



Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwarter Rechtsanwalt Dr. Droege,
unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsgruppenrates: Rechtsanwälte Dr. Hanns Frißsche,
Leipzig; Dr. Hawlitzky, Forst i. L.; Dr. Ernst Ladwig, Berlin; Dr. Ferdinand Mößner, München;
Prof. Dr. Erwin Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilhelm Scholz, Berlin;
Dr. Artur Schützler, Weinheim; Dr. Emil Schwarz, Prenzlau, und Patentanwalt Dr. Ulrich, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Firmenwert einst und jetzt

Mit einem Beitrag zum Firmenzusatz „deutsch“

Von Amtsgerichtsrat Groschuff, Berlin

I. Man pflegt im Rechtsleben zu unterscheiden: „Firma“ und „Geschäftsbezeichnung“ (Etablissementsname).

Die Geschäftsbezeichnung will das Geschäft individualisieren und hierdurch schlagwortartig von Konkurrenzunternehmen unterscheiden: z. B. Hotel zum Goldenen Löwen; Café Bauer; Wittenberg-Apothek; Preußenpark-Drogerie; Zigarren-Liebe; Stempel-Kaiser; Bücherwurm (für eine Buchhandlung); Zum Zauberkönig (für Zauber- und Scherzartikel); Zum Hans Sachs (für eine Schusterwerkstatt); Waschanstalt Schneewittchen u. dgl. Sie enthält i. d. R. einen Hinweis auf den Geschäftszweig, vielfach in eindrucksvoller Form und darum gern in spielerischer Verknüpfung mit dem zufälligen Eigennamen (Kaiser; König; Liebe) oder in Anlehnung an die örtliche Lage (Wittenbergplatz; Preußenpark). Der Inhaber des Geschäfts ist daraus entweder überhaupt nicht oder — weil der Vorname fehlt und der Eigennamen häufig vorkommt — nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Nicht selten wird auch lediglich der Eigennamen als Geschäftsbezeichnung verwendet und in großen Lettern oder leuchtenden Buchstaben an der Außenseite des Geschäfts angebracht. Einer Geschäftsbezeichnung pflegen sich vielfach nicht nur Wollkaufleute zu bedienen, obwohl sie eine im Handelsregister eingetragene „Firma“ besitzen, sondern auch Minverkaufleute und Handwerker. Die Praxis hat den Gebrauch dieser Geschäftsbezeichnung im allgemeinen zugelassen, obwohl sie im Gesetz nicht ausdrücklich gestattet und die Grenze zwischen „Geschäftsbezeichnung“ und „Firma“ flüchtig ist.

Im Gegensatz zur „Geschäftsbezeichnung“ individualisiert die „Firma“ die „Person“ des Gewerbetreibenden und unterscheidet ihn so von seinen Mitbewerbern. Die „Firma“ ist nach § 17 Abs. 1 HGB. „der Name, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt“. Die Firmenbildung ist im Gesetz ausdrücklich geregelt (§§ 18—20 HGB., § 4 GmbHG.). Sie kann danach eine Personenfirma, bei Kapitalgesellschaften auch eine Sachfirma sein. Sie kann trotz Namens- oder Personennwechsels unverändert fortgeführt werden nach Maßgabe der §§ 21—24 HGB., da das Handelsregister nebst Unterlagen Auskunft über die persönlichen Verhältnisse gibt. Mit der „Firma“ sind Rechte und Pflichten verbunden, Klein-

gewerbetreibende und Handwerker haben aber ein Firmenrecht nicht (§ 4 HGB.).

Der praktische Wert der „Firma“ besteht in der Fortführung des Namens bei dauerhaften Unternehmen, die sich Menschenalter hindurch in ihrem Wesenskern erhalten und so für das Publikum zu einem Begriff werden, mit dem es bestimmte Vorstellungen von der Leistungsfähigkeit des Kaufmanns verbindet. Es ist also die Leistungsfähigkeit der „Person“, die den Wert der Firma ausmacht. Diesen Wert kann eine bloße „Geschäftsbezeichnung“ i. d. R. nicht haben, weil sie nicht aussagt, wer leistet, sondern lediglich, was geleistet wird. Ob aber die Leistung gut oder schlecht ist, ob der Kunde also mit Qualitätsleistung rechnen kann, ist aus einer „Geschäftsbezeichnung“ — abgesehen von dem allerdings sehr wichtigen Ausnahmefall, wo sie in einem Eigennamen besteht — nicht zu entnehmen.

Man denke an Namen von Weltruf, wie Jucker, Siemens, Krupp, Stinnes, Thyssen u. ä., denen Namen sich anreihen, die wenigstens innerhalb des Deutschen Reiches, eines Landes oder einer Stadt Reputation erlangt haben. In dieser Hinsicht hat die „Firma“ des Handelsrechts heute ein „Seitenstück im Erbhof“ des Bauernrechts gefunden. Am sinnfälligsten ist diese Erscheinung im deutschen Verlagsbuchhandel geworden, so daß schon die bloße Tatsache der Publikation eines neuen Werkes in einem angesehenen Verlage genügt, diesem Werke den Absatz auf dem internationalen Weltmarkt zu sichern. Ähnlich liegen die Verhältnisse u. a. auf dem Gebiete der elektrotechnischen Industrie. Es ist daher verkehrt, hier — wie es manchmal in Wirtschaftskreisen geschieht — von „historisch-kapitalistischem Nimbus“ zu sprechen, der überholt sei. Sämtliche Firmen der Einzelkaufleute und der Personengesellschaften sind nach §§ 18, 19 HGB. aus den Namen ihrer Gründer bzw. ihres Hauptgründers gebildet, so daß schon in der Firma zum Ausdruck gebracht wird, daß es die persönliche Leistungsfähigkeit ist, die einem Unternehmen zur Bedeutung verhilft. Das gleiche gilt für einen großen Teil der GmbH., sofern sie eine Personenfirma angenommen haben (§ 4 GmbHG.),

während für AktG. dieser Gesichtspunkt nach dem bisher geltenden Recht (§ 20 HGB.) als Ausnahmeerscheinung in den Hintergrund getreten ist. Man könnte also höchstens bei Sachfirmen der Kapitalgesellschaften von einem „historisch-kapitalistischen Nimbus“ sprechen, sofern die sachliche Bedeutung des Unternehmens nicht den durch den Firmenwortlaut erweckten Erwartungen entspricht.

II. Tatsächlich bestand seit dem Weltkriege die Neigung, sich durch die Wahl einer hochtönenden Sachfirma einen möglichst „kapitalistischen Nimbus“ zu verschaffen. Es genügte den Beteiligten vielfach nicht, eine Fabrikation (z. B. Fleischwarenfabrikation, Apparatebau) anzumelden und diese von gleichartigen Unternehmungen durch einen Personennamen zu unterscheiden, sondern es mußte durchaus eine „Fabrik“ sein, die dann noch durch einen Phantasiiezusatz von den Konkurrenzunternehmungen unterschieden wurde. Die Konkurrenz blieb aber hierbei nicht stehen, sondern suchte ihre Wettbewerber wieder zu übertrumpfen durch Bezeichnungen wie „Werk“, „Werke“ und Zusätze wie „Allgemeine“, „Union“, „Zentrale“, „Industrie“, „Mitteleuropäisch“, „deutsch“ u. dgl., um durch die Werbekraft schon der Firma den Schein einer dem Unternehmen oft nicht zukommenden Bedeutung zu geben. Die liberalistische Rspr. gab diesem Zuge der Zeit nach. Diese Entwicklung hat auf die Personalgesellschaften und Einzelfirmen übergegriffen, indem hier durch Beifügung einer Sachbezeichnung und eines Phantasieworts zur Personenfirma eine gemischte Firma gebildet wurde. Die Personenfirma einfach ganz aufzugeben, sahen die Beteiligten sich durch die Vorschriften der §§ 18, 19 HGB. gehindert. Daß es ihnen aber ausschließlich oder jedenfalls überwiegend nur auf den durch § 18 Abs. 2 HGB. zugelassenen Zusatz ankam, bewies nicht nur der Mißbrauch, den personellen Firmenkern in Werbeschriften und Außenanschriften einfach fortzulassen (§ 37 HGB.), sondern auch die bei Einzelfirmen mehr und mehr hervortretende Neigung, den Personennamen als nach ihrer Auffassung unwesentlich durch Einfügung des Zwischenwortes „Inh.“ von der vorangestellten Sachbezeichnung zu trennen¹⁾. Der „kapitalistische Nimbus“ wurde schließlich vielfach dadurch vollendet, daß Einzelkaufleute und Personalgesellschaften Phantasieworte zu bilden verstanden, die auf die Endung „AG.“ ausliefen (z. B. Neumag, d. h. Neumann-Gesellschaft; Tabag, d. h. Tabak-Handels-Gesellschaft) und so den Anschein einer mit gesichertem Grundkapital arbeitenden AktG. erweckten. Auch dieser Entwicklung versuchten die Registergerichte sich ohne Erfolg entgegenzustellen.

Es liegt für jeden denkenden Menschen auf der Hand, daß diese Verlagerung des Firmenwertes von einer Personenfirma auf eine Sachfirma oder — wegen der Vorschriften der §§ 18 Abs. 1, 19 HGB. notgedrungen — auf eine „gemischte“ Firma kein gesunder Zustand ist, weil er erkennen läßt, daß die Persönlichkeiten der Nachkriegszeit zu selten geworden sind, um gegenüber ihren Mitbewerbern durch ihren Namen für ihr Unternehmen zugkräftig zu werben. Ein beliebtes Mittel der Werbung war der Firmenzusatz „deutsch“. In der Vorkriegszeit begegnete man ihm verhältnismäßig selten: erst der Krieg brachte „die unzähligen Kriegsgesellschaften, von denen viele den Zusatz „deutsch“ führten“²⁾. Nach Kriegsende haben viele Geschäftsleute die leeren Gesellschaftsmäntel der aufgelösten Kriegsgesellschaften mit der „zugkräftigen“ Firma erworben und mit neuem Inhalt zu füllen verstanden. Weiterhin sind „im Taumel der Inflationszeit“

Tausende von Firmen mit dem Zusatz „deutsch“ ins Handelsregister zur Eintragung gelangt. „Je undeutscher die Inhaber oder Gesellschafter, je verderblicher für das Vaterland die Tätigkeit jener neu entstandenen Gebilde waren, desto dringlicher erschien ihren Gründern der Firmenzusatz „deutsch.“ Es ist daher kein Wunder, daß dieser Zusatz schließlich verbläste und auch von der Rechtsprechung als lediglich schmückendes Beiwort betrachtet wurde³⁾: eine Erscheinung, die jeden über die geringwertigkeit einer Sachfirma aufklären sollte. Damit ist aber noch nicht erwiesen, daß die Beteiligten, die auf den Zusatz „deutsch“ so großen Wert legten, daß sie die Berechtigung des Gebrauchs dieses Zusatzes durch drei Instanzen verteidigten, ihn als lediglich schmückendes Beiwort angesehen haben. Abgesehen davon, daß eine gewisse Mode, hinter der viele nicht zurückstehen wollten, mitgesprochen haben mag, waren es gerade jüdische Kreise, die in der Bezeichnung ihres Unternehmens als „deutsch“ eine willkommene Gelegenheit erblickten, sich gegenüber dem anwachsenden Antisemitismus zu tarnen und damit die Prosperität ihres Geschäftes zu sichern. Daneben aber schien die Tatsache, daß die ehemaligen Kriegsgesellschaften ihren Wirkungskreis über das gesamte Deutsche Reich erstreckten und mit amtlichen Stellen in Verbindung standen, die Vorstellung auszulösen, daß auch die nachgeborenen „deutschen“ Unternehmungen Gebilde von beachtlicher Bedeutung seien. So ist die ältere Auffassung der Industrie- und Handelskammern⁴⁾ entstanden, daß der Firmenzusatz „deutsch“ über das gesamte Reichsgebiet reichende Beziehungen anfrage und somit auf ein Großunternehmen mit einem ausgedehnten Geschäftsbetrieb im ganzen Reich und entsprechender kapitalistischer Basis hinweise: eine Ansicht, die nach der historischen Entwicklung damals m. E. zutrifft⁵⁾, also nicht „willkürlich“ war, vom RG. aber abgelehnt wurde⁶⁾. Damit blieb zum Schaden der Firmenwahrheit in den meisten Fällen nur ein „kapitalistischer Nimbus“ bestehen^{5a)}.

III. Der Umbruch im Jahre 1933 hat dieser Entwicklung Einhalt geboten. Die Wirkung desselben als einer nationalen Erhebung mußte sich naturgemäß u. a. äußern in der rechtlichen Behandlung des Firmenzusatzes „deutsch“. Auf Grund seiner Erfahrungen als Registerrichter hat Crisolli zunächst in JW. 1933, 2102 auf die Bedenken hingewiesen, die nach der gewandelten Verkehrsanschauung nunmehr bestehen⁶⁾. Er stützte sich hierbei auf ein neues Gutachten der Industrie- und Handelskammer Berlin, daß jetzt der Firmenbestandteil „deutsch“ nur dann als zulässig angesehen werde, „wenn die Hervorhebung der deutschen Weisensart des Unternehmens dem Ausland gegenüber notwendig sei oder wenn das Unternehmen gegenüber gleichartigen ausländischen Unternehmen als deutsches Unternehmen gekennzeichnet werden solle“. Das RG. hielt indes zunächst an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach der Beisatz „deutsch“ verbläst und eine Änderung der Verkehrsanschauung „kaum festzustellen“ sei⁷⁾. Demgegenüber hat Verfasser in seinem Aufsatz „Firmenzusatz „deutsch“ und Verkehrsanschauung“ (JurWbSch. 1933, 32) unter Bezug auf den historischen Vorkott jüdischer Geschäfte v. 1. April 1933 darauf hingewiesen, daß die bisherige Rechtsprechung

³⁾ RG.: JW. 1927, 130 (OLG. Dresden: 1924; LG. Berlin: 1919).

⁴⁾ 563 (92) ER 172/33 AG. Berlin: JW. 1933, 2102; DNotZ. 1926, 32 (Karlsruhe).

⁵⁾ Vgl. Anm. 3.

^{5a)} Charakteristisch ist die Firma „Deutsche Hustin Company, Fabrik medizinischer Bonbons“, hinter der — ein Fall aus der Praxis — sich ein kleiner Bonbontöchter verbirgt. Da ist alles vorhanden, was Eindruck machen könnte: Fabrikzusatz, medizinisch-wissenschaftlich klingendes Phantasiewort „Hustin“, englischer Gesellschaftszusatz und das unvermeidliche Wort „deutsch“!

⁶⁾ Mitteilungen der IndusK. 1934, 177; 563 (92) ER 430/33 und 808/33 des AG. Berlin.

⁷⁾ RG. v. 21. Dez. 1933: JW. 1934, 401 (= JW. 10, 91 = DJ. 1933, 165).

¹⁾ Vgl. RZA. 9, 91; OLG. 38, 170; JW. 1929, 2155; Roenige, HGB., 4. Aufl., § 18 Note 2. Das RG. hat leider in der Anerkennung dieser Entwicklung den Inhaberszusatz bei ursprünglichen Firmen zugelassen in JW. 7, 147 = JW. 1930, 1410 und neuerdings in DJ. 1936, 864, die auch in der JW. mit einer Anmerkung des Verf. veröffentlicht wird (vgl. dieses Heft).

²⁾ Vgl. hier und im folgenden: Mitteilungen der IndusK. Berlin 1934, 177.

auf jeden Fall durch die von der nationalen Erhebung eingeleitete Änderung der Verkehrsanschauung endgültig überholt sei; er hat ferner untersucht, welchen Sinn die Verkehrsanschauung nunmehr haben könne. Die Erwägung, daß die Revolution nicht gewaltsam stattgefunden, sondern auf legalem Wege im allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlrecht sich durchgesetzt hat und auf der innerpolitischen Aufklärungsarbeit ihres Trägers, der NSDAP., beruht und die seitherige Regierungspolitik in einer Volksabstimmung v. 12. Nov. 1933 die Billigung des Volkes gefunden hat, hat ihn zur Erkenntnis geführt, daß die Antwort im Parteiprogramm⁸⁾ und im Werke des Führers „Mein Kampf“^{8a)} zu finden ist, insbesondere in den Teilen, die die Rassenfrage und den Kampf um die wirtschaftliche Unabhängigkeit betreffen. Die Beobachtung der täglichen Rechtsprechungspraxis hat diese Schlussfolgerung bestätigt, da gelegentlich der Lösungs- und Firmenmissbrauchverfahren von den Beteiligten auf ihre Deutschstämmigkeit und die Bedeutung ihrer Unternehmungen für die deutsche Wirtschaft, insbesondere im Kampf mit der ausländischen Konkurrenz im In- und Ausland hingewiesen wurde. So ergab sich eine im wesentlichen mit dem Gutachten der Industrie- und Handelskammer übereinstimmende Abgrenzung des Begriffes „deutsch“ nach rassenpolitischem, wirtschaftspolitischem und außenpolitischem Gesichtspunkt. Nachdem diese Frage hiermit grundlegend geklärt war, hat Verfasser noch in seinem Aufsatz „Das Ende der liberalistischen Verkehrsanschauung beim Firmenzusatz „deutsch““ (JurRdsch. 1934, 81) zum „Für und Wider“ in rechtlicher Hinsicht, insbesondere zu § 18 Abs. 2 HGB. und zur verfahrensrechtlichen Frage des Amtslösungsverfahrens aus § 142 RFGG. gegenüber eingetragenen Deutschen Firmen Stellung genommen⁹⁾.

In JW. 1934, 1247⁴ ließ das RG. eine Lockerung seiner bisherigen Rechtsauffassung erkennen, indem es die Feststellung des LG., daß „die Auffassung von Staat und Volk unter dem Einfluß der nationalsozialistischen Bewegung, insbesondere nach deren endgültigem Siege, zweifellos einen Wandel erfahren hat“, nicht mehr in Frage stellte. In seiner Grundanschauung aber änderte es hier seine Einstellung nicht. Obwohl die nationalsozialistische Volksumwälzung keinen Zweifel darüber aufkommen lassen konnte, daß der Begriff „deutsch“ nunmehr einen politischen Inhalt erhalten hatte, untersucht es rein sprachlich-physiologisch die „inhaltliche Bedeutung des Eigenschaftswortes „deutsch“, und obendrein ohne die von der Industrie- und Handelskammer begutachtete neue Verkehrsanschauung einer Würdigung zu unterziehen¹⁰⁾. Neu ist lediglich die Verlegung der Streitfrage ins sittliche Gebiet, indem die Umstände untersucht werden, unter denen die Verwendung des Wortes „deutsch“ mit dem allgemeinen Empfinden von seiner Würde in Widerspruch geraten könne. Indes dieser Versuch, aus dem Grundgedanken des § 138 BGB. heraus der Streitfrage Herr zu werden, ist zwecklos: denn er führt entweder nur zur Verneinung der Sittenwidrigkeit oder mit seiner Bejahung zur Bejahung auch der Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 HGB., weil mangels „besonderen Anlasses“¹¹⁾

zur Hervorhebung des „deutschen“ Charakters der Zusatz „deutsch“ eben täuschungsgeeignet ist hinsichtlich der „Art des Geschäfts“ oder der „Verhältnisse des Geschäftsinhabers“. Der Umweg über § 138 BGB. ist also überflüssig. Es kommt lediglich auf § 18 Abs. 2 HGB. an, und zwar nicht auf die Vorstellung, die der Firmeninhaber bei der Firmenbildung gehabt haben will, sondern auf die Vorstellung, die die breite Masse des Publikums mit der Firmenbildung verbindet. Denn es handelt sich in § 18 Abs. 2 HGB. nicht um die Täuschungsabsicht des Inhabers, sondern um die Täuschungseignung gegenüber dem Publikum, dem gegenüber die Firma gebraucht wird.

In der Entsch. in JW. 1935, 301 zu 1a bestätigte das RG. ausdrücklich den Wandel der Verkehrsanschauung und ließ die Möglichkeit eines Einschreitens auch gegenüber der „Weiterverwendung“ des Zusatzes bereits eingetragener Firmen offen. Es wendet sich ferner dort negativ gegen die ältere Ansicht, daß „deutsch“ heute ein sich über Deutschland wirtschaftlich erstreckendes Großunternehmen bedeute: eine Ansicht, die für die Vergangenheit oben historisch wahrscheinlich gemacht ist, für die Zeit nach dem Umbruch aber von der Industrie- und Handelskammer fallen gelassen und im nationalsozialistischen Schrifttum niemals aufgestellt worden ist. Es erkennt darin endlich erstmalig den rassenpolitischen Gesichtspunkt positiv an, übersieht aber, daß damit lediglich die Täuschungseignung hinsichtlich der „Verhältnisse des Geschäftsinhabers i. S. des § 18 Abs. 2 HGB. verneint wird, also außerdem noch die Frage zu untersuchen ist, ob der Zusatz „deutsch“ hinsichtlich der „Art“ des Geschäfts täuschungsgeeignet ist, m. a. W., ob das „Geschäft“ selbst „deutsch“ ist, indem es wirtschaftspolitisch, insbesondere außenpolitisch im Kampf mit ausländischer Konkurrenz im In- oder Ausland, der Hebung der deutschen Wirtschaft dient. Man denke hierbei — um das, was gemeint ist, sich klarzumachen — an die Auswertung deutschen Erfindergeistes, wie er sich im Zeppelinbau, Bau von Stromlinienlokomotiven, „Fliegenden Hamburger“ usw. sinnfällig zeigt. Aber auch auf anderen Gebieten der Technik, insbesondere in der Schiffsbau-, Flugzeug- und der Automobilindustrie bewährt sich der Wettbewerb mit dem Ausland zum Vorteil der deutschen Wirtschaft. Die Führerreden des letzten Jahres lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß es der deutschen Wirtschaft in zunehmendem Maße gelingt, auf weiten Gebieten der Rohstoffversorgung (z. B. künstlicher Kautschuk, Erdölbohrungen, Benzingerwinning, Faserstoffe) und der verarbeitenden Industrien sich unabhängig zu machen. Aus der Praxis des Berliner Registergerichts ist ferner ein Fall bekannt, wo ein kleines oder mittleres Unternehmen sich mit Recht als „deutsch“ charakterisiert, weil es einen Tennisbodenbelag nach deutschem Geheimverfahren herstellt und dadurch das englische Monopol verdrängt: auch dieses kleine, auf einem engen Spezialgebiet tätige Unternehmen ist wirtschaftspolitisch „deutsch“, weil es zu seinem Teile mitwirkt an der Hebung der deutschen Volkswirtschaft, mag auch der unmittelbare Nutzen nur einem beschränkten Kreise von Volksgenossen zugute kommen. Ähnliches gilt vom Verlag einer deutschen Modenzeitschrift, die — ebenfalls ein Fall der Berliner Registerrechtspraxis — in allen Weltteilen bis zu den europäisierten Südeinseln sich eines großen Ansehens erfreut. Daß auch Produkte deutschen Bodens, insbesondere Wein aus deutschen Gauen, deutscher Weinbrand usw. wirtschaftspolitisch „deutsch“ sind, ist selbstverständlich, weil durch die Förderung dieser Erzeugung der ausländischen Einfuhr Abbruch geschieht¹²⁾. Es darf in allen diesen Fällen füglich die Frage aufgeworfen werden, ob dem einseitig rassenpolitischen Gesicht-

⁸⁾ Als Rechtsquelle für die Auslegung neuerdings anerkannt von OGR. Dr. Bauer Amtsleiter im Reichsrechtsamt der NSDAP., in „Deutsche Rechtspflege“, 1936, S. 50/51. In Betracht kommen hier insbesondere Punkte 4, 5, 6, 8 und 1 (Rassenfrage) und Punkte 10—19 (wirtschaftliche Unabhängigkeit).

^{8a)} 5. Aufl., 1930, S. 233 (wirtschaftliche Unabhängigkeit).

⁹⁾ In dieser Abhandlung, die eine historische Gesamtschau der Entwicklung des Firmenrechts vermitteln will, kann auf Einzelheiten nicht eingegangen werden. Verf. hält an seinen Grundanschauungen, die in oben zit. Aufsätzen und mehrfachen Besprechungen von Entsch. (JW. 1934, 1247⁴; 1935, 301, zu 1 u. 2) niedergelegt sind, nach wie vor fest.

¹⁰⁾ Vgl. Baumbachs Hinweis (DJZ. 1934, 325 Nr. 5), daß kein Richter über die gutachtliche Auskunft der berufenen Vertreter des Handelsstandes „sich hinneigen sollte, ohne gleichzeitig den schlagenden Beweis zu liefern, daß die Auskunft unrichtig ist“.

¹¹⁾ JW. 1935, 301, zu 1a.

¹²⁾ Es beruht auf einem Mißverständnis der Streitfrage, wenn das RG. (JW. 1934, 1248) in den oben erwähnten Fällen des Weinbaus und der Automobilindustrie annimmt, sie seien für die Gesamtheit der Deutschen nicht wesentlich, gleichwohl aber (nach ihrer Herkunft) deutsch. Sie sind deutsch, weil sie für die Gesamtheit der Deutschen wesentlich sind. Nicht darauf kommt es an, daß jeder Deutsche deutschen Wein trinkt und ein deutsches Auto fährt, sondern daß an Stelle der französischen, italienischen, amerikanischen usw. Wirtschaft die deutsche Wirtschaft gehoben wird.

punkt unter allen Umständen ein für sich allein bereits ausschlaggebendes Gewicht beigelegt werden darf.

Dagegen ist die in der gleichen Entsch. (JW. 1935, 301 zu 1a) vom RG. angestellte Untersuchung, ob deutsches Personal und deutsches Material im einzelnen verwendet wird, u. E. bedeutungslos. Die Deutschstämmigkeit des Personals ist für den wirtschaftspolitisch deutschen Charakter belanglos, sein rassenpolitisch deutscher Charakter aber wird durch die Deutschstämmigkeit der Unternehmerpersönlichkeit bestimmt. Die Verwendung „deutscher Materials“ bildet keinen festen Maßstab zur Beurteilung: einmal, weil der Kaufmann je nach Konjunktur seinen Bedarf bald im Inland, bald im Ausland deckt; sodann, weil auch aus ausländischem Material sich ein typisch deutsches Produkt herstellen läßt. Ungeistige Betrachtung des Begriffes „deutsch“ wird seinem Wesen nicht gerecht. Entscheidend ist lediglich das „Produkt“ als Ergebnis deutschen Gewerbetreibens, an dem Kopf und Hand gleichmäßig in subtiler Arbeit beteiligt sind. Dies ist der Fall bei oben genannten Beispielen, die sich beliebig vermehren lassen.

In JW. 1935, 302 zu 2 vollzieht das RG. scheinbar eine Annäherung an das diesseitige wirtschaftspolitische Erfordernis. Indem es hier in der Firmenbezeichnung „Deutsche Gesellschaft für Pharmazie und Kosmetik“ den Zusatz „deutsch“ — wiederum sprachlich-philologisch — auf den Gegenstand des Unternehmens bezieht, meint es, der Zusatz deute darauf hin, daß die Gesellschaft sich „nach Möglichkeit“ auf dem einschlägigen Gebiete „innerhalb der deutschen Volkswirtschaft betätigen“ wolle. Allein, eine mehr passive „Betätigung innerhalb der deutschen Volkswirtschaft“ wird dem nationalsozialistischen Kampfgedanken um die wirtschaftliche Unabhängigkeit wenig gerecht, weil mit ihr das Zielstreben nach einer „Hebung“ deutscher Volkswirtschaft nicht verbunden ist. Es kann daher nicht bestritten werden, daß die Entscheidung sich in Erwägungen von untergeordneter Bedeutung verliert, insbesondere dahin, ob „Ausgaben erspart“ werden für ausländisches Material und welches das „Verhältnis der ins Ausland gehenden Lizenzgebühren zu den im Inland verbleibenden sonstigen Herstellungskosten“ ist. Das „Produkt“ ist nicht schon deshalb „deutsch“, weil die Unkosten vorwiegend in der deutschen Volkswirtschaft verbleiben; dieser Grund würde auch bei internationalem Güteraustausch — insbesondere unter dem Schutz der Devisengesetzgebung — zutreffen. Das „Produkt“ ist vielmehr nur dann „deutsch“, wenn es seinem Wesen nach ein deutsches Erzeugnis ist. Im vorliegenden Fall erfolgt die Herstellung nach ausländischen Rezepten, mithin ist das Erzeugnis — mag es auch in Deutschland mit vorwiegend deutschen Rohstoffen (und deutschstämmigem Personal) hergestellt sein — seinem Wesen nach undeutsch. Folglich ist auch die Firma undeutsch: sie fördert nicht die deutsche pharmazeutische und kosmetische Industrie.

In JW. 1935, 436 zu 2 hat das RG. dann den rassenpolitischen Gedanken stärker betont und in zwei Entscheidungen: JW. 1935, 3164 ff. auch im sachlichen Ergebnis den rassenpolitisch un deutschen Charakter einer OHG. (Entscheidung Nr. 12) und einer GmbH. (Entscheidung Nr. 13) bestätigt¹³). Zu einer Überprüfung der Frage vom wirtschaftspolitischen Standpunkt aus hat es bisher erneute Gelegenheit nicht gefunden. Ebenso wird eine Stellungnahme zur verfahrensrechtlichen Frage der Amtslöschung noch vermisst, die Crifolli in JW. 1935, 434, Anm. zu 1 und 2, unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 142 FGG. einer wohl endgültigen Klärung entgegengeführt hat. Die Zulassung der Amtslöschung hat inzwischen in dem von Eichmann-Röhler in 4. Aufl. bearbeiteten Roenigeschen Kommentar zum FGG. (§ 18 Note 4) einen weiteren An-

hänger gefunden. Bisher hält das RG. gegenüber „eingetragenen“ Deutschfirmen nur ein Firmenmißbrauchverfahren nach § 37 FGG. wegen Verbeibaltung des unzulässig gewordenen Zusatzes für gangbar¹⁴).

Zusammenfassend ist zu betonen: alle Versuche, zur Frage des Firmenzusatzes „deutsch“ Stellung zu nehmen, sind verfehlt, wenn sie an der Tatsache vorbeigehen, daß durch die nationalsozialistische Umwälzung im Jahre 1933 der Begriffsinhalt „deutsch“ ein „politischer“ geworden ist. Seine Aufhellung kann schlechterdings nicht anders erfolgen, als durch Studium der Quellen der nationalsozialistischen Bewegung, insbesondere des Parteiprogramms und des Werkes des Führers „Mein Kampf“. Es kommt daher jetzt überhaupt nicht mehr an auf die mögliche Beziehung des Zusatzes „deutsch“ zum Gegenstand des Unternehmens, mag diese im Einzelfall auch vorhanden sein. Das gilt z. B. auch für Firmenbildungen, wie „deutsch-amerikanische Importgesellschaft . . .“: wenn eine derartige Firma einseitig den amerikanischen Import nach Deutschland fördert, ist sie eben wirtschaftspolitisch undeutsch. Die sprachlich-philologische Ausdeutung scheidet somit aus; ebenso die rein geographische Beziehung im Sinne von „Sitz in Deutschland“, räumliche Ausdehnung (Größe) usw. Aber auch die rein staatsrechtliche Anschauung im Sinne von „deutscher Reichsangehörigkeit“ entspricht der Auffassung des Nationalsozialismus nicht, weil dieser auch das Auslandsdeutschtum miteinfaßt. Die von Eckert (JW. 1935, 3147) in dieser Hinsicht angeführte Frage beantwortet sich nach diesseitiger Auffassung leicht. Steht die Deutschstämmigkeit des staatsrechtlich ausländischen Inhabers oder maßgebenden Leiters des Unternehmens fest, so ist gegen die Führung des Firmenzusatzes „deutsch“ im Inland kein Einwand zu erheben, wenn das Unternehmen wirtschaftspolitisch, insbesondere außenpolitisch, im Sinne obiger Darlegungen „deutsch“ ist, d. h. der „Hebung“ der deutschen Volkswirtschaft in besonderem Maße dient.

Unterzieht man die öffentliche Firmenkartei des Berliner Registergerichts einer Durchsicht, so ergibt sich ein außerordentlich häufiger Rückgang in der Verwendung des Firmenzusatzes „deutsch“. Von 718 Firmen des Registers A sind 648 gelöscht, so daß hier nur noch 70 Deutsch-Firmen bestehen; von 2573 Firmen des Registers B sind 2121 gelöscht, so daß hier nur noch 452 Deutsch-Firmen bestehen. Es kann unerörtert bleiben, ob dieses Absinken zurückzuführen ist auf Amtslösungen wegen Unzulässigkeit der Firma auf Grund des § 31 Abs. 2 FGG. bzw. §§ 142, 144 FGG. oder des § 2 Börsengesetz v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) oder auf freiwillige Anmeldungen der Firmenänderung oder des Erlöschens. Sicher ist eins, daß mit der Umwälzung 1933 das hohe Scheinmaß zahlreicher mit „deutsch“ geschmückter Sachfirmen offenbar geworden und daß die Vorliebe für diesen Mißbrauch des Liberalismus stark im Unternehmen begriffen ist. Das bildet in gewissem Sinne eine Bestätigung des Wandels der Verkehrsanschauung.

IV. Aber auch sonst wird seit der Umwälzung des Jahres 1933 — wie nicht anders zu erwarten — in erhöhtem Maße auf die „Redlichkeit im Geschäftsverkehr“ Wert gelegt. Demgemäß geht neuerdings das Bestreben der Rechtspflege dahin, hochtönende Firmenzusätze auf das richtige Maß zurückzuführen. Das RG. hat dieser Entwicklung Rechnung getragen in der bekannten Entscheidung (JFG. 13, 59 = JW. 1935, 3164 zu 11), die den Mißbrauch des Wortes „Zentrale“ betrifft (vgl. noch RG. DNotz. 1934, 682 bezüglich „Industrie“). Andere Gerichte sind gefolgt: z. B. OLG. Karlsruhe: JFG. 13, 55 und OLG. Jena: JW. 1936, 944 hinsichtlich des Zusatzes „Kaffee-lager“, LG. Berlin: JW. 1936, 1394 zu 48 hinsichtlich des Zusatzes „Nordisches Pelzhaus“. Damit ist dem weiteren Abgleiten in unerlos liberalistische Anschauungen, die derartige

¹³) Außerhalb der Frage des Firmenzusatzes „deutsch“ zeigt die Rspr. neuerdings eine verstärkte antijüdische Richtung: RG.: JW. 1936, 333²⁴ (tittemwidrige Namensleihe jüdischer Inhaber); OLG. Hamburg: JW. 1936, 944²⁵ (tittemwidriger Geschäftsverkauf mit arischer Firma an Volljuden).

¹⁴) JW. 1935, 436, zu 2; JFG. 12, 248.

und ähnliche Zusätze als farblose Ausschmückung oder erlaubte Kellameübertreibung rechtfertigen wollen, zunächst ein wirksamer Riegel vorgeschoben. Aller Voraussicht nach aber wird sich die Entwicklung im Sinne der Firmenwahrheit noch verstärken. Damit würde der Anreiz zu Sachbezeichnungen da, wo sie nicht durch Gesetz (§ 20 HGB.) geboten sind, allmählich schwinden, weil für farblose Sachzusätze kaum Nachfrage aufgebracht werden wird. Dies würde sich günstig auswirken im Sinne der Zunahme reiner Personenfirmen. Wer aufmerksam Blickes die Hauptstraßen unserer Großstädte durchwandert, wird diese Entwicklung schon vorgezeichnet finden. So überwiegen z. B. in Berlin in der Tiergartenstraße, die sich zu einer vornehmen Geschäftsstraße entwickelt hat, und am Kurfürstendamm bereits seit einer Reihe von Jahren die Personenfirmen, und zwar an Luxusgeschäften, die also mit anspruchsvoller Kundschaft rechnen. Dies läßt darauf schließen, daß die Geschäftsinhaber sich bewußt geworden sind, daß es die persönliche Leistungsfähigkeit ist, die bei urteilsfähiger Kundschaft den Ruf einer Firma begründet, und daß sie den persönlichen Namen für die beste Werbung halten. Es ist wiederum nur der Zug der Zeit, wenn die Gesetzgebung des Dritten Reichs diese Wandlung der Verkehrsauffassung mitmacht und im Firmenrecht eine gleichfalls rückläufige Bahn einschlägt, wodurch sich die Überschätzung der Sachfirma als Niedergangerscheinung einer demnächst endgültig überwundenen liberalistischen Epoche charakterisiert.

V. Das Dritte Reich hat nämlich aus seiner Abneigung gegenüber den anonymen Kapitalformen heraus zunächst die Rückbildung zu eigenverantwortlichen Formen des Unternehmertums eingeleitet durch das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) und damit wieder die Leistungsfähigkeit der Persönlichkeit in den Vordergrund der Betrachtung gestellt. Durch § 12 der 1. DurchWD. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) ist — und zwar gerade auf Drängen der Wirtschaft — die Möglichkeit eröffnet, ungeachtet des grundsätzlichen Erlöschens der Firma der umgewandelten Kapitalgesellschaft (§ 5 Abs. 1 UmwandlG.) eine Personenfirma als Firma eines Einzelkaufmanns oder einer Personalgesellschaft fortzuführen; in allen andern Fällen muß eine ursprüngliche Personenfirma nach §§ 18, 19 HGB. gebildet werden. Die Fortführung lediglich einer Sachfirma ist durch § 5 Abs. 1 UmwandlG. unterbunden, wenn auch in Abs. 2 a. a. O. der Hinweis auf die frühere Firma zur Erleichterung des Übergangs zugelassen ist. Hand in Hand damit gehen die Bestimmungen des Werberats der deutschen Wirtschaft, die Auswüchse der Werbung — insbesondere in der Firmenbildung — zu bekämpfen. Zu erwarten steht eine gesetzliche Einschränkung der Kapitalgesellschaften. Es handelt sich hierbei durchweg nicht um wirtschaftsfeindliche Maßnahmen, sondern um Regelungen, die gerade von Kreisen der gesunden Wirtschaft und der Volksgesamtheit gefordert worden sind. An ihrem Endziel steht der „ehrbare Kaufmann“, der eigenverantwortlich sein Unternehmen mit seinem Namen deckt und dieses, wenn es den Tag überdauert, gleichsam als Vermächtnis seinem Rechtsnachfolger überträgt. Darum wird und muß die „Firma“ der Handelsname eines Kaufmanns bleiben und nicht die Bezeichnung eines „Geschäfts“ werden (§ 17 Abs. 1 HGB.).

VI. An dieser Stelle ist es zweckmäßig, sich Rechenschaft darüber abzulegen, ob das Handelsgesetzbuch überhaupt jemals einen andern Standpunkt eingenommen hat. Die firmenrechtlichen Bestimmungen unterscheiden lediglich zwischen Personenfirma des Einzelkaufmanns und der Personengesamtheiten (§§ 18, 19 HGB.) und der Firma der AktG. und KommGes. a. U. (§ 20 HGB.), die „in der Regel dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen“, also grundsätzlich eine Sachfirma ist. Für GmbH. stellt § 4 GmbHG. Personen- oder Sachfirma zur Wahl. Diese Untercheidung liegt im Wesen der Sache begründet, da die Aktionäre im

Regelfall der Kapitalgesellschaft nicht den Stempel ihrer Persönlichkeit aufzubrüden vermögen, wie dies im kleineren Rahmen bei der GmbH., deren Gesellschafter wie bei einer OHG. größeren Einfluß auf die Geschäftsführung haben, und bei Personalgesellschaften und Einzelkaufleuten der Fall sein kann. Der Begriff der „gemischten Firma“, der von der Wissenschaft ausgebildet worden ist, ist dem Gesetze selbst unbekannt. Er ist insbesondere nicht aus § 18 Abs. 2 HGB. zu entnehmen. Wenn Abs. 1 des § 18 HGB. sagt: „Ein Kaufmann ... hat seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen“, so ergibt sich, daß die „Firma“ eben nur aus Vor- und Familiennamen besteht. Mit keinem Wort ist auch nur angedeutet, daß Vor- und Familienname nur der sog. wesenstotwendige Firmenkern sei. Das hat lediglich das Schrifttum behauptet. Wenn weiterhin Abs. 2 a. a. O. fortfährt: „Der Firma darf kein Zusatz beigelegt werden, der ...“, so besagt dies wiederum nicht, daß der „Zusatz“ fakultativer Teil der Firma werde und mit dem Firmenkern ein unteilbares Ganzes werde. Auch das hat nur Schrifttum und Rechtsprechung herausgelesen. Für den unvoreingenommenen Leser folgt vielmehr aus Abs. 2 lediglich, daß — von den dort aufgeführten täuschungsgeeigneten Ausnahmen abgesehen — ein Zusatz zu der lediglich aus Vor- und Familienname bestehenden „Firma“ zulässig ist, ohne daß er darum Teil der Firma wird, und daher jederzeit auch wieder ablegbar ist. Diese Auffassung ist praktisch von außerordentlicher Bedeutung. Es ist schon stets von der Praxis nämlich zugelassen, z. B. zur eingetragenen Firma „Paul Müller“ einen nicht eingetragenen Branchezusatz wie „Ledervaren“ oder „Lederverwarenfabrik“ zu führen, wenn dieser Zusatz wahrheitsgemäß war. Ist aber eine Firma „Paul Müller, Lederverwarenfabrik“, eingetragen, diese Firma demnächst gemäß § 22 HGB. übergegangen auf Friedrich Schulze und von ihm unter Aufgabe der Fabrikation nur der „Handel“ mit Lederverwaren aufrechterhalten, so folgerte die Praxis, daß die Fabrikfirma als Ganzes¹⁵⁾ unzulässig geworden und erloschen, mithin eine neue ursprüngliche Firma „Friedrich Schulze“ anzumelden sei. Nimmt man dagegen an, daß der Zusatz „Lederverwarenfabrik“ nicht Teil einer Gesamtfirma geworden sei, so wäre Schulze nicht gehindert, die Firma „Paul Müller“, sofern diese sich auch mit einschlägigem „Handel“ befaßt hatte, fortzuführen; er brauchte den Zusatz „Lederverwarenfabrik“ — gleichviel ob er mitgetragen ist oder nicht — lediglich zu berichtigen in „Ledervaren“ oder „Lederverwarenvertrieb“. Es würde sich also einerseits für die Wirtschaft eine größere Bewegungsfreiheit ergeben, andererseits für die Rechtsprechung die Frage des Firmenmißbrauchs und des Erlöschens der Firma allerdings einer Nachprüfung zu unterziehen sein.

Es liegt dem Verfasser fern, mit einer neuen Rechtsansicht die Zulässigkeit einer „gemischten Firma“ bestreiten zu wollen. Die Rechtsprechung ist anerkanntermaßen befugt, das Gesetz innerhalb seines Rahmens schöpferisch fortzubilden. Die Möglichkeit dazu hat Abs. 2 des § 18 HGB. immerhin eröffnet. Die Zulässigkeit einer „gemischten Firma“ ist demgemäß fester Besitz der Rechtswissenschaft geworden; ebenso ist anerkanntes Rechtens, daß personeller Firmenkern und sachlicher Zusatz sich vereinigen zu dem Bilde einer einheitlichen Firma.

Worauf es dem Verfasser an dieser Stelle ankommt, ist vielmehr lediglich dies: der Gesetzgeber ging von jeher — der historischen Entwicklung des Firmenrechts folgend (vgl. oben zu I a. E.) — offenbar von der Anschauung aus, daß es die persönliche Leistungsfähigkeit sei, die dem Namen des Gründers eine über seine Lebensdauer hinausreichende Geltung verschaffe und daher die Fortführung des Gründernamens durch den Rechtsnachfolger, der das Geschäft im Sinne des Gründers fortsetzt, rechtfertige. Bei der unpersonlichen AktG. mußte er notgedrungen diesen Gesichtspunkt zugunsten der Sachfirma aufgeben („in der Regel“) und auf die Ausnahme, wo eine Persönlichkeit bestimmenden Einfluß

¹⁵⁾ RGZ. 127, 77; JW. 1925, 2488 ff.; OLG. 6, 338.

ausübt, fakultativ beschränken. Es erhebt sich daher die Frage, ob es nach der Absicht des Gesetzgebers gestattet ist, das Verhältnis des Sachzusatzes zum personellen Firmenkern völlig umzudrehen dergestalt, daß der Sachzusatz als eine Sachfirma und die Personalfirma als personeller Zusatz des Inhabers erscheint (z. B.: Märkische Lederwarenfabrik, Inhaber Paul Müller).

Bekanntlich hat das RG. (JW. 1930, 1410¹⁶) dies unter Aufgabe seiner älteren Rechtsprechung (RZM. 9, 91; OLG. 38, 170; JW. 1929, 2155) bejaht, während Reichsmann-Köhler in Koenigses HGB. (4. Aufl., § 18 No. 2) die Rückkehr zur älteren strengeren Auffassung befürwortet. Das RG. begründet seinen neueren Standpunkt damit, daß in der Gesamtbildung der Firma der Vor- und Familienname angegeben sei; die ältere Rechtsprechung und ebenso die Bearbeiter Koenigses führen an, daß in der Gesamtbildung der personelle Kern als eine Nebensache erscheine, die scheinbar auch fortgelassen werden könne.

¹⁶) Vgl. noch DJ. 1936, 864, abgedruckt in diesem Heft.

Die Erfahrung der täglichen Registerrechtspraxis lehrt, daß tatsächlich der zum Inhaberszusatz degradierte Firmenkern im Geschäftsverkehr fortgelassen zu werden pflegt. Der Grund ist die Sucht nach Anonymität.

Diese Sucht nach Anonymität zu unterstützen, widerspricht — wie die Darlegungen zu V ergeben haben — m. E. nationalsozialistischer Rechtsanschauung. Sie widerspricht, wie eingangs zu VI ausgeführt, m. E. auch der Rechtsanschauung des HGB., das für Einzelfaufleute und Personengesamtheiten die Bildung einer Personalfirma vorschreibt. Die Unzulässigkeit einer „gemischten Firma“, die den Sachzusatz verbindet mit dem Personennamen unter ausdrücklicher Hervorhebung der Eigenschaft als bloßer „Inhaber“ einer Firma wird für unzulässig gehalten: nicht auf Grund des § 18 Abs. 2 HGB. wegen Täuschungsgefahr, sondern auf Grund des Abs. 1 a. a. O. wegen fehlerhafter Firmenbildung: der Sachzusatz erscheint als Sachfirma, der nach dem Vorbilde des § 15 a RGewO. und des § 22 HGB. der Name des Inhabers lediglich zugefügt ist. Das hat der Gesetzgeber des HGB. nicht gewollt; das will auch der Gesetzgeber des Dritten Reichs nicht.

Steuerliche Erfahrungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften

Von Oberregierungsrat Kaemmel, Berlin, Reichsfinanzministerium¹⁾

Die steuerliche Behandlung der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften auf Grund der Umwandlungs- und Auflösungsgegebung bietet in der Praxis häufig recht beachtliche Schwierigkeiten. Fast jeder Fall bringt eine Fülle neuer Gesichtspunkte, und die Unterordnung der regelmäßig sehr verwickelten wirtschaftlichen Tatbestände unter die Vorschriften des Gesetzes nötigt zu eingehender Erörterung und Prüfung aller dabei auftretenden Fragen. Hinzukommt, daß die Anwendung des Umwandlungssteuerrechts für die Beteiligten von weitreichender finanzieller Tragweite ist und die Beurteilung der steuerlichen Fragen letzten Endes fast immer dafür ausschlaggebend ist, ob überhaupt die Umwandlung vorgenommen wird. Die Klärung der sich aus dem umfangreichen Material ergebenden Zweifelsfragen ist bis jetzt fast ausschließlich im Wege der praktischen Anwendung des Gesetzes erfolgt, und es ist bei der Bedeutung des Steuerrechts für die Beteiligten berechtigt, die in den letzten Monaten besonders hervorgetretenen Gesichtspunkte hier im einzelnen darzustellen.

1. Umwandlungsbilanz

Bei der Bilanzanstellung anlässlich der Umwandlung muß unterschieden werden zwischen der Abschlußbilanz und der Umwandlungsbilanz (Auflösungsbilanz). Die erstere, die Abschlußbilanz, ist diejenige Bilanz, die als Ergebnis der bisherigen Buchführung den laufenden Gewinn des letzten Wirtschaftsjahres ermittelt. Sie ist vom Standpunkt des Umwandlungsrechts aus bedeutungslos, für das Umwandlungssteuerrecht kam ihr früher wegen der Besteuerung des laufenden Gewinns des letzten Geschäftsjahres (s. unten unter 4) eine gewisse Bedeutung zu. Von dieser Abschlußbilanz, die lediglich der Feststellung des laufenden Betriebsgewinns dient, ist zu unterscheiden die eigentliche Umwandlungsbilanz (Auflösungsbilanz), die sich als eine Vermögensbilanz darstellt, die der Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Rechtsnachfolger zugrunde zu legen ist (§ 2 UmwandlG.). Über ihren Inhalt sagt, worauf Groschuff: JW. 1936, 1331 m. R. hinweist, das Gesetz nichts. Vom steuerrechtlichen Standpunkt aus ist lediglich zu beachten, daß hinsichtlich der Umwandlungsbilanz die Kapitalgesellschaft nicht an die Werte der Abschlußbilanz gebunden ist, vielmehr im

Rahmen der ordnungsmäßigen Buchführung Bewertungs-spielraum hat mit der Maßgabe, daß höhere Werte als die Teilwerte im Zeitpunkt der Übertragung nicht angesetzt werden dürfen.

Was den Zeitpunkt anlangt, zu dem die Umwandlungsbilanz aufzustellen ist, also den Bilanzstichtag, so enthält das Gesetz über diesen ebenfalls nichts. Groschuff hat a. a. O. neuerdings die Frage aufgeworfen, ob eine Bilanz, deren Stichtag in der Zeit vor der Beschließung der Umwandlung liegt und die für die Entschließung der Beteiligten zugrunde gelegt wird, als die Umwandlungsbilanz anzusehen ist, die nach § 3 Satz 2 UmwandlG. dem Registergericht vorzulegen ist. Er hat die Frage vom Standpunkt des Registerrichters aus bejaht und dabei darauf hingewiesen, daß der Entschließung der Beteiligten in der Gesellschafterversammlung meist eine Bilanz zugrunde gelegt wird, die auf einen vor der Gesellschafterversammlung liegenden Tag aufgestellt ist. Er empfiehlt aber im Zusammenhang damit, worauf auch bereits häufig im Schrifttum hingewiesen worden ist, die Aufstellung der Umwandlungsbilanz, den Umwandlungsbeschluß und die Anmeldung zum Register möglichst schnell aufeinander folgen zu lassen. Man wird vom systematischen Standpunkt aus gegen diese Lösung manches einwenden können, sie hat aber jedenfalls den Vorzug, den praktischen Bedürfnissen zu entsprechen, und so wird sie sich, wenn die Registergerichte ihr folgen, wohl durchsetzen. Steuerlichen Belangen wird diese Auffassung nicht entgegenstehen, denn der Erlass des RZM. v. 28. Juni 1935 (RZStBl. 1935, 944), der sich in Ziff. 3 mit dieser Frage beschäftigt, sagt zwar, daß „grundsätzlich“ die Umwandlungsbilanz auf den Tag des Umwandlungsbeschlusses abzustellen ist, läßt aber die Möglichkeit abweichender Regelung offen. Systematisch befriedigend ist weder die von Groschuff angegebene Lösung, noch die Abstellung auf den Tag des Umwandlungsbeschlusses. Nach § 4 UmwandlG. geht das Vermögen der Kapitalgesellschaft auf die Personengesellschaft „mit der Eintragung“ über: diesem Tatbestand entspräche also nur eine Bilanz auf den Tag der Eintragung ins Handelsregister. Daß eine solche Bilanz aber weder für die Umwandlung noch für die steuerliche Behandlung der Umwandlung in Frage kommt, ergibt sich schon aus praktischen Erwägungen. Man wird also, um zu einer brauchbaren Lösung zu gelangen, daran festhalten müssen, daß zwar Umwandlungen mit rückwirkender Kraft ausgeschlossen sind, daß aber die Bilanz-

¹⁾ Die nachstehenden Ausführungen bilden die steuerliche Ergänzung zu den Ausführungen von Groschuff über „Erfahrungen aus dem Umwandlungsrecht“ in JW. 1936, 1330 ff.

die der Umwandlung zugrunde gelegt wird, auf einen Tag abzustellen ist, der entweder der Tag des Umwandlungsbeschlusses oder ein von diesem möglichst wenig entfernter Zeitpunkt ist.

Eine besondere Rolle im Umwandlungsrecht spielt die Umwandlung von Kapitalgesellschaften, die sich in Liquidation befinden. Hier ist eine Umwandlung möglich, solange mit der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter noch nicht begonnen ist (§§ 7, 8 der Durchf. D. zum Umw. d. G. v. 14. Dez. 1934). Das Umwandlungsverfahren ist das gleiche wie in allen übrigen Fällen, es bedarf also eines Umwandlungsbeschlusses auf Grund einer Umwandlungsbilanz und der Eintragung ins Handelsregister. Auch steuerlich entspricht die Behandlung der Umwandlung der Umwandlung in sonstigen Fällen, doch ist zu beachten, daß die Kapitalgesellschaft i. V. während der Liquidation zur Körperschaftsteuer nicht herangezogen wird. Hier muß wohl eine nachträgliche Erfassung der Ergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre während der Liquidation eintreten; wegen des laufenden Gewinns in dem letzten durch die Umwandlung beendeten Geschäftsjahr vgl. die Ausführungen unter 3.

Ein steuerlicher Sonderfall, der mit der Umwandlungsbilanz nicht unmittelbar zusammenhängt, ist der in § 2 Umw. d. St. G. geregelte Fall, wonach die gleichen steuerlichen Erleichterungen wie bei der Umwandlung auch gewährt werden, wenn eine Kapitalgesellschaft aufgelöst und ihr Vermögen im Wege der Liquidation auf die Gesellschafter übertragen wird. Maßgebend für Umfang und Berechnung der steuerlichen Vergünstigungen ist hier die Auflösungs- und Schlußbilanz, nicht etwa die Auflösungs- und Eröffnungsbilanz.

2. Umwandlung und Einkommensteuer

Die steuerliche Begünstigung der Umwandlung bei der Einkommensteuer besteht in erster Linie in der im Schrifttum vielfach erörterten Gewährung der (übrigens in mancher Hinsicht eingeschränkten) Bewertungsfreiheit, d. h. der Gewährung eines Bewertungspielraums im Rahmen der ordnungsmäßigen Buchführung, nach oben begrenzt durch den Zeitwert (Erlaß des R. F. M. v. 9. März 1935, Abschnitt III 4 Beispiel A [RStBl. 1935, 449]). Diese Werte sind bei der Ermittlung des Einkommens für die Einkommensteuer der Gesellschafter als Ausgangswerte (ohne Rücksicht auf die Höhe der Anschaffungskosten der Beteiligung) anzusetzen, und der Unterschied zwischen den Anschaffungskosten und diesen Ausgangswerten bildet den Umwandlungsgewinn des Gesellschafters, der tariflich in doppelter Weise begünstigt wird. Der Umwandlungsgewinn, der auf Wirtschaftsgüter entfällt, die ins Betriebsvermögen übernommen worden sind, wird nämlich einmal stets den ermäßigten Sätzen des Sondertarifs des § 34 EinkStG. unterworfen (10—25% oder bei Ledigen 15—35%), und die danach berechnete Steuer wird nur in Höhe eines Drittels erhoben. Berechnungsschwierigkeiten, die sich hierbei im einzelnen ergeben haben, haben zu einem Erlaß des R. F. M. v. 3. Febr. 1936 (RStBl. 1936, 129) geführt, in dem klargestellt ist, daß die Wahl des Hundertsatzes (10—25%, bei Ledigen 15—35%) grundsätzlich im Ermessen des Fin. A. steht. Dabei hat aber das Fin. A. nach diesem Erlaß folgendes zu beachten: Bis zu einem Übertragungsgewinn von 100 000 R. M. für den einzelnen Steuerpflichtigen wird in der Regel nur der niedrigste Satz (10% bzw. 15%) angewendet werden können. Überschreitet der Übertragungsgewinn diese Grenze, ist der Steuersatz angemessen anteilig zu erhöhen.

Beispiele:

Übertragungsgewinn 200 000 R. M. — Steuersatz 12% (bei Ledigen 18%),
Übertragungsgewinn 300 000 R. M. — Steuersatz 15% (bei Ledigen 21%),
Übertragungsgewinn 400 000 R. M. — Steuersatz 18% (bei Ledigen 24%),
Übertragungsgewinn 500 000 R. M. — Steuersatz 21% (bei Ledigen 27%).

Zu fragen wäre in diesem Zusammenhang noch, ob bei Anwendung dieses Erlasses ein Übertragungsgewinn von z. B. 150 000 R. M. mit einem Steuersatz von 11% (bei Ledigen 16%) oder von 12% (bei Ledigen 18%) belegt werden soll. Man wird aus der Tatsache, daß für alle Gewinne von 0—100 000 ein Satz von 10% zur Erhebung kommt, der nicht gesenkt werden kann, zu schließen haben, daß es dem Willen des R. F. M. entsprechen würde, den Steuersatz jeweils auf alle Beträge anzuwenden, die zwischen zwei Staffeln liegen. Im vorliegenden Fall würden also alle Übertragungsgewinne, die mehr als 100 000 R. M. und nicht mehr als 200 000 R. M. betragen, im Regelfall mit einem Steuersatz von 12% (bei Ledigen 18%) zu belegen sein. Für die praktischen Bedürfnisse reicht eine solche Staffel auch aus, da die nach diesen Steuersätzen errechnete Steuer ja nur in Höhe eines Drittels (also in unserem Beispiel in Höhe von 4%, bei Ledigen 6%) erhoben wird und die vom R. F. M. vorgeesehenen Sätze sämtlich solche sind, die durch 3 teilbar sind.

3. Die Besteuerung des laufenden Gewinns

Nach § 7 Abs. 3 der 2. Durchf. D. zum Umw. d. G. unterliegt der Gewinnanteil, der den Gesellschaftern einer umgewandelten oder aufgelösten Kapitalgesellschaft aus ihrer Beteiligung vor der Umwandlung oder Auflösung zusteht, nach den allgemeinen Vorschriften der Einkommensteuer. Die Bestimmung hat im Anfang zu Mißverständnissen Anlaß gegeben, weil angenommen wurde, daß sie auch die Besteuerung aller offenen und stillen Reserven nach den allgemeinen Vorschriften (d. h. also ohne Sondervergünstigungen) decken sollte. Das würde also bedeuten, daß bei der Übernahme ins Betriebsvermögen — und nur solche Fälle hat § 7 Abs. 3 im Auge — die Einkommensteuer unter Zugrundelegung des gewöhnlichen Tarifs und ohne irgendwelche Tarifvergünstigungen zu erheben wäre (§ 15 EinkStG.). Es ist schon im Erlaß v. 28. Juni 1935 (RStBl. 1935, 945) klargestellt, daß offene und stille Reserven (soweit sie nicht aus dem laufenden Gewinn, d. h. dem Gewinn des letzten Geschäftsjahrs, geschaffen worden sind) der Bewertungsfreiheit und sämtlichen Tarifvergünstigungen (also Anwendung des Sondertarifs des § 34 EinkStG. und Erhebung der Steuer nur in Höhe eines Drittels) teilhaftig sind, und daß die Vorschrift des § 7 Abs. 3 a. a. D. nur die Heranziehung des laufenden Gewinns des letzten Geschäftsjahrs zur Körperschaftsteuer, Einkommensteuer und Gewerbesteuer nach den allgemeinen Vorschriften bezweckt. Durch den bereits oben erwähnten Erlaß v. 3. Febr. 1936 (RStBl. 1936, 129) ist bestimmt, daß in allen den Fällen, in denen der Gewinn des letzten Wirtschaftsjahrs nicht ausgeschüttet worden ist, sondern entsprechend dem Umwandlungs- oder Auflösungsbeschluß zusammen mit dem übrigen Vermögen auf die Gesellschafter oder die Personengesellschaft übertragen worden ist, die Steuererleichterungen auch insoweit Anwendung finden, als es sich um die Tarifvergünstigungen handelt. Es ist also beim Übergang ins Betriebsvermögen bei der Einkommensteuer der ermäßigte Tarif des § 34 EinkStG. zu gewähren und die geschuldete Steuer nur in Höhe eines Drittels zu erheben. § 7 Abs. 3 Satz 2 a. a. D. findet also nur noch in den Fällen Anwendung, in denen die Gesellschafterversammlung beschlossen hat, den Gewinn des letzten Wirtschaftsjahrs auszuschütten und die Ausschüttung auch tatsächlich vor der Umwandlung durchgeführt hat.

4. Die Auswirkung der Gesamtrechtsnachfolge in steuerlicher Beziehung

Das Wesen der Umwandlung besteht im Übergang des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die übernehmende Personengesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Nach § 4 Umw. d. G. geht das Vermögen der Kapitalgesellschaft über, ohne daß es einer Einzelübertragung bei den einzelnen Wirtschaftsgütern bedarf. In der Praxis ist nun vielfach aus der Tatsache, daß die Gewährung von Steuererleichterungen je nach dem Übergang der Wirtschaftsgüter in das Betriebsvermögen oder in das Pri-

vat vermögen des Übernehmenden verschieden zu beurteilen ist (beim Übergang in das Betriebsvermögen ist § 7, beim Übergang in das Privatvermögen § 8 der 2. DurchfW.D. zum UmwandlStG. anzuwenden), gefolgert worden, daß die Gesamtrechtsnachfolge steuerlich bei der Gewährung der Vergünstigungen nicht vorausgesetzt wird. Es wurde also angenommen, daß steuerlich auch noch solche Veränderungen begünstigt werden sollten, die nach Durchführung der Umwandlung dadurch bewirkt werden, daß die Berechtigten einzelne übernommene Wirtschaftsgüter aus dem Betriebsvermögen in das Privatvermögen oder umgekehrt übertragen. Z. B. soll nach dieser Theorie die nach Ablauf der Sperrfrist (§ 7 Abs. 2 UmwandlG.) vorgenommene Übertragung eines Grundstücks aus der OHG. in das Privatvermögen eines Gesellschafters nicht der Grunderwerbsteuer unterliegen und auch keine Einkommensteuer auslösen. Diese Auffassung ist unzutreffend. Das Steuerrecht ist hier grundsätzlich vom Zivilrecht abhängig, und die Wirkungen der Gesamtrechtsnachfolge sind steuerlich zu beachten. Wenn im Steuerrecht, insbesondere in dem Erlaß v. 28. Juni 1935, zwischen Übergang ins Privatvermögen und ins Betriebsvermögen unterschieden wird, so liegen dem nicht zivilrechtliche, sondern nur betriebswirtschaftliche und steuerrechtliche Unterscheidungen zugrunde. Praktisch sind diese Unterscheidungen auch nur für wenige, im täglichen Leben aber häufig vorkommende Fälle maßgebend, nämlich für den Fall der Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Alleingesellschafter und für den Fall der Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf eine aus Gesellschaftern der bisherigen Kapitalgesellschaft gebildete Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Hier ist es in der Tat möglich, daß trotz des Übergangs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge die Unterscheidung nach Betriebsvermögen und Privatvermögen steuerlich von Bedeutung wird. Der übernehmende Alleingesellschafter z. B. kann bei der Umwandlung einen Teil der Wirtschaftsgüter ins Betriebsvermögen, einen Teil in sein Privatvermögen übernehmen. Das widerspricht der Gesamtrechtsnachfolge nicht, denn handels- und zivilrechtlich bildet ja das Vermögen eines Vollkaufmanns ein einheitliches Ganzes. Auch die getrennte Verwaltung des Vermögens der Kapitalgesellschaft während der Sperrfrist sowie die Haftung des Übernehmers für die übernommenen Schulden mit dem gesamten Vermögen wird durch die betriebswirtschaftliche und steuerrechtliche Zurechnung der einzelnen Wirtschaftsgüter zum Betriebsvermögen oder Privatvermögen des übernehmenden Alleingesellschafters nicht berührt. Was den Übergang des Vermögens auf eine aus den bisherigen Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anlangt, so kann steuerrechtlich der Gesellschaftsanteil bei dem einen Gesellschafter zum Privatvermögen, bei dem anderen Gesellschafter zum Betriebsvermögen gehören. Andere Fälle, in denen diese Unterscheidung von Bedeutung werden kann, sind m. W. nicht gegeben. Insbesondere spielt die Unterscheidung keine Rolle, wenn das Vermögen der Kapitalgesellschaft auf eine OHG. oder eine KomGef. übertragen wird. Hier sind die einzelnen Gesellschafter der OHG. ja selbst Unternehmer, und ihre Anteile gehören bei ihnen stets zum Betriebsvermögen. Es ist also z. B. nicht möglich, eine GmbH. in der Weise umzuwandeln, daß ein bisher der GmbH. gehöriges Grundstück in das Privatvermögen der bisherigen GmbHGesellschafter, das übrige Vermögen der Kapitalgesellschaft auf eine OHG. übertragen wird. Hier kommt wegen der Gesamtrechtsnachfolge nur die Übertragung des gesamten Vermögens auf die OHG. in Frage. Maßnahmen, die nach Durchführung der Umwandlung oder nach Ablauf der Sperrfrist getroffen werden (z. B. Übertragung eines Gegenstandes aus dem Betriebs-

in das Privatvermögen), sind durch das Umwandlungssteuerrecht nicht mehr begünstigt, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen zu behandeln, so daß z. B. Einkommensteuerverpflicht eintreten kann.

5. Umfang der steuerlichen Vergünstigung bei Überführung von Wirtschaftsgütern ins Privatvermögen

Nach § 8 der 2. DurchfW.D. zum UmwandlG. sind für die Zwecke der Körperschaftsteuer die Wirtschaftsgüter in der Umwandlungsbilanz mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Die Körperschaftsteuer wird in voller Höhe erhoben. Im übrigen ist der Unterschied zwischen dem Wert des übertragenen Vermögens der Kapitalgesellschaft und dem Anschaffungspreis der Anteile des Gesellschafters nach § 18 Abs. 2 der 1. EinfSt-DurchfW.D. als Veräußerungsgewinn des Gesellschafters anzusetzen und als solcher einkommensteuerpflichtig. Dieser Veräußerungsgewinn ist nun nach § 8 der 2. DurchfW.D. von der Einkommensteuer befreit, soweit er auf Wirtschaftsgüter entfällt, die mindestens seit Ende des Wirtschaftsjahrs 1934 (1933/34) zum Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft gehört haben. Eine Befreiung ist also nicht möglich, soweit der Veräußerungsgewinn auf Wirtschaftsgüter entfällt, die erst am 1. Jan. 1935 oder später angeschafft worden sind. Hier gelten die allgemeinen Vorschriften des EinfStG., d. h. es ist nach §§ 17, 34 EinfStG. zu verfahren. Eine besondere Steuererleichterung über die Anwendung des niedrigen Tarifs in § 34 hinaus tritt nicht ein. Das ist von besonderer Bedeutung für die Fälle, in denen eine Kapitalgesellschaft nach dem 31. Dez. 1934 aufgelöst und ihr Vermögen im Verlauf der Liquidation veräußert oder durch Veräußerung einzelner Gegenstände an die Gesellschafter verwertet wird. Wird das Vermögen im einzelnen veräußert, so gehören die Wirtschaftsgüter, die schließlich übertragen werden, nämlich die Veräußerungserlöse in Form von Bargeld, Forderungen, Guthaben od. dgl. erst seit dem 1. Jan. 1935 oder später zum Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft, und es kommt daher die Erleichterung des § 8 in einem derartigen Fall nicht zur Anwendung.

6. Verhältnis des Umwandlungsgesetzes zum Umwandlungssteuergesetz

UmwandlG. und UmwandlStG. decken sich in ihren Tatbeständen gegenseitig nicht vollkommen. Das UmwandlG. behandelt lediglich die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und in § 10 seiner DurchfW.D. v. 14. Dez. 1934 auch die Anwendung des Umwandlungsrechts durch Verwaltungsanordnung auf den Fall, daß an der übernehmenden Personengesellschaft als Gesellschafter juristische Personen beteiligt sind. Das Umwandlungssteuerrecht behandelt steuerliche Vergünstigungen bei der Umwandlung und auch bei der Auflösung von Kapitalgesellschaften. Soweit es sich auch auf die Auflösung von Kapitalgesellschaften bezieht, geht es also weiter als das UmwandlG., soweit es sich auf Umwandlungen bezieht, ist es enger als das UmwandlG., weil in den oben erwähnten Sonderfällen des § 10 DurchfW.D. v. 14. Dez. 1934 kein Rechtsanspruch auf die Gewährung der steuerlichen Vergünstigungen besteht. Trotzdem ist davon auszugehen, daß das Umwandlungssteuerrecht in innerlicher Abhängigkeit vom Umwandlungsrecht steht. Es können also steuerrechtliche Vergünstigungen für die Umwandlung nur dann gewährt werden, wenn es sich um eine Umwandlung im Sinne des UmwandlG. handelt. Umwandlungen im Sinne des Gesetzes sind aber solche, die der Registerrichter eingetragten hat. Nur Eintragungen von Umwandlungen auf Grund des § 10 Satz 2 DurchfW.D. v. 14. Dez. 1934 sind als solche steuerrechtlich nicht zu beachten.

Können Bausparkassenagenten gemäß § 88 Abs. 2 HGB. die volle Provision für die Vermittlung oder den Abschluß von Bausparverträgen verlangen, die durch Anordnung der „vereinfachten Abwicklung“ nicht zur Ausführung gekommen sind?

I.

Zur Frage der Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 HGB. auf Versicherungs- und Bausparagenten

Von Referendar Rudolf Rötter, Berlin

Durch das PrivVerfG. v. 6. Juni 1931 sind die Bausparkassen der Aufsicht des RWVPrivVerf. unterstellt worden. Für Bausparkassen, denen durch das RWVPrivVerf. der Geschäftsbetrieb untersagt worden ist und die damit in Liquidation getreten sind, ist durch die RotW. v. 14. Juni 1932 die sog. vereinfachte Abwicklung der Sparverträge angeordnet worden.

Durch diese gesetzgeberischen Maßnahmen sind eine Reihe von Zweifelsfragen entstanden, mit denen sich die Rechtsprechung befassen muß, und die auch im Schrifttum behandelt worden sind. Bisher noch nicht behandelt sind jedoch die Fragen, die sich in den jetzt häufigen Fällen ergeben, in denen ehemalige Agenten von Bausparkassen ihre volle Provision für den Abschluß von Bausparverträgen verlangen, die durch Unterjagung des Geschäftsbetriebes der Bausparkasse nicht zur Ausführung kommen. Diese Ansprüche werden regelmäßig auf § 88 Abs. 2 HGB. gestützt, wonach der Agent die volle Provision auch für nicht zur Ausführung gelangte Geschäfte verlangen kann, sofern die Ausführung infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn unterblieben ist, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person des anderen Teils vorliegen.

Ob bei Unterjagung des Geschäftsbetriebes der Bausparkasse die Ausführung der Sparverträge i. S. des § 88 Abs. 2 HGB. durch ein Verhalten der Bausparkasse als Geschäftsherrn unmöglich geworden ist, ist eine Frage des Einzelfalles, die ähnlich liegt, wie in dem allgemeinen Fall, daß die Ausführung eines Geschäfts durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn unterblieben ist (vgl. hierzu „Rechtsstellung des Handelsagenten im Konkurs der vertretenen Firma“: JW. 1934, 2666).

Von grundsätzlicher Bedeutung ist jedoch die Frage, inwieweit die sonstigen Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 HGB. gegeben sind. Es handelt sich hier zunächst um die bekannte Zweifelsfrage, was unter der „Ausführung“ des Geschäfts i. S. des § 88 HGB. zu verstehen ist.

Die Vorschrift des § 88 unterscheidet für die Entstehung des Provisionsanspruchs zwischen dem „Zustandekommen“ und der „Ausführung“ des Geschäfts. Diese Regelung entzieht die frühere Streitfrage, ob die Provision schon mit der „Perfektion“, d. h. dem Abschluß, oder erst mit der Ausführung des Geschäfts entsteht. Zweifelhaft ist aber der Begriff der Ausführung des Geschäfts geblieben. In der Denkschrift I zum HGB-Entw. wird gesagt: „Wann das Geschäft als ausgeführt anzusehen ist, insbesondere ob dazu notwendig die vollständige Abwicklung der beiderseitigen Leistungen gehört, kann hier ebensowenig wie beim Provisionsanspruch des Kommissionärs durch eine alle Fälle umfassende Vorschrift entschieden werden.“ Man könnte aus der Bestimmung, daß beim Verkaufsagenten der Provisionsanspruch erst mit dem Eingang der Zahlung und nur nach dem Verhältnis der eingegangenen Beträge erwächst, folgern, daß die Ausführung gleichzusetzen wäre der Erfüllung, d. h. der vollständigen Abwicklung der beiderseitigen Leistungen. Eine Meinung sieht hierin jedoch nur eine Sonderbestimmung; regelmäßig sei ein Geschäft zur Ausführung gelangt, „wenn der Erfolg, der von der Tätigkeit des Agenten erwartet wurde, eingetreten ist“;

daher sei beim Versicherungsagenten der erwartete Erfolg auf den Abschluß des Versicherungsvertrages beschränkt; die Erfüllung, die einzelnen Prämienzahlungen, gehörten nicht dazu. Anderer Ansicht sind hingegen Lehmann-Ring Nr. 2 und Albrecht-Tentler, Recht der Agenten S. 119. Diese letztere Ansicht geht dahin, zur Ausführung gehöre zumindest mehr als zum Zustandekommen, der Vollzug des Geschäfts müsse mindestens begonnen haben, dem Versicherungsagenten sei ein Provisionsanspruch erst zuzubilligen, wenn die erste Jahresprämie gezahlt ist.

Die Dinge liegen beim Versicherungsagenten ebenso wie beim Bausparkassenagenten. Durch den Abschluß des Versicherungsvertrages hat der Versicherungsunternehmer ebenso wie die Bausparkasse beim Abschluß des Bausparvertrages noch keinen wirtschaftlichen Vorteil erlangt. Zwar ist ihnen rechtlich ein Anspruch auf Zahlung der Prämie bzw. der Sparrate entstanden; diese Ansprüche sind aber gegenstandslos, denn durch die Einlagung der Prämie bzw. des Bausparbeitrages kann die Ausführung der Verträge praktisch nicht erzwungen werden. (Bezeichnend ist, daß in der Praxis regelmäßig die Provisionsansprüche des Versicherungsagenten vertraglich ausgeschlossen sind, wenn die Prämien erst eingeklagt werden müssen, vgl. JW. 1934, 1374².) Wenn beim Versicherungsvertrag die Eintreibung der Prämien noch insofern Bedeutung hat, als die Versicherung dadurch die Gegenleistung für ihre Risikotragung erhält, hätte die Eintreibung von Sparbeiträgen überhaupt keinen Sinn; sie ist den Bausparkassen auch durch die allgemeine Geschäftsanweisung untersagt. Zahlt nämlich der Bausparer seine Beiträge nicht, und zwar nicht einmal die erste Rate, so erlischt der Vertrag nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist ohne weiteres (vgl. JW. 1933, 747). Bringt der bloße Abschluß des Bausparvertrages ebenso wie der des Versicherungsvertrages dem Geschäftsherrn noch keinen wirtschaftlichen Wert, so ist auch kein Raum für die Zahlung einer Provision; denn ihrem Wesen nach ist die Provision wirtschaftlich gesehen eine Gewinnbeteiligung und nicht ein Arbeitsentgelt. Hinzukommt noch, daß es gerade bei Bauspar- und Versicherungsverträgen besonders undurchsichtig ist, ob der Vertragsgegner in der Lage ist, den Vertrag durchzuhalten, insbesondere aber, ob überhaupt ein ernstlicher Vertragsabschluß vorliegt und es sich nicht um bloße „Papier-soldaten“ des Agenten handelt. Die Unsicherheit darüber, ob der Vertragsabschluß wirtschaftlichen Wert haben kann, ist daher hier ganz erheblich größer als bei der Verkaufsentur. Durch den Abschluß des Kaufvertrages erwachsen dem Geschäftsherrn realisierbare Leistungsansprüche. Außerdem ist bei der Verkaufsentur die Möglichkeit, daß es sich um bloße Scheinabschlüsse handelt, erheblich geringer. Wenn daher schon für die Verkaufsentur ausdrücklich festgestellt ist, daß der Provisionsanspruch nicht schon mit dem Zustandekommen, also dem Abschluß des Geschäfts, entstehen kann, sondern erst mit dem Eingang der Zahlungen und nur nach deren Verhältnis, so muß Entsprechendes erst recht für die Vermittlung von Versicherungsverträgen und verwandter Verträge, wie Bausparverträge, gelten.

Daraus folgt daher zunächst negativ, daß der Provisionsanspruch noch nicht mit dem bloßen Abschluß des betreffenden Vertrages entstehen kann. Völlig zweifelhaft ist nun jedoch, welcher Zeitpunkt hierfür maßgebend sein soll. Es zeigt sich nämlich, daß man mit dem Begriff der Ausführung hier überhaupt nicht auskommt. Klar ist zunächst, daß man hier die Ausführung nicht der Erfüllung im Sinne der vollständigen Abwicklung der beiderseitigen Leistungen gleichsetzen kann, denn von einer Ausführung in diesem Sinne könnte

beim Bausparvertrag erst mit der Leistung der letzten Tilgungsrate oder, anders ausgedrückt, mit dem Eintritt des Zeitpunktes der längsten Wartezeit" gesprochen werden. Begnügt man sich damit, daß mit der Ausführung des Geschäfts begonnen sein muß, so könnte man wohl beim Versicherungsvertrag mit der herrschenden Meinung für die Entstehung des Provisionsanspruchs die Leistung der ersten Prämie maßgebend sein lassen. Die Willkür solcher Annahme liegt jedoch auf der Hand. Beim Bausparvertrag wäre solche Annahme auch ausgeschlossen, da regelmäßig die erste Sparrate viel zu gering ist, als daß sie wirtschaftlich als Grundlage für die Zahlung der vollen Provision dienen könne.

Eine besondere Schwierigkeit liegt nämlich beim Versicherungsvertrag und beim Bausparvertrag in der Frage, wonach die Provision zu bemessen ist, ob nach der Höhe der Vertragssumme oder der Höhe der Prämien bzw. der Sparbeiträge. Gewiß steht die Höhe der Prämien und der Sparraten in einem bestimmten Verhältnis zu den erstgenannten Größen; es liegt hier aber doch völlig anders als etwa beim Kaufvertrag, wo die Höhe der Vertragssumme und der Wert der Leistungen des Vertragsgegners gleichbedeutend sind. Wenn nun in der Praxis regelmäßig ein fester Provisionsfuß bestimmt ist, der auf die Abschlußsumme abgestellt ist, so könnte man versucht sein, anzunehmen, daß der volle Provisionsanspruch erst dann gegeben ist, wenn der Wert der von beiden des Bausparers bzw. des Versicherungsnehmers eingehenden Leistungen in einem angemessenen Verhältnis zu dem Wert der vollen Provision steht.

Tatsächlich findet sich auch in der Praxis eine vertragliche Regelung des Provisionsanspruchs in diesem Sinne. Ohne solche vertragliche Regelung käme man denn auch hier nicht aus, da die für die gewöhnlichen Agenturfälle gegebene Regelung des Gesetzes für die Versicherungs- und Bausparagentur nicht verwertbar ist, denn für den Begriff der Ausführung, auf den das Gesetz abstellt, ist, wie gesagt, hier kein Raum.

Bei der Versicherungsagentur ist der Provisionsanspruch meist so geregelt, daß er entweder in voller Höhe mit der Leistung der ersten Jahresprämie oder jeweils bei Leistung einer Prämie in anteiliger Höhe dieser Prämie entsteht. Ähnlich ist die Regelung bei der Bausparagentur, bei der die Provision in anteiliger Höhe bei Leistung der einzelnen Sparraten entsteht. Man findet hier oft den Ausdruck, dem Vertreter werde bei Leistung der einzelnen Sparbeiträge ein Vorschuß in anteiliger Höhe der Sparrate gewährt. Das kommt aber darauf hinaus, daß schon mit der einzelnen Sparrate der Anspruch teilweise entsteht, wenn auch vielleicht noch unter einer auflösenden Bedingung.

Dieser Zustand ergibt folgendes rechtliche Bild: Die Entstehung des Provisionsanspruchs ist bei der Versicherungs- und der Bausparagentur an ein völlig anderes Tatbestandsmerkmal als bei den gewöhnlichen Agenturen geknüpft. Die Unterscheidung zwischen dem Zustandekommen und der Ausführung des Geschäfts ist hier für die Beurteilung des Provisionsanspruchs gegenstandslos. Die Entstehung des Anspruchs steht nur in ganz mittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluß des Geschäfts. Man wird daher auch zweifeln können, ob hier mit dem bloßen Abschluß des Vertrages dem Agenten auch nur ein bedingter Anspruch auf die Provision entsteht, wie es von der herrschenden Meinung für die gewöhnlichen Fälle angenommen wird. Der bloße Abschluß des Vertrages ist gerade für die Bausparkasse rechtlich und wirtschaftlich ein Nichts. Er bedeutet tatsächlich nur die Gewinnung eines Interessenten. Das Geschäft selbst kommt wirtschaftlich gesehen überhaupt erst zustande, wenn der gewonnene Interessent mit dem Sparen, d. h. der Leistung seiner Sparbeiträge, beginnt. (So unterscheidet auch Berliner a. a. O. zutreffend zwischen dem formellen und dem materiellen Gewinn.)

Diese Klarlegung ermöglicht es erst, die Frage zu entscheiden, ob in den eingangs erwähnten Fällen eine Anwendung des § 88 Abs. 2 HGB. gegeben ist. Man vergegenwärtige sich hierbei zunächst die tatsächliche Lage der Dinge. In der Scheinblüte des Bausparwesens, kurz vor den gesetz-

geberischen Eingriffen von 1931 und 1932 sind bei allen Bausparkassen von ihren Agenten eine Anzahl von Abschlüssen eingegangen. Der wirtschaftliche Wert dieser Abschlüsse steht völlig im unklaren. Abgesehen davon, daß es jetzt unmöglich ist, festzustellen, wieviel bloße Scheinabschlüsse, sog. „Papiersoldaten“, sich hierunter befinden, ist es völlig ungewiß, ob und wie weit es wirklich zur Ausführung der Verträge gekommen wäre. Selbst bei Sparern, die wirtschaftlich dazu in der Lage gewesen wären, kann niemand voraussetzen, ob und wie lange sie wirklich ihre Sparbeiträge geleistet hätten. Jedem Sparer hätte es freigestanden, nach einer gewissen Zeit von der Leistung weiterer Beiträge abzusehen und seinen Sparvertrag unter entsprechender Herabsetzung der Vertragssumme in einen beitragsfreien umzuwandeln. Daraus ergibt sich, daß die Vertragssumme bei Abschluß des Vertrages überhaupt keine feste Größe ist. Ebenso ist deshalb auch der Provisionsfuß, der nach der Abschlußsumme gemessen ist, nur eine fiktive Größe, d. h. nur ein möglicher Höchstfuß. Dieser fiktive Höchstfuß kann daher nicht als das angesehen werden, was § 88 Abs. 2 unter dem Begriff der „vollen Provision“ versteht. Eine solche volle Provision gibt es jedenfalls beim Bausparagenten nicht. Der Agent kann, einfach ausgedrückt, nur so viel verdienen, wie der Sparer Beiträge leistet.

Läßt sich somit bei der Bauspar- wie bei der Versicherungsagentur der Begriff der vollen Provision und der „Ausführung“ des Geschäfts nicht verwenden, so entfällt damit eine Anwendungsmöglichkeit des § 88 Abs. 2 HGB. Sind daher die von dem Agenten vermittelten oder abgeschlossenen Sparverträge durch Unterfagung des Geschäftsbetriebes der vereinfachten Abwicklung unterworfen worden, so fehlt es an dem grundlegenden Tatbestandserfordernis des § 88 Abs. 2 HGB., daß die Ausführung des Geschäfts ganz oder zum Teil unterblieben ist, denn von einer Ausführung in diesem Sinne beim Bausparvertrag kann man nicht sprechen. Sofern man den Ausdruck der Ausführung überhaupt verwenden will, muß man vielmehr den Bausparvertrag als insoweit ausgeführt ansehen, als Sparbeiträge geleistet sind, und nur insoweit ist die Provision verdient. Das bedeutet nicht eine nur teilweise Ausführung, da, wie dargelegt worden ist, nach der Gestaltung des Vertragsverhältnisses die Abschlußsumme keine feste Größe ist, und es praktisch im Belieben der Sparer steht, wieviel Sparraten sie leisten wollen. Das Verlangen der vollen Provision ist deshalb gegenstandslos, weil der nach der Abschlußsumme berechnete Provisionsfuß nur ein fiktiver Höchstfuß ist.

Dieses Ergebnis entspricht aus den oben angeführten Gründen durchaus der Billigkeit. Die Vorschrift des § 88 Abs. 2 HGB. soll nur verhüten, daß der Agent durch das willkürliche Verhalten des Geschäftsherrn um seine mit Recht erwartete Provision kommt. Bei der Vermittlung von Bausparverträgen muß sich der Vertreter aber im klaren sein, daß der bloße Abschluß des Bausparvertrages ihm noch keine Gewähr, und zwar weder für eine Provision überhaupt, noch für deren Höhe gibt, da er nur damit rechnen kann, so weit zu verdienen, wie das formelle Geschäft des Bausparabschlusses wirtschaftlich durch Leistung von Sparraten konkretisiert wird. Nur insoweit hat er einen wirtschaftlichen Wert für seine Auftraggeberin geschaffen, und nur insoweit kann er hieran durch eine Provision beteiligt sein.

II.

Unter besonderer Berücksichtigung der Provisionsansprüche im Hinblick auf die Auflösung der Zwecksparunternehmungen

Von Assessor Hans Rahlert, Berlin

A.

Die Ausführungen Nöthers unterfallen der Grundfrage, ob und welche Provisionsansprüche für den Handelsvertreter bestehen, wenn das von ihm vermittelte oder ab-

geschlossene Geschäft nicht zur Ausführung (Durchführung, Vollendung) gelangt. Ihre Beantwortung verdient weitgehendstes Interesse, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Auflösung der Zwecksparunternehmungen, sei es, daß diese durch eine behördliche Verfügung des Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen oder kraft Gesetzes erfolgt ist¹⁾. Für die Behandlung der Provisionsansprüche von Vertretern der Bausparkassen und Zwecksparunternehmungen ergeben sich mit Rücksicht auf die gemeinsame Kennzeichnung als Kollektivsparunternehmungen (§ 112 Abs. 1 VerfAufsG. v. 6. Juni 1931 und § 1 Abs. 1 Ges. über Zwecksparunternehmungen v. 17. Mai 1933 — ZweckparG. —) die gleichen Zweifelsfragen.

Zur Klarstellung soll an dieser Stelle hervorgehoben werden, daß die gleichzeitige Behandlung der zugrunde liegenden Fragen für Bausparkassen und Zwecksparunternehmungen nur in bezug auf das Thema des Aufsatzes erfolgt. Insbesondere ist zu beachten, daß die gesetzliche Auflösung der Zwecksparunternehmungen in keiner Weise die Bausparkassen betrifft.

Die obige Kernfrage ist nach zwei Richtungen zu untersuchen, und zwar a) ob und in welchen Fällen kann § 88 Abs. 2 HGB. angewendet werden und b) welche Ansprüche stehen dem Vertreter bei Nichtdurchführung des Geschäftes zu, wenn die Anwendung des § 88 Abs. 2 HGB. ausgeschlossen ist.

Nötger betrachtet die Frage der Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 HGB. für den Fall der vereinfachten Abwicklung einer Bausparkasse. Es soll kurz darauf hingewiesen werden, daß Nötger unzutreffend davon ausgeht, daß bei Bausparkassen, denen der Geschäftsbetrieb untersagt worden ist, nach den Vorschriften der W.D. des RPräs. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung v. 14. Juni 1932 (NotW.D.) die vereinfachte Abwicklung gesetzlich bestimmt sei und die entstandenen Zweifelsfragen auf gesetzgeberische Eingriffe zurückzuführen seien. Das ist jedoch zwingend nicht der Fall. § 1 Abs. 1 NotW.D. bestimmt lediglich, daß im Fall der Geschäftsbetriebsunterfügung die vereinfachte Abwicklung durch das RAufsPrivatVerf. angeordnet werden kann, während aber auch die Überführung des Bestandes an Bau Sparverträgen der untersagten Bau Sparkasse auf eine andere gesunde Bau Sparkasse oder aber auch die Anordnung des Konkursverfahrens für die untersagte Bau Sparkasse möglich ist. Es kommen mithin noch weitere Tatbestände hinzu, die nach Maßgabe der heutigen Gesetzeslage unter dem gleichen Gesichtspunkt untersucht werden müssen. Diese seien im folgenden kurz zusammengestellt:

1. Bau Sparkassen:

- Die Untersagung des Geschäftsbetriebes einer Bau Sparkasse gemäß § 87 VerfAufsG. durch das RAufsPrivatVerf.,
- die Anordnung der vereinfachten Abwicklung einer Bau Sparkasse gemäß § 1 Abs. 1 NotW.D.,
- die Anordnung des Konkursverfahrens,
- Übertragung des Bestandes an Bau Sparverträgen einer Bau Sparkasse auf eine andere Bau Sparkasse (§§ 112 Abs. 1 Satz 2, 14 VerfAufsG.).

