nach dem System der ZPO. das Entmündigungsverfahren ein Bestandteil der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit, wenn auch eine abweichende Verfahrensart, so ist der anhängige Rechtsstreit, auf Entmündigungssachen angewendet, das anhängig gemachte Entmündigungsverfahren, das von dem AG. auf Antrag eingeleitet wird. Selbst auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird mit beachtlichen Gründen die Meinung vertreten — die früher auch das RG. vertreten hat, RGZ. 22, A 198 —, daß die Zustellungen, welche in einem anhängigen Verfahren nach § 16 Abs. 2 ZOG. in Gemäßheit der für die Zustellung von Amts wegen geltenden Vorschr. der ZPO. zu geschehen haben, an den für das Verfahren bestellten Bevollmächtigten erfolgen müsse, um wirksam zu sein (§ 176 ZPO.), obwohl dort von einem Prozeß oder einer besonderen Prozeßart überhaupt nicht gesprochen werden kann. Ob diese Ansicht — die später von dem RG. aufgegeben ist, RGZ. 34, A 6 — richtig ist, bedarf keiner Entsch. Bemerkenswert ist nur, daß die Bedenken des RG. gegen die Anwendbarkeit des § 176 nicht darauf gegründet werden, daß dort von einem anhängigen Rechtsstreit und einem Prozeßbevollmächtigten die Rede ist. Solche Bedenken werden sogar ausdrücklich abgelehnt. Sie werden dagegen aus § 13 ZOG. hergeleitet, wonach die Vorlegung einer schriftlichen Vollmacht nicht zwingend angeordnet sei, so daß u. U. Zweifel hinsichtlich des Umfangs der Vollmacht bestehen könnten und wonach das Gericht selbst die Rechte des Bevollmächtigten einzuengen in der Lage sei.

Diese Bedenken bestehen auf dem Gebiete des Zivilprozesses nicht. Hier muß der Bevollmächtigte nach § 80 Abs. 1 die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachweisen und diese zu den Akten abgeben. Die hier vorgelegte Vollmacht, die sich als Prozeßvollmacht bezeichnet, ermächtigt aber den Kl. R. zur Führung des beim AG. D. anzustellenden (angestellten) Rechtsstreits, und sie gibt dieser Vollmacht durch den Zusatz „in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten“ einen besonders weiten Umfang. Der innere Grund des § 176 ZPO., daß sich in der Hand des Proz. Bev. alle Fäden des Prozesses vereinigen sollen, trifft aber in gleicher Weise zu, mag nun der Bevollmächtigte zu allen einen Rechtsstreit im eigentlichen Sinne betreffenden Prozeßhandlungen ermächtigt sein oder zu nur solchen in einem besonderen Verfahren, sofern die Vollmacht nur für das Verfahren als Ganzes erteilt ist, was hier zutrifft. Ist sonach § 176 ZPO. auch im Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung und Trunksucht anwendbar, so liegt der gerügte prozessuale Mangel nicht vor, da die Zustellung an Kl. R. erfolgen mußte.

Sodann führt die Rev. aus, daß der amtierende Richter, der den Entmündigungsbeschluß v. 29. Febr. 1928 erlassen habe, am 13. Febr. 1928 wegen Besorgnis der Befangenheit vom Kl. abgelehnt worden sei. Der Beschluß, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt worden sei, sei dem Kl. niemals zugestellt. Eine Beschwerdefrist sei daher nicht in Lauf gesetzt worden.

Auch diese Rüge ist unbegründet.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob und inwieweit Mängel des amtsgerichtlichen Verfahrens an und für sich einen Grund zur Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses abgeben und darum auch zu einer beachtlichen Rev. Rüge führen können. Denn wenn ein Entmündigungsbeschluß auf einem fehlerhaften Verfahren beruht, insofern er, bevor über ein Ablehnungsgesuch entschieden ist, von dem abgelehnten Richter erlassen wurde, obwohl der Erlaß einen Aufschub vertritt (§ 47 ZPO.), so ist eine Zurückverweisung an das AG. nicht möglich, weil es an einer dem § 539 ZPO. entsprechenden Vorschr. in Entmündigungssachen gebricht. Es

besteht aber auch für eine solche Zurückverweisung kein Bedürfnis, weil es im Anfechtungsprozeß Sache beider Instanzen ist, den Entmündigungsbeschluß in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht daraufhin nachzuprüfen, ob er im Zeitpunkt des Erlasses sachlich gerechtfertigt war. Führt diese Nachprüfung zu dem zu billigen Ergebnis, daß die sachlichen Voraussetzungen einer Entmündigung vorgelegen haben, so bildet der vorl. Mangel keine kausale Gesetzesverletzung und auch keinen absoluten Revisionsgrund, da die Voraussetzungen des § 551 Ziff. 3 ZPO. nicht vorliegen. Etwas anderes wäre es freilich, wenn die Beweisverhandlungen im Entmündigungsverfahren von einem abgelehnten Richter aufgenommen und im Anfechtungsprozeß trotz Widerspruchs, zur Grundlage einer die Entmündigung bestätigenden, also die Anfechtungsklage abweisenden Entsch. gemacht worden wären. Das trägt die Rev. indessen selbst nicht vor, sie macht ausdrücklich nur geltend, daß der Entmündigungsbeschluß von einem abgelehnten Richter erlassen worden sei. Sollte dieser Richter vor seiner Ablehnung die Beweise im Entmündigungsverfahren aufgenommen haben, so würde die Tatsache, daß er später mit oder ohne Erfolg abgelehnt worden ist, die Wirksamkeit seiner Amtshandlungen und daher ihre Verwertbarkeit im Anfechtungsprozeß nicht berühren.

Soweit die Rev. das angef. Ur. sachlich-rechtlich bekämpft, rügt sie nur, daß nicht in genügender Weise festgestellt sei, daß der Kl. sich oder seine Familie der Gefahr eines Notstandes ausgesetzt habe. Sie meint, da der Kl. damals schon kein Vermögen mehr besessen und nur ein Einkommen von 200 M. monatlich gehabt habe, ihm auch auf Grund von Verträgen die Sorge für seine Familie nicht mehr obgelegen habe, so liege die in § 6 BGB. erforderte Gefahr nicht vor.

Diese Auffassung ist irrig. Zum Begriff der Verschwendung gehört, daß ein ursächlicher Zusammenhang besteht zwischen den an sich übermäßigen unwirtschaftlichen Aufwendungen und persönlichen Eigenschaften, die einen Gang zu unvernünftigen zweck- oder nutzlosen Ausgaben erkennen lassen (RG.: SeuffArch. 63, 480). Diesen Rechtsbegriff hat der VerR. nicht verkannt, und er hat in eingehenden Erwägungen dargelegt, daß diese Voraussetzungen bei dem Kl. vorgelegen haben. Daß dieser Gang zu unvernünftigen Ausgaben den Kl. der Gefahr eines Notstandes deswegen nicht ausgesetzt haben könnte, weil er im Zeitpunkt der Entmündigung schon kein Vermögen mehr besessen und nur ein geringes Einkommen gehabt habe, wäre eine unzutreffende Einschränkung des dem § 6 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. zugrunde liegenden Schutzzedankens, der nicht allein die Sicherung noch vorhandener erheblicher Mittel des zu Entmündigenden bezweckt, sondern seine wirtschaftliche Lage auch dann erhalten will, wenn die Mittel selbst infolge der Verschwendung auf ein geringes Maß herabgesunken sind.

(U. v. 8. Febr. 1932; 180/31 IV. — Stettin.) [Ra.]
(= RG. 135, 182 ff.)

****28.** § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Die Unterwerfungsklausel kann auch in die Form eines Vertragsangebotes gekleidet werden. — Anwendbarkeit des § 1582 BGB., wenn nur über die Höhe des Unterhaltes ein Vertrag geschlossen worden ist.

Der am 18. Febr. 1928 verstorbene Chemann der Kl., der von der Bekl., seiner ersten Ehefrau, geschieden war, hatte am 30. Mai 1924 folgende notarielle Urkunde ausgestellt: „Ich mache meiner früheren Ehefrau Frieda B. folgendes Vertragsangebot: Ich verpflichte mich, meiner früheren Ehefrau Frieda B. bis zu deren Wiederverheiratung zur Abfindung aller Unterhaltsansprüche eine monatliche Rente von 55 G.M. zu zahlen. . . Ich unterwerfe mich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde.“ Das Angebot wurde am 2. Juni 1924 von der Bekl. zu notariellem Protokoll angenommen. Kl. ist die Alleinerbin ihres Mannes. Die Bekl. verlangte von ihr die Weiterzahlung der Rente und erwirkte gegen sie eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde v. 30. Mai 1924. Die Kl. hat darauf Klage erhoben und beantragt, die Zwangsvollstreckung aus

der vorerwähnten Urkunde für unzulässig zu erklären, die Befl. zur Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde zu verurteilen und außerdem festzustellen, daß die Kl. nicht verpflichtet sei, der Befl. weiterhin Unterhalt zu gewähren.

Das BG. ist im Gegensatz zum VG. der Ansicht, daß die Urkunde v. 30. Mai 1924 einen zur Vollstreckung geeigneten Titel i. S. des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. bilde. Denn sie sei, obwohl sie nur einen Vertragsantrag enthalte, über einen Anspruch errichtet, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand habe, die in ihr beurkundete Unterwerfungsklausel sei also wirksam. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rev. sind nicht begründet. Richtig ist, daß ein Vertragsangebot dem Empfänger keinen gegenwärtigen Anspruch auf Leistung, sondern nur ein Gestaltungsrecht gewährt (Staudinger, 5 zu § 145 BGB.; v. Tuhr, Allgem. Teil II S. 468), das unter Umständen übertragbar ist. Auf der anderen Seite wird allgemein anerkannt, daß der Schuldner sich in Urkunden, die über bedingte oder betagte Ansprüche errichtet werden, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen kann. Um einen solchen Anspruch handelt es sich hier allerdings nicht. Denn die Bedingung der Annahme des Vertrages wäre eine bloße Rechtsbedingung, von der notwendigerweise schon kraft Gesetzes die Rechtswirkung abhängig ist. Es kann sich daher nur fragen, ob die Urkunde über einen künftigen, demnachst mit Annahme des Angebots entstehenden Anspruch errichtet sein sollte. Das muß bejaht werden. Jeder Vertragsantrag schließt die Willenserklärung des Antragenden in sich, den Anspruch des Antragsempfängers für den Fall der Annahme des Antrags zur Entstehung zu bringen. Der Antragende, der sich zum Vertragschluß bereit erklärt, ist kraft Gesetzes (§ 145 BGB.) an seinen Antrag gebunden. Seine Erklärung hat mithin einen künftigen, durch die Annahme entstehenden Anspruch des Antragsempfängers zum Gegenstand und Inhalt. Daraus folgt, daß, wenn der Antrag beurkundet wird, die Urkunde zugleich „über“ den künftigen Anspruch errichtet ist, auch wenn das nicht besonders zum Ausdruck gebracht wird.

Eine andere Frage ist, ob nach Prozeßrecht die Zulässigkeit der Unterwerfungsklausel wegen bloß künftiger Ansprüche anerkannt werden muß. Diese Frage ist streitig. Die Kommentare zur ZPO. mit Ausnahme von Stein-Jonas, VII, 2 bei Num. 91 zu § 794 verneinen eine solche Möglichkeit, meist unter Berufung auf Seuffert: ZP. 16, 453/54 und Kohler: Gruch. 31, 315 und ArchZivPr. 80, 149/50; ebenso Falkmann, ZB. § 7 S. 75. Auf dem gleichen Standpunkt stehen das RG. (OLWSpr. 10, 86 und RGBl. 1925, 54) sowie das OLG. Stuttgart: Jahrb. f. Württ. Rechtspr. 20, 290. Dagegen lassen außer Stein-Jonas a. a. O., Baumbach, ZPO. 5 zu § 794 und das OLG. Berlin II: ZB. 1922, 1346² (mit Anmerkung von Stillschweig) die Unterwerfungsklausel wegen künftiger Ansprüche zu. Die Gegner sind der Ansicht, daß die Unterwerfung wegen solcher Ansprüche dem Wesen des Vollstreckungsrechts widerspreche, das stets einen bereits bestehenden, wenn auch bedingten oder betagten Anspruch voraussetze. Soweit sie sich hierbei darauf berufen, daß das Gesetz in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. von der Unterwerfung unter die „sofortige“ Zwangsvollstreckung spreche, eine solche aber zur Zeit der Unterwerfung bei künftigen Forderungen noch gar nicht möglich sei, begegnet dem der VerK. mit dem zutreffenden Hinweis, daß damit nur die Vollstreckung ohne vorherigen Prozeß und vorheriges Urteil gemeint ist. Sonstige Vorschriften des Gesetzes, aus denen sich die Unzulässigkeit der Unterwerfungsklausel wegen künftiger Ansprüche ergeben könnte, bestehen nicht. Daß die Vollstreckungsklausel erst nach Entstehung des Anspruchs erteilt werden kann (§§ 726, 795 ZPO.), ist für die hier zu entscheidende Frage ohne Bedeutung. Die Annahme eines Unterwerfungsvertrages, der sich auf eine bereits bestehende Schuld beziehen müsse, ist abzulehnen, da die Unterwerfungserklärung ein einseitiger Rechtsakt des Schuldners ist (RG. 84, 318). Das Gesetz selbst erfordert nur die Bestimmtheit des Anspruchs. Eine solche mag nicht vorliegen, wenn sich der Schuldner der Vollstreckung z. B. ganz allgemein wegen der

aus einem Gesellschafts- oder Mietverhältnis in Zukunft etwa entstehenden Ansprüche oder wegen der ihrem Betrage nach noch unbestimmten Ansprüche aus einer Höchstbetragshypothek unterwirft. Anders liegt es im Streitfall, wo es sich um einen Anspruch auf zeitlich und ziffermäßig fest begrenzte Rentenzahlungen handelt. In einem solchen Fall ist nicht abzusehen, weshalb sich der Schuldner nicht bereits in dem Vertragsangebot in der Voraussetzung seiner Annahme der Zwangsvollstreckung soll unterwerfen können. Ähnlich wäre der Fall zu beurteilen, daß der Schuldner einem Geldgeber den Abschluß eines Darlehensvertrages anträgt und sich schon jetzt der Zwangsvollstreckung unterwirft. Auch künftige Ansprüche können hiernach, wenn sie der nötigen Bestimmtheit nicht entbehren, der Unterwerfungsklausel zur Grundlage dienen. Im übrigen weist der VerK. zutreffend darauf hin, daß nach der Rspr. des RG. selbst Urteile wegen künftiger Ansprüche ergehen, also zur Vollstreckung gebracht werden können (RG. 58, 139; JW. 1909, 393¹⁰; 1914, 937²⁴).

Nach alledem muß im Streitfall die Unterwerfungsklausel als rechtswirksam angesehen werden. Daß sie nur den Sinn haben sollte, der Ehemann wolle und werde sich erst nach Annahme seines Antrags der Zwangsvollstreckung unterwerfen, seine Erklärung also dann wiederholen, trifft nicht zu. Auch praktische Schwierigkeiten können sich aus dieser Auffassung im Rechtsverkehr nicht ergeben. Der Notar, der das Vertragsangebot mit Unterwerfungsklausel beurkundet hat, darf eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erst erteilen, wenn die Annahme des Angebots vor ihm selbst erklärt worden ist oder ihm durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen wird (§§ 795, 726 Abs. 1 ZPO.). Nur dieser Notar oder sein Nachfolger in der Bewahrung der Urkunde (§ 797 Abs. 2 ZPO.) darf die vollstreckbare Ausfertigung erteilen. Dies gilt auch dann, wenn die Annahmeerklärung von einem anderen Notar aufgenommen worden ist.

Die Kl. behauptet, indem sie ihrerseits von dem Vorliegen eines formell ordnungsmäßigen Vollstreckungstitels ausgeht, die Unzulässigkeit einer weiteren Vollstreckung aus der Urkunde deshalb, weil der materiellrechtliche, durch Annahme ihres Vertragsangebots zur Entstehung gelangte Anspruch auf Rentenzahlung nicht mehr bestehe (§§ 767, 794, 795 ZPO.). Sie beruft sich auf § 1582 Abs. 1 und 2 BGB., wonach die Unterhaltspflicht des Verpflichteten, hier des früheren Ehemanns, zwar mit dessen Tod nicht erlischt, also auf den Erben übergeht, der Berechtigte sich aber die Herabsetzung der Rente seitens des Erben bis auf die Hälfte der Einkünfte gefallen lassen muß, die der Verpflichtete zur Zeit seines Todes aus seinem Vermögen bezogen hat (§ 1582 Abs. 2 Satz 2). Der VerK. stellt nach Beweiserhebung fest, daß solche Einkünfte des Ehemanns bei seinem Tode nicht vorhanden waren; daß Recht der Herabsetzung führe in diesem Fall zum völligen Wegfall der Rentenpflicht. Die Rev. wendet sich gegen die Anwendbarkeit des § 1582 Abs. 2 Satz 2 BGB., der die gesetzliche Unterhaltspflicht zur Voraussetzung habe, während diese hier auf Vertrag beruhe. Allerdings sei nach der vom VerK. angezogenen Entsch. des RG. in Gruch. 62, 386 (vgl. RG. 56, 121) durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln, ob die Vertragsschließenden es bei der Vorschrift des § 1582 Abs. 2 Satz 2 hätten belassen wollen. Die Auslegung des VerK., daß nur die Höhe des Unterhalts habe festgelegt und es im übrigen nach dem Willen der Beteiligten bei der gesetzlichen Regelung habe verbleiben sollen, sei aber rechtlich zu beanstanden. Denn die Rente sei zur Abfindung aller Unterhaltsansprüche versprochen und zeitlich nur bis zur Wiederverheiratung der Befl., nicht aber auch bis zum Tode des Ehemanns begrenzt worden. Die Auslegung des VerK. ist insofern rechtlich durchaus möglich und verstößt weder gegen Grundätze der Auslegung noch gegen sonstige Rechtsgrundsätze. Insbes. brauchte der VerK. daraus, daß der Vertrag ein Abfindungsvertrag ist, noch nicht zu schließen, es habe die Rente bis zum Lebensende der Befl. gewährt werden und die Vorschrift des § 1582 Abs. 2 Satz 2 BGB. keine Anwendung finden sollen. Die endgültige Festsetzung einer bestimmten Höhe der Rente enthielt von selbst den Wegfall der Beschränkung des § 1579 Abs. 1 Satz 2

BGB.; diese Bestimmung steht daher einer Auslegung nicht entgegen, wonach im übrigen die gesetzlichen Vorschriften gelten sollten.

Hiernach erweist sich die nach § 767 ZPO. erhobene Einwendung der Kl. als begründet und der Klageantrag, soweit damit die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung verlangt wird, als gerechtfertigt. Die Unzulässigkeit der Vollstreckung hat die Verpflichtung zur Herausgabe des Vollstreckungstitels zur Folge (Stein-Jonas I, 4 zu § 724 ZPO.).

Der weitere Antrag, festzustellen, daß die Kl. nicht verpflichtet sei, der Befl. auf Grund des Vertrags von 1924 weiteren Unterhalt zu gewähren, ist neben der Vollstreckungsgegenklage zulässig, wenn ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung besteht (RG. 100, 126¹) und in Senffürch. 83 Nr. 176). Ein solches Interesse kann hier mit dem Verh. nicht schlechthin verneint werden.

(U. v. 9. Febr. 1931; 320/30 IV. — Kiel.) [Ka.]
(= RG. 132, 6.)

29. §§ 850 ff. ZPO.; § 21 RFürsPfZPO.; §§ 400 ff. BGB. Der Ausschluß der Pfändbarkeit eines Rentenanspruches durch Entziehung der Klagebarkeit des Anspruches wirkt nicht gegen den Fürsorgeverband, auf den der Anspruch kraft Gesetzes übergegangen ist.†)

(U. v. 26. Okt. 1931; 130/31 IV. — Celle.) [Ka.]
Abgedr. JW. 1932, 344.

JW. 1921, 240.

Zu 29. A. Ann. Dieffenbach: JW. 1932, 344.

B. 1. Kann die Pfändbarkeit einer Forderung durch Vertrag ausgeschlossen werden? Antwort verschieden, je nachdem, ob der Schuldner der pfandgesicherten Forderung den Vertrag mit seinem Gläubiger oder mit seinem Drittschuldner geschlossen hat:

a) Wirksam ein Vertrag zwischen A. und B., wonach wegen der Forderung A. gegen B. die Forderung B. gegen C. nicht pfändbar sein solle (s. Reichel, Gewillkürte Haftungsbeschränkung, 1915, S. 7 ff.). Auf diesen Vertrag kann sich auch der Erbe des B. berufen, und zwar auch dann, wenn er für die Nachlassschulden unbeschränkt und unbeschränkbar haftet. Auch der Fessionar des A. muß ihn gegen sich gelten lassen (arg. § 404). Ebenso kann ihn der Schuldübernehmer des B. ins Feld führen, wenn ihm etwa die Forderung B. gegen C. abgetreten ist (arg. § 417).

b) Unwirksam dagegen ein Vertrag zwischen B. und C., die Forderung B. gegen C. könne von Dritten oder von bestimmten Dritten (z. B. A.) nicht gepfändet werden. RG. und Dieffenbach begründen dies zutreffend mit einem Umkehrschluß aus § 850 ZPO. Zum gleichen Ergebnis führt ein Analogieschluß aus § 851: Kann nämlich eine Forderung gepfändet werden, obgleich sie vertraglich für unabtretbar erklärt ist, so muß sie auch pfändbar sein, wenn Parteien sie für unpfändbar erklärt haben. Ein derartiger Vertrag ist mithin, die Pfändbarkeit anlangend, pro nihilo. Er dürfte jedoch i. Zw. wenigstens insoweit wirken, als er die Abtretung ausschließt. Unpfändbarkeit nämlich involviert Unabtretbarkeit (§ 400); wer also jene will, der will i. Zw. zugleich diese; und er will i. Zw. diese allein, wenn sich herausstellt, daß jene wirksam nicht vereinbart werden konnte (§ 139). Die Unpfändbarkeitsabrede ist sonach i. Zw. als Unabtretbarkeitsvertrag i. S. § 399 aufrechtzuerhalten (§ 140).

2. Auf die cessio legis finden die Vorschr. über Abtretung „entsprechende“ Anwendung (§ 412). Ist hiernach auf sie auch § 400 anwendbar, wonach unpfändbare Forderungen zugleich unabtretbar sind? RG. 76, 288 = JW. 1911, 715 bejaht grundsätzlich. Es macht aber immerhin Ausnahmen, so insbes. zu § 1542 ZPO. (JW. 1930, 3638) und neuerdings auch zu § 21 RFürsPfZPO. Diese „Ausnahmen“ ließen sich aber leicht vermehren; ja das BGB. selbst statuiert ausdrücklich ein Gleiches, indem es den zufolge § 850 Ziff. 2 ZPO. unabtretbaren Unterhaltsanspruch kraft Ges. auf Dritte überträgt (§§ 1607 Abs. 2 Satz 2, 1709 Abs. 2). Und zwar mit Zug und Recht: denn die ratio der Unpfändbarkeit entfällt, sobald der Gläubiger befriedigt ist. Die angebliche „Ausnahme“ — Übergang kraft Ges. — ist hiernach m. E. nicht als „Ausnahme“, vielmehr als Grundsatz anzuspochen; m. a. W. auf die Fälle § 412 ist § 400 grundsätzlich überhaupt nicht anwendbar — ebensowenig als etwa §§ 405, 411 (Staudinger-Werner zu § 412), auf die doch dem Wortlaute nach ganz ebenso verwiesen ist. Dieser Grundsatz erleidet eine Ausnahme dann, wenn die Leistung an einen Dritten eine Leistung veränderten Inhalts darstellend wäre (§ 399 Halbs. 1); sehr zweifelhaft dagegen bleibt,

*30. § 6 Abs. 2 PrG. v. 7. Aug. 1911; § 39 PrZuständigkeitsG. v. 31. Aug. 1883. Unzulässigkeit des Rechtsweges für Streitigkeiten zwischen zwei Provinzialverbänden wegen der Unterbringung eines taubstummen Knaben in einer Unterrichtsanstalt und deren Kosten.†)

Franz E. wurde am 7. Dez. 1927 in die Taubstummenanstalt Ratibor aufgenommen, nachdem durch rechtskräftigen

ob auch dann, wenn die Forderung vertraglich für unabtretbar erklärt ist (Halbs. 2). Der hier eingenommene Standpunkt ist von erheblicher Bedeutung, namentlich für Bürgen, Drittbepfändet und privilegierte Dritrintervenienten (§§ 774, 1225, 1249, 268 BGB.). Es ist nicht einzusehen, warum derjenige, der für eine Unterhaltsforderung gebürgt hat, schlechter dastehen sollte als eine der in §§ 1607, 1709 bezeichneten Personen oder als ein Fürsorgeverband.

3. Verpflichtungsgeschäfte sind keine actus legitimi. Sie vertragen daher insbes. auch die auflösende Bedingung, daß die Schuld erlöschen soll, falls der Anspruch gepfändet (zutreffend RG. und RG.) oder eingeklagt werden sollte. (Über letztere Figur vgl. Reichel: DZ. 1906, 1089; Unklagbare Ansprüche, 1911, S. 48.) Durch solche Abrede wird die Forderung im praktischen Effekt einer erfolgreichen Pfändung bzw. Einklagung entzogen. Die Bedingung der Einklagung ist oft nützlich und jedenfalls ungefährlich; denn der Gläubiger wird sich hüten, seine Forderung zu verwirken. Die Bedingung der Pfändung dagegen ist um so bedenklicher; denn der dritte Pfändungsgläubiger kennt sie in der Regel nicht. Läßt er also blindlings pfänden, so kommt nicht nur er um sein Pfand, sondern auch der Gläubiger um sein Forderungsrecht. Empfehlenswerter erschiene es mir daher, eine durch die Pfändung aufchiebend bedingte Abtretung zu tätigen: „diese Forderung wird hiermit an E. abgetreten für den Fall, daß ein Dritter sie pfänden sollte“. Eine die paulianische Anfechtung begründende oder gar auf eine strafbare Vollstreckungsverweigerung hinauslaufende Nachenschaft läge darin nur unter besonderen Umständen, die hier nicht zu erörtern sind.

Zu vorl. Fall stand (wie RG. annimmt) die Schuld unter der auflösenden Bedingung einer Pfändung. Es ist jedoch keine Pfändung, sondern eine cessio legis erfolgt. RG. läßt ungeprüft, ob letztere i. S. der Parteiabrede der ersteren gleichsteht. Es scheint die Frage stillschweigend zu verneinen. Die Bejahung hätte aber doch triftige Gründe für sich gehabt; denn es läuft sachlich auf das gleiche hinaus, ob die Forderung dem Gläubiger durch Staatsakt (Pfändung und Überweisung) oder ob sie ihm unmittelbar durch Gesetz entzogen wird. Lassen wir indes diese Auslegungsfrage dahingestellt. Unterstellen wir vielmehr, der Schuldvertrag habe ausdrücklich dahin gelautet, daß die Forderung erlöschen solle, falls sie kraft Gesetzes auf einen Dritten übergehen sollte. Ist solche Abrede rechtsbeständig? Für die Bejahung spricht das oben bez. der Pfändung Gesagte. Sie befriedigt freilich unser Rechtsgesühl nicht. Wir würden daher für Verneinung entscheiden, wenn sie nur zu begründen wäre. Hierfür sehe ich indes keinen Weg. Man wollte denn annehmen, der Dritte (Beisp. § 268) habe diesfalls schon von Schuld begründung an ein gesetzliches Anwartschaftsrecht auf die Forderung, das ihm durch eine Verfügung des Gläubigers nicht mehr entzogen werden könne (vgl. § 161 BGB.) — eine mehr als gewagte Konstruktion, die zudem o. w. verjagen müßte, wenn die Abrede schon bei Schuld begründung getroffen ist. Das hier Dargelegte ist besonders schmerzlich für den Bürgen, dem sein Regreß verkümmert wird. Man wird diesem aber gegebenenfalls mit § 776 helfen können; denn das, was § 776 bez. des Verzichtes auf akzessorische Sicherungen sagt, muß vollends bez. solcher Absprachen gelten, die den Nachschubregreß (§ 774) überhaupt verunmöglichen.

4. Vereinbart war, „dem Gläubiger solle, soweit die Forderung durch Dritte gepfändet werden könnte, niemals ein klag- und verfolgbarer Anspruch gegen den Schuldner zustehen“. Gesetzt, es wäre hierin nicht (wie RG. unterstellt) eine auflösende Bedingung, sondern (dem Wortlaut entsprechend) eine vertragliche Unklagbarkeitserklärung zu erblicken, so wäre diese grundsätzlich rechtswirksam (Reichel, Unkl. Anspr. 37 ff.; ZJP. 50, 312; JW. 1930, 2212), im Streitfalle aber vielleicht ausnahmsweise und deswillen unwirksam gewesen, weil es sich um eine — allerdings nur verträglich — Unterhaltsforderung handelte. Kann nämlich auf die Forderung selbst nicht verzichtet werden, so ist auch der Verzicht auf ihre klageweise Geltendmachung unwirksam (Unkl. Anspr. 44). Rechtswirksamer Klagebarkeitsverzicht wirkt natürlich auch zu Lasten des Fessionars (arg. § 404).

Prof. Dr. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

Zu 30. Die bisherige Auffassung von der „Einklagung“ öffentlich-rechtlicher Ansprüche in zivilrechtliches Gewand ist richtig

Beschluß der Regierung in Oepeln, Abteilung für Kirchen- und Schulwesen, v. 24. Aug. 1927 seine Verpflichtung zum Besuche des in den Anstalten für taubstumme Kinder eingerichteten Unterrichts festgestellt worden war. Nach seiner Aufnahme stellte sich heraus, daß schon vor derselben seine Mutter ihren Wohnsitz von Jachime nach Wessensstedt, Kreis Uzen, und demnächst nach Grünhagen, Landkreis Lüneburg, verlegt hatte. Mit Bezug hierauf beanspruchte der Kommunalverband der Provinz Oberschlesien vom beklagten Kommunalverband der Provinz Hannover Unterbringung des Knaben in einer Anstalt der Provinz Hannover und Erstattung der aus seiner Unterbringung in Ratibor entstandenen, auf 2418 RM berechneten Aufwendungen, indem er sich auf § 6 Abs. 2 PrO. v. 7. Aug. 1911 berief, nach dem der zuständige Kommunalverband sich nach dem jeweiligen Wohnsitz der Eltern bestimme.

Die Klage ist in den Vorinstanzen wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen, die Rev. der Kl. zurückgewiesen.

Das BG. erachtet den Rechtsweg deshalb für unzulässig, weil der Streit über die Pflicht zur Beschulung und Unterbringung des B. ein seinem Wesen nach öffentlich-rechtliches Verhältnis betreffe, der Anspruch auf Erstattung der bisherigen Unterbringungskosten aber als Bereicherungsanspruch, als den er sich darstelle, der selbständigen Bedeutung neben dem eigentlichen Streitgegenstande, der Pflicht des Bekl. zur Beschulung und Unterbringung, entbehre; ein Anspruch aus auftraglicher Geschäftsführung stehe nicht in Frage, weil der Kl. nach seinen eigenen Ausführungen mit der Beschulung und Unterbringung des Knaben nicht eine Pflicht des Bekl., sondern eine eigene Pflicht habe erfüllen wollen.

Daß ein Antrag auf Beurteilung des Bekl., den Knaben in einer Anstalt der Provinz Hannover auf deren Kosten unterzubringen, eine Beurteilung zur Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht betrifft, kann nicht zweifelhaft sein und wird auch von der Rev. nicht bestritten. Daraus folgt ohne weiteres, daß der Rechtsstreit, soweit er einen solchen Antrag zum Gegenstand hat, keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist und im ordentlichen Rechtswege nicht ausgetragen werden kann, da eine Vorschrift, nach der dieser Rechtsweg für Streitigkeiten über öffentlich-rechtliche Pflichten der hier streitigen Art ausnahmsweise eröffnet wäre, nicht besteht. Die Rev. rügt aber, daß das BG. hätte prüfen müssen, ob der wörtlich auf Beurteilung zur Unterbringung in einer hannoverschen Anstalt gerichtete Antrag des Kl. nicht dem Sinne nach die Beurteilung zur Befreiung des Kl. von den Unterbringungskosten bezweckte und bei solcher Auslegung einen Anspruch des bürgerlichen Rechtes zum Gegenstande hatte, und daß das BG. zum mindesten auf den nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichten, den Klageantrag in jenem Sinne

wiedergegeben und könnte durch zahlreiche weitere Stellen belegt werden. Soweit dadurch die Prozesse öffentlich-rechtlicher Körperschaften gegeneinander als unzulässig bezeichnet werden, wird man der Entsch. durchaus beitreten. Ich finde aber, daß — soweit es sich um beamtenrechtliche Ansprüche handelt — die Tatsache zu wenig gewürdigt wird, daß mitten in diese ganze Nr. hinein die Schaffung der RWerf. gefallen ist. Sie sagt in Art. 129 Abs. 1 Satz 4 eindeutig: „Für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten steht der Rechtsweg offen.“

Da gibt's kein Drehen und Deuteln, keine Vorbehalte und keine Fristen. Der Rechtsweg steht offen. D. h. die ordentlichen Gerichte sind zuständig! Um die Tragweite dieser grundlegenden Vorschrift richtig zu würdigen, muß man sich vorhalten, daß schon zur Zeit des Entstehens der RWerf. im ganzen Schrifttum und in der ganzen Nrpr. Einstimmigkeit darüber herrschte: Der beamtliche Vermögensrechtsanspruch ist ein öffentlich-rechtlicher (Unterhalts-) Anspruch gegen die Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Nationalversammlung hat trotz ihrer Sorge für Schaffung von Verwaltungsgerichten zum Schutze der subjektiven öffentlichen Rechte (Art. 107) in drei wichtigen Fällen an der alten Otto Bähr'schen Vorliebe für die Justiz festgehalten: in denen der Art. 129, 131 (Amtshaftung), Art. 153 (Entschädigung wegen Enteignung). Es ist kein Zufall, daß gerade in diesen Fällen bürgerliche Gerichte öffentlich-rechtliche Streitigkeiten erster Klasse behandeln sollen. Ist schon der Anspruch auf Gehalt öffentlich-rechtlich und der bürgerliche Richter für ihn zuständig, so ist vollständig gleichgültig, ob Kl. sich zur Begründung auf privat- oder auf öffentlich-rechtliche Gründe stützt. Bei Lichte besehen sind es immer öffentlich-rechtlich! Die Verfassung nimmt an, der

ändernden Schriftsatz die mündliche Verhandlung hätte wieder eröffnen müssen. Indessen abgesehen davon, daß die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Ermessen des Gerichts liegt und daß jene Auslegung des Urtrags auf Beurteilung zur Unterbringung schwerlich als dessen Sinn erschöpfend erachtet werden kann, ist die Rüge auch deshalb unbegründet, weil der Anspruch auf Befreiung von den Unterbringungskosten, da gerade die Pflicht des Bekl. zur Unterbringung und nur diese streitig war, sich lediglich als eine bürgerlich-rechtliche Einkleidung des Anspruchs auf Unterbringung durch den Bekl. darstellen würde. Wie das RG. in ständiger Nrpr. anerkannt hat, kann ein dem ordentlichen Rechtsweg entzogener öffentlich-rechtlicher Anspruch nicht in der Gestalt eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden, weil es sich dabei in Wirklichkeit immer nur um jenen Anspruch handelt (s. RG. 67, 401; 94, 159; 110, 64 u. a.). Aus denselben Grunde wird der Rechtsweg ständig ver sagt, wenn ein öffentlich-rechtlicher Anspruch in der Einkleidung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung geltend gemacht wird (s. RG. 71, 421¹⁾; 79, 427²⁾; 83, 304³⁾ u. a.). Aus eben demselben Grunde muß die Zulässigkeit des Rechtswegs aber auch verneint werden, wenn ein rein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Vornahme einer Handlung in der Einkleidung als Anspruch auf Befreiung von deren Kosten eingeklagt wird. Daß solchenfalls die bürgerlich-rechtliche Umhüllung die Merkmale der Geschäftsführung ohne Auftrag, nicht wie in jenen Fällen die der ungerechtfertigten Bereicherung oder unerlaubten Handlung zeigt, kann eine Verschiedenheit der Behandlung nicht rechtfertigen, vielmehr muß in dem einen wie in dem anderen Falle die öffentlich-rechtliche Natur des den Kern des Streites bildenden Anspruchs den Ausschlag gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs geben.

Die Erwägungen, aus denen das BG. den Rechtsweg für den Anspruch auf Erstattung der dem Kl. bereits erwachsenen Unterbringungskosten ver sagt, beruhen allerdings insofern auf Rechtsirrtum, als sie sich gegen das Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen eines Erstattungsanspruchs aus Geschäftsbeforgung richten, während für die Zulässigkeit des Rechtswegs neben dem Inhalte des vom Kl. geltend gemachten Anspruchs, nur seine Behauptungen über dessen Grund maßgebend sind. Die Ver sagung des Rechtswegs rechtfertigt sich aber auch hinsichtlich dieses Klageantrags aus den eben wegen des etwaigen Antrags auf Befreiung von den Unterbringungskosten dargelegten Gründen. Der Antrag auf Beurteilung zum Erfasse der Unterbringungskosten ist nur die Einkleidung, in der der Anspruch auf Unterbringung durch den Bekl. für die Vergangenheit geltend gemacht wird. Dieser rein öffentlich-rechtliche Anspruch bildet auch hinsichtlich dieses Teiles der bürgerliche Richter werde den öffentlich-rechtlichen Anspruch zutreffend entscheiden. Behauptet also Kl., bei richtiger Einklassung kämen ihm X-RM mehr zu als er empfängt, so „kleidet“ er nicht „ein“, maskiert er nicht seinen öffentlich-rechtlichen Anspruch als bürgerlich-rechtlichen, um ihn listigerweise vor's Zivilgericht zu bringen, sondern er begründet ihn seinem Wesen nach. Diese Maskentheorie ist innerlich unberechtigt, weil sie annimmt, dem Beamten komme es nicht so sehr auf die im Klageantrage genannte Geldsumme als vielmehr hauptsächlich auf Einklassung an, das Geld sei eigentlich Neben sache!

Der Praktiker weiß, mit welch ungeheuerstem Erstaunen die solchergestalt abgewiesenen Beamten stets die Urteilsbelehrung entgegennehmen, sie schützten den Geldanspruch nur so vor, um zur Einstufung zu kommen! Es wäre zu begrüßen, wenn die Ansprüche stets von der Verfassung aus geprüft würden. Dann würde man so manche Bestimmung des Vorderfassungswortes, bindende Kraft behördlicher Ausprüche, Fristvorschriften usw., als der RWerf. widersprechend erkennen. Denn soviel wird man aus Art. 107 RWerf. schließen: Wenn sie schon jedem anderen Staatsbürger die Nachprüfung von Anordnungen und Verfügungen gewährleisten, so wird sie dem Beamten nicht das hassenswerte Privileg aufbürden, ihm gegenüber richterliche — diesfalls zivilrichterliche — Nachprüfung der Anordnungen zu ver sagen. Zumal die sonst häufige Einschränkung „nach Maßgabe der Gesetze“ in Art. 129 Abs. 1 Satz 4 nicht zu finden ist.

Der Rechtsweg steht offen — schlecht hin offen.

Kl. Dr. Görres, Berlin.

¹⁾ ZB. 1909, 691. ²⁾ ZB. 1912, 879. ³⁾ ZB. 1914, 211.

Klage den Kern des Streitgegenstandes; er allein ist nach dem Vortrage des Kl. streitig, während über irgendwelche andere Umstände, die zur Begründung eines Erstattungsanspruchs des Kl. neben der Unterbringungspflicht des Bekl. weiter erforderlich wären, ein Streit, soweit aus der Klage ersichtlich, überhaupt nicht besteht. Allerdings hat das RG. in zahlreichen Entsch. (f. RG. 108, 391⁴) und die dort angeführten Urteile; ferner RG. 19, 187; 41, 336 und 113, 178) die Zulässigkeit des Rechtswegs für Klagen bejaht, die von einem öffentlich-rechtlichen Verbands gegen einen anderen auf Grund der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsbeforgung auf Ersatz der Aufwendungen erhoben waren. Aber in diesen Fällen waren die Tatbestände insofern anders gestaltet, als die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Bekl. nicht bestritten war oder doch nicht die einzige streitige Voraussetzung des Erstattungsanspruchs bildete oder für die einem Dritten gegenüber erfüllte öffentlich-rechtliche Pflicht diesem der Rechtsweg gegen den Verpflichteten auf Grund gesetzlicher Vorschrift zugestanden hätte. Diese Entscheidungen stehen daher nicht entgegen, den in der Ksp. bei Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubten Handlungen als für die Zulässigkeit des Rechtswegs maßgebend anerkannten Gesichtspunkt auch gegenüber Klagen aus auftragloser Geschäftsführung zur Geltung zu bringen, sofern die Sachlage, wie im vorliegenden Falle, diese Klagen lediglich als Einkleidung des Streites über einen rein öffentlich-rechtlichen, der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entzogenen Anspruch erscheinen läßt.

(U. v. 21. Nov. 1930; 85/30 VII. — Celle.) [Ru.]
 (= RG. 130, 268.)

****31.** §§ 72, 73 RJugWohlfG. Der Umstand, daß die Unerziehbarkeit des Zöglings schon bei Anordnung der Fürsorgeerziehung bestanden hat, ist kein Aufhebungsgrund i. S. des § 72 Abs. 2 RJugWohlfG. †)

Durch Beschl. des AG. Berlin-Mitte v. 30. März 1927, der bald darauf rechtskräftig geworden ist, ist die endgültige Fürsorgeerziehung des Bruno G. zur Beseitigung der Verwahrlosung wegen Unzulänglichkeit der Erziehung angeordnet worden (§ 63 Abs. 2 RJugWohlfG.). Unter dem 11. Nov. 1930 beantragte die Mutter, ihren Sohn, der sich in der Heil- und Pflegeanstalt in Buch befand, zu ihr zu entlassen. Der Antrag wurde vom Landes-Wohlfahrts- und Jugendamt als Fürsorgeerziehungsbehörde durch Beschl. v. 14. Nov. 1930 abgelehnt, weil der Zweck der Fürsorgeerziehung nicht erreicht sei, in der Häuslichkeit der Eltern auch nicht erreicht werden könne, der Minderjährige vielmehr seiner geistigen Verfassung wegen zur Zeit noch der Anstaltspflege bedürfe. Das von der Mutter rechtzeitig angerufene VormGer., AG. Berlin-Mitte, Abt. 167, beschloß dagegen unter dem 12. Jan. 1931, die angeordnete Fürsorgeerziehung auf Grund des § 73 RJugWohlfG. aufzuheben, weil sich Bruno G. nach zwei ärztlichen Zeugnissen aus den Jahren 1928 und 1930

⁴) JW. 1925, 2248.

Zu 31. Es ist wohl das erstmal, daß das RG. sich mit der Auslegung der §§ 72, 73 RJugWohlfG. zu befassen hatte, und es wäre freudig zu begrüßen, wenn damit die so verschiedenartigen Standpunkte der unteren und mittleren Gerichte, einschließlich des BayObLG., bei Auslegung dieser wichtigen Bestimmungen nunmehr zugunsten des Rechtsstandpunktes des RG. aufgegeben und die vorzeitige Aufhebung einer, sachlich nicht mehr gerechtfertigten Fürsorgeerziehung von den deutschen Gerichten einheitlich gehandhabt würde. Die bisherige so verschiedenartige Auslegung der §§ 72, 73 RJugWohlfG. beruht, wie gerade die obige Entsch. erkennen läßt, auf Mängeln des Gesetzes selbst, das für den hier entschiedenen Fall eine Lücke aufweist. In solchem Fall aber ist es Aufgabe des Richters rechtsschöpferisch tätig zu werden, indem er unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und des Zweckes und der Bedürfnisse der Praxis die Lücke durch Auffüllung eines, mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren Rechtsatzes ausfüllt. Darauf habe ich schon bei der Kritik eines Urteils des RG. v. 26. Febr. 1930 (JW. 1930, 2978⁵) hingewiesen. Diesem Satze widerspricht Mannherz in einer Gegenkritik (JW. 1931, 1379⁴) indem er den Satz aufstellt, daß „mangelhafte Gesetze nicht der Richter, sondern nur der Gesetzgeber korrigieren“ könne. Der vor-

infolge einer i. J. 1922 überstandenen Kopfgrippe schon seit etwa sechs Jahren in einem Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinde, der seine freie Willensbestimmung ausschließe, mithin schon zur Zeit der Anordnung der Fürsorgeerziehung deren Zweck unerreichbar gewesen sei. Die rechtzeitige sofortige Beschwerde der genannten Fürsorgeerziehungsbehörde wurde durch Beschl. des LG. I v. 19. Febr. 1931 zurückgewiesen. Das LG. geht mit dem VormGer. davon aus, daß krankhafte Störung der Geistestätigkeit und Unerziehbarkeit bei Bruno G. schon zur Zeit der Anordnung der Fürsorgeerziehung bestanden hätten, so daß die Fürsorgeerziehung nicht erst hätte angeordnet werden dürfen. Die Vorschrift des § 73 RJugWohlfG. wird aber vom Beschwerdegericht für nicht anwendbar gehalten, weil sie sich nur auf Fälle beziehe, in denen die persönliche Unerziehbarkeit des Minderjährigen erst nach Anordnung der Fürsorgeerziehung eintrete. Stelle sich, wie hier, nachträglich heraus, daß eine tatsächliche Voraussetzung der Fürsorgeerziehung zur Zeit der Anordnung gar nicht vorhanden gewesen sei, und erscheine so die weitere Ausführung der Fürsorgeerziehung grund- und zwecklos, so sei ein Aufhebungsgrund i. S. des § 72 Abs. 2 RJugWohlfG. gegeben. Der die Fürsorgeerziehung aufhebende Beschl. des VormGer. sei also im Ergebnis zu bestätigen.

Gegen den Beschl. des LG. I hat das Landes-Wohlfahrts- und Jugendamt rechtzeitig sofortige weitere Beschwerde eingelegt mit der Begründung, daß die Voraussetzungen einer Aufhebung der Fürsorgeerziehung nach § 72 Abs. 2 keineswegs gegeben seien, da der Zweck der Fürsorgeerziehung weder erreicht noch anderweitig sichergestellt sei.

Das RG. äußert sich zu der weiteren Beschwerde folgendermaßen: Die Feststellung des LG., daß der Minderjährige bereits zur Zeit der Anordnung der Fürsorgeerziehung geisteskrank und deshalb nicht erziehbar gewesen sei und daß dieser Zustand heute noch bestehe, sei nach § 27 ZPO., § 561 ZPO. für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend, werde auch vom Beschwerf. nicht bemängelt. Eine vorzeitige Entlassung des Minderjährigen aus der Fürsorgeerziehung könne zunächst nicht auf Grund des § 73 RJugWohlfG. angeordnet werden. Zwar liege ein Fall der Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung aus Gründen, die in der Person des Minderjährigen liegen, hier vor. § 73 beziehe sich aber, wie der Senat in Übereinstimmung mit dem Beschl. des BayObLG. in München v. 21. April 1928 (JW. 5, 92) annehme, nur auf solche Fälle, in denen die Unerziehbarkeit erst nach rechtskräftiger Anordnung der Fürsorgeerziehung eintrete. Außerdem fehle es für das preussische Rechtsgebiet an der ausdrücklichen Voraussetzung des § 73, daß eine anderweitige gesetzlich geregelte Bewahrung des Minderjährigen sichergestellt sei. Ein solches in Aussicht genommenes Bewahrungsgesetz sei bisher weder von Seiten des Reiches ergangen, noch bestünden entsprechende landesgesetzliche Bestimmungen für Preußen.

Andererseits liege aber auch kein Aufhebungsgrund i. S.

liegende Beschluß des RG. beweist, daß dieser höchste Gerichtshof die Ansicht von Mannherz nicht billigt, die den strengen Wortlaut einer Gesetzesvorschrift in übertriebener formalistischer Weise als „allein entscheidend“ erklärt, sondern sich zu den von mir vertretenen Auslegungsgrundsätzen bekennt. In der Sache selbst ist dem RG. beizutreten. Zur Erläuterung sei noch folgendes bemerkt: Der § 63 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 läßt die Anordnung der Fürsorgeerziehung zu: a) bei Minderjährigen unter 18 Jahren dann, wenn sie zur Beseitigung der Verwahrlosung wegen Unzulänglichkeit der Erziehung erforderlich ist; b) bei Minderjährigen von 18 bis 20 Jahren nur, wenn zu diesen Voraussetzungen noch die weitere festgestellt wird, daß noch „Aussicht auf Erfolg“ der Fürsorgeerziehung besteht. Einer besonderen Feststellung der „Ausführbarkeit der Fürsorgeerziehung aus Gründen, die in der Person des Minderjährigen liegen“ (wie § 73 RJugWohlfG. sich ausdrückt) bedarf es bei Anwendung der Fürsorgeerziehung bei Minderjährigen unter 18 Jahren nicht; diese „Ausführbarkeit“ wird hier vom Gesetz ohne weiteres unterstellt. Im allgemeinen dauert eine einmal rechtskräftig angeordnete Fürsorgeerziehung bis zum Eintritt der Volljährigkeit (§ 72 Abs. 1); nur wenn ihr Zweck vorher schon erreicht oder „anderweitig sichergestellt“ ist, ist sie schon früher „aufzuheben“ (§ 72 Abs. 2). Wie verhält es sich aber in dem Fall, daß im Laufe einer angeordneten Fürsorgeerziehung sich ergibt, daß

des § 72 Abs. 2 RZugWohlfG. vor. Das RG. halte demnach die weitere Beschwerde für begründet, sehe sich aber durch den erwähnten Beschl. des BayObLG. in München an einer Entsch. in diesem Sinne gehindert. In diesem Beschl. sei ausgeführt, daß in Fällen der vorliegenden Art § 72 Abs. 2 anwendbar sei. Die weitere Beschwerde werde deshalb gemäß § 28 Abs. 2 ZOG. dem RG. zur Entsch. vorgelegt.

Die Voraussetzungen der Abgabe sind gegeben. Die weitere Beschwerde ist mit dem RG. für begründet anzusehen, wenn auch den Ausführungen des RG. nicht in allen Punkten gefolgt werden kann.

Zutreffend ist die Ansicht des RG., daß die Aufhebung der Fürsorgeerziehung vor Eintritt der Volljährigkeit des Zöglings nur unter den Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 oder des § 73 RZugWohlfG. erfolgen kann. Daß auch die letztere Vorschrift, die nur von einer „vorzeitigen Entlassung“ des Minderjährigen spricht, eine Aufhebung der ganzen Fürsorgeerziehung im Auge hat, kann nicht zweifelhaft sein. Wenn die Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung aus in der Person des Minderjährigen liegenden Gründen vorausgesetzt wird, so ist damit, wie die Begründung zu der entsprechenden Vorschrift des § 75 Entw. ergibt (RTDruckf. 1920 Nr. 1166 S. 1235 und 1274), die endgültige Unmöglichkeit der Erreichung der Fürsorgeerziehungszwecke gemeint, nicht etwa eine vorübergehende Unmöglichkeit der Erreichung dieser Zwecke oder die Unausführbarkeit der angeordneten besonderen Erziehungsmaßnahmen (Anstalts- oder Familienerziehung). Liegt aber eine solche endgültige Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung überhaupt vor, so kann die (unter einer weiteren Voraussetzung) zugelassene Entlassung auch nur eine endgültige sein, und es bleibt dann für eine Fortsetzung des Fürsorgeerziehungsverfahrens überhaupt kein Raum mehr.

Daraus, daß das Gesetz nicht alle Aufhebungsgründe in § 72 zusammenhängend behandelt, ist kein Bedenken gegen diese Auslegung zu entnehmen. Der erwähnte § 75 Entw. wollte es der Landesgesetzgebung überlassen, die vorzeitige Entlassung im gedachten Fall unter bestimmten Voraussetzungen zu gestatten. Das machte die Behandlung in einem besonderen Paragraphen erforderlich. Dabei ist es schließlich auch nach Ausschaltung der Landesgesetzgebung geblieben. Nach dem Ausschlußbericht (RTDruckf. 1920 Nr. 3959 S. 4204) war man sich aber darüber klar, daß unter der Entlassung nicht die technische und örtliche Entlassung, sondern die Aufhebung des Fürsorgeerziehungsbeschlusses zu verstehen sei.

Hieraus ist für das Verfahren zu entnehmen, daß über einen Antrag auf vorzeitige Entlassung aus § 73 dieselbe Stelle zu befinden hat, die für die Entsch. über die Aufhebung aus § 72 Abs. 2 zuständig ist. Aus § 72 Abs. 3 i. Verb. m. § 21 PrAusfGes. ergibt sich die Zuständigkeit der

deren Zweck nicht erreicht werden kann, weil der Zögling überhaupt nicht erziehungsfähig ist, was besonders häufig bei Psychopathen und Geisteskranken sich herausstellen wird? Da bei diesen Zöglingen der Zweck der Fürsorgeerziehung, der ja gerade in Befreiung der Verwahrlosung durch Gewährung einer bis dahin unzulänglich gewesenen Erziehung besteht, sicher nicht erreicht werden kann, da bei ihnen „Ausicht auf Erfolg“ der Fürsorgeerziehung nicht besteht, sollte man annehmen dürfen, daß auch unzweifelhaft das Gesetz, wie im Falle des § 72 Abs. 2, die alsbaldige Aufhebung der Fürsorgeerziehung verfügen würde. Das ist aber nicht der Fall. Mit Recht wendet sich auch das RG. — übereinstimmend hierin mit dem RG., aber im Gegensatz zum BayObLG. — gegen die analoge Ausdehnung der Vorschrift des § 72 Abs. 2 auf diesen tatsächlich ganz anders gelagerten Fall, denn eine solche würde den erwähnten Grundsätzen der Gesetzesauslegung widersprechen. Wohl aber subsumiert das RG. diesen Fall, über den engen Wortlaut der Gesetzesstelle hinaus, unter den § 73 RZugWohlfG. Dazu war es nötig, zunächst den Ausdruck „vorzeitige Entlassung“ in § 73 für gleichbedeutend zu erklären mit dem Ausdruck „Aufhebung der Fürsorgeerziehung“ in § 72, was im vorliegenden Beschl. des RG. mit hinreichender Begründung geschieht. Sodann mußte, um eine etwaige Lücke des Gesetzes auszufüllen, dargetan werden, daß § 73 sowohl den Fall deckt, daß die „Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung“ erst im Laufe der Fürsorgeerziehung sich herausstellt, wie im anderen Falle, daß sie schon bei Anordnung der Fürsorgeerziehung gegeben war, wo also eigentlich die Fürsorgeerziehung

Fürsorgeerziehungsbehörde und, nachdem gegen deren ablehnenden Bescheid das VormGer. rechtzeitig angerufen worden ist, die Zulässigkeit des hier eingeleiteten Beschwerdeverfahrens.

Die Ansicht, daß die „vorzeitige Entlassung“ nach § 73 RZugWohlfG. einen besonderen Fall der „früheren Aufhebung“ i. S. des § 72 Abs. 2 darstellt, liegt auch dem erwähnten Beschl. des BayObLG. in München (ZFG. 5, 92 ff.) zugrunde. Das RG. will dieser Entsch. auch insoweit folgen, als weiter darin ausgesprochen ist, der Aufhebungsgrund des § 73 liege nur dann vor, wenn die persönliche Unerziehbarkeit des Minderjährigen erst nach der Anordnung der Fürsorgeerziehung eingetreten ist. Das RG. lehnt jedoch die Schlussfolgerung des BayObLG. ab, daß die Fürsorgeerziehung, wenn sich erst nachträglich herausstellt, daß der Minderjährige von Anfang an zur Fürsorgeerziehung persönlich untauglich ist, auf Grund der — wohl entsprechend anzuwendenden — Vorschrift des § 72 Abs. 2 vorzeitig aufzuheben sei.

Dem RG. ist darin beizutreten, daß eine Aufhebung auf Grund der Vorschrift des § 72 Abs. 2 nicht erfolgen kann, weil deren Voraussetzungen — Erreichung des Zwecks der Fürsorgeerziehung oder seine anderweitige Sicherstellung — nicht vorliegen, und daß eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift nicht in Frage kommt. Das letztere folgt aber nicht, wie das RG. meint, aus der Rechtskraftwirkung des die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschlusses, sondern daraus, daß auf den Fall die Vorschrift des § 73 anzuwenden ist, die vom BayObLG. und vom RG. zu eng ausgelegt wird.

Da die vorzeitige Entlassung, von ihrer weiteren Voraussetzung zunächst abgesehen, schlechthin wegen Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung aus in der Person des Minderjährigen liegenden Gründen zulässig ist, so kann zunächst aus dem Wortlaut der Gesetzesvorschrift nichts für jene Auslegung entnommen werden. Die Vorschrift umfaßt auch den Fall, daß die Unerziehbarkeit schon im Zeitpunkt der Anordnung der Fürsorgeerziehung vorlag, damals aber noch nicht erkennbar war, vielmehr erst auf Grund der mit dem Minderjährigen gemachten Erfahrungen festgestellt werden kann. Ebenjemenig stehen die Gesetzesmaterialien der Ansicht des BayObLG. und des RG. zur Seite. Die Begründung zu § 75 Entw. führt aus, daß die Zöglinge, die allen erzieherischen Versuchen gegenüber unzugänglich bleiben, fast ausnahmslos geistig oder sittlich anormal veranlagt seien. Zu ihnen gehörten die unverbesserlichen sog. psychopathischen Straffälligen, die Zöglinge mit Geistesstörungen usw. Mit keinem Wort ist angedeutet, daß die Vorschrift sich nur auf diejenigen Zöglinge beziehen solle, bei denen die Unerziehbarkeit in diesem Sinne erst nach der Anordnung der Fürsorgeerziehung eintritt. Schließlich ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, die beiden in

wegen Erziehungsunfähigkeit des Zöglings überhaupt nicht hätte angeordnet werden dürfen, der sie anordnende Beschluß also von Anfang an ungerechtfertigt war. Das geschieht vom RG., im Gegensatz zum RG. und BayObLG., mit der Begründung, daß der Wortlaut sowohl wie die Gesetzesmaterialien eine so enge Begrenzung auf den erst erwähnten Fall der Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung nicht vorschreiben, es aber gerade dem Interesse des Minderjährigen und dem Zwecke des Gesetzes entspreche, wenn auch im zweit erwähnten Falle die vorzeitige Aufhebung der Fürsorgeerziehung entsprechend § 73 zugelassen — nicht wie im § 72 Abs. 2 bindend vorgeschrieben — werde unter der weiteren in § 73 aufgestellten Voraussetzung, daß „eine anderweitige gesetzlich geregelte Bewahrung des Minderjährigen sichergestellt“ sei. Das bedeutet praktisch, daß alle sich als unerziehbar ergebenden Fürsorgezöglinge, also insbes. die Psychopathen und Irren, solange einweisen von der Fürsorgeerziehungsbehörde zwar nicht erzogen, aber doch vor Verwahrlosung geschützt und verwahrt werden müssen, bis durch das schon lange erwartete und bringende notwendige Reichsbewahrungsgesetz eine anderweitige Unterbringung gesichert ist; die Fürsorgebehörde dient ihnen solange als Bewahrungsbehörde. Man wird diese Gesetzesauslegung vom Standpunkt der Praxis nur begrüßen können; solche unerziehbaren Kinder bedingungslos wieder ihren Familien und dem freien Verkehr zu überlassen, wo sie ohne entsprechende Bewahrung sich nicht halten können, erschien dem RG. und dem RG. mit Recht nicht angängig.

Geh. Rk. Dieffenbach, Heidelberg.

Frage kommenden Fälle verschieden zu behandeln. Auch wenn die von vornherein bestehende persönliche Unerziehbarkeit des Minderjährigen erst nachträglich erkannt wird, erscheint es im Interesse des Minderjährigen angezeigt, die Aufhebung der Fürsorgeerziehung unter der in § 73 erforderlichen Voraussetzung zuzulassen, daß eine anderweitige gesetzlich geregelte Bewahrung des Minderjährigen sichergestellt ist.

Hiernach ist auf den vorliegenden Fall die Vorschrift des § 73 anzuwenden. Nach ihr ist die Aufhebung der Fürsorgeerziehung nicht gerechtfertigt, weil — worauf das RG. hilfsweise hinweist — eine anderweitige gesetzlich geregelte Bewahrung des Bruno G. nicht sichergestellt ist. Es kann auf die oben wiedergegebenen zutreffenden Ausführungen des RG. zu diesem Punkt verwiesen werden. Der weiteren Beschwerde des Landesjugendamtes war daher durch Aufhebung der Beschlüsse des LG. und des VormGer. stattzugeben und der Antrag der Mutter auf vorzeitige Entlassung des Sohnes zurückzuweisen.

(Beschl. v. 11. Mai 1931; 11/31 IV B. — Berlin.)

V. Freiwilliges Gerichtsbarkeitsgesetz.

32. Der Vorschrift des § 179 Abs. 2 FGG. wird nicht genügt, wenn der als Dolmetscher Zugezogene anstatt selbst vorzutragen einen anderen vortragen läßt und diesen nur kontrolliert.†)

Der Kl. schloß mit seiner todkranken Tochter Katharina, der Ehefrau des Bekl., am 15. Juli 1925 zu Protokoll des herbeigeholten Notars H. einen Gütsüberlassungsvertrag, worin er ihr seinen Bauernhof für 12000 M verkaufte und sich ein Altenteil vorbehielt. Da der Kl. erklärte, daß er nur der polnischen Sprache mächtig sei, zog der Notar die Krankenschwester Albertine S., genannt Schwester L., als Dolmetscherin hinzu. Am Schlusse des Protokolls wurde bemerkt, daß es den Vertragsschließenden vorgelesen, darauf durch den Dolmetscher in polnischer Sprache vorgetragen, demnächst von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden sei. Die Tochter des Kl. starb, später auch ihr Kind, beide wurden von dem Bekl. beerbt. Dieser ging eine zweite Ehe ein. Zur Auflassung ist es bisher nicht gekommen.

Der Kl. klagt auf Feststellung der Richtigkeit des Vertrages. Er machte geltend, daß ihm zur Zeit des Vertragsschlusses die Geschäftsfähigkeit gefehlt habe, daß er zum Wschlusse durch widerrechtliche Drohung des Bekl. bestimmt und

seine Erklärung von ihm angefochten, der Vertrag auch später wieder aufgehoben worden sei. Ferner berief er sich auf Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstößes gegen die guten Sitten und endlich wegen Formmangels. In dieser Hinsicht behauptete er, das Protokoll sei nicht von der Schwester L., sondern von dem Bürovorsteher des Notars in polnischer Sprache vorgetragen worden. Der Bekl. bestritt das alles.

Das LG. hielt den Formfehler für bewiesen und gab der Klage statt.

Das BG. erörtert zunächst die übrigen Klagegründe mit Ausnahme des behaupteten Verstößes gegen die guten Sitten, hält keinen für tatsächlich begründet und sieht als entscheidend an, ob der Vertrag gegen die Formvorschrift des § 179 FGG. verstoßen habe. Hierzu stellt es fest, daß die Schwester L. den Kaufvertrag weder selbst wörtlich übersezt noch dem Inhalt nach in polnischer Sprache vorgetragen habe. Die Schwester L. hat als Zeugin bekundet, sie könne wohl polnisch, aber nicht sehr viel, sie habe den Vertragsinhalt in der polnischen Übersetzung des Bürovorstehers nicht verstanden. Spätere Beweishebungen haben der Frage gegolten, in welchem Maße die Schwester L. die polnische Sprache beherrsche. Das BG. hält nun zwar die Beobachtung der Vorschriften des § 179 Abs. 1 bis 4 FGG., wenn überhaupt ein Dolmetscher zugezogen werde, für wesentlich, glaubt aber, trotz seiner tatsächlichen Feststellung den Vertrag nicht für nichtig erklären zu können, weil die Möglichkeit bestehe, daß die Schwester L. sich des Bürovorstehers als eines Werkzeuges bedient habe, indem sie ihn habe übersezen lassen und die Richtigkeit der Übersetzung kontrolliert habe. Das BG. meint, daß ein solches Verfahren dem Gesetze genügt haben würde, und daß der Kl. gegenüber der notariellen Urkunde beweisen müsse, es sei nicht so verfahren worden, daß er aber diesen Beweis nicht geführt habe.

Von den prozessualen Bedenken, welche die Rev. gegen die Annahme des BG. erhebt, daß möglicherweise so verfahren sei, kann abgesehen werden und ebenso von der Frage, ob die Vermutung des § 418 ZPO. noch anwendbar ist. Denn schon darin muß der Rev. beigetreten werden, daß ein solches Verfahren, wie es das BG. hier unterstellt, dem Gesetze nicht genügt haben würde.

Nach § 179 Abs. 2 FGG. muß das Protokoll dem der deutschen Sprache nicht mächtigen Beteiligten durch den Dolmetscher oder, wenn ein Dolmetscher nicht zugezogen worden ist, durch den Richter oder den Notar in der fremden Sprache vorgetragen werden und die Feststellung enthalten, daß dies geschehen ist. Weder der Wortlaut noch die Entstehungs-

Zu 32. Die Frage, ob die als Dolmetscher zugezogene Krankenschwester bei ihrer mangelnden Sprachkenntnis den gesetzlichen Anforderungen an das Amt als Dolmetscher entspricht, kann dahingestellt bleiben, weil ihre Tätigkeit jedenfalls der Vorschr. des § 179 Abs. 2 FGG. nicht entspricht hat. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß der Dolmetscher das Protokoll vorlesen muß, so ist dieser Vorschr. dem Wortsinne nach zu entsprechen, weil dies allein der Formstrenge gerecht wird, die das Ermessen, andere Mittel anzuwenden (z. B. Verlesung durch eine andere Person in Gegenwart des Dolmetschers), ausschaltet. Das Argument, die Verlesung durch eine andere Person unter Kontrolle des Dolmetschers sichere den Zweck der Vorschr. ebensogut, nämlich die Kenntnis des Inhalts dem Beteiligten zu vermitteln, ist nicht durchschlagend, denn mit demselben Rechte könnte man dann die Vorschr. von § 177 Abs. 1 dahin auslegen, daß statt der Verlesung des Protokolls die Mitteilung des Inhalts genüge; selbst wenn man als möglich annimmt, daß diese Art der Kenntnisvermittlung dem Zweck sogar besser gerecht wird als die Vorlesung des mit seinen Sachausdrücken dem Laien nicht immer ganz verständlichen Protokolls, so ist die Ersetzung der vorgeschriebenen Form durch eine andere nur unter dem Gesichtspunkt der Zweckerreichung nicht angängig, denn damit würde die Formvorschr. in ihrer Strenge, aber auch in ihrer Klarheit durch eine Fülle von unsicheren Möglichkeiten ersetzt, bei der es auf den einzelnen Fall ankäme, ob der Vorschr. genügt ist oder nicht, zugleich gerade ein Hauptzweck der Formvorschr. im ganzen vereitelt, die durch fest vorgeschriebene Formen eine sichere Entsch. über die Gültigkeit der Erklärung ermöglichen will. Daher ist dem RG. zuzustimmen, insofern es in dem Verhalten der Dolmetscherin einen Verstoß gegen § 179 FGG. sieht.