2. Zweck Spar unternehmungen:

- Anordnung der vereinfachten Abwicklung durch den Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen gemäß § 15 Abs. 2 ZweckparG.,
- Konkurs (ledigliche Geschäftsbetriebsunterfügungen, ohne daß eine Entscheidung zu a) oder b) ergangen ist, sind praktisch nicht mehr vorhanden),

¹⁾ über den Unterschied zwischen den beiden genannten Liquidationsformen und über die gesetzliche Auflösung aller Zwecksparunternehmungen (vgl. Bahler: ZB. 1936, 293 ff., 1025 ff. und Loeniger: Die Sparkasse Nr. 7 und 8, S. 101 ff. und 121 ff.).

c) die gesetzliche Auflösung der Zwecksparunternehmungen gemäß § 1 Abs. 2 des Ges. über die Auflösung der Zwecksparunternehmungen v. 13. Dez. 1935 (AuflösG.); bereits vorgenommene Übertragungen von Zweckparbeständen spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle mehr, da sich die übernehmenden Zwecksparunternehmungen heute ebenfalls sämtlich im Zustand der Auflösung befinden.

Für den Fall der gesetzlichen Auflösung aller Zwecksparunternehmungen (oben 2c) ist die Hauptfrage leicht zu beantworten. § 88 Abs. 2 HGB. kann hinsichtlich der nicht durchgeführten Zwecksparverträge keine Anwendung finden, da es an der Voraussetzung für die Anwendung, daß die Ausführung des Geschäftes durch das Verhalten des Geschäftsherrn verhindert sein muß, fehlt. Der gesetzgeberische Eingriff ist für die Haftung des Geschäftsherrn hinsichtlich des Provisionsanspruchs rechtlich als Zufall anzusehen²⁾. Wenn gleich § 88 Abs. 2 HGB. nicht Verschulden des Geschäftsherrn voraussetzt, so ist hierdurch keineswegs eine Haftung begründet, denn § 88 Abs. 2 HGB. fordert zumindest die freie Entschlußmöglichkeit zu einem Verhalten, das mittelbar oder unmittelbar die Nichtdurchführung des Geschäftes zur Folge hat.

Anders sind die Fälle zu 1b, 1c, 2a und 2b oben zu betrachten. Hier kann das Verhalten des Geschäftsherrn tatsächlich die Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde oder des Gerichts ausgelöst haben, welche die Durchführung der Geschäfte, der Sparverträge, ausschließt.

Im Ergebnis ist wohl der Auffassung Nötgers zu folgen und die Nichtanwendbarkeit des § 88 Abs. 2 HGB. in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle anzunehmen. Die von Nötger gegebene Begründung für den Ausschluß der Anwendbarkeit bedarf jedoch in einigen Punkten der Richtigstellung.

Nötger geht davon aus, daß die vom Gesetzgeber angeführten Begriffe „volle Provision“ und „Ausführung des Geschäftes“ auf die Bau- oder Zweckpargeschäfte nicht angewendet werden können und somit die Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 HGB. entfällt. Allerdings wird man mit diesen Begriffen nichts anfangen können, wenn die Provision für einen Vertreter einzig und allein der Höhe nach festgelegt wird, etwa zu einem bestimmten Hundertsatz der Sparvertragssumme, der Abschlußgebühren oder der Werbebeiträge usw., ohne daß gleichzeitig ein bestimmtes Stabium oder auch verschiedene vertraglich festgelegte Stufen der Sparvertragsabwicklung für die Entstehung oder Fälligkeit des Provisionsanspruchs vereinbart worden sind. Indessen findet sich eine solche Rechtslage, wie Nötger selbst ausführt, in der Praxis wohl kaum.

Die Bestimmungen des § 88 HGB. sind sämtlich dispositiver Natur. In den Agenturverträgen der Bau Sparkassen oder Zwecksparunternehmungen finden sich die mannigfaltigsten Vereinbarungen über die Entstehung bzw. den Eintritt in der Fälligkeit des Provisionsanspruchs. Sie lassen sich für die Zwecke dieser Ausführungen in zwei Hauptgruppen scheiden, je nachdem ob die Provision in einem einzigen Betrag nach Zahlung bestimmter Kostenbeiträge oder auch Sparleistungen durch den Sparer oder ob sie etwa in der Art von Erst- und Folgeprovisionen zu leisten sind. Bei der letzteren Art wird die Vermittlungs- oder Abschlußprovision in Raten gezahlt, und zwar wird die Erstprovision nach der ersten Sparrate oder nach Erreichung einer bestimmten Leistung durch den Sparer verdient, während die Folgeprovision während der Gesamtdauer oder einer bestimmten Laufzeit des Bau- und Zwecksparvertrages entsprechend dem Eingang von Sparleistungen oder auch Tilgungsraten von dem Agenten erworben wird. Von dem Bestehen solcher vertraglichen Vereinbarungen soll für die Beantwortung der Kernfrage ausgegangen werden. Die Tatsache, daß derartige vertragliche Vereinbarungen bestehen, schließt nicht ohne weiteres die Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 HGB. aus. Zwar ist

²⁾ Vgl. Beschl. des LG. Hamburg v. 7. März 1936, 8 T 9/36.

es denkbar und praktisch auch gelegentlich vereinbart worden, daß der Provisionsanspruch ausgeschlossen oder beschränkt ist, wenn aus irgendwelchen Gründen der Sparvertrag nicht zur Durchführung gelangt. Eine solche Vertragsbestimmung findet jedoch bereits in der Vorschrift des § 276 Abs. 2 BGB. ihre Grenze, wonach die Befreiung von der Haftung für ein vorsätzliches Verhalten nicht im voraus vereinbart werden kann (§ 88 Abs. 2 BGB. muß als gesetlicher Fall positiver Vertragsverletzung angesehen werden). Wendet man nun den § 88 Abs. 2 BGB. auf die erwähnten Provisionsvereinbarungen an, so dürfte zunächst entgegen der Auffassung Nöthers die sogenannte „volle Provision“ eindeutig bestimmbar sein. Sie stellt ja lediglich eine rechnerische Größe dar, die in gleicher Weise feststeht, wie die Höhe der Sparvertragssumme, der Kostenbeiträge und Sparleistungen, auf welche der Provisionsatz Bezug nimmt. Auf die Herabsetzung von Vertragssummen usw. dürfte es praktisch nicht ankommen, da der Abschlußtatbestand für die Bemessung der Provision zugrunde gelegt wird. Lediglich die Entstehung des Anspruchs hierauf oder der Eintritt seiner Fälligkeit ist je nach dem Ablauf des vermittelten oder abgeschlossenen Vertrages unbestimmt. Aber auch der Begriff der „Ausführung des Geschäfts“ dürfte um nichts weniger unbestimmt sein. Die Bestimmung des § 88 Abs. 2 ist eine Schutzbestimmung zugunsten des Vertreters und kann daher im Zusammenhang mit den getroffenen Vereinbarungen nicht weiter ausgelegt werden, als ein Schutzbedürfnis von dem Vertreter beansprucht wird. Die Erklärung des Begriffs hat daher lediglich im Hinblick auf die Beziehungen des Vertreters zum Geschäftsherrn zu erfolgen, so daß es ohne Bedeutung bleiben kann, was in anderer Beziehung unter „Ausführung des Geschäfts“ zu verstehen ist. Grundsätzlich ist zwar zu sagen, daß im Zweifel unter „Ausführung“ die vollendete Geschäftsabwicklung gemeint ist, wie mittelbar auch der Vorschrift des § 88 Abs. 1 Satz 2 BGB. entnommen werden kann. Von dem hier maßgebenden Standpunkt des Vertreters muß das Geschäft dann als ausgeführt gelten, wenn nach den vertraglichen Bestimmungen die Provision endgültig an den Vertreter zu leisten ist. Die weitere Ausführung (Abwicklung) des Geschäfts interessiert ihn für den Erwerb der Provision nicht mehr. Daraus folgt ganz allgemein, daß der Geschäftsherr schon dann gemäß § 88 Abs. 2 BGB. die Vollprovision zu gewähren verpflichtet ist, wenn durch sein Verhalten, ohne daß der Vertreter hierzu beiträgt, die Abwicklung des Geschäfts nicht den Stand erreicht, bei dessen Erreichung die volle Provision für den Vertreter verdient wäre. Damit ist auch der Begriff der „Durchführung“ in jedem Einzelfall nach Maßgabe des Agenturvertrages hinreichend klar bestimmbar.

Die Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 BGB. entfällt bei Bau- und Zweckspargeschäften mithin nicht aus rechtlichen, wohl aber aus rein tatsächlichen Gründen, die mit der besonderen Natur dieser Geschäfte und ihrer Abwicklung zusammenhängen. § 88 Abs. 2 BGB. erfordert Kaufszusammenhang zwischen dem Verhalten des Geschäftsherrn und der Nichtdurchführung des Geschäfts. Nach dem im bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz von der adäquaten Verurteilung kann jedoch der Kaufszusammenhang praktisch nie in der erforderlichen Weise dargetan werden. Dieser Gesichtspunkt wird durch die Ausführungen Nöthers in jeder Beziehung gestützt. Bei den vielen verschiedenen auch von Nöther dargestellten Gründen, die der Durchführung von Sparverträgen entgegenstehen, kann aus dem Verhalten des Geschäftsherrn nichts hergeleitet werden. Die Ausführungen Nöthers für die Durchführung von Bauparverträgen haben die gleiche Geltung für Zwecksparverträge vor der Auflösung der Zwecksparunternehmungen, ohne daß im einzelnen etwas zu wiederholen ist. Um ein Beispiel zu nennen, sei gedacht an die Anweisung der Fachgruppe Zwecksparunternehmungen, durch welche den Zwecksparunternehmungen verboten wurde, aus den sogenannten „Papierverträgen“ die Kostenbeiträge zwangsmäßig beizutreiben bzw. solche überhaupt einzuklagen, oder an die Auflagen an die Zwecksparunternehmungen in ständiger Verwaltungsübung des Reichsbeauftragten für Zweck-

sparunternehmungen, jedem Sparer das jederzeitige Rücktrittsrecht des Sparvertrages einzuräumen. Ich möchte daher die Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 BGB. nicht aus Rechtsgründen ablehnen, sondern annehmen, daß hierfür aus den tatsächlichen Gründen der geübten Geschäftspraxis kein Raum ist. Da mithin die Entscheidung auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist, kann unter Umständen selbstverständlich auch gelegentlich die Anwendbarkeit der genannten Vorschrift gegeben sein. Hierzu Näheres auszuführen, dürfte sich jedoch erübrigen. Die entwickelten Grundsätze gelten auch, wenn nach Geschäftsbetriebsunterfügung und Überführung des Sparerbestandes (vgl. Fall 1d oben) der Sparer seinen Vertrag bei der übernehmenden Bauparparasse nicht mehr weiter durchführt, obwohl der Entschluß des Sparerers durch das gesetliche Verhalten der übertragenden Bauparparasse gebildet sein mag.

B.

Da nach dem oben Ausgeführten die Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 BGB. in der Praxis weit überwiegend nicht gegeben sein dürfte, ist nunmehr darzulegen, welche Provisionsansprüche ohne Berücksichtigung des § 88 Abs. 2 aus dem nicht ausgeführten Geschäft dem Vertreter erwachsen. Für die Geltendmachung von Provisionsansprüchen, soweit solche nach materiellem Recht bestehen, ist vorauszuschicken, ob und wie weit formelle Rechtsgründe der Geltendmachung entgegenstehen können. Es ist davon auszugehen, daß mit der Unterfügung des Geschäftsbetriebes einer Bauparparasse oder einer Zwecksparunternehmung fast stets ein Zahlungsverbot gemäß § 89 VerfAufG. vom Reichsbeauftragten oder § 14 Abs. 2 Satz 1 ZweckparG. vom Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen angeordnet worden ist. Bei den gesetzlich aufgelösten Zwecksparunternehmungen ist ein solches Zahlungsverbot kraft Gesetzes erlassen worden (§ 3 Abs. 1 AuflösG.). Die verfügten Zahlungsverbote haben zumeist folgenden Wortlaut: „Der Unternehmung werden alle Arten von Zahlungen verboten. Die Unternehmung bleibt berechtigt, Steuern, öffentliche Abgaben und solche Verwaltungskosten, die zur weiteren Abwicklung unerlässlich sind, zu bezahlen.“ Das gesetzliche Zahlungsverbot hat in seiner Ausnahmebestimmung § 3 Abs. 1 Satz 2 folgenden Wortlaut: „Der Liquidator darf jedoch ... Gehälter und Löhne, ... bezahlen.“ Damit ist auch die Fälligkeit der Vertreterforderungen wegen der im Zahlungsverbot liegenden Zwangsstundung³⁾ aufgehoben. Der Reichsbeauftragte hat für die gesetzlich aufgelösten Zwecksparunternehmungen entschieden, daß Provisionen wie Gehälter und Löhne im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 ZweckparG. zu behandeln seien. Für die Kennzeichnung der Rechtslage sei folgender Beschluß des OLG. Breslau⁴⁾ im Armenverfahren angeführt (Rl. ist der Vertreter):

„Die Beschwerde wird aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses auf Kosten des Kl. zurückgewiesen.“

Nach der am 15. April 1936 eingegangenen Auskunft des Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen, A Kr 300, hat er lediglich mit Wirkung für die gemäß § 1 Abs. 1 AuflösG. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1457) gesetzlich aufgelösten Zwecksparunternehmungen festgelegt, daß Provisionsansprüche wie Gehälter und Löhne im Sinne des § 3 Abs. 2 a. a. O. zu behandeln seien, nicht auch für den Betrieb der Bekl., deren Liquidation bereits vorher auf Grund des § 15 Abs. 1 des Gef. v. 17. Mai 1933 angeordnet worden ist und über die das Zahlungsverbot v. 6. Nov. 1935 verhängt worden ist.“

Die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 Satz 2 führt jedoch noch nicht die Fälligkeit des Provisionsanspruches her-

³⁾ Vgl. Kahler: JW. 1936, 294 ff.; RGBl. 112, 348 = JW. 1926, 1164³⁾.

⁴⁾ Beschluß des OLG. Breslau v. 24. April 1936, 7 W 365/36; vgl. auch Rundschreiben der Fachgruppe Zwecksparunternehmungen Nr. 38/35 v. 18. Dez. 1935.

bei⁵⁾, sondern stellt die Zahlung in das Ermessen des Liquidators, der lediglich berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, nach seinem pflichtgemäßen Ermessen Zahlungen zu leisten, ohne daß es dann allerdings der besonderen Aufhebung des Zahlungsverbots im Einzelfall gemäß § 3 Abs. 2 AufLG bedarf. Bei den verfügten Zahlungsverboten wäre die Aufhebung des Zahlungsverbots im Einzelfall für die Befriedigung des Vertreters erforderlich. Wegen der Provisionsansprüche hat sich daher der Vertreter mit dem Liquidator auseinanderzusetzen, ohne daß ihm die Möglichkeit gegeben ist, Leistungsklage zu erheben⁶⁾. Eine Feststellungsklage, deren Erhebung grundsätzlich von dem Bestehen eines Zahlungsverbots unabhängig ist, kann jedoch erst dann zugelassen werden, wenn der Liquidator nach pflichtgemäßer Prüfung im Rahmen der Gesamtabwicklung einer Unternehmung in der Lage ist, sich endgültig hinsichtlich der Berechtigung einer Provisionsforderung zu äußern und diese alsdann endgültig bestrittet. Vor diesem Zeitpunkt wäre eine Feststellungsklage als verfrüht zu erachten⁷⁾.

Welche Ansprüche stehen dem Vertreter materiellrechtlich unter Außerachtlassung eines etwa bestehenden Zahlungsverbots zu? Ist, was praktisch jedoch nur selten der Fall sein wird, kein besonderes Stadium der Vertragsabwicklung als Zeitpunkt für den endgültigen Erwerb der Provision vereinbart, so bleibt ebenfalls der Grundsatz maßgebend, daß die Provisionsforderung zwar mit dem Zustandekommen des Sparvertrages zur Entstehung gelangt, die Forderung jedoch durch die Ausführung des Sparvertrages, und zwar in diesem Falle durch die restlose Vertragsabwicklung, bedingt ist. Da es sich bei der Durchführung von Sparverträgen um sogenannte Dauerschuldbverhältnisse handelt, so dürfte kraft Gesetzes (vgl. § 88 Abs. 1 Satz 2 HGB) die Provision als laufende Provision in Raten entsprechend der durch die Zahlung von Spar- oder auch Tilgungsraten fortschreitend ausgeführten Sparverträge von dem Vertreter verdient sein⁸⁾. Zu diesem Ergebnis will offenbar Nötter ganz allgemein bei Nichtdurchführung eines Sparvertrages gelangen, indem er dem Vertreter eine Provision „entsprechend der Konkretisierung des Bau sparabschlusses“ zubilligt. Um aber eine entsprechende anteilige Provision bestimmen zu können, muß selbstverständlich auch die „volle Provision“ bestimmbar sein, deren Festlegung Nötter jedoch leugnet. Die Auffassung von der Gewährung einer anteiligen Provision im Fall der Nichtdurchführung des Sparvertrages, die beim Vorliegen der vorher gekennzeichneten Rechtslage vollen Umfangs richtig ist, läßt sich jedoch nicht als allgemeine Regel vertreten, da sie die vielgestaltigen Formen von Agenturverträgen in der Praxis außer acht läßt. Auf einige besondere Fälle sei im nachfolgenden eingegangen, die insbesondere für die gesetzlich aufgelösten Zwecksparunternehmungen von Bedeutung sind, aber auch für vereinfacht abzuwickelnde oder in Konkurs befindliche Unternehmungen ähnlich zu behandeln sind, soweit nicht die speziellen zwecksparechtlichen Aufstellungsbestimmungen durchgreifen. Hier ist zunächst an die Bestimmung des § 5 AufLG zu denken, wonach Verträge auf wiederkehrende Leistungen, wie Miete oder Dienstverträge, entgegen den etwa getroffenen Vereinbarungen unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgekündigt werden können. Ist eine solche nicht gesetzlich bestimmt, so kommt eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Vierteljahreschluß in Frage. Für die Frage, ob diese Bestimmung für die Agenturverträge Bedeutung hat, kommt es auf deren Vertragsinhalt an. Erhält der Agent lediglich für den jeweiligen Abschluß eines Sparvertrages oder dessen Vermittlung eine Provisionsvergütung, so spielt die Vorschrift keine Rolle, da der weitere Abschluß oder die Vermittlung von Zwecksparverträgen ausgeschlossen und gesetzlich verboten ist (§ 1 Abs. 1 AufLG.). Entsprechendes gilt für Geschäftsbetriebsunterfügungen von Bauparkassen oder Zwecksparunternehmungen. Würde eine

Kündigungsfrist nach Auflösung einer Unternehmung laufen, so könnte in deren Ablauf eine weitere Provision ohnehin nicht mehr verdient werden. Im übrigen aber verliert der Vertreter durch die Auflösung des Agenturverhältnisses seine bis zu diesem Zeitpunkt erworbenen Ansprüche grundsätzlich nicht⁹⁾. Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn dem Vertreter etwa ein fester Spesenzuschuß (Büro- und Fahrtkostenzuschüsse usw.), ein bestimmtes Garantieeinkommen oder sonst zusätzlich eine gehaltsähnliche feste Vergütung zugesagt worden ist. Grundsätzlich wäre dann in erster Linie die Frist des § 92 Abs. 1 HGB. (sechs Wochen) in Verbindung mit § 5 AufLG. heranzuziehen. Feste, von der Anzahl der Abschlüsse oder Vermittlungen unabhängig dem Vertreter zugesagte Vergütungen wären alsdann bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu gewähren. Bei den sogenannten „fixen Spesen“ muß unterschieden werden. Sollte mit derartigen Zuschüssen lediglich der Aufwand des Vertreters für seine Geschäftstätigkeit sichergestellt werden, ohne daß sie einen Gewinn darstellen sollten, so entfällt deren Fortzahlung insoweit, als der Aufwand für den Vertreter entfällt. Es ist aber denkbar, daß der Vertreter seinen Aufwand, etwa die Büromiete u. ä., nicht sofort nach Auflösung senken kann. In diesem Fall ist die Weiterzahlung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist aus Billigkeitsgründen zu vertreten. Der Vertreter muß sich jedoch das anrechnen lassen, was er erlangt oder erpart, wenn er etwa seine Büroräume usw. für einen anderen von ihm vertretenen Geschäftszweig neu verwendet. Kommt der Spesenzuschuß jedoch inhaltlich nicht einer Pauschalierung des von der Unternehmung zu erlegenden Aufwandes gleich, sondern ist als Entgelt für die Tätigkeit des Vertreters über die normale Provision hinaus vereinbart, so wäre die Fortzahlung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu leisten. Unabhängig hiervon ist die Frage zu erwägen, ob der Auflösungsfall nicht einen „wichtigen Grund“ im Sinne des § 92 Abs. 2 HGB. darstellt, der die Möglichkeit einer sofortigen Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gewährt. Da nach § 92 Abs. 2 HGB. der „wichtige Grund“ nicht in dem Verhalten des Vertreters zu liegen braucht, kann zumindest die gesetzliche Auflösung der Zwecksparunternehmungen, die ja ein für die Zwecksparunternehmungen unverschuldetes Unvermögen zur Fortführung der Geschäfte begründet, als ein solcher angesehen werden, so daß mit dem 16. Dez. 1936 (§ 16 AufLG.) die Auflösung der Vertreterverhältnisse rechtlich möglich war. Für die Anwendung obiger Grundsätze bleibt es außer Betracht, ob es sich um einen Generalvertreter oder um einen sonstigen Vertreter handelt. Stellt der Anstellungsvertrag einen gemischten Vertrag, etwa Dienstvertrag mit Provisionsbeteiligung, dar, so sind die gesetzlichen Vorschriften und die oben entwickelten Grundsätze für die besonders qualifizierten Teile des Abkommens getrennt anzuwenden. Es ist noch zu erwähnen, daß besondere Schadenserfasslichten den gesetzlich aufgelösten Zwecksparunternehmungen aus der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften nicht erwachsen können, da anderenfalls der Zweck des Gesetzes (z. B. des § 5 AufLG.) vereitelt wäre und im übrigen auch der Tatbestand für die Entstehung einer Schadenserfasspflicht nicht gegeben ist¹⁰⁾. Entsprechend ist auch für eine Fortzahlung der üblicherweise von einem Agenten etwa monatlich verdienten Provisionen für den Ablauf der Kündigungsfrist, sofern eine solche überhaupt läuft, keine gesetzliche Grundlage vorhanden. Es ist zuzugeben, daß die Lage manches Vertreters infolge der gesetzlichen Maßnahmen keine sehr glückliche ist. Hier helfend eingzugreifen ist jedoch Aufgabe der Arbeitsfront und der sonst zuständigen Fachgruppen.

Bei den in der Geschäftsübung der Unternehmungen anzutreffenden Provisionsabkommen, wonach die Provision in Form einer Rente je nach der Fortführung des Sparvertrages durch den Sparer zu leisten ist, haben sich praktisch Schwierigkeiten für den Auflösungsfall kaum ergeben. Die Art dieser Vereinbarungen, die zwar den Vertreter nicht bereits kurze

⁵⁾ Vgl. Kahler t a. a. O.

⁶⁾ HGB. 112, 348 ff. — JW. 1926, 1164³.

⁷⁾ Vgl. Kahler t: JW. 1936, 295.

⁸⁾ Ebenso auch Möller: Der Außendienst 1934 Nr. 1/2 S. 3.

⁹⁾ Vgl. NArbG.: JW. 1936, 1252⁴⁸.

¹⁰⁾ Vgl. in diesem Zusammenhang Kahler t: JW. 1936, 1033 zu Ziff. VIII, 3.

Zeit nach dem Abschluß oder der Vermittlung in den Besitz der Provision bringen, trägt alle Voraussetzungen für eine glatte Abwicklung in sich. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Provisionsraten sich auf den Zeitraum vom Abschluß bis zur Zahlung der einmaligen Kostenbeiträge, bis zur Erreichung eines bestimmten Sparguthabens oder bis zur Tilgung des Spardarlehens erstrecken. Schwieriger ist die Rechtslage, wenn eine einmalige Provision für den Fall versprochen wurde, daß der Sparer die einmaligen Kostenbeiträge gezahlt hat, ein bestimmtes Sparguthaben erreicht hat oder sogar zur Zuteilung der von ihm beantragten Sparvertragssumme gelangt ist. Ist vertraglich festgelegt worden, daß vor Eintritt dieser Voraussetzungen, insbesondere wenn der Sparer die hierzu erforderlichen Zahlungen nicht leistet oder die Durchführung des Sparvertrages aus anderen Gründen unterbleibt, ein Provisionsanspruch nicht besteht, so muß dementsprechend auch der Anspruch auf Gewährung von Provision in anteiliger Höhe entfallen. Die hierin unter Umständen liegende Unbilligkeit kann alsdann oft wegen der strikten entgegenstehenden Vereinbarung nicht beseitigt werden. Fehlt jedoch eine solche Vereinbarung, so entspricht es der Billigkeit, von dem Grundsatz auszugehen, daß der Vertreter im Zweifel die Provision erhält, die als Teil der vollen vereinbarten Provision dem Erfüllungsstand des abgeschlossenen oder vermittelten Sparvertrages entspricht. Dieser Grundsatz wird durch folgende Erwägung gestützt. Häufig wird die Provision endgültig von dem Vertreter nach Eingang der einmaligen Kostenbeiträge erworben. Da der Werbeaufwand einer Unternehmung im allgemeinen hoch ist, finden sich in den Spar- und Darlehensbedingungen dementsprechend hohe Abschlußkostenbeiträge. Diese enthalten wirtschaftlich zum Teil die von der Unternehmung dem Vertreter zu entrichtenden Provisionen. Es folgen z. B. Vertragsabschlußkosten 5% der Vertragssumme bezogen. Der Sparer zahlt jedoch lediglich 4% davon ein, während der Vertreter 2% der Sparvertragssumme (mithin zwei Fünftel der Abschlußkostenbeiträge) als Provision nach Zahlung der 5% durch den Sparer erhalten soll. Würde dem Vertreter ein entsprechender Anteil des Provisionszuges verweigert, so ergäbe sich für die Unternehmung in dem dargestellten Beispiel wirtschaftlich ein höherer Gewinn, als wenn der Sparer etwa noch weitere Zahlungen geleistet hätte, die die Fälligkeit der Provision herbeigeführt hätten. Das ist im Ergebnis unbillig. Es spricht dem Rechtsgefühl, daß der Vertreter seine Provision zu zwei Fünfteln von den Einzahlungen des Sparerz (mithin von 4% der Vertragssumme = $1\frac{2}{5}\%$) erhält. Sofern daher Agenturverträge Entgegenstehendes nicht enthalten, wäre im Wege der Auslegung die oben gekennzeichnete Vereinbarung entsprechend zu ergänzen. Im gleichen Sinne wäre auch dann zu verfahren, wenn eine Unternehmung nur geringe oder keine Abschlußkostenbeiträge erhebt und demgemäß den Zeitpunkt für die Auszahlung der vollen Provision auf einen späteren Zeitpunkt der Sparvertragsabwicklung (z. B. nach Zahlung von 5 oder 10 Monatsraten usw.) vereinbart hat. Der bei dem Auflösungsfall erreichte Stand des Sparvertrages bildet alsdann die Grundlage für die Errechnung der anteiligen Provision. Die erwähnten Grundsätze lassen sich mittelbar auch aus der Vorschrift des § 88 Abs. 1 Satz 2 herleiten, wonach im Zweifel zumindest die Provision nach dem Verhältnis des aus einem Verkauf eingegangenen Vertrages erworben wird. Schwierig ist die Errechnung des Anteils, wenn als Zeitpunkt die Zuteilung des Sparvertrages gilt und eine Vereinbarung darüber fehlt, welche Provision für den Fall zu zahlen ist, wenn die Zuteilung des Vertrages nicht erzielt wird. Auch hier läßt sich grundsätzlich sagen, daß wirtschaftlich in den einmaligen und (oder) laufenden Verwaltungskostenbeiträgen, die bei der Ausführung des Sparvertrages auskommen, ein Anteil der Provision enthalten ist. Die Schwierigkeit liegt hier in der Bemessung des Provisionsanteils, da der Zeitablauf bis zur Zuteilung des Sparvertrages nachträglich im Falle der Nichtdurchführung kaum selbst annähernd bestimmbar ist. Hier würde es sich halten lassen, unter entsprechender Anwendung der in den §§ 316, 315 BGB. verankerten Grundsätze die anteilige Provision nach

billigem Ermessen zu bestimmen, welches nur unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall gebildet werden kann.

Abschließend ist noch der bei Zwecksparunternehmungen häufige Fall zu behandeln, daß der Sparer sich in oder mit dem Sparvertrage unmittelbar dem Vertreter gegenüber verpflichtet, eine bestimmte Provision zu zahlen, und die Unternehmung ermächtigt, die Provision bei Auszahlung der Sparvertragssumme in Abzug zu bringen und dem Vertreter zu überweisen. Gelegentlich haben Sparer auch eine Abtretung des entsprechenden Betrages aus der Sparvertragssumme für den Fall der Zuteilung zugunsten des Vertrages vorgenommen. Durch die gesetzliche Auflösung der Zwecksparunternehmungen ist der rechtliche Bestand dieser Ansprüche zweifelhaft geworden. Der Provisionsanspruch entfällt m. E., wenn es sich um eine reine Erfolgsprovision für die Auszahlung des Darlehens, auf die es dem Sparer allein ankommt, handelt. Eine anteilige Provision kann hier nicht gewährt werden, da der Sparer allein der unmittelbar Verpflichtete ist, der vor der Zuteilung Vorteile aus dem Sparvertrage noch nicht erlangt hat. War die Provision allerdings auch für den Fall der Nichtdurchführung des Sparvertrages versprochen, so scheidet hinsichtlich der Verfügung des Sparerz über die zuzuteilende Sparvertragssumme zugunsten des Vertreters (durch die Anweisung an die Unternehmung oder durch Abtretung) Art. 8 Abs. 1 und 2 der W.D. zur Durchführung und Ergänzung des Ges. über die Auflösung der Zwecksparunternehmungen v. 12. März 1936 (RGBl. I, 162) (Auflösb.D.) Anwendung. Im Zweifel tritt daher in diesem Falle an Stelle des verfügbaren Darlehensanspruchs ein Anspruch auf Auszahlung des Guthabens gemäß §§ 4, 5 und 8 Auflösb. in entsprechender Höhe¹¹⁾. Der Anspruch aus der Verfügung des Sparerz entsteht nur, soweit dessen Sparguthaben ausreicht. Im übrigen ist auch die Erfüllungsreihenfolge des Art. 8 Abs. 2 Auflösb.D. zu beachten. Entsprechendes gilt, wenn der Vertreter die ihm abgetretenen Rechte weiter abgetreten hat. Ergibt sich jedoch ausdrücklich aus der Verfügung des Sparerz (Abtretung, Anweisung usw.), daß die Haftung des Sparguthabens bei Nichtzuteilung ausgeschlossen sein soll, so ist entgegen Art. 8 Abs. 1 Auflösb.D. (vgl. den Wortlaut „im Zweifel“) die Verfügung unwirksam geworden. Der Sparer ist im übrigen in der Lage, seine Verfügung zugunsten des Vertreters wegen etwaiger arglistiger Täuschung oder aus anderen Gründen anzufechten oder deren Nichtigkeit einzuwenden. Der Ausschluß des Nichtigkeits- oder Anfechtungseinwandes bei Sparverträgen gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 Auflösb.D.¹²⁾ gilt für Provisionsvereinbarungen gegenüber dem Vertreter natürlich nicht. Bei der genannten Vorschrift handelt es sich lediglich um eine gesetzgeberische Maßnahme zur Erleichterung und Beschleunigung der Abwicklung aller Zwecksparunternehmungen. Der Ausschluß der genannten Einwände wirkt daher nur auf Seiten der Zwecksparunternehmung gegenüber dem Sparer. Die Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 1 Auflösb.D. kann daher der vom Sparer erklärten Anfechtung oder geltend gemachten Nichtigkeit nicht entgegengehalten werden. Die Abtretungserklärung oder Anweisung bleibt ebenfalls ohne Rechtswirkung, wenn der Sparer ein Sparguthaben nicht besitzt. Der Provisionsanspruch gegen den Sparer entfällt, sofern er die Provisionen noch nicht bezahlt hat, gemäß § 4 Abs. 1—3 Auflösb.D. bei mangelndem Sparguthaben überhaupt, da es sich bei dem Provisionsanspruch ebenfalls um einen Vertragskostenanspruch handelt, der in dem Zweckspargeschäft begründet und demgemäß kraft Gesetzes, wie auch die Ansprüche auf die sonstigen Kostenbeiträge, erloschen ist¹³⁾. Sofern sich nach obigen Ausführungen ein Anspruch des Vertreters auf Zahlung der Provision begründen läßt, ist ebenfalls zu prüfen, ob nicht lediglich eine anteilige Provision mit Rücksicht auf die unterbrochene Durchführung des Sparvertrages zu gewähren ist.

¹¹⁾ Vgl. Kahler: JW. 1936, 1028 und Loeniger: Sparkasse 1936, Nr. 8, S. 125.

¹²⁾ Vgl. hierzu Kahler: JW. 1936, 295.

¹³⁾ Vgl. Kahler: JW. 1936, 295 und 1034 und Loeniger: Sparkasse 1936, Nr. 7, S. 101.

Kein Barabattverbot bei gesetzlichem Festpreis

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Culemann, Düsseldorf

Durch das Gesetz über Preisnachlässe (RabattG.) vom 25. Nov. 1933 ist die Rabattgewährung einheitlich für das ganze Reichsgebiet geregelt worden. Die Reichsregierung hat nach dem Wortlaut des Erlasses des Reichswirtschaftsministers v. 20. Juni 1935, V 11987/35 nach eingehender Prüfung ein allgemeines Verbot des Barzahlungsrabattes und auch die Ermächtigung einzelner Stellen, für gewisse Bezirke oder Geschäftszweige ein völliges Rabattverbot einzuführen, ausdrücklich abgelehnt. Eine unterschiedliche Behandlung des Rabattes innerhalb des Reichsgebietes würde, sagt der Erlaß, den Forderungen nach einheitlichen Wirtschaftsgesetzen widersprechen und rückschrittlich sein. Es müsse deshalb dem einzelnen Gewerbetreibenden überlassen bleiben, ob er von der ihm durch das Gesetz gegebenen Möglichkeit und dem Recht, Rabatte zu geben, Gebrauch machen will oder nicht. Von den Vorschriften dieser einheitlichen gesetzlichen Regelung der Rabattgabe besteht nur eine im § 15 RabattG. ausdrücklich erwähnte Ausnahme für das Gesetz über das Verbot des Verkaufes von Tabakerzeugnissen unter Steuerzeichenpreis. Von dieser einzigen Ausnahme abgesehen, kennt das RabattG. keinerlei Sonderregelung für einzelne Bezirke oder einzelne Waren, vielmehr werden sowohl das gesamte Reichsgebiet einheitlich als auch sämtliche an den letzten Verbraucher abzugebenden Waren einheitlich vom Standpunkte der Rabattgesetzgebung aus behandelt. Im übrigen hat die Reichsregierung im § 17 RabattG. die ausschließliche Zuständigkeit für den Erlaß von Vorschriften ergänzenden oder abändernden Inhaltes dem Reichswirtschaftsminister übertragen.

Trotz dieser eindeutigen Rechtslage treten bei der Barabattgewährung im Einzelfalle immer wieder Schwierigkeiten auf. Ich lasse Versuche zu örtlichen oder bezirklichen Barabattverboten in diesem Zusammenhange außer Betracht. Von größerer Bedeutung ist die Tatsache, daß für verschiedene durch die Marktorganisation des Reichsnährstandes bewirtschaftete Waren immer wieder der Versuch gemacht wird, Spezialrabattverbote für einzelne Waren durchzusetzen. Im einzelnen liegen bisher in dieser Richtung folgende Tatbestände vor, die zum Teil bereits bereinigt, zum anderen Teil aber nach wie vor zu wesentlicher Beunruhigung und Rechtsunsicherheit auf dem Rabattgebiete führen.

1. Rabatt auf Dosenmilch

Unter dem 6. März 1934 hatte der Verband der Dauermilcherzeuger im Rahmen der von ihm angeordneten Marktregelung für Milch- und Sahnedauervaren u. a. Kleinverkaufspreise für die von ihm bewirtschafteten Erzeugnisse mit folgenden Barabattverboten vorgeesehen (veröffentlicht in der „Landware“ Nr. 57 v. 9. März 1935):

„Die Kleinhandelspreise verstehen sich netto, d. h. ohne Rabatte oder irgendwelche sonstige Sondervorteile.“

„Naturalrabatte, Deltredereprovisionen, Spitzenprovisionen, Mengenrabatte und sonstige Vergütungen direkter oder indirekter Art dürfen über die dargelegten Bedingungen hinaus nicht gewährt werden.“

Es bedurfte fast ein volles Jahr, um endgültig klarzustellen, daß dieses von dem Verband der Dauermilcherzeuger erlassene Barabattverbot rechtsungültig war und dementsprechend aufgehoben werden mußte. Die Aufhebung erfolgte in diesem Falle durch den Reichskommissar für Preisüberwachung im Einvernehmen mit dem Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft mit Wirkung v. 1. März 1935. Der Reichswirtschaftsminister sagt in seinem Erlaß v. 12. März 1935, V 4611/35:

„Wie mir der Herr Reichskommissar für Preisüberwachung mitteilt, hat er im Einvernehmen mit dem Herrn Reichs- und Preussischen Minister für Ernährung und Landwirtschaft mit Wirkung vom 1. März 1935 die Anordnung der wirtschaftlichen Vereinigung der Dauermilcherzeuger insoweit aufgehoben, als sie ein Verbot enthielt, Rabatte innerhalb der reichsgesetzlichen Bestimmung zu ge-

währen. Es ist somit in Zukunft gesetzlich zulässig, an den letzten Verbraucher auf Dauermilcherzeugnisse Preisnachlässe im Rahmen des Rabattgesetzes zu gewähren.“

2. Rabatt auf Brot

Unter dem 9. Mai 1935 erließ die Hauptvereinigung der Deutschen Getreidewirtschaft eine Anordnung Nr. 3 über die Ordnung des Brotmarktes (Brotmarktordnung). Vgl. Verkündungsblatt des Reichsnährstandes Nr. 32 v. 11. Mai 1935, die im § 5 folgendes Barabattverbot vorsah:

„Beim Verkauf von Brot ist die Gewährung von Preisnachlässen oder Sondervorteilen irgendwelcher Art, von den nachstehenden Ausnahmen abgesehen, untersagt.“
Die fraglichen Ausnahmen betreffen Rabatte an Wiederverkäufer, Krankenhäuser, Arbeitsdienstlager usw.

Auch dieses Barabattverbot ist erst durch das Eingreifen des Herrn Reichskommissars für Preisüberwachung aufgehoben bzw. in seiner praktischen Anwendung suspendiert worden. In seinem Erlaß v. 9. Aug. 1935, V 14635/35 sagt der Reichswirtschaftsminister:

„Auf das Schreiben v. 20. Juni 1935 (4230/35 D 4 a) verweise ich ergebenst auf den Runderlaß des Reichskommissars für Preisüberwachung v. 22. Juni 1935, A 110, in welchem dieser ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß die Brotpreise nicht erhöht werden dürfen und daß ein Wegfall des Rabatts da, wo er üblich war, als Preissteigerung aufzufassen sei. Dementsprechend haben verschiedene Preisüberwachungsstellen darauf hingewiesen, daß auch weiterhin Rabatt auf Brot zu gewähren sei, soweit dies bisher der Fall war. Damit dürfte die Frage der Rabattgabe auf Brot hinreichend geklärt sein.“

3. Rabatt auf Konsummargarine

Vor Erlaß der 4. WD. über gewerbsmäßige Herstellung von Erzeugnissen der Margarinefabriken und Ölmühlen vom 23. Okt. 1934 war von verschiedenen Vertretern des Einzelhandels ein Verbot, Barabatt auf Konsummargarine zu gewähren, gefordert worden. Die WD. v. 23. Okt. 1934 enthält indessen ein solches Verbot nicht. Sie sieht lediglich einen Festpreis für Konsummargarine vor, und zwar 0,63 RM für ½ kg (§ 3 Ziff. a der 4. WD. über gewerbsmäßige Herstellung von Erzeugnissen der Margarinefabriken und Ölmühlen vom 23. Okt. 1934 [RSBl. I, 1066]).

Gestützt auf ein Gutachten des Einigungsamtes für Wettbewerbsstreitigkeiten bei der Industrie- und Handelskammer Düsseldorf hat das SchöffG. Düsseldorf in einer Entsch. v. 15. Juli 1935 ein Verbot des Barabatts bei Konsummargarine angenommen, aber lediglich damit begründet, „daß es sich bei dem Preis für Konsummargarine um einen Festpreis handelt, also um einen Preis, dessen Höhe stets festbleiben und nicht mittelbar durch Gewährung von Rabatten in Frage gestellt werden soll“. Neuerdings hat das AG. Halle in einem Ur. (8 Cs 96/36) v. 22. April 1936 die Streitfrage sehr gründlich untersucht und den Angeklagten, der Barabatt auf Konsummargarine gewährt hatte, freigesprochen. Das AG. Halle weist darauf hin, daß das RabattG. (vom 25. Nov. 1933) später ergangen ist als das ReichsnährstandesG. v. 13. Sept. 1933, auf welchem die 4. WD. über gewerbsmäßige Herstellung von Erzeugnissen fußt. Nun beruht zwar die 4. WD. auf Art. 1 der WD. des RPräf. zur Förderung der Verwendung inländischer tierischer Fette v. 23. Dez. 1932 bzw. 23. März 1933, außerdem aber auf § 4 WD. über den Zusammenschluß der Margarine- und Kunstseifeindustrie v. 23. Juli 1934, welche letztere ihrerseits wiederum unmittelbar auf dem ReichsnährstandesG. v. 13. Sept. 1933 beruht. Das RabattG. ist jünger als das ReichsnährstandesG. Immerhin aber ist die 4. WD. ihrerseits jünger als das RabattG. Da das RabattG. im § 2 gestattet, auf alle Waren des täglichen Bedarfs, die im Einzelverkauf an den letzten Verbraucher veräußert werden, den 3%igen Barzahlungsnachlaß zu gewähren, so hätte die 4. WD., wollte sie für Konsummargarine

das Gewährungsrecht ausschließen, dies in einer besonderen Bestimmung tun müssen. Da eine solche Bestimmung fehlt, braucht hier nicht untersucht zu werden, ob sie rechtmäßig gewesen wäre. Daß Konsummargarine ein Gegenstand des täglichen Bedarfs ist, ist noch von keiner Seite bestritten. Deshalb kommt es allein darauf an, ob das RabattG. selbst oder eine Durchführungsvorschrift für Konsummargarine eine Ausnahme macht. Das RabattG. enthält im § 15 eine Ausnahme vom Barabatt. § 15 läßt die Vorschriften des Gesetzes über das Verbot des Verkaufs von Tabakerzeugnissen unter Steuerzeichenpreis v. 21. Sept. 1933 (RGBl. I, 653) unberührt, soweit sich aus ihnen etwas anderes ergibt, als was das RabattG. sagt. Und in der Tat ergibt sich aus dem Gesetz v. 21. Sept. 1933, daß für Tabakerzeugnisse ein Preisnachlaß

nur in einem einzigen Falle gewährt werden darf. Nur der Preisnachlaß ist nach § 47 b zulässig, der im Falle der Abgabe von Zigarren in ganzen Kisten handelsüblich gewährt wird, wenn er 3% nicht übersteigt und wenn bar gezahlt wird. Weitere Ausnahmen von dem allgemeinen Recht, Barabatt zu gewähren, kennt das RabattG. nicht; außerdem bestimmt der § 17 RabattG. ausdrücklich, daß lediglich dem Reichswirtschaftsminister das Recht zusteht, „auch Vorschriften abändernden oder ergänzenden Inhaltes zu erlassen“; somit aus Gründen der Zuständigkeit ein Rabattverbot für Konsummargarine nicht auf sonstigen Wegen der Gesetzgebung ausgesprochen werden kann.

Zinsfolgedessen darf auf Konsummargarine bei Barzahlung der 3%ige Barzahlungsnachlaß gewährt werden.

Zur Neuordnung des konsularischen Beurkundungswesens

Von Amts- und Landrichter Dr. Ernst Féaur de la Croix, Berlin

Die Reichsregierung hat am 14. Mai 1936 ein Gesetz zur Vereinfachung des Verfahrens der deutschen Auslandsbehörden bei Beurkundungen und Beglaubigungen erlassen (RGBl. I, 447). Die Vorschriften dieses Gesetzes berühren naturgemäß in erster Linie die deutschen diplomatischen und konsularischen Vertretungen. Aber auch für die Justizbehörden sowie für die Anwaltschaft ist das Ges. v. 14. Mai 1936 von erheblicher Bedeutung. Es enthält — wenn man seinen Inhalt einmal kurz kennzeichnen will — eine Änderung sowohl des konsularischen Beurkundungswesens als auch des konsularischen Standesamtswesens.

Zur Änderung des Auslandspersonenstandesgesetzes

Das konsularische Standesamtswesen war ursprünglich in § 13 Ges. betr. die Organisation der Bundeskonsulate, sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsule v. 8. Nov. 1867 (RGBl. 137) geregelt. Diese Bestimmung ist jedoch durch das auch noch heute geltende Gesetz, betr. die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes von Bundesangehörigen im Auslande v. 4. Mai 1870 (Auslandspersonenstandesgesetz [APStG.], RGBl. 599) ersetzt worden. Das APStG. hat sich in der Praxis im großen und ganzen bewährt. Immerhin hat sich im Laufe der Zeit herausgestellt, daß die Bestimmungen in manchen Punkten zu umständlich und zu schwerfällig sind, daß das Verfahren teilweise schwieriger ist als das im PersStG. von 1875 für das Inland vorgehene Verfahren. Art. 2 Ges. v. 14. Mai 1936 will diese Unschönheiten und Unebenheiten beseitigen und dabei zugleich einige Änderungen vornehmen, die sich als zweckmäßig und notwendig erwiesen haben.

Da das Gesetz sich nicht auf die Ausführung der Änderungen beschränkt, sondern im Interesse der Übersichtlichkeit die von den Änderungen betroffenen Bestimmungen sofort in der ab 1. Juli 1936 geltenden Fassung veröffentlicht, sieht es vielleicht auf den ersten Blick so aus, als ob die in Betracht kommenden §§ 2, 5, 11 und 12 APStG. von Grund auf um- und neugefaltet worden seien. Tatsächlich ist jedoch — von rein textlichen Verbesserungen abgesehen — der wesentlichste Teil der alten Vorschriften unberührt geblieben. Der alte § 2 APStG. war schon durch Ges. v. 20. Dez. 1934 u. a. dahin abgeändert worden, daß die Konsulate nach Jahreschluß die Zweitstücke ihrer Geburts-, Heirats- und Sterberegister an den Landesbeamten des Standesamts I Berlin zu schicken hatten. Dieser hat — das ist nunmehr neu — in diesen Zweitstücken auf Ersuchen des zuständigen deutschen diplomatischen Vertreters oder Konsuls die nachträglichen Beschreibungen vorzunehmen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 APStG. n. F.). Der Sinn dieser Änderung ist klar: Man will das lästige Hin- und Herpenden der Zweitstücke vermeiden. Die Gerichte sind übrigens im Gegensatz zur Regelung des InlandsPersStG. in dieses Berichtigungsverfahren nicht eingeschaltet. Zweifelsfragen, die

sich hierbei ergeben, müßten gegebenenfalls im Verwaltungswege entschieden werden.

§ 5 Abs. 1 APStG. erhält einen Zusatz, wonach in den näher bestimmten Fällen die deutschen Landesbeamten oder die Konsule (in Konsulargerichtsbezirken) das Eheschließungszeugnis auszustellen haben, das deutsche Verlobte nach Abs. 1 unter Umständen vorlegen müssen. Ein solches Eheschließungszeugnis kann der Konsul übrigens nach dem neuen Abs. 2 des § 5 APStG. von jedem Deutschen verlangen, der innerhalb der letzten sechs Monate seinen ständigen Aufenthalt in Deutschland gehabt hat, eine Bestimmung, die mit Rücksicht auf die Vorschriften des BlutschutzG. v. 15. Sept. 1935 und des EhegesundheitsG. v. 18. Okt. 1935 von großer Bedeutung ist. Die Änderungen zu §§ 11, 12 APStG. sollen hier nicht im einzelnen beschrieben werden. Sie bringen in Anpassung an die entsprechenden Bestimmungen des InlandsPersStG. eine Vereinfachung des Beurkundungsverfahrens in einer Reihe von kleinen und doch praktisch wichtigen Punkten.

Die konsularische Bestätigung deutscher Urkunden

Deutsche Urkunden, die im Ausland verwandt werden sollen, bedürfen — soweit keine Beglaubigungsverträge bestehen — grundsätzlich einer Legalisation durch die fremden Konsule oder diplomatischen Vertreter. Diese Legalisation wird in der Regel nur dann vorgenommen, wenn die Unterschrift und die Zuständigkeit der Urkundsperson von den deutschen Behörden — bei Justizurkunden z. B. durch den Landgerichtspräsidenten, den Reichsminister der Justiz und das Auswärtige Amt — bestätigt sind. Es gibt nun aber auch noch einen anderen Weg, um deutsche Urkunden für das Ausland verwendungsfähig zu machen. In manchen Konsularverträgen steht nämlich, daß deutsche Urkunden in dem betreffenden Staat anerkannt werden, wenn sie von dem dortigen deutschen Konsul bestätigt sind (vgl. die Konsularverträge mit: der Türkei [Art. 16], RGBl. 1930, II, 748, Estland [Art. 16], RGBl. 1926, II, 327, der Union der Sowjetrepubliken [Art. 17], RGBl. 1926, II, 60, Litauen [Art. 17], RGBl. 1929, II, 245 und den Vereinigten Staaten [hier nur in gewissem Umfange, Art. 22], RGBl. 1925, II, 795). Für diese Bestätigung fehlte es bisher an einer Zuständigkeitsvorschrift. Sie wird durch den neuen § 13 APStG. geschaffen¹⁾. Dieser bestimmt, daß die deutschen Bezirkskonsule — also nicht die Wahlkonsule — und die Leiter der diplomatischen Vertretungen die Echtheit deutscher öffentlicher Urkunden bestätigen können. Diese Regelung hat nicht nur

¹⁾ Der neue § 13 tritt im Text des APStG. an die Stelle der alten Bestimmung über die Zuständigkeit der Konsule zu Eheschließungen usw. Dieser alte § 13 APStG. ist durch das Gesetz betr. die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes von Bundesangehörigen im Auslande v. 4. Mai 1870 gegenstandslos geworden.

im Rahmen der oben genannten Konsularverträge ihre Bedeutung. Auch ohne solche zwischenstaatliche Verträge werden entweder in der Gesetzgebung oder in der Gerichts- oder Verwaltungspraxis mancher ausländischer Staaten deutsche Urkunden auch dann anerkannt, wenn sie durch die dortige deutsche diplomatische oder konsularische Vertretung bestätigt sind. (So z. B. in Südwestafrika und in Chile. In Chile gilt allerdings nur die diplomatische Bestätigung als ausreichend.)

Soweit hiernach eine diplomatische oder konsularische Bestätigung genügt — die vorstehende Aufzählung der in Betracht kommenden Staaten erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit —, haben die Beteiligten die Wahl, ob sie die Urkunde hier in Deutschland durch den fremden Konsul legalisieren oder draußen durch den deutschen Botschafter, Gesandten usw. oder Konsul bestätigen lassen wollen. Vielfach wird vielleicht die Bestätigung praktischer sein, da bei ihr das etwas schwierige Legalisations-Verfahren — Beglaubigung durch die verschiedenen deutschen Stellen — wegfällt. Auch die Kostenfrage wird hier wohl eine Rolle spielen²⁾.

Die deutschen Auslandsvertretungen können nun natürlich nicht jede deutsche Urkunde, die ihnen zugeht, ohne weiteres bestätigen. Sie müssen die Gewißheit haben, daß diese Urkunde auch echt ist. Die Dienststanweisungen schreiben hierzu vor, daß die Bestätigung in der Regel nur vorgenommen werden soll, wenn die Urkunde der Auslandsvertretung unmittelbar von der ausstellenden Behörde oder durch Vermittlung einer anderen Behörde zugegangen ist.

Das bisherige konsularische Beurkundungswesen

Den Kern des Ges. v. 14. Mai 1936 bilden die Bestimmungen über das sog. konsularische Notariatsrecht. Das sind vor allem die Bestimmungen, die die Beamten der Grundbuchämter, der Register- und Nachlassgerichte usw., die Notare und Rechtsanwälte kennen müssen. Denn ihnen werden die konsularischen Urkunden vorgelegt; sie sollen notfalls entscheiden, ob diese gültig sind oder nicht.

Wenn man die Bedeutung und die Tragweite der neuen Vorschriften erfassen will, so wird man sich wohl zunächst einmal kurz mit dem bisherigen Rechtszustand zu beschäftigen haben. Das konsularische Beurkundungswesen war in den §§ 15—17a Ges. betr. die Organisation der Bundeskonsulate, sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln vom 8. Nov. 1867 (RGBl. I, 137) geregelt. (Für die Praxis war weiterhin die Allgemeine Dienstinstruktion für die Konsuln des Deutschen Reichs v. 6. Juni 1871 u. 22. Febr. 1873 zu beachten³⁾.) Nach § 15 KonsG. haben die Zeugnisse der Konsuln über ihre amtlichen Handlungen und die amtlich wahrgenommenen Tatsachen, die Beweiskraft öffentlicher Urkunden. Bedeutend weiter gehen die Bestimmungen der §§ 16 ff. KonsG. Sie geben den Konsuln — im Gegensatz zur Regelung vieler Länder vor 1867 (auch Preußens) — das Recht der Notare: den Konsuln kommt nach § 16 KonsG. innerhalb ihres Amtsbezirks in Ansehung der Rechtsgeschäfte, welche Deutsche unter sich oder mit Ausländern errichten, die Stellung der Notare zu. Ihre mit Unterschrift und Siegel versehenen Urkunden stehen notariellen Urkunden gleich. An Formvorschriften enthält das KonsG. nicht viel. § 17 KonsG. bestimmt lediglich, daß bei jeder Verhandlung zwei Zeugen zuzuziehen sind, denen das Protokoll vorzulesen und zur Unterschrift vorzulegen ist. Die Beachtung dieser Formen muß sich aus der Urkunde ergeben. Im übrigen sagt das Gesetz lediglich, in welchen Fällen der Konsul, seine Frau und gewisse Verwandte von einer Mitwirkung bei der Verhandlung ausgeschlossen sind. Für letztwillige Verfügungen hat Art. 38

EGWB. eine Sonderregelung gebracht: Wahlkonsuln können diese Geschäfte nur beurkunden, wenn sie hierzu vom Reichskanzler besonders ermächtigt sind (§ 16 Abs. 2 KonsG.). In jedem Falle gelten bei Errichtung einer Verfügung von Todes wegen nicht die Bestimmungen des § 17 KonsG., sondern die entsprechenden Formvorschriften des BGB. (§ 17a KonsG.).

Die Mängel der alten Regelung

Die vorstehend geschilderte Regelung des konsularischen Beurkundungswesens ist noch heute in Kraft. Während man die Urkundsvorschriften für das Inland vor allem mit dem ZGB. neu gestaltet und vereinfacht hatte, blieb es bezüglich des Notariatsrechts der Konsuln bei einem Rechtszustand, der den Anschauungen von 1867 entsprach. Damals war es üblich, stets zwei Urkundszugegenen zuzuziehen. Diese Form ist jedoch im inländischen Rechtsverkehr längst nicht mehr in Anwendung. Gleichwohl schleppte man diesen veralteten Schwanz für das konsularische Beurkundungswesen bis heute mit. Damals wollte man das Verfahren vor den deutschen Auslandsvertretungen möglichst einfach gestalten. Jetzt ist es erheblich umständlicher als das entsprechende inländische Verfahren.

Ein Musterbeispiel für diese Umständlichkeit ist die konsularische Unterschriftsbeglaubigung. Man hat sich zunächst einmal lange darüber geirrt, ob sie auf Grund von § 15 oder von § 16 KonsG. zu erfolgen habe. Die herrschende Meinung ist davon ausgegangen, daß die Zeugnisse gemäß § 15 KonsG. nicht die Kraft von Notariatsurkunden haben. Sie hat deshalb angenommen, daß nur die auf Grund von § 16 KonsG. erfolgte konsularische Unterschriftsbeglaubigung einer notariellen Beglaubigung gleichstehe (vgl. RGZ. 44, A 6). Die notwendige Folge dieser Auffassung war, daß bei jeder konsularischen Unterschriftsbeglaubigung eine Verhandlung mit zwei Zeugen aufgezogen werden mußte, in der der Beteiligte seine Unterschrift in einer ausdrücklichen Erklärung anerkannte!

Zu diesem Streit: „Ist § 15 oder § 16 KonsG. für die Beglaubigung maßgebend?“ kam noch ein weiterer. Nach § 16 KonsG. müssen die konsularischen Urkunden mit dem „Siegel“ versehen sein. In der Praxis trugen sie jedoch meist nur den gewöhnlichen Stempel. Was nun? Nach langem Federkrieg stellte man fest, daß man 1867 einen Unterschied zwischen Siegel und Stempel überhaupt noch nicht gekannt hat und daß unter dem „Siegel“ von damals auch der Gummi- und Trockenstempel zu verstehen ist.

Die Aufzählung der Streitfragen könnte sehr wohl noch um einige Punkte erweitert werden. Aber man sieht schon aus Vorstehendem, wieviel Schwierigkeiten und Umständlichkeiten die alte Regelung des konsularischen Beurkundungswesens mit sich brachte. Diese Mängel konnte man auf die Dauer nicht länger in Kauf nehmen. Solche Unzuträglichkeiten wirken sich ja für alle Beteiligten im Auslandsrechtsverkehr wesentlich nachdrücklicher aus, als etwa entsprechende Hindernisse im innerdeutschen Rechtsverkehr es tun. Mit Mühe und Not haben die Beteiligten vielleicht irgendwo weit draußen in der Welt ihr Geschäft beurkunden lassen. Nun soll es nicht gültig sein. Wieviel Ärger verursacht es, wieviel Zeit kostet es, um solch einen Schaden oder Mangel zu beseitigen. Eine Generalbereinigung der gesamten Schwierigkeiten war dringend erforderlich. Einen Versuch hierzu hat das Auswärtige Amt wohl schon einmal vor einigen Jahren unternommen. Aus den verschiedensten Gründen verfiel jedoch die ganze Angelegenheit damals im Sande. Der Entwurf verschwand leider in irgendeine Schublade.

Wie auf zahllosen anderen Gebieten so bekam jedoch auch hier die Reformfrage seit 1933 neuen Auf- und Antrieb. Jetzt konnte man handeln und die Revision des konsularischen Beurkundungswesens in Angriff nehmen. Dabei schien es nicht angebracht, nun noch so lange zu warten, bis die sämtlichen Voraussetzungen für eine Generalrevision des KonsG. gegeben seien. Man hatte schon lange genug mit der Neuregelung des konsularischen Beurkundungsrechts gewartet. Nunmehr hieß es hier, möglichst schnell aufzuräumen. Dieses „Aufräumen“ besorgt das Ges. v. 14. Mai 1936 (RGBl. I, 447).

²⁾ Für die Legalisation kommen die Kosten des fremden Konsulats und die Gebühren für das Vorverfahren — Beglaubigung durch die untere Instanz, Ministerialkanzlei, Auswärtiges Amt — in Betracht. Über die Gebühren für die konsularische Bestätigung vergleiche Tarifstelle 5g des AuslandsgebührenG. v. 8. März 1936 (RGBl. I, 137).

³⁾ Abgedruckt bei Born, Konsulargesetzgebung, 3. Aufl., S. 30 ff.

Das neue konsularische Notariatsrecht

Die §§ 16, 17 und 17a des KonfG. werden durch die Bestimmungen der §§ 16, 16a, 16b und 17, die alten Dienstinstruktionen durch neue Anweisungen (siehe Reichsministerialblatt 1936 Nr. 22) ersetzt.

§ 15 KonfG. bleibt — abgesehen von einer noch zu erwähnenden kleineren Änderung — in seiner bisherigen Form erhalten. Die Regelung des konsularischen Beurkundungswesens ist daher in großen Zügen folgende: Die Konsuln können auf Grund von § 15 KonfG. Zeugnisse über ihre Handlungen und über wahrgenommene Tatsachen ausstellen. So sind sie beispielsweise nach § 15 KonfG. befugt, die Richtigkeit von Abschriften zu beglaubigen. Allerdings haben diese Zeugnisse — und dies ist zu beachten — nicht die Kraft gerichtlicher oder notarieller Urkunden. Diese Bedeutung kommt lediglich den auf Grund der §§ 16—17 KonfG. aufgenommenen Urkunden zu.

§ 16 KonfG. ist die Generalklausel für das konsularische Notariatsrecht. Er ermächtigt die Berufsconsuln, Erklärungen zu beurkunden. § 16a KonfG. enthält die Spezialvorschriften für Testamente und Erbverträge, § 17 KonfG. regelt die Unterschriftsbeglaubigung. In § 16b KonfG. wird bestimmt, inwieweit die Beurkundungsbefugnisse den Wahlconsuln und den Consulnvertretern zustehen.

Wer kann beurkunden?

Die personelle Zuständigkeit zu Beurkundungen ist in den verschiedenen Vorschriften nicht einheitlich geregelt. Das Gesetz nennt teilweise die Consuln schlechthin, macht aber auch in manchen Vorschriften einen Unterschied zwischen Berufs- und Wahlconsuln. Die Befugnisse aus §§ 15, 17 KonfG. — Zeugniserteilung und Unterschriftsbeglaubigung — stehen allen Consuln zu. Hierunter sind einmal die als Vorsteher eines Generalkonsulats, Konsulats oder Vizekonsulats fungierenden Berufs- und Wahlconsuln zu verstehen (vgl. § 2 KonfG.) und außerdem die Leiter der den diplomatischen Vertretungen angegliederten Konsulatsabteilungen⁴⁾. Unter den Begriff „Consuln“ fallen ferner deren ordnungsmäßig berufene Vertreter. Ihnen kommen — soweit nichts Abweichendes bestimmt ist⁵⁾ — sämtliche konsularischen Befugnisse ohne weiteres zu (vgl. Allgemeine Dienstinstruktion zu § 2).

Im Rahmen der §§ 16, 16a KonfG. — Beurkundung von Erklärungen und letztwilligen Verfügungen — sind zunächst nur die Berufsconsuln zuständig. Dem Gesetzgeber schien es offenbar untunlich zu sein, die wichtigen Befugnisse dieser Vorschriften generell allen Wahlconsuln und allen Consulnvertretern anzuvertrauen. § 16b Satz 1 KonfG. bestimmt daher, daß Wahlconsuln und ihre Vertreter Beurkundungen gemäß §§ 16, 16a KonfG. nur vornehmen können, wenn sie hierzu vom Reichsminister des Auswärtigen besonders ermächtigt sind. Vertreter von Berufsconsuln haben, wie oben gezeigt wurde, die Beurkundungsbefugnis ohne weiteres in vollem Umfange, sollen sie jedoch nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Außenministers ausüben (§ 16b Satz 2 KonfG.).

Können sich aus dieser Regelung für die Praxis Zweifel und Schwierigkeiten hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage ergeben? Wohl kaum. Wenn den Justizbehörden eine konsularische Urkunde vorgelegt wird, so wird sich in der Regel eine Prüfung der Zuständigkeit überhaupt erübrigen. Denn man darf ja davon ausgehen, daß die Auslandsvertretungen ebenso wie inländische Behörden ohne weiteres die Grenzen ihrer Amtsbefugnisse einhalten. Im übrigen schreiben die Dienstweisungen zu § 16 in Nr. 23 vor, daß die Wahlconsuln und Consulnvertreter im Protokoll ausdrücklich auf die Tatsache ihrer Ermächtigung zu Beurkundungen hinweisen.

⁴⁾ Solche Abteilungen bestehen zur Zeit bei sämtlichen diplomatischen Vertretungen mit Ausnahme derjenigen in Santiago (Chile), Rom (beim Staat der Vatikanstadt), Caracas (Venezuela) und Washington (Vereinigte Staaten von Amerika). Sie sind nach Auffassung des RZM. als Konsulate i. S. des § 2 KonfG. anzusehen.

⁵⁾ Gewisse Befugnisse stehen nur den Consuln selbst zu (vgl. z. B. § 20 KonfG.).

Wenn sich schließlich trotz alledem einmal ein Zweifel bezüglich der Zuständigkeit ergeben sollte, so ließe sich dieser durch eine Anfrage beim Auswärtigen Amt leicht beheben. Keinesfalls sollte die konsularische Urkunde als ungültig zurückgewiesen werden, ohne daß man von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat⁶⁾.

Was kann beurkundet werden?

Nach dem bisherigen Recht konnten die Consuln innerhalb ihres Amtsbezirks Rechtsgeschäfte beurkunden, wenn an der Verhandlung mindestens ein Deutscher beteiligt war (§ 16 Abs. 1 KonfG.). Der neue § 16 Abs. 1 besagt, daß die Berufsconsuln — nach Maßgabe des § 16b KonfG. auch Wahlconsuln und Vertreter — zur Beurkundung von Erklärungen zuständig sind, die vor ihnen abgegeben werden. Eine Reihe von Einschränkungen sind somit in Wegfall gekommen. Die Begrenzung der Beurkundungsbefugnis auf den Amtsbezirk des Konsulats steht nicht mehr im Gesetz, sondern nur noch in der Dienstweisung (Nr. 1 zu § 16). Bei dieser Lösung ist den Justizbehörden jede Prüfung, ob der Consul die örtlichen Grenzen eingehalten hat, erspart. Denn eine Verletzung der Dienstweisung würde auf die Gültigkeit der Urkunde keinerlei Einfluß haben. Noch wichtiger erscheint, daß in Zukunft nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern Erklärungen aller Art beurkundet werden können. Nimmt man hinzu, daß nach den neuen Vorschriften nicht mehr wie bisher stets ein Deutscher an der Verhandlung beteiligt sein muß, so ergibt sich daraus eine sehr bemerkenswerte Erleichterung des Auslandsrechtsverkehrs. Denn jetzt können z. B. — was man seither oft genug vermisst hat — eidesstattliche Versicherungen für ein Erbscheinsverfahren, Hypotheken- oder Grundschuldböschungsbewilligungen, kurzum einseitige Erklärungen aller Art Gegenstand der Beurkundung sein. Es ist nicht einmal mehr erforderlich, daß die Erklärungen von einem Deutschen abgegeben werden. Allerdings ist die Beurkundungsbefugnis in bezug auf Ausländer nicht ohne jede Schranke. Die Dienstweisungen besagen vielmehr hierzu: Erklärungen von Ausländern sollen nur entgegengenommen werden

- a) wenn die Urkunde sich auf ein mit einem Deutschen abgeschlossenes Rechtsgeschäft bezieht, oder
- b) wenn das zu beurkundende Rechtsgeschäft sich ausschließlich auf in Deutschland belegene Gegenstände oder auf ein in Deutschland abzuschließendes oder auszuführendes Geschäft oder auf ein Rauffahrtsschiff bezieht, das zur Führung der Reichsflagge berechtigt ist, oder
- c) wenn die Urkunde zur Verwendung vor einer deutschen Behörde oder Dienststelle der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei bestimmt ist.

Die Grenzen sind also, wie man sieht, hier so weit gezogen, daß sich kaum jemals Schwierigkeiten ergeben können. Erklärungen von Ausländern, die etwa unter Missachtung dieser Sollvorschriften entgegengenommen werden, sind zudem nicht ungültig.

Wenn somit auch die Beurkundungsbefugnis der Consuln gegenüber dem bisherigen Recht erheblich erweitert worden ist, so haben diese doch nunmehr keineswegs alle Zuständigkeiten eines Notars. Die Consuln können vor allem auch nach dem neuen Recht im Rahmen des § 16 KonfG. keine tatsächlichen Vorgänge beurkunden. Kein Zweifel, daß sie solche Beurkundungen auf Grund von § 15 KonfG. vornehmen können. Diese Urkunden haben indessen nicht die Kraft gerichtlicher oder notarieller Urkunden.

Wechselproteste

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Consuln keine Wechselproteste aufnehmen können. Sie sind nur befugt, Erklärungen mit notarieller Kraft zu beurkunden. Die Protesterhebung fällt als Beurkundung eines tatsächlichen Geschehens offensichtlich nicht hierunter. Übrigens ist damit nichts ver-

⁶⁾ Auf das Verzeichnis der deutschen Konsulate sei hier besonders hingewiesen (vgl. W. des RZM. v. 8. Okt. 1935 [DZ. S. 1510]).

loren. Eine Ermächtigung der Konsuln zur Aufnahme von Wechselprotesten hätte nur insoweit Sinn, als das Recht seines Amtsbezirks für die Protesterhebung auf das deutsche Recht verweist. Dies ist nur selten. Ein Bedürfnis für eine konsularische Protesterhebung hat sich bisher nie herausgestellt.

Versammlungsbeschlüsse

Das gleiche gilt für die Beurkundung von Beschlüssen der Generalversammlung einer AktG., der Gesellschafterversammlung einer GmbH. usw. Solche Beschlüsse müssen an sich in vielen Fällen gerichtlich oder notariell beurkundet werden (vgl. § 259 BGB., § 53 GmbHG.). Hierbei handelt es sich aber nicht um die Entgegennahme von Erklärungen. Der Notar beurkundet vielmehr die Tatsachen, daß die Versammlung stattgefunden hat, daß in ihr diese oder jene Erklärung (vgl. § 271 BGB.) abgegeben worden ist, daß ein Beschluß mit der und der Mehrheit gefaßt worden ist. Hieran ändert sich nichts, wenn Beschlüsse einer Einmanggesellschaft etwa in der Form einer Erklärung des Alleingefellschafters protokolliert werden. In jedem Falle handelt es sich um die Beurkundung tatsächlicher Vorgänge, die der Konsul nicht mit notarieller Kraft vornehmen kann. Zur Vermeidung von Zweifeln weist die neue Dienstinstruktion zu § 16 in Nr. 44 ausdrücklich darauf hin, daß Versammlungsbeschlüsse nicht beurkundet werden dürfen.

Vollstreckbare Urkunden

Die Bedeutung, die der vollstreckbaren Urkunde im Rechtsverkehr zukommt, ist außerordentlich groß. Eine Hypotheken- oder Grundschuldbestellung ohne Unterwerfungsklausel ist heute geradezu undenkbar. Um so drückender mußte es empfunden werden, daß die Befugnis der Konsuln zur Aufnahme vollstreckbarer Urkunden bisher überaus zweifelhaft war. Die Schwierigkeiten ergaben sich zwar nicht aus § 16 KonsG. Nach dieser Vorschrift wäre es durchaus möglich gewesen, die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zu beurkunden. Man nahm jedoch vielfach an, daß es keine Stelle gäbe, die vollstreckbare Ausfertigungen solcher konsularischen Urkunden erteilen könne, und schloß hieraus, daß die Konsuln zur Aufnahme vollstreckbarer Urkunden nicht befugt seien (vgl. König, Konsularwesen S. 302/03).

Diese Hindernisse sind nunmehr beseitigt worden. Die Konsuln sollen die Beteiligten bei der Aufnahme vollstreckbarer Urkunden darauf hinweisen, daß sich die Übersendung der Urkunde an das AG. Berlin empfehle, damit dort gegebenenfalls eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden könne (vgl. Dienstinstruktion zu § 16 Nr. 42). Gehen die Beteiligten hierauf ein und wird die konsularische Urkunde dem Gericht durch das Konsulat oder die Beteiligten in Verwahrung gegeben, so kann dieses dann die Vollstreckungsklausel erteilen (vgl. hierzu die AllgVfg. des RZM. v. 17. Aug. 1935 [DZ. S. 1374]).

Auflassungen

Die Befugnis der Konsuln zur Entgegennahme und Beurkundung der Auflassung deutscher Grundstücke war bisher zweifelhaft. Die Konsuln hatten zwar die Zuständigkeiten der deutschen Notare. Das Landesrecht hatte jedoch teilweise für die Entgegennahme von Auflassungen nicht die deutschen Notare schlechthin, sondern nur die Notare des betreffenden Landes neben den Grundbuchämtern für zulässig erklärt (so z. B. Preußen). Ob die Konsuln auch diese nur einem Teil der deutschen Notare zustehenden Befugnisse hatten, war außerordentlich fraglich. Alle Unklarheiten hierüber räumt der neue § 16 KonsG. aus. Er bestimmt, daß die Berufskonsuln auch Auflassungen entgegennehmen können (§ 16 Abs. 1 Satz 2).

Das Beurkundungsverfahren

Im Beurkundungsverfahren tritt mit den neuen Vorschriften eine wesentliche Änderung ein. Die beiden Urkundszeugen, die ja bisher in keinem Falle fehlen durften, verschwinden. Grundsätzlich ist in Zukunft bei der konsularischen Verhandlung ein Zeuge nicht mehr erforderlich. Nur in gewissen besonderen Fällen, nämlich bei Tauben, Blinden,

Stummen und Personen, die nicht schreiben oder nicht deutsch sprechen können, muß ein Zeuge bzw. ein Dolmetscher zugezogen werden (vgl. im einzelnen § 16 Abs. 2 lit. b—e KonsG.). Im übrigen sind die Bestimmungen des FGG. über den Begriff des Beteiligten (§ 168 Satz 2), über die Ausschließung gewisser Personen von der Mitwirkung bei der Verhandlung (§§ 170—173), über die Gegenwart der Mitwirkenden bei der Verhandlung, über das Protokoll (§§ 174, 175, 176, 177 Abs. 1, 3 FGG.) und über den Sprachdolmetscher (§§ 179, 180 FGG.) entsprechend anzuwenden.

Die so aufgenommene konsularische Urkunde ist mit der Unterschrift des Konsuls (§ 177 Abs. 3 FGG.) und dem Siegel oder Stempel der Konsularbehörde zu versehen und dem Beteiligten auszuhändigen (vgl. § 16 Abs. 3 Satz 1 KonsG., Nr. 38 der Dienstinstruktionen). Die Urschrift bleibt also anders als im inländischen Rechtsverkehr nicht in Händen der Urkundsperson. Wünschen die Beteiligten, daß die Urkunde amtlich verwahrt wird, so ist sie dem AG. Berlin zu übersenden.

Konsularische Ausfertigungen können erteilt werden, solange die Urkunde noch im Besitz des Konsulats ist. Späterhin wird man Ausfertigungen konsularischer Urkunden nur dann erhalten, wenn sie dem AG. Berlin zur Verwahrung übersandt worden sind⁷⁾. Die konsularische Ausfertigung besteht in einer mit dem Ausfertigungsvermerk versehenen vollständigen Abschrift des Protokolls. Der Vermerk ist mit dem Siegel oder Stempel der Konsularbehörde zu versehen (vgl. Nr. 39 der Dienstinstruktion zu § 16 KonsG.).

Testamente und Erbverträge

An den Bestimmungen über die konsularische Beurkundung letztwilliger Verfügungen hat sich gegen früher nicht viel geändert. § 16a KonsG. bestimmt, daß vor den Berufskonsuln⁸⁾ von deutschen Staatsangehörigen Testamente und Erbverträge nach Maßgabe der §§ 2233—2246, 2256 Abs. 1, 2, 2276, 2277 BGB. errichtet werden können. Der Konsul tritt dabei an die Stelle des Richters, einer der in § 16a KonsG. bezeichneten Konsulatsbeamten an die Stelle des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Ein Dolmetscher braucht nicht vereidigt zu sein (§ 16a Abs. 1 KonsG.). Über die Aufbewahrung der Protokolle war bisher nichts Besonderes bestimmt. Sie wurden — wie alle anderen Urschriften — den Beteiligten ausgehändigt. In Zukunft sind sie mit ihren Anlagen in verschlossenem Umschlag dem AG. Berlin zur besonderen amtlichen Verwahrung zu übersenden. Das AG. erteilt den Hinterlegungsschein (vgl. im einzelnen § 16a Abs. 2 Satz 1 KonsG., Dienstinstruktion Nr. 14, 15, 18, 19). Stirbt der Erblasser, bevor das Testament vom Konsulat abgegangen ist, so kann es dort nach Maßgabe der §§ 2260, 2261 Satz 2 BGB. eröffnet werden (§ 16a Abs. 2 Satz 2 KonsG., Dienstinstruktion Nr. 16).

Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen

Die Änderungen auf dem Gebiete der konsularischen Beglaubigung von Unterschriften (und Handzeichen) bringen eine praktisch bedeutsame Vereinfachung. Bisher mußte bei der Beglaubigung eine Verhandlung mit zwei Zeugen aufgezogen werden. Nach den neuen Vorschriften wird entsprechend der Regelung im Inlandsverkehr stets der einfache Vermerk des Konsuls genügen, daß die Unterschrift vor ihm vollzogen oder anerkannt ist (§ 17 KonsG.⁹⁾. Der Vermerk ist mit dem Siegel oder Stempel der Konsularbehörde zu versehen. Die Beglaubigungsbefugnis ist nach dem Gesetz nicht auf deutsche Staatsangehörige beschränkt. Lediglich die Dienstinstruktion bestimmt, inwieweit der Konsul Beglaubigungen bei Ausländern nicht vornehmen soll (Nr. 2)¹⁰⁾.

⁷⁾ Vollstreckbare Ausfertigungen kann überhaupt nur das AG. Berlin erteilen.

⁸⁾ Vor Wahlkonsuln oder Konsulnvertreter nur mit besonderer Ermächtigung. Vgl. § 16b KonsG.

⁹⁾ Das Gesetz gibt die Beglaubigungsbefugnis ohne weiteres allen Konsuln, also auch den Wahlkonsuln. Die ordnungsmäßig bestellten Vertreter können die Befugnis ohne besondere Ermächtigung ausüben.

¹⁰⁾ Siehe oben S. 1738.

Die Bedeutung der neuen Bestimmungen

Die konsularischen Beurkundungen und Beglaubigungen stehen den entsprechenden Urkunden deutscher Gerichte oder Notare gleich (§ 16 Abs. 4, § 17 Abs. 1 Satz 4 KonsG.). Die konsularischen Testamente oder Erbverträge sind ebenso gültig, als seien sie vor dem deutschen Richter beurkundet worden.

Diese Wirkung hatten die konsularischen Urkunden freilich im wesentlichen auch schon früher. Die besondere Bedeutung der neuen Bestimmungen liegt darin, daß damit die Mängel der alten Fassung ausgemerzt, die Zweifel beseitigt und die Verfahrensvorschriften den heutigen Bedürfnissen an-

gepaßt werden¹¹⁾. Das konsularische Beurkundungswesen ist immer wieder gefordert hat — zweifellos elastischer und einfacher geworden. Die beteiligten Kreise werden daher die mit dem 1. Juli 1936 in Kraft tretenden Neuerungen dankbar begrüßen.

¹¹⁾ Die große Preisfrage, ob für konsularische Urkunden die einfache Stempelung genüge (vgl. DZ. 1935, 838), ist in Zukunft eindeutig gelöst. In den neuen Bestimmungen werden die Begriffe „Siegel“ und „Stempel“ im Sinne des ZPO. verwandt. Der Stempel genügt in jedem Falle. Auch in § 15 wird daher nunmehr das Wort „Stempel“ eingefügt.

Die Anfechtbarkeit der Entscheidung des Vorsitzenden des Arbeitsgerichts über die Ermächtigung eines Rechtsanwalts nach § 11 ArbGG.

A.

Von Gerichtsassessor Helmut Bertermann,
Essen-Duisburg

Nach § 11 ArbGG. i. d. Fassung v. 20. März 1935 und den hierzu ergangenen Richtlinien des NArbM. v. 13. Juni 1935, kann der Vorsitzende des ArbG. in den Fällen, in denen eine Vertretung durch die DArZ. nicht in Betracht kommt, einen Rechtsanwalt oder eine andere geeignete Person zum Prozeßbevollmächtigten bestellen, wenn nach den gesamten Umständen des Einzelfalles die Vertretung notwendig erscheint.

1. Weder § 11 ArbGG. selbst, noch die Richtlinien enthalten eine Regelung darüber, ob die auf Grund des Ermächtigungsantrages getroffene Entschliessung des Vorsitzenden des ArbG. anfechtbar ist. Im Schrifttum¹⁾ ist es unstreitig, daß eine Beschwerdemöglichkeit gegen die Entschliessung, durch die die Ermächtigung ausgesprochen wird, nicht besteht. Die einzige in Frage kommende Bestimmung, aus der eine Beschwerdemöglichkeit hergeleitet werden könne, sei, so sagen die angeführten Schriftsteller, der § 78 ArbGG. i. Verb. m. § 567 ZPO. Da durch die Ermächtigung eines Rechtsanwalts aber kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen werde, sei die Beschwerdemöglichkeit ausgeschlossen. Dieser Ansicht, der auch das NArbG. München²⁾ beitrifft, ist im Ergebnis zuzustimmen. Der aus § 78 ArbGG. i. Verb. m. § 567 ZPO. hergeleiteten Begründung kann jedoch, wie sich aus der nachstehenden Beurteilung der Ermächtigung ergibt, nicht gefolgt werden.

2. Im Gegensatz zu der vorstehend beantworteten Frage ist es sehr umstritten, ob die die Ermächtigung ablehnende Entschliessung anfechtbar ist. Das NArbG. Königsberg³⁾ und auch einige Schriftsteller⁴⁾, insbesondere Volkmar⁵⁾, halten die Beschwerde gegen eine die Ermächtigung ablehnende Entschliessung für zulässig. Die Beschwerdemöglichkeit ergebe sich aus § 78 ArbGG. i. Verb. m. § 567 ZPO. Einen Ausschluß dieser Bestimmung im Falle des § 11 ArbGG. enthalte das Gesetz nicht. Es müsse dem NArbG. somit das Recht zuerkannt werden, die Entschliessung des Vorsitzenden des ArbG. auch dann abzuändern, wenn der Vorsitzende des ArbG. in Ausübung der ihm eingeräumten Ermessensfreiheit handele. — Dieser Ansicht kann nicht beigepllichtet werden. Zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage bedarf es einer unbedingten Lösung von den anderen Rechtsinstituten. Die Ermächtigung ist etwas ganz Neues und Eigenes, die Aufhebung des grundsätzlich für RA. bestehenden Verbotes, vor den ArbG. aufzutreten⁶⁾. Der Vorsitzende des ArbG. übt hier als eine besondere, von dem Rechtsstreit gelöste und unabhängige Instanz, ein ihm vom

Gesetz ausdrücklich zugewiesenes Recht aus. Ebenso wie das Befinden der DArZ. über die Ermächtigung eines RA., muß die Entschliessung des Vorsitzenden des ArbG. als ein öffentlich-rechtlicher Akt angesehen werden, der sich neben dem Rechtsstreit, für den die Ermächtigung nachgesucht wird, abspielt, der Vorsitzende des ArbG. bei der Entschliessung über die Ermächtigung also keine richterliche Handlung vornimmt⁷⁾.

Volkmar⁸⁾ hält diese Beurteilung der Ermächtigung nicht für zutreffend. Die DArZ. sei, so sagt Volkmar, eine Organisation mit rein öffentlich-rechtlichen Funktionen, ihre Entschliessung stehe außerhalb des gerichtlichen Verfahrens. Daß ihr gegenüber die für gerichtliche Entscheidungen vorgesehenen Rechtsmittel nicht in Betracht kommen könnten, sei selbstverständlich. Ganz anders liege es bei der dem Vorsitzenden des ArbG. eingeräumten Befugnis, einen RA. zuzulassen. Daß diese Befugnis nicht dem Vorsitzenden allein übertragen worden sei, ergebe sich ohne weiteres daraus, daß es sich um eine regelmäßig ohne mündliche Verhandlung zu treffende Entscheidung handele (§ 53 ArbGG.). Es fehle jeder Grund daraus zu folgern, daß hier der Vorsitzende nicht als Repräsentant des ArbG. eine gerichtliche, sondern eine rein verwaltungsmäßige Entschliessung treffe.

Diese Erwägungen Volkmar's sind nicht geeignet, die zutreffende Würdigung der Rechtsnatur der Ermächtigung durch das NArbG. Magdeburg zu widerlegen. Zunächst ist nicht einzusehen, warum die Ermächtigung durch die DArZ. eine andere Bedeutung haben soll, als die des Vorsitzenden des ArbG. Aus hier nicht zur Erörterung stehenden Gründen ist durch die Neufassung des § 11 ArbGG. v. 20. März 1935 bestimmt worden, daß unter gewissen Voraussetzungen⁹⁾ der Vorsitzende des ArbG. über den Ermächtigungsantrag eines Anwalts befinden kann. Die hierdurch eröffnete Möglichkeit rechtfertigt aber nicht den Schluß, die Ermächtigung des Vorsitzenden des ArbG. in den Rahmen der bestehenden Rechtsinstitute einzufügen und sie z. B. wie die Zulassung eines Prozeßbevollmächtigten oder Heiðandes zu behandeln. — Es entspricht auch nicht einem praktischen Bedürfnis, nicht dem Gericht, sondern dem Vorsitzenden das Recht der Ermächtigung zuzuerkennen. Zunächst zeigt sich in der Praxis der ArbG., daß die Ermächtigung durch den Vorsitzenden des ArbG. in den seltensten Fällen vor der mündlichen Verhandlung nachgesucht wird. Der Anwalt meldet sich in der Regel erst im Termin, in dem entweder in der Güteverhandlung der Vorsitzende oder im Streitertermin die Kammer „als Gericht“ tätig wird. Selbst wenn aber auch der Ermächtigungsantrag vor der Güteverhandlung eingereicht wird, so ist es vielfach mangels einer schriftlichen Äußerung der Gegenseite kaum möglich, ein Bild über die Bedeutung des Rechtsstreits zu gewinnen. Ferner wird nicht selten noch ungeklärt sein, ob eine Vertretung durch die DArZ. nicht in Betracht kommt. In all diesen Fällen kann nicht vorab über den Ermächti-

¹⁾ Jonas: NArbM. 1935, 233; Groß: ArbM Kartei Nr. 545 IV B 7, a, 1; Volkmar: ArbM Samml. 25, II, 85 f.

²⁾ Vom 16. Juli 1935: ArbM Samml. 24, 132.

³⁾ Vom 24. Juli 1935: ArbM Samml. 25, 73 f.

⁴⁾ Jonas: NArbM. 1935, 233; Volkmar a. a. O. S. 87 f.

⁵⁾ a. a. O.

⁶⁾ Heilmig: ArbM Kartei Nr. 530, VI, VI.

⁷⁾ NArbG. Magdeburg v. 24. Okt. 1935: ArbM Samml. 25, 85.

⁸⁾ a. a. O.

⁹⁾ Siehe oben.

gungsantrag entschieden werden. Steht nun aber grundsätzlich bei der Entscheidung über den Ermächtigungsantrag „das Gericht“ zur Verfügung, so folgt daraus, daß der Gesetzgeber mit voller Absicht nicht dem Gericht, sondern dem Vorsitzenden das Recht zur Ermächtigungszerteilung zuerkannt hat. Der Vorsitzende des ArbG. ist für den Fall, daß für die DAF eine Vertretung nicht in Betracht kommt, auf Grund seiner besonderen sachlichen Qualifikation, die geeignete Stelle zur Beurteilung der Notwendigkeit einer Ermächtigung. Dieser Umstand und der Mangel einer anderen am Rechtsstreit interessierten autoritären Stelle werden ausschlaggebend für die Deranziehung des Vorsitzenden des ArbG. gewesen sein.

Aus diesen Erwägungen erhellt, daß eine unterschiedliche Behandlung der Ermächtigung durch die DAF. und der Ermächtigung durch den Vorsitzenden des ArbG. nicht möglich ist, und zudem auch nicht geboten erscheint. Die Rechtsnatur der Ermächtigung ist stets die gleiche, gleichgültig, wer die Ermächtigung erteilt.

Zu demselben Ergebnis kommt auch das ArbG. Nürnberg-Fürth¹⁰⁾. Es folgert gerade aus dem Umstand, daß es sich bei der Entscheidung über die Ermächtigung um eine Ermessensfrage handele, die Unzulässigkeit der Beschwerde. Die Berufung auf Stein-Jonas¹¹⁾ ist, wie Volkmar¹²⁾ zutreffend ausführt, verfehlt. Das ändert aber nichts daran, daß das ArbG. Nürnberg-Fürth dem Wesen der Ermächtigung gerecht geworden ist und gerade aus der besonderen Stellung der Ermächtigung im Arbeitsgerichtsverfahren das hier vertretende Ergebnis gefunden hat.

Aus der festgestellten Eigenart der Ermächtigung muß somit, da eine ausdrückliche Regelung der Beschwerdemöglichkeit nicht besteht, gefolgert werden, daß ein Beschwerderecht sowohl gegen die die Ermächtigung aussprechende, als auch die die Ermächtigung ablehnende Entschließung nicht gegeben ist¹³⁾.

B.

Entgegnung

Von Ministerialdirektor Dr. Volkmar, Berlin

Den vorstehenden Ausführungen vermag ich mich nicht anzuschließen. Der Verfasser muß selbst zugeben, daß die Ablehnung der Zulassung eines N.A. gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. an sich die Voraussetzungen des § 567 ZPO. erfüllt, daß also eine Beschwerdemöglichkeit gegeben sein würde, wenn nicht aus besonderen Umständen die im Gesetz nicht ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers, das Beschwerderecht auszuschließen, ersichtlich geworden ist. Den Nachweis für einen solchen Sinn des Gesetzes sucht der Verfasser vergebens zu führen. Zunächst ist der Umstand, daß es sich um eine bloße Ermessensentscheidung handelt, völlig belanglos. Denn das Prozessrecht kennt zahlreiche Ermessensentscheidungen, die der Beschwerde unterliegen. Es sei nur an die Einstellung der Zwangsvollstreckung in den Fällen der §§ 707 und 769 ZPO. erinnert, deren Beschwerdefähigkeit noch von niemand angefochten worden ist. Abgesehen hiervon handelt es sich nicht einmal um eine reine Ermessensentscheidung, vielmehr ist die Frage, ob die Voraussetzungen für die Zulassung eines N.A. gegeben sind, eine Rechtsfrage.

Als einziger Grund für die Annahme, daß die Ablehnung der Beschwerdemöglichkeit dem Sinne des Gesetzes entspricht, bleibt also die Tatsache übrig, daß das Gesetz die Entscheidung nicht dem ArbG., sondern dem Vorsitzenden übertragen hat. Hieraus kann aber unmöglich gefolgert werden, daß der Vorsitzende nicht als richterliche Behörde, sondern als Verwaltungsorgan zu entscheiden hat und seine Entscheidung als ein Akt angesehen werden muß, der sich „neben dem Rechtsstreit“ abspielt. Wenn der Verfasser besonderes Gewicht

darauf legt, daß die Entscheidung des Vorsitzenden in diesem Falle öffentlich-rechtlicher Art ist, so übersieht er ganz, daß jede gerichtliche Entscheidung ein öffentlich-rechtlicher Akt ist, dieses Kriterium also zur Lösung der Frage nichts beisteuern kann. Der Grund dafür, daß die Entscheidung dem Vorsitzenden allein überlassen wurde, war lediglich der, daß hier einer der Fälle vorliegt, in denen schon nach den Grundfätzen des ArbGG. der Vorsitzende allein zu entscheiden hat. Denn, wenn es auch zutreffen mag, daß in vielen Fällen die Entscheidung nicht schon vor der mündlichen Verhandlung, sondern erst im ersten Termin (Gütertermin) getroffen wird, so wird doch gerade dieser Termin vom Vorsitzenden allein abgehalten, so daß auch in diesem Falle ohnehin nur seine Entscheidung, nicht eine Entscheidung des Kollegiums, in Frage kommen konnte. Aber abgesehen hiervon hat schon das ArbGG. alter Fassung im § 51 die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien ohne Rücksicht darauf, ob diese Entschließung vor der Verhandlung, in der Güteverhandlung oder in einer Streitverhandlung vor der Kammer getroffen wird, dem Vorsitzenden allein übertragen. Noch niemand ist auf den Gedanken gekommen, daraus zu folgern, daß der Vorsitzende hier nicht in richterlicher Eigenschaft, sondern als Verwaltungsorgan „neben dem Rechtsstreit“ entscheidet. Es ist also eine ganz willkürliche Deutung des Sinnes des Gesetzes, wenn aus der Übertragung der Entscheidung über die Zulassung eines N.A. auf den Vorsitzenden gefolgert wird, daß diese Entscheidung keine richterliche Entscheidung sei. Nach alledem beruht die genaue Kenntnis des eigentlichen Willens des Gesetzgebers, die der Verfasser des vorstehenden Aufsatzes für sich in Anspruch nimmt, nur auf einer durch nichts zu belegenden Vermutung, während immerhin nicht zu verkennen ist, daß die Verfasser des Aufsatzes im Deutschen Arbeitsrecht 1935, 233 und der Anmerkung in ArbRSamml. 25 (ArbG.), 85 ff. die Personen sind, die bei der Neufassung des § 11 ArbGG. am unmittelbarsten beteiligt waren.

Vor allem führt aber auch die Ansicht des Verfassers zu praktisch unerträglichen Ergebnissen. Die Folge würde nämlich sein, daß die Praxis der einzelnen Vorsitzenden bei der Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. jeglicher Kontrolle entzogen würde und sich ganz verschiedenartig gestalten könnte. Denn der Verfasser scheint keineswegs aus seiner Auffassung den Schluß zu ziehen, daß der Vorsitzende, weil er eine rein verwaltungsmäßige Entscheidung trifft, hierbei den Anweisungen seiner Dienstaufsichtsbehörde unterläge. Die hier zu lösenden Fragen würden sich zur Behandlung im Dienstaufsichtsweg der Justizverwaltung auch sehr wenig eignen. Bei den Entscheidungen, die die einzelnen Rechtsberatungsstellen der DAF. zu treffen haben, liegt es ganz anders. Sie sind Verwaltungsstellen der DAF. und Bedenken und Unstimmigkeiten, die sich aus der Praxis einzelner Rechtsberatungsstellen bei der Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. ergeben, können leicht dadurch behoben werden, daß die Leitung der DAF. durch Anweisungen an die einzelnen örtlichen Rechtsberatungsstellen auf eine sachgemäße und einheitliche Anwendung der Ermächtigungsbefugnis des § 11 Satz 1 hinwirkt.

Im übrigen läßt aber auch die neuere Entwicklung der Praxis der ArbG. erkennen, daß es sich bei den ArbG., die bisher im Sinne des Verfassers der vorstehenden Ablehnung entschieden haben, um Außenleiter handelt und die Mehrheit der Praxis sich der von Jonas und mir vertretenen Ansicht, die allein dem praktischen Bedürfnis gerecht wird, zuwendet. Es sei nur auf die vier in ArbRSamml. 26 Heft 2 unter Nr. 10—14 (LAG. S. 70 ff.) abgedruckten Entscheidungen der ArbG. Eissen, Hamburg, Hannover und München hingewiesen. Diese Entscheidungen lassen auch gerade erkennen, welche wichtigen Rechtsfragen sich bei der Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 2 ergeben und wie unbedingt notwendig es ist, daß die Möglichkeit einer Nachprüfung der Entscheidungen der Vorsitzenden in den Fällen, in denen sie die Zulassung eines Anwalts ablehnen, ist.

¹⁰⁾ Vom 17. Sept. 1935: ArbRSamml. 25, 87.

¹¹⁾ ZPO. § 567, Anm. A III 3.

¹²⁾ a. a. O.

¹³⁾ Groß: ArbRSartei, Arbeitsgericht IV B 7 Nr. 545 Abs. 1.

Anbietungs- und Genehmigungspflicht bei der Einziehung von Honorarforderungen gegen ausländische Mandanten bei deren inländischen Schuldner

Von Gerichtsassessor Otto Böhmert, Berlin

I.

Gemäß § 11 DevG. darf ein Deviseninländer nur mit vorheriger Genehmigung der zuständigen Devisenstelle zugunsten eines Devisenausländers einem anderen Deviseninländer im Inland inländische Zahlungsmittel aushändigen, d. h. an diesen irgendwelche Zahlungen leisten.

Eine Besonderheit bietet der Fall der Honoraranprüche, welche ein inländischer Rechtsanwalt gegen einen devisaen ausländischen Mandanten aus der Wahrnehmung von dessen Ansprüchen gegen inländische Schuldner hat.

Der Ausländer, der seine Ansprüche gegen einen inländischen Schuldner geltend machen will und sich hierbei der Hilfe eines inländischen Rechtsanwalts bedient, haftet dem Anwalt nach den einschlägigen Vorschriften als Auftraggeber für die Zahlung des Anwaltshonorars. Andererseits ist der inländische Schuldner, der sich dem ausländischen Gläubiger gegenüber mit seiner Forderung im Verzug befindet, diesem zum Ersatz des Verzugschadens verpflichtet, wozu auch die Anwaltsgebühren zu rechnen sind. In der Regel pflegt der für den Mandanten tätig werdende Rechtsanwalt seine Gebühren unter dem Gesichtspunkt des Verzugschadens bei dem Schuldner unmittelbar einzuziehen. Dieser in der Praxis einfachen Handhabung liegt eine rechtliche Konstruktion zugrunde, welche zu einigen Schwierigkeiten führen kann, wenn der auftraggebende Mandant ein Devisenausländer ist.

1. Geht man davon aus, daß der inländische Rechtsanwalt seine Gebühren als einen von dem Ausländer erlittenen Verzugschaden und somit als dessen Forderung geltend macht, so deckt in der Regel die für die Hauptforderung des Ausländers erteilte Genehmigung (vgl. auch Ri. I 35 Abs. 2) nach dem in der Praxis der Devisenstellen üblichen Wortlaut auch die Nebenkosten der Forderung (z. B. Zinsansprüche usw.) und damit auch die Gebührenforderung des Anwalts; dies jedoch nur insoweit, als diese Gebührenforderung als Forderung des Devisenausländers gegen den inländischen Schuldner angesehen wird. Zieht der inländische Rechtsanwalt von dem Schuldner diese Gebührenforderung im Namen des ausländischen Gläubigers ein und verrechnet sie nunmehr nach der Vereinnahmung auf den ihm gegen seinen ausländischen Auftraggeber zustehenden Anspruch auf Honorar, so liegt hierin eine selbständige rechtsgeschäftliche Handlung, welche gemäß § 11 Abs. 2 DevG. deshalb der Genehmigung bedarf, weil der inländische Rechtsanwalt über seine Honorarforderung gegen den Devisenausländer insofern verfügt, als er sie durch Verrechnung bzw. Aufrechnung mit der dem Ausländer gegen ihn zustehenden Forderung auf Abführung des vereinnahmten Betrages zum Erlöschen bringt.

2. Zu keinem anderen Ergebnis kommt man, wenn man der in Rechtsprechung und Literatur einhellig vertretenen Anschauung folgt, daß der Mandant den in Höhe der Gebührenforderung des Rechtsanwalts ihm gegen seinen Schuldner zustehenden Anspruch auf Erstattung des Verzugschadens stillschweigend mit der Auftragserteilung an den Rechtsanwalt abtritt. Zwar macht der Rechtsanwalt in diesem Falle den Gebührenanspruch aus eigenem Recht geltend, so daß für die Leistung des inländischen Schuldners insoweit eine Genehmigung nicht erforderlich ist. Andererseits bleibt devisenrechtlich der Tatbestand der gleiche, da erstens der inländische Rechtsanwalt diese Forderung der Forderung des Ausländers gegen den inländischen Schuldner nur erfüllungshalber für seine Honoraranprüche annimmt (so daß also letzten Endes das Erlöschen der Forderung des Rechtsanwalts gegen den Ausländer nur durch die tatsächliche Zahlung des inländischen

Schuldners bzw. die verrechnungsmäßige Vereinnahmung durch den Anwalt bewirkt wird) und zweitens in jedem Falle durch den Rechtsanwalt bei dieser Handhabung eine genehmigungspflichtige Verfügung zugunsten des Ausländers erfolgt ist.

II.

Soweit die Gebührenansprüche des inländischen Rechtsanwalts zugleich mit der Hauptforderung des Devisenausländers Gegenstand eines im Inland geführten Rechtsstreites sind, greift die Bestimmung Ri. III 9 ein, wonach „die durch gerichtliche Entscheidung festgesetzten Rechtsverfolgungskosten in Reichsmark zugunsten des ausländischen Gläubigers an inländische Prozeßbevollmächtigte ... genehmigungsfrei“ gezahlt werden können.

Nach dieser Bestimmung ist jedoch nur die Zahlung solcher Kosten für genehmigungsfrei erklärt, die im Urteil dem inländischen Schuldner auferlegt und in dem nachfolgenden Kostenfestsetzungsbeschuß der Höhe nach festgesetzt worden sind.

Diese Bestimmung greift jedoch nicht ein bei solchen Fällen, in denen nach Erteilung der gemäß § 41 DevG. und Ri. III 4 abgefaßten Genehmigung der Devisenstelle der Prozeß noch vermieden wird. Dies ist keineswegs so selten, wie es zunächst den Anschein haben mag. Erfahrungsgemäß pflegen sich inländische Schuldner sehr häufig ihrer Zahlungsverpflichtung zu entziehen mit der Begründung, nach der deutschen Devisengesetzgebung dürften sie an einen Ausländer keine Zahlung leisten. Wenn dann durch den einen ausländischen Gläubiger vertretenden inländischen Rechtsanwalt im Auftrage des Gläubigers gemäß § 8 Abs. 2 DevG. in Verbindung mit Ri. I 35 Abs. 2 die Genehmigung zur Leistung des Schuldners eingeholt wird, genügt sehr häufig die einfache Zahlungsaufforderung unter Hinweis auf den durch die Devisenstelle dem Schuldner abschriftlich zur Kenntnis gebrachten Genehmigungsbescheid (Ri. I 35 Abs. 2 Halbsatz 2), um den Schuldner zur Zahlung zu bewegen.

Obgleich aber der Rechtsstreit vermieden worden ist, sind für den inländischen Rechtsanwalt Gebühren und Auslagen usw. (§ 14 RAGebO. bzw. Art. 8 PrUGO.) entstanden, die als Verzugsfolgen dem Schuldner zur Last fallen müssen.

Die Zahlung dieser Rechtsverfolgungskosten ist jedoch nicht genehmigungsfrei gemäß Ri. III 9, da es sich nicht um „durch gerichtliche Entscheidung festgesetzte“ Kosten handelt. Durch den für die Hauptforderung erteilten Genehmigungsbescheid ist in aller Regel die Zahlung solcher Kosten gleichfalls nicht gedeckt, da dieser formularmäßig lediglich die Hauptforderung nebst Zinsen bezeichnet und wegen der Kosten sich auf die Bestimmung Ri. III 9 bezieht.

Teilweise findet man den Standpunkt vertreten, daß durch den üblicherweise am Kopf des Genehmigungsbescheides stehenden Vermerk:

„Betrifft: Forderung der ausländischen Firma X.
Inländischer Schuldner Y.
wegen ... forderung nebst Zinsen und Kosten“

auch die Begleichung der außergerichtlichen Kostenerstattungsansprüche durch den Schuldner genehmigt sei. Diese Anschauung scheint jedoch nicht haltbar angesichts der Tatsache, daß diese Bemerkung sich erstens nicht im Text der eigentlichen Genehmigung befindet (außerlich dadurch zum Ausdruck gebracht, daß dieses „Betrifft“ sich vor dem vorgebrachten

Wort „Genehmigungsbefcheid“ befindet) und zweitens im Text wegen der Kosten ausdrücklich auf Nr. III 9 Bezug genommen wird.

Bereinzelt findet man sogar bei Sachbearbeitern der Devisenstellen die Auffassung vertreten, daß eine Genehmigung zur Zahlung einer Hauptforderung prinzipiell auch ohne weiteres die Zahlung sämtlicher mit der Hauptforderung zusammenhängenden Nebenkosten einschließe — gleichviel, ob diese Kosten direkt dem ausländischen Gläubiger oder einem inländischen Rechtsanwalt zu zahlen seien und ohne Rücksicht darauf, ob sie in einem gerichtlichen Verfahren festgesetzt worden sind oder nicht.

Diese letztere Auffassung ist ohne Zweifel wirtschaftlich vernünftig und de lege ferenda zu begrüßen, findet aber weder im DevG. selbst, noch in den Nr. für die Devisenbewirtschaftung, noch auch in einem Erlaß der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung (§ 1 Abs. 3 DevG.) eine Stütze.

Vom Standpunkt des inländischen Rechtsanwalts aus ist auch noch folgendes zu berücksichtigen:

Für die aus dem Mandat erwachsende Honorarforderung haftet ihm in erster Linie der ausländische Auftraggeber; selbst wenn dieser ihm seinen Erstattungsanspruch gegen den inländischen Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend abgetreten hat (vgl. oben II Ziff. 2), bleibt er für den Anwalt Hauptschuldner. Da sich somit die Honorarforderung in erster Linie gegen den devisenaufländischen Auftraggeber richtet,

muß sie von dem Rechtsanwalt gemäß Art. I § 1 Abs. 2 Ziff. 2 der 1. Durchf. v. 4. Febr. 1935 der Reichsbank angezeigt bzw. angeboten werden. Erfolgt die Zahlung dieser Honorarforderung durch den inländischen Schuldner, so muß der Eingang des Betrages und die Tatsache, daß es sich um eine Inlandszahlung handelt, der Reichsbank unter gleichzeitiger Bezeichnung des Genehmigungsbefehdes, durch den die Begleichung der Auslandsforderung im Wege der Inlandszahlung gestattet worden ist, angezeigt werden.

Folgt man der oben vorgetragenen Rechtsauffassung, so müßte also der Reichsbank der Genehmigungsbefcheid angezeigt werden, in dem die Genehmigung zur Zahlung der Hauptforderung des Devisenausländers dem inländischen Schuldner erteilt worden ist. Es erscheint mehr als fraglich, ob die Reichsbank diesen Genehmigungsbefcheid auch für die außergerichtliche Gebührenzahlung als maßgebend ansehen wird. Es bedarf keiner besonderen Ausführungen darüber, welche Schwierigkeiten also unter Umständen dem Rechtsanwalt bei diesem Verfahren erwachsen könnten (vgl. § 42 Abs. 1 Ziff. 3 und Ziff. 6 DevG.).

Formell muß daher, wenn die Hauptsumme auf Grund des erteilten Genehmigungsbefehdes gezahlt werden kann, wegen der außergerichtlich entstandenen Rechtsverfolgungskosten nochmals eine besondere Genehmigung zur Leistung des Schuldners an den inländischen Rechtsanwalt beantragt werden.

Reisekosten des Armenanwalts

A.

Von Rechtsanwalt Dr. Henneberg, Breslau

Nirgends tritt der Mangel einer einheitlichen Rechtsprechung so deutlich und fühlbar hervor, wie auf dem Gebiete der Kosten. Die Armenanwaltskosten sind nur ein kleiner Teil dieses Komplexes, stehen aber heute im Vordergrund.

Während sich die Erstattung der Armenanwaltsgebühren nach der Gebührenordnung bestimmt und die Prüfung der Zweckmäßigkeit der gebührenpflichtigen Tätigkeit unzulässig ist (RG.: JW. 1936, 615⁵⁴), gilt für die Auslagen des Armenanwalts das Gegenteil. Sie sind von der Reichskasse auf ihre Erforderlichkeit zu prüfen.

§ 1 Abs. 3 ArmAnwG. bestimmt, daß Reisekosten nicht vergütet werden, wenn die Reise nicht erforderlich war. Die Notwendigkeit der Reise unterliegt der Nachprüfung. Aus der Fassung des Gesetzes folgt, daß Aufwendungen, die der Armenanwalt zum Zwecke der Reise zu einem auswärtigen Termin für seine Partei gemacht hat, ihm nur dann nicht erstattet werden sollen, wenn aus den Umständen besonders hervorgeht, daß die Reise nicht erforderlich war. Die Erstattung darf nur dann abgelehnt werden, wenn sich die Terminswahrnehmung durch den Anwalt als überflüssig erweist (RG.: JW. 1936, 742).

Diese, bei der Festsetzung der Reisekosten zu beantwortende Frage ist auf alle Umstände des Einzelfalles abzustellen. Sie kann nicht rücksehend betrachtet und beantwortet werden, indem man sie auf den Zeitpunkt der Entscheidung über das Erstattungsgeßuch des Armenanwalts abstellt. Er hat sich ja auch vorher zu entscheiden, ob er den Termin wahrnehmen will. Dabei sind für ihn allein die Interessen der von ihm vertretenen Partei maßgebend. Verlangen diese bei pflichtgemäßer Würdigung die Wahrnehmung des Termins, in dem der wichtigste und ungewisseste Teil des Prozesses, die Beweisaufnahme, erlebdt wird, dann muß er handeln. Diese Entscheidung muß der Armenanwalt im Laufe des Prozesses treffen, also zu einem Zeitpunkt, in dem er nur mit dem voraussichtlichen Verlauf und der voraussichtlichen Notwendigkeit der Aufwendung besonderer Kosten rechnen kann. Hinterher kann allerdings das Ergebnis der Be-

weisenaufnahme eine andere Stellungnahme rechtfertigen. Das weiß aber niemand vorher, und dieses Risiko kann dem Armenanwalt nicht als Strafe dafür aufgebürdet werden, daß er die Rechte seiner Partei wahrnimmt.

Der Kostenenat des RG. hat für die schwierige Lage des Armenanwalts bei der Wahrnehmung eines auswärtigen Termins volles Verständnis gezeigt und ihm die Möglichkeit gegeben, eine Stellungnahme des Prozeßgerichts darüber zu verlangen, ob die Wahrnehmung des auswärtigen Termins für zweckentsprechend gehalten wird (JW. 1935, 2513; 1935, 3646). Wenn auch der Urundsbeamte an diese „Vorentscheidung“ rechtlich nicht gebunden ist, so wird sie für ihn praktisch für die Frage nach der Zweckmäßigkeit der aufgewandten Reisekosten von großem Wert sein.

Die für eine Reise aufgewandten Kosten waren erforderlich, wenn sie erstattungsfähig sind. Dabei kann man nun nicht davon ausgehen, daß alle Auslagen zu erstatten sind, die die eigene Partei ihrem Anwalt gewähren müßte, falls ihr das Armenrecht nicht bewilligt wäre (so OLG. Kiel: JW. 1934, 3076). Da die Reise erforderlich gewesen sein muß, sind ihre Kosten nur in gleichem Umfang wie auch von einem erstattungspflichtigen Gegner von der Reichskasse zu tragen (so die überwiegende Meinung, z. B. RG.: JW. 1936, 615; Gaedeker, Kostenrechtsprechung 1934 Nr. 381). In diesem Fall waren sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig.

Dies ist nun keineswegs eine Selbstverständlichkeit. Obwohl fast allgemein der Grundsatz gilt, daß jeder Partei das Recht zusteht, in der Beweisaufnahme durch einen Anwalt, ihren Prozeßbevollmächtigten, vertreten zu sein, gelangt man auf Umwegen zu einer Einschränkung dieses Satzes.

Die Ansicht des OLG. Dresden, daß sich die Beordnung eines Armenanwalts im Anwaltsprozeß nicht auf die im Laufe des Prozesses vor dem beauftragten Richter stattfindende Beweisaufnahme erstrecke (JW. 1935, 804) ist, soweit ich sehe, nirgends gebilligt worden. Sie ist nicht nur mit dem Gesetz nicht vereinbar, sondern würde auch, wie Kubisch in seiner Anmerkung darlegt, zu einer willkürlichen Zerreißung des Verfahrens und der Funktionen des Prozeßbevollmächtigten

und damit zu rechtlich wie praktisch völlig unmöglichen Ergebnissen führen.

Ebenso ist m. E. der vom OLG. Naumburg aufgestellte Satz, daß der Armenanwalt, wenn nicht gerade seine persönliche Anwesenheit nötig ist, zu prüfen hat, ob die Bestellung eines besonderen Armenanwalts für die Beweisaufnahme nicht für die Reichskasse billiger ist, als wenn er selbst den Beweis termin wahrnimmt (JW. 1936, 617) aus dem Gesetz nicht zu begründen. Wenn der Armenanwalt in seiner Entscheidung durch die Rücksicht auf die Reichskasse gebunden sein soll, dann muß er die Interessen der armen Partei durch die Bewilligung des Armenrechts bewahrt werden. Man muß sich einmal vorstellen, wegen welcher — an sich geringen — Beträge also der Armenanwalt die Interessen der Reichskasse denen seiner Partei vorziehen soll. Der Prozeßbevollmächtigte kann für die Wahrnehmung des auswärtigen Termins nur die Reisekosten (§ 78 RWGebD.) erstattet verlangen, nicht die Gebühren, die ein auswärtiger Substitut nach § 45 RWGebD. erhalten haben würde. Es liegt auf der Hand, daß es sich bei normalen Beweisaufnahmen innerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks oder einer entsprechenden Entfernung nur um Differenzen von einigen Mark zwischen den Reisekosten und der gekürzten Armenrechtsgebühr handeln kann. Schließlich kommt es auch nicht darauf an, ob die persönliche Anwesenheit des Armenanwalts notwendig ist. Es ist sein aus der Verordnung und der Bevollmächtigung folgendes Recht und seine Pflicht, der Beweisaufnahme persönlich beizuwohnen. Einen Substituten wird er im Interesse der Partei regelmäßig nur bestellen, weil er selbst an der Wahrnehmung des Termins verhindert ist. Liegt eine Verhinderung nicht vor, dann hat die Partei ein Recht darauf, daß ihr Prozeßbevollmächtigter der auswärtigen Beweisaufnahme beiwohnt.

Bestellt der Armenanwalt einen Substituten, dann können dessen Kosten als eigene Auslagen des Armenanwalts der Reichskasse in Rechnung gestellt werden. Sie sind in voller Höhe erstattungsfähig, wenn der Armenanwalt behindert war (OLG. Naumburg: Kammerzeitung 1936, 19). Der überwiegend vertretenen Meinung, daß die Vertretungskosten nicht höher sein dürfen als die Auslagenforderung des Armenanwalts, wenn er selbst den Termin wahrgenommen hätte (z. B. OLG. Kiel: JW. 1935, 2301), kann nicht beigetreten werden. Sie geht von der — durch nichts begründeten — Annahme aus, daß in Armenensachen der Prozeßbevollmächtigte regelmäßig bei der Beauftragung des Substituten im eigenen Namen und nicht in Vollmacht der Partei handelt. Hier kommt es doch sehr auf den einzelnen Fall an, denn auch in Armenensachen handelt der Armenanwalt regelmäßig nach Verständigung mit der armen Partei. Die Kosten der Substitution sind allerdings nur in Höhe der Reisekosten des Armenanwalts zu dem auswärtigen Beweis termin erstattungsfähig, wenn diese Kosten die geringeren sind und er den Beweis termin wahrnehmen konnte. War ihm aber die Wahrnehmung des auswärtigen Beweis termins wegen seiner übrigen Berufsschäfte nicht möglich — bei einem großstädtischen Anwalt wird eine solche Verhinderung ohne weiteres angenommen, da er unter gewöhnlichen Umständen durch Wahrnehmung auswärtiger Beweis termine die Interessen seiner anderen Auftraggeber gefährden würde —, so ist nach allgemeiner Ansicht die Wahrnehmung des Termins durch einen auswärtigen Anwalt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nötig. Deshalb sind in diesem Falle die Gebühren des auswärtigen Anwalts aus § 45 RWGebD. in voller Höhe erstattungsfähig (OLG. Naumburg: Kammerzeitung 1936, 19).

Nicht zu billigen ist auch die Einschränkung, daß in klar und einfach liegenden Fällen die arme Partei kein Recht hat, bei auswärtigen Beweisaufnahmen durch einen Anwalt vertreten zu sein (RG.: JW. 1936, 67). Freilich ist an diesem Satz schon etwas Wahres und Richtiges. Die Frage bleibt nur offen, welche Beweisaufnahme vor ihrer Ausführung vorzuziehbar klar und einfach liegt. Während das RG. a. a. O. z. B. Vernehmungen über ehewidriges oder ehewidrige Beziehungen nicht zu diesen Fällen zählt, vertritt der Kosten-

senat des OLG. Breslau in seinen bisher nicht veröffentlichten Entscheidungen die entgegengesetzte Meinung. Eine wichtigere und in ihrem Verlauf weniger voraussehbare Beweisaufnahme gibt es in Ehefachen nicht. In den überwiegenden Fällen (eigentlich immer, sonst wäre sie nicht angeordnet worden) ist die Beweisaufnahme von ausschlaggebender Bedeutung. Daher liegt es im wohlbegründeten Interesse jeder Partei, daß ihr Anwalt zugegen ist, um durch geeignete Fragen auf erschöpfende Aussagen hinzuwirken. Dies gilt vor allem dann, wenn es sich um Ehebruch oder ehewidrige Beziehungen einer Partei handelt, insbesondere wenn der angebliche Ehebrecher oder Ehestörer vernommen werden soll. Unerheblich ist, ob es sich um kürzere oder längere Zeit zurückliegende Tatsachen oder Vorgänge handelt. Maßgebend ist der Inhalt der Beweisfrage. Daß ihre Erledigung der Sorgfalt des ersuchten Richters anvertraut werden kann, ist eine Selbstverständlichkeit und hat nichts mit dem Recht der armen Partei zu tun, bei dieser sorgfältigen Erledigung gesetzlich vertreten zu sein. Ebensovienig kommt es darauf an, ob die Partei selbst Vorhaltungen machen und Fragen stellen kann. Dies ist ihr gutes Recht, das nicht die Pflicht begründet, sich soweit wie möglich ohne Anwalt zu behelfen. Könnte dies die Partei, dann brauchte man diese Folgerung nicht auf den vielleicht wichtigsten Teil des Prozesses, die Beweisaufnahme, zu beschränken. Daß solche Erwägungen nicht bei der Auslegung des § 1 Abs. 3 ArmAnwG. ausschlaggebend sein können, folgt aus der Einführung des Anwaltszwanges. Der tiefere Sinn dieses Zwanges liegt doch darin, die Rechtspflege Fachleuten zu übertragen, weil der Laie hierfür regelmäßig nicht geeignet ist (man stelle sich z. B. vor, die Naturalparteien würden sich vor den Kollegialgerichten vertreten!).

Es geht daher nicht an, die arme Partei zur eigenen Wahrnehmung der ihr aber nicht dem Gericht wichtig erscheinenden Termine aufzufordern. Entweder hat jede Partei ein Recht, bei der Beweisaufnahme durch einen Anwalt vertreten zu sein und ihr beizuwohnen, oder die reiche Partei muß sich bei der späteren Festsetzung ihrer erstattungsfähigen Kosten gem. §§ 91 ff. ZPO. dieselben Einschränkungen gefallen lassen wie die arme.

Diese Folgerung wird jedoch nicht gezogen. Sie ist auch aus dem Gesetz nicht zu begründen.

Die Rücksichtnahme auf Ersparnisse der Reichskasse kann dem Armenanwalt m. E. nur Recht sein. Er würde sich damit viel Zeit und Mühe ersparen. Vom Standpunkt der armen Partei ist sie nicht zu verstehen, und deshalb kann sie der Armenanwalt auch nicht gegenüber seinem armen Auftraggeber vertreten. Sonst müßte sich die arme Partei als Recht suchender minderen Grades ansehen. Das Gesetz will aber, daß die arme Partei durch die Bewilligung des Armenrechts ihrem vermögenden Gegner gleichgestellt wird.

B.

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedele, Berlin

Das Thema „Reisekosten des Armenanwalts“ wird einer restlos befriedigenden Lösung genau so wenig zuzuführen sein wie die Frage der Kostenerstattung im Prozeß ganz allgemein. Anders ist es bei den Gebühren des Armenanwalts. Soweit der Armenanwalt als solcher, das heißt nach der Verordnung (oder nach dem Zeitpunkt etwa angeordneter Rückwirkung) eine gebührenpflichtige Prozeßtätigkeit entwickelt, ist für ein Ermessen bei der Festsetzung seiner Kosten kein Raum. Die Gebühren sind von der Reichskasse zu erstatten. Hier gilt also der absolute Maßstab, wie ihn § 91 Abs. 2 ZPO. kennt. Soweit der Anwalt dagegen bare Auslagen aufwendet, gilt — genau wie in § 91 Abs. 1 — der elastische Maßstab, das Ermessen, d. h. daß nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung als notwendig anerkannten Aufwendungen ersetzt werden.

Diese Beschränkung hinsichtlich der Auslagen des Armenanwalts ist von der Rechtsprechung eingeführt worden. Denn an sich hat die Erstattung aus der Reichskasse mit der Erstattung durch die unterlegene Gegenpartei nichts gemein, sondern tritt an die Stelle der durch die eigene Partei zu bewirkenden Zahlung. Dieser gegenüber würde aber bei Auslagen gem. § 670 BGB. zu verfahren sein, es würden also solche Aufwendungen zu ersetzen sein, die der Anwalt für erforderlich halten durfte. Hier setzt nun die Einschränkung im Verhältnis zur Reichskasse ein. Sie ist bedingt durch die Eigenart dieses Verhältnisses, im Gesetz selbst dagegen nur in einer Beziehung ausdrücklich vorgesehen: das sind eben die Reisekosten.

Reisekosten des Armenanwalts werden nach § 1 Abs. 3 ArmAnwG. nicht vergütet, wenn die Reise nicht erforderlich war. Diese Fassung zeigt (worauf vor allem das RG. [Kostensenat] immer wieder hingewiesen hat), daß dem Anwalt der Ersatz eigener Aufwendungen — denn um solche handelt es sich — nur versagt werden darf, wenn erhellt, daß die Reise nicht erforderlich, man kann sagen überflüssig war (vgl. zuletzt Entsch. v. 18. April 1936: S. 1792²⁷ d. H.).

An sich kann diese „Nichterforderlichkeit“ aus allen möglichen Umständen entnommen werden. Oberster Gesichtspunkt wird aber stets bleiben müssen, ob nach der Gesamtlage des Prozesses die Reise — in der Hauptsache kommt ja eine solche zu auswärtigen Terminen in Frage — entbehrlich war. Hierzu gehört vor allem die Prüfung, ob es sich um einen mehr oder weniger wichtigen Beweistermin handelte. Solch Unterschied kann nun einmal verleugnet werden. Ferner die Prüfung, ob die Partei anwesend war oder sein konnte und selbst ihre Interessen ausreichend wahrnehmen konnte, oder ob sie sonst völlig unvertreten gewesen wäre. Ergibt schon diese Prüfung die Überflüssigkeit der Reise, so entfällt damit der Reisekostenerstattungsanspruch.

Andernfalls entsteht die bedeutsame Frage, ob trotz Bejahung der Notwendigkeit die Partei im Termin durch einen Anwalt vertreten zu lassen, die Reise aus anderen Gesichtspunkten heraus für entbehrlich erklärt werden kann. Solche könnten sein: Der Armenanwalt hätte nicht unbedingt selbst fahren müssen, er hätte sich durch einen Substituten vertreten lassen können. Oder die Reisekosten stehen in keinem Verhältnis zu dem Streitwert, die billigere Maßnahme der Betrauung eines Unterbevollmächtigten hätte ausgereicht. Oder aber daß die Rücksicht auf die Belange der Reichskasse den Anwalt genötigt habe, die Rücksicht auf die Interessen der Partei zurückzustellen und die billigste Maßnahme zu ergreifen.

Es liegt auf der Hand, daß bei Anerkennung der Notwendigkeit der Terminswahrnehmung (= Reise) durch den Armenanwalt an sich nur in ganz besonders gelagerten Fällen eine Ablehnung des Reisekostenersatzes noch Platz greifen kann. Keinesfalls dürfen ohne weiteres die Interessen der Armenpartei denen anderer Stellen, vor allen des Fiskus, geopfert werden. Ebensovienig wird regelmäßig dem Armenanwalt — nachträglich — vorzuschreiben sein, welche Maßnahme im Interesse seiner Partei genügt hätte. Andererseits kann wiederum die arme Partei nicht verlangen, daß zu ihren Gunsten unverhältnismäßig hohe, d. h. dem von ihr oder gegen sie geltend gemachten Anspruch nicht entsprechende Kosten aufgewendet werden. Denn das Armenrecht soll die arme Partei nur gleich, nicht aber besser stellen als die nicht-arme Partei. Wo also bei verständiger Würdigung letztere nicht darauf bestanden hätte, ihren eigenen Anwalt zum auswärtigen Termin zu schicken und die höheren Kosten dafür aufzuwenden, muß auch die arme Partei sich dementsprechend behandeln und an ihr eigenes Verhalten den gleichen Maßstab anlegen lassen. Daß aber unter Umständen die vermögende Partei auch erhebliche Kosten nicht scheut und diese sogar als zweckentsprechend erstattet erhält, zeigt die Entscheidung des RG. (KostSen.) v. 13. Juni 1936, 20 W 3081/36 (Reise des Prozeßbevollmächtigten im Flugzeug nach Stockholm).

Nur mit dieser Maßgabe kann man also die Berechtigung anerkennen, die Kosten einer vom Armenanwalt tatsächlich ausgeführten Reise deshalb als überflüssigen Aufwand anzusehen, weil die Vertretung auch billiger zu bewerkstelligen gewesen wäre. Nur solchenfalls kann man also die Aufwandsersatzung auf denjenigen Betrag beschränken, in dessen Höhe durch vernünftigerweise an Stelle der Reise zu ergreifende Vertretungsmaßnahmen — in der Regel Vertretung durch Substituten — Kosten verursacht worden wären.

Eine derartige Erwägung anzustellen, muß vom Armenanwalt verlangt werden, bevor er die Reichskasse mit eigenen baren Aufwendungen, insbesondere für Terminswahrnehmung belasten will. Hierdurch tritt für keinen Beteiligten irgendwelche Beschränkung seiner Rechte ein.

Ich darf zu allen diesen Erwägungen auf die S. 1792²⁸ des Heftes abgedruckte Entscheidung des RG. v. 9. Mai 1936 verweisen. In dieser stand zur Erörterung, ob der Armenanwalt sich damit hätte begnügen sollen, statt selbst nach Paris zu fahren, einen in einer Parallelsache einen anderen Kläger vertretenden, ebenfalls zum Beweistermin nach Paris fahrenden Armenanwalt mit Untervollmacht zu versehen. Ich darf weiter den S. 1792²⁷ des Heftes abgedruckten Anwendungsfall der Entscheidung des RG. v. 18. April 1936 hier anführen, der insofern eigenartig gelagert ist, als der Anwalt aus anderem Anlaß von Berlin nach München gefahren war und bei dieser Gelegenheit als Armenanwalt einen in München stattfindenden Beweistermin wahrgenommen hat.

Die Ausführungen von Henneberg fußen im wesentlichen auf den in der Rechtsprechung des RG. (KostSen.) niedergelegten Gedankengängen, geben diese zum Teil sogar wörtlich wieder. Leider nicht angeführt und deshalb von mir ergänzend zu nennen ist aber die wichtige Entscheidung des RG. v. 11. März 1933 (JW. 1933, 1604⁵). Diese ist insofern grundlegend und für das Armenanwaltskostenrecht kaum noch zu entbehren, als sie dem Armenanwalt die Möglichkeit gegeben hat, einen Substituten zu bestellen und dessen Kosten als eigene Auslagen der Reichskasse in Rechnung zu stellen. Sie hat zugleich den Rahmen gezogen, innerhalb dessen eine Belastung der Reichskasse mit solchen Kosten für zulässig erachtet werden kann, bei Substitutenkosten (nach dem gekürzten ArmAnwG.) stets, wenn sie niedriger als die Reisekosten des Armenanwalts sind, Höchstgrenze sind aber stets die Reisekosten. Ratio: Andere Maßnahmen können nur an Stelle des vom Gesetz anerkannten Reisekostenaufwandes treten, dürfen diesen also niemals überschreiten. Die gegenteiligen Erwägungen von Henneberg vermögen demgegenüber nicht zu überzeugen.

Mit diesen Richtlinien vermag die Praxis durchaus zu arbeiten. Daß dabei im einzelnen Falle ungewiß bleibt, wann denn nun die Reise nicht erforderlich war, ist die unabänderliche Folge des Umstandes, daß das Gesetz eine Prüfung im Einzelfall ausdrücklich vorschreibt. Wichtig ist dabei nur, daß diese Prüfung nicht unter dem positiven Gesichtspunkt der Erforderlichkeit, sondern dem negativen Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen hat.

Fast überflüssig ist der Hinweis, daß der Anwalt sich bei seiner Entschliebung stets dessen bewußt sein muß, daß es Mittel der Allgemeinheit sind, die er in Anspruch nimmt, und daß er demgemäß nicht nur in seinem eigensten Interesse die Notwendigkeit einer solchen Maßnahme besonders sorgfältig prüfen muß. Doch darf andererseits das Gericht nicht in den Fehler verfallen, die Erstattungsfähigkeit unter fiskalischem Gesichtspunkt prüfen zu wollen. Nur Notwendigkeit bzw. Entbehrlichkeit vom Standpunkt sachgemäßer Rechtsverfolgung aus sind vielmehr die Richtschnur, nach der die Entscheidung über die Reisekosten des Armenanwalts zu treffen ist. Dafür bildet der bereits erwähnte, S. 1792 des Heftes abgedruckte Fall ein besonders anschauliches Beispiel.

Der freie Anwalt im Dritten Reiche¹⁾

Von Rechtsanwalt Professor Dr. Noack, Halle a. S.

Die Problemstellung zwingt, rückschauend die Stellung des deutschen Anwalts vor der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus zu charakterisieren, um durch die Gegenüberstellung mit der geltenden Rechtslage zu erforschen, inwieweit Veränderungen eingetreten sind.

Aus der Vergangenheit bringe ich zunächst eine allgemeine Definition. Man pflegte zu sagen, daß der Anwalt neben dem Richter und dem Rechtslehrer der dritte Juristenstand sei, und zwar dasjenige Organ der Rechtspflege, das bestimmt ist, der vor den Gerichten das Recht suchenden, aber rechtsunkundigen Partei Beistand zu gewähren und zur Durchführung ihres Rechtsanspruchs in dem gesetzlich verordneten Verfahren zu verhelfen.

Drei Merkmale waren es immer, die man festzustellen pflegte:

1. Als notwendiger Faktor der Gerichtsverfassung übt der Anwalt einen Beruf mit stark öffentlich-rechtlichen Bindungen, aber einen freien Beruf aus, also eine Betonung des freien im Gegensatz zum Beamten.

2. Man postulierte, daß der Anwaltsberuf selbst kein Gewerbe sei, da es an der gewerblichen Gesinnung, die in erster Linie auf das Geldverdienen gerichtet sei, fehle. Und

3. war der Inhalt des Begriffs normiert als jede auf Wahrung fremder Interessen gerichtete Tätigkeit, durch die der Anwalt anderen Rechtsschutz gewährt.

Oder, wie zusammenfassend einmal gesagt worden ist:

Der Anwaltsberuf sei einer der in privatrechtlicher Richtung selbständigen, in öffentlich-rechtlicher Richtung privilegierten dienstlichen Berufe, deren Angehörige die Rechtswissenschaft im Dienste anderer für deren individuellen Zweck anwenden und dadurch den Erwerb des Lebensunterhalts und den Erwerb von Geld betreiben.

I. Ich hatte gesagt, man pflegte als erstes Begriffsmerkmal zu nennen: die Anwaltschaft gehöre zu den freien Berufen, wobei aber betont werden muß, daß sich über den Begriff freier Beruf eine letzte Auslegung in der Vergangenheit nicht gefunden hat. Es sei mir erspart, mich auseinanderzusetzen mit dem Buch des Juden Siegbert Feuchtwanger: „Die freien Berufe, Versuch einer allgemeinen Kulturwirtschaftslehre.“ Er will zu einer Lösung der Frage nach dem Wesen der freien Berufe kommen, und in echt jüdischer Art behauptet er erst, daß er sich scharf gegen eine Verstrickung der freien Tätigkeit des Anwalts in die bloße Erwerbswirtschaft, in die ungehemmte Vertraglichkeit des do ut des wende, und bekräftigt nachher das gleiche, in dem er nur andere Worte gebraucht, die nur als Tarnung eines gleichen kapitalistischen Judengeistes bezeichnet werden können, wenn er sagt, das Amt des Anwalts und der übrigen freien Berufe scheine sie gleichzusetzen mit der „gesellschaftlichen Funktion der Idealgütererzeugung“. Das Wort „Idealgütererzeugung“ zeigt uns gerade, wie der Jude nun doch wieder die freie Wirtschaft, also denjenigen Teil des Lebens eines Volkes für die Kennzeichnung der Freiheit eines Berufes in den Vordergrund stellt, in dem er seiner Klasse nach als Parasit am besten leben kann. Es ist doch letzten Endes ganz gleichgültig, ob er von einer bloßen Erwerbswirtschaft oder von einer Idealgütererzeugung spricht; denn er benutzt ja hier gerade mit dem Worte Erzeugung einen typischen Wirtschaftsausdruck. Max Rumpf setzt sich in dieser Richtung mit Feuchtwanger in seiner Schrift „Anwalt und Anwaltsstand“ auseinander, aber auch er kommt m. E. zu keiner brauchbaren Abgrenzung, weil auch er die Frage der Freiheit des Anwalts im

Rahmen der früheren Wirtschaftsbetrachtungsweise ansieht. M. E. wird in allen diesen Fällen Kapital und geistige Leistungsfähigkeit in liberalistischer Weise gleichgesetzt.

Diese Betrachtungsweise bringt es mit sich, daß letzten Endes alle Berufe, gleichgültig, ob freie oder andere, immer wieder als Mittel zum Zweck, nämlich als Mittel zur Bedarfsdeckung, angesehen werden. Bei scharfer Betrachtungsweise erkennt man, daß alle Schriftsteller der Vergangenheit bezüglich des Arbeitszweckes eine Zweiteilung vornehmen: Einmal sei der Zweck der Arbeit, Befriedigung des Bedarfes zu erreichen. Zum zweiten erfolge die Arbeit zur Beseitigung eines Unlustgefühls, das das Nichtarbeiten mit sich bringe. Inwieweit geschehe die Arbeit um ihrer selbst willen. Und nun wollen, soweit eine allen freien Berufen eigentümliche Eigenschaft gesucht wird, alle diese Schriftsteller dieses Charakteristikum darin finden, daß bei den freien Berufen das Arbeiten um seiner selbst willen an erster Stelle stünde und dann erst der Zweck der Arbeit nach Bedarfsdeckung komme. Alle anderen Berufe seien keine freien Berufe, weil sie in erster Linie an den Zweck der Arbeit zur Bedarfsdeckung gebunden seien.

a) Geht man von dieser Betrachtungsweise aus, muß man rein willkürlich Berufe herausuchen, die angeblich der egoistischen Bedarfsdeckung in erster Linie dienen, und stellt damit die solche Berufe Ausübenden als reine Materialisten hin, als Bauaufen, denen es mit ihrer Arbeit nur auf das Vollschlagen der Mägen ankommt. Man spricht ihnen ihre Ehre ab, und es muß einmal ganz deutlich ausgesprochen werden, daß darin gerade das Problem des deutschen Arbeiters lag.

Wenn der materialistische Marxismus den deutschen Arbeiter in der Vergangenheit in seine Reihen bekam, so ist der Arbeiter dazu getrieben worden durch die These, daß seine Arbeit lediglich Ausfluß einer rein materialistischen Denkungsart sei, daß er nur arbeite, um seine Bedürfnisse zu befriedigen, nicht aber aus einem höheren inneren Drange zur Arbeit. Der deutsche Arbeiter hat immer nur um die ideelle Anerkennung seiner Arbeit kämpfen wollen, niemals um Lohnpfennige. Die Ehre, die man seiner Arbeit abspach, war sein Ziel.

b) Und umgekehrt, wenn man anderen Berufen zugestand, daß bei ihnen die Arbeit an sich vor dem Triebe zur Bedarfsdeckung stehe, ja, wenn es Berufe gab, die anderen dies absprechen wollten, für ihre Tätigkeit aber dies selbst in Anspruch nahmen, so zeugt das von einer Überheblichkeit allen anderen Arbeitsgenossen gegenüber, die nur zum Klassenkampf führen konnte und mußte. Ich stelle somit fest, daß es überhaupt nicht die Frage geben kann, ob in einem Berufe erst die Arbeit an sich und dann die Arbeit als Mittel zum Zweck und in einem anderen Berufe in umgekehrter Reihenfolge kommt. Diese Frage kann nicht als Unterscheidungsmerkmal zwischen den freien und den anderen Berufen herangezogen werden.

Die Frage, ob erst die Arbeit an sich und dann der Erwerbtrieb oder umgekehrt kommt, ist eine Frage der Weltanschauung und läßt sich nur für alle Berufe gleichmäßig beantworten. Die materialistische Weltanschauung wird ihrem ganzen Wesen nach bei allen Berufen den Erwerbtrieb in den Vordergrund stellen, während die idealistische Weltanschauung den Erwerbtrieb bei allen Berufen zurücktreten läßt als das Sekundäre, Nebensächliche.

Die der blutzgebundenen Art des Deutschen entsprechende nationalsozialistische Weltanschauung als eine heroisch-ideale erkennt bei allen Berufen als Zweck ihrer Arbeit in erster Linie die Arbeit an sich, die Freude, die Liebe, an der Arbeit an. Wir sind also heute dieses Streites enthoben.

II. Betont muß aber werden, daß wir in der Vergangenheit in einer materialistischen Weltanschauung gelebt haben, und so kam es, daß man auch bei der Begriffsbestimmung der freien Berufe im wesentlichen doch immer wieder an die Bedarfsdeckung dachte. Ich betone, daß es eine Selbstverständlichkeit ist,

¹⁾ Über die Arbeitstagung der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes, die anlässlich des Deutschen Juristentages 1936 am 18. Mai 1936 in Leipzig stattfand, ist Jb. 1936, 1588 berichtet worden. Auf Wunsch zahlreicher Berufsgenossen wird der Vortrag des Rechtsanwalts Professor Dr. Noack im vollen Wortlaut zum Abdruck gebracht. Das Referat des Berufsgenossen Dr. Seydel folgt im nächsten Heft.

daß jede Arbeit auch der Bedarfsdeckung dient. Man brachte nun aber die Tätigkeiten, die der Bedarfsdeckung dienen, hinein in die Gedankenwelt der liberalistischen Wirtschaftsauffassung, für die als Kernthese das laissez-faire, laissez-aller, die Freiheit des Wirtschaftens, stand. Den Begriff der freien Berufe brachte man hiermit in Verbindung, und so kommt es, daß wir auf einmal vor der Frage stehen, ob die freien Berufe vielleicht zu den Gewerben gehören, deren höchstes Dogma ja die gewerbliche Freiheit war. Nur wenigstens will ich zitieren, was diese Behauptung bezeugt.

Wie festgestellt, war das angebliche zweite Merkmal des freien Berufes, daß er nicht zu den Gewerben gehöre. Der Begriff des Gewerbes hat sich positiv aus der Gew.D. ergeben, und nach dieser Gew.D. stand fest, wer nicht zu den Gewerbetreibenden zu rechnen sei. Der Text der Gew.D. gibt keine Definition, was ein Gewerbe ist. Die allgemein anerkannte Definition lautet: „Gewerbe ist jede auf Erwerb gerichtete, berufsmäßig fortgesetzte, wenn auch nicht dauernd ausgeübte Privatstätigkeit.“ Daraus folgerte man nun wieder den schon gekennzeichneten Gegensatz, daß der Gewerbetreibende in erster Linie seine Berufstätigkeit ausübe um des materiellen Erwerbes willen, und der nicht unter die Gew.D. fallende freie Beruf umgekehrt in erster Linie arbeite um der Arbeit selbst willen.

Das Wort „freier“ Beruf verleitete allzu leicht dazu, bei ihm als Merkmal etwas zu betonen, was der Gewerbetreibende sich errungen hatte, als bei ihm die materialistische liberalistische Weltanschauung zum Durchbruch kam, nämlich das Ungebundensein, die Willkürherrschaft im Handeln. Es ist interessant, die Materialien zu verfolgen, die zur Schaffung der Anwaltsordnung von 1878 führten.

Beschorner, Dresden, tritt schon im Jahre 1840 für die freie Advokatur ein, wenn er sagt: „Im Prinzip ist die Freiheit der Advokatur gewiß das Richtige, und es hieße in der Tat, nicht auf der Höhe der Zeit stehen, wollte man gerade jetzt, wo die Ideen der Gewerbefreiheit sich überall siegend geltend machen, bei den Advokaten wieder engherzigere Ansichten vorkommen lassen.“

Auch die Verhandlung auf dem Anwaltstag am 12. Juni 1862 zeigt, daß man die Forderung nach freier Advokatur verwechselte mit den Freiheiten, die das Gewerbe errungen hatte, also mit der Freizügigkeit, überhaupt mit der Gewerbefreiheit im weitesten Sinne liberalistischer Gewerbeordnungen, und es findet sich nur einer bei diesen Verhandlungen, R. Schwaarz, Berlin, der da meint, über den Begriff der freien Advokatur scheine unter den Anwesenden noch größte Dunkelheit zu herrschen.

Auf dem Anwaltstag 1864 spricht man von der Freigebung der Konkurrenz an die Advokatur, ganz in das Denken der Gewerbeordnung, also des laissez-faire, laissez-aller, eingespant.

Waren diese beiden Anwaltstage preußische Anwaltstage, so beschäftigte sich als erstes größeres Gremium mit dieser Frage der deutsche Juristentag in Mainz im Jahre 1863. Es war der Antrag gestellt: Die Anwaltschaft ist freizugeben. Was man unter solcher Freigabe verstand, zeigen folgende Ausführungen: „Ob man nun das Wort Gewerbe auf die Advokatur anwendet oder nicht, ist gleichgültig. Der Sache nach ist die Advokatur als berufsmäßige Verwertung geistiger Arbeit in der Absicht zu erwerben, allerdings ein Gewerbe.“ Und so wurde auf diesem Juristentag folgender Antrag des Vorsitzenden angenommen: „Es liegen volkswirtschaftliche Gründe nicht vor, für das Geschäft der Vertretung in Rechts- und Verwaltungsangelegenheiten eine Ausnahme von der allgemeinen Gewerbefreiheit zu machen.“

Aus diesem Antrag ergibt sich Klipp und Klar, daß man jetzt die Freiheit, wie es in der liberalistischen Weltanschauung Grundlage jedes Gewerbes ist, mit der Freiheit des freien Berufes, also auch der Advokatur, identifiziert.

Der Juristentag 1868 beschäftigte sich wenig mit der angehten Frage. Die Idee, daß die Advokatur frei sein müsse im Sinne der Gewerbefreiheit, hatte sich offensichtlich theoretisch durchgesetzt. Wenn man in der Folge sich noch mit der Frage beschäftigte, so war es lediglich in der Richtung, wie die sich aus der Idee der Gewerbefreiheit ergebende unbeschränkte Freizügigkeit und allgemeine Freiheit durch Vorbildungserforder-

nisse, Lokalisation und Simultanzulassung beschränkt werden sollte.

Auch die Lesungen in der Reichsjustizkommission, die Beratungen im Reichstag und die Lesungen der Reichsjustizgesetze im Reichstag zeigen immer wieder, wie man die aus der Gewerbefreiheit entstandene freie Advokatur betrachtete. Jedenfalls behandelte man immer wieder die Frage der Organisation der Advokatur in Deutschland als eine Frage des Gewerbetriebes.

Man sieht also, daß man einmal, um den Advokaten zu den freien Berufen rechnen zu können, die falsche Begriffsbestimmung für den freien Beruf aufstellte, daß bei ihm nämlich der Erwerbstrieb nach der Arbeit um ihrer selbst willen komme, während im Gegensatz dazu bei anderen Berufen erst der Erwerbstrieb komme. Umgekehrt zog man, indem man richtig erkannte, daß der im freien Beruf Schaffende, also auch der Anwalt, um des Erwerbes willen schaffen muß, die Folgerung, daß er, wie das Gewerbe, die liberalistische Gewerbefreiheit, die Freizügigkeit, haben müsse. Man zog also erst einen Gegensatz zwischen dem Begriff freier Beruf und Gewerbe, bringt aber dann etwas Gemeinschaftliches hinein, das Manchesterium mit den Folgerungen des ganz freien Tätigwerdens, des ungehemmten Zustroms, und hielt das nun für ein begriffsnotwendiges Merkmal der freien Advokatur, des freien Berufes schlechthin. Die Folgen davon sind nicht ausgeblieben. Ich brauche hier nur zu erinnern:

1. an das Unterstellen der Anwaltschaft unter die Gewerbesteuer,

2. an die Gewerbefreiheit bei der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten schlechthin, die ein Minister einmal mit folgenden Worten zu verteidigen mußte: Der Vorzug des Absehens von einer Konzessionierung — also das Verbleiben bei der Gewerbefreiheit — sei besonders auch darin zu sehen, daß Personen, die infolge irgendeines Vergehens ihren bisherigen Beruf hätten aufgeben müssen, nicht, wie es bei Einführung der Konzessionspflicht würde geschehen müssen, von vornherein von dieser Tätigkeit ausgeschlossen zu werden brauchten.

Ob aber Freizügigkeit, Gewerbefreiheit, Zulassungsfreiheit, also alle Folgen der auch in der Gew.D. verankerten Freiheit überhaupt Begriffsmerkmale eines Berufes sein können, darüber hat man sich offensichtlich keine Gedanken gemacht. Gewerbe gibt es, solange als unsere geschichtlichen Kenntnisse zurückreichen. Gewerbefreiheit aber nicht. Auch sie ist lediglich Ausfluß einer Weltanschauung. Der Liberalismus mit seinem laissez-faire, laissez-aller mußte die Gewerbefreiheit zur Grundlage seines Wirtschaftsdenkens und zur Grundlage bei der Abwägung aller miteinander in Berührung kommenden Kräfte überhaupt machen. Ihm war das freie Spiel der Kräfte Notwendigkeit alles Denkens auf materialistischer Grundlage.

Der Liberalismus führte Staat, Gesellschaft und Wirtschaft ganz auf den Einzelnen, auf das Individuum, zurück. Der Einzelne war der Ausgangspunkt aller Betrachtungen, der Einzelne mußte in seiner Entwicklung völlig ungehemmt sein. Das Freiheitsideal der liberalistischen Weltanschauung stützt sich auf den Grundsatz des laissez-faire, laissez-aller. Es gewährleistet die ungehemmte Entwicklung der Persönlichkeit, ohne Rücksichtnahme auf die Belange der Gemeinschaft. Das liberalistische Denken gipfelte in der Summe erfolgreicher Einzelmenschen. Die Freiheit des Einzelnen triumphiert nach den Lehren der Physiker und nach den Lehren der englischen klassischen Schule über alle Bindungen der Gemeinschaft. Der so gelöste Egoismus des Einzelnen — die Erhebung des eigenen Ruhens zur ausschließlichen Richtschnur seines Handelns — sollte die beste Gestaltung der Gesellschaft bringen. Man glaubte, daß bei ungehemmter Betätigung der Einzelnen eine Gesellschaft entstehen würde, in der alle Menschen glücklich sein würden.

Und diese Einstellung beeinflusste das gesamte Denken der damaligen Zeit und beeinflusste damit die Grundgestaltung aller Berufe, ganz gleich, ob es sich um sogenannte „freie“ Berufe oder Gewerbe handelte.

Daß diese Freiheit nicht notwendigerweise Bestandteil jedes Gewerbes sein muß, zeigt uns in der Geschichte das Mittelalter. Wie weit Freiheit zu gehen hat, und was unter Freiheit überhaupt zu verstehen ist, wird sich immer richten nach der geltenden Weltanschauung.

Soll eine solche in einem Volke Bestand haben, so muß sie der Blutarzt des Volkes entsprechen.

Ich zitiere vorhin die aus der Gewerbefreiheit von ihren eigenen Vertretern weitgehend gezogene Folgerung, daß auch Verbrecher zunächst grundsätzlich zu allen Verufen zugelassen werden müßten. Daß der Gesetzgeber die daraus für die Allgemeinheit entstehenden Gefahren erkannte, ist klar; dennoch bürdete er diese Gefahren lieber der Allgemeinheit auf, als daß er die Freiheit des Einzelnen antastete, nur um den Grundfals, daß der Einzelmensch der Ausgangspunkt aller Betrachtungen sei, nicht anzugreifen. Ein Grundfals, der dem Wesen des Ariertums widerspricht, des Ariertums, von dem Adolf Hitler in seinem „Kampf“ sagt:

„Der Arier ist nicht in seinen geistigen Eigenschaften an sich am größten, sondern im Ausmaße der Bereitwilligkeit, alle Fähigkeiten in den Dienst der Gemeinschaft zu stellen. . . Er arbeitet nun z. B. nicht mehr unmittelbar für sich selbst, sondern gliedert sich mit seiner Tätigkeit in den Rahmen der Gesamtheit ein, nicht nur zum eigenen Nutzen, sondern zum Nutzen aller. Die wunderbarste Erläuterung dieser Gesinnung bietet sein Wort ‚Arbeit‘, unter dem er keineswegs eine Tätigkeit zum Lebensunterhalt an sich versteht, sondern nur ein Schaffen, das nicht den Interessen der Allgemeinheit widerspricht. . . Die grundsätzliche Gesinnung, aus der ein solches Handeln erwächst, nennen wir — zum Unterschied vom Egoismus, vom Eigennutz — Idealismus. Wir verstehen darunter nur die Aufopferungsfähigkeit des Einzelnen für die Gesamtheit, für seine Mitmenschen.“

Aus diesem Ariertum mit dem Grundfals „Gemeinwohl geht vor Eigennutz“ heraus ist der Liberalismus, der Grundfals, der Einzelmensch ist der Ausgangspunkt aller Betrachtungen, durch den Nationalsozialismus überwunden worden. Das liberalistische Weltanschauungsdenken, das in der Summe erfolgreicher Einzelmenschen gipfelt, ist beseitigt durch den Nationalsozialismus, der das Ichtum dem Gemeinschaftsgebunden unterordnet, der der Freiheit der Persönlichkeit Schranken auferlegt zum Wohle der Gesamtheit.

Erkennen wir das, so wird uns ohne weiteres klar, daß die Freiheit i. S. des Liberalismus, die man zum Auslegungsmerkmal des freien Anwaltes machen wollte, überhaupt niemals geeignet sein kann zur Bestimmung des Wesens seines Berufes wie auch zur Abgrenzung von Verufen überhaupt. Sie kann in dem vergangenen Sinne nicht mehr Grundlage irgendeines Berufes sein; denn wieweit dem Willen und dem Handeln jemandes Freiheit zugestehen ist, richtet sich nicht mehr nach einer verflochtenen Weltanschauung, sondern ganz allein nach der nun herrschenden Auffassung von der Stellung des Einzelnen zur Gesamtheit. Diese Freiheit des Willens und Handelns ist in dem Augenblick begrenzt oder gar aufgehoben, wo eine Gefahr für die Allgemeinheit entsteht.

Mit dieser Freiheit ist es auch durchaus vereinbar, wenn die Zulassung zu dem Beruf Beschränkungen im Interesse einer geordneten Rechtspflege unterworfen wird, und wenn ferner der Anwärter für diesen Beruf sich einer scharfen Auslese- und Leistungsprüfung auch in charakterlicher Hinsicht unterziehen muß und außerdem einer mehrjährigen Probe- und Anwärterzeit. Solche Begrenzungen wären undenkbar gewesen bei der Anwendung des liberalistischen Freiheitsprinzips, das — seinem ganzen Wesen nach — weit entfernt war, von dem Einzelnen um des Ganzen willen so weitgehende Opfer zu verlangen.

Wir sehen also, daß:

1. das Wesen der freien Anwaltschaft nicht liegen kann in der Frage, ob das Arbeiten an sich bei ihm primär sei und die Erwerbstätigkeit sekundär, weil das bei allen Verufen nach der nationalsozialistischen Weltanschauung der Fall sein muß und nichts Typisches ist etwa für irgendeinen freien Beruf.

2. Wir sehen weiter, daß daher auch das Gewerbe keine Tätigkeit sein kann, die in erster Linie auf Erwerb gerichtet ist

und dadurch in Gegensatz zur freien Advokatur gestellt werden muß; denn auch dem Gewerbe muß zugegeben werden, daß ihm am höchsten das Ideal der Arbeit an sich steht. Dabei bemerken wir weiter, daß die Freiheit eines Berufes niemals im Sinne der Freiheit des Liberalismus der Vergangenheit, also des Mandatertums und damit der Folgen der Gewerbefreiheit, generet werden darf. Ein gebundener Beruf kann vielmehr nach nationalsozialistischer Weltanschauung sehr wohl ein freier sein.

3. Aber endlich kann auch das, was man als Inhalt des Begriffs freier Anwalt hat normieren wollen, nur aus der liberalistischen Weltanschauung heraus verstanden werden. Wir hatten gehört, daß Inhalt des Berufes des freien Anwaltes eine auf Wahrung fremder Interessen gerichtete Tätigkeit sei, durch die der Anwalt anderen Rechtsschutz gewährt. Wir müssen hier das Wort „fremde Interessen“ herausstreichen. Fremde Interessen i. S. des Liberalismus, d. h. eigennützige Interessen ohne Rücksicht auf den Gemeinnutz kann und darf es heute überhaupt nicht mehr geben. Sobald ich mich aber auf den Standpunkt stelle, daß die Tätigkeit des Einzelnen nur Wert hat, wenn sie vorgenommen wird mit Rücksicht auf das Wohlergehen der Gesamtheit, wie es der Nationalsozialismus will, gibt es keine Einzelinteressen mehr, gibt es keine fremden Interessen mehr. Wenn daher die Tätigkeit des Anwaltes von einem Einzelnen in Anspruch genommen wird, so ist dessen Interesse das Interesse der Gesamtheit, also kein fremdes Interesse mehr. Es ergibt sich mithin, daß die Behauptung, die Wahrnehmung fremder Interessen sei Aufgabe des Anwaltes, nur bedingt richtig ist; denn wenn der Anwalt für einen Einzelnen tätig wird, wird er, wie wir gesehen haben, für die Gesamtheit tätig, und zu dieser Gesamtheit gehört auch der Anwalt. Ich möchte gerade hier betonen, daß es sich bei diesen Ausführungen keineswegs um Spaltereien handelt. Wie eminent praktisch die Einstellung zu dieser Frage ist, mag folgendes beweisen:

Der Verbrecher X. bekommt einen Anwalt als Pflichtanwalt beigeordnet. Der Verbrecher gesteht im Büro, leugnet aber vor dem Richter. Man hat nun bis in die jüngste Zeit hinein gesagt, daß der Anwalt unter Umständen nicht niederlegen dürfe, wenn das Gericht daraus folgern müsse, daß bei dem Anwalt der Verbrecher gestanden habe, denn dann verlege der Anwalt seine Berufspflicht seinem Mandanten gegenüber, die ihm gebiete, die Interessen des Mandanten wahrzunehmen. Die ganze Frage ist erledigt, wenn man dem Standpunkt folgt, daß es überhaupt nur Interessen der Gesamtheit im nationalsozialistischen Staate gibt, und daß das Einzelinteresse im Rahmen dieses Gesamtinteresses liegen muß. Es wird mir dann jeder zugeben, daß der Anwalt in diesem Falle, gerade weil er fremde, im Widerspruch zu den Belangen der Gesamtheit stehende Interessen nicht vertreten darf, niederlegen muß. In diesem Sinne gibt es eine Vertretung fremder Interessen in keinem Berufe.

B. Wir sehen so das Vergangene zerbrochen; wir sehen, daß wir mit den Begriffen einer vom Nationalsozialismus abgelösten Weltanschauung nicht mehr weiterkommen. Wir haben festgestellt, daß der überwundene Freiheitsbegriff nicht mehr Grundfals sein kann für eine Kennzeichnung der freien Berufe, insbes. des Anwaltsberufs.

I. Ich glaube, daß man, um zur Klarheit zu gelangen, überhaupt erst einmal zu der Frage Stellung nehmen muß, was ist Freiheit, d. h. wieweit kann die Freiheit gehen.

Und hier stoßen sich die Weltanschauungen. Der Liberalismus muß den Freiheitsbegriff als etwas Unbegrenztes, als etwas Unendliches auffassen. Jede Begrenzung negiert dem Liberalisten die Freiheit überhaupt.

Wie abwegig dieser Freiheitsbegriff sein muß, ergibt die logische Folgerung, daß das Verbot an den einen, du sollst den anderen nicht töten, theoretisch gedacht, bereits eine Einengung seiner Handlungsfreiheit bedeutet, und darum mußte der Liberalismus zum Kommunismus, zum Nihilismus, führen. Er zerstört die Gesellschaft überhaupt.

Der richtige Freiheitsbegriff des Nationalsozialismus ist begrenzt. Freiheit im Willen und Handeln wird begrenzt durch die übergeordneten Lebensrechte des Volkes. Freiheit des

Handeln ist immer begrenzt durch die Kontrolle der einzelnen Handlung im Inneren des einzelnen Volksgenossen auf dem Boden der nationalsozialistischen Weltanschauung: Gemeinwohl geht vor Eigennuß!

Wenn daher zum Schutze der Gesamtheit eine Einschränkung der Zahl der Rechtsanwälte notwendig ist, wenn das Ausleseprinzip bei der Zulassung zur Anwaltschaft durchgeführt wird, so findet das lediglich seine Begründung in den Notwendigkeiten unseres deutschen Volkes, wie uns klar der Vorpruch zur letzten R.A.D. zeigt: die Rechtsanwaltschaft so zu erhalten, daß sie ihre hohe Aufgabe erfüllen kann, erachtet die Reichsregierung für ihre ernste Pflicht. Sie sieht in dem jedes Bedürfnis übersteigenden Zustrom zur Anwaltschaft eine schwere Gefahr für den Berufsstand und darüber hinaus für die gesamte Rechtspflege.

Es sprechen also weder Zulassungsbeschränkung, noch die Bestimmung, daß sich nur dort ein Anwalt niederlassen darf, wo die Bedürfnisfrage bejaht werden kann, noch das Ausleseprinzip gegen die freie Anwaltschaft, überhaupt gegen das Vorhandensein eines freien Berufes.

II. Wenn ich bisher lediglich zeigte, was nicht gegen den freien Beruf in der Anwaltschaft spricht, so will ich jetzt herausstellen, was unter freier Berufstätigkeit i. S. des Nationalsozialismus zu verstehen ist: „Letzte Verantwortung!“ Es kann nicht darauf ankommen, einen Beruf danach zu beurteilen, ob in ihm der Einzelne tun kann, was er will oder nicht. Ich will nicht Parallelen aufstellen. Aber genau so, wie der Unterschied zwischen Führen und Herrschen darin liegt, ob man die Verantwortung abwälzen kann oder nicht, genau so liegt der Unterschied zwischen freiem und nicht freiem Berufe letzten Endes darin, ob meine Handlungen auf die Schultern eines anderen abfließen. Wenn der Justizwachtmeister, wenn der Richter, wenn der Angestellte beim Anwalt, wenn der angestellte Künstler, der angestellte Ingenieur, Fehlhandlungen vornehmen, so trifft die Verantwortung immer den Vorgesetzten. Der Arzt, der freischaffende Künstler, der Anwalt, trägt letzten Endes die Verantwortung allein vor seinem Gewissen, weil ihm niemand diese Verantwortung abnehmen kann. Aus diesem Grunde ist er frei. Ich bin mir durchaus bewußt, daß auch für den selbständig Wirtschaftenden das gilt, was ich von der Verantwortung nur vor dem Gewissen sagte, und daß man folgern kann, auch der Kaufmann z. B. zähle somit zu den freien Berufen. Nimmt man jedoch den heute geltenden Freiheitsbegriff als Ausgangspunkt und die nur dem eigenen Gewissen verantwortliche Tätigkeit als das Wesentliche des freien Berufes an, so zum Unterschied von aller beamteten und unselbständigen Arbeit, so ist diese Folge unvermeidlich; sie schadet aber auch nicht. Zudem hat sich der Begriff „freier Beruf“, geschichtlich gesehen, dauernd verändert. Er weitete sich; der Römer verstand unter artes liberales etwas ganz Anderes als das Mittelalter, von dem nur die reinen akademischen Berufe als freie angesehen wurden. Und die Neuzeit hatte auch diesen Rahmen schon lange gesprengt. Für uns sind freie Berufe alle diejenigen, die letzte Verantwortung tragen.

III. Die Folgerungen, die sich aus dem so beschriebenen neuen Freiheitsbegriff ergeben, sind eindeutig:

1. Erhöhte Treue- und Sorgfaltspflicht: Es gibt niemals die Ausrede, daß ein anderer für eine Handlung verantwortlich sei.

2. Letzte Bindung ist die nationalsozialistische Weltanschauung. Wenn ich lediglich meinem Gewissen verantwortlich bin, so kann dieses Gewissen selbst wieder nur Ausfluß der mich beherrschenden Weltanschauung sein. Entweder ich erkenne die Weltanschauung an. Oder Weltanschauung und mein Gewissen stimmen nicht überein. Gilt nun für uns die nationalsozialistische Weltanschauung, so muß das Gewissen des einzelnen Deutschen dieser Anschauung entsprechen. Es kann also deutscher Rechtswahrer und damit auch freier Anwalt nur der sein, dem durch seine Blutzugehörigkeit zum deutschen Volke die nationalsozialistische Weltanschauung Gewissen geworden ist. Derjenige, bei dem das nicht der Fall ist, hat die Pflicht, aus der deutschen Volksgemeinschaft auszuscheiden, d. h. zum mindesten muß er sich des Tätigwerdens innerhalb der deutschen Volksgemeinschaft enthalten. Er kann mithin auch nicht freier deutscher Anwalt sein. Daraus folgt für unsere Ehrengerechtigbarkeit, daß derjenige, der durch Handlungen beweist, daß der Nationalsozialismus nicht sein Gewissen ist, aus der deutschen Anwaltschaft ausgeschlossen werden muß.

3. Der freie Anwalt trägt die letzte Verantwortung selbst. Er ist seinem Gewissen verantwortlich. Sein Gewissen muß identifiziert werden mit der nationalsozialistischen Weltanschauung, d. h. die Existenz ist nur erstrebenswert als Mitglied der deutschen Volksgemeinschaft. Die Existenz ist Dienst an der deutschen Volksgemeinschaft, also alles ist nur Mittel zum Zweck, und der letzte Zweck ist immer Dienst am Volke. So ist das letzte Primat das Volk, und darum darf der Satz, daß der Richter an das Recht gebunden ist, daß der Anwalt Diener am Recht ist, auch heute noch, allerdings mit anderem Inhalt, Anspruch auf Geltung erheben; denn wie der Staat, wie die Wissenschaft, wie die Wirtschaft alle nur Mittel zum Zweck sind, nämlich Erhaltung unseres Volkes, so ist auch das Recht nur Mittel zum Zweck, Erhaltung unserer Volksgemeinschaft, und daher kann Recht nur das sein, was dem Volke dient, und damit kann jeder Rechtswahrer nur am Rechtsdienst als Mittel zum Zweck gebunden sein.

Damit sind wir bei der Frage, die meine Worte beschließen sollen:

Der grundlegende Unterschied in unserer Stellung ist der, daß wir gelernt haben, von einer eingebildeten hohen Warte herabzusteigen. Wir nannten uns Diener am Recht und sahen das Recht als einen Ewigkeitswert abstrakter Art an. Wir dienten dem Gesetz um des Gesetzes willen. Der Nationalsozialismus gab uns eine andere Einstellung. Er zeigte uns, daß in einem Volkskörper niemals etwas um seiner selbst willen da sein kann, weder das Einzelindividuum, noch ein Beruf, erst recht nicht ein Stand, und letztlich nicht ein abstrakter Begriff.

Wir sind nur noch an das Gesetz gebunden als eines Mittels zum Zweck. Aus den Dienern des Gesetzes wurden Diener des Volkes.

Der Internationale Kongreß für gewerblichen Rechtsschutz zu Berlin und München vom 1. bis 8. Juni 1936

Von Rechtsanwalt Dr. Waldmann, Vorsitzender des Patentrechtsausschusses bei der Akademie für Deutsches Recht

Daß das Patentrecht ein juristisches Nebengebiet sei, wurde jedem Studierenden an der Art klar, wie dieses „Fach“ im Vorlesungsplan der Hochschulen behandelt wurde. Wohin dies führt, zeigt sich in einem Nachbarstaat, wo von 18 Patentanwälten 12 Nichtarier und von 7 als Anwärter zugelassenen jungen Juristen für Patentwesen gar 6 Nichtarier sind.

So ist es kein Wunder, daß der Internationale Kongreß

für gewerblichen Rechtsschutz von den ausländischen Gruppen mit gemischten Gefühlen besucht wurde; denn Deutschland war bisher im Patentwesen führend; auch in Deutschland war das Verhältnis der „Patentrechtler“ nichtarischer Herkunft zu den arischen wie 4:1. Das Schrifttum und die geschäftige Praxis lag in den Händen Fremdkrafftiger. Aufsätze von Deutschblütigen erschienen allenfalls in den Tageszeitungen oder in den technischen Fachschriften; sonst war ein systematischer Boykott

über sie verhängt. Erschien aber dann und wann ein Konzeptionsartikel, so wurde sein Verfasser niemals von den anderen erwähnt, während „man“ einander dauernd zitierte.

Es haben 4 ausländische Gruppen uns am Schlusse des Kongresses erklärt, daß sie keine wissenschaftliche Lücken in Deutschland gefunden hätten, und es war wirklich mehr als Höflichkeit, als am feierlichen Schlußbankett ein hoher holländischer Beamter unter allgemeiner Zustimmung erklärte, Deutschland habe auf diesem Gebiete unbestritten die führende Stellung inne.

Daß auf dem Kongreß die deutsche Sprache mindestens so häufig wie die offizielle Kongresssprache, das Französische, gesprochen wurde, ist ein weiteres Zeichen dafür, daß Deutschlands Wissenschaft sich durchsetzte. Es soll auch an dieser Stelle anerkannt werden, daß Polen, Ungarn, Jugoslawien, Österreich, die Tschechoslowakei, Holland und eine Reihe von Einzelpersonen aus anderen Staaten sich grundsätzlich der deutschen Sprache bedienten.

Die Beziehungen der Amerikaner (Nord und Süd) und der Engländer zu uns waren besonders herzlich.

In aller Stille — ganz für sich — legten die Engländer einen wundervollen Kranz am Ehrenmal nieder.

Es schien mir richtig und wichtig, diese Wirkungen des Kongresses vorweg zu schildern. Ein besonderes Wort muß ich aber auch noch den Franzosen widmen. Machte schon die Art, in der der Generalberichterstatter des Kongresses, ein Franzose, seines Amtes waltete, den Eindruck unbedingter Loyalität, so verstärkte sich dieser Eindruck in langsam steigendem Maße für alle Franzosen, so daß die herzlichen Dankesworte mehrerer Franzosen zum Schlusse der Tagung mehr als ein Firnis von Höflichkeit waren. Für mich war insbesondere das Dankeswort des Herrn Harlé bedeutsam. Er und andere Franzosen wurden von der Rede des Führers auf dem Deutschen Juristentag 1933 unterrichtet; wir trugen die Worte des Reichsministers Heß auf dem Deutschen Juristentag 1936 vor; wir erörterten die Richtigkeit der Auffassung des Reichsministers Dr. Frank, daß Unrecht sei, was dem Volke schade; insbesondere wurde die innere Berechtigung des Ausdrucks „geistiges Eigentum“ untersucht. Und das Ergebnis? Herr Harlé hat im Dankesworte am Schlusse des Kongresses nur noch vom „Recht des schöpferischen Menschen“ gesprochen.

Für mich war es wieder einmal ein Erlebnis, wie das Führerwort von 1933 „unfittlich sei auch Unrecht“ seine tiefe, seine nachhaltige, seine europäische Wirkung hatte.

Diese Vorbemerkungen werden es begreiflich erscheinen lassen, daß ich einzelne Fragen, die der Kongreß behandelte, ausführlicher darstelle, weil mir daran liegt, daß allen Rechtswahrenden die große innen- und außenpolitische Tragweite dieser Fragen bewußt wird.

Erster Tag

Ansprachen des Reichsjustizministers Dr. Gürtner und des Ehrenpräsidenten des Kongresses Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht Dr. Frank.

Es ist wohl nicht allzu häufig, daß bei der Darstellung der eigentlichen Kongressarbeiten die Eröffnungsansprachen behandelt werden müssen. Hier ist es notwendig. Und nicht zum wenigsten hierauf beruht die Tatsache, daß die wissenschaftliche Leistung des Kongresses bedeutsam nach oben gerissen wurde.

Der Reichsjustizminister wies darauf hin, daß die Bezeichnung „gewerblicher Rechtsschutz“ nicht einen erschöpfenden, den Grund der Dinge berührenden Begriff darstelle. Es handle sich vielmehr um das Recht, das den Erfinder als Träger der Kultur schützen solle, die über die politischen Grenzen hinweg aus den arbeitsamen Beiträgen aller Völker und Länder erwachse. Demnach sei der zwischenstaatliche Erfindungsschutz eine Sache der Ehre der (Kultur-) Völker. Deutschland mache auf diesem Gebiete nicht etwa die in der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit häufige Taktik mit, den anderen voranzugehen zu lassen. Das deutsche Patentgesetz, ein Denkmal nationalsozialistischer Kraft, sei mutig voran-

geschritten, um in voller Übereinstimmung mit der Pariser Vertragsübereinkunft (Staatenvertrag v. 20. März 1883 von über 40 Staaten), deren Änderungen im Haag v. 26. Nov. 1925 und den Beschlüssen der Londoner Staatenkonferenz des Jahres 1934 die Fragen dieses Kulturrechtes voranzutreiben (insbesondere in den § 15 [Ausführungszwang], § 36 [Erfinderbenennung], § 7 [sein Vorbenutzungsrecht im Prioritätsintervall], § 14 [Lizenzbereitschaft mit Gebührenermäßigung], § 2 [Veröffentlichung des Erfinders]).

Reichsminister Reichsleiter Dr. Frank, Präsident der Akademie für Deutsches Recht, führte schon zu Beginn seiner Rede einen entscheidenden Vorstoß zur unmißverständlichen Klarstellung des nationalsozialistischen Ethos der deutschen Erfinder- und Urhebergesetzgebung. Er verlas die rechtspolitischen Forderungen aus „Mein Kampf“, die die schöpferische Persönlichkeit mit den klassischen Worten zum Mittelpunkt machen: „Das Wertvollste an der Erfindung selbst, mag sie nun im Materiellen oder in der Welt der Gedanken liegen, ist zunächst der Erfinder als Person.“ „Ihn also für die Gesamtheit nutzbringend anzusetzen, ist erste und höchste Aufgabe der Organisation einer Volksgemeinschaft.“ Diese Führerworte erklärte der Ehrenpräsident des Kongresses, Reichsminister Dr. Frank, zum Motto der Tagung.

Er behandelte dann u. a. die Frage der Vorveröffentlichung des Erfinders in ihrer sozialen, ja sozialistischen Bedeutung und die Erinnerung an diese warmherzigen Worte erleichterte die einstimmige Bejahung dieser Frage im Sinne der deutschen Vorschläge, die Dr. Frank mit Recht ausdrücklicher als mit der nationalsozialistischen Rechtsauffassung verbunden bezeichnete. Auch die anderen von ihm behandelten Punkte hat Dr. Frank vom Nationalsozialismus her verständlich gemacht, so die Ersetzung des Anmeldeprinzips durch das Erfinderprinzip, die Erfinderehre, die Fürsorge für den mittellosen Erfinder und insbesondere den Vorrang der Belange von Volk und Staat vor denen des einzelnen. Er sprach den Wunsch aus, daß auch die anderen Staaten Deutschlands Beispiel gemäß die Londoner Beschlüsse ratifizieren möchten. Aus dem Gebiete des Wettbewerbsrechtes hob Dr. Frank vor allem die slavische Nachahmung hervor, deren Verwurzelung in der Tiefe des ganzen Rechtsproblems des gewerblichen Rechtsschutzes er eindringlich klarstellte.

Die Ansprache schloß mit einem energischen Protest gegen die schrankenlose Ausbeutung der erfinderischen Genialität durch gewisse Staaten. Und dieser Appell gegen das Unrecht war um so stärker, als er von dem Ausspruch eingeleitet wurde, den ich als ein deutsches Rechtspruchwort empfinde: „Der dem Recht dient, dient dem Frieden.“

An die feierliche Eröffnung schloß sich ein Empfang aller Teilnehmer durch Reichsminister Dr. Frank an.

Zweiter Tag

A. Vortrag des Direktors des Internationalen Büros für gewerblichen Rechtsschutz in Bern, Dr. Ostertag, über die wichtigsten Fragen des Kongresses.

Die von größtem Beifall begleiteten, klaren Ausführungen von Prof. Dr. Ostertag waren vor allem in einem Punkte rechtsdogmatisch von Bedeutung, nämlich bei der Frage, ob die Marken national bedingt bleiben müßten oder nicht. Der italienische Systematiker Prof. Ghiron war anderer Meinung. Die deutschen Gruppen teilten übereinstimmend Dr. Ostertags Auffassung. Dr. Ostertag freute sich sehr, daß das deutsche Gesetz den im Zwischenreich abgelehnten Grundsatz enthält, man solle dem armen Erfinder die Möglichkeit bieten, für seine Erfindung Interesse zu erwecken u. ä. m., indem ihm das Privileg erteilt wird, daß er durch seine eigenen Veröffentlichungen nicht an der Patenterteilung gehindert werde, sofern diese Verlautbarungen im letzten Halbjahr vor der Patentanmeldung erfolgten. Er erinnerte daran, daß er auf der Londoner Konferenz Italien, Holland und die Vereinigten Staaten derselben Auffassung schon Ausdruck gegeben hätten. Seine übrigen Darlegungen sind bei den einzelnen Punkten der Tagesordnung berücksichtigt worden.

B. Nach diesem Auftakt war die Frage, ob wohl die Fortsetzung des Tages noch eine Steigerung bringen werde, angebracht. Die Steigerung erfolgte in der anschließenden Festigung der Akademie für Deutsches Recht. Umrahmt von Musik, die die Tiefe des Sinfidengehens im Dienst am Recht und die Sieghaftigkeit des Rechts über das Allzumenschliche symbolisierte, fand die Sitzung statt, die Duzende von Teilnehmern als eine der schönsten aller bisherigen bezeichnet haben. Der Präsident der Akademie, Dr. Frank, überraschte die Versammlung, indem er seine in deutsch gehaltene Ansprache selbst in bestem Französisch wiederholte.

Geheimrat Prof. Dr. Wilhelm Risch sprach über die Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht.

Der Arbeitsgebiet sei, so sagte er, das ganze Recht, seine Erkenntnis und seine rechtspolitische Gestaltung demgemäß seien ihre Mitglieder nicht nur Forscher, sondern auch führende Männer der Praxis, der Bewegung, der Behörden, der Rechtswahrer und des kulturellen deutschen Lebens, sowie bewährte Träger des Wirtschaftslebens und seiner Sondergestaltungen. Die Akademie sei keine Standesorganisation des Juristentums, dies sei der NSRB. Sie sei vielmehr eine Art Senat des deutschen Juristentums — eine neuartige Erscheinung! Die wissenschaftliche Betätigung beziehe sich vor allem auf das deutsche Recht, aber nicht auf dieses. Eine Schriftenreihe, Preisaufgaben, Vorträge fördernden Nachwuchs und Forschung, Geschichte des Rechts und der Wirtschaft, Philosophie und Methodik der Rechtsdogmatik würden in Zukunft in Arbeitsgemeinschaften systematisch erforscht, in große Enzyklopädien betreut, Vereinigungen rechtswissenschaftlichen Charakters angegliedert, die Rechtsschulung im Sinne höchster Auslese in einer Sonderinstitution in München durchgeführt und eine lückenlose Bibliothek des Rechts und der Wirtschaft erstellt worden.

Die Mitarbeit an der Gestaltung des gegenwärtigen und zukünftigen Rechts werde nicht nach bestimmten Regeln geleistet. Die Ausschüsse arbeiteten verschieden, aber stets „in Anwendung bewährter wissenschaftlicher Methoden“, wie es in der Satzung heiße. Materiell gesehen seien die Ausschüsse der Akademie den Ausschüssen der Parlamente vergleichbar. Die Akademie sei, so wenig wie Deutschland, ein unheilbrohendes Rätsel; sie sei nicht bereit, gefährliche Versuche anzustellen, phantastische Absonderlichkeiten ausfindig zu machen oder juristische Explosivstoffe zu fabrizieren.

Wichtig sei, daß die Akademie eine Schöpfung des Nationalsozialismus und an dessen Grundanschauung ausgerichtet sei. Diese Zielrichtung sei mit den Anforderungen strenger Wissenschaftlichkeit wohl vereinbar. Die einzelnen Ausschüsse seien häufig miteinander in Verbindung getreten, um bestimmte Fragen zu klären, so z. B. der Ausschuss für Patentrecht und der für Arbeitsrecht zur Klärung der Frage der Angestelltenverdingung; einzelne Ausschüsse griffen vorbringliche Fragen und Einzelprobleme heraus, die anderen stellten allgemeine Grundsätze oder Richtlinien auf, einige formulierten Gesetzesentwürfe, andere berieten vorliegende Ministerialentwürfe; letzteres sei im Patentrecht, im Gebrauchsmusterrecht und Urheberrecht der Fall gewesen. Die Ausschüsse arbeiteten in völliger geistiger Freiheit und Unabhängigkeit, ohne jeden Zwang äußerer Einflüsse. Wie beweglich die Arbeitsmethoden seien, zeige sich gerade im Patentrecht. Während früher für das Patentrecht, für das Urheberrecht und für das Wettbewerbsrecht eigene Ausschüsse bestanden, sei jetzt für das Recht des geistigen Schaffens und der schöpferischen Persönlichkeit ein einziger Oberausschuss unter Dr. von Arnierem vorhanden, der die gleichheitlichen Grundfragen gleichheitlich betreue, während die genannten Ausschüsse mit den entsprechenden Abteilungen der deutschen Arbeitsgemeinschaft für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zusammengelegt worden seien, so daß die Gliederungen in dieser Arbeitsgemeinschaft sozusagen Unterausschüsse der Akademie geworden sind.

In feinsinnigen und humorvollen Worten wies endlich Geh. Rat Dr. Risch darauf hin, wie die Akademie dauernd aus dem Volk, und zwar aus allen Schichten Vorschläge und Kritiken über wirkliche und vermeintliche Mängel der bis-

herigen Rechtsordnung erhalte. Leidenschaftlich, zurückhaltend, pathetisch, komisch oder hilflos seien oft diese zahlreichen Äußerungen.