Nicht dagegen kann ich der Folgerung des RG. beitreten, daß dieser Verstoß die Richtigkeit der Beurkundung und des Vertrages herbeiführe. Und zwar im Hinblick auf § 179 Abs. 5 Wenn es dort heißt, daß „eine Beurkundung nicht aus dem Grunde un-

wirksam ist, weil die Zuziehung eines Dolmetschers unterblieben ist“, so kann das fehlerhafte Verhalten des zugezogenen Dolmetschers nicht die Unwirksamkeit herbeiführen. Auf den Wortlaut von § 179 Abs. 2, der die Norm als Maßvorschr. erscheinen läßt, kann hier kein Gewicht gelegt werden, weil schon der erste Satz von § 179 ebenfalls den Ausdruck „muß“ gebraucht, aber durch die Norm von Abs. 5 den Charakter als Maßvorschr. verloren hat. Es steht daher an der Berechtigung, den folgenden Vorschr. deselben Paragraphen im Gegensatz zu Satz 1 den Charakter von Maßvorschr. nur um des Wortlautes willen beizulegen. Aber dieses Argument soll nicht entscheiden, sondern der Grundsatz, der sich aus der Frage ableiten läßt: Kann die teilweise Verletzung einer vorgeschriebenen Form eine stärkere Wirkung auslösen als die völlige Nichtbeachtung der Form?

Beispiele aus anderen Rechtsgebieten mögen die Antwort erleichtern: Bei der Ehe wird die Verletzung wesentlicher Formvorschr. beim Abschluß vor dem Standesbeamten nicht anders behandelt als die Unterlassung der Zuziehung des Standesbeamten überhaupt, die durch § 1324 BGB. vorgehene Heilung bezieht sich auch auf den Fall z. B., daß der Standesbeamte geschäftsunfähig ist. Beim öffentlichen Testament ist man enig darüber, daß das Testament, wenn es den Vorschr. über das Privat testament Genüge leistet, wirksam bleibt, auch wenn es als öffentliches wegen Verletzung einzelner Formvorschr. nicht streng behandelt werden kann, als die Außerachtlassung der Form überhaupt.

Andere Beispiele geben der Mietvertrag, der zwar schriftlich, aber unter Verletzung der Formvorschr. von §§ 566, 126 BGB. geschlossen ist, etwa ohne Unterschrift oder mit nur einer Urkunde, die nur von der einen Partei unterschrieben ist; hier muß angenommen werden, daß ein solcher Mietvertrag nicht etwa nichtig ist, sondern die Wirkung von § 566 Satz 2 hat, wie wenn er mündlich geschlossen wäre. Ebenso muß für eine Bürgschaftserklärung, die

geschichte der Bestimmung (Druckf. des BundR. Sess. von 1897 Nr. 100 S. 59, Druckf. des R. 9. Leg. Ber. V. Sess. 1897/98 Nr. 21 S. 90, Ber. der VI. Komm. Druckf. Nr. 109 S. 70 ff.) bieten den geringsten Anhalt dafür, daß dabei an etwas anderes gedacht sein könnte, als an einen eigenen Vortrag des Dolmetschers oder des Richters oder Notars. Ebensovienig läßt sich mit dem BG. die Bestimmung des Abs. 5 des § 179, wonach die Wirksamkeit der Beurkundung von der Zuziehung eines Dolmetschers nicht abhängig ist, für eine „weite“ Auslegung der vorangehenden Vorschriften verwenden. Diese von der Reichstagskommission eingefügte Vorschrift beruht nach dem Kommissionsbericht (S. 69 f.) auf dem Gedanken, daß die oft freitragende Frage, ob die Zuziehung eines Dolmetschers geboten sei — wofür nach der damaligen Fassung die Erklärung eines Beteiligten noch nicht ausreichte — nicht zu Angriffen gegen die Wirksamkeit der Urkunde benutzt werden dürfe. Dagegen ist nirgends der Gedanke hervorgetreten, daß bei Zuziehung eines Dolmetschers die für diesen Fall gegebenen Vorschr. lässig gehandhabt werden dürften; dagegen spricht schon die gewählte „Muf“=Form (vgl. RGF. 21 A 12; Schlegelberger, § 179 FGG. Anm. 3). Nun ist es aber offenbar etwas anderes, ob der Dolmetscher selbst vorträgt oder ob er einen anderen vortragen läßt und diesen nur kontrolliert; dabei können ihm Übersetzungsfehler leicht entgehen, sei es durch Unaufmerksamkeit, sei es durch Mangel eigener Sprachbeherrschung, wie er hier nach der Aussage der Schwester L. vorgelegen hat. Dem BG. kann daher auch nicht zugegeben werden, daß ein solches Verfahren dem, was das Gesetz vorschreibt, gleichwertig sei. Da nach der getroffenen Feststellung die zwingende Vorschr. des § 179 Abs. 2 FGG. nicht beobachtet worden ist, so ergibt sich daraus die Nichtigkeit des Vertrages (§§ 125, 313 BGB.), und es bedarf keiner Untersuchung, ob noch ein anderer der geltend gemachten Klagegründe zutrifft.

(U. v. 10. Dez. 1931; 426/31 VI. — Breslau.) [5.]
 (= RG. 134, 274.)

b) Straffachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und
 Rechtsanwält Prof. Dr. Alsbach, Berlin.

**** 33.** § 266 StGB. Untreue des Vormundes. Wer bei Widerstreit eigener berechtigter Interessen mit fremden den eigenen den Vorzug gibt, handelt strafrechtlich im allgemeinen noch nicht rechtswidrig.†)

Das BG. erblickt die Untreue darin, daß der BeschwF. die Mündelgelder, die er teils auf Grund ausdrücklicher

Erörterungen Anlaß. Ein Vormund hat mit Genehmigung des Vorm. Ger. Mündelgeld in seinen Betrieb gesteckt. Später geht die Fabrik schlecht, so daß die Einlage des Mündels gefährdet wird. Die StrR. hat den Vormund wegen Untreue verurteilt.

I. Einer vorjuristischen Betrachtung entspricht es, davon auszugehen, daß der Vormund dadurch zum Nachteil des Mündels gehandelt hat, daß er es unterlassen hat, das Geld aus seinem Betrieb herauszuziehen, als dieser schlecht zu gehen begann. So hat die StrR. die Untreue begründet. Eine Unterlassung liegt insoweit vor, als eine Rückgabe des Geldes zu erwarten gewesen wäre. Ob dieses Verhalten tatbestandsmäßig i. S. des § 266 ist, hängt von der grundsätzlichen Auffassung über dieses Delikt ab, dessen Wesen im Hinblick auf die Bevollmächtigtenuntreue der Ziff. 2 unstritten ist. Nach der „Mißbrauchstheorie“ Bindings (Lehrb. I, 396) entspricht nur eine im Rahmen der Vertretungsmacht vorgenommene rechtsgeschäftliche Verfügung der tatbestandsmäßigen Handlung, während nach der „Treubruchstheorie“ (Freudenthal, BGB. 8, 116 f.) nicht anders als beim Betrug jede das Vermögen beeinträchtigende Handlung genügt. Das RG. steht der zweiten Auffassung nahe, indem es sich damit begnügt, daß die Handlung nicht außerhalb eines jeden Zusammenhangs mit der Bevollmächtigtenuntreue steht (RGSt. 32, 26). Von hier aus hat die Jfpr. den Begriff der Verfügung in § 266 Ziff. 2 mehr und mehr erweitert. Während ursprünglich die Erfüllungsbereitstellung durch den Beauftragten, die für die Treubruchstheorie ein typischer Fall der Bevollmächtigtenuntreue ist (Hellmuth Mayer, Die Untreue S. 287; JW. 1929, 2731³¹ Bem.) vom RG. als bloße „Nichterfüllung der actio mandati directa“ ausgedehnt wurde (RGSt. 11, 412; GoldArch. 50, 114),

zwar schriftlich, aber unter Verletzung der Formvorschrift von § 126 erteilt ist, die Nichtigkeit genau so heilbar sein (§ 766 Satz 2), wie wenn das Versprechen mündlich erklärt wäre. Ebenso wird man nicht bezweifeln, daß die Nichtigkeit eines Grundstückskaufvertrags, die auf Verletzung wesentlicher Formvorschr. des FGG. beruht, nach § 313 Satz 3 BGB. geheilt wird, nicht anders, wie wenn er privatschriftlich oder mündlich geschlossen wäre.

Aus all diesen Beispielen ergibt sich der Grundsatz, daß teilweise Fehler bei Beobachtung einer Form nicht weitergehende Wirkungen in Richtung der Unwirksamkeit haben können, als die vollständige Nichtbeobachtung der Form. Die fehlerhafte Voraussetzung eines Aktes kann höchstens so behandelt werden, wie die Nichtvornahme; Fehler bei der Beurkundung können höchstens dazu führen, daß die Beurkundung als nicht geschehen gilt. Fehler im Verhalten des Dolmetschers können im höchstfall dazu führen, daß die Beurkundung nicht zugezogen wäre.

Wendet man aber diesen Grundsatz auf den vorl. Fall an, so muß man annehmen, daß die Fehler bei der Tätigkeit des zugezogenen Dolmetschers nicht die Nichtigkeit des Geschäfts herbeiführen können, da die Unterlassung der Zuziehung eines Dolmetschers überhaupt die Nichtigkeit nicht herbeiführen kann.

Prof. Dr. Lent, Erlangen.

Zu 33. Die vorl. Entsch. gibt zu einer Reihe theoretischer Er-

klärter Genehmigung, teils in der Annahme stillschweigender Duldung des Vormundschaftsrichters „in seiner Stiefabrik angelegt“, d. h. für sich verbraucht hatte, nicht aus Anlaß der Ende 1927 eingetretenen Gefährdung seiner Vermögenslage und damit auch des wirtschaftlichen Wertes der Forderung des Mündels gegen ihn anderweit angelegt habe. So aber läßt sich die Verletzung des § 266 Abs. 1 Ziff. 1 StGB. nicht begründen.

Das Wesen der Untreue besteht in der mißbräuchlichen Ausnützung der Vertretungsmacht zum Nachteil des Vertretenen. Darin decken sich die Ziff. 1 und 2 des § 266 Abs. 1 StGB. Keine Rolle spielt insoweit freilich, ob dieser Mißbrauch der Vertreterstellung durch ein schädigendes Handeln oder Unterlassen sich verwirklicht. Rechtlich belanglos ist auch, ob die Schädigung des Vertretenen das alleinige Ziel des Täters war oder sich nur bewußt und gewollt als Erfolg bei der Erstrebung eines anderen Endzweckes mit ergab. Immer aber muß die Benachteiligung des Vertretenen in der Vertretungsmacht wurzeln, sich also als Ausfluß der Herrschaft darstellen, die dem Täter durch die Vertretungsmacht rechtlich oder tatsächlich ermöglicht wird. Daran fehlt es, wenn der Täter, wie im vorliegenden Falle, als Schuldner seines Mündels es lediglich unterläßt, seine Schuld an dieses abzutragen oder sicherzustellen. Gleichviel, ob schuldrechtlich in dem fraglichen Zeitpunkt eine Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Begleichung oder Sicherstellung der Schuld bestand, so handelt es sich jedenfalls dabei um ein Unterlassen des BeschwF. in seiner Eigenschaft als Schuldner, nicht als Pfleger. Als solcher hatte er keine Verpflichtung zur Tilgung oder Sicherstellung der Schuld. Die Stellung als Pfleger gebot ihm allerdings, dafür Sorge zu tragen, daß Forderungen des Mündels gegenüber dessen Schuldner verfolgt wurden. Es ergibt sich daher die Frage, ob der BeschwF. sich eines Mißbrauchs seiner Vertretungsmacht dadurch schuldig gemacht hat, daß er in seiner Eigenschaft als Pfleger es unterließ, gegen sich selbst in seiner Eigenschaft als Schuldner vorzugehen.

Da die Erhebung einer Klage gegen sich selbst nicht in Frage kommen konnte, hätte ihm nur der Weg offen gestanden, beim Vormundschaftsrichter die Bestellung eines Pflegers zur Verfolgung der Interessen des Mündels gegen sich zu beantragen. Die Nichtbenutzung dieser Möglichkeit wäre indessen als Mißbrauch der Vertretungsmacht nur anzusehen, wenn letztere ihm ein solches Vorgehen gegen sich selbst rechtlich (nicht bloß vom sittlichen Standpunkt aus) zur Pflicht gemacht hätte. Das aber ist zu verneinen. Wer als Bevollmächtigter oder Vormund die Vertretung der Vermögensinteressen eines anderen übernimmt, läßt damit noch nicht die Rechtspflicht auf sich, diesen Interessen seine eigenen aufzopfern. Wer bei Widerstreit eigener berechtigter Inter-

essen mit fremden den eigenen den Vorzug gibt, handelt nach dem Geiste der bestehenden Rechtsordnung strafrechtlich im allgemeinen noch nicht unerlaubt oder pflichtwidrig, also nicht rechtswidrig (Rechtfertigungsgrund), wobei auf sich beruhen könnte, ob dies schon ohnehin den Tatbestand der Untreue begrifflich ausschließt, da diese sich ihrem Wesen nach als Mißbrauch rechtswidriger Gebrauch der Vertretungsmacht darstelle. Dieser Grundsatz ergibt sich z. B. aus den gesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Verletzung fremder Rechtsgüter zum Schutze eigener Rechtsgüter oder eigener berechtigter Interessen (§§ 53, 193 StGB.). In der Rspr. hat der Grundsatz u. a. Anerkennung gefunden in der Verneinung der Pflicht zur Selbstbeziehung und der Annahme von Straflosigkeit der reinen Selbstbegünstigung (vgl. RGSt. 60, 346, 348; 63, 233, 235; 373, 375). Unter diesen Umständen können auch an sich strafbare Mittel als berechtigt und darum straflos erscheinen, vorausgesetzt, daß sie sich auf den obigen Zweck beschränken, während die Strafbarkeit wieder eintritt, sobald die Grenze des zur Erreichung dieses Zweckes Erforderlichen überschritten wird (vgl. z. B. § 157 StGB.; Selbstbegünstigung mittels eines nicht lediglich nach § 257 StGB. strafbaren Mittels). In welchem Umfange die durch den Widerstreit der Interessen herbeigeführte Zwangslage als Rechtfertigungsgrund Berücksichtigung finden kann,

läßt es heute jede tatsächliche Einwirkung auf ein Vermögensstück des Auftraggebers genügen (RGSt. 61, 78 = JW. 1927, 2430²⁰; 62, 58; LpzKomm., Note 20 zu § 266). Auch wer diese Entwicklung mit dem geltenden Recht für unvereinbar hält (meine Bem. zu JW. 1927, 2430²⁰), muß es als Inkonzsequenz empfinden, wenn die vorl. Entsch. bei der Untreue des Vormundes an dem formalen Standpunkt der Mißbrauchstheorie festhält, zumal die tatbestandsmäßige Handlung in Ziff. 1 weniger eng gefaßt ist als in Ziff. 2. Ganz im Sinne Bindings wird geprüft, ob „der Täter auch gerade in der Stellung handelt, welche ihn zur strafbaren Untreue befähigt“ (Verh. I, 400 f.), und im Einklang mit der älteren Judikatur (Rspr. 7, 692) bei bloßer Erfüllungsverletzung der Tatbestand des § 266 Ziff. 1 verneint: indem er das Geld nicht zurückzahlte, handelte der Angekl. nicht als Vormund, sondern lediglich als Schuldner!

Worin aber besteht eine typische Vormundhandlung? Zur Aufgabe des Vormundes gehört die Rechtsverfolgung für das Mündel, insbes. gegenüber Schuldnern, deren Zahlungsfähigkeit in Frage gestellt ist. Also hätte der Vormund, da er nicht gegen sich selbst prozessieren kann, beim VormGer. die Bestellung eines Pflegers zur Rechtsverfolgung gegen sich selbst beantragen sollen? In der Tat erwartet das RG. dies von ihm und sieht daher lediglich in dieser Unterlassung das tatbestandsmäßige „Handeln zum Nachteil“ des Mündels. Das bedeutet eine auffällige Inkonzsequenz gegenüber der sonstigen heutigen reichsgerichtlichen Rspr. zu § 266, einen erstaunlichen Doktrinarismus, zu dem die an sich richtige, vom RG. sonst verworfene Mißbrauchstheorie gar nicht zu führen braucht: denn wenn der Vormund gegen fremde Schuldner vorgehen muß, muß er auch und gerade als Vormund selbst leisten!

II. Folgt man dem RG. in der Annahme, daß darin, daß der Vormund es unterlassen hat, eine wirksame Rechtsverfolgung gegen sich selbst als Schuldner des Mündels einzuleiten, die tatbestandsmäßige Handlung des § 266 Ziff. 1 erfüllt ist, so bleibt zu prüfen, ob dies Unterlassen rechtswidrig ist. Da die unechten Unterlassungsdelikte der indizierenden Wirkung positiver Tatbestandsverwirklichung entbehren, bedarf ihre Rechtswidrigkeit einer ausdrücklichen Begründung durch Nachweis einer besonderen Rechtspflicht zur Vornahme der erwarteten Handlung (M. E. Mayer, Allg. Teil S. 189 f.). Es genügt nicht, daß die unterlassene Handlung nach dem allgemeinen Aufgabenkreis des Vormundes zu erwarten war, sondern es muß sich für ihn in dieser besonderen Situation eine konkrete rechtliche Pflicht erweisen lassen. Die Grenzen dieser Pflicht sind Grenzen der Rechtswidrigkeit, mögen sie auch auf den gleichen materiellen Gesichtspunkten beruhen wie in anderen Fällen die Begrenzung der Schuld. Das normative Element des Pflichtbegriffes hat in formaler Hinsicht eine verschiedene systematische Bedeutung: hier schon bei der Rechtswidrigkeit, dort erst bei der Schuld. Mit Recht läßt daher das RG. von der Frage der Zumutbarkeit im vorl. Fall die Rechtswidrigkeit abhängig sein. So erklärt es sich, daß das Zumutbarkeitsproblem bei unechten Unterlassungsdelikten eine so entscheidende Rolle gespielt hat, ohne daß diese immer in ihrer systematischen Bedeutung erkannt worden ist. Die berühmte Entsch. RGSt. 36, 78 über die Frage, ob dem Vater zuzumuten ist, sein Kind ins Krankenhaus zu bringen, spricht von einer „Entscheidung in der Schuldfrage“. Dagegen zeigte schon v. Iberti, daß in best. Fällen Unmöglichkeit oder Unvermögen des Schuldners „für ein tatbestandsmäßiges Unterlassen besagen, daß dieses nicht rechtswidrig ist“ (Verbotsverletzende Unterlassungen, 1917, S. 56). Neuerdings betont Mezger, daß bei der

muß davon abhängen, inwieweit von dem Betroffenen bei pflichtmäßiger Abwägung der beiderseitigen Interessen verlangt werden kann, die eigenen zugunsten anderer zu opfern, und die Frage, wie weit diese Zumutbarkeit reicht, muß nach der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden beurteilt werden. Diese vom RG. z. B. für den Begriff des berechtigten Interesses i. S. des § 193 StGB. und des übergesetzlichen Notstandes ausgesprochenen (vgl. z. B. RGSt. 26, 76; 29, 147, 150; 61, 242), auch bei der Regelung des Notstandes im § 25 des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs anerkannten Grundsätze (vgl. S. 23 der amtlichen Begründung) müssen auch für die Lösung des hier vorliegenden Interessenwiderstreits maßgeblich sein.

Danach aber kann ein rechtswidriger Gebrauch und also ein Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht schon darin erblickt werden, daß der Vertreter nicht den behördlichen Schutz des Vertretenen gegen sich selbst in Anspruch nimmt. Nach feststehender Rspr. des RG. kann keine Rede davon sein, daß die Unterlassung einer Selbstanzeige gegen sich oder eines Geständnisses begangener Untreue gegenüber dem Vertretenen eine strafbare Untreue enthält. Noch viel weniger verständlich würde es sein, in der bloßen Unterlassung eines Hinweises an die Behörde oder den Vertretenen seitens des Vertreters auf die eigene mißliche Vermögenslage und die dar-

Unterlassung mit dem Erfordernis konkreter Pflichtbegründung auf die billige Berücksichtigung der Gegeninteressen des zum Erfolg Genötigten hingewiesen ist (Strafrecht S. 148); diese Pflicht zum Tätigwerden aber gehöre „systematisch in die Lehre von der Rechtswidrigkeit“ (ebendort S. 138 Anm. 29). Mit aller wünschenswerten Klarheit hat Wachinger die Versuche, die Judikatur des RG. für ein allgemeines positives Schuldnerfordernis der Zumutbarkeit in Anspruch zu nehmen, durch die Feststellung zurückgewiesen, daß Zumutbarkeitsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten nur dem Nachweis einer besonderen Rechtspflicht zur Verhinderung dienen: mit der Verneinung der Zumutbarkeit „war in Wirklichkeit schon die Rechtswidrigkeit ... verneint; es bedurfte keines Entschuldigungsgrundes, um zur Freisprechung zu gelangen“ (Frank-Festschr. I, 496). Nicht anders als in den mit diesen Worten berührten Fällen RG. 58, 97 u. 227 entfällt in der vorl. Entsch. bei Annahme der Unzumutbarkeit die Rechtswidrigkeit.

Wer war dem Vormund nicht zuzumuten, die geeigneten Schritte zu einer Wahrnehmung der Gläubigerrechte seines Mündels gegen ihn zu ergreifen? Es handelt sich hier nicht um die Kollision der Pflicht mit einer selbständigen Berechtigung, sondern um einen Grenzfall, in welchem die Pflicht ihre rechtliche Verbindlichkeit verliert. Freilich nicht aus einer allgemeinen exceptio ruinæ, deren generelle Anerkennung das Strafrecht in Zeiten allgemeiner Volksnot jeder hemmenden und schützenden Wirkung berauben würde, sondern in Anwendung des Gedankens, daß eine Rechtsverfolgung gegen sich in die Wege zu leiten, niemand von Rechts wegen verpflichtet ist. Insofern ist dem RG. zuzustimmen. Damit erweist sich der Formalismus in der Frage des Tatbestandes für das Schicksal des Angekl. entscheidend: gegenüber dem von der Strk. angenommenen Unterlassen der Rückzahlung des geschuldeten Geldes vermag der Zumutbarkeitsgedanke, welcher der unterlassenen Rechtsverfolgung die Rechtswidrigkeit nimmt.

III. Wenn hier das RG. entgegen seiner sonstigen Rspr. durch eine formale Erfassung der Untreuehandlung zu einer Ablehnung der rechtswidrigen Unterlassung gelangt, liegt es nahe, in positivem Tun, nämlich schon in der Aufnahme des Mündelgeldes die Erfüllung des Tatbestandes des § 266 Ziff. 1 zu sehen. Dabei bezeichnet die Entsch. als Benachteiligung des Mündels die Tatsache, daß es durch die Transaktion des Vormundes im Hinblick auf § 181 BGB. gar keine wirksame Darlehensforderung erlangen konnte. Eine formale, rein juristische Bestimmung des Vermögensnachteils, die in auffallendem Gegensatz zu der wirtschaftlichen Bewertung des Vermögensschadens beim Eingehungsbetrug steht (RG.: JW. 1931, 1199¹⁶)! Nicht der rechtliche Bestand, sondern der wirtschaftliche Wert entscheidet über Gewinn oder Verlust, und dafür ist weniger die rechtliche Stellung des Geldgebers als die Prosperität der Fabrik des Geldnehmers maßgebend. Gleichwohl läßt sich auch mit wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine Benachteiligung des Mündels nachweisen. Sie liegt darin, daß erfahrungsgemäß die Übernahme von Geld in den Betrieb des Vormundes eine Interessenkollision hervorruft und eben dadurch den Gesamtvermögensstand des Mündels wirtschaftlich gefährdet. Darum ist die Hereinnahme von Mündelgeld auch bei vorübergehender gewinnbringender Verzinsung auf die Dauer ein Handeln zum Nachteil des Mündels.

IV. Hat somit der Angekl. durch positives Tun den Tatbestand des § 266 Ziff. 1 erfüllt, ohne daß ein Unrechtsausschließungsgrund vorliegt, so fragt es sich, ob er schuldhaft gehandelt hat.

aus zu folgernde Zweckmäßigkeit klageweisen Vorgehens gegen ihn eine strafbare Verletzung der Treupflicht zu finden. So wenig wie diese Treupflicht mit Strafzwang zur Selbstanklage verpflichtet, so wenig zur Herbeiführung des eigenen wirtschaftlichen Ruins.

Könnte danach das Ur. des VG. zu diesem Punkte nicht aufrechterhalten werden, so kam andererseits auch eine Freisprechung des Beschw. von hier aus nicht in Frage.

Der äußere Tatbestand des § 266 Abs. 1 Ziff. 1 StGB. ist gegeben. Der Pfleger hat kein Recht, Gelder des Mündels für sich zu verbrauchen. Der Beschw. konnte auch als Pfleger mit sich selbst keinen Darlehns- oder sonstigen Vertrag rechtswirksam zustande bringen (§§ 1915, 1795, 181 BGB.). Daran konnte auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nichts ändern; sie blieb ohne jede rechtl. Wirkung. Das Mündel erwarb daher keinen Gegenwert für die vom Beschw. ihm entzogenen Vermögensstücke, es kamen vielmehr nur Ansprüche gegen diesen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung in Frage, d. h. auf Rückgängigmachung oder Ersatz des bereits eingetretenen Vermögensschadens.

Die Genehmigung des Vormundschaftsrichters könnte höchstens als Beweiszeichen für den inneren Tatbestand von Bedeutung sein, sofern der Beschw. sich zu seinem Vorgehen rechtlich für befugt, es damals auch vielleicht nicht für nachteilig gehalten haben sollte. Nach dieser Richtung hin enthalten die Urteilsgründe jedoch keine Feststellung; insbes. ist nicht dargetan, inwiefern Irrtum über Tatumstände (§ 59 StGB.) vorliegt oder nur unbeachtlicher Strafrechtsirrtum.

(3. Sen. v. 2. Juli 1931; 3 D 413/31.)

34. § 3 JGG. Solche den Willen des Jugendlichen beeinflussende Umstände, wie sie ebenso auf einen strafrechtlich voll verantwortlichen Menschen einwirken können und dessen Tun beeinflussen, kommen rechtlich nur in Betracht, wenn sie ihren Grund in einer noch unvollkommenen geistigen und sittlichen Entwicklung des Jugendlichen haben.

Die Begründung, mit der die Strk. die Strafbarkeit des Angekl. auf Grund des § 3 JGG. verneint hat (für den vom Angekl. selbst begangenen Meineid und vielleicht auch für die Anstiftung des Bl.), hält der Nachprüfung nicht stand. Das Urteil führt aus, der Angekl. sei „bei der Begehung der Tat schon 17½ Jahre alt gewesen, er sei auch ein mindestens durchschnittlich begabter Mensch“. Daß er, der Eidleistung auf die Bedeutung des Eides hingewiesen, das Ungefähliche eines geleisteten Meineids erkannt habe, erachtete die Strk. für zweifellos. Sie glaubte aber die Frage verneinen zu müssen, ob der Angekl. seinen Willen seiner Einsicht gemäß habe frei bestimmen können. Als Grund dafür hebt das Urteil hervor, der Angekl. habe, als er auf Eid seinen Geschlechtsverkehr mit Hilde N., soweit dieser in die einrechnungsfähige Zeit fiel, verschwiegen, sehr stark unter dem Einfluß der erheblich älteren N. gestanden, die von ihm die Begehung des Meineids verlangt habe, ferner, der Angekl. habe irrig gemeint, er würde, wenn er

Für diese Frage wird die Genehmigung des VormGer. bedeutsam. Freilich der Hinweis auf die reichsgerichtliche Irrtumslehre führt hier wie anderwärts zu keiner Lösung. Der Vormund hat weder über die Tat umstände geirrt, noch sich in einem „unbeachtlichen Strafrechtsirrtum“ befunden. Er wußte genau, was er tat, er hat den Tatbestand des § 266 vorsätzlich erfüllt — aber er glaubte, er dürfe das tun, weil das VormGer. es genehmigt hatte. Er handelte vorsätzlich, aber er befand sich in einem Irrtum über die Verbotsnorm, „der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen“ ließ. Und dieser Irrtum war entschuldbar, weil er durch eine Behörde hervorgerufen war, welche er für zuständig halten durfte. Der typische Fall des § 20 Abs. 2 Satz 1 AG. Aber auch im geltenden Recht gelangt man trotz Bejahung des Vorsatzes mit Hilfe des normativen Schuldausschließungsgrundes der Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums zur Verneinung der Schuld. In diesem Sinne BayObLG.: HöchstwSpr. 1, 200, im Gegensatz zu OLG. Marienwerder: HöchstwSpr. 3, 13. Der vorl. Fall ist ein besonders eindringliches Beispiel für die Unhaltbarkeit der reichsgerichtlichen Irrtumslehre.

Prof. Dr. Max Grünhut, Bonn.

diesen Verkehr zugestehende, auf Unterhaltsleistung für das Kind in Anspruch genommen. Das habe ihn so stark beeinflusst, daß seine klare Erkenntnis, eine ungesetzliche Tat zu begehen, gegen diese Einflüsse und Meinungen nicht durchgebrochen sei; mit anderen Worten, er sei nicht in der Lage gewesen, seinen Willen frei zu bestimmen, sondern den Einflüssen und der irrigen Auffassung völlig unterlegen, die sich stärker erwiesen hätten als seine klare verstandesmäßige Erkenntnis.

Bei diesen Ausführungen übersieht die Strk., daß nach dem Inhalt des genannten § 3 von dem Maße der geistigen und sittlichen Reife des Täters auszugehen ist. Die Strafbarkeit tritt hiernach dann nicht ein, wenn der Täter nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung unfähig war (was hier in Frage steht), seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. Das angefochtene Urteil läßt aber jede Angabe darüber vermissen, inwiefern bei dem Angekl. die geistige oder sittliche Entwicklung so weit zurück gewesen sei, daß die Frage der Willensbestimmbarkeit zu verneinen war. Was das Urteil in einzelnen ausführt, sind nur Umstände, die den Willen des Angekl. beeinflusst haben, wie sie aber ebenso auf einen strafrechtlich bereits voll verantwortlichen Menschen hätten einwirken können und oft genug dessen Tun beeinflussen. Für § 3 JGG. käme die Bedeutung solcher Einwirkungen rechtlich nur in Betracht, wenn sie ihren Grund in einer damals noch unvollkommenen geistigen und sittlichen Entwicklung des Angekl. gehabt hätten.

(1. Sen. v. 6. März 1931; 1 D 120/31.)

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

I. Familienrecht.

1. § 1313 BGB. Der Senat hält an dem in seiner ständigen Rechtsprechung entwickelten Grundsatz fest, daß gegen eine die Befreiung von der Vorschrift des § 1313 BGB. ablehnende Entscheidung die Beschwerde an das übergeordnete Landgericht zulässig ist (vgl. RG.: OLG. 12, 201 = JW. 1916, 768).

Durch seine im JMBI. 1921, 294 veröffentlichte Entsch. hat der Senat sich mit dieser Rspr. nicht in Widerspruch gesetzt. Abgesehen davon, daß jene Entsch. nur eine Kostenfrage behandelt, beschäftigt sie sich auch nicht mit einer Befreiung von der Vorschrift des § 1313 BGB., sondern mit einer solchen von der Vorschrift des § 1744 BGB. Durch die PrAusfVd. z. BGB. v. 16. Nov. 1899 (GS. 562) ist aber das Verfahren für die Erteilung der Befreiung von den Vorschr. der §§ 1313 u. 1744 BGB. verschiedenartig geregelt worden. Art. 11 a. a. D. überweist die Gewährung der Befreiung von der Wartefrist den AG., während Art. 14 a. a. D. die Erteilung der Befreiung von dem für die Annahme an Kindes Statt erforderlichen Alter dem JustMin. überträgt. Durch diese verfahrensrechtliche Regelung hat der Gesetzgeber von der Befreiung der Vorschr. des § 1744 BGB. den Charakter eines formellen Justizverwaltungsaktes verliehen. Daran hat die auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassene AllgVfg. des JustMin. v. 24. Aug. 1915 (JMBI. 1915, 193) nichts geändert, da in ihr nur der JustMin. die Erteilung der Befreiung den AG. delegiert und sich die Entsch. in geeigneten Fällen vorbehalten hat.

Wenn hingegen der Gesetzgeber die Erteilung der Befreiung von § 1313 BGB. von vornherein den AG. zur selbständigen Entsch. übertragen hat, ohne nähere Best. über das Verfahren zu treffen, so hat er damit zum Ausdruck gebracht, daß auch die gerichtl. Verfahrensvorschr. zur Anwendung gelangen sollen. OLG. Breslau v. 24. Jan. 1916: LZ. 1916, 703 trifft die hier streitige Frage nicht. Dort handelt es sich nicht um die Befreiung von der Vorschr. des § 1313 BGB., sondern um eine solche von der Vorschr. des § 1312 BGB., die, wie die von der Vorschr. des § 1744 BGB., durch die AusfVd. v. 16. Nov. 1899 ebenfalls dem JustMin. übertragen und von diesem durch die AllgVfg. v. 24. Aug. 1915 in beschränktem Rahmen den AG. delegiert worden ist.

Anzweifelhaft kann die Befreiung von der Vorschr. des § 1313 BGB. nicht auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchgeführt werden. Folglich können mangels besonderer Vorschriften nur die Regeln über die freiwillige Gerichtsbarkeit Anwendung finden.

Da hier die Übertragung der Angelegenheit durch die Landesgesetzgebung geregelt ist, finden gem. Art. 3 PrJGG. die Vorschriften dieses Gesetzes Anwendung. Nach Art. 4 PrJGG. können gerichtliche Verfügungen erster Instanz im Wege der Beschwerde an das übergeordnete Gericht angefochten werden, falls nicht ausdrücklich die

Beschwerdemöglichkeit ausgeschlossen ist. Da eine gesetzliche Bestimmung, die hier die Beschwerde ausschließt, nicht ersichtlich ist, hätte das O. eine sachliche Prüfung der Beschwerde vornehmen müssen.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 26. Juni 1931, 1a X 773/31.)

Mitgeteilt von H. Dr. Frhr. v. Wackerbarth, Neuruppin.

2. § 1635 BGB. Kann der an der Scheidung nicht schuldige Vater nicht dartun, daß er die gemeinsamen Kinder an einer für ihre Erziehung ersprießlichen Stelle unterbringen kann, so erscheint sein Verlangen, die Kinder der für allein schuldig erklärten Mutter wegzunehmen, als ein Mißbrauch seines Sorgerechts. †)

Die beiden jüngeren Kinder sind bei der Mutter durchaus gut aufgehoben. Sie befinden sich seit längerer Zeit bei ihr und hängen an ihr. Wenn der Beschw. die Kinder trotzdem jetzt aus der ihnen lieb gewordenen Umgebung herausnehmen will, so liegt darin ein Mißbrauch seines Sorgerechts, das die weitere geistige Entwicklung der Kinder ungünstig zu beeinflussen, mithin zu gefährden geeignet ist. Denn abgesehen davon, daß zur Zeit noch gar nicht zu ersehen ist, wo und wie der Vater die Kinder bei sich unterbringen würde, ob in der jetzt von der Mutter bewohnten Wohnung, in deren Besitz er sich erst setzen müßte, oder in seinem Besitz am Bodensee, würde er gar nicht in der Lage sein, die noch kleinen Kinder in einer der mütterlichen Erziehung gleichartigen Weise zu erziehen, müßte die Erziehung vielmehr im wesentlichen einer Hausdame oder dgl. überlassen, da er einmal schon in verhältnismäßig hohen Jahren steht, sodann aber auch ein körperlich nicht gesunder Mann ist. Wenn unter diesen Umständen das O. es als im Interesse der Kinder geboten erachtet hat, das Aufenthaltbestimmungsrecht des Beschw. auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. dahin zu beschränken, daß sie bei der Mutter verbleiben, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden.

Den Sohn S. will der Vater nicht zu sich nehmen, sondern an dritter Stelle unterbringen. Regelmäßig ist aber hierin ein das Kind gefährdender Sorgerechtsmißbrauch zu sehen, sofern das Kind bisher bei der Mutter gut aufgehoben war, da davon auszugehen ist, daß die persönliche Erziehung mindestens durch einen Elternteil unter gewöhnlichen Umständen jeder Erziehung durch Dritte vorzuziehen ist (vgl. JZS. 4, 21). Es ist auch nicht anzuerkennen, daß die Absicht, das Kind in einer staatlichen Erziehungsanstalt unterzubringen ohne weiteres einen solchen Sorgerechtsmißbrauch ausschließt.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 26. Febr. 1932, 1a X 1594/31.)

H. Dr. Ernst Herrnsdorf, Berlin.

*

3. §§ 1658, 1822 Nr. 10 BGB. Dem Vater steht auf Grund der ihm an dem Kindesvermögen gebührenden Nutznießung nicht das Zinsrecht der für die Kinder eingetragenen verzinslichen Hypotheken, sondern nur das Recht auf Ausübung des Zinsrechtes zu. Tritt er als gesetzlicher Vertreter der Kinder das Zinsrecht zur Sicherung eines ihm gewährten Kredites ab, so ist hierzu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. †)

Der Vater der minderjährigen Beschw. trat kraft elterlicher Gewalt das Zinsrecht an den für die Kinder eingetragenen verzins-

Zu 2. Die Gründe, die das O. veranlaßt haben in dem Verlangen des Vaters auf Fortnahme der Kinder aus der mütterlichen Obhut, einen Mißbrauch des Sorgerechts zu erblicken, sind nach jeder Richtung beifallswert. Angesichts der prekären Stellung, in der sich die Kinder nach der Ehescheidung ihrer Eltern befinden, ist für sie, wenn sie bei einem der Gatten, und sei es auch der allein für schuldig erklärte, gut untergebracht sind, der Grundsatz: „quieta non move“ durchaus angebracht. Freilich würden nicht allgemeine Erfahrungstatsachen als „besondere Gründe“ i. S. des § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. anzusprechen sein (Staudinger [9] 4, 2, 1022). Hier war aber eine ungewöhnliche Sachlage gegeben, sowohl bei den beiden jüngeren Kindern als auch bei dem Sohn, insofern die Verbringung der Kinder zu dem für Befügung elterlicher Sorge wenig geeigneten Vater, die des Sohnes an eine familiär uninteressierte Stelle das Wohl dieser Minderjährigen, die bis dahin der liebe- und verständnisvollen Erziehung durch die Mutter unterworfen waren, aufs erste gefährdete. Dem Vater, der unter solchen Umständen von seiner auf § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. gestützten Befugnis Gebrauch machen wollte, fiel ein Mißbrauch des Sorgerechts gem. § 1666 Abs. 1 Satz 1 BGB. zur Last, der eine anderweite Regelung, im vorliegenden Fall die Anordnung, daß das Sorgerecht der Mutter zustehen sollte, gebot.

Prof. Dr. Otto Dpet, Kiel.

Zu 3. Es mag zunächst als eine scholastische Haarspalterei erscheinen, wenn das O. beim Vorliegen einer verzinslichen, dem väterlichen Nießbrauch unterliegenden Hypothek des Kindes diesem das

lichen Hypotheken für die Dauer des Bestehens der Hypotheken ab. Das O. wies den Antrag zurück, da das väterliche Nutznießungsrecht an Vermögen der Kinder nach § 1658 BGB. nicht übertragbar sei. Das die Beschwerde zurückweisende O. führt aus:

Während des Bestehens der väterlichen Nutznießung hätten die als Gläubiger eingetragenen Beschw. kein eigenes Zinsrecht an den für sie eingetragenen Hypotheken. Deshalb verfüge ihr Vater nicht über ein Zinsrecht der Beschw. an den Hypotheken, sondern über das ihm selbst zustehende Nutznießungsrecht. Da dieses Recht als solches übertragen und nicht nur seine Ausübung überlassen werden solle, liege eine nach § 1658 BGB. unzulässige Verfügung über das väterliche Nutznießungsrecht vor.

Diese Ausführungen beruhen auf Rechtsirrtum.

Das O. verkennt, daß das „Zinsrecht“ nicht dem Vater, sondern den drei Beschw. zusteht und daß der Vater während der Dauer seiner Nutznießung nur zur Ausübung des Zinsrechtes im eigenen Namen berechtigt ist.

Nach § 1649 BGB. steht dem Vater kraft der elterlichen Gewalt an dem Vermögen des Kindes die Nutznießung zu. Nach § 1652 BGB. erwirbt er die Nutzungen dieses Vermögens in derselben Weise wie ein Nießbraucher. Zu den Nutzungen gehören nach den §§ 100, 99 Abs. 2 BGB. die Erträge des Rechts, die es nach seiner Bestimmung gewährt, also bei einer verzinslichen Forderung die Zinsen (j. RGZ. 40, 141/42; 52, 182).

Wie der Senat in der grundlegenden Entsch. über die verzinsliche Frauenhypothek (RGZ. 52, 183/84) dargelegt hat, ist der Ehemann auf Grund seiner Nutznießung nur berechtigt, die Zinsforderung seiner Ehefrau im eigenen Namen geltend zu machen, dagegen steht das Zinsrecht selbst der Ehefrau zu.

Bei einer verzinslichen, der väterlichen Nutznießung unterworfenen Kinderhypothek ist die Rechtslage die gleiche. Auch hier darf der Vater als Nießbraucher das Zinsrecht nur im eigenen Namen ausüben, das Recht selbst verbleibt den Kindern. Um den Vater als Nießbraucher nach dem Inhalt seines Rechts in die Lage zu versetzen, von dem Schuldner die Zahlung der Zinsen zu fordern, genügt es, wenn er den Anspruch auf Zinszahlung im eigenen Namen geltend machen kann. Dagegen würde er durch den Übergang des Rechts auf Zahlung der Zinsen selbst eine Rechtsstellung erlangen, die über den Zweck des Nießbrauchs hinausgeht. Es reicht deshalb für die Zwecke des väterlichen Nutznießungsrechts aus, daß der Vater mit der Entstehung des Nießbrauchs kraft Gesetzes zur Ausübung des Zinsrechtes berechtigt ist. Wollte man entgegen diesen Grundsätzen ein eigenes Zinsrecht der Kinder verneinen, so würde für sie eine verzinsliche Hypothek gar nicht eingetragener werden können, wie es durch RGZ. 52, 186 aufgegebene Entsch. RGZ. 45, 257/59 angenommen hatte. Der Senat hält aber an den in der Entsch. RGZ. 52, 183/84 entwickelten Grundsätzen auch gegenüber der gegenteiligen, von Helberich: JheringsZ. 78 (1927), 270/71 vertretenen und auf die Gegenstände nicht näher eingehenden Ansicht fest.

Danach ergibt sich, daß das Zinsrecht an den hier in Frage stehenden Hypotheken den drei Beschw., nicht aber ihrem Vater zusteht; dieser ist während der Dauer seiner Nutznießung nur zur Ausübung des Zinsrechtes im eigenen Namen berechtigt. Die entgegenstehende und nicht näher begründete Auffassung des O., daß die Beschw. kein eigenes Zinsrecht hätten, ist daher nicht richtig.

Steht danach das Zinsrecht an den Hypotheken als solches den Beschw. zu, so konnte ihr Vater dieses Recht als gesetzlicher Ver-

Zinsrecht, dem Vater dagegen nur die Ausübung des Zinsrechtes im eigenen Namen zuschreibt, und damit einen Unterschied zwischen dem Übergang des Zinsrechtes und dem Übergang der Ausübung des Zinsrechtes annimmt. Demgegenüber leuchtet es wohl auf den ersten Blick ein, wenn Helberich: JheringsZ. 78, 270 f. aus dem Zweck des Zinsrechtes die Folgerung herleitet, daß der Nießbraucher, der dieses Recht in gewissem Umfang ausüben soll, in diesem Umfang allein über die Zinsforderung voll verfügen können, daß dann aber das dem Kind verbleibende Zinsrecht keinen Inhalt mehr habe, der an gesetzliche Übergang der Ausübung des Zinsrechtes auf den Nießbraucher also mit einem Übergang der Zinsforderung auf den Nießbraucher identisch sei. Allein dieser erste Blick täuscht. Das dem Kind verbleibende Zinsrecht hat seine volle Bedeutung; es bildet nicht allein, was freilich nur von nebensächlicher Bedeutung sein dürfte, rein begrifflich einen Bestandteil des Kindesvermögens; sein Vorhandensein ermöglicht überhaupt erst, worauf das O. mit Recht hinweist, seine hypothekarische Eintragung, die ja unzulässig wäre, wenn dem Kind nicht die nach § 1113 Abs. 1 BGB. unerlässliche Forderung auf das Zinsrecht zustände. Übergang der Ausübung des Zinsrechtes und Übergang des Zinsrechtes sind also vollständig auseinanderzuhalten. Warum sich aus § 1073 BGB., wie Helberich ausführt, der Beweis des Gegenteils ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Auch wenn der hier ausgesprochene Grundsatz, daß dem Nießbraucher eines zeitlich begrenzten nutzbaren Rechts die einzelnen auf Grund dieses Rechts zu fordernden Leistungen gebühren, für den väterlichen Nießbrauch an einer verzinslichen Forderung des Kindes maßgebend wäre, würde das an dem Verbleib des Zinsrechtes bei dem Kind nichts ändern. Mag auch, um

treter der minderjährigen Beschw. abtreten. Dafür, daß der Vater sein eigenes Recht zur Ausübung des Zinsrechts habe abtreten wollen, ergibt die Abtretungserklärung nichts. Deshalb kann es dahingestellt bleiben, ob § 1658 BGB. der Abtretung der aus dem väterlichen Nutznießungsrecht fließenden Rechte an einzelnen Bestandteilen des Kindesvermögens entgegensteht oder nicht.

Der Beschluß des OLG. unterliegt daher der Aufhebung, so daß der Senat in der Lage ist, seinerseits über die erste Beschwerde zu entscheiden:

Soweit der Vater im Wege einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung als gesetzlicher Vertreter der Beschw. das Zinsrecht abtritt, bedarf es nicht gem. § 1662 Satz 2 BGB. eines Verzichts auf die väterliche Nutznießung. Denn jedes einzelne Vermögensstück des Kindes unterliegt nur so weit und so lange der Nutznießung des Vaters, als es nicht durch einen Akt ordnungsmäßiger Vermögensverwaltung seine Zugehörigkeit zu dem Kindesvermögen verloren hat (s. Wolff, Sachenrecht, 8. Bearb., 1929, § 114 III, § 123 I; ders., Familienrecht, 6. Bearb., 1928, § 47 II).

Dies ergibt sich aus dem Zwecke der väterlichen Nutznießung. Sie soll dem Vater die Tragung der aus dem familienrechtlichen Verhältnis sich ergebenden Lasten erleichtern; die Möglichkeit der Übertragung einzelner Vermögensstücke und damit ihre Verkehrsfähigkeit soll aber durch das Bestehen der Nutznießung nicht erschwert sein. Die einzelnen Stücke können vielmehr durch ordnungsmäßigen Verwaltungsakt ihre Zugehörigkeit zum Kindesvermögen mit der Wirkung verlieren, daß gleichzeitig die väterliche Nutznießung an ihnen erlischt. Hierdurch endigt die väterliche Nutznießung kraft Gesetzes, ohne daß es eines Verzichts in der Form des § 1662 Satz 2 BGB. bedarf.

Daß das Zinsrecht an den den Beschw. zustehenden Hypotheken gesondert abgetreten werden konnte, unterliegt keinem rechtlichen Bedenken (s. RG. 74, 81 ff. 1; 86, 219²); Güthe-Triebel, Num. 12 zu § 26 BGB.).

Nach dem Inhalt der Abtretungsurkunde ist der Vater Gastwirt. Er tritt als gesetzlicher Vertreter der Beschw. das Zinsrecht an den diesen zustehenden Hypotheken an die „Bürgerliches Brauhaus B. AktG.“ ab und bekennt gleichzeitig, das verabredete Abtretungsentgelt erhalten zu haben. Diese aus der Abtretungsurkunde ersichtlichen Umstände machen notwendig, daß mit der Möglichkeit gerechnet wird, daß die Abtretung des Zinsrechts der Beschw. an die AktG. zur Sicherung eines dem Vater gewährten Kredits erfolgt ist. Wenn auch grundsätzlich das OLG. den wirtschaftlichen Zweck der Eintragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte nicht nachzuprüfen hat, so muß es doch aus den vorgelegten Urkunden ersichtliche, den Anträgen entgegenstehende rechtliche Bedenken berücksichtigen.

Einer Sicherungsabtretung des Zinsrechts an die AktG. zugunsten des Vaters der Beschw. steht allerdings der § 181 BGB. nicht entgegen. Denn indem der Vater das Zinsrecht der Beschw. abtritt, nimmt er nicht mit sich selbst als gesetzlichem Vertreter der Beschw. ein Rechtsgeschäft vor, sondern er handelt als deren gesetzlicher Vertreter gegenüber der AktG. Der Umstand, daß der gesetzliche Vertreter bei der Abtretung des Zinsrechts auch zu seinem eigenen persönlichen Vorteil handelte, ist für die Anwendung des § 181 BGB. bedeutungslos (s. RG. 103, 418; auch RG.: ZZG. 2, 284).

Die Abtretung des Zinsrechts bedarf aber, da nach der Abtretungsurkunde davon auszugehen ist, daß sie zur Sicherung eines dem Vater gewährten Kredits erfolgt ist, nach den §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB. der Genehmigung des VormGer., weil sie die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch die Beschw. enthält. Unter der Übernahme einer fremden Verbindlichkeit i. S. des § 1822 Nr. 10 BGB. ist jede Begründung einer Verpflichtung und jede Übertragung oder Belastung eines Vermögensstückes des Mündels zu verstehen, die in fremdem Interesse erfolgt. Ob die Übernahme im Interesse des gesetzlichen Vertreters oder dritter Personen erfolgt, ist nicht wesentlich. Soweit der § 1822 Nr. 10 BGB. zutrifft, sind Verfügungen über Hypothekenrechte auch nicht nach § 1821 Abs. 2 BGB. von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung befreit (s. RG. 63, 78; 76, 93³). Unter den § 1822 Nr. 10 BGB. fällt insbes. auch die Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung zur Sicherung von Verbindlichkeiten des gesetzlichen Vertreters (s. RG.: ZW. 1915, 141⁴;

mit Heiderich zu reden, der Vater die einzelnen Zinsforderungen in gewissem Umfang ohne weiteres als Gläubiger geltend machen können: das Stammrecht ginge trotzdem auf den Vater nicht über.

Auch den übrigen Ausführungen des RG., die sich freilich im wesentlichen auf bereits erprobten Bahnen bewegen, kann nur Zustimmung werden, namentlich der erweiterten Auslegung des § 1822 Ziff. 10 BGB., die es ermöglicht, den für das Kind besonders gefährlichen Fall der Verwertung seines Vermögens zur Sicherstellung von Verbindlichkeiten des Vaters von der Genehmigung des VormGer. abhängig zu machen.

Prof. Dr. Otto Opet, Kiel.

¹) ZW. 1910, 830.

²) ZW. 1915, 394.

³) ZW. 1911, 544.

BayObLG. 9, 50/53; OLG. Rostock: ZZG. 16, 247 Nr. 202; OLG. Hamburg: ZZG. 17, 40 Nr. 57; Staudinger, 9. Aufl., Ann. 2 n B. 2 zu § 1822).

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist nicht nur insoweit erforderlich, als es sich um die Zeit nach Beendigung des väterlichen Nutznießungsrechts handelt, sondern auch soweit die Abtretung die Zeit des Bestehens des Nutznießungsrechts betrifft. Denn wenn auch während der Dauer der Nutznießung die Zinsen niemals dem Kindesvermögen zufließen können, also durch die Abtretung des Zinsrechts den Beschw. kein Schaden entstehen würde, so wird doch das Zinsrecht, ein nutzbarer Bestandteil des Kindesvermögens, für eine fremde Schuld dinglich haftbar gemacht.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 15. Jan. 1931, 1 X 867/30.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Karge, Berlin.

*

4. 1. Zur Anwendung des § 1667 BGB. genügt schuldloser Vermögensverfall.

2. Die Eintragung eines Sperrvermerks in einem Sparlaffenbuch ist nach § 1667 BGB. zulässig.

3. Gegen die Eintragung des Sperrvermerks steht dem Vater das Beschwerderecht dann nicht zu, wenn ihm die Vermögensverwaltung entzogen worden ist, auch wenn er gegen den sie entziehenden Beschluß Beschwerde eingelegt hat, über die noch nicht entschieden ist.

(RG., 1a ZivSen., Beschluß v. 8. Jan. 1932, 1a X 1643/31.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. v. Rozhycki, Schneidemühl.

*

5. Für die Berechnung der Wertgrenze des § 1813 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. ist nur das wirtschaftliche Interesse des Mündel maßgebend.

Die Annahme der in Tilgungsabsicht gezahlten Hypothekenforderung ist als eine Verfügung über diese i. S. des § 1812 BGB. anzusehen (SächstRspr. 1928 Nr. 1591/629), und bedarf deshalb grundsätzlich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. In § 1813 BGB. ist dieser Grundsatz aber hinsichtlich der Annahme von Schuldforderungen mehrfach eingeschränkt und u. a. bestimmt, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn der durch die Leistung zu erfüllende Anspruch nicht mehr als 300 RM beträgt. Mit Recht beruft sich jedoch hier der Beschw. für seinen Standpunkt, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung entbehrlich sei, auf diese Vorschrift. Im vorliegenden Falle beträgt zwar die bezahlte Hypothekenforderung insgesamt 600 RM. Da bis zur Teilung gemäß §§ 2039, 2040 BGB. den einzelnen Miterben bestimmte verfügbare Bruchteile an den einzelnen Nachlassgegenständen nicht zustehen, können sie über eine Nachlasshypothek nur gemeinschaftlich durch Annahme des geschuldeten Betrages verfügen. Dabei verfügt jeder einzelne Miterbe über den gesamten Anspruch unter Mitwirkung der anderen Miterben und nicht nur über einen seinem Erbchaftsanteil entsprechenden Teil der Forderung. Wollte man allein den Wortlaut des Gesetzes entscheidend sein lassen, wie es die Vorinstanzen tun, so würde zur Quittungsleistung die Genehmigung des VormGer. erforderlich sein, die Hypothek bis zur Genehmigung den Miterben verbleiben und die Böschungsbewilligung eine Aufhebung der für die Forderung der Minderjährigen bestehenden Sicherheit darstellen, die nach § 1822 Ziff. 13 BGB. genehmigungspflichtig wäre. Die Auffassung der Vorinstanzen läßt jedoch den für die Auslegung wesentlichen Zweck des § 1813 Abs. 1 Nr. 2 unberücksichtigt.

§ 1813 Abs. 1 Nr. 2, wonach der Vormund — abgesehen von dem Falle des § 1813 Abs. 2 — der Genehmigung des Gegenormundes, bzw. beim Fehlen eines solchen, des VormGer. (§ 1812 Abs. 2) zur Annahme einer geschuldeten Leistung nicht bedarf, wenn der Anspruch nicht mehr als 300 RM beträgt, beruht auf wirtschaftlichen Erwägungen. Die Wertgrenze von 300 RM ist gesetzt, weil bei Vermögenswerten des Mündels bis zu dieser Höhe die Wahrnehmung der Mündelinteressen dem Vormund allein überlassen bleiben und eine Mitwirkung des VormGer. erübrigt werden sollte. Entscheidend für die Frage, ob durch die Annahme einer Leistung über einen „Anspruch“ des Mündels von mehr als 300 RM verfügt wird, kann also nach Sinn und Zweck des Gesetzes nur das wirtschaftliche Interesse des Mündels sein. Deshalb kommt es, wenn das Mündel als Miterbentiger an einem Gesamthandanspruch, wie es das Recht der Miterben an den einzelnen Nachlassgegenständen vor der Teilung ist, verfügt, nicht darauf an, ob der ganze Gegenstand, über den der Vormund namens des Mündels mitverfügt, mehr als 300 RM wert ist; sondern Voraussetzung für das Erfordernis der Genehmigung ist in solchem Falle, daß das Mündel an dem der Gemeinschaft zustehenden Rechte wirtschaftlich betrachtet mit mehr als 300 RM beteiligt ist. Bei anderer Auffassung würden sich Folgerungen ergeben, die mit dem Zweck des Gesetzes schwerlich in Einklang zu bringen wären. Es würde z. B. ein Vormund dreier minderjähriger Geschwister, für die ein Kapital von 600 RM hypothekarisch sichergestellt ist, zur Entgegennahme des Kapitals von 600 RM der Genehmigung nicht bedürfen, wenn

für die drei Mündel Hypotheken zu gleichen wirklichen Teilen eingetragen sind, wohl aber, wenn die drei als Gläubiger einer Hypothek in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen sind, was dem offensiblen Zweck des § 1813 Abs. 1 Nr. 2 BGB. zuwiderlaufen würde. Da das wirtschaftliche Interesse des Mündels in seiner Eigenschaft als Teilhaber eines Gesamthandsrechts regelmäßig nicht höher zu bewerten ist, als der seinem Anteil entsprechende, ihm bei der Auseinandersetzung gebührende reale Teil, dieser im vorliegenden Falle für die einzelnen minderjährigen Miterben weit weniger als 300 RM ausmacht, ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von den Vorinstanzen zu Unrecht gefordert. . . .

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Febr. 1929, 1 X 952/28/34.)

Mitgeteilt von OMR. Dr. Streubel, Reife (D.-S.).

*

6. §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1897, 1915, 1196 BGB. Die Vorschrift des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. ist auf die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gemäß § 1196 BGB. am Grundstück eines Mündels (Pflegebefohlenen) anwendbar. Der Vormund (Pfleger) bedarf daher zur Vornahme dieses Rechtsgeschäfts der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Die RPr. hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht maßgeblich mit der Rechtsfrage beschäftigt, ob die Bestellung einer Eigentümergrundschuld seitens eines Vormundes (Pfleger) am Grundstück des Mündels (Pflegebefohlenen) ein der Genehmigung des VormGer. bedürftiges Rechtsgeschäft i. S. des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. ist. Im Schrifttum halten Planck (Familienrecht³ § 1821 Anm. II 1b) und Gütche-Triebele (BDD.⁵ Bd. II S. 2104) die Genehmigung für erforderlich, während Weißler: NotW. 1931, 133 den gegenteiligen Standpunkt einnimmt. Nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. bedarf der Vormund eines Minderjährigen der Genehmigung des VormGer. u. a. zur Verfügung über ein Grundstück des Minderjährigen. Das BGB. begreift unter dem in ihm nicht ausdrücklich erläuterten Begriff „Verfügung“ alle unmittelbar auf die Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts abzielenden Rechtsgeschäfte (RG. 106, 111, 112 m. weit. Nachw.). Es wird denn auch nicht bezweifelt, daß unter die „Verfügung“ i. S. des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. auch die Belastung des Grundstücks mit einem Recht am Grundstück fällt, und demgemäß die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld am Mündelsgrundstück als genehmigungspflichtig erachtet (RG. Komm. z. BGB.⁶ § 1821 Anm. 4 zu Nr. 1; Planck³ § 1821 Anm. II 1b; Staudinger-Keidel⁹ § 1821 Anm. 2aγ; Predari, BDD.² S. 360; RG. 108, 356 [363] 1; DW. 5, 406 = RM. 3, 163). Als Belastung eines Grundstücks und damit als Verfügung über das Grundstück stellt sich aber auch die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gem. § 1196 BGB. dar. Zur Begründung dieser im Schrifttum von Wolff (Sachenrecht 1929 § 156 I 1 c), Planck-Streicher (BGB.⁴ § 1196 Anm. 2aδ) und RG. Komm. (BGB.⁶ § 1196 Anm. 2) geteilten Auffassung ist in RGZ. 43, 256 ausgeführt worden, es bedürfe zur Vertretung dieser Auffassung keines Eingehens auf die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek, möge diese Eigentum oder Hypothek oder beides sein, in jedem Falle erleide das Eigentumsrecht durch die Eintragung einer Eigentümergrundschuld eine unmittelbare Änderung, denn für die Annahme einer solchen Änderung sei lediglich die Tatsache, daß ein dingliches Recht als solches zur Entstehung gebracht werde, nicht aber die Frage von Bedeutung, wer der gegenwärtige Inhaber dieses Rechtes sei. Der Umstand, daß der Eigentümer des Grundstücks der gegenwärtige Inhaber dieses Rechtes sei, könne die Wirkung der Tatsache nicht ungeschehen machen, daß der Inhalt des Eigentumsrechts durch die Bestellung der Grundschuld unmittelbar beeinträchtigt werde. Hierfür könne begrifflich nur das Verhältnis von Recht zu Recht, also vom Eigentumsrecht zum beschränkten dinglichen Recht, nicht aber das Verhältnis des einen Rechtes zu der persönlichen Berechtigung an dem anderen Recht von Einfluß sein. Daraus folgt aber vorerst nur, daß die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gem. § 1196 BGB. nach dem Wortlaut des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. unter diese Vorschrift fällt. Es fragt sich jedoch weiterhin, ob auch Sinn und Zweck der genannten Vorschrift deren Anwendung auf das hier in Rede stehende Rechtsgeschäft zulassen. Weißler (a. a. D.) glaubt, diese Frage im Hinblick auf den sich aus der Entstehungsgeschichte des § 1821 BGB. (a. a. D.) ergebenden Zweck dieser Vorschrift verneinen zu müssen, wie er vom RG.: RG. 108, 336 (363, 364 2) klargestellt worden ist. Danach liegt den Best. in § 1821 Abs. 1 Nr. 1—3 BGB. der Gedanke zugrunde, der vorhandene Grundbesitz sei als eine besonders wertvolle Art des Vermögens dem Mündel regelmäßig ungeschmälert zu erhalten und solle deshalb nur unter erschwerenden Umständen

veräußert und belastet werden können. Die Nr. 1—3 des § 1821 Abs. 1 sollen also eine Verminderung des Grundvermögens des Mündels ohne Mitwirkung des VormGer. verhindern (RG. a. a. D. S. 364). Es ist Weißler zuzugeben, daß die nach dem zuvor Ausgeführten vom Rechtsstandpunkte aus anzunehmende Beeinträchtigung des Eigentumsrechts infolge Bestellung einer Eigentümergrundschuld bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu verneinen ist. Denn das Grundvermögen des Mündels erleidet durch die Bestellung einer Eigentümergrundschuld wirtschaftlich keine Schmälerung, es kommt weder ein Vermögenswert hinzu (RG. 125, 319 [323 2]), noch erfährt das Grundvermögen eine Beeinträchtigung seines Wertes, vielmehr vollzieht sich mit der Eintragung der Eigentümergrundschuld eine teilweise rechtliche Umgestaltung des Eigentums am Grundstück; letzteres wird zwecks einfacherer und schnellerer Verwertbarkeit teilweise beweglich gestaltet, es ändert sich also nur die Form, in der das Eigentum am Grundstück geltend gemacht und verwertet wird. Gleichwohl erscheint die Anwendung der Vorschrift des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. auf den hier zur Erörterung stehenden Fall um deswillen geboten, weil andernfalls auf dem Wege über die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gem. § 1196 BGB. der zuvor gekennzeichnete Gesetzeszweck vereitelt werden könnte. Nach § 1821 Abs. 2 BGB. ist nämlich die Genehmigung des VormGer. nicht erforderlich zu Verfügungen über Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu derartigen Verfügungen. Da die Eigentümergrundschuld (§ 1196 BGB.) eine Unterart der gewöhnlichen Grundschuld (§ 1191 BGB.) ist, so fällt sie nach dem Wortlaut des Gesetzes unter diese Ausnahmebest. Es ist auch sonst kein Grund ersichtlich, der die Nichtanwendung des Abs. 2 des § 1821 auf die Eigentümergrundschuld rechtfertigen könnte. Die für Hypotheken, Grund- und Rentenschulden im Abs. 2 des § 1821 geschaffene Ausnahme und die Unterstellung dieser Rechte unter die Vorschriften des § 1812 BGB. (§ 1669 Entw. I zum BGB.), beruht, wie die Entstehungsgeschichte des § 1674 Nr. 1 Entw. I zum BGB. (jetzt § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 3, Abs. 2 BGB.) ergibt (Mot. 4 S. 1137 i. Verb. m. S. 1124, vgl. auch S. 765 ff.), auf der Erwägung, die Hypotheken und Grundschulden gehörten wirtschaftlich dem Forderungsverkehr an, die Verfügung über sie gehe nicht über die Grenzen der gewöhnlichen Vermögensverwaltung hinaus, eine freiere Bewegung in dieser Beziehung liege in vielen Fällen auch im Interesse des Mündels selbst. Diese Erwägung trifft auch auf die Eigentümergrundschuld zu. Es wird deshalb im Schrifttum mit Recht die Auffassung vertreten, daß die Abtretung einer Eigentümergrundschuld gem. § 1821 Abs. 2 BGB. nicht dem Genehmigungszwange des Abs. 1 des § 1821 unterliegt (Planck, Familienrecht³ § 1821 Anm. II 1b; Staudinger-Keidel §§ 1821, 1822 Anm. 2aγ Abs. 6; Predari S. 360; Weißler a. a. D. S. 134). Eine andere Frage ist es, ob die Verfügung über eine Eigentümergrundschuld der Genehmigung des VormGer. nicht jedenfalls gem. § 1812 BGB. in den dort bezeichneten Fällen bedarf. Diese Frage ist hier nicht zu entscheiden. Denn es kommt im vorliegenden Falle nur darauf an, ob die Verfügung über eine Eigentümergrundschuld allgemein und grundfähig gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB., also nicht nur in den besonderen Fällen des § 1812 BGB., der Genehmigung des VormGer. bedarf. Letzteres ist, wie ausgeführt, zu verneinen. Wollte man daher die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gem. § 1196 BGB. nicht als ein gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft ansehen, so könnte das im Falle der Bestellung einer Fremgrundschuld unbedenklich gegebene Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung für diesen Fall dadurch umgangen werden, daß zunächst eine Eigentümergrundschuld bestellt und sodann von dem Eigentümer an einen Dritten abgetreten wird. Ob die Möglichkeit, das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zu umgehen, auch in anderen Fällen einer Verfügung über die Eigentümergrundschuld gegeben ist, mag dahingestellt bleiben. Denn es genügt schon die zuvor festgestellte, von Weißler (a. a. D.) nicht berücksichtigte Umgehungsmöglichkeit, um die Anwendung des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. auf die Bestellung einer Eigentümergrundschuld zu rechtfertigen. Durch die genehmigungsfreie Veräußerung mehrerer Eigentümergrundschulden in Fremgrundschulden mittels Abtretung der Eigentümergrundschulden an einen Dritten könnte das Grundstück des Mündels aufs erheblichste belastet und damit dem Mündel wirtschaftlich so gut wie enteignet werden. Gerade dieses Ergebnis sollte aber durch die Schaffung des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. verhütet werden (vgl. Mot. a. a. D.). Die Anwendung dieser Vorschr. auf die Bestellung einer Eigentümergrundschuld wird somit nicht nur durch den Wortlaut, sondern auch durch den Zweck des Gesetzes gerechtfertigt. Ist hier nach die zuvor erörterte Frage zu bejahen, so bedarf aus den zuvor angeführten Gründen auch die Bestellung einer Eigentümer-

1) JW. 1924, 1990.

2) JW. 1924, 1990.