„Da soll etwa die Akademie diktatorische Bürgermeister zur Einkehr bringen, politisierende Geistliche in ihre Schranken weisen, streitsüchtige Nachbarn unschädlich machen, säumige Schuldner mahnen, ungeduldige oder hartherzige Gläubiger beschwichtigen, Kredite für Eigenheime vermitteln, unbötmäßige Kinder zur Ordnung rufen, geistesschwache Verwandte entmündigen lassen, leichtfertige Gatten auf den Pfad der Tugend zurückführen, ehelichen Frieden stiften oder aber umgekehrt — und zwar leider viel öfter — den Gefuchsteller oder die Gefuchstellerin von einem in seiner ganzen Niedertracht beweglich geschüberten Ehegatten befreien.“ Die Akademie veruche nach besten Kräften durch sachgemäße Aufklärung in vorbildlicher Form die Erregung zu dämpfen, die Erbitterung zu mildern, die Irrtümer zu berichtigen, die Unwissenheit zu belehren, die Übellaune zu zerstreuen, vor allem Mißtrauen und Enttäuschung gegenüber Staat und Recht zu beseitigen. Diese Aufgabe sei nicht die unwichtigste; sie liegt im Interesse des sozialen Friedens und der Volkstümmlichkeit unseres Rechts.

Die Akademie sei nicht zuletzt ein Instrument internationaler Verständigung. Sie habe einen Ausschuss für Völkerrecht eingesetzt, pflege das internationale Recht in allen seinen Zweigen, habe eine Reihe hervorragender Ausländer zu korrespondierenden Mitgliedern ernannt; bei allen Vollversammlungen hätten große Vertreter des Rechts- oder Wirtschaftslebens gesprochen; sie habe zu Ehren von internationalen Kongressen Feststiftungen abgehalten, sei an die Spitze verschiedener deutscher Landesgruppen internationaler juristischer Organisationen getreten und habe in diesem Geiste die Gliederungen der Akademie auch in den Dienst der Vorbereitung des gegenwärtigen Kongresses gestellt, der unter dem Ehrenvorsitz des Reichsministers Dr. Frank stattfinde.

Die Akademie erachte die gegenwärtige Tagung als einen gemeinsamen Dienst an den gemeinsamen Menschheitsidealen Frieden, Fortschritt, Wahrheit und Gerechtigkeit.

Den Abschluß dieses wundervollen Arbeitstages bildete die festliche Aufführung der „Meisterjinger von Nürnberg“ im Deutschen Opernhaus. — Wahrhaftig ein Tag, der die Herzen der Teilnehmer gewann.

Dritter bis sechster Tag

Unterbrochen von einem Empfang im Berliner Schloß durch den Reichsjustizminister Dr. Gürtner, von einem Ausflug nach Potsdam, in dessen Mittelpunkt Sanssouci und die Garnisonkirche standen, einer Besichtigung der Fernseheinrichtungen in Berlin unter Führung des RA. Drohsen und einem Abschlußbankett, dessen hochkünstlerische und geschmackvolle Festfolge dem Direktor der Akademie, Dr. Lisch, die begeisterte Dankbarkeit aller Teilnehmer eintrug, fand in vielstündigen, ausgezeichneten besuchten Arbeitssitzungen eine Bearbeitung der Probleme statt, die der Kongress zur Fortführung und Fortentwicklung des Patentrechts, des Warenzeichenrechts und des Wettbewerbsrechts auf die Tagesordnung gesetzt hatte.

Ich werde bemüht sein, die Probleme in einer möglichst kurzen Darstellung klarzulegen. Dieser Versuch wird um so nötiger sein, als es sich da bei diesen Problemen meist um bereits sehr späte und vielfach aus dem Geiste des 19. Jahrhunderts herausgestellte Aufgaben handelt, deren Lösung gleichzeitig die Zurückführung auf die der Problemstellung des 19. Jahrhunderts fremde Rechtsauffassung der heutigen Zeit bzw. deren Basierung auf den alten und bewährten Rechtsquellen erforderlich machte.

Erörtert wurden folgende Probleme:

1.

Oft kommt es vor, daß ein Erfinder — besonders ein Einzelerfinder — zunächst, sagen wir am 1. Febr., eine Anmeldung einreicht und dann am 1. Mai eine die gleiche Erfindung betreffende Patentanmeldung macht, während er die Anmeldung vom 1. Febr. zurücknimmt. Das Deutsche Reichs-

patentamt hat nicht stets die gleiche Auffassung über diese Frage gehabt. Die Haager Revision hat in Art. C 4 Abs. 2 festgelegt, daß die Prioritätsfrist, also das allgemein verbindliche Datum des Patentschutzbeginns von dem Zeitpunkt ab laufe, wo in irgendeinem Verbandsstaat das „erste Gesuch“ hinterlegt sei.

Ist nun unter erstem Gesuch das formell erste oder das materiell erste zu verstehen?

Zweifellos wird dieser Unterschied in den Ländern ohne Vorprüfung feltener mit echter und innerer Wahrheit von einem Erfinder behauptet werden können, als in Ländern mit Vorprüfung. Die Veränderung, die die Erfindung von dem eigentlichen „Erfinden“ bis zur Patenterteilung erfährt, habe ich in dem von Reichsminister Dr. Frank herausgegebenen „Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ dargestellt; die Änderung läuft häufig auf eine klarere Herausarbeitung des technischen erfinderischen Gehaltes heraus, wie der Berichterstatter der deutschen Gruppe, Patentanwalt Paul Wiegand, richtig hervorhob; oft ist auch eine Einengung erforderlich usw.

Es ist nicht zu verkennen, daß Mißbräuche möglich sind. Darum muß festgelegt werden, daß aus der Erstanmeldung keinerlei Rechte abgeleitet werden dürfen, daß die Neuanmeldung im gleichen Lande erfolgen muß wie die erste und daß die Neuanmeldung höchstens 12 Monate nach der ersten Anmeldung erfolgen dürfe.

Also nur, wenn die materielle Wahrheit bleibt, falls Unklarheiten und Mängel beseitigt werden, soll diese Vergünstigung bleiben.

Es wurde einstimmig beschlossen, daß dem geschäftsführenden Ausschuß diese mit unseren neuen Rechtsanschauungen bestens zu lösende Schwierigkeit nochmals zur Durchprüfung übergeben werden sollte.

Ich zweifle nicht, daß unsere Gedanken bei dieser Prüfung bestehen werden, zumal England und Österreich unseren Standpunkt geteilt haben.

2.

Die Frage der Vereinheitlichung der Prioritätsfrist, über die im Auftrag der deutschen Gruppe DRGK. Dr. Garve und Patentanwalt Dipl.-Ing. Heilmann berichteten, hat mannigfache Bedenken ausgelöst. Es handelt sich hier darum, daß die Prioritätsfrist nicht nur wie bei den Patenten auf 12 Monate festgelegt werden sollte, sondern daß die gleiche Dauer auch bei Gebrauchsmustern, Fabrik- und Handelsmarken sowie gewerblichen Zeichen und Mustern Geltung erhalten müsse.

In Wirklichkeit sind die vorgebrachten Bedenken nur deshalb vorhanden gewesen, weil nicht überall die von einem großen Fleiß und einem verständnisvollen Eingehen auf die Bedürfnisse der Praxis getragene Gepflogenheit des Deutschen Reichspatentamtes herrscht.

Wenn in Deutschland ein Warenzeichen angemeldet wird, für das ein Prioritätsdatum aus einem anderen Unionsstaat in Anspruch genommen wird, so prüft das Reichspatentamt, ob dieses Zeichen eingetragen werden kann. Ist dies der Fall, so wird der Nachweis gefordert, daß das Zeichen schon im Ursprungsland geschützt ist; entgegenkommenderweise wird, falls dort das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist, bis zur Eintragung im Ursprungsland das deutsche Verfahren ausgesetzt.

Nun kann es sein, daß während dieser Prüfung ein zweites Zeichen angemeldet wird, das eine frühere Priorität in Anspruch nimmt als das zuerst eingereichte. In diesem Fall wird die Prüfung des ersten Zeichens ausgesetzt und festgestellt, ob das zweite Zeichen eingetragen werden kann. Ist dies nicht der Fall, so wird das Verfahren für das erste Zeichen fortgesetzt; wenn auch das zweite eingetragen werden kann, so ist dessen frühere Priorität ausdrücklich bei der Fortsetzung des Verfahrens für das zweite Zeichen zu berücksichtigen.

Ist das erste Zeichen eingetragen, so ist das zweite Zeichen, wenn es eingetragen wird, insofern seiner älteren Priorität natürlich bevorrechtigt. Theoretisch ergibt sich nun

die Frage, ob der Inhaber des zweiten Zeichens, das die frühere Priorität hat, einen Löschungsanspruch gegen das erste Zeichen hat. Praktisch ist diese Frage nicht bedeutungsvoll geworden.

Jedenfalls soll man grundsätzlich nach einheitlichen Fristen trachten. Sie erleichtern die Praxis und vermindern die Zahl der Fristversäumnisse. Solche Fristversäumnisse sind zwar notwendig, aber immer ein Sieg des Formalen über das Materielle; deshalb ist eine Verminderung des Risikos der Fristversäumnisse grundsätzlich anzustreben, und ein geeignetes Mittel hierfür ist die Vereinheitlichung der Fristen selber. So kam es, daß auch die Deutschen diesem mit 250 gegen 13 Stimmen in der Arbeitsitzung angenommenen Beschluß auf Vereinheitlichung der Prioritätsfrist zustimmten.

3.

Die Frage, ob es dem Anmelder gestattet sein sollte, während des Prüfungsverfahrens seine Anmeldung zu teilen, ist für Länder mit Vorprüfung und für Länder ohne Vorprüfung verschieden gelagert. Daß sie aber auch einen staatsrechtlichen Hintergrund hat, ist bisher kaum hervorgetreten.

In Wirklichkeit ist dieser staatsrechtliche Hintergrund das Entscheidende:

Geht man bei der Frage der Patentgewährung von der Annahme aus, daß diese Erteilung ein Staatsakt sei, der von einem Antragsteller ausgelöst werde, der einen subjektiven Anspruch habe, also von einem Normativsystem mit Gewährleistungszwang, so sieht die Lösung anders aus, als wenn man von einem (einseitigen) Hoheitsakt des Staates ausgeht.

Ich muß zu meinem Bedauern feststellen, daß in der deutschen staatsrechtlichen Wissenschaft, so weit ich sehe, dieses „Antragsproblem“ noch nicht erschöpfend vom neuen Rechtsdenken her behandelt worden ist. Obgleich es reizvoll wäre, die Systematik dieses Rechtsproblems hier darzulegen, will ich hierauf verzichten und nur das Ergebnis darstellen:

Ausgangspunkt ist, daß die Erteilungsstelle die Fähigkeit der Erteilung nur hat, weil sie Staatsstelle ist. Träger des Staates ist das Volk; Aufgabe des Staates die Gewährleistung der funktionellen Ordnung im Zusammenleben der Volksgenossen; die Aufgabe der das Patent erteilenden Staatsstelle ist ein Unterfall hiervon; sie hat also, ebenso wie der Staat selbst, ihre volksgenössische Verpflichtung.

Daraus ergibt sich, daß die Anmeldung des Erfinders von Patentamt und Erfinder gemeinsam unter dem Gesichtspunkt der inneren Wahrheit und des inneren Gehalts der Patenterteilungsvorschriften gesehen werden müssen. Dieser innere Gehalt entscheidet. Er ist in seinen Grenzen bedingt durch die Verpflichtung des Patentamts, die funktionelle Ordnung innerhalb der Volksgemeinschaft im allgemeinen und innerhalb der Welt der Erfinder im besonderen reibungslos zu gestalten und zu erhalten, sowie durch die weitere Verpflichtung, dem Volksgenossen die nötige (amtliche) Unterstützung zuteil werden zu lassen und nicht etwa ihn „an sich heran kommen zu lassen“.

Demnach ergeben sich hier folgende Forderungen:

1. Nach dem Bekanntmachungsbeschluß ist eine Änderung nicht mehr möglich.
2. Das Patentamt kann eine Teilung verlangen, wenn die Anmeldung nicht einheitlich war.
3. Das Patentamt kann ein Ersuchen des Patentanmelders nicht zurückweisen, wenn seine und des Erfinders gemeinsamen oben dargelegten Verpflichtungen unangetastet bleiben und demnach die Sicherheit besteht, daß die geteilten Anmeldungen sich in keiner Hinsicht überschneiden. Trotzdem ist die Entscheidung des Patentamts ein pflichtgemäß ausgeübter Hoheitsakt, nicht ein erfüllter „Anspruch“.
4. Das ursprüngliche Datum der Anmeldung gilt — unter den gleichen Voraussetzungen — auch für die Teile.

Ich habe in dem Redaktionsausschuß diese dem deutschen Bericht von Dr. Redies-Deverfusen zugrunde liegende staatsrechtliche Auffassung betont. Der Beschluß ging dann dahin,

daß dem Anmelder das Ersuchen um Teilung mit evtl. Prioritätswahrung des ursprünglichen Antragsdatums zu gestatten sei.

4.

Ausübungszwang

Der Berichterstatter, Jng. Nienschneider, hat darauf hingewiesen, daß in den früheren Konferenzen eine immer größere Milderung des Ausübungszwanges angestrebt worden ist.

Es ist wohl selbstverständlich, daß ein Patent nicht erteilt wird, damit die Erfindung „totgekauft“ wird. Es ist aber auch klar, daß die Löschung eines Patents um so ungerechter ist, je weniger der Erfinder für die Nichtausnutzung seiner Erfindung kann. Gerade um dieses subjektiven Momentes willen erscheint es notwendig, daß die Frage gründlich überdacht wird. Mindestens ist zu fordern, daß eine bestimmte Zeit nach der Erteilung der Patente verlossen sein muß, bevor man zur Löschung der Patente schreitet. Diese schon 1925 im Haag vertretene Meinung ist 1934 in London noch stärker zusammengefaßt worden. Der Kongreß verlangte die endliche Ratifizierung dieser Beschlüsse, die in einigen Unionsstaaten immer noch fehlt.

Die Aussprache auf dem Kongreß hat gezeigt, daß auch wir diesem Problem noch eine stärkere wissenschaftliche Vertiefung angebeihen lassen können.

5.

Daß der Kongreß beschlossen hat, eine Veröffentlichung der Erfindung durch den Anmelder vor der Anmeldung grundsätzlich in die Konvention der Union aufzunehmen, ist eine Anerkennung des Deutschen Patentgesetzes. Der Kongreß übernahm auch die im deutschen Gesetz eingeführte Höchstfrist von 6 Monaten.

Darüber hinaus wollte der Kongreß auch noch eine Priorität dann eintreten lassen, wenn der Erfinder die gemachte Veröffentlichung seiner zuständigen Behörde angezeigt und die echten Elemente der Erfindung, die bei der Patentanmeldung angegeben werden müssen, ebenfalls darlegt.

6.

Mit Rücksicht auf die Tatsache, daß die endgültige Gestaltung einer Erfindung häufig recht kompliziert ist, beschloß der Kongreß die Schutzdauer der Patente einheitlich auf 20 Jahre festzusetzen. Dieser Beschluß erinnert etwas an eine Suppe ohne Salz, solange nicht eine Einigung über den Zeitpunkt des Anfangs dieser Schutzfrist erzielt wird, der ja infolge der Verschiedenheiten des Anmeldeverfahrens völlig verschieden liegt, wie der deutsche Berichterstatter H. Moser von Tilsack betonte.

7.

Derfelbe Berichterstatter befaßte sich mit den Formalitäten bei der Beanspruchung des Prioritätsrechts. Die deutschen Anregungen und das Deutsche Patentgesetz sind hier zum Inhalt der Beschlüsse gemacht worden. Sie laufen darauf hinaus, daß der ursprüngliche Anmelder (Erfinder) benannt werden muß, wenn die Anmeldung von einem Rechtsnachfolger eingereicht wird, daß die Priorität nicht mehr im Zeitpunkt der Anmeldung, sondern innerhalb einer Frist von mindestens 2 Monaten nachher (Frist des neuen Deutschen Patentgesetzes) geltend gemacht werden muß, daß bei mehreren Erfindern alle genannt werden, und daß andere Formalitäten innerhalb der erwähnten mindestens zweimonatigen Frist nicht verlangt werden dürfen. In diesem Zusammenhange beschloß dann der Kongreß weiterhin, daß die Sprachen deutsch, englisch, französisch und italienisch genügen müßten, und nicht noch Übersetzungen in andere Landessprachen verlangt werden könnten, wenn dort nur die Priorität geltend gemacht werde und nicht etwa ein Rechtsstreit entsteht.

Die übrigen außerordentlich interessanten Fragen der einheitlichen Einführung des DIN-Formats und einer Reihe sonstiger Vereinfachungen sind besonders ausführlich von der

französischen und der Schweizer Gruppe behandelt worden. Sie sind als Empfehlungen vom Kongreß verabschiedet worden.

8.

Das Deutsche Patentgesetz gewährt demjenigen, der bereit ist, jedem Volksgenossen eine Lizenz an seinem Patent zu gewähren, einen Nachlaß von 50% der Patent- und Jahresgebühren. Die niederländische Regierung hatte in London vorgeschlagen, einen entsprechenden Artikel der Union hinzuzufügen. Der Kongreß beschloß ebenso. Dies ist nicht nur erfreulich, weil die deutsche fortschrittliche Gesetzgebung hierbei anerkannt ist, sondern auch deshalb, weil gegenüber einem Versuch, die Frage nur als Gebührenfrage hinzustellen, ausdrücklich erklärt wurde, daß die deutsche Gruppe die Gebührenfrage lediglich als eine logische Nebenfolge des nationalsozialistischen Grundgedankens über die volksgemeinschaftliche Haltung eines solchen Erfinders betrachte. Der Beschluß erfolgte einstimmig.

9.

Der nächste Beschluß ist aus der Tatsache zu verstehen, daß es zunächst darauf ankommt, eine größere wissenschaftliche Durchdringung der Rechtsnatur des Patentregisters herbeizuführen. Der Beschluß selbst lautet — gemäß dem deutschen Vorschlag: „Der Kongreß ist der Auffassung, daß es zwar in mancher Hinsicht an sich wünschenswert wäre, daß die Patentreolle möglichst weitgehend die Rechtsvorgänge, die sich auf das Patent beziehen, widerspiegelt; es kann jedoch aus praktischen Gründen nicht befürwortet werden, eine Regelung einzuführen, wonach Lizenzen eingetragen werden müssen, um gültig zu sein oder wonach nicht eingetragene Lizenzen Dritten gegenüber und insbesondere dem Patenterwerber gegenüber unwirksam sind.“

Der deutsche Antrag wurde von dem Berichterstatter, H. Dr. Weidlich, knapp und, wie ersichtlich, durchschlagend begründet.

10.

Von den weiteren Beschlüssen interessiert vor allem die Aussprache zu dem Beschluß über die slavische Nachahmung. Die Frage wird dem deutschen Antrag gemäß noch genauer behandelt werden. Der Durchbruch des Gedankens, der m. E. dem H. Dr. Kerreter, Nürnberg, zu verdanken ist, läßt sich folgendermaßen darstellen: Wenn es auch selbstverständlich ist, daß die technischen Elemente einer Erfindung nach Ablauf der Schutzfrist von jedermann benutzt werden können, so gilt doch für Art und Abmaß der Benutzung der sittliche Gedanke des lautereren Wettbewerbs fort, da ja das schöpferische Werk auch nach Ablauf des Patentschutzes im Verkehr und damit im Wettbewerb bleibt.

11.

Genau so unterscheidet sich die Frage, ob ein Agent die Marke des Mutterhauses selbständig eintragen oder benutzen darf, oder ob er die mit Zustimmung des Mutterhauses eingetragene oder benutzte Marke weiterbenutzen darf, ausschließlich nach sittlichen Grundsätzen und nach dem Treueverhältnis zwischen Agenten und Mutterhaus.

Der Kongreß hat daher gemäß den durch Prof. Ulmer, Heidelberg, vorgetragenen Gesichtspunkten in den entsprechenden Fällen dem Inhaber des Mutterzeichens das Recht der Löschung oder Übertragung an ihn selbst zugebilligt.

12.

Deutschland hat durch ein vorbildliches Gesetz das Schweizer Hoheitszeichen vor geschäftstüchtiger Verwendung in Deutschland geschützt. Unter hoher Anerkennung dieser deutschen Tat beschloß der Kongreß, eine ähnliche Bestimmung in allen Ländern zu beantragen.

13.

Die Verwendung von Namen oder Waren in einfacher Bezugnahme (Fiat-Ersatzteile, à la Fiat, Fisch-Typen) kann ebenfalls nur vom sittlichen Gedanken des Wettbewerbs aus endgültig gelöst werden.

Die von dem deutschen Berichterstatter H. Dr. Arter entwickelten Gedankengänge, die eine Täuschung über die Herkunft und eine Schädigung des Namens- und Markenrechts hintanhaltend wollen, sind im allgemeinen anerkannt worden.

Doch scheint auch hier eine wissenschaftliche Vertiefung der deutschen Auffassung noch durchaus möglich.

14.

Erfreulich war, daß die hervorragende Mitarbeit des deutschen Reichspatentamts bei der Frage der Schaffung eines internationalen Massenverzeichnis für Warenzeichen eine hohe Anerkennung fand. Die Arbeit wird fortgeführt.

So waren auch die durch H. Utescher, Hamburg, behandelten Fragen des Warenzeichen- und des Wettbewerbsrechts zu einem trefflichen Abschluß gelangt.

Zum Schluß wurde Prag als nächster Tagungsort bestimmt. Als Generalberichterstatter, Generalsekretär und Generalschatzmeister wurden gewählt: Fernand-Jaca, Paris,

Eugen Blum, Zürich, und Van der Haeghen, Brüssel. Der Präsident der deutschen Landesgruppe Dr. Gerdes wurde zum Ehrenmitglied ernannt. Die gesamten wissenschaftlichen Arbeiten der internationalen Vereinigung wurden dem Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Reichsminister Dr. Frank, als Ehrengeschenk überreicht und der Kongreß im Deutschen Museum zu München, dem hervorragendsten Denkmal der schöpferischen Menschen der Welt, aufgelöst. Die menschliche und wissenschaftliche Bedeutung des Kongresses habe ich bereits gewürdigt. Ich glaube auch, daß der Wunsch des Führers weitgehend in Erfüllung gegangen ist, der auf das Begrüßungstelegramm folgendermaßen geantwortet hat: „Dem internationalen Kongreß der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz in Berlin versammelten ausländischen Gästen und deutschen Teilnehmern danke ich für die freundlichen Grüße. Ich erwidere sie mit meinen besten Wünschen für einen guten Verlauf Ihrer Tagung und hoffe, daß Ihre Zusammenarbeit zu ihrem Teil der Verständigung der Völker und der Befundung der internationalen Wirtschaftsbeziehung erfolgreich dienen möge.“

Urlaub für Gefolgschaftsmitglieder zum Reichsriegertag

Einem Wunsche des Bundesführers des Deutschen Reichsriegertages (Riffhäuserbund) e. V. entsprechend ersuche ich die Berufsgenossen, ihren Gefolgschaftsmitgliedern, die dem Reichsriegertag angehören, zur Teilnahme am Deutschen Reichsriegertag den erforder-

lichen Urlaub mit Fortzahlung der Bezüge und ohne Anrechnung auf den Erholungsurlaub zu gewähren. Der Deutsche Reichsriegertag findet am 4. und 5. Juli, die Arbeitstagung schon ab 1. Juli 1936 in Rassel statt.

(Der Präsident der Reichs-Rechtsanwaltskammer, R 32/35 v. 12. Juni 1936.)

Schrifttum

Prof. Dr. Heinrich Stoll, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht: Vertrag und Unrecht. 1. Halbband. (Grundrisse des Deutschen Rechts.) Tübingen 1936. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 120 S. Preis kart. 3,60 RM.

Der vorliegende erste Halbband von „Vertrag und Unrecht“ behandelt die Lehre von Rechtsgeschäften aus dem Allgemeinen Teil des BGB., die allgemeinen Lehren des Schuldrechts und die Abschnitte über Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlungen. Der Verf. bemüht sich mit Erfolg, dem Rechtsstudenten eine klare und leichtverständliche Darstellung dieser wichtigen Gebiete des geltenden Rechts zu geben. Er geht dabei von der richtigen Erwägung aus, daß der Studierende der Rechtswissenschaft sich zunächst einmal mit dem geltenden Recht vertraut machen muß, ehe er sich mit der rechtspolitischen Frage der Neugestaltung unseres bürgerlichen Rechts befassen kann. Der Verf. versteht es dabei sehr gut, neben kurzen entwicklungs geschichtlichen Hinweisen auch die notwendigen Gesichtspunkte der Rechts erneuerung anzudeuten und bei allen wichtigen Fragen grundlegende Unterschiede in der Betrachtungsweise und den Wandel der Rechtsanschauung überhaupt zu betonen. Wenn er diesen rechtspolitischen Teil seiner Arbeit knapp hält, so liegt das nur im Interesse der pädagogischen Aufgabe, die er sich gestellt hat, und ist daher durchaus zu begrüßen. Im allgemeinen bietet die Arbeit somit eine erfreuliche Ergänzung der bereits vorhandenen kürzeren Lehrbücher zum BGB. und kann jedem Anfänger zur Einführung und aber auch vor allem jedem Fortgeschrittenen zur Wiederholung auf das Wärmste empfohlen werden. Insbesondere verdient die übersichtliche klare Gliederung und die frische Lebendigkeit der Sprache Lob. Gerade hierin unterscheidet sich der vorliegende Band außerordentlich günstig von vielen seiner Vorgänger.

Rein äußerlich ist nur zu bemängeln, daß der Verf. seiner Arbeit kein Schlagwortverzeichnis beigelegt hat, eine Einrichtung, die gerade dann von besonderem Wert ist, wenn man eine aufstaudende Einzelfrage nachprüfen muß. Dieser Mangel ist allerdings dadurch etwas gemildert worden, daß der Verf. seiner Darstellung ein ausführliches Inhaltsverzeichnis voranstellt.

Wenn im folgenden zu einzelnen Punkten ausführlich kritisch Stellung genommen wird, dann soll damit nicht der außerordentlich günstige Gesamteindruck, den man von der Arbeit erhält, vernichtet und abgeschwächt werden, sondern es geschieht dies in dem Bestreben, an einer weiteren Vervollkommenung der Arbeit mitzuhelfen:

Der Verf. zählt auf S. 17 als Arten der Rechtsgeschäfte auf: Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte und Beschlüsse. Daß dabei Verträge und Beschlüsse nicht zu dem Oberbegriff „mehrsseitige Rechtsgeschäfte“ zusammengefaßt werden, mag hingehen, jedenfalls aber wird die Erwähnung von Gesamttaten und Vereinbarungen als weitere Arten mehrseitiger Rechtsgeschäfte unerlässlich sein. Insbesondere erscheint mir die Erwähnung der Vereinbarung deshalb notwendig, weil sie als Form der Entstehung einer Gesamtpersönlichkeit, z. B. eines Vereins, angesehen werden muß, während der Beschluß die Form ist, in der die so geschaffene Gesamtpersönlichkeit ihren Willen bildet. In diesem Zusammenhang wäre auch ein Hinweis auf eine objektives Recht folgende Vereinbarung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, nämlich den Rezeß, angebracht. — Auf S. 18 und S. 66 führt der Verf. aus, daß es rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote, von der Ausnahme des § 399 BGB. abgesehen, grundsätzlich nur mit verpflichtender Wirkung gibt. Eine Ergänzung dahin, daß ein solches Veräußerungsverbot im Falle des § 1136 noch nicht einmal verpflichtende Wirkung hat, wäre angebracht. — Auf S. 29 lehnt der Verf. die Unterscheidung zwischen Willensäußerungen ohne und mit Kundmachungszweck ab und meint, daß auch bei Willensäußerungen ohne Kundmachungszweck, bloßer Willensbetätigung, ein Vertrauensschutz erforderlich sei. Diese Auffassung kann nicht geteilt werden; jedenfalls erscheint es nicht notwendig, „den Handelnden auf den Eindruck festzunageln, den sich andere Personen zufällig von seinem Verhalten gebildet haben“, wenn er bei seiner Handlung in keiner Weise damit nach außen etwas kundmachen wollte (vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil 1933 S. 142). In diesen Fällen muß der Handelnde jederzeit den Gegenbeweis führen können, daß er tatsächlich einen anderen Willen gehabt hat, als der Dritte glaubte. Dieser Gegenbeweis zerstört dann den Anschein einer Willenserklärung, ohne daß eine Anfechtung erforderlich oder überhaupt möglich ist. Ob der Handelnde aus anderen Gesichtspunkten — culpa in contrahendo — haftet, ist eine andere Frage. Verf. scheint im übrigen nach dem Beispiel auf S. 30 unten im Ergebnis auch dieser Auffassung zu sein. — Wenn der Verf. auf S. 47 die Lehre von dem „Geschäft, wen es angeht“ behandelt, so wird dabei ein Hinweis auf die entgegenstehende Rechtsprechung des RG. (RGZ. 100, 190; 109, 167 = JW. 1926, 246; RGZ. 140, 229 = JW. 1933, 1762¹ [m. Anm.]) notwendig sein, da sonst der Eindruck erweckt wird, als erkenne das RG. diese Lehre bereits voll an. Ebenso scheint mir bei der Besprechung der Veräußerungsverbote auf S. 65 der Hinweis geboten, daß das RG. in analoger Anwendung des § 136 BGB. auch relative Erwerbsverbote durch einstweilige Verfügungen zugelassen hat (vgl. z. B. RGZ. 120, 119 = JW. 1924,

Anhang bringt eine Reihe von wichtigen Gesetzesauszügen und einschlägigen Verordnungen, wodurch die Benützung des Kommentars erleichtert wird.

Gleichzeitig mit der „Rechtslieferung zum Stammwerk“ erscheint auch bereits die „1. Ersatz- und Ergänzungslieferung“. Es wird darin eine größere Anzahl von Blättern der beiden ersten Lieferungen ersetzt, um die darauf stehenden ursprünglichen Ausführungen z. T. zu ergänzen bzw. auf den neuesten Stand von Gesetzgebung oder Rechtsprechung zu bringen. Es zeigt sich darin gut der besondere Wert dieser „Loseblattform“, die das sonst bei unseren Steuerkommentaren so ärgerliche rasche Veralten in der glücklichsten Weise verhindert. Der Verf. eines in dieser Form herausgegebenen Werkes muß allerdings ständig schärfstens über die Vollständigkeit seiner Berichtigungen und Ergänzungen (auch Druckfehlerichtigstellungen!) wachen, damit keine Irrtümer und Enttäuschungen entstehen.

KA. Dr. Fürnrohr, München.

Dr. Johann von Veers: Geschichte des Deutschen Bauernrechts und des Deutschen Bauerntums. (Schaeffers Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, 32. Heft, 1. Teil.) 1. Aufl. 70 S. Preis kart. 1,50 RM.

Dr. H. Merkel, und Dr. D. Wöhrmann: Deutsches Bauernrecht. (Schaeffers Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, 32. Heft, 2. Teil.) 1. Aufl. 120 S. Preis kart. 2,80 RM. Beide Leipzig 1936. Verlag W. Kohlhammer, Abt. Schaeffer.

Zwei Neuerscheinungen in der Reihe „Neugestaltung von Recht und Wirtschaft“ der bekannten Sammlung E. Schaeffer, die eng zusammen gehören. Der erste Band schildert die Geschichte des Rechts, unter dem sich das Deutsche Bauerntum von seinen Ursprüngen an bis zur Schwelle des Dritten Reiches entwickelt hat, der zweite das vom Dritten Reich neugeschaffene Bauernrecht, das man nur dann ganz verstehen und würdigen kann, wenn man die geschichtlichen Grundlagen kennt. Hierzu hilft der erste Band allen denen, die nicht in der Lage sind, sich eingehend mit dem Stoff zu befassen, in übersichtlicher, die hauptsächlichsten Entwicklungslinien klar herausarbeitender Form, die sehr eindringlich wirkt. Bei allen Vorbehalten, die gegenüber der stichwortartigen Schilderung vielfältiger Lebensverhältnisse durch Jahrtausende hindurch stets notwendigerweise gemacht werden müssen, kann man diesen Leitfaden als gut gelungen bezeichnen und ihn insbesondere den Studenten, für die er hauptsächlich gedacht ist, als Gedächtnisstütze ebenso wie allen eiligen Lesern empfehlen mit dem Wunsche, daß er sie zu eingehenderen und gründlicheren Studien auf diesem wichtigen Gebiet anregen möge. Das zweite Bändchen, für das im wesentlichen das gleiche gilt, ist besonders in dem Teil, der die Ständes- und Marktordnung des Deutschen Bauern behandelt, welche der gewöhnlichen Art der Schilderung besonders leicht zugänglich sind, als meisterhaft zu bezeichnen. In dem Teil, der dem Reichserbhofrecht gewidmet ist, bedingt dagegen die vom Verlag vorgeschriebene Kürze Unebenheiten, die nur schwer vermeidbar waren, insbesondere überspitzte Formulierungen, die genauer Nachprüfung nicht immer standhalten können. So geht es z. B. doch wohl nicht an, den Erbhof als eine res extra commercium zu bezeichnen, oder den Begriff der Treuhand, der sehr umstritten ist, in einer Zeile einzuführen, statt den grundsätzlichen Wandel in der Eigentumsauffassung überhaupt kurz zu schildern. Im rein Rechtlichen ist aber auch dieser Teil so zuverlässig, wie es bei der gegebenen Kürze nur verlangt werden kann. Beim Verfahrensrecht hätte das gesetzliche Antragsrecht des Notars und seine Befugnis zur Unterzeichnung der sofortigen weiteren Beschwerde der Vollständigkeit halber erwähnt werden müssen. — Zur ersten Einführung in das neue Deutsche Recht des Bauern kann das Bändchen empfohlen werden; ein Lehrbuch kann und will es nicht ersetzen.

Notar Schied, Markt Grafing.

Handbuch der landwirtschaftlichen Schuldenregelung. Herausgegeben von Rudolf Harmening, MinDir. im R. u. Pr. Min. f. Ernährung u. Landwirtschaft, Vizepräf. des Reichserbhofgerichts, und Dr. Max Radler, MinDir. im RM. 1936. W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Verlag Franz Vahlen, Berlin. Loseblattform. 2. Lieferung. 120 Blatt Ergänzungen. Preis 7,20 RM. 3. Lieferung. 190 Blatt. Preis 11,40 RM.

Die vorliegende 2. Lieferung, die die §§ 12–25 SchRG. umfaßt, und die 3. Lieferung, die die folgenden Vorschriften bis § 79 behandelt, bilden die willkommene Fortsetzung des Handbuchs auf

dem Gebiet des Schuldenregelungsverfahrens, ohne das der Praktiker kaum mehr auskommen kann. Die Zuverlässigkeit des Werkes und seine glückliche Anordnung wurde in der ersten Besprechung (ZW. 1936, 566) schon hervorgehoben. Die vorliegenden weiteren Lieferungen haben ganz erfüllt, was sich der Leser beim Studium der ersten Lieferung versprochen durfte.

Es besteht nunmehr kein Zweifel mehr, daß die Sammlung nach ihrem Abschluß für das Gesamtgebiet des Rechtes der landwirtschaftlichen Schuldenregelung in vorzüglicher Ordnung das gesamte Quellenmaterial bringt. Seine Anlage und die Stoffbehandlung ist neuartig; auch wenn das Handbuch nach seinem Inhalt in erster Linie als erschöpfendes Quellenwerk für alle amtlichen Verlautbarungen auf dem behandelten Gebiet erscheint, tritt doch auch die wissenschaftliche Leistung keineswegs zurück. Sie zeigt sich in erster Linie in der wirklich meisterhaften Zusammenordnung des schwierigen Stoffes.

Notar Dr. Seybold, Sulzbach-Rosenberg.

Kartei des Reichsnährstandes. Der Verußberater für die Landwarenbeziehung, „Verarbeitung und Wertverteilung.“ Teil I: Ackerbauerzeugnisse und Bedarfsstoffe. Berlin 1936. Verlag Theodor Weicher, Abt. „Die Landware“. 384 S. Grundwerk mit Ordner: 4,50 RM; vierteljährlich 6 Lieferungshefte 3,30 RM.

Die „Kartei des Reichsnährstandes“ (Hauptschriftleitung: Dr. Merkel, Stabshauptabteilungsleiter im Stabsamt des Reichsbauernführers) ist vor allem dazu bestimmt, die für die Marktordnung auf dem Gebiete der Ernährungswirtschaft maßgebenden Erlasse und Vorschriften übersichtlich zusammenzufassen. Zu schwierigeren Bestimmungen und Sachgebieten sind Erläuterungen oder systematische Darstellungen in Aussicht genommen. Darüber hinaus ist die Kartei überhaupt als praktischer Ratgeber für die beteiligten Berufskreise gedacht. Die Kartei setzt sich zusammen aus einem Grundwerk und aus Lieferungsheften. Das Grundwerk, bestehend aus einem Ordner mit Gruppeneinteilung und 320 Textseiten, liegt bereits fertig vor. Die Lieferungshefte sollen halbmonatlich fortlaufend erscheinen. Das Heft 1 des 1. Jahrgangs ist am 10. April 1936 ausgegeben.

Das Grundwerk ist in 16 Gruppen aufgeteilt: Die Gruppen 1 bis 11 sind nach Wirtschaftszweigen (Nr. 1 Getreide, Nr. 2 Mühle und Mehl, Nr. 3 Brot und Teigwaren, Nr. 4 Baumwirtschaft, Nr. 5 Zuckerewirtschaft, Nr. 6 Futtermittel, Nr. 7 Samen und Saaten, Nr. 8 Hülsenfrüchte, Nr. 9 Kaufsutter und Grünfütter, Nr. 10 Düngemittel, Nr. 11 Kartoffeln) gegliedert; die Gruppen 12–16 (Nr. 12 Handelsbrauch und Schiedsgericht, Nr. 13 Rechtsfragen und Handelspraxis, Nr. 14 Steuern, Buchführungs- und Bilanzfragen, Nr. 15 Frachten und Tarife, Nr. 16 Organisation und Anschriften des Reichsnährstandes, Verzeichnis der Großmärkte und Schiedsgerichte) sind einschlägigen Sachgebieten allgemeinen Charakters vorbehalten. Die Kartei erscheint in der Loseblattform, die es ermöglicht, das Werk stets auf dem neuesten Stande zu halten.

Zweifellos wird sich die „Kartei des Reichsnährstandes“ auf dem weitverzweigten und schwer zu übersehenden Gebiet der landwirtschaftlichen Marktordnung als ein wertvoller Führer erweisen und sowohl den mit dem Vollzug der Marktordnung befaßten amtlichen Stellen wie den von der Marktordnung erfaßten Betrieben ein zuverlässiges Hilfsmittel und Nachschlagewerk sein.

UGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit. Ergänzungsblatt zur Deutschen Justiz für das Gebiet der nichtstreitigen Rechtspflege. Sonderheft: Einführung in das neue Grundbuchrecht von MinR. Dr. Hesse und GerMSt. Dr. Saage, beide im RM. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 32 S. Preis 1,25 RM.

Das vorliegende Sonderheft der „Deutschen Freiwilligen Gerichtsbarkeit“ mit den Vorträgen von MinR. Dr. Hesse und GerMSt. Dr. Saage zum neuen Grundbuchrecht wird bei den Grundbuchrichtern, den Rechtspflegern am GBA. und den Notaren sehr willkommen sein, enthält es doch Ausführungen über eine Reihe von Zweifelsfragen, die täglich in der Praxis begegnen und gelöst werden müssen.

Die Vorträge der Verf. sind besonders in Süddeutschland, wo das neue Grundbuchrecht weitgehende Änderungen gebracht hat, mit größtem Interesse aufgenommen worden, und es ist erfreulich und sehr erwünscht, daß jeder Zuhörer die Möglichkeit hat, das Bortragene nochmals nachzulesen, noch mehr aber, daß nun auch die Richter, Notare und Rechtspfleger, die an den Vorträgen nicht selber teilnehmen konnten, die Möglichkeit zu eingehendem Studium haben.

Notar Dr. Seybold, Sulzbach-Rosenberg.

Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

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

Großer Senat

**** 1.** §§ 253, 340, 518, 519, 553, 554, 569 Z P D. An der bisherigen Rspr. des RG. wird festgehalten, daß bestimmende Schriftsätze in Anwaltsprozessen von einem bei dem Instanzgericht zugelassenen Rechtsanwalt eigenhändig unterschrieben sein müssen, soweit nicht ihre Einreichung durch Telegramm erfolgt. †)

Der Begriff des „bestimmenden Schriftsatzes“ im Gegensatz zum bloß vorbereitenden Schriftsatz ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich festgelegt. Er ergibt sich aber aus der Natur der Sache und ist auch vom Gesetze als gegeben vorausgesetzt (vgl. § 4 der Begr. des Entwurfs einer ZPD. und des Einführungs-Gesetzes in *Sahn*, Die gesamten Materialien zur ZPD. vom 30. Jan. 1877, Bd. 1 S. 126). Während der bloß vorbereitende Schriftsatz nur die mündliche Verhandlung vorbereiten soll, wird durch den bestimmenden Schriftsatz eine für das Verfahren wesentliche Prozeßhandlung vollzogen. An seine Einreichung oder Zustellung werden vom Gesetze besondere prozessuale Folgen geknüpft. Als bestimmende Schriftsätze in diesem Sinne kommen namentlich in Betracht die Klage, die Einspruchsschrift, die Rechtsmittelschriften, die Rechtsmittelbegründungsschriften.

Für die rechtsnotwendigen Bestandteile bestimmender Schriftsätze gilt die Schriftform als Mußform (vgl. die §§ 253, 340, 518, 519, 553, 554, 569 Abs. 2 ZPD.). Die ZPD. schreibt nun wohl zwingend vor, welchen inhaltlichen Erfordernissen der Schriftsatz genügen muß, wenn die einzelne Prozeßhandlung zulässig und damit rechtlich beachtlich sein soll. So wenig aber das Gesetz selbst ausdrücklich von „bestimmenden Schriftsätzen“ redet, ebensowenig enthält es eine ausdrückliche Vorschr. hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der für sie geltenden Schriftform als solcher. § 130 Nr. 6 ZPD. bestimmt nur, daß die vorbereitenden Schriftsätze in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, d. h. nach § 78 ZPD. eines bei dem Prozeßgericht zugelassenen Anwalts, enthalten sollen. Es handelt sich bei diesem Unterschriftserfordernis für vorbereitende Schriftsätze also um eine bloße Soll-Vorschrift. Daraus und aus dem Umstande, daß bei den bestimmenden Schriftsätzen die *Aussteller*-Unterschrift als Muß-Form im Gesetze nicht besonders vorgeschrieben ist, kann jedoch nicht geschlossen werden, daß auch bei Schriftsätzen dieser Art die Unterschrift nur Soll-Erfordernis ist. Weshalb eine dahingehende ausdrückliche Vorschr. unterblieben ist, ergibt vielmehr klar die Begr. des amtlichen Entwurfs von 1874. Denn dort ist zu dem sich mit den Erfordernissen der Klageschrift im Anwaltsprozeß befassenden § 222 des Entwurfs (jetigen § 253 ZPD.) ausgeführt, trotz der nur instruktionalen Bedeutung des § 117 Nr. 5 (jetzt § 130 Nr. 6 ZPD.) sei die „essentielle“ Bedeutung der Unterschrift des Anwalts so selbstverständlich, daß der Entwurf geglaubt habe, von einer besonderen Vorschr. absehen zu können (vgl. *Sahn* a. a. O. S. 255). Im Gesetze ist also nicht deshalb von einer ausdrücklichen Vorschr. dahin, daß bei bestimmenden Schriftsätzen in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts zwingendes Form-erfordernis ist, abgesehen worden, weil sich der Gesetzgeber insoweit mit einer bloßen Soll-Vorschrift begnügen wollte, sondern weil ihm die Beachtung dieser Form, und zwar als Muß-erfordernis, als eine Selbstverständlichkeit erschien. Dies folgt auch ohne weiteres aus der Bedeutung, die den bestimmenden

Schriftsätzen für den Gang des Prozeßverfahrens zukommt. Durch die Unterschrift wird klargestellt, daß es sich bei dem Schriftsatz nicht um einen Entwurf, sondern um eine prozessuale Erklärung handelt, daß sie von dem unterzeichneten RA. herrührt, und daß dieser für ihren Inhalt die Verantwortung übernimmt. Dieser Sinn der Unterschrift entspricht einem alteingewurzelt, auch heute noch herrschenden Volksbewußtsein. Wenn das RG. in ständiger Rspr. (RGZ. 31, 375; 46, 375; 65, 81 = JW. 1907, 147; RGZ. 119, 62 = JW. 1928, 106¹¹ m. Anm.; RGZ. 126, 257 = JW. 1931, 470¹⁶; RGZ. 140, 72; RGWarn. 1929 Nr. 21) weiter das Erfordernis aufgestellt hat, daß in Anwaltsprozessen die Unterschrift unter den bestimmenden Schriftsätzen von einem bei dem Prozeßgericht zugelassenen RA. (§ 78 Abs. 1 ZPD.) eigenhändig vollzogen werden muß, so erheischt dies einmal der oben gekennzeichnete Zweck der Unterschrift, zum anderen aber das Bedürfnis der Rechtspflege. Die Sicherheit des prozessualen Verkehrs erfordert, daß von vornherein möglichst jeder Zweifel darüber ausgeschlossen sein muß, ob eine für den Gang des Verfahrens wesentliche Prozeßhandlung auch von der nach dem Gesetze allein hierzu fähigen Person getätigt worden ist. Ferner muß Vorsorge dagegen getroffen werden, daß die dem Allgemeinwohl dienenden Best. über den Anwaltszwang umgangen werden. Würde man die Unterzeichnung der bestimmenden Schriftsätze mit Stempel oder Schreibmaschine zulassen, so wäre keine Gewähr dafür geboten, daß der Schriftsatz von dem bei dem Prozeßgericht zugelassenen RA. herrührt. Streitigkeiten hierüber, die u. U. zu weitläufigen Beweisaufnahmen und damit zu einer Verzögerung des Verfahrens führen könnten, wäre Tür und Tor geöffnet. Es entspricht aber gerade den in dem Vorpruch zu dem Reichsgesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780) zum Ausdruck gelangten Anschauungen über einen sicheren und schleunigen Rechtsschutz, daß Anzuweisungen der Wirksamkeit einer wesentlichen Prozeßhandlung tunlichst ausgeschlossen und Beweisaufnahmen hierüber möglichst vermieden werden. Dieses Ziel läßt sich nur dann erreichen, wenn an der bisher von der Rspr. des RG. angenommenen Formvorschrift der handschriftlichen Unterzeichnung eines bestimmenden Schriftsatzes festgehalten wird. Gewiß schützt dieses Gebot auch nicht vollkommen vor Fälschungen. Allein die Gefahr einer Fälschung ist immerhin außerordentlich gering im Vergleich zu der Gefahr, daß mit maschinenschriftlicher oder gestempelter Unterschrift Mißbrauch getrieben wird. Das Erfordernis der eigenhändigen Vollziehung der Unterschrift unter wichtigen Urkunden, wie sie die bestimmenden Schriftsätze darstellen, ist zudem von so einfacher Art, daß es auch Nichtrechtskundigen ohne weiteres einleuchtet. Es kann bei nur einigermaßen sorgfältiger Geschäftsbehandlung, wie sie von jedem RA. zu verlangen ist, stets gewahrt werden. Sachliche Rechtsnachteile infolge Verletzung dieser Formvorschrift sind daher nur in seltenen Fällen zu befürchten. Treten sie im Einzelfalle ein, so müssen sie hingenommen werden. Denn wenn auch die Vorschr. der ZPD. nicht Selbstzweck, sondern dazu bestimmt sind, die Findung und Verwirklichung des sachlichen Rechts zu ermöglichen, so steht doch über der Aufgabe der Verwirklichung des sachlichen Rechts im Einzelfalle das höhere Ziel der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit zum Wohle der Volksgemeinschaft. Dieses Ziel aber läßt sich ohne eine gewisse Formstrenge des Prozeßverfahrens nicht erreichen. Die Rspr. des RG. hat es zwar zugelassen, daß bestimmende Schriftsätze, wie die Rechtsmittelschriften, auch mittels Telegramms eingereicht werden dürfen, und daß es sogar genügt, wenn das Telegramm fernmündlich aufgegeben worden ist (RGZ. 139, 45 = JW. 1933, 515^o in Übereinstimmung mit *RRwG.* 3, 252). An dieser Rspr. ist festzuhalten. Hierbei handelt es sich jedoch, wie dies in den vorgedachten Entsch. ausdrücklich hervorgehoben worden ist, um

eine Ausnahme, die durch die Eigenart des telegraphischen Verkehrs bedingt ist, denn man unter den heutigen Verhältnissen für die Abgabe prozessualer Erklärungen nicht mehr ausschließen kann. Diese Ausnahme aber auch da zuzulassen, wo die Unterzeichnung des einzureichenden Schriftsatzes durchaus möglich ist, besteht keine Veranlassung.

Die Rspr. der StrSen. des RG., die in Auslegung der Vorschr. der §§ 306, 314, 317 und 341 StPD. an die Rechtsmittelschriften geringere Anforderungen stellt, beruht auf der Verschiedenheit des Strafprozesses von dem vom Anwaltszwang beherrschten bürgerlichen Rechtsverfahren. Für die RevBegr., soweit sie nach § 345 Abs. 2 StPD. von dem Verteidiger oder einem RA. eingereicht wird, wird aber auch von den StrSen. des RG. die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers als zwingendes Formerfordernis bejaht (vgl. zuletzt RGSt. 69, 133 = JW. 1935, 1034¹⁰).

(Großer Senat für Zivilsachen, Beschl. v. 15. Mai 1936, GSZ 2/36.)

Anmerkung: Wenn auch ohne weiteres anzuerkennen ist, daß sich über die Frage streiten läßt, so vermag ich doch offenkundig ein lebhaftes Bedauern nicht zu unterdrücken, daß der Große ZivSen. die Frage i. S. der Notwendigkeit der eigenhändigen Unterzeichnung entschieden hat.

Besonders bedauere ich es, daß man davon abgesehen hat, sich mit den gegen die Ansicht vorgebrachten Bedenken näher auseinanderzusetzen. Die Entsch. beschränkt sich darauf, festzustellen, daß bei der telegraphischen Übermittlung bestimmender Schriftsätze der Unterzeichnungszwang nicht gilt, ohne dazu Stellung zu nehmen, daß die diese letztere Ansicht tragenden Erwägungen auch in der Hauptfrage zwangsläufig zur Verneinung des Eigenhändigkeitsfordernisses führen müßten. Ferner geht die Entsch. über den Einwand hinweg, daß es früher selbst bei der Rechtsmittelinlegung der Eigenhändigkeit nicht bedurft hat, vielmehr die Form der Zustellung im Parteibetriebe (d. h. für den Gegner die beglaubigte, für das Gericht nur die einfache Abschrift) genügt hat und die Form der Einreichung bei Berufung des Rev. von 1909 (§ 518 ZPD.) gerade als Erleichterung und Befreiung von den mit der Einhaltung von Formalien verbundenen Gefahren — damals: Bewirkung der Zustellung noch innerhalb der Rechtsmittelfrist — gedacht war, nicht aber als Unterstellung unter einen neuen Formzwang.

Gewiß kann man dem die Entsch. im wesentlichen tragenden Gedanken der Sicherheit des Rechtsverkehrs ein erhebliches Gewicht nicht absprechen. Es ist aber ernstlich die Frage aufzuwerfen, ob die Gefahren, gegen die man sich hier sichern will, im praktischen Leben nicht viel ferner liegen als die, die man mit dieser Regelung herausbeschwört. Gerade der konkrete Fall, der zu der Anrufung des Großen ZivSen. m. W. Anlaß gegeben hat, ist in dieser Hinsicht besonders lehrreich: Der Ber. Kl. hatte infolge eines weber vom Gegner noch vom Gericht bemerkten Kanzleiversehens die RevBegr. in der Form eines vorbereitenden Schriftsatzes mitgeteilt, an das Gericht war also nur ein Schriftstück „gez. X. Kl.“ gelangt; der Ber. war stattgegeben, und die Rev. hat jetzt die Aufhebung des BU. und die Vermerfung der Ber. als unzulässig zum Ziele — besonders mißlich in einem Falle, in dem die materielle Unrichtigkeit des erstinstanzlichen Urteils vom BG. bereits ausgesprochen ist! Sicherlich „steht noch über der Aufgabe der Verwirklichung des sachlichen Rechts im Einzelfalle das höhere Ziel der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit zum Wohle der Volksgemeinschaft“ — kann man es aber mit dieser Erwägung wirklich überzeugend rechtfertigen, daß in einer letzten Endes doch ziemlich gleichgültigen prozessualen Frage an einer aus einer früheren Zeit stammenden und aus einer viel formaleren Grundeinstellung erwachsenen Auffassung festgehalten wird. Bei dem Hinweis auf das „alteingewurzelte, auch heute noch herrschende Volksbewußtsein“ ist der Kritiker nur zu leicht versucht, an das bei derartigen Erörterungen nicht selten vorgebrachte Gegenargument zu denken von dem bekannten „Mann aus dem Volke, der es nicht verstehen würde, wenn ...“ —

Für die Praxis sind die gegen das Eigenhändigkeitsfordernis sprechenden Bedenken durch die Entsch. endgültig zum Schweigen gebracht, und dem, der sich, wie ich, seit vielen Jahren für die Gegenansicht eingesetzt hat, bleibt nur, die Segel zu streichen. Der Anwaltschaft kann die Entsch. aber nur eindringlichst zur Beachtung empfohlen werden. Dies gilt besonders — um einen wichtigen, oft genug außer acht gelassenen Einzelpunkt herauszugreifen — für die Anschlußberufung. Jedes Begehren des BerBekl. nach Änderung des erstinstanzlichen Urteils ist Anschlußberufung, und die Formen der Anschließung und ihrer Begr. sind nach § 522 a ZPD. dieselben wie bei der Hauptberufung. Nur gar zu leicht kann es vorkommen, daß der BerBekl. in der Erwidderung auf die RevBegr. den Antrag bringt, „die Ber. mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß ... (z. B. der Zinslauf von einem ihm günstigeren Zeitpunkt berechnet wird od. dgl.)“ und den Schriftsatz dann nach den für vorbereitende Schriftsätze geltenden Vorschr. im Parteibetriebe (von Anwalt zu Anwalt) zustellt. Darüber, daß es sich in derartigen Fällen sachlich um eine Anschließung handelt, kann kein Zweifel bestehen; ebensowenig darüber, daß die Form des § 522 a nicht gewahrt ist. Läßt alsdann nicht, wie es bei rechtzeitiger Entdeckung des Mangels zweckmäßig und üblich ist, der Vorsitzende die bei den Gerichtsakten befindliche unbeglaubigte Abschrift des Schriftsatzes vom dem Anwalt in der Verhandlung noch nachträglich unterzeichnen, so läuft der BerBekl., selbst wenn das BG. ihm sachlich Recht gegeben hat, Gefahr, in der RevInst. wegen Verstoßes gegen das Eigenhändigkeitsfordernis zu unterliegen! Sorgfältigste Beachtung des Eigenhändigkeitsfordernisses ist also überall dringend geboten.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Einzelne Senate

**** 2. § 242 BGB.; § 85 BGB.; AllgVersBed. für Feuerversicherungen.** Der Versicherungsnehmer muß ein arglistiges Verhalten seines Bevollmächtigten bei der Schadensaufstellung gegen sich gelten lassen. Die arglistige Täuschung i. S. des § 17 AllgVersBed. setzt nicht voraus, daß der Versicherungsnehmer versucht, sich durch wesentlich falsche Angaben bei der Schadensermittlung einen unberechtigten Vermögensvorteil zu verschaffen.

Der Kl. hatte das Wohnhaus und die Wirtschaftsgebäude seines Gutes Te. mit Inventar und Ernte und die im Wohnhaus befindlichen „Gegenstände des gesamten Haushalts“ bei der Bekl. gegen Feuer versichert. Am 8. Dez. 1931 entstand im Wohnhaus ein Brand, durch den dieses und ein Teil der darin befindlichen Gegenstände vernichtet wurden. Der entstandene Schaden wurde hinsichtlich des Gebäudes auf 21 034 RM, hinsichtlich der beweglichen Sachen auf 6889,05 RM festgestellt. Die Bekl. verweigert die Auszahlung dieser Summen, weil der Vater des Kl. und sein Schwager T., die ihn bei den Verhandlungen über die Schadensfeststellung vertreten haben, hierbei wesentlich falsche Angaben gemacht hätten.

Die auf Zahlung von 27 923,05 RM nebst Zinsen gerichtete Klage ist vom BG. abgewiesen worden. Das OLG. hat die Ber. des Kl. zurückgewiesen.

Mit der Rev. verfolgt der Kl. seinen ursprünglichen Antrag weiter.

Prozessual und sachlich gibt das angefochtene Urteil zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Auf die prozessualen Mängel soll hier nicht eingegangen werden. In sachlicher Hinsicht ist zu sagen: Der Ber. führt aus, der Vater des Kl. und sein Schwager T. hätten als Vertreter des Kl. in die Schadensaufstellung bewußt Gegenstände aufgenommen, die den Eheleuten T. gehörten, trotzdem aber später die schriftliche Erklärung abgegeben, die in der Schadensaufstellung aufgeführten Sachen seien alleiniges Eigentum des Kl. und seiner Dienstboten; in der Aufstellung sei Eigentum Ts nicht enthalten. Beide seien sich auch der Bedeutung dieser Erklärung voll be-

mußt gewesen. Denn auf die Frage L.s, ob seine Sachen durch die Feuerversicherung des Kl. mitversichert seien, habe der Oberinspektor R. dies verneint, und erst nachher sei unter die vorgelegte Schadensaufstellung der entsprechende Vermerk gesetzt und von beiden Bevollmächtigten des Kl. unterschrieben worden. Durch die Aussage R.s stehe fest, daß die den Eheleuten L. gehörigen Sachen nicht in das Verzeichnis hätten aufgenommen werden dürfen, und daß nicht als stillschweigend vereinbart gelten könne, alle Sachen, die nach Te. gekommen seien oder noch kommen würden, sollten ohne Rücksicht auf das Eigentum unter die Versicherung fallen. Die Befl. sei daher nach § 17 ihrer Allg. Feuerversicherungsbedingungen (AllgVerfBed.) von der Verpflichtung zur Leistung der Entschädigung frei geworden.

Daß der Versicherungsnehmer ein arglistiges Verhalten seiner Bevollmächtigten bei der Schadensaufstellung gegen sich gelten lassen muß, entspricht der seit langem feststehenden Rspr. des erf. Sen. (vgl. RGZ. 53, 342); an ihr ist festzuhalten. Mit Recht rügt die Rev. aber Verletzung des sachlichen Rechts und der Best. der §§ 286, 139 ZPO. bei der Feststellung des VerK., nach den Versicherungsbedingungen fielen die den Eheleuten L. gehörigen Sachen nicht unter die Versicherung. Nach § 2 Abs. 1 AllgVerfBed. erstreckt sich die Versicherung von Hausrat und von Arbeitsgeräten auf die Sachen der in häuslicher Gemeinschaft mit dem Versicherungsnehmer lebenden Familienangehörigen und Arbeitnehmer. Diese Best. deckt sich im wesentlichen mit der Vorschr. des § 85 BGB. Der (unverheiratete) Kl. hat nun behauptet, er habe mit den Eheleuten L. in häuslicher Gemeinschaft gelebt, Frau L., seine Schwester, habe ihm die Wirtschaft geführt, und deren Mann habe ihm in der Landwirtschaft geholfen. Auch scheint der Kl. persönlich nur wenig Haushaltsgegenstände besessen zu haben, so daß es bei der für sie eingesehten Versicherungssumme von 20 000 RM naheliegt, anzunehmen, die L.schen Sachen sollten mitversichert sein. In beiden Richtungen hätte der VerK. nähere Feststellungen treffen müssen. Die Aussage des Zeugen R., der nur seine Rechtsansicht zum Ausdruck gebracht hat, reicht nicht zu der Feststellung aus, daß die L.schen Sachen nicht unter die Versicherung fielen. Für die Rev.Just. ist deshalb davon auszugehen, daß die L.schen Sachen mitversichert waren, und daß der Kl. deshalb Anspruch auf die für sie festgestellte Versicherungssumme hatte. Dann entfällt aber die Frage, ob sich die Befl. wegen der falschen Angaben der Vertreter des Kl. über das Eigentum an solchen Sachen auf die Verwirklichungsbestimmung des § 17 AllgVerfBed. berufen kann.

Die „arglistige Täuschung“ i. S. dieser Best. setzt nach der feststehenden Rspr. des erf. Sen. (RGZ. 146, 221 = JW. 1935, 689) und die dort angeführten Entsch.) nicht voraus, daß der Versicherungsnehmer versucht, sich durch wesentlich falsche Angaben bei der Schadensermittlung einen unberechtigten Vermögensvorteil zu verschaffen. Auch wenn er annimmt, daß ihm bei der Durchsetzung seiner berechtigten Ansprüche Schwierigkeiten entstehen würden, und, um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, bei der Schadensermittlung bewußt falsche Angaben macht, die für die Stellungnahme des Versicherers von Bedeutung sein können, macht er sich einer arglistigen Täuschung i. S. des § 17 AllgVerfBed. schuldig. Denn der Versicherer ist nach § 14 Abs. 1 b AllgVerfBed. berechtigt, nach dem Schadensfalle eine Untersuchung über Ursache und Höhe des Schadens und über den Umfang der Entschädigungspflicht anzustellen. Dieses Recht soll durch die dem Versicherungsnehmer auferlegte Auskunftspflicht mit gewährleistet werden. Auf seine Auskunft ist der Versicherer vielfach für seine Feststellungen angewiesen. Um so mehr muß verlangt werden, daß sich der Versicherungsnehmer bei der Beantwortung der ihm gestellten Fragen unbedingt an die Wahrheit hält und dem Versicherer zuverlässige Grundlagen für seine Stellungnahme zur Entschädigungsfrage verschafft. Das ergibt sich aus der für das Versicherungsverhältnis in besonderem Maße notwendigen Wahrung von Treu und Glauben, auf die der erf. Sen. schon oft hingewiesen hat (RGZ. 148, 298 = JW. 1935, 3289²; RGZ. 146, 221 = JW. 1935, 689¹; RGZ. 124, 343 = JW. 1929, 2705).

Liegt eine solche arglistige Täuschung bei der Schadensermittlung vor, so soll der Versicherer nach § 17 AllgVerfBed.

dem Versicherungsnehmer gegenüber von jeder Entschädigungspflicht aus diesem Schadensfalle frei sein. Die Befl. will aus dieser Best. schließen, der Versicherungsnehmer könne eines Anspruchs auf viele tausend Mark dadurch verlustig gehen, daß er den Anschaffungspreis einer einzigen Sache im Werte von wenigen Mark wesentlich zu hoch angebe. Das ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Zwar hat der erf. Sen. ausgesprochen, Wortlaut und Zweck der genannten Best. ergäben, daß eine wesentlich falsche Angabe des Versicherungsnehmers über Umstände, die für die Entschädigungspflicht irgendwie von Erheblichkeit sein könnten, die Versicherungsforderung in vollem Umfang zum Erlöschen bringe (RGUrt. v. 8. Dez. 1916, VII 206/16; Wluff-PrVerf. 1917 Anh. S. 25 Nr. 983; RGZ. 124, 343 = JW. 1929, 2705). Diese Rspr. kann jedoch nur mit gewissen Einschränkungen aufrechterhalten werden. Die allzu starke Durchführung des in jenen Entsch. ausgesprochenen Grundsatzes kann zu Unbilligkeiten führen, namentlich dann, wenn sich die wesentlich unwahren Angaben des Versicherungsnehmers auf besonders geringe Werte beziehen und er durch einen wegen dieser Angaben etwa eintretenden Verlust der gesamten Entschädigungsansprüche seine ganze Daseinsmöglichkeit verlieren würde. Das kann insbesondere dann, wenn die unrichtigen Angaben bis zu einem gewissen Grade entschuldbar sind, unter der gebotenen Berücksichtigung von Treu und Glauben dem gesunden Volksempfinden widersprechen. In solchen Fällen verstößt der Versicherer gegen die Grundsätze des § 242 BGB., wenn er jede Leistung ablehnt. Je nach den Umständen des Falles wird er vielmehr trotz der unrichtigen Angaben des Versicherungsnehmers die Entschädigung an ihn ganz oder doch teilweise zahlen müssen. Zu solchen Erwägungen gibt der vorl. Fall um so mehr Anlaß, als die Vertreter des Kl. zu ihren unrichtigen Angaben erst dadurch gekommen sind, daß bei der Schadensermittlung tätige Beamte der Befl., der Oberinspektor R., ihnen über den Inhalt des Versicherungsvertrages vielleicht unrichtige Auskunft gegeben hat.

Nach Treu und Glauben ist auch die Frage zu entscheiden, ob die Befl., weil nur ein Versicherungsvertrag für die Gebäude und die Haushaltsgegenstände abgeschlossen war, durch die falschen Angaben der Vertreter des Kl. wegen der Entschädigung in ihrer Gesamtheit frei wird oder nur wegen des Teils der Entschädigung, der auf die Haushaltsgegenstände entfallen würde. Der erf. Sen. hat bereits ausgesprochen, zwei getrennte Versicherungsverträge könnten, auch wenn sie zwischen denselben Parteien am gleichen Tage abgeschlossen seien, nicht ohne weiteres als Einheit behandelt werden; wenn die Parteien dies wollten, so müsse es in klarer Weise zum Ausdruck gebracht werden; ohne daß dies geschehen sei, vernichte eine arglistige Täuschung der klagenden Partei bei der Schadensermittlung bzgl. der Gegenstände des einen Vertrages nicht auch jeden Entschädigungsanspruch aus dem anderen Vertrage, bei dem keine Täuschung vorliegt (RGUrt. v. 30. Juni 1933, VII 102/33; JurRdschPrVerf. 1933, 249). Aber auch wenn in einem Vertrage die Versicherung ganz verschiedener Gegenstände zusammengefaßt ist, die gewöhnlich gesondert versichert zu werden pflegen, braucht die arglistige Täuschung, die sich nur auf einen Teil der versicherten Gegenstände erstreckt, nicht ohne weiteres den Verlust der gesamten Entschädigungsansprüche zur Folge zu haben. Die Versicherung von Gebäuden mit Inventar und Ernte unterliegt ganz anderen Regeln als die Versicherung von Haushaltsgegenständen, die den auf dem Grundstück lastenden Hypotheken nicht haften. Ihre Versicherung wird deshalb gewöhnlich getrennt in mehreren Verträgen erfolgen. Sind sie in einem Vertrage versichert, so ist damit doch keine vollständige Einheit hergestellt; es bleibt eine Versicherung, die den Regeln der Versicherung von unbeweglichen Sachen unterliegt, und daneben eine Versicherung von beweglichen Sachen. Ob falsche Angaben bei der Schadensermittlung hinsichtlich der beweglichen Sachen auch zum Verlust des Anspruchs auf die Gebäudeentschädigung führen, kann deshalb nur für den einzelnen Fall unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben entschieden werden. Von Bedeutung wird dabei sein, daß an dem Wiederaufbau zerstörter Gebäude auch ein öffentliches Interesse besteht.

Natürlich wird bei diesen Einschränkungen des Grund-

faßes des § 17 AllgVerfBed. immer zu beachten sein, daß ein arglistiges Handeln des Versicherungsnehmers vorliegt, und daß deshalb besondere Gründe vorhanden sein müssen, um die Berufung des Versicherers auf die Verwirklichungsbefreiung des § 17 AllgVerfBed. als unvereinbar mit Treu und Glauben und dem gesunden Volksempfinden erscheinen zu lassen.

(U. v. 31. Jan. 1936; VII 150/35. — Rostock.) [M.]

(= RGZ. 150, 147.)

*

** 3. § 242 BGB. Der in den § 554 Abs. 1 BGB., § 3 Abs. 3 MietSchG., § 359 BGB. zum Ausdruck gebrachte Gedanke, daß bei der Durchführung von Verträgen, insbes. bei der Ausübung vertraglicher Rechte, nicht schlechthin ein einmal entstandenes oder sogar schon ausgeübtes Recht zur Loslösung von der Vertragspflicht rechtlich bestehen bleibt und in seiner Wirkung unverändert ist, obwohl die vertraglich vorgesehenen und geschützten wirtschaftlichen Belange ganz oder so gut wie ganz gewahrt sind, findet auch auf Vertragsverhältnisse Anwendung, die außerhalb des Miet-, Pacht- und Rücktrittrechts stehen. Die Ausübung des dem einen Vertragspartei zustehenden formalen Kündigungsrechtes in einer Weise, die den anderen Teil an der rechtzeitigen Abwehr hindert oder hindern soll, ist mit den Anforderungen von Treu und Glauben und der Verpflichtung der Vertragsparteien unvereinbar.

Die Parteien haben am 10. April 1922 einen Vertrag geschlossen. Durch den Vertrag überließ die Kl. der Bekl. für 30 Jahre den Verkauf und Versand des Wassers der heilkräftigen Quelle, gestattete ihr die Benutzung der eingetragenen Schutzmarke „L. brunnen“ und räumte ihr ein Mitbenutzungsrecht an Räumen und Einrichtungsstücken sowie die Alleinbenutzung von Büroräumen ein. Als Vergütung hatte die Bekl. einen nach der Friedensmiete berechneten Zins für die Benutzung der Räume und eine Abgabe von jeder verkauften Flasche zu bezahlen; die Berechnung dieser Abgabe ist im Vertrage näher geregelt. Die Zahlungen sollten nachträglich am 1. Juli und 31. Dez. jeden Jahres erfolgen, und die Bekl. sollte spätestens zum 15. Febr. des folgenden Jahres eine Aufstellung über die im laufenden Kalenderjahr verkauften Flaschen bringen. § 9 des Vertrages lautet:

„Es liegt im Interesse der Verpächterin und mindestens ebenso sehr im Interesse der Pächterin, auf die höchstmögliche Steigerung des Verkaufes energisch hinzuwirken. Sollte aber trotzdem der Absatz an verkauften und zu bezahlenden Flaschen so gering sein, daß der Betrag von 3000 G.M. an Flaschengeld nicht erreicht wird, die L. brunnen-Gesellschaft also an Flaschengeld nicht mindestens 3000 G.M. zu zahlen hat, so steht sowohl der Stadt S. als auch der L. brunnen-Gesellschaft das Recht zu, am 1. April des folgenden Jahres mit neun Monaten Frist zum 31. Dez. zu kündigen. Die Kündigung ist ausgeschlossen, solange die L. brunnen-Gesellschaft jährlich mindestens 3000 G.M. zahlt.“

Für das Jahr 1932 hat die Bekl. nur ein Flaschengeld von 2962,65 R.M. entsprechend ihrem Absatz bezahlt. Der Vertrag ist jedoch fortgesetzt worden, ohne daß eine der Parteien die Kündigungsmöglichkeit erwähnt hätte. Die von der Bekl. am 13. Febr. 1934 mitgeteilte Abrechnung für 1933 ergab ein Flaschengeld von nur 2752,26 R.M. Zugleich mit der Abrechnung erklärte die Bekl. der Kl. schriftlich, sie nehme ihr Einverständnis damit an, daß Flaschengeld und Miete ratenweise bezahlt würden. Die Kl., die zunächst nicht darauf geantwortet hatte, mahnte am 15. März 1934 wegen des ganzen Betrages und erhielt ihn darauf.

Im März 1934 fragte die Bekl. bei der Kl. an, ob sie bereit sei, für eine gemeinschaftliche Arztwerbung die Kosten für 42 000 Sonderdrucke durch die Kurverwaltung zu übernehmen. Die Kurverwaltung antwortete durch ein nicht mit Tagesangabe versehenes Schreiben, sie müsse die Anfrage verneinen, da sie

selbst zur Arztwerbung schon 20 000 Sonderdrucke bestellt habe. Es heißt dann wörtlich:

„Eine besondere und intensive Arztwerbung ist von der Kurverwaltung für das Frühjahr 1935 geplant. In diesem Jahre sollen die Ärzte im Wege der Insertion in den Ärzteblättern auf Bad S. aufmerksam gemacht werden. Wir möchten Ihnen daher den Vorschlag machen, im nächsten Frühjahr (1935) die besondere Arztwerbung vielleicht gemeinsam mit uns durchzuführen. ... Entsprechend der mündlichen Vereinbarung mit ihrem Büro bestellten wir beim Verlag für die L. brunnen-Gesellschaft zunächst 20 000 Sonderdrucke des vorerwähnten Auflasses für Sie mit. Gleichzeitig haben wir bei dem Verlag angefragt, ob der Satz in Anbetracht der hohen Anforderungen von Sonderdrucken vielleicht bis zum Herbst stehen bleiben kann, damit Sie und wir notfalls im Herbst noch weitere Exemplare bestellen können.“

Am 31. März 1934 ließ die Kl. durch einen Boten der Bekl. in ihrem Büro kurz vor 12 Uhr ein Schreiben vom 29. März 1934 aushändigen, durch das sie das Vertragsverhältnis unter Berufung auf § 9 des Vertrages zum 31. Dez. 1934 kündigte. Die Bekl. überwies am 4. April auf das Postcheckkonto der Kl. den an 3000 R.M. des Flaschengeldes fehlenden Betrag und schrieb ihr, daß damit der Kündigungsgrund entfalle. Die Kl. aber widersprach dieser Auffassung durch Brief vom 7. April 1934 und überwies den Betrag zurück. Die Bekl. hat ihn dann bei einer Bank zugunsten der Kl. eingezahlt, die Kl. aber die Annahme verweigert.

Mit der im September 1934 erhobenen Klage hat die Kl. beantragt, die Bekl. zu verurteilen, am 31. Dez. 1934 die ihr überlassenen Räumlichkeiten zu räumen und festzustellen, daß die Bekl. verpflichtet sei, der Kl. am 31. Dez. 1934 1. die näher bezeichneten Sachen und den am 31. Dez. 1934 normalerweise vorhandenen Lagerbestand an gefüllten Flaschen Zug um Zug gegen Zahlung des Tageswertes zum 31. Dez. 1934 zu überlassen; 2. alle in ihrem Besitze befindlichen, dem Verkehr mit Kunden dienenden oder ihn erleichternden Unterlagen zu übermitteln, alle wissenswerten Mitteilungen über den Absatz und Kundenkreis zu machen, insbes. ein Kundenverzeichnis zu übergeben, und zwar unentgeltlich.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. der Klage stattgegeben. RG. hat aufgehoben und zurückverwiesen.

Das BG. legt den Vertrag dahin aus, daß eine Kündigung aus seinem § 9 wirksam sei, wenn sie dem Vertragsgegner spätestens am 1. April zugehe und in diesem Zeitpunkt ihre Voraussetzungen vorlägen, also das Flaschengeld für das Vorjahr buchmäßig unter 3000 R.M. geblieben sei und die Bekl. den Unterschiedsbetrag nicht inzwischen gezahlt habe. Die Zahlung des Unterschieds könne die Bekl. noch bis zum Ablauf des 31. März leisten und dadurch die Kündigung vermeiden oder eine schon erfolgte Kündigung unwirksam machen. Auch diese Auslegung unterliegt keinen rechtlichen Bedenken.

Da die Bekl. den Unterschiedsbetrag erst am 4. April 1934 auf das Postcheckkonto der Kl. überwiesen hat, wo er frühestens am folgenden Tage der Empfängerin gutgeschrieben werden konnte, versagt das BG. dieser Überweisung jeden Einfluß auf die vorher schon erfolgte Kündigung und erachtet deshalb den Vertrag als beendet. Dieses Ergebnis sei auch nicht unbillig. Die Bekl. habe genügend Zeit gehabt, den Unterschied zu bezahlen. Sie habe vertragsgemäß schon am 13. Febr. 1934 das Flaschengeld mit der Kl. abgerechnet und um Bewilligung von Teilzahlungen gebeten. Eine Antwort habe sie nicht erhalten, wohl aber am 15. März eine Annahmehaltung der Kurverwaltung der Kl. wegen der errechneten Beträge. Daraufhin habe die Bekl. das Flaschengeld ohne den Unterschiedsbetrag bezahlt und so das Wagnis übernommen, daß die Kl. nach § 9 des Vertrages kündige, ohne daß sie die Wirkung der Kündigung durch Nachzahlung abwenden könne. Wohl habe die Kl. keinen Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages gehabt. Daraus folge aber nicht, daß die Bekl. ihre Zahlung nicht habe erwägen müssen, bevor die Kl. von der Kündigungsabsicht Mitteilung gemacht habe. § 9 des Vertrages gebe der Bekl. ein Gestaltungsrecht, die Kündigung der Kl. auszuschließen oder die erfolgte Erklärung

unwirksam zu machen, wenn rechtzeitig 3000 *R.M.* von ihr gezahlt würden. Nach Treu und Glauben könne der Kl. nicht zugemutet werden, die Bekl. auf dieses Auffüllungsrecht noch besonders hinzuweisen, ihr etwa die Kündigung anzudrohen oder sie zu der nicht geschuldeten Zahlung des Unterschiedsbetrages aufzufordern. Es sei das gute Recht der Kl., zu vermeiden, daß die Kündigung so rechtzeitig abgesandt werde, um der Bekl. noch Gelegenheit zur Zahlung des Unterschieds vor Ablauf des 31. März 1934 zu lassen. Man dürfe nicht außer acht lassen, daß die Kündigungsbefugnis aus § 9 die einzige Möglichkeit für die Kl. sei, von dem an sich auf 30 oder gar 50 Jahre laufenden Verträge loszukommen. Die anderen im Verträge vorgesehenen Kündigungsgründe lägen praktisch in weiter Ferne.

Diese Darlegungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Sie werden dem Wesen des Rechtsverhältnisses der Parteien nicht gerecht, verkennen insbes. den Zweck des § 9, und stehen auch nicht in Einklang mit den Erfordernissen von Treu und Glauben im Verkehr.

Ein Pachtverhältnis, insbes. ein so langfristiges, wie es die Parteien abgeschlossen haben, begründet zwischen ihnen ein Treueverhältnis. Aus diesem Treueverhältnis folgt, daß jeder Vertragsteil redlich dazu beitragen muß, den Vertrag, so wie er abgeschlossen ist, durchzuführen. Gewiß ist die Durchführung eines solchen Vertrages für die Beteiligten ein Teil ihrer wirtschaftlichen Betätigung, und diese Betätigung wird wesentlich durch ihre eigenen wirtschaftlichen Belange bestimmt, die wiederum mit denjenigen des anderen Vertragsteils in Widerspruch treten können. In der Verfolgung solcher widersprechenden eigenen Belange ist der einzelne Vertragsteil nicht völlig frei; er ist vielmehr durch das bestehende Treueverhältnis gebunden und muß bei der Durchführung seiner eigenen Absichten auf die Belange des anderen diejenige Rücksicht nehmen, die eine billige und redliche Durchführung des bestehenden Vertrages erfordert. Es ist deshalb abwegig, wenn das BG. das von ihm gefundene Ergebnis damit rechtfertigen zu können glaubt, die Kündigung aus § 9 des Vertrages sei die einzige Möglichkeit für die Kl., aus dem langjährigen Verträge loszukommen. Die Absicht, sich von dem vom Verträge zu lösen, ist, wenn sie bei der Kl. wirklich bestanden haben sollte, kein an sich schutzwürdiges Interesse in dem Sinne, daß die Möglichkeit, diese Absicht zu verwirklichen, die Vertragsauslegung irgendwie beeinflussen dürfte, denn sie steht mit der Pflicht zur treuen Durchführung des Vertrages in Widerspruch. Nur wenn und soweit die Kl. nach dem Inhalt des Vertrages ohnehin befugt war, ihn vorzeitig zu beenden, war ihr diese Befugnis zugestehen, und zwar dann ohne Rücksicht auf den Beweggrund ihres Vorgehens. Nicht aber durfte der Beweggrund für die Prüfung der vertraglichen Berechtigung in irgendeiner Form eine Bedeutung haben. Es war deshalb für die Auslegung des § 9 des Vertrages ohne jeden Belang, ob der Vertrag noch andere Best. enthält, die mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit der Kl. in Zukunft Gelegenheit zu einer vorzeitigen Kündigung geben können. Vielmehr war bei der Auslegung zu beachten, daß die Vertragsparteien, als sie den Vertrag auf 30 Jahre abschlossen und sogar seine Verlängerung auf weitere 20 Jahre ins Auge faßten, schwerlich beabsichtigt haben können, dem § 9, der die Kündigung allein von der Höhe des Flaschengeldes abhängig macht, in Wirklichkeit einen Sinn zu geben, der einem Vertragsteil die Lösung des Vertrages aus ganz anderen Gründen vorzeitig ermöglicht. Im Gegenteil spricht alles dafür, daß die Parteien damals beide in gleicher Weise auf die vollständige Durchführung des Vertrages Wert legten.

Der Wortlaut des § 9 des Vertrages zeigt klar, daß das in dieser Best. vorgesehene Kündigungsrecht nur für den Fall gelten sollte, daß die wirtschaftlichen Vorteile, die sich die Beteiligten beim Vertragschluß von dem Rechtsverhältnis versprochen, nicht eintraten. Das wird besonders deutlich durch die Eingangsworte, die hervorheben, daß beide Teile, die Verpächterin und mindestens ebensosehr die Pächterin an einer möglichst hohen Steigerung des Verkaufes interessiert seien. Gelang es nicht, den Verkauf dauernd auf der Höhe zu halten, die eine Flaschengeldabgabe von jährlich 3000 *R.M.* veranlaßte, so sollte auch für beide Teile gleichermaßen die Kündigung zugelassen sein. Der

Grund für die Zulassung dieser Kündigung ist offensichtlich, daß bei geringerem Flaschengeld weder die Kl. noch die Bekl. das wirtschaftliche Ergebnis des Vertrages für hinreichend hielt, um sich bedingungslos an die Vertragsdauer zu binden. Dabei ist der Bekl. insofern eine weitere Freiheit der Entschließung verblieben, als sie, sofern sie trotz des geringeren Verkaufes am Verträge festhalten wollte, das Kündigungsrecht der Kl. stets beseitigen konnte, indem sie statt des niedriger zu berechnenden Flaschengeldes 3000 *R.M.* jährlich zahlte. Daraus ergibt sich andererseits, daß die Kl. an dem Vertrag ohne Rücksicht auf die Höhe des Verkaufes gebunden sein sollte und wollte, sofern sie nur neben dem Entgelt für die Räume, das hier keine Rolle spielt, einen Jahresgewinn von 3000 *R.M.* bezog.

Von diesem rechtlichen und wirtschaftlichen Inhalt des § 9 des Vertrages ist auszugehen, wenn die Frage untersucht wird, ob die am 4. April 1934 erfolgte Nachzahlung des Unterschiedsbetrages die Wirkung der Kündigung vom 1. April 1934 beseitigt hat. Diese Frage muß dann bejaht werden.

Nicht zu beanstanden ist die Auffassung des BG., daß die Bekl. nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt war, den Unterschiedsbetrag zu zahlen, daß die Kl. ihre Kündigung noch am 1. April 1934 vornehmen konnte und nach dem Verträge zu einer vorherigen Ankündigung nicht verpflichtet war. Aus alledem folgt aber noch nicht, daß die unverzüglich geschehene Nachzahlung des Unterschiedsbetrages die Wirkung der Kündigung unberührt ließ.

Erhielt die Kl. für die versandte Flaschenmenge 3000 *R.M.* auch für das Jahr 1934, so war ihr der vertraglich vorgesehene Mindestbetrag zugeflossen und der wirtschaftliche Grund, der zur Kündigungsbestimmung des § 9 geführt hatte, für dieses Jahr weggefallen. Daß die Bekl. die Unterschiedszahlung bis zum 31. März 1934 vornehmen konnte, hat das BG. selbst angenommen und konnte nach dem Verträge auch keinem begründeten Zweifel unterliegen. Eine bis zu diesem Tage auf 3000 *R.M.* aufgefüllte Leistung würde der Kl. also unbedingt das Kündigungsrecht entzogen haben. Daß sie die Restzahlung erst einige Tage später, nämlich infolge einer Überweisung vom 4. am 5. April 1934, erhielt, ist wirtschaftlich so bedeutungslos, daß die Wirkung der von ihr in letzter Stunde erklärten Kündigung nur bestehen bleiben dürfte, wenn zwingende Gründe dafür sprächen. Das ist aber nicht der Fall.

Die Vertragsbestimmung selbst ergibt solche Gründe nicht. Nach ihr ist die Kündigung ausgeschlossen, solange die Bekl. jährlich mindestens 3000 *G.M.* bezahlt. Dieser Satz enthält nichts darüber, wann spätestens diese Zahlung bewirkt sein muß. Er steht sogar hinter dem Satze, der die Voraussetzungen für die Kündigung der Kl. regelt, ein Umstand, der darauf hinweist, daß die Zahlung sogar noch nach der Bornahme der Kündigung wirksam geschehen kann. Das nimmt auch das BG. an, nur beschränkt es die Wirkung einer nach der Kündigung erfolgten Zahlung auf den Fall, daß die Zahlung spätestens am 31. März erfolgt. Wirtschaftliche Gründe sind, wie schon ausgeführt ist, für diese Beschränkung nicht gegeben. Andere Belange der Kl. dürfen aber um so weniger herangezogen werden, als § 9 des Vertrages allein aus Rücksichten auf ganz bestimmte wirtschaftliche Belange, nämlich auf den für die Kl. vorgesehenen Mindestvertrag, geschaffen ist. Auch bei der Anwendung des Kündigungsrechts aus § 9 mußte die Kl. und muß das Gericht die Grenzen einhalten, die der Kl. durch die Treuepflicht als Vertragspartnerin gezogen sind.

Gerade bei Miete und Pacht ist schon in §§ 581, 554 BGB. zum Ausdruck gekommen, daß das Kündigungsrecht, das dem Vermieter oder Verpächter aus dem Ausbleiben einer Zahlung erwachsen ist, ihm nicht unbedingt erhalten bleiben soll und nicht von ihm aus anderen Beweggründen doch ausgeübt werden darf, obwohl die Zahlung nachträglich erfolgt ist. Nach § 554 Abs. 1 BGB. ist die Kündigung vielmehr ausgeschlossen, wenn der Mieter oder Pächter den anderen Teil befriedigt hat, bevor sie erfolgt. Gewiß trifft diese Vorschr. auf den vorl. Fall nicht unmittelbar zu, weil einmal hier schon gekündigt war, weil ferner keine Zahlungspflicht der Bekl. bestand und sie deshalb auch mit der Restzahlung nicht in Verzug sein konnte. Diese Unterschiede sind aber für den in § 554 BGB. zum Ausdruck gelangten

Rechtsgedanken nicht so wesentlich, daß er auf den Streitfall überhaupt keine Anwendung finden könnte.

Zunächst hat der rechtliche Gedanke des § 554 BGB. schon in § 3 Abs. 3 MietSchG. einen stärkeren Ausdruck gefunden, indem die nachträgliche Befriedigung des Vermieters, wenn sie bis zum Ablauf von zwei Wochen seit Erhebung der Mietaufhebungsklage erfolgt, die Aufhebung des Mietverhältnisses unzulässig macht. Dabei bedarf es keiner Entsch., ob die Aufhebungsklage selbst schon die Aufhebung bewirkt, also in der Rechtsfolge einer Kündigung gleichzusetzen ist, oder ob die Aufhebung des Mietverhältnisses erst durch das dann rechtsgehaltende Aufhebungsurteil erfolgt. Diese Frage kann offen bleiben, denn die innerhalb von zwei Wochen erfolgende Zahlung nimmt auch einer nach § 1 Abs. 1 MietSchG. erfolgten Kündigung des Vermieters die Wirkung, wie die dortige Bezugnahme auf § 3 erweist.

Daß aber die Bekl. durch Zahlung des Restbetrages keine Schuld tilgte, sondern, wie das BG. zutreffend hervorhebt, ein ihr vertraglich eingeräumtes Gestaltungsrecht ausübte, ist auch kein wesentlicher Unterschied. Hier kann auf § 359 BGB. verwiesen werden, der das vertragliche Recht zum Rücktritt gegen Zahlung eines Neugeldes behandelt. Erklärt der Rücktrittsrechtigte den Rücktritt, ohne daß das Neugeld spätestens zu dieser Zeit gezahlt wird, so kann der andere Teil die Rücktrittserklärung deshalb zurückweisen. Sie ist aber trotzdem wirksam, wenn das Neugeld unverzüglich nachgezahlt wird. Es wird also die zunächst unzulängliche Ausübung des Gestaltungsrechts durch die nachträgliche Zahlung noch wirksam. Auch hier kommt deutlich zum Ausdruck, daß bei der Durchführung von Verträgen, insbes. bei der Ausübung vertraglicher Rechte, nicht schlechthin ein einmal entstandenes oder sogar schon ausgeübtes Recht zur Loslösung von der Vertragspflicht rechtlich bestehen bleibt und in seiner Wirkung unverändert ist, obwohl die vertraglich vorgesehenen und geschützten wirtschaftlichen Belange ganz oder so gut wie ganz gewahrt sind.

Da keinerlei Anhalt dafür gegeben ist, daß nach dem maßgeblichen Willen der Parteien, wie er Vertragsinhalt geworden ist, dieser Grundsatz unter den gegenwärtigen Parteien nicht gelten sollte, hat die Kündigung der Kl. ihre Wirkung verloren, da die Bekl. die Restsumme unverzüglich nach Empfang der Kündigung bezahlt hat. Daß die Kl. die Annahme des Geldes zu Unrecht abgelehnt hat, ändert daran nichts.

Diese Bedeutung muß der Nachzahlung für das Rechtsverhältnis jedenfalls unter den besonderen Umständen des Falles eingeräumt werden, wie sie gerade für den Kündigungstermin bestanden. Die Kl. hatte im Vorjahr nicht gekündigt, obwohl auch damals das Flaschengeld um 37,35 RM hinter dem Mindestbetrag zurückgeblieben und der Unterschied nicht von der Bekl. bezahlt war. Daraus allein mag allerdings der Schluß der Bekl., die Kl. würde auch 1934 ohne Nachzahlung des diesmal auf 247,74 RM angestiegenen Fehlbetrages nicht kündigen, nicht gerechtfertigt werden können. Doch es kommt ein weiterer, sehr wesentlicher Umstand hinzu: Das ist der Brief der Kurverwaltung an die Bekl. ohne Tagesangabe, der nach der Feststellung des BG. vor Mitte März 1934 von dem Kurdirektor im Rahmen seiner Befugnisse geschrieben worden ist. Dieser Brief war die Antwort auf eine Anfrage der Bekl., ob beide Parteien nicht gemeinsam eine umfassende Arzterwerbung veranstalten und von einem näher bezeichneten Aufsatz eine größere Zahl Sonderdrucke anfertigen lassen wollten. In ihm lehnt die Kurverwaltung dieses Angebot ab, weil sie selbst schon zu einer solchen Werbung eine Bestellung gemacht habe. Zugleich aber regt sie in dem Briefe eine gemeinsame Werbung für das Frühjahr 1935 an und stellt dazu in Aussicht, daß sie selbst noch weiteres geeignetes Werbematerial bis zu dieser Zeit beschaffen werde. Endlich teilt sie mit, daß sie nach mündlicher Vereinbarung mit dem Büro der Bekl. für diese zunächst 20 000 Sonderdrucke des Aufsatzes bestellt und beim Verlage das Stehenbleiben des Satzes angeregt habe, damit sie und die Bekl. notfalls im Herbst noch weitere Sonderdrucke bestellen könnten.

Schon durch die Anfrage der Bekl. wegen der Sonderwerbung war ganz unmißverständlich zum Ausdruck gekommen, daß die Bekl. mit Sicherheit auf das Weiterbestehen des Rechtsver-

hältnisses rechnete, eine Kündigung der Kl. wegen des zu geringen Flaschengeldes nicht erwartete, also auch nicht die Zahlung des Unterschiedsbetrages für notwendig hielt. In dieser Beurteilung der Lage wurde sie durch den Brief der Kurverwaltung nur bestärkt. Der Vorschlag einer späteren gemeinsamen Werbung, die ausweislich des Briefes für Februar 1935 geplant war, hatte überhaupt nur einen Sinn, wenn auch die Kl. keine Kündigung beabsichtigte. Dasselbe gilt für das Stehenbleiben des Satzes, das der Brief für erwünscht hält, damit auch die Bekl. im Herbst 1934 noch Sonderdrucke bestellen könnte. Endlich konnte die Bekl. auch schwerlich diejenigen 20 000 Sonderdrucke im Falle einer Kündigung gebrauchen, die die Kurverwaltung nach ihrer Mitteilung auf Wunsch der Bekl. für diese bestellt hatte. Der gesamte Inhalt des Briefes konnte also von der Bekl. wie von jedem Dritten nur dahin verstanden werden, daß die Fortführung des Vertragsverhältnisses außer Zweifel stand, eine Kündigung also nicht beabsichtigt war. Dem kann auch nicht entgegengesetzt werden, die Bekl. habe damals noch Frist gehabt, um den Unterschiedsbetrag nachzuzahlen und so die Kündigungsbesugnis auszuschließen. Daß der Brief nur für diesen Fall der Nachzahlung gemeint war, kommt in ihm nicht zum Ausdruck, war auch nicht anzunehmen, denn ein solcher Gedanke war schon durch die Fortführung des Vertrages ohne Nachzahlung im Vorjahre fern gerückt.

Hiernach war die Bekl. durch den erwähnten Brief zu der Auffassung gedrängt oder mindestens in ihr bestärkt worden, daß die Kl. trotz der unter 3000 RM geliebten Flaschengeldzahlung den seit langen Jahren durchgeführten und noch für viele Jahre geltenden Vertrag nicht kündigen wolle. Dieser durch ihr eigenes Verhalten gestützten Auffassung mußte die Kl. bei ihrer Rechtsausübung Rechnung tragen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Organe, die später die Kündigung veranlaßten und aussprachen, von dem Briefe der Kurverwaltung Kenntnis hatten. Der Brief war von einer dafür zuständigen Stelle im Rahmen ihrer Befugnisse geschrieben worden, war also eine Erklärung der Kl. Diese muß ihre Erklärungen, auch wenn sie von verschiedenen Stellen ausgehen, in der Gesamtheit gegen sich gelten lassen, ohne daß sie sich auf Unzulänglichkeiten ihrer inneren Verwaltung berufen darf. Erst recht ist es gegenüber der für die Bekl. und jeden außerhalb stehenden Dritten völlig klaren Bedeutung des Briefes belanglos, wenn der Schreiber ihm in seinem nicht erklärten Willen diese Bedeutung nicht geben wollte, weil er insgeheim beabsichtigte, die Bekl. nur hinzuhalten, um inzwischen die Kl. zur Kündigung bestimmen zu können, und wenn der Bürgermeister die Kündigung auf den letzten Tag verschob, um der Bekl. die Möglichkeit zu nehmen, den Vertragsbestand durch Nachzahlung des Unterschiedsbetrages zu retten.

Die späte Abgabe der Kündigungserklärung für sich allein mag eine noch zulässige Rechtsausübung sein; im Zusammenhang mit dem Briefe der Kurverwaltung wird sie unzulässig. Nachdem die Bekl. aus jenem Briefe hatte annehmen müssen, daß ihre Annahme, die Kündigung werde trotz Fehlens der Unterschiedszahlung unterbleiben, sich mit der Einstellung der Kl. deckte, war die Ausübung des formal der Kl. zustehenden Kündigungsrechts in einer Weise, die die Bekl. an der rechtzeitigen Nachzahlung und Abwehr der Kündigungsfolge hinderte und hindern sollte, mit den Anforderungen von Treu und Glauben unvereinbar. Sie verletzte die durch den Vertrag begründete Treupflicht und den in § 242 BGB. ausgedrückten Grundsatz, daß die Rechtsausübung bei der Durchführung eines Vertrages, insbes. eines so langfristigen, nach Recht und Billigkeit auf die Belange des Vertragsgegners Rücksicht nehmen muß, andernfalls unzulässig ist. Dabei handelt es sich nicht um eine Einrede der Arglist, kommt es also nicht darauf an, ob auf Seiten der Kl. ein Verschulden festgestellt werden kann. Deshalb bedarf es keines Eingehens auf diejenigen Ausführungen, mit denen das BG. Arglist und Verschulden verneinen zu können glaubt, wie es also auch unerörtert bleiben kann, ob die Bev. diese Darlegungen mit Erfolg angreift.

Die Rechtsausübung der Kl. war insoweit unzulässig, als sie der Bekl. die Erhaltung des Vertrages durch Nachzahlung abschneiden sollte. Deshalb mußte der Bekl. Gelegenheit gegeben

sein, ihr Gestaltungsrecht durch Nachzahlung noch auszuüben, wobei Treu und Glauben von ihr wiederum die unverzügliche Nachzahlung erforderten. Diese hat sie geleistet; deshalb hat die Kündigung aus § 9 des Vertrages ihre Wirkung verloren.

(U. v. 10. Febr. 1936, 4. Sen.; IV 244/35. — Raffel.) [L.]
(= RGZ. 150, 232.)

Anmerkung: Der ausgezeichnet begründeten und sehr bedeutsamen Entsch. ist zuzustimmen.

I. Die Parteien hatten einen Vertrag abgeschlossen, der für 30 Jahre, vielleicht sogar für 50 Jahre Bestand haben sollte.

Beide Parteien sollten aber ein Kündigungsrecht erhalten, wenn nicht ein gewisser wirtschaftlicher Erfolg erzielt wurde: auch die Kl. sollte daher die Möglichkeit haben, den Vertrag zu kündigen, wenn nicht jährlich ein Flaschengeld von 3000 *RM* erreicht wurde. Daß für 1932 an diesem Betrage ein Betrag von 37 *RM* fehlte, hatten die Parteien hingenommen: weder hatte die Bekl. diesen Betrag gezahlt noch hatte eine Partei daraus den Anlaß einer Kündigung genommen.

Für 1933 ergab die Abrechnung einen um 250 *RM* hinter der Mindestsumme zurückbleibenden Betrag; dieser Betrag wurde auf Mahnung bezahlt.

Die Bekl. erhielt dann noch nach dieser Zahlung auf die Anfrage wegen einer gemeinschaftlichen Arztwerbung bei der Kl. Antwort von der Kurverwaltung mit Vorschlägen über gemeinsame längere Werbung für das Bad und den Brunnen.

Der dann erfolgenden überraschenden Kündigung vom 31. März 1934 (Osterjamstag 12 Uhr!) versagt das RG. mit Recht die Wirkung.

1. Mit Recht geht das RG. davon aus, daß ein Pachtverhältnis schon als solches, insbes. aber ein langfristiges zwischen den Parteien ein Treuverhältnis begründe.

Das entspricht durchaus dem Rechtsempfinden und den praktischen Bedürfnissen.

Jedermann hat in seiner Schrift „Die Flucht in die Generalklauseln“, Tübingen 1933, sehr anschaulich den Siegeszug dieser Generalklausel, der allgemeinen Rechtspflichten nach Treu und Glauben dargestellt (vgl. S. 7 ff. a. a. O.). In Verbindung mit der starken Betonung der Notwendigkeit einheitlichen Denkens, auch auf dem Gebiete des Rechts hat die Unterstellung aller Rechtsverhältnisse des „öffentlichen“ und des „Privaten“ Rechts unter dem Grundsatz von Treu und Glauben gerade in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Vgl. die Nachweisungen u. a. bei Denkendorf: *JW.* 1933, 2870 und die Hinweise auf die *KPr.* des RG., des *RfS.* und des *PrDVB.* in meiner Anmerkung *JW.* 1933, 2849¹; grundsätzlich auch Lange: *JW.* 1933, 2858.

2. Es entspricht völlig dem Rechtsempfinden wie übrigens auch der *KPr.*, daß „dieses bestehende Treuverhältnis eine Partei nötigt, bei der Durchföhrung ihrer eigenen Absichten auf die Belange des Anderen diejenigen Rücksichten zu nehmen, die eine billige und redliche Durchführung des bestehenden Vertrags erfordert“.

Denn Verträge werden geschlossen, damit sie durchgeführt werden, nicht damit eine Partei eine Masche findet, durch die sie einem ihr plötzlich nicht mehr vorteilhaft genug erscheinenden Vertrag für die Zukunft entgehen kann.

Mit Rücksicht auf diese Beurteilung hat das RG. in vielen Fällen die Ausübung bestimmter vertraglicher Rechte je nach den Umständen mißbilligt.

So hat der 8. ZivSen. im Ur. v. 28. Nov. 1932 (*RGZ.* 138, 359 = *JW.* 1933, 1951⁸ mit Anm. *Rifk* entschieden, daß es „eine positive Vertragsverletzung darstelle, wenn der Vermieter eine Vertragsbestimmung, die seine Zustimmung zur Untervermietung erfordere, planmäßig zur Verfassung der Zustimmung ausnütze mit dem Ziel, den Pächter zur Aufgabe der Pacht zu bringen“.

Der 2. ZivSen. hat zu § 17 *RD.* ausgesprochen, daß trotz des Gesetzwortlauts, der dem Konkursverwalter bei Ausübung des Wahlrechts nach § 17 *RD.* freie Hand lasse, „als oberstes

Gesetz anerkannt werden müsse, daß die (im betreffenden Falle gewählte) Erfüllungsablehnung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen dürfe“. In den weiteren Erwägungen ist dort zutreffend ausgeführt, daß gerade der Grundgedanke von Treu und Glauben auch der Bestimmung des § 17 *RD.* zugrunde liege (*RGZ.* 140, 156 = *JW.* 1933, 2213⁸). Der allgemeinen Bedeutung der Entsch. hat übrigens die Anm. Schulz: *JW.* 1933, 2455 nicht Rechnung getragen.

3. Zutreffend ist auch, wenn das RG. weiter darlegt, daß die Absicht der Kl., sich von dem Vertrage zu befreien, kein an sich schutzwürdiges Interesse sei, und zwar schon deshalb nicht, weil es mit der Pflicht zur treuen Durchführung des Vertrags in Widerspruch stehe. Es bedarf keiner Erörterung, daß die Kl. eine solche Auslegung der in Frage stehenden Vertragsbestimmung, daß nämlich nur ihr Interesse an der Erzielung eines bestimmten jährlichen Flaschengeldes sie zur Aufhebung des Vertrags berechtigen sollte, gegen sich gelten lassen muß und daß diese Auslegung der Beurteilung zugrunde zu legen ist: wenn die Kl. bei Vertragschluß etwa sich gedacht hätte, daß ihre diese Bestimmung auch die Möglichkeit geben würde, aus anderem Grunde vom Vertrage los zu kommen, so wäre das unbeachtlich, da nach dem ganzen Vertragszusammenhang vernünftige Leute diese Auffassung nicht hätten erkennen können (vgl. *RG.*: *JW.* 1928, 166 und *RGZ.* 110, 387).

II. Die Abwägung der berechtigten Belange der Bekl. ist den Verhältnissen des Einzelfalles angepaßt und zutreffend. Jedermann hat S. 52 ff. seiner Schrift, die den bezeichnenden Untertitel trägt „Eine Gefahr für Recht und Staat“, auf die Leistungen und die Gefahren der Generalklausel hingewiesen. Gerade die Verweirlichung, Unsicherheit und Willkür (S. 66 ff.) müssen durch sorgfältige Ermittlung und Wertung des Tatbestandes vermieden werden.

1. Schon in einem früheren Urteil hatte der gleiche Senat ausgesprochen (*JW.* 1935, 2883⁸), daß ein Mieter, der mit Erfolg wegen Wucher die Miete gemindert hatte und der für die Mehrforderung ein rechtskräftiges klageabweisendes Urteil erstritten hatte, unabhängig von der Frage der Verjährung den Anspruch auf Rückzahlung verwerke, wenn er so lange mit der Geldentmachtung warte, daß der Vermieter nicht mehr damit zu rechnen brauche. Es könne dem Vermieter nicht zugemutet werden, wenn er sich auf die vom anderen Teil eingegangene Haltung längere Zeit in bestimmter Weise geschäftlich eingerichtet habe, nachträglich und unvermutet in seinen Berechnungen gestört zu werden. Zutreffend hat Roquette in der Anm. darauf hingewiesen, daß damit die Beschränkung der Verwirkung auf das Gebiet der Aufwertung, des gewerblichen Rechtsschutzes und des Arbeitsrechts, die der 7. Sen. durch Urteil *RGZ.* 144, 22 = *JW.* 1934, 1849 versucht hatte, wieder verlassen sei. Wenn Roquette dort das glückliche Bild wählt, daß die Verwaltung eines Miethauses einem lebendigen Organismus gleichzusetzen sei, bei der erst die Rückzicht des einen Teiles auf den anderen das notwendige reibungslose Arbeiten ermögliche, so ist dem ebenso zuzustimmen wie seiner Auffassung der besonderen Beeinflussung des Mietrechts durch die neuen zur Volksgemeinschaft ausgerichteten Rechtsgedanken (*JW.* 1935, 1670).

2. Diese grundsätzliche Betrachtungsweise läßt dem RG. auch zutreffend bedeutungslos erscheinen, daß das Gesetz seinem Wortlaut nach nur die Kündigung ausschließt, die vor der Zahlung erfolgt. Zutreffend ist hier der gleiche Gesichtspunkt wie bei Roquette verwandt, daß die rechtliche Entwicklung über die Auffassung zur Zeit der Verkündung des *BGB.* hinausgegangen ist, daß § 3 Abs. 3 *MietSchG.* die Aufhebung des Mietverhältnisses ausschließt, wenn die Zahlung zwei Wochen nach Erhebung der Aufhebungsklage erfolge, und der Kündigung des Mieters die Wirkung nehme. Es ist von wesentlicher Bedeutung, daß hier nicht die Auslegung gewählt wird, daß das Gesetz nur bei Zahlung vor Kündigung deren Zulässigkeit ausschließt, sondern der Weg, daß Zweck der Vorschrift die Wahrung der schutzwürdigen Interessen des Vermieters ist und daß daher, wenn diese Wahrung ohne Zusammen-

treffen aller Voraussetzung der Bestimmung des § 554 BGB. erfolgt sei, die Kündigung ebenfalls ausgeschlossen sein müsse.

3. Es ist auch richtig, wenn das RG. der einmaligen Nichtanforderung des Betrags von etwa 37 RM keine wesentliche Bedeutung beimißt. Würde man schon deshalb die Berufung auf die Unzulässigkeit der Kündigung zulassen, so würde damit in anders liegenden Fällen ein Zwang zum „Pfennigsuchen“, zur Beachtung auch geringwertiger Interessen gefordert, das sich auf den Rechtsfrieden nur nachteilig auswirken könnte. Hier würde gerade die Unsicherheit gefördert, die bei leicht-herziger Anwendung erweiternder Auslegung der Gesetze drohen kann.

4. Das RG. legt auf den Briefwechsel mit der Kurverwaltung entscheidendes Gewicht. Dieser Briefwechsel lag nach der Abrechnung, wurde also zu einer Zeit geführt, als der Kl. bekannt war, daß sie einen Anspruch auf einen Betrag von 3000 RM nicht haben würde. Ob dieser Betrag durch Zahlung der Bess. aufgefüllt werden würde, stand noch durchaus dahin. Wenn dann noch der Gedanke einer Werbung, die ja nur Sinn für die gemeinsame Arbeit der folgenden Jahre haben konnte, von der Kl. nicht etwa abgelehnt, sondern aufgegriffen und Einzelheiten der Durchführung der Bess. vorgeschlagen wurden, so konnte die Bess. mit Fug annehmen, daß der Kl. die Fortsetzung der Gemeinschaftsarbeit und die Förderung der gemeinsamen vertraglichen Zwecke wichtiger war als die Auffüllung des Flaschengeldes um den Betrag von 250 RM.

Das RG. läßt es offen, ob die späte Abgabe der Kündigungserklärung für sich allein noch eine zulässige Rechtsausübung darstelle (auch hier wieder die erfreuliche Vorsicht!); in Verbindung mit diesem Brief der Kurverwaltung werde sie jedenfalls unzulässig. Dem wird man unter Berücksichtigung der oben erwähnten Gesichtspunkte nur zustimmen können.

5. Von grundsätzlicher Bedeutung ist endlich auch die Feststellung, daß es nicht darauf ankomme, daß für die Behandlung des Vertrags und die Frage der Kündigung und die für die Frage gemeinsamer Werbung verschiedene Stellen zuständig seien. Eine öffentliche Körperschaft muß „ihre Erklärungen, auch wenn sie von verschiedenen Stellen ausgehen, in ihrer Gesamtheit gegen sich gelten lassen, ohne daß sie sich auf Unzulänglichkeiten ihrer inneren Verwaltung berufen darf“.

Das ist ein erfreulicher und klarer Grundsatz, der geeignet ist, das Gefühl der Verantwortung auf der einen Seite, das Gefühl des Vertrauens auf der anderen zu begründen und lebendig zu erhalten, während die leider manchmal betätigte gegenteilige Auffassung, daß die eine Stelle nicht weiß, was die andere tut und auch keinerlei Verantwortung dafür empfindet, nur zur Verbitterung und zur Entstehung eines für das heutige Denken nichttragbaren Dualismus geführt hat.

Eine diesem Gedanken entsprechende Entsch. ist auch die über die Einheit der Verwaltung im Falle des Prozesses bei Schädigung durch Beamte verschiedener Verwaltungszweige und über die Einheitlichkeit einer Kostenentscheidung in derartigen Fällen RG.: DJ. 1935, 1703 = JW. 1935, 3369^a mit zustimmender Anm. Magte.

III. Die Bedeutung der Entsch. liegt gerade darin, daß sie den Rechtsgedanken des § 554 BGB. nicht daran scheitern läßt, daß im Einzelfalle die Kündigung bereits erfolgt war, als die Zahlung mit geringer, außerdem noch durch mehrere gesetzliche Feiertage bedingter Verzögerung erfolgte. Sie liegt weiter darin, daß sie für bestimmte Fälle vorgesehen Rechtsbehelfe nicht dazu benutzen läßt, um eine Lösung vom Vertrage aus Gründen herbeizuführen, die zur Vertragsauflösung nach dem Willen der Parteien bei Vertragschluß nicht ausreichend und auslösend sein sollten.

Die Entsch. ist daher in der weitherzigen Auslegung des Gesetzes ebenso zu begrüßen wie in der sorgfältigen Prüfung, ob der vorl. Fall die Anwendung des den angeführten Bestimmungen zugrunde liegenden Rechtsgedankens erfordert.

R. A. Carl, Düsseldorf.

*

4. § 254 BGB.; § 17 KraftfG. Die für eine Abwägung nach § 254 BGB. und nach § 17 KraftfG. erforderlichen Unterlagen können in der Regel erst dann als gegeben gelten, wenn auf jeder Seite Art und Umfang des Verschuldens, sowie seine ursächliche Bedeutung für den Schaden festgestellt worden sind (vgl. RGZ. 131, 125 m. Nachw. = JW. 1931, 856^a m. Anm.; RGZ. 139, 304 = JW. 1933, 1458^a m. Anm.). Eine allgemeine Rechtsregel, daß die Betriebsgefahr eines Krafttrades höher als die eines Kraftwagens sei, kann nicht anerkannt werden. Es bedarf in jedem einzelnen Falle der Prüfung und der Abwägung der Betriebsgefahr der an dem Unfälle beteiligten Kraftfahrzeuge.

(U. v. 2. April 1936; VI 451/35. — Celle.)

[Gn.]

**5. §§ 328, 330, 335, 399, 717 BGB.

I. Begriff des Vertrages zugunsten eines Dritten.

II. Der dem Versprechensempfänger nach § 335 BGB. zustehende Anspruch auf Leistung an den Dritten kann an den durch den Vertrag Begünstigten abgetreten werden.

Der i. J. 1923 verstorbene Bruder der Kl. und Vater der Bess. zu 1, der C. S., hat in seinem Testament als Erben seine Enkelin Barbara S., die einzige Tochter einer vorverstorbenen Tochter, sowie die Bess. zu 1 je zur Hälfte eingesetzt. Zugunsten der Kl. hat er in einem Nachtrag zu seinem Testament „als Anerkennung für die ihm seit langem geleisteten liebevollen Dienste“ folgendes verfügt:

„Ich bestimme weiter, um meiner Schwester Frau Bertha G. die Zukunft nach menschlichem Ermessen sicherzustellen und damit sie möglichst ein unabhängiges Dasein nach meinem Tode führen kann, daß sie vom Nettogewinn meiner Firma (das ist abzüglich 5% auf die Betriebskapitalien) 6%, geschrieben sechs Prozent, vom Tage meines Todes an und solange sie lebt, erhalten soll.“

Diese „Vergütung“ sollte, wie der Erblasser noch anordnete, auf Handlungsunkosten der Firma verbucht werden.

Am 21. Febr. 1924 schlossen die Erben und der Bess. zu 2 zur Fortführung des S.schen Geschäfts einen Gesellschaftsvertrag ab, der u. a. folgende Bestimmungen enthielt: „§ 14. Frau Bertha G. soll in Anerkennung der Dienste, die sie ihrem Bruder C. S. geleistet hat, ab 1. Jan. 1924 eine monatliche Rente von je 100 RM auf Geschäftskosten gezahlt erhalten. Diese Rente hat sie sich auf ihren Anteil am Reingewinn der Gesellschaft (vgl. § 16) anrechnen zu lassen.“

§ 15. Reicht der monatliche Geschäftsüberschuß zur regelmäßigen Zahlung ... der Rente (§ 14) einmal nicht aus, so haben sich ... Frau G. eine entsprechende Kürzung gefallen zu lassen. Die gekürzten Beträge sind aber bei günstigerem Geschäftsgang nachzuzahlen.“

In § 16 war dann noch bestimmt, daß von dem verbleibenden Reingewinn der Gesellschaft testamentarischer Bestimmung gemäß Frau G. 6% erhalten solle.

Die Kl. erhielt diese Rente, die die Gesellschafter auf Grund freiwilligen Entschlusses zeitweise auf 150 RM erhöhten, zunächst gezahlt. Seit Mai 1926 zahlten die Gesellschafter nichts mehr, weil sie das Geschäftsjahr 1925 mit Verlust abgeschlossen hätten, die Kl. aber lediglich am Gewinn beteiligt sei. Die Kl. erhob darauf gegen die Gesellschaft und die Eheleute L. (die jetzigen Bess.) Klage auf Zahlung der Rente. In diesem Rechtsstreit wurde am 16. März 1927 ein Vergleich abgeschlossen, der für die Zeit v. 1. Jan. 1927 ab bestimmte, daß die Kl. von der Firma C. S. monatlich 150 RM und, falls auf sie nach § 16 des Gesellschaftsvertrags ein Gewinnanteil von mehr als 1800 RM jährlich entfalle, den Mehrbetrag erhalten solle. Die Firma sollte berechtigt sein, die monatlichen Zahlungen zu sperren, wenn sie drei Jahre hintereinander mit Verlust arbeite oder wenn sich das Kapitalkonto der Bess. zu 1 infolge der Fortzahlung der laufenden Monatszahlungen auch in Verlustjahren um

mehr als 5000 RM verringert habe. Im Falle der Sperrung der monatlichen Zahlungen sollten den Parteien ihre Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag, der durch den Vergleich in seinen Grundrissen nicht berührt werden sollte, für die Zukunft vorbehalten bleiben.

Die Gesellschafterin Barbara S. kündigte den Gesellschaftsvertrag zum 1. Jan. 1929. Am 22. Dez. 1928 wurde zwischen den Gesellschaftern mit Genehmigung des VormGer. ein Auseinandersetzungsvertrag abgeschlossen, der über die an die Kl. zu zahlende Rente unter Ziff. IX folgendes bestimmte: „Barbara S. verpflichtet sich, aus ihrem Vermögen durch den Pfleger monatlich 75 RM an Frau G. auf deren Lebenszeit zu entrichten. Die gleiche Verpflichtung übernimmt in Erfüllung der testamentarischen Bestimmungen Frau E. L.“

Die Bekl. zu 1 zahlte darauf bis zum Febr. 1933 an die Kl. monatlich 75 RM, vom März 1933 ab im Einverständnis mit der Kl. nur noch monatlich 60 RM. Im Febr. 1934 erklärte sie, daß sie in Zukunft nur noch 30 RM monatlich zahlen wolle. Da die Kl. darauf nicht einging, hat sie seit dem 1. Febr. 1934 keine Zahlungen mehr geleistet.

Mit der vorl. Klage begehrt die Kl. die Verurteilung der Bekl. zu 1, ihr v. 1. Febr. 1934 ab eine monatliche Rente von 60 RM zu zahlen, sowie die Verurteilung des Bekl. zu 2, wegen dieses Anspruchs die Zwangsvollstreckung in das eingetragene Gut seiner Ehefrau zu dulden. Sie stützt ihren Anspruch auf den Auseinandersetzungsvertrag v. 22. Dez. 1928, der, soweit die Rente in Betracht komme, ein Leibrentenvertrag zu ihren Gunsten i. S. des § 330 BGB. sei und behauptet, daß sie sich vorsorglich den Anspruch der Barbara S. auf Zahlung der Rente habe abtreten lassen. Ziffweise stützt die Kl. ihren Anspruch noch auf den Gesellschaftsvertrag v. 21. Febr. 1924.

OG. und OVG. haben die Klage abgewiesen. RG. hob auf.

Das BG. ist der Ansicht, daß die Kl. aus dem Auseinandersetzungsvertrag v. 22. Dez. 1928 keine Ansprüche herleiten könne, denn dieser Vertrag sei kein Vertrag zugunsten der Kl. i. S. des § 328 Abs. 1 BGB., insbes. kein Leibrentenvertrag zu ihren Gunsten nach § 330 BGB. Der Vertrag habe nur die gegenseitigen Ansprüche der ehemaligen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung über das Gesellschaftsvermögen regeln sollen. Dabei sei auch — aber lediglich im Innenverhältnis zwischen den bisherigen Gesellschaftern — geklärt worden, in welcher Weise die „testamentarischen Bestimmungen“ erfüllt werden sollten. Die Gesellschafter hätten durch den Vergleich keine neuen Verpflichtungen gegenüber der Kl. schaffen, sondern nur festlegen wollen, wie die Verpflichtungen, die sie auf Grund des Testaments etwa noch hätten, erfüllt werden sollten. Das ergebe sich auch aus dem Wortlaut des Vergleichs, worin es ausdrücklich heiße, daß die Bekl. die Zahlung von monatlich 75 RM „in Erfüllung der testamentarischen Bestimmungen“ übernehme. Auf die Besprechung, die am 6. Dez. 1928 zwischen der Bekl., dem Regierungsrat W. als Pfleger der Barbara S. und dem damaligen Sachvertreter der Kl., RA. X., stattgefunden habe, könne sich die Kl. nicht stützen, weil sie nur unverbindlich gewesen sei und zu keiner bindenden Abmachung geführt habe; die Kl. habe selbst nicht behauptet, daß ein Vertrag des Inhalts, daß die Rente unabhängig vom Geschäftsgewinn fortlaufend gezahlt werden solle, zwischen den Parteien abgeschlossen worden sei.

Gegen die Ansicht des BG., daß sich die Kl. auf die Besprechung v. 6. Dez. 1928 nicht berufen könne, wendet sich die Rev. mit einer Rüge aus § 286 ZPO., und zwar mit Recht. (Wird ausgeführt.)

Die Annahme des BG., daß die Kl. selbst nicht das Zustandekommen eines Vertrags zwischen den Parteien behauptet habe, ist unrichtig. Träfen die Behauptungen der Kl. zu, so hätte sie durch Beitritt zu der in Ziff. IX des Vertrags v. 22. Dez. 1928 niedergelegten Abmachung einen unmittelbaren vertraglichen Anspruch auf Zahlung einer Rente von je 75 RM monatlich, gegen die beiden bisherigen Gesellschafterinnen erlangt. Daß die Kl. zu den Vertragsverhandlungen zugezogen wurde, lag auch nahe, weil es mit Rück-

sicht auf den ihr nach dem Testament unter Umständen zustehenden höheren Gewinnanteil sowie mit Rücksicht auf die gesamtschuldnerische Haftung der beiden Miterbinnen sowohl zur Festlegung der Rente auf einen bestimmten Betrag als auch zur Verteilung dieses Betrags auf die Miterbinnen ihres Einverständnisses bedurfte.

Selbst wenn aber ein Beitritt der Kl. zu der in Ziff. IX des Vertrags v. 22. Dez. 1928 niedergelegten Abmachung nicht erweisbar sein sollte, so wäre doch die Tatsache, daß mit der Kl. vor Abschluß des Vertrags Verhandlungen angeknüpft wurden, in jedem Falle von Bedeutung für die Tragweite der genannten Vertragsbestimmung. Die Ansicht des BG., daß die bisherigen Gesellschafter damit lediglich im Innenverhältnis die Frage hätten klären wollen, in welcher Weise die testamentarischen Bestimmungen erfüllt werden sollten, ließe sich dann nicht aufrechterhalten. Vielmehr könnte dann kein Zweifel darüber sein, daß es sich bei der Bestimmung in Ziff. IX des Vertrags v. 22. Dez. 1928 um einen Vertrag — und zwar einen Leibrentenvertrag — handelt, durch den eine Leistung an einen Dritten bedungen wird, wofür auch schon der Wortlaut der Bestimmung spricht. Es könnte sich dann nur noch um die Frage handeln, ob die Kl. unmittelbar das Recht erworben hat, die Leistung zu fordern. In dieser Beziehung würde aber die Vorschrift des § 330 Satz 1 BGB. Platz greifen, nach der bei einem Leibrentenvertrage zugunsten eines Dritten im Zweifel anzunehmen ist, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern. Der Annahme eines Vertrags zugunsten eines Dritten i. S. der §§ 328, 330 BGB. würde es auch nicht entgegenstehen, daß die Abrede über die Zahlung einer Leibrente an die Kl. Bestandteil eines Auseinandersetzungsvertrags über das Gesellschaftsvermögen einer OHG. ist. In jedem schuldrechtlichen Vertrag können Leistungen zugunsten eines Dritten bedungen werden (Staudinger, Vorbem. I Abs. 4 und Bem. I 2b zu § 328).

Auf die Frage, ob die Kl. auf Grund der Bestimmung in Ziff. IX des Vertrags v. 22. Dez. 1928 unmittelbar das Recht erworben hat, die Leistung zu fordern, käme es im übrigen nicht an, wenn Barbara S., wie die Kl. behauptet hat, ihr den Anspruch auf Zahlung der Rente abgetreten hätte. Das BG. ist der Ansicht, daß durch die Abtretung der Anspruch in seinem Inhalt geändert werde, so daß die Abtretung nach § 399 BGB. unwirksam sei. Das trifft jedoch nicht zu. Es braucht nicht erörtert zu werden, ob der dem Versprechensempfänger zustehende Anspruch auf Leistung an den Dritten (§ 335 BGB.) auch an einen anderen als denjenigen abgetreten werden kann, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen worden ist. Die Abtretung des Anspruchs an den durch den Vertrag begünstigten Dritten unterliegt jedenfalls keinen rechtlichen Bedenken. Allerdings geht der Anspruch nach der Abtretung nicht mehr auf Leistung an einen Dritten, sondern auf Leistung an den Gläubiger selbst. Die Leistungspflicht des Schuldners erfährt dadurch aber ebensowenig eine inhaltliche Veränderung wie im Falle der Abtretung des Schuldbefreiungsanspruchs an den Gläubiger des Anspruchs, von dem der Berechtigte befreit werden soll, oder des in der Aufw. spr. entwickelten Ausgleichsanspruchs an den Aufwertungsgläubiger oder den gegenüber dem Abtretenden ausgleichsberechtigten Aufwertungsschuldner (RGKomm. § 399 Anm. 2 mit Nachw.). Auch im Schrifttum wird, soweit ersichtlich, die Abtretung des dem Versprechensempfänger nach § 335 BGB. zustehenden Anspruchs an den durch den Vertrag begünstigten Dritten allgemein für zulässig gehalten (Planck, § 331 Anm. 1b und § 335 Anm. 1; Dertmann, § 335 Anm. 4a a; Staudinger, § 335 Bem. I, 1 letzter Abs.).

Auch die Vorschrift des § 717 Satz 1 BGB. (§ 105 Abs. 2 BGB.) steht der Abtretung des Anspruchs nicht entgegen. Mit der Bestimmung in Ziff. IX des Vertrags vom 22. Dez. 1928 haben die Beteiligten die Zahlungspflicht, die ihnen als Erbinnen und Gesellschafterinnen der Kl. gegenüber gemeinschaftlich oblag und von ihnen bisher aus den gemeinschaftlichen Einkünften der OHG. bestritten worden war, für die Zukunft unter sich in der Weise aufgeteilt, daß

jede von ihnen sich verpflichtete, die Hälfte des bisher gemeinschaftlich gezahlten Betrags aus ihrem eigenen Vermögen an die Kl. zu zahlen. Der Anspruch, der daraus jeder von ihnen gegenüber der anderen erwuchs, stellt sich als ein Teil desjenigen dar, was ihr bei der Auseinanderlegung zukommt. Dieser Anspruch ist nach § 717 Satz 2 BGB. übertragbar.

Die nach der Behauptung der Kl. dem Vertrage vom 22. Dez. 1928 vorausgegangenen Verhandlungen wären auch für die Auslegung der Bestimmung in Ziff. IX von Bedeutung gewesen. Aber auch ganz abgesehen von den vorausgegangenen Verhandlungen erweist sich die vom BG. vorgenommene Auslegung dieser Bestimmung dahin, daß die Verpflichtung der Bekl. zu 1 von der Erzielung eines Geschäftsgewinns abhängig sein sollte, als unmöglich. (Wird ausgeführt.)

(U. v. 27. Jan. 1936; IV 246/35. — Jena.) [Hn.]
(= RGZ. 150, 129.)

*

** 6. § 775 BGB.; Art. 10 der 6. B.D. zur Durchführung der landwirtschaftl. Schuldenregelung v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 609).

Eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners liegt u. a. dann vor, wenn der Hauptschuldner nicht mehr imstande ist, besonders wichtige und dringende Verpflichtungen zu erfüllen. — Die Verfolgung oder Weiterverfolgung des Befreiungsanspruchs aus § 775 BGB. während des Entschuldungsverfahrens ist nicht unzulässig.

Art. 10 der 6. B.D. zur Durchführung der landwirtschaftl. Schuldenregelung betrifft die seit der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens eingetretenen Verzugsfolgen; nur diese gelten mit der Rechtskraft des bestätigten Entschuldungsplanes oder Vergleichsvorschlags als aufgehoben. Die schon vor der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens eingetretenen Verzugsfolgen bleiben bestehen, selbst wenn der Entschuldungsplan oder der Vergleichsvorschlag rechtskräftig bestätigt wird.

Der Kl. übernahm am 12. Juli 1931 im Auftrage des Bekl. für dessen Schulden an die Spar- und Darlehnskasse A. eGmbH. schriftlich Bürgschaft. Mit der Klage verlangt er Befreiung von der Bürgschaft in Höhe von 12 000 RM nebst Zinsen, weil sich nach der Verbürgung die Vermögensverhältnisse des Bekl. wesentlich verschlechtert hätten, der Bekl. überdies gegenüber der Spar- und Darlehnskasse in Verzug geraten sei. Der Bekl. bestritt beides. Im Laufe des Rechtsstreits wurde auf den von ihm als Inhaber eines Erbhoofs gestellten Antrag das Entschuldungsverfahren eröffnet, das noch schwebt. Er berief sich nunmehr auch darauf, daß der Kl. während des Entschuldungsverfahrens keinen Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft habe.

Das BG. wies die Klage ab, das BG. und RG. gaben statt. Das BG. hat den Befreiungsanspruch sowohl nach Nr. 1 als auch nach Nr. 3 des § 775 BGB. für begründet erachtet und auch nicht angenommen, daß das Entschuldungsverfahren der Weiterverfolgung des Anspruchs im Rechtsstreit entgegenstehe. Was die Rev. hiergegen anführt, kann nicht durchdringen.

Eine wesentliche, nach der Bürgschaftsübernahme eingetretene Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bekl. findet das BG. nicht sowohl in der zahlenmäßigen Höhe der hinzuzurechnenden Schulden als in deren Art. Der Bekl. hat es zu Zinsrückständen kommen lassen, welche die Gefahr der Kapitalkündigung mit sich führten, er ist Gemeindesteuer schuldig geblieben und hat seine Schuld beim landwirtschaftlichen Konsumverein auf 671,21 RM anwachsen lassen, was für ländliche Verhältnisse nach der Feststellung des BG. recht hoch ist. Der Arzt hat seine Rechnung von 400 RM einklagen müssen, er hat

sie auf 320 RM ermäßigt und dem Bekl. die Abtragung in Teilzahlungen bewilligt. Aus alledem zieht das BG. den Schluß, daß der Bekl. nicht mehr imstande war, besonders wichtige und dringende Verpflichtungen zu erfüllen. Ohne Rechtsirrtum steht es darin eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse. Die Rev. vermisst eine Berücksichtigung des Umstandes, daß inzwischen das Entschuldungsverfahren eröffnet worden ist. Daraus allein ergab sich aber noch nicht, daß die wesentliche Verschlechterung bis zur letzten Berufungsverhandlung gehoben gewesen sei. Es wäre Sache des Bekl. gewesen, bestimmte Behauptungen darüber aufzustellen, daß und wodurch sich seine Lage schon wieder wesentlich gebessert habe. Die Hoffnung, daß das Entschuldungsverfahren seinen Zweck bei ihm erreichen und eine wesentliche Besserung bringen werde, konnte den einmal eingetretenen Tatbestand des § 775 Nr. 1 BGB. noch nicht beseitigen.

Auch der Verzug des Bekl. mit der Schuld gegenüber der Spar- und Darlehnskasse ist vom BG. einwandfrei festgestellt und damit außer dem Tatbestand der Nr. 1 auch derjenige der Nr. 3 des § 775 BGB. gegeben. Die Rev. wirft hierzu die Frage auf, ob der Verzug nicht durch die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens beseitigt worden sei, was für das Vergleichsverfahren allerdings vom RG. (RGZ. 113, 56 = JW. 1926, 2431; RGZ. 114, 208 = JW. 1927, 383) im Gegensatz zu Jaeger, ZFP., Bd. 49 S. 189) verneint werde. Für das Entschuldungsverfahren ist aber die Frage durch Art. 10 der 6. B.D. zur Durchführung der landwirtschaftl. Schuldenregelung v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 609) völlig klargestellt. Danach gelten die seit der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens eingetretenen Verzugsfolgen als mit der Rechtskraft des bestätigten Entschuldungsplanes oder Vergleichsvorschlags aufgehoben. Von einer Beseitigung der Verzugsfolgen, die schon vor der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens eingetreten sind, ist keine Rede. Sie bleiben bestehen, selbst wenn der Entschuldungsplan oder der Vergleichsvorschlag rechtskräftig bestätigt wird, wozu es hier noch nicht einmal gekommen ist (vgl. das Erläuterungswerk zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldenverhältnisse von Fred v. Rozhdi = v. Hoewel und Georg v. Rozhdi S. 57).

Betreffend die von der Rev. verneinte Frage, ob der Bürge seinen nach § 775 BGB. an sich begründeten Befreiungsanspruch überhaupt noch geltend machen kann, nachdem das Entschuldungsverfahren zugunsten des Hauptschuldners eröffnet worden ist, ist folgendes zu prüfen.

Erstens ist zu fragen, ob die Geltendmachung oder Weiterverfolgung des Befreiungsanspruchs störend in das Entschuldungsverfahren eingreift. Weder das Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse v. 1. Juni 1933 (RGBl. I, 331) noch die dazu ergangenen Durchf. B.D. enthalten Best., durch die ein Gläubiger gehindert würde, seinen Anspruch im Rechtsstreit geltend zu machen oder weiterzuverfolgen. Wohl gewähren sie dem Schuldner einen weitgehenden Vollstreckungsschutz (vgl. die zusammenfassende B.D. über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftl. Entschuldungsverfahren v. 27. Dez. 1933 [RGBl. I, 1119]). Die Beteiligung eines Gläubigers am Entschuldungsverfahren (§ 10 des Ges.) steht aber der Prozeßführung nicht im Wege (v. Rozhdi S. 55; a. M. Hartig; JW. 1936, 71). Im Gegenteil kann gerade die Durchführung des Entschuldungsverfahrens es angelegt erscheinen lassen, den Streit über den Bestand oder die Höhe einer Forderung im Prozeßwege auszutragen (II 31 der Richtl. v. 13. Juni 1934, abgedr. bei v. Rozhdi S. 341 ff., 354). Es ist daher nicht einzusehen, warum die Verfolgung oder Weiterverfolgung des Befreiungsanspruchs aus § 775 BGB. während des Entschuldungsverfahrens unzulässig sein sollte. Störend könnte höchstens die Vollstreckung in das Verfahren eingreifen, aber dagegen hilft der Vollstreckungsschutz. Die Verurteilung des Bekl., den Kl. von der Bürgschaft zu befreien, würde in der Form des § 887 ZPO. zu vollstrecken sein. Nun wird zwar die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung einer Handlung von den Vollstreckungsverboten der B.D. vom 27. Dez. 1933 nicht unmittelbar betroffen. Der Kl. könnte sich also nach § 887 Abs. 1 ZPO. ermächtigen lassen, die Gläubigerin auf Kosten des Bekl. zu befriedigen. Wenn er aber nach

§ 887 Abs. 2 ZPO. den Befl. zur Vorauszahlung des dafür erforderlichen Betrages beurteilen ließe, so würde ganz abgesehen von der Unzulässigkeit der Immobilienvollstreckung (§ 8 des Ges. v. 1. Juni 1933; Art. 2 Nr. 1, Art. 8 W.D. vom 27. Dez. 1933) der Vollstreckungsschutz auch für das bewegliche Vermögen einsetzen (Sarmening-Päbold, Die landwirtschaftl. Schuldenregelung, Nachtrag, Erl. 6 b zu Art. 2 Nr. 2 W.D. v. 27. Dez. 1933; v. Rozhdi S. 405). Dem Kl. bliebe also im Ergebnis während des Entschuldungsverfahrens nichts übrig, als die Gläubigerin auf eigene Kosten zu befriedigen. Dem steht selbstverständlich das Entschuldungsverfahren nicht im Wege.

Die zweite Frage ist, ob der Kl. noch ein Interesse an der Verfolgung des Befreiungsanspruchs hat, oder ob sein Rechtsschutzbedürfnis durch die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens gänzlich erloschen ist. In dieser Hinsicht führt die Rev. an: die Höhe der Forderung der Spar- und Darlehnskasse stehe vor der Beendigung des Entschuldungsverfahrens noch nicht fest, eine Kürzung könne nach § 35 des Ges. auch dem Bürgen zugute, endlich könne er nach Art. 5 der 2. DurchWD. vom 5. Juli 1933 (RGBl. I, 459) während der Dauer des Entschuldungsverfahrens die Befriedigung der Gläubigerin verweigern. Das alles trifft zwar zu, und es sind dies unzweifelhaft schwerwiegende Gründe, die es selten dazu kommen lassen werden, daß ein Bürge während des Entschuldungsverfahrens die Befreiungsklage aus § 775 BGB. erhebt. Abgeschnitten kann sie ihm aber darum noch nicht werden. Denn das Entschuldungsverfahren kann ergebnislos enden (vgl. §§ 21, 45 des Ges.), und der Bürge kann ein Interesse daran haben, für diesen Fall einen vollstreckbaren Titel gegen den Hauptschuldner zu besitzen. Hat er gar, wie hier der Kl., die Befreiungsklage schon vor der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens erhoben, so fehlt es vollends an einem Grunde, ihm für die Fortführung des Rechtsschutz zu verjagen. Eine „Erledigung“ seines Anspruchs mit der Wirkung, daß der Kl. seinen Antrag auf die Prozeßkosten beschränken könnte (§ 99 Abs. 3 ZPO.), ist durch die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens nicht eingetreten. Mag sein Interesse nunmehr auch vermindert sein, so ist es doch nicht gänzlich geschwunden.

(U. v. 20. Jan. 1936; VI 345/35. — Darmstadt.) [R.]

(= RGZ. 150, 77.)

*

7. § 823 BGB. An der ständigen Rspr. des RG. ist festzuhalten, daß der einmal bestehende Zusammenhang zwischen der Handlung des Schädigers und dem Schaden nicht dadurch ausgeglichen wird, daß der nämliche Erfolg, der durch die schädigende Handlung eingetreten ist, auch unabhängig von der verträglich-widrigen (oder unerlaubten) Handlung des Schädigers möglicherweise durch ein späteres Ereignis eingetreten wäre (RGZ. 141, 365 = JW. 1933, 2383² [m. Anm.]; RGZ. 144, 84 = JW. 1934, 1564⁴, 1904³; RGUrt. v. 8. März 1935, VII 347/34 und v. 8. Nov. 1935, VII 123/35).

(U. v. 24. März 1936; VII 325/35. — Berlin.) [L.]

*

** 8. § 823 BGB.; § 91 ZPO.

1. Verluste, die durch Notverkäufe zum Zweck der Aufbringung des Aufwandes für die Führung eines Rechtsstreits entstehen, sind Schäden, die im Weg einer auf sachlich-rechtliche Gründe gestützten Klage geltend zu machen sind.

2. Der prozeßrechtliche Grundsatz, daß für Zeitversäumnis zum Zwecke der Prozeßführung, abgesehen von Reisen und Termins-wahrnehmungen, keine Entschädigung gewährt wird, gilt nicht ausnahmslos.

Der Kl. fordert von den Befl. Schadensersatz, jetzt noch im Gesamtbetrag von 950 000 G.M., hilfsweise R.M., nebst Zinsen wegen Erteilung einer bewußt unrichtigen Bankaus-

kunft v. 3. Jan. 1921 über den der Kreisbank verschuldeten Mitgründer und zweiten Sacheinleger einer am 2. Jan. 1921 errichteten AktG. Mit der Gründung und dem schon am 28. Juli 1921 ausgebrochenen Konkurs der AktG. habe er sein Einbringen in die Gesellschaft und zufolge weiteren rechtswidrigen Vorgehens der Kreisbank gegen ihn als Inhaber eines zweiten gleichen Unternehmens in D. auch dieses verloren. Durch diese Ereignisse und durch eine von den Befl. mit anderen mittels Strafanzeigen beim AG. und FinU. D. veranlaßten Haft habe er auch schwere Einbuße an seiner Gesundheit erlitten. Die Klage ist am 23. Jan. 1924 eingereicht worden. Das Strafverfahren ist i. J. 1926 mit der Freisprechung des Kl. und der Verurteilung anderer beendet worden. Im vorl. Rechtsstreit hat das RG. in seinem jetzt angef. zweiten BU. v. 17. Mai 1934 dem Kl. unter Abweisung im übrigen 435 000 R.M. nebst Zinsen zugesprochen und die Prozeßkosten gegeneinander aufgehoben. Auf die beiderseitige Rev. ist dieses Urteil in Höhe von 400 000 R.M. nebst Zinsen bestätigt, im übrigen aber unter Zurückverweisung der Sache an das RG. aufgehoben worden.

Der Kl. hat den an Stelle seines ehemaligen Feststellungsantrags gesetzten Leistungsanspruch von 200 000 G.M., der ihm völlig aberkannt worden ist, zusammengezogen aus einer Summe neuangerechneter Schäden von 430 437 G.M. Er fordert hierfür: 1. Spezialgutachten 3500 G.M.; 2. fünf Gutachten Pr. 19 000 G.M.; 3. laufende außergewöhnliche Prozeßausgaben zusammen mit Verdienstaussfällen infolge Vernichtung seiner Existenz monatlich 3500 R.M., im Durchschnitt, also bei völliger Inanspruchnahme seiner Tätigkeit in der Zeit v. 1. Jan. 1924 bis 31. Dez. 1926 und vom 1. Jan. 1927 bis 1. Mai 1931 bei häftiger Inanspruchnahme zusammen 175 000 R.M.; 4. für Notverkäufe an wertvoller Fahrnis deren vollen Wert von 31 440 G.M.; 5. Verlust beim Notverkauf des Kurhauses Bad L.; 6. Verlust beim Verkauf von 16 Morgen Äckern und Wiesen in Bad L.; 7. Verlust beim Verkauf des Hotels V'hof; 8. Verlust durch Ausfall seiner sicheren zweiten Hypothek von 20 000 G.M. auf einem zum Zweck der Erlangung der Mittel für die Prozeßführung verkauften Hotelgrundstück in R., eingetreten in der folgenden Zwangsversteigerung auf Betreiben des ersten Hypothekengläubigers mangels Besitzes der Mittel, diesen auszubieten; 9. Schmerzensgeld gemäß § 847 BGB. für Gesundheitsschaden durch Entstehung eines schweren Herz- und Gallenleidens, auch für Entziehung seiner Freiheit und Schädigung seiner Ehre 25 000 G.M.; 10. Aufwand für ärztliche und spezialärztliche Behandlung und Bakturen 30 000 G.M.

Das BU. weist ab: zu Nr. 1—3 unter Bezugnahme auf RGZ. 130, 217 = JW. 1931, 311¹¹ (m. Anm.), weil es sich um Prozeßkosten i. S. des § 91 ZPO. handle, die nicht im Klagewege, sondern nur im Wege der Erwirkung einer Kostenentsch. und der Kostenfestsetzung verfolgt werden könnten; zu Nr. 4—8, weil jede Partei derartige Kosten zunächst selbst tragen und sie „höchstens“ im Kostenfestsetzungsverfahren geltend machen könne; zu Nr. 9 und 10, aus dem in dem nicht abgedruckten Teil dieses Urteils erörterten und dort nicht für haltbar erklärten Grunde, daß die Befl. durch die von ihnen erstatteten Anzeigen nicht schadensersatzpflichtig geworden seien.

Demnach ist zunächst die Abweisung der Ansprüche Nr. 9 und 10 nicht aufrechtzuerhalten, wobei allerdings zu bemerken ist, daß es nach § 847 BGB. ein Schmerzensgeld für verlegte Ehre nicht gibt.

Auch die Verweisung der Ansprüche Nr. 1—8 ins Prozeßkostenverfahren, wogegen die Rev. besonders Beschwerde führt, weil der Kläger nach der auf gegenseitige Aufhebung lautenden Kostenentsch. für alles nichts erhielt, ist in dieser Allgemeinheit nicht gerechtfertigt. Das Urteil des erf. Sen. (JW. 1931, 311¹¹ [m. Anm.]) wird zu Unrecht hier herangezogen. Dort handelte es sich um die Frage, ob eine Partei, die im Rechtsstreit eine ihr günstige Kostenentsch. erwirkt hatte und dann im Kostenfestsetzungsverfahren ihre notwendigen Kosten hätte festsetzen lassen können, noch nachträglich nicht festgesetzte Kosten im besonderen Rechtsstreit auf der sachlich-rechtlichen Grundlage der im früheren Rechtsstreit den Anspruchsgrund bildenden unerlaubten Handlung einzubrin-

gen vermag. Dies ist verneint worden. Hier, wo noch keine rechtskräftige Kostenentsch. zwischen diesen Parteien vorlag, war in erster Reihe die Frage zu entscheiden, ob die angerechneten Aufwendungen und Verluste Prozeßkosten des gegenwärtigen Rechtsstreits sind und, soweit dies zu bejahen wäre, ob vorprozessuale Kosten im Rechtsstreit als Haupt- oder Nebenforderung (§ 4 ZPO.) mit eingeklagt oder im Rechtsstreit nach Übergang vom Feststellungsantrag zum Leistungsanspruch nachgefordert werden dürfen. Daß dies für die im Rechtsstreit selbst erwachsenen Prozeßkosten nicht zulässig wäre, ist allgemeine Anschauung (s. z. B. RGZ. 145, 296 [300] = JW. 1935, 190² [m. Anm.]). Aber für vorprozessuale Kosten wird die Statthaftigkeit des Unternehmens, sie mit zum Gegenstand der Klage selbst zu machen, bejaht (RGZ. 66, 186 [198]; vgl. auch RWarn. 1926 Nr. 19). Erst während des Rechtsstreits erwachsene, nicht zu den Prozeßkosten selbst zählende Kosten können in Erweiterung des Klageantrags nach § 268 Nr. 2 ZPO. aus dem alten Klagegrund auch während des Rechtsstreits in den Tatsacheninstanzen noch geltend gemacht werden (JW. 1935, 190² [m. Anm.] und §§ 529, 523, 268 Nr. 2 ZPO., in a. F. ausdrücklich § 529 Abs. 4 ZPO.).

Vorprozessuale Kosten, zu denen allerdings die der Pr. Gutachten nach deren Datum und die Ansprüche Nr. 3 nach der Zeit, auf die sie gestellt sind, nicht gehören würden, konnten mit der angegebenen Begründung also nicht abgewiesen werden. Die unter Nr. 4—8 angerechneten Verluste sind überhaupt keine Prozeßkosten, am wenigsten der Verlust Nr. 8, der mit einer Aufwendung für den Rechtsstreit nicht verbunden, sondern nur durch die vorangegangene und andauernde Notwendigkeit, alle verfügbaren Mittel für den Rechtsstreit aufzuwenden, verursacht wäre. „Prozeßkosten“ sind nur die unmittelbaren Aufwendungen zur Führung des einzelnen Rechtsstreits. Dazu hätten nach dem klägerischen Vorbringen die Geldmittel gedient und dienen sollen, die er durch seine Notverkäufe gewonnen hat. Die Summen dagegen, die er bei den Notverkäufen eingebüßt hat, konnten dem Zweck der Führung des Rechtsstreits gerade nicht dienen. Sie sind, soweit zu bejahen, als echte Schäden anzusehen, die der Kl. aus Anlaß der durch die verschiedenen unerlaubten Handlungen der Befl. herbeigeführten Notwendigkeit, den Schaden wieder einzubringen, erlitten hätte und die als weitere, mittelbare Schadenswirkung dieser Handlungen, für die es an einem Ursachenzusammenhang von ausreichender Nähe nicht mangelt, anzusehen wären (vgl. Entsch. v. 18. Sept. 1925, II 341/24; JW. 1925, 2753²: Dollarverkäufe zum Zweck der Hinterlegung einer hernach entwerteten Bostrefkungssicherheit in Mark). Dabei ist es allerdings verfehlt, wenn der Kl. glaubt, für die Fahrnisverkäufe den vollen Wert der Gegenstände verlangen zu können. Soweit er aus den Verkäufen Einnahmen gezogen hat, ist er nicht geschädigt worden, und wenn er sie für Zwecke der Prozeßführung notwendiger- und zweckentsprechender Weise wieder verausgabt hat, so müssen sie ihm mit den Prozeßkosten wieder einkommen, wenn er eine ihm günstige Kostenentsch. erreicht. Auch hier könnte also nur der bisher nicht angegebene Mindererlös den Inhalt des Schadensersatzanspruchs bilden.

Die Besonderheit des Falles liegt in den durch die Wirkung des unerlaubten Handelns der Befl. auf die ganze Existenz des Kl. und durch den Umfang und schwierigen Gegenstand des Rechtsstreits bedingten Anrechnungen Nr. 3. Nach Prozeßgrundsätzen ist eine Anrechnung von Zeitverlumnis durch die Prozeßführung, abgesehen von den Fällen der Wahrnehmung von Terminen und der Ausführung von Reisen, der Partei versagt (§ 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO.). Der Kl. macht aber hier geltend — was nicht geprüft und nicht zurückgewiesen ist —, durch die Wirkungen der unerlaubten Handlungen der Befl. auf sein Vermögen sei seine ganze wirtschaftliche Existenz vernichtet und seine ganze Tätigkeit statt der Richtung auf anderen Erwerb für Jahre voll oder zur Hälfte durch die Arbeit für den Aufbau des Rechtsstreits und dessen Betrieb in Anspruch genommen worden. Der Rechtsstreit dauert nun 12 Jahre, und die ungeheure Arbeit für den Betrieb des Rechtsstreits ist aus den ungezählten

Schriftsätzen größten Ausmaßes in mehr als 30 Aktenbänden ersichtlich. Für so verursachte Zeitverlumnis könnte der Kl. nach Prozeßgrundsätzen keine Entschädigung erhalten. Er erhält danach insbes. auch keine Entschädigung für den durch die Existenzvernichtung an sich — ohne Rücksicht auf die Verwendung der Zeit für die Prozeßführung — herbeigeführten Verdienstausfall. Diesen Verdienstausfall hat der Kl. nach seiner näheren Begründung für diesen Anspruch in den monatlichen Anspruch von 3500 RM eingerechnet. Mindestens insoweit liegt ein unter der Voraussetzung der Bejahung des Verschuldens der Befl. und des adäquaten Ursachenzusammenhangs, die nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen sind, zu ersehender gewöhnlicher Schaden vor, der auch einer Schätzung zugänglich ist. Mit diesem Verdienstausfall steht aber der Verdienstentgang durch die Verwendung der Zeit für den Betrieb des Rechtsstreits so eng zusammen, daß bei Beurteilung nach dem sachlichen Recht das eine vom anderen nicht zu trennen ist. In den Motiven zur ZPO. (zu § 85 des Entwurfs) ist gesagt, daß Schadensersatzansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Tatsache des Obfiegens im Prozeß, sondern auch durch weitere Umstände begründet wird, außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen. Daraus folgt, daß sie auch — ausgeschlossen die unmittelbaren Prozeßaufwendungen — außerhalb des Kostenverfahrens müssen geltend gemacht werden können. Solche Schäden weder im Kostenverfahren noch in einem Rechtsstreit als Gegenstand einer Schadensersatzforderung zuzulassen, wäre mit den Grundsätzen des Schadensersatzrechts nicht verträglich. Der Vorbericht wird daher zu prüfen haben, inwieweit wenigstens für die im Kostenfestsetzungsverfahren nicht zu berücksichtigenden Verluste nach bürgerlichem Recht ein Schadensersatz berechtigt ist, wobei auch der § 252 BGB., Entgang sonst möglichen Arbeitsverdienstes, in Betracht zu ziehen ist.

(U. v. 20. Dez. 1935; II 173/34. — Berlin.)

(= RGZ. 150, 37.)

*

**9. § 839 BGB. Amtspflicht des Notars zur Prüfung der Personenidentität. Die Erklärung, daß eine Hypothek abgetreten werde, kann den Übergang der Hypothek regelmäßig nur dann bewirken, wenn sie von dem bisherigen Gläubiger abgegeben wird, und der Notar muß deshalb auch prüfen, ob der, dessen Abtretungserklärung er bekundet, wirklich zur Verfügung über die Hypothek berechtigt ist. Er braucht zwar ohne besonderen Anlaß keine umfassenden Ermittlungen darüber anzustellen, aber jedenfalls den ihm vorgelegten Hypothekenbrief muß er auch unter diesem Gesichtspunkt sorgfältig prüfen.

Im Sommer 1930 wollte der Fuhrunternehmer Karl P. in W. der Kl. für einen ihm eingeräumten Kredit Sicherheit leisten durch Abtretung einer Briefhypothek, die im Jahre 1904 im Grundbuch für W. in Höhe von 30 000 M eingetragen und damals — nach teilweiser Abtretung, teilweiser Rückzahlung und Aufwertung des Restes — noch in Höhe von 1500 M bestand. Im Grundbuch wie auf dem Brief war als Gläubiger der Fuhrunternehmer Karl P. in W. genannt. Das war der Vater des eben genannten Karl P. Er war 1922 gestorben, nachdem er schon Jahre vorher aus W. verzogen war, und war von seiner Witwe Elise P. allein beerbt worden. Der Sohn Karl P. hatte das Geschäft seines Vaters nach dessen Wegzug aus W. weitergeführt und nach dem Tod des Vaters von seiner Mutter überlassen bekommen. Er erschien am 11. Juli 1930 vor dem bef. Notar, überreichte ihm den Brief, erklärte ihm seine Absicht, die Hypothek an die Kl. zur Sicherheit abzutreten, und bat um die Herstellung einer entsprechenden Urkunde. Der Befl., der den Erschienenen seit Jahren persönlich kannte, aber nicht wußte, daß auch sein Vater denselben Vornamen geführt hatte und ebenfalls Fuhrunternehmer in W. gewesen war, glaubte den eingetragenen Hypothekengläubiger vor sich zu haben, und errichtete eine Notarurkunde, deren hier wesentlicher Inhalt lautet:

„Verhandelt zu W. auf der Amtsstube des Notars am

Vor dem Unterzeichneten ... Preussischen Notar ... erschienen, von Person bekannt, Herr Karl P., Fuhrunternehmer in W. Derselbe erklärte:

Ich stehe mit der Firma K. (Kl.) in Geschäftsverbindung und nehme deren Kredit in Anspruch.

Zur Sicherheit für alle Forderungen und Ansprüche, welche der Firma K. aus dieser Geschäftsverbindung gegen mich bereits zustehen und in der Folge noch erwachsen werden ..., trete ich der Firma K. hiermit die zu meinen Gunsten im Grundbuch von W. eingetragene Aufwertungsforderung von 1500 G.M. mit der dafür bestellten Hypothek ab

Nach Vorlesung dieses Protokolls hat der Erschienene dasselbe genehmigt und mit dem Notar eigenhändig unterschrieben.

Der Bevl. reichte den Hypothekenbrief mit entsprechendem Antrag dem OLG. ein, erhielt ihn mit dem beantragten Eintragungsvermerk zurück und händigte ihn samt der Abtretungsurkunde an die Kl. aus.

Karl P. geriet demnächst in Vermögensverfall, die Kl. erzwirkte gegen ihn einen Vollstreckungstitel, konnte aber keine Zahlung darauf verlangen. Sie behauptet, sie habe aus der Abtretung v. 11. Juli 1930, da nicht von dem richtigen Gläubiger erklärt, keinerlei Rechte aus der Hypothek erlangt. Auch eine nachträgliche Verschaffung der Hypothek sei nicht möglich, denn die Schuldnerin habe die Hypothek inzwischen an die Witwe P. zurückgezahlt. Die Kl. macht im vorl. Rechtsstreit Schadensersatz auf Grund des § 839 BGB. vom Bevl. geltend. Das OLG. hat der Klage stattgegeben, das OLG. hat sie abgewiesen.

Die Kl. findet darin, daß der Bevl. den Karl P. (Sohn) als den Hypothekengläubiger angesehen und behandelt hat, die schuldhafte Verletzung einer Amtspflicht, die dem Bevl. ihr gegenüber obgelegen habe und dahin gegangen sei, zu prüfen, ob der vor ihm erschienene Karl P. über die Hypothek zu verfügen befugt sei. Sie meint, schon der Inhalt des dem Bevl. vorgelegten Hypothekenbriefs hätte Anlaß zu Zweifeln nach dieser Richtung und demgemäß zu einer Befragung des Erschienenen gegeben.

Das OLG. hat sich die Verteidigung des Bevl. zu eigen gemacht und ausgeführt: Wenn der Bevl. beurkundet habe, daß „Karl P., Fuhrunternehmer in W.“ vor ihm erschienen sei und die dann folgende Erklärung abgegeben habe, so sei diese Beurkundung durchaus richtig gewesen. Denn damals habe es nur einen einzigen Fuhrunternehmer dieses Namens in W. gegeben, und dieser habe auch tatsächlich die beurkundete Abtretung erklärt. Seine Erklärung, er sei Gläubiger der Hypothek, sei allerdings sachlich unwahr gewesen, aber an ihrer Richtigkeit zu zweifeln, habe für den Bevl. kein Anlaß vorgelegen, und ohne besonderen Auftrag sei er zur Prüfung der Verfügungsberechtigung nicht verpflichtet gewesen.

Die Ausführungen des OLG. werden von der Rev. mit Grund als rechtsirrtümlich beanstandet. Das OLG. hat nicht festgestellt, ob Karl P. in betrügerischer Absicht dem Bevl. verschwiegen hat, daß er nicht der eingetragene Hypothekengläubiger war, oder ob er in dem guten Glauben gehandelt hat, auf dem von ihm beschrittenen Weg der Kl. die ihr versprochene Sicherheit zu verschaffen. Darauf kommt es in diesem Zusammenhang auch nicht an. Denn in beiden Fällen war der Bevl. kraft seines Amtes verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die von ihm beurkundete Abtretung rechtswirksam war. Diese Amtspflicht oblag ihm gegenüber jedem, der sich im Verkehr auf die Wirksamkeit der Urkunde zu verlassen berechtigt war, insbes. also der Kl. Die Erklärung, daß eine Hypothek abgetreten werde, kann den Übergang der Hypothek regelmäßig nur dann bewirken, wenn sie von dem bisherigen Gläubiger abgegeben wird, und der Notar muß deshalb auch prüfen, ob der, dessen Abtretungserklärung er befundet, wirklich zur Verfügung über die Hypothek berechtigt ist. Er braucht zwar ohne besonderen Anlaß keine umfassenden Ermittlungen darüber anzustellen, aber jedenfalls den ihm vorgelegten Hypothekenbrief muß er auch unter diesem Gesichtspunkt

sorgfältig prüfen. Er darf, wenn der Brief außer dem ursprünglichen Eintragungsvermerk noch weitere Vermerke enthält, sich nicht damit begnügen, den Vermerk über den ursprünglichen Eintrag einzusehen; denn er muß damit rechnen, daß später eine Änderung in der Person des Gläubigers vermerkt ist, er muß deshalb den Brief seinem gesamten Inhalt nach prüfend durchforschen. Im vorl. Fall zeigte der Brief eine ganze Reihe späterer Vermerke. Hätte der Bevl. sie pflichtgemäß durchgesehen, wäre er notwendig auf den an dritter Stelle stehenden Vermerk v. 9. Nov. 1911 gestoßen: „Von der vorstehend verbrieften Hypothek ist ein Betrag von 22 000 M. ... abgetreten dem Fuhrunternehmer Karl P. junior in W. Dies ist heute unter Bildung eines Teilbriefs im Grundbuch vermerkt“. Dann aber ergab sich für ihn mit Notwendigkeit die Frage, welcher von den beiden Fuhrunternehmern Karl P. in W. der vor ihm Erschienene sei. Die Pflicht zur vollständigen Durchsicht des Hypothekenbriefs erwuchs dem Bevl. im vorl. Fall aber auch noch deshalb, weil der Brief ursprünglich auf 30 000 M. lautete und eine Aufwertungsypothek von 1500 G.M. an die Kl. abgetreten werden sollte. Der Bevl. mußte prüfen, ob die Hypothek tatsächlich jetzt in Höhe von 1500 G.M. bestand. Auch bei dieser Prüfung mußte er auf den erwähnten Abtretungsvermerk v. 9. Nov. 1911 stoßen.

Da für die Rev. unterstellt werden muß, daß der Bevl. auf seine nunmehr gebotene Frage von Karl P. die richtige Antwort erhalten hätte, er sei Karl P. junior und der als Gläubiger der Resthypothek eingetragene sei sein verstorbenen Vater, muß auch weiter davon ausgegangen werden, daß unter Zugiehung der Witwe P. als der nunmehrigen Gläubigerin die Abtretung der Hypothek an die Kl. einwandfrei zustande gekommen wäre, oder aber, daß die Kl. den Kredit, der durch die Hypothekenabtretung gesichert werden sollte, nicht gegeben oder zurückgezogen hätte.

Wenn die Kl. dem Bevl. auch noch den weiteren Vorwurf macht, er habe den dem Hypothekenbrief angehefteten Vertrag v. 28. Sept. 1904 nicht durchgesehen und deshalb die sich hieraus ergebenden Zweifel über die Gläubigerschaft Karl P. nicht bemerkt, so überspannt sie damit die Sorgfaltspflicht des Notars. Die Einzelheiten des Kaufvertrags konnten hingesehen auf den am Eingang des Briefs ersichtlichen Inhalt der Grundbucheintragung für die beabsichtigte Hypothekenabtretung nicht von Belang sein. Auch würde man es dem Bevl. nicht zum Verschulden anrechnen können, wenn ihm bei Durchlesen des Vertrags entgangen wäre, daß der vor ihm Erschienene — vorausgesetzt, daß er dessen genaues Lebensalter überhaupt gekannt hätte — schon mit 18 Jahren hätte verheiratet gewesen sein müssen.

Die Begründung, mit der das OLG. eine Amtspflichtverletzung des Bevl. verneint, ist also rechtlich nicht haltbar. Deshalb muß das angef. Urteil, das allein auf dieser Verneinung eines Amtsverschuldens beruht, aufgehoben werden. Der Rechtsstreit ist aber noch nicht zugunsten der Kl. spruchreif.

Beide Parteien sind bisher übereinstimmend davon ausgegangen, daß die Kl. niemals Gläubigerin der Hypothek geworden sei, daß jedenfalls aber durch die Rückzahlung der Hypothek an die Witwe P. — oder ihren von ihr zum Empfang ermächtigten Sohn — nach §§ 891, 892 BGB. ihr Recht erloschen sei. Letzteres hat der Bevl. ausdrücklich eingeräumt. Darin liegt aber nicht ein das Gericht bindendes tatsächliches Zugeständnis, sondern nur die Äußerung einer Rechtsansicht, die vom Gericht nachzuprüfen ist. Nach den bisherigen Feststellungen ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Kl. aus der Hypothek noch in das belastete Grundstück vollstrecken kann. Dann aber wäre ihr durch das Verschwinden des Bevl. kein oder doch nicht der jetzt geltend gemachte Schaden entstanden.

Der Bevl. hat behauptet, und das OLG. hat diese Behauptung nicht ausgeräumt, daß die Hypothekenabtretung vom 11. Juli 1930 mit Wissen und Willen der wahren Gläubigerin, der Witwe P., erklärt worden sei, ja daß diese ihrem Sohn Karl P. gerade zu diesem Zweck den Hypothekenbrief ausgehändigt gehabt habe. Ist das richtig, so ist die Kl. durch Übergabe des Briefes und Erteilung der Abtretungserklärung

Gläubigerin der Hypothek geworden. Die Abtretungserklärung Karl P.s und die von ihm veranlaßte Übergabe des Briefes an die Kl. stellte zwar an sich die Verfügung eines Nichtberechtigten dar. Diese Verfügung wäre aber infolge der — auch formlos möglichen — Zustimmung der Berechtigten wirksam geworden (§§ 185, 182 Abs. 2 BGB.). Es wäre auch bedeutungslos gewesen, daß die Abtretungserklärung v. 11. Juli 1930 von Karl P. im eigenen Namen erklärt worden ist. Es würde sich dann nur noch fragen, welche Bedeutung die Rückzahlung der Hypothek an die Witwe P. — oder etwa mit deren Einwilligung an ihren Sohn Karl P. — für das Recht der Kl. gehabt hätte, wobei davon auszugehen ist, daß die Schuldnerin den Übergang der Hypothek auf die Kl. weder kannte noch kennen mußte.

Nach § 407 Abs. 1 BGB. würde die Kl. zwar gegenüber der auf sie übergegangenen persönlichen Forderung den Einwand der Zahlung gelten lassen müssen, nicht aber auch gegenüber ihrem dinglichen Hypothekenrecht, denn nach § 1156 Satz 1 BGB. findet § 407 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger keine Anwendung. Sollte die Rückzahlung an Karl P. erfolgt sein, ohne daß seine Mutter dieser Zahlung zugestimmt oder sie nachträglich genehmigt hätte, so könnte, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, die Schuldnerin daraus einen Zahlungseinwand gegenüber dem dinglichen Recht der Kl. nicht herleiten. Sie könnte sich aber auch nicht darauf berufen, daß Karl P., wie er als Zeuge bekundet hat, einen Teil des auf die Hypothek erhaltenen Geldes an die Kl. abgeführt hatte, denn Karl P. hätte damit immer nur eigene Schulden an die Kl. bezahlt, nicht aber eine Leistung der Hypothekenschuldnerin erbracht. Daß er sich die Mittel dazu aus der vermeintlich auf die Hypothek geleisteten Zahlung der Grundstückseigentümerin beschafft hatte, ist ohne Bedeutung und gewährt dieser namentlich auch nicht etwa einen Anspruch auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung, mit dem sie gegen die Hypothekenforderung aufrechnen könnte, da die Kl. die Leistung Karl P.s nicht ohne rechtlichen Grund empfangen hat.

Aber auch dann, wenn die Zahlung an die Witwe P. selbst — oder mit ihrer Einwilligung an ihren Sohn — geleistet worden ist, braucht die Kl. die Zahlung gegenüber ihrem dinglichen Recht nicht gelten zu lassen. § 893 BGB. schützt zwar den guten Glauben dessen, der an den im Grundbuch als berechtigt Eingetragenen auf Grund dieses Rechts eine Leistung bewirkt. Die Vorschrift findet aber auf Zahlungen — wenigstens auf Kapitalzahlungen —, die auf eine Briefhypothek (oder Briefgrundschuld) geleistet werden, dann keine Anwendung, wenn sich der Eingetragene nicht im Besitz des Hypothekenbriefes befindet. Denn einerseits bietet das Grundbuch — da Briefhypotheken (und Briefgrundschulden) durch Abtretung nach § 1154 BGB. außerhalb des Grundbuches ihren Inhaber wechseln können —, keinerlei Gewähr dafür, daß der im Grundbuch Eingetragene noch der Berechtigte ist. Andererseits bedarf der Schuldner einer Briefhypothek (oder Briefgrundschuld) des Schutzes des § 893 BGB. nicht, da er nach § 1160 BGB. der Geltendmachung der Hypothek widersprechen kann, wenn ihm nicht der Brief und gegebenenfalls die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorgelegt werden. Nur dann, wenn etwa zur Zeit der Rückzahlung der Hypothek die Witwe P. zufällig im Besitz des Hypothekenbriefes gewesen sein sollte, könnte die zahlende Grundstückseigentümerin den Schutz ihres guten Glaubens an das fortbestehende Gläubigerrecht der Witwe P. für sich in Anspruch nehmen, andernfalls hätte ihr dieser Schutz gefehlt und sie könnte sich gegenüber dem dinglichen Hypothekenanspruch der Kl. nicht auf ihre Zahlung berufen.

(U. v. 6. März 1936; III 178/35. — Düsseldorf.) [v. B.]
<= RGZ. 150, 348.>

Anmerkung: 1. Amtspflichtverletzung des Notars. Wenn jemand bei einem Notar die Abtretung einer Hypothek beurkundet oder beglaubigen läßt, so wird der Notar berechtigt und verpflichtet sein, zu prüfen, ob der Erklärende zur Verfügung über die Hypothek befugt ist. Er-

gibt die Prüfung, daß dem Erklärenden die Verfügungsmacht fehlt, so wird er die Beurkundung ablehnen; denn offenbar ungültige Erklärungen soll der Notar nicht beurkunden. Ergeben sich bloße Zweifel über die Verfügungsmacht, „so sollen die Zweifel den Beteiligten mitgeteilt und der Inhalt der Mitteilung in dem Protokoll festgesetzt werden“ (Art. 40 PrAGBGB.; vgl. § 176 Abs. 3 FGB.).

Im vorl. Falle erschien vor dem Notar der Fuhrunternehmer Karl P. aus B.; zum Nachweis seiner Verfügungsmacht über die abzutretende Hypothek legte er einen Hypothekenbrief vor, der auf den „Fuhrunternehmer Karl P. in B.“ ausgestellt war. Der Notar hat diesen Nachweis als ausreichend angesehen. Er hat nicht bemerkt, daß der auf dem Hypothekenbrief stehende Karl P. mit dem jetzt die Abtretung erklärenden Karl P. nicht personengleich, daß vielmehr der eine der Vater und der andere der Sohn war.

Das BG. hat angenommen, daß unter diesen Umständen der Notar nicht haftpflichtig sei (OLG. Düsseldorf v. 13. Mai 1935: DNotZ. 1935, 383). Im Gegensatz hierzu hat das RG. in obigem Urteil die Ersatzpflicht des Notars bejaht. Das Verschulden erblickt es darin, daß der Notar auf dem Brief einen Vermerk übersehen hat, aus dem zu entnehmen war, daß außer dem Karl P. sen. auch noch ein Karl P. jun. vorhanden war. Diese Unterlage für das Verschulden ist aber wohl zu schwach. Es hätte schon ein starkes Mißtrauen und ein „kriminalistisch geschulter Blick“ (um mit den Worten des BG. zu reden) dazu gehört, um aus einem solchen unbedeutenden Anhaltspunkt zu erkennen, daß der Erklärende mit dem Gläubiger des Hypothekenbriefes nicht personengleich sei. Immerhin ist der Fall zweifelhaft. Verwicklungen, wie sie sich hier aus der mangelnden Personengleichheit ergeben haben, sind für alle Beteiligten recht ärgerlich. Der Notar dient der Verkehrssicherheit, wenn er das Seine dazu beiträgt, daß solche Verwicklungen möglichst vermieden werden.

2. Höhe des Schadens. Das RG. hat die Sache an das BG. zurückverwiesen, weil noch nicht feststehe, ob und welcher Schaden entstanden ist. Die Ausführungen des Urteils zu diesem Punkt sind überzeugend.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

*

**10. § 839 BGB. § 839 Abs. 3 BGB. bezieht sich nur auf den Fall, daß durch ein Rechtsmittel der durch die Amtspflichtverletzung verursachte Schaden hätte abgewendet werden können. Es kann sich also dabei nur um ein Rechtsmittel gegen die schädigende Amtshandlung selbst handeln. Die Auffassung, eine Partei handle unter allen Umständen nicht sorgsam, wenn sie sich auf die Richtigkeit eines gerichtlichen Urteils verläßt, dem gegenüber noch ein Rechtsmittel gegeben ist, ist abzulehnen. Jedes gerichtliche Urteil darf den Anspruch erheben, wohlervogen zu sein und nicht leichtthin als fehlerhaft angegriffen zu werden.

Das OLG. hat offengelassen, ob der damalige Gerichtsvollzieher B. bei Erledigung des Pfändungsauftrags vom 2./4. März 1931 eine Amtspflicht dem Kl. gegenüber verletzt hat. Es hat die Schadenersatzpflicht des gegen. Landes Preußen deshalb verneint, weil der Kl. die Möglichkeit gehabt habe, von H. B. Ersatz des jetzt geltend gemachten Schadens zu erlangen, und ihm diese Möglichkeit nur durch eigenes Verschulden verlorengegangen sei, da er in dem mit B. über dessen Schadenersatzpflicht geführten Rechtsstreit seine Rechte nicht sachgemäß wahrgenommen habe.

Der Kl. hatte in dem Vorprozeß dem Land Preußen nicht den Streit verkündet. Gegen das Ur. legte er keine Berufung ein, er suchte auch nicht einmal beim LG. das Armenrecht für die Berufung nach.

Das jetzt angef. Ur. hält die Entsch. des OLG. im Vorprozeß für sachlich falsch. Daß das Ur. rechtskräftig geworden

sei und dem Kl. den ihm sonst möglich gewesenem Rückgriff gegenüber dem Kl. B. genommen habe, beruhe auf Verschulden des Kl. Dieser hätte sich nicht ohne weiteres auf die Richtigkeit des Urts. des AG. verlassen dürfen, sondern hätte sich bei seiner Unerfahrenheit in Rechtsachen in geeigneter Weise beraten lassen müssen.

Diese Ausführungen werden von der Rev. mit Grund als rechtsirrig angefochten.

Richtig ist zwar der von § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. genommene Ausgangspunkt, daß, da dem Gerichtsvollzieher nur Fahrlässigkeit vorgeworfen wird, der streitige Ersatzanspruch nur dann besteht, wenn der Kl. nicht auf andere Weise Ersatz erlangen kann und auch eine etwa früher vorhandene andere Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft verloren hat. Im Vorprozeß ist die Ersatzpflicht des Kl. B. rechtskräftig verneint worden. Da der Kl. damals dem Land Preußen nicht den Streit verliert hat, kann er sich jetzt nicht ohne weiteres auf die Rechtskraft des Urts. im Vorprozeß berufen (§ 68 ZPO.), sondern muß gegenüber dem Vorhalt des Bekl. der Vorprozeß sei unrichtig entschieden, dartun, daß dies nicht der Fall sei oder doch, daß ihn, den Kl., kein Verschulden an dem ungünstigen Ausgang des Vorprozesses treffe. Nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des BG., daß Kl. B. bei Vollstreckung aus dem Teilurteil v. 13. Nov. 1930 unter Verletzung der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht unzumutbar verfahren ist und dadurch den jetzt streitigen Schaden herbeigeführt hat. Rechtlich unzulänglich aber ist die Begründung, mit der das BG. ein Verschulden des Kl. an dem Verlust seines Vorprozesses bejaht hat.

Das BG. bemängelt nicht etwa — wozu der Sachverhalt auch keinen Anlaß bot — die Art, wie der Kl. seinen Rechtsstreit vor dem AG. geführt hat, wohl aber findet es ein Verschulden des Kl. darin, daß er sich ohne weiteres auf die Richtigkeit des Urts. des AG. verlassen und nicht in geeigneter Weise Rechtsrat eingeholt, ja nicht einmal beim AG. das Armenrecht für eine einzulegende Berufung erbeten habe. Es macht ihm also zum Vorwurf, daß er kein Rechtsmittel eingelegt habe.

Das BG. hat mit Recht die Anwendbarkeit des § 839 Abs. 3 BGB. verneint. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, daß durch ein Rechtsmittel der durch die Amtspflichtverletzung verursachte Schaden hätte abgewendet werden können. Es kann sich also dabei nur um ein Rechtsmittel gegen die schädigende Amtshandlung selbst handeln, im vorl. Fall etwa um die Dienstaufsichtsbeschwerde gegen den Gerichtsvollzieher B. oder vielleicht die Erinnerung aus § 766 ZPO. In dem Vorprozeß zwischen dem Kl. und Kl. B. drehte es sich aber darum, ob Kl. B. verpflichtet war, den bereits entstandenen Schaden zu ersetzen. Ein Anlaß, den § 839 Abs. 3 auch auf solche Fälle anzuwenden, besteht nicht. Seinen gesetzgeberischen Zweck, die Amtshaftung einzuengen und für gewisse Fälle schuldhaften Verhaltens des Geschädigten selbst ohne Zulassung einer Schadenersatzanspruch nach § 254 BGB. schlechthin auszuschließen, ist für den hier in Frage stehenden Fall, daß die Möglichkeit einer anderweiten Wiedergutmachung des Schadens schuldhaft versäumt worden ist, schon dadurch Rechnung getragen, daß dieser Fall gesetzlich dem gleichbehandelt wird, daß diese anderweite Ersatzmöglichkeit noch besteht. Diese Schranke der Amtshaftung ist sogar noch viel eingreifender als die in § 839 Abs. 3 aufgestellte, die nur bei Nichtbenutzung eines Rechtsmittels den Schadenersatzanspruch schlechthin ausschließt. Die im Urts. des Senats v. 15. Okt. 1929: RGZ. 126, 82, 87 = JW. 1930, 1938^s mit Ann. ausgesprochene entgegenstehende Rechtsansicht kann nicht aufrechterhalten werden und ist vom Senat schon bisher, so im Urts. v. 29. Okt. 1936, III 315/34, nicht festgehalten worden.

Ob das BG. annimmt, eine Partei handle unter allen Umständen nicht sorgsam, wenn sie sich auf die Richtigkeit eines gerichtlichen Urts. verläßt, demgegenüber noch ein Rechtsmittel gegeben ist, ist nicht ganz klar. Ein solcher Rechtsatz wäre unter allen Umständen abzulehnen. Das Ansehen der staatlichen Gerichte fordert Achtung vor ihren Urteilsprüchen, und jedes gerichtliche Urteil darf den Anspruch erheben, wohl-

erwogen zu sein und nicht leichtthin als fehlsam angegriffen zu werden. Wollte man grundsätzlich fordern, daß eine vor Gericht unterlegene Partei, um sich vor dem Vorwurf nachlässiger Prozeßführung zu schützen, das zulässige Rechtsmittel ergreife, so würde das zu einer dem Rechtsfrieden schwer abträglichen Vermehrung der Rechtsmittelinlegungen führen. Das gilt für Entscheidungen von Einzelrichtern in gleichem Maße wie für solche von Kollegialgerichten. Namentlich darf auch das Urteil eines AG., dem der Gesetzgeber in der hier in Frage stehenden Zeit eine allgemeine Zuständigkeit über vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Wert von 1000 RM eingeräumt hatte, nicht grundsätzlich als nur vorläufig behandelt und erst die Entsch. des Rechtsmittelgerichts als zuverlässig und endgültig richtig anerkannt werden.

Aber auch das läßt sich nicht sagen, daß unter allen Umständen und ausnahmslos eine in Rechtsdingen unerfahrene Partei rechtskundigen Rat einholen und, sofern sie arm i. S. des § 114 ZPO. ist, zum mindesten bei dem Rechtsmittelgericht um Bewilligung des Armenrechts nachsuchen müsse. Die Anbringung eines Armenrechtsgesuchs ist vom Gesetz nicht als Mittel gedacht, unentgeltlich Rechtsberatung über die Aussichten einer Rechtsverfolgung zu erlangen. Einer Partei, die nicht schon an die Möglichkeit eines Erfolgs glaubt, kann kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie es unternimmt, überhaupt das Gericht anzugehen. Die Pflicht, sich in geeigneter Weise beraten zu lassen, kann allerdings für den Laien auch dann bestehen, wenn er einem gerichtlichen Urteil gegenübersteht und sich zu entschließen hat, ob er ein Rechtsmittel einlegen soll oder nicht. Das BG. hat aber nicht erörtert, welche Wege dem Kl. unter den damaligen Umständen zu Gebote standen. Daß er nicht einmal seinen erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, den Prozeßagenten P., um Rat gefragt hätte, ist schwerlich anzunehmen, jedenfalls nicht festgestellt. Eine Erkundigung beim AG. schied naturgemäß aus. Die Befragung eines Kl. war offenbar nicht ohne Reisekosten, jedenfalls nicht ohne Aufwendungen für Anwaltsgebühren möglich. Ob der Kl. dazu in der Lage war, muß nach dem bei den Akten des Vorprozesses befindlichen Armenrechtszeugnis mindestens zweifelhaft sein. Nicht ohne Bedeutung dafür, welches Maß von Anstrengungen für die Durchführung seines Ersatzanspruchs gegen Kl. B. vom Kl. gefordert werden konnte, ist aber auch die Art, in der das amtsgerichtliche Urteil begründet war und ob danach die getroffene Entsch. dem gefunden Volksempfinden einleuchten konnte. Wenn das AG. von einem „recht schwierigen“ Vollstreckungsauftrag sprach und durch diese Schwierigkeit das Zuwarten des Kl. B. für entschuldigt hielt, so durfte der Kl. als Laie insoweit der Sachkunde des AG. ohne weiteres vertrauen. Dann aber mußte ihm das Verschulden des Gerichtsvollziehers, der die einfache Rücksendung des Schuldtitels ohne jeden ersichtlichen Grund zehn volle Tage verzögerte, so daß dem Kl. B., wollte er dem Gläubiger J. zuborkommen, kaum zwei Tage zur Verfügung standen, so überwiegend erscheinen, daß ein etwaiges unzulässiges Zögern des Kl. B. demgegenüber völlig in den Hintergrund trat.