3) JW. 1929, 3004.

grundschuld an der dem Eigentümer gem. § 7 AufwG. vorbehaltenen Rangstelle nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. der Genehmigung des VormGer.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 17. Dez. 1931, 1 X 884/31.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Karge, Berlin.

II. Erbrecht

7. §§ 1981, 1960 BGB.; §§ 19, 20 FGG. Beschwerde gegen einen die Nachlassverwaltung aufhebenden Beschl. (S. 7)

Das AG. J. hat den N. A. zum Nachlasspfleger bestellt „für diejenigen, die Erben des 1929 verstorbenen Erlassers werden zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses“. Auf den Antrag dieses Nachlasspflegers ist sodann die Nachlassverwaltung über diesen Nachlass zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger angeordnet und der N. B. zum Nachlassverwalter ernannt worden. Demnach ist das AG. die Nachlassverwaltung wieder auf, da der Nachlasspfleger nicht berechtigt gewesen sei, die Nachlassverwaltung zu beantragen.

Beschwerde und weitere Beschwerde waren ohne Erfolg.

Die Nachlassverwaltung ist eine Unterart der Nachlasspflegschaft mit dem besonderen Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger und unterliegt daher, soweit nichts Abweichendes ausdrücklich bestimmt ist oder sich aus ihrer Natur und Zweckbestimmung ergibt, dem Vorshr. über die Pflegschaft. Abweichendes gilt für die Nachlassverwaltung insofern insbes., als sie nur auf Antrag anzuordnen ist (§ 1981 BGB.), nicht aber — wie die Nachlasspflegschaft des § 1960 BGB. — von Amts wegen oder auf Anregung eines Dritten. Wird der Antrag des Erben oder eines Nachlassgläubigers auf Anordnung der Nachlassverwaltung vom Nachlassgerichte abgelehnt, so ist das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde (§ 19 FGG.) gegeben. Die Beschwerde steht aber nicht allgemein jedem zu, dessen Recht durch die Ablehnung beeinträchtigt ist, sondern nur dem beschwerten Antragsteller (§ 20 Abs. 2 FGG.).

Die Nachlassverwaltung dauert — abgesehen von ihrer Endigung im Falle des Nachlasskonkurses (§ 1988 BGB.) — solange fort, bis sie durch Beschluß des Nachlassgerichts aufgehoben ist (RG. 72, 263¹). Die Aufhebung hat zu erfolgen, wenn der Grund für die Anordnung der Verwaltung weggefallen ist (§ 1919 BGB.), mithin sobald der

Zweck der Verwaltung erreicht ist. Sie ist auch aufzuheben, wenn die Anordnung ungerechtfertigt war (§ 18 FGG.). Geht es letzteres, so kommt die Aufhebung der Zurückweisung des Antrags auf Anordnung der Nachlassverwaltung gleich. Daraus folgt, daß gegen die Verfügung, durch welche die Nachlassverwaltung aufgehoben wird, weil ihre Anordnung ungerechtfertigt war, gem. § 20 Abs. 2 FGG. die Beschwerde nur von demjenigen erhoben werden kann, welcher den Antrag auf Anordnung gestellt hatte. Ob andere Personen, die ebenfalls antragsberechtigt gewesen wären, den Antrag aber nicht gestellt haben, durch Zurückweisung des Antrags beschwert sind, ist unerheblich (Schlegelberger § 20 Anm. 31). Ist jedoch der Antrag von einem Nachlasspfleger gestellt, die Pflegschaft dann aber aufgehoben, so ist der Erbe berechtigt, den Antrag weiter zu verfolgen, und er ist deshalb auch berechtigt, gegen die zurückweisende Entsch. Beschwerde einzulegen. Denn der Nachlasspfleger ist hinsichtlich der Verwaltung und Sicherung des Nachlasses der gesetzliche Vertreter des Erben (RG. 50, 394; 76, 125²); 106, 47³). Hört die gesetzliche Vertretung auf, so tritt der Erbe in das von dem Pfleger eingeleitete Verfahren ein. Sind mehrere Erben vorhanden, so entscheidet sich die Frage, ob jeder Miterbe für sich allein beschwerdeberechtigt ist oder ob die Miterben nur gemeinschaftlich Beschwerde einlegen können, danach, ob der einzelne Erbe antragsberechtigt gewesen wäre oder ob es eines gemeinschaftlichen Antrags aller Erben bedürft hätte. Denn wenn nach materiellem Recht zur Stellung eines Antrages die Mitwirkung mehrerer Erben notwendig ist, so können sie auch die Beschwerde gegen die den Antrag zurückweisende Verfügung nur gemeinschaftlich einlegen (Schlegelberger § 20 Anm. 32; Staubinger § 2062 Anm. 2).

Die Anwendung vorstehender Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt folgendes:

Die Nachlassverwaltung ist vom AG. aufgehoben worden, nicht weil sie ihren Zweck erreicht hat, sondern weil der Nachlassrichter der Ansicht ist, daß sie von Anfang an deshalb ungerechtfertigt gewesen sei, weil sie eine hierzu nicht legitimierte Person, nämlich der gem. § 1960 BGB. bestellte Nachlasspfleger beantragt hat (§ 18 FGG.). Gegen diese die nachträgliche Zurückweisung des Antrags des Nachlasspflegers auf Anordnung der Nachlassverwaltung enthaltende Verfügung ist nur der Antragsteller berechtigt, Beschwerde einzulegen (§ 20 Abs. 2 FGG.). Die Nachlasspflegschaft ist jedoch inzwischen aufgehoben worden. Da die Miterben den Antrag auf Anordnung der Nachlassverwaltung gem. § 2062 BGB. nur gemeinschaftlich hätten stellen können, so sind auch nur sämtliche Erben berechtigt, gegen die Zu-

wäre unbefriedigend, wenn sich nicht jeder von ihnen dagegen dadurch wehren könnte, daß er dem verletzten Rechte wieder zum Siege verhilft. In der Tat wäre aber diese unerwünschte Folge unvermeidlich, wenn, wie das AG. annimmt, die Aufhebung einer N. B. von Amts wegen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 FGG. der Zurückweisung ihrer Beantragung gleichstände. Denn da die Anordnung einer N. B. gem. § 2062 von der einmütigen Willensäußerung aller Miterben getragen werden muß, so ist diese Einstimmigkeit auch dann erforderlich, wenn der fortbauende Wille sich in die Form einer Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Anordnung kleidet (so auch Pland, Bem. 4e zu § 1981; W. Karlsruhe: ZBFG. 4, 32; a. U. Krenzschmar, Erbrecht § 81 N. 21). Aber diese Gleichstellung ist m. E. fehlgehend. Einmal ist rein verfahrensrechtlich die Voraussetzung des § 20 Abs. 2 FGG.: Zurückweisung eines Antrags auf Erlass einer Verfügung, die nur auf Antrag erfolgen kann, nicht gegeben. Denn die Aufhebung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 FGG. erfolgt ja gerade nicht auf Antrag, sondern von Amts wegen — was hier im Hinblick darauf, daß nach § 76 Abs. 1 FGG. gegen die Anordnung der N. B. grundsätzlich keine Beschwerde gegeben ist, sehr wichtig ist. Daher trifft schon nach dem Wortlaut des § 20 nicht Abs. 2, sondern Abs. 1 zu, nach dem jeder „Beeinträchtigte“ beschwerdeberechtigt ist. Aber auch dem Zwecke nach: ist eine N. B. einmal rechtmäßig angeordnet — und das wird hier zunächst unterstellt —, so muß sich ihrer unberechtigten Wiederaufhebung jeder widersetzen können, der dadurch beeinträchtigt wird. Die Rechtslage wäre doch genau dieselbe, wie wenn eine von allen Miterben beantragte Nachlassverwaltung unberechtigt wiederaufgehoben würde: daß dann jedem einzelnen Erben die Beschwerde zusteht, wird niemand bezweifeln. Aber auch materiellrechtlich ist eine nachträgliche Wiederaufhebung der N. B. nicht dasselbe wie ihre anfängliche Ablehnung: sie wirkt nicht ex tunc, sondern ex nunc. Sämtliche Wirkungen einer — auch zu Unrecht angeordneten — N. B. bleiben im Verhältnis des Nachlassverwalters sowohl zu Dritten (§ 1984 i. Verb. m. §§ 7, 8 RD.) wie zu den Erben (§§ 1975, 1985 Abs. 1 i. Verb. m. 1915, 1833 ff., 1987) bestehen. Aus allen diesen Gründen bin ich im Gegensatz zum AG. der Ansicht, daß die Beschwerde gegen eine ungerechtfertigte Wiederaufhebung einer N. B. von jedem einzelnen Miterben erhoben werden kann.

II. Es kommt also doch auf die materiellrechtliche Frage

Zu 7. Der Fall ist sowohl verfahrensrechtlich wie materiellrechtlich von grundsätzlicher Bedeutung.

I. Die Begründung des die weitere Beschwerde zurückweisenden Beschlusses des AG. ist verfahrensrechtlich. Das AG. läßt die materiellrechtliche Frage, ob eine Nachlassverwaltung (N. B.) auf Antrag eines nach § 1960 bestellten Nachlasspflegers angeordnet werden darf, und ob daher die nach § 18 Abs. 1 Satz 1 FGG. von Amts wegen verfügte Wiederaufhebung der N. B. zu Recht erfolgt ist, ausdrücklich nicht und verwirft die Beschwerde schon deshalb als unzulässig, weil nur sämtliche Miterben aktivlegitimiert seien. Denn die Beschwerde falle unter § 20 Abs. 2, nicht Abs. 1 FGG., da die Wiederaufhebung einer ungerechtfertigt angeordneten N. B. der Zurückweisung eines Antrags auf Anordnung gleichkomme, stehe also nicht jedem „Beeinträchtigten“, sondern nur dem Antragsteller zu. Als Antragsteller müßten aber nach Erbschaftsannahme und Aufhebung der Nachlasspflegschaft die Miterben selbst gelten, und diese könnten gem. § 2062 die Beschwerde nur gemeinschaftlich erheben.

Die Begründung beruht nicht. Wenn materiellrechtlich ein Nachlasspfleger die Befugnis hätte, eine N. B. mit Wirkung für und gegen die endgültigen Erben zu beantragen und diesen damit sofort von der Erbschaftsannahme an die Vorteile und Nachteile der amtlichen Nachlassverwaltung aufzudrängen, so wäre es rechtspolitisch verfehlt, wenn bei einer rechtsirrig erfolgten Wiederaufhebung einer rechtmäßig angeordneten N. B. die Wiederherstellung des gesetzlichen Rechtszustandes nach der Erbschaftsannahme an dem Widerspruch eines einzigen Miterben scheitern müßte. Die N. B. hat einerseits zwar, wie das AG. an sich mit Recht betont, die für die Erben nachteilige Wirkung, daß ihnen die Verwaltung und Verfügung über den Nachlass entzogen und einem amtlichen Verwalter übertragen wird (§ 1984), andererseits aber auch die vorteilhafte Wirkung, daß nicht nur ihr reines Eigenvermögen, das sie auch ohne N. B. nach § 2059 dem Zugriff der Nachlassgläubiger entziehen können, sondern auch ihr Nachlassanteil, der ein von dem eigentlichen „Nachlass“ durchaus verschiedenes Sonderrecht des einzelnen Miterben ist (s. Boehmer, Erbsfolge und Erbenhaftung S. 40, 44), gegen Vollstreckungen von Nachlassgläubigern nach §§ 780, 781, 785, 767 ZPO. geschützt werden kann (s. ebenda S. 197 f.). Könnten diese Wirkungen schon vor der Erbschaftsannahme auf Betreiben eines Nachlasspflegers begründet werden, so würde durch eine unberechtigte Wiederaufhebung der N. B. das Interesse jedes einzelnen Miterben beeinträchtigt werden, und es

¹) ZW. 1910, 66.

²) ZW. 1911, 557.

³) ZW. 1923, 834.

rückweisung des von dem Pfleger gestellten Antrags Beschwerde einzulegen. Hier aber haben nur zwei Miterben Beschwerde eingelegt, der dritte Miterbe ist, mit der Anordnung der Nachlassverwaltung nicht einverstanden.

Die Beschw. sind nun der Ansicht, daß § 2062 nur den Regelfall im Auge habe, daß die Nachlassverwaltung nach Annahme der Erbschaft eingeleitet werde, während hier die Nachlassverwaltung vor Annahme der Erbschaft angeordnet worden ist. Zu der Streitfrage, ob die Einleitung der Nachlassverwaltung vor Annahme der Erbschaft zulässig ist, braucht aber nicht Stellung genommen zu werden. Denn zur Zeit der Einlegung der Beschwerde war die Ausschlagungsfrist abgelaufen, ohne daß ein Erbe die Ausschlagungserklärung abgegeben hat. Die Bestimmung des § 2062 BGB. hat darin ihren Grund, daß die Anordnung der Nachlassverwaltung erheblich in die Rechtsstellung eines jeden Miterben eingreift, weil sie ihm die Mitwirkung der Verwaltung des Nachlasses entzieht (§ 2038 BGB.). Es genügt nicht, daß das Einverständnis sämtlicher Miterben zur Zeit der Stellung des Antrags vorliegt; es muß noch zur Zeit der Entsch. vorhanden sein. Deshalb wird der Antrag schon dann hinfällig, wenn auch nur ein Miterbe den Antrag zurücknimmt oder wenn auch nur ein Miterbe allen Nachlassgläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden ist und dadurch das Antragsrecht nach § 2013 BGB. verloren hat (RGW. Mon. § 2062 Anm. 1). Selbst wenn man also annehmen wollte, daß der Antrag auf Anordnung der Nachlassverwaltung vor Annahme der Erbschaft gestellt werden kann und daß der Nachlasspfleger, sei es aus eigenem Recht, sei es, weil er die Zustimmung aller Miterben in seiner Person vereinigt, so muß doch die Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags nach Aufhebung der Pflegschaft von allen Miterben eingelegt werden.

Da dies hier nicht der Fall ist, hätte das LG. die Beschwerde der Beschw. als unzulässig verwerfen müssen, statt sie als unbegründet zurückzuweisen. Hierdurch sind die Beschw. jedoch nicht beschwert.

(RG., Beschl. v. 19. Nov. 1931, 1b X 726/31.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. F. Rothschilb, Frankfurt a. M.

*

an, ob die N. auf Antrag des Nachlasspflegers angeordnet werden durfte. Diese höchst bestrittene Frage darf m. E. nicht einfach darauf abgestellt werden, ob eine N. vor Annahme der Erbschaft zulässig ist. Vielmehr muß geprüft werden, ob nach dem Zwecke und der Wirkungen der N. es einerseits zu dem Aufgabenkreis des vorläufigen Erben, des Nachlasspflegers und des Testamentsvollstreckers, andererseits zu dem Interessenkreis der Nachlassgläubiger gehört, auch schon vor der Erbschaftsannahme eine N. herbeizuführen. M. E. ist die Frage nicht einheitlich zu beantworten, für den Nachlasspfleger aber, worauf ich mich hier beschränken muß — ebenso wie für den vorläufigen Erben —, zu verneinen. Und zwar aus zwei Gründen:

1. Sicherlich ist es Sache des Nachlasspflegers, die künftigen Erben vor Nachteilen zu schützen, die aus ihrer Schuldnerstellung gegenüber den Nachlassgläubigern entstehen können. Darum ist ihm auch im Falle der Nachlassüberschuldung in § 217 RD. ausdrücklich das Antragsrecht auf Nachlasskonkurrenzeröffnung gegeben. Denn die rechtzeitige Konkursöffnung, auch schon vor Erbschaftsannahme, liegt nicht nur im Interesse des Nachlasses und der Nachlassgläubiger, sondern im Hinblick auf die rigorose Haftung des § 1980 auch im Interesse der endgültigen Erben, da diese nach herrschender Ansicht für schuldhafte Pflichtverletzungen des Nachlasspflegers nach § 278 einstehen müssen. Aber diese Haftung kommt für die N., die Nachlasszulässigkeit voraussetzt, gar nicht in Betracht. Die aus § 217 RD. — ebenso wie für das Antragsrecht des vorläufigen Erben aus § 216 Abs. 1 RD. — hergeholte Schlussfolgerung auf die N. geht also, so besteht sie ist, fehl: die Zwecke der N. sind ihren Voraussetzungen und Wirkungen nach von denen des Nachlasskonkurses sehr wesentlich verschieden, wie ich in „Erbfolge und Erbenhaftung“ S. 143 ff. darzulegen versucht habe. Für den N.-Konkurs ist in der Tat nicht nur wegen der Haftung aus § 1980, sondern auch wegen der selbständigen Schutzwirkungen, die über die der Nachlasspflegschaft hinausgehen, anstatt dieser Raum, für die N. nicht. Denn die beiden wesentlichen Rechtsfolgen der N., die Haftungsbeschränkung einerseits, die Haftungsbesonderung andererseits, werden bis zur Annahme der Erbschaft auch ohne N. durch ähnliche, z. T. stärkere Vorschr. gewährleistet. Einerseits werden die § 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB., § 241 Abs. 2 ZPO., die den Erben für die Dauer der N. vor Inanspruchnahme der Nachlassgläubiger bewahren, durch § 1938 BGB. und § 239 Abs. 5 ZPO., die § 1975 i. Verb. m. §§ 780, 781, 785, 767 ZPO., die das Erbenvermögen gegen Vollstreckungen der Nachlassgläubiger schützen, durch die noch stärker wirkende Vorschr. des § 778 Abs. 1 ZPO. ersetzt. Andererseits wird der Nachlass gegen Vollstreckungen der Erben gläubiger durch § 778 Abs. 2 ZPO. ebenso sichergestellt wie durch die Vollstreckungssperre des § 1984 Abs. 2 und gegen Handlungen des Nachlasspflegers durch die die Erben treffende Haftung aus § 278 ähnlich geschützt wie durch die Haftung des Nachlassverwalters aus § 1985 Abs. 2. Die dem Nachlasskonkurs

§ 2205 BGB. Rechtsändernden, auf einer Verfügung des Testamentsvollstreckers beruhenden Eintragungsanträgen hat das Grundbuchamt nur stattzugeben, wenn die Entgeltlichkeit dargetan wird.

Für den Beschw. und die Frau W. ist im Grundbuch eine Hypothek von 5617,89 RM. zu ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen. Der Beschw., der zugleich Testamentsvollstrecker ist, erklärte in notariell beglaubigter Urkunde v. 12. April 1931 folgendes: „Von dieser Hypothekenforderung trete ich einen Teilbetrag von 2808,94 RM. mit allen mir zustehenden Rechten und mit den Zinsen seit dem 1. April 1930 an Karl S. ab. Ich bewillige und beantrage die Eintragung der Abtretung im Grundbuche und die Ausbändigung des zu bildenden Teilhypothekenbriefes an den neuen Gläubiger.“

Das GB. beanstandete den Antrag durch Zwischenverfügung u. a. dahin, daß die Entgeltlichkeit der Abtretung nachzuweisen sei. Beschwerde und weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Nach § 2205 Satz 2 BGB. ist der Testamentsvollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen, abgesehen von den hier nicht geltend gemachten Ausnahmen, nicht berechtigt. Unentgeltliche Verfügungen, die der Testamentsvollstrecker ohne das Vorliegen einer der Ausnahmen von dem Verbote vornimmt, sind also unwirksam. Rechtsändernden Eintragungsanträgen, die auf einer Verfügung des Testamentsvollstreckers beruhen, wie es bei der Abtretung von Nachlasshypotheken der Fall ist, hat das GB. also nur stattzugeben, wenn die Entgeltlichkeit dargetan wird. Für den Begriff der Entgeltlichkeit ist nach der einheitlichen höchstgerichtlichen Rspr. der Gesichtspunkt der ordnungsmäßigen Verwaltung maßgebend (RG. 81, 364 1; 105, 246; 117, 97 2; JZG. 3, 278; 7, 284 = Höchstm. Rpr. 1929 Nr. 1743). Ein Akt ordnungsmäßiger Verwaltung ist nach der Entsch. des Senats (JZG. 7, 284) anzuerkennen, „wenn die Beweggründe für ihn substantiiert angegeben werden und verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen, und wenn irgendwelche Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind“. Es bedarf also einer, an keine Form gebundenen Darlegung der Umstände, die die Verfügung des Testamentsvollstreckers veranlaßt haben. Wenn das GB. auf Grund der dargelegten, frei zu würdigenden Umstände sich davon überzeugt, daß die Verfügung im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung sich hält, hat es die Verfügung ohne weitere Nachweise als entgeltliche anzusehen.

Da im vorliegenden Falle die Abtretungsurkunde nichts über die Veranlassung der Abtretung enthält, der Testamentsvollstrecker in dieser Hinsicht bisher auch nichts vorgebracht hat, war die Auflage des GB. gerechtfertigt. Die Zwischenverfügung besteht daher zu Recht.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 18. Dez. 1930, 1 X 819/30.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Streubel, Reife (Oberchl.).

*

eigentümliche dritte Schutzwirkung aber, die par condicio creditorum für die Befriedigung der Nachlassgläubiger aus dem Nachlass, wird durch die N. ebensowenig herbeigeführt wie durch die Nachlasspflegschaft: die Nachlassgläubiger können gegen den Nachlass sowohl während der N. (§ 1984 Abs. 1 Satz 3) wie während der Nachlasspflegschaft (§ 1960 Abs. 3) vorgehen. Die Anordnung einer N. würde somit weder für den Schutz des Erben noch für den des Nachlasses mehr erreichen als die Nachlasspflegschaft, ist also anstatt dieser überflüssig.

2. Nur in einem Punkte könnte man eine Rechtfertigung für sie finden. Während die Schutzwirkungen der § 1958 BGB., §§ 239 Abs. 5, 778 Abs. 1 ZPO. mit der Annahme der Erbschaft ipso jure aufhören, würden die gleichen Wirkungen einer schon auf Antrag eines Nachlasspflegers angeordneten N. auch nach der Annahme fortbestehen und die Erben weiter schützen. Aber das ist kein ausreichender Grund für ihre Zulässigkeit. Denn einmal ist es für die Erben ein Leichtes, sofort nach der Annahme den — völlig voraussetzungslosen — Antrag auf N. zu stellen. Ferner aber — und das ist der zweite ausschlaggebende Grund gegen das Antragsrecht des Nachlasspflegers wie des vorläufigen Erben — würde eine schon vor der Annahme angeordnete N., die dann nach der Annahme fort dauern würde, der eigenen Entschließung der Erben, ob sie diesen folgen schiveren, ihnen Besitz, Verwaltung und Verfügung über den Nachlass raubenden Schritt tun wollen (s. dazu Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung S. 56 ff., 139), vorgreifen und ihnen eine Rechtsstellung aufdrängen, die vielleicht gar nicht ihren Wünschen entspricht. Das ist aber nicht Aufgabe und Zweck der Nachlasspflegschaft, wie hier freilich nicht näher ausgeführt werden kann (so auch überwiegende Mein.: Strohal II § 79 R. 1 und 10; Ripp § 78 I, § 58 II; Planck, Ven. 1 und 4a zu § 1981 und Vorbemerkung III 5c 7, zu § 1942; RGW. Mon., Ven. 4 zu § 1960; Krebschmar: ZNW. 9, 449; Leonhard § 1981 I C 1; a. U. nur Staudinger, II A 1 und 4 zu § 1981).

Prof. Dr. G. Boehmer, Halle.

1) JZ. 1903, 494.

2) JZ. 1927, 1823.

9. § 2231 Nr. 2 BGB. Unterzeichnung des Testaments mit verstümmeltem Vornamen. f)

Das LG. hat die Gültigkeit der letztw. Bfg. der Erblasserin Sophie v. B. verneint, weil das an die Erbprätendenten gerichtete Testamentschreiben, das unterschrieben ist mit „D. Fifi“, nicht in der gesetzlichen Form (§ 2231 Abs. 2 BGB.) unterschrieben sei. Die Ausführungen des LG. sind von Rechtsirrtum beeinflusst. § 126 Abs. 1 BGB. schreibt Unterzeichnung durch Namensunterschrift vor, sagt aber nichts darüber, was zur Namensunterschrift gehört. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschr. ergibt (vgl. RG. 87, 109¹), RZL. 14, 264), hat es der Gesetzgeber absichtlich vermieden, die Unterzeichnung mit dem Familiennamen vorzuschreiben. Es kann daher die Unterzeichnung mit einem anderen als dem Familiennamen nicht für ausgeschlossen erachtet werden. Insbes. muß man die Unterzeichnung von Mitteilungen, die sich an dem

Zu 9. Nach dem Gesetz gehört zum eigenhändigen Testament die vom Erblasser eigenhändig unterschriebene Erklärung seines letzten Willens. Was als eine vollgültige Unterschrift anzuerkennen sei, offenbart uns erst die auslegende und rechtsbildende Kraft der Abspr., insofern sie zu einer festen und bewährten Praxis fortgeschritten ist. Das vorl. Erkenntnis scheint einen gewissen Schlüßstein setzen zu wollen. Das wäre gegenüber den unausgesetzten, ärgerlichen Streitigkeiten an sich zu begrüßen. Aber gerade deshalb wird die verantwortliche Prüfung herausgefordert, ob die nunmehr gefundene These sachlich gerechtfertigt sei und ein wohlgeordnetes Gemeinleben zu schaffen vermöge. Vieljährige Erfahrung und Überlegung gebieten zu dieser Frage zu verneinen. Zugleich belehren beide, daß mit juristischen und logischen Gründen wenig auszurichten ist gegen eine weltanschaulich eingeprägte Überzeugung, die fordert, daß der Richter im Rahmen des Gesetzes alles tun soll, um dem Willen des Erblassers über die Form hinaus Geltung zu schaffen (Ring: DZB. 1914, 160). Dies aus der im Unterbewußtsein herrschenden Überzeugung, daß auch die schludrigste Kundgebung von vornherein und ohne weiteres von einem wohlwollenden, über den Tod hinaus fürsorgenden Willen getragen wird, dem der Knecht weifenloser Formeln keinen Abbruch tun darf.

1. Die vom RG. gefundene Norm lautet: der verstümmelte Vorname Fifi genügt zur Kennzeichnung der Person der Erblasserin und deshalb als Unterschrift, die das Schriftstück zum eigenhändigen Testament stempelt. Das RG. geht schlecht hin davon aus, daß ein Testament schreiben vorliegt. Daß inhaltlich von Beerbung die Rede ist, genügt dazu nicht. Es kann sich auch um eine bloße Mitteilung über die Testierabsicht handeln. Von einer solchen hebt sich die eigentliche autonome Bfg. v. T. erst und nur ab durch ihre getreue Ausprägung in die gesetzlich befohlene Formgestalt. In ihr allein wird der Testierwille zur Tat. Das wird selten beachtet.

2. Zwingendes Gebot ist die eigenhändige Namensunterschrift (§ 126 Abs. 1). Name bedeutet in BGB. ohne jede Ausnahme den Familiennamen. Er allein ver bürgt die Identität des Schreibenden; er allein bildet das grundsätzlich unabänderliche Kennzeichen der Person. Daß unter dem Namen des Vormundes, des Erbschaftskäufers, des Inhabers einer Schuldverschreibung nur an den Familiennamen gedacht wird, hat vermutlich noch niemand bezweifelt. Das gilt aber genau ebenso, wo das Gesetz das „Unterschreiben“ seitens des Richters, Notars, Zeugen, Vorerben oder etwa schriftliches Empfangsbekundnis oder die schriftliche Erteilung einer Bürgschaftserklärung erheischt (ich habe das eingehend ausgeführt in DZB. 1916, 33—36).

3. Seit RG. 87, 109 = JW. 1915, 1359 tritt nun die überraschende Lehre auf: für die nach § 2231 Nr. 2 zwingend geforderte Unterschrift des Erblassers genüge auch die Angabe eines Vornamens. Das widerspricht allen bisherigen Rechtsanschauungen und ebenso jeder gesunden Verkehrsübung. Kündigt mir der Vermieter schriftlich die Wohnung, so hat er das mit seinem Familiennamen zu unterschreiben; und wenn er auch noch so stolz darauf ist, daß er bei allen Bekannten als der forsche Emil im Kurse steht, eine damit unterzeichnete Kündigung reicht an meine Rechtsbeziehungen nicht heran. Das soll nun bei einem weisevollen Akte wie der Bfg. angesichts des Todes und nur beim eigenhändigen Testament keine Geltung haben. Und auf welchen sachlichen Gründen und Zwecken wird dieses ius singulare aufgebaut? RG. 87, 112 und 113 ruft die Entstehungsgeschichte des § 126 Abs. 1 an. Bei den Beratungen zum ersten Entw. sei eine Unterschrift mit dem Familiennamen nicht gefordert worden, weil erlauchte Personen, Fürsten oder Bischöfe, herkömmlich sich nur des Vornamens bedienten. Die seit der zweiten Lesung und dann im Gesetz § 126 Abs. 1 gebrauchte Fassung lautet allerdings dann „durch Namensunterschrift“ unterschreiben. Aber damit sei sachlich nichts geändert worden; der Gesetzgeber habe es absichtlich vermieden, in § 126 Abs. 1 die Unterzeichnung mit dem Familiennamen vorzuschreiben. Deshalb reiche in gewissen Fällen (in welchen, hat noch niemand entdeckt) die Unterzeichnung mit dem bloßen Vornamen aus. Der bürtige, auf die an-

Schreiber nahestehende Personen richten, mit dem bloßen Vornamen mindestens dann als zulässig und ausreichend ansehen, wenn sich aus dem durch die Unterschrift gedeckten Texte die Persönlichkeit des Schreibers für jeden Dritten mit Sicherheit ergibt. Da nun Testamente auch in Briefform gültig errichtet werden können (RG.: JW. 1907, 143), muß es als i. S. des § 2231 Abs. 2 BGB. ausreichend angesehen werden, wenn das Testament mit dem im brieflichen Verkehr üblichen Vornamen unterzeichnet ist (RGZ. 48, 85; RZL. 14, 280). Auch eine Verstümmelung des Namens wird u. U. dann als ausreichend angesehen werden können, wenn trotz der vorgenommenen Verstümmelung noch für jeden, der weiß, wie der Erblasser heißt, erkennbar ist, daß das Geschriebene eine Verstümmelung des dem Erblasser zustehenden Namens ist (RGZ. 50, 79). Dies hat das LG. verkannt; jedenfalls hat es ohne Begründung ausgeführt, daß das Wort „Fifi“ als eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende

gebliche Übung in ganz wenigen außerordentlichen Fällen zugehörte Hinweis der Motive soll dauernd die maßgebende Norm für das allgemeine Verkehrsleben aufweisen, weil § 126 Abs. 1 nichts darüber sage, was zur Namensunterschrift gehört. Die Theorie von der absoluten Geltung des Willens des Gesetzgebers steht heute nicht mehr hoch im Kurse. Über den wirklichen Inhalt der erlassenen Normen entscheidet nicht, was ihr Bildner in sie hineinlegen wollte, sondern nur der Normgehalt selbst. Genaue Erforschung des Gesamtinhaltes des BGB. führt zu dem Ergebnis, daß entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem praktischen Zwecke die gesetzlich verlangte Unterschrift ohne jede Ausnahme mit dem Familiennamen vollzogen werden muß. Handzeichen ist keine Unterschrift. Den exakten Beweis dafür glaube ich in DZB. 1916, 33—36 geliefert zu haben; das hat nirgends Beachtung gefunden; die Berufung auf die, unvollkommen herangeholte, Entstehungsgeschichte gehört zum eiserne Bestande der Rspr.

4. Das RG. sagt nicht, was ja unerträglich wäre, daß überall der Vorname als Unterschrift genüge, wohl aber könne das bei einem eigenhändigen Testament zutreffen. Für diesen Ausnahmefall setzt eine sehr bemerkenswerte Beweisführung ein. Dieses Testament darf auch in Briefform gültig errichtet werden. Folglich müsse es als ausreichend angesehen werden, wenn es statt des Familiennamens mit dem im brieflichen Verkehr üblichen Vornamen unterschrieben ist. Nun ist allbekannt, wie heute mit dem Vornamen umgegangen und gewechselt wird; neben Fritz, Hans, Dora werden zierliche Verkürzungen um bewundernde Beachtung, wie Lo, Lu, Li, Lori, Ffi, Lilo, Rita. Wo ist die Grenze? Das RG. behauptet, daß Fifi die gebräuchliche Abkürzung für Sophie sei. Ich habe überall gefragt; niemand erriet, worauf das sonst für Schoßhündchen gebrauchte Rosewort Fifi abzielte. Dann ist es aber ausgeschlossen, daß noch eine Scheidewand gezogen werden könnte zwischen dem verstümmelten Vornamen und dem willkürlich geprägten Rosenamen wie kleine Maus, Buzzi oder Schokoladenonkel. Auch das RG. stellt Abkürzung und Rosewort gleich. Die nächsten Beteiligten wissen auch hier ganz genau, wer gemeint ist; aber daß, wie das RG. sagt, für jeden Dritten sich mit Sicherheit ergibt, wer als Fifi unterschrieben hat, ist zu befreiten. Und wenn schon, so ist diese Art der Identifizierung, die ebenso durch den Daumenabdruck oder nach Lage der Dinge durch ein Hakenkreuz erfolgen könnte, eben keine Verifikation mehr durch den Namen oder durch Unterschrift. Dazu Ripp: JW. 1931, 1375.

5. Der vom RG. beschrittene Weg muß unweigerlich zu der Rechtsregel führen: das in Briefform eingeklebte eigenhändige Testament kann nach Belieben unterschrieben werden, wenn nur „für jeden, der weiß, wie der Erblasser heißt, erkennbar ist, daß das Geschriebene eine Verstümmelung des dem Erblasser zustehenden Namens ist“. Damit werden die rechtliche Bedeutung und die Zweckbestimmung umgebogen: nicht soll aus dem Namen die Person des Schreibenden rekonstruiert, sondern umgekehrt von dem bereits bekannten (woher?) Schreibenden her dem unterschriebenen Worte als einem angeblichen Vornamen eine Personalbeziehung beigelegt werden. Wird damit die Sicherheit der erbrechtlichen Vorgänge gewährleistet? Ein Testament stellt ein publicum instrumentum dar: für die Steuerbehörde, den Erbseinrichter, die Gläubiger und Schuldner und vor allem gegen die gesetzlichen Erben. Man kann deshalb etwas Würde und Haltung verlangen. Weil es äußerlich in Briefform erscheint, so „ist“ es doch nicht ein Brief. Es scheint nicht recht einzuleuchten, daß die gesetzlichen Testamentformen deshalb abgebeugt werden sollen, weil Fifi briefmäßig „mitgeteilt“ hat, was mit ihrem Nachlaß geschehen sollte: während ihre Anordnungen ungewisselhaft wegen des Mangels einer gültigen Unterschrift nichtig gewesen wären, wenn sie in der normalen Gestalt letztwilliger Bfg. als einseitig rechtsgestaltend austreten würden.

Über allem steht die Erwägung: kann diese schöpferische richterliche Rechtsbildung den wohlverstandenen Interessen des Rechtslebens dienen und Ordnung schaffen gegenüber der ungehemmten libido testatoris?

Geh. Rat. Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

¹) JW. 1915, 1359.

Unterschrift nicht angesehen werden könne. Wendet man die angeführten Rechtsgrundsätze auf den vorl. Fall an, so bestehen keine Bedenken, das Wort „Fifi“ als Abkürzung des Vornamens „Sophie“ anzusehen. Diese Abkürzung ist als Rosenamen für Sophie gebräuchlich. Jeder, der den Vornamen der Erblasserin kennt, kann daraus entnehmen, daß das Geschriebene eine Verkümmelung des ihr zustehenden Vornamens ist. Es ist deshalb so anzusehen, als ob die Erblasserin den Brief mit ihrem Vornamen unterschrieben hat.

(RG., 1b. ZivSen., Beschl. v. 5. Nov. 1931, 1b X 712/31.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

*

10. § 2231 Nr. 2 BGB. Hat der Erblasser ein Testament an einem anderen Ort als dem des Beginnes der Niederschrift vollendet und gibt er als Errichtungsort nur den Ort an, an dem er die Verfügung begonnen hat, so liegt im Falle einheitlicher Testamentserrichtung nur eine unschädliche Ungenauigkeit der Datierung, anderenfalls eine zur Nichtigkeit des Testaments führende Unrichtigkeit der Ortsangabe vor. †)

Die im Febr. 1931 verstorbene Erblasserin aus D. hat eine eigenhändige Verfügung hinterlassen, die mit „Düsseldorf, den 4. Februar 1931“ beginnt und mit „Elisabeth Schwierz, Düsseldorf, den 4. Februar 1931“ abschließt.

Die Erblasserin hat die Verfügung in D. nicht vollendet, sondern in Neuß zum Abschluß gebracht.

Nach § 2231 Nr. 2 BGB. ist die Angabe des Ortes und Tages der Testamentserrichtung Bestandteil des Testaments. Sie ist im Unterschied von der eigentlichen testamentarischen Verfügung nicht Willenserklärung, sondern Zeugnis, und zwar ein Zeugnis, dessen Erteilung zugleich mit der Ermächtigung, einen gesetzlichen Formalakt zu vollziehen, ausnahmsweise dem Testator übertragen ist. Soweit die sonst hierzu berufenen öffentlichen Organen freisteht, den von ihnen vorgenommenen Akt mit einer willkürlichen Orts- oder Tagesangabe zu versehen, soweit steht es auch im Belieben des Errichters eines Privattestaments. Dem BG. ist zuzugeben, daß in der Rspr. und im Schrifttum der Grundsatz aufgestellt worden ist, die Orts- und Tagesangabe müsse auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Testaments, regelmäßig

Zu 10. Dieser Entsch. kann zwar im Ergebnis zugestimmt werden, nicht aber durchaus in ihrer Begr. (Auch RG.: ZfZ. 1, 170 = OGRspr. 44, 98 erregt gewisse Bedenken, die nicht nur von Staudinger-Herzfelder § 2231 V C 2, sondern auch von Ripp, Erbr., 8. Heft. § 13 III N. 20 geäußert worden sind.)

Zunächst ist Einspruch gegen den Satz zu erheben: „Die der Unterschrift folgende Ortsangabe ist daher als nicht vorhanden anzusehen.“ Die diesem Ausspruch vorhergehenden Sätze rechtfertigen diese Folgerung sicherlich nicht und der Tatbestand ergibt nur, daß diese Ortsangabe objektiv unrichtig ist, keineswegs aber kann sie deshalb als nicht vorhanden gelten. Man könnte lediglich sagen, eine unrichtige Ortsangabe, deren Berichtigung nicht aus dem Inhalte des Testaments selbst möglich ist, sei der Wirkung nach einer fehlenden Ortsangabe gleich zu erachten. Vorhanden aber ist und bleibt sie und gerade deshalb macht ihre Unrichtigkeit grundsätzlich das Testament ungültig, sofern nicht besondere Gründe im Einzelfalle dagegen sprechen. Ganz allgemein festzuhalten und der Entsch. gegenüber zu betonen ist weiter, daß die Nichtigkeit des Datums nur nach dem Orte und Tage des Abschlusses sich bestimmt und daß mehrere Daten daher nur dann unschädlich sind, wenn sie sich nicht widersprechen und auch der Abschlußtag und -ort angegeben oder aus dem Testamente zu entnehmen ist. Letzteres ist z. B. entscheidend für den Fall, daß der Erblasser das Testament in Schnellzug Berlin—Neapel errichtet und nur den Tag des Beginns der Niederschrift angegeben, aber auch deren Fortschreiten während der Fahrt erwähnt hat.

Wenn also obige Entsch. meint, daß es genüge, wenn die für den Beginn, nicht aber für den Abschluß der Testamentserrichtung zutreffende Ortsangabe sich im Testamente finde und trotz der Unterbrechung der Testamentserrichtung deren Einheitlichkeit gegeben sei, so ist dem insofern zu widersprechen, als der Einheitlichkeit der Errichtung keineswegs die Bedeutung beizulegen ist, wie sie ihr in dieser Entsch. und in ZfZ. 1, 170 beigemessen wird. Die Einheitlichkeit der Errichtung (unitas actus) wird ja bekanntlich an sich überhaupt nicht erfordert und andererseits kann sie für die Gültigkeit eines Testaments, das ein unrichtiges Datum aufweist, nur dann ins Feld geführt werden, wenn aus dem Testamente selbst die Einheitlichkeit der Errichtung sich ergibt und hiernach, weil auch der Beginn der Niederschrift angegeben ist (wie im erwähnten Falle des Testierens im Schnellzug Berlin—Neapel), ohne weiteres aus dem Inhalte des Testaments die Berichtigung des Datums möglich ist (RG. 64, 423 ff.).

Wie schon im vorstehenden angedeutet, ist die Frage, ob für die Errichtung eines Privattestaments mehrere, verschiedene Orte in Betracht kommen können, nicht anders zu beurteilen als die, ob mehrere Tage dafür in Betracht kommen können. Auch hinsichtlich

also der unterschriftlichen Vollziehung abgestellt werden (RG. 31, A 103; 52, 79; RGRKomm. § 2231 Anm. 5). Die Erblasserin hätte also im vorl. Falle dem § 2231 Nr. 2 BGB. bei genauer Beachtung in der Weise Rechnung tragen müssen, daß sie ihrer in N. geleisteten Unterschrift die Worte „fortgesetzt“ oder „zu Ende geführt in N. am 4. Febr. 1931“ hinzugefügt hätte, statt an dieser Stelle „Düsseldorf, den . . .“ zu schreiben. Die der Namensunterschrift folgende Ortsangabe ist unrichtig, da sie der Wahrheit nicht entspricht. Der Hinweis, daß D. und N. benachbarte, nur wenig voneinander entfernte Orte seien, vermag zu keiner anderen Beurteilung zu führen. In der Rspr. ist allerdings anerkannt, daß die Ortsbezeichnung nicht der politischen Einteilung des Landes entnommen zu werden braucht, daß beispielsweise die postalische Bezeichnung angewendet werden kann (RG.: ZfZ. 1915, 194). Daß aber unter irgendwelchen Gesichtspunkten der Ortsteil von N., in dem das Krankenhaus Herz-Jesu-Kloster liegt, zu D. gerechnet wird, behauptet der Beschw. selbst nicht. Es genügt ferner nicht, daß D. der Wohnort der Erblasserin war, da nicht dieser, sondern der Ort der Errichtung des Testaments anzugeben ist (RG.: ZfZ. 1923, 594). Eine verheerend unrichtige Datierung ist nur dann unschädlich, wenn sich der Irrtum und das richtige Datum aus dem Testamente selbst ergeben (RG. 64, 423; Gruch. 63, 100). Hier bietet der Inhalt des Testaments aber keinen Anhalt dafür, daß es in N. vollendet worden ist. Die der Unterschrift folgende Ortsangabe ist daher als nicht vorhanden anzusehen.

Das Testament weist aber in seinem Eingange die Ortsangabe D. auf. Diese Angabe war z. B. des Beginnes der Niederschrift auch richtig. Das BG. trägt diesem Umstande nicht ausreichend Rechnung. Es hätte erörtern müssen, ob das, was die Erblasserin in D. geschrieben hatte, lediglich den Entwurf oder den Anfang eines Entwurfs darstellen sollte oder ob es sich trotz der durch die Fahrt in das Krankenhaus hervorgerufenen Unterbrechung nicht vielmehr um eine einheitliche Testamentserrichtung handelt. Nur im ersten Falle würde das Testament nichtig sein, weil es die Angabe des Ortes nicht enthält, in dem es zum Abschluß gebracht und damit erst im Rechtsinne errichtet worden ist. Läge dagegen der zweite Fall vor, so würde, wie der Sen. bereits (ZfZ. 1, 170) ausgesprochen hat, zwar eine ungenaue Datierung vorliegen, sie würde aber nicht eine zur Nichtigkeit führende Unrichtigkeit darstellen. Der Sen. hat in der gen. Entsch. an

des Ortes ebenso wie hinsichtlich des Tages der Errichtung kann es aber nur auf denjenigen ankommen, an welchem das Testament abgeschlossen worden ist.

In unserem Falle steht nun fest, daß aus dem Inhalte des Testaments selbst die Berichtigung der unrichtigen Ortsangabe am Schlusse des Testaments nicht möglich ist, und aus dem Testamente selbst geht auch die trotz der Unterbrechung der Testamentserrichtung gegebene Einheitlichkeit derselben nicht zweifellos hervor.

Gerade weil ein Transport ins Krankenhaus zwecks Operation inmitten liegt, wäre es sehr wohl denkbar, daß der Wille der Erblasserin z. B. des Testamentsabschlusses, wenn er auch am gleichen Tage wie der Beginn der Niederschrift erfolgte, vom Willen im Zeitpunkt des letzteren verschieden war. Es wäre auch ein Unterschied in der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin möglich, und das Erfordernis der Richtigkeit der Datierung beruht ja hauptsächlich darauf, daß es kontrolliert und festgestellt soll werden können, ob der Erblasser sich im angegebenen Zeitpunkt am angegebenen Orte befand und ob er in diesem Zeitpunkte geschäftsfähig war.

Mangels irgendwelcher Anhaltspunkte für eine mangelnde Geschäftsfähigkeit aber wird man m. E. gerade in einem Falle, wie dem vorl., dazu kommen müssen, lediglich eine unschädliche Ungenauigkeit der Erblasserin bei der Ortsangabe anzunehmen, nicht aber eine die Ungültigkeit des Testaments bewirkende objektive Unrichtigkeit. Denn die Erblasserin konnte der Meinung sein, daß das benachbarte Krankenhaus zu N. oder auch der letztere Ort selbst zu D. gehöre und daß sie sich noch im Bezirke von D. befinde.

Jedenfalls liegt also nur eine kleine, gut erklärliche Ungenauigkeit in der Ortsangabe vor, die von irgendeiner wesentlichen Bedeutung nicht sein, daher auch die Gültigkeit des Testaments nicht beeinträchtigen kann. Sie ist dem vom RG.: OGRspr. 42, 140 N. 1a entschiedenen Falle vergleichbar, daß eine einheitlich zusammenhängende Niederschrift vor Mitternacht des angegebenen Tages begonnen, aber erst nach Mitternacht vollendet wurde. (Über diesen Fall gleicher Ansicht der RGRKomm. § 2231 N. 5.)

Es würde in der Tat eine Übertreibung der Formvorschriften sein, wenn auch derartige kleine Ungenauigkeiten, die von wesentlicher Bedeutung nicht sein können, als Grund der Ungültigkeit von Testamenten erachtet werden müßten.

Im Gegensatz zu obiger Entsch. dürfte aber dieselbe nur auf den hier hervorgehobenen Gesichtspunkt, den sie freilich auch erwähnt, zu stützen sein, nicht aber darauf, daß wegen der Einheitlichkeit der Testamentserrichtung auch das Datum ihres Beginnes als richtig zu erachten sei.

Geh. ZR. Dr. Felix Herzfelder, München.

den Fall angeknüpft, daß ein vor Mitternacht begonnenes Testament ohne neue Datierung erst nach Mitternacht beendet wird, und ferner an den im RGRKomm. § 2231 Ann. 5 erörterten Fall, daß ein Reisender im Zuge während der Fahrt seinen letzten Willen auspricht und in dem Eingang des Testaments nur den Ort angibt, den er bei Beginn der Aufzeichnung durchfährt, nicht aber den Ort, den er bei Beendigung der Aufzeichnung erreicht hat. Aus der Beurteilung dieser Fälle und aus den in der Rpr. entwickelten Grundsätzen, die Formvorschr. nicht zu übertreiben, und die Ungültigkeit von Testamenten wegen Formverstöße nach Möglichkeit zu vermeiden, wird der Grundsatze abgeleitet, daß eine sonst im Rechtsleben nicht übliche Peinlichkeit bei Datierung nicht verlangt werden kann und daß es deshalb unerschädlich ist, wenn bei einem, wenn auch mit Unterbrechung, aber doch einheitlich errichteten Testament nur der Tag und der Ort angegeben sind, die für den Beginn der Niederschrift zutreffen. An dieser Entsch., die im RGRKomm. § 2231 Ann. 5 und bei Coergel § 2231 Ann. 7 Zustimmung erfahren hat, während sich Staudinger § 2231 Ann. V C 2 zweifelnd äußert, ist festzuhalten.

Die Äußerung der Erblasserin, sie müsse noch etwas an dem Testament schreiben, sie habe zu wenig Zeit gehabt und sei in D. nicht fertig geworden, läßt keinen Zweifel, daß das, was sie in D. geschrieben hat, von vornherein Bestandteil des Testaments sein sollte, dessen Fertigstellung in einem Zuge nur durch äußere Umstände, nämlich durch die Notwendigkeit der Fahrt nach A. gehindert worden ist, ohne daß die Erblasserin ihre Absicht, das Testament zu vollenden, aufgegeben hat.

Hiernach ist das Testament als formgültig anzusehen.

(RG., 1b. ZivSen., Beschl. v. 26. Nov. 1931, 1b X 814/31.)

Mitgeteilt von M. Dr. Schreiner, Düsseldorf.

*

II. §§ 2242, 2249 BGB. Auch wenn die Urkundsperson in dem über die Testamenterrichtung aufgenommenen Protokoll die Schreibensunfähigkeit des Erblassers nicht noch besonders festgestellt hat, kann darin, daß sich unter dem vorgelesenen Teile des Protokolls ein Handzeichen des Erblassers befindet und im Protokoll festgelegt ist, daß der Erblasser dieses Handzeichen unter das Protokoll gesetzt hat, eine ausreichende Feststellung der Erklärung des Erblassers gesehen werden, daß er nicht schreiben könne. *)

Die Eheleute D. haben am 9. Mai 1929 vor dem GemVorst. ein gemeinschaftliches Testament errichtet. In dem darüber aufgenommenen Protokoll schließt sich an die letztwilligen Anordnungen der

Zu 11. Diese Entsch. erregt ernstliche Bedenken. Die reichsgerichtliche Rpr. hinsichtlich des § 2242 Abs. 2 ist schon hinreichend weitgehend und darf nicht, wie es hier durch das RG. geschieht, darin noch überboten werden. Denn eine gewisse Grenze muß einhalten werden, wenn nicht die nun einmal bestehende Formvorschrift des Gesetzes praktisch völlig beseitigt werden soll (vgl. übrigens auch Pipp, Erbr., 8. Bearbeitung, § 15 Nr. I Fußn. 4).

Festzuhalten ist m. E. folgendes, und zwar im wesentlichen im Einklang mit der reichsgerichtlichen Rpr.: Anerkennungsmäßig ist im § 126 BGB. bei letztwilligen Verfügungen nicht anwendbar, die Namensunterschrift wird hier durch ein notariell beglaubigtes Handzeichen nicht ersetzt. Ein Handzeichen an Stelle der Unterschrift ist bei Testamenten weder erforderlich noch genlegend (vgl. § 2240 ff.; RG. 110, 168). Das Handzeichen gilt also niemals als Unterschrift des Erblassers, vielmehr wird nach § 2242 Abs. 2 seine Unterschrift nur durch seine Erklärung, nicht schreiben zu können, und die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt.

Da diese Erklärung aber nicht ausdrücklich zu erfolgen braucht, so kann sie zwar auch in der Unterkreuzung mit einem Handzeichen, das vom Erblasser herrührt, erblickt werden, aber doch sicherlich nur dann, wenn gleichzeitig festgestellt ist, daß durch das Handzeichen die Erklärung der Schreibensunfähigkeit abgegeben werden wollte. Denn nicht aber lediglich ein Erfas der Unterschrift beabsichtigt war. Beda das Handzeichen als Erfas der Unterschrift überhaupt nicht in Betracht kommt, sondern nach der Rpr. nur unter Umständen als Willenserklärung zu deuten ist, so ist dies eben nur möglich, wenn ein auf die Erklärung, nicht schreiben zu können, gerichteter Wille erkennbar und als solcher festgestellt ist, sonst kann unmöglich angenommen werden, daß der Vorschr. des § 2242 Abs. 2 genügt ist.

Es sind ja doch zweifellos Fälle nicht nur denkbar, sondern wohl auch nicht ganz selten, in welchen aus Bequemlichkeit oder Gewohnheit ein Erblasser, statt zu unterschreiben, die Unterkreuzung vornimmt, wie es vollkommen zutreffend vom 3. Sen. des RG.: DLG. 24, 97 ff. angenommen wurde.

Deshalb kann im Handzeichen nur in Verbindung mit der im Protokoll erfolgten objektiven Feststellung der Schreibensunfähigkeit des Erblassers die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, gefunden werden (vgl. in diesem Sinne RG.: Warn. 1911 Nr. 271

Vermerk, daß es den Erblassern vorgelesen, von ihnen genehmigt und von dem Eigentümer D. und seiner Ehefrau . . ., wie folgt, unterschrieben sei. Darunter befinden sich drei Kreuze und neben ihnen der Vermerk: „die drei Kreuze sind von dem Eigentümer D. eigenhändig gemacht“. Es folgen endlich die Unterschriften der Ehefrau D. sowie des GemVorst. und der beiden zugezogenen Zeugen.

Über die Formgültigkeit des Testaments sühnt das RG. aus: Nach der Vorschr. des § 2242 Abs. 2 BGB., die nach § 2249 auch für das unter bestimmten, hier gegebenen Voraussetzungen vor dem zuständigen Ortsvorsteher zu errichtende Testament gilt, kann die sonst erforderliche Unterschrift des Erblassers, wenn er erklärt, nicht schreiben zu können, durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt werden. Die Feststellung braucht aber, wie allgemein angenommen wird, nicht mit den Worten des Gesetzes und überhaupt nicht mit ausdrücklichen Worten getroffen zu werden. Es genügt vielmehr, daß sie in irgendeiner Weise hinreichend deutlich aus dem Protokoll sich ergibt. Demnach war hier zu prüfen, ob in der Unterkreuzung des Protokolls durch den Erblasser seine Erklärung gefunden werden kann, daß er zur Leistung seiner Unterschrift nicht mehr imstande sei. Nimmt man das an, so würde die Feststellung dieser Erklärung mit den Worten getroffen sein, daß der Erblasser die drei Kreuze eigenhändig gemacht habe. Das RG. hält eine solche Auffassung für unmöglich, weil das Protokoll nicht wenigstens einen Hinweis auf die Schreibensunfähigkeit des Erblassers enthalte. Dem ist nicht beizupflichten. Es trifft allerdings zu, daß, soweit in den bisher zur höchstgerichtlichen Entscheidung gelangten Fällen die Unterkreuzung des Protokolls durch den Erblasser als ausreichende Rundgebung seiner Schreibensunfähigkeit anerkannt ist, diese von der Urkundsperson stets noch besonders hervorgehoben war (RG. 65, 375 = JW. 1907, 260; 69, 83 = JW. 1908, 556; Warn. 1917 Nr. 243; RGZ. 37, A 126; DLG. Braunschweig: DLG. 18, 354; RG.: DLG. 44, 99 und 46, 232 = JurWbch. 1925 Nr. 1527). Dabei ist in bezug auf gerichtliche und notarielle Testamente ferner mehrfach erwogen, daß von einer rechtskundigen Urkundsperson nicht anzunehmen sei, sie habe eine zur Unterschriftleistung fähige Person zu bloßer Unterkreuzung zugelassen. An diesen Umständen fehlt es hier. Bei solcher Sachlage hat der 3. ZivSen. des RG. die Erfüllung des in Frage stehenden Formerfordernisses verneint, weil er glaubte, damit rechnen zu müssen, daß der Erblasser nur aus Bequemlichkeit nicht unterschrieben und der Ortsvorsteher die Unterkreuzung als allgemein zulässigen Unterschriftserfaß angesehen habe. Diese Möglichkeiten liegen aber im Hinblick auf die erfahrungsmäßige Bedeutung der Verwendung eines Handzeichens an Stelle der Unterschrift so fern, daß sie ohne besondere Anhaltspunkte bei der Prüfung der Formgültigkeit des Testaments nicht in Betracht gezogen werden dürfen (vgl. RG.: DLG. 46, 234). Das Handzeichen ist die übliche

und 1917 Nr. 243; RZM. V, 48; RG. 56, 368; 65, 375; 69, 79 ff. = JW. 1908, 527 ff.; auch JW. 1908, 556; ferner Reidel, Bem. 5 a und 7 b zu § 177 ZGB., dessen Abs. 2 Satz 1 dem § 2242 Abs. 2 BGB. bekanntlich entspricht).

Das Handzeichen spielt dabei (und dies ist besonders zu betonen) keine andere Rolle als die sonstwie festgestellte Genehmigung des protokollarischen Vermerks über seine Schreibensunfähigkeit durch den Erblasser. Es genügt aber auch nur ein Vermerk der Schreibensunfähigkeit, nicht dagegen auch der eines Umstandes, der die Vermutung der Schreibensunfähigkeit mehr oder minder dringend nahelegt, weil eben die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, gefordert ist, und diese aus dem Handzeichen oder der Genehmigung des Protokolls sich nur ergibt, wenn auch die objektive (gleichgültig ob auch richtige) Feststellung des Schreibensunvermögens vorliegt.

So hat das RG.: RZM. 13, 211 = RGZ. 45, A 120 die Erklärung der Blindheit nicht als Erklärung der Schreibensunfähigkeit erachtet und kann also auch die im vorwärtigen Falle gemachte Feststellung im Protokoll, der Erblasser sei schwachkrank im Bett gelegen, für die Feststellung des Schreibensunvermögens nicht genügen, während allerdings die im Falle des RG. Beschl. v. 12. Mai 1927 (JW. 1927, 2579 = JW. IV, 155 = DLG. 46, 234) angegebene „Nähmung der rechten Hand“ der Feststellung der Schreibensunfähigkeit gleichachtet werden durfte. Mangelte es, wie im vorwärtigen Fall, an einer ausdrücklichen Feststellung im Protokoll darüber, daß Schreibensunfähigkeit vorliegt, so läßt auch nichts mit Sicherheit darauf schließen, daß dem Handzeichen der Wille, diese Schreibensunfähigkeit zu erklären, zugrunde liegt, sondern es liegt im Gegenteil die Möglichkeit vor, der Erblasser habe lediglich, statt zu unterschreiben, es vorgezogen, drei Kreuze zu machen, also nur seine Unterschrift dadurch ersetzen wollen. Dann ist aber auch die Annahme unzulässig, es sei durch dieses Handzeichen als Unterschriftserfaß dem § 2242 Abs. 2 genügt, vielmehr würde dann einfach diese gesetzliche Vorschr. praktisch beseitigt, es würde gewissermaßen durch eine Hintertüre das Handzeichen als Unterschrift entgegen dem Gesetz zugelassen.

Während aber dem Handzeichen bei gleichzeitig objektiver festgestellter Schreibensunfähigkeit des Erblassers die gleiche Bedeutung zukommt wie einer anderweitig erklärten Genehmigung des Protokolls seitens des Erblassers, ist es vor derselben insofern gewissermaßen be-

Form, in welcher Schreibensunfähige eine Urkunde unterzeichnen, und pflegt dazu auch nur von solchen Personen verwendet zu werden. Deshalb rechtfertigt es sich in Übereinstimmung mit RGZ. 37, A 126 darin, daß eine Person sich eines Handzeichens bedient, auch ohne unterstützende Umstände ihre Erklärung zu sehen, sie sei zu der sonst üblichen Form der Unterzeichnung, nämlich der Leistung der Unterschrift, nicht imstande. Besondere Bedenken gegen eine solche Auffassung sind im vorl. Falle nicht begründet. Vielmehr ist es schon nach der im Protokoll getroffenen Feststellung, daß der Erblasser schwerkrank im Bette gelegen habe, wahrscheinlich, daß er zum Schreiben nicht mehr fähig gewesen ist. Darauf deutet ferner das auf eine recht unsichere Führung der Hand zurückzuführende Bild der vom Erblasser gezeichneten drei Kreuze hin. Endlich kommt in Betracht, daß die Ehefrau D. im Gegenzug zu dem Erblasser das Protokoll ordnungsmäßig mit ihrem Namen unterschrieben hat. Andererseits spricht nichts dafür, daß der Erblasser die Unterzeichnung aus einem anderen Grunde gewählt haben könnte als deshalb, weil ihm das Schreiben bei seinem Schwächezustande nicht mehr möglich war. Das Testament ist hiernach als formgültig errichtet anzuerkennen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 5. Nov. 1931, 1 X 718/31.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Karg, Berlin.

*

12. §§ 2290, 2276, 2278 Abs. 2 BGB.; §§ 19, 29 BGBD.
Zur Anwendung des Konsensprinzips.)

Am 7. Juni 1922 haben die beiden Beschw. kurz vor ihrer Verheiratung miteinander vor dem sie auch in diesem Verfahren vertretenden Notar unter Zuziehung von zwei Zeugen einen „Vertrag und Erbvertrag“ geschlossen, in dessen §§ 1—3 sie für den Fall ihres Todes erbrechtliche Bestimmungen getroffen haben und in dessen § 4 der Beschw. F. W. sich verpflichtet hat, seiner Ehefrau alsbald nach der Eheschließung einen Auszug auf seinem oben erwähnten Grundstücke einzutragen zu lassen. Das ist sodann geschehen (Abt. II unter P). In der von demselben Notar beglaubigten „Vöschungsbewilligung“ v. 8. Jan. 1931 hat die Ehefrau die Vöschung ihres Auszugsrechts im Grundbuche bewilligt und der Ehemann als Grund-

stückseigentümer sie beantragt. Am selben Tage hat der Ehemann durch notariellen Vertrag vor dem gleichen Notar sein Grundstück an seinen Sohn aus erster Ehe A. verkauft. Mit Schreiben vom 9. Jan. 1931, eingegangen beim OVR. am 14. Jan. 1931, hat der Notar die Vöschungsbewilligung „zwecks Erledigung des gestellten Antrages“ bei Gericht eingereicht, was aber durch Verfügung vom 21. Jan. 1931 die Eintragung ablehnte, weil die Bestellung des Auszugsrechts auf einem Erbvertrage beruhe und somit die in der Vöschungsbewilligung und im Vöschungsantrage zum Ausdruck gekommene Aufhebung dieser erbvertragslichen Verfügung nach § 2290 Abs. 4 BGB. der Form des § 2276 BGB. bedürfe.

Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Die Auffassung der Vorinstanzen, daß die Vöschungsbewilligung im vorliegenden Falle nicht genüge, weil es sich bei der Vöschung um die Aufhebung eines Teiles des Erbvertrages v. 7. Juni 1922 handle, ist rechtsirrtümlich. Jener Vertrag bezeichnet sich selbst im Eingange als: „Vertrag und Erbvertrag“. Seine §§ 1—3 betreffen erbvertragsliche Bestimmungen; das gilt aber nicht für den Inhalt seines § 4, der lediglich die — nachher erfüllte — Verpflichtung des Ehemannes festlegte, nach der Eheschließung seiner Ehefrau den dort näher bezeichneten Auszug zu gewähren. Diese Verpflichtung fällt vielmehr unter § 2278 Abs. 2 BGB., wonach andere Verfügungen als Erbseinkünfte, Vermächtnisse und Auflagen in einem Erbvertrage vertragsmäßig nicht getroffen werden können. Insofern liegt eine lediglich als reiner schuldrechtlicher Vertrag zu wertende Vereinbarung vor, und auch deshalb hat der amtierende Notar gerade für den Vertrag v. 7. Juni 1922 die Überschrift: „Vertrag und Erbvertrag“ gewählt. Reinesfalls ist demgemäß irrgündig ein Grund ersichtlich, die Anwendung des sogenannten Konsensprinzips des § 19 BGBD. hier nicht gelten zu lassen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 20. Juli 1931, 1 X 420/31.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Streubel, Reife (D.-S.).

vorzugt, als bei einem Handzeichen der beigefügte Vermerk über die objektive Schreibunfähigkeit nicht vorgelesen und genehmigt zu werden braucht, sondern in jedem Falle als durch das damit in Beziehung zu bringende Handzeichen in dem Sinne bestätigt gilt, daß darin die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, zu finden ist, und als die Feststellung dieser Erklärung dann durch die beigefügte Bestätigung, daß vom Erblasser das Handzeichen herrührt, gegeben erscheint. Diese Feststellung vor der Unterschrift des Urkundsbeamten gilt ja wegen der wechselnden Bedeutung des Begriffs „Protokoll“ als „im Protokoll“ erfolgt, während sie nicht der Vorlesung und Genehmigung wie der eigentliche Inhalt des Protokolls bedarf (vgl. hierzu JW. 1908, 556 und insbes. JW. 1909, 314/15; letztere Entsch. betont ausdrücklich, daß im dort entschiedenen Falle eine Unterzeichnung seitens des Erblassers nicht vorlag, „in welcher eine Genehmigung auch des dem eigentlichen Protokoll angefügten Vermerks hätte gefunden werden können“).

In den Fällen, in welchen nur die objektive Feststellung der Schreibunfähigkeit des Erblassers ohne Beifügung seines Handzeichens vorliegt, ist dagegen die an sich (vgl. RG. 63, 31 f. und 69, 82 = JW. 1908, 527 sowie JW. 1908, 556) nicht nötige Vorlesung und Genehmigung des Feststellungsvermerks über die Schreibunfähigkeit die unentbehrliche Grundlage für die Annahme, daß der Erblasser die vom Gesetz erforderte Erklärung, nicht schreiben zu können, abgegeben hat (vgl. RG.: JW. 1909, 314 und OVRkomm. Bem. 4 zu § 2242), und genügt hier also nicht ein nachträglich dem eigentlichen Protokollinhalt nach seiner bereits erfolgten Vorlesung und Genehmigung beigefügter Vermerk über die Schreibunfähigkeit des Erblassers (vgl. hierzu RG.: JW. 1909, 314/15 und RZ. 13, 206 f. = RGZ. 45, A 120).

Aus letzterem Grunde kann ich auch meine Bem. in JW. 1927, 2579 zum dort abgedr. Beschl. des RG. v. 12. Mai 1927 nicht aufrechterhalten, nachdem diese Entsch. mit den angeführten Entsch. im Widerspruch steht und der erwähnte Beschl. des RG. selbst ja ausdrücklich die Meinung ablehnt, „daß die Feststellung der Vorlesung und Genehmigung der Niederschrift durch die Erblasserin vorliegend auch den dieser Feststellung nachfolgenden Vermerk der Schreibunfähigkeit der Erblasserin mit unfaßlicher! Trotz der vorsichtigen Beklausulierung jenes Beschl. des RG. kann eine dem § 2242 Abs. 2 entsprechende Erklärung des Erblassers und deren Feststellung in der objektiven Angabe des Schreibvermögens seitens des beurkundenden Beamten niemals gefunden werden, wenn eben nicht eine im Protokoll festgestellte Genehmigung dieser Angabe seitens des Erblassers entweder durch die ausdrückliche Genehmigung des bezüglichen Vermerks oder durch Beifügung des Handzeichens des Erblassers hinzukommt. Es ist also festzuhalten:

Wenn nicht die ausdrückliche Erklärung des Erblassers über seine Schreibunfähigkeit und die Feststellung dieser Erklärung im

Protokoll vorliegt, so muß, damit der gesetzlichen Vorschr. genügt wird, in jedem Fall erstens die Schreibunfähigkeit objektiv vermerkt sein und zweitens dieser Vermerk entweder durch Unterzeichnung des Protokolls oder durch sonstige Genehmigung des Vermerks als Protokollbestandteil vom Erblasser genehmigt worden.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich also die Ablehnung der obigen Entsch. des RG. v. 5. Nov. 1931, die sich auch keineswegs auf RGZ. 37, A 126 berufen kann, da im Falle dieses Beschl. im Gegenzug zu unserem Falle im Protokoll ausdrücklich bemerkt war, daß von der Erblasserin, „da dieselbe wegen Zitterns in den Händen ihren Namen nicht schreiben konnte“, das Protokoll unterkreuzt wurde.

Gch. Jm. Dr. Felix Herzfelder, München.

Zu 12. Die Entsch. ist zutreffend. Nicht zu verstehen ist, daß zwei Instanzen anders urteilen konnten. Wenn Lebende eine Grundbucheintragung vornehmen oder aufheben, so kann dies mit einem zwischen ihnen bestehenden Erbvertrag nichts zu tun haben. Denn gemäß § 2278 Abs. 2 BGB. dürfen in einem Erbvertrag nur letztwillige Verfügungen getroffen werden, die also erst nach dem Tode einer Partei wirksam werden können. Daher unterlag die vom Grundbuchrichter aufgeworfene Frage überhaupt nicht seiner Beurteilung.

Jedenfalls aber hätte er, selbst wenn der Vertrag vom Notar nicht so sorgfältig als „Vertrag und Erbvertrag“ bezeichnet worden wäre, aus § 2278 BGB. die der Grundbucheintragung zugrunde liegende Abmachung entweder als unzulässig oder — wie das RG. mit Recht ausspricht — als einen zulässigerweise mit dem Erbvertrag verbundenen schuldrechtlichen Vertrag (vgl. auch BayObV. DJZ. 1928, 901) behandeln müssen. In beiden Fällen aber bedurfte es keiner notariellen Aufhebung des nichtigen oder schuldrechtlichen Vertragsteils. Es blieb eine Eintragung im Grundbuche übrig, die der Berechtigte zu löschen bewilligte, der Eigentümer beantragte, beides in grundbuchmäßiger Form. Dem war ohne Weiterungen stattzugeben.

Wollte man der Auffassung der ersten Richter folgen, so würden sich die nachstehenden Unmöglichkeiten ergeben: die Frau könnte nach dem Tode des Mannes niemals die Vöschung bewilligen, weil dann eine „Änderung des Erbvertrags“ gem. § 2290 Abs. 1 Satz 2 nicht mehr zulässig wäre. Sie könnte es jedoch bei Lebzeiten des Mannes, wenn nur zuvor das Grundstück an einen Dritten umgeschrieben würde und dieser den Vöschungsantrag stellte, weil dann mangels Identität der Parteien die Konstruktion einer „Änderung des Erbvertrags“ hinfällig würde.

Wenn man allerdings die Haftung der unteren Instanzen nicht einschränkt, wird das RG. noch oft mit dergleichen Sachen bemüht werden müssen.

OGR. u. OVR. Dr. P. Erlanger, Frankfurt a. M.

III. Ordnungsstrafrecht des preuß. Freiwilligen Gerichtsbarkeitsgesetz.

13. Art. 15 PrZGG. Ordnungsstrafe ist nur Weugemittel, nicht aber nachträgliche Sühne für bereits begangenes Unrecht.

Die in Art. 15 PrZGG. zugelassenen Ordnungsstrafen sind, wie aus Fassung und Zweck des Gesetzes hervorgeht und in der Nrpr. anerkannt ist, nur als Weugemittel, nicht aber als nachträgliche Sühne für bereits begangenes Unrecht anzusehen (RG. 36, A 6; OLG Nrpr. 32, 48; Schlegelberger, A 4 zu § 33 ZGG.). Im Interesse der Rechtssicherheit und nach dem Zweck des Erfordernisses der Androhung muß auch darauf festgehalten werden, daß mittels der angedrohten Strafe lediglich jene Handlung erzwungen werden darf, für deren Unterlassung die Strafe angedroht worden ist.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 27. März 1931; 1a X 235/31.)

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Berichtet von Dr. Dr. Friedrich Goldschmidt II, München.

a) Zivilsachen.

1. § 2260 BGB.; Art. 101 BayKostenG. v. 16. Febr. 1921 (GWB. 133); Tarif Nr. 3 StempG. v. 16. Febr. 1921 (GWB. 182); §§ 33, 15 GrErbStG. v. 11. März 1927 (GWB. 72). Die Eröffnung eines Testaments kann nur vom Nachlassgericht selbst, nicht im Wege der Rechtshilfe durch ein ersuchtes Gericht erfolgen; eine Testamentseröffnungsgebühr fällt nur an für eine dem § 2260 BGB. genügende Testamentseröffnung. Der Übergang von Eigentum, Miteigentum und Gesamteigentum an Grundstücken kann keiner landesrechtlichen Stempelabgabe unterstellt werden. †)

a) Zur Frage der Testamentseröffnungsgebühr: Nach § 2260 BGB. hat das NachlGer., sobald es von dem Tode des Erblassers Kenntnis erlangt hat, zur Eröffnung eines in seiner Verwahrung befindlichen Testaments einen Termin zu bestimmen, hierzu die betreffenden Erben und die sonstigen Beteiligten soweit luntlich zu laden; in dem Termin ist das Testament zu eröffnen, den Beteiligten zu

Zu 1. Der Entsch. ist durchaus beizustimmen. Sie nimmt mit Recht der herrschenden Meinung entsprechend an, daß die Eröffnung eines Testaments nur durch das Nachlassgericht selbst (wenn es nach §§ 2260, 2261 BGB. und Art. 2 BayNachlG. dazu berufen ist; vgl. Staudinger, Bem. II zu §§ 2260 ff.) erfolgen kann und nicht im Wege der Rechtshilfe durch ein anderes Gericht. Von dieser Eröffnung ist die Verhängung der Beteiligten vom Inhalte des Testaments nach § 2262 streng zu unterscheiden (vgl. hierzu auch BayObLG. 17, B, 152). Ein Bedenken könnte vielleicht daraus entnommen werden, daß regelmäßig (also abgesehen von dem Falle, daß die Verfügung von Todes wegen zu Verlust ging, aber trotzdem bewiesen werden kann) die förmliche „Eröffnung“ eines Testaments die Voraussetzung für die Erteilung eines Erbscheins auf Grund desselben bildet (vgl. Planck, Bem. 4 zu § 2355; Staudinger, Bem. IV zu §§ 2354 f. und Bem. I zu § 2260 f.; RGKomm., Bem. 1 zu § 2355). Aber einerseits ist der Erbschein auch beim Mangel dieser Voraussetzung sicher nicht ungültig (eine Frage, die in dieser Entsch. nicht geprüft ist und auch gar nicht zu prüfen war, weil es sich nur um die Gebühr für Testamentseröffnung handelte), andererseits kann man jedenfalls nicht umgekehrt sagen, es sei wegen der erfolgten Erteilung des Erbscheins die Sache so zu betrachten und zu behandeln, wie wenn eine Eröffnung des Testaments stattgefunden hätte.

Allerdings unterblieb die Eröffnung nur, weil das Nachlassgericht den offenbar im Gegenfalle zu ihm vom BeschwG. als gültiges Testament erachteten Brief nicht als rechtswirksame letztwillige Verfügung ansah; aber es kommt für die Frage, ob für die Eröffnung des Testaments eine Gebühr nach dem Art. 101 BayKostenG. zur Erhebung zu kommen hatte, nicht darauf an, aus welchem Grunde die Eröffnung unterblieb, sondern nur auf die Tatsache, daß sie unterblieb. Denn diese Gebühr bildet eine Gegenleistung für den in der Eröffnung der Testamentsurkunde liegenden gerichtlichen Akt (s. BayObLG. 17, B, 153).

Der obigen Entsch. ist auch insofern beizustimmen, als sie in Übereinstimmung mit früherer Entsch. des BayObLG. (vgl. BayObLG. 29, 433 und BayMBlz. 1931, 175) ausspricht, daß nach § 33 Abs. 2 GrErbStG. die Länder Abgaben vom Eigentumsübergang an Grundstücken auch dann nicht erheben dürfen, wenn § 8 GrErbStG. anwendbar ist, wonach der Erwerb von Todes wegen von der GrErbSt. frei ist.

Geb. Dr. Dr. Felix Herzfelder, München.

verkünden und ihnen vorzulegen; die Verkündung darf im Falle der Vorlegung unterbleiben. Eine diesen Bestimmungen genügende Testamentseröffnung kann, wie Nrpr. u. Schrifttum fast einhellig annehmen (f. RGZ. 25, A 217; 27, A 38; BayObLG. 5, 516; 17 B 145/151; RG.: BayZ. 1927, 255; Planck, BGB. § 2260 Anm. 3; Staudinger, BGB. § 2260 I S. 801; Haberstumpf-Barthelmeß, NachlG., 3. Aufl., S. 75 Nr. 1 a. G. zu § 32 NachlG.; a. N. v. Falta: BayZ. 1927, 255), nur vom NachlGer. selbst erfolgen; eine Eröffnung durch ein anderes Gericht im Wege der Rechtshilfe ist unzulässig; im Wege der Rechtshilfe kann nur die Verhängung der Beteiligten von dem Inhalte eines vom NachlGer. selbst eröffneten Testaments erfolgen; von dieser Ansicht abzuweichen, besteht kein Anlaß; daß es i. S. des Gesetzes liegt, daß nur durch das NachlGer. selbst und nicht durch unter Umständen mehrere ersuchte Gerichte die Eröffnung des Testaments rechtswirksam erfolgen kann, zeigt auch die Vorschrift in § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB., wonach die Ausschlagungsfrist von der Verkündung der legtim. Verf. an läuft. Eine Eröffnung durch das NachlGer. selbst hat aber im vorl. Falle nicht stattgefunden, weder eine Verkündung noch eine Vorlegung; allem Anschein nach hat sich das NachlGer. auf den Standpunkt gestellt, daß das Testament, das es für rechtswirksam hielt, überhaupt nicht zu verkünden sei. Nach Art. 101 KostenG. fällt die Testamentseröffnungsgebühr an für die „Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen“. Bei dem inneren Zusammenhang, der zwischen den die Gebühren für „Nachlass- und Teilungssachen“ regelnden Bestimmungen der Art. 88 ff. KostenG. mit den erbrechtlichen Bestimmungen des BGB. besteht, muß davon ausgegangen werden, daß eine „Eröffnung“ einer legtim. Verf. i. S. des Art. 101 KostenG. nur vorliegt, wenn eine „Eröffnung“ i. S. des § 2260 BGB. gegeben ist; da das nach dem oben Dargelegten nicht der Fall ist, ist keine Eröffnung i. S. des Art. 101 KostenG. erfolgt und deshalb auch eine Testamentseröffnungsgebühr i. S. des Art. 101 KostenG. nicht angefallen.

b) Zur Frage der Stempelabgabe nach TarNr. 3. Dem BeschwG. ist zuzugene, daß sich aus dem inneren Zusammenhang, der zwischen Abs. 1 u. 2 TarNr. 3 besteht, ergibt, daß nur solche „Eintragungsbewilligungen“ der Stempelpflicht nach Abs. 2 unterliegen, die sich auf die in Abs. 1 näher bezeichneten Rechtsvorgänge beziehen; es bedarf aber keiner Prüfung der vom LG. verneinten Frage, ob der Wechsel in der Person des Trägers eines Rechtes eine „Änderung des „Inhalts“ eines eingetragenen Rechts“ an einem Grundstück darstellt, jedenfalls müßte, selbst wenn die TarNr. 3 auch den Wechsel im Eigentum an einem Grundstück oder in einem Anteil an einem Grundstück einer Stempelabgabe unterstellen wollte, diese Bestimmung, weil sie im Widerspruch mit dem Reichsrechte stünde, für unwirksam erachtet werden. Der Übergang vom Eigentum an inländischen Grundstücken unterliegt nach § 1 GrErbStG. v. 11. März 1927 (GWB. 72) der Grunderwerbsteuer; der Grunderwerbsteuer unterliegt, wie insbes. § 15 GrErbStG. ergibt, grundsätzlich auch der Übergang von Miteigentum und von Gesamteigentum. Gemäß § 33 GrErbStG. kann demnach aus Anlaß des gleichen wirtschaftlichen Vorgangs eine landesgesetzliche Abgabe nicht mehr erhoben werden; es gilt dieses, da der Eigentumsübergang an Grundstücken grundsätzlich von der Reichssteuererhebung erfaßt ist, auch von Rechtsvorgängen, die ausnahmsweise, wie nach § 8 Nr. 1 GrErbStG., der Erwerb von Todes wegen, von der Grunderwerbsteuer frei sind (s. den Beschl. des Sen. v. 23. Dez. 1930, Reg. V 9/30, BayZ. 1931, 175).

(BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 18. März 1931, Reg. V 3/31.)

b) Straffachen.

2. § 361 Abs. 1 Nr. 10 StGB. Als fremde Hilfe ist jede Hilfe zu erachten, die dem Unterhaltsbedürftigen nicht von dem an erster Stelle Unterhaltspflichtigen gewährt wird. †)

Die gesetzliche Unterhaltspflicht des Angekl. gegenüber seiner geschiedenen Frau ergibt sich aus § 1578 Abs. 1 BGB.

Das AG. hat zutreffend angenommen, daß der Angekl. gem. § 1608 Abs. 1 und 2 BGB. vor den Verwandten seiner geschiedenen Frau, sohin auch vor dem Sohne R. M., verpflichtet ist, der geschiedenen Frau Unterhalt zu gewähren. Wichtig ist insoweit die Anschauung des Erstrichters, daß die von dem Sohne R. M. seiner Mutter gewährten Unterstützungen als fremde Hilfe zu beurteilen sind. Denn als fremde Hilfe i. S. des § 361 Abs. 1 Nr. 10 StGB. ist jede Hilfe zu erachten, die dem Unterhaltsbedürftigen nicht von dem an erster Stelle Unterhaltspflichtigen gewährt wird (vgl. Dischhausen, 11. Aufl., Bem. g zu § 361 Nr. 10 StGB.). Der Erstrichter hat jedoch nicht festgestellt, daß der Sohn R. M.

Zu 2. Die Entsch. nimmt zu mehreren Zweifelsfragen, zu welchen der wenig glückliche Wortlaut des § 361 Abs. 10 StGB. begründeten Anlaß gegeben hat, eine Stellung, die im allgemeinen

die Unterstüßungen seiner Mutter auf Grund des Eingreifens der Behörde gewährt hat. Es fehlt daher die Feststellung, daß die von R. M. geleistete (fremde) Hilfe durch Vermittlung der Behörde in Anspruch genommen worden ist.

Unzutreffend ist auch die Annahme des UG., daß der Angekl. sich um deswillen der ihm gegenüber seiner geschiedenen Frau obliegenden Unterhaltspflicht entzogen habe, weil von ihm nur ein Betrag von 127 M freiwillig geleistet, dagegen der weitere Betrag von annähernd 300 M nur durch die gegen ihn betriebenen Pfändungen von der geschiedenen Frau erlangt worden sei. Die durch die Pfändungen von ihr beigetriebenen Unterhaltsbeträge können nicht als fremde Hilfe angesehen werden; sie sind vielmehr aus Mitteln des Angekl. geleistet worden.

Das UG. hat in seinem Urteil auch nicht festgestellt, wann der BezFürVerb. den Angekl. aufgefordert hat, seine gesetzliche Unterhaltspflicht gegenüber seiner geschiedenen Frau zu erfüllen, und wann das Wohlfl. der geschiedenen Frau des Angekl. die im amtsgerichtlichen Urteil aufgeführten zwei kleineren Unterstüßungen gewährt hat. Die Unterlassung dieser Feststellungen bildet einen Mangel des angefochtenen Urteils. Denn es ist nicht ersichtlich, ob die beiden Unterstüßungen von dem genannten Wohlfl. der geschiedenen Frau des Angekl. nach der von dem BezFürVerb. an den Angekl. gerichteten Aufforderung, seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber seiner geschiedenen Frau nachzukommen, gewährt worden sind. Eine solche Feststellung ist aber notwendig, weil die bereits vor der Aufforderung der zuständigen Behörde zur Erfüllung der Unterhaltspflicht geschehene Unterlassung der Unterhaltsleistung der Strafbes. des § 361 Abs. 1 Nr. 10 StGB. nicht unterliegt, sondern zur Verwirklichung des Tatbestandes dieser Übertretung erforderlich ist, daß die Verletzung der Unterhaltspflicht der genannten Aufforderung nachfolgt (vgl. BayObLGSt. 7, 235, 238; 30, 126; Lpz. Komm., 4. Aufl., Bem. X, 8 zu § 361 StGB.; Lis-Hausen a. a. D. Bem. f Abs. 1 zu § 361 Nr. 10 StGB.).

(BayObLG., Ur. v. 21. Jan. 1932, RevReg. II Nr. 874/31.)

*

3. § 361 Abs. 10 StGB. Die Verwirklichung des Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes findet ihre Grenze an den eigenen Existenzbedingungen des unehelichen Vaters; diesem brauchen jedoch nur die Mittel für seinen notwendigen Unterhalt zu verbleiben. Die Frau des natür-

der herrschenden Lehre entspricht und zu billigen ist. Zunächst bestimmt sie den Begriff der „fremden Hilfe“ mit Recht dahin, daß dazu auch Unterstüßungen gehören, die ein erst hinter dem zunächst Unterhaltspflichtigen, also ein nur subsidiär Verpflichteter dem Unterhaltberechtigten gewährt. Eine andere, engere Auslegung dieses Begriffs würde in der Tat die Strafbestimmung auch noch ihrer letzten praktischen Bedeutung entkleiden, die sowieso schon sehr gering zu werten ist. Daß der Tatbestand des § 361 Ziff. 10 die Verletzung des säumigen Unterhaltspflichtigen weiter davon abhängig macht, daß die fremde Hilfe „durch Vermittlung der Behörde“ — und zwar einer zuständigen Behörde, worüber in dieser Entsch. nichts gesagt ist — „in Anspruch genommen“ (wenn auch dann vielleicht freiwillig geleistet) wurde, ist im Gesetz ausdrücklich gesagt und von der Vorinstanz wohl versehenlich nicht ausdrücklich festgestellt worden. Schon dieser Mangel mußte aber zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache führen.

Die Vorinstanz hatte weiter festgestellt, daß der angeklagte Ehemann zwar einmal einen geschuldeten Unterhaltsbeitrag seiner Ehefrau freiwillig geleistet, einen weiteren fälligen Betrag aber erst entrichtet hat, nachdem gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung vorgegangen war. Aus der letzteren Tatsache durfte die Vorinstanz nur ableiten, daß der Angekl. mit Erfüllung seiner Unterhaltspflicht schuldhaft säumig war — was eine weitere Voraussetzung seiner Strafbarkeit war. Wenn der Vorderrichter hieraus statt dessen, wie es den Anschein hat, den Schluß gezogen hat, daß die zwangsweise Beitreibung von Unterhaltsgeldern bereits die „Zuanspruchnahme fremder Hilfe“ enthalte, so ist dem das RevG. mit Recht entgegengetreten. Daß die „behördliche Aufforderung“ zur Erfüllung der Unterhaltspflicht schon vorher erfolgt sein muß, ehe öffentliche Mittel zur Unterstüßung aufgewendet wurden, andernfalls eine Bestrafung aus § 361 Ziff. 10 StGB. ausgeschlossen ist, stellt das Urteil mit Recht fest.

Das Urteil zeigt aber wiederum, daß der jetzige Wortlaut des § 361 Ziff. 10 den Fürsorgeverbänden keine geeignete Handhabe bietet zu einem erfolgreichen strafrechtlichen Vorgehen gegen säumige Unterhaltspflichtige, wenigstens in einer Mehrzahl der Fälle. Theorie und Praxis des Fürsorgerechts sind sich schon lange darüber einig; ich verweise hierzu nur auf mein i. J. 1920 erschienenenes Buch „Ein Reichsarmengesetz“ S. 351 und auf den Entw. des neuen StGB., der mit gänzlich veränderter Fassung die vorläufige Verletzung der Unterhaltspflicht unter die Vergehen, statt unter die Übertretungen, einreicht.

Geh. IR. Diefenbach, Heidelberg.

lichen Vaters kann zwar den ihr zukommenden Unterhalt von ihrem Manne nicht erst dann beanspruchen, wenn das uneheliche Kind bezüglich seines Unterhaltsanspruchs befriedigt ist; sie muß sich aber diejenigen Beschränkungen ihres Unterhaltsanspruchs gefallen lassen, die sich aus der Pflicht ihres Mannes ergeben, seinem unehelichen Kinde Unterhalt zu gewähren.

Auch die Frau kann — ebenso wie ihr Mann — in diesem Falle nur die Leistung des notwendigen Unterhalts beanspruchen, soweit die Unterhaltsleistung für das uneheliche Kind dies erfordert. Die Frau hat auch, wenn die Ehegatten im Güterstande der Gütertrennung leben, gemäß § 1427 Abs. 2 BGB. dem Manne zur Bestreitung des ehelichen Aufwands einen angemessenen Beitrag aus den Einkünften ihres Vermögens und aus dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts zu leisten (vgl. RGRKomm., 6. Aufl., Bem. 2 zu § 1708 BGB.; Lis-Hausen, 11. Aufl., Bem. c Abs. 2 und 8 zu § 361 Nr. 10 StGB.; RG.: JW. 1925, 2158² und 1930, 580⁴⁴; DLG. Königsberg: HöchstRRspr. 1930 Nr. 753; DLG. Hamm: GoldArch. 62, 211; DLG. Naumburg: DRZ. 1926 Rspr. Nr. 430; DLG. Dresden: Sächs. Ann. 27, 471 und HöchstRRspr. 3, 25).

Zur Leistung des Unterhalts ist auch derjenige in der Lage, der bei pflichtmäßiger Ausnutzung seiner Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit instande ist, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, obwohl er bei derzeitiger ungenügender Ausnutzung seiner Fähigkeiten keine ausreichenden Mittel zur Erfüllung dieser Pflicht hat. Daher kann der Ehemann, der unentgeltlich oder nur gegen unverhältnismäßig geringes Entgelt in einem landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betriebe seiner Frau Dienste leistet, nicht mit Erfolg geltend machen, daß er nicht in der Lage sei, durch Ausnutzung seiner Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit die zum Unterhalte seines unehelichen Kindes erforderlichen Geldmittel zu erwerben. Es ist auch belanglos, ob der Unterhaltspflichtige in der Lage ist, den ganzen Unterhalt des Kindes zu bestreiten; denn einen solchen Grad der Leistungsfähigkeit erfordert das Gesetz nicht; es genügt zur Erfüllung des äußeren Tatbestandes des § 361 Abs. 1 Nr. 10 StGB., daß der Unterhaltspflichtige einen Teil des Unterhalts bei pflichtmäßiger Ausnutzung seiner Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit zu bestreiten in der Lage wäre (vgl. Lpz. Komm., 4. Aufl., Bem. X, 2 zu § 361 StGB.; Lis-Hausen a. a. D., Bem. c Abs. 1, 3 und 5 zu § 361 Nr. 10 StGB.; BayObLGSt. 7, 80, 84; Ur. des erk. Sen. v. 14. Juli 1930, RevReg. II 334/30; RG.: DRZ. 1926 Nr. 239, 240; DLG. Königsberg: LZ. 1929, 796³; DLG. Celle: GoldArch. 46, 351 und 61, 367, 368; DLG. Dresden: GoldArch. 56, 107, 108).

Der Angekl. hat in dem acht Tagewerk Felber und Wiesen umfassenden Anwesen seiner Frau gegen Gewährung der Kost und Wohnung, aber ohne Geldvergütung mitgearbeitet und außerdem in dem Hause seiner Frau eine auf deren Namen und für ihre Rechnung geführte Fahrradreparaturwerkstätte ohne Entgelt betrieben. Der Erstrichter hat nicht als erwiesen erachtet, daß der Angekl. in der Lage sei, seinem unehelichen Kinde Unterhalt zu gewähren. Er hat ausgeführt, die Erträgnisse aus dem Betriebe der Fahrradreparaturwerkstätte könnten „kaum“ in das Gewicht fallen; selbst wenn diese Erträgnisse als zum Vermögen des Angekl. gehörig anzusehen wären, so könne dies zur Befreiung des Angekl. nicht verwertet werden, weil der Nachweis fehle, daß sie eine solche Höhe erreichen, daß aus ihnen dem unehelichen Kinde ein Teil zuzufleßen könnte, ohne daß die notwendige Lebenshaltung des Angekl., seiner Frau und deren Mutter beeinträchtigt werden würde.

Die Feststellungen genügen nicht zur Freisprechung. Die Ausführungen sind zu unbestimmt. In dieser Beziehung kommt nachstehendes in Betracht:

a) Der Richter hätte genau prüfen und feststellen müssen, welche Erträgnisse der landwirtschaftliche Betrieb und der Betrieb der Fahrradreparaturwerkstätte abwerfen, welche Beträge zur Bestreitung des notwendigen Unterhalts des Angekl., seiner Frau und deren unterhaltberechtigten Mutter benötigt sind, ob die Arbeitskraft des Angekl. durch die Beschäftigung in dem landwirtschaftlichen Betriebe seiner Frau sowie durch die Ausübung des auf den Namen und für Rechnung seiner Frau von ihm geführten Gewerbebetriebes vollständig in Anspruch genommen und ausgenützt wird und ob er sich mit Erfolg darauf berufen kann, daß er in dem Betriebe seiner Frau ohne Barvergütung beschäftigt ist. Diese Prüfung und Feststellung wäre um so mehr geboten gewesen, als der Erstrichter selbst davon ausgeht, daß der Angekl. die Fahrradreparaturwerkstätte zu dem ausschließlichen Zweck auf den Namen und für Rechnung seiner Frau betreibt, um die Verwirklichung des Unterhaltsanspruchs seines unehelichen Kindes zu vereiteln. Wenn der Angekl. bei pflichtmäßiger Ausnutzung seiner Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit instande ist, außerhalb des landwirtschaftlichen und gewerblichen Betriebes seiner Frau einen höheren Verdienst zu erzielen als durch die Beschäftigung in diesen Betrieben, so muß er als verpflichtet erachtet werden, die einen höheren Verdienst bringende Beschäftigung

auszuüben, um die Mittel zur ganzen oder wenigstens zur teilweisen Bestreitung des Unterhalts für sein uneheliches Kind zu erwerben. Die Frau des Angekl. hat in einem solchen Falle, wenn dies zur Erledigung der zu verrichtenden Arbeiten notwendig ist, eine fremde Hilfskraft einzustellen, sofern diese einen geringeren Kostenaufwand verursacht, als der von ihrem Manne durch anderweitige Ausnutzung seiner Arbeitskraft zu erzielende Verdienst ausmacht.

b) Weiter hätte der Erstrichter nicht unbeachtet lassen dürfen, daß der Unterhaltsanspruch der Frau des Angekl. durch die diesem gegenüber seinem unehelichen Kind obliegende Unterhaltspflicht nicht völlig unberührt bleiben kann, sondern daß die Frau sich bei diesem Anspruch eine Beschränkung insoweit gefallen lassen muß, als die Grenze ihres notdürftigen Unterhalts überschritten wird, daß ferner die Frau nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit dem Angekl. gemäß § 1427 Abs. 2 BGB. einen angemessenen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwands aus den Einkünften ihres Vermögens sowie aus dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbstständig betriebenen Erwerbsgeschäfts zu gewähren hat.

(BayObSt., StrSen., Ur. v. 20. Okt. 1930, RevReg. II Nr. 506/30.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

I. Materielles Recht.

1. §§ 119, 1330 ff., 1755 BGB. Ein Adoptionsvertrag kann wegen Irrtums über die Person des Adoptierten angefochten werden. Ein solcher Irrtum liegt vor, wenn eine auf Erbanlagen beruhende psychopathische Veranlagung sich erst vier Jahre nach der Adoption bemerkbar macht.

Die klagenden Eheleute haben den Bekl. an Kindes Statt angenommen. Sie verlangen mit der vorliegenden Klage die Feststellung, daß der Kindesannahmevertrag unwirksam sei, und tragen vor, daß das beklagte Kind infolge erblicher Belastung geisteskrank oder jedenfalls so schwer psychopathisch sei, daß die Anbahnung einer Geisteskrankheit festgestellt werden müsse. Sie führen aus, daß das bis zum 4. Lebensjahre sich normal entwickelnde Kind von dann ab sich als schwer erziehbar erwiesen habe, stehle und lüge und durch sein Betragen in der Schule die Mitschüler gefährde, so daß die Entfernung des Kindes aus der Klassengemeinschaft notwendig sei.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, weil die zu einer Anfechtung des Annahmevertrages eventuell berechtigenden Eigenschaften des Bekl. bei Abschluß des Annahmevertrages nicht vorgelegen hätten. Der vernommene Sachverständige kommt in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, daß der Bekl. zur Zeit nicht geisteskrank, aber in sehr hohem Grade psychopathisches Kind ist, daß die Psychopathie auf Erb, auf Erbfaktoren bestimmten Veranlagung beruht, und daß diese Erbfaktoren zur Zeit des Abschlusses des Annahmevertrages gegeben waren.

Die Berufung ist begründet.

Wegen die Zulässigkeit der Anfechtung eines Adoptionsvertrages wegen Irrtum bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Die Vorschriften des allgemeinen Teiles des BGB. über die Anfechtung von Willenserklärungen gelten grundsätzlich auch für Willenserklärungen des Familienrechts. Die Auffassung des Bekl., daß ein Adoptionsvertrag eine ähnliche rechtliche Bedeutung habe wie die Eheschließung und eine ähnliche rechtliche Bedeutung habe wie die Eheschließung und mangels einer den §§ 1330 ff. BGB. entsprechenden Regelung der Anfechtung überhaupt nicht unterliege, geht fehl; sie wird insbes. durch § 1775 widerlegt. Die Anfechtbarkeit nach § 119 BGB. wird auch von der herrschenden Meinung angenommen (Staudinger, Ann. I B zu § 1755 BGB.; RWRKomm. Ann. I das.; Planck, Ann. das.; ebenso Mot. 4, 1005). Unbegründet ist auch die Auffassung, daß die gerichtliche Bestätigung der Anfechtung eines Annahmevertrages entgegenstehe. Diese — soweit ersichtlich, nur von Dernburg (Zam. Recht § 94) — vertretene Auffassung findet im Gesetz keine Stütze und wird von der herrschenden Meinung nicht geteilt.

Nimmt man die Anfechtbarkeit wegen Irrtums an, so haben die Kl. zur Begründung der Anfechtung ihrer bei Abschluß des Annahmevertrages abgegebenen Willenserklärung darzutun, daß sie sich über Eigenschaften in der Person des Bekl. in einem Irrtum befunden haben, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Hierzu müßte allerdings der Nachweis nicht ausreichen, daß sich in den Anlagen des Kindes später eine Änderung gezeigt habe (RG.: OLG. 37, 62). Die Kl. haben aber bewiesen, daß die Eigenschaften, welche sie zur Anfechtung veranlassen, auf Anlagen beruhen, die zur Zeit des Vertragschlusses vorhanden, aber für sie — die Kl. — nicht erkennbar waren.

Nach den Erfahrungen des Lebens muß den Kl. geglaubt werden, daß sie bei Kenntnis dieser Anlagen den Vertrag nicht geschlossen haben würden. Man muß davon ausgehen, daß kinderlose Eheleute die sich zu einer Adoption entschließen, auf körperliche und geistige

Normalität des anzunehmenden Kindes besonderes Gewicht legen. Daß die Kl. bei der — wenigstens unter den maßgebenden Verhältnissen — sehr großen Zahl der zur Adoption zur Verfügung stehenden Kinder gerade den Bekl. bei Kenntnis der vom Sachverständigen festgestellten Anlagen gewählt haben würden, oder daß ihnen die Möglichkeit des Bestehens solcher Anlagen bei Fassung und Betätigung ihrer Entschlüsse gleichgültig gewesen sein sollte, kann nicht angenommen werden. Die Anlagen des Bekl. waren, wie das ärztliche Gutachten zweifelsfrei ergibt, zur Zeit des Vertragschlusses jedenfalls für den ärztlich nicht gebildeten Laien nicht erkennbar.

Es war aber auch von den Kl. nicht zu erwarten, daß sie sich etwa durch Nachforschungen, ärztliche Untersuchungen oder auf anderem Wege über die Eigenschaften und Anlagen oder gar über solche der Eltern des anzunehmenden Kindes informierten. Die Bedeutung der Erbanlagen ist allerdings in den letzten Jahren durch aufklärende Arbeit maßgebender Stellen in weitere Volksschichten gedrungen; daß sich aber die Kl. i. J. 1925 über diese Bedeutung so weit klar gewesen sein sollten, daß aus der Unterlassung näherer Nachforschungen auf eine Gleichgültigkeit gegen die Möglichkeit ungünstiger Anlagen bei dem Bekl. zu schließen wäre, läßt sich nicht feststellen.

Das Vorliegen eines Irrtums i. S. des § 119 BGB. bei Abgabe der in Frage stehenden Willenserklärung ist damit dargetan.

Die Anfechtung ist rechtzeitig erfolgt; sie muß nach § 121 BGB. ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Die Kl. brauchten, wie aus dem Gutachten des Sachverständigen zu entnehmen ist, bei Hervortreten von Änderungen in dem Verhalten des Bekl. nicht sogleich zu erkennen, daß dies auf bei Vertragschluß vorliegende Anlagen zurückgeführt werden mußte. Eine zur Anfechtung ausreichende Unterlage konnten sie frühestens durch das Gutachten des Instituts für Sexualwissenschaft v. 5. Sept. 1929 gewinnen.

Die am 21. Nov. 1929 eingereichte Klage ist unter Berücksichtigung der zunächst notwendig werdenden Bestellung eines Pflegers für den Bekl., welcher die Anfechtung entgegennehmen konnte, als rechtzeitige Anfechtung anzusehen.

(RG., 22. ZivSen., Ur. v. 23. Jan. 1931, 22 U 13162/30.)

Mitgeteilt von RA. Ludwig Bendig, Berlin.

*

2. §§ 455, 932, 158, 1373 BGB. Rechtsgültigkeit der Schenkung einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache an die Ehefrau. f)

Da die Kl. des Klavierpielens kundig ist, und vor ihrer Verheiratung viel Klavier gespielt hat, ist als feststehend zu erachten, daß sie nach ihrer Verheiratung dem Bekl. gegenüber geäußert hat, daß sie gern ein Klavier hätte. Desgleichen ist bei dem Interesse der Kl. am Klavierpielern es innerlich glaubhaft, wenn die Zeugin R. dem Bekl. vorgeschlagen hat, der Kl. ein Klavier zu schenken. Wenn der Bekl. darauf geantwortet hat, das werde sich gerade jetzt schlecht machen lassen, so ist das als Ausdruck der Bereitschaft, der Schenkungsanregung zu folgen, zu verstehen. Daran ändert es nichts, wenn der Bekl. nicht den Willen gehabt haben sollte, der Kl. ein Klavier zu schenken; denn jeder muß sich gefallen lassen, daß sein Tun und Lassen so gedeutet wird, wie es im Verkehr verstanden wird, denn das erfordert die Verkehrssicherheit. Aus gleichem Grunde ist nicht der Wille des Bekl., sondern sein Verhalten maßgebend für die Entsch. der Frage, ob er der so geäußerten Bereitschaft gemäß der Kl. das Klavier geschenkt hat. Während die Kl. bereit gewesen ist, hat der Bekl. eine Zimmereinrichtung, darunter ein Klavier, angekauft, und die Kl. hat im Beisein des Bekl. zu Zeugen gesagt: „Sehen Sie mal, dieses Klavier hat mir mein Mann geschenkt.“ Der Bekl. hat dazu nichts gesagt, sondern gelächelt, als freue er sich, der Kl. eine Freude gemacht zu haben. Dieses Verhalten des Bekl. ist nach der Verkehrsauffassung schon an sich, jedenfalls aber in Verbindung mit der vorher geäußerten Schenkungsbereitschaft als Bestätigung der Behauptung der Kl. anzusehen, er habe ihr das Klavier geschenkt.

Demnach ist als feststehend zu erachten, daß die zur Übertragung des Eigentums an dem Klavier erforderliche Einigung zwischen den Parteien erfolgt ist. Waren aber die Parteien über den Eigentumsübergang einig, dann lag darin zugleich die zum Eigentumserwerb weiter erforderliche Übergabe des Klaviers an die Kl.; denn der Übereignungswille geht auf Einräumung der Herrschaft über die übernehmende Sache und mit ihrer Einräumung ging die Herrschaft über das Klavier ohne weiteres auf die Kl. über, weil die rechtliche Stellung des Ehemannes nicht ausschließt, daß die Ehefrau und nicht er den Besitz an Sachen hat, die sich in der ehelichen Wohnung befinden (§ 1373 BGB.).

Die Schenkung des Klaviers ist demnach als vollzogen anzusehen. Nun behauptet der Bekl., er habe das Klavier unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers bis zur vollen Zahlung gekauft und die letzten Raten erst nach der Scheidung der Ehe der Parteien bezahlt.

Zu 2. Vgl. auch RG. 108, 122 = JW. 1925, 352; OLG. Stuttgart: JW. 1931, 1386 und 2140.

Wenn das der Fall gewesen ist, dann muß davon ausgegangen werden, daß die Kl. den Eigentumsvorbehalt gekannt oder doch grob fahrlässigerweise nicht gekannt hat, mithin zur Zeit der Schenkung in Ansehung des Eigentums des Bekl. an dem Klavier nicht in gutem Glauben gewesen ist und folglich damals nicht das Eigentum daran erworben hat (§ 932 BGB.); denn als feststehend muß gelten, daß sie die Vermögensverhältnisse des Bekl. gekannt hat. Aber auch wenn die Kl. auch nicht das Eigentum an dem Klavier zur Zeit der Schenkung erworben haben sollte, so wäre doch die Schenkung durch das Recht auf sie übergegangen, welches der Bekl. als Abzahlungskäufer daran besaß, und dieses Recht wäre zufolge der Vermutung des § 455 BGB. das durch die völlige Zahlung des Kaufpreises aufschließend bedingte Eigentum an dem Klavier gewesen. Der Bekl. hätte also sein bedingtes Eigentum an dem Klavier zugunsten der Kl. verloren und es nur unter den Voraussetzungen wieder erlangen können, unter denen er das volle Eigentum ihr hätte nehmen können. Solche Voraussetzungen hat er nicht dargelegt und sind auch sonst nicht ersichtlich, insbes. ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß Schenkungen unter Eheleuten ohne weiteres unter der Bedingung des Fortbestehens der Ehe gemacht sind. Konnte aber der Bekl. der Kl. das bedingte Eigentum nicht wieder entziehen, dann ist sie mit dem Eintritt der Bedingung Eigentümerin des Klaviers geworden (§ 158 Abs. 1 BGB.). Eingetretener aber ist die Bedingung, denn der Bekl. hat den Kaufpreis des Klaviers restlos abgezahlt. Wenn er selbst die Zahlungen geleistet hat, so ändert das an der Tatsache, daß die Bedingung eingetreten ist, selbst dann nichts, wenn er die Zahlungen in dem Willen, das Klavier für sich zu erwerben, geleistet hat; denn nicht sein Wille, sondern die Tatsache der vollen Bezahlung des Kaufpreises ist die Bedingung und daher entscheidend. Es kommt auch nicht darauf an, daß der Bekl. den Eintritt der Bedingung durch Unterlassung der Abzahlung hätte verhindern können, denn feststeht, daß er gezahlt, mithin den Eintritt der Bedingung herbeigeführt hat.

(RG., 14. ZivSen., Urz. v. 22. Dez. 1931, 14 U 8895/31.)

Mitgeteilt von *H. Dr. Eugen Wolff*, Berlin.

3. § 1387 BGB. Der Ehemann ist zur Zahlung eines Kostenvorschusses gemäß § 1387 Nr. 1 BGB. für die Ehefrau nicht verpflichtet, wenn er selbst im Armenrecht klagt. *)

Wenn auch grundsätzlich in einem zwischen einem Ehemann und seiner Ehefrau schwebenden Ehecheidungsprozesse der Ehemann durch EinstwVerf. zur Zahlung eines Kostenvorschusses für den Anwalt der Frau angehalten werden kann (RG. 47, 72), so stellt es sich doch als ein Mißbrauch dieses Rechts durch die Frau dar, wenn sie, anstatt auch ihrerseits die Bewilligung des Armenrechts nachzuführen, von dem vermögenslosen Ehemann einen Prozeßkostenvorschuß im Wege der EinstwVerf. zu erlangen sucht. (RG., 11. ZivSen., Beschl. v. 15. März 1932, 11 W 2623/32.)

Mitgeteilt von *RGK. v. Bonin*, Potsdam.

Zu 3. Der grundsätzliche Widerspruch von Staubinger, Stein-Jonas und anderen Autoren gegen die Zulässigkeit EinstwVerf., die gegen den Ehemann wegen Zahlung von Prozeßkostenvorschuß ergehen, ist bekannt. Die gegenteilige Praxis der Gerichte wird jedoch als festbegründet hingenommen werden müssen. Daß die Praxis sich dabei gelegentlich der Grenze des Bedenklichen genähert hat, ist nicht zu verkennen. Die vorstehende Entsch. gehört zu den begründenswerten Versuchen, eine angemessene Begrenzung wiederherzustellen. Sie betrifft den Fall, daß der Ehemann durch polizeiliches Attest als vermögenslos ausgewiesen ist.

Die ebenfalls vermögenslose Ehefrau wird solchenfalls mit ihrem Antrage, durch EinstwVerf. den Ehemann zur Zahlung von Prozeßkostenvorschuß anzuhalten, abzuweisen sein, dem natürlichen Rechtsempfinden entsprechend und aus drei verschiedenen Gesichtspunkten:

1. Wenn eine Ehefrau die Möglichkeit, für sich Armenrecht zu beantragen, nicht wahrnimmt und statt dessen den Ehemann mit einem Antrage auf EinstwVerf. wegen Prozeßkostenvorschusses überzieht, so handelt sie gegen Treu und Glauben. Nur diesen einen Gesichtspunkt legt die obige Entsch. zugrunde.

2. Es fehlt auch die Notlage des § 940 ZPO. (Arztkömm., Num. 6 b zu § 1387 BGB.); ein Prozeßkostenvorschuß des Ehemannes ist hier nicht „nötig zur Abwendung wesentlicher Nachteile“. Denn die Benützung des Armenrechts kann heutigentags kaum als Nachteil, jedenfalls nicht als „wesentlicher Nachteil“ gewertet werden, wenn beide Eheleute vermögenslos sind; um so weniger, als die Ehefrau eben denselben Anwalt, den sie sich als Honoraranwalt auswählt, auf ihren besonderen Antrag in der Regel auch als Armenanwalt beigeordnet erhalten wird.

3. Wenn eine Verpflichtung des Ehemannes zur Prozeßkostenzahlung nicht realisierbar erscheint, so wird auch aus diesem dritten Grunde der Erlaß einer EinstwVerf., als zwecklos, abzulehnen sein.

H. Dr. Fritz Dehnow, Sauburg.

4. § 2206 BGB. Das Ausbieten einer zum Nachlaß gehörenden Hypothek muß in aller Regel als zur ordnungsmäßigen Verwaltung angesehen werden, auch wenn bei seinem schließlichem Gebot der Testamentsvollstrecker über das unbedingt erforderliche Maß hinausgeht.

Nach § 2206 Abs. 1 BGB. ist der Testamentsvollstrecker kraft Gesetzes zur Eingehung von Verbindlichkeiten nur insoweit bevollmächtigt, als dies zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist. Das Ausbieten einer zum Nachlaß gehörenden Hypothek muß in aller Regel als zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehörig angesehen werden (so auch RG. [11. ZivSen.]: OLG. 17, 354), auch wenn bei seinem schließlichem Gebote der Testamentsvollstrecker über das unbedingt erforderliche Maß hinausgeht. Eine Überschreitung der gesetzlichen Vollmacht würde darin nicht ohne weiteres zu erblicken sein. Selbst aber wenn darin eine Vollmachtsüberschreitung läge, so ist vorliegend nicht ersichtlich, daß diese etwaige Überschreitung der Vollmacht von dem Testamentsvollstrecker behauptet vorgenommen sei und der Versteigerungsrichter dies hätte erkennen müssen (vgl. RG. 75, 299¹⁾). Vielmehr kommt es darauf an, ob der Versteigerungsrichter die Überschreitung der Vollmacht, wenn sie vorliegen sollte, hätte erkennen müssen (RG. 83, 348²⁾). Dies muß verneint werden. Bei den vielen einzelnen Posten, die bei der Errechnung des erforderlichen Gebots zu berücksichtigen sind, kann eine Überschreitung des erforderlichen Gebots um etwa $\frac{1}{10}$ nicht Veranlassung geben, daß der Versteigerungsrichter die etwaige Unzulässigkeit der Abgabe dieses Gebots erkenne. Überdies hängt die Höhe des erforderlichen Gebots von mehreren Umständen ab, die bei der Versteigerung noch nicht zu übersehen sind, so z. B. von der Länge der zwischen dem Versteigerungs- und dem Verteilungstermin liegenden Zeit. Eine anderweite Regelung würde auch den Erfordernissen des Versteigerungsverfahrens nicht gerecht werden. Einerseits kann man dem Versteigerungsrichter nicht zumuten, im Versteigerungstermin auf Mark und Pfennig genau nachzurechnen, wie hoch ein bietender Testamentsvollstrecker gehen darf, um gerade noch die Nachlaßhypothek auszubieten. Und andererseits würde das Erfordernis der Einholung besonderer Bevollmächtigungen von sämtlichen Miterben das Ausbieten der Nachlaßhypothek vielfach unmöglich machen, weil diese Vollmachten vielfach nur mit Erschwerenissen zu beschaffen sind oder gar von einem Teil der Miterben verweigert werden. Gerade um derartige Schwierigkeiten bei der Vielfachigkeit einer Erbengemeinschaft auszuweichen, hat das Gesetz die Einrichtung des Testamentsvollstreckers geschaffen.

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 2. März 1932, 12 W 9582/31.)

Mitgeteilt von *Ger. Ass. Dr. Seibert*, Berlin.

Breslau.

5. §§ 1387, 1388, 1416 BGB.; §§ 74, 88 GKG. Die Haftung des Ehemannes für die Kostenschuld der Frau endigt durch Rechtskraft des Urteils, das die Kosten der Frau auferlegt, auch wenn die Kosten vor Rechtskraft von ihm eingefordert, aber noch nicht bezahlt worden sind.

Die Haftung des Mannes gegenüber der Staatskasse für die Kostenschuld, die nach den Kostengesetzen die Ehefrau trifft, beruht auf der Vorschrift des bürgerlichen Rechts, den §§ 1387 Nr. 1, 1388, 1416 Abs. 1 BGB.

Demgemäß entfällt diese Haftung, sobald endgültig feststeht, daß die Kostenschuld dem Vorbehaltsgute der Frau zur Last fällt, also mit der Rechtskraft des Urteils, das die Kosten des Rechtsstreites zwischen den Eheleuten der Frau auferlegt. Es war in der Rpr. umstritten, ob dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn die Kosten vor Urteilsrechtskraft vom Mann erfordert, aber nicht bezahlt waren.

Diese Frage wurde teilweise verneint mit Rücksicht auf § 86 GKG. Diese Vorschrift aber bezieht sich nach ihrer Stellung im Gesetz nur auf die kostenrechtliche Vorschußpflicht der §§ 83–86 GKG., und der § 88 GKG. besagt ausdrücklich, daß die durch das bürgerliche Recht begründete Verpflichtung zur Kostenzahlung durch die Vorschriften der §§ 74–87 GKG. nicht berührt werde. Mit der Beendigung der Haftung des Mannes nach bürgerlichem Recht hat es daher auch kostenrechtlich sein Bewenden.

Die Literatur allgemein und auch in der Hauptsache die Rpr. (vgl. den eingehend begründeten Beschl. des RG. v. 8. Nov. 1928: JW. 1929, 142) nimmt daher jetzt an, daß eine Kosteneinforderung von dem Manne vor Rechtskraft des für ihn ergehenden Kostenurteils der Beendigung seiner Haftung nicht entgegensteht, daß die Rechtskraft des Urteils seine Zahlungspflicht in jedem Fall beseitigt. Da vorliegend die rechtskräftige Kostenentscheidung dahin lautet, daß „die Kosten gegeneinander aufgehoben“ werden, steht fest, daß die in der Beschlusformel ge-

¹⁾ JW. 1911, 399.

²⁾ JW. 1915, 299.

namten Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen. Inwieweit ist also der Kl. von der Haftung befreit.

(Ost. Breslau, 11. Zivilsen., Beschl. v. 11. Mai 1931, 17W 1470/31.)

Mitgeteilt von OLG. Warschauer, Breslau.

*

6. § 25 FürsPflWD. gewährt dem Fürsorgeverband keinen unmittelbaren gesetzlichen Erstattungsanspruch gegen den Erben des Unterstützten.

Die frühere Rpr. hat, stützend auf RG. 75, 84¹⁾, die Frage, ob § 25 FürsPflWD. einen unmittelbaren gesetzlichen Erstattungsanspruch gegen den Erben des Unterstützten gewährt, bejaht (so das OLG. Kaumburg: Volkswohlfahrt 1927, 917; RG.: HeimW. 1928, 989; später auch OLG. Braunschweig am 24. Jan. 1930).

Das RG. hat aber seinen früheren Standpunkt aufgegeben und in ZB. 1930, 2978 ausgeführt, daß zur Zeit in Preußen eine allgemeine gesetzliche Regelung der Erstattungspflicht gegenüber den Erben des Unterstützten fehle.

Der erk. Sen. hat sich diesen Ausführungen angeschlossen und tritt der jetzt vom RG. gegebenen Auslegung des § 25 FürsPflWD. bei. Demzufolge ergibt der Wortlaut des § 25 a. a. O. nicht, daß dadurch bereits eine gesetzliche Regelung der Erstattungspflicht durch das Reich grundlegend bestimmt worden ist. Diese Regelung ist vielmehr den Ländern überlassen, und Preußen hat z. B. des hier maßgebenden Erbgesetzes eine derartige Regelung noch nicht getroffen gehabt. — Auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, der Erwägung, daß eine Fürsorgeleistung keine unentgeltliche Zuwendung darstellt, läßt sich, wie das RG. in dem angeführten Urte. zutreffend ausgeführt hat, eine Erstattungspflicht gegen den Erben nicht herleiten.

Die gleiche Rechtsansicht vertreten Karnap: HeimW. 1927, 99 ff.; Mannherz: JurRdsch. 1930, 220 ff. u. a. — Auch die Best. des § 31 Abs. 3 d. Reichsgrundsätze v. 4. Dez. 1924 (RGBl. 765) wird dahin ausgelegt, daß sich diese Vorschr., die zunächst nur Kriegsbeschädigte und Kriegshinterbliebene betrifft, auch auf Kleinrentner bezieht (s. v. Balth, Komm. zu BZ., 8. Aufl., S. 234), so daß ohne ausdrückliche Vereinbarung keine Erbschaft besteht.

(Ost. Breslau, 1. Zivilsen., Urte. v. 30. Nov. 1931, 1 U 1747/31.)

Mitgeteilt von M. Dr. Wilhelm Riemann, Breslau.

*

Jena.

7. §§ 1387, 1416 BGB. Kein Zurückbehaltungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut seiner geschiedenen Frau auf Grund ihm zustehender Kostenersatzungsansprüche aus dem Ehescheidungsprozeß.

Der Mann hat teils Kostenvorschüsse für den Scheidungsprozeß geleistet, teils haftet er für die Gerichtskosten. Was er geleistet hat, beruht also auf seiner gesetzlichen Pflicht nach § 1387 BGB. Diese Verpflichtung wurzelt freilich grundsätzlich im ehelichen Güterrecht und beruht beim gesetzlichen Güterstand auf dem Gedanken, daß der Mann die Lasten zu tragen hat, die die Frau sonst aus den Einkünften ihres Vermögens zu bestreiten hätte. Das ist aber nur der grundlegende gesetzliche Gedanke. Im Einzelfalle besteht diese Pflicht schlechthin und unabhängig davon, ob das eingebrachte Gut Nutzungen abwirft und ob überhaupt ein gebrachtes Gut vorhanden ist. Diese Verpflichtung besteht also im Ergebnis ganz losgelöst von den wirklichen ehelichen Verhältnissen.

Der Scheidungsprozeß, den die Parteien miteinander gehabt haben, ist freilich aus ihrem ehelichen Verhältnis erwachsen, ist ohne dieses nicht denkbar. Damit wurde die Ehe aufgelöst, und damit wurde zugleich die Verwaltung und Nutznießung des Mannes beendet und die gesetzliche Pflicht des Mannes begründet, das Frauengut herauszugeben. Diese Verpflichtung wurzelt im Ehegüterrecht und ist auch dort gesetzlich geregelt.

Die Beendigung des Scheidungsprozesses hatte wieder zur Folge, daß das Gericht über die Kosten des Rechtsstreites zu entscheiden hatte. Auf dieser Entsch. beruht nunmehr die Verpflichtung der Frau, dem Mann die Kosten zu erstatten, die er nicht selbst zu tragen hat. Mit dem ehelichen Güterrecht hat diese Verpflichtung nichts zu tun. Sie entspringt ausschließlich dem Prozeßrecht. Die Beendigung des Scheidungsprozesses hatte hier nur die doppelte Folge, einmal die unmittelbare, daß die Frau Kosten zu tragen und zu erstatten hatte, und dann die mittelbare, daß der Mann das eingebrachte der Frau herauszugeben hatte.

Nun heißt es im § 1416 BGB. noch besonders: Im Verhältnis der Ehegatten zueinander fallen die Kosten eines Rechtsstreites zwischen ihnen dem Vorbehaltsgut zur Last, soweit nicht der Mann sie zu tragen hat. Das bedeutet aber nur den Ausgleich der beiden Vermögensmassen zueinander nach Kräften des Vorbehaltsguts (§§ 1416 und 1417), bedeutet also nicht die Er-

stattungspflicht der Frau gegenüber dem Mann schlechthin. Die Erstattungspflicht der Frau beruht danach ausschließlich auf den prozessualen Vorschriften. Aus dem ehelichen Güterrecht aber ist die Rückgabepflicht des Mannes erwachsen. Das eheliche Güterrecht bildet also nicht den gemeinsamen Hintergrund der beiden Ansprüche, das innerlich zusammengehörige einheitliche Lebensverhältnis, das der § 273 BGB. fordert. Ein solches Verhältnis besteht hier überhaupt nicht. Ohne die Ehe wären freilich beide Ansprüche hier nicht entstanden, und die Ehe ist sicher ein Lebensverhältnis. Aber die Ehe kann so vielseitige rechtliche Verhältnisse erzeugen, kann den Hintergrund wieder von so mannigfachen Lebensverhältnissen bilden, daß die Ehe allein unmöglich genügen kann, um verschiedene während ihres Bestehens entstandene Ansprüche in das Verhältnis nach § 273 BGB. zu setzen. Hier vor allem fehlt es jedenfalls an der Einheitlichkeit der Grundlage der beiden einander gegenüber gestellten Ansprüche. Sie haben miteinander nichts zu tun, und sind nur zufällig auf Grund der gesetzlichen Regelung etwa gleichzeitig entstanden; das ist das einzig Verbindende, was sie aufweisen.

(Ost. Jena, 3. Zivilsen., Urte. v. 12. Mai 1930.)

Mitgeteilt von M. Dr. Leder mann, Jena.

*

8. Das Vorkaufsrecht des § 2034 BGB. an dem Erbanteil eines Miterben steht den übrigen Miterben nur gemeinschaftlich zu. Jedoch können es auch einzelne Miterben geltend machen, wenn die anderen ihr Recht nicht ausüben oder wenn es erloschen ist (§ 513 BGB.). Das Vorkaufsrecht wird für einzelne Miterben auch unter der aufschiebenden Bedingung wirksam, daß die anderen Erben ihr Vorkaufsrecht nicht ausüben. — Es kann die Erklärung einzelner Miterben, das Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, unter der Bedingung abgegeben werden, daß die anderen Miterben das Rechtsgeschäft genehmigen. Eine Verzichtserklärung der an der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht beteiligten Miterben braucht während der gesetzlichen Ausschlußfrist des § 2034 Abs. 2 BGB. nicht beigebracht zu werden. †)

Als U. R. am 29. März 1930 seinen Erbanteil an den Bekl. verkauft und auf ihn übertragen hatte, stand nach § 2034 BGB. allen Erben ein gemeinsames Vorkaufsrecht zu. Auf dieses finden

Zu 8. Zu der Entsch. haben sicher beachtliche praktische Erwägungen geführt. Rechtlich ist das Urte. jedoch nicht bedenkenfrei. Zutreffend folgt das OLG. dem RG. inwieweit, als es feststellt, daß das Vorkaufsrecht des § 2034 BGB. nur den übrigen Miterben gemeinschaftlich zusteht. Diese im Schrifttum und in der Rpr. jetzt herrschende Auslegung des § 2034 BGB. entspricht allein auch dem Willen des Gesetzgebers. Die Miterben sollten das Recht nur gemeinschaftlich haben (vgl. Mugdan V, 496/97, 499). Dieser Gedanke ist eine klare Fortführung der deutschrechtlichen Gemeinschaft, die nach dem geltenden Erbrecht unter Miterben besteht. Der einzelne Miterbe ist ebenso grundsätzlich nicht in der Lage, das Vorkaufsrecht allein auszuüben, wie er nicht allein über den Nachlaß verfügen darf (anscheinend a. U., zum mindesten unklar OLG. Kolmar: OLG Rpr. 26, 203). Das Vorkaufsrecht der Miterben gehört zwar nicht zum Nachlaß, da es niemals ein Vermögensrecht des Erblassers war. Insofern ist es auch nicht Gegenstand der Erbengemeinschaft. Dieses Sonderrecht, das dem Sonderrecht des einzelnen Miterben, über seinen Anteil zu verfügen, komplementär ist, steht aber nicht dem einzelnen Miterben wie im UR. zu, sondern dem Rest der Miterben. Die Gemeinschaft des Vorkaufsrechts ist eine Sondergemeinschaft innerhalb der Erbengemeinschaft. Es ist eine Gemeinschaft, die auf keine andere Tatsache gegründet ist, als auf die, daß das (Vorkaufs-) Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht (§ 741 BGB.). Bei folgerichtiger Durchführung des Gemeinschaftsgebankens würde das Vorkaufsrecht wirksam nur ausgeübt werden können, wenn sämtliche Teilhaber der Sondergemeinschaft gemeinsam das Recht verwirklichten. Aus der Gemeinschaftlichkeit des Vorkaufsrechts folgt nach § 747 BGB. notwendig, daß die Teilhaber das Recht nur gemeinschaftlich ausüben können. Wenn auch damit nicht vom Gesetz eine gleichzeitige Ausübung gefordert wird, so doch eine Ausübung in benutztem und gewolltem Zusammenhange der an der Gemeinschaft Beteiligten. Vor allem muß aber auch dieser Wille demjenigen erkennbar sein, dem gegenüber das Vorkaufsrecht ausgeübt werden soll.

Da nun § 513 BGB., der auch für das Vorkaufsrecht der Miterben ergänzend herangezogen werden muß, ein Ausscheiden von Teilhabern an der eben genannten Sondergemeinschaft zugunsten des verbleibenden Restes zuläßt, so spricht sich schließlich die Frage darauf zu, ob durch § 513 BGB. die Gemeinschaft in ihrem deutschrechtlichen Charakter so weit aufgelockert wird, daß eine gemeinschaftliche Erklärung der Ausübung überhaupt nicht mehr erforderlich ist und sich das Gemeinschaftsrecht tatsächlich in lauter Einzel-

1) ZB. 1911, 228.

die allg. schuldrechtlichen Best. über das Vorkaufsrecht Anwendung. Mehrere Berechtigte können es danach nur im ganzen ausüben. Einzelne können es erst dann geltend machen, wenn die anderen ihr Recht nicht ausüben oder wenn es erloschen ist (§ 513 BGB.). Als die Kl. am 20. Mai 1930 erklärte, daß sie in den Kaufvertr. v. 29. März 1930 eintreten wollten, bestand das Vorkaufsrecht der anderen Erben noch. Es war weder durch Verzicht noch durch Fristablauf untergegangen. Trotzdem konnten die Kl. das Vorkaufsrecht allein ausüben. Ihre Erklärung richtete sich auf den Erwerb des ganzen Anteils. Der Kauf kam unter der aufschiebenden Bedingung zustande, daß die anderen Erben ihr Vorkaufsrecht nicht ausüben würden. Diese Bedingung ist eingetreten, als nach Ablauf der Ausschlußfrist von zwei Monaten das Recht der anderen durch ihr Schweigen erlosch. Mit dem Eintritt der Bedingung ist die Erklärung des Vorkaufsrechts durch die Kl. allein voll wirksam geworden.

Die Erklärung der Kl. kann auch so ausgelegt werden, daß das Vorkaufsrecht unter der Bedingung zustande kommen sollte, daß die anderen Erben das Rechtsgeschäft genehmigten. Diese haben während der Ausschlußfrist geschwiegen und damit zum Ausdruck gebracht, daß sie nichts gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Kl. allein einwenden wollten. Ihr Schweigen bedeutet eine Genehmigung.

Der Unterschied der beiden Auslegungen liegt nur darin, daß im ersten Fall der Kauf erst mit dem Ablauf der Ausschlußfrist am 29. Mai 1930 wirksam geworden sein würde, während im zweiten Falle die Genehmigung den Kauf rückwirkend am 20. Mai 1930, dem Tage der Erklärung des Vorkaufsrechts hätte wirksam werden lassen.

Diese Rechtsauffassung entspricht auch dem wirtschaftlichen Bedürfnis. Oft wird ein Erbe, der sein Vorkaufsrecht ausüben will, eine Verzichtserklärung der anderen nicht innerhalb der Zweimonatsfrist beibringen können. Ein verseindeter Miterbe wird einfach die Erklärung nicht rechtzeitig abgeben. Er könnte so die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den anderen hintertreiben. Das ist nicht der Sinn des Gesetzes. Wollte man die Best. in den §§ 2034 u. 513 BGB. anders auslegen, so würde das Vorkaufsrecht in vielen Fällen seine praktische Bedeutung verlieren. Das Vorkaufsrecht ist eine Schutzbest. für die Erben. Der außenstehende Dritte muß beim Kauf eines Erbanteils damit rechnen, daß die Erben von

berechtigungen auflöst. Wer dann nicht innerhalb der gesetzlichen Ausschlußfrist von zwei Monaten „sein Recht“ ausgeübt hat, fällt aus der Sondergemeinschaft aus. Dem außenstehenden Dritten, dem Käufer, würden bis zum Ablauf der Frist nur einzelne gegenüberstehen und erst nach den zwei Monaten die Gemeinschaft insofern in Erscheinung treten, als dann feststeht, an wen der Anteil gemeinschaftlich zu übertragen ist. In Wirklichkeit wäre das auch noch nicht einmal eine gemeinschaftsrechtliche Auswirkung, sondern eine bloße Konkurrenzregelung der für jeden einzelnen Miterben selbständigen Vorkaufsrechte untereinander, wie sie das preuß. Recht in den §§ 587 bis 593 I 20 A.R. kannte. Das sind die Folgen, die sich zwangsläufig aus der vom OLG. vertretenen Auffassung ergeben.

Kommt dem § 513 BGB. nun wirklich eine solche den inneren Gehalt der Gemeinschaft zerlegend Wirkung zu? Das kann schon deshalb nicht der Fall sein, weil § 513 BGB. ja gerade die Gemeinschaftlichkeit des Vorkaufsrechts im Satz 1 zur Voraussetzung hat. Es ist ein offensbarer Redaktionsfehler des Gesetzes, wenn es im § 513 Satz 2 (ebenso im § 502 BGB.) heißt: „Ist es erloschen, . . .“ Gemeint sein kann hiermit nur die anteilmäßige Beteiligung am gemeinschaftlichen (Vorkaufs-) Recht und nicht, wie der Wortlaut vermuten läßt, das Recht selber. Der § 513 BGB. läßt nur die Möglichkeit der Beschränkung der Sondergemeinschaft auf einzelne Beteiligte zu, ordnet aber über die Gemeinschaftlichkeit der Ausübung nichts an. Iben also nur einige Beteiligte der Sondergemeinschaft das Vorkaufsrecht ausüben und geben sie nicht kund, daß sie durch Verzicht oder Fortfall der übrigen als Gemeinschaft auftreten, dann hat die Gemeinschaft ihr Recht nicht ausgeübt. Das OLG. versucht über diese Schwierigkeit durch zwei Auswege hinwegzukommen. Es meint, die Kl. hätten den Kauf unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, daß die anderen Erben ihr Vorkaufsrecht nicht ausüben würden, oder die Erklärung der Kl. sei so aufzufassen, daß das Vorkaufsrecht unter der Bedingung zustande kommen sollte, daß die anderen Erben das Rechtsgeschäft genehmigten, was durch ihr Schweigen während der Ausschlußfrist geschehen sei. Beide Auslegungsarten kranken aber an der Unrichtigkeit der dabei gemachten Unterstellung, die gesetzliche Ausschlußfrist laufe für jeden Beteiligten gesondert, eine Ausnahme, die schließlich auf die bereits oben gekennzeichnete, aber vom Gesetz ausdrücklich abgelehnte Sonderberechtigung der einzelnen Miterben hinausläuft. Die Ausschlußfrist des § 2034 Abs. 2 ist nicht für jeden einzelnen Teilhaber an der Sondergemeinschaft gesetzt, sondern für die Gemeinschaft als solche. Dem widerspricht auch nicht der Wortlaut des § 513 BGB. Wenn dort vom Erlöschen des Rechts (des einzelnen Beteiligungsrechts) gesprochen wird, so können da-

ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen. Für ihn kommt es allein darauf an, mit dem Ablauf der Ausschlußfrist zu wissen, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist oder nicht, und an wen er den Erbanteil zu übertragen hat.

(OLG. Jena, 2. ZivSen., Ur. v. 24. Nov. 1931, 2 U 1058/31.)

Kiel.

9. §§ 1565, 1568 BGB. Werden die Scheidungsgründe der §§ 1565 und 1568 BGB. gleichwertig nebeneinander geltend gemacht, so bedeutet es keine Verschönerung des Klägers, falls die Ehe nur aus § 1568 geschieden wird.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Ur. v. 2. Dez. 1931, 4 U 120/31.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

10. § 1568 BGB. Ein Ehebruch des Klägers gibt der Beklagten keinen Freibrief für Ehemwidrigkeiten ihrerseits.

Der Bekl. kann nicht gefolgt werden, wenn sie aus der Tatsache der Eheverfehlungen des Kl. den Schluß zieht, daß ihm die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden könne. Der Ehebruch des Kl. hat zwar ohne weiteres nach § 1565 BGB. ehzerüttelnden Charakter. Die Bekl. hat aber dadurch keinen Freibrief für eigene Verfehlungen erlangt. Die Verfehlungen der Bekl. sind in ihrer Würdelosigkeit so schwerwiegender Natur und von dem Kl. auch so empfunden, daß für den an sich möglichen Schluß, die eheliche Gefinnung des Kl. und die Ehe sei nicht durch das Verhalten der Bekl., sondern durch das eigene Verhalten des Kl. gestört worden, hier kein Raum ist.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Ur. v. 25. April 1931, 4 U 199/29.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

11. § 1568 BGB. Für die Beurteilung der Zumutungsfrage ist auch der Zeitablauf von wesentlicher Bedeutung.†)

Kl. stützt die Scheidungsklage auf einen unanständigen Annäherungsversuch des Bekl. aus dem Jahre 1923 gegenüber der Schwester der Kl. Die Zumutungsfrage für Fortsetzung der Ehe ist bejaht.