Den Kl. kann es unter Umständen auch entlasten, daß ihm das amtsgerichtliche Urteil offensichtlich die Aussicht eröffnete, Ersatz seines Schadens vom Staat wegen des Amtsverschuldens des Gerichtsvollziehers zu erlangen, und es ihm gleichgültig sein konnte, von welcher Seite er entschädigt wurde. Auf den Gedanken, daß die Staatshaftung versagt, wenn irgendeine Möglichkeit anderweiten Ersatzes besteht oder auch nur schuldhaft versäumt worden ist, und daß in dem künftigen Rechtsstreit gegen den Staat die Frage der Haftbarkeit des Kl. B. trotz des vorstehenden rechtskräftigen AGUrts. von neuem werde nachgeprüft werden, konnte der Kl. als Laie nicht ohne weiteres kommen.

(U. v. 28. Febr. 1936; III 172/35. — Breslau.) [v. B.]

<= RGZ. 150, 323.>

*

**** 11.** §§ 30 ff. GmbHG. Bei Beurteilung der Frage, ob durch Auszahlungen das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen gem. §§ 30, 31 GmbHG. angetastet worden ist oder nicht, kommt es auf das wirtschaftliche Ergebnis an, ob finanziell-wirtschaftlich das verbleibende Vermögen noch ausreicht, um die Stammkapitalziffer auszufüllen.

Hat bei Einziehung von Geschäftsanteilen gegen Entgelt die Gesellschaft an die auscheidenden Gesellschafter Leistungen bewirkt, die über das Einziehungsentgelt hinausgingen, so bleibt das Stammkapital gem. §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG. gedeckt, wenn dementsprechende im Zeitpunkt der Leistungen der Gesellschaft ihrem inneren Wert nach vollwertige Gegenleistungen der Gesellschafter gegenüberstanden.

Wegen des Sachverhalts wird auf Ur. v. 24. Nov. 1933 (II 113/33: JW. 1934, 976⁴ (teilweise abgedr.: RGZ. 142, 286 ff.)) verwiesen, durch das auf die Rev. des BfL. das Ur. des OLG. v. 16. März 1933 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entsch. an das BG. zurückverwiesen worden ist. In der neuerlichen Verhandlung vor demselben haben die Parteien ihre früheren Anträge wiederholt. Nach weiterer Beweisaufnahme hat das OLG. die Berufung des BfL. wiederum zurückgewiesen.

Die Rev. ist nicht begründet.

I. In der RevInst. dreht sich der Streit der Parteien in erster Linie darum, ob etwa die am 8. Febr. 1929 beschlossene entgeltliche Einziehung der Geschäftsanteile des BfL. und zweier weiteren Gesellschafter um deswillen ungültig oder unwirksam ist, weil das Entgelt, sei es ganz oder teilweise, aus dem zur Deckung des Stammkapitals der Kl. erforderlichen Vermögen habe entnommen werden müssen. In dem oben erwähnten Ur. v. 24. Nov. 1933 ist hierzu ausgeführt, daß es nicht genüge, wenn die Gesellschafterversammlung oder deren Mehrheit bei Fassung des Einziehungsbeschlusses der Überzeugung gewesen ist, die Abfindung der Gesellschafter, deren Anteile eingezogen werden sollen, könne ohne Eingriff in das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen erfolgen, vielmehr komme es entscheidend darauf an, ob auch tatsächlich die Leistung des Entgelts ohne Minderung dieses Vermögens möglich sei; es müsse davon ausgegangen werden, daß der Einziehungsbeschuß auch nur unter der gesetzlichen Bedingung rechtswirksam habe gefaßt werden können und gefaßt worden sei, daß die Auskehr des Entgelts unter Beachtung der §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG. vor sich gehe und nach den Verhältnissen der Gesellschaft tatsächlich auch so geschehen könne. Diese Ausführungen lagen der Aufhebung des angefochtenen Ur. zugrunde. An sie war deshalb der Vorderrichter gem. § 565 Abs. 2 ZPO. gebunden und von ihnen aus muß zufolge eben dieser Best. jetzt auch in der RevInst. ausgegangen werden.

Der VerR. ist wiederum zur Zurückweisung der Berufung des BfL. gelangt, weil er auf Grund des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen der Meinung ist, daß hier bei der Einziehung bzw. der Entrichtung des Entgelts für die einzuziehenden Geschäftsanteile nicht gegen §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG. verstoßen wurde.

II. Sachlich-rechtlich beruht das angefochtene Ur. auf der Rechtsauffassung des Vorderrichters, daß bei Prüfung der Frage, ob die Leistung des Einziehungsentgelts ohne Eingriff in das zur Erhaltung des Stammkapitals der Kl. erforderliche Stammvermögen erfolgt ist, die von den Inhabern der einzuziehenden Geschäftsanteile in dem Abschichtungsvertrag eingegangenen Verpflichtungen zur Zahlung von je 5000 RM am 1. April und 1. Juli 1929, sowie die Übernahme der auf dem ihnen überlassenen Ver Anwesen ruhenden Hypothek von 80 000 RM der Witwe C. nebst Zinsen mitsamt der dieser Hypothek zugrunde liegenden Forderung bei der Ermittlung des Werts des der Kl. verbliebenen Vermögens mitzurechnen

sind. Der Vorderrichter hat dies bejaht, und zwar in dem Sinn, daß diese Ansprüche auch vollwertig gewesen sind.

Die Rev. rügt insofern Verletzung der §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG.

Sie führt aus, daß als Zahlung i. S. der §§ 30, 34 GmbHG. jede, das Stammkapital mindernde Leistung an einen Gesellschafter als solchen zu betrachten sei, folglich sei eine derartige Auszahlung auch dann verboten, wenn die Gesellschaft ihre Leistungen, insofern sie auf Kosten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Kl. geschehen seien, zu einem späteren Zeitpunkt wieder zurückzuerstatten seien; es dürfe daher ein auscheidender Gesellschafter auf Grund eines Amortisationsbeschlusses nicht Schuldner der Gesellschaft auf Kosten des Stammkapitals werden; diese Auffassung liege auch dem ersten Revisionsurteil zugrunde. Im vorliegenden Fall sei nun das zu zahlende Entgelt derart geregelt, daß die Ausscheidenden bis zur Erfüllung ihrer Gegenleistungen Schuldner der Kl. hätten werden sollen. Bei einem solchen Sachverhalt dürfe zwecks Prüfung der Frage, ob die Auszahlung des vereinbarten Entgelts ohne Verstoß gegen § 30 GmbHG. geschehen könne, nicht untersucht werden, ob der Unterschied zwischen den vereinbarten Leistungen und Gegenleistungen ohne einen Eingriff in das Stammkapital gezahlt werden könne, vielmehr sei nur zu untersuchen, ob auch eine „Zahlung“ der seitens der Gesellschaft einzuweisen zu leistenden, von den Ausscheidenden jeweils noch nicht durch eine Gegenleistung ausgeglichenen Mehrwerte ohne eine Beanpruchung des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens möglich sei; es dürfe also bei Nichtaktivierung der noch ausstehenden Gegenleistungen der ausscheidenden Gesellschafter keine Unterbilanz vorliegen. Nur dann wäre der Beweis erbracht, daß die Ausscheidenden nicht auf Kosten des Stammkapitals Schuldner der Gesellschaft geworden seien. Dies habe sowohl der Sachverständige, wie auch der Vorderrichter verkannt. Gerade die Frage, auf die es allein ankomme, ob die Ausscheidenden nicht zu Lasten des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens Schuldner der Gesellschaft geworden seien, sei nicht geprüft worden, die Feststellung des Sachverständigen und des VerR. seien deshalb hierher rechtlich belanglos. Ebenso verfehlt sei es, wenn der Vorderrichter unter Berufung auf § 1164 BGB. und die Schulübernahmeerklärung der ausscheidenden Gesellschafter einen der Hypothekenforderung der Witwe C. entsprechenden Aktivposten von 80 000 RM in die Abschichtungsbilanz der Kl. einsetze. Ausweislich des Auseinandersetzungsvertrags hätten die ausscheidenden Gesellschafter allerdings sich der Kl. gegenüber zur Vereinigung dieser zugunsten der Gläubigerin auf den ihnen überlassenen Liegenschaften hypothekarisch gesicherten Schuld verpflichtet. Allein die Schulübernahme sei von der Gläubigerin nicht genehmigt worden; im unmittelbaren Anschluß an den Einziehungsbeschuß sei von den ausscheidenden Gesellschaftern die Firma „Dachziegelabrik S. u. Co. GmbH.“ mit einem Stammkapital von 81 000 RM gegründet worden; zur Erfüllung ihrer Stammeinlagen hätten die Ausscheidenden die ihnen von der Kl. überlassene Fabrikanlage im Wert von 161 000 RM in diese Gesellschaft eingebracht, wozu die Kl. die betreffenden Grundstücke unmittelbar und bedingungslos an die in der Gründung begriffene neue Gesellschaft mbH. aufgelassen und diese von ihren Gründern zu deren Entlastung die Schuld von 80 000 RM weiter übernommen habe; da aber die Gläubigerin der Schulübernahme durch die ausscheidenden Gesellschafter und die neue Gesellschaft mbH. nicht zugestimmt habe, sei die Kl. nach wie vor persönliche Schuldnerin der hypothekarisch gesicherten Forderung geblieben. Weil irgendein Rechtsverhältnis zwischen der Kl. und der neuen Gesellschaft nicht hergestellt worden und die Wirksamkeit der Abschichtungsvereinbarungen nicht davon abhängig gemacht sei, daß die Gläubigerin die Kl. aus der Schuldhaftung entlasse, habe die Kl. ihrerseits sich mit der von den Ausscheidenden eingegangenen schuldrechtlichen Verpflichtung, die Gläubigerin zu befriedigen, zufrieden gegeben, sich also mit der Fortdauer ihrer eigenen persönlichen Haftung der Gläubigerin gegenüber abgefunden; sie, die Kl., sei ferner hinsichtlich des

Eigentums an den zu übertragenden Grundstücken unmittelbar Rechtsvorgängerin der neuen Gesellschaft gewesen und habe dieser gegenüber auf das Recht, sich aus den für die Schuld dinglich haftenden Grundstücken schadlos halten zu können, verzichtet. Die Hypothek habe deshalb auch nicht gem. § 1164 BGB. auf die Kl. übergehen können. Hiernach sei aber von dem Wert der Übertragungen Fabrikanlage in Höhe von 105 199,35 RM die Hypothekenbelastung nicht in Abzug zu bringen; vielmehr bedeute die Weggabe der Grundstücke für die Kl. eine Vermögensminderung in voller Höhe von 105 199,35 RM, welche durch die von der Gläubigerin nicht genehmigte Schuldübernahme der ausscheidenden Gesellschafter und das gegen diese bestehende Rückgriffsrecht auch nicht teilweise ausgeglichen sei. Selbst wenn aber die Hypothek auf die Kl. habe übergehen können, wäre sie bei Ermittlung der Vermögensverhältnisse der Kl. nur mit ihrem wirklichen Wert, d. h. mit dem voraussichtlichen Erlös bei einer Zwangsversteigerung der belasteten Grundstücke zu aktivieren gewesen, der bedeutend niedriger gewesen sei; der Umstand, daß die Kl. bei der im September 1934 erfolgten Zwangsversteigerung die belasteten Grundstücke um 87 500 RM ersteigert habe, sei an und für sich kein Beweis dafür, daß diese Grundstücke nach dem 8. Febr. 1929, d. h. im Zeitpunkt der von der Kl. zu bewirkenden Leistungen, an die Ausscheidenden in dieser Höhe zu bewerten gewesen seien.

Auch diese Revisionsangriffe sind nicht begründet. Das von der Kl. für die zu amortisierenden Geschäftsanteile zu leistende Entgelt bestand hier nicht in einer Barabfindung, vielmehr sind diesen Gesellschaftern Bestandteile des Gesellschaftsvermögens überlassen worden, die an und für sich das in Aussicht genommene Entgelt erheblich überstiegen haben; dieser Mehrwert sollte seinen Ausgleich in der Weise finden, daß die Ausscheidenden dafür an die Gesellschaft gewisse Zahlungen zu leisten und weiterhin die Kl. von der Inanspruchnahme durch die Gläubigerin der auf den ihnen überlassenen Liegenschaften ruhenden Hypothek von 80 000 RM nebst Zinsen freizustellen, sich verpflichtet haben.

Nun hat der Besl. selbst nicht behauptet, daß die so von den ausscheidenden Gesellschaftern der Kl. gegenüber eingegangenen Verpflichtungen in Wirklichkeit nicht ernst gemeint gewesen seien oder die Verschleierung von Eingriffen in das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen bezweckt hätten. Es kann sich also vorab nicht etwa darum handeln, daß insoweit der Wille der Beteiligten auf eine verdeckte Ausschüttung von zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögensstücken gegangen wäre. Im Gegenteil ergibt sich aus den Feststellungen in der Verhandlungsschrift über die Gesellschafterversammlung v. 8. Febr. 1929 gerade umgekehrt, daß die sämtlichen Beteiligten der Überzeugung waren, die Abschichtung der ausscheidenden Gesellschafter werde sich ohne Eingriff in das zur Deckung des Stammkapitals nötige Vermögen durchführen lassen und solle gerade mit auch unter dieser Voraussetzung, so wie gesehen, beschlossen sein. Es kann also zunächst keine Rede davon sein, daß die Umkehr der fraglichen, bisher zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände ohne Rücksicht auf den Bestand des Stammkapitals hätte erfolgen sollen und daß die von den ausscheidenden Gesellschaftern hierbei ihrerseits übernommenen Gegenleistungen nur einen etwaigen Eingriff in das Stammkapitaldeckungsvermögen hätten verschleiern sollen.

Der Vorderrichter führt ferner aus, daß die von den ausscheidenden Gesellschaftern in dem Abschichtungsvertrag eingegangenen Verpflichtungen „vollwertig“ gewesen sind. Das soll einmal gelten von der restlichen Forderung der Kl. an die ausscheidenden Gesellschafter auf Zahlung von je 5000 RM am 1. April 1929 und 1. Juli 1929, über die sofort von den ausscheidenden Gesellschaftern Wechsel zu geben waren, auch gegeben worden sind, die in der Folge anstandslos eingelöst worden sind. Wenn der Vorderrichter unter Hinweis darauf und die Vermögensverhältnisse der ausscheidenden Gesellschafter die „Vollwertigkeit“ dieser Zahlungsansprüche der Kl. besagt, so ist dies jedenfalls in dem Sinne nicht zu beanstanden, daß sie dies unter Berücksichtigung des geschäftsüblichen Diskontabzugs, der wiederum zu Lasten der

ausscheidenden Gesellschafter ging, gewesen sind. Waren im übrigen aber die Forderungen nach gewissenhafter, sorgfältiger kaufmännischer Bewertung als finanziell voll einbringlich anzusehen, so bildeten sie einen entsprechend zu bewertenden Bestandteil des Gesellschaftsvermögens, um den sich daselbe erhöhte.

Anlangend den Freistellungsanspruch der Kl. gegen den Besl. und die beiden anderen ausscheidenden Gesellschafter hinsichtlich der Haftung aus der hypothekarisch gesicherten Forderung der Witwe C. in Höhe von 80 000 RM nebst Zinsen, so muß für die Rev.Just. allerdings davon ausgegangen werden, daß die Gläubigerin die in dem Abschichtungsvertrag vorgesehene Schuldübernahme nicht genehmigt hat, auch mit der Schuldübernahme durch die neu gegründete GmbH. nicht einverstanden gewesen ist, daß also die Kl. ungeachtet dieser Abmachungen nach wie vor persönlich Schuldnerin der „C.“ hinsichtlich der Hauptsumme nebst Zinsen geblieben ist. Wurde so auch die Kl., wie zu unterstellen ist, wegen Verweigerung der Genehmigung der Schuldübernahme seitens der Gläubigerin dieser gegenüber von der Schuld nicht befreit, so waren ihr gegenüber doch, wie in dem Abschichtungsvertrag ausdrücklich, in Übereinstimmung mit der Regel des § 415 Abs. 3 BGB. bestimmt ist, die ausscheidenden Gesellschafter unter gesamtschuldnerischer Haftung zur Erfüllung dieser Schuld samt Zinsen verpflichtet. Der Kl. stand also abgesehen davon, daß die dingliche Haftung für die Hypothek in Zukunft die Grundstückerwerber treffen sollte und traf, von vornherein gegen die ausscheidenden Gesellschafter ein ziffernmäßig ihrer Schuld an die Witwe C. nebst Zinsen, entsprechender Schuldbefreiungsanspruch zur Seite. Der Vorderrichter erachtet, ersichtlich unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls, auch diesen Anspruch der Kl. für „vollwertig“. Wenn er insoweit unterstützend auch noch darauf hinweist, daß neben die persönliche Haftung der ausscheidenden Gesellschafter die Kl. im Falle der eigenen Inanspruchnahme aus der persönlichen Schuld und deren Abdeckung durch sie, gem. § 1164 BGB., die Hypothek kraft Gesetzes auf sie übergegangen wäre, da sie von den Rechtsvorgängern (d. h. den ausscheidenden Gesellschaftern) der Eigentümerin (das wäre die neugegründete GmbH.) Ersatz (auf Grund des Schuldbefreiungsanspruchs) habe verlangen können, so erscheint auch dies nicht rechtsirrtümlich. Gewiß ist richtig, daß das Eigentum an den belasteten Grundstücken nicht zunächst von der Kl. auf die ausscheidenden Gesellschafter und von diesen ihrerseits alsdann auf die von ihnen neu gegründete GmbH. übertragen worden ist, vielmehr hat die Kl. einerseits in Erfüllung der zwischen ihr und den ausscheidenden Gesellschaftern geschlossenen Abmachungen, andererseits auf deren Weisung zwecks Erfüllung der von ihnen in dem Gründungsvertrag der neuen GmbH. dieser gegenüber übernommenen Sacheinlagepflicht formaltrechtlich das Eigentum unmittelbar auf die neue GmbH. übertragen. In solchem Fall darf aber der neue Eigentümer unbedenklich als Rechtsvorgänger i. S. des § 1164 BGB. des formellrechtlich allerdings nicht Eigentümer gewordenen Zwischenerwerbers angesehen werden. Insofern sind gegen die Ausführungen des Vorderrichters Bedenken nicht zu erheben. Wieso dann die Kl. durch die, wenn auch „bedingungslos“ übereignung der Liegenschaften an die GmbH. zu deren Gunsten auf das Recht, sich gegebenenfalls aus den für die Schuld dinglich versicherten Grundstücken schadlos zu halten, verzichtet haben sollte, ist unerfindlich, zumal wenn ihr bei der Übereignung bekannt war, daß die GmbH. die Hypothek und die persönliche Forderung der Gläubigerin ihren (der neuen GmbH.) Gründern gegenüber in Anrechnung auf deren Sacheinlage mit zur Abdeckung übernommen hatte. Wenn sodann die Rev. in diesem Zusammenhang Verletzung des § 286 ZPO. rügt unter Hinweis, daß der Wert der fraglichen Grundstücke bedeutend niedriger als 80 000 RM gewesen sei, so schlägt auch dieser Angriff nicht durch. Der Vorderrichter ist ersichtlich insbes. angesichts der Bewertung des fraglichen Liegenschaftsbesitzes in dem Abschichtungsvertrag, mit der sich gerade auch der Besl. einverstanden erklärt hat, und des Ergebnisses der im

Jahr 1934 erfolgten Zwangsversteigerung zu der Überzeugung gelangt, daß der fragliche Grundbesitz auf alle Fälle Deckung für die Hypothek geboten hat; dies liegt auf dem Gebiet rein tatsächlicher Sachwürdigung. Es muß demnach bei der weiteren rechtlichen Beurteilung davon ausgegangen werden, daß die vorstehend erörterten Ansprüche der Kl. aus dem Abfindungsvertrag gegen die auscheidenden Gesellschafter nicht nur ernstlich erwollt und rechtsbeständig, sondern auch von vornherein wirtschaftlich „vollwertig“ waren und blieben. Tatsächlich sind der Kl. hinterher durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren die fraglichen Liegenschaftswerte denn auch wieder zugesprochen, wobei der Zuschlagspreis noch um rund 18 000 RM hinter dem Buchwert derselben zur Zeit der Überlassung an die auscheidenden Gesellschafter zurückblieb. Es kommt daher lediglich darauf an, ob etwa so, wie es die Rev. will, nach §§ 30, 31 GmbHG. vergl. mit § 34 Abs. 3 daselbst bei Prüfung der Frage, ob die Leistungen der Kl. ohne Eingriff in das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen geschehen konnten und geschehen sind, diese Gegenleistungen des Bekl. überhaupt außer Betracht bleiben mußten. Dies muß mit dem BG. verneint werden, ist auch nicht in dem ersten RevUrt. ausgesprochen. Der Standpunkt der Rev. würde zur Überspannung des Schutgedankens der §§ 30, 31 GmbHG. führen und der inneren Rechtfertigung entbehren. Gewiß müssen gerade bei der GmbH. im Interesse Dritter (der Gläubiger und künftiger Gesellschafter) nicht nur die zur Sicherung der Ausbringung des Stammkapitals erlassenen Vorschriften (z. B. die §§ 5, 19 Abs. 3 GmbHG.), sondern nicht minder auch die der Erhaltung desselben dienenden Best., zu denen insbes. gerade die §§ 30, 31, 34 Abs. 3 GmbHG. gehören, genaue Beachtung finden. Allein die §§ 30, 31 GmbHG. verbieten der Gesellschaft nicht Rechtsgeschäfte mit den Gesellschaftern überhaupt, sondern treffen nur solche Fälle, welche zu einer Verminderung des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens führen. Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, bei welchen die Gesellschaft nicht nur Vermögensstücke zugunsten der Gesellschafter aufgibt, sondern letztere wiederum zu wirtschaftlich und finanziell wertvollen Gegenleistungen sich verpflichten, können diese Gegenleistungen und die damit der Gesellschaft zufließenden Werte nicht außer Betracht bleiben. Das tritt besonders klar und deutlich bei Zahlungen zu Tage, welche der Gesellschafter etwa zum Zug gegen die Leistungen der Gesellschaft macht. Es muß aber ebenso gelten, wenn die Gegenleistungen des Gesellschafters etwa in tauschweise oder an Zahlungen statt hingeebenen Leistungen bestehen, die ihrem wirtschaftlichen Wert nach bei gewissenhafter, sorgfältiger geschäftsüblicher Prüfung zum vereinbarungsgemäß angenommenen Wert zu bewerten sind. Denn auch sie führen dem Gesellschaftsvermögen Werte zu, welche die durch die Leistung der Gesellschaft an und für sich eingetretene Minderung des Gesellschaftsvermögens wieder ausgleichen. Es ist nicht erfindlich, weshalb die Gegenleistungen des Gesellschafters nicht auch in der Abtretung von Forderungen gegen Dritte sollten bestehen können, wie solche z. B. ohnehin aus dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft erwachsen und wertvolle Bestandteile ihres Vermögens bilden können. Dann ist aber nicht einzusehen, weshalb der Erwerb einer „vollwertigen“ Forderung gegen die Gesellschafter selbst im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG. auch im Zusammenhang mit der entgeltlichen Amortisation von Geschäftsanteilen eines oder mehrerer Gesellschafter anders zu beurteilen wäre. Es kommt bei den §§ 30, 31 GmbHG. auf das wirtschaftliche Ergebnis an, ob finanziell-wirtschaftlich das verbleibende Vermögen noch ausreicht, um die Stammkapitalziffer auszufüllen. Gesezt den Fall, die Kl. hätte die fraglichen Liegenschaften an den Bekl. und die beiden anderen auscheidenden Gesellschafter um rund 105 000 RM verkauft mit der Maßgabe, daß von denselben in Anrechnung auf den Kaufpreis die Hypothek mit samt der persönlichen Forderung der Witwe C. zu übernehmen gewesen, die Erwerber aber im Fall der Nichtgenehmigung der Schulübernahme ihrerseits der Kl. zur Schulberfüllung verpflichtet gewesen und außerdem den überschießenden Betrag von rund 25 000 RM in Raten abzuzahlen gehabt hätten, ein Rechtsgeschäft, wie es seiner Art nach dem alltäglichen Verkehr ange-

hört, so würde unter der Voraussetzung der Vollwertigkeit der von den Erwerbern eingegangenen Verpflichtungen im Zeitpunkt der Grundstücksübergangung von einem Eingriff in das zur Erhaltung des Stammkapitals nötige Vermögen keine Rede sein können, und zwar auch dann nicht, wenn ohne die Gegenleistungen der Gesellschafter ein Eingriff in das Stammkapitalvermögen vorliegen würde. Nicht anders kann aber rechtsgrundsätzlich ein Fall, wie der vorliegende, beurteilt werden, bei welchem in dem der entgeltlichen Amortisation der Geschäftsanteile der auscheidenden Gesellschafter zugrunde liegenden Vertrag an die auscheidenden Gesellschafter seitens der Gesellschaft Leistungen zu bewirken sind und bewirkt wurden, die zwar über das Einziehungsentgelt hinausgingen, dem aber „Leistungen“ der Gesellschafter gegenüberstanden, die so, wie sie vereinbart wurden, ihrem inneren Wert nach im Zeitpunkt der Leistungen der Gesellschaft in sich „vollwertig“ waren und ihr Werte zugeführt haben, welche ihr Vermögen dergestalt auffüllten, daß die Stammkapitalziffer einschließlich des Umfetzungsreservefonds gemäß den rechtlich einwandfreien tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters nach wie vor voll und ganz gedeckt war.

(U. v. 20. Dez. 1935; II 113/35.)
 (= RGZ. 150, 28.)

*
 ** 12. § 10 B. v. 10. Nov. 1934 über den Zusammenschluß der Deutschen Zuckerrwirtschaft. Der Ausschluß des Rechtsweges bezieht sich nur auf Streitigkeiten aus Lieferungen der Ernte 1934 oder spätere Jahrgänge.

Mit Rücksicht auf die Vorschr. des § 10 Abs. 1 Nr. 2 B. über den Zusammenschluß der deutschen Zuckerrwirtschaft vom 10. Nov. 1934 (RGBl. I, 1173), nach der alle zwischen Rübenanbauern und Zuckerrfabriken aus einem Vertrage über die Lieferung von Rüben entstehenden Streitigkeiten unter Ausschluß des Rechtsweges den nach der B. zu bildenden Schiedsgerichten zur Entsch. überwiesen sind, prüft das BG. in erster Linie die Frage, ob für den Rechtsstreit der Rechtsweg zulässig ist. Es bejaht sie mit der Begr., daß die B. v. 10. Nov. 1934 auf den vorl. Rechtsstreit überhaupt keine Anwendung finde, weil dieser zur Zeit des Inkrafttretens der B. — 1. Dez. 1934 — bereits vor den ordentlichen Gerichten anhängig gewesen sei. Das BG. verkennt nicht, daß es sich mit dieser Ansicht in Widerspruch setzt zu dem Urteil des erf. Sen. v. 21. Dez. 1934 (RGZ. 146, 244 ff. = JW. 1935, 1489 ?), in dem ausgeführt ist, daß die B. v. 10. Nov. 1934 grundsätzlich auch auf die bei ihrem Inkrafttreten vor den ordentlichen Gerichten schon schwebenden Rechtsstreitigkeiten Anwendung finde. Es ist aber der Meinung, daß die B. v. 10. Nov. 1934 anders ausgelegt werden müsse, als dies in dem genannten Urteile geschehen sei. In § 10 Abs. 1 Nr. 2 B. sei ausdrücklich gesagt, daß den Schiedsgerichten solche Rechtsstreitigkeiten zur Entsch. zugewiesen seien, die „entstehen“. Damit habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß der Entsch. der Schiedsgerichte nur die in Zukunft sich erhebenden Streitigkeiten unterliegen sollten. Ähnlich seien bereits in den §§ 3 und 4 B. über die Regelung des Absatzes von Zuckerrüben v. 18. Mai 1934 (RGBl. I, 415) den Schiedsgerichten die Rechtsstreitigkeiten zur Entsch. überwiesen worden, die „aus einem Vertrag über die Lieferung von Zuckerrüben der Ernte 1934 oder einer Ernte der folgenden Jahre entstehen“. Auch hier sei also nur von kommenden Rechtsstreitigkeiten die Rede. Endlich verweist das BG. noch auf die Vorschr. des § 16 B. v. 10. Nov. 1934; sie verweise alle vor einem der bisherigen Schiedsgerichte anhängig gewesenen Streitigkeiten zur weiteren Behandlung und Entsch. ausdrücklich den neu zu bildenden Schiedsgerichten, während es an einer Übergangsbestimmung für die Erledigung und Kostenregelung schon vor einem ordentlichen Gericht schwebender Rechtsstreitigkeiten fehle. Daraus könne, so meint das BG., im Wege des Umkehrschlusses gefolgert werden, daß diese Rechtsstreitigkeiten dem Willen des Gesetzgebers auch weiterhin den ordentlichen Gerichten verbleiben sollten.

Die Annahme des BG., daß der Rechtsweg zulässig sei, ist entgegen der Meinung der Rev., wenn auch aus anderen als den vom BG. vertretenen Gründen zu billigen.

An der Auffassung, daß neue Best., die die Zulässigkeit des Rechtsweges beschränken, auch auf anhängige Rechtsstreitigkeiten anzuwenden sind, ist mit der Entsch. (RGZ. 146, 244 ff. = JW. 1935, 1489⁷) allerdings festzuhalten. Eine Ausnahme von dieser Regel ist auch — entgegen der Ansicht des BG. — weder in den WD. v. 18. Mai und 10. Nov. 1934, noch in der am 1. März 1935 in Kraft getretenen WD. über die Bildung von Schiedsgerichten für landwirtschaftliche Marktregelung vom 26. Febr. 1935 (RWBl. I, 293 i. Verb. m. der Berichtigung S. 368) ausgesprochen. Dies ist in der Entsch. des ert. Sen. v. 13. Dez. 1935 in Sachen der Zuckerfabrik Holland AktG. gegen die Zuckerfabrik Zöbzig GmbH, II 161/35 gegenüber dem gegen die Sache ergangenen Urteil des 5. ZivSen. des OLG. Naumburg v. 28. März 1935 des näheren dargelegt; es genügt, auf jene Ausführungen zu verweisen.

Andererseits ist aber folgendes zu erwägen:

Die WD. v. 18. Mai 1934 beruht auf §§ 2, 10 Reichsnährst. v. 13. Sept. 1933 (RWBl. I, 626), die WD. v. 10. Nov. 1934 auf §§ 3, 10 desselben Gesetzes und auf §§ 7, 8, 10 Teil 8 Kap. V WD. d. Präsi. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 1. Dez. 1930 (RWBl. I, 517, 602) und die WD. v. 26. Febr. 1935 auf § 10 Abs. 1 Reichsnährst. v. 13. Sept. 1933 (RWBl. I, 627). Die WD. bezwecken den Ausbau der Gesetzgebung des Dritten Reiches zum Aufbau des Standes der deutschen Landwirtschaft, des Reichsnährstandes. Damit ist ihrer Anwendbarkeit eine gewisse Grenze in zeitlicher Hinsicht gezogen. Die im Zeitpunkte der nationalsozialistischen Erhebung in Kraft befindlichen Gesetze enthielten keine Beschränkungen des Rechtsweges für die zwischen Rübenanbauern und Zuckerrübenfabriken aus einem Verträge über die Lieferung von Rüben entstehenden Streitigkeiten. Zwar sah schon die WD. über den Zusammenschluß der Zuckerindustrie vom 27. März 1931 (RWBl. I, 86) im § 10 Schiedsgerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Behandlung laufender Rübenlieferungsverträge vor. Diese Schiedsgerichte hatten aber nur über gewisse aus Anlaß der Kontingentierung entstehende Streitigkeiten über die Rübenabnahmepflicht der Fabriken zu entscheiden. Die Schiedsgerichte, die in der Satzung der durch dieselbe WD. gebildeten „Wirtschaftlichen Vereinigung der Deutschen Zuckerindustrie“ zugelassen waren, hatten ebenfalls (vgl. §§ 19, 39 der Satzung [RWBl. I, 88 ff.]) bestimmt begrenzte Aufgaben zu erfüllen. Die Zulässigkeit des Rechtsweges für Streitigkeiten zwischen Rübenanbauern und Zuckerrübenfabriken über vertragsmäßige Rübenlieferungsverpflichtungen war hiernach durch die vor der Reichsnährstandesgesetzgebung erlassenen Gesetze grundsätzlich nicht beschränkt. Es ist klar, daß der Schöpfer der Reichsnährstandesgesetzgebung an einer Änderung dieses Rechtszustandes so weit kein Interesse haben konnte, als es sich bei den zum gerichtlichen Austrag kommenden Verpflichtungen aus Rübenlieferungsverträgen betreffenden Streitigkeiten um Rechtsstreitigkeiten handelte, die aus Rübenlieferungsverträgen entstanden, die vor dem Erlaß der Reichsnährstandsverordnungen geschlossen waren und keine neuen Verpflichtungen mehr erzeugten. Es kann nicht in der Absicht des Reichsnährstandesgesetzgebers gelegen haben, den von ihm im Interesse des Neuaufbaues des Standes der deutschen Landwirtschaft angeordneten Schiedsgerichten auch solche aus älteren Rübenlieferungsverträgen stammenden Rechtsstreitigkeiten zu unterwerfen, deren Entsch. in keiner Weise in die neue geschaffene Ordnung eingreifen konnte. Der § 4 WD. v. 18. Mai 1934 bestimmt denn auch ausdrücklich, daß die gem. § 3 dieser WD. zu bildenden Schiedsgerichte zuständig sein sollen für Streitigkeiten zwischen einem Rübenanbauer und einer Zuckerrübenfabrik aus einem Vertrag über die Lieferung von Zuckerrüben der Ernte 1934 oder einer Ernte der folgenden Jahre, ferner für Streitigkeiten, die die Frage betreffen, ob ein — älterer, noch nicht abgewickelter — Lieferungsvertrag gemäß einer vom Reichsnährstand auf Grund des § 1 Nr. 3 WD. erlassenen Anordnung für unwirksam erklärt werden soll. Hiernach ergibt sich, daß Streitigkeiten aus Rübenlieferungsverträgen dem Rechtsweg nur so weit — dann aber auch stets und ohne Rücksicht darauf, wann sie anhängig geworden sind — entzogen sind, als sie sich auf Lieferungen aus der Ernte 1934 oder aus spä-

teren Ernten beziehen. Deshalb, nicht aus den Erwägungen des BG., ist der Rechtsweg für den vorl. Rechtsstreit gegeben. Es handelt sich um einen Rübenlieferungsvertrag aus dem Jahre 1929 auf Grund dessen die Bekl. die Rübenerte der Bedenten der Kl. aus dem Jahre 1930 gekauft und geliefert erhalten hat. Der Streit der Parteien dreht sich darum, ob die Bekl., die den auf diese Ernte entfallenden Überlagerungszucker zu Auslandspreisen bezahlt, in den folgenden Jahren aber zu Inlandspreisen im Inlande abgesetzt hat, verpflichtet ist, den bei der Abrechnung i. F. 1930/31 gezahlten Kaufpreis um einen entsprechenden Betrag zu erhöhen.

Damit erledigt sich die verfahrensrechtliche Rüge der Rev., die dem BG. zum Vorwurf macht, daß es entgegen RGZ. 146, 244 ff. = JW. 1935, 1489⁷ die Vorschr. des § 10 Abs. 1 Nr. 2 WD. v. 10. Nov. 1934 über die Zuständigkeit der durch diese WD. gebildeten Schiedsgerichte rechtsirrig ausgelegt habe. Es erübrigt sich auch die von der RevBekl. beantragte Einholung einer Auskunft des Reichs- und PrMin. für Ernährung und Landwirtschaft über die beim Erlaß der neuen Best. betr. den Ausschluß des Rechtsweges für Streitigkeiten aus Rübenlieferungsverträgen vom Gesetzgeber verfolgten Absichten.

(U. v. 28. Jan. 1936; II 172/35. — Naumburg.) [R.]

(= RGZ. 150, 118.)

*

** 13. § 13 OVBG.; § 3 PrFischG. Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges ist nach ständiger reichsgerichtlicher Rspr. das tatsächliche Klagevorbringen maßgebend (RGZ. 146, 244 = JW. 1935, 1489⁷); es kann aber andererseits durch eine bloße Bezugnahme des Kl. auf bürgerlich-rechtliche Best. der ordentlichen Rechtsweg für einen aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen hergeleiteten Anspruch nicht eröffnet werden, und es ist erforderlich, daß die tatsächliche Klagebegründung mindestens die Möglichkeit eines bürgerlich-rechtlichen, vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgenden Anspruchs ergibt (RGZ. 145, 369 ff. = JW. 1935, 597¹ m. Anm.). § 3 Abs. 2 PrFischG. macht keinen Unterschied, ob gesetzliche oder vertragliche Ansprüche durch den Antrag auf Schließung des Gewässers verletzt sind. Für alle Schadensersatzansprüche, die mit der Schließung eines offenen Gewässers zusammenhängen, ist die ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben. In der Schließung eines offenen Gewässers liegt keine Entzignung zum Nachteil des in anderen Gewässern Fischereiberechtigten.

Der Kl. ist Eigentümer einer am Ausfluß des R. er Sees, dem sog. Mühlenstieß, gelegenen Wassermühle, die Bekl. Eigentümerin des R. Sees. Der Kl. hat in dem Mühlenstieß ein altes Fischerei- und Aalfangrecht, über das oft Streitigkeiten zwischen den Parteien und ihren Rechtsvorgängern bestanden. Am 24. Juni 1908 haben der Kl. und der Rechtsvorgänger der Bekl., F. S., einen Vergleich geschlossen; in diesem übernahm letzterer u. a. die Verpflichtung, das Mühlenstieß vom Austritt aus dem R. See bis zum Wehr oberhalb der Mühlenbrücke zu räumen und von allen festen Einbauten freizuhalten, und erklärte sich damit einverstanden, daß der Kl. seinen Aalfang unterhalb des Mühlengerinnes in dessen ganzer Breite ohne Schuttgitter oberhalb des Mühlenstießes beibehalte. Ferner wurde der Einbau einer Aalleiter zwischen Unterwasser und Oberwasser vereinbart. Der Kl. verpflichtete sich, diese Aalleiter mit dem für den Aufstieg der Albrut nötigen Wasser zu versehen. Er hat die Aalleiter auch errichtet.

Auf Antrag des Ghemannes und Rechtsvorgängers der Bekl., F. S., ist durch Beschluß des BezAussh. zu P. v. 11. Okt. 1921 der R. See bis zum 31. Dez. 1939 zum geschlossenen Gewässer erklärt worden. Nachdem F. S. die Schließung des Sees in der ihm aufgegebenen Weise vorgenommen hatte, hat

der Kl. von ihm und später von der Bekl. im Verwaltungsverfahren eine Entschädigung gem. § 3 Abs. 2 PrFischG. verlangt mit der Begr., vor der Absperrung habe er jährlich etwa 560 Pfund Aale gefangen, während er jetzt fast keine mehr fange. Durch Beschluß des BezAusSch. zu B. v. 1. März 1933 ist ihm für die Zeit v. 1. April 1923 bis 31. Dez. 1939 eine Jahresentschädigung von 51 *RM* zugesprochen worden. Die Beschw. des Kl. ist durch Beschl. des OVG. zu B. v. 8. März 1934 zurückgewiesen worden. Ihm ist nur für die aus dem oberhalb des R.er Sees liegenden, mit diesem verbundenen Na. See kommenden Aale Schadenersatz zugesprochen worden, die durch die Absperrung des Sees verhindert werden, in das Mühlentief zu gelangen; dagegen ist ihm für die im R.er See aufgewachsenen Aale kein Schadenersatz zugebilligt worden; als solche sind nach Ansicht des OVG. sowohl die in ihrer Jugend aus dem Meer in den R. See ziehenden Aale, als auch die von der Bekl. eingefesteten Glas- und Sehaale anzusehen.

Der Kl. macht nun geltend, ihm stehe neben dem ihm durch den Beschluß des BezAusSch. gewährten Schadenersatz ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch aus Vertragsverletzung zu, weil der Rechtsvorgänger der Bekl. durch die Stellung des Antrags auf Schließung des Sees und den Einbau der auf Grund des Beschlusses des BezAusSch. v. 11. Okt. 1921 erfolgten Absperrung den Vergleich v. 24. Juni 1908 verletzt habe. Unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Jahresertrages von 560 Pfund Aalen zum Preise von 1 *RM* für das Pfund abzüglich der ihm gewährten Entschädigung von jährlich 51 *RM* verlangt er für die Jahre 1923 bis 1934 eine Entschädigung von 6108 *RM* nebst Zinsen. Die Bekl. hält den Rechtsweg für unzulässig und befreit die Ausführungen des Kl.

Das OVG. hat die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Kl. mit Einwillingung der Bekl. unter Übergehung der VerJnst. unmittelbar Rev. eingelegt; er beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und nach seinen in der Vorinstanz gestellten Anträgen zu erkennen.

Das OVG. hält den ordentlichen Rechtsweg für ausgeschlossen, weil nach § 3 PrFischG. v. 11. Mai 1916 für den gesamten, sich an die Erklärung des Sees zum geschlossenen Gewässer anschließenden Fragenbereich einschließlich sämtlicher Schadenersatzansprüche allein das Verwaltungsverfahren zulässig sei; auch hält es die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht etwa nach Art. 153 WeimVerf. für gegeben, da der Kl. durch die Schließung des Sees nicht enteignet worden sei.

Nach § 13 OVG. gehören vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder VerwGer. begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. Nach ständiger Rspr. des RG. ist für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs das tatsächliche Klagevorbringen maßgebend (RGZ. 146, 244 = JW. 1935, 1489¹), es kann aber andererseits durch eine bloße Bezugnahme des Kl. auf bürgerlich-rechtliche Best. der ordentliche Rechtsweg für einen aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen hergeleiteten Anspruch nicht eröffnet werden, und es ist erforderlich, daß die tatsächliche Klagebegründung mindestens die Möglichkeit eines bürgerlich-rechtlichen, vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgenden Anspruchs ergibt (RGZ. 145, 369 = JW. 1935, 597¹ m. Anm.).

Im vorl. Falle macht der Kl. Ersatz des Schadens geltend, der ihm durch die infolge der Schließung des R. Sees entzogene Möglichkeit des Aalfangs entstanden sei, und gründet diesen Anspruch auf den zwischen ihm und dem Rechtsvorgänger der Bekl. am 24. Juni 1908 geschlossenen Vergleich. Nach diesem Vergleich habe die Bekl., so führt er aus, nichts unternommen dürfen, um den R. See abzusperrern und seinen Aalfang zu hindern; das FischG. habe ihrem Rechtsvorgänger zwar die öffentlich-rechtliche Befugnis gegeben, den Antrag auf Schließung des Sees zu stellen, seine privatrechtlichen Verpflichtungen hätten ihm aber verboten, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, also habe er durch die Antragstellung eine positive Vertragsverletzung begangen. Der Kl. macht hiermit einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch geltend, so daß die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben wäre, wenn nicht einer der Aus-

nahmefälle des § 13 OVG. vorliegt. Ob das der Fall ist, hängt von der Auslegung des § 3 Abs. 2 PrFischG. ab. In Abs. 1 dieser Best. ist u. a. gesagt, daß offene Gewässer, in denen die Ausübung des Fischereirechts in vollem Umfange einer Einzelperson zusteht, oder einzelne Strecken solcher Gewässer durch Beschluß des BezAusSch. auf Antrag des zur Ausübung Berechtigten für einen bestimmten Zeitraum zu geschlossenen Gewässern erklärt werden können, wenn sie derart abgesperrt werden, daß Fische, die das vorgeschriebene Mindestmaß haben, nicht wechseln können. Abs. 2 bestimmt sodann, daß, wenn durch eine solche Erklärung zum geschlossenen Gewässer ein zur Fischerei in anderen Gewässern oder Gewässerstrecken Berechtigter Schaden erleidet, er vom Antragsteller Schadenersatz beanspruchen kann, daß aber Schadenersatz nicht dafür zu leisten ist, daß der Wechsel von Fischen verhindert wird, die in dem zu schließenden Gewässer aufgewachsen sind, daß ferner über den Anspruch und seine Höhe bei Streit derselbe BezAusSch. zu beschließen hat, der nach Abs. 1 entschieden hat.

In der Regel werden zwischen dem Eigentümer des zu schließenden Gewässers und den zur Fischerei in anderen Gewässern Berechtigten keine vertraglichen Beziehungen bestehen, und das Gesetz wird in erster Linie die Regelung der unmittelbar aus dem Gesetz, insbes. auf seinem § 35 beruhenden Rechtsverhältnisse gewollt haben. Das OVG. nimmt aber mit Recht an, daß auch vertragliche Schadenersatzansprüche nur im Verfahren vor dem VerwGer. geltend gemacht werden können. Dem steht nicht etwa § 7 Abs. 1 Satz 2 PrGes. über die Allgemeine Landesverwaltung v. 30. Juli 1883 entgegen, wonach die Entsch. der VerwGer. unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse ergehen; denn diese Best. trifft nur auf die Fälle zu, wo die VerwGer. nicht eine Entsch. über privatrechtliche Verhältnisse zu erlassen haben (vgl. v. Brauchitsch, Ges. über die Allg. Landesverwaltung, Note 2a zu § 7). Das OVG. weist zutreffend darauf hin, das Gesetz mache keinen Unterschied, ob gesetzliche oder vertragliche Ansprüche durch den Antrag auf Schließung des Gewässers verletzt seien, und bei Zulassung des Rechtswegs für vertragliche Ansprüche neben dem verwaltungsrechtlichen Verfahren werde die klare Scheidung der Befugnisse der Verwaltungsbehörden und der ordentlichen Gerichte verwirkt und die Möglichkeit sich widersprechender Entsch. geschaffen. Dafür, daß der Gesetzgeber die Regelung des gesamten Schadenersatzes einheitlich den VerwGer. übertragen hat, sprechen weiter folgende Erwägungen. Der Streit über Anspruch und Höhe ist demselben BezAusSch. übertragen, der über den Antrag auf Schließung des Gewässers entscheidet. Das ist deshalb geschehen, weil die Frage der Schließung und die der Schadenersatzverpflichtungen möglichst einheitlich behandelt und entschieden werden sollen, da so der mit dem Verfahren verfolgte Zweck leichter erreicht werden kann. Die in § 3 FischG. geschaffene Möglichkeit der vorübergehenden Schließung auch solcher Gewässer, die mit anderen Gewässern zusammenhängen, beruht auf dem Bestreben, dadurch nicht nur den Nutzen des Gewässers für den Fischereiberechtigten zu vermehren, sondern darüber hinaus seine Fischerei den allgemeinen wirtschaftlichen Belangen dienstbar zu machen. Die Best. will die Möglichkeit schaffen, zielbewusste Maßnahmen zur Verbesserung des Fischbestandes und zur vollen Ausnutzung des Gewässers zu treffen und hierdurch eine Bewirtschaftungsweise eröffnen, die zu einer Vermehrung und Verbesserung der für die Bevölkerung immer unentbehrlicher werdenden Fischnahrung führt (Begr. des Fischereigesetzentwurfs zu §§ 2, 3, Druckf. Nr. 12 des Vernehmens, Session 1916). Die Best. soll also allgemeinen volkswirtschaftlichen Belangen dienen. Für die möglicherweise auch im Allgemeininteresse erwünschte Antragstellung auf Schließung des Sees ist es aber von Bedeutung, daß der Antragsteller erwarten kann, seinem Antrag werde nur dann stattgegeben werden, wenn er nicht mit Schadenersatzverpflichtungen zu rechnen braucht, welche die in dem zu schließenden Gewässer betriebene Fischerei doch unwirtschaftlich machen würden.

Für die hier vertretene Ansicht spricht auch der folgende Vorgang bei der Entstehungsgeschichte des FischG. Die ersten Entwürfe von 1914 und 1915 ließen die Anfechtung der Entsch. der Verwaltungsbehörde über die Entschädigung im ordentlichen Rechtsweg zu; diese Best. wurden aber später fallen gelas-

sen. Hierzu hatte ein Regierungskommissar erklärt, gegenwärtig könnten die RegPräs. Seesperrungen gestatten; die Gerichte hätten aber nachträglich den Seebesitzer zu Entschädigungen verurteilt, so daß große Rechtsunsicherheit eingetreten sei; deshalb sei es wünschenswert, daß die Entschädigungsfrage von derselben Instanz geregelt werde, welche die Sperrung genehmige; die schwierige Schadensermittlung müsse mehr ex aequo et bono erfolgen (Bericht der X. Komm. des Herrenhauses, Session 1916 zu § 3; Druckf. Nr. 27 A). Derartige Schwierigkeiten sind aber auch dann möglich, wenn vor den ordentlichen Gerichten wegen vertraglicher Ansprüche ein besonderes Verfahren neben dem verwaltungsgerichtlichen zugelassen wäre.

Es ist auch nicht zu befürchten, daß bei dieser Regelung vertragliche Rechte der Beteiligten in einem ihnen nicht zumutenden Maße beeinträchtigt werden. Denn gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 FischG. ist über den Antrag auf Schließung des Gewässers erst nach dessen öffentlicher Bekanntmachung und nach Hinweis, bei welcher Stelle Widersprüche anzubringen sind, zu entscheiden, so daß insbes. auch diejenigen Fischereiberechtigten, die vertragliche Ansprüche zu haben glauben, solche in diesem Verfahren geltend machen können. Und da der Antragsteller keinen Anspruch auf Schließung des Gewässers hat, sondern die Verwaltungsbehörde dem Antrag nur stattgeben kann, die Entsch. also in deren pflichtmäßigem Ermessen liegt, so wird sie die verschiedenen Interessen gegeneinander abwägen und ist danach in der Lage, den Antrag abzulehnen, wenn durch die Schließung des offenen Gewässers Vertragsrechte Dritter verletzt werden, deren Entschädigung nicht in ausreichendem Maße erfolgen kann, andererseits allerdings auch trotz entgegenstehender vertraglicher Ansprüche von Berechtigten die Schließung anzuordnen. Des weiteren ist zu beachten, daß diese Schließung nicht etwa dauernd, sondern nur für einen bestimmten Zeitraum erfolgen kann, so daß es sich nicht um eine endgültige Beseitigung und Abfindung von Rechten handelt.

Hiernach ist die ausschließliche Zuständigkeit der VermGer. für alle Schadenersatzansprüche gegeben, die mit der Schließung eines offenen Gewässers zusammenhängen. Ihrer Entsch. unterliegt auch die Frage, ob die Best. in § 3 Abs. 2 Satz 4 des Gesetzes, wonach Schadenersatz nicht dafür zu leisten ist, daß der Wechsel von Fischen verhindert wird, die in dem zu schließenden Gewässer aufgewachsen sind, auch da Anwendung findet, wo etwa besondere vertragliche Zusicherungen vorliegen.

Die Rev. rügt ferner zu Unrecht, bei der vom LG. angenommenen Ausschließung des Rechtswegs werde Art. 153 Abs. 2 Satz 3 WeimVerf. verletzt, nach dem bei einer Enteignung wegen der Höhe der Entschädigung im Streitfalle der ordentliche Rechtsweg offen zuhalten ist, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Nach ständiger Rspr. des RG. ist eine Enteignung i. S. des Art. 153 WeimVerf. allerdings schon dann anzuerkennen, wenn das Recht des Eigentümers, mit seiner Sache gem. § 903 BGB. nach Belieben zu verfahren, zugunsten eines Dritten beeinträchtigt wird (RGZ. 116, 268 = JW. 1927, 1582), und der Begriff des Eigentums beschränkt sich hier nicht auf das Eigentum i. S. der §§ 903 ff. BGB., sondern umfaßt alle subjektiven Privatrechte einschließlich der Forderungsrechte (RGZ. 109, 319). Gleichwohl aber liegt in der Schließung eines offenen Gewässers keine Enteignung zum Nachteil des in anderen Gewässern Fischereiberechtigten. Das FischG. bestimmt zwar in seinem § 35, daß in einem offenen Gewässer keine Vorrichtungen getroffen werden dürfen, die den Zweck haben, den Wechsel der Fische zu verhindern. Aber auch wenn dadurch ein subjektives Privatrecht des Fischereiberechtigten — hier des Kl. — geschaffen sein sollte, das an sich i. S. der reichsgerichtlichen Rspr. zu Art. 153 enteignet werden könnte, so liegt doch deshalb keinesfalls eine Enteignung vor, weil § 35 dieses Recht ausdrücklich und unbeschadet der §§ 3, 34 FischG., also nicht unbeschränkt, sondern von Grund aus nur in diesem Umfang beschränkt gewährt.

(U. v. 31. Jan. 1936; VII 189/35. — LG. Neuruppin.) [M.]

(= RGZ. 150, 174.)

14. §§ 276, 697, 689 ZPO. § 697 ZPO. bildet die Ergänzung zu § 689 Abs. 2 für den Fall, daß das im Mahnverfahren örtlich zuständige UG. mit einem Anspruch befaßt wird, der bei der Geltendmachung im Klagewege zur Zuständigkeit des übergeordneten LG. gehört, für den zufolge der besonderen Vorschrift des § 689 Abs. 2 das UG. nur im Mahnverfahren zuständig ist. Die im § 697 ZPO. geregelte Verweisung ist von einer Verweisung nach § 276 ZPO. zu unterscheiden. Auch hinsichtlich der Kostentragungspflicht besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verweisung nach § 697 und der nach § 276 ZPO.

Der Justizinspektor, der den von der Kl. beantragten Zahlungsbefehl erlassen hat, hätte von Amts wegen prüfen müssen, ob das UG. dafür örtlich zuständig war (§ 689 Abs. 2 ZPO.). Er mußte wissen, daß das UG. in S. nicht zuständig war und das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls gegen B. nach § 691 Abs. 1 ZPO. nicht erlassen werden durfte. Dadurch, daß er gleichwohl den Zahlungsbefehl unter Außerachtlassung der erforderlichen Prüfung erlassen und seine Zustellung veranlaßt hat, hat er fahrlässig der Kl. gegenüber eine Amtspflicht verletzt. Er hat dadurch veranlaßt, daß B. durch seinen Kl. unter Ver. auf die örtliche Unzuständigkeit des UG. S. gegen den Zahlungsbefehl begründeten Widerspruch erhob, also unnötige Kosten verursacht. Zu beachten ist auch, daß die Kl., falls der Rechtspfleger den Antrag beschlußmäßig zurückgewiesen hätte, durch Zurücknahme ihres Antrages die Mahngebühr (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 2 GRG.) hätte sparen können. Dahingestellt kann bleiben, ob es nicht im Sinne des Gesuchs gelegen hätte, es unmittelbar an das zuständige UG. B. weiterzureichen oder doch wenigstens die Kl. auf das bestehende Bedenken hinzuweisen und sie unter Zurückgabe des Gesuchs zur Einreichung desselben bei dem UG. in B. zu veranlassen.

Fehlhaft unter Verletzung seiner Amtspflicht hat aber auch der Amtsrichter beim UG. S. gehandelt, als er durch Beschluß v. 12. März 1932 den Rechtsstreit an das LG. in S. verwies. Es handelte sich um einen Anspruch, der zur Zuständigkeit des LG. gehörte, für den das UG. nach § 689 Abs. 2 ZPO. nur für das Mahnverfahren zuständig war. Der auf dem Antragsformular von der Kl. gestellte Antrag, für den Fall des Widerspruchs den Rechtsstreit wegen Unzuständigkeit an das LG. zu verweisen, war ein solcher nach § 697 Abs. 2 ZPO. Die im § 697 geregelte Verweisung ist von einer Verweisung nach § 276 ZPO. wohl zu unterscheiden. § 697 bildet die Ergänzung zu § 689 Abs. 2 für den Fall, daß das im Mahnverfahren örtlich zuständige UG. mit einem Anspruch befaßt wird, der bei der Geltendmachung im Klagewege zur Zuständigkeit des übergeordneten LG. gehört, für den eben zufolge der besonderen Vorschrift des § 689 Abs. 2 das UG. nur im Mahnverfahren zuständig ist. Wird durch Widerspruch des Schuldners der Anspruch streitig, so ist der Rechtsstreit auf Antrag einer der Parteien nach § 697 Abs. 1 ZPO. an das übergeordnete LG. zu verweisen. Der Antrag dazu kann nicht nur bei der mündlichen Verhandlung, sondern schon im Mahngesuch für den Fall des Widerspruchs des Schuldners und auch von diesem bereits bei Einlegung des Widerspruchs gestellt werden, und die Entsch. darüber erfolgt regelmäßig ohne mündliche Verhandlung, während die Verweisung nach § 276 an ein anderes örtlich oder sachlich zuständiges Gericht nur von dem Kl. beantragt werden kann, und zwar — falls sich nicht die Parteien dem Gericht gegenüber damit einverstanden erklärt haben, daß ohne mündliche Verhandlung entschieden wird (§ 7 EntlW.), oder eine der Ausnahmen der §§ 251 a, 331 a ZPO. vorliegt — nur auf Grund mündlicher Verhandlung nach Erhebung der prozesshindernden Einrede der Unzuständigkeit durch den Verf. Auch hinsichtlich der Kostentragungspflicht besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verweisung nach § 697 und der nach § 276 ZPO. Kommt es im Anschluß an das Mahnverfahren zum Streitverfahren, so hat nach § 698 ZPO. der unter-

liegende Teil auch die Kosten des Mahnverfahrens zu tragen, also auch die Mehrkosten, die durch das dem Streitverfahren vor dem LG. vorhergegangene Verfahren vor dem AG. entstanden sind, während bei einer Verweisung nach § 276 gemäß Abs. 3 Satz 2 das. die entstandenen Mehrkosten dem Kl. auch dann aufzuerlegen sind, wenn er in der Hauptsache obsiegt. Daraus ergibt sich, daß der Amtsrichter, ehe er die Verweisung an das LG. in H. aussprach, die örtliche Zuständigkeit hätte prüfen müssen. Dazu lag um so mehr Veranlassung vor, als der Kl. des B. in dem Widerspruch ausdrücklich darauf verwiesen hatte, daß das LG. in H. örtlich unzuständig sei. Der Amtsrichter hat die Frage der örtlichen Zuständigkeit offensichtlich, als er den Verweijungsbeschl. erließ, nicht geprüft, insbes. auch den genannten Schriftsatz nicht beachtet.

Der Verweijungsbeschl. war den Parteien alsbald zugestellt worden. Damit war der Rechtsstreit nach § 697 Abs. 2 Satz 2 ZPO. bei dem LG. in H. anhängig geworden. Daran konnte der Umstand, daß weder das AG. in H. noch das LG. dafelbst örtlich zuständig waren, nichts ändern, denn aus § 697 Abs. 1 Halbs. 2 i. Verb. m. § 276 Abs. 2 ZPO. folgt, daß der Beschl. für das LG. bindend war. Da aber der erste Verweijungsbeschl. ohne mündliche Verhandlung ergangen, in ihm § 276 ZPO. auch nicht angezogen worden war, mithin nur ein die sachliche Zuständigkeit im Verhältnis von AG. und LG. aussprechender Beschl. nach § 697 vorlag, die Frage der örtlichen Zuständigkeit aber offensichtlich von dem AG. gar nicht geprüft und entschieden worden war, trat Bindung auch nur nach § 697 ZPO., also bzgl. der geprüften und ausgesprochenen sachlichen Zuständigkeit ein. Vor dem LG. in H. hätte also B. die prozeßhindernde Einrede der örtlichen Unzuständigkeit aufrechterhalten können und vermutlich auch aufrechterhalten. Die Verweisung an das örtlich zuständige LG. in A. konnte aber nunmehr nur noch von dem LG. in H., bei dem die Sache anhängig war, ausgesprochen werden. Das aber hätte nur unter Beachtung der Vorschriften des § 276 ZPO. geschehen können, also nur auf Grund mündlicher Verhandlung oder ohne solche bei Einholung des Einverständnisses des B. Wurde nicht so verfahren, so blieb die Sache bei dem LG. in H. anhängig.

Alles das hat der Vorsitzende der Kammer für Handelsfachen bei dem LG. in H. verkannt, als er das AG. in H. veranlassen wollte, den Verweijungsbeschl. des AG. dahin zu berichtigen, daß der Rechtsstreit an das LG. in A. verwiesen werde. Aber das AG. hat, als es diesen Anregungen durch Beschl. v. 1. April 1932 folgte, verkannt, daß die Sache bei dem LG. in H. anhängig war, die Verweisung an das LG. in A. also nur von dort aus und auch nur unter Beachtung der Vorschriften des § 276 ZPO. erfolgen konnte.

In all diesen Beziehungen haben die betreffenden Beamten geirrt und durch ungenügende Prüfung der gesetzlichen Best. und der das Mahnverfahren betreffenden Eingaben der Kl. ihr gegenüber ihre Amtspflicht verletzt.

Das BG. hat gleichwohl den Schadensersatzanspruch der Kl. gegen das Reich abgewiesen, weil die Kl., die die Kl. im Mahnverfahren und im Prozeß gegen B. vor dem LG. in A. und dem OLG. in R. vertreten haben, durch schuldhaftes Verhalten den Schaden mitverursacht hätten.

Bei seinen Ausführungen übersieht das BG., daß das OLG. in R. die Klage gegen B. lediglich wegen der Unwirksamkeit des Beschl. v. 1. April 1932 abgewiesen hat, weil nämlich dieser Beschl. von einem nicht mehr zuständigen Gericht erlassen worden sei und daher die Wirkungen des § 276 Abs. 2 ZPO. nicht habe äußern können. Das OLG. in R. geht also davon aus, daß der Rechtsstreit überhaupt nicht ordnungsmäßig bei dem LG. in A. anhängig geworden sei, mithin eine der notwendigen Prozeßvoraussetzungen für das Verfahren vor diesem Gericht gefehlt habe. Es hat aus diesem Grunde durch sog. Prozeßurteil die Klage abgewiesen. Es mußte auch diese Frage vor dem Eingehen auf die Einrede der Rechtsabhängigkeit prüfen, weil bei dem Fehlen der Rechtsabhängigkeit bei dem LG. in A. die Klage dort überhaupt nicht beachtet werden konnte (vgl. RGZ. 105, 279 und die dort angef.

Entsch., sowie RGZ. 99, 126), es sei denn, daß der Mangel durch Unterlassen rechtzeitiger Rüge gem. § 295 ZPO. geheilt war (vgl. RGZ. 87, 271 = JW. 1916, 199). Der insofern bestehende Mangel konnte aber dadurch geheilt werden, daß die Verweisung der Sache an das LG. in A. von dem LG. in H., an das die Sache durch den Beschl. v. 12. März 1932 wirksam verwiesen worden war, gem. § 276 ZPO. ausgesprochen wurde. Zwar hätte dies nur durch einen bei dem LG. in H. zugelassenen Anwalt beantragt werden können, auch soweit nach der Entsch. ohne mündliche Verhandlung verfahren worden wäre. Aber immerhin wären damit die Folgen der Zurücknahme des Mahngesuchs, deren Übernahme das BG. der Kl. animmt (vgl. §§ 271 Abs. 3, 274 Abs. 2 Nr. 6 ZPO.), vermieden worden. Wenn das BG. meint, es würde bei einer solchen Zurücknahme des Mahngesuchs nur eine Zweifelschuldengebühr des Gegenanwalts für den Widerspruch verfallen sein, dies aber habe in keinem Verhältnis zu dem großen Kostenrisiko gestanden, das mit der Fortsetzung des Verfahrens in A. ohne diese Rücknahme verbunden gewesen sei, so verkennt es den Wert, den die Verweisung nach §§ 276, 697, 267, 603 Abs. 2 ZPO.; §§ 209 Abs. 2 Nr. 1, 213 verb. mit 212 a, 212 BGB. für die Kl. hatte, und die Tatsache, daß bei einer solchen Verweisung nach §§ 27, 31 Abs. 2 OAG. Kosten erspart wurden, die durch eine Klagerhebung unter Beachtung der Best. des § 253 ZPO. vor dem LG. in A. erwachsen.

Die Ausführungen des BG. reichen nicht hin, um die Abweisung der Schadensersatzklage zu rechtfertigen.

Mit einer Hilfsrüge vertritt das BG. die Ansicht, der Klageanspruch müsse an der Erwägung scheitern, daß nicht mit voller Sicherheit festzustellen sei, ob Kl. C. oder Kl. D. von der Kl. in Anspruch genommen werden könnte; durch Inanspruchnahme dieser Anwälte müßte dieser Punkt zunächst geklärt werden. Diese Auffassung beruht auf einem Rechtsirrtum. Der Verletzte kann verlangen, daß die Feststellung, ob die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. gegeben sind, im Rechtsstreit gegen den befl. Beamten oder den an seiner Stelle haftenden Staat getroffen wird (RGZ. 95, 164; JW. 1926, 2284³). Die Auffassung, daß dann, wenn auch die Anwälte der Kl. ein ursächliches Mitverschulden treffen sollte, die Haftung des Reiches entfallen müßte, eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens nach § 254 BGB. also nicht Platz greife, ist nicht haltbar. Die gegenteilige in RGZ. 126, 87 = JW. 1930, 1938⁹ m. Ann., vertretene Meinung ist von dem erf. Sen. durch Art. III 315/34 v. 29. Okt. 1935 und Art. III 172/35 v. 28. Febr. 1936, abgedr. JW. 1936, 1770¹⁰ aufgegeben worden.

(U. v. 10. Jan. 1936; III 156/35. — Hamburg.) [v. 9.]

*

15. §§ 529, 445, 289, 97 Abs. 2 ZPO.

1. Es gibt Gründe absichtlicher Zurückhaltung von Beweismitteln, die weder mit Verschleppungsabsicht noch mit grober Nachlässigkeit etwas zu tun haben; diese können nicht zurückgewiesen werden.

2. Die persönliche Vernehmung der Partei dient nach § 445 ZPO. dem Beweis und kommt im Anwaltsprozeß für ein gerichtliches Geständnis nicht in Betracht.

3. Darauf, ob die Verspätung des Vorbringens auf Verschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit oder sonstigen Gründen beruht, kommt es für § 97 Abs. 2 ZPO. nicht an.

Bei der Neubesezung der Vorstandsämter eines Vereins äußerte der Befl., der Kl. komme als Vorsitzender nicht in Betracht, weil über ihn „eine ganz schlechte Auskunft“ vorliege. Auf die Klage auf Unterlassung dieser Behauptung gab der Befl. seinen Gewährsmann im ersten Rechtszuge nicht an, auch nicht bei seiner auf Antrag des Kl. vorgenommenen persönlichen Vernehmung. Das LG. nahm auf Grund der

Vernehmung an, der Befl. habe keinen ausreichenden Grund zu der Behauptung gehabt und verurteilte ihn. In der Ver-Inst. benannte der Befl. seinen Gewährsmann. Darauf wies das BG. die Klage ab und legte dem Kl. die Kosten beider Rechtszüge auf.

Die Rev. wurde in der Sache selbst zurückgewiesen, die Kostenentscheidung des BG. aufgehoben und dem Befl. die Kosten der Ver-Inst., dem Kl. die übrigen Kosten auferlegt.

1. Die Rev. meint, die Nennung des Gewährsmanns habe nach § 529 ZPO. nicht mehr zugelassen werden dürfen. Das BG. hat sie mit der Begr. zugelassen, daß der Befl. „nach seiner vom Kl. nicht widerlegten Darstellung“ mit der Nennung im ersten Rechtszuge weder in Verschleppungsabsicht noch aus grober Nachlässigkeit, sondern darum zurückgehalten habe, weil er des Glaubens gewesen sei, er dürfe nicht alles sagen, wenn er sich nicht der Gefahr eines neuen Verfahrens aussetzen wolle. Das ist nicht, wie die Rev. will, dahin zu verstehen, daß der Kl. für eine Verschleppungsabsicht oder grobe Nachlässigkeit des Befl. beweispflichtig sei und diesen Beweis nicht geführt habe. Vielmehr hat das BG. ersichtlich gemeint, es sei überzeugt, daß die vom Befl. für seine Zurückhaltung gegebene, an sich verständliche Erklärung, gegen die der Kl. nichts Stichhaltiges habe vorbringen können, richtig sei. Wenn die Rev. weiter meint, zu dieser Überzeugung habe das BG. nicht kommen können, weil der Befl. nach seiner eigenen Angabe das Vorbringen absichtlich, also „nicht nur“ grob fahrlässig, unterlassen habe, so legt sie die Vorschrift des § 529 ZPO. unrichtig aus. Diese Vorschrift will absichtlicher Verschleppung und grober Nachlässigkeit entgegenreten. Es gibt aber Gründe absichtlicher Zurückhaltung, die weder mit Verschleppungsabsicht noch mit grober Nachlässigkeit etwas zu tun haben. Das ist der Fall, wenn eine Partei aus Furcht vor neuen Unannehmlichkeiten mit der Nennung eines Zeugen zurückhält und diese Furcht erst später überwindet. Die Zulassung verstieß daher nicht gegen § 529 ZPO.

2. Ebensovienig ist die Rüge begründet, daß § 290 ZPO. verletzt sei. Es lag kein gerichtliches Geständnis (§ 289 ZPO.) vor, das hätte widerrufen zu werden brauchen. Im Anwaltsprozeß kann ein gerichtliches Geständnis nur vom Prozeßbevollmächtigten der Partei abgegeben werden. Der Prozeßbevollmächtigte des Befl. ist aber durchweg dabei verblieben, daß der Befl. tatsächlich eine ganz schlechte Auskunft über den Kl. erhalten habe. Die persönliche Vernehmung des Befl. diene nach § 445 ZPO. dem Beweise und kam für ein gerichtliches Geständnis nach § 289 ZPO. nicht in Frage. Wenn der Befl. dabei mit der Wahrheit zurückgehalten und ausgesagt hat, er habe nichts Näheres gewußt, als was er angegeben habe, so war das zwar ein Beweisergebnis, das die Beurteilung rechtfertigte, aber kein gerichtliches Geständnis. Übrigens hatte er bei derselben Vernehmung ausgesagt, es sei in der Tat der Fall gewesen, daß er eine ganz schlechte Auskunft über den Kl. erhalten habe.

3. Gegen die Kostenentscheidung des BG. erhebt die Rev. einen begründeten Angriff. Nach § 97 Abs. 2 ZPO. wird nicht vorausgesetzt, daß die Verspätung auf Verschleppungsabsicht oder auf grober Nachlässigkeit beruht (RG.: JW. 1932, 944²). Da der Befl. die Furcht, die ihn von der Nennung seines Gewährsmanns abgehalten hat, schon im ersten Rechtszuge hätte überwinden können und sollen, so erschien es angezeigt, ihm die Kosten der Ver-Inst. aufzuerlegen.

(U. v. 2. Dez. 1935; VI 257/35. — Dresden.) [N.]

Anmerkung: Die Entsch. kann insoweit nicht gebilligt werden, als sie ausführt, daß die persönliche Vernehmung einer Partei gem. § 445 ZPO. im Anwaltsprozeß für das Zustandekommen eines gerichtlichen Geständnisses nicht in Betracht kommt.

Das RG. begründet seine Ansicht im wesentlichen damit, daß im Anwaltsprozeß ein gerichtliches Geständnis nur von dem Prozeßbevollmächtigten der Partei abgegeben werden

könne. Es folgt damit der Ansicht, daß im Anwaltsprozeß nur den Behauptungen des Anwalts tatbestandsgestaltende Kraft innewohne, und daß Behauptungen der Partei erst dann von Bedeutung seien, wenn der Prozeßbevollmächtigte sie sich aneigne und dadurch zu Parteierklärungen i. S. der ZPO. erhebe. Das RG. überieht jedoch, daß es mit dieser Auffassung sich in Widerspruch setzt, sowohl zu der ständigen früheren, eindeutigen Rspr. anderer Senate des RG., als auch zu der Ansicht sämtlicher maßgebender Kommentatoren (vgl. insoweit Baumbach § 288 Anm. 2, § 78 IA, § 85 Anm. 2; Stein-Jonas § 78 VI; RG.: Gr. 60, 342 und insbes. RG.: JW. 1915, 1437 und die in dieser Entsch. zitierte Rspr.).

Das RG. verkennt in der vorliegenden Entsch., daß auch im Anwaltsprozeß der Anwalt nur Vertreter der Partei ist. Herr des Prozesses ist und bleibt einzig die Partei selber. Wenn das RG. bestimmt, daß der Partei neben dem Anwalt auf Antrag das Wort zu gestatten ist (§ 137 Abs. 4), wenn es zuläßt, daß ihr persönliches Erscheinen zur Aufklärung des Sachverhältnisses abgeordnet wird (§ 141 Abs. 1), so will es ihre tatsächlichen Erklärungen auch berücksichtigt wissen. Dafür, daß diese zuvor der Bestätigung durch den Anwalt bedürften, der seine Information doch erst von der Partei bezieht, ist ein Grund nicht ersichtlich. Zu den tatsächlichen Erklärungen aber muß, wie aus § 85 Satz 2 unmittelbar hervorgeht, auch das Geständnis gerechnet werden (vgl. RG.: Warn. 1915, 306).

Mit dieser sehr eindeutigen Rspr. des RG. setzt sich die vorliegende Entsch. in ganz offenbaren Widerspruch. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß die Einführung der Parteivernehmung gem. §§ 445 ff. in die ZPO. durch die Novelle 1933 eine andere Beurteilung der Rechtslage erfordere. Das RG. hat zwar in einer kostenrechtlichen Entsch. in JW. 1934, 700 zum Ausdruck gebracht, daß die Vernehmung gem. § 445 im Gegensatz zu der gem. § 141 Abs. 1 dem Beweise dienen soll, so daß dadurch eine Beweisgebühr fällig wird. Aus dieser Entsch. kann jedoch nichts dafür entnommen werden, daß die Erklärungen der Partei gem. § 445 prozessrechtlich in dem Sinne anders zu beurteilen seien, als die gem. § 141, daß die ersteren nicht in stände seien, ein gerichtliches Geständnis gem. § 288 ZPO. zustande zu bringen. Sowohl die Äußerung der Partei nach § 141 Abs. 1, als auch die nach § 445 ZPO. unterliegen gem. § 286 ZPO. der freien richterlichen Beweismwürdigung (vgl. RG.: JW. 1915, 1437). Im Gegenteil wird man annehmen müssen, daß die Erklärungen einer Partei auf Grund einer Vernehmung gem. § 445 viel eher geeignet sind, ein Geständnis im zivilprozessualen Sinne herbeizuführen, da diesen Erklärungen eine eingehende Ermahnung zur Wahrheit vorhergeht, und sie im übrigen unter dem Druck einer evtl. Beeidigung abgegeben sind. Gerade mit Rücksicht darauf wird man diesen Erklärungen der Partei einen höheren Wert beimessen und daraus folgern müssen, daß sie in noch weit höherem Maße, als solche nach § 141 geeignet sind, ein gerichtliches Geständnis nach § 288 zustande zu bringen. Die gegenteilige Auffassung würde auch zu nicht tragbaren Ergebnissen führen. Wollte man die Ansicht vertreten, daß die Vernehmung nach § 445 lediglich dem Beweise dient, so würde das dazu führen, daß auch im amtsgerichtlichen Rechtsstreit eine dergestalt abgegebene Erklärung nicht die Bedeutung eines gerichtlichen Geständnisses haben könnte, da ihr dann die Bedeutung eines Parteivortrages nicht zukommen kann. Diese Folgerung will aber offenbar das RG. selbst nicht ziehen. Nach den obigen Ausführungen, insbes. nach der einhelligen Ansicht der Kommentatoren und der Rspr. darf jedoch insoweit ein Unterschied zwischen Anwalts- und Parteiprozeß nicht gemacht werden, da auch im Anwaltsprozeß die Erklärungen der Partei selbst zu berücksichtigen sind, und zwar im Falle des Widerspruchs mit denen des Anwalts sogar vor diesen.

W. Herriger, Düsseldorf.

Reichsgericht: Strafsachen

** 16. §§ 2, 5 BlutschutzG.; §§ 2, 32 StGB.

I. Im Verfahren wegen Rassenchande muß die Rassezugehörigkeit des Mannes und der Frau eingehend geprüft werden. Das Gericht darf sich dabei nicht auf die Angaben des rechtsunkundigen Angekl. verlassen.

II. § 2 StGB. gibt nicht die Befugnis, auf eine nach dem Gesetz strafbare Tat im Wege der Analogie eine besondere Strafe oder Ehrenstrafe zu verhängen.

Das O. hat den Angekl. aus den §§ 2, 5 Abs. 2 RBej. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 15. Sept. 1935 (RGBl. I, 1146) verurteilt, weil er als deutschblütiger Staatsangehöriger mit einer Jüdin Ende 1935 außerehelichen Geschlechtsverkehr gepflogen habe. Bei diesem Verbrechen muß der Täter deutschblütiger Staatsangehöriger sein. Zu seiner Strafbarkeit genügt es aber auch, wenn er nur einen volljüdischen Großelternanteil hat (vgl. § 11 Satz 2 der 1. VO. zur Ausführung des Ges. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 14. Nov. 1935 [RGBl. I, 1334]). Das O. begnügt sich nun bei dem Angekl. mit der Bemerkung, er sei nach seinen unwiderlegten Angaben arischer Abstammung. Dies ist aber keine Feststellung, die den Erfordernissen der oben angegebenen §§ 1, 5 Abs. 2 a. a. D. genügt. Zwar können auch die Angaben eines Angekl. zur Bildung der Überzeugung des Gerichtes von seiner Schuld kraft freier Beweiswürdigung (§ 261 StPD.) ausreichen (vgl. Entscheidung des RG. v. 29. Sept. 1922, 1 D 471/22). Hier hat das Gericht aber die Angabe unterlassen, daß es diese Überzeugung gewonnen hat. Dazu kommt ein weiteres Bedenken. Hätte das Gericht von sich aus, also auf Grund eigener Prüfung, angenommen, daß der Angekl. deutschblütig sei, so hätte dies vielleicht genügen können, da es sich um die Ansicht eines rechtskundigen Gerichts handelt. Im vorl. Falle begnügt sich aber das O. mit der bloßen, durch keine tatsächlichen Angaben gestützten Erklärung des Angekl., er sei arischer Abkunft. Diese Erklärung betraf jedoch Rechtsbegriffe, die erst durch das ReichsbürgerG. v. 15. Sept. 1935 (RGBl. I, 1146), das Ges. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, durch die 1. VO. zum ReichsbürgerG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1333) und durch die oben erwähnte AusfVO. vom selben Tage im einzelnen festgelegt waren. Daher durfte das O. sich bei der Nachprüfung der Deutschblütigkeit nicht mit der Angabe des rechtsunkundigen Angekl. begnügen.

Das Urteil bemerkt dann noch vom Angekl.: „Sein Vater ist noch jetzt als Beamter bei der Reichseisenbahn tätig.“ Dies genügt aber als Nachweis höchstens der Deutschblütigkeit des Vaters und der Staatsangehörigkeit des Sohnes. Dagegen ist daraus nicht zu ersehen, ob auch die Mutter (eine geborene Girsch) deutschblütig war. Verneinenbenfalls wäre der Angekl. aber dann möglicherweise jüdischer Mischling ersten Grades; dann würde sein Geschlechtsverkehr mit einer Jüdin nicht unter §§ 2, 5 Abs. 2 a. a. D. fallen.

Dieser Mangel zwingt zur Aufhebung des Urteils. Bei der erneuten Hauptverhandlung wird das Gericht Gelegenheit haben, die deutsche Staatsangehörigkeit des Angekl. nachzuprüfen, desgleichen die Eigenschaft der M. als Jüdin (vgl. § 5 Abs. 1 [auch Abs. 2 zu a] der ersten VO. zum ReichsbürgerG.).

Zu Recht wird auch gerügt, daß dem Angekl. die bürgerlichen Ehrenrechte zu Unrecht aberkannt seien. Da auf Gefängnis erkannt war und § 5 Abs. 2 a. a. D. es bei Gefängnisstrafe nicht ausdrücklich zuläßt, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen, so wäre diese Nebenstrafe nur dann zulässig gewesen, wenn die Gefängnisstrafe infolge Annahme mildernder Umstände an Stelle einer Zuchthausstrafe ausgesprochen worden wäre (§ 32 Abs. 1 StGB.). Diese Voraussetzung lag aber nicht vor. Denn § 5 Abs. 2 spricht von mildernden Um-

ständen überhaupt nicht, sondern erwähnt als Strafe an erster Stelle Gefängnis und an zweiter Stelle Zuchthaus. Es geht auch nicht an, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte im Wege der Rechtsanalogie (§ 2 StGB.) zuzulassen mit der Begr., die Fassung des § 5 Abs. 2 laute ähnlich wie die Best. des § 32 Abs. 1 StGB., daß bei Verhängung von Gefängnisstrafe wegen Annahme mildernder Umstände die Nebenstrafe zulässig sei. Denn die Rechtsanalogie ermöglicht nur eine nach dem geschriebenen Recht straflose Tat mit der Strafe einer Gesetzesbestimmung zu bestrafen, weil deren Grundgedanke auf die Tat trifft. Dagegen gewährt § 2, wie sein Wortlaut ergibt, nicht die Befugnis, auf eine strafbare Tat im Wege der Analogie eine besondere Strafe oder Ehrenstrafe zu verhängen.

(2. Sen. v. 25. Mai 1936; 2 D 282/36.)

*
** 17. §§ 153, 158 StGB.; § 807 ZPO. Meineid bei Ableistung des Offenbarungseides. Bewußt falsche Vorbehalte des Schwörenden sind bedeutungslos, wenn dem Angekl. nachgewiesen ist, daß er Teile seines Vermögens wider besseres Wissen verschwiegen und nur zur Irreführung Vorbehalte gemacht und sich auf Vergeßlichkeit berufen hat.

Zur Frage des Widerrufs.

Der Angekl. ist wegen Meineids bestraft worden, weil er bei Leistung des Offenbarungseides vor dem O. Berlin-Mitte unrichtige Angaben über sein Vermögen gemacht hat, indem er Grundstücke und Hypotheken, die ihm gehörten, wider besseres Wissen verschwiegen.

1. Die Rev. macht in erster Linie geltend, daß das Vermögensverzeichnis, das der Angekl. bei der Eidesleistung beschworen hat, überhaupt keine Erklärung darstelle, die der Leistung eines Offenbarungseides zugrunde liegen könne.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, daß der Angekl. am Schlusse des Vermögensverzeichnisses den Vermerk beigefügt hat: „Sollte ich etwas vergessen haben, so werde ich es nachreichen!“ Auch hat der Richter diesem Vermerk den weiteren beigefügt: „Ich bin vergeßlich, weil ich als Kriegsbeschädigter schwer nerverleidend bin. Ich hatte eine Gehirnerschütterung.“ Ferner ist unter B 1 auf die Frage nach Forderungen, die der Angekl. schon mit „keine“ ausgefüllt hatte, vom Richter hinzugefügt worden: „Möglich, ich kann es im Augenblick nicht sagen!“

Allein alle diese Vorbehalte sind nach den tatsächlichen Feststellungen des SchwG. vom Angekl. gemacht worden, obwohl er sich im Augenblick der Eidesleistung darüber völlig im klaren war, daß er sowohl Grundstücke als auch Hypotheken, die ihm gehörten, in dem Vermögensverzeichnis wider besseres Wissen verschwiegen hatte. Alle diese Vorbehalte hat der Angekl. nach der Überzeugung des SchwG. nur zum Zwecke der Täuschung geltend gemacht, da er im Zeitpunkt ihres Vorbringens genau wußte, daß die Grundstücke und die Hypotheken im Zeitpunkt der Eidesleistung zu seinem Vermögen gehörten, daß er das absichtlich verschwiegen und daß er deshalb die Unwahrheit sagte, wenn er sich insoweit darauf berief, er sei vergeßlich; er könne es im Augenblick nicht sagen usw. Daß wahrheitsgemäße Vorbehalte der vom Angekl. gemachten Art bei unvollständigen Vermögensangaben den Meineid ausschließen können, liegt auf der Hand. Ebenso aber ist es unzweifelhaft, daß bewußt falsche Vorbehalte bedeutungslos sind, wenn dem Angekl. nachgewiesen ist, daß er Teile seines Vermögens wider besseres Wissen verschwiegen und nur zur Irreführung Vorbehalte gemacht und sich auf Vergeßlichkeit berufen hat. Daß diese Voraussetzungen bei dem Angekl. vorliegen, hat das SchwG. tatsächlich festgestellt; seine Ausführungen hierzu lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Das RevG. ist deshalb daran gebunden.

Daß das Verzeichnis, so wie es lautete, nicht geeignet war, dem Gläubiger einen Einblick in das Vermögen des Angekl. zu gewähren, ist richtig. Aber darauf kommt es nicht an, sondern darauf, daß der Angekl. wider besseres Wissen

beschworen hat, er habe sein Vermögen so vollständig angegeben, als er dazu imstande war (§ 807 ZPO.; § 153 StGB.). Ob der Eid auf das unbestimmte Verzeichnis nach den Vorschriften der ZPO. doch deshalb abzunehmen war, weil für die vorhandenen Lücken Gründe angegeben und spätere Ergänzungen in Aussicht gestellt waren (RGZ. 62, 351), kann dahingestellt bleiben. Denn wenn der Richter zur Abnahme des Eides schritt, dann machte sich der Angekl., wenn er den Eid leistete und dabei die Unwahrheit beschwor, auch dann des Meineids schuldig, wenn der Richter ihm den Eid nicht hätte abnehmen sollen (vgl. hierzu RGSt. 5, 124 und 125; RG. v. 16. Febr. 1932, 1 D 69/32 = JW. 1932, 2717).

2. In zweiter Linie bringt die Rev. vor, es könne dem Angekl. nicht widerlegt werden, daß er geglaubt habe, die Grundstücke seien nicht mehr sein Eigentum; es wäre allerdings seine Pflicht gewesen, sich hierüber zu erkundigen; wenn er dies verabsäumt habe, so liege Fahrlässigkeit vor, er dies aber könne er wegen wissenschaftlichen Meineids niemals aber könne er wegen wissenschaftlichen Meineids verurteilt werden.

Das SchwG. ist zu der Feststellung gekommen, daß der Angekl. den Offenbarungseid wissenschaftlich falsch geschworen hat; es schließt die Annahme eines Irrtums des Angekl. darüber, daß er verpflichtet war, die Grundstücke und Hypotheken anzugeben, in bestimmter Weise aus und verneint damit die Anwendung des § 59 StGB.

3. Auch die Rüge ist unbegründet, daß das SchwG. den § 158 StGB. zu Unrecht nicht angewendet habe. Daß in der am 5. Okt. 1934 erfolgten Ergänzung des Protokolls v. 14. Febr. 1934 wenigstens ein teilweiser Widerruf des geleisteten Eides erblickt werden könne, hat auch das SchwG. angenommen. Es hat aber die Anwendung des § 158 StGB. deshalb abgelehnt, weil vor dem Widerruf ein Rechtsnachteil für den Kreis T. dadurch entstanden sei, daß er nach der Leistung des falschen Eides v. 14. Febr. 1934 gezwungen war, „das Verfahren erneut zu betreiben und wieder um Kosten für die Vorführung des Angekl. aufzuwenden“. Das SchwG. stellt also fest, daß durch das zweite Verfahren dem Kreis T. neue Kosten entstanden sind. Da diese Kosten nur dadurch veranlaßt wurden, daß der Angekl. beim Eid vom 14. Febr. 1934, wie der Kreis T. erkannte, die Unwahrheit beschworen hat, so ist der Rechtsauffassung des SchwG. beizutreten, daß diese Kosten, die einen Vermögensschaden darstellen, als Rechtsnachteil i. S. des § 158 StGB. anzusehen sind. Abgesehen davon scheidet die Anwendung des § 158 StGB. schon deshalb aus, weil höchstens ein Widerruf hinsichtlich der Grundstücke, nicht aber auch hinsichtlich der Hypotheken vorliegt. Ein teilweiser Widerruf vermag aber die Anwendung des § 158 StGB. nicht zu rechtfertigen (RGSt. 59, 87; 61, 194). Trotz des teilweisen Widerrufs blieb die einheitliche, unteilbare eidliche Aussage, „daß der Angekl. nach bestem Wissen sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande war“, deshalb unrichtig, weil hinsichtlich der Hypotheken kein Widerruf erfolgte.

4. Die Zurechnungsfähigkeit des Angekl. ist vom SchwG. in einwandfreier Weise festgestellt.

(2. Sen. v. 19. März 1936; 2 D 98/36.)

(= RGSt. 70, 142.)

*

**18. §§ 183, 330a StGB. Im Vollrausch begangene Vornahme unzüchtiger Handlungen an einem öffentlichen Ort.

Für den Begriff der Vornahme unzüchtiger Handlungen an einem öffentlichen Orte muß die Wahrnehmbarkeit Wirklichkeit sein (RGSt. 65, 112). Nur dann, wenn Menschen zugegen waren, die die Wahrnehmung gemacht haben oder doch hätten machen können, wenn sie aufgemerkt hätten, läßt sich von einer öffentlichen Vornahme der Handlungen sprechen (RGSt. 38, 207, 208; 63, 431; 64, 366, 369). Nicht mitzuzählen sind die, mit denen die Handlungen vorgenommen worden sind, oder die, mit denen der Täter durch ein inneres Band verknüpft war (RGSt. 21, 454; 22, 241).