Hierfür ist ausschlaggebend die Erwägung, daß seit jener ein-

mit nur Fälle des Verzichts, der Unvererblichkeit usw. gemeint sein, nicht aber die Fristverjähmung des einzelnen.

Das OLG. meint, die von ihm vertretene Auffassung entspreche schon allein deshalb dem wirtschaftlichen Bedürfnis, weil es für die Miterben u. U. schwierig sei, die Verzichtserklärung anderer Miterben innerhalb der Zweimonatsfrist beizubringen. Dazu sei zunächst einmal bemerkt, daß die Zweimonatsfrist des § 2034 Abs. 2 BGB. für die Gemeinschaft erst zu laufen beginnt, wenn der letzte Teilhaber an der Sondergemeinschaft Kenntnis von dem erfolgten Verkauf des Erbanteils erhält. Wenn das Ur. damit aber die unter Miterben nicht ungewöhnlichen Differenzen meint, dann sind diese eben in dem Innenverhältnis jeder Gemeinschaft begründet. Wenn die Gemeinschaft sich über die Ausübung des ihr allein und nicht den einzelnen Miterben zustehenden Vorkaufsrechts nicht einig wird, so läuft sie in Gefahr, ihr Recht durch Fristverjähmung einzubüßen. Maßgebend darf immer nur der Gemeinschaftswille bleiben. Auch das Ausscheiden von Teilhabern an der Sondergemeinschaft beruht auf diesem Gemeinschaftswillen. Kommt der Wille nicht zustande, dann darf der Nachteil nur die Gemeinschaft selber treffen.

Es muß ferner der außenstehende Dritte von vornherein bei der Ausübung des Vorkaufs darauf Wert legen, daß ihm gegenüber auch dieser Gemeinschaftswille zum Ausdruck gebracht wird, denn nur dieser kann nach dem Gesetz eine verbindliche Ausübung des Vorkaufsrechts bewirken. Es ist auch nach der vom OLG. vertretenen Auffassung nicht haltbar, daß nach Ablauf der Zweimonatsfrist für den Käufer feststehe, an wen er den Erbanteil zu übertragen habe. Es könnten ja noch Mitberechtigten vorhanden sein, denen gegenüber die Zweimonatsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen hat. Auch diese Tatsache beweist, zu welcher Unsicherheit für den Käufer des Erbanteils die dem Ur. zugrunde liegende Auslegung führt. Die gesetzliche Anordnung der Frist des § 2034 Abs. 2 soll aber gerade für den Erbteilkäufer einen Schutz bedeuten.

Im übrigen ist es ein allgemeiner Rechtsatz, daß derjenige, der ein Recht geltend machen will, also in concreto der durch die Kl. dargestellte Teil der Sondergemeinschaft dieses Recht dem Gegner gegenüber darzutun hat.

Ger. Rf. Dr. Pohl, Jena.

Zu 11. Das Urteil gibt willkommenen Anlaß, daß wir uns auf das genauer befinden, was unter der Bezeichnung des „Verwirkens“ eines Anspruchs oder Rechtes durch Zeitablauf heute verstanden und gehandhabt wird. Das im Anschluß an den deutschrechtlichen Gedanken der „Verschönerung“ vom RG. neu belebte Prinzip geht dahin: nach Treu und Glauben muß der Schuldner davor

malignen groben Eheverfehlung im Augenblick der Fällung des Urteils acht volle Jahre und bei der Trennung der Parteien im Juni 1929 sechs volle Jahre verstrichen sind. Über einen so lange Jahre zurückliegenden einmaligen — gewiß an sich recht bedauerlichen — Vorfall muß die Kl. hinwegsehen, sie darf sich dem alles mildernden und abschwächenden gewaltigen Einfluß der Zeit, dem unsere gesamte Rechtsordnung auf allen Lebensgebieten Rechnung trägt, nicht entziehen. Auch für die Beurteilung der Zumutungsfrage muß der Zeitablauf Bedeutung besitzen. Wenn das Gesetz sogar für die Geltendmachung der denkbar schwersten Eheverfehlung, nämlich des vollendeten Ehebruchs, eine Ausschlussfrist von zehn Jahren vorsieht (§ 1571 Abs. 1 Satz 2 BGB.), so wird nur eine solche Auslegung seinem Willen gerecht werden, die bei der Prüfung der Zumutungsfrage auch darauf entscheidendes Gewicht legt, wann die betreffende schwere Eheverfehlung vorgefallen ist, und die ihre Geltendmachung nach Ablauf einer — von Fall zu Fall zu bestimmenden — längeren Reihe von Jahren ausschaltet. Der entgegengesetzte Standpunkt würde systemwidrig sein und sicher nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

(OLG. Kiel, 4. Zivilsen., Urte. v. 28. März 1931, 4 U 119/30.)

Mitgeteilt von OBR. Schumacher, Altona.

Raumburg.

12. §§ 864, 1361 BGB. Zur Frage des Besitzanspruchs des Ehemannes an zur gemeinsamen Hauswirtschaft gehörenden Gegenständen.†)

Die Parteien sind Eheleute, es schwebt zwischen ihnen ein Eheverfehlungsstreit. Die Bekl. hat den Kl. verlassen und eine Anzahl von Gegenständen der gemeinsamen Hauswirtschaft mitgenommen. Der Kl. verlangt Herausgabe.

Die Bekl. hat das Eigentumsrecht des Kl. bestritten. Sie hat ferner geltend gemacht, daß sie während des Getrenntlebens, auf

besitzt werden, daß der Gläubiger nach jahrelangem Schweigen mit einem ihm längst bekannten Anspruch aus dem Versteck hervortritt, auf den sich der Schuldner angelehnt jenes Schweigens bei seinen Berechnungen und Maßnahmen nicht mehr einzurichten brauchte. Besonders geläufig ist uns dieser Rechtsgedanke geworden auf dem Gebiete der freien Aufwertung. Wir begegnen ihm in der einzelnen GesVorschr., wie § 1974 BGB., §§ 28 Abs. 3, 11 Nr. 1 PatG. Er befiehlt auch das Warenzeichnungsrecht mit dem Zeitsatz: der Zeichenberechtigte kann gegen ein verwechslungsfähiges neues Zeichen nicht mehr vorgehen, nachdem er durch langes Zinwarten geduldet hat, daß sich diese im Verkehr eingebürgert hat und damit zur Grundlage für den Betrieb des Konkurrenten geworden ist (die genannten Nachweise habe ich gebracht in dem H. v. R. W. Bd. 6 S. 634; mein Vorschlag, das Rechtswort Verschweigung statt des undeutlichen Ausdrucks Verwirkung zu gebrauchen, hat nur vereinzelt Anklang gefunden, z. B. R. W.: Warn. 1928 Nr. 166 und Recht 1928 Nr. 2527). Das vorl. Urte. erweitert unseren Blick. Bereits in R. W. 129, 49 heißt es überzeugend: es ist mit Treu und Glauben unvereinbar, wenn eine Genossenschaft trotz ihrer Kenntnis von einem Ausschließungsgrunde erst nach Jahr und Tag von dem einschneidenden Rechtsbefehl der Ausschließung Gebrauch machen will. Die Anwendung auf das Gestaltungsrecht der Ehescheidung ist offensichtlich. Viele Jahre hat die Ehefrau die, wie es scheint, doch ihr bekannte einmalige grobe Eheverfehlung ihres Mannes innerlich getragen und ihr Recht auf Scheidung verschwiegen. Daß sie jetzt erst damit hervortritt, erscheint als illoyal und erregt den Verdacht, daß irgendwelche Einwirkungen von dritter Seite das Ausgehen eines vergifteten und nunmehr schwer erweisbaren Vorganges veranlaßt haben. Jedenfalls hat die Kl. sich selbst Jahre hindurch „zugenutzt“, als die Ehefrau des Bekl. betrachtet zu werden. Dies benutzte Verhalten muß dahin ausgelegt werden, daß durch verschwiegenen des Schweigen die einstige Weltat ihres Mannes die ehezerstörende Wirkung allgemach verloren hat. Auf diesen Zustand dürfte auch der Ehemann vertrauen. Es geht nicht an, daß — factio contrarium — das lange bisher Ertragene von jetzt an als unerträglich und unzumutbar hingestellt würde. Es kommt an dieser Stelle nur auf das Prinzip an. Eine Stellungnahme zu der Entsch. selbst wäre nur möglich, wenn der gesamte Tatbestand genau mitgeteilt würde.

Geh. Rat Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

Ju 12. Die vom OLG. getroffene Entsch. konnte im Ergebnis nicht zweifelhaft sein: die Besitzklage des Mannes unterlag der Abweisung, weil inzwischen das Eigentum der Frau und der Wegfall des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsbereiches rechtskräftig festgestellt waren (§ 864 Abs. 2 BGB.).

Das OLG. hat aber seine Entsch. auch darauf gestützt, daß die im Eigentumsprozeß der Ehefrau ergangene EinstwVerf. vorliege, wonach die Frau die Sachen „bis zur Beendigung des Eigentumsstreites“ in Besitz behalten dürfe. Dem ist m. E. nicht beizutreten. Zunächst ist die EinstwVerf. nur „bis zur Beendigung des Eigentumsstreites“ erlassen. Dieser Streit ist aber durch das rechts-

das sie ein Recht habe, der Sachen bedürfe. Endlich stehe ihr ein Zurückbehaltungsrecht zu, das sich daraus ergebe, daß sie wegen Gefährdung ihrer Rechte am eingebrachten Gut Sicherheit nach § 1391 BGB. zu verlangen berechtigt sei.

In dem zwischen den Parteien anhängig gewesenen Rechtsstreit, der den Eigentumsstreit zum Gegenstande hat, ist eine EinstwVerf. ergangen, daß der Antragstellerin gestattet werde, die Gegenstände bis zur Beendigung des Eigentumsstreites im Besitz zu behalten.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen.

I. Gegen die EinstwVerf. v. 14. März 1931 bestehen, insofern sie auf eine Vereitelung des aus verbotener Eigenmacht folgenden Besitzinräumungsanspruchs zielt, allerdings schwere Bedenken. Denn wenn im Besitzprozeß Einwendungen aus dem Eigentum grundsätzlich unstatthaft sind, solange das Eigentum nicht rechtskräftig festgestellt ist (§§ 863, 864 Abs. 2 BGB.), so entspricht es nicht dem Sinn des Gesetzes, einer solchen Einwendung auf dem Umwege einer EinstwVerf. Geltung zu verschaffen. Die Ansicht, daß eine EinstwVerf. anstatt des in § 864 Abs. 2 geforderten rechtskräftigen Urteils genüge, findet sich auch nicht für Einwendungen aus dem Eigentum vertreten, sondern nur für den Anspruch der getrennt lebenden Ehefrau auf Herausgabe der für ihren Sonderhaushalt benötigten Sachen (§ 1361 BGB.). (Recht 1901, 284 Nr. 1020; Planck, § 864 Anmerkung 2 a B [a. M. OLGPr. 14, 224].)

Daß eine EinstwVerf. der letzteren Art den Besitzinräumungsanspruch zu Fall bringt, läßt sich in der Tat ohne Widerspruch mit dem Grundsatz der §§ 863, 864 BGB. vertreten. Denn der Anspruch aus § 1361 BGB. ist unter den § 864 Abs. 2, sofern dieser nur dingliche Ansprüche betrifft (Planck, Anm. 2 a), überhaupt nicht zu bringen, und jedenfalls läßt sie die Eigenart dieses Anspruchs als eines seiner Natur nach nur vorübergehenden, dafür aber besonders dringlichen und darum durch besondere Vorschrift der Regelung durch EinstwVerf. zugewiesenen es in der Tat sinnlos erscheinen,

kräftige Feststellungsurteil zugunsten der Frau erledigt. Damit verlor die EinstwVerf. ihre Wirkung.

Aber auch abgesehen hiervon konnte m. E. die EinstwVerf. im Eigentumsprozeß einer Beurteilung der Frau im Besitzprozeß nicht entgegenstehen.

Die EinstwVerf. begründete, mochte sie nun auf das Eigentum oder auf § 1361 Satz 2 BGB. gestützt sein, ein Recht der Frau auf den Besitz der Sachen. Ein solches Besitzrecht aber durfte nach § 863 BGB. nur insofern im Besitzprozeß berücksichtigt werden, als das Vorliegen verbotener Eigenmacht bestritten, vielmehr berechtigte Selbsthilfe behauptet wurde. Lag aber verbotene Eigenmacht vor, so kam es auf ein Recht auf den Besitz nicht an. Dieses war im Besitzprozeß grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Eine Ausnahme begründet lediglich § 864 Abs. 2 BGB., wonach der Besitzanspruch erlischt, wenn das Besitzrecht des Bekl. durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist. Dem kann aber eine EinstwVerf. ebensowenig gleichgestellt werden, wie ein nur vorläufig vollstreckbares, noch nicht rechtskräftiges Urteil.

Man könnte gegen die Regelung im § 864 Abs. 2 BGB. einwenden, daß schon die Vollstreckbarkeit des Urteils bzw. eines sonstigen Titels genügen müsse. Denn solange dem Bekl. des Besitzprozesses ein vollstreckbarer Titel auf Herausgabe zur Seite steht, kann der Kl. mit der Vollstreckung eines zu seinen Gunsten lautenden Urteils im Besitzprozeß keinen praktischen Erfolg haben: die Sache müßte sogleich zurückgegeben werden. Aber abgesehen davon, daß der Besitzkl. unter Umständen die Vollstreckbarkeit des gegen ihn ergangenen Urteils durch Sicherheitsleistung abwenden kann, während dem Gegner dies nicht nachgelassen oder nicht möglich sein kann, so ist doch ein vorläufig vollstreckbares Urteil, solange es einem Rechtsmittel unterliegt, noch nichts Endgültiges. Das Urteil kann aufgehoben, und das Hindernis der Vollstreckung des Urteils im Besitzprozeß kann damit beseitigt werden. Darum verlangt das Gesetz mit gutem Grunde eine rechtskräftige, d. h. endgültige Zuerkennung des Rechts auf den Besitz.

Eine solche Entsch. aber enthält eine EinstwVerf. keineswegs. Sie ist ihrer Natur nach eine vorläufige Notmaßnahme, die lediglich den künftig etwa zuzuerkennenden Anspruch sichern oder eine provisorische Regelung geben will. Sie ist der Aufhebung auf Widerspruch oder auf Rechtsmittel ausgesetzt, kann auch aus anderen Gründen (nicht fristgemäße Klagerhebung usw.), insbes. wegen Veränderung der Umstände aufgehoben werden. Sie steht daher der Vollstreckung eines dem Kl. günstigen Urteils im Besitzprozeß nicht als endgültiges und dauerndes Hindernis entgegen. Sie fällt daher nicht unter § 864 Abs. 2 BGB.

Dies scheint auch das OLG. anzunehmen. Es glaubt aber, die Vorschrift des § 864 Abs. 2 BGB. ganz beiseite lassen zu können, weil diese Vorschrift sich überhaupt nur auf dingliche Rechte, Rechte an der Sache, beziehe, während hier das Recht der Frau aus § 1361 Satz 2 BGB. in Betracht komme. Ob dies erstere zutrifft, ist in der Rechtslehre bestritten. M. E. ist hier eine weitere Auslegung geboten. Das Gericht verkennt aber m. E., daß, wenn § 864 Abs. 2 BGB. als unanwendbar ausscheidet, dann wieder die Grundregel des

ihm gegenüber zunächst einen Wiedereinräumungsanspruch (§ 861) zu vollstrecken. Für Einwendungen aus dem Eigentum aber ist die ausdrückliche Regelung des § 864 Abs. 2 einer Ausdehnung nicht fähig. Abgesehen hiervon stand dem Erlaß der EinstwVerf. das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Kl. entgegen, das selbst bei rechtskräftiger Feststellung des Eigentums der Bekl. ihren hierauf gegründeten Herausgabeanspruch ausgeschlossen hätte.

Trotz dieser Bedenken ist die EinstwVerf., solange sie nicht auf erhobenen Widerspruch besichtigt ist, als Akt der Staatshoheit bindend für jedes andere Gericht (Stein-Jonas, Vorben. vor § 578 ZPO.; Baumbach, Vorben. 4 vor § 511). Zweifelsfrei könnte dies höchstens sein, wenn sie unmittelbar in das Prozessrechtsverhältnis des vorliegenden Rechtsstreits eingriffe. Dies ist aber nicht der Fall. Sie erwähnt in der Formel den vorliegenden Rechtsstreit lediglich zur Bezeichnung der Sachen. Im Schlußabsatz der Gründe bringt sie allerdings zum Ausdruck, daß sie von ihrer Vollziehung eine zerstörende Wirkung auf den vorliegenden Klageanspruch erwartet. Dies ist aber der Fassung nach lediglich eine Folgerung, nicht ein Auspruch, auch wenn Formel und Gründe zusammengehalten werden.

Es bleibt daher zu prüfen, ob das jetzt erkennende Gericht diese Folgerung aus dem Auspruch der Formel in der Tat zu ziehen hat. Dies ist zu bejahen. Würde das auf Wiederherstellung des Besitzes lautende Urteil vollstreckt, so würde, da der Bekl. nach der EinstwVerf. der Besitz schlechthin und unbedingt zustehen soll, der Kl. die Sachen unmittelbar nach der Vollstreckung wieder an die Bekl. herausgeben müssen. Das würde aber dem im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Gedanken widersprechen, daß eine Verurteilung sinnlos, der Rechtschutz also zu versagen ist, wenn die Vollstreckung auf Grund eines anderen Titels sofort wieder rückgängig gemacht werden müßte. Der Einwurf, daß dieser andere Titel nach § 864 Abs. 2 ein rechtskräftiger sein müsse, greift in diesem Zusammenhang nicht Platz, denn die EinstwVerf. stellt nicht, wie es der § 864 Abs. 2 vorsieht, ein „Recht an der Sache“, das zum Besitz berechtigt, fest, sondern sie regelt den Besitz selbst, spricht ihn der einen Partei zu, wenn auch auf Grund eines Rechts an der Sache. Die EinstwVerf. ist also nicht unter dem Gesichtspunkt eines Ersatzes für ein rechtskräftiges Urteil i. S. des § 864 Abs. 2 zu betrachten, sie stellt vielmehr eine überhaupt nicht unter § 864 fallende Entsch. rechts-erzeugenden Inhalts dar. Daß der Auspruch bedenkl. erscheint, ist oben dargelegt, er ist aber als solcher bindend und daher zu beachten. Die Erhebung eines Widerspruchs gegen die EinstwVerf. ist nicht nachgewiesen, so daß auch eine Aussetzung des Verfahrens nicht in Frage kam.

II. Jedenfalls aber ist der Anspruch auf Wiederherstellung des Besitzes dadurch erloschen, daß nunmehr auch das Eigentum der Bekl.

§ 863 BGB. durchgreifen muß, wonach Rechte auf den Besitz grundsätzlich im Besitzprozeß nur als Leugnung der verbotenen Eigenmacht in Betracht kommen. Ob diese Rechte auf Besitz sich auf Urteile oder andere vollstreckbare Titel gründen, ist unerheblich. Hier greift eben als übergeordnet das Gebot des Rechtsfriedens durch, daß verbotene Eigenmacht unter allen Umständen zunächst einmal wieder gutgemacht werden soll, und § 864 Abs. 2 ist allein sedes materiae für die Frage, unter welchen Umständen ein Urteil über das Recht dem Besitzanspruch entgegensteht. Nur die endgültige Rechtsfeststellung erachtet das Gesetz für so schwerwiegend, daß sie im Besitzprozeß zu berücksichtigen ist.

Wenn das OLG. meint, die EinstwVerf. sei, solange sie nicht aufgehoben sei, als Akt der Staatshoheit bindend für jedes andere Gericht, so läßt es sich doch andererseits nicht vermeiden, daß gelegentlich widersprechende Entsch. ergeben und ergehen müssen. Das beste Beispiel ist gerade der Besitzprozeß und der Prozeß um das Recht: wie der Richter im Besitzprozeß das nur vorläufig vollstreckbare Urteil im Rechtsprozeß unberücksichtigt zu lassen hat, weil eben für den Besitzanspruch andere Normen gelten, so noch mehr die vorläufige Regelung der EinstwVerf. Freilich wird man, wenn man dem Zweckgedanken des § 864 Abs. 2 BGB. gerecht werden will, unter einem rechtskräftigen Urteil sinngemäß jedes Urteil verstehen können, das den Rechtsstreit endgültig abschließt, also beispielsweise ein vorläufig vollstreckbares oberlandesgerichtliches Urteil, das zwar noch nicht formell rechtskräftig ist, bei dem aber die Voraussetzungen der Revision, etwa wegen Fehlens der Revisionssumme, offensichtlich nicht vorliegen.

Do lege ferenda zeigt auch dieser Fall wieder, daß das Nebeneinandergehen des Besitz- und des Rechtsprozesses zu erheblichen Schwierigkeiten führt. Besitzprozesse, die sich monatelang oder gar jahrelang durch die Instanzen ziehen, haben eigentlich ihren Sinn verloren. Der Besitzprozeß hat innere Berechtigung nur als ein Mittel sofortiger Wiedergutmachung der verübten Eigenmacht. Er gehört vor den „Schnellrichter“ der Ziviljustiz, der ihr auch sonst manchmal recht nötig wäre, und in ein besonderes beschleunigtes Verfahren beim OLG., wie es das gemeinrechtliche possessorium summariissimum war.

Vizepräf. Dr. Matthiesen, Kiel.

rechtskräftig festgestellt ist (§ 864 Abs. 2 BGB.). Das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht ist rechtskräftig aufgehoben, so daß der Kl. auch hierauf den Besitzwiedereinräumungsanspruch nicht stützen kann. (OLG. Raumburg, 4. ZivSen., Urt. v. 5. Juni 1931, 4 U 16/31.)

Mitgeteilt von H. Gleiser, Raumburg (Saale).

*

Stuttgart.

13. §§ 1120, 1378, 1048 BGB. Ein Inventarstück, welches für das Anwesen der Frau der betriebführende Ehemann aus eigenen Mitteln anschafft, fällt nur dann ins Eigentum der Frau, wenn es notwendiges Ersatzstück ist.

Die Frau des Schuldners brachte ein Brauereianwesen in die Ehe bei gegliehlichem Güterstand. Der Schuldner betrieb die Brauerei auf eigenen Namen und schaffte 1929 auf eigene Rechnung einen Lastkraftwagen an, den er im Betrieb verwendete. Von seinem Kläubiger W. wurde der Wagen 1931 gepfändet. Die Gewerbebank, der eine Hypothek auf dem Anwesen zusteht, erhob Erinnerung, weil Zubehör des Grundstücks und für einen abgängigen Kraftwagen angeschafft. Das OLG. gab der Erinnerung statt, OLG. und OLG. wiesen sie zurück. Nach § 1120 BGB. erstreckt sich die Hypothek nicht auf Zubehörstücke, die der Grundeigentümer nicht erworben hat. Daß der Wagen ins Eigentum der Frau gekommen sei, wird nicht auf § 1381 Abs. 1 BGB. gestützt, sondern könnte nur aus § 1378 abgeleitet werden, der auf die Nießbrauchvorschr. § 1048 Abs. 1 BGB. verweist. Danach fielen ins Eigentum der Frau, was der Mann als Ersatz für abgängiges Inventar beschafft; das ist hier nicht erweislich. Abgelehnt wird die weitergehende Ansicht von Warneher, Bem. IV zu § 588 Abs. 2 BGB., daß das Eigentum auch dann dem Grundeigentümer zufalle, wenn die Anschaffung nicht auf einer Verpflichtung beruhe. Nach Staudinger § 1048 Anm. 1c und Plank Anm. 2c muß jedenfalls beim Nießbrauch der Eigentumsübergang auf notwendige Stücke beschränkt werden. Sonst hätte es der Nießbraucher in der Hand, für nutzlose Anschaffungen Ersatz vom Eigentümer zu verlangen.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 5. Jan. 1932, W 996/31.)

*

14. § 1434 BGB.; § 200 Abs. 2 EGBGB. Bei vollkommener allgemeiner Gütergemeinschaft entsteht kein Vorbehaltsgut durch Testament oder Vertrag ohne förmliche Änderung des Ehevertrags.

Die beklagte Ehefrau hatte 1896 allgemeine Gütergemeinschaft unter Ausschluß von Sondervermögen vereinbart und machte 1906 eine Erbschaft, die ihr der Erblasser im Testament als Vorbehaltsgut zuwies. Die Rechtsgültigkeit dieser Verfügung erkannten die Eheleute vor dem Nachlassgericht an, und seitdem verwaltet die Frau dieses Vermögen selbständig. Sie erwarb mit Mitteln der Erbschaft ein Fabrikgebäude, das im Kaufvertrag ebenfalls als ihr Vorbehaltsgut und im Grundbuch als ihr Alleineigentum bezeichnet ist. Es wurde jedoch in einem Rechtsstreit mit einem Kläubiger des Ehemanns dem Gesamtgut zugesprochen. Maßgebend ist nicht das Testament noch das Grundbuch noch die Vereinbarung beim Nachlassgericht, sondern der Ehevertrag von 1896, durch welchen ein Vorbehaltsgut ausgeschlossen ist. Dieser konnte seit Inkrafttreten des BGB. nur in der Form des § 1434 geändert werden; denn seitdem muß nach § 100 Abs. 2 EGBGB. eine Regelung des Güterstands nach den Vorschriften des BGB. erfolgen (Sachst., 3. Aufl., § 48 Anm. 1; Staudinger, EGBGB. Art. 200 B 1c; WürttZ. 1929, 98). Diese Form wurde durch die angeführten Rechtsänderungen nicht ersetzt. Aus ihnen ist nur die Zustimmung des Ehemanns zum Erwerb der Frau zu entnehmen, und diese bewirkte, daß das Grundstück in das Gesamtgut fiel, auch wenn dies nicht beabsichtigt war.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Urt. v. 11. Dez. 1930, U 959/30.)

*

15. § 2039 BGB.; § 383 Ziff. 5 ZPO. Jeder Miterben kann von der Bank Abrechnung über das Konto des Erblassers verlangen.

Zwar kann gem. § 2039 BGB. gewöhnlich nur Leistung an alle Erben gefordert werden, das trifft aber bei der Auskunftserteilung nicht zu, denn sie ist keine Verfügung über einen Nachlassgegenstand. Daß der Nachlass schon auseinandergelegt ist, bildet kein Hindernis, denn das erstreckt sich nicht auf diesen Anspruch.

(OLG. Stuttgart, 4. ZivSen., Zwischenurt. v. 19. Dez. 1930, U 53/30.)

Berlin.

II. Verfahren.

16. §§ 114 ff. ZPO. Die Verteidigung des Bekl. in einem Ehecheidungsprozeß bietet von vornherein derartige rechtliche Schwierigkeiten, daß die Bestellung eines Armenanwalts zweckmäßig und zur Wahrung der Rechte des Bekl. geboten erscheint.

(OLG., 12. ZivSen., Beschl. v. 2. April 1932, 2 W 3256/32.)

Mitgeteilt von H. E. Wäsch, Berlin.

*

17. § 850 Abs. 4 ZPO.; § 119 RVO. Die Pfändung des Anspruchs des Eheannes auf Krankengeld ist zugunsten des Unterhaltsanspruchs der Frau und der Kinder zulässig.

Die Ansicht des Schuldners, daß sein Anspruch gegen die Krankenkasse auf Krankengeld wegen der Forderung der Gläubigerin nicht gepfändet werden dürfe, ist unzutreffend. Die für diese Frage maßgebende Bestimmung befindet sich in § 119 RVO. Nach dieser Vorschrift können die Ansprüche des Berechtigten auf die in diesem Gesetz gewährten Leistungen, zu denen auch der auf Krankengeld gegen die Krankenkasse gehört, nur wegen der hier einzeln aufgeführten Forderungen mit rechtlicher Wirkung übertragen, verpfändet und gepfändet werden, und unter diesen Forderungen werden unter Nr. 2 auch die in § 850 Abs. 4 ZPO. bezeichneten Forderungen angeführt. Diese Bestimmung bedeutet also, daß wegen der in § 850 Abs. 4 ZPO. bezeichneten Forderungen die Pfändung der Ansprüche auf die in der RVO. gewährten Leistungen, also auch des Anspruchs auf Krankengeld, zulässig ist. In § 850 Nr. 4 ZPO., der auf Grund dieser Verweisung hier anwendbar ist, werden u. a. aber auch die den Verwandten dem Ehegatten und dem früheren Ehegatten für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkt vorausgehende letzte Vierteljahr kraft Gesetzes zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge, erwähnt, so daß wegen dieser Unterhaltsforderungen für die angegebenen Zeiträume auch der Anspruch auf Krankengeld der Pfändung unterliegt, und zwar ohne jede Beschränkung, da bezüglich dieser Unterhaltsforderungen eine Einschränkung in § 850 Abs. 4 ZPO. und übrigens auch in § 119 RVO. nicht gemacht ist. Die Forderung der Gläubigerin, der Ehefrau des Schuldners, ist eine derartige Unterhaltsforderung.

(RG., 8. Zivilsen., Beschl. v. 27. Mai 1930, 8 W 3754/30.)

Mitgeteilt von R. Dr. Rich. Treitel, Berlin.

*

18. §§ 929 ff., 627 ZPO. Für eine EinstwVerf., die auf Grund des § 627 ZPO. die Art des Getrenntlebens und die Sorge für die Person eines Kindes ordnet, ist eine entsprechende Anwendung der für die Vollziehung von Arresten gegebenen Vorschriften nicht geboten. †)

Der Antragsgegner ist der Meinung, daß EinstwVerf. ohne Rücksicht auf deren Inhalt binnen Monatsfrist vom Antragsteller zugestellt werden müssen, weil nur dann die nach seiner Meinung hier laufende Vollziehungsfrist gewahrt sei, und er ist ferner der Meinung, daß, weil hier eine solche besondere Zustellung des landgerichtl. Urts. betr. die EinstwVerf. seitens der Antragstellerin innerhalb der Monatsfrist nicht erfolgt ist, die EinstwVerf. selbst hinfällig geworden wäre.

Diese Auffassung, daß es einer solchen Zustellung der EinstwVerf. ohne Rücksicht auf ihren Inhalt bedarf, steht zwar in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (vgl. RG. 40, 383; 51, 129; Sybow-Busch, ZPO., 20. Aufl., Anm. 2 zu § 936; Stein-Jonas, 14. Aufl., Anm. III 1 zu § 938 ZPO.); sie hält aber einer erneuten Prüfung nicht stand. Die Frage ist im

Zu 18. 1. Die Entsch. lenkt zunächst den Blick auf die verstreute und vielfach unbekannt bestimmte, daß bei dem nach mündl. Verh. durch Urteil angeordneten Arrest die Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. für die Vollziehung des Urts. schon mit der Verkündung, nicht der Zustellung des Urts. beginnt. Dem Arrestkl. ist also dringend anzuraten, auf schleunige Ausfertigung des Urts. zu dringen, da sonst ein Teil der Monatsfrist verlorengeht und die Durchführung der Vollziehungsmaßnahmen innerhalb des zur Verfügung stehenden Monats gefährdet erscheint. Da erziehungsgemäß die Best. des § 315 Abs. 2 ZPO., nach welcher das Urts. mit Gründen innerhalb einer Woche zu den Akten zu bringen ist, meist nicht beachtet wird, empfiehlt es sich, sich mit einer abgekürzten Ausfertigung zu begnügen. Aber auch eine solche braucht nach dem Wortlaut des § 315 Abs. 2 vor Ablauf einer Woche nicht bei den Akten zu sein, so daß in jedem Falle praktisch die Monatsfrist um mindestens eine Woche verkürzt wird.

2. Der Entsch. ist zuzustimmen. Das RG. macht sich aber die Begründung unnötig schwer. Daß die für die Vollziehung des Arrestes gegebene Best. des § 929 Abs. 2 ZPO. nicht dann angewendet werden kann, wenn die EinstwVerf. gar nicht der Vollziehung fähig ist, versteht sich eigentlich von selbst. Die Ausführlichkeit, mit der das RG. seine Meinung vertritt, erklärt sich vielleicht daraus, daß es meint, mit der h. W. in Widerspruch zu stehen. Das ist aber gar nicht richtig, obwohl es ausdrücklich im Urts. behauptet ist. Die im Auszug zit. Entsch. RG. 51, 129 spricht sich vielmehr nur über solche EinstwVerf. aus, die ein Gebot oder Verbot enthalten, und läßt die Frage, ob andere EinstwVerf. zu ihrer Wirksamkeit der Zustellung bedürfen (§. 131). Ebenso behandelt die Entsch. des RG. (DVGMr. 17, 350) eine EinstwVerf., die ein Verbot, über eine Hypothek zu verfügen, enthält, und spricht lediglich den Satz aus, daß eine solche EinstwVerf. mit Zustellung und nicht erst mit der Grundbucheintragung

vorl. Falle, da EinstwVerf. den aller verschiedensten Inhalt haben können, dahin zu stellen, ob eine entspr. Anwendung der an sich vom Gesetzgeber nur für die Vollziehung von Arresten gegebenen Vorschriften des § 929 Abs. 2 u. 3 ZPO. auch für die EinstwVerf. geboten ist, die allein hier in Frage kommen, nämlich die auf Grund des § 627 ZPO. erlassenen EinstwVerf., bei denen für die Dauer eines Ehestreites das Getrenntleben, die Art des Getrenntlebens der Ehegatten und die Sorge für die Person eines gemeinschaftl. minderjähr. Kindes geordnet wird. Diese Art der Regelung der persönl. Verhältnisse der Ehegatten während des Ehestreites ist keine Entsch. bei der wie bei einem Arrest eine Zwangsvollstreckung im eigentl. Sinne in Frage kommt. Es handelt sich bei diesem EinstwVerf. Verfahren um einen besonders gearteten summarischen Prozeß über die Gestaltung von Rechtsverhältnissen der Ehegatten und Kinder während eines Ehestreites und für die Dauer eines Ehestreites bei dem an Stelle der ordentl. Beweise die Glaubhaftmachung getreten ist. Die hier getroffene Regelung gilt für einen beschränkten Zeitraum, nämlich nur für die Dauer des Ehestreites, andererseits für einen Zeitraum, der die Frist von einem Monat die für den Arrest gegebene Vollziehungsfrist oft bei weitem übersteigt. Der Arrest dagegen ist ein Sicherungsmittel für die künftige Vollstreckung von Geldforderungen und solchen Ansprüchen, die in eine Geldforderung übergehen können. Die beim Arrest getroffene Regelung dient der Sicherstellung einer Vollstreckung. Die hier auf Grund des § 627 ZPO. im Ehestreit und für die Dauer des Ehestreites getroffene Regelung dient zur Ordnung eines einstw. Zustandes im Interesse des Rechtsfriedens.

Die ZPO. hat nun bei Arresten mit Rücksicht daraufhin, daß hier in der Regel eine Zwangsvollstreckung in Frage kommt und die Arrestbefehle sofort vollstreckbar sind, um die Vollziehung des Arrestes unter vielleicht ganz unveränderten Umständen zu verhüten, diese Vollziehung auf eine Frist beschränkt, die bis zur Nov. 1909 zwei Wochen betrug und von dieser auf einen Monat verlängert worden ist.

Die Frage ist nun, ob diese Frist und die Zustellung, deren Zweck es ist, diese Vollziehungsfrist in Lauf zu setzen, auch da geboten ist, wo es sich nicht um einen Arrest, sondern um eine EinstwVerf. handelt, und zwar um eine EinstwVerf. von besonderer Art, nämlich um eine solche, die ohnehin zeitlich, aber in anderer Weise schon beschränkt ist, bei der es also einer Beschränkung nicht bedarf und die einer Zwangsvollstreckung gar nicht fähig ist, bei der also jedes Bedürfnis dafür fehlt, eine solche einmonatige Vollziehungsfrist in Lauf zu setzen.

§ 936 ZPO. bestimmt, daß auf die Anordnung EinstwVerf. und das weitere Verfahren die Vorschr. über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entspr. Anwendung finden, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschr. enthalten. Solche Vorschr. sind nicht vorhanden. Damit ist aber die Frage noch keineswegs entschieden, denn entscheidend ist hier allein die Frage, ob die Anwendung der Bestimmungen, hier die Bestimmung des § 929 Abs. 2 u. 3 ZPO., bei der hier in Frage kommenden, einer Vollstreckung nicht fähigen Bsg. eine „entsprechende“ Anwendung i. S. des Gesetzes ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist aber im Gegensatz zur herrsch. Auffassung davon auszugehen,

als vollzogen gelte — wobei das RG. sehr richtig darauf hinweist, daß RG. 51, 129 unentschieden lasse, wie es sich mit anderen EinstwVerf. verhalte. Die Entsch. des OLG. Josen (DVGMr. 25, 230) behandelt lediglich eine EinstwVerf., durch die eine Grundbucheintragung angeordnet worden war, und stellt sich auf den Standpunkt, daß zur Vollziehung einer solchen EinstwVerf. nicht die Zustellung genüge, sondern daß es des Eintragungsantrages bedürfe. Nirgends also ist gesagt, daß EinstwVerf., die das Getrenntleben der Ehegatten anordnen, ebenfalls zu ihrer Wirksamkeit der Zustellung bedürfen. In den weiter hierfür vom RG. zit. Entsch. aber ist sogar das direkte Gegenteil ausgesprochen. OLG. Hamburg (DVGMr. 21, 95) sagt nämlich, daß „es nicht denkbar sei, eine Verfügung betr. Getrenntleben der Ehegatten noch besonders zu vollstrecken“, und daß, „wenn eine Vollziehung gar nicht möglich sei, auch kein Raum für die Anwendung des § 929 Abs. 2 ZPO. sei“ — also genau dasselbe, wie das RG. in der besprochenen Entsch. — und RG. 40, 383 steht sogar auf dem freilich in RG. 51, 129 aufgegebenen Standpunkt, daß „eine ein Verbot enthaltende EinstwVerf. einer Vollstreckung gar nicht fähig und zugänglich sei, sondern sich durch Verkündung des Urts. von selbst vollstreckt“. Die Polemik das RG. ist also bei näherem Zusehen gegenstandslos. Niemand — auch nicht Stein-Jonas — hat bisher behauptet, daß eine EinstwVerf., die nach mündl. Verh. das Getrenntleben der Ehegatten anordnet, erst durch Zustellung des Urts. existiert wird!

3. Im vorl. Falle kam nun noch hinzu, daß der Antragsgegner seinerseits dem Antragsteller die EinstwVerf. zugestellt und auch befolgt hatte. Bei solchem Sachverhalt könnte man sogar die Anwendung der exceptio doli bestritten, deren Anwendungsgebiet auf dem Gebiet des Prozeßrechts noch der wissenschaftl. Erhellung harret. R. Dr. Pfeiffer, Hirschberg (Rfgb.).

daß entspr. Anwendung selbstverständlich auch sinngemäße Anwendung heißt. Es ist aber nicht sinngemäß, die Bestimmungen über eine Vollstreckung auch da anzuwenden, wo, wie hier, eine Vollstreckung nicht in Frage kommt, und es ist nicht sinngemäß, hier eine Frist von einem Monat in Lauf zu setzen, wenn § 627 ZPO. sinngemäß die Geltung dieser EinstwVerf. bereits auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt hat, und zwar auf einen abweichenden Zeitraum, nicht den von einem Monat, sondern den der Dauer des Ehestreits. Die ratio legis der für die Vollziehung eines Arrestes im § 929 Abs. 2 u. 3 ZPO. gegebenen Vorschr. entfällt hier völlig, und man kann nicht sagen, daß es eine entspr. und sinngemäße Regelung wäre, solche Bestimmungen da anzuwenden, wo die ratio legis versagt. Wenn RG. 51, 129, 132 sagt: „Eine Vollziehung der mittels eines Urf. erlassenen, ein Verbot enthaltenden EinstwVerf. gem. § 929 Abs. 2 ZPO. ist aber in der bloßen Verkündung des Urf. nicht zu finden, weil solche Vollziehung bei einer EinstwVerf., ebenso wie bei einem Arreste, doch stets eine entspr. Tätigkeit des Impetranten selbst voraussetzt, eine solche aber in einem Akte des Gerichts selbst, als welche die Verkündung sich doch darstellt, nicht erblickt werden kann“, so kann hier dahingestellt bleiben, ob es bei einem Verbot einer solchen Tätigkeit bedarf, um das Verbot auszusprechen, keinesfalls aber kann die „Tätigkeit des Impetranten“ ein Grund sein, hier eine entspr. Anwendung der Best. des § 929 Abs. 2 u. 3 ZPO. zu erfordern, wo es sich nicht um den Ausspruch eines Verbots, sondern lediglich um die vom Gericht zu treffende Regelung eines einstw. Zustandes handelt und eine genügende „Tätigkeit des Impetranten“ in dem Antrage auf Erlaß dieser EinstwVerf. und der Aufrechterhaltung dieses Antrages in der mündl. Verh. vor dem LG. sehr wohl gefunden werden kann. Eine solche besondere Tätigkeit kann nur da verlangt werden, wo ihr eine besondere rechtl. Bedeutung zukommt, so z. B. bei einem Verbot oder dann, wenn durch sie eine Frist in Lauf gesetzt werden soll. Solche Umstände liegen aber bei der hier allein in Frage kommenden EinstwVerf. nicht vor. Eine Vollziehung dieser EinstwVerf. kommt nach ihrem Inhalt nicht in Frage, eine entspr. Anwendung der Best. des § 929 Abs. 2 u. 3 ZPO. ist hier nicht sinngemäß, das gilt von der dort erforderlichen Zustellung in gleicher Weise wie von der dort gesetzten Frist von einem Monat. Kommt aber eine entspr. Anwendung dieser Bestimmungen bei der hier vorl. besonderen, auf Grund des § 627 ZPO. erlassenen EinstwVerf. sinngemäß nicht in Frage, so ist die EinstwVerf. des LG., die dem Antragsgegner übrigens selbstverständlich bekannt war und die er auch selbst der Antragstellerin zugestellt und sogar durch Befolgung tatsächlich vollzogen hat, nicht deshalb hinfällig geworden, weil sie nach dem Erlaß des landgerichtl. Urf. innerhalb der für die Vollziehung eines Arrestes vorgeschriebenen Frist des § 929 ZPO. dem Antragsgegner nicht noch besonders zugestellt worden ist.

(RG., 19. ZivSen., Urf. v. 11. Juni 1931, 19 U 6296/31.)

Mitgeteilt von RGK. Ernst Wolff, Berlin.

*

Samm.

19. §§ 114 ff. ZPO. Im Ehescheidungsprozeß ist der beklagten Partei grundsätzlich das Armenrecht wegen Ausichtslosigkeit der Rechtsverfolgung nicht zu verlagern (Stein-Jonas § 114 Anm. 2; Schönb.-Busch-Kranz § 114 Anm. 3.)

(OLG. Hamm, 1. ZivSen., Beschl. v. 18. Jan. 1932, 1 W 7/32.)

Mitgeteilt von RA. Rudolf Bürger, Dohenslinburg.

*

Riel.

20. Art. I u. II ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928. Streitwertbemessung in Ehesachen nach dem 1. April 1929, wenn eine Partei vor diesem Tage verstorben ist. f)

Beschw. war der Kl. in deren Scheidungsprozeß im Mai 1928 als ArmAnw. vom LG. beigeordnet. Kl. ist im Januar 1929 verstorben, was Beschw. im März 1929 erfahren und im April 1929

Zu 20. Die Entsch. ist zweifellos zutreffend. Da nach § 122 ZPO. das Armenrecht mit dem Tode des Kl. erloschen war, entbieten damit auch die Beziehungen des Staates zu dem Beschw., mag man diese als öffentlich-rechtliches Amt oder als zivilrechtliche Beauftragung auffassen. Denn Voraussetzung für diese Beziehungen ist das Fortbestehen des „Armenrechts“. Eine offene Frage könnte sein, ob ein RA., der in Unkenntnis des Todes seiner Partei noch Rechtsabhandlungen vornimmt, für diese Tätigkeit in (rechtsähnlicher) Anwendung des § 674 BGB. eine Vergütung beanspruchen kann. Allein auch dann würde m. E. die inzwischen, aber nach dem Tode erfolgte gesetzliche Änderung des Wertes des Streitgegenstandes nicht zugunsten des RA. berücksichtigt werden können, weil für deren Wirksamkeit das objektive Bestehen des Armenrechts Voraussetzung ist. Vollends muß sie gewiß in dem vorl. Falle unbeachtlich sein, in welchem der RA. nach dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung überhaupt nicht mehr tätig wurde — denn die bloße Anzeige, daß der Auftraggeber gestorben sei, kann

dem LG. mitgeteilt hat. Darauf hat das LG. unter Aufhebung des weiteren Verhandlungstermins — wegen der Kosten ist der Rechtsstreit nicht fortgeführt — im Mai 1929 den Streitwert auf 2000 M festgesetzt, ihn jedoch auf Beschw. des Kassierats im Dezember 1931 auf 500 M ermäßigt. Die Beschw. des ArmAnw. ist unbegründet.

Der Wert des Streitgegenstandes konnte in Ehesachen bis zum 1. April 1929, dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des Art. I § 6 Gef. v. 20. Dez. 1928, auf 500 M festgesetzt werden. Da die Parteien hier arm waren, so lag kein Anlaß vor, über diesen Mindeststreitwert hinauszugehen. Die neue Gesetzesbestimmung, nach der der Streitwert in Ehesachen allerdings mindestens 2000 M beträgt, findet nach Art. II a. a. D. auch auf die vor ihrem Inkrafttreten anhängig gewordenen Rechtsfachen Anwendung, soweit nicht die Instanz vor diesem Zeitpunkt beendet war. Nach § 628 ZPO. ist durch den Tod der Kl. der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache erledigt. Der Prozeß konnte nur noch wegen der Kosten fortgesetzt werden. Das Armenrecht war nach § 122 ZPO. erloschen mit dem Tode der Kl. War aber die Hauptsache vor dem 1. April 1929 erledigt, so können die mit dem 1. April 1929 in Kraft getretenen neuen Bestimmungen den Streitwert der z. B. der Wirksamkeit der alten Bestimmungen erledigten Hauptsache nicht mehr beeinflussen. Der Streit geht im Ehescheidungsprozeß nach dem Tode eines der beiden Gatten nicht mehr um einen nichtvermögensrechtlichen Anspruch i. S. des § 11 GBG. Gestritten werden kann nur noch um die Kostenlast. Wenn dieser Streit ausgedacht wird, so richtet sich der Streitwert nur nach der Höhe der Kosten, ebenso wie es sonst in einem Rechtsstreit der Fall ist, in dem sich die Hauptsache erledigt hat und der nur wegen der Kosten fortgesetzt wird.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Beschl. v. 16. März 1932, 4 W 98/32.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

*

21. § 114 ZPO.; § 11 Abs. 1 Teil 6 Kap. I 3. NotWd. v. 6. Okt. 1931. Zur Frage der Armenrechtsbewilligung in erstinstanzlichen Ehesachen. f)

Der Senat hat stündig die Auffassung vertreten, daß in Ehesachen die Rechtsverteidigung der bekl. Partei im ersten Rechtszuge so lange nicht ausichtslos erscheint und ihr also das Armenrecht bewilligt werden muß, als anzunehmen ist, daß sie Einfluß auf den Rechtsstreit nehmen kann und versuchen will, eine für sie möglichst günstige Entsch. zu erreichen. Diese Stellungnahme rechtfertigt sich daraus, daß erfahrungsgemäß der Verlauf und der endgültige Ausgang eines Ehestreits im ersten Rechtszuge nicht zu übersehen ist. Scheidungs-, Anfechtungs- und Herstellungsaklage können verbunden werden, und der klagende Teil ist bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Lage, von der einen zur anderen Klage überzugehen und neue Klagegründe geltend zu machen. Damit können für den bekl. Teil immerfort neue Notwendigkeiten und Möglichkeiten der Verteidigung entstehen. Es wird sich für ihn häufig erst im Laufe des Rechtsstreits die Zweckmäßigkeit einer Widerklage oder eines Mitschuldantrages aus § 1574 Abs. 2 BGB. ergeben. Die Vorschriften des § 619 ZPO., wonach das Gericht die Parteien

nicht so gewertet werden — und wo er schon vor diesem Inkrafttreten von dem Tode seines Auftraggebers erfahren hatte, also dem Gericht hiervon Anzeige zu machen in der Lage war.

RA. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Zu 21. Die Entsch. entspricht mit praktisch ganz unwesentlichen Einschränkungen, wie sie neuerdings auch von anderen Gerichten gemacht wurden, der seit Jahrzehnten herrschenden Meinung (vgl. aus neuester Zeit etwa: OLG. Stuttgart: JW. 1930, 1096³⁹; OLG. München: BahZ. 1931, 350; RG.: JW. 1930, 3643³). Aber so wohlmeinend diese Ansicht und so beachtlich sie de lege ferenda ist, so wenig kann doch anerkannt werden, daß sie dem geltenden Recht entspricht. Auch außerhalb des Eheprozesses fragt unser Gesetz bei Regelung der Voraussetzungen des Armenrechts nicht danach, ob die arme Partei des anwaltshaftlichen Rates bedarf, um ihre Prozeßführung zweckmäßig zu gestalten oder ob die Rechtsverteidigung in Zukunft ausichtslos werden könne. Die gegenwärtige, im Zeitpunkt der Beschlußfassung bestehende und erkennbare Sachlage ist allein maßgebend, in Ehesachen so gut wie in allen anderen Prozessen (vgl. Friedlaender, RAW.³ § 33 Anm. 19 mit Nachweisungen und neuerdings besonders Jonas: JW. 1930, 3643³; 1931, 1386²⁰ und OLG. Bamberg dajelbst). Traf dies schon vor Erlaß der NotWd. v. 6. Okt. 1931 zu, so muß das Gesagte nach der positiven Fassung des § 11 Abs. 1 des 6. Teils dieser NotWd. und der ganzen Tendenz des § 11 erst recht gelten.

Nicht zu verwechseln ist der hier angedeutete Gedankengang mit dem durchaus verfehlten Versuch einzelner Gerichte, dem bekl. im Eheprozesse das Armenrecht deshalb zu versagen, weil er offenbar — im Rechte sei und wegen der Pflicht des Gerichts zur Officialprüfung eines Anwalts nicht bedürfe (vgl. hierzu Fürst und RG.: JW. 1930, 2990¹⁹; Schölg: DZS. 1930, 1584).

RA. Dr. Friedlaender, München.

vernehmen, und des § 622 ZPO., laut welchem es zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe Tatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amts wegen anordnen kann, genügen in den seltensten Fällen, um die Belange einer nicht vertretenen Partei zu wahren. Vielmehr bedarf sie in aller Regel eines rechtskundigen Beraters, wenn sie nicht Gefahr laufen soll, geschädigt zu werden. Andererseits lassen die aufgezeigten Entwicklungsmöglichkeiten der Eheprozesse erkennen, daß, wenn die bekl. Partei sich überhaupt gegen die Klage wehren will, die beabsichtigte Rechtsverteidigung kaum je als von vornherein aussichtslos i. S. des § 114 ZPO. bezeichnet werden kann.

Diese Grundsätze beanspruchen wegen der Besonderheiten des Eheprozesses auch weiterhin Geltung, obwohl nach der 3. RotW. v. 6. Okt. 1931 der § 114 ZPO. im allgemeinen eingeschränkt und das Armenrecht nur noch zu bewilligen ist, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg bietet. In Ehefällen kann eben, solange der Rechtsstreit in erster Instanz schwebt und weder der Umfang des heranzuziehenden Prozeßkosts noch das Ausmaß der möglichen Anträge endgültig zu überblicken ist, zu Lasten der bekl. Partei nicht mit Sicherheit festgestellt werden, daß ihre Rechtsverteidigung keinerlei Erfolg verspreche. Es wird ihr deshalb in aller Regel nach wie vor das Armenrecht zu bewilligen sein, wenn sie sich gegen die Klage in irgendeinem Sinne wehren will. Zu diesem Ergebnis führt im übrigen bei richtiger Erwägung auch der Spärgesichtspunkt der RotW. Wenn nämlich einer bekl. Ehepartei im ersten Rechtszuge das Armenrecht versagt worden und alsdann das Urteil zu ihren Ungunsten ergangen ist, so ist der gewöhnliche Verlauf der, daß sie sich mit einem unabwiesbaren Armenrechtsgesuch an das OVG. wendet und daß dann im zweiten Rechtszuge mit einem höheren Kostenaufwande derjenige Streitstoff ausgeschrieben werden muß, der in ersten mangels sachmäßiger Beratung der Partei nicht zum Vorschein gekommen war. Diesen Erfolg der Armenrechtsverweigerung hat der Senat in der weit überwiegenden Zahl der Fälle beobachten müssen. Er läßt es ebenfalls unzumutbar erscheinen, von der früheren Handhabung abzuweichen.

(OVG. Kiel, 4. ZivSen., Beschl. v. 20. Febr. 1932, 4 W 70/32.)

*

22. §§ 393 Ziff. 3, 606 ff. ZPO. Zur Bewertung unehelicher Verwandtensausagen im Eheprozeß.

Im Gegensatz zu der Beweiswürdigung durch das OVG. ist der Senat nicht in der Lage, auf die unehelichen Bekundungen der Mutter des Kl. irgendwelches Gewicht zu legen. Müssen schon in vermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten unbedingte Ausagen von Eltern, Abkömmlingen und anderen nahen Verwandten, soweit sie zugunsten der ihnen verwandten Partei lauten, mit großer Vorsicht bewertet werden, da sie erfahrungsgemäß fast stets — wenn auch mitunter unbewußt — voreingenommen sind, so gilt diese Vorsicht ganz besonders in Ehefällen, in denen sich die Parteien und fast ausnahmslos auch ihre Verwandten mit besonderer Erbitterung gegenüberstehen. Gerade in solchen Prozessen können unbedingte Bekundungen naher Verwandter, soweit sie nicht weitgehend durch eheliche Ausagen unbeteiligter Zeugen bestätigt werden, grundsätzlich nicht anders als einseitige Parteibehauptungen bewertet werden.

(OVG. Kiel, 4. ZivSen., Urt. v. 27. Mai 1931, 4 U 204/30.)

Mitgeteilt von OVR. Schumacher, Altona.

*

23. §§ 627, 940 ZPO. Wirkung des landgerichtlichen mit der Berufung angegriffenen Ehescheidungsurteils auf das in der Berufungsinstanz schwebende Verfahren betr. Gewährung des Unterhalts an die für mitschuldig erklärte Ehefrau.

Der Antrag der Verfügungskl. auf Zuerkennung des Unterhalts ist an sich auf Grund des § 1361 und der §§ 627 u. 940 ZPO. begründet. Allerdings kann sie nur den notdürftigen und nicht den standesgemäßen Unterhalt für sich beanspruchen. Sie muß das landgerichtliche Urteil, das die Ehe der Parteien auch auf die Widerklage des Bekl. geschieden und beide Ehegatten für schuldig an der Ehescheidung erklärt hat, in diesem Verfahren betr. Gewährung des Unterhalts gegen sich gelten lassen. Denn sie hat bis jetzt wenigstens diesen Staatsakt in seiner formellen Bedeutung nicht zu entkräften vermocht. Auch erscheint es als nicht angängig, schon jetzt zu den Ehescheidungsgründen des landgerichtlichen Urteils in einem Zeitpunkt kritisch Stellung zu nehmen, in dem das Verfahren des zweiten Rechtszugs zur Hauptsache — der Ehescheidungsprozess — erst seinen Anfang genommen und noch nicht einmal vor dem Einzelrichter streitig verhandelt worden ist. Eine solche Stellungnahme würde eine Vorwegnahme des Endurteils des demnächst erst erk. Sen. zur Hauptsache — wenigstens dem praktischen Ergebnis nach — notwendig in sich schließen.

(OVG. Kiel, 4. ZivSen., Urt. v. 6. Juni 1931, 4 U 88/31.)

Mitgeteilt von OVR. Dr. Bobensiepen, Kiel.

*

24. § 940 ZPO.; § 1387 Ziff. 1 BGB. Bei der Frage der Zahlung eines Kostenvorschusses seitens des Ehemanns an die eine Scheidungsklage beabsichtigende Ehefrau sind die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien, ferner die etwaige Aussichtslosigkeit der Klage von Bedeutung.

Der Verfügungsbekl. wendet gegenüber dem Zahlungsanspruch ein, daß er nach seinen Vermögensverhältnissen außerstande sei, den verlangten Vorschuß zu zahlen, während die Verfügungskl. ein hinreichendes Arbeitseinkommen habe. Mit diesem Vorbringen kann er nicht gehört werden. Der letztangeführte Umstand ist gegenüber der Verpflichtung aus § 1387 Ziff. 1 BGB. überhaupt kein Gesichtspunkt. Aber auch der erstgenannte greift nicht durch. Die Verpflichtung des Mannes, die Frau mit Kostenvorschuß zu versehen, besteht, gleichviel, ob er arm oder reich ist, Vermögen der Frau verwalket oder nicht, ja sogar, wenn ihm im Rechtsstreit das Armenrecht bewilligt ist. Nur in dem Ausnahmefalle, wenn über die völlige Mittellosigkeit eines im Armenrecht streitenden Mannes gar kein Zweifel obwalten kann — z. B. wenn er kürzlich den Offenbarungsbeitrag geleistet hat — und wenn deshalb eine ihm die Zahlung eines Kostenvorschusses aufgebende Einstw. Verf. eine gänzlich zwecklose, im Grunde nur schikanöse Maßnahme wäre, ist der Erlaß einer Einstw. Verf. abzulehnen.

Der Verfügungsbekl. schützt weiterhin vor, daß die von der Verfügungskl. beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos sei. Die Schlüssigkeit dieser Verteidigung ist nicht unbestritten. Der Senat nimmt den Standpunkt ein, daß die Einstw. Verf. auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses dann zu versagen ist, wenn die Aussichtslosigkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zweifelsfrei zutage liegt, so daß der Antrag auf Erlaß einer solchen Verfügung nur auf eine mutwillige Schädigung des Antragsgegners hinausgeht. Insofern hält sich der Senat berechtigt, die Ausichten der von der Verfügungskl. angestellten Kl. auch im Hinblick auf den Vorschußantrag zu prüfen.

(OVG. Kiel, 4. ZivSen., Urt. v. 29. Nov. 1930, 4 U 377/30.)

Mitgeteilt von OVR. Schumacher, Altona.

Köln.

25. §§ 727, 730, 731, 780, 781, 785 ZPO. Zur Frage des Vorbehalts der beschränkten Erbenhaftung bei Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 727 ZPO.

Die Anwendung des § 780 ZPO., wonach der als Erbe des Schuldners verurteilte Bekl. die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen kann, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist, wird zwar von der Rpr. auch auf die Fälle ausgedehnt, in denen das Urteil noch gegen den Erblasser ergangen, aber die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen die Erben im Wege der Klage nach § 731 ZPO. erstritten worden ist. Die Einwendungen auf Grund der Haftungsbeschränkung des Erben aus § 781 ZPO. finden nach § 785 ZPO. ihre Erledigung über die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. Da nun die h. M. (RG. 34, 347; OVG. 15, 280) auch gegenüber der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel solche Einwendungen zuläßt, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, so folgert das OVG. Posen: OVG. 29, 197 daraus wohl mit Recht, daß die Einwendungen aus § 781 ZPO. zur Vermeidung des späteren Ausschlusses schon in dem Rechtsstreit über die Klauselerteilung erhoben werden müssen. „Denn, wenn Rechtsbehelfe gegeben sind, an deren mangelhafte Geltendmachung das Gesetz Nachteile geknüpft hat, muß angenommen werden, daß in allen den Fällen, wo derartige Rechtsbehelfe zugelassen sind, auch die Folgen eintreten, die das Gesetz als Folgen der Verfümmung bestimmt hat.“ Eine weitere Stütze zur Rechtfertigung dieser Ansicht entnimmt die Entsch. dem Wortlaut des § 780 ZPO., da auch dann eine „Verurteilung“ des Erben vorliegt, wenn diese sich bloß auf die Erteilung der Vollstreckungsklausel beschränke.

Allen diesen Erwägungen wird jedoch die Grundlage entzogen, wenn die vollstreckbare Ausfertigung auf Grund des § 727 ZPO. erteilt worden ist. Dann war nämlich dem Erben überhaupt noch keine Möglichkeit gegeben, seine Einwendungen aus § 781 ZPO. im Klageweg geltend zu machen, und er kann mithin auch nicht als „verurteilt“ i. S. des § 780 ZPO. angesehen werden. Die Nichtberücksichtigung des Erbenvorbehalts muß deshalb in dem Verfahren nach § 727 ZPO. sogar dann unschädlich bleiben, wenn der Erbe vor Erteilung der Klausel gehört worden ist, weil das für ihn noch keine der Parteistellung im Prozeß gleichwertige Verteidigungsmöglichkeit bedeutet. Ob damit zugleich ein Antrag des Erben, der nach § 730 ZPO. vor Erteilung der Klausel gehört wird und den Vorbehalt aufgenommen wissen will, mangels ausreichenden Rechtschutzbedürfnisses abzulehnen ist, kann hier auf sich beruhen, da die Klausel in zulässiger Weise, ohne vorher den Beschw. Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, erteilt worden ist. Durfte aber der Rechtspfleger auf Grund des vorgelegten Erbseins unbedenklich die Vollstreckungsklausel ohne Anhörung der Beschw. erteilen, dann können sich diese das entbehrliche Gehör nicht durch Einlegung eines Rechtsbehelfs erzwingen. Die Nachprüfung des von dem Rechtspfleger an-

gewandten Verfahrens kann sich nur darauf beschränken, ob dieses dem Gesetz entsprach. Da das der Fall ist, war die Beschwerde zurückzuweisen, ohne daß auf die vom LG. getroffene Feststellung über die materielle Nichtberechtigung der Beschw. zur Geltendmachung der beschränkten Haftung eingegangen zu werden brauchte. Es bleibt den Beschw. unbenommen, der Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschl. mit ihren vermeintlichen Einwendungen gem. § 785 ZPO. zu begegnen.

(OLG. Köln, 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Febr. 1931, 1 W 51/31.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Schmitz, Nachen.

b) Strafsachen.

Karlsruhe.

I. Notverordnungsrecht.

26. RD. des RPf. über die Devisenbewirtschaftung v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 421). Ein fahrlässiges Vergehen gemäß §§ 7, 18 Abs. 1 Ziff. 3, 18 Abs. 2, begangen durch nicht genehmigte Überbringung von Zahlungsmitteln ins Ausland, ist keinesfalls vollendet, ehe die deutsche Zollgrenze passiert ist. Es würde gegen § 2 Abs. 1 StGB. verstoßen, wollte man aus dem Zweck der RD. folgern, daß schon das Unternehmen eines solchen Vergehens als Vollendung zu strafen sei. Eine vielleicht nicht gewollte Lücke zu schließen, ist Sache des Gesetzgebers. †)

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Ur. v. 10. März 1932, SM 34/32.)

Abgebr. ZW. 1932, 1025.

Zu 26. Das Ur. mag als Einzelentscheidung im Hinblick auf die tatsächliche Feststellung des Vorderrichters, der Angekl. habe die geltenden Devisenbestimmungen nicht gekannt, als billig empfunden werden; in ihrer grundsätzlichen Bedeutung ist aber die Begründung des OLG., wie dieses offenbar selbst nicht verkennt, äußerst unbefriedigend. Denn sie führt — daran ändert auch der Vorbehalt wegen des Vorzuges nichts — dahin, daß bei allen Verstößen gegen das Verbot der Verbringung von Zahlungsmitteln ins Ausland (ausgenommen die mit Zuchthaus bedrohten besonders schweren Fälle) eine strafbare Handlung erst dann vorliegt, wenn die Tat geübt und eine Entdeckung meist nicht mehr möglich ist. Im Regelfall der Entdeckung bei der deutschen Zollkontrolle würde eine strafbare Handlung noch nicht vorliegen. Die Gründe des OLG. für diese Auffassung können nicht überzeugen:

1. In RGSt. 52, 122 ist für den ähnlich gelagerten Fall eines auf die HundRD. v. 20. Juli 1916 über Speisefette (RGBl. 755) beruhenden Ausfuhrverbots ausgesprochen, es wäre sinn- und zweckwidrig, die Anwendung der Strafgesetze gegen die Verletzung von Ausfuhrverboten davon abhängig zu machen, daß die verbotene Ausfuhr gelingt, vielmehr seien Ausfuhrverbote ihrer Art nach dahin auszuulegen, „daß schon das Unternehmen der Ausfuhr verboten ist und die Bestrafung . . . schon dann zu erfolgen hat, wenn das Unternehmen als solches verwirklicht worden ist“. — Diese Erwägungen treffen auch für die Ausfuhr von Zahlungsmitteln und Wertpapieren nach § 7 DevisRD. zu.

2. Das OLG. hat die Anwendbarkeit des § 134 ZollG. (Unternehmen der verbotenen Ausfuhr) nicht geprüft. § 134 ZollG. ist ein Ergänzungsgesetz, dessen Strafandrohungen für solche in anderen Gesetzen enthaltenen Straftatbeständen einer verbotenen Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr wirksam werden, für die eine höhere Strafe nicht angedroht ist. Das Motiv des Ausfuhrverbots (Zoll-, Handels-, Kulturpolitik, Gesundheitspolizei usw.) ist unerheblich. Die auflösende Bedingung durch Genehmigung der DevisBewSt. steht dem Wesen des Ausfuhrverbots nicht entgegen, da die Genehmigung keine bloße Formalität ist, sondern in der Mehrzahl der Fälle versagt werden wird. Wird der Gedankengang von RGSt. 52, 122 für §§ 7, 18 DevisRD. nicht anerkannt, so sind offenbar die Voraussetzungen für eine Anwendung von § 134 ZollG. erfüllt. § 139 Nr. 1 ZollG. würde allerdings im vorl. Fall wohl zu Straflosigkeit geführt haben, da der Angekl. die Zahlungsmittel bei der Grenzkontrolle angegeben hat. Auch würde die Unkenntnis des Verbots nach der Fassung des § 134 den Vorbehalt und damit eine Bestrafung aus dieser Vorschr. ausschließen (vgl. Stenglein, 4. Aufl., Bb. II, Bem. 6 a zu § 134 ZollG.).

3. Die Ausführungen des OLG. über die Fahrlässigkeit bei einer Zuwiderhandlung gegen §§ 7, 18 DevisRD. stehen im Widerspruch zu der für das geltende Strafrecht herrschenden Scheidung zwischen Rechtsirrtum und Tatirrtum (vgl. RGSt. 57, 404; 61, 270). Eine der IrrtD. von 1917 entsprechende Vorschr. fehlt in der DevisRD. Es kann also (anders als bei § 134 ZollG.) nicht darauf ankommen, ob die Zuwiderhandlung in Kenntnis oder Unkenntnis des bestehenden Verbots erfolgte, sondern nur darauf, daß der Täter sich der einzelnen Tatbestandsmerkmale bewußt ist. Daß die Voraussetzungen eines Tatfaktirrtums nur in seltenen Fällen erfüllt sein werden, teilt § 7, 18 DevisRD. mit zahlreichen anderen Straftatbeständen. Für

Berlin.

II. Materielles Recht.

27. § 53 StGB. Keine Notwehr gegenüber einem nach dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung nicht gegen die RechtsD. verstoßenden Angriff.

Der leicht angetrunkene Angekl. hatte aus Wut über das Verhalten seiner Frau einen Stuhl zwischen die Tanzenden geworfen. Er wurde aus dem Saale gedrängt und auf die Straße gebracht. Sein Bruder und sein Freund F. suchten ihn zu beruhigen und hielten ihn fest, um ihn zu hindern, wieder in den Saal zurückzulaufen. Er sagte mehrmals zu F., er solle ihn loslassen, sonst haue er zu, und stach dann mit dem Taschmesser auf F. ein. Mit Recht hat das LG. Notwehr verneint. Auch wenn der äußere Tatbestand der Freiheitsberaubung oder Nötigung auf Seiten des F. und des Bruders des Angekl. erfüllt sein sollte, lag doch ein rechtswidriger Angriff auf den Angekl. nicht vor. Geht man davon aus, daß der vom Angekl. gegen die Tanzenden begangene Angriff noch nicht beendet war, seine Fortsetzung vielmehr unmittelbar bevorstand, so war das Festhalten des Angekl. ohne weiteres durch Notwehr zum Schutze der Tanzenden geboten, Notwehr auf Seiten des Angekl. also ausgeschlossen. In jedem Falle aber stellte die Aufgeregtheit des angetrunkenen Angekl. eine Gefahr dar, der, wie das LG. offenbar angenommen hat, nur dadurch begegnet werden konnte, daß er daran verhindert wurde, den Tanzsaal wieder zu betreten. Es liegt hier ein Widerstreit von Rechtsgütern vor, wobei die vorübergehende Behinderung der Bewegungsfreiheit des Angekl. im Verhältnis zu der von ihm anderen Personen drohenden Gefahr nur gering zu bewerten ist. In der Rspr. ist anerkannt, daß in einem solchen Falle des Notstandes der Eingriff in das geringer zu bewertende Gut nicht rechtswidrig, eine Gegenwehr ihm gegenüber mithin nicht zulässig ist (vgl. RGSt. 23, 117; 61, 254).

(RG., 2. StrSen., Ur. v. 24. Okt. 1931, 2 S 510/31.)

Mitgeteilt von OGR. Körner, Berlin.

*

28. § 361 Ziff. 10 StGB. Die Frage, ob der Unterhaltspflichtige zur Unterhaltsleistung in der Lage ist, richtet sich nicht nach seinen Einnahmen, sondern nach seinem Einkommen.

(RG., 2. StrSen., Ur. v. 25. Nov. 1931, 2 S 583/31.)

Mitgeteilt von OGR. Körner, Berlin.

*

Dresden.

29. § 193 StGB. Wer dem hintergangenen Ehemann Mitteilung von dem ehewidrigen Verkehr seiner Frau mit einem anderen macht, damit er diesen gegebenenfalls belangen könne, kann den Strafschutz des § 193 StGB. beanspruchen. †)

Zwar ist es richtig, daß nach der neueren Rspr. des RG. (vgl. Lpz. Komm., § 193 Anm. 9) sittlich berechtigte oder zu rechtfertigende Gründe im allgemeinen noch nicht das Recht geben, die Ehre eines anderen zu verletzen, daß es vielmehr auch in solchen Fällen zur Begründung des Schutzes des § 193 StGB. besonderer

das grundsätzliche Verhältnis von Rechts- und Tatirrtum kann daraus um so weniger etwas abgeleitet werden, als § 7 in § 18 Nr. 3 in einer Reihe mit mehreren anderen Tatbeständen steht, bei denen hinreichende Möglichkeiten für Tatirrtümer gegeben sind (z. B. § 6 Nr. 1, § 6 Nr. 3).

Die Reichsregierung hat inzwischen bereits die Folgerungen aus der Entscheidung gezogen: In einer RD. des RPf. v. 15. April 1932 (RGBl. I Nr. 23) ist der Versuch der Devisendelikte allgemein unter Strafe gestellt worden.

RegR. Dr. H. Hartenstein, Berlin.

Zu 29. Was zunächst die Annahme eines ganz allgemeinen, die Rechtswidrigkeit der üblen Nachrede ausschließenden Einzelrechtes anlangt, so ist auch in RGSt. 29, 54 (56) ausgesprochen, daß „jedermann die Befugnis zustehen müsse, Handlungen, von welchen er Kenntnis erhält und die er als strafbar erachtet, der zuständigen Behörde anzuzeigen, selbst wenn er nicht in der Lage ist, den Beweis der Wahrheit zu erbringen“ (vgl. auch RGSt. 20, 164; 34, 216; 61, 400). Wollte man diesen Satz wörtlich nehmen, so wäre damit die Strafbarkeit einer nicht wissenschaftlich falschen Anschuldigung als übler Nachrede generell verneint, ein Standpunkt, der eingangs der zit. Entsch. ausdrücklich abgelehnt wird. Man kann auch nicht einfach unter Hinweis auf das öffentliche Interesse an Strafanzeigen die in einer solchen Anzeige etwa steckende üble Nachrede ganz allgemein rechtfertigen; denn nur an der wahren Anzeige hat die Allgemeinheit ein Interesse, durch die falsche wird auch ihr Interesse verlegt. Somit bedarf schon jene These des unbeschränkten Anzeigerechtes als eines gegenüber § 186 StGB. ohne weiteres durchgreifenden Rechtfertigungsgrundes der

Verhältnisse und Beziehungen bedarf, die den Täter als Vertreter oder Verteidiger fremder Interessen legitimieren. Ein Eintreten für fremde Interessen, die den Täter persönlich nicht nahe gehen, lediglich aus sittlichen Motiven, wird in der Regel nicht nach § 193 StGB. straflos bleiben, wenn es sich unter Nichtachtung fremder Ehre vollzieht. Nach Ansicht des Sen. kann jedoch dieser Grundsatz nicht formalistisch, nicht ausnahmslos und uneingeschränkt gelten, sondern es wird stets auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen. Es ist denkbar, daß nach der besonderen Gestaltung des Sachverhalts die Verteidigung oder Wahrnehmung fremder Rechte oder Interessen selbst dann, wenn sie unaufgefordert, aber aus sittlich anzuerkennenden Beweggründen erfolgt, für ein berechtigtes Interesse erachtet werden kann. Mit dem im § 193 StGB. aufgenommenen Zusatz „und ähnliche Fälle“ hat der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck gebracht, daß dem Richter gestattet ist, den § 193 StGB. nach dem Geiste seiner Einzelvorschriften überall da zur Anwendung zu bringen, wo die Anwendung im Geiste dieser Vorschriften liegt, wenn auch nicht gerade eine der Einzelvorschriften selbst zutreffen würde. Unter Umständen kann das Recht auf Schutz der Ehre in Widerstreit treten mit anderen Rechten, Pflichten und privaten oder auch öffentlichen Interessen, und es wird letzteren in gewissen Grenzen ein Vorzug einzuräumen sein, nämlich dann, wenn Gründe vorliegen, die einen solchen Vorzug rechtfertigen. Dabei wird insbes. von Bedeutung werden, ob sich der Täter nachweislich in entschuldbarem guten Glauben an die Wahrheit seiner beleedigenden Kundgebung befunden hat.

Das Ur. scheint davon auszugehen, daß die Angekl. mit ihrem Briefe lediglich den Zweck verfolgt haben, den Zeugen M. über das, was sie beobachtet hatten, zu unterrichten, also von der durch den Privatkl. bewirkten Eheführung und ihm zugefügten Be-

schimpfung in Kenntnis zu setzen, ihn dadurch zu veranlassen, die zur Wahrung seiner ehemännlichen Rechte und seiner Ehre erforderlichen Schritte zu tun, und ihm ihre Dienste als Zeugen des ehewidrigen unzüchtigen Verkehrs anzubieten. Die Schutzwürdigkeit des von den Angekl. mit ihrer ehrenkränkenden Kundgebung verfolgten Zweckes zu verneinen, würde nach Ansicht des Sen. bedenkl. fallen. Unter dem Gesichtspunkte, daß die Wirkungen strafbarer Handlungen sich nicht auf die Person des Verletzten beschränken, sondern mittelbar auch den Staat und die öffentliche Rechtsordnung betreffen, ist in der Rspr. allgemein anerkannt, daß Jedermann die Befugnis hat, Handlungen, von denen er Kenntnis erhält und die er als strafbar erachtet, der zuständigen Behörde zur Verfolgung und Bestrafung anzuzeigen, selbst wenn er nicht in der Lage ist, gleichzeitig den vollen Beweis der Wahrheit zu liefern. Solchenfalls steht, wie dem Anzeigenden selbst, so auch demjenigen der Schutz des § 193 StGB. zu, der einem anderen die erforderlichen Mitteilungen für eine Anzeigerstattung macht, z. B. der durch die fragliche Handlung verletzten oder bedrohten Person. Nun handelt es sich hier zwar nicht um Handlungen, die von Amts wegen strafrechtlich zu verfolgen sind, sondern um solche, deren Abstrafung erst erfolgen konnte, wenn der durch sie verletzte Zeuge M., nachdem er von ihnen Kenntnis erlangt hatte, wider den Privatkl. unter Stellung von Strafantrag wegen Beleidigung Privatklage erhob oder ihn wegen Ehebruchs, falls wegen desselben die Ehe geschieden war, zur Anzeige brachte. Die Durchführung des Klagerichts war aber in beiden Fällen nur möglich, wenn die Angekl., die als die einzigen Augenzeugen des sträflichen ehewidrigen Verhaltens des Privatkl. in Frage kamen, dem Betroffenen ihre Beobachtungen zur Kenntnis brachten. Taten sie dies, wenn auch unaufgefordert, so doch aus sittlichen Motiven, so würde bei billiger und verständiger Würdigung der Sachlage nichts im Wege stehen, die von den Angekl.

Nachprüfung. Aber selbst wenn man die These für die Anzeige bei einer Behörde gelten lassen will, so läßt sie sich keineswegs übertragen auf den Fall, daß die Mitteilung von der angeblichen strafbaren Handlung einer Privatperson gemacht wird, die dann ihrerseits erst die Strafanzeige erstatten soll. Für die grundsätzliche Privilegierung der Anzeige bei einer Behörde läßt sich immerhin anführen, daß letztere einerseits zur objektiven Aufklärung (RGSt. 66, 3), andererseits zur möglichsten Geheimhaltung verpflichtet ist (soweit nicht das Verfahren zur Bekanntgabe z. B. an Zeugen zwingt). Welchen Gebrauch aber der Private von der Mitteilung macht, ob er wirklich Anzeige erstattet, ob er sonstwie die Behauptung weiterverbreitet, ob und wie er selbst Aufklärung versucht, dafür besteht keinerlei Garantie. Es ist daher höchst bedenklich, auch bei solchen sog. indirekten Anzeigen die Rechtswidrigkeit grundsätzlich als ausgeschlossen zu betrachten. Eben deshalb wäre es abwegig, was die Entsch. auch gar nicht versucht, den Typus des § 193 „dienstliche Anzeigen seitens eines Beamten“ auf die Quasi-Strafanzeige eines Privaten an einen Privaten etwa analog anzuwenden; hier kommt noch hinzu, daß der Beamte zur Anzeige verpflichtet ist, der Private zu seiner Mitteilung natürlich nicht. Aber selbst wenn man auch diese Fälle so oder so privilegiieren wollte, so wäre damit der vorliegende Fall immer noch nicht gedeckt: Daß der betrogene Ehemann Strafantrag stellt, ist bekanntlich eine Seltenheit. Wenn also die Angekl. den Ehemann veranlassen wollten, „die zur Wahrung seiner ehemännlichen Rechte und seiner Ehre erforderlichen Schritte zu tun“, so hatten sie offenbar nicht eine gerichtliche Bestrafung der Schuldigen im Auge, sondern wollten den Ehemann in Stand setzen, sich gegen weitere Verletzungen zu schützen oder die Scheidung herbeizuführen, vielleicht auch private Rache an seinem Nebenbuhler zu nehmen. Hierfür spricht die allgemeine Lebenserfahrung, die auch im vorliegenden Fall nicht durch besondere Feststellungen widerlegt erscheint.

Hinsichtlich der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ geht das UrG. zunächst mit der bekannten Rspr. des RG. davon aus, daß hierbei eine den Täter nahe angehende Angelegenheit vorausgesetzt werden müsse. Es will diesen Grundsatz aber nicht ausnahmslos durchführen, sondern unter Umständen auch die aus sittlichen Motiven erfolgte Wahrnehmung fremder Interessen privilegiieren unter Berufung auf die in § 193 StGB. erwähnten „ähnlichen Fälle“. Bei diesen handelt es sich um eine gefehliche Ermächtigung zur analogen Anwendung der einzelnen Typen des § 193. Nun ist es eine Frage der Auslegung, ob man, ohne durch den Wortlaut des Gesetzes gezwungen zu sein, für „berechtigte Interessen“ eine den Täter nahe angehende Angelegenheit verlangt. Hat man dies aber getan, so ist für eine diese einschränkende Interpretation wieder aufhebende Analogie doch höchstens Raum hinsichtlich ganz bestimmter Kategorien fremder Angelegenheiten, deren Ähnlichkeit mit eigenen Angelegenheiten aufzuzeigen wäre. Vielleicht ist es so gemeint, wenn es an einer anderen Stelle der Entsch. heißt, es handle sich um eine, die Angekl. „gleichsam“ (?) nahe angehende Angelegenheit, da sie die einzigen waren, die für den angeblichen Ehebruch als Zeugen in Frage kamen. Dies be-

gründet aber doch nur ein Interesse des betrogenen Ehemanns an der Aussage der Angekl., niemals ein Interesse dieser an der fraglichen Angelegenheit. Letztere Konstruktion beruht auf einem Denkfehler und kann daher natürlich auch nicht im Sinne einer Analogie anerkannt werden.

Nicht mehr um Analogie, sondern schon mehr um freie richterliche Interessenswägung handelt es sich, wenn in der Entsch. dann weiterhin ganz allgemein nach Gründen geforscht wird, die es im Einzelfall rechtfertigen, dem vom Täter wahrgenommenen fremden Interesse den „Vorzug einzuräumen“ vor den Interessen des Beleidigten. Einen Anhaltspunkt für diese Interessenswägung glaubt die Entsch. freilich zu finden in der Untersuchung, „ob sich der Täter nachweislich in entschuldbarem guten Glauben an die Wahrheit seiner beleedigenden Kundgebung befunden hat“. Dieser Gesichtspunkt ist aus § 345 Entw. 1919 übernommen (vgl. nunmehr auch Strafrechtsauschuß V. Wahlpr. 30./31. Sitzung) und deckt sich sachlich im wesentlichen mit dem in der neueren Rspr. zur Geltung gelangten Gedanken, daß der Schutz des § 193 zu verjagen sei, wenn der Täter seine Behauptung leichtfertig aufgestellt habe, d. h. ohne genügende Prüfung seiner Wahrheit: vgl. hierüber des näheren: JW. 1930, 3001³⁴ Anm. mit Zit. Dort ist dargelegt, daß es sich dabei um einen richtigen rechtspolitischen Gedanken handelt, der freilich in einem künftigen Gesetz eine andere Ausprägung erfahren müßte, wodurch § 193 mit all seinem Jammer verschwinden würde. Wenn man diesen Gedanken schon für das geltende Recht fruchtbar machen will, so muß man sich der veränderten Fragestellung bewußt sein: Es handelt sich dann nicht mehr um die Qualität des Interesses an sich, sondern um die Art seiner Wahrnehmung. Man kann nicht, wie die Entsch. es versucht, die Entschuldbarkeit des guten Glaubens des Täters als Maßstab benutzen bei der Interessenabwägung; vielmehr kommen umgekehrt die nach objektiven Gesichtspunkten abzuwägenden Interessen, als Maßstab in Betracht für die Aufforderung, die man in concreto an die Sorgfalt des Täters zu stellen hat. Ob insbes. das wahrgenommene Interesse ein eigenes oder fremdes ist, hat danach keine primäre, sondern nur sekundäre Bedeutung, insofern bei fremden Interessen regelmäßig eine größere Behutsamkeit in der Wahrnehmung verlangt werden muß als bei Interessen, die dem Täter auf den Nägeln brennen.

Ob es nun überhaupt zulässig ist, jenen rechtspolitischen Gedanken bereits ins geltende Recht hinein zu interpretieren, das in seinem Wortlaut eben von den Interessen selbst ausgeht und nicht von der Art ihrer Wahrnehmung (vgl. Graf zu Dohna: JW. 1930, 1757¹⁵ Anm.), das hängt mit der ganz grundsätzlichen Frage nach der Stellung des Richters zum Gesetz zusammen, die hier nicht näher erörtert werden kann. Nur das muß gesagt werden, daß bei einer solchen richterlichen Weiterentwicklung des Rechts wie bei jeder Schwenkung der Rspr. der Bruch mit den bisherigen Denkgewohnheiten nicht verkleistert werden darf, sondern klar in Erscheinung treten muß, wenn nicht die Gefahr einer Verwirrung größer sein soll als die Aussicht auf einen Fortschritt. Im übrigen könnte es mich praktisch nur freuen, daß der von

bekundete Anteilnahme an den in Frage stehenden Belangen auch gegenüber dem Recht auf Achtung fremder Ehre als ein vom Recht anerkanntes Interesse aufzufassen. Es läge einer der im § 193 StGB. erwähnten „ähnlichen Fälle“ vor. Es wäre unbedenklich, anzunehmen, daß dem von den Angekl. gewährten Interesse des hintergangenen Ehemannes M. der Vorzug gebührte vor dem Rechte des Privatkl. auf Schutz seiner Ehre, zumal die Angekl. die einzigen waren, die durch ihre Auskunfts- , sofern sie wahrheitsgemäß war oder zum mindesten dafür gehalten wurde, der Interessenwahrnehmung des Zeugen M. dienen könnten, also zu der Angelegenheit gleichsam in einem Verhältnisse standen, vermöge dessen dieselbe sie auch besonders nahe anging.

(OLG. Dresden, Urf. v. 13. Mai 1931, 1 Ost 72/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

30. § 193 StGB. Läßt eine von ihrem Manne hintergangene Frau eine andere, zu welcher der Mann ziehen will, durch eine dritte — ihr befreundete — Frau warnen, damit sie ihn nicht in ihrer Wohnung aufnehme, von wo sie neue Belästigungen ihres Mannes zu befürchten hätte, so handelt die Warnende unter dem Schutze des § 193 StGB. +)

Die frühere Ehefrau des Privatkl. L. hatte erfahren, daß ihr früherer Ehemann in ihre Nähe zu der Zeugin Z. ziehen wollte. Aus Furcht, nun wieder seinen Beschimpfungen, Belästigungen und Nachstellungen ausgesetzt zu sein, hatte sie daraufhin die Angekl., die mit ihr nahe befreundet und mit der Z. bekannt war, ge-

mit de lege ferenda stets propagierte Gedanke sich bereits unter dem geltenden Recht auswirkt. Andererseits wird dadurch, wie Graf zu Dohna (a. a. O.) treffend bemerkt, die richtige Ausgestaltung des Gedankens im künftigen Recht (s. o.) gefährdet. Dieses Bedenken kann freilich nur dann durchgreifen, wenn man an eine baldige Umgestaltung des Gesetzes glaubt. Andernfalls wird sich das dringende Bedürfnis nach jener schöpferischen Interpretation nicht leugnen lassen. (Die Bedenken A. Webers: JW. 1931, 2850¹⁵ Anm., bestehen von meinem Standpunkt aus gesehen nicht.) Das oben angechnittene Problem der nicht wesentlich falschen Anschulldigung ist m. E. anders überhaupt nicht zu lösen.

Wenn übrigens die Entsch. in Übereinstimmung mit Entw. 1919 verlangt, daß der entschuldbare gute Glaube des Täters „nachweislich“ sei, so bedeutet das umgekehrt ausgedrückt die widerlegliche Vermutung einer Leichtfertigkeit. Für solche Schuldpfäsumtion liegt aber kein Grund vor: Nur die Unwahrheit der ehrenrührigen Behauptung muß zum Schutze des Angegriffenen präsumiert werden; die Leichtfertigkeit ist im Einzelfall festzustellen. Dies kann auch in Fällen der vorliegenden Art, in denen der Täter sich auf angebliche eigene Wahrnehmung beruft, unter Umständen möglich sein: Es wird ihm z. B. nachgewiesen, daß es sich bei seiner Wahrnehmung um eine ganz unzuverlässige Beobachtung handelt — sehen auf weite Entfernung, hören durch eine dicke Wand —, so daß er gewissenhafterweise hierauf seine (weder erwiesene noch widerlegte) Behauptung keinesfalls hätte wagen dürfen. Siegt der Fall aber so, daß die Behauptung entweder wahr sein oder der Täter bewußt die Unwahrheit gesagt haben muß (§ 187), ist aber keines von beiden positiv festgelegt, dann ist auch für die Annahme einer Leichtfertigkeit kein Raum, sie wäre eine Fiktion; vielmehr liegt hier ein non liquet vor, das zur Freisprechung führen muß.

Eine Freisprechung lediglich mangels Feststellung einer Leichtfertigkeit in Fällen irgendwelcher Art ist praktisch auch unbedenklich, sofern eine Möglichkeit gegeben ist, den Ruf des Beleidigten auf andere Weise zu schützen als durch Verurteilung des Beleidigers. Hier klafft nun bekanntlich heute eine Lücke, die nur im Wege der Gesetzgebung ausgefüllt werden kann, durch Einführung eines objektiven Feststellungsverfahrens darüber, ob die ehrenrührige Behauptung sich „bewahrheitet“ oder nicht. An diesem einheitlichen Terminus halte ich unbedingt fest auch gegenüber Entw. GMDStGB. Art. 70 Z. 219 § 4021 und Detker: GerS. 101, 84. Eine ausdrückliche Unterscheidung im Urteilszenor, ob die „Unwahrheit“ positiv festgestellt (Ausnahmefall) oder nur „der Beweis der Wahrheit mißlungen ist“ (Regelfall!), müßte psychologisch zu einer Entwertung der letzteren Art von Rehabilitierung des Angegriffenen führen. Andererseits ist dieser auch im ersteren Fall durch den Terminus „nicht bewahrheitet“ ausreichend geschützt (für diesen Terminus auch Hafner: StW. 50, 667 ff.). Im übrigen verdient die Regelung des Entw. EinfG. im wesentlichen Billigung. Das Bedürfnis nach solchem Feststellungsverfahren besteht auf alle Fälle, wie auch immer man den Tatbestand der üblen Nachrede auslegen bzw. gestalten will (vgl. etwa Begr. Entw. EinfG. S. 100 ff.). Die Frage ist spruchreif und muß, wenn es vorläufig nicht zur Gesamtreform kommt, ihre selbständige gesetzgeberische Erledigung finden.

Prof. Dr. Herbert Engelhard, Heidelberg.

beten, die Z. über das schlechte Verhältnis der Eheleute L. und die Gründe dafür aufzuklären, um die Z. zu veranlassen, den Privatkl. nicht bei sich aufzunehmen. Die Angekl. hat dieser Bitte entsprochen. Die Annahme des OLG., daß unter den gegebenen Verhältnissen die L. ein berechtigtes Interesse gehabt habe, sich davor, daß ihr Ehemann wieder in ihre Nähe ziehe, zu schützen, ist nicht zu beanstanden. Auch die weitere Annahme der Strk., daß die Angekl. berechtigt gewesen sei, diese für sie an sich fremden Interessen der L. wahrzunehmen und die ihr von der Z. mitgeteilten, für den Privatkl. ehrverletzenden Tatsachen, an deren Wahrheit sie festgestelltermäßig glaubte, der Zeugin Z. zu berichten, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken.

Zwar fällt die Wahrnehmung fremder Interessen nur dann unter § 193 StGB., wenn sie den Täter selbst persönlich nahe angehen. Im vorliegenden Falle legitimierte aber das nahe freundschaftliche Verhältnis, in dem die Angekl. zu der L. stand, und ihr von dieser auf Grund besonderen Vertrauens erteilte Auftrag sie als Vertreterin der berechtigten Interessen ihrer Freundin. —

(OLG. Dresden, Urf. v. 3. Juni 1931, 1 Ost 94/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

31. § 193 StGB. Ist ein vom Ehemann zur Beschaffung von Stoff im Ehescheidungsprozeß beauftragter Detektiv im Unklaren, ob die von ihm der Frau nachgesagten Dinge auf Wahrheit beruhen, so genießt er den Schutz des § 193 StGB. nicht. +)

Der von RGSt. 61, 254; 62, 92; 63, 92 für die Lösung von Notstandsfällen — sowohl für den Fall des Widerstreits von Pflichten als auch für den Fall des Widerstreits von Rechtsgütern — anerkannte Grundsatz der Güter „und Pflichtenabwägung“, wonach regelmäßig die höhere Pflicht auf Kosten der minder hohen zu erfüllen und die Nichterfüllung der letzteren nicht rechtswidrig ist und wonach ein geringwertiges Gut dem höherwertigen weichen muß und deshalb der Eingriff in das erstere auf Kosten des letzteren rechtlich zulässig ist, wird auch im Falle des sog. Ehrennotstandes von ausschlaggebender Bedeutung. Auch die Frage, ob dasjenige Interesse, das durch § 193 StGB. geschützt werden soll, oder ob das Interesse am Schutze fremder Ehre überwiegt, kann nur

Zu 30. Ohne den Boden der reichsgerichtlichen Theorie verlassen zu wollen, monach das vom Beleidigten wahrgenommene Interesse sein eigenes oder doch ein ihm nahe angehenndes fremdes gewesen sein müsse, glaubt das OLG. diese letztere Voraussetzung hier damit als erfüllt ansehen zu dürfen, daß die Angekl. zu der eigentlichen Interessentin in einem freundschaftlichen und überdies in einem durch Auftrag begründeten Vertrauensverhältnis gestanden hat. Es hätte sich dafür allenfalls auf RGSt. 30 Nr. 12 berufen können, wo in der Tat von solchen nahen Beziehungen mit anderen Personen die Rede ist, welche es bei billiger Beurteilung als gerechtfertigt erscheinen lassen, daß der Täter ihre Sache als seine eigene angesehen hat. Aber diese künstliche Erweiterung der Strafbefreiungsnorm des § 193 wäre gar nicht vonnöten, wenn ihr nicht eine ebenso künstliche Verengung vorausginge. Wie Frank nicht milde wird zu betonen, spricht § 193 nicht von der berechtigten Wahrnehmung von Interessen, sondern von der Wahrnehmung berechtigter Interessen, ohne zu unterscheiden, ob sie dem Täter oder einem anderen zustehen. Danach genügt in diesem Fall die Feststellung, daß das verfolgte Ziel ein sachlich berechtigtes war und es der Angekl. nicht zugemutet werden konnte, auf seine Verfolgung deshalb zu verzichten, weil damit ein Angriff auf die Ehre eines anderen verbunden war. Für die Beurteilung dieser Fragen liefern die mitgeteilten Feststellungen keine ausreichende Unterlage.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Bonn.

Zu 31. Das OLG. Dresden hätte sichtlich außer auf die angezogenen RGEntsch. auf das eigene Erkenntnis v. 8. Okt. 1929 sich berufen dürfen, dem ich in JW. 1930, 1757 einige Bemerkungen gewidmet habe. Beide Urteile harmonieren vollkommen mit dem § 286 Entw. 1925 wie namentlich mit dem § 318 Entw. 1930, finden aber in der Fassung des § 193 StGB. keine ausreichende Stütze. Das ist offenbar auch dem OLG. nicht verborgen geblieben, und so operiert es fürsorglich mit den vom RG. herausgearbeiteten Gesichtspunkten des übergesetzlichen Notstandes, ohne dabei zu bedenken, daß das Gesetz in § 193 diese besondere Notstandssituation doch ausdrücklich geregelt und damit, wie ich glauben möchte, dem Rekurs auf übergesetzliche Gesichtspunkte behufs restriktiver Interpretation der Strafbefreiungsnorm einen Kiegel vorgehoben hat. Jedenfalls bietet die Entsch. einen neuen Beleg für die immer wieder zu beobachtende Tatsache, daß die Praxis unserer Höchstinstanzgerichte der Gesetzgebung voraussetzt. Sie verhilft damit gekläuterter Rechtsanschauung zum Siege über ein rückständiges Gesetz und darf deshalb der Zustimmung aller „gerecht und billig denkenden“ sicher sein.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Bonn.

unter Berücksichtigung des Wertverhältnisses, in dem beide Interessen zueinander stehen, gelöst werden, wobei immer die Umstände des einzelnen Falles, insbes. die Verhältnisse des Täters in Betracht zu ziehen sind. Eine Interessenwahrnehmung als berechtigt anzuerkennen, wird grundsätzlich nicht nur dann ausgeschlossen, wenn sie durch Vorbringen von wissenschaftlich unwahren ehrenkränkenden Behauptungen unternommen wird, sondern namentlich auch dann, wenn leichtfertig durch die Behauptung von Tatsachen, an deren Wahrheit der Behauptende selbst Zweifel hegt, also nur auf haltlose Vermutungen hin, die Ehre eines anderen gröblich verletzt wird (RGSt. 63, 204).

Im vorliegenden Falle kann es sich nur fragen, ob der vom Angekl. verfolgte Zweck, als Beauftragter des Ehemannes der Privatkl. für diesen behufs Verwertung in seinem Ehescheidungsprozesse Beweismaterial zu beschaffen, Grund zu der Annahme bietet, daß er zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt habe und deshalb trotz erwiesener Unwahrheit seiner ehrenrührigen Behauptungen straflos bleiben müsse. Dies ist im Urte. ohne Rechtsirrtum verneint worden. Nach den Feststellungen des LG. ist davon auszugehen, daß der Angekl. in beiden Fällen die Unrichtigkeit der ehrenrührigen Tatsachen, die er der Privatkl. nachredete, kannte und, soweit dies nicht der Fall, über die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen vollkommen im unklaren war. Bei dieser Sachlage kann es nicht zweifelhaft sein, daß bei der Abwägung der einander widerstrebenden Interessen der Schutz der Ehre der Privatkl. dem vom Angekl. mit seiner üblen Nachrede verfolgten Zwecke vorzugehen hat. Die Leichtfertigkeit, mit der der Angekl. den Anforderungen von Recht und Sittlichkeit zuwider durch die Behauptung unwahrer Tatsachen das Rechtsgut fremder Ehre angegriffen hat, läßt es ausgeschlossen erscheinen, die Wahrnehmung berechtigter Interessen anzuerkennen und ihm den Schutz des § 193 StGB. zuzubilligen.

(OLG. Dresden, Urte. v. 29. April 1931, 1 Ost 76/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Kassel.

32. § 361 Ziff. 10 StGB. bezieht sich auch auf den außerehelichen Erzeuger. Unabhängig von seinen ihm aus seinem Vermögen oder seinem derzeitigen Arbeitseinkommen zur Verfügung stehenden Barmitteln ist der Pflichtige zur Unterhaltsgewährung auch dann in der Lage, wenn er bei Ausnutzung seiner Arbeitskraft imstande wäre, seiner Unterhaltspflicht zu genügen. Der außereheliche Erzeuger kann sich nicht damit verteidigen, daß er die Arbeit auf dem elterlichen Hofe in Erfüllung der dem Kinde den Eltern gegenüber aus § 1601 oder § 1617 BGB. obliegenden Pflichten verrichte.

(OLG. Kassel, Urte. v. 16. Jan. 1930, S 5/30.)

Abgebr. ZB. 1931, 1393⁴¹.

Zu 32. Dem gewissenlosen Unternehmen außerehelicher Erzeuger, sich durch Verwandtschaftsdienst ohne Barlohn der gesetzlichen Unterhaltspflicht zu entziehen, stellt sich das Urteil in kluger Begründung entgegen.

In der Einbeziehung des außerehelichen Vaters in das Anwendungsgebiet des § 361 Ziff. 10 StGB. folgt das Urteil der h. M. (vgl. Dalcke²³ [1931] zu § 361 Anm. 78; Frank [1931] zu § 361 Anm. X; Dschausen¹¹ [1927] zu § 361 Anm. b; OLG. Hamburg: ZB. 1930, 1019²⁰; LZ. 1930, 1401; HöchstRRpr. 1930 Nr. 849; Eckstein, Die strafb. Verletzung d. Unterhaltspflicht [1903] S. 35).

Die Entstehungsgeschichte (vgl. Eckstein a. a. D. S. 7-14) kann gegenüber RR. 121 nicht mehr wesentlich erscheinen, und auch das Wort „Ernährung“ — das E. 1925 § 282 vermeidet — umfaßt heute wie von jeher (vgl. Grimms Wörterb.: nähren gleich Unterhalt gewähren) auch die geldliche Unterhaltung (ebenso Eckstein a. a. D. S. 16).

Zutreffend stellt auch das Urte. bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit nicht auf den Besitz von Barmitteln ab, bejaht sie vielmehr auch bei dem, der zu — selbst nur teilweise: vgl. Frank (1931) a. a. D. und OLG. Hamburg: LZ. 1930, 914 — Unterhaltsgewährung bei voller Ausnutzung seiner Arbeitskraft imstande wäre (ebenso BahDOLG.: HöchstRRpr. 1931 Nr. 717; Recht 1931 Nr. 360); das. 1930 Nr. 81; OLG. Dresden: HöchstRRpr. 1930 Nr. 265; OLG. Königsberg: LZ. 1929, 796; OLG. Königsberg v. 6. Febr. 1930, 6 S 37/30/12; Rdbf. v. Arch. D. Berufsvorm. v. 30. Juni 1930 Sp. 73; OLG. Kassel v. 13. Febr. 1930 S. 17/30 a. a. D. Sp. 74 f.; RRKomm. zur § 1603 Anm. 1; Eckstein a. a. D. S. 42).

Das OLG. hat es dahingestellt sein lassen, ob die Arbeitsleistungen des Angekl. aus § 1601 oder § 1617 BGB. verrichtet worden sind. Da es ohnedies zur Zurückverweisung kam, durfte die

Berlin.

III. Verfahren.

33. §§ 311 Abs. 2, 341, 345 Abs. 1 StPD. Infolge der Bestellung der in der Briefannahmestelle bei dem LG. I Berlin und dem AG. Berlin-Mitte beschäftigten Urkundsbeamten zu Urkundsbeamten sämtlicher angeschlossenen Behörden werden die Notfristen bei dem LG. II u. III Berlin auch durch den rechtzeitigen Eingang der Erklärungen bei der Briefannahme bei dem LG. I Berlin und dem AG. Berlin-Mitte gewahrt.

Durch den Eingang der Revisionsanträge und ihrer Begründung am 23. Jan. 1932 bei der Briefannahme des LG. I Berlin und des AG. Berlin-Mitte ist die von dem 16. Jan. 1932, dem Tage der Zustellung des Urte. der 4. gr. Strk. des LG. II Berlin v. 28. Nov. 1931 an laufende einwöchige Frist des § 345 StPD. beim LG. II gewahrt. Die frühere abweichende Ansicht (Beschl. v. 20. Jan. 1932, 2 W 48 und 70/32: ZB. 1932, 679²⁶) vermag der Senat nicht aufrechtzuerhalten; denn, wie der Präsl. des RG. unterm 19. März 1932 (IO 7r/A 80, 2) hierher mitgeteilt hat, ist die Briefannahme bei dem LG. I Berlin und dem AG. Berlin-Mitte in Berlin C 2, Neue Friedrichstr. 15 seit dem 1. Jan. 1929 zu einer gemeinschaftlichen Geschäftsstelle für die LG. I, II und III Berlin und die AG. Berlin-Mitte, Schöneberg, Tempelhof, Wedding und Charlottenburg ausgestaltet worden, sind sämtliche in der Briefannahmestelle beschäftigten Urkundsbeamten gleichzeitig uneingeschränkt zu Urkundsbeamten sämtlicher angeschlossenen Behörden bestellt worden, und sind, soweit seither ein Wechsel in der Person dieser Urkundsbeamten eingetreten ist, auch die neu eintretenden Beamten jeweils alsbald zu Urkundsbeamten sämtlicher angeschlossenen Behörden bestellt worden.

(RG., 2. StrSen., Beschl. v. 20. April 1932, 2 W 201/32.)

Mitgeteilt von RR. Körner, Berlin.

*

Dresden.

34. § 17 ZGB.; § 416 StPD. Für die sachliche Zuständigkeit des ZGB. ist nicht der Erlaß der Strafverfügung maßgeblich, sondern der Zeitpunkt, in dem die Akten mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei Gericht eingehen.

Gemäß § 17 ZGB. wird die Zuständigkeit des ZugVer. nicht davon abhängig gemacht, wie alt der Täter zur Zeit der Tat war, sondern wie alt er „zur Zeit der Erhebung der Anklage“ ist. Grundsätzlich gehört, von den in §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 2 ZGB. geregelten Ausnahmefällen abgesehen, nur der vor das ZugVer., der auch zur Zeit der Erhebung der Anklage noch jugendlich ist (§ 17 Abs. 1 Satz 1 ZGB.). Welcher Zeitpunkt bei der besonderen Verfahrensart des § 416 StPD. für die Zuständigkeitsfrage maßgebend ist, wird im ZGB. nicht bestimmt. Der erk. Sen. ist der Auffassung, daß in dem Verfahren nach voraufgegangener polizeilicher Strafverfügung als „Zeit der Erhebung der Anklage“ derjenige Zeitpunkt zu erachten ist, zu welchem der M. dem Gericht die Akten mit der Strafverfügung und mit dem Antrag auf gerichtliche Entsch. vorlegt, da im ordentlichen Strafverfahren die Anklage dann als erhoben zu gelten hat, wenn sie — weil von diesem Moment ab der weiteren Dispositionsmöglichkeit der Strafverfolgungsbehörde entzogen — entweder in Form des Antrags auf Voruntersuchung oder in der Form der Einreichung einer Anklageschrift bei Gericht eingegangen ist, so hat

für den inneren Tatbestand (vgl. hierzu RG.: GoldArch. 1930 Nr. 20) ausschließliche Feststellung unterbleiben. Die Einordnung des Unterhaltsanspruches des unehelichen Kindes in die „sonstigen Verbindlichkeiten“ des auf Unterhalt Anspruchsgenommenen entspricht h. M.: RRKomm. zu § 1603 Anm. 1, indes zu § 1702 Anm. 2 a. E. Dagegen erscheint die Erwägung, als ob § 1603 BGB. den § 1617 BGB. einschränke, verfehlt, weil gar nicht erforderlich ist, daß der Unterhalt auf Grund gesetzlicher Verpflichtung gewährt wird (M IV 715 ff.). Der Angekl. brauchte und durfte sich vielmehr von vornherein nicht dem Unterhaltsbezug im elterlichen Hausstand unterstellen, mit der Folge (aus unterstellter Gleichwertigkeit des gewährten Unterhalts und der geleisteten Dienste: Mugdan IV, 962), sich alsdann dem Unterhalt ohne Barlohn abverdienen zu müssen (vgl. OLG. Kassel: Rdbf. Arch. D. Berufsvorm. v. 30. Juni 1930 Sp. 75 und RG.: DRZ. 1926 Nr. 239 u. 240).

Tut er es trotzdem, so oft, um damit den ersparten Lohn den Verwandten zuzuführen und dem unehelichen Kinde zu entziehen. Das ist ebenso sittenwidrig wie der gleich häufige Fall der übermäßigen Bedenkung von Familienangehörigen in Gestalt unmittelbarer Lohnzuwendung zwecks Bereitelung des Unterhaltsanspruches eines unehelichen Kindes (RRbG.: HöchstRRpr. 1931 Nr. 424). Vgl. auch Fabelson: JurAbfch. 1931, 121 ff. u. Hoeres: DRotW. 1931, 397 ff. u. Rdbf. v. 8. Juni 1931 Sp. 52 f.

RA. Dr. Ernst Hirsch, Wiesbaden.

die entsprechende Erwägung dann Platz zu greifen, wenn sich nach vorausgegangener Strafverfügung das Gericht erst nach Stellung des Antrags auf gerichtliche Entsch. mit der der Strafverfügung zugrunde liegenden Straftat zu befassen hat. Hier steht der von der StA. gestellte Antrag auf Unberaumung einer Hauptverhandlung der Anklage gleich, da es nach ausdrücklicher Vorschrift in § 416 StPD. der Einreichung einer Anklageschrift oder einer Entsch. über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht bedarf. Die Anklage hat in diesem Falle als erhoben zu gelten, sobald der Antrag auf Terminbestimmung bei dem erkennenden Gericht eingelaufen ist. Der Zeitpunkt, in dem das Gericht mit der Sache befaßt wird, ist übrigens auch für die Bestimmung des Gerichtsstands des Wohnsitzes oder Aufenthalts i. S. von § 8 StPD. maßgebend für den Fall, daß die gerichtliche Untersuchung erst dadurch veranlaßt wird, daß gegen eine außergerichtliche Straffestsetzung auf gerichtliche Entsch. angetragen wird.

(OLG. Dresden, Ur. v. 17. Juni 1931, 1 Ost^a 20/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Altona.

Landgerichte.

1. §§ 1298, 1301, 812 ff. BGB. Bei Auflösung eines Verlöbnisses kann der Schwiegervater gegenüber der Braut keine Rückgabe seiner Geschenke beanspruchen.

Aus § 1298 BGB. kann Kl. seinen Anspruch nicht herleiten. Denn dieser Paragraph gibt den Verlobten und ihren Eltern einen Anspruch auf Schadensersatz, der daraus entstanden ist, daß sie in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben. Kl. macht aber keinen Schadensersatzanspruch geltend, sondern er klagt auf Rückgabe der Geschenke.

Auch § 1301 a. a. D. rechtfertigt den Klageantrag nicht. Denn dieser Paragraph gibt nicht den Eltern der Verlobten, sondern nur dem Verlobten selbst einen Anspruch auf Herausgabe der Verlobungsgeschenke. Dieser Paragraph kann als Spezialbestimmung nicht etwa dahin ausgelegt werden, daß er auch auf die Eltern der Verlobten Anwendung findet.

Aus §§ 812 ff. a. a. D. läßt sich der Anspruch ebenfalls nicht begründen. Nach § 812 BGB. ist derjenige zur Herausgabe verpflichtet, der durch die Leistung eines anderen auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Die Bekl. hat die herausverlangten Gegenstände aber nicht ohne rechtlichen Grund erlangt. Der rechtliche Grund für die Erlangung der Magsachen ist eben die Schenkung. Man kann auch nicht etwa sagen, daß derartige Schenkungen, die Schwiegereltern den Verlobten ihrer Kinder machen, allgemein unter der stillschweigenden Bedingung der späteren Geschließung erfolgen. Eine derartige Auffassung würde zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß nicht nur die Schwiegereltern, sondern jeder Dritte, der Verlobten anlässlich ihrer Verlobung Geschenke macht, diese im Falle der Aufhebung der Verlobung zurückfordern kann. Insbes. spricht aber gegen die Anwendung der §§ 812 ff. a. a. D. der vorerwähnte § 1301. Hätte der Gesetzgeber den Verlobten bei Wegfall der Verlobung einen Rückforderungsanspruch auf Grund ungeredtfertigter Bereicherung geben wollen, so wäre die Vorschrift des § 1301 völlig überflüssig. Gerade aus der Vorschrift des § 1301 BGB. ergibt sich vielmehr, daß diese notwendig war, um den Verlobten einen Rückforderungsanspruch zu verschaffen, eben weil sie diesen Anspruch nicht schon auf Grund der §§ 812 ff. BGB. haben. Hat demnach aber schon der Verlobte den Rückforderungsanspruch nicht bereits gemäß der §§ 812 ff. a. a. D., sondern erst gemäß § 1301 a. a. D., so hat desgleichen ein Dritter, also auch der Kl., keinen Anspruch aus §§ 812 ff. a. a. D.

(LG. Altona, 1. Bz., Ur. v. 2. Juni 1931, 1 S 289/31.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

Berlin.

2. Zur Auslegung des § 21 FürsPD. v. 13. Febr. 1924 i. Verb. m. §§ 1601 ff. BGB. (+)

Nach § 21 Abs. 2 FürsPD. v. 13. Febr. 1924 i. Verb. m. den §§ 1601 ff. BGB. gehen auf den Fürsorgeverband, der auf

Zu 2. Die Auslegung des § 21 FürsPD. hat — wie vorher schon diejenige des § 62 UWG., welche inhaltlich mit ihm übereinstimmt und an dessen Stelle § 21 getreten ist — zu zahlreichen Streitfragen Veranlassung gegeben, die ich mit Ausnahme der in diesem Urteil behandelten, in meinem Komm. zu den §§ 21 ff. FürsPD. in HeimW. 1931, 65 ff., 81 ff., 98 ff., 113 ff. eingehend behandelt habe, unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtslehre und Rpr., und worauf hier nicht weiter einzugehen ist. Im vorliegenden Urteil handelt es sich um eine seit langem streitige Sonderfrage, nämlich darum, ob einem Fürsorgeverband, wenn er gem. § 21 FürsPD. von einem Unterhalts-

Grund der FürsPD. einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, zum Ersatz diejenigen Rechtsansprüche über, die der Hilfsbedürftige einem Dritten gegenüber hat. Er kann diesen Rechtsanspruch nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen geltend machen, wie der Hilfsbedürftige selbst.

Es ist selbstverständlich, daß der Fürsorgeverband Rechtsansprüche überhaupt nur dann erwirkt, wenn er seinerseits eine Unterstützung an den Hilfsbedürftigen geleistet hat. Aus dieser gesetzlichen Voraussetzung für den gesetzlichen Übergang von Ansprüchen des Hilfsbedürftigen auf den Fürsorgeverband kann jedoch in keiner Weise geschlossen werden, daß im übrigen die Voraussetzungen, unter denen nach BGB. Ansprüche des Hilfsbedürftigen zur Entstehung gelangen, geändert werden sollen. Der dahingehenden Ansicht des OLG. Karlsruhe (WdRpr. 1928, 27) und des RG. (25 U 2445/29), daß der § 1613 in vorliegenden Fall keine Anwendung finden könne, kann daher nicht gefolgt werden, zumal in beiden Urteilen eine nähere stichhaltige Begründung nicht gegeben wird. Der in beiden Urteilen angeführte Grund, daß der § 1613 deshalb ausgeschaltet sei, weil der gesetzliche Übergang auf den Fürsorgeverband erst nach der Leistung der Hilfe entstehe, kann nicht durchgreifen, da dies, wie bereits erwähnt, nur die erste Voraussetzung für den gesetzlichen Übergang auf den Fürsorgeverband darstellt, im übrigen aber nach dem ausdrücklichen und eindeutigen Wortlaut des § 21 Abs. 2 FürsPD. der Fürsorgeverband nur diejenigen Rechtsansprüche erwerben soll, die der Hilfsbedürftige selbst gehabt hat. Dieser hat aber Ansprüche gegen den Unterhaltsverpflichteten für die Vergangenheit nach § 1613 BGB. nur, wenn der Unterhaltsverpflichtete in Verzug gekommen war, oder der Unterhaltsanspruch rechtsfähig geworden war. Der Rechtsgedanke des § 1613 BGB. geht dahin, daß dem Unterhaltsverpflichteten ein Schutz dagegen gewährt werden soll, für eine größere Summe angeblich rückständiger Unterhaltsforderungen, von deren Bestehen er vorher nichts gewußt hat, auf einmal unerwartet in Anspruch genommen zu werden. Denn der Unterhaltsverpflichtete wird zwar vielfach durchaus in der Lage sein, kleinere monatliche Unterhaltsbeträge an den Unterhaltsberechtigten zu leisten, dagegen würde er in sehr vielen Fällen in große Schwierigkeiten geraten, wenn er eine ohne sein Wissen rückständig gewordene größere Summe auf einmal zahlen müßte. § 1613 BGB. verlangt daher von dem Unterhaltsberechtigten, daß er den Unterhaltsverpflichteten von der Notlage, in der er sich befindet und damit von dem Entstehen seines Unterhaltsanspruches alsbald in Kenntnis setzt, wenn er Ansprüche gegen den Verpflichteten geltend machen will.

Es besteht kein Grund dazu, die Bestimmung des § 1613 BGB. für den § 21 Abs. 2 FürsPD. auszuschalten. Der Gesichtspunkt des OLG. Karlsruhe in dem oben zit. Urteil, daß der Unterstützungsbedürftige bis zur Inverzugsetzung des Unterhaltsverpflichteten verhungert sein könnte, greift in keiner Weise durch. Denn in dem Fall, in dem eine Notlage des Bedürftigen vorliegt, die ein sofortiges Eingreifen erforderlich erscheinen läßt, ist der Fürsorgeverband aus dem Gesichtspunkt des § 679 BGB. ohne weiteres in der Lage, als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Unterhaltsverpflichteten dessen gesetzliche Unterhaltspflicht, die andernfalls nicht rechtzeitig erfüllt werden würde, zu erfüllen und kann auf Grund der Bestimmungen des § 679 von dem Unterhaltsverpflichteten Ersatz zu verlangen.

Es besteht somit nicht der geringste Anlaß, die Schutzbestimmung des § 1613 BGB. zuungunsten des Unterhaltsverpflichteten im Falle des § 21 Abs. 2 FürsPD. entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes auszuschalten.

Auch im Interesse der zweckmäßigsten Verwendung der dem Fürsorgeverband zur Verfügung stehenden Mittel liegt es durchaus, den § 1613 BGB. nicht auszuschalten. Denn der Fürsorgeverband wird, wenn er von vornherein den Hilfsbedürftigen sofort auf die Unterhaltsverpflichtung der vorhandenen Unterhaltsverpflichteten hinweist und ihn dazu anhält, diese Unterhaltsverpflichteten zur Zahlung aufzufordern, d. h. also in Verzug zu setzen, in vielen Fällen selbst finanziell nicht mehr einzugreifen brauchen. Er vermeidet also, auf diese Weise seine Mittel auszugeben in der ungewissen Erwartung, nach größeren Schwierigkeiten und Unkosten

pflichtigen des von ihm unterstützten Hilfsbedürftigen Ersatz seiner Aufwendungen verlangt, mit Erfolg der Einwand aus § 1613 BGB. entgegengehalten werden könne, daß Ersatz erst vom Tage der Verzugsetzung des Unterhaltspflichtigen oder von der Rechtsfähigkeit an geschuldet sei. Die Streitfrage bestand schon unter der Herrschaft des § 62 UWG. und ist bis heute, auch unter der Geltung der §§ 21, 22 FürsPD. noch nicht ausgetragen. Aus der zahlreichen Literatur und Rpr. zu der Frage seien hier folgende Veröffentlichungen angeführt:

1. Für die Anwendbarkeit des § 1613 BGB. haben sich, außer dem vorstehenden Urteil, ausgesprochen: *Wohlers-Recht*

diese Mittel evtl. vom Unterhaltsverpflichteten wieder einzuziehen zu können. Es muß vielmehr durchaus zweckmäßig und einem ordnungsmäßigen Vorgehen entsprechend angesehen werden, wenn der Fürsorgeverband zunächst in allen Fällen sich sogleich nach dem Vorhandensein von Unterhaltsverpflichteten erkundigt und den von ihm Unterstützung erbittenden Unterhaltsberechtigten — zweckmäßigerweise formularmäßig — zur Inverzugsetzung der Unterhaltsverpflichteten veranlaßt.

Da somit § 1613 BGB. zugunsten des Bekl. zur Anwendung kommen muß, steht diese gesetzliche Bestimmung dem Klageanspruch weitgehend entgegen. Denn unstrittig hat der Kl. an den Vater des Bekl. Unterstützungen gewährt, ohne sich zunächst längere Zeit um das Vorhandensein eines Unterhaltsverpflichteten zu kümmern, geschweige denn dafür zu sorgen, daß der Bekl. als Unterhaltsverpflichteter von der Unterstützung seines Vaters über-

Baath zu § 62 UWG., 1917, S. 333 und Baath in den früheren Auflagen zu § 7 RZürfW. Anm. 12 a. E., Bland zu Art. 103 GGWB. Anm. 2b, sowie die OLG. Düsseldorf (ReinArch. 105, I, 124 ff.), Breslau (OLGPr. 26, 239 f.), Hamm (PrVerwBl. 30, 237).

2. Gegen die Anwendbarkeit des § 1613 BGB. spricht sich die große Mehrzahl der Gerichte und Autoren aus, z. B. von Schriftstellern: Goldmann-Lilienthal, Familienrecht S. 235, Note 78, Enneccerus-Ripp-Wolff, Familienrecht S. 387, Warnerer, BGB., 2. Aufl. 1930, zu § 1613 BGB., Soergel, BGB., 4. Aufl. 1929, zu § 1613 BGB., RGR-Komm., 6. Aufl., zu § 1613 BGB., Staudinger, 9. Aufl., S. 898, Vorbem. 13 vor § 1601 und Anm. 4 zu § 1613 BGB., Baath, RZürfW., 7. Aufl., zu § 22 Anm. 2, Kohler, Bürg. Recht § 83 S. 376, Schaefer (BruchBeit. 41, 90 f. u. 229 f.), Bretsch (PrVerwBl. 28, 849 ff.), Appel (Hirths Annalen 1908, 152 ff.), Pit-tijah (PrVerwBl. 32, 237), Rutherfuss, Fürsorgerecht S. 109 a. E., 110 bei Anm. 1 und im „Nachrichtendienst“ des Deutschen Vereins f. öff. u. priv. Fürsorge 1929, 7, sowie des Gutachtens des lektürwärtigen Vereins (Nachrichtendienst 1929, 4, 440 ff.) und von Gerichten: OLG. Hannover v. 10. Jan. 1931 (ZHeimW. 1901, 127), OLG. Altona v. 28. Mai 1930 (ZHeimW. 31, 183), OLG. Königsberg (ZW. 1928, 3066), OLG. Kiel v. 7. Juli 1911 (SeuffArch. 66, 471), Karlsruhe v. 27. Okt. 1927 und v. 14. Juli 1928 (ZHeimW. 1928, 350, Recht 1928 Nr. 1854 und Nachrichtendienst 1929, 209), und v. 19. Mai 1910 (BadPr. 11, 46), Jena (ZürfBl. 52, 250), Stuttgart (WürttMz. 28, 42), Hamburg (SeuffArch. 59 Nr. 3), Kammergericht in je einer Entsch. von 1908 (ZHeimW. 1908, 10) und v. 4. März 1930 (ZHeimW. 1930, 557 f. und Nachrichtendienst 1930, 167). Die Begründung dieses ablehnenden Standpunktes der großen Mehrzahl der Schriftsteller und der Gerichte — ein Urteil des Reichsgerichts zu der Frage liegt anscheinend nicht vor —, ist auch keineswegs so bürftig, wie das vorliegende landgerichtliche Urteil anzunehmen scheint, aber allerdings verschieden, je nachdem man der Ansicht des RG. (RG. 72, 338 = ZW. 1910, 143), die es auch neuerdings für den § 21 RZürfW. im Ur. v. 23. Okt. 1930 (ZHeimW. 1931, 62, zu vgl. daselbst S. 113, allerdings ohne nähere Begründung aufrechterhalten hat, beipflichtet oder nicht. Das RG. vertritt nämlich in den genannten beiden Entsch. den Satz, es enthalte der § 21 RZürfW. lediglich eine cessio legalis i. S. von § 412 BGB. der privatrechtlichen Forderung des Unterstützten auf Unterhalt gegen den Unterhaltspflichtigen von diesem auf den unterstützenden Fürsorgeverband, so zwar, daß diese Forderung, abgesehen von der sie in einem Punkte erweiternden Vorschrift des § 22 RZürfW. vollkommen identisch sei mit dem ursprünglichen Unterhaltsanspruch des Unterstützten. Diese Auffassung wird in dessen, obwohl von einem Teil der Rspr. geteilt, von den neueren Vertretern der Rechtslehre des Fürsorgerechts fast ausnahmslos verworfen. Den Nachweis hierfür im einzelnen habe ich in meiner oben genannten Abhandlung in ZHeimW. geführt, und ich kann hier lediglich darauf Bezug nehmen. Die Wissenschaft sieht nämlich in der Vorschrift der §§ 21, 22 RZürfW. die Begründung eines selbständigen öffentlich-rechtlichen Ersatzanspruches des unterstützenden Fürsorgeverbandes, der mit dem ursprünglichen Unterhaltsanspruch des Unterstützten keineswegs identisch ist, sondern nur insoweit von ihm abhängig ist, als die RZürfW. selbst das bestimmt. Tritt man letzterer Ansicht bei, so ist die Anwendung des § 1613 BGB. auf diesen Anspruch leicht mit der Erwägung auszuhalten (vgl. Rutherfuss a. a. D. und Nachrichtendienst 1928, 161; 1930, 167), daß § 21 RZürfW. den Ersatzanspruch nur bezüglich des Maßes und der „Voransetzungen“ mit dem ursprünglichen Unterhaltsanspruch des Unterstützten gleichstelle, worunter die Vorschrift des § 1613 BGB. nicht falle. Tritt man dagegen der Ansicht des RG. von der cessio legalis bei, so ist die Ausschaltung des § 1613 BGB. schwieriger. Rutherfuss a. a. D. sagt sogar für diesen Fall, daß dann selbstverständlich auch § 1613 BGB. Anwendung finden müsse. Dem unter-

haupt in Kenntnis gesetzt wurde. Erst durch die dem Bekl. zugestellte Klage seines Vaters ist daher die Inverzugsetzung des Bekl. nachgewiesenermaßen erfolgt. Erst von diesem Zeitpunkt an sind daher Ansprüche des Vaters gegen den Bekl. zur Entstehung gelangt und von diesem Zeitpunkt an kraft Gesetzes auf den Kl. übergegangen. Der vom Vater des Bekl. in dieser Sache zu Protokoll des OLG. ausgesprochene Verzicht für die Rückstände bis Aug. 1929 kann dem Kl. nicht entgegengehalten werden, da die Unterhaltsansprüche des Vaters zu dieser Zeit in dem Umfange, in dem der Kl. Unterstützung geleistet hatte, bereits auf den Kl. übergegangen waren. Der Vater des Bekl. konnte daher auf diese Ansprüche nicht mehr mit Wirkung gegen den Kl. verzichten.

Allerdings wendet der Bekl. zu Recht ein, daß gem. § 1606 BGB. die Unterhaltsverpflichtung nach Kopfteilen zwischen ihm und seinen Geschwistern, insoweit diese zahlungsfähig sind, ver-

spricht aber die Begründung der zahlreichen oben angeführten Urteile, die fast durchweg die reichsgerichtliche Rspr. sich zu eigen machen. Am gründlichsten geschieht die Zurückweisung der Anwendbarkeit des § 1613 BGB. in dem Urteil des OLG. Kiel vom 7. Juli 1911, auf welches auch die späteren Urteile der anderen Gerichte, insbes. das OLG. Karlsruhe und das RG., durchweg Bezug nehmen. Hier wird u. a. auf den Kommissionsbericht zu § 62 UWG. verwiesen, der „aus dem Zwecke der Bestimmung“ bereits folgerte, daß der Einwand, es bedürfe der Unterstützung nicht, weil sie bereits gewährt sei, unzulässig sei. Demnach sei Klagefundament die Tatsache, daß der Unterhalt vom Fürsorgeverband schon gewährt sei; erst diese in der Vergangenheit liegende Unterhaltsgewährung bewirke den Übergang des Anspruchs. Es sei aber logisch unmöglich, daß dieselbe Tatsache, welche das Klagefundament bildet, zugleich die Klage zu Falle bringen könne. Sonach konnte es zur Zeit des Erlasses des UWG. für den Anspruch aus § 62 des Gef. nur darauf ankommen, ob der Unterstützte zu der Zeit, zu welcher er die Unterstützung erhielt, einen Unterhaltsanspruch gegen den Dritten hatte. Mit diesem Inhalt aber sei § 62 auch dem BGB. gegenüber nach Art. 32 EinfG. in Kraft geblieben. Somit führten — außer den nun im Urteil folgenden tatsächlichen Erwägungen gegen die Bestimmung des § 1613 BGB., welche das vorliegende landgerichtliche Urteil zu widerlegen sich bemüht — zwingende logische Gründe zu dem Schluß, daß „mag auch im übrigen der Anspruch des Fürsorgeverbandes auf gesetzlicher Zession beruhen, doch die Berufung auf § 1613 BGB. dem Unterhaltspflichtigen versagt ist. Die zweite Kommission für das BGB. hat dies in ihrer Mehrheit als „wohl zweifellos“ bezeichnet (vgl. Prot. 4, 496)“.

Hiernach scheint mir das vorliegende landgerichtliche Urteil nicht nur mit der herrschenden Meinung, sondern auch mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes im Widerspruch zu stehen und nicht zutreffend. Es wird aber künftig auf diese ganzen Erörterungen gar nicht mehr ankommen, da die §§ 21, 22 RZürfW. inzwischen durch die NotW. v. 5. Juni 1931 dahin geändert wurden, daß § 21 Abs. 2 und § 22 gestrichen und durch folgende Vorschrift (§ 21a) ersetzt wurden: „Der Fürsorgeverband, der auf Grund dieser W. einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, kann, wenn der Hilfsbedürftige für die Zeit der Unterstützung Rechtsansprüche gegen einen Dritten an Leistungen zur Deckung des Lebensbedarfs hat, durch schriftliche Anzeige an den Dritten bewirken, daß diese Rechtsansprüche zum Ersatz auf ihn übergehen. . . Der Fürsorgeverband kann einen nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtigen für die Vergangenheit außer unter den Voraussetzungen des § 1613 BGB. auch in Anspruch nehmen, wenn er dem Unterhaltspflichtigen von der Gewährung der Fürsorge unverzüglich schriftliche Mitteilung gemacht hat.“ Die neue Vorschrift entspricht einem Vorschlag, den der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge im Einbernehmen mit dem Deutschen Städtetag, dem Deutschen Landkräfttag und dem Verband der Preussischen Provinzen schon am 19. Sept. 1929 aufgestellt hatte (Art. II §e eines Borentwurfs, abgedruckt mit Begründung im Nachrichtendienst 1929, 440 u. 448 f.). Da sie von diesen Spitzenverbänden der öffentlichen Fürsorge einhellig gebilligt ist, ist anzunehmen, daß auch der Kl. sie bei seinem demnächstigen Zusammentreten gutheißen wird. Damit wird aber in Zukunft der Streitfrage über die Anwendbarkeit des § 1613 BGB. der Boden entzogen sein. Wegen der Auslegung der neuen Vorschriften zur RZürfW. im einzelnen sei noch auf die Darlegungen von Sommer (ZHeimW. 1931, 297 ff.) und des Deutschen Vereins (Nachrichtendienst 1931, 165 ff. u. S. 238 ff.) verwiesen. Ob den neuen Bestimmungen rückwirkende Kraft auch auf solche Ersatzansprüche zukommt, die zur Zeit des Inkrafttretens der neuen NotW. schon zur Entstehung gelangt waren, ist eine Frage, die noch näherer Prüfung bedarf.

Gch. M. Diefenbach, Heidelberg.

teilt werden müßte. Der Bekl. macht zu Recht geltend, daß sein Bruder F. mindestens ebenso sehr wie er selbst zur Unterstützung in der Lage gewesen sei. Der Kl. kann, da der Bekl. nur in gleicher Weise wie sein Bruder unterstützungsverpflichtet ist, von dem Bekl. nur die Hälfte der nach Inverzugsetzung ausbezahlten Beiträge verlangen.

(O. III Berlin, Urt. v. 26. Juni 1931; 19 S 4349/30.)

Mitgeteilt von GerMj. Müller, Berlin.

*

Duisburg-Hamborn.

3. § 1380 BGB. Der Ehemann, der sich im eigenen Namen mit Zustimmung der Ehefrau eines Rechtes am eingebrachten Gut berührt, kann mit der negativen Feststellungsklage verfolgt werden. Im Klageantrag braucht nicht zum Ausdruck gebracht zu werden, daß es sich um ein Recht der Ehefrau handelt.

Nach § 1380 BGB. kann der Ehemann Rechte der Frau, die zum eingebrachten Gut gehören, im eigenen Namen geltend machen. Der Antrag freilich muß grundsätzlich lauten auf „Leistung an die Frau“ oder auf Feststellung, daß der Frau das Recht zusteht. Hier von gibt es jedoch weitgehende Ausnahmen. Nach anerkannter Praxis kann der Mann auch Leistung an sich verlangen, wenn er behauptet und nachfalls beweist, daß die Ehefrau dem Rechtsstreit oder seiner Verfügung über den Streitgegenstand zustimmt. Bei einer Feststellungsklage kann er unter der gleichen Voraussetzung einfach beantragen festzustellen, daß das Recht, welches er geltend macht, besteht. Die Frau braucht er in dem Antrage nicht zu erwähnen; nur zu den Gründen der Klage ist darzutun, daß die Frau der Klage bzw. der Verfügung zustimmt (vgl. Warneyer, Komm. § 1380 Anm. II; Staudinger § 1380 Anm. 5).

Was nun von der positiven Klage gilt, die der Mann anstrengt, muß auch für die negative Feststellungsklage gelten, die gegen den Mann angestrengt wird; denn die negative Feststellungsklage des Dritten ist nichts weiter als das Spiegelbild der positiven Feststellungsklage des Mannes. Sie hat im Falle der Abweisung die Rechtskraftwirkung der positiven Klage und umgekehrt. Der Ehemann ist auch in der Lage, der negativen Feststellungsklage die Leistungsklage entgegenzusetzen und Leistung an sich zu verlangen. Die Abweisung der Leistungsklage hat dieselbe Wirkung, wie wenn der negativen Feststellungsklage stattgegeben würde.

Zu 4. Das O. Hamburg geht mit vorstehendem Urt. neue Wege auf prozessualen Gebiet. Der Grundgedanke, der für die besondere Fassung des Urteils tenors maßgebend gewesen ist, ist der, daß unter den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen bei dem Bekl., einem Malergehilfen, die Zeiten, in denen er Arbeit hat, mit den Zeiten der Beschäftigungslosigkeit häufig abwechseln und daß gerichtliche Entsch. dieser ständigen Veränderungen der Verhältnisse nicht schnell genug folgen können. Weiterhin sind aber auch Ersparnisrückichten für den Staat leitend gewesen, weil nach der Auffassung des O. Hamburg durch die besondere Formulierung des Tenors häufige Prozesse zwischen denselben Parteien auf Grund der Veränderung der Verhältnisse vermieden werden können. Der leitende Grundgedanke ist gerade für die heutigen wirtschaftlichen Verhältnisse besonders beachtlich. Wenn der Weg, den das O. Hamburg gefunden hat, wirklich gangbar ist, kann in sehr zahlreichen Unterhaltungsprozessen eine Verminderung von Nachprozessen, die auf § 323 ZPO. gegründet werden, vermieden werden. Indessen dürfte doch bei eingehender Prüfung der vom O. Hamburg eingeschlagene Weg als verfehlt zu bezeichnen sein. Mit Rücksicht auf die grundsätzliche Bedeutung, die unter Umständen das vorstehende Urt. haben könnte, ist eine eingehende Untersuchung in theoretischer und praktischer Hinsicht geboten.

Die Besonderheit, welche das vorl. Urt. bietet, liegt darin, daß in den Urteils tenor ein veränderlicher Faktor hineingenommen worden ist, der es ermöglichen soll, daß die Entsch. sich dem Wechsel der Einkommensverhältnisse des Bekl. anpaßt. Das Urt. trifft für zwei Fälle Entsch., nämlich für den Fall, daß der Schuldner Arbeit hat, und für den weiteren Fall, daß er erwerbslos wird. Es ist also sozusagen eine Eventualentscheidung. Man wird dem O. Hamburg nicht darin zustimmen können, daß ein solches Urt. materiellrechtlich und prozessrechtlich zulässig ist.