Die Rev. macht geltend, der Angekl. habe nicht das Bewußtsein gehabt, daß durch seine Handlungen ein geschlechtlicher Reiz erregt werden könne und daß sie öffentlich vorgenommen worden seien.

a) Die Rev. verkennt den Begriff der unzüchtigen Handlung i. S. des § 183 StGB. im Gegensatz zum § 174 und § 176 StGB. Dazu gehört nicht, daß der Täter die Absicht hat, die eigene oder fremde Geschlechtslust zu erregen oder daß er sich vorstellt, die Handlung könne einen geschlechtlichen Reiz hervorrufen. Eine unzüchtige Handlung i. S. des § 183 StGB. liegt vielmehr schon dann vor, wenn sie das Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit in geschlechtlicher Beziehung verletzt. Nach der inneren Tatsache wird insoweit nur vorausgesetzt, daß sich der Täter der geschlechtlichen Beziehung der begangenen Schamlosigkeit bewußt ist (JW. 1934, 1577¹⁶ = RGSt. 68, 193 und die dort angeführten Entsch.). Daß der Angekl. dieses Bewußtsein trotz seines Rauschzustandes gehabt hat, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber ohne weiteres aus dem Inhalt und der Form der von ihm geführten Reden. Auf die Zweifelsfrage, ob dieses Bewußtsein im Rahmen des § 330a StGB. zur Strafbarkeit überhaupt erforderlich ist, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

b) Jedenfalls ist hierzu nicht erforderlich das Bewußtsein des Volltrunkenen, daß er die unzüchtige Handlung öffentlich vornehme. Denn das Merkmal der Öffentlichkeit gehört nicht unmittelbar zur Handlung des Täters, es ist kein Teil seines Tuns, der Betätigung seines Willens, es ist vielmehr ein die Umgebung des Täters betreffender Zustand, dessen Vorhandensein das Gesetz neben der Willensbetätigung zur Strafbarkeit aus § 183 StGB. verlangt, ein notwendiges, die unzüchtige Handlung begleitendes Merkmal. Die Strafbarkeit nach § 330a StGB. hängt nicht davon ab, daß der Täter solche die eigentliche Handlung nur begleitende Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestande der „mit Strafe bedrohten Handlung“ gehören, in seiner Vorstellung aufgenommen habe. Wollte man dieses Erfordernis nach der inneren Tatsache aufstellen, dann würde das Gebiet des § 330a StGB. allzusehr eingeeengt werden und sein Zweck, die vom Verächten der Allgemeinheit und den einzelnen drohenden Gefahren zu bekämpfen, nicht in dem Maße erreicht werden, wie es bei der Aufstellung dieser Strafbestimmung beabsichtigt war.

Denn mag auch der Volltrunkene trotz des Zustandes der Anzurechnungsfähigkeit in der Regel wissen, was er selbst tut und was er mit seinem Tun erreichen will, so wird er doch selten Umstände, die außerhalb seiner Willensbetätigung liegen, aber doch zum gesetzlichen Tatbestand gehören, in seine Vorstellung aufnehmen, da sie nicht oder nicht stark genug auf ihn einwirken, um von ihm trotz der Bewußtseinsstörung beachtet zu werden.

Aus denselben Gründen kann zur Strafbarkeit aus § 330a nicht das Erfordernis aufgestellt werden, daß der Volltrunkene bei Vornahme von unzüchtigen Handlungen (§ 183) sich der Argerniserregung bewußt sei. Trotz der Fassung des § 183 StGB. besteht das Tun des ihm Zuwiderhandelnden nicht im Argernisergeben, sondern in der Vornahme unzüchtiger Handlungen, sei es durch Handgreiflichkeiten, sei es durch Worte oder Gebärden, die Argerniserregung ist nur eine Folge dieses Handelns und liegt außerhalb seines Bereichs, selbst außerhalb des Machtbereichs des Täters. Ob sie eintritt, hängt von den Eigenschaften und dem augenblicklichen seelischen Zustand der Wahrnehmenden ab. Daß das Argernisergeben kein Teil der Willensbetätigung ist, bringt der Entwurf von 1925, dem sich der von 1934 angeschlossen hat, durch die Fassung des § 268 scharf zum Ausdruck: „Wer öffentlich und unter Umständen, unter denen sein Verhalten geeignet ist, Argernis zu erregen, eine unzüchtige Handlung vornimmt . . .“ So wird beim zurechnungsfähigen Täter zur Strafbarkeit aus § 183 StGB. nach der inneren Tatsache nicht das Bewußtsein der Argerniserregung verlangt, sondern nur, daß er sich der Möglichkeit bewußt sei, es werde an der Handlung Argernis genommen werden (JW. 1934, 1577¹⁶).

Hiernach ist es kein Rechtsmangel, daß die Strk. das

Bewußtsein des Angekl. von der öffentlichen Vornahme seiner Handlungen und von der Argerniserregung oder deren Möglichkeit nicht festgestellt hat.

Die hier vertretene Rechtsansicht steht nicht im Widerspruch mit der Entsch. des 4. Str.Sen. v. 17. Dez. 1935, 4 D 1004/35 = JW. 1936, 514, die eine im Vollrausch begangene Widerlegung gegen eine militärische Wache zum Gegenstand hatte (§§ 96, 111 MiStGB.) und in der die Strafbarkeit aus § 330a StGB. im Hinblick auf § 59 StGB. für den Fall verneint wurde, daß der Täter die äußeren Merkmale der Wache nicht erkannt haben sollte. Dieser Fall kann dem vorliegenden auch, soweit die Kenntnis der Umstände der mit Strafe bedrohten Handlung (§ 330a Abs. 1 StGB.) in Frage kommt, nicht gleichgesetzt werden. Es bedarf daher auch keiner Erörterung, ob der 4. Str.Sen. den § 330a nicht zu eng ausgelegt hat.

(6. Sen. v. 25. März 1936; 6 D 72/36.)

(<= RGSt. 70, 159.)

*

****19.** § 9 KennwG. Verbotenes Anreizen zum Abschluß von Wetten. Gewerbsmäßige Verbreitung von Voraussagen.

Der Angekl. der kein zugelassener Wettunternehmer i. S. des KennwG. ist, gibt als Verleger und verantwortlicher Schriftleiter eine Wochenzeitung „Der Trainer“ heraus, ferner in Zwischenräumen von etwa zwei Wochen: „Supplement, Der Trainer, Spezialzeitung für den französischen Turf“, sodann als Ergänzung zu beiden Zeitschriften den „Entzifferungsschlüssel“, der sich auf sog. „Schlüsselpferde“ bezieht und in längeren Abständen erscheint, endlich eine weitere Beilage „Original-Trainingsbriefe“, auch „Spezialberichte von den Trainingsbahnen“ genannt.

Der Inhalt dieser Schriften bildet die Grundlage für die Verurteilung des Angekl. durch das LG.

I. Der § 9 Abs. 1 Nr. 1 KennwG. bedroht den mit Strafe, der „öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften oder anderen Darstellungen, ohne zugelassener Unternehmer eines Totalisators oder zugelassener Buchmacher zu sein, zum Abschluß von Wetten außerhalb der Ortlichkeiten des Totalisatorunternehmens oder außerhalb der im § 2 Abs. 2 bezeichneten Ortlichkeiten des Buchmachers anreizt“.

Das LG. hat stillschweigend angenommen, daß der mit „außerhalb“ eingeleitete Sachteil sich auf die Tätigkeit des „Anreizens“, nicht auf den „Abschluß von Wetten“ beziehe. Dem ist beizutreten.

In den Erläuterungsbüchern zum KennwG. findet sich dieselbe Auslegung (Stenglein, Nebengesetze, 5. Aufl., 1931, Bd. 2 S. 381 Anm. 3c; Hellwig 1922 S. 81 Anm. 4; stillschweigend auch Mende 1922 S. 36/37 Anm. 2 und Mirre-Baumann, 2. Aufl., 1934, S. 38 Anm. 2). Nur Hellwig gibt für seine Auslegung des als zweideutig empfundenen Wortlautes eine nähere Begründung, die sich im wesentlichen auf die — der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs entnommene — Zweckbestimmung der Vorschrift gründet, nach der § 9 verhindern soll, „daß auch solche Kreise zum Abschluß von Wetten veranlaßt werden, die bisher für den Rennsport Interesse nicht gezeigt haben“ (Drucksache Nr. 2870 der Verhandlungen des R. 1. Wahlperiode 1921, Bd. 369). „Es besteht die Gefahr, daß nach Konzessionierung der Buchmacher die Wettleidenschaft in weitere Kreise getragen wird“ (a. a. D.).

Bereits diese amtliche Begr. des Entw., der zum § 9 unverändert Ges. geworden ist, spricht unverkennbar für eine Auslegung i. S. des LG. Daß sie zutrifft, ergibt sich zwingend aus folgenden weiteren Erwägungen.

Das TotalisatorG. v. 4. Juli 1905 (RGBl. 595) enthielt in den §§ 3, 6 Abs. 1 das durch Strafandrohung verstärkte Verbot der Buchmacher. Es erlaubte nur Wetten bei einem zugelassenen Totalisatorunternehmen (§ 1). Der erstrebte Erfolg, die Wettleidenschaft durch Unterdrückung der Buchmacher einzudämmen oder in geordnete Bahnen zu lenken, wurde nicht erreicht; das Geschäft der heimlichen Buchmacher blühte fort (vgl. die angezogene amtliche Begr. im

allgemeinen Teil). Im KennwG. v. 1922 wurde daher nach einem langen Kampf der Meinungen ein anderer Weg beschritten. Neben den behördlich zugelassenen Totalisatorunternehmer (§ 1) trat der behördlich zugelassene Buchmacher (§ 2). Beide sind die vom Ges. anerkannten „zugelassenen Wettunternehmer“ (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2). Nur sie dürfen sich, sei es persönlich, sei es durch ihre behördlich zugelassenen Hilfspersonen, mit den im Ges. zugelassenen Wettgeschäften befassen; allen anderen Personen ist das untersagt. Die zugelassenen Wettunternehmer sind außerdem bei der Ausübung ihrer nach dem Ges. erlaubten Tätigkeit auf bestimmte Ortlichkeiten beschränkt, die bei der Zulassung im einzelnen Falle festgelegt werden (vgl. die §§ 1 und 3 sowie § 2, insbes. Abs. 2). Auch die Einhaltung dieser Beschränkungen ist Gegenstand einer besonderen Strafandrohung (vgl. die §§ 5, 7), die sich auch gegen die zugelassenen Hilfspersonen der Buchmacher richtet. Alle diese Bestimmungen dienen dem in der amtlichen Begr. an die Spitze gestellten Zweck des Ges., „die sich bei Pferderennen betätigende Wettleidenschaft in geordnete Bahnen zu lenken (und finanziell nutzbar zu machen)“. Der Erreichung dieses Zweckes dient es ferner, wenn im § 8 sogar ein unter Strafandrohung gestelltes Verbot an die Wettler erlassen ist, sich bei der Betätigung ihrer Wettleidenschaft an andere als im Inland zugelassene Wettunternehmer (Totalisator oder Buchmacher) zu wenden.

Die im § 9 Abs. 1 Nr. 1 verbotene Tätigkeit des Anreizens ist nun, als Ausnahme von dem Verbot, den zugelassenen Wettunternehmern erlaubt. Die Bedeutung dieser Ausnahme ist klar und aus ihr läßt sich der Sinn des Verbotes zweifelsfrei erkennen.

Ein Wettgeschäft — im weitesten Sinne — außerhalb der von der Genehmigung umfaßten Ortlichkeiten zu machen, ist nach dem Ges. den zugelassenen Wettunternehmern ohne jede Ausnahme verboten. Es kann ihnen also unmöglich durch die Best. im § 9 Abs. 1 Nr. 1 das Anreizen zu einem „außerhalb“ abzuschließenden Wettgeschäft erlaubt werden. Das hätte auch gar keinen Sinn. An dem Abschluß von Wetten bei nicht zugelassenen Wettunternehmern haben sie kein Interesse, wenn sie ihnen fernstehen. Sind sie mit ihnen irgendwie verbunden, so sind sie insoweit durch die Vorschrift im § 9 Abs. 1 Nr. 1 keinesfalls gedeckt. Es ist daher gar keine andere Auslegung möglich, als daß die durch die Wendung „außerhalb“ gekennzeichnete Tätigkeit die des „Anreizens“ ist (so auch im Ergebnis Ur. d. RG. v. 21. Dez. 1925, 3 S 297/25; DZS. 1926, 902; a. U. Ur. d. RG. v. 24. Mai 1928, 4 S 78/28; JW. 1928, 3194⁸).

Diese Auslegung ergibt auch einen guten Sinn. Denn dann ist es den zugelassenen Wettunternehmern — im Gegensatz zu anderen Personen — gestattet, auch außerhalb der bei der Zulassung festgelegten Ortlichkeiten auf ihr Wettunternehmen in einer Weise aufmerksam zu machen und hinzuweisen, die unter den Begriff des „Anreizens“ fällt; das darf insbes. auch öffentlich und durch Verbreitung von Schriften oder anderen Darstellungen geschehen. Daß dies der Zweck ist, den das Ges. verfolgt und der in ihm auch Ausdruck findet, kann nicht zweifelhaft sein. Inwieweit etwa aus der Best. in Abs. 2 des § 9 noch weitere Ausnahmen von dem Verbot abzuleiten sind, bleibt der Erörterung dieser Best. vorbehalten.

2. Das Anreizen i. S. des § 9 Abs. 1 Nr. 1 braucht sich nicht auf ein bestimmtes Rennen zu beziehen. Das Anreizen setzt zwar ebenso wie das Auffordern im § 6 eine ernstgemeinte Beeinflussung des Willens eines anderen voraus. Der Gehalt dieser Beeinflussung ist aber nicht derselbe. Auch die Aufforderung, Wetten abzuschließen (§ 6) braucht sich nicht auf ein bestimmtes Rennen zu beziehen, kann vielmehr ganz allgemein gehalten sein. Aber in ihr muß doch, hiervon abgesehen, zum Ausdruck kommen, daß ein bestimmtes Verhalten des anderen, nämlich der Abschluß von Wetten, gefordert oder erwartet wird. So weit geht das Anreizen nicht. Bei ihm handelt es sich vielmehr nur um eine allgemeine Einwirkung auf die Sinne zur Erregung von Wünschen und Leidenschaften, durch die erst eine Willensentschließung, allerdings i. S. des Anreizenden, hervorgerufen werden soll (vgl. dazu RGSt. 47, 411, 413). Der Anzureizende soll im allgemeinen auf die

Wettätigkeit, die Wettmöglichkeit, hingewiesen, ihr geneigt gemacht werden. Daß das mit Bezug auf bestimmte Rennen zu geschehen hätte, gehört nicht zum gesetzlichen Tatbestande der Strafbestimmung.

Der äußere Tatbestand der Nr. 1, der sonach gegeben ist, kann nicht deshalb bestritten werden, weil die Bezieser oder Leser des „Trainer“ und des „Supplement“ Personen seien, bei denen es an sich keines Anreizens mehr bedurft hätte, da es sich bei ihnen vielmehr um bereits der Wettleidenschaft Verfallene handele. Auch gegenüber solchen Personen ist ein Anreizen i. S. der Nr. 1 keineswegs begrifflich ausgeschlossen. Es ist vielmehr möglich und rechtlich ausreichend, daß bei ihnen Umfang und Maß ihrer Wettbetätigung oder zum mindesten ihrer Geneigtheit, diese fortzusetzen oder wieder aufzunehmen, wenn auch nur zeitlich beschränkt, beeinflusst worden ist.

II. Die Vorausssage nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 muß „den Ausgang von Rennen“ betreffen. Dieses Merkmal ist nur dann gegeben, wenn es sich um bestimmte oder doch bestimmbarere Rennen handelt. Die Beziehung bestimmter Pferde zu einem Rennen, und zwar zu seinem Ausgang, muß in der als „Vorausssage“ beurteilten Erklärung erkennbar enthalten sein.

Wenn diese Vorausssage im einzelnen Falle erfüllt ist, ist im wesentlichen Tatfrage, deren Beurteilung sich jeweils nach den besonderen Umständen richtet. Die Möglichkeiten sind mannigfaltig.

Die Vorausssage kann z. B. von einem einzelnen bestimmten bezeichneten Rennen ausgehen, indem die Aussichten der einzelnen in ihm startberechtigten Pferde gegeneinander abgewogen und in einer förmlichen Angabe des (voraussichtlichen) Siegers dieses Rennens bewertet werden, oder indem ohne eine derartige Abwägung lediglich der Name des (voraussichtlichen) Siegers des Rennens angegeben wird. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, daß nach- oder nebeneinander auch mehrere Pferde genannt werden.

Eine Vorausssage kann aber auch dadurch gemacht werden, daß von den einzelnen Pferden ausgegangen wird, indem ohne ausdrückliche Bezeichnung des Rennens lediglich Namen von Pferden genannt werden, die „siegertig“ sind, deren Sieg im Falle ihres Starts also „vorausssage“ wird. In solchen Fällen muß allerdings auch die so gefasste Erklärung erkennen lassen, daß das genannte Pferd zu einem entweder ausdrücklich bezeichneten oder doch nach Ort und Zeit bestimmbareren Rennen in Beziehung gesetzt ist. In welcher Weise diese Beziehung im einzelnen Falle dem Erklärungsempfänger erkennbar gemacht wird, richtet sich abermals nach den besonderen Umständen, häufig schon danach, wie sich das Verhältnis zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger gestaltet hat. So ist offenbar die Mitteilung des Angekl. im „Original-Trainingsbrief“ v. 25. Okt. 1933 an H. dahin zu verstehen, daß die hier namentlich genannten vier Pferde als Sieger bei ihrem nächsten Start bezeichnet wurden, und daß H. selbst in der Lage sein sollte und auch war, festzustellen, wo und wann dieser Start stattfinden werde. In dieser Angabe des Angekl. ist dann rechtlich bedenkenfrei eine „Vorausssage“ i. S. der Nr. 2 gefunden worden, hier abgesehen von der Frage der gewerbsmäßigen Verbreitung; denn einer Erklärung kann die Eigenschaft einer „Vorausssage“ nicht schon deshalb abgesprochen werden, weil noch die Benutzung weiterer Hilfsmittel erforderlich ist, damit erkannt werden kann, für welches Rennen nach Ort und Zeit die so bezeichneten Pferde in Betracht kommen. Es kann daher vom Rechtsstandpunkt aus völlig genügen, wenn erst an Hand anderer Zeitungen oder mit Hilfe sonstwie zu beschaffender „Starterlisten“ oder „Rennprogramme“ oder durch sonstige Erkundigungen, vor allem bei dem etwa für das Wettgeschäft in Aussicht genommenen Buchmacher selbst, die mit der Angabe der Pferdenamen gemeinte und gewollte Beziehung dieser Pferde zu örtlich und zeitlich bestimmbareren Rennen festzustellen ist. Insbes. für die auf dem Gebiete des Rennwetzens erfahrenen Wetter über französische Rennen, die ihre Wetten hierüber nach dem Ges. nur bei einem Buchmacher unterbringen können, dürften in dieser Hinsicht keinerlei hier entscheidende Schwierigkeiten be-

stehen. Das hat auch der Angekl. offenbar gemußt; er betont nämlich in einer Briefkastenmitteilung selbst: „Halten Sie sich eine Tageszeitung und unsere Wochenzeitung, und Sie kommen vollkommen zurecht.“

Für diese „Original-Trainingsbriefe“ ist somit zwar davon auszugehen, daß mit ihrer Versendung das Erfordernis der Verbreitung solcher Vorausssagen erfüllt ist. Damit ist jedoch noch nicht die Gewerbsmäßigkeit dieser Verbreitung dargetan.

Zu dem Begriff der „Vorausssage“ über den „Ausgang“ von Rennen gehört weiter, daß eine eigene mehr oder weniger bestimmte Äußerung über den Ausgang eines Rennens abgegeben wird. Eine Erklärung wird jedenfalls dann nicht als „Vorausssage“ anzusehen sein, wenn nur unbestimmte Möglichkeiten nebeneinander gestellt werden, von denen sich der Erklärungsempfänger auf Grund eigener Nachforschungen oder nach eigenem Ur. die voraussichtlich beste aussuchen möge.

Daß bloße Angaben über die allgemeine Leistungsfähigkeit der einzelnen Pferde sowie über die Einzelheiten ihres Trainings, der „Morgenarbeit“, für sich allein nicht geeignet sind, eine Vorausssage über den Ausgang von Rennen darzustellen, hat das LG. an sich nicht verkannt. Diese Eignung fehlt solchen Angaben um so mehr dann, wenn sie sich nicht auf einige wenige Pferde beschränken, sondern eine große Zahl umfassen. Aus der gleichzeitigen Nennung vieler Pferde wird regelmäßig der Schluß abzuleiten sein, daß es sich nur um die Angabe von Hilfsmitteln, aber nicht um Vorausssagen i. S. des Ges. handelt.

III. Abs. 2 des § 9 lautet: „Straffrei sind redaktionelle Veröffentlichungen in einer periodisch erscheinenden Druckschrift, sofern diese nicht ausschließlich oder überwiegend der Verbreitung von Vorausssagen dient.“

1. Die in dem oben angezogenen Schrifttum vertretene Meinung, diese Ausnahmebestimmung könne sich nur auf Nr. 2, nicht aber auch auf Nr. 1 des Abs. 1 beziehen, vermag der Sen. nicht zu teilen.

Der Schluß, diese einschränkende Auffassung sei schon durch den Umstand gerechtfertigt, daß lediglich die „Vorausssage“ in dem mit „Sofern“ eingeleiteten Nebensatz aufgeführt werde, ist schon an sich keineswegs zwingend.

Weitere Bedenken gegen jene Auffassung ergeben sich jedoch aus folgenden entscheidenden Erwägungen.

Wie oben zu Nr. 1 ausgeführt worden ist, kann das „Anreizen“ i. S. dieser Vorschrift schon in der Mitteilung über gute Arbeitsleistungen oder über sonstige begründete allgemeine Siegesaussichten von Pferden gefunden werden. Es wäre nun denkbar — und bleibt gegebenenfalls vom Tatrichter zu prüfen —, daß auch Tageszeitungen Mitteilungen solcher Art brächten, bei denen der Zweck erkennbar darauf gerichtet wäre, den Wetumsatz bei örtlichen Rennen zu fördern. Zur Erreichung dieses Zweckes könnten sogar besondere Hinweise auf vorhandene Wettmöglichkeiten oder auf günstige Gewinnsaussichten als erwünscht angesehen und dementsprechend gebracht werden, auch ohne daß es andererseits bis zur Verwirklichung des Tatbestandes der Nr. 2 käme. In solchen Fällen wäre dann vielfach an der Erfüllung des äußeren wie des inneren Tatbestandes der Nr. 1 kein Zweifel möglich. Es müßte also eine Bestrafung aus dieser Vorschrift eintreten, wenn die Befreiungsvorschrift im Abs. 2 auf den Tatbestand der Nr. 1 schlechweg unanwendbar wäre. Daß ein solches Ergebnis mit dem Gebote der Gerechtigkeit in Widerspruch stehen würde, kann nicht zweifelhaft sein, da ja dann das weniger schlimme und gefährliche Handeln nach Nr. 1 gesetzlich ungünstiger gestellt wäre als das bedenklichere Handeln nach Nr. 2. Umgekehrt ist kein Grund ersichtlich, daß derartige nur unter Nr. 1 fallende Mitteilungen unbedingt bestraft werden müßten. Vielmehr ist die Ausnahmevorschrift des Abs. 2 das Mittel, je nach den Umständen des Falles die Strafbarkeit oder die Straflosigkeit dieser Mitteilungen auch aus dem Ges. selbst heraus zu rechtfertigen.

Nach alledem bestehen keine Bedenken, die Ausnahmevorschrift im Abs. 2 des § 9 grundsätzlich auch auf die Nr. 1 im Abs. 1 für anwendbar zu erklären.

2. Die Straffreiheit nach Abs. 2 besteht nur für „redak-

tionelle Veröffentlichungen in einer periodisch erscheinenden Druckschrift", unter der weiteren Voraussetzung, daß die Druckschrift „nicht ausschließlich oder überwiegend der Verbreitung von Voraussetzungen dient“.

Bei dem Merkmal des „Überwiegens“ ist die Entsch. nicht schlechtweg auf das räumliche Verhältnis des den Straftatbestand ausmachenden Inhaltes der Druckschrift zu dem übrigen Inhalt zu stützen. Maßgebend ist vielmehr, welchem Inhalt nach der Auffassung des Angekl. das Schwergewicht zukommen soll und nach der der Allgemeinheit, insbes. der Leserschaft zukommt, an die sich der Angekl. mit dem Gesamthalt des „Trainer“ und des „Supplement“ wendet. Daß es auf die Zweckbestimmung ankommt, den der Gesamthalt der periodischen Druckschrift haben soll und hat, ergibt sich aus dem Worte „dient“ im Abs. 2.

3. Daß, wie oben dargelegt worden ist, die Ausnahmenvorschrift des Abs. 2 auch auf den Straftatbestand der Nr. 1 im Abs. 2 anwendbar ist, bedingt eine weitere Besonderheit. Sie betrifft die Frage, nach der Tragweite der Anwendbarkeit.

Es werden Fälle denkbar sein, in denen nach dem Wortlaut des Abs. 2, der sich auf die Verbreitung von Voraussetzungen richtet, dieses Merkmal nicht erfüllt ist, sei es, daß es an „Voraussetzungen“ mangelt, sei es, daß die Druckschrift nicht ausschließlich oder überwiegend der Verbreitung von solchen dient. Nach dem Wortlaut der Vorschrift des Abs. 2 wären in derartigen Fällen damit ohne weiteres auch alle Mitteilungen straflos, in denen der Straftatbestand der Nr. 1 des Abs. 1 erfüllt ist. Diese Folge ergibt sich indes nur scheinbar aus der Anwendbarkeit des Abs. 2 auf Abs. 1 Nr. 1. In Wirklichkeit muß nach dem Zweck des Ges. eine weitere wesentliche Einschränkung im Abs. 2 gemacht werden.

Zweck des Ges. ist nach der bereits erörterten amtlichen Begr., die Wettleidenschaft in geordnete Bahnen zu leiten. Dahin gehört die Sorge dafür, daß die Betätigung dieser Wettleidenschaft auch im Rahmen des nach dem Ges. Erlaubten nicht noch künstlich angefaßt und in Kreise getragen wird, die den Rennwetten fernstehen oder in ihrem Interesse, erst recht aber im Interesse ihrer Familien und der Volksgemeinschaft, nach Möglichkeit ferngehalten werden müssen. Die drei Tatbestände des § 9 Abs. 1 beruhen auf solchen Erwägungen, die heute vermehrte Geltung zu beanspruchen haben. Daraus folgt, daß den Veröffentlichungen, die den Straftatbestand der Nr. 1 des Abs. 1 erfüllen, der Schutz der Vorschrift des Abs. 2 unter Umständen versagt werden muß.

Die Voraussetzungen, unter denen die Verfassung einzutreten hat, entsprechen denen, die nach dem Wortlaut des Abs. 2 für die „Voraussetzungen“ aufgestellt sind. Dient die im Einzelfalle in Betracht kommende „periodische“ Druckschrift ausschließlich oder überwiegend der Verbreitung eines nach Abs. 1 Nr. 1 an sich strafbaren Anreizens, so ist gleichfalls die im Abs. 2 mit „sofern ... nicht“ eingeleitete Ausnahme von der Ausnahme erfüllt und damit der Regelfall der Strafbarkeit gegeben. Die Vorschrift des Abs. 2 ist daher trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes dahin zu verstehen, daß für den Straftatbestand der Nr. 1 die Straffreiheit auch dann wegfällt, wenn die im Abs. 2 für die Verbreitung von „Voraussetzungen“ umschriebenen Merkmale entsprechend für die Verbreitung eines „Anreizens“ gegeben sind.

(1. Sen. v. 22. Nov. 1935. — 1 D 365/35.)
(= RGSt. 70, 113.)

*

** 20. § 396 RAbgD.; § 47 StGB. Zusammen treffen zwischen Eigentäterschaft und Beihilfe in Tateinheit.

Polnische Schmuggler haben am Abend des 29. Dez. 1934 drei Säcke Serradellenjaat und einen Sack Roggen, die sie unverzollt über die Grenze gebracht hatten, zum Hause des Mitverurteilten B. befördert. Dieser und die Beschw. G., die im Hause Altstherin war, haben das Getreide „zusammen abgenommen“. Die Str. hat beide als Mittäter einer Zollhinterziehung (§ 396 RAbgD.; § 47 StGB.) verurteilt. Die Mittäterschaft ist nicht ausreichend begründet.

Sollte einer der Angekl. das ganze Schmuggelgut für sich ausschließlich erworben haben, dann läge es nahe, daß der andere ihm durch die Mitabnahme nur Beihilfe geleistet hätte. Es ist nicht einzusehen, inwiefern er unter diesen Umständen die Tat als seine eigene gewollt haben sollte. Zwar kann Täter einer Steuerhinterziehung auch sein, wer die Verfürgung von Steuereinnahmen zum Vorteil eines anderen bewirkt (§ 396 RAbgD.). Das schließt aber die Teilnahmeform der Beihilfe rechtlich nicht aus (RGUrt. v. 26. Nov. 1934, 5 D 217/34 = JW. 1935, 427; vgl. RGSt. 4, 95; 57, 162). Entscheidend ist die Willensrichtung. Die Unterstützung beim Abladen und die Einräumung eines Aufbewahrungsortes lassen für sich allein den Täterwillen nicht erkennen.

Für die neue Verhandlung ist noch auf folgendes hinzuweisen. Sollte sich ergeben, daß jeder der Angekl. bei der Anführung des Schmuggelgutes einen Teil für sich erworben hat (etwa die Beschw. den Roggen und der Mitangeklagte die Serradellenjaat), dann käme in diesem besonderen Falle bei jedem von ihnen Tateinheit zwischen Eigentäterschaft und Beihilfe in Frage. In der Regel ist dieses rechtliche Zusammentreffen zwar rechtlich ausgeschlossen, weil die geringere Teilnahmeform in der schwereren aufgeht (vgl. RGSt. 2, 145; 10, 406; 26, 198; 36, 25; 48, 206 u. a.). Ausnahmen sind in der Rspr. aber schon bisher zugestanden worden bei Straftaten, die ihrer Natur nach den Begriff der Beihilfe oder Anstiftung zu fremder Tat in sich tragen (RGSt. 9, 430; 21, 291). Im vorl. Falle wäre Tateinheit zwischen Täterschaft und Beihilfe um deswillen rechtlich nicht ausgeschlossen, weil der Gegenstand der Straftat, das Schmuggelgut, keine unteilbare Sache ist und die Teile sich zudem ihrer Art nach unterscheiden. Wenn also die Beschw. mit dem Mitangekl. alle von den Polen überbrachten Schmuggelwaren abgenommen und ins Haus getragen haben sollte, so kann sie die Tat insoweit als eigene gewollt haben, als sie solche für sich erworben hat (Roggen), dagegen als fremde Tat, soweit sie beim Unterbringen der Ware nur dem Mitangeklagten helfen wollte und geholfen hat (Serradelle). Diese Unterscheidung entspricht der natürlichen Anschauung. Von einer begrifflichen Unmöglichkeit kann hier nicht gesprochen werden. Die Entsch. RGSt. 10, 406 steht dem nicht entgegen, denn dort hatte der Vorderrichter Beihilfe und Täterschaft in bezug auf dieselbe Ware angenommen. Das wurde mit Recht mißbilligt.

Der Unterschied ist in diesem Falle nicht nur für die Strafzumessung innerhalb des einen gegebenen Rahmens von Bedeutung. Denn die Mindestgeldstrafe beträgt bei der Eigentäterschaft das Vierfache, bei der Beihilfe aber, die nicht des eigenen Vorteils wegen geleistet wird, das Einfache des Wertes (§§ 398, 391 RAbgD.; § 49 StGB.).

Bedenklich ist die Begr. der Gefängnisstrafe mit der Verwerflichkeit der Handlungsweise. Der Schmuggel ist immer verwerflich. Dem trägt schon die Strafandrohung Rechnung (vgl. RGSt. 57, 379; 59, 423, 426).

(6. Sen. v. 6. März 1936; 6 D 518/35.)

(= RGSt. 70, 138.)

*

** 21. Nach dem Deutsch-schweizer. Auslieferungsvertr. v. 21. Jan. 1874 (RGBl. 113) steht die Straffreiheit, die ein deutsches Gesetz für die Tat oder die Strafe vorschreibt, der Auslieferung entgegen.

Der schweizerische Staatsangehörige Z., der bis dahin nur einmal mit einem Monat Gefängnis bestraft worden war, hat i. J. 1931 im Gebiete des Deutschen Reiches zu B. einen dort wohnenden Zimmermeister um größere Geldbeträge betrogen. Auf deutsches Ersuchen hin hat die StA. zu Basel-Stadt die Strafverfolgung übernommen. Z. ist durch Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt v. 18. Jan. 1935 wegen fortgesetzten Betruges zu drei Monaten und zwei Wochen Gefängnis verurteilt worden. Das Urteil ist rechtskräftig; die Strafe ist noch nicht vollstreckt. Z. wird von der StA. Basel-Stadt weiter beschuldigt, i. J. 1934 und Anfang 1935 in Basel zahlreiche Betrügereien verübt zu haben. Er ist Anfang Mai 1935 auf Grund Ersuchens der StA. des

Kantons Basel-Stadt in Offenburg festgenommen worden. Die Polizeiabteilung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements in Bern hat mit Schreiben v. 8. und 11. Mai 1935 beantragt, ihn an die Schweiz auszuliefern. Das DÖ. Karlsruhe hat mit Beschl. v. 27. Mai 1935 die Strafverfolgung und die Strafvollstreckung für zulässig erklärt. Die Reichsregierung hat die Auslieferung zur Strafverfolgung bewilligt, im übrigen aber die Entscheidung mit folgender Begründung vorbehalten:

Zu dem Ersuchen um Auslieferung auch zwecks Vollstreckung der durch Urte. des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt v. 18. Jan. 1935 gegen den Verfolgten erkannten Strafe von drei Monaten und zwei Wochen Gefängnis wird unter Vorbehalt der Entscheidung vorerst folgendes vermerkt: Diese Beurteilung ist wegen in Deutschland i. J. 1931 begangener Straftaten erfolgt, wegen deren gegen den Verfolgten zunächst von der StA. bei dem O. Konstanz i. J. 1933 ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden war. Nach dem J. sich der deutschen Strafverfolgung durch die Flucht nach der Schweiz entzogen hatte, wurde die Strafverfolgung auf Ersuchen des damaligen Ministeriums des Kultus, des Unterrichts und der Justiz (Abt. Justiz) in Karlsruhe von der StA. Basel-Stadt übernommen. Wäre das Strafverfahren in Deutschland durchgeführt worden, so wäre die Anwendung des DStraffreiG. v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) zu prüfen. Nach § 1 dies. Ges. sind u. a. rechtskräftig erkannte noch nicht vollstreckte Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten erlassen, wenn der Täter bei Begehung der Tat nicht oder nur mit Geldstrafen oder Freiheitsstrafen von insgesamt höchstens drei Monaten vorbestraft war. Nach dem schweizer. Urte. v. 18. Jan. 1935 unter Nr. II ist J. bei Begehung der abgeurteilten Tat nur einmal vorbestraft gewesen. Sichere nähere Angaben über die Höhe dieser Vorstrafe liegen nicht vor. Bei der besonderen Lage des Falles bitte ich daher zunächst um die erforderlichen Angaben über die hier in Betracht kommende Vorstrafe.

Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat die erbetene Auskunft unter dem 27. Juli 1935 erteilt und dabei zu der Frage, ob das DStraffreiG. die Auslieferung hindere, wie folgt Stellung genommen:

Nach Auffassung der Polizeiabteilung wären die deutschen Behörden berechtigt gewesen, die Strafverfolgung des J. wegen der Straftaten, bevorzogen seinerzeit die Verfolgungsübernahme durch die schweizer. Behörden nachgesucht wurde, selbst wieder zu übernehmen, solange J. sich im Bereiche der deutschen Gewalt befand, da die in Basel gefällte Strafe noch nicht vollzogen ist. In diesem Falle hätte auch der Anwendung des DStraffreiG. nichts entgegengestanden. Dagegen muß die Polizeiabteilung den Standpunkt vertreten, daß, wenn die deutschen Behörden auf die Geltendmachung des eigenen Strafanspruches gegenüber J. verzichteten und den Fall als Auslieferungsfall behandeln, dann auch bloß die Bestimmungen des Deutsch-schweizer. Auslieferungsvertr. maßgebend sein können, wobei das DStraffreiG. keine Rolle zu spielen vermag. Der Auslieferungsvertr. ermächtigt nämlich den ersuchten Staat nicht, die Schwere einer zu erwartenden oder bereits ausgesprochenen Strafe als Entscheidungsfaktor im Auslieferungsverfahren in Betracht zu ziehen. Maßgebend sind nur die Bedingungen des Vertrages, die im vorl. Falle erfüllt sind.

Der Oberreichsanwalt hat gem. § 27 Abs. 2 beim RG. beantragt, eine Entsch. herbeizuführen.

Die Entsch. des RG. wird nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß das zuständige DÖ. die Auslieferung auch wegen des hier fraglichen Falles für zulässig erklärt hat. Die Reichsregierung wird durch diese Entsch. nicht der Pflicht überhoben, ihrerseits zu prüfen, ob die Auslieferung zulässig ist. Diese Frage ist also nach wie vor offen, und die Rechtsfrage, die der O. dem RG. unterbreitet hat, bildet für die Entsch. darüber eine Vorfrage.

Bei dieser Rechtslage hindert auch der § 28 DAuslieferG. nicht, die Entsch. des RG. anzurufen. Der O. sieht mit seinem Antrag nicht den erwähnten Beschluß des DÖ. an, sondern er wirft eine Frage auf, die unabhängig von jenem Beschlusse zu lösen ist.

Ob bei sinngemäßer Umstellung des Falles die Tat des Verfolgten tatsächlich unter das StraffreiG. v. 7. Aug. 1934 gefallen sein würde, läßt sich auf Grund der dem RG. vorliegenden Unterlagen noch nicht endgültig übersehen; es besteht immerhin die Möglichkeit, daß die hier fragliche Strafe mit der Strafe, auf die in dem neuen Verfahren zu erkennen sein wird, zu einer Gesamtstrafe vereinigt werden und daß diese sechs Monate übersteigen würde. Diese Frage liegt aber außerhalb des Bereichs der Frage, die dem RG. vorliegt. Für das RG. muß es genügen, daß der Fall die Möglichkeit offenläßt, das gen. StraffreiG. müsse bei Umstellung des Falles auf die Beurteilung angewendet werden.

Ohne Bedeutung ist es für die Beurteilung des Falles, daß die Tat sowohl unter die deutsche als auch unter die schweizer. Strafhöhe fällt, daß beiden Staaten ein je in den Gesetzen des eigenen Landes wurzelndes „jus puniendi“ zusteht, oder wenigstens zugestanden hat. Denn die deutsche Strafhöhe steht hier nicht in Frage. Deshalb hat auch das DStraffreiG. v. 7. Aug. 1934 für den Fall keine unmittelbare Bedeutung. Der Befehl, bestimmte Strafverfahren nicht einzuleiten oder fortzusetzen und bestimmte Strafen nicht zu vollstrecken, der in dem Gesetze liegt, richtet sich nur an die deutschen Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsbehörden; die schweizerischen werden davon selbstverständlich nicht betroffen (vgl. dazu auch die Entsch. des Schweiz-BundG. Bd. 47 — 1 — S. 332). Das Ges. v. 7. Aug. 1934 verbietet auch nicht, fremden Staaten zur Durchsetzung ihrer Strafhöhe Rechtshilfe zu leisten, soweit sie darauf nach den deutschen Gesetzen — und dazu gehören auch die mit fremden Staaten geschlossenen Auslieferungs- und Rechtshilfeverträge — Anspruch haben. Als einseitige staatliche Willenserklärung kann das DStraffreiG. nicht vertragliche Verpflichtungen befeitigen, die dem Reich anderen Staaten gegenüber obliegen. Es hat das, wie schon sein Wortlaut ergibt, auch gar nicht tun wollen. Bedeutung kann das bezeichnete Gesetz für die zu entscheidende Frage nur gewinnen, soweit die Auslieferung davon abhängt, ob ihm der Deutsch-schweizer. Auslieferungsvertr. die Bedeutung eines Auslieferungshindernisses beimißt.

Auszugehen ist also für die Entsch. ausschließlich von dem Deutsch-schweizer. Auslieferungsvertr. Daß das deutsche AuslieferG. v. 23. Dez. 1929 (RGBl. 1929, I, 239; 1930, I, 28) diesen Vertrag — ebenso wie alle anderen Auslieferungs- und Rechtshilfeverträge, die vor seinem Inkrafttreten eingegangen worden sind — unberührt gelassen hat, bedarf keiner Ausföhrung; es genügt, hierzu auf die Entsch. des RG. in den Fällen Ciarella (RGSt. 66, 87), Fabijan (RGSt. 67, 150) und Müller (RGSt. 67, 221) zu verweisen, die diesen Grundsatz bereits für andere Auslieferungsverträge anerkannt haben; was in jenen Entsch. gesagt ist, gilt ohne weiteres auch für den Deutsch-schweizer. Auslieferungsvertr.

Der Deutsch-schweizer. Auslieferungsvertr. gehört zu den ältesten Auslieferungsverträgen, die das Reich geschlossen hat. Er weist, wie die Anwendung des Vertrages gelehrt hat, nach vielen Richtungen Lücken auf, die im Laufe der Jahre — teils durch ausdrückliche Vereinbarungen und Erklärungen, teils durch die Geschäftsübung — ausgefüllt worden sind. Dabei ist die Entwicklung, die das Auslieferungsrecht und die rechtswissenschaftliche Erkenntnis insgesamt genommen haben, nicht ohne Einfluß geblieben. Hieraus erklärt es sich auch, daß sich in der Handhabung des Vertrages im Laufe der Jahre gewisse Wandlungen — selbst grundsätzlicher Art — vollzogen haben.

In dem grundlegenden Abs. 1 des Art. 1 des Vertr. fehlt es an einer allgemeinen Bestimmung darüber, ob es zu den Voraussetzungen der Auslieferung gehört, daß die Tat auch nach dem Rechte des ersuchten Staates strafbar ist. Nur für einzelne der Straftaten, die Art. 1 Abs. 1 als auslieferungsfähig bezeichnet, wird die Auslieferungspflicht ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, in denen die Tat durch die „Landesgesetzgebung der vertragenden Teile“ mit Strafe bedroht ist (Nr. 9 — Kuppelei —, Nr. 12 — Unterschlagung —) oder „nach der Gesetzgebung der vertragenden Teile als Verbrechen oder Vergehen strafbar ist“ (Nr. 13 — Betrug —). Auch im Abs. 2 des Art. 1, der die Auslieferung wegen Versuches regelt, findet sich eine Einschränkung der Auslieferungspflicht für den Fall,

daß „der Versuch . . . nach der Landesgesetzgebung der vertragenden Teile mit Strafe bedroht ist“. Diese Fassung des Vertrages hat dazu geführt, daß die Auslieferungspflicht (abgesehen von den vorstehend gen. Ausnahmen) auch für den Fall als gegeben angesehen wurde, daß die Tat nach dem Rechte des ersuchten Staates nicht strafbar gewesen sein würde (vgl. z. B. die Entsch. des SchweizBundG. Bd. 4 S. 122; Bd. 13 S. 302; Bd. 18 S. 188; Bd. 21 S. 78 ff.; Bd. 25—1—S. 273 ff.; Bd. 31—1—S. 692; Bd. 32—1—S. 332; Bd. 34—1—S. 364; Bd. 38—1—S. 174; und für die deutsche Seite Welki, Auslieferungswesen und Auslieferungsverkehr zwischen der Schweiz und Deutschland S. 35). Diese Auslegung des Vertragsinhaltes hat sich aber durch die Staatsübung allmählich gewandelt; schon in der Entsch. Bd. 26—1—S. 97 f. hatte das SchweizBundG. ausgesprochen, „daß die Tat am Asylorte strafbar sein müsse, sei im Zweifel, im Auslieferungsrecht allgemeines gültiges Prinzip“. In der Entsch. Bd. 42—1—S. 218 ff. (vgl. auch Bd. 54—1—S. 342) hat es — entgegen seiner früheren Auffassung — diesen Grundsatz auch Deutschland gegenüber angewandt. Hiermit steht auch die beiderseitige Staatsübung — mindestens seit 1911 — im Einklang (vgl. Delaquis: ZStW. 48, 475, insbes. S. 478—479; und v. Cleric: SchweizJurZtg. 1921/22, 18, 113, insbes. S. 114, 115).

Lückenhaft ist der Deutsch-schweizer. AusliefVertr. auch, soweit es sich um die Frage handelt, ob die Auslieferungspflicht ausgeschlossen wird, wenn Verfahrensvoraussetzungen fehlen oder Verfahrenshindernisse verbieten, die Sache weiterzuführen oder eine Strafe zu vollstrecken. Nur zwei Verfahrenshindernisse werden im Vertrage selbst erwähnt und als Auslieferungshindernisse gekennzeichnet. Nach Art. 3 soll keine Auslieferung stattfinden, „wenn die von der deutschen Regierung reklamierte Person in der Schweiz oder die von der schweizerischen Regierung reklamierte Person in einem der deutschen Staaten wegen derselben strafbaren Handlung, wegen deren die Auslieferung beantragt wird, in Untersuchung gewesen und außer Verfolgung gesetzt worden ist oder sich noch in Untersuchung befindet oder bereits bestraft worden ist“. Und nach Art. 5 soll die Auslieferung nicht stattfinden, „wenn seit der begangenen strafbaren Handlung oder der letzten gerichtlichen Handlung im Strafverfahren oder der erfolgten Verurteilung nach den Gesetzen desjenigen Landes, in welchem der Verfolgte zur Zeit wo die Auslieferung beantragt wird, sich aufhält, Verjährung der strafgerichtlichen Verfolgung oder der erkannten Strafe eingetreten ist“. Hier werden also die Verfahrenshindernisse der Rechtskraft (oder Rechtshängigkeit) und der Verjährung — soweit sie nach dem Rechte des ersuchten Staates gegeben sind — als Gründe anerkannt, die die Auslieferung ausschließen. Daß dasselbe gelten muß, wenn jene Hindernisse nach dem Rechte des ersuchenden Staates begründet sind, kann nicht zweifelhaft sein.

Für andere Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse fehlt es in dem Vertrage an ausdrücklichen Vorschriften. Gleichwohl hat die Geschäftsübung beider Staaten auch für eine weitere Verfahrensvoraussetzung, den Strafantrag, entsprechende Grundsätze entwickelt. Das SchweizBundG. (Bd. 32—1—S. 335 ff.) hat z. B. für die Unterschlagung, die nach dem Recht einiger Kantone der Schweiz nur auf Antrag verfolgt wird, die Beibringung eines Strafantrages des Verletzten gefordert, wenn sich der Verfolgte in einem dieser Kantone aufhielt. Der Grund für diese Stellungnahme lag darin, daß die Unterschlagung zu den Straftaten gehört, bei denen der Vertrag ausdrücklich vorsieht, die Tat müsse nach dem Rechte beider Staaten strafbar sein, und daß das BundG. den Strafantrag als eine Bedingung der Strafbarkeit, das Antragsersfordernis also als ein solches des sachlichen Strafrechtes ansah. In Verfolg seiner oben näher dargelegten grundsätzlichen Stellungnahme zu Art. 1 Abs. 1 des Vertr. hat das BundG. dem Antragsersfordernis, auch wenn es nach dem Rechte des ersuchten Staates bestanden hätte, für die Straftaten die Bedeutung abgesprochen, für die es in Art. 1 Abs. 1 an der Bestimmung fehlt, daß die Tat nach dem Rechte beider Staaten strafbar sein müsse (Entsch. Bd. 12 S. 139; Bd. 21 S. 79). Da das BundG. aber seine

grundsätzliche Stellungnahme zu jener Frage geändert hat und jetzt als eine allgemeine Bedingung der Auslieferung ansieht, daß die Tat nach dem Rechte beider Staaten strafbar sein müsse, wird es nunmehr, wie anzunehmen ist, den früher schon für die Unterschlagung eingenommenen Standpunkt allgemein vertreten. Es würde sich damit in Übereinstimmung mit der Übung des schweizerischen Bundesrats und des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements befinden, die von Cleric a. a. O. S. 114 bezeugt.

In Deutschland hat das RG. denselben Standpunkt bereits in seiner Entsch. RGSt. 38, 334 vertreten. Es hat diese Entsch. auf den (oben inhaltlich wiedergegebenen) Art. 5 AusliefVertr. gestützt, indem es ihn entsprechend auf den Fall des Fristablaufs beim Strafantrag ausdehnt. Daß die deutsche Verwaltungsübung denselben Standpunkt vertreten hat, bezeugt Mettgenberg in seinem Aufsatz „Die Bedeutung des Strafantrages im deutsch-schweizerischen Auslieferungsverkehr“ in der SchweizJurZtg. 1921/22 (Bd. 18) S. 237; die Stellungnahme der deutschen Regierung beruht nach Mettgenberg auf der Auffassung, der Deutsch-schweizer. AusliefVertr. werde — unausgesprochen — von dem Gedanken der Gegenseitigkeit beherrscht; daraus ergebe sich ohne weiteres auch die hier fragliche Auslegung.

Mit den Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernissen, die hiernach die Auslieferungspflicht im Verhältnis zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz auf Grund des AusliefVertr. beeinflussen, steht aber das Verfahrenshindernis in sehr naher Beziehung, das durch ein StraffreiG. geschaffen wird. Wie die Verfahrenshindernisse der Rechtskraft (oder der Rechtshängigkeit), der Verjährung und des mangelnden Strafantrages wirkt auch das der Straffreiheit unmittelbar auf das staatliche Strafrecht ein; die Straffreiheit vernichtet das jus puniendi genau so, wie es jene Verfahrenshindernisse tun. In der deutschen Rspr. ist denn auch das Verfahrenshindernis der Straffreiheit stets jenen drei anderen Verfahrenshindernissen gleichgeachtet und behandelt worden. Die ältere Rspr. des RG. hat das — ganz ähnlich wie die des SchweizBundG. in der oben erörterten Frage des Strafantrages — damit begründet, daß alle vier Verfahrenshindernisse nicht nur verfahrensrechtlicher Art seien, sondern zugleich zum sachlichen Strafrecht gehörten. In der neueren Rspr. des RG. ist diese Art der Begründung aufgegeben worden; das ändert aber nichts an der Tatsache, daß alle vier Verfahrenshindernisse das staatliche Strafrecht tatsächlich beseitigen. Die innere Verwandtschaft, die zwischen den vier Verfahrenshindernissen besteht, muß — insbes. wenn man dabei die gesamte Entwicklung mit beachtet, die die Handhabung des Vertrages auf beiden Seiten genommen hat — dazu führen, sie auch für den Deutsch-schweizer. AusliefVertr. als gleichwertig zu behandeln. Die Rechtsgebanten, die den Vorschriften der Art. 3 und 5 des Vertr. zugrunde liegen und schon dazu geführt haben, auch das Fehlen des nach dem Rechte des ersuchten Staates erforderlichen Strafantrages als Auslieferungshindernis anzusehen, sind auf den hier fraglichen Fall, daß der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung im ersuchten Staate das Hindernis eines StraffreiG. entgegenstehen würde, entsprechend anzuwenden. Daß dasselbe für den Fall gilt, daß ein StraffreiG. des ersuchten Staates die Verfolgung oder Vollstreckung verbietet, bedarf keiner Ausführung.

Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man mit Mettgenberg und der von ihm bezeugten deutschen Verwaltungspraxis den ganzen Vertrag als von dem — unausgesprochenen — Gedanken der Gegenseitigkeit beherrscht ansieht. Denn bei sinnergemäßer Umstellung des Falles, wie sie der Gedanke der Gegenseitigkeit nötig macht, würde das Deutsche Reich nicht in die Lage kommen, ein Auslieferungsersuchen an die Schweiz zu richten.

(3. Sen. v. 13. Jan. 1936; 10 TB 42/35 [X 68/35].)

(= RGSt. 70, 74.)

****22.** §§ 429 a ff. StPD. Soweit es sich um das selbständige Sicherungsverfahren nach §§ 429 a ff. StPD. handelt, wird von dem Erfordernis der strafprozessrechtlichen Verhandlungsfähigkeit abgesehen. Zur Durchführung dieses Verfahrens braucht dem Beschuldigten ein gesetzlicher Vertreter nicht bestellt zu werden.†)

Selbst gegen einen geisteskranken Angekl. kann die Hauptverhandlung durchgeführt werden, falls er sich noch in solchem Zustand geistiger Freiheit befindet, daß mit ihm strafgerichtlich verhandelt werden kann (vgl. RGSt. 52, 36). Ein gesetzlicher Vertreter braucht dem Angekl. hier nicht bestellt zu werden, da es sich um die rein strafrechtliche Verhandlungsfähigkeit handelt, nicht um die Prozeßfähigkeit des bürgerlichen Prozeßrechts. Fehlt jene Verhandlungsfähigkeit, so ist das Strafverfahren regelmäßig nach § 205 StPD. vorläufig einzustellen. Doch läßt die StPD. Ausnahmen auch hiervon zu; so z. B. in beschränktem Umfange in § 81 StPD. Allgemein aber wird auch von dem Erfordernis der strafprozessrechtlichen Verhandlungsfähigkeit abgesehen, soweit es sich um das selbständige Sicherungsverfahren nach §§ 429 a ff. StPD. handelt. Zur Durchführung dieses Verfahrens braucht dem Beschuldigten ein gesetzlicher Vertreter nicht bestellt zu werden. Dieser ist nur, falls er aus einem anderen Anlaß bestellt ist, gem. § 429 c Abs. 2 Satz 2 StPD. von dem gem. dieser Vorschrift § 429 c Abs. 2 Satz 1 StPD. zu benachrichtigen. Weitere Schutzmaßnahmen für den Beschuldigten bringen in diesem Falle § 80 a StPD. (Zuziehung eines Sachverständigen im vorberreitenden Verfahren), §§ 140 Abs. 2, 338 Nr. 5 (Fall der notwendigen Verteidigung), § 246 a (Zuziehung eines Arztes zur Hauptverhandlung), § 429 c Abs. 2 (Vernehmung des Beschuldigten). All diese Vorschriften sind im vorliegenden Falle beachtet worden. Die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters, deren Unterlassung die Beschwer. rügt, war nicht erforderlich. Es war aber die Urteilsformel, wie geschehen, zu berichtigen, da § 429 a StPD. von der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt spricht; die Bezeichnung einer bestimmten Heilanstalt durch das Gericht ist daher nicht zulässig.

(5. Sen. v. 30. März 1936; 5 D 118/36.)

(= RGSt. 70, 176.)

Anmerkung: Es ist anerkanntes Rechts, daß ein auf Strafe lautendes Urteil nur ergehen kann, wenn der Angekl. verhandlungsfähig ist. Es ist weiter anerkannt, daß diese Verhandlungsfähigkeit etwas anderes ist als die Prozeßfähigkeit des Zivilprozeßrechts. Das allein entspricht den Bedürfnissen des Strafverfahrens. Die Praxis verlangt für die Durchführung des Strafverfahrens zutreffend nur einen solchen Zustand geistiger Freiheit des Angekl., daß mit ihm strafgerichtlich verhandelt werden kann. Die Verhandlungsfähigkeit ist dann ausgeschlossen, wenn die Krankheit den Angekl. daran hindert, seine Rechte wahrzunehmen und seine Interessen sachgemäß zu vertreten.

Diese Verhandlungsfähigkeit ist Verfahrensvoraussetzung (genauer: Urteilsvoraussetzung). Das RG. hält allerdings auch noch in neuesten Entsch. an seiner alten Auffassung fest, daß das Vorliegen dieser Voraussetzung vom Tatrichter festgestellt werde und einer Nachprüfung durch das RevG. entzogen sei. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Rspr. noch aufrechterhalten werden kann.

Die Einführung des Sicherungsverfahrens hat eine Änderung der Rechtslage mit sich gebracht. Das Sicherungsverfahren dient gerade der Erledigung von Fällen, in denen der Beschuldigte eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit begangen hat. Diese Zurechnungsunfähigkeit kann noch im Zeitpunkt der Hauptverhandlung vorliegen und den Beschuldigten auch verhandlungsunfähig machen. Auch für diese Fälle läßt das Gesetz die Durchführung des Sicherungsverfahrens gegen den Beschuldigten und den Urteilsanspruch zu.

Das Gesetz verlangt nicht, daß im Sicherungsverfahren dem Beschuldigten — sei es, daß er zurechnungsunfähig, sei es, daß er auch noch verhandlungsunfähig sei — ein gesetz-

licher Vertreter bestellt werde. Wäre das gewollt gewesen, so hätte es gesagt werden müssen. Das Urteil des RG. legt zutreffend dar, durch welche anderen, zweckmäßigeren Mittel die Rechte des Beschuldigten in einem solchen Verfahren gesichert sind.

MinR. Dr. Lehmann, Berlin.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

23. § 138 BGB. Die Bestimmung in den Lieferungsbedingungen eines städtischen Wasserwerks, daß der Erwerber eines Grundstücks dem Wasserwerk gegenüber für Wassergeldrückstände und sonstige Zahlungsverpflichtungen des Voreigentümers hafte, ist nichtig.

Nachdem die Kl. i. J. 1935 ein Hausgrundstück in der Zwangsversteigerung erworben hatte, übersandte Bekl. (Städtische Wasserwerke-AG.) ihr die Wasserlieferungsbedingungen. Kl. durchstrich den § 4 Abs. 4, Bekl. erwiderte jedoch, sie liefere nur zu ihren Wasserlieferungsbedingungen. Kl. bezog weiterhin Wasser und zahlte schließlich, als Bekl. mit Sperrung des Wassers drohte, den geforderten Betrag unter Vorbehalt. Mit der Klage verlangt sie Rückzahlung. Das LG. hat abgewiesen, der 7. ZivSen. des RG. verurteilt.

Zugegeben ist der Bekl., daß die Vorschr. des § 4 Abs. 4 der Wasserlieferungsbedingungen trotz des Widerspruchs der Kl. Vertragsinhalt geworden ist. Wenn die Kl. auch von der Bekl. Streichung dieser Klausel verlangt hatte, so hatte doch die Bekl. dieses Verlangen eindeutig abgelehnt. Die Kl. hat trotzdem weiterhin das Wasser für das Grundstück von der Bekl. bezogen. Ihr Widerspruch ist angesichts dieses späteren Verhaltens unbeachtlich, weil er mit diesem Verhalten in unvereinbarem Widerspruch steht. Der Senat schließt sich insoweit der Rspr. des RG. (JW. 1926, 1431 = RGZ. 111, 310) an.

Dagegen ist der Senat nicht in der Lage, auch in der zweiten zu entscheidenden Frage der bisherigen Rspr. des RG., insbes. des 25. ZivSen., zu folgen. Nach Abwägung aller Umstände des Falles ist der Senat vielmehr zu der Überzeugung gelangt, daß der § 4 Abs. 4 der Wasserlieferungsbedingungen wegen Verstoßes gegen § 138 BGB. nichtig ist.

Die erwähnte Vertragsbestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Der Erwerber eines Grundstücks oder Grundstücksanteils haftet den Wasserwerken gegenüber für Wassergeldrückstände und sonstige Zahlungsverpflichtungen des Voreigentümers, bei Wassergeldforderungen jedoch nur für höchstens zwei noch nicht bezahlte Ableungsabschnitte.“

Die Vereinbarung dieser Best. hat die Bekl. nur dadurch zu erreichen vermocht, daß sie das ihr zustehende Monopol ausgenutzt hat.

Die Bekl. hat zwar darzulegen versucht, ihr stehe für den betreffenden Stadtteil hinsichtlich der Wasserbelieferung keine Monopolstellung zu, es sei jedem Grundeigentümer unbenommen, sich selbst durch Anlegung eines Brunnens mit Wasser zu versorgen. Diesen Darlegungen kann sich der Senat nicht anschließen. Tatsächlich ist es — von Ausnahmen abgesehen — für die Eigentümer eines derartigen städtischen Grundstücks nicht möglich, eigene Brunnenanlagen zu errichten, um sämtliche Mieter mit Wasser zu versorgen. Wie die Rückstände ergeben, handelt es sich um ein großes Mietgrundstück mit erheblichem Wasserverbrauch. Aus tatsächlichen Gründen wird der Eigentümer eines solchen Hausgrundstücks im Regelfalle auf die Wasserlieferungen seitens der Bekl. angewiesen sein.

Ob eine Ausnutzung einer derartigen Monopolstellung zum Zwecke der Eintreibung einer Schuld des Voreigentümers sittenwidrig ist, hat das RG. bisher unentschieden gelassen (RGZ. 142, 85 = JW. 1934, 166¹¹ m. Anm.). Der 21. und 25. ZivSen. des RG. haben die Frage in Übereinstimmung mit dem 3. ZivSen. verneint. Der Senat ist mit den vorl. Ur. dieser drei ZivSen. der Ansicht, daß eine Ausnutzung einer Monopolstellung nicht

ohne weiteres sittenwidrig ist, sondern daß ein Sittenverstoß nur dann angenommen werden kann, wenn noch weitere Tatumsstände hinzukommen. Insbes. wird dies dann der Fall sein, wenn der Monopolinhaber willkürlich oder aus unlauteren Beweggründen handelt, wenn er seine eigenen Belange ganz einseitig in den Vordergrund schiebt oder wenn er von dem Vertragsgegner unbillige oder unverhältnismäßige Opfer verlangt. Der Senat ist aber im Gegensatz zu dem Urteil des 25. ZivSen. vom 5. Febr. 1935 (25 U 7458/34; JW. 1935, 2513⁶⁴) der Überzeugung, daß die Befl. ein unbilliges Opfer verlangt, wenn sie fordert, daß der Grundstückserwerber Schulden seines Voreigentümers begleichen soll. Ohne Bedeutung ist es hierbei, um welche Beträge es sich handelt. Wenn es überhaupt unbillig ist, daß der Erwerber für Schulden des Voreigentümers haftbar gemacht wird, so ist dieses auch dann der Fall, wenn es sich nur um kleine Summen handelt. Im übrigen ist im vorl. Falle der Betrag keineswegs als geringfügig zu bezeichnen.

Zu berücksichtigen ist allerdings, daß die Befl. ein gemeinnütziges Unternehmen ist und im allgemeinen Interesse das Wassergeld möglichst niedrig halten muß. Daraus folgt aber noch nicht, daß die Befl. berechtigt ist, etwaige Ausfälle, die durch Zahlungsunfähigkeit eines Grundstückseigentümers entstehen, auf dessen Nachfolger allein abzuwälzen. Aus der Tatsache der Gemeinnützigkeit folgt die Verpflichtung, nicht nach Gewinnen zu streben, sondern die Preise möglichst niedrig zu halten, keineswegs aber die Berechtigung, ein entstandenes Risiko einem der Vertragsgegner allein aufzubürden.

Diese Berechtigung folgt auch nicht daraus, daß die Befl. gezwungen ist, mit jedem Grundstückseigentümer des Stadtbezirks Verträge zu schließen. Diese Tatsache könnte es nur rechtfertigen, daß die Befl. versucht, das hierdurch entstandene besondere Risiko von sich auf die Vertragsgegner abzuwälzen; sie berechtigt die Befl. aber nicht, einem der Vertragsgegner allein das Risiko aufzuerlegen.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die Schuld des Voreigentümers den Grundstückserwerber rechtlich nichts angeht. Man kann auch nicht sagen, daß er ein wirtschaftliches Interesse an der Begleichung dieser Schuld hatte. Mit derselben Begr. könnten nicht nur ähnliche städtische Betriebe, wie Elektrizitätswerk, Gaswerk und Müllabfuhr, Zahlung der Schulden eines Voreigentümers verlangen, sondern z. B. auch Bauhandwerker, die wegen ihrer Arbeiten aus der Besitzzeit des Vorgängers keine Zahlung erhalten haben. Auch sie könnten geltend machen, daß der Erwerber ein wirtschaftliches Interesse daran habe, sie zu befriedigen, da ja ihre Arbeiten dem Grundstück zugute gekommen seien. Ein derartiges mittelbares wirtschaftliches Interesse vermag aber nicht zu rechtfertigen, daß der Erwerber gezwungen werden soll, derartige fremde Schulden zu begleichen.

Wenn in anderen Urteilen dagegen ausgeführt worden ist, der Erwerber könne sich nach den Rückständen erkundigen und könne die hierfür aufzuwendenden Beträge in den Erwerbspreis einrechnen, so erscheint auch dies nicht stichhaltig. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß der durchschnittliche Privatmann, der ein Grundstück in Berlin erwirbt, über die Vertragsbedingungen der Städtischen Werke von vornherein im einzelnen genau unterrichtet ist. Er wird daher im allgemeinen keinen Anlaß finden, nachzuforschen, ob er etwa für Schulden des Voreigentümers aufkommen muß, zumal dies im Rechtsleben etwas ganz Ungewöhnliches ist. Ebenso kann er nicht in allen Fällen den betreffenden Betrag bei der Berechnung des Erwerbspreises berücksichtigen. Wenn er z. B., wie vorliegend, gezwungen ist, das Grundstück in der Zwangsversteigerung zu erwerben, um nicht mit seiner Hypothek auszufallen, kann er bei der Berechnung des abzugebenden Gebotes die Rückstände des Voreigentümers nicht berücksichtigen, er muß in jedem Fall so viel bieten, daß er das Grundstück zugeschlagen erhält.

Weiter wird angeführt, der Erwerber könne sich an dem Voreigentümer schadlos halten. Auch dies trifft keineswegs allgemein zu; in den meisten Fällen wird vielmehr ein derartiger Ersatzanspruch, wenn er überhaupt gegeben ist, praktisch nicht durchführbar sein. Wenn das Wassergeld nicht in der Lage gewesen ist, durch Drohungen mit einer Wassersperre den Voreigentümer zur Zahlung zu bewegen, so wird der Erwerber noch

weniger in der Lage sein, zu seinem Gelde zu kommen. Außerdem steht dem Ersterer eines Grundstücks überhaupt kein Ersatzanspruch gegen den früheren Eigentümer zu.

Der 25. ZivSen. des RG. hat in seinem angeführten Urteil bereits darauf hingewiesen, es könne vielleicht das Risiko auf die Gesamtheit der Kunden abgemälzt werden. Die Bedenken, die gegen diese Möglichkeit in dem Urteil erhoben werden, erscheinen nicht durchgreifend. Jedes kaufmännisch geführte Unternehmen muß damit rechnen, daß es durch Zahlungsunfähigkeit von Kunden Verluste erleiden wird. Diese Verluste muß es bei der Errechnung des Warenpreises einkalkulieren. Indem die Befl. — eine AktG. — hierzu nicht in der Lage sein sollte, ist nicht dargetan. Ebenso steht keineswegs fest, daß bei einer derartigen Handlungsweise der Wasserpreis so erhöht werden müßte, daß dies für den einzelnen Bezieher fühlbar werden müßte. Die Befl. hat hierüber keinerlei Ausführungen gemacht. Richtig ist, daß die Stadt die Wasserpreise im Interesse der Allgemeinheit kontrolliert und eine unnötige Erhöhung des Wassergeldes nicht zulassen würde. Auch dies spricht aber nicht dagegen, daß eine Abwälzung der Verluste auf die Gesamtheit der Kunden möglich wäre.

Demnach ist die Befl. keineswegs gezwungen, von der Kl. Zahlung der Schuld ihrer Vorgängerin zu verlangen; vielmehr ist es unbillig, wenn sie ihre Monopolstellung dazu ausnützt, um die Kl. zu zwingen, eine fremde Schuld, die sie rechtlich nichts angeht, zu begleichen. Dieses Vorgehen steht nicht im Einklang mit den Anschauungen der Volksgemeinschaft oder, wie das RG. es früher ausgedrückt hat, der Ansicht aller billig und gerecht Denkenden. Aus diesem Grunde muß der fraglichen Vertragsbestimmung die Wirksamkeit gem. § 138 BGB. abgesprochen werden. Die Kl. hat demnach eine Nichtschuld bezahlt und kann von der Befl. nach §§ 812 ff. BGB. Rückstattung des Betrages verlangen.

(RG., 7. ZivSen., Art. v. 27. April 1936, 7 U 7581/35.)

24. § 1568 BGB. Verweigert ein Ehegatte dem anderen ohne berechtigten Grund ein Kind, indem er Maßnahmen zur Verhütung der Empfängnis trifft, so stellt dies einen Scheidungsgrund nach § 1568 BGB. dar. Die Absicht des Befl., sich eine eigene Gastwirtschaft zu gründen, war kein berechtigter Grund, um der Kl. — sei es auch nur vorläufig — entgegengesetzt ihrem Wunsch ein Kind zu verweigern.

Die Scheidungsklage wird in erster Linie darauf gestützt, daß der Befl. der Kl. trotz ihres ernstlichen und wiederholt geäußerten Wunsches unter wichtigen Gründen ein Kind verweigert habe. Dieser Vortrag rechtfertigt allein schon die Anwendung des § 1568 BGB.

Der Befl. hat zugegeben, Maßnahmen zur Verhütung der Empfängnis getroffen zu haben. Seine Behauptung, die Kl. sei damit einverstanden gewesen, ist nicht bewiesen. Aber auch die Gründe, die er für sein Verhalten angibt, sind nicht stichhaltig. Der Befl. ist in der Lage, Kinder zu ernähren und zu unterhalten. Er lebt in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen. Auch seine Absicht, sich ein eigenes Geschäft zu gründen, rechtfertigt nicht, daß er der Kl. den Wunsch nach einem Kinde versage. Bei einigem guten Willen hätten sich Mittel und Wege finden lassen, die Kl. während der Schwangerschaft durch Zuschüsse zu erlegen. Außerdem wäre die Kl. durch eine evtl. Schwangerschaft oder dadurch, daß sie durch die Pflege des Kindes behindert gewesen wäre, nicht völlig als Hilfskraft in dem Geschäft ausgefallen. Offenbar hat aber dem Befl. dieser gute Wille gefehlt. Seine eigenen Interessen galten ihm mehr als der Wunsch der Kl. Das ergibt sich insbesondere daraus, daß er sich der Kl. gegenüber niemals darüber ausgelassen hat, ob er jemals daran denke, den Wunsch der Kl. nach einem Kind zu erfüllen. Die Kl. konnte daher mit Recht annehmen, daß dem Befl. überhaupt nichts an Kindern lag. Daß die Kl. erkrankt sei, hat der Befl. nicht behauptet. Ganz unbestimmte Zweifel über die Erbgesundheit des anderen Teils berechtigen einen Ehegatten

aber noch nicht, die Erzeugung von Nachwuchs zu verweigern. Der Bekl. hatte aber auch zu diesen Zweifeln nach der Untersuchung der Kl. durch den Arzt keinen Grund mehr. Im übrigen war aber der Bekl. selbst der Ansicht, daß sich die Folgen der Krankheit heilen ließen. Auch waren nach seiner eigenen Angabe die Zweifel an der Gesundheit der Kl. für ihn nicht so entscheidend wie die von ihm angeführten wirtschaftlichen Gründe. Eine Berechtigung dieser Gründe kann aber nicht anerkannt werden. Der Bekl. hat durch dieses Verhalten gezeigt, daß ihm an dem Muttergefühl und Sehnen der Kl. nichts lag und daß ihm seine eigenen Interessen voringen. Hierdurch hat er die Ehe derart zerrüttet, daß der Kl. die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann. Das vom Bekl. beanstandete Verhalten der Kl. ist — selbst die Nichtigkeit der Darstellung des Bekl. unterstellt —, so geringfügig, daß es gegenüber dieser schweren Eheverfehlung des Bekl. nicht ins Gewicht fällt. Außerdem ist es durchaus verständlich, wenn die Kl. durch die ständige Weigerung des Bekl., ihr ein Kind zu schenken, in gereizter und gespannter Stimmung gewesen ist.

(RG., 14. Zivilsen., Ur. v. 13. Dez. 1935, 14 U 5455/35.)

*

25. § 5 UmwandlG. v. 5. Juli 1934; §§ 18 Abs. 1, 2 und 22 HGB. Bei der Umwandlung einer K.-AktG. in eine OHG. der Gebrüder W. darf die neue Firma lauten: „K.-AktG., Nachfolger Gebrüder W.“. Der Kern der neuen Firma, Gebrüder W., braucht nicht im Vordergrund des Firmenbildes zu stehen; es genügt, daß die mit der Firma der bisherigen AktG. gebildete neue Firma das Nachfolgeverhältnis deutlich erkennen läßt. †)

Auf Grund des UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) wurde gemäß dem Beschlusse der GenVers. die „K.-AktG.“ in Frankfurt a. M. in eine von den bisherigen Aktionären, den drei Brüdern W., gegründete OHG. mit der Firma „K.-AktG., Nachfolger Gebrüder W.“ umgewandelt und wurde in das Handelsregister der Hauptniederlassung eingetragen. Die entsprechende Anmeldung zum Register der Zweigniederlassung in R. wurde jedoch mittels Zwischenverfügung dahin beanstandet, daß die OHG. die Firma der AktG. in ihrer Firma nicht an erster Stelle, sondern zur Vermeidung von Mißdeutungen nur in einem am Schlusse beigefügten Zusatz verwenden dürfe. Die Beschw. der anmeldenden Gesellschafter wurde vom LG. zurückgewiesen. Ihre weitere Beschw. hatte Erfolg.

Das LG. geht allerdings mit Recht davon aus, daß das Registerrecht der Zweigniederlassung die angemeldete Eintragung in der hier in Frage stehenden Beziehung auf ihre Zulässigkeit selbstständig zu prüfen hat, ohne an die Stellungnahme des Gerichtes der Hauptniederlassung gebunden zu sein. Das gegen die Zulässigkeit der angemeldeten Firma erhobene Bedenken ist aber sachlich nicht gerechtfertigt.

Bei dem gesetzlichen Ausschlusse der Vorschriften des § 22 HGB. (§ 5 Abs. 2 Satz 2 UmwandlG.) muß die neue OHG. ihre Firma gem. § 19 HGB. bilden. Das hat sie mit den dieser Vorschrift genügenden Worten „Gebrüder W.“ getan. Sie kann ferner nach § 5 Abs. 2 Satz 1 UmwandlG. dieser Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen. Was man unter einem solchen Zusatz zu verstehen hat, ist schon bei der Anwendung des § 22 HGB. in der Rpr. und im Schrifttum klargestellt. Der Zusatz ist nicht, wie Crisoll-Groschuff (UmwandlG. § 8 Anm. 14) meinen, „begrifflich ein Anhängsel (Nachsatz)“. Er kann vielmehr ebenso am Anfange der Firma oder in der Mitte stehen (RGZ. 5, 112; 19, 21; RGZ. 10, 14; Baumbach, HGB. § 18 Anm. 3). Das LG. erkennt dies auch nicht, folgert aber aus der Zulassung einer bloßen Beifügung eines Zusatzes, daß die Firma der neugegründeten OHG. „im Vordergrund“ stehen müsse. Damit soll wohl gesagt sein, daß der gem. § 19 HGB. gebildete Firmenteil in dem Gesamtbilde der Firma äußerlich das Hauptstück bil-

den müsse und daß die bisherige Firma der AktG. rein sprachlich nur in einem Zusatz erscheinen dürfe. Das steht jedoch im Widerspruch zu der allgemeinen Übung, wie sie sich im Rahmen des § 22 HGB. unter Billigung der Rpr. und des Schrifttums entwickelt hat. Obwohl nach § 22 HGB. — umgekehrt wie nach § 5 Abs. 2 UmwandlG. — nur die bisherige Firma mit Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt werden darf, werden Firmen wie „Heinrich Müller vormals Karl Lehmann“ für ein von Heinrich Müller übernommenes, bisher unter der Firma „Karl Lehmann“ betriebenes Geschäft unbedenklich zugelassen, und zwar mit Recht. Denn was i. S. der §§ 18, 22 HGB. Zusatz und was andererseits Firmenkern ist, bestimmt sich, soweit eine Unterscheidung überhaupt möglich ist, nicht nach dem äußeren Eindruck des Firmenbildes. Vielmehr ist Firmenkern bei einer gem. §§ 18 Abs. 1, 19 HGB. gebildeten Firma der danach notwendige, in den Namen des Inhabers oder der Inhaber bestehende Firmenteil, Firmenzusatz dagegen alles andere (vgl. RGZ. 96, 197; 127, 80, 81 = JW. 1930, 2701⁵¹ m. Anm.). Dasselbe muß bei Anwendung des § 5 Abs. 2 Satz 1 UmwandlG. gelten, wo ganz ebenso wie in § 22 HGB. die „Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes“ gestattet wird. Wenn also in den Fällen des § 22 HGB., wie hier dargelegt ist, die bisherige Firma nicht „im Vordergrund“ zu stehen braucht, so ist das in den Fällen des § 5 Abs. 2 Satz 1 UmwandlG. ebensowenig bezüglich des Firmenkerns der neuen Firma notwendig.

Zu verlangen ist allerdings, daß die neue Firma, wenn sie die Firma der aufgelösten AktG. enthält, die Nachfolge hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, nämlich keinen Zweifel darüber offenläßt, daß hinter ihr nicht mehr die AktG. steht, sondern nunmehr eine OHG. Von diesem Gesichtspunkte aus ist aber gegen die vorliegende Firma „K.-AktG., Nachfolger Gebrüder W.“ kein Bedenken zu erheben. Sie läßt sich trotz der Voranstellung der neuen Firma oder vielmehr gerade wegen dieser Voranstellung nur dahin verstehen, daß die Worte „K.-AktG.“ die Firma der aufgelösten AktG. darstellen, und daß deren Geschäft von einer aus den Gebrüdern W. bestehenden OHG. weiterbetrieben wird. Denn es entspricht einem kaufmännischen allgemein bekannten Brauche, das Wort „Nachfolger“ in einer Firma der vorliegenden Art nicht auf die vorausgehende, sondern auf die nachstehende Bezeichnung zu beziehen. Daraus ergibt sich zugleich eine Bestätigung des Satzes, daß die Stellung des Kerns der neuen Firma „im Vordergrund“ des gesamten Firmenbildes zur Verdeutlichung des Nachfolgeverhältnisses keineswegs geeignet zu sein braucht. Wenn hier die Firma umgekehrt lautete „Gebrüder W. Nachfolger K.-AktG.“, wäre sie vielmehr unzulässig, weil sie dann die AktG. als die Nachfolgerin der Gebrüder W. erscheinen lassen würde.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 9. April 1936, 1 Wx 133/36.)

[Sch.]

Anmerkung: Mit seiner Firma wendet sich der Kaufmann an das Publikum. Das Publikum sezirt nicht wie ein Jurist die einzelnen Teile der Firma, um dann dahinterzukommen, daß die Firma einer OHG. vorliegt; es urteilt nach dem äußeren Eindruck des Firmenbildes: hier springt ihm die Firma einer AktG. in die Augen. Damit entsteht die Gefahr einer Täuschung des Publikums: ob eine Firma zur Täuschung geeignet ist, bestimmt sich nach ihrem Gesamteindruck (RG.: DNotW. 30, 284).

Die Täuschungsgefahr entsteht hier durch die Wortstellung. Stets wird vom Kaufmann bei der Firmenbildung das vorangestellte, von dem er wünscht, daß es sich dem Publikum einprägt: Das Phantasiwort, der Establishmentsname, der Name eines Präparats, der Name des bekannten Gründers u. dgl. Hier ist die Firma einer AktG. vorangestellt. Diese — eine Sachfirma — ist aber „erloschen“ (§ 5 Abs. 1 UmwandlG.). Die zur OHG. zusammengeschlossenen Nachfolger der AktG. wünschen, daß die Firma der AktG. dem Publikum in die Augen fällt,

weil die Sachfirma beim Publikum „eingeführt“ ist; sogar auf die Angabe der Rechtsform (AktG.) verzichten sie nicht. Das gibt zu denken.

Der Gesetzgeber des Dritten Reichs aber hat verordnet, daß die Firma „erloscht“ und eine ursprüngliche Firma, die eine Personenfirma ist (§ 19 HGB.), zu bilden ist (§§ 10 Abs. 3 Satz 1, 5 Abs. 1 UmwandelG.). In § 12 DurchfW. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) hat er nachgelassen, eine Personenfirma (oder gemischte Firma) „fortzuführen“. Von der Zulassung der „Fortführung“ einer reinen Sachfirma ist abgesehen. Dies entspricht dem Gedanken des Dritten Reichs, die Leistung der Persönlichkeit in den Vordergrund der Betrachtung zu stellen.

§ 5 Abs. 2 UmwandelG. gestattet aber, der neu gebildeten ursprünglichen Firma „einen das Nachfolgeverhältnis (zur „erloschenen“ Firma) andeutenden Zusatz beizufügen“. Das ist etwas anderes als die „Fortführung“ der bisherigen Firma „mit Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes“ i. S. des § 22 HGB. In § 22 HGB. ist die Firma nicht „erloschen“, in § 5 UmwandelG. wird sie nicht „fortgeführt“. Die Anwendung des § 22 HGB. ist sowohl durch Abs. 1 des § 5 als auch ausdrücklich noch durch Abs. 2 des § 5 UmwandelG. ausgeschlossen worden. Man darf Abs. 2 a. a. D. nicht losgelöst vom Abs. 1 a. a. D. betrachten.

Es ist daher bedenklich, § 5 UmwandelG. und § 22 HGB. rechtlich gleichzustellen und die Rechtsausführungen mit älterer Rspr., die nur auf § 22 HGB. Bezug hat, zu belegen, wie es das RG. tut. Dies wird deutlich illustriert durch die Tatsache, daß bei einer Firmenbildung „Heinrich Müller vormals Karl Lehmann“ im Rahmen des § 22 HGB. und des § 12 DurchfW. v. 14. Dez. 1934 „Karl Lehmann“ die noch bestehende („fortgeführte“) Firma und „Heinrich Müller vormals“ der Nachfolgezusatz ist, während im Rahmen des § 5 UmwandelG. umgekehrt die Firma „Heinrich Müller“ lautet und „vormals Karl Lehmann“ lediglich einen Hinweis auf die („erloschene“) Firma bedeutet (vgl. Groschuff: JW. 1935, 3260, Anm. 33).

Es muß mit Entschiedenheit daran erinnert werden, daß jedenfalls weder im Rahmen des § 22 HGB. noch des § 5 UmwandelG. die mit Zusatz versehene Firma eine neue Gesamtfirma wird: Der „Zusatz“ wird in beiden Fällen nicht „Teil“ der Firma, sondern bleibt selbständiger „Zusatz“ zu einer Firma und ist darum in beiden Fällen jederzeit ablegbar (RZV. 1, 47). Das rechtliche Unterscheidungsvermögen aber, was „Firma“ und was „Zusatz“ zur Firma ist, geht — namentlich bei dem durch das Umwandlungsrecht geschaffenen Rechtszustand — dem Publikum völlig ab. Infolgedessen wird es durch die Voranstellung der (erloschenen) Firma der AktG. in den irrigen Glauben versetzt, es mit einer nichterloschenen AktG. zu tun zu haben: es ist die Voranstellung der erloschenen Firma hier also „geeignet, eine Täuschung über die Art... des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen“ (§ 18 Abs. 2 HGB.).

Mithin ist der Entsch. des RG. nicht zuzustimmen. Ob man die Gegenmeinung schon aus der Wortinterpretation der Begriffe „Zusatz“ oder „Beifügung“ gewinnen kann, möge dahingestellt bleiben. Nach diesseitiger Auffassung folgt die Gegenmeinung aus Sinn und Zweck des § 5 UmwandelG.: hierbei entscheidet weniger Abs. 2 des § 5 a. a. D. als Abs. 1 des § 5 a. a. D. und dieser i. Verb. m. § 18 Abs. 2 HGB. Der Hinweis auf die erloschene Firma ist nur in einer nicht täuschungsgeeigneten Form zulässig.

Zu bemerken ist noch, daß die am Schluß der Entsch. erwähnte Firmenbildung „Gebrüder W. Nachfolger K. AktG.“ sprachlich unmöglich ist. Es muß heißen: „Gebrüder W., Nachfolger der K. AktG.“. Dann ist der Nachfolgezusatz klar und wahr. Diese Bildung ist geradezu ideal und entspricht am besten dem Sinne des § 5 UmwandelG.

AGR. Groschuff, Berlin.

*

26. §§ 5, 8 UmwandelG. v. 5. Juli 1934; §§ 18 Abs. 1, 2 und 22 HGB. Bei der Übertragung des Vermögens einer „Union Bau Schlesien Aktiengesellschaft“ auf den alleinigen Aktionär Franz M. darf die neue Firma lauten: „Union Bau Schlesien Inhaber Franz M.“. Diese Firma entspricht den Anforderungen des § 18 Abs. 1 HGB. und erweckt nicht den Anschein eines Nachfolgeverhältnisses i. S. des § 22 HGB. f)

Auf Grund des UmwandelG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) wurde gemäß einem Beschlusse der GenVers. das Vermögen der „Union Bau Schlesien AktG.“ unter Ausschluß der Liquidation auf den alleinigen Aktionär Baumeister Franz M. übertragen und wurde dies in das Handelsregister eingetragen. Zugleich wurde M. als Inhaber des bisher von der AktG. betriebenen Unternehmens unter der Firma „Union Bau Schlesien Inh. Franz M.“ in das Handelsregister eingetragen. Eine Vöschungsanregung der Industrie- und Handelskammer, welche die Bildung der neueingetragenen Firma nach §§ 5 Abs. 2, 8 UmwandelG. für unzulässig hält, wurde von dem RegGer. abgelehnt. Auf eine Beschw. der Industrie- und Handelskammer gab jedoch das LG. dem RegGer. die Anweisung, „von seinen Bedenken gegen den Antrag der Industrie- und Handelskammer auf Vöschung der Firma abzusehen“. Die weitere Beschw. des Firmeninhabers hatte aus einem verfahrensrechtlichen Grunde keinen Erfolg.

Eine Amtslöschung der Firma, wie sie von der Industrie- und Handelskammer betrieben wird, ist nur im Verfahren des § 142 FGG. zulässig. Demgemäß muß der Beschluß des LG. dahin verstanden werden, daß das RegGer. nunmehr ein solches Verfahren einleiten soll. Die das Amtslöschungsverfahren einleitende Verfügung ist aber nicht im Beschwerdewege anfechtbar, sondern nur mittels eines Widerspruches, über den das RegGer. selbst zu entscheiden hat. Eine Beschw. ist, und zwar als sofortige, erst gegen die Widerspruchsentscheidung gegeben. Daraus folgert das RG. in ständiger Rspr., daß auch die Entsch. des LG., mit welcher das RegGer. lediglich zur Einleitung des Amtslöschungsverfahrens angewiesen wird, einer weiteren Beschw. nicht unterliegt, wie sie andererseits für das RegGer. bei der Entsch. im Widerspruchsverfahren nicht bindend ist (RGZ. 37, A 194; RZV. 10, 23). Die weitere Beschw. mußte hiernach als unzulässig verworfen werden.

Es sei jedoch für die demnächstige Entsch. über den zu erwartenden Widerspruch des Beschwerz. wegweisend bemerkt, daß die Stellungnahme des LG. in der Sache selbst nicht zu billigen ist. Wird das Vermögen einer AktG. gem. § 8 UmwandelG. auf den alleinigen Gesellschafter übertragen, so erloscht nach § 5 Abs. 1 die Gesellschaftsfirma. Der bisherige Gesellschafter muß daher, wenn er das Unternehmen der AktG. weiterbetreiben will, und selbst noch keine Firma hat, eine neue Firma gemäß den Vorschriften des § 18 HGB. annehmen. Dieser Firma kann er nach § 5 Abs. 2 UmwandelG. einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen, während die Vorschriften des § 22 HGB. über die Fortführung der Firma des übernommenen Handelsgeschäftes ausdrücklich ausgeschlossen sind. Danach wäre die für den Beschwerz. eingetragene Firma allerdings unzulässig, wenn er mit ihr die Firma der AktG. fortführte und wenn dies nicht gem. § 5 Abs. 2 UmwandelG. in der Form eines Nachfolgezusatzes geschähe. Schon das erstere trifft aber entgegen der Annahme des LG. sowie der Industrie- und Handelskammer nicht zu. Die Firma „Union Bau Schlesien Inh. Franz M.“ stellt sich ihrem äußeren Anschein nach nicht als eine abgeleitete Firma i. S. des § 22 HGB. dar. Sie nötigt ihrem Wortlaute nach keineswegs zu der Annahme, daß sie früher nur „Union Bau Schlesien“ gelautet habe und von Franz M. gem. § 22 HGB. fortgeführt werde. Es kann vielmehr schon zweifelhaft sein, ob es bei einer Sachfirma ohne Gesellschaftszusatz überhaupt möglich ist, den Inhaberszusatz als einen Hinweis auf ein Nachfolgeverhältnis i. S. des § 22 HGB. zu verstehen. Jedenfalls läßt er auch eine andere Deutung zu, wie er denn nach den Erfahrungen des Senats in der Tat nicht selten zur Bildung von ursprünglichen Firmen

verwendet wird, wobei umgekehrt die vorangestellte Sachbezeichnung den Zusatz, nämlich den unterscheidenden Zusatz i. S. des § 18 Abs. 2 Satz 2 HGB. bildet.

Erweckt aber hiernach die vorliegende Firma nicht den Anschein, als ob sie gem. § 22 HGB. von einem Erwerber des Handelsgeschäftes fortgeführt werde, so darf ihre Zulässigkeit auch nicht aus dieser Gesetzesvorschrift, sondern muß sie aus § 18 HGB. beurteilt werden. Nun hat der Senat im Beschlusse v. 13. Febr. 1930 (ZFG. 7, 147) bereits grundsätzlich ausgesprochen, daß der Name des Inhabers einer Einzelfirma auch in einem Inhabervermerk enthalten sein darf. Den Anforderungen des § 18 Abs. 1 HGB. hat der Beschw. f. also bei der Bildung seiner Firma genügt. Die weiteren Firmenworte „Union Bau Schlesien“ könnten unter diesen Umständen als Zusatz nach § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB. nur dann unzulässig sein, wenn sie geeignet wären, über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers irrezuführen. Insofern ist jedoch bisher kein Bedenken hervorgetreten.