Das Urt. soll zwischen den Parteien Recht schaffen. Es muß also durch das Urt. die Leistungspflicht des Schuldners fest umgrenzt werden. Diese feste Umgrenzung fehlt aber, wenn das Urt. sich für zwei verschiedene Fälle Wirksamkeit beilegt und für jeden Fall den Inhalt der Leistungspflicht anders bestimmt. Diese Unsicherheit wird noch dadurch bestärkt, daß die Pflicht zum Nachweis des Vorliegens der einen oder der anderen Eventualität dem Schuldner auferlegt ist. Der Gläubiger weiß also in keinem Augenblick genau, welches sein Anspruch gegen den Schuldner ist. Damit ist materiellrechtlich das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien keineswegs geklärt. Vielmehr besteht die gleiche Unsicherheit wie vor dem Prozeß, nur mit der Maßgabe,

Es ist deshalb praktisch nicht einzusehen, warum § 1380 BGB. beschränkt werden soll auf Prozesse, die der Mann in Ansehung des eingebrachten Gutes gegen Dritte anstrengt, und warum die Grundsätze, welche für die Fassung der Urträge in dem einen Falle anerkannt werden, nicht auch ebenso für den umgekehrten Fall gelten sollen. Wenn es in den Kommentaren heißt, die Vorschr. sei nur auf sog. „Aktivprozesse“, nicht auch auf „Passivprozesse“ anwendbar, so heißt dies nur, daß es bei dem Rechtsstreit sich um ein „Recht der Frau“ im Gegensatz zu einer „Verbindlichkeit der Frau“ handeln muß. Über die Parteivollen ist damit nichts gesagt. Mit Recht heben Blume-Opet, zu § 1380, hervor, daß der Ehemann nach § 1380 BGB. durchaus nicht die Rolle des Kl. zu haben braucht. Es kann auch nicht eingewandt werden, § 1380 BGB. gewähre dem Manne ein „Recht“, eine „Befugnis“ („kann“), im eigenen Namen zu klagen, lege ihm aber dem Wortlaut nach nicht die Pflicht auf, von der Befugnis, Rechte der Frau im eigenen Namen wahrzunehmen, Gebrauch zu machen. Mit dieser Erwägung würde man überhaupt jede negative Feststellungsklage unmöglich machen. Wer sich eines Rechtes berührt, muß mit einer Verteidigung des anderen Teiles rechnen, und das Ges. muß die Möglichkeit gewähren, daß der Dritte sich gegen das Recht, so, wie es geltend gemacht wird, verteidigt. Die negative Feststellungsklage ist aber nichts weiter als eine Abwehr, eine Verteidigung in Klageform.

Da der Schadenersatzanspruch der Frau, dessen der Bekl. sich im eigenen Namen berührt, zum eingebrachten Gut gehört und er dieses Recht mit Zustimmung der Frau geltend macht, so ist der Kl. nicht gehalten, die Ehefrau im Klageantrage zu erwähnen.

(O. Duisburg-Hamborn, Urt. v. 23. März 1932, 18 S 647/31.)

Mitgeteilt von Dr. F. Reinen, Duisburg a. Rh.

*

Hamburg.

4. Bedingte Verurteilung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen. †)

Mit Rücksicht auf den häufigen, dauernden Wechsel zwischen Arbeit und Arbeitslosigkeit während der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gegenwart erscheint es dem O. erforderlich, die Unterhaltsverpflichtung des Bekl. festzusetzen lebendig im Hinblick auf seine Einkommensverhältnisse in den Zeiten, in denen er Arbeit hat, und dabei im Urteils tenor zum Ausdruck zu bringen, daß die Unterhaltsverpflichtung des Bekl. dann nicht gegeben ist, wenn er Arbeitslosigkeit nachweist. Nur auf diese Weise ist es möglich, sich häufig

daß beim Vorliegen der einen Eventualität der Anspruch des Gläubigers zahlenmäßig festgelegt ist. Die Frage jedoch, ob der eine oder der andere Fall vorliegt, ist für den Gläubiger niemals erkennbar.

Auch vom verfahrensrechtlichen Standpunkt aus ist das Urt. nicht zu halten. Die Vorschr. des Verfahrensrechts, auf welche sich die Urteilsverfasser zur Begründung berufen, treffen sämtlich nicht zu. Zwar handelt es sich auch dort um bedingte Verurteilungen, jedoch übersieht das O. Hamburg, daß in allen Fällen die Beweislast für den Eintritt der Bedingung den Gläubiger trifft und weiterhin, daß der Beweis vor Beginn der Zwangsvollstreckung, im Falle des § 726 ZPO. sogar vor Erteilung der Vollstreckungsklausel erbracht werden muß. Da der Gläubiger Sicherheit zu leisten, so muß er den Nachweis der Sicherheitsleistung durch öffentliche Urkunden dem Vollstreckungsorgan erbringen, bevor die Zwangsvollstreckung beginnen darf (§ 751 Abs. 2 ZPO.). Das gleiche gilt für den Nachweis der Vorleistung, falls der Schuldner nur Zug um Zug gegen eine Leistung des Gläubigers verurteilt ist (§§ 756 bzw. 765 ZPO.). Auch von dem Nachweis einer anderen Tatsache als einer Sicherheitsleistung kann die Vollstreckung nach dem Inhalt des Urt. bzw. des Vergleichs (§ 794 Nr. 1 und 2 bzw. der vollstreckbaren Urkunden § 794 Nr. 5) abhängig sein, wie § 726 ZPO. vorsteht. Zu diesem Falle muß aber der Nachweis des Eintritts der Tatsache vor Erteilung der Vollstreckungsklausel ebenfalls vom Gläubiger durch öffentliche Urkunden bewiesen werden. Ist der Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht möglich, so muß auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO. im ordentlichen Prozeß geklagt werden, in welchem dann der Nachweis der betreffenden Tatsache auch mit den gewöhnlichen Beweismitteln geführt werden kann. Von allen diesen Fällen unterscheidet sich der vorl. Fall grundlegend dadurch, daß hier nicht etwa der Eintritt der Vollstreckbarkeit des Urt. von dem Eintritt einer Tatsache abhängig gemacht ist, vielmehr der Umfang der Leistungspflicht bedingt ausgesprochen ist und ferner dadurch, daß das Gericht ausdrücklich den Nachweis dem Schuldner auferlegt hat. Diese beiden Momente bewirken, daß das vorl. Urt. mit den angeführten Urt. nicht in Parallele gesetzt werden kann. Vielmehr ergeben sich gerade aus diesen beiden Momenten Folgerungen, aus denen hervorgeht, daß die Fassung des Urt. mit dem geltenden Verfahrensrecht nicht in Einklang steht.

Da nicht die Vollstreckbarkeit des Urt., sondern der Umfang der Leistungspflicht bedingt ist, so kann der Gläubiger auf Grund des vorl. Urt. zunächst jede Vollstreckungshandlung gegen den Schuldner

wiederholende Prozesse, die abwechselnd mit Klagenabweisungen, Verurteilungen und Aufhebungen früherer Urte. gem. § 323 ZPO. endigen, zu vermeiden, wobei noch darauf hingewiesen ist, daß diese Prozesse fast sämtlich im Armenrecht, also zu Lasten der Staatskasse zu führen sein würden.

Praktisch bestehen, insbes. hinsichtlich der Vollstreckung von Urte. solcher Fassung, keine Bedenken, wie die Auskunft des OBzollamts v. 12. Mai 1931 bestätigt. In dieser Auskunft wird folgendes ausgeführt: „Die Zeit der Erwerbslosigkeit ist aus den den Erwerbslosen ausgestellten Meldekarten jederzeit zu ersehen. In die erste Spalte wird die „Woche von — ab“ eingetragen. In die Spalten rechts davon kommen für den Fall der Erwerbslosigkeit die Kontrollnummern des Arbeitsamts „B“ mit nachfolgender Nummer. Falls ein Erwerbsloser erkrankt, wird die Zeit der Arbeitsunfähigkeit der Krankenkasse in der Meldekarte bescheinigt. Tritt der Erwerbslose in Beschäftigung, so wird an dem betreffenden Tage der Woche ein „B“ — das heißt „Vermittelt“ — in die Spalte eingefügt. Für die unständig Beschäftigten ist die Zeit der Erwerbslosigkeit aus den Steuerbüchern, die dieselben Eintragungen wie die Meldekarten enthalten, zu ersehen. Die Meldekarten gelten nach den Entsch. der Strafgerichte als öffentliche Urkunden. Falls dem Erwerbslosen eine Beschäftigung zugewiesen wird, wird die Meldekarte dem Inhaber besetzt und ist von diesem zu verwahren. Die OBzoll. und die Vollstreckungsgerichte sind daher jederzeit in der Lage, an Hand der Meldekarten bzw. Steuerbücher die Zeit der Erwerbslosigkeit der betreffenden Personen festzustellen.“

Ebenjowenig bestehen rechtliche Bedenken gegen diese Fassung des Urteils tenors. Von der deutschen Rechtsordnung sind verschiedene Fälle vorgesehen, in denen nicht eine unbedingte, sondern eine bedingte Verurteilung erfolgen kann. In allen diesen Fällen ist für die Vollstreckung lediglich vorgeschrieben, daß der Eintritt oder Wegfall der Bedingung durch öffentliche Urkunden nachzuweisen ist

verlangen, die ihm zweckdienlich erscheint. Die Leistungspflicht des Schuldners ist von dem Urte. in einer bestimmten Höhe festgelegt. Jedes Vollstreckungsorgan muß also von der Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von monatlich 30 M ausgehen. Der OBzoll. hat ohne weitere Prüfung die Mobilarpfändung auszubringen. Das Vollstreckungsgericht muß den Pfändungs- und Überweisungsbeschuß, durch den etwa der Lohn oder das Gehalt oder eine sonstige Geldforderung gepfändet wird, erlassen, ohne daß der Schuldner vorher auch nur gehört werden darf (§ 834 ZPO.). Ebenso sind allein auf Grund des vorliegenden Urte. Vollstreckungshandlungen im Verfahren der Zwangs- und Zwangsversteigerung vorzunehmen, Eintragung einer Zwangs- und Zwangsversteigerung, Anordnung der Zwangsversteigerung und Zwangsversteigerung. Auch diese Vollstreckungshandlungen müssen ohne vorherige Anhörung des Schuldners vorgenommen werden. Dadurch wird der Schuldner stets vor eine vollendete Tatsache gestellt: Er findet bereits ausgearbeitete Vollstreckungshandlungen vor. Erst jetzt beginnt für den Schuldner die Möglichkeit, den Nachweis zu führen, daß der im Urte. tenor vorgesehene Fall vorliegt, in welchem seine Leistungspflicht wegfällt. Hierin zeigt sich der Unterschied gegenüber den von dem Urte. tenor herangezogenen Fällen bedingter Verurteilung, weil dort der Beginn einer jeden Vollstreckungshandlung die bereits erfolgte Führung des Nachweises durch öffentliche Urkunden voraussetzt.

Bei der Frage, wie der Schuldner die bereits ausgeführten Vollstreckungshandlungen beseitigt, stößt er nun auf außerordentliche Schwierigkeiten, die keineswegs so leicht zu beheben sind, wie die Schwierigkeiten, die meinen scheinen. Es genügt jetzt nicht, daß der Schuldner dem Vollstreckungsorgan einfach die Urkunden vorlegt, auf welche das Urte. verweist (Meldekarten bzw. Steuerbücher). Zwar führt er damit dem Vollstreckungsorgan den Nachweis, jedoch ist das Vollstreckungsorgan nicht befugt, auf diesen Nachweis hin einfach die vollzogenen Vollstreckungshandlungen nun aufzuheben. Hier könnte an die Analogie des § 775 Ziff. 4 ZPO. gedacht werden, auf welche auch das Urte. hinweist. Man könnte annehmen, daß die Vorlegung dieser Urkunden die gleiche Wirkung haben soll wie beispielsweise die Vorlegung einer Quittung des Gläubigers über seine erfolgte Befriedigung. Dann tritt aber nach § 775 ZPO. keineswegs eine Aufhebung der bereits vollzogenen Vollstreckungsmaßnahmen ein, sondern lediglich eine Einstellung bzw. Beschränkung der Zwangsvollstreckung. Sind beispielsweise bewegliche Sachen gepfändet, so unterbleibt lediglich die Versteigerung, während die Pfändung bestehen bleibt. Lag eine Forberungspfändung vor, so hört durch die Einstellung lediglich das Einziehungsrecht des Gläubigers auf usw. (vgl. Förster-Kann, Anm. 3 zu § 775 ZPO.). Lediglich in dem Fall des § 775 Ziff. 3 ZPO. ist durch die besondere Vorschr. des § 776 ZPO. die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen auszusprechen. Man kann aber den vorl. Fall diesem nicht gleichstellen, weil es sich dort um lediglich vorläufig vollstreckbare Titel handelt, deren Wirksamkeit ohnehin von einer endgültigen Entsch. erst noch abhängig ist, während es sich hier um ein rechtskräftiges Urte. handelt. Der Schuldner wird also im Falle einer Vollstreckung auf Grund des vorl. Urte. durch Vorlegung seiner Urkunden lediglich die Weiterführung der Vollstreckung hindern, niemals aber bereits vollzogene Vollstreckungs-

(vgl. u. a. §§ 731, 751 Abs. 2, 756, 765, 775 Ziff. 3 und 4, 800 ZPO.). Der Nachweis der Arbeitslosigkeit aber kann, wie schon die Auskunft des OBzollamts ergibt, ebenfalls durch öffentliche Urkunden, nämlich die Meldekarte oder die Steuerbücher, erfolgen.

(LG. Hamburg, 1. ZR., Urte. v. 9. Okt. 1931, I 685/31.)

Mitgeteilt von Richter Dr. M o s i c h, Hamburg.

*

Zisterburg.

5. § 1717 BGB. Ein Interesse des unehelichen Kindes an alsbaldiger Feststellung, daß der Beklagte sein Vater ist, besteht im allgemeinen nicht. Die Beweisregel des § 1717 BGB. ist für diesen Anspruch nicht anwendbar. (f)

Die unehelich geborene Kl. nimmt den Arbeiter P. auf Unterhalt gem. §§ 1717, 1708 BGB. und auf Feststellung in Anspruch, daß P. ihr Vater ist. Da der Bekl. den Geschlechtsverkehr mit der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit nicht bestritten hat und der Nachweis des Mehrverkehrs mißlungen ist, ist der Unterhaltsanspruch in beiden Instanzen bejaht worden. Die Feststellungsklage, die v. UG. als Inzidentfeststellungsklage (§ 280 ZPO.) ebenfalls zugelassen worden ist, wurde vom UG. abgewiesen.

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer besonderen, auf Feststellung der Vaterschaft gerichteten Klage hat die Kl. nicht darlegen können.

Mit der allgemein anerkannten Regel, daß da, wo eine Leistungsklage möglich, eine Feststellungsklage nicht statthaft ist, steht diese Feststellungsklage zwar nicht im Widerspruch. Denn die Feststellung, daß der Bekl. der Vater der Kl. ist, umfaßt mehr als die mit der Leistungsklage erstrebte Entsch., die sich nur darauf gründet, daß der Bekl. als Vater gilt und infolgedessen zur Unterhaltsleistung gesetzlich verpflichtet ist.

handlungen aufheben können. Zur Beseitigung der Vollstreckungshandlungen bleibt ihm einzig und allein die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. übrig. Nur in diesem Prozeß, nicht aber etwa im Erinnerungs- oder Beschwerdeverfahren können Einwendungen gegen den materiellen Anspruch gemacht werden.

Die Durchführung des Urte. des LG. Hamburg ist nur dann einfach, wenn der Gläubiger durch den OBzoll. eine Mobilarpfändung vornehmen läßt und dieser bei der Vollstreckung den Schuldner antrifft. Nur in diesem Falle kann der Schuldner durch Vorlegung der Urkunden die Vornahme von Vollstreckungshandlungen abwenden, falls der zweite Eventualfall gegeben ist. In allen übrigen Fällen, in denen der Schuldner vor vollzogenen Vollstreckungshandlungen steht, wird er in die Notwendigkeit versetzt, Klage zu erheben. Damit wird aber die Gefahr der Häufung der Prozesse, die ja durch die besondere Formulierung des Urteils tenors beseitigt werden sollte, gerade heraufbeschworen. Im übrigen erscheint auch die Befristung des UG., daß infolge häufiger Wechsel zwischen Zeiten der Arbeit und der Erwerbslosigkeit ständige Veränderungen in den Einkommensverhältnissen eintreten, keineswegs begründet. Nur in ganz wenigen Berufsklassen, wie Arbeitern, Handwerksgehilfen, Faktoren usw. kann wirklich ein so häufiger Wechsel eintreten. Bei solchen Arbeitnehmern, die auch nur eine einigermaßen individuelle Arbeitsleistung zu verrichten haben, ist an einen häufigen Wechsel nicht zu denken. Gerade unter den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen wird jeder Arbeitnehmer seine Stelle so lange wie möglich behalten. Die Möglichkeit, sich eine neue Stelle zu beschaffen, ist für einen Arbeitnehmer, wenn er eine Stelle verläßt, außerordentlich schwer. Diese Schwierigkeit wird noch erhöht, wenn eine längere Zeit der Arbeitslosigkeit dazwischen liegt.

Nach dem Dargelegten kann nur festgestellt werden, daß die vom LG. Hamburg gewählte Fassung des Urteils tenors in der Praxis sich nicht bewähren kann, vielmehr auf sehr zahlreiche Schwierigkeiten stößt und insbes. den beabsichtigten Zweck der Ersparrung von Prozessen nicht erfüllt. Es ist deshalb zu hoffen, daß diesem Vorgehen des LG. Hamburg andere UG. sich nicht anschließen werden.

RA. Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Zu 5. Die Entsch. bildet nur einen kleinen Beitrag zum Nachweise der Unklarheit und der Lückenhaftigkeit in unserem gesamten Statusrecht. Aufschneidend hält der Gesetzgeber diese Mängel für unheilbar. Sie kehren in dem Entw. einer ZPO. in vollem Umfange wieder. Es soll bei der Beschränkung des Statusprozesses auf die wenigen Beispiele im 6. Buche der ZPO. verbleiben; der Tod einer Partei soll wie heut selbst in diesen Prozessen die weitere Aufklärung unmöglich machen (§§ 593, 605, 606 des Entw.). Der § 677 des Entw. behält die unbegreifliche Vorschr. des § 969 ZPO. bei, wonach das Aufgebotsgericht das Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung aussetzen soll, wenn sich der angeblich Verschollene meldet, aber von dem Antragsteller als solcher nicht anerkannt wird, wobei nach wie vor rätselhaft bleibt, welches Gericht den Identitätsstreit mit Rechtskraftwirkung für und gegen jedermann und insbes. auch für den durch die Beweisregel aus-

Hieraus ergibt sich aber andererseits auch, daß die Feststellungsklage als Zwischenfeststellungsklage (§ 280 ZPO.) unzulässig ist. Denn in dem Rechtsstreit auf Unterhaltsleistung ist nicht streitig geworden, ob der Bekl. tatsächlich der Vater der Kl. ist, d. h. daß die Kl. von dem Bekl. abstammt, sondern vielmehr, ob der Bekl. als Vater der Kl. gem. § 1717 BGB. gilt. Denn hiervon allein hängt die Verurteilung zur Unterhaltsleistung ab. Der weitergehenden Feststellung, ob der Bekl. tatsächlich der Vater ist und nicht nur als solcher i. S. der §§ 1708—1716 BGB. gilt, bedarf es also auch zur Begründung des Unterhaltsurteils nicht. Von dem Bestehen oder Nichtbestehen der tatsächlichen Vaterschaft hängt die Entsch. des vorl. Rechtsstreits also nicht ab. Damit fehlt es an der Anwendbarkeit des § 280 ZPO.

Die Feststellungsklage war also nur dann zulässig, wenn die Kl. ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Vaterschaft des Bekl. durch richterliche Entsch. (§ 256 ZPO.) darlegt.

Daß das zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Vater bestehende Verhältnis ein Rechtsverhältnis i. S. des § 256 ZPO. ist, unterliegt keinem Zweifel. Das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung des Bestehens dieses Rechtsverhältnisses ergibt sich aber nicht schon aus den Vorschr. der §§ 1708 Abs. 2, 1709 Abs. 2 und 1713 Abs. 1 BGB. Denn Voraussetzung dieser Ansprüche ist nur, daß der in Anspruch Genommene als Vater gem. § 1717 BGB. gilt. Mit einer dahingehenden Feststellung würde bezüglich dieser Ansprüche das Feststellungsinteresse der Kl. erschöpft sein. Dasselbe gilt auch für die Vergünstigungen des § 850 Abs. 4 ZPO. und des § 4 a LohnbeschlG., da es für die kraft Gesetzes zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge nur darauf ankommt, daß der Zahlungspflichtige als Vater gilt.

Auch aus den §§ 1719, 1723 und 1310 Abs. 3 BGB. läßt sich ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Vaterschaft nicht erkennen. Bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe läßt es die Vorschr. des § 1720 BGB. höchst zweifelhaft erscheinen, ob es im Interesse des klagenden Kindes liegt, daß eine derartige Feststellung getroffen wird. Eine solche Entsch. kann im Hinblick auf die im § 1720 Abs. 2 BGB. ausgesprochene Vermutung geradezu hinderlich sein, daß das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt. Ein Interesse an alsbaldiger Feststellung wäre aber jedenfalls sowohl hinsichtlich des § 1719 BGB. als auch der §§ 1723 und 1310 BGB. zu verneinen. Die entfernt liegende Möglichkeit, daß das Kind einmal durch nachfolgende Ehe legitimiert werden (§ 1719 BGB.) oder für ehelich erklärt werden sollte (§ 1723 BGB.), ferner auch die Möglichkeit, daß das Ehehindernis des § 1310 Abs. 3 BGB. einmal bedeutsam werden könnte, vermögen ein Interesse an alsbaldiger Feststellung der Vaterschaft nicht zu begründen. Denn die bloße abstrakte Möglichkeit, daß es für das klagende Kind einmal

später von Bedeutung sein könnte, daß feststeht, wer sein Vater ist, reicht zur Begründung des Interesses an alsbaldiger Feststellung nicht aus. Auch die Erwägung, daß ein Interesse insofern bestehe, als für die spätere Zeit die jetzt noch zur Verfügung stehenden Beweismittel verlorengehen könnten, ist nicht ausreichend zur Begründung eines alsbaldigen Interesses.

Auch der Hinweis auf § 559 b Abs. 2 Ziff. 4, 591 ZPO., wonach das uneheliche Kind bei einem Unfall des Versicherten nur dann einen Anspruch auf Kinderzulage zur Rente des Verletzten bzw. einen Anspruch auf Waisenrente des getöteten Versicherten hat, wenn die Vaterschaft festgestellt ist, vermag das rechtliche Interesse der Kl. an alsbaldiger Feststellung nicht darzutun. Hat doch die Kl. nicht einmal vorgetragen, daß der Bekl. nach den Vorschr. der ZPO. versichert ist. Selbst wenn dies aber der Fall wäre, würde die bloße Möglichkeit eines Unfalls das Feststellungsinteresse nicht begründen. Maßgeblich wäre nicht jeder Unfall schlechthin, sondern nur ein solcher, der geeignet wäre, Versicherungsansprüche auszulösen (§§ 555 ff. ZPO.). Zudem sind die Versicherungsbehörden an einen richterlichen Anspruch nicht gebunden und nehmen, wie gerichtsbekannt, die Prüfung, ob die Voraussetzungen für Ansprüche des Kindes gegeben sind, selbständig vor. Ein Interesse des Kindes an der Feststellung der Vaterschaft durch gerichtliche Entsch. ist daher nicht anzuerkennen.

Die Kl. hat sich zur Begründung ihres Feststellungsantrages schließlich noch auf § 26 PersStG. berufen. Sie hat jedoch auch durch den Hinweis auf diese Vorschr. ihr rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Vaterschaft nicht darlegen können. Sie hat selbst nicht vorgetragen, daß sie die Beschreibung der Feststellung der Vaterschaft des Bekl. im Geburtsregister zu beantragen gedenke. Selbst wenn aber diese Absicht bestände, würde das zur Darlegung des Feststellungsinteresses nicht ausreichen. Denn eine solche Beschreibung kann außer auf Grund der richterlichen Feststellung auch auf Grund eines Anerkenntnisses des Bekl. erfolgen (§ 25 PersStG.). Zwar hat die Kl. geltend gemacht, daß der Bekl. sich vor Klagerhebung geweigert habe, seine Vaterschaft anzuerkennen. Sie hat aber nicht dargelegt, daß eine Anerkennung der Vaterschaft durch den Bekl. auch nach Rechtskraft der ihm zum Unterhalt verurteilenden Entsch. nicht zu erreichen sein würde. Tatsächlich wird in der Regel eine solche Anerkennung um so eher zu erzielen sein, als nach rechtskräftiger Beurteilung zur Unterhaltsleistung die besonderen mit der Anerkennung der Vaterschaft verknüpften Folgen bezüglich des Unterhaltsrechtsstreits (§ 1718 BGB.) im allgemeinen keine Bedeutung mehr haben. Solange jedoch diese Möglichkeit besteht und besondere Umstände, die ihre Verwirklichung ausgeschlossen erscheinen lassen, nicht dargetan sind, ist ein Interesse der Kl. an der Feststellung durch richterliche Entsch. nicht anzuerkennen.

Die Kl. geht im übrigen hinsichtlich der Feststellungsklage

§ 970 ZPO. gebundenen Aufgebotsrichter feststellen soll. Insbes. will auch § 609 des Entw. wiederum den Rechtsstreit über die Feststellung der unehelichen Vaterschaft aus der Reihe der eigentlichen Statusprozesse herausweisen.

Es läßt sich sehr bezweifeln, ob diese Scheu des Gesetzgebers vor der Ausdehnung der §§ 617, 622 ZPO. auf alle Streitigkeiten über den persönlichen Status nicht völlig unbegründet ist. So gut wie man den Grundsatz der richterlichen Untersuchungspflicht schließlich auch in die heutige Anfechtungsklage gegenüber einer unrichtigen Todeserklärung übernommen hat (§ 975 ZPO.) und wie sich § 684 Abs. 1 des Entw. zur ZPO. in Wiedererweckung der Best. über das Verfahren bei Kriegsverschollenheit die Anfechtungsklage des für tot Erklärten für die Zukunft nicht mehr an eine Frist binden will, steht doch wohl der Ausdehnung der Grundsätze des 6. Buches der ZPO. auf sämtliche Streitfragen über den persönlichen Status nichts im Wege. Solange dieses nicht geschieht, wird die Praxis der Gerichte gleich dem Gesetz in unlöslichen Widersprüchen stecken bleiben. Denn es kranken alle nicht durch das 6. Buch der ZPO. gedeckten Urte. über Statusfragen an der Beschränkung der Rechtskraft auf wenige Personen gem. §§ 325 bis 327 ZPO. und den sonstigen diese ergänzenden Vorschr.: denn es herrscht nun einmal außerhalb der echten Statusprozesse die Relativität der Rechtskraft des Urteils. Hieraus erklären sich notgedrungen die Ungewissheiten über die Tragweite des § 1717 BGB. Die einen wollen die in ihm ausgesprochene Vermutung der Vaterschaft nur auf die Unterhaltsansprüche des Kindes beziehen, und zwar auch insoweit, als über die Leistungsklage hinaus eine Feststellung oder Anerkennung der unehelichen Vaterschaft verlangt wird; dieser Anschauung folgt die obige Entsch.; die gleiche Anschauung vertritt auch RG.: Johow 26, A 39 Nr. 12, indem es die Verwertung der aus § 1717 BGB. begründeten Vaterschaftsurteile für die Eintragung der unehelichen Vaterschaft im Ständeregister aus §§ 25, 26 PersStG. ablehnt. Andere wollen eine zu weitgehende begriffliche Trennung zwischen der Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin und der Feststellung dieser Vater-

schaft i. S. der §§ 1708—1716 BGB. bezweifeln (so Staudinger, 9. Aufl., 1926, S. 1255 Anm. 5 zu § 1717 BGB. in der Polemik gegen Kuttner, Die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft: JheringsJ. 50, 412 ff.).

Bedenklich und wiederum nur erklärbar aus der Unklarheit des Gesetzes ist die Ausführung in der obigen Entsch., daß ein uneheliches Kind grundsätzlich kein erkennbares Interesse an der Feststellung habe, wer sein Vater sei. Diese Anschauung mutet schon gegenüber der Zusicherung der Verf. von der Gleichstellung des unehelichen Kindes mit dem ehelichen Kinde in der Gegenwart etwas seltsam an. Sie erklärt sich logisch aus der Eingliederung der statusrechtlichen Feststellungsklagen unter § 256 ZPO., welchen Mißgriff sich leider die Rspr. auch gegenüber den im 6. Buche der ZPO. behandelten Feststellungsklagen zuschulden kommen läßt. In Wahrheit sind alle Statusfeststellungsklagen von besonderer Art, und man dürfte bei ihnen gar nicht nach dem rechtlichen Interesse eines Kl. an der alsbaldigen Klärung des strittigen Statusverhältnisses fragen, in dem er lebt. Tut man dieses aber, so liegt das Interesse auf der Hand, und zwar auch bei denjenigen Statusklagen, die nur zu Urte. von relativer Rechtskraft führen. Denn der Status ist — absolut, wie relativ — eine Grundlage für unübersehbare einzelne Ansprüche, die aus ihm selbst oder in seiner Verbindung mit jederzeit entstehbaren weiteren Rechtslagen der betreffenden Persönlichkeit entspringen können. Ein uneheliches Kind z. B. kann auch bei Beschränkung des ganzen Streitstoffes auf Unterhaltsansprüche nach der ihm günstigen Erledigung des ersten Rechtsstreites in der heutigen Zeit der unsicheren Geldwerte und der wechselnden Lebenshaltungsziffer genötigt werden, der ersten Leistungsklage eine zweite nachzuschicken. Bei dieser zweiten Klage sehe es sich wiederum, wenn im ersten Urte. die Feststellung der unehelichen Vaterschaft des Bekl. fehlt, der Gefahr ausgesetzt, diese Vaterschaft erst wieder nachweisen zu müssen, und muß auf die Einnahme des Mehrverkehrs der Mutter gefaßt sein, die schon im ersten Prozesse verworfen oder in diesem vielleicht noch nicht vor-

offenbar davon aus, daß für diese die gleichen Beweisregeln zu gelten hätten, wie für die Leistungsklage, insbes. also die Vermutung des § 1717 BGB. Das ist jedoch keineswegs der Fall. Der Kl. läge zur Begründung der Feststellungsklage ob, den zwingenden Nachweis dafür zu erbringen, daß sie tatsächlich vom Bekl. abstamme. Denn das Gericht hat über den Feststellungsantrag nach seiner freien richterlichen Überzeugung zu entscheiden. Die Beweisregel des § 1717 BGB. ist für diesen Anspruch nicht anwendbar, sie bezieht sich nach dem klaren Wortlaut des § 1717 BGB. vielmehr nur auf die in den §§ 1708 ff. BGB. ausgesprochenen Verpflichtungen des als Vater in Anspruch Genommenen (Zahlvaterchaft), nicht aber auf die mit dem Feststellungsantrag erstrebte Feststellung der Abstammung (Blutsverwandtschaft) (vgl. Johow 26, A 39; SeuffArch. 61, 245; j. auch Staudinger, 9. Aufl., Anm. 5 zu § 1717 BGB.). Danach ist es durchaus möglich, daß die Feststellungsklage durchdringt: wird nämlich der Nachweis eines schlechten Lebenswandels der Mutter im allgemeinen geführt, nicht aber bewiesen, daß sie mit anderen Männern während der Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt hat, so wird der Bekl. zur Unterhaltsleistung verurteilt werden müssen, während das nach freiem Ermessen entscheidende Gericht sehr wohl von der Vaterchaft des Bekl. nicht voll überzeugt sein kann. Es erscheint aus diesem Grunde sehr fraglich, ob die Erhebung der Feststellungsklage im Interesse des Kindes liegen würde, da die Gefahr der Abweisung dieser Klage wegen des außerordentlich schweren, von dem Kinde zu führenden Beweises verhältnismäßig groß ist.

(RG. Insterburg, 1. ZR., Urte. v. 15. Dez. 1931, 2 S 311, 31.)
Mitgeteilt von OBR. Dr. Karge, Insterburg.

Karlsruhe.

6. § 1257 BGB. Die Ehefrau kann im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt auch Forderungen anerkennen und dadurch den Ablauf der Verjährung unterbrechen. †)

Die praktischen Bedürfnisse des täglichen Lebens verlangen, daß der Umfang der Vertretungsmacht der Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt nicht auf die bloße Eingehung von Schlüsselgewaltsschulden beschränkt, sondern auch auf deren Abwicklung mit allen im täglichen Leben üblicherweise vorkommenden und der Ehefrau übertragenen Geschäften ausgedehnt wird. Eine zu enge Auslegung würde den Erfordernissen des Lebens und des Rechtsverkehrs nicht gerecht werden. Das BG. vermag sich deshalb der Entsch. des OLG. Frankfurt: OLGRRpr. 18, 254 nicht anzuschließen und folgt der weitergehenden von Zielke: DZB. 1912, 456 vertretenen Auffassung, wonach die Anerkennung von Schlüsselgewaltsschulden dann gegen den Ehemann wirkt, wenn die Ehefrau zu der Handlung, aus der konkludent ein

gebracht war; dazu tritt die Möglichkeit einer Erweiterung des zunächst ausgesprochenen Unterhalts über das 16. Lebensjahr des Kindes hinaus nach § 1708 Abs. 2 BGB. Denkt man wiederum an die besondere Feststellung der unehelichen Vaterchaft außerhalb des § 1717 BGB., so kann eine spätere Legitimation des Kindes schon zeitlich in der Durchführung auf große Schwierigkeiten stoßen, wenn man nicht vorher rechtzeitig für die Feststellung der Vaterchaft durch Art. Sorge trug.

RA. Dr. Dr. Richard Graßhoff, Berlin.

Zu 6. Das Urte. verdient Beifall.

Es bricht mit dem vor Jahrzehnten vom OLG. Frankfurt: OLG. XVIII, 254 aufgestellten Grundsatz, daß die Ehefrau auf Grund der Schlüsselgewalt nicht berechtigt sei, dem Gläubiger gegenüber Abrechnungen vorzunehmen oder Schuldanerkenntnisse abzugeben.

Zielke: DZB. 1912, 456 hat demgegenüber den Satz vertreten, daß die Ehefrau zur Anerkennung von Schlüsselgewaltsschulden wenigstens durch konkludente Anerkennung, z. B. Abschlagszahlung, befugt sei. Aber auch das ist noch zu eng.

Im franz. Recht, das mit einem mandat domestique der Frau arbeitet, wird ganz allgemein angenommen, daß dieses Mandat auch die Befugnis in sich begreife, über Haushaltsschulden mit dem Gläubiger abzurechnen und sie anzuerkennen, daß das Anerkenntnis der Frau insbes. auch eine Unterbrechung der Verjährung gegenüber dem Manne herbeiführen könne. — Die franz. Gerichte stützen diese Auffassung mit der Erwägung, es sei unmöglich anzunehmen, daß die Frau „n'avait pas le droit de régler avec ses fournisseurs le compte de fournitures qui lui avaient été faites et dont seule elle était à même de contrôler l'exactitude“.

Diese Gründe haben auch für das deutsche Recht Geltung, vgl. Carl Theodor Ripp, Rechtsvergl. Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in dem roman. Rechte, 1928, S. 64 Anm. 21.

Es verstößt geradezu wider Treu und Glauben, wenn man dem Ehemanne die Geltendmachung des Einwands gestattet, daß das Anerkenntnis einer Schuld, die die Frau wirksam kontrahiert hat, zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet sei.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Bbln.

Anerkenntnis gefolgert werden soll, die gesetzl. Vertretungsmacht hat. Darüber hinaus muß der Ehefrau die Befugnis zur Anerkennung von Schlüsselgewaltsschulden, wie sie das tägl. Leben mit sich bringt, zugewilligt werden. Danach ist auch die Ehefrau in der Lage, im Rahmen der Schlüsselgewalt Schulden des Mannes anzuerkennen und die Verjährung zu unterbrechen.

(RG. Karlsruhe, Urte. v. 23. Okt. 1931, 2 ZBR 36/31.)

Mitgeteilt von RA. R. Zippelius, Karlsruhe.

*

Stuttgart.

7. Art. 21, 30 EGVGB.; Art. 182 codice civile. Die Anwendung des Art. 182 codice civile, der nur in den Fällen der Entführung und der Notzucht dem unehelichen Kinde einen Unterhaltsanspruch gegen den unehelichen Vater gibt, verstößt nicht gegen die guten Sitten. †)

Da die uneheliche Mutter italienische Staatsangehörige ist, richtet sich der Unterhaltsanspruch der Kl. gem. Art. 31 EGVGB. nach italienischem Recht. Danach ist der codice civile v. 25. Juni 1865 maßgebend, dessen Art. 182 bestimmt, daß nur durch Anerkennung der Vaterchaft seitens des unehelichen Erzeugers ein Rechtsverhältnis (und damit die Grundlage für einen Unterhaltsanspruch) zwischen ihm und dem Kinde begründet wird. Eine Nachforschung nach dem Vater dürfe grundsätzlich nicht stattfinden, außer in den Fällen der Entführung und Notzucht, bei deren Vorliegen trotz Nichtanerkennung ein Unterhaltsanspruch zu gewähren sei (Art. 189, 193 a. a. D.).

Das BG. hat sich Staudinger, 9. Aufl., zu Art. 21 EGVGB. S. 521 und zu Art. 30 EGVGB. S. 828 angeschlossen, wonach diese Best. des italienischen Rechts nach unseren Rechtsanschauungen gegen die guten Sitten, gegen die Moral verstoßen und dem Kind nach Art. 30 EGVGB. ein Anspruch auf Unterhalt nach deutschen Grundsätzen zustehen. Das italienische Recht sei nur ein Mittel zur Vermeidung von Skandalprozessen und trage nur prozessualen Charakter an sich, weshalb Art. 30 um so unbedenklicher eingreifen könne, da materielle Vorschr. nicht außer Anwendung gebracht würden.

Die Voraussetzungen des Art. 30 EGVGB. sind im vorl. Fall nicht gegeben. Die Tatsache, daß das italienische Ges. nicht schlechthin ein Recht auf Unterhalt verneint, sondern ein solches ganz allgemein bei Anerkennung der Vaterchaft und außerdem in den schwerwiegenden Fällen der Entführung und Notzucht gewährt, berechtigt zu dem Schlusse, daß das italienische Recht in seinem Kern gerade nicht unmoralisch ist, und daher nicht den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden in Deutschland zuwiderläuft. Dadurch tritt es in einen Gegensatz zu anderen Rechten, die in jedem Fall die Unehelichen rechtlos stellen, und verlangt deshalb auch eine andere Behandlung im Hinblick auf Art. 30 als solche streng unterhaltsfeindliche Rechte, bei

Zu 7. Ein ungewöhnlich verkehrtes Urteil: Eine in Deutschland lebende Italienerin unterhält Beziehungen zu einem Deutschen, aus denen ein Kind hervorgeht. Das Kind macht Unterhaltsansprüche geltend, die nach der Vorschr. des Art. 23 EGVGB. dem Recht der Mutter, also italienischem Recht, unterstehen. Nach italienischem Recht ist jeder Anspruch ausgeschlossen, wenn der Vater das Kind nicht i. S. des italienischen Rechts anerkennt oder sich der Notzucht oder gewaltsamen Entführung schuldig gemacht hat. Trotzdem hatte das BG. mit vollem Recht der Klage stattgegeben, weil hier die Anwendung des italienischen Rechts gegen die deutsche öffentliche Ordnung verstoßen würde (Art. 30 EGVGB.). Diese Entsch. des BG. stimmt mit der Auffassung der deutschen Wissenschaft überein (vgl. Frankestein, Intern. PrivR. I S. 217; Lewald, Intern. PrivR. S. 144; Raape bei Staudinger VI S. 521, 828). Daß das BG. anderer Ansicht war, wäre nicht zu beanstanden, wenn es seiner Auffassung eine Begründung gegeben hätte, die sich nur irgendwie vertreten ließe. Es hätte sich z. B. auf immerhin zwei Präjudizien berufen können, das von ihm erwähnte Urte. OLG. Düsseldorf: Niemeyers Z. 14, 76 und OLG. Hirschberg: JPRRpr. 1929 Nr. 86, die beide freilich die Vorbehaltsklausel (Art. 30 EGVGB.) überhaupt nicht erwähnen. Statt dessen hat das BG. eine selbständige Begründung seiner Auffassung versucht, die nur beweist, wie gefährlich das für den nicht ausreichend Sachkundigen ist.

Das BG. stützt das Urte. auf zwei verschiedene Argumente:

Zunächst beweise die Tatsache, daß das italienische Recht „nicht schlechthin ein Recht auf Unterhalt verneint . . . daß das italienische Recht in seinem Kern gerade nicht unmoralisch ist (sic)“. Über den absonderlichen Ausdruck dieser Moralerwägung kann man hinweggehen. Denn gibt es einen ernsthaften Menschen, der behauptete, daß das italienische Recht „in seinem Kern unmoralisch ist“? Es handelt sich hier wirklich nicht um die Moral, die man besser aus allen grenzrechtlichen Erwägungen herausläßt, sondern einfach um den Zweck eines deutschen Gesetzes. Und dieser Zweck erfordert, daß uneheliche Kinder, deren Herkunft von einem bestimmten Manne zweifelsfrei ist, auch von ihm versorgt werden. Gegen diesen Zweck verstößt es aber, wenn ein ausländisches Recht gestattet, daß der Vater, nur weil das Kind unehelich ist, sich der Unterhaltspflicht ent-

deren Anwendung die Staudinger'sche Meinung zweifellos durchgreifen würde. Auch durch die stärker werdenden Schutzbefreiungen in neuerer Zeit, wie sie in Art. 12 Abs. 3 zum Ausdruck kommen, wird an dieser Stellungnahme nichts geändert.

Noch ein anderer Grund spricht für die Anwendung von Art. 21 GGWB. Wo das Gef. für irgendwelche Rechtsbeziehungen das Personalstatut gelten läßt, ist das Heimatrecht mit allen seinen Folgerungen anzuwenden. Es schließt also auch den Gedanken ein, daß der Ausländer in Deutschland nicht besser gestellt sein soll als nach seinem eigenen Heimatrecht. Wenn je von diesem Grundsatz zugunsten des Ausländers abgewichen wird, d. h. wenn das strengere Fremdbrecht dem inländischen weichen soll, so ist das im Gef. jeweils als Ausnahme ausdrücklich hervorgehoben (vgl. z. B. Art. 7 Abs. 3 GGWB, sog. Prinzip des minderen Erfordernisses). Eine solche Ausnahme ist in Art. 21 aber nicht vorgesehen. Gerade das Gegenteil ist der Fall: Durch Satz 2 wird der Deutsche gegen fremde Rechtsgunst geschützt.

Sonach ist ein Unterhaltsanspruch zu verneinen. Mit diesem Ergebnis deckt sich im Ergebnis auch Niemeyers Z. 14, 76.

(LG. Stuttgart, 2. Zk., Art. v. 31. Dez. 1931, S 805/31.)

Mitgeteilt von H. Wiedersheim, Stuttgart.

zieht und damit im Regelfall dazu zwingt, daß das Kind der deutschen öffentlichen Fürsorge anheimfällt, wenn man es nicht mit der Mutter ausweisen will. Das hat nichts mit Moral, aber sehr viel mit der öffentlichen Ordnung und dem Zweck eines deutschen Gesetzes zu tun.

Das LG. Stuttgart hat den unglücklichen Gedanken gehabt, seine Erwägungen über die Moral des italienischen Rechts noch weiter auszuspinnen. Es meint, das italienische Recht lasse ja die Unterhaltsansprüche bei anerkannten Kindern und bei Notzucht und Entführung zu und trete damit in einen Gegensatz „zu anderen Rechten, die in jedem Fall die Unehelichen rechtlos stellen“. Es wäre dankenswert gewesen, wenn das Urt. diese Rechtsordnungen näher bezeichnet hätte, die noch über das italienische Recht hinaus die Unehelichen „rechtlos stellen“; aus dem europäischen Rechtskreis ist mir keine bekannt.

Im übrigen scheint das LG. sich nicht darüber klar zu sein, daß das italienische Recht wirklich „streng unterhaltsfeindlich“ ist. Wenn es auf die Unterhaltspflicht bei anerkannten Kindern hinweist, so übersieht es vollständig, daß die Anerkennung der romanischen Rechte etwas völlig anderes ist als die des deutschen Rechts, daß sie nach italienischem Recht ein familienrechtliches Band zwischen Vater und Kind herstellt, durch welches das Kind Namen und Staatsangehörigkeit des Vaters sowie ein Erbrecht gegen ihn erwirbt, unter seine elterliche Gewalt tritt usw. Diesen Fall kann man also ausschließen. Der andere der gewalttätigen Entführung oder Notzucht setzt ein Verbrechen voraus. Mit anderen Worten: das italienische Recht schließt bei unehelichen Kindern, die nicht in die Familie des Vaters eingetreten sind, Unterhaltsansprüche unter allen Umständen aus, wenn das Kind nicht gerade die Frucht eines Verbrechens ist. Und dann behauptet das LG., das italienische Recht sei nicht „streng unterhaltsfeindlich“ und stehe im vorteilhaftesten Gegensatz zu den Rechtsordnungen, welche das Kind in jedem Falle rechtlos stellen!

Aber das schlimmste ist das zweite Argument. Die Anwendung des Heimatrechts bedeute, „daß der Ausländer in Deutschland nicht besser gestellt sein solle als nach seinem eigenen Heimatrecht“; wenn von diesem Grundsatz zugunsten des Ausländers abgewichen werde, sei das im Gesetz ausdrücklich bestimmt z. B. im Falle des Art. 7 Abs. 3 GGWB. Das ist nun allerdings verblüffend. Die gesamte deutsche Rechtslehre ist darüber einig, daß Art. 7 Abs. 3 GGWB. eine Ausnahmenvorschrift zum Schutze des deutschen Verkehrs gegen den Ausländer ist und auf Erwägungen der öffentlichen Ordnung beruht (vgl. Niemeyer, Intern. Privatrecht S. 125; Neumeyer S. 19; Frankenstein Bd. I S. 416 ff.; Lewald S. 59; Raape bei Staudinger Bd. VI S. 80 ff.; Guzewiller: Stammlers Enzykl. S. 1630); und nun erzählt man vom LG. Stuttgart, daß es sich um eine Vorschr. zugunsten des Ausländers handle! Und weil eine solche Besserstellung des Ausländers im Art. 21 GGWB. nicht vorgesehen sei, müsse es bei dem Heimatrecht bewenden! Was soll diese ganze seltsame Argumentation gegenüber der allein wesentlichen Frage, ob der Anwendung des italienischen Rechts die Vorbehaltsklausel des Art. 30 GGWB. entgegensteht?

Nein! so geht es wirklich nicht. Die Beschäftigung mit dem internationalen Privatrecht erfordert eindringliche Sachkenntnis, die man sich nur in jahrelanger Beschäftigung mit dieser schwierigeren aller Rechtsmaterien erwerben kann. Der normale Prozeßrichter hat dazu weder Zeit noch Gelegenheit. Immer wieder muß an die Justizverwaltung die dringende Aufforderung gerichtet werden, durch organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, daß alle grenzrechtlichen Sachen an einer einzelnen Stelle konzentriert werden, wie man das jetzt in Berlin auf dem Gebiete des Eherechts begonnen hat. Nur so können solche Fehlsprüche wie der des LG. Stuttgart vermieden werden.

H. Dr. Ernst Frankenstein, Berlin.

Landgericht Danzig.

Danzig.

I. § 606 ZPD.; Art. 5 Haager Ehescheidungsabkommen. Zur Entscheidung über die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens unter deutschen Ehegatten ist das Gericht des Wohnsitzes des Ehemannes auch dann zuständig, wenn der Wohnsitz im Ausland liegt.

Die Parteien, die beide die preuß. Staatsangehörigkeit besitzen — M. wohnt in Danzig, Bekl. in Preußen — haben 1907 vor einem preuß. Standesamt die Ehe geschlossen, seit 1916 leben sie getrennt.

Der M. hat auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt, die Bekl. hat Unzuständigkeit des Gerichts gerügt.

Die Zuständigkeit des Gerichts ergibt sich aus § 606 Abs. 1 ZPD., da der Ehemann in Danzig seinen Wohnsitz hat. Die preuß. Staatsangehörigkeit der Parteien steht der Zuständigkeit nicht entgegen. Der Bekl. ist zwar zuzugeben, daß nach § 606 Abs. 2 ZPD. das LG. ihres Wohnsitzes zuständig ist. Diese Zuständigkeit ist aber keine ausschließliche, da Deutschland nicht die ausschließliche Zuständigkeit für Ehefachen seiner Staatsangehörigen in Anspruch nimmt (Stein-Jonas, 14. Aufl., § 606 N. 19). Da sonach auch nach deutschem Recht die Zuständigkeit des LG. Danzig gegeben ist, steht auch Art. 5 des Haager Eheabk. der erhobenen Klage nicht entgegen. Es ist lediglich sachlich entsprechend dem Art. 17 Abs. 4 GGWB. auch das deutsche Recht anzuwenden. Dieses stimmt aber in den in Frage kommenden Best. mit dem Danziger Recht überein.

(LG. Danzig, 3. Zk., Art. v. 19. Nov. 1931, 8 R 339/30.)

Mitgeteilt von J. Dr. Hugo Kaufmann I, Krefeld.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwält Abel, Essen, Rechtsanwält und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin, und Rechtsanwält Dr. W. Oppermann, Dresden.

** I. § 4 MutterschutzG. Einer innerhalb der Schutzfrist abgegebenen Kündigungserklärung ist jede Rechtswirkung zu versagen, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Niederkunft bekannt war oder wenn die Arbeitnehmerin davon unverzüglich nach Empfang der Kündigung Kenntnis gegeben hat. Um eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeizuführen, bedarf es einer erneuten Kündigungserklärung außerhalb der Schutzfrist.

Nach § 4 Abs. 1 über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft v. 16. Juli und 29. Okt. 1927 (MutterschutzG.) ist in einem Zeitraum von sechs Wochen vor bis sechs Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin eine Kündigung des Arbeitgebers unwirksam, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder wenn ihm die Arbeitnehmerin davon unverzüglich nach Empfang der Kündigung Kenntnis gegeben hat. Da im vorliegenden Falle die Kündigung am 1. Mai 1930, dem letzten Tage des Zeitraums von sechs Wochen nach der am 20. März 1930 stattgefundenen Niederkunft der Kl. ausgesprochen worden ist, unstrittig auch der Bekl. zur Zeit der Kündigung die erfolgte Niederkunft bekannt war, so ist damit an sich der vom Gesetze für die Unwirksamkeit der Kündigung vorausgesetzte Tatbestand gegeben. Das Urt. nimmt aber an, daß das Gesetz, indem es die Kündigung für unwirksam erklärt hat, nicht eine Unwirksamkeit i. S. einer Nichtigkeit habe aussprechen wollen, sondern nur in dem Sinne, daß die Kündigungserklärung zwar innerhalb des vorgesehene Zeitraumes rechtliche Wirkungen nicht hervorzubringen vermöge, dagegen mit der Beendigung dieses Zeitraumes in Wirksamkeit trete.

Die Auffassung des Urt. wird von der Rev. mit Recht als rechtsirrig bekämpft. Das Urt. stützt im wesentlichen seine Auffassung darauf, daß das Gesetz die Kündigung als „unwirksam“ bezeichnet, und meint, es ergebe sich daraus, daß die Kündigung nicht jeder rechtlichen Bedeutung habe entkleidet werden sollen. In der gesetzlichen Sprache werde zwischen „Nichtigkeit“ und „Unwirksamkeit“ unterschieden. Während ein vom Gesetze als nichtig erklärtes Rechtsgeschäft rechtlich nicht als vorgenommen gelte, sei das unwirksame Geschäft zwar rechtlich vorhanden, es vermöge aber die gewollten Wirkungen nicht von vornherein herbeizuführen, sondern erlange erst nachträglich durch Hinzukommen eines neuen Ereignisses Wirksamkeit. Aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Bestimmung des § 4 des Ges. sei zu entnehmen, daß die Kündigung nur während der Dauer der Schutzfrist in diesem Sinne unwirksam sein solle.

Zu diesen Ausführungen des Urt. ist zunächst der Aus-

gangspunkt unrichtig. Ein Begriff der Unwirksamkeit in dem Sinne, daß ein Rechtsgeschäft erst nachträglich von einem bestimmten Zeitpunkt ab Rechtsfolgen zu zeitigen vermag, ist der Gesetzesprache fremd. Das BGB. bedient sich der Bezeichnung „unwirksam“ vielfach, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß ein Geschäft irgendwelche Rechtsfolgen überhaupt nicht hervorzubringen vermag, also im praktischen Ergebnis gleichbedeutend mit der Bezeichnung „nichtig“ (z. B. im §§ 111 Satz 1, 388 Satz 2, 925 Abs. 2, 1398, 1950 BGB.), und ebenso findet sich in den neueren Gesetzen der Gebrauch des Wortes „unwirksam“ i. S. von „nichtig“ (§ 19 Abs. 1 Satz 2 MietG., § 49 Abs. 1 Satz 2 MietSchG., § 4 Satz 3 PachtschD.). Auch in sonstigen Fällen, in denen sich die Gesetzesprache des Ausdrucks „unwirksam“ bedient, insbes. in den Fällen der sog. überhebenden Unwirksamkeit (z. B. §§ 111 Satz 2, 174, 1831, 2101 BGB.) ist mit der Bezeichnung eines Rechtsgeschäfts als „unwirksam“ regelmäßig die Bedeutung verknüpft, daß das Gesetz dem Rechtsgeschäft im Falle der Unwirksamkeit jede Rechtswirkung versagt. In allen diesen Fällen kommt die Bezeichnung des Rechtsgeschäfts als unwirksam in dem Sinne, daß es nur während eines bestimmten Zeitraumes oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keine Rechtswirkungen zu erzeugen vermöge, nicht in Frage. Kann hiernach der Ansicht des UrbG., daß schon die Bezeichnung der Kündigung als „unwirksam“ auf die Nichtigkeit der von ihr vertretenen Auffassung hinweise, nicht beigetreten werden, so muß auf der anderen Seite — im Gegensatz zu der vom UrbG. vertretenen Auffassung — gerade in Entstehungsgeschichte und dem Zwecke des § 4 MutterschG. entnommen werden, daß in diesem Falle das Gesetz der Kündigung durch die Bezeichnung als unwirksam jede Rechtswirkung hat für den Fall versagen wollen, daß sie innerhalb der im § 4 Abs. 1 Satz 1 festgesetzten Zeitspanne ausgesprochen wird. Nach der dem Gesetz bei der Vorlage an den R. gegebenen Begründung (R. III. Wahlper. 1924/27 Druckf. Nr. 3521) soll die Arbeitnehmerin durch den § 4 kurz vor und nach ihrer Niederkunft vor einer Beurlaubung durch eine Kündigung geschützt werden; die Bestimmung dient damit nicht nur dem Schutze der Arbeitnehmerin, sondern auch dem Schutze der Leibeszucht und des Säuglings. Eine Beurlaubung wird aber schon durch den Anspruch der Kündigung hervorgerufen. Sollte also eine Beurlaubung vermieden werden, so mußte eine Rechtslage geschaffen werden, die auch nur den Anspruch der Kündigung während dieser Zeit als bedeutungslos erscheinen ließ. Dieser Schutzzweck würde nicht erreicht worden sein, wenn auch eine während der in Betracht kommenden Zeitspanne ausgesprochene Kündigung nachträglich außerhalb der Zeitspanne Rechtswirkungen auszulösen vermöchte. Nur dadurch, daß einer in dieser Zeitspanne abgegebenen Kündigungserklärung keine rechtliche Bedeutung innewohnt und es infolgedessen einer erneuten Kündigungserklärung nach Ablauf der Zeitspanne bedürfte, wurde der mit der Bestimmung erstrebte Schutz der Arbeitnehmerin wenigstens so weit gewährleistet, als dies überhaupt mit Rücksicht auf die Ungewißheit des Zeitpunktes der Niederkunft und die dadurch bedingte Unsicherheit des Anfangs und des Endes der Schutzfrist möglich ist. Die weitere Ausführung der Begr. des GesEntw., während der Schutzfrist solle eine Kündigung rechtsgültig nicht ausgesprochen werden können, sofern dem Arbeitgeber der Zustand der Arbeitnehmerin bekannt sei oder die Arbeitnehmerin ihn rechtzeitig davon unterrichtet, zeigt wiederum deutlich die Absicht des Gesetzgebers, der in der Schutzfrist abgegebenen Kündigungserklärung unter den bestehenden Voraussetzungen jedwede Rechtsgeltung zu versagen, und ebenso weist auch die dem § 4 im Gesetz gegebene Überschrift „Kündungsverbot“ auf diese Bedeutung der Gesetzesbestimmung hin. Daß die durch den § 4 Abs. 1 getroffene Regelung insofern eine ungewöhnliche ist, „als wegen der Ungewißheit des Zeitpunktes der Niederkunft Beginn und Ende der Schutzfrist nicht von vornherein feststehen und daher die Rechtswirklichkeit einer ausgesprochenen Kündigung zeitweise in der Schwebe sein kann“, erkennt auch die Begr. des GesEntw. nicht, nach der Meinung des Gesetzgebers haben jedoch diese Bedenken gegenüber der Bedeutung des Mutterschutzes zurücktreten müssen. Aus der im Abs. 2 des § 4 erfolgten Regelung des Falles, daß der Zeitpunkt des Endes der Kündigungsfrist in die Schutzfrist fällt, kann irgendeine Gestalt, die der hier vertretenen Auslegung des Gesetzes entgegensteht, nicht entnommen werden.

Hiernach läßt sich die von dem UrbG. vertretene Auffassung weder aus dem gesetzentwickelnden Sprachgebrauch noch aus der Entstehungsgeschichte und dem Zwecke des Gesetzes rechtfertigen, vielmehr sprechen alle Umstände dafür, daß durch die Bestimmung einer innerhalb der Schutzfrist abgegebenen Kündigungserklärung jede Rechtswirkung hat versagt werden sollen, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Niederkunft bekannt war oder wenn ihm die Arbeitnehmerin davon unverzüglich nach Empfang der Kündigung Kenntnis gegeben hat. Das angefochtene Ur. beruht hiernach auf einer rechtsirrthümlichen Auslegung des Gesetzes. Da unstreitig der Verkl. bei Abgabe der Kündigungserklärung die am 20. März 1930 erfolgte Niederkunft der Kl. bekannt war, entbehrte die am 1. Mai 1930 ausgesprochene

Kündigung jeder Rechtswirklichkeit. Um eine Beendigung des Arbeitsvertragsverhältnisses herbeizuführen, bedurfte es einer erneuten Kündigungserklärung außerhalb der Schutzfrist.

(UrbG., Ur. v. 29. April 1931, RAG 501, 30. — Halle a. S.) [A.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

1. Einkommensteuergesetz.

1. §§ 22 Abs. 4, 56 EinkStG.; § 6 ABgd. a. F. Ist eine nach § 22 Abs. 4 EinkStG. selbständig veranlagte Ehefrau mit Ausgaben für den einkommenslosen Ehemann belastet, wofür ihr die Familienermäßigung nicht zusteht (RFG. 29, 90), so ist Berücksichtigung im Rahmen des § 56 EinkStG., und zwar regelmäßig mindestens in entsprechender Anwendung des § 56 Abs. 2 EinkStG., gerechtfertigt.

Die Beschw. hat im Einspruchsverfahren beantragt, ihr wegen ihres Ehemannes die gesetzl. Familienermäßigung zu gewähren. Einspruch und Berufung sind als unbegründet zurückgewiesen worden. In der Rechtsbeschwerde wird beantragt, daß die Berücksichtigung aus § 56 EinkStG. nicht ausreichend sei, im besonderen aber wiederum, daß ihr eine Familienermäßigung nicht zugestanden sei. Sie sei in Wahrheit Haushaltungsvorstand und durch ihre Opfer für den Ehemann, der keinerlei Bezüge sozialer Art erhalte, erheblich belastet gewesen.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 9. Sept. 1931, VI A 1939/30.)

2. Grunderwerbsteuergesetz.

2. § 8 Nr. 3 u. 6 GrEwStG. Wird durch ein auf einen Nachlaß sich beziehendes Rechtsgeschäft i. S. § 2041 BGB. ein Grundstück erworben, so bildet das Grundstück oder der durch das Geschäft begründete Übereignungsanspruch auch dann ein zum Nachlaß gehörendes Gegenstand i. S. § 8 Nr. 3 u. 6 GrEwStG., wenn die Miterben zur Bezahlung des Grundstücks auch andere als Nachlassmittel aufgewendet oder Schulden aufgenommen oder in Anrechnung auf den Kaufpreis des Grundstücks die darauf lastenden Hypotheken oder Grundschulden übernommen haben.)

Streitig ist, ob der Beschwerdegegnerin (S.-GmbH.) für ihren Grundstückszerwerb, bestehend in den Gütern D. und E., die von ihr in Anspruch genommene und vom FinVer. anerkannte Steuerfreiheit aus § 8 Nr. 6 zusteht.

Die beiden der Ehefrau F. gehörigen Güter waren belastet mit Grundschulden im Gesamtbetrag von 155 000 M., die zum Nachlaß des am 15. Febr. 1929 verstorbenen Martin F. gehörten und nach dem eigenhändigen Testament des Erblassers seinem Neffen, dem Kaufmann Friedrich S., als Erben zugedacht waren. Friedrich S. hat nun bei der ZwVerst. der beiden Güter, um eine Schädigung durch Ausfall der Grundschulden zu verhüten, im Versteigerungstermin v. 19. Juni 1929 das Meistgebot abgegeben und alsdann die Rechte aus dem Meistgebot an die inzwischen am 25. Juni 1929 von ihm und seiner im Testament ebenfalls als „Erbin“ bezeichneten Mutter (der Witwe S. und Schwester des Erblassers) begründeten S.-GmbH. abgetreten. Diese hat darauf am 23. Juli 1929 den Zuschlag erhalten.

Zu 2. Die Entsch. beruht im wesentlichen auf der zivilrechtlichen Beurteilung der Rechtslage, während die steuerrechtliche Grundfrage nicht in Frage kam. Vielmehr ist der RFG. lediglich bei seiner ständigen Praxis stehend, eben, daß für die Frage, ob ein Eigentumsübergang unter § 8 Nr. 6 GrEwStG. fällt auf die letzte Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot zurückzugehen ist. Diese Abtretung ist aber nach § 8 Nr. 6 steuerfrei, wenn das abgetretene Recht zu den Nachlassgegenständen gehört. Diese zivilrechtliche Frage ist vom RFG. mit Recht bejaht worden. Die Abgabe des Kaufgebots stellt ein Rechtsgeschäft dar, das sich auf den Nachlaß bezieht, obgleich der Meistbietende nur Miterbe war und das Meistgebot im eigenen Namen abgegeben hatte. Dies wird vom RFG. mit überzeugenden Gründen dargelegt.

RA. Dr. Ernst Sagerberg, Berlin.

Die Steuerstelle hat zwar auf Grund des § 14 das von Friedrich S. im eigenen Namen abgegebene Meistgebot steuerfrei gelassen, sie hält jedoch hinsichtlich des Zuschlags entgegen der Auffassung des FinGer. die Befr. Vorjahr. des § 8 Nr. 6 um deswillen nicht für anwendbar, weil zunächst die Witwe S. nach dem Testament nicht Miterbin, sondern nur Vermächtnisnehmerin geworden sei und weil außerdem die von der Beschwerdegegnerin erworbenen Grundstücke nicht als Nachlassgegenstände i. S. des § 8 Nr. 6 angesehen werden könnten. Die auf diese Gründe gestützte W.Beschw. konnte keinen Erfolg haben.

Das Testament beginnt mit den Worten:

„Zu meinen Erben setze ich ein meine Schwester B. und meinen Bruder M.“ . . .

B. ist die Witwe des S. An die Stelle des Bruders M. ist unstreitig der Kaufmann Friedrich S. als Ersatzerbe getreten. Die Ausführungen, mit denen das FinGer. unter Berücksichtigung des früheren Testaments des Erblassers seine Auffassung, daß die Witwe S. und Friedrich S. entsprechend dem Wortlaut des späteren Testaments als Miterben anzusehen seien, begründet hat, sind rein tatsächlicher Natur und deshalb für den RFG. bindend.

Aber auch in der weiteren Frage, ob die der Beschwerdegegnerin zugeschlagenen Grundstücke oder vielmehr die ihr abgetretenen Rechte aus dem Meistgebot i. S. des § 8 Nr. 6 als Nachlassgegenstände anzusehen sind, ist der Auffassung des FinGer. beizutreten.

Bei der Entsch., ob der mit dem Zuschlag eingetretene Eigentumsübergang unter § 8 Nr. 6 fällt, ist zurückzugehen auf die dem Zuschlag unmittelbar zugrunde liegende Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot, obgleich diese an sich unter § 5 Abs. 4 Nr. 4 fallende Abtretung selbst nach § 5 Abs. 3 nicht steuerpflichtig geworden ist (vgl. RFG. 2, 247; 11, 67; 20, 261 — Rartel § 5 Abs. 3 R. 8, R. 9; § 24 R. 21). Es kommt also darauf an, ob diese Abtretung eine nach § 8 Nr. 6 steuerfreie Einbringung von Nachlassgegenständen darstellt. Das ist mit dem FinGer. zu bejahen.

Da eine Teilungsanordnung des Erblassers nur schuldrechtliche Wirkung hat, so gehörten zunächst die für den Erblasser eingetragenen Grundschulden solange zum Gesamtgut der Erbengemeinschaft, bis sie im Wege der Erbausinandersetzung dem Miterben Friedrich S., der sie nach dem Testament erwerben sollte, von der Erbengemeinschaft abgetreten wurden. Hätte daher Friedrich S. das Meistgebot im Namen der Erbengemeinschaft abgegeben, so würde die Abgabe dieses Meistgebots unbedenklich i. S. des § 2041 BGB. ein sich objektiv und subjektiv auf den Nachlass beziehendes Rechtsgeschäft darstellen. Das durch dieses Rechtsgeschäft für die Erbengemeinschaft erworbene Recht auf den Zuschlag würde daher nach § 2041 S. 1 BGB. ebenfalls zum Nachlass gehören und demgemäß die Abtretung dieses Rechts an die von beiden Miterben gebildete GmbH. als eine unter § 8 Nr. 6 fallende Einbringung von Nachlassgegenständen zu betrachten sein. Im vorl. Falle hat nun allerdings Friedrich S. das Meistgebot nicht im Namen der Erbengemeinschaft, sondern in eigenem Namen abgegeben. Dieser Umstand kann jedoch nicht zu einer anderen steuerlichen Beurteilung führen. Da nämlich Friedrich S. bei der Ansteigerung der Grundstücke in Auftrage und für Rechnung der Erbengemeinschaft gehandelt hat, aus deren Mitteln ja auch, soweit möglich, die aus dem Meistgebot entstandenen Zahlungsverpflichtungen erfüllt sind, so bedeutet zunächst das zur Rettung der Nachlassgrundschuldforderungen abgegebene Meistgebot auch hier ein Rechtsgeschäft, das sich i. S. des § 2041 S. 1 BGB. objektiv und subjektiv auf den Nachlass bezog. Da ferner Friedrich S. auf Grund der zwischen ihm und der Miterbin getroffenen Vereinbarungen von vornherein nach § 667 BGB. verpflichtet war, die ihm persönlich zustehenden Rechte aus dem Meistgebot, insbes. das einem vertraglichen Überweisungsanspruch gleichstehende Recht auf den Zuschlag, an die aus den beiden Erben zu bildende GmbH. abzutreten, so muß auch hier dieses Recht als ein Nachlassgegenstand i. S. des § 8 Nr. 6 angesehen werden. Die tatsächlich dann auch von Friedrich S. erklärte Abtretung hat insolgedessen aus den oben dargelegten Gründen die Steuerfreiheit des mit dem Zuschlag eingetretenen Eigentumsüberganges auf die GmbH. zur Folge.