Aber selbst wenn man die Worte „Inhaber Franz M.“ ebenso ansehen wollte wie etwa die Worte „Nachfolger Franz M.“, wäre die Firma entgegen der Ansicht der Industrie- und Handelskammer nicht zu beanstanden. Mit einer Firma wie „Union Bau Schlesien Nachfolger Franz M.“ würde allerdings die Firma der AktG. fortgeführt werden. Diese Fortführung ist aber durch § 5 Abs. 2 Satz 1 UmwandlG. gestattet. Denn der danach zulässige, das Nachfolgeverhältnis andeutende Zusatz braucht keineswegs, wie die Industrie- und Handelskammer im Anschluß an Crisoli-Groschuff (Umwandlung von Kapitalgesellschaften zu § 8 Anm. 14) annimmt, der nach § 18 Abs. 1 HGB. gebildeten neuen Firma am Schlusse angehängt zu werden. Eine derartige Einschränkung ist in dem Worte „Zusatz“ weder begrifflich enthalten noch mit ihm nach dem Sinne des Gesetzes verbunden. Das ist für das Gebiet der §§ 18 Abs. 2, 22 HGB. allgemein anerkannt (vgl. schon RGZ. 5, 112; 19, 21; RGZ. 10, 14; Baumbach, HGB. § 18 N. 3) und muß mangels eines Gegengrundes auch für das Gebiet des § 5 Abs. 2 UmwandlG. gelten. Der Nachfolgezusatz kann also auch am Anfang oder in der Mitte stehen. Zu verlangen ist nur, daß er die Nachfolge deutlich zum Ausdruck bringt und keinen Zweifel darüber offenläßt, daß hinter der Firma nicht mehr die bisherige AktG. steht. Von diesem Gesichtspunkte aus sind aber gegen die Worte „Union Bau Schlesien Nachfolger“ als Zusatz zu dem Firmenkern „Franz M.“ keine Bedenken zu erheben. Sie lassen deutlich erkennen, daß Franz M. als Einzelkaufmann das Unternehmen der früheren Firma „Union Bau Schlesien“ fortführt, wobei die Bezeichnung AktG. ebenso wie unter den Voraussetzungen des § 22 HGB. von dem Erwerber gestrichen werden kann (RGZ. 104, 342). Wegen die damit begründete Ansicht, daß die Worte „Union Bau Schlesien“ den Nachfolgezusatz bilden, läßt sich nicht einwenden, daß in dem Firmenbilde die Worte „Union Bau Schlesien“ als der Firmenkern und die Worte „Nachfolger Franz M.“ als der Zusatz erschienen. Was Firmenkern und was Zusatz ist, bestimmt sich nicht nach dem äußeren Anschein der Firma. Vielmehr ist Firmenkern bei einer gem. § 18 Abs. 1 HGB. gebildeten Firma der danach notwendige Bestandteil, das heißt Vor- und Nachname des Geschäftsinhabers, Firmenzusatz dagegen alles andere (vgl. RGZ. 96, 197; 127, 80, 81 = JW. 1930, 2701³¹ m. Anm.). Ähnlich verhält es sich mit dem Nachfolgezusatz des § 22 HGB. (und demgemäß auch mit dem Nachfolgezusatz des § 5 UmwandlG.). Es ist keineswegs ausgeschlossen, daß die gem. § 22 HGB. fortgeführte Firma bei äußerlicher Betrachtung lediglich als in einem die Nachfolge ausdrückenden Zusatz enthalten erscheint. Auch mit einer Firma, wie „Heinrich Müller vormals Karl Lehmann“, wird die Firma „Karl Lehmann“ eines von Heinrich Müller übernommenen Geschäftes i. S. des § 22 HGB. fortgeführt (vgl. BayDVBG.: DVBG. 10, 229 und RZA. 7, 114—116). Dementsprechend muß es auch nach § 5 Abs. 2 Satz 1 UmwandlG. zulässig sein, daß umgekehrt hier die bisherige Firma vorangestellt und der Name des Übernehmers lediglich in einem als Nach-

folgezusatz erscheinenden Firmenteil aufgenommen wird. Damit verliert die in § 5 Abs. 2 Satz 2 UmwandlG. vorgesehene Ausschließung des § 22 HGB. keineswegs ihre Bedeutung. Sie hat vielmehr zur Folge, daß die Firma der aufgelösten AktG. von dem Übernehmer des Vermögens keinesfalls unverändert, das heißt ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz, fortgeführt werden darf.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 9. April 1936, 1 Wx 84/36.)

[Sch.]

Anmerkung: Es ist dem RG. zuzugeben, daß nach seiner neueren Rspr. (ZFG. 7, 147 = JW. 1930, 1410² m. Anm.) die Firma hier eine ursprüngliche Firma i. S. des § 18 Abs. 1 und 2 HGB. ist und keinen zwingenden Rückschluß auf die Fortführung der (erloschenen) Firma der AktG., weil deren Rechtsform fortgelassen ist, gestattet. Insofern ist aber die Fortführung sicherlich beachtenswert; verdächtig ist in dieser Hinsicht die Einfügung des sonst unmotivierten Wörtchens „Inhaber“. Es wären keine Bedenken zu erheben, wenn die neue Firma lautete: „Union-Bau Schlesien Franz M.“ Die eingetragene Firma „Union-Bau Schlesien Inh. Franz M.“ besagt aber für jeden Unbefangenen, daß Franz M. Inhaber einer Firma „Union-Bau Schlesien“, d. h. einer Sachfirma, ist, die gleichlautet mit der erloschenen Firma der AktG. Das ist das Gegenteil von einer Personensfirma i. S. des § 18 HGB. Verkehrsprache und Verkehrsanschauung sehen eben nicht die gesamte Firmenbildung als einheitliche Gesamtfirma an. Es ist ein mißlicher Widerspruch, wenn der Verkehr (der kaufmännische Inhaber wie das Publikum) gerade die unwesentlichen Zusätze als „Firma“ ansieht, deren Inhaber jemand ist, der zergliedernde Bestand des Juristen als Firma aber herausfindet, daß die gesamte Geschäftsbezeichnung eine den wesentlichen Firmenkern und die Zusätze einheitlich umfassende Gesamtfirma darstellt: im Dritten Reich muß Volksanschauung und Rechtsanschauung sich decken. Es erhebt sich daher aus Anlaß obiger Entsch. von neuem die Frage, ob außerhalb des Rahmens des § 22 HGB. — insbes. bei einer nach § 18 HGB. gebildeten Einzel-firma — die Einschlebung des Wortes „Inhaber“ zwischen Sachbezeichnung und Personennamen statthaft ist. Die ältere Rspr., insbes. auch des RG., hat dies verneint. Sie leitete ihr Bedenken nicht etwa daraus ab, daß der Inhaberszusatz ein Nachfolgeverhältnis i. S. des § 22 HGB. vortäusche; vielmehr nahm sie an, daß in einem Inhaberszusatz der Name nicht als wesentlicher Firmenkern, sondern als Nebensache, die im Verkehr auch fortgelassen werden könne, erscheine (RZA. 9, 91; DVBG. 38, 170; JW. 1929, 2155¹). Aus diesem Grunde hielt sie auch die Einklammerung des Personennamens für unzulässig: z. B. „Berliner Hoch- und Tiefbau (Paul Müller)“. Die Beobachtung des täglichen Lebens bestätigt denn auch die Neigung, den Personennamen entweder ganz fortzulassen oder durch versteckten Kleindruck fast unsichtbar zu machen. Teichmann-Köhler befürworten daher in der 4. Aufl. von Koenige, HGB. (§ 18 Anm. 2), mit Recht die Rückkehr zur strengeren Auffassung der älteren Rechtsprechung.

Es bleibt zu bedauern, daß das RG. sich nicht veranlaßt gesehen hat, die aus der Zeit vor dem Umbruch stammende Entsch.: ZFG. 7, 147 = JW. 1930, 1410² m. Anm. einer Nachprüfung zu unterziehen, zumal durch die Behandlung des Firmenrechts in der Umwandelgesetzgebung neue Probleme aufgerollt werden. Es ließe sich zur Beurteilung der Frage des „Inhaber“-Zusatzes Licht gewinnen, insbes. auch durch eine grundsätzliche Erörterung, ob ein „Zusatz“, der „der Firma(!) beigelegt“ wird, überhaupt Bestandteil der Firma wird und sich mit dem personellen Firmenkern zu einer einheitlichen Gesamtfirma vereinigt. Der Wortlaut des § 18 Abs. 1 HGB. („als Firma“) scheint dagegen zu sprechen. Es wird auf diese Frage noch in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein. (Vgl. den Aufsatz „Firmenwert einft und jetzt“, im gleichen Heft.)

Daß daneben „Inhaber“ vielfach auch i. S. von „Nach-

folger" gem. § 22 GGB. verstanden wird, ist jedem Rechtserrechtspraktiker bekannt. Den Ausführungen der Entsch. ist aber insofern nicht zuzustimmen, als es sich hier nicht um § 22 GGB., sondern um § 5 UmwändlG. handelt und die Gleichbehandlung sich durch § 5 Abs. 1 UmwändlG. verbietet, wonach die bisherige Firma nicht „fortgeführt“ wird, sondern „erlischt“. In dieser Hinsicht ist zu einer ähnlichen Entsch. des RG. 1 Wx 133/36 vorstehend S. 1789 bereits Stellung genommen.

AGR. Groschuff, Berlin.

27. § 1 ArmAnwG. Wahrnehmung auswärtigen Beweistermins durch den prozessbevollmächtigten ArmAnw. Stellungnahme des Prozeßgerichts. Stellungnahme des ersuchten Richters. Gebühr für den zufällig auswärtigen Beweistermin ArmAnw., falls er bei dieser Gelegenheit den Termin wahrnimmt.)

RL. N., als der Befl. beigeordneter ArmAnw., hat den gemäß Beweisbeschl. des LG. Berlin vor dem AG. in München am 11. März 1936 stattfindenden Beweistermin, in welchem der Zeuge S. vernommen worden ist, wahrgenommen. Bereits vorher hatte er das Prozeßgericht gebeten, die Wahrnehmung des Termins durch ihn zu genehmigen. Eine Entsch. auf diesen Antrag ist, da die Akten nicht vorlagen, nicht ergangen. Er hat nunmehr mit Rücksicht darauf, daß er am Terminstage zufällig anderweit in München gewesen sei, um Zubilligung derjenigen Gebühren gebeten, die sonst ein mit der Wahrnehmung des Termins bevollmächtigter Münchener RL. erhalten hätte.

LG. hat den Antrag zurückgewiesen mit der Begr., daß die Anwesenheit des Anwalts zwar sachdienlich, aber objektiv nicht notwendig gewesen sei. Die Beschw. mußte zur Aufhebung des Beschlusses führen.

In formeller Hinsicht ist zu beanstanden, daß für einen Beschl. des Prozeßgerichts im gegenwärtigen Augenblick kein Raum war. Eine Entsch. über den Antrag betr. Stellungnahme des Prozeßgerichts — wie sie an sich nach der grundsätzlichen Entsch. des Senats v. 9. Aug. 1935 (JW. 1935, 2512⁶⁹) vom Anwalt verlangt werden könnte, kam nicht mehr in Frage, war vielmehr durch die Terminswahrnehmung selbst gegenstandslos geworden. Eine Entsch. über die Erstattungsfähigkeit der Gebühren des ArmAnw. kam — selbst wenn man davon absieht, daß eine Fälligkeit der Armenanwaltskosten noch nicht eingetreten ist — noch nicht in Frage. § 4 ArmAnwG. i. Verb. m. § 4 DRAG. sieht vielmehr zunächst die Zuständigkeit des UrV. und dann erst die Stellungnahme des Prozeßgerichts auf Erinnerung vor. Schon deshalb unterlag der Beschl. der Aufhebung.

Für die weitere sachliche Beurteilung erscheint es aber, nachdem der Senat ohnehin mit der Sache befaßt ist, zweckmäßig, bereits die Stellungnahme des Senats festzulegen.

Nach § 1 Abs. 3 ArmAnwG. sind dem prozessbevollmächtigten ArmAnw. Reisekosten aus der Reichskasse dann nicht zu erstatten, wenn die Reise nicht erforderlich war. Der Senat hat in ständiger Rspr. darauf hingewiesen, daß bereits diese Fassung des Gesetzes dessen Willen erkennen läßt, die Erstattung von Reisekosten dem ArmAnw. nur dann zu versagen, wenn erhellt, daß die Reise und somit die Terminswahrnehmung überflüssig war. Davon kann vorliegend schon nach der eigenen Stellungnahme des Prozeßgerichts nicht die Rede sein. Denn indem dieses anerkennt, daß die Anwesenheit des prozessbevollmächtigten sachdienlich war, verneint es die Frage, ob die Terminswahrnehmung durch ihn überflüssig war. Ein begrifflicher Unterschied zwischen „sachdienlich“ und „objektiv nicht notwendig“, wie ihn das LG. macht, besteht ohnehin nicht.

Im übrigen ergibt der Sachverhalt zur Genüge, daß in der Tat die Wahrnehmung des Beweistermins in München angesichts des nicht einfachen Beweisthemas und der Wichtigkeit der Befundung des Zeugen durchaus zweckentsprechend war. Besonders von Wert erschien in dieser Hinsicht auch noch der von dem ersuchten Richter am Schluß des Protokolls aufgenommene Vermerk, daß nach seiner Anschauung die An-

wesenheit des Prozeßbevollmächtigten des Befl. zur Aufklärung des Sachverhalts sachdienlich war und hierzu wesentlich beigetragen hat. Eine derartige, wenn auch außergewöhnliche Stellungnahme des vernehmenden Richters ist naturgemäß für die Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Terminswahrnehmung durch Anwälte von besonderem Wert.

Würden danach gegen das Verlangen des Beschw., ihm für die Wahrnehmung des Termins Kosten aus der Reichskasse zu erstatten, an sich keine Bedenken bestehen, so ist doch hier eine besondere Sachlage insofern gegeben, als RL. N. nur eine zufällige Anwesenheit in München benutzt hat, um selbst den dortigen Beweistermin wahrzunehmen. Folglich kommt die Erstattung von Reisekosten, die auch nicht verlangt werden, nicht in Frage. Nach der ständigen Rspr. des Senats kann jedoch der ArmAnw., der selbst an der Wahrnehmung des auswärtigen Termins verhindert ist, einen Substituten bestellen und dessen Kosten im Rahmen der gekürzten Sätze des ArmAnwG. als eigene Auslagen der Reichskasse in Rechnung setzen (Entsch. v. 11. März 1933 = JW. 1933, 1604⁷). Dieses Recht hätte auch dem prozessbevollmächtigten ArmAnw. zugestanden, d. h. für eine — nicht überflüssige — Beweisterminswahrnehmung wären ihm entweder die eigenen Reisekosten oder bis zu deren Höhe die — gekürzten — Sätze des § 1 ArmAnwG. aus der Reichskasse zu erstatten. Die Sachlage ist hier aber nicht anders zu beurteilen, als ob ein Münchener RL. den Termin wahrgenommen hätte. Die entsprechenden Kosten sind daher dem Beschw. — neben der ihm als Prozeßbevollmächtigten erwachsenen Beweisgebühr — aus der Reichskasse zu erstatten.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 18. April 1936, 20 W 2094/36.)

Anmerkung: Zu dieser und der folgenden Entsch. vgl. die Aufsätze „Reisekosten des ArmAnw.“ oben S. 1743 ff.

*

28. § 1 ArmAnwG. Reisekosten des Armenanwalts. Der Armenanwalt braucht nicht in jedem Falle die billigste Maßnahme zu wählen.

Die Beschw. der Reichskasse richtet sich gegen die Zubilligung der Reisekosten, die dem prozessbevollmächtigten ArmAnw. der Kl. durch die Wahrnehmung eines Beweistermins vor der Deutschen Botschaft in Paris erwachsen sind.

Der Sachverhalt ist folgender: Durch Beweisbeschl. v. 17. Juli 1935 hat LG. die Parteibernehmung eines Gesellschafters der Befl. durch die Deutsche Botschaft in Paris angeordnet und die Botschaft demgemäß um — falls zulässig eidliche — Vernehmung ersucht. In dem Beweistermin war die Kl. durch ihren prozessbevollmächtigten, die Befl. durch den Berliner Unterbevollmächtigten ihres prozessbevollmächtigten vertreten. Am gleichen Tage stand in einer gleichliegenden Sache einer anderen Kl. gegen dieselbe Befl. Beweistermin vor der Deutschen Botschaft an, in welchem außer einem Zeugen derselbe Gesellschafter der Befl., und zwar eidlich vernommen worden ist.

RL. D. hat die Erstattung seiner Reisekosten mit 236,60 RM aus der Reichskasse beantragt. Der UrV. hat abgelehnt, das LG. aber der Erinnerung des ArmAnw. stattgegeben, indem es auf Grund seiner genauen Kenntnis der verschiedenen Rechtsstreitigkeiten gegen die Befl. die Notwendigkeit der Wahrnehmung des Beweistermins in Paris gerade durch den prozessbevollmächtigten Anwalt selbst für zweckmäßig erklärt hat.

Die Erwägungen, mit welchen die Reichskasse diese Entsch. bekämpft, können nicht durchgreifen.

Anzutreffend ist bereits der Ausgangspunkt, daß grundsätzlich dem ArmAnw. Auslagen für die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins nur dann zuzubilligen seien, wenn die Notwendigkeit der Vertretung in diesem Termin anzunehmen sei. Das Gesetz selbst gibt durch seine Fassung in § 1 Abs. 3 ArmAnwG.: Reisekosten sind nicht zu vergüten, wenn die Reise nicht notwendig war, zu erkennen, daß nicht der ArmAnw. dardum muß, daß die Reise notwendig war, sondern daß die Reichskasse den Ertrag solcher Kosten nur dann ver-

weigern darf, wenn nach der Sachlage erhellt, daß der Aufwand der Reisekosten entbehrlich war. Auf diese in der praktischen Anwendung meist übersehene Fassung des Gesetzes und ihre Bedeutung für die Beurteilung des Reisekostenerfassungsanspruchs hat der Senat in ständiger Rspr. (so zuletzt *E. 20 W 2094/36 v. 18. April 1936*, zu vgl. auch *Baumbach, RKOStG. 1936, Anm. 4 zu § 1 ArmAnwG.*) hingewiesen.

Gerade um die für den ArmAnw., der zunächst die Kosten aus eigener Tasche aufwenden muß, dann aber Gefahr läuft, sie aus der Reichskasse nicht erstattet zu erhalten, möglicherweise erwachsende Unbilligkeit nach Möglichkeit zu vermeiden, hat der Senat in der Parallelsache gegen die gleiche Beschl., in welcher ebenfalls Beweisaufnahme vor der Deutschen Bottschaft stattgefunden hat, die Verpflichtung des Prozeßgerichts anerkannt, auf entsprechenden vorgängigen Antrag des ArmAnw. dahin Stellung zu nehmen, ob es die Wahrnehmung des auswärtigen Termins durch den Anwalt für zweckentsprechend halte (*Entsch. v. 9. Aug. 1935: JW. 1935, 2512⁶³*; dazu auch *Entsch. v. 16. Nov. 1935: JW. 1935, 2646²²*). Wie der jetzt angeführte Beschluß des O.G. ergibt, hat daraufhin auch das Prozeßgericht die Notwendigkeit der Terminswahrnehmung bejaht und weiterhin jetzt zu erkennen gegeben, es wäre richtiger gewesen, wenn auch im vorl. Falle der Prozeßbevollmächtigte sich die Notwendigkeit der Reise zuvor durch Gerichtsbeschluß hätte bescheinigen lassen. Mit Recht hat aber das O.G. aus der Unterlassung solchen Vorgehens keinerlei nachteilige Folgen für die Beurteilung hergeleitet.

Der Senat hat weiterhin gerade in den vorerwähnten *Entsch.* zum Ausdruck gebracht, daß die Stellungnahme des Prozeßgerichts, das als sachlich mit dem Rechtsstreit befaßtes Gericht über die Frage der Notwendigkeit oder Überflüssigkeit der Wahrnehmung auswärtiger Beweisstermine am besten zu urteilen vermag, auch für die bei der Festsetzung der Kosten einsetzende Prüfung naturgemäß von besonderem Wert ist. Deshalb war auch hier der Auffassung des O.G., das die Notwendigkeit der Terminswahrnehmung anerkennt, beizutreten, zumal irgendwelche Umstände, die eine abweichende Beurteilung hätten rechtfertigen können, nicht hervorgetreten sind.

Steht aber fest, daß die Vertretung einer armen Partei durch einen Anwalt im auswärtigen Beweisstermin zweckmäßig war, dann ist für eine Ver-sagung des Erlasses der Reisekosten des den Termin persönlich wahrnehmenden ArmAnw. nur noch ausnahmsweise Raum. Solch Ausnahme-fall wird dann gegeben sein, wenn die aufzuwendenden Reisekosten im Mißverhältnis zu dem Streitobjekt stehen würden und deshalb davon auszugehen ist, daß eine nicht arme Partei sich mit der Bestellung eines Unterbevollmächtigten begnügen würde. Daß aber sonst eine nicht arme Partei selbst die erheblichen Reisekosten ihres Anwalts sich ersparen würde, wenn es sich um einen hohen Streitwert handelt und außerdem der Rechtsstreit — wie das O.G. feststellt — die Versorgung des ganzen Lebens der Partei betrifft, dieser Auffassung der Reichskasse vermochte der Senat sich nicht anzuschließen.

Ob aber auch sonst noch in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen der Erlass der Reisekosten trotz Notwendigkeit der Terminswahrnehmung an sich mit der Begründung verjagt werden kann, daß die arme Partei bzw. ihr Anwalt andere, billigere Maßnahmen hätte treffen und so wenigstens, wenn auch nicht die Vertretungs-, so doch die erheblich höheren Reisekosten der Reichskasse hätte ersparen können, kann auf sich beruhen. Denn ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Der Urk.B. meint, daß der ArmAnw. dem in der Parallelsache für die dortige Kl. den Beweisstermin mit Zustimmung des Gerichts wahrnehmenden ArmAnw. Unterbevollmacht hätte erteilen können, und daß dadurch Kosten nur in Höhe von 45 RM erwachsen wären. Mit Recht hat jedoch bereits das O.G. diese Erwägung abgelehnt, da jedenfalls bei einer Sache von dieser Bedeutung dem ArmAnw. nicht zumuten sei, an Stelle eigener Terminswahrnehmung sich mit der Bestellung eines Unterbevollmächtigten zu begnügen. Diese Begründung ist noch durch die weitere Erwägung zu unterstreichen, daß auf solchem Wege in die verantwortliche

Entscheidung des Prozeßbevollmächtigten, auch des prozeßbevollmächtigten ArmAnw. einer Partei in der Regel nicht wird eingegriffen werden dürfen, vielmehr dem Anwalt überlassen bleiben muß, welche Maßnahmen er zur sachgemäßen Wahrnehmung der Rechte seiner Partei für notwendig hält. Keinesfalls darf dabei von ihm verlangt werden, daß er die Rücksicht auf die Belange seiner Partei hinter fiskalische Interessen zurückstellt oder gar vernachlässigt.

Ergibt sich somit kein Gesichtspunkt, unter welchem die Reise gerade des prozeßbevollmächtigten ArmAnw. der Kl. selbst zur Beweisaufnahme nach Paris entbehrlich gewesen wäre, so kann aus der Tatsache allein, daß die durch die Reise entstehenden Kosten eine außerordentliche Belastung der Reichskasse darstellen, nicht das Recht hergeleitet werden, die Erstattung der Reisekosten aus der Reichskasse zu verjagen. (*RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 9. Mai 1936, 20 W 2403/36.*)

*

29. § 1 ArmAnwG. Nur ausdrückliche Beordnung verschafft in der Regel dem ArmAnw. Ersatzanspruch an die Reichskasse.

Die Vorinstanzen haben mit Recht die Festsetzung von Armenanwaltskosten für den Beschw.F. abgelehnt, wenn auch der Begründung des landgerichtlichen Beschlusses nicht durchweg beigetreten werden kann.

Es steht außer Frage, daß ein ausdrücklich gestellter Antrag auf Beordnung eines Anwalts auch einer ausdrücklichen Ablehnung bedarf. Insofern besteht ein prozessualer Anspruch der Partei, dem sich das Gericht nicht unter Hinweis darauf entziehen kann, daß die Tatsache der dann erfolgten Nichtbeordnung die Bescheidung des gestellten Antrages erzeuge.

Gleichwohl besteht ein Ersatzanspruch des Beschw.F. an die Reichskasse deshalb nicht, weil seine Beordnung als Armenanwalt nicht erfolgt ist. Es wäre seine Sache gewesen, nach Erhalt des Beschlusses, in welchem nur die Bewilligung des Armenrechts für die Partei ausgesprochen, die Beordnung eines Anwalts aber nicht enthalten war, bei Gericht darauf zu dringen, daß auch über den weiteren Antrag auf Beordnung eines Armenanwalts ausdrücklich entschieden und damit klargestellt werde, ob er selbst als antragstellender Anwalt nun Armenanwalt sei oder eine diesbezügliche Anordnung des Gerichts abgelehnt werde. Da der Beschw.F. dies unterlassen hat, das Prozeßgericht auch von der Möglichkeit rückwirkender Anordnung in Folge Übergangs eines rechtzeitig gestellten Antrages keinen Gebrauch gemacht hat, fehlt es an der Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Ersatzanspruch, nämlich an der Beordnung des Beschw.F. als Armenanwalt.

Gebührenansprüche an die Reichskasse stehen ihm daher nicht zu.

(*RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 4. April 1936, 20 W 1810/36.*)

*

****30. §§ 1, 4 ArmAnwG.; §§ 24, 26 PrOG.; 3. NotVD. v. 6. Okt. 1931 6. Teil Kap. I § 17; ArmAnwG. v. 13. Dez. 1935 Art. I.**

1. In dem Verfahren betreffend die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armen-sachen ist in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Beschwerde gegen einen Beschluß des O.G. auch dann statthaft, wenn die vom O.G. in der Hauptsache getroffene Entscheidung keinem Rechtsmittel unterliegt.

2. Die Kürzungsvorschrift der *VD. v. 6. Okt. 1931* (und entsprechend jetzt des *Ges. v. 13. Dez. 1935*) findet auch auf die nach der *VOB. D.* zu berechnenden Armenanwaltsgebühren Anwendung.

Der Beschw.F. ist in einem Entschuldungsverfahren seiner Auftraggeberin nach Einlegung der Beschwerde vom O.G. als ArmAnw. beigeordnet worden, hat aber nach erfolgter Beordnung weitere Schriftsätze nicht eingereicht. Er beantragt, ihm nach einem Wert von 500 RM eine Gebühr

aus Art. 8 UGebD. von 4,80 RM, ferner 0,42 RM Porto-
kosten und 0,10 RM Umsatzsteuer aus der Staatskasse zu er-
statten. Der Urkundsbeamte hat die Gebühr aus Art. 8
UGebD. um 0,90 RM und die Umsatzsteuer entsprechend er-
mäßigt.

Nachdem das UG. der Erinnerung des Kl. stattgegeben
hatte, ist auf Beschw. der Reichskasse der Festsetzungsbeschluß
des Urkundsbeamten wiederhergestellt worden.

Der angefochtene Beschluß ist ergangen auf Grund des
ArmAnwG. i. d. Fass. der RotWD. v. 1. Dez. 1930 (RGBl.
I, 604) und v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 565). Der Senat
steht in ständiger Rspr. auf dem Standpunkt, daß dieses Ge-
setz auf sämtliche Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbar-
keit Anwendung findet (vgl. JW. 1933, 1262⁴; JFG. Erg-
Bd. 10, 212; 1, 57) und daß sich die Beschw. nach dem
KostenG. richtet. Da das Entschuldungsverfahren zu den An-
gelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört (vgl. § 50
SchRG.), ist hiernach die vorliegende Beschwerde als ein-
fache erste Beschw. aus § 26 PrORG. grundsätzlich zulässig.
Dem steht auch nicht entgegen, daß im Entschuldungsverfah-
ren das UG. gem. § 50 Abs. 4 SchRG. endgültig entscheidet;
denn es handelt sich hier um ein von der Hauptsache völlig
losgelöstes Verfahren, in dem folglich die Beschw. dadurch
nicht ausgeschlossen wird, daß die Entsch. in der Hauptsache
unanfechtbar ist (vgl. 1a Wx 1724/35; JFG. 13, 193).
Endlich ist aber auch die Beschw. nicht etwa durch die WD.
des RPräs. v. 14. Juni 1932 (RGBl. I, 285) ausgeschlossen,
welche im 1. Teil Kap. III Art. 1 bestimmt, daß gegen die
nach dem 30. Juni 1932 erlassenen Entsch. über eine Er-
innerung gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß (§ 104 ZPD.)
oder gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen (§ 4
DORG.; § 25 GVolzGebD.) die Beschw. nur zulässig ist,
wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 50 RM übersteigt.
Es ist zwar in § 4 ArmAnwG. bestimmt, daß die Festsetzung
der Armenanwaltskosten unter entsprechender Anwendung des
§ 104 Abs. 2 ZPD. und des § 4 DORG. erfolgt. Ob hier-
aus gefolgert werden kann, daß auf dem Gebiete der frei-
willigen Gerichtsbarkeit die Beschw. in Armenanwaltskosten-
sachen nur zulässig ist, wenn der Wert des Beschwerdegegen-
standes 50 RM übersteigt, kann dahingestellt bleiben; denn
auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist für diese
Schlußfolgerung bereits deswegen kein Raum, weil hier an
die Stelle des § 4 DORG. die Vorschriften der §§ 24 ff.
PrORG. treten (RG. in 1a X 755/22 und 1a X 1257/28)
und für die Beschw. nach diesen Vorschriften durch die WD.
v. 14. Juni 1932 eine Beschwerdesumme nicht eingeführt ist.
Der hiernach zulässigen Beschw. war auch der Erfolg
nicht zu verlagen.

Nach der ständigen Rspr. des Senats hat der Armen-
rechtsbeschluß und hierdurch auch die Verordnung des Arm-
Anw. grundsätzlich keine rückwirkende Kraft, es sei denn,
daß der Beschluß sich selbst rückwirkende Kraft beilegt. Wenn
daher, wie im vorl. Fall, die Verordnung des ArmAnw.
„für die BeschwInst.“ erfolgt ist, so kann dies nur dahin
aufgefaßt werden, daß die Verordnung für das weitere Be-
schwerdeverfahren erfolgen sollte (RG.: JW. 1933, 1262⁴).
Der für die Gebührenfestsetzung hier in Frage kommende
Art. 8 UGebD. kennt im Gegensatz zu § 41 RAGebD. keine
Gebühr für die BeschwInst. als solche, sondern nur Gebüh-
ren für die einzelnen Anträge, Erklärungen und Beschwerden.
Da Kl. Dr. W. nach seiner Verordnung als ArmAnw. eine
solche gebührenpflichtige Tätigkeit nicht ausgeübt hat, steht
ihm folglich auch kein Anspruch gegen die Staatskasse auf
Erstattung der Beschwerdegebühr aus Art. 8 UGebD. zu; denn
diese ist ihm bereits und ausschließlich für seine Tätigkeit vor
Bewilligung des Armenrechts erwachsen und wird somit durch
den späteren Armenrechtsbeschluß nicht gedeckt.

Aber auch abgesehen hiervon ist die Beschw. begründet:
Nach der 3. RotWD. v. 6. Okt. 1931 6. Teil Kap. I § 17
verringern sich die Armenanwaltsgebühren bis zu einem
Streitwert von 800 RM um 20%. Zweck und Sinn dieser
Vorschrift ist, Ersparnisse auf dem Gebiete der Rechtspflege
zu erzielen, wie aus der Überschrift zum 9. Teil der WD. des
RPräs. v. 1. Dez. 1930 folgt, durch welche Bestimmung erst-

malig eine Kürzung der Armenanwaltsgebühren angeordnet
war. Wendet man daher überhaupt die Vorschriften des Arm-
AnwG. auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
entsprechend an, in welchem Falle an die Stelle der Gebühren
nach der RAGebD. die Gebühren nach der UGebD. treten
müssen, so folgt hieraus, daß dann auch diese Gebühren nach
Maßgabe der WD. v. 6. Okt. 1931 gekürzt werden müssen;
denn diese Vorschrift kann bei ihrer allgemein gehaltenen
Fassung nur dahin ausgelegt werden, daß in allen Fällen,
in denen der ArmAnw. einen Erstattungsanspruch gegen die
Staatskasse hat, mögen sich seine Gebühren nach der RA-
GebD. oder der UGebD. berechnen, eine entsprechende Kür-
zung eintreten soll (so auch UG. Lüneburg: JW. 1935,
2664⁹⁸).

(RG., 3. u. Sen. 1a, Beschl. v. 27. März 1936, 1a Wx 375/36.)

Düsseldorf

31. §§ 242, 157, 779 BGB. Treten nach Ver-
gleichsabschluß Umstände ein, die derart
außerhalb aller menschlichen Erkennbarkeit
und Voraussicht liegen, so daß beide Par-
teien gar nicht an sie denken konnten, so
sind diese nicht Gegenstand des Vergleichs.

Die klagende Versicherungsgesellschaft hat dem Bekl. im
Jahre 1929 zur Abfindung aller Ansprüche aus einem Kraft-
wagenunfall eine Kapitalabfindung gezahlt. Mit der Behaup-
tung, die dem damaligen Vergleich zugrunde gelegte Erwerbs-
beschränkung des Bekl. sei bei weitem geringer als angenommen,
verlangt die Kl. Rückzahlung eines Teiles der Vergleichssumme.
UG. und OUG. haben die Klage abgewiesen.

Der § 323 ZPD. kann schon deshalb keine Anwendung
finden, weil in dem streitigen Vergleiche keine Leistungen der
im § 323 Abs. 1 ZPD. bezeichneten Art, nämlich keine künftig
fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen, übernommen wor-
den sind (vgl. RGZ. 106, 398 = JW. 1924, 53; RGZ. 141,
200 = JW. 1933, 2271).

Weiter stützt die Kl. ihren Anspruch auf die §§ 242, 157
BGB. mit der Begr., daß — bedingt durch eine Änderung
der Verhältnisse — zwischen Leistung und wirklichem Schaden
ein außerordentliches Mißverhältnis bestehe.

Soweit es sich um Unterhaltsforderungen handelt, die als
laufende Ansprüche bestehen, räumen Rechtslehre und Rspr.
diesen in der von der Kl. bezeichneten Richtung eine besondere
günstige Stellung ein. Hier ist eine Anpassung der Ansprüche
an veränderte Verhältnisse in weitem Umfange zulässig. Dies
gilt aber nicht in gleichem Maße bei einer durch Kapitalabfin-
dung abgeschlossenen Verpflichtung. Es ist nämlich an und für
sich davon auszugehen, daß ein Vergleich, der alle jetzigen und
künftigen Ansprüche aus einem bestimmten Schadensereignis
für erledigt erklärt, das Rechtsverhältnis der Parteien endgül-
tig beenden soll und beendet. Wenn Rechtslehre und Rspr. von
diesem Grundsatz eine Ausnahme machen, so geschieht dies nur
innerhalb bestimmter, eng gezogener Grenzen. Soll trotz der
Kapitalabfindung eine Abänderung des an sich abschließend ge-
regelten Rechtsverhältnisses möglich sein, so müssen ganz be-
sondere Umstände vorliegen, die eine ergänzende Vertragsaus-
legung zulassen. Zwar hat die Rspr. diese Rechtsgedanken, soweit
erwünscht, bisher nur an Hand solcher Fälle entwickelt, bei denen
sich der Schaden nach der Abfindung erheblich vergrößert hat.
Daß hier nach der Behauptung der Klage-
rin der entgegengesetzte Fall vorliegt, steht
indessen der Anwendung der von der Rspr.
entwickelten Grundsätze nicht entgegen. Sol-
len diese Rechtsgedanken, die doch ausschließ-
lich auf den Gesichtspunkten von Treu und
Glauben und der Redlichkeit im Verkehr be-
ruhen, nun einmal Anwendung finden, so
muß es gleichgültig sein, ob der Schaden hin-
terher größer oder kleiner geworden ist.
Immer bleibt aber erforderlich, daß beson-
dere Umstände vorliegen, die den berech-
tigten Schluß zulassen, daß der Vergleich trotz

seines allgemeinen Wortlauts nur eine beschränkte Wirkung haben sollte. Wenn Parteien einen Vergleich wie den vorliegenden abschließen, so haben sie selbstverständlich gewisse Vorstellungen über die gegenwärtigen Unfallsfolgen und darüber, wie diese sich nach menschlicher Berechnung für die Zukunft entwickeln werden. Hierauf erstreckt sich dann auch die Wirkung des Vergleichs. Erst das, was nicht mehr von dieser Vorstellung getragen wird und nach vernünftiger menschlicher Beurteilung völlig außerhalb dieser Vorstellung lag und liegen mußte, ist nicht mehr Gegenstand des Vergleichs und wird von seiner Wirkung nicht erfaßt. Treten also später Umstände ein, die derart außerhalb aller menschlichen Erkennbarkeit und Voraussicht lagen, daß beide Parteien gar nicht an sie denken konnten, so sind diese nicht Gegenstand des Vergleichs. Inwieweit ist nach vernünftiger Vertragsauslegung ohne weiteres ein begrenzter Vergleichswille anzunehmen. Unter diesen besonderen Voraussetzungen ist dann schließlich eine Angleichung des Vergleichs an die später eingetretenen Umstände möglich (vgl. RGZ. 131, 278 ff. = JW. 1931, 1458).

Aus dem vorl. Sachverhalt ergibt sich nun aber, daß diese Voraussetzungen nicht gegeben sind. (Wird ausgeführt.)

(OLG. Düsseldorf, 3. Zivilsen., Ur. vom 13. Nov. 1935; 3 U 163/33.)

*

Köln

32. § 1333 BGB. Eheanfechtung.

1. Nicht nur der Irrtum über die Rassezugehörigkeit, sondern auch — bei Kenntnis der Eigenschaft des anderen Teils als Juden — der Irrtum über die Bedeutung der Rassezugehörigkeit in bevölkerungspolitischer Hinsicht ist ein Eheanfechtungsgrund gemäß § 1333 BGB.

2. Fristberechnung (§ 1339 BGB.), wenn die Eheanfechtung während eines zunächst erhobenen Ehescheidungsprozesses erfolgt.

1. Nachdem der Kl. in der letzten mündlichen Verhandlung beantragt hatte, in erster Linie auf Grund der Anfechtung die Ehe für nichtig zu erklären, hatte der Senat zunächst über die Anfechtungsklage zu befinden. Es ist feststehende Rechtsprechung des RG., daß die Rassezugehörigkeit wegen der besonderen Eigentümlichkeiten der verschiedenen Rassen als persönliche Eigenschaft i. S. des § 1333 BGB. anzusehen ist (RGZ. 148, 193 = JW. 1935, 3094⁷). Ein Irrtum über diese Eigenschaft kann somit die Anfechtung der Ehe rechtfertigen, wenn die übrigen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Dem Kl. war bei der Eheschließung unstrittig bekannt, daß die Bekl. von jüdischen Eltern abstammte, er mußte also, daß sie Jüdin war. Dadurch allein wird aber die Möglichkeit des Irrtums über die persönlichen Eigenschaften der jüdischen Bekl. noch nicht ausgeschlossen. Der Kl. muß auch eine Vorstellung von diesen Eigenschaften haben, er muß das Wesen des Rassenunterschiedes genügend erfassen, insbes. von der Möglichkeit einer Vererbung der Rasseeigentümlichkeiten überhaupt eine Vorstellung haben. Der anfechtende Kl. hat in dieser Hinsicht die Beweislast. Zwar war der Kl. bei Eingehung der Ehe 29 Jahre alt, ausgebildeter Zahnarzt und Doktor der Medizin. Dennoch war er zu dieser Zeit mit dem Rasseproblem keineswegs vertraut. Denn wie die Bekl. in den Ehescheidungsakten des LG. vorgebracht hat, hat der Kl. ihre Eröffnung über ihre jüdische Rassezugehörigkeit damit abgetan, daß er daran keinen Anstoß nehme, da er vollkommener Freidenker sei und daß auch seine Familie nicht religiös eingestellt sei. Dies ist ein klarer Beweis dafür, daß der Kl., der zu dieser Zeit noch nicht der NSDAP. angehörte, damals die Besonderheit des Judentums lediglich aus dem religiösen Blickfeld betrachtete. Somit ist als erwiesen anzusehen, daß der Kl. sich im Irrtum über die Rasseeigentümlichkeiten der Bekl. befand, als er die Ehe schloß. Unstrittig gehört der Kl. seit Ende 1930 der NSDAP. an.

Der Kl. würde die Ehe bei Kenntnis der Rasseeigentümlichkeiten der Bekl. nicht geschlossen haben. Seine Auffassung

von dem Wesen der Ehe steht in Einklang mit der objektiven Würdigung, d. h. mit den regelmässigen Anschauungen der Mehrheit der deutschen Volksgenossen. Die Voraussetzungen des § 1333 BGB. liegen somit auf Seiten des Kl. vor.

2. Es fragt sich demnach lediglich noch, ob die Anfechtung rechtzeitig, d. h. binnen sechs Monaten seit Entdeckung des Irrtums erfolgt ist (§ 1339 BGB.).

Zu Unrecht hat dies das LG. verneint. Infolge der Zugehörigkeit des Kl. zur Partei seit 1930 und der dort erfolgten Aufklärung kann bei seiner Vorbildung davon ausgegangen werden, daß er bald erkannt hat, welche Folgen seine Mischehe für seine Nachkommenschaft haben kann. Diese Erkenntnis war aber unschädlich, als die Anfechtungsfrist noch nicht lief. Denn der Lauf der Anfechtungsfrist ist bis zum 15. April 1933 gehemmt (§ 1339 Abs. 3 i. Verb. m. § 203 BGB. [RGZ. 145, 11 = JW. 1934, 2615⁶]). Erst durch das BVerfG. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175) i. Verb. mit der 1. DurchfVd. v. 11. April 1933 (RGBl. I, 195) wurden nämlich aus der Rassenverschiedenheit Folgerungen gezogen. Vor dieser staatlichen Anerkennung der Bedeutung der Rassenverschiedenheit war deren Beachtung durch die Gerichte im Eheanfechtungsstreit nicht zu erwarten (JW. 1934, 2615⁶). Nun meint der Kl. allerdings, zu seinen Gunsten müsse mit Rücksicht auf die für seinen Stand erlassenen besonderen Bestimmungen ein späterer Stichtag angenommen werden. Hierzu erübrigt sich aber eine Stellungnahme, da vorl. die Anfechtungsklage auch unter Zugrundelegung eines Stichtages vom 15. April 1933 rechtzeitig erhoben ist. Zwar hat der Kl. den Antrag, die Ehe auf Grund Anfechtung für nichtig zu erklären, erst im Schriftsatz v. 24. Okt. 1933 gestellt. Die zunächst erhobene Scheidungsklage war aber der Bekl. am 18. Juli 1933 zugestellt worden. Da aber der Anfechtungsanspruch bereits mit der Erhebung der Scheidungsklage rechtsfähig geworden ist (RGKomm., 8. Aufl., Erl. 2 zu § 1339 BGB.; Erl. 5 zu § 1572 BGB.; JW. 1934, 2615⁶), so ist nach alledem die Anfechtungsklage auch rechtzeitig erhoben.

(OLG. Köln, Ur. v. 6. März 1936, 1 U 119/35.)

*

33. § 88 Abs. 2 HGB. Provisionsansprüche, deren Fälligkeit an den Eingang von Ratenzahlungen auf die Versicherungsprämie gebunden ist, die aber infolge Konkursöffnung der Versicherungsgesellschaft nicht mehr entrichtet werden, können im Wege der Aufrechnung geltend gemacht werden, wenn die Organe der Gesellschaft durch ihre Mißwirtschaft den Konkurs verschuldet haben. Ein bestehendes vertragliches Aufrechnungsverbot gilt im Falle des Konkurses nicht ohne weiteres. †)

Der Kl. begehrt als Konkursverwalter einer Autoversicherungs AktG. von dem Bekl. als deren Vertreter Zahlung eines Restbetrages von Prämien, die er eingezogen habe oder mit denen er jedenfalls zu Recht belastet sei.

Der Bekl. hat demgegenüber Aufrechnung mit einer Gegenforderung aus Provisionen für von ihm vermittelte und vor Konkursöffnung zum Abschluß gelangte Versicherungsverträge geltend gemacht.

Gemäß § 53 KO. braucht ein Gläubiger, soweit er zu einer Aufrechnung befugt ist, seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen. Dies wird nach § 54 KO. auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß seine Forderung zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch betagt oder noch bedingt war. Das LG. verneint nun das Bestehen auch einer bedingten Forderung unter Hinweis auf die §§ 23, 27 KO. Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Zwar erfolgt durch die Eröffnung des Konkursverfahrens sowohl ein vom Gemeinschuldner erteilter Auftrag als auch ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Doch wird dadurch das Vertragsverhältnis nur für die Zukunft aufgehoben und bereits vor-

her erwachsene Forderungen bleiben bestehen. Im vorl. Falle sagt auch der Anstellungsvertrag des Bekl. nichts anderes, da nach ihm vom Tage der Aufhebung des Agenturverhältnisses ab ebenfalls nur „jeder weitere“ Provisionsanspruch erlischt, d. h. also jeder erst in Zukunft entstehende derartige Anspruch. Um einen solchen handelt es sich aber hier bei dem Provisionsanspruch des Bekl. nicht. Er begehrt damit zwar Provisionen von Versicherungsverträgen, deren Prämien infolge Bewilligung von Teilzahlungen erst in späteren Zeitabschnitten zu entrichten waren und daher infolge der Konkursöffnung überhaupt nicht mehr entrichtet wurden. Auch erhält nach dem Anstellungsvertrage der Vertreter die Provision erst von den von ihm vereinnahmten und abgeführten Prämien. Aber diese Regelung betrifft nur den Zeitpunkt der Fälligkeit des Provisionsanspruchs. Entstanden ist dieser bei einem Versicherungsagenten bereits mit dem Abschluß des betreffenden VersVertr.

Der Kl. kann sich demgegenüber auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß die Ausführung des Geschäftes infolge der Eröffnung des Konkurses unterblieben ist. Denn nach § 88 Abs. 2 HGB. hat der Bekl. die volle Provision auch dann zu beanspruchen, wenn die Ausführung unterblieben ist infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorliegen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen war. Ein solches Verhalten des Geschäftsherrn wird im Falle des Unterbleibens der Ausführung infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn nach der herrschenden Ansicht in Rechtspredung und Schrifttum stets dann angenommen, wenn der Geschäftsherr den Konkurs durch seine Mißwirtschaft verschuldet hat (vgl. RGZ. 63, 71). Weshalb dies, wie der Kl. meint, rechtsirrig sein und dem Wesen des Konkursverfahrens widersprechen soll, ist nicht ersichtlich. Der Geschäftsherr ist im vorl. Falle die Gemeinschuldnerin, eine AktG., die durch ihre Organe, den Vorstand und Aufsichtsrat handelt und deren Handlungen sich anrechnen lassen muß. Allerdings ist der Bekl. beweispflichtig dafür, daß durch Handlungen dieser Organe der Konkurs herbeigeführt worden ist. Er hat sich zum Beweise hierfür auf den Inhalt der beigezogenen Akten des LG. S. in der Strafsache gegen die Brüder K. berufen. Der Kl. hat demgegenüber eingewandt, daß die beiden dort angeklagten und wegen Betrugs, Urkundenfälschung, handelsrechtlicher Untreue und betrügerischen Bankrotts zu hohen Gefängnis- und Geldstrafen verurteilten Brüder K. nicht Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats der Gemeinschuldnerin gewesen seien und daß dasjenige, was das Urteil über die eingetragenen Mitglieder dieses Organs ausführe, nicht zur Grundlage einer zivilrechtlichen Feststellung einer für den Ausbruch des Konkurses ursächlichen strafrechtlichen Verfehlung dienen könne. Aber es kann auch nicht darauf ankommen, ob die Handlungen und Unterlassungen der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats zu ihrer strafrechtlichen Verfolgung ausreichen, wenn sie nur ursächlich für die Konkursöffnung gewesen sind. Dies war aber der Fall. Nach dem Inhalt der Strafakten und insbes. des Urteils der StrR. des LG. S. vom 10. April 1933, dem sich der Senat insoweit anschließt, kann kein Zweifel daran sein, daß, wenn die Gemeinschuldnerin auch infolge Zusammenwirkens verschiedener Gründe in Konkurs ging, doch die strafbaren Handlungen der beiden Brüder K. hierbei von ausschlaggebender Bedeutung waren. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob die beiden Brüder K., die nach den Feststellungen im Strafverfahren, wie auch der Kl. nicht ernstlich bestreiten kann, in Wirklichkeit die Herren des Unternehmens waren, schon auf Grund dieser ihrer tatsächlichen Machtstellung auch Vorstandmitglieder der Gemeinschuldnerin i. S. der §§ 312, 242 HGB. gewesen sind, wie das Strafurteil annimmt. Denn die Führung der Geschäfte durch sie in der obengeschilderten Weise geschah mit Kenntnis des zum Vorstand der Gesellschaft bestellten Direktors S., eines Freundes des Otto K., mit dessen Wissen und Billigung auch die beiden dauernd unter dem Namen K. und Y. auftraten und ihre Eigenschaft als Brüder verheimlichten.

S. hat dann, und zwar, indem er selbst von ihnen fortgesetzt hohe Bezüge aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin erhielt, die ihm nicht zustanden, unter Außerachtlassung jeder Sorgfaltspflicht die Brüder K. schalten lassen, ohne, wie es seine Pflicht als Vorstand war, unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 241 HGB.) die Geschäfte selbst zu führen oder jedenfalls die Geschäftsführung der beiden dahingehend zu überwachen, daß sie dabei keine strafbaren Handlungen vornahmen oder jedenfalls die Geschäfte ihrerseits unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes führten. Bei ordnungsmäßiger Erfüllung dieser Pflicht als Vorstand hätte der Zusammenbruch verhütet werden können; umgekehrt hat die schuldhafte Unterlassung dieser Pflicht ausschlaggebend dazu mitgewirkt, daß der Konkurs eröffnet werden mußte.

Hat hiernach der Geschäftsherr der Gesellschaft, die sich das Verschulden ihres Vorstands anrechnen lassen muß, durch ihre Mißwirtschaft den Konkurs ausschlaggebend verschuldet, liegt also ein Verhalten des Geschäftsherrn i. S. des § 88 Abs. 2 HGB. vor, infolgedessen die Ausführung der vom Bekl. vermittelten und zum Abschluß gelangten Versicherungsverträge ganz oder teilweise unterblieben ist, so kann der Bekl. gleichwohl die volle Provision beanspruchen.

Die Aufrechnung mit diesem Anspruch ist auch nicht etwa durch die Bestimmungen des Anstellungsvertrages ausgeschlossen, wonach der Vertreter die vereinnahmten Gelder, „welche anvertrautes Gut i. S. des Gesetzes sind“, gesondert verwahren und spätestens zum Monatsende einsenden muß. Selbst wenn man darin die Vereinbarung des Ausschusses des Zurückbehaltungsrechtes (und damit auch der Aufrechnung) erblicken müßte, so gilt dies im Zweifel nicht für den Fall des Konkurses. Dieser führt eine so wesentliche Änderung des Vertragsverhältnisses herbei, daß die Vertragsparteien, wenn sie diesen Fall bedacht hätten, für ihn eine solche Abrede nicht getroffen haben würden. Wenn nun auch eine Rechtsvermutung, wonach die Vereinbarung des Ausschusses der Aufrechnung der Regel nach für den Konkurs des Aufrechnungsgegners nicht gelten würde, nicht besteht, so bedarf doch die Frage, ob die Vertragsschließenden den Aufrechnungsverzicht auch für den Konkurs des Vertragsgegners des Verzichtenden gewollt haben, besonders genauer Prüfung (vgl. RGZ. 60, 356; 124, 8 = JW. 1929, 1379). Im vorl. Falle ist jedenfalls kein Anhalt dafür gegeben, daß sie zu bejahen wäre, da auch die Gemeinschuldnerin beim Vertragsschluß zweifellos nicht gewollt hat, daß dem Bekl. die von ihm verdienten Provisionen vorenthalten würden. Bei dieser Sach- und Rechtslage bedarf es nicht mehr der Erörterung und Beweiserhebung darüber, ob nicht der Vertrag, wie man auch den überreichten zahlreichen Abrechnungsnoten entnehmen könnte, nachher mündlich dahin abgeändert und entsprechend auch ständig gehandhabt worden ist, daß der Bekl. von den vereinnahmten Prämien die von ihm verdienten Provisionen zurückbehalten durfte.

Es mangelt auch nicht an der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Forderungen, wenn auch diejenige des Bekl. auf Zahlung der ihm zustehenden Provision gerichtet ist und diejenige des Kl. bei einer wörtlichen Auslegung des Anstellungsvertrages eigentlich auf Herausgabe der von ihm vereinnahmten und als anvertrautes Gut gesondert aufzubewahrenden und abzuliefernden Prämien gehen müßte. Schon die Fassung des Klageantrages beweist, daß es sich auch hier in Wirklichkeit um einen Anspruch auf Zahlung handelt. Dementsprechend hat das RG. gegenüber einem Anspruch auf Einwilligung in die Auszahlung eines hinterlegten Geldbetrages die Aufrechnung mit einem Zahlungsanspruch zugelassen (JW. 1912, 365; ebenso Menzel, Anm. 4 zu § 54 RD.). In gleicher Weise würde es auch hier bedeuten, die äußere Form eines Anspruchs über seinen wesentlichen Inhalt zu setzen, wenn man, obwohl der Klageanspruch in Wirklichkeit in gleicher Weise auf Zahlung von Geld gerichtet ist wie die Gegenforderung, die Gleichwertigkeit verneinen würden.

Die beiderseitigen Forderungen stehen sich hiernach grundsätzlich aufrechenbar gegenüber.

(OLG. Köln, 3. RivSen., Urt. v. 12. Febr. 1936, 3 U 248/35, 3 U 263/35.)

Anmerkung: Der Entsch. vermag ich, soweit es sich um den abgedruckten Teil handelt, nicht beizupflichten. Es handelt sich um die Streitfrage, ob der Versicherungsagent im Konkurs der Versicherungsgesellschaft gegenüber dem Anspruch des Konkursverwalters auf Abführung vereinnahmter Prämien mit Schadensersatzansprüchen aufrechnen kann. Auf die Frage, ob dem Agenten überhaupt Schadensersatzansprüche infolge der Eröffnung des Konkurses zustehen, will ich hier nicht weiter eingehen. Sie ist bekanntlich streitig. Das RG. verneint sie, weil das Agenturverhältnis nach § 23 Abs. 2 RD. kraft Gesetzes erlischt und es daher an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Konkursöffnung fehle (RGZ. 63, 74; 82, 407). Eine Anzahl Schriftsteller (Jäger u. a. m.) wollen dem Agenten einen Schadensersatzanspruch aber wenigstens dann zubilligen, wenn die Konkursöffnung durch Verschulden des Geschäftsherrn herbeigeführt worden ist. Dabei müssen natürlich besonders strenge Anforderungen an den vom Agenten zu führenden Beweis eines solchen Verschuldens gestellt werden (vgl. Jäger, RD., § 23 Anm. 6; JW. 1934, 2669). Auf die Einzelheiten dieser Streitfrage will ich, wie gesagt, hier nicht eingehen. Das OLG. Köln hat sie im Sinne der letzteren Ansicht bejaht. Ob ein Verschulden vorgelegen hat, wird immer Tatfrage sein.

Wiel wichtiger und m. W. bisher noch kaum entschieden ist die Frage der Aufrechnungsmöglichkeit mit derartigen Schadensersatzansprüchen des Agenten und insbes. des Versicherungsagenten. Dabei kann es sich hinsichtlich der Forderungen des Konkursverwalters gegen den Agenten immer nur um Ansprüche auf Zahlung vereinnahmter Prämien handeln. Nur insoweit besteht ausdrücklich oder stillschweigend ein Aufrechnungsverbot nach den Agenturverträgen. Wenn es nicht ausdrücklich darin enthalten ist, so ist doch jedenfalls bestimmt, daß der Agent die eingezogenen Prämien gesondert aufzubewahren, darüber in bestimmten Zeiträumen abzurechnen und sie an die Gesellschaft abzuführen hat. Auch finden sich häufig Wendungen wie die, daß das Geld fremdes anvertrautes Gut sei, daß es der Gesellschaft gehöre u. ä. Aus derartigen Bestimmungen hat die Rspr. auch ohne ausdrückliches Verbot der Aufrechnung und Zurückbehaltung den Schluß gezogen, daß gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe der Prämien Aufrechnung und Zurückbehaltung nicht zulässig sei. Soweit der Anspruch des Versicherers gleichzeitig auf unerlaubte Handlung gestützt war oder gestützt werden konnte, wurde auch § 393 BGB. zur Begründung der Ansicht herangezogen (vgl. RG.: ZurRdschPrVers. 1931, 92). Die erwähnten scharfen Inkassobestimmungen haben ihren Grund einmal darin, daß der Agent nach § 43 Ziff. 4 BGB., wenn er im Besitze einer vom Versicherer unterzeichneten Prämienrechnung ist, zum Einzug der Prämie nebst Zinsen und Kosten befugt ist, der Versicherer also vom Einzuge ab im Verhältnis zum Versicherungsnehmer die Gefahr des Verlustes trägt, also z. B. letzterem auch bei Unterschlagung der Prämie durch den Agenten Deckung gewähren muß, wenn die Zahlung rechtzeitig i. S. der §§ 38, 39 BGB. erfolgt ist, und zum anderen darin, daß der Versicherer zur Aufrechterhaltung seines Betriebes unbedingt auf das ordnungsmäßige Eingehen der Prämien angewiesen ist.

Man sollte meinen, daß bei dieser Sachlage kein Zweifel daran bestehen könnte, daß das Aufrechnungsverbot auch im Konkurs des Versicherers Wirkung hat. Nach der früheren Rspr. des RG. (vgl. RGZ. 60, 356; LZ. 1909, 71 Nr. 5) galt es auch für den Fall des Konkurses und bestand keine Rechtsvermutung für das Gegenteil. Die erstgenannte Entsch. besagte lediglich, daß der Konkurs eine so wesentliche Veränderung der zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Verhältnisse herbeizuführen pflege, daß eine genaue Prüfung der Frage geboten erscheine, ob die Vertragsparteien nicht das

Verbot der Aufrechnung für den Fall des Konkurses ausgeschlossen haben würden und ob die Vereinbarung darüber deshalb nicht nach Treu und Glauben für diesen Fall als ausgeschlossen zu gelten habe. Die letzte zu dieser Frage bekanntgewordene Entsch. (RGZ. 124, 8 = JW. 1929, 1379) geht formell auch von diesem Standpunkt aus, verneint aber für den dortigen Sachverhalt die Wirksamkeit des Aufrechnungsverbots, weil es sich bei der Aufrechnung im Konkurs um etwas ganz anderes wie unter normalen Umständen handle, die Möglichkeit einer solchen Aufrechnung im Ergebnis auf eine abgeordnete Befriedigung des Konkursgläubigers hinauslaufe, die noch dazu nach §§ 53, 54 RD. besonders erleichtert und damit begünstigt sei, und ein Verzicht hierauf dem, der seinem zahlungsfähigen Vertragsgegner pünktlich Zahlung versprochen habe, verständigerweise nicht in den Sinn komme; Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen, seien nicht dargetan.

Auf die letztere Entsch. stellt das OLG. Köln ab, wenn es im vorl. Falle die Aufrechnung für zulässig erklärt hat. Es handelt sich bei den Ansprüchen des Agenten um solche für Provisionen, die ihm durch die Konkursöffnung infolge der im Versicherungsrecht für diesen Fall getroffenen Sonderregelung (§ 13 BGB.), da es sich um Autoversicherungen handelte; vgl. auch für die Lebens- und die ihr gleichgestellten Versicherungsarten § 77 Abs. 3 VersAufsG.) entgingen. Bei seiner Entsch. hat das OLG. aber die oben erwähnten besonderen Verhältnisse im Versicherungswesen, die gerade nach der Rspr. des RG. einer besonders genauen Prüfung bedürfen, ganz außer acht gelassen. Jedenfalls reicht die Begründung, „im vorl. Falle sei jedenfalls kein Anhalt dafür gegeben, daß die Frage, ob die Parteien das Aufrechnungsverbot auch für den Konkurs des Vertragsgegners des Verzichtenden (d. h. des Agenten) gewollt hätten, zu bejahen wäre, da auch die Gemeinschuldnerin bei Vertragsschluß zweifellos nicht gewollt habe, daß dem Besl. die von ihm verdienten Provisionen vorenthalten würden“, keinesfalls aus. Ein solcher Wille wird der Gemeinschuldnerin auch bei anderen Forderungen ihrer Gläubiger normalerweise nicht unterstellt werden können. Trotzdem müssen sich die anderen Konkursgläubiger mit der Konkursquote begnügen. Diese Beweisführung rüttelt daher an dem Grundsatz der gleichen Behandlung aller reinen Konkursgläubiger, zu denen der Agent in diesem Falle gehört (vgl. OLG. Naumburg: JW. 1935, 1346 und meine Anmerkungen dazu a. a. O. u. S. 2915). Außerdem läuft sie, wie RGZ. 124, 8 zeigt, auf die Gewährung eines Absonderungsrechts hinaus, was gerade durch die in den Agenturverträgen enthaltene, Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht ausschließende Vereinbarung verhindert werden soll. Soweit das OLG. Köln den § 88 Abs. 2 HGB. heranzieht, ist nicht klar ersichtlich, ob es auch diese Vorschrift, wenigstens mittelbar, als eine Stütze für das Entfallen des Aufrechnungsverbotes ansieht. Sie läßt sich dazu aber ebenfalls nicht verwenden. Wenn es darin heißt, daß der Agent auch für — durch das Verhalten des Geschäftsherrn — nicht zur Ausführung gelangte Abschüsse die volle Provision zu beanspruchen hat, wenn keine wichtigen Gründe in der Person des anderen Vertragsteils vorgelegen haben, so läßt sich daraus nur etwas für die Frage entnehmen, ob dem Agenten überhaupt ein Schadensersatzanspruch zusteht, nicht aber dafür, wie dieser Anspruch im Konkurs des Versicherers zu behandeln ist. Schließlich lassen sich Provisionsforderungen des Agenten, soweit sie nicht etwa bevorrechtigt sind, nicht anders behandeln als andere Konkursforderungen.

LGDir. Kersting, Berlin.

Naumburg

34. §§ 844, 1601, 1603 BGB. Veruft sich der Schädiger gegenüber dem Ersatzanspruch aus § 844 BGB. darauf, daß der getötete Unterhaltspflichtige zur Gewährung des Unterhalts künftig nicht fähig geworden sein würde, dann hat er dafür die Beweispflicht.

Am 11. Febr. 1934 ist der Sohn der Kl., der 15jährige Handlungsgehilfe H. H., vom Kraftwagen der Besl. über-

fahren und tödlich verletzt worden. Die Kl. hat mit der Klage u. a. (Beerdigungskosten) die Feststellung verlangt, daß die Bekl. verpflichtet seien, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch den Unfall ihres Sohnes entstanden ist und noch entstehen wird. Das LG. hat den Feststellungsantrag abgewiesen.

Auf die Berufung der Kl. hat das OLG. festgestellt, daß die Bekl. verpflichtet sind, der Kl. insoweit Schadensersatz zu leisten, als ihr Sohn während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens ihr zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde, aus folgenden Gründen:

LG. hat als erwiesen angesehen, daß der Unfall von den Bekl. verschuldet und daß dem Getöteten selbst keine Schuld beizumessen ist. LG. hat auch alle sonstigen Voraussetzungen für gegeben erachtet, die bei einem Schadensersatzanspruch wegen Tötung eines Ernährers aus § 844 BGB. (§ 10 Abs. 2 KraftfG.) vorliegen müssen, ausgenommen jedoch die eine, daß „vorausschauend unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Toten, insbes. seiner Berufsaussichten mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit angenommen werden könne, der Sohn wäre in absehbarer Zeit unterhaltsfähig geworden.“ Das LG. meint, daß die Kl. dafür keine ausreichenden Anhaltspunkte dargetan hätte. Es nimmt an, daß ein Angehöriger des Kaufmannsstandes — wie der Getötete — in der Regel nicht dazu gelange, seiner Mutter Unterhalt gewähren zu können, und verlangt von der Kl., daß sie für ihren Sohn eine Ausnahme von dieser Regel habe nachweisen sollen. Es verlangt diesen Nachweis, weil schon im Verfahren über den Grund des Anspruchs die Feststellung erforderlich sei, daß der Getötete von einem annäherungsweise bestimmbareren Zeitpunkt an zur Zahlung von Unterhalt an die Kl. rechtlich verpflichtet gewesen wäre.

Das BG. teilt diese Ansicht nicht. Es handelt sich bei der Entsch. über den Feststellungsantrag überhaupt nicht um eine Entsch. über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO. oder um etwas dem Ähnliches. Es handelt sich nicht um die Feststellung eines der Höhe nach noch weiter zu erörternden Anspruchs, sondern es handelt sich um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, dem möglicherweise ein zahlenmäßig zu erfassender Anspruch entspringen kann. Ein solches Rechtsverhältnis aber — nämlich das im Recht besonders behandelte Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem unmittelbar Verletzten — liegt hier vor. Es ist der Feststellung durch Urteil fähig, sobald nur die es begründenden tatsächlichen Verhältnisse gegeben sind. Jene tatsächlichen Grundlagen hat das LG. — abgesehen von dem greifbaren Schaden — zutreffenderweise nach jeder Richtung hin festgestellt.

Die Frage nach der näher oder ferner liegenden Möglichkeit der späteren Auswirkung des festzustellenden Rechtsverhältnisses zu einem wirklichen Schuldverhältnis mit Ersatzanspruch auf der einen und Ersatzpflicht auf der anderen Seite fällt zusammen mit der Frage nach dem rechtlichen Interesse der Kl. an der von ihr begehrten Feststellung; denn es ist klar, daß dieses Interesse um so geringer sein muß, je entfernter jene Möglichkeit ist, und daß es beim vollständigen Wegfall jener Möglichkeit ganz entfällt. Bei der hiernach sehr wohl der Erörterung würdigen Prüfung dieses Punktes hat aber das LG. die Beweislast verkannt, wenn es von der Kl. verlangt, sie müsse darlegen, daß ihr Sohn in absehbarer, bestimmbarer Zeit zur Gewährung von Unterhalt fähig geworden wäre. Das steht mit der Auffassung des Gesetzes im Widerspruch. Wenn das Gesetz im § 1601 BGB. als Grundsatz ausspricht, daß Verwandte in gerader Linie einander unterhaltspflichtig sind, in § 1603 BGB. aber den von der Unterhaltspflicht entbindet, der dazu außerstande ist, so geht es von der Annahme der Unterhaltspflicht aus, als der Regel aus und betrachtet ihr Fehlen als eine Ausnahme, die der zu beweisen hat, der sich darauf beruft. Genau dieselbe Beweislastverteilung hat stattzufinden in dem Streite zwischen demjenigen, dem durch Tötung des Ernährers das Recht auf Unterhalt entzogen ist, und dem Schädiger. Es wäre also Sache der Bekl. gewesen, darzutun, daß der Getötete niemals fähig geworden sein würde, der Kl. Unterhalt zu gewähren. Dieser Beweis läßt

sich bei den immerhin doch im Leben gegebenen hundertfältigen Möglichkeiten, zu Einnahmen und Vermögen zu gelangen, eigentlich gar nicht führen und wird vor allem auch keineswegs durch die Erwägungen des BG. geführt, daß es Leuten, die den Kaufmannsberuf ergreifen, im allgemeinen nicht sonderlich gut gehe. Das läßt sich so allgemein in Wahrheit gar nicht sagen. Andere Beweise für den Mangel der Möglichkeit jemaliger späterer Unterhaltungsfähigkeit haben aber die Bekl. nicht angetreten.

Hiernach war dem Feststellungsantrage in der eingeschränkt ausgesprochenen Fassung stattzugeben.

(OLG. Naumburg, Ur. v. 18. Febr. 1936, 7 U 257/35.)

*

35. §§ 1614 Abs. 1 BGB.; Art. 30 EGVGB. Ein zwischen Eheleuten tschechoslowakischer Staatsangehörigkeit in Deutschland abgeschlossener Vertrag, durch den sich die Ehegatten verpflichten, die auf Ehescheidung aus beiderseitigem Einverständnis nach tschechoslowakischem Gesetz erforderlichen Erklärungen abzugeben, und durch den die Ehefrau vom Tage des Verlassens der ehelichen Wohnung ab auf jeden Unterhaltsanspruch gegen den Ehemann verzichtet, verstößt weder gegen die guten Sitten noch gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes und ist daher wirksam.

Die Parteien besitzen die tschechoslowakische Staatsangehörigkeit. Sie leben seit 1930 getrennt. Vor dem BezGer. in Komotau (Tschechoslowakei) schwebt zur Zeit das Ehetrennungsverfahren. Zur Vorbereitung des Ehescheidungsverfahrens haben die Parteien am 20. Febr. 1930 vor dem Notar in X., einer deutschen Provinzstadt, einen Vertrag geschlossen, wonach sie sich verpflichteten, die auf Ehescheidung aus beiderseitigem Einverständnis nach tschechoslowakischem Recht erforderlichen Erklärungen abzugeben. Außerdem hat die Antragstellerin in dem Vertrag auf jeden Unterhaltsanspruch gegen den Bekl. von dem Tage an verzichtet, an dem sie die eheliche Wohnung verließ. Am gleichen Tage wurde bezüglich des Unterhalts und der Erziehung der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder sowie bezüglich der Vermögensauseinanderlegung zwischen den Eheleuten ein weiterer notarieller Vertrag abgeschlossen.

Es hat bereits i. J. 1932 ein Armenrechtsverfahren geschwebt, in dem der Antragstellerin das Armenrecht für die Verfolgung eines Unterhaltsanspruchs gegen den Antragsgegner in zwei Instanzen versagt worden ist, weil die Rechtsverfolgung mit Rücksicht auf den erwähnten ersten Vertrag v. 20. Febr. 1930 aussichtslos sei. Im Jahre 1934 hat ferner die Antragstellerin den Erlaß einer EinstwBf. auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses für einen Unterhaltsprozeß gegen den Antragsgegner beantragt. Durch Ur. vom 30. April 1934 ist dieser Antrag ebenfalls im Hinblick auf den erwähnten Vertrag v. 20. Febr. 1930 zurückgewiesen worden.

Die Antragstellerin begehrt jetzt das Armenrecht für eine Klage auf Feststellung, daß sich die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, insbes. die Unterhaltsberechtigung der Antragstellerin, nicht nach dem Vertrage v. 20. Febr. 1930 bestimmen. In Übereinstimmung mit dem BG. hat das OLG. das Armenrecht wegen Ausichtslosigkeit der Rechtsverfolgung mit folgender Begründung verlag:

Daß die Parteien den Vertrag v. 20. Febr. 1930 nicht — stillschweigend — dem deutschen Recht unterstellt haben, ist offensichtlich. Denn die in ihm getroffene Regelung ihrer persönlichen Verhältnisse war die unerläßliche Voraussetzung für den von ihnen beabsichtigten und von ihnen demnächst auch gestellten gemeinsamen Antrag auf Bewilligung der Scheidung von Tisch und Bett. Die Gültigkeit und Wirksamkeit des Vertrages beurteilt sich also nach tschechoslowakischem Recht (vgl. Staudinger-Raape, EGVGB., Ann. I III 4 zu Art. 17). Dieses enthält auch keine Zurückverweisung auf deutsches Recht (vgl. Staudinger-Raape, Ann. A I zu Art. 14; RG.: NiemeyersJ. 24, 319 sowie die in der

früheren Unterhaltssache beigebrachte Bescheinigung des tschechoslowakischen *JM.* v. 25. Febr. 1933). Es kann sich deshalb nur darum handeln, ob sich die Antragstellerin zur Begründung ihrer beabsichtigten Klage auf die Vorschrift des Art. 30 *GGWB.* berufen kann. Dafür würde Voraussetzung sein, daß die Anwendung des tschechoslowakischen Gesetzes — das Verträge mit dem Inhalt des Vertrages v. 20. Febr. 1930 als statthaft und wirksam zuläßt — gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde.“ Das ist aber nicht der Fall. Grundsätzlich ist in der Kennzeichnung eines ausländischen Gesetzes als sittenwidrig größte Zurückhaltung geboten (vgl. *Staudinger-Naape* S. 419 Num. 2a). Hier kommt hinzu, daß es sich um Rechtsgrundsätze handelt, die seit dem Inkrafttreten des *GGWB.* v. 1. Juni 1811 in Österreich und in seinen Nachfolgestaaten gelten, die also den althergebrachten sittlichen Anschauungen eines Volkes gleicher Kultur und gleichen Stammes entsprechen. Sie können deshalb nicht als unsittlich bezeichnet werden.

Was die zweite Möglichkeit angeht, so ist die Antragstellerin der Ansicht, die Anwendung des tschechoslowakischen Gesetzes verstoße insbes. gegen den Zweck des § 1614 *Wf. I BGB.* Allerdings findet das dort ausgesprochene Verbot seine Rechtfertigung „in der sittlichen Grundlage der Unterhaltspflicht und in dem wegen der öffentlichen Armenpflege bestehenden öffentlichen Interesse“ (Mot. 4, 709). Deshalb hat das *RG.* den Vorausverzicht auf Unterhalt auch dann für nichtig erklärt, wenn er gegen entsprechendes Entgelt abgegeben ist und der Verzichtende z. B. der Verzichtleistung genügendes Vermögen zur Bestreitung des Unterhalts befaß (*JW.* 1905, 682¹). Für Art. 30 *GGWB.* genügt nun aber nicht jede Abweichung des ausländischen Gesetzes von den Grundätzen des deutschen Rechts schlechthin, sondern es ist erforderlich, daß seine Anerkennung „einen Eingriff in die Grundlagen des deutschen staatlichen und wirtschaftlichen Lebens bedeuten würde“ (*RGZ.* 106, 82). Das ist nicht der Fall. Insbesondere ist hierbei zu berücksichtigen, daß die Antragstellerin keineswegs unter allen Umständen an den Verzicht auf Unterhalt gebunden ist. Sie hat vielmehr auch noch der vollzogenen Trennung das Recht, eine Neuordnung der Vermögensverhältnisse zu verlangen, wenn gewichtige Gründe vorliegen (vgl. *Leske-L.* S. 310 und die auf Entscheidungen oberster tschechoslowakischer Gerichtshöfe gestützte, schon erwähnte Bescheinigung des tschechoslowakischen *JM.* v. 25. Febr. 1933), insbes. dann, wenn eine wesentliche Veränderung der Vermögensverhältnisse der Parteien eintritt, die nicht vorhersehbar war. Sie behauptet selbst, daß diese Voraussetzungen erfüllt seien: Auf der einen Seite habe der Antragseegner nachträglich ein großes Gut erworben, das ihm erhebliche Einkünfte abwerfe, während auf der andern Seite ihre Mutter nicht mehr imstande sei, ihr den Lebensunterhalt zu gewähren. Danach bietet die Rechtsverfolgung der Antragstellerin keine Aussicht auf Erfolg.

(*OLG.* Raumburg a. d. S., 6. ZivSen., Beschl. v. 26. Febr. 1936, 6 W 277/35.)

*

36. *Vollstreckungs-G.* v. 13. Dez. 1934. Das Gesetz ist auch gegen den Eröffnungsbeschluß im Konkursverfahren anwendbar, zum mindesten, wenn er auf Antrag eines Gläubigers auf Grund einer titulierten Forderung ergangen ist.†)

Durch Beschl. v. 23. Nov. 1935 hatte das *OG.* in §. auf Antrag der Beschw. über das Vermögen des Kaufmannes *St.* in §. das Konkursverfahren eröffnet, nachdem die Gläubigerin den von ihr erforderlichen Vorfuß von 300 *RM.* gezahlt hatte. Auf die vom Gemeinschuldner hiergegen eingelegte sofortige Beschw. hat das *OG.* in §. den Beschl. des *OG.* aufgehoben und den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zurückgewiesen. Das *OG.* hat seine Entsch. damit begründet, daß das Vorgehen der Gläubigerin einen Mißbrauch des ihr formell zustehenden Rech-

tes darstelle und ihrem Antrag daher das auch auf das Konkursverfahren anzuwendende *Vollstreckungs-G.* v. 13. Dez. 1934 entgegenstehe. Die Beschw. der Gläubigerin ist unbegründet.

Der Senat hält in Übereinstimmung mit dem *OG.* die Anwendung des *Ges.* v. 13. Dez. 1934 in der vorl. Sache für zulässig. Hierbei kann allerdings nicht verkannt werden, daß der Wortlaut des Gesetzes dieser Auffassung entgegenzustehen scheint. In den einleitenden Worten des Gesetzes ist von der mißbräuchlichen Ausnutzung von Vollstreckungstiteln die Rede und als nach Maßgabe des Gesetzes zur Entsch. berufenes Gericht wird das Vollstreckungsgericht und nicht zugleich auch das Konkursgericht genannt. Eine wortgemäße Auslegung des Gesetzes würde hiernach dazu führen, seine Anwendung auf das Konkursverfahren schlechthin auszuschließen, weil der die Konkursöffnung beantragende Gläubiger gemäß § 105 *R.D.* eines Vollstreckungstitels nicht bedarf. Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß das Gesetz nach seiner Überschrift die mißbräuchliche Anwendung von Vollstreckungsmöglichkeiten verhüten soll. Wenn in der Einleitung des Gesetzes dann von der mißbräuchlichen Ausnutzung von Vollstreckungstiteln die Rede ist, so kann daraus noch nicht geschlossen werden, daß der in der Überschrift umschriebene Zweck des Gesetzes durch das Gesetz selbst wieder eine Einschränkung erfahren soll dahingehend, daß nur der mißbräuchlichen Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten auf Grund vorhandener Titel entgegengetreten werden soll. Vielmehr liegt die Annahme näher, daß in der Einleitung des Gesetzes deshalb von Vollstreckungstiteln die Rede ist, weil diese in der Regel die formalrechtliche Grundlage von Vollstreckungsmöglichkeiten bilden. Eine Vollstreckungsmöglichkeit auf Grund einer ihm durch die *R.D.* gewährten formalrechtlichen Befugnis nimmt aber auch der Gläubiger wahr, der wegen einer ihm zustehenden Forderung die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen seines Schuldners beantragt. Die Konkursbeschlagnahme bezweckt, das dem Gemeinschuldner gehörige, der Einzelvollstreckung unterworfenen Vermögen als Teilungsmasse zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger sicherzustellen. Zur Erreichung dieses Zwecks wird mit der Konkursöffnung der offene Arrest erlassen und dem Gemeinschuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das beschlagnahmte Vermögen entzogen. Es handelt sich daher im Konkursverfahren, wie allgemein anerkannt wird, um eine Generalvollstreckung im Gegensatz zur Einzelvollstreckung der *ZPO.* und des *ZwVerfG.* Das Konkursgericht kann daher auch als Vollstreckungsgericht i. w. S. bezeichnet werden.

Hiernach kann die Auffassung der Beschw., daß der Wortlaut des Gesetzes seiner Anwendung zwingend entgegenstehe, nicht geteilt werden. Entscheidend für die daher zulässige Auslegung des Gesetzes dürfte der mit ihm verfolgte Zweck sein.

Im bürgerlichen Recht sind durch die §§ 226, 226 *BGB.* der Ausübung eines Rechts im Interesse der Gesamtheit Grenzen gesetzt, deren Überschreitung gegebenenfalls zum Schadensersatz verpflichten kann. Das *BGB.* ist weiter von dem Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 157, 242) beherrscht. Dagegen fehlten bisher im Vollstreckungsrecht derartige Schutzbestimmungen, obwohl auch dort für ihre Einführung im Laufe der Jahre, besonders aber unter der Herrschaft des nationalsozialistischen Staates immer mehr ein Bedürfnis hervorgetreten war. Denn mit dem Gedanken der Volksgemeinschaft ist die mißbräuchliche und das Volksempfinden verletzende Ausnutzung des formalen Rechts im Vollstreckungsverfahren nicht vereinbar. Das *Ges.* v. 13. Dez. 1934 ist daher keineswegs ein Gelegenheitsgesetz mit Ausnahmecharakter, wie nach seinem Anlaß angenommen werden könnte, es bringt vielmehr eine Ergänzung des allgemeinen Vollstreckungsrechts durch Einführung einer Härteklausele (vgl. *Jonas*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, S. 144 Note 2; *Wolmar*: *DZ.* 1934, 623; *Bohle*: *JW.* 1935, 136). Für diese Annahme spricht auch, daß der im Gesetz niedergelegte Rechtsgedanke in der neuen *ZPO.* seinen Niederschlag finden wird und im § 872 des Entwurfes bereits enthalten ist. Da der Konkurs der streitigen Gerichtsbarkeit zugehört, finden auf sein Verfahren grundsätzlich die Vorschr. der *ZPO.* Anwendung. Es können hiernach auch keine Be-

denken bestehen, das Ges. v. 13. Dez. 1934, dessen Inhalt wesentlicher Bestandteil der neuen ZPO. sein wird, im vorl. Falle anzuwenden.

Auch die Einschaltung des Konkursverwalters kann der Anwendung des Gesetzes dann nicht entgegenstehen, wenn die Frage zur Entsch. steht, ob dem Eröffnungsantrage überhaupt stattzugeben ist. Es kommt hinzu, daß die Gläubigerin die Eröffnung des Konkurses wegen titulierter Forderungen beantragt hat, die im Konkurs nicht mehr bestritten werden können. Auch bei der erst nach Konkursöffnung angemeldeten Forderung handelt es sich um eine Prozeßkostenforderung, deren vollstreckbare Festsetzung bereits mit Schriftsatz vom 28. Dez. 1935 beantragt war. Soweit aber die Eröffnung des Konkurses auf Grund titulierter Forderungen beantragt wird, wird bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des Gesetzes nicht nur von einer mißbräuchlichen Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten, sondern auch von Vollstreckungstiteln gesprochen werden können, so daß in dem zur Entsch. stehenden Fall auch bei strengerer Auslegung des Gesetzes seiner Anwendung keine Bedenken entgegenstehen.

Das OLG. hat auch mit zutreffenden Erwägungen die Feststellung getroffen, daß das Vorgehen der Gläubigerin einen Mißbrauch des ihr formell zustehenden Rechtes darstellt. Bei den gegebenen Verhältnissen war sich die Gläubigerin bei Stellung ihres Konkursantrages vollständig darüber klar, daß mit einer Ausschüttung auch einer nur geringfügigen Konkursquote nicht zu rechnen war. Sie hatte sich dann auch in der Erkenntnis, daß aus der Masse nicht einmal die Kosten des Konkurses bestritten werden konnten, bereits bei Stellung ihres Antrages zur Zahlung eines Kostenvorschusses bereit erklärt und den erforderlichen Vorschuß gezahlt. Die Gläubigerin sucht also im Konkurs nicht nur nicht Befriedigung, sondern sie übernimmt noch erhebliche Kosten, um den Konkurs gegen ihren Schuldner durchzuführen zu können. Sie kann daher irgendein schutzwürdiges Interesse nicht geltend machen. Der Konkurs dient der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger. Hier aber betreibt die Gläubigerin, wie das OLG. zutreffend ausgeführt hat, den Konkurs ohne jede Aussicht auf auch nur teilweise Befriedigung lediglich in der Absicht, einen ihr unbequemen Wettbewerber wirtschaftlich vollständig zu vernichten und ihn vor allem durch Entziehung des zugkräftigen Warenzeichens K. auch vom späteren Wettbewerb auszuschließen.

Auch auf die angebliche Sanierungsunfähigkeit des Schuldners kann sich die Gläubigerin in diesem Verfahren nicht berufen, da es erst auf ihr Vorgehen zurückzuführen ist, daß der Geschäftsbetrieb des Schuldners zerstört und dieser vollständig verschuldet ist. Und wenn schließlich der Schuldner im Wettbewerb mit der Gläubigerin seinerseits gegen die Vorschr. des UNWG. verstoßen hat, so kann dies jetzt keineswegs das Vorgehen der Gläubigerin rechtfertigen und muß auf die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes ohne Einfluß bleiben.

(OLG. Naumburg, 6. ZivSen., Beschl. v. 28. März 1936, 6 W 65/36.)

Anmerkung: Sowohl nach der ersten Einführung des Vollstreckungsschutzes Ende 1931 wie später nach seiner Ausdehnung auf die Mobilarvollstreckung wurden verschiedentlich Befürchtungen nach der Richtung laut, das Fehlen entsprechender Vorschriften beim Konkurs werde die Gläubiger vielfach dazu veranlassen, statt des ihnen mehr oder weniger verschlossenen Weges der Einzelvollstreckung nunmehr den offengebliebenen Nebenweg des Konkursantrags zu wählen. Diese Befürchtungen haben sich in keiner Weise bestätigt. In aller Regel hält der gesunde wirtschaftliche Sinn den Gläubiger, und zwar auch denjenigen, der seinem Schuldner „noch eins auswichen“ möchte, davon ab, weitere Spesen in eine praktisch aussichtslose Vollstreckungsangelegenheit zu stecken. Hin und wieder kommt aber doch ein Einzelfall eines wirtschaftlich sinnlosen Konkursantrags vor, wo es dem Gläubiger offensichtlich nicht um die Er-

langung einer Konkursquote, sondern lediglich um Nebenwirkungen des Konkurses (z. B. die Eintragung in die schwarze Liste des § 107 RD., die Abtötung eines trotz seiner schlechten wirtschaftlichen Lage unbequemen Konkurrenten, eine sonstige gewalttätige Lösung eines Wettbewerbs- oder ähnlichen Streits usw.) zu tun ist.

Bisher hatten in derartigen Fällen offensichtlichen Mißbrauchs die Konkursgerichte wohl zumeist mit dem Fehlen eines ernstlichen Konkursantrags oder dem Begriff der Schilane operiert. Jetzt gibt das VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934 für solche ablehnende Entsch. eine systematisch festere Grundlage.

Wie in der vorl. Entsch. im Anschluß an das Schrifttum zutreffend ausgeführt und auch wohl allgemein anerkannt ist, ist das VollstrMißbrG. nicht eine singuläre Ausnahmeverordnung, sondern der Niederschlag einer geläuterten und freieren gesetzgeberischen Grundauffassung des Vollstreckungsrechts und als allgemeine grundsätzliche Norm mit dem materiellrechtlichen Satz von Treu und Glauben und den allgemeinen Leitfäden des Vorpruchs zur ZPO. von 1933 sehr wohl in eine Linie zu stellen. Dann können aber auch keine Bedenken dagegen bestehen, den Satz von der Unzulässigkeit mißbräuchlichen gläubigerischen Vorgehens für den Konkurs sinngemäß gelten zu lassen. Alles, was das OLG. Naumburg hierzu ausführt, ist sicher zutreffend. Man sollte aber, wenn man eben wegen der grundsätzlichen Rechtsverwandtschaft der Einzelvollstreckung und der Generalvollstreckung die sinngemäße Anwendung des VollstrMißbrG. auf den Konkurs zuläßt, nun nicht aus Erwägungen einer streng am Wortlaut haftenden Gesetzesauslegung den Rahmen der entsprechenden Anwendung so eng ziehen, daß u. U. unausgefüllte Lücken bleiben. Ich würde es daher für verfehlt halten, mit Rücksicht darauf, daß das VollstrMißbrG. von der mißbräuchlichen Ausnutzung von Vollstreckungstiteln spricht, die Analogie auf Fälle des Konkursantrags seitens titulierter Gläubiger zu beschränken; das Schutzbedürfnis gegen mißbräuchliche Konkursanträge ist bei titulierten und nicht-titulierten Forderungen genau das gleiche.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Artt und Hohenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

37. § 92 Abs. 3 RAvgD. 1931. Hat das FinA. bei Erlass eines Steuerbescheids Feststellungen eines für diesen maßgebenden, dem FinA. bereits mitgeteilten Feststellungsbescheids unrichtig übernommen, dann liegt regelmäßig eine offenbare Unrichtigkeit i. S. des § 92 Abs. 3 RAvgD. vor.

(RGZ., 3. Sen., Urf. v. 27. Febr. 1936, III A 24/36.)

*

38. § 198 Abs. 1 RAvgD. Die Untersagung der Fortsetzung eines Betriebs nach § 198 Abs. 1 RAvgD. bezieht sich nicht nur auf den angemeldeten Betrieb, sondern umfaßt auch die Eröffnung und Führung eines anderen gleichartigen Betriebs in anderen Räumen (vgl. Beschl. IV B 1/30 v. 22. Jan. 1930: Mrozels Partei, Rechtspr. 2 zu § 366 RAvgD. a. F. und Beschl. IV B 34/34 v. 27. Sept. 1934: Mrozels Partei, Rechtspr. 1 und 2 zu § 198 RAvgD. 1931).

(RGZ., 4. Sen., Beschl. v. 5. Febr. 1936, IV B 33/35.)