Der Einwand der W.Beschw., daß die Grundschulden nur 155 000 M. betragen hätten, daß dagegen die beiden Güter auf über 900 000 M. zu bewerten seien und deshalb nicht lediglich einen Ersatz für die zum Nachlass gehörenden Grundschulden, wie er im § 2041 BGB. vorausgesetzt werde, darstellten, geht fehl. Für die Frage, ob i. S. des § 2041 ein Erwerb durch ein sich auf den Nachlass beziehendes Rechtsgeschäft vorliegt, ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob und inwieweit mit Mitteln des Nachlasses erworben ist. Der erworbene Gegenstand gehört auch dann im vollen Umfang zum Nachlass, wenn er nur zum Teil mit Nachlassmitteln bezahlt ist und im übrigen zur Bezahlung von der Erbengemeinschaft Schulden aufgenommen oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eines Grundstücks die darauf lastenden Hypotheken oder Grundschulden übernommen worden sind. Auch in solchen

Fällen wird demnach das erworbene Grundstück zu einem Nachlassgegenstand i. S. des § 8 Nr. 3 u. 6. Der Erwerb des Grundstücks ist grundsätzlich auch dann zum vollen Werte oder Preise steuerpflichtig, wenn es zu den nach § 8 Nr. 3 u. 6 steuerbegünstigten Zwecken (Durchführung der Erbausinandersetzung oder Einbringung in eine von den Miterben gegründete Gesellschaft) für den Nachlass erworben ist. Neben diesem Erwerb soll aber nach dem Sinn und Zweck des § 8 Nr. 3 u. 6 die spätere Auseinandersetzung oder Einbringung mit einer weiteren Steuer überhaupt nicht mehr belastet werden. Der Umstand, daß im vorl. Falle auch der Erwerb des Grundstücks, nämlich die Abgabe des Meistgebots auf Grund des § 14 GrErbStG., steuerfrei gelassen ist, kann daran nichts ändern.

(RFG., 2. Sen., Urt. v. 30. Okt. 1931, II A 352/31.)

3. Erbschaftsteuergesetz.

3. § 3 Abs. 5 ErbschStG. 1925. Eine vorzeitig gegebene Geldzuwendung zur Beschaffung einer Aussteuer (§ 1620 BGB.) kann nur steuerfrei gelassen werden, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 vorliegen. †)

Der Beschw. hat seiner Tochter am 1. April 1927 50 000 RM und am 2. Okt. 1928 weitere 100 000 RM gegeben. Nach seiner Schenksteuererklärung hat die Tochter den ersten Betrag zur Durchführung ihres Studiums und den zweiten Betrag als Aussteuer erhalten, nachdem sie sich im Juli 1928 verlobt hatte. Das FinU. hat beide Beträge zur SchenkSt. herangezogen. Hier handelt es sich um den Betrag von 100 000 RM. Die Einwendungen des Beschw. gegen die Besteuerung dieses Betrags hat das W. übereinstimmend mit dem FinU. als unbegründet zurückgewiesen. Die W.Beschw. kann keinen Erfolg haben.

Das FinGer. hat das Vorliegen einer — nicht als freigebige Zuwendung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbschStG. 1925) zu betrachtenden — Aussteuer mit der Begr. verneint, eine Aussteuerpflicht der Beschw. habe nach § 1620 BGB. nicht bestanden, weil seine Tochter beim Empfang der 100 000 RM ein zur Beschaffung der Aussteuer ausreichendes Vermögen gehabt habe. Dabei ist das FinGer. davon ausgegangen, daß der Tochter in jenem Zeitpunkt zur Anschaffung der Aussteuer ein Vermögen von rund 40 000 RM zur Verfügung standen und daß sie mehr als diesen Betrag zur Erwerbung einer angemessenen Aussteuer nicht gebraucht habe. Der Beschw. bestreitet beides. Ob die Annahmen des FinGer. richtig sind, kann dahingestellt bleiben, und zwar aus folgendem Grunde:

Nach der im Schrifttum über das bürgerl. Recht herrsch. Auffassung und nach der Mspr. des W. entsteht eine Verpflichtung des Vaters zur Gewährung der Aussteuer erst im Zeitpunkt der Eheschließung der Tochter. Diese Auffassung wird dadurch, daß schon vor der Eheschließung unter der Voraussetzung des § 256 ZPO. auf Feststellung des Aussteueranspr. und unter der Voraussetzung des § 259 ZPO. (wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde) sogar auf Leistung der Aussteuer geklagt werden kann (RG. 49, 370; 58, 139), nicht widerlegt, sondern bestätigt; denn es handelt sich bei dieser Leistungsklage um eine ausnahmsweise zugelassene Klage auf künftige Leistung, und ist bei ihrer Zulassung davon ausgegangen, daß unter der Voraussetzung des § 259 ZPO. nicht nur ein bereits entstandener, aber noch nicht fälliger, sondern auch ein erst künftig entstehender Anspruch, mithin auch ein künftiger Aussteueranspruch eingeklagt werden könne. Auch in der für eine Verm. Zuwer. Abg. ergangenen Entsch. des RFG. v. 18. Mai 1922, III A 316/21: RFG. 10, 80, ist festgestellt, daß nach der herrsch. bürgerl.-rechtl. Ansicht der Aussteueranspruch erst mit der Eheschließung entsteht. In der Entsch. III A 485/30 v. 9. April 1931 hat der für die Einheitsbewertung und die Verm. St. zuständ. 3. Sen., indem er von der herrsch. bürgerl.-rechtl. Auffassung ausgegangen ist, für einen Fall, in dem am Stichtag das Verm. St. festgestellt hatte, ein Hochzeitstag aber noch nicht bestimmt und die Eheschließung erst mehr als 8 Monate nach dem Stichtag erfolgt, auch der größere Teil der Aussteuer am Stichtag noch nicht bestellt war, entschieden, es könne kein Rechtsirrtum darin ge-

Zu 3. Der RFG. kann es dahingestellt sein lassen, ob die Gewährung von 100 000 RM an eine Tochter, die schon 40 000 RM Vermögen hat, dieser Summe wegen noch Erfüllung der gesetzlichen Aussteuerpflicht und aus diesem Grunde steuerfrei wäre, weil nach Lage der Verhältnisse die Zuwendung wegen des Zeitpunkts ihrer Gewährung nicht als Aussteuer betrachtet werden könne, — was überzeugend begründet wird. Die Zuwendung könnte dann allenfalls noch unter den Begriff der Ausstattung aus Anlaß der Selbstständigkeit der Tochter fallen, aber auch das wird nach Lage der Sache mit Recht verneint. Wenn der Vater es also mit der Hingabe der 100 000 RM so eilig hatte und nicht bis zur Hochzeit warten wollte, so kann er sich nicht beklagen, wenn er dafür steuerpflichtig gemacht wird.

Prof. Dr. Wähler, Münster.

funden werden, daß bei dieser Sachlage die Vorinstanz das Vorliegen besonderer Umstände verneint habe, die eine von der bürgerl.-rechtl. abweichende Auffassung über die Entstehung des Aussteueranspruchs rechtfertigen könnten.

In dem hier vorl. Falle hat der Beschw. seiner Tochter die nach seiner Angabe für die Aussteuerbeschaffung bestimmten 100 000 RM mehrere Jahre vor der Eheschließung gegeben, und zwar zu einer Zeit, wo nach seinem eigenen Vorbringen ein Zeitpunkt für die Eheschließung noch nicht bestimmt war und auch noch nicht bestimmt werden konnte. Bei dieser Sachlage kann jedenfalls keine Rede davon sein, daß der Beschw. mit der Hingabe der 100 000 RM eine Aussteuererschuld erfüllt habe. Die Überweisung des Betrags muß deshalb als freigebige Zuwendung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbschStG.) betrachtet werden. Diese wäre nach der Rspr. des Sen. (vgl. Ur. v. 14. April 1931, I A 490/30: RStW. 1931, 538) nur dann schenkungssteuerfrei, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 ErbschStG. vorliegen. Hierzu wäre u. a. erforderlich, daß innerhalb zwei Jahren (§ 3 Abs. 5) nach der Ausführung der Zuwendung der Haushalt der Tochter eingerichtet worden wäre (vgl. Ur. v. 20. Mai 1930, I A 191—193/30: RStW. 1930, 383).

(RStW., 1. Sen., Ur. v. 27. Okt. 1931, I A 445/31.)

*

4. §§ 18 Abs. 1 Nr. 8, 3 Abs. 5 ErbschStG. 1925.

a) Überschuldung i. S. des § 18 Abs. 1 Nr. 8 ist nur vorhanden, wenn die Schulden des Steuerpflichtigen den Verkehrswert, d. h. den gemeinen Wert der vorhandenen Vermögensgegenstände des Steuerpflichtigen übersteigen.

b) Ein Anlaß zur Gewährung einer steuerfreien Ausstattung i. S. des § 3 Abs. 5 besteht nicht, wenn der Bedachte eigenes Vermögen für Anschaffung anderer Vermögensgegenstände verwandt hat, die er noch besitzt. †)

Der Beschw. kaufte Anfang 1929 ein Rittergut z. Es standen ihm an eigenen Mitteln 60 000 RM und ein Darlehen seiner Mutter zur Verfügung. Am 1. Nov. 1929 verzichtete die Mutter auf Rückzahlung des Darlehens. Als Grund gab sie seine Notlage an.

In dem Erlaß der Darlehensschuld liegt eine steuerpflichtige Zuwendung. Eine Steuerbefreiung wegen Überschuldung nach § 18 Abs. 1 Nr. 8 ErbschStG. kommt nicht in Betracht.

Der Beschw. hat seine Überschuldung zur Zeit der Zuwendung damit darzulegen versucht, daß er die auf den 30. Juni 1929 aufgestellte Vermögensbilanz der auf den 1. Jan. 1929 aufgestellten Gegenüberstellte. Eine Überschuldung kann jedoch nicht dadurch nachgewiesen werden, daß bei einem landwirtschaftlichen Betrieb die Bilanz auf den 30. Juni mit dem vom 1. Jan. verglichen wird, da im letzteren Zeitpunkt größere Vorratsmengen vorhanden sind als am Schlusse des Erntejahres. Auf der Passivseite haben sich dagegen die laufenden Betriebs- und Wechselschulden erhöht. Ein richtiger

Zu 4. Das Urteil ist bedeutsam für das Bewertungsrecht.

Schuldenverlaß ist eine steuerpflichtige unentgeltliche Zuwendung, für die aber § 18 Abs. 1 Nr. 8 ErbschStG. Befreiung gewährt, wenn durch die Schuldbefreiung lediglich die Befreiung einer Überschuldung erreicht wird. Erwägungen, warum der Nachweis der Überschuldung nicht anzuerkennen sei, sind überflüssig. Da der Befreiungsstatbestand verlangt, daß der „Anfall“ — hier der Schuldenverlaß — die Überschuldung beseitigt, so folgt aus diesem Zusammenhang, daß die Überschuldung bis zum Zeitpunkt des „Anfalles“ bestanden haben muß. Der Schuldenverlaß fand am 1. Nov. 1929 statt, so daß für diesen Tag die Überschuldung zu übermitteln war. Schon aus diesem Grunde war die Bilanz v. 30. Juni 1929 unbrauchbar.

Das Gef. sagt nicht, nach welchem Bewertungsmaßstab das Vermögen des Schuldners zur Feststellung der Überschuldung zu bewerten ist. Die Wertermittlungsvorschr. der §§ 21 ff. ErbschStG. kommen hierfür nicht in Betracht, da sie nur die Wertermittlung des nach dem ErbschStG. steuerpflichtigen Erwerbes im Auge haben. Der RStW. leitet aus dem Begriff der „Überschuldung“ die Anwendung des gemeinen Wertes ab. Er hätte sich hierfür auf § 9 ABewG. Mass. berufen können.

Auch die Znanpruchnahme der Steuerbefreiung für eine aus der Zuwendung der Mutter beschaffte Ausstattung ist m. R. zurückgewiesen worden. Der 5. Sen. hat mit unzureichender Begr. den Standpunkt vertreten, daß grundsätzlich jede Ausstattung eine unentgeltliche Zuwendung sei, der 1. Sen. hat sich leider angeschlossen. Ich habe wiederholt zu zeigen versucht, daß das nur zutrifft, wenn die Ausstattung nicht zur Erfüllung einer sittlichen Verpflichtung gewährt wird (vgl. ZB. 1930, 355, 1497). Bei den Vermögensverhältnissen des Beschw. lag eine sittliche Verpflichtung seiner Mutter zur Ausstattungs-gewährung nicht vor, so daß ihre Unentgeltlichkeit feststeht, falls die Mutter überhaupt an die Gewährung einer Ausstattung gedacht hat. Eine Prüfung nach der Richtung ist m. R. nicht erfolgt, denn die Voraussetzungen für die Befreiung der etwaigen Ausstattung nach § 3 Abs. 5 ErbschStG. sind nicht erfüllt.

Prof. Dr. Liebig, Leipzig.

Vermögensvergleich würde voraussetzen, daß diesen laufenden Schulden der Vermögenswert gegenübergestellt wird, der in der noch ausstehenden Ernte steckt.

Die Überschuldung i. S. des § 18 setzt ferner voraus, daß die Verschuldung des Steuerpflichtigen den Wert seines Vermögens übersteigt. Es kommt darauf an, ob bei einer Vermögensveräußerung aus den vorhandenen Anlage- und Betriebsgegenständen die Schulden gedeckt werden können. Diese Feststellung setzt voraus, daß bei der Bewertung des Vermögens vom Verkehrswert, also dem gemeinen Werte ausgegangen wird. Der Beschw. hätte also unter Berücksichtigung des gemeinen Wertes der einzelnen Vermögensgegenstände die Überschuldung darlegen müssen.

Der Beschw. hat außerdem gem. § 3 Abs. 5 Steuerfreiheit für eine aus der Zuwendung der Mutter beschaffte Ausstattung zur Einrichtung eines eigenen Haushalts im Werte von 5972,80 RM beansprucht. Der Beschw. ist jedoch zur Beschaffung dieser Ausstattung in Anbetracht seines eigenen Vermögens selbst in der Lage gewesen. Nach § 3 Abs. 5 a. a. D. gelten Ausstattungen, die Abkömmlingen zur Einrichtung eines angemessenen Haushalts gewährt werden, nur dann nicht als steuerpflichtige Schenkungen, wenn zur Zeit der Zuwendung ein Anlaß zur Ausstattung gegeben ist. Bei einem eigenen Vermögen von 60 000 RM hat ein Anlaß zur Gewährung einer Ausstattung nicht bestanden.

(RStW., 1. Sen., Ur. v. 8. Sept. 1931, I A 487/30.)

Reichsversicherungsamt.

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

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerA. (EuM.), abgedruckt.]

1. Reichsversicherungsordnung.

** 01. § 195a Abs. 1 Nr. 3 RVD. Die Gewährung des Wochengeldes für die Zeit vor der Entbindung ist nicht davon abhängig, daß der Antrag bereits vor der Entbindung gestellt ist.

Die Streitfrage, ob die Gewährung des Wochengeldes nach § 195a Abs. 1 Nr. 3 RVD. für die Zeit vor der Entbindung davon abhängt, daß bereits vor der Entbindung ein Antrag gestellt worden ist, war zu verneinen. Die Vorschr. des § 1545 RVD., nach der die Leistungen der Krankenversicherung nur auf Antrag festzustellen sind, soll nur besagen, daß die Feststellung der Leistungen in der Krankenversicherung nicht von Amts wegen zu erfolgen hat, nicht dagegen, daß dem Antrag eine anspruchsbegründende Bedeutung zukommt (vgl. Entsch. 2086 II: RVerA. 1915, 664; EuM. 6, 58 Nr. 25). Zu der Krankenversicherung ist daher der Zeitpunkt der Antragstellung für die Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang ein Anspruch auf die Krankenleistungen besteht, grundsätzlich unerheblich, es sei denn, daß besondere Vorschr., wie der durch die RVD. v. 26. Juli 1930 (RWB. I, 311) eingefügte § 216 Abs. 3 oder § 223 Abs. 1 RVD. ihren Einfluß ausüben. Eine Abweichung von diesem Grundsatz für die Leistungen des Wochengeldes für die Zeit vor der Entbindung hätte ausdrücklich vorgeschrieben werden müssen. Eine solche Ausnahmenvorschr. findet sich im § 195a RVD. nicht. Sie kann auch nicht, wie die Bekl. meint, in der Vorschr. des § 195a Abs. 3 RVD. gesehen werden, nach der das Wochengeld für die Zeit vor der Entbindung jeweils sofort, nicht erst mit dem Tage der Entbindung fällig wird. Denn diese Vorschr. räumt nur ein im Spruchverfahren verfolgbares Recht auf die bezeichnete Leistung schon vor dem Eintritt des Versicherungsfalles, der Entbindung, ein (vgl. Entsch. 3233 II: RVerA. 1928, IV 284; EuM. 23, 56 Nr. 24). Diese ausdrückliche Vorschr. war nötig, weil der Versicherungsfall — die Entbindung — erst den Anspruch begründet (vgl. Entsch. 3171 II: RVerA. 1928, IV 182; EuM. 22, 247 Nr. 117). Ein Zwang, dieses Recht auf frühere Zahlung auszuüben, besteht jedoch für die Versicherten nicht. Ob der Kasse aus dieser gesetzlichen Regelung, insbes. mit Rücksicht auf die Erschwerung der Nachprüfung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen, Nachteile erwachsen können, bedarf in diesem Zusammenhang nicht der Erörterung.

(RVerA., 1. RevSen., Ur. v. 8. Okt. 1931, II a K. 121/31.)

*

** 02. § 205 RVD. Ein Anspruch auf Familienhilfe ist nur begründet, wenn bei Beginn der Erkrankung des Familienmitgliedes der Versicherte die zeitlichen Voraussetzungen des § 205 RVD. erfüllt hat.

Durch die Vorschr. des § 205 RVD. i. d. Fassung der RVD. v. 26. Juli 1930 (RWB. I, 311) ist die früher von den Kassen als Mehrleistung gewährte Familienhilfe zur Pflichtleistung geworden. Wie all-

gemein anerkannt war, konnte in der Zeit vor dem Inkrafttreten jener RotW. die Satzung rechtsgültig bestimmen, daß Familienmitglieder, die bereits beim Eintritt des Versicherten in die Kasse krank waren, keinen Anspruch auf Familienhilfe besitzen sollten (vgl. Hahn-Rühne, Handbuch der Krankenversicherung, 10./11. Aufl., S. 337, Anm. 2a Abs. 1 zu § 205 b). Es fragt sich nun, ob die gleiche Einschränkung kraft Gesetzes bei der zur Pflichtleistung gewordenen Familienhilfe gilt. Die Entsch. hierüber hängt davon ab, wann die zeitlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Leistung gem. § 205 Abs. 1 RotW. erfüllt sein müssen, von welchem Zeitpunkt ab also die sechs Monate zurückzurechnen sind, innerhalb deren die Versicherten mindestens drei Monate auf Grund eines Reichsgesetzes versichert gewesen sein müssen. Da das Gesetz eine ausdrückliche Vorschr. hierüber nicht enthält, ist in erster Linie zu prüfen, welches Ereignis bei der Familienhilfe den Versicherungsfall darstellt und ob schon bei dessen Eintritt die zeitlichen Voraussetzungen vorliegen müssen oder ob ihre Erfüllung während des Schwehens des Versicherungsfalles genügt, um von da ab die Familienhilfe beanspruchen zu können. Mangels abweichender Vorschr. war der Senat der Auffassung, daß entsprechend den sonst in der Krankenversicherung geltenden Grundsätzen als Versicherungsfall in der Familienhilfe nur die Erkrankung des Familienmitgliedes in Betracht kommt, und zwar muß es sich selbstverständlich um eine Krankheit im Rechtsinne handeln, d. h. um einen regelwidrigen körperlichen oder geistigen Zustand, dessen Eintritt entweder lediglich die Notwendigkeit der Heilbehandlung oder zugleich oder ausschließlich Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (vgl. RotW., herausgeg. von Mitgl. des RVerfA., 2. Bd., 2. Aufl., S. 1 Anm. 2). Dem Senat war ferner nicht zweifelhaft, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die zeitlichen Voraussetzungen des § 205 RotW. bereits im Zeitpunkte der Erkrankung des Familienangehörigen gegeben sein müssen. Für Krankheitsfälle, die während des Laufes der sechs Monate entstehen, hat die Krankenkasse daher nicht aufzukommen, also auch nicht für die Zeit nach Erfüllung dieser zeitlichen Voraussetzung. Zu dieser Auslegung zwingt der Zweck der Vorschr., die zwar durch Einführung der Familienhilfe als Pflichtleistung einen sozialen Notstand beseitigen, andererseits aber die Kassen entsprechend der weiteren Absicht der einschlägigen RotW. gegen jede zu weitgehende Belastung und Ausnützung schützen wollte. Deshalb sind offensichtlich die zeitlichen Voraussetzungen des § 205 Abs. 1 als Schutzfristen vorgesehen worden. Ihr Zweck würde aber in der Hauptsache nicht erreicht werden, wenn die Kassen auch für Erkrankungen eintreten müßten, die während des Laufes der sechs Monate entstehen.

(RVerfA., 1. RevSen., Ur. v. 2. Febr. 1932, IIa K 244/31¹ [R.])

*

**** 03.** Der Bezug von Familienwochengeld nach § 205a RotW. schließt die gleichzeitige Gewährung von Krankengeld an die versicherte Wöchnerin nicht aus.

Die Kl. ist Pflichtmitglied der bekl. W-Krankk. der Stadt R.; ihr Ehemann ist Mitglied der Betr-Krankk. des R-Kanalw. in R. Von dieser Kasse bezog sie Familienwochenhilfe gem. § 205a RotW. auf Grund einer Ende Okt. 1928 erfolgten Entbindung. Einen Anspruch auf Wochenhilfe gem. § 195a RotW. hatte sie gegen die bekl. Kasse wegen Nichterfüllung der gesetzlichen Versicherungsdauer noch nicht. Vom 5. bis 25. Nov. 1928 war die Kl. infolge fieberhaften Rheumas arbeitsunfähig krank. Sie erhielt von der bekl. Kasse zunächst für die Dauer von 14 Tagen Krankengeld. Als die Kasse jedoch von dem gleichzeitigen Bezuge des Familienwochengeldes erfuhr, stellte sie die weitere Zahlung des Krankengeldes ein und verlangte die Rückzahlung der bereits gezahlten Beträge. Die Kl. erhob Klage auf Zahlung des Krankengeldes für die ganze Krankheitsdauer. VerfA. und RVerfA. entschieden nach dem Klageantrag.

§ 195a Abs. 4 RotW. schreibt zwar vor, daß neben dem Wochengeld kein Krankengeld gewährt wird. Diese Vorschrift gilt aber nicht für die Familienwochenhilfe. Denn § 205a Abs. 3 RotW. sieht nur die entsprechende Anwendbarkeit des § 195a Abs. 3, nicht aber die des § 195a Abs. 4 vor. Anders als bei der Wochenhilfe (§ 195a RotW.) ist daher bei der Familienwochenhilfe (§ 205a RotW.) neben dem Wochengeld das Krankengeld im Falle einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit zu gewähren (übereinstimmend Hahn-Rühne, Handbuch der Krankenversicherung, 10./11. Aufl., S. 335, Anm. 6 zu § 205a; Hoffmann, 2. Buch der Krankenversicherung, 8. Aufl., S. 175, Anm. 14 zu § 205a). Ob diese unterschiedliche Behandlung der Absicht des Gesetzgebers entspricht und befriedigend ist, kann hier unerörtert bleiben. Bei dem klaren und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes erscheint jedenfalls im Wege der Mpr. eine Gleichstellung der nach § 195a und der nach § 205a RotW. Bezugsberechtigten nicht angängig.

(RVerfA., 1. RevSen., Ur. v. 8. Aug. 1931, IIa K 673/30¹ [R.])

*

4. § 559b Abs. 2 Nr. 6 RotW. Ehelich erklärtes Kind des Sohnes des Versicherten ist Enkel.

Nach § 591 Abs. 1 RotW. hat jedes Kind des Getöteten min-

destens bis zum vollendeten 15. Lebensjahre Anspruch auf Hinterbliebenenrente. Gemäß § 591 Abs. 3 i. Verb. m. mit § 559b Abs. 2 Nr. 6 RotW. gelten als Kinder auch die Enkel, wenn sie vor dem Tode des Versicherten von ihm überwiegend unterhalten worden sind. Zu prüfen war daher, ob die Kl. zu den Enkeln des Verstorbenen gehört.

Dies war zu bejahen. Durch die Ehelichkeitserklärung hat sie nach § 1736 BGB. die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Sohnes des Verstorbenen erlangt. Die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung erstrecken sich zwar nach § 1737 Abs. 1 BGB. nicht auf die Verwandten des Vaters. Daß hiernach ein bürgerlich-rechtliches Verwandtschaftsverhältnis zwischen der Kl. und dem Verstorbenen nicht begründet worden ist, hat zur Folge, daß die Kl. nicht als Abkömmling zweiten Grades des Verstorbenen i. S. des bürgerlichen Rechts gelten kann. Dies schließt aber nicht aus, daß sie als „Enkel“ i. S. des RotW. anzusehen ist. Für die Beurteilung des Begriffs „Enkel“ sind, da es an einer gesetzlichen Begriffsbestimmung fehlt, der allgemeine Sprachgebrauch und die im Volke herrschende Anschauung maßgebend. Danach ist aber als „Enkel“ außer dem ehelichen jedenfalls auch der für ehelich erklärte Abkömmling zweiten Grades anzusehen. Diese Gleichstellung entspricht auch der in den §§ 591 u. 559b RotW. zum Ausdruck gekommenen Absicht des Gesetzgebers, den Unterhalt der Kinder und Enkel zu fördern, die auf Grund rechtlicher oder tatsächlicher Beziehungen in den Hausstand des Versicherten aufgenommen worden sind und nach der allgemeinen Anschauung als Familienangehörige gelten.

(RVerfA., RefEntsch. v. 25. Nov. 1930, IA 76/30, EuM. 29, 15.)

[3.]

*

05. § 1259 Abs. 2 Ziff. 6 RotW. Der Anspruch auf Waisenrente für Enkel nach dem versicherten Großvater wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Eltern des Enkels noch leben und zur Gewährung des Unterhalts imstande sind.

Wie in der Entsch. 3465 II (MachzRVerf. 1929, IV, 270; EuM. 25, 85 Nr. 36¹) bereits zu den §§ 40, 22 Abs. 3 Nr. 6 KnappschG. vom RVerfA. ausgesprochen worden ist, wird der Anspruch auf Gewährung des Kindergeldes zur KnappschG.-Zuvalidenpension für einen Enkel, den der versicherte Großvater vor Eintritt des Versicherungsfalles überwiegend unterhalten hat, nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Eltern des Kindes noch leben und zur Gewährung des Unterhalts imstande sind. Desgleichen hat das RVerfA. durch Entsch. des 4. RevSen. v. 7. Dez. 1929 (IIa 2397/29; EuM. 26, 218 Nr. 100) zum Ausdruck gebracht, daß diese Gründe entsprechend auf den Kinderzuschuß zur Zuvalidenrente zutreffen. Der Senat ist der Ansicht, daß das, was für den Kinderzuschuß grundsätzlich ausgesprochen worden ist, auch für die Waisenrente entsprechend gelten muß. Auch der Anspruch auf Waisenrente nach dem versicherten Großvater gem. § 1259 Abs. 2 Ziff. 6 RotW. wird also nicht dadurch allein für die sonst anspruchsberechtigten Enkel ausgeschlossen, daß die Eltern selbst noch leben und zur Gewährung des Unterhalts imstande sind. Vielmehr sind nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes auch für die Waisenrente für Enkel lediglich nur die gleichen Voraussetzungen wie für die Waisenrente sonst erforderlich, also daß der Versicherte vor Eintritt des Versicherungsfalles tatsächlich das Enkelkind überwiegend unterhalten hat. Weitere Voraussetzungen hat der Gesetzgeber nicht aufgestellt.

(RVerfA., 4. RevSen., Ur. v. 5. Mai 1931, IIa 4552/30¹ [R.])

*

**** 06.** §§ 1291, 1259 RotW. Der dem natürlichen Vater eines unehelichen Kindes gewährte Kinderzuschuß zur Zuvalidenrente fällt nicht fort, wenn das Kind von einem anderen an Kindes Statt angenommen wird.

Der Wortlaut des Ges. bietet keine Handhabe, den gem. § 1291 i. Verb. m. § 1259 Abs. 2 Nr. 4 RotW. dem natürlichen Vater gewährten Kinderzuschuß fortfallen zu lassen, wenn das uneheliche Kind von einem anderen an Kindes Statt angenommen wird. Die §§ 1291, 1259 Abs. 2 Nr. 4 RotW. machen die Gewährung des Kinderzuschusses nur von der Tatsache abhängig, daß der Rentenempfänger ein uneheliches Kind hat, für das seine Vaterschaft festgestellt ist. Diese Voraussetzung wird durch die Annahme an Kindes Statt nicht berührt. Auch aus dem Sinn und Zweck der Vorschr. läßt sich für den Wegfall des Kinderzuschusses in diesem Falle kein zwingender Grund entnehmen. Er würde vielmehr bedenklich erscheinen. Denn die auf § 1708 BGB. gegründete Verpflichtung des natürlichen Vaters, dem Kinde den Unterhalt zu gewähren, wird durch die Annahme an Kindes Statt nicht aufgehoben. Das Kind erlangt zwar die Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (§ 1757 BGB.) und damit den Unterhaltsanspruch gegen diesen (§ 1601 BGB.). An erster Stelle bleibt aber der natürliche Vater unterhaltspflichtig. Er gehört nicht zu den leiblichen Verwandten des Kindes i. S. des § 1766

1) JW. 1929, 2473².

VBW., deren Unterhaltspflicht nach dieser Vorschr. hinter der des Annehmenden zurücktritt (vgl. RW. 46, 65; RRKomm. 6. Aufl., Anm. 2 zu § 1766). Er kann daher von diesem als dem gesetzl. Vertreter des Kindes wegen der Unterhaltsgewährung in Anspruch genommen werden. Für ihn ist es also nach wie vor von wesentlicher Bedeutung, daß er den Kinderzuschuß zu seiner Rente weiter erhält. Auch für das Kind ist die Weitergewährung des Kinderzuschusses im Falle seiner Annahme an Kindes Statt wichtig, denn die Annahme an Kindes Statt wird bei den hier in der Regel in Betracht kommenden einfachen wirtschaftl. Verhältnissen meist davon abhängen, daß der natürliche Vater die Unterhaltsrente für das Kind auch in diesem Falle weiterzahlt.

(RVerfA., 5. RevSen., Ur. v. 29. Juni 1931, IIa 5365/30^o.) [Rg.]

*

**** 07.** § 1318 RW. Beim Zusammentreffen mehrerer Renten ist 1. für die Feststellung der höchsten Rente der Kinderzuschuß zu berücksichtigen und 2. für den Fall, daß die mit dem Kinderzuschuß versehene Rente die geringere ist, diese ohne Kinderzuschuß zur Hälfte als Zusatzrente neben der höchsten Rente zu gewähren.

Gemäß § 1318 RW. hat die Kl., wenn sie mehrere Renten aus der Invalidenversicherung bezieht, die höchste Rente und von den anderen Renten ohne Kinderzuschuß die Hälfte als Zusatzrente zu erhalten. Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes ist bei Ermittlung der höchsten Rente der Kinderzuschuß mit zu berücksichtigen. Ergibt sich, wie im vorliegenden Falle, daß die höchste Rente die Rente ist, die keinen Kinderzuschuß enthält, nämlich bei der Kl. die Witwenrente aus der Ruhrknappschaft, so erhält der Rentenberechtigte diese Rente unverkürzt und von der anderen Rente nach Abzug des Kinderzuschusses die Hälfte. Die Kl. hält das Ergebnis für unbillig und weist insbes. darauf hin, daß der Kinderzuschuß jedenfalls dann zu zahlen sei, und zwar in voller Höhe, wenn die mit ihm ausgestattete Invalidenrente auch nur um eine Kleinigkeit höher sein würde als die Witwenrente. Wenn sie daher auf einen Teil ihrer Witwenrente verzichten würde und diese dadurch geringer als die Invalidenrente nebst Kinderzuschuß würde, so müßte ihr der Kinderzuschuß, da ja dann die Invalidenrente die höchste Rente sei, ausbezahlt werden. Diese Ausführungen, die auch von Landesrat Fix in seinem Aufsatz „Rechenkünste“ in der Deutschen Invalidenversicherung 1930, 87 vertreten werden, sind indessen mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht einbar. Die im § 1318 RW. vorgeschriebene Berechnungsweise ist klar und zweifellos. Danach ist beim Zusammentreffen mehrerer Renten nur zu prüfen, welche Rente unter Einfluß aller etwaigen Rentenanteile wie z. B. des Kinderzuschusses die höchste ist. Diese ist unverkürzt zu zahlen, während von der anderen Rente mit Rücksicht darauf, daß der Berechtigte noch anderweitige Rentenzüge hat, nach Abzug eines etwaigen Kinderzuschusses die Hälfte als Zusatzrente gezahlt werden soll. Wenn auch für das Gebiet der Invalidenversicherung ein Verzicht des Rentenberechtigten auf die Leistungen des Versicherungsträgers grundsätzlich zulässig ist, so erscheint es doch fraglich, ob der Versicherungsträger dem Verzicht eines Berechtigten auf Teile einer Rente, durch den der Berechtigte bewirken würde, daß die im § 1318 festgelegte Berechnungsweise im Falle des Bezugs mehrerer Renten in einer Weise geändert würde, die den Versicherungsträger in höherem Maße belasten würde, seine Zustimmung zu geben vermag. Denn sonst könnte jederzeit willkürlich durch den Rentenberechtigten die im Gesetz für den Fall des Bezugs mehrerer Renten vorgeschriebene Kürzung der Bezüge je nach Zweckmäßigkeit im Einzelfalle beeinträchtigt werden.

Auch die wirtschaftlichen Erwägungen über die Bedeutung des Kinderzuschusses vermögen an der Berechnungsweise des Gesetzes nichts zu ändern. Wenn auch der Kinderzuschuß wirtschaftlich dazu bestimmt ist, dem Lebensunterhalt des Kindes zu dienen, so bleibt er doch Anteil des Rentenanspruchs des Berechtigten, der ihm beim Bezuge mehrerer Renten dann nicht zukommen soll, wenn die mit dem Kinderzuschuß versehene Rente gegenüber der anderen Rente die geringere ist. Wenn auch die Bedürfnisse des Kindes dieselben bleiben, so soll doch der Berechtigte, der mehrere Renten bezieht, durch Halbierung der geringeren Rente unter Abzug des Kinderzuschusses in seinen Bezügen verkürzt werden. Eine Unbilligkeit ist darin bei dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht zu erblicken.

(RVerfA., 3. RevSen., Ur. v. 27. April 1931, IIa 1072/31^o.) [R.]

2. Reichsknappschaftsgesetz.

**** 08.** Familienhilfe gemäß § 23 RKnappschtG. ist den über 15 Jahre alten gebrechlichen Kindern auch dann zu gewähren, wenn die Gebrechlichkeit erst nach Vollendung des 15. Lebensjahres eingetreten ist. Entgegenstehende Sondervorschriften sind ungültig.

Gemäß § 23 Abs. 1 RKnappschtG. wird Versicherten, die einer Bezirksknappschaft oder besonderen Krankenkasse mindestens 3 Monate angehören, freie ärztliche Behandlung und Krankenhaus-

pflege für ihre Ehefrauen und Kinder (§ 22), soweit diesen nicht selbst ein Anspruch auf Krankenpflege gegen einen Träger der reichsgesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung zusteht, in demselben Umfange gewährt, in welchem die Versicherten diese Leistungen beanspruchen. Hierzu hat das RVerfA. in der Entsch. 3139 (NachtrRVerf. 1928, IV, 118, GuM. 22, 85¹) ausgesprochen: „Der Kreis der Kinder, für die dem Versicherten gemäß § 23 RKnappschtG. freie ärztliche Behandlung und Krankenhauspflege zu gewähren ist, wird sowohl durch die Gruppen des Abs. 3 des § 22 RKnappschtG., wie durch die auf das Alter bezüglichen Vorschriften des Abs. 2 des § 22 RKnappschtG. bestimmt.“ Nach § 22 Abs. 2 Satz 3 RKnappschtG. wird der Zuschlag (zum Krankengeld) für Kinder, die infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen außerstande sind, sich selbst zu erhalten, gewährt, solange der Zustand dauert und der Versicherte das Kind überwiegend unterhält. Nach diesem klaren und eindeutigen Wortlaute ist nicht erforderlich, daß das Gebrechen bereits bei Vollendung des 15. Lebensjahres bestanden haben muß. Die §§ 22 und 23 sind als §§ 14 b und c durch das AbGes. des RKnappschtG. v. 25. Juni 1926 (RW. I, 291) in das RKnappschtG. aufgenommen worden. Durch das AbGes. der RW. und des AngVerfG. vom gleichen Tage (RW. I, 311) hat auch der § 1291 RW. im Abs. 3 Satz 3 eine gleichlautende Vorschrift über die Gewährung des Kinderzuschusses zur Invalidenversicherung für gebrechliche Kinder erhalten. Hierzu hat das RVerfA. in der Entsch. 3127 (NachtrRVerf. 1928, IV, 110, GuM. 22, 47) ausgesprochen, daß der Kinderzuschuß unter den sonstigen Voraussetzungen auch dann zu gewähren ist, wenn das Gebrechen bei Vollendung des 15. Lebensjahres noch nicht vorhanden war, sondern erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten ist. Der erk. Sen. ist dieser Entsch. auch für die gleichlautende Vorschr. des § 22 Abs. 2 S. 3 RKnappschtG. und damit auch für die Gewährung der Familienhilfe nach § 23 Abs. 1 S. 1 RKnappschtG. beigetreten (ebenso Thielmann: ArbVerf. 1929, 84). Auf die eingehende Begr. der genannten Entsch. wird verwiesen. Danach ist die Familienhilfe gem. § 23 RKnappschtG. den über 15 Jahre alten gebrechlichen Kindern auch dann zu gewähren, wenn die Gebrechlichkeit erst nach Vollendung des 15. Lebensjahres eingetreten ist. Die Best. in § 47 Abs. 2 der Sondervorschr. der Ruhrknappschaft, wonach der Kinderzuschlag zum Krankengeld und — vgl. § 52 Abs. 1 — die Familienhilfe für gebrechliche Kinder nur dann gewährt werden kann, wenn die Gebrechlichkeit bei Vollendung des 15. Lebensjahres bereits vorlag, widerspricht sonach der zwingenden Vorschr. des Ges. und ist rechtzungtillig.

(RVerfA., 3. RevSen., [KnappschtSen.], Ur. v. 25. Sept. 1931, IIIa Kn 399/31^o.) [Rg.]

*

**** 09.** Der Grundsatz, daß Waisengeld wegen Berufsausbildung nach §§ 56 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 34 Abs. 2 RKnappschtG. auch dann zu zahlen ist, wenn das Kind nach abgeschlossener Berufsausbildung für einen anderen Beruf ausgebildet wird (Entsch. 3953, NachtrRVerf. 1931, IV, 38, GuM. 29, 138 Nr. 52¹), gilt entsprechend für den Anspruch auf Waisengeld gemäß § 1259 RW.

Der Senat hat, da die gesetzlichen Vorschriften für die Invalidenversicherung die gleichen sind, keine Bedenken, den in der Entsch. 3953 ausgesprochenen Grundsatz auch auf dem Gebiete der Invalidenversicherung entsprechend anzuwenden. Hieraus folgt, daß die Kl. Anspruch auf Weiterzahlung der Waisenrente haben, wenn ihre Beschäftigungen im Seemannsberuf als Berufsausbildung anzusehen sind. Dabei ist zu beachten, ob die Voraussetzungen, die nach der ständigen Rspr. des RVerfA. zur Annahme einer Berufsausbildung i. S. des Ges. erforderlich sind, auch tatsächlich vorliegen, ob vor allem die Beschäftigung die Ausbildung für den künftigen Beruf und nicht die Verwertung der Arbeitskraft überwiegend bezweckt (Entsch. 3389 II: NachtrRVerf. 1929, IV, 159; GuM. 24, 202 Nr. 84).

(RVerfA., 7. RevSen., Ur. v. 19. Dez. 1930, IIa 6088/30^o.) [R.]

3. Invalidenversicherungsleistungsgesetz.

**** 10.** Art. 3 InvVerfLeistG. v. 12. Juli 1929 (RW. I, 135.) Die Witwe eines im Jahre 1916 gestorbenen Versicherten, der seit dem Jahre 1902 bis zu seinem Tode die Altersrente des alten Rechts bezogen und während dieser Zeit keine Beiträge zur Invalidenversicherung entrichtet hatte, hat keinen Anspruch auf Hinterbliebenenfürsorge nach dem Vierten Buch der RW.

Streitig ist die Frage, ob ein Anspruch auf Hinterbliebenenfürsorge besteht, wenn der Versicherte die Altersrente des alten Rechts bezogen hat und seit deren Bezug bis zu seinem Tode in der Invalidenversicherung keine Beiträge mehr entrichtet hat. Hierbei ist auszugehen von § 1252 RW., wonach Hinterbliebenenfürsorge nur ge-

währt wird, wenn der Verstorbene zur Zeit seines Todes die Wartezeit für die „Invalidentrente“ erfüllt hat und die Anwartschaft „darauf“ nicht erloschen ist. An diesen allgemeinen Voraussetzungen ist durch Art. 3 InvalVersfG. v. 12. Juli 1929 nichts geändert worden. Denn durch Art. 3 a. a. D. ist lediglich der Kreis der Bezugsberechtigten erweitert worden; die Hinterbliebenen der vor dem 1. Jan. 1912 gestorbenen oder erwerbsunfähig gewordenen Versicherten, die bisher von der Hinterbliebenenfürsorge kraft Gesetzes überhaupt ausgeschlossen waren, sind zum Rentenbezug zugelassen, also den Hinterbliebenen der übrigen Versicherten gleichgestellt worden. Das bedeutet, daß auch für sie die allgemeinen Voraussetzungen des § 1252 RVD. gelten. Wollte man von diesen Voraussetzungen absehen, so wären die Hinterbliebenen der vor dem 1. Jan. 1912 gestorbenen oder erwerbsunfähig gewordenen Versicherten im Verhältnis zu den Hinterbliebenen der übrigen Versicherten nicht gleichgestellt, sondern besser gestellt. Hierzu würde keine Veranlassung vorliegen. Wenn die Kl. aus der Bezeichnung „Fürsorge“ in Art. 3 des bez. Gef. ableiten will, daß die dort genannten Hinterbliebenen schlechthin einen Anspruch hätten, auch wenn die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen nicht gegeben seien, so ist dabei übersehen, daß die den Hinterbliebenen zu gewährenden Leistungen aus der Invalidentversicherung ebenfalls in der RVD. selbst (vgl. § 1252 auch Art. 71 EinG.) als „Fürsorge“ bezeichnet sind. Demnach kann die Vorschrift im Art. 3 Gef. v. 12. Juli 1929 über den Anspruch auf „Fürsorge nach dem 4. Buch der RVD.“ nur bedeuten, daß den dort genannten Hinterbliebenen der Anspruch auf Fürsorge unter den gleichen Voraussetzungen (§ 1252) und in dem gleichen Umfang (§§ 1258 ff.) wie den Hinterbliebenen der sonstigen Versicherten zu gewährt werden soll.

Da im vorliegenden Fall die weitere Beitragsleistung zur Invalidentversicherung unterblieben ist, könnte es sich zunächst fragen, ob die Anwartschaft vielleicht um deswillen aufrechterhalten war, weil der Versicherte die Altersrente nach § 15 InvalVersG. v. 13. Juli 1899 bezogen hat. Das ist jedoch nicht der Fall; weder nach dem InvalVersG. v. 13. Juli 1899 (§ 46 i. Verb. m. § 30) noch nach der RVD. (§§ 1281 Nr. 3, 1309) wirkte der Bezug der Altersrente des alten Rechts anwartschaftserhaltend. Der Versicherte konnte und mußte vielmehr, um die Anwartschaft in der Invalidentversicherung aufrechtzuerhalten, Beiträge zur Invalidentversicherung weiter entrichten (vgl. Panow-Vehmann, Komm. zur RVD., 4. Bd., 4. Aufl., S. 62 Anm. 5 zu § 1236, S. 104 Anm. 3 Abs. 4 zu § 1252, S. 212 Anm. 3d Abs. 3 zu § 1281, S. 248 Anm. 2 Abs. 4 zu § 1309).

Die Kl. beruft sich zur Begründung ihres Anspruches auch mit Unrecht auf die Entsch. 2832 II (RVerfNachr. 1925, 30; CuM. 17, 151 Nr. 73). Diese Entsch. eröffnete dem Empfänger der Altersrente des alten Rechts die Möglichkeit, seine bisherige Rente mit Wirkung v. 1. Jan. 1923 in die Altersinvalidentrente des § 1255 RVD. i. d. Fass. d. Gef. v. 10. Nov. 1922 (RGBl. I, 849) umzuwandeln zu lassen, und zwar auch dann, wenn die Anwartschaft auf Invalidentrente bereits erloschen war. Da die jetzige Altersinvalidentrente mit der Invalidentrente gleichbedeutend ist, mußte der frühere Altersinvalidentrentenempfänger von der Umwandlung seiner Rente ab wie jeder andere Invalidentrentenempfänger behandelt werden. An seinen Tod konnte sich also ohne weiteres die Hinterbliebenenfürsorge nach dem 4. Buch der RVD. anschließen (vgl. CuM. 22, 153 Nr. 78). Voraussetzung ist dabei aber immer, daß der Versicherte den für das Inkrafttreten des Gef. v. 10. Nov. 1922 maßgebenden Zeitpunkt (1. Jan. 1923) erlebt und so den Anschluß an die neue Altersinvalidentrente gewonnen hat. Anders liegen die Verhältnisse im vorliegenden Fall, wo der Ehemann der Kl. bereits i. J. 1916 gestorben ist. Eine Entsch. des 4. Sen. v. 16. Mai 1929 will zugunsten der Hinterbliebenen der vor dem 1. Jan. 1923 gestorbenen Altersrentenempfänger die Entsch. 2832 noch weiter ausgestalten und annehmen, daß auch im vorliegenden Fall das Band zwischen altem und neuem Recht nicht abgerissen sei; da der verstorbene Ehemann der Kl. einen Anspruch auf die Gewährung der Altersrente des alten Rechts gehabt habe und insfolgedessen, sofern er am 1. Jan. 1923 gelebt hätte, ohne weiteres einen Antrag auf Gewährung der Altersinvalidentrente des § 1255 RVD. hätte stellen können, so sei davon auszugehen, daß der Ehemann der Kl. am 1. Jan. 1923 einen Anspruch auf Fürsorge nach dem 4. Buch der RVD. habe. Der Große Senat konnte diese Auffassung nicht billigen. Der 4. Sen. hat verkannt, daß für die Hinterbliebenen eines Versicherten, der vor dem 1. Jan. 1923 gestorben ist, der Versicherungsfall nicht erst unter der Herrschaft des Gef. v. 10. Nov. 1922 eingetreten ist. Man kann also nicht sagen, das Band zwischen altem und neuem Recht sei erhalten geblieben; vielmehr hat der Versicherte infolge seines früheren Todes den Anschluß an das neue Recht nicht erreicht. Es geht nicht an, für die rechtliche Beurteilung zu unterstellen, daß der Versicherte den maßgebenden Zeitpunkt, den 1. Jan. 1923, erlebt hätte. Jedenfalls bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt für die Zulässigkeit einer derartigen Unterstellung.

(RVerfN., GrSen., Urt. v. 21. April 1931, IIa 1861/30 G.) [R.]

Reichsverfürsorgungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsverfürsorgungsgerichts abgedruckt.]

** 1. Wenn das VerfürsGer. in einem Verfahren, in dem es sich um die Entziehung der Elternrente handelt, feststellt, daß in den Verhältnissen, die für die Gewährung der Rente maßgebend gewesen sind, eine wesentliche Veränderung eingetreten ist und trotzdem die Rente weitergewährt, so ist der Rekurs nicht ausgeschlossen (zu vgl. RVerfürsGer. 9, S. 101 Nr. 25). Jede Überschreitung der im § 45 RVerfürsG. bestimmten Einkommensgrenzen schließt den Anspruch auf Elternrente aus und ist eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse i. S. des § 57 RVerfürsG.

(RVerfürsGer., Urt. v. 19. Juni 1931, M Nr. 43998/30, 1, Grdf. E.)

*

** 2. Wird für ein Kind innerhalb von 6 Monaten nach Vollendung seines 14. Lebensjahres ein Antrag auf Rente nach dem RVerfürsG. gestellt, so ist der Antrag auch dann rechtzeitig, wenn ein Anspruch auf Rente i. S. § 4 Halbs. 2 daselbst hätte erhoben werden können.

(RVerfürsGer., Urt. v. 9. Dez. 1931, PS Nr. 253/30, 12; Grdf. E.)

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

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

I. Gewerbeertrag; Werbungskosten. Es besteht für die Ehefrau des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditges. grundsätzlich keine Verpflichtung aus § 1356 BGB., in dem Geschäfte der Gesellschaft tätig zu sein.†)

Die StPfl., eine KommGes. hatte beantragt, von dem Ertrage ein jährl. Gehalt von 3000 RM für die Tätigkeit der Ehefrau des

Zu 1. 1. Nach Art. 16 Nr. II 6 AusfAnw. zum alten PrGewStG. waren Aufwendungen für die im Gewerbebetrieb beschäftigten Verwandten nicht abzugsfähig, wenn diese, wie die Ehefrau und Kinder, zum Haushalt des StPfl. gehörten (vgl. PrDVBG.: StStS. 4, 284). Demgegenüber führte für das geltende Recht PrDVBG. 83, 63 = DStBl. 1928, 510 aus: „Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Ehefrau des Geschäftsinhabers nicht als gehaltsberechtigter Angestellter in dem Geschäfte tätig sein sollte. Ein Vertrag zwischen den beiden beteiligten Eheleuten darüber ist durchaus zulässig und ist vorliegend auch abgeschlossen. Es ist nur Voraussetzung, daß die der Ehefrau geleistete Zahlung verträglich mit der Vergütung für die von ihr dem Geschäfte geleistete Tätigkeit ist und nicht auf Grund der Unterhaltsverpflichtung des Ehemanns erfolgt ist (vgl. DVBG. 81, 57 ff.) und daß es kein Scheinvertrag ist, sondern daß die Ehefrau auch tatsächlich in dem Geschäfte gewerbliche Hilfe leistet, für welche die Entschädigung den üblichen Lohn- und Gehaltsfögen entspricht. Auch dürfen die Voraussetzungen des § 1356 BGB. nicht vorliegen, wie z. B. bei gelegentlicher nicht regelmäßiger Hilfeleistung in offenen Ladengeschäften, Schankwirtschaften usw.“

Der RFV. hat abweichend hiervon einem nach dem bürgerl. Recht gültigen Dienstverhältnis zwischen Ehegatten die steuerrechtl. Anerkennung verweigert (RFV. 27, 22), das PrDVBG.: JW. 1931, 1052 ist demgegenüber bei seiner gegenteiligen Auffassung verblieben. Die obige Entsch. bringt nichts Neues, sie enthält nur eine folgerichtige Fortbildung der bisherigen Rspr. Das in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft betriebene Gewerbe ist nicht ohne weiteres ein Geschäft des Komplementärs; wie in der Entsch. richtig angedeutet wird, kann das aber bei Geringfügigkeit der Kommanditisteneinlagen zutreffen; für die DVBG. muß das gleiche gelten.

2. Der RFV. hat auch in neuerl. Entsch. seinen Standpunkt aufrechterhalten (vgl. RFV.: StW. 1931 Nr. 92 u. 852). Er stützt ihn auf seine „Typentheorie“; nach dieser soll nicht die Gestaltung des individuellen Falles der Entsch. zugrunde gelegt werden, sondern die typischen Verhältnisse. „In den Vordergrund tritt die Frage: Was ist nach der Auffassung der Allgemeinheit als typische Gestaltung anzusehen, die nach dem Sinn und Zweck der in Betracht kommenden gesetzl. Vorschr. auch bei abweichender Regelung der Beteiligten für die steuerl. Beurteilung maßgebend sein kann

allein persönl. haftenden Gesellschafters in dem Geschäft in Abzug zu bringen. Der VerlusSch. hat die Abzugsfähigkeit nicht anerkannt. Er nimmt an, daß ein rechtsgültiger Dienstvertrag mit der Ehefrau nicht zustande gekommen sei, und daß deren Tätigkeit innerhalb des Rahmens des § 1356 BGB. liege. Der Beschw. der StPfl. gab das OBG. statt.

Nach der angef. Gesetzesvorschr. ist die Ehefrau zu Arbeiten im Geschäft des Mannes verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist. Bei einer KommGes. (§ 161 BGB.) sind auch die Kommandit. Mitinhaber des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts. Es besteht daher für die Ehefrau des persönl. haftenden Gesellschafters grundsätzlich keine Verpflichtung aus § 1356 BGB., in dem Geschäft der Gesellschaft tätig zu sein, da der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben kann, daß die Ehefrau dazu beitragen soll, durch eine unentgeltl. Tätigkeit den Gewinn der übrigen Gesellschafter zu steigern. Ob eine solche Verpflichtung bei wirtschaftl. Betrachtungsweise (§ 19 GewStWd., § 4 — jetzt § 9 — RAbgD.) anzunehmen wäre, wenn die Einlagen der sonstigen Mitinhaber so geringfügig sind, daß sie auf die Gewinnerzielung keinen entscheidenden Einfluß haben, kann im vorl. Falle dahingestellt bleiben, da die Einlage des persönl. haftenden Gesellschafters 30 000 RM und die Einlagen der vier Kommandit. 20 000 RM betragen. Danach hat der VerlusSch. zu Unrecht den § 1356 BGB. angewandt.

(PrOVB., 8. Sen., Urt. v. 10. Juli 1931. VIII GST 192/30.)

*

und soll?" (Rf. 27, 24). Eine Auseinandersetzung mit dieser im Schrifttum fast einhellig bekämpften Auffassung (vgl. z. B. Lion, S a n n m a n n : StW. 1931, 360 ff., 762 ff.; Brö n n e r : ZndWitt. 1931, 188 ff.; R o s e n d o r f f : StZ. 1931: 264 ff.; für sie tritt insbes. B e c k e r : StW. 1931, 442 ff., 810 ff. ein) ist an dieser Stelle nicht möglich. Nur darauf sein hingewiesen, daß sich ihre Unhaltbarkeit gerade bei den Anstellungsverträgen zwischen Eheleuten ganz handgreiflich zeigt. Ein zwischen Eheleuten bestehendes Arbeitsverhältnis soll als „untypisch“ nicht berücksichtigt werden dürfen. Warum soll es aber steuerrechtl. nicht zu beachten sein, wenn die Ehefrau eines Kaufmanns einen Gehalt dafür bezieht, daß sie den ganzen Tag über in seinem Geschäft tätig ist, während andere Frauen ihre Zeit mit Vergnügungen oder Nichtstun verbringen? Es ist begreiflich, daß die Beteiligten für eine solche Auffassung kein Verständnis aufbringen können. Man tritt den Urhebern der Anwendung der Typentheorie auf diesen Sachverhalt nicht zu nahe, wenn man sagt, daß sie ein Ausfluß beamtenmäßiger Denkweise ist; für diese liegt die ernsthafte und vertragsmäßige Beschäftigung der Ehefrau im Tätigkeitsbereich des Mannes zu fern, als daß sie die abweichenden Anschauungen kaufmännischer Kreise (übrigens auch solcher freier Berufe) richtig würdigen könnte. Schwierigkeiten mag es bei der Abgrenzung selbstverständlich geben, aber die tauchen auch sonst oft genug auf und werden von der Praxis überwunden. B e c k e r : StW. 1931, 812 verweist zum Beleg für die Folgen, die sich aus einer Berücksichtigung des Arbeitsverhältnisses unter Eheleuten ergäben, auf einen ihm zugegangenen Brief eines Gewerbetreibenden, der die Ansicht vertritt, es sei in Preußen anerkanntes Rechts, daß ein Gewerbetreibender für seine Ehefrau eine bestimmte Summe abziehen darf, ohne dabei etwas von einer wirklichen Tätigkeit der Ehefrau im Betrieb des Mannes zu erwähnen. Er übersieht aber die doch sehr naheliegende Möglichkeit, daß der Briefschreiber das als ganz selbstverständlich unterstellt hat.

3. Da der RfS. ein Dienstverhältnis nicht anerkennt, unterliegt der Ehegatte auch nicht dem Steuerabzug vom Arbeitslohn nach den §§ 69 ff. EinkStG.; ein Vorteil würde bei der EinkSt. wohl nur in Frage kommen, wenn lediglich eine Veranlagung des sonstigen Einkommens nach § 90 Abs. 1 Satz 2 EinkStG. erfolgt; dadurch wird dann auch die Zusammenrechnung des beiderseitigen Einkommens nach § 22 EinkStG. mittelbar beeinflusst. Dagegen kann die Ausserachtlassung des Arbeitsverhältnisses von sehr einschneidender Bedeutung sein, wenn nach Landesrecht die Feststellung des Einkommens für die EinkSt. auch für die GewSt. bindend ist. § 10 GewStWd. (MotWd. v. 1. Dez. 1931) schreibt das für die künftige GewSt. vor.

Nachschrift. Übrigens läßt der RfS. (StW. 1931 Nr. 869) neuerdings den Abzug des Gehalts der Ehefrau als Werbungskosten zu, wenn sie für eine GmbH. tätig wird, deren sämtliche Geschäftsanteile ihrem Ehemann gehören. „Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise derart, daß die Gesellschaft mit ihrem einzigen Gesellschafter identifiziert wird, ist unmöglich. Die ganze Körperschaftsteuer beruht auf der Anerkennung der besonderen Rechtsnatur der Gesellschaft, die völlig unabhängig neben dem Gesellschafter steht.“

Bei Ehefrauen von Gesellschaftern einer OHG. oder Kommanditisten einer KommGes. (und umgekehrt bei Ehemännern von weiblichen Gesellschaftern einer OHG. oder Kommanditistinnen einer KommGes.) lehnt der RfS. jedoch die Annahme ab, daß sie Anwesende der Gesellschaft sein können (RStBl. 1930, 676; 1931, 920).
M. Dr. W a s s e r t r ü d i n g e r, Nürnberg.

2. Fürsorge-Kostenerfaz. Die Herausziehung eines Unterhaltspflichtigen zum Ersatz von Fürsorgekosten gem. § 30 PrAusfWd. v. 17. April 1924 (GS. 210) zur Fürsorgepflicht hat zur notwendigen Voraussetzung, daß der Fürsorgefall bei Beginn des Verfahrens noch nicht abgeschlossen ist. †)

Der BezFürsorgeverb. des Kreises N. hatte in der Zeit vom 10. Juni 1927 bis Ende Sept. 1927 für das verst. Kind B. 148,45 RM Fürsorgekosten — Pflege- u. Befaltungsgeld — aufgewendet und beantragte im Mai 1929 bei dem KrAusfSch. zu B., die Kindesmutter zum Kostenerfaz heranzuziehen. Der BezAusfSch. wies in der BeschwInst. diesen Antrag mit der Begründung ab, daß der Fürsorgefall bereits 1927 beendet gewesen und die Kostenerstattung nur im gerichtl. Wege geltend zu machen sei. Die hiergegen gemäß § 126 PrWVG. von dem RegPräs. erhobene Klage hat der Gerichtshof durch Vorbesch. v. 7. Okt. 1930 abgewiesen, weil der Beschl. des Bekl. keine Gesetzesverletzung enthalte. Hierbei war auf die Entsch. vom 7. Mai 1929, II A 19/28 (R. u. PrBerWBl. 50, 592), verwiesen, nach welcher die notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des BeschlVerf. gem. § 30 PrAusfWd. v. 17. April 1924 (GS. 210) zur Fürsorgepflicht v. 13. Febr. 1924 (RStBl. I, 100) ein unabhängiges Fürsorgeverf. bildet. Der Gerichtshof verblieb bei seiner Rechtsauffassung in der Entsch. v. 7. Mai 1929:

„Begrifflich muß die Anwendbarkeit des Verfahrens aus § 30 Abs. 3 PrAusfWd. auf die Zeitdauer der zu behebenden Hilfsbedürftigkeit begrenzt werden, welche die Voraussetz. der kraft öffentl. Rechtes zu gewährenden Fürsorge bildet. Dem Unterhaltspflichtigen kann also nur bis zur Erledigung des Fürsorgefalls im Wege des § 30 Abs. 1—3 a. a. D. auferlegt werden, Unterhalt zu gewähren oder dem Fürsorgeverb. für die Kosten der Fürsorge Ersatz zu leisten.“

Die Erstattung von Ausgaben, die aus Anlaß früher erledigter Fürsorgefälle erwachsen sind, gehört grundsätzlich dem Rechte der Schuldverhältn. d. bürgerl. Rechts sowie des Familienrechts (§§ 241 ff. sowie 1360, 1601 u. a. BGB.) an und liegt außerhalb der Aufgaben der öffentl.-rechtl. Fürsorgepflicht. Die Frage ist freilich im Schrifttum lebhaft umstritten. Für die — von Wittelsbacher: Fürsorge 1924, 17 — vertr. Auffassung, daß jeder durch frühere Fürsorgefälle ohne zeitl. Begrenzung verursachte Erstattungsanspruch gem. § 23 ReichsWd. im Verwaltungswege geregelt werden könne, vermochte der Gerichtshof in der Fürsorgepflicht. eine ausreichende Grundlage nicht zu finden. Gegenüber dem Grundsatz des bürgerlichen Rechtes bildet diese Vorschrift eine Ausnahme, die nur eng ausgelegt werden kann. Auch Abs. 4 des die vorläufig. vollstreckb. Herausziehung des Unterhaltspflicht. regelnden § 30 PrAusfWd.: „Im übrigen kann ein Fürsorgeverb. in allen Fällen, soweit nicht die Vorschriften, betr. das Verfahren in Streitf. zwischen Fürsorgeverb., zur Anwendung kommen, die Erstattung bereits verausgabter Fürsorgekosten auch nach Abschluß des Fürsorgefalles noch möglich sein kann. Für Preußen soll diese Möglichkeit jedoch durch § 30 Abs. 3 PrAusfWd. z. Fürsorgepflicht. ausgeschlossen sein, weil § 23 Abs. 3 Fürsorgepflicht. es der Landesgesetzgebung überlasse, Zuständigkeit und Verfahren zu bestimmen. Einigenfalls kann § 23 Fürsorgepflicht. jedoch nur bedeuten, daß die näheren Bestimmungen über Zuständigkeit und Verfahren nur im Rahmen des durch die Fürsorgepflicht. begründeten Fürsorgerechtes gelten sollen. Die PrAusfWd. will das Reichsrecht nicht abändern, sondern nur seine Durchführung regeln. Auch das am Schluß der Entscheidungsgründe angeführte Bedenken, daß „lange Jahre nach der Erledigung des Fürsorgefalles, wo vielleicht Altvorgänge und Bearbeiter nicht mehr vorhanden sind“, kein Bedürfnis mehr für eine besonders schnelle Beitreibung im Verwaltungswege bestche, greift nicht durch. Von „langen Jahren“ kann keine Rede sein, da die Ansprüche ohnehin in vier Jahren verjähren (vgl. Baath, Fürsorgepflicht. 8. Aufl., § 26 Num. 2 und für das neue Fürsorgerecht § 25 b Fürsorgepflicht.).

Zu 2. Die Entsch. wird dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes nicht gerecht und entspricht auch nicht dem Bedürfnis der Praxis. Sie erkennt zwar an, daß nach § 23 Fürsorgepflicht. reichsrechtlich die Beitreibung verausgabter Fürsorgekosten im Verwaltungswege auch nach Abschluß des Fürsorgefalles noch möglich sein kann. Für Preußen soll diese Möglichkeit jedoch durch § 30 Abs. 3 PrAusfWd. z. Fürsorgepflicht. ausgeschlossen sein, weil § 23 Abs. 3 Fürsorgepflicht. es der Landesgesetzgebung überlasse, Zuständigkeit und Verfahren zu bestimmen. Einigenfalls kann § 23 Fürsorgepflicht. jedoch nur bedeuten, daß die näheren Bestimmungen über Zuständigkeit und Verfahren nur im Rahmen des durch die Fürsorgepflicht. begründeten Fürsorgerechtes gelten sollen. Die PrAusfWd. will das Reichsrecht nicht abändern, sondern nur seine Durchführung regeln. Auch das am Schluß der Entscheidungsgründe angeführte Bedenken, daß „lange Jahre nach der Erledigung des Fürsorgefalles, wo vielleicht Altvorgänge und Bearbeiter nicht mehr vorhanden sind“, kein Bedürfnis mehr für eine besonders schnelle Beitreibung im Verwaltungswege bestche, greift nicht durch. Von „langen Jahren“ kann keine Rede sein, da die Ansprüche ohnehin in vier Jahren verjähren (vgl. Baath, Fürsorgepflicht. 8. Aufl., § 26 Num. 2 und für das neue Fürsorgerecht § 25 b Fürsorgepflicht.).

Die Entsch. behält auch für das durch die MotWd. v. 5. Juni 1931 (RStBl. I, 279) und die PrAusfWd. v. 31. Juli 1931 (GS. 137) abgeänderte Fürsorgepflicht. Geltung. In § 30 Abs. 1 PrAusfWd. z. Fürsorgepflicht. heißt es jetzt zwar nicht mehr, daß der Kreis- oder Stadtausschuß den Unterhalt- oder Ersatzpflichtigen auferlegen kann, „den Hilfsbedürftigen nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Verpflichtung den erforderlichen Lebensunterhalt zu gewähren oder dem Fürsorgeverband für die Kosten der Fürsorge Ersatz zu leisten“, sondern entsprechend der Veränderung des § 23 Fürsorgepflicht. „1. den Hilfsbedürftigen den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, 2. dem Fürsorgeverbande für die Kosten der Fürsorge Ersatz zu leisten“. Hierdurch wird jedoch der in der besprochenen Entsch. erörterte Rechtszustand nicht geändert. Allerdings wird durch die neue Fassung der §§ 21 a ff. Fürsorgepflicht. die Anwendbarkeit in erheblichem Umfange beschränkt.

Ger.-Rat Dr. S a c k e l, Berlin.